

산업기술의 보호에 관한 법제연구

현 대 호*

차 례

I. 서 론

1. 문제 제기
2. 적용 법령

II. 산업기술의 개념과 보호방법

1. 산업기술의 개념
2. 산업기술의 보호방법

III. 산업기술의 민사적 보호

1. 침해행위
2. 손해배상청구와 금지청구
3. 민사구제의 실효성 강화 방안

IV. 산업기술의 행정적 보호

1. 산업기술에 관한 보호조치와 실효성 강화 방안
2. 국가핵심기술에 관한 특칙

V. 산업기술의 형사적 보호

1. 처벌행위
2. 처벌형량

VI. 결 론

* 한국법제연구원 연구위원, 법학박사

I. 서론

1. 문제 제기

오늘날 산업기술은 기업의 경쟁력을 높이고 국민경제의 지속적인 발전에 중요한 역할을 한다. 따라서 기업과 정부는 신기술의 개발에 막대한 투자를 하고 있으며 개발한 신기술의 상용화 등에도 노력을 기울이고 있다. 그렇지만 산업기술은 무형적인 정보형태이어서 쉽게 유출될 수 있고, 유출되는 경우에는 그 확산을 막기가 어려우며 엄청난 경제적 피해를 수반한다.¹⁾ 그리하여 각국은 자국의 산업기술을 보호하기 위하여 제도적 장치를 마련하는 데에 관심을 가지게 되었고, 산업기술은 특허권이나 저작권에 의한 보호를 받을 수 있는 경우도 있지만 대부분의 경우 영업비밀에 의한 보호가 문제되었다. 따라서 우리나라도 『부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률』(이하 ‘부정경쟁방지법’이라 한다)을 개정하여 영업비밀 형태의 산업기술을 보호하고 있으며 불법적인 유출행위에 대하여 형사처벌을 강화하여 왔다.

한편, 산업기술은 국가안보와 국민경제에도 직접적으로 영향을 미치고 있어서 산업기술의 보호를 기업에만 맡겨두지 아니하고 국가차원에서 각종의 규제제도 및 지원시책을 마련하여 보호기반을 강화하고 있다. 즉 국가의 중요산업에 대한 해외인수·합병을 규제하는 입법사례²⁾가 나타나고

1) 국가정보원 산업기밀보호센터는 2003년부터 2007년 10월말까지 해외로 유출하려던 119건의 기술유출 사건을 적발하였는데, 관련 업계에서는 적발된 기술이 그대로 해외로 유출되었다면 약 175조 6천억원에 이르는 엄청난 피해를 입었을 것으로 추정하고 있다(국가정보원, 산업스파이 사례연구(산업보안 실무총서 시리즈 II), 2007. 12. 15면). 2009년 6월 12일에 간행된 서울신문에 따르면, 2004-2008년까지 5년간 적발된 사례의 산업기술이 실제로 유출됐다면 피해액은 무려 253조 5000억원에 달할 것으로 추정하고 있다.

2) 미국의 경우 대표적인 입법례는 엑손-플로리오법(Exon-Florio Act)을 개정한 『외국인투자 및 국가안보에 관한 법률(Foreign Investment and National Security Act of 2007; FINSA)』이다. 이 법은 2005년 미국 제9위의 석유개발업체인 ‘유노칼(Unocal)’을 인수하려던 중국 국영해양석유총공사(China National Offshore Oil Corp.: “CNOOC”)와 2006년 미국 ‘P&O Steam Navigation사’의 항만운영권을 인수하려던 아랍연합 에미레이트사인 두바이 포트 월드사(Dubai Ports World, “DPW”)에 대한 정치적 반발과 안보논쟁에 의하여 제정논의가 시작되었으며, 9.11 테러 이후 정책의 우선순위를 국가안보에 둬에 따라 외국인 투자에

있는데, 우리나라의 경우 산업기술의 해외 유출 등을 규율하기 위하여 2006년에 『산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률』(이하 ‘산업기술유출방지법’이라 한다)을 제정하였다.³⁾ 이 법에서는 산업기술을 해외로 부정한 방법으로 유출하는 경우뿐만 아니라 정당하게 해외로 수출하는 경우도 규제대상으로 한다.

그런데, 부정경쟁방지법과 산업기술유출방지법의 시행에도 불구하고 산업기술의 침해가 계속적으로 증가하고 있으며, 또한 이들 법률의 해석이나 적용에 있어서 다양한 견해⁴⁾가 제기되어 혼란을 초래하고 있고 실무

대한 국가안보의 위협에 대해 활발한 논의의 결과로 제정되었다. FINSA는 『엑슨-플로리오법(Exon-Florio Act)』 상 국가안보의 개념을 확대하였고, ‘외국투자심의위원회(Committee on Foreign Investment in the United States; CFIUS)’의 심사범위를 확대하여 그 조사절차를 명확히 하였으며, 국가안보를 해칠 우려가 있는 외국인의 인수·합병 등 해외투자자에 대한 규제를 주된 내용으로 한다.

- 3) 산업기술유출방지법은 그 적용대상을 산업기술에 한정하고 있고 해외로 산업기술을 수출하는 행위 등에 대한 보호조치를 중심으로 입법화되어 있지만, 미국의 『외국인투자 및 국가안보에 관한 법률』은 국가경제중요시설 등에 대한 외국인의 투자 및 인수·합병을 제한하고자 하는 것을 주된 내용으로 하고 있는 점에서 차이가 있다. 다시 말해서 산업기술유출방지법과 비교할 수 있는 유사한 외국의 입법례는 아직까지 그 사례를 찾기가 어렵다.
- 4) 구대환, 산업기술유출방지법 제정의 의미와 보호대상에 대한 고찰, 창작과 권리 제48호, 세창출판사, 2007. 9; 김동복, 첨단산업기술유출의 방지대책현황과 법적 동향, 추계 종합학술대회 논문집 제5권제2호(상), 한국콘텐츠학회, 2007. 11; 전준현, 산업기술보호를 위한 부정경쟁방지법 개정방향, 전자공학회지 제25권제11호, 대한전자공학회, 1998. 11; 나중갑, 국제 M&A 및 인력이동과 첨단산업 기술유출 방지제도 연구, 경영법률 제19권제2호, 한국경영법률학회, 2009; 조용순·홍영서, 산업기술 유출규제에 관한 법적 고찰 -부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률과 산업기술 유출 방지 및 보호에 관한 법률을 중심으로-, 산업재산권 제21권, 한국산업재산권법학회, 2006; 이정덕·한형구, 산업스파이범죄에 대한 대응방안에 관한 연구, 한·독사회과학논총 제17권제3호, 한독사회과학회, 2007. 12; 정덕영·정병수, 산업스파이 현황과 대응방안, 한국콘텐츠학회논문지 제7권제11호, 한국콘텐츠학회, 2007; 한상훈, 영업비밀침해에 대한 형사처벌의 가능성과 개선방안, 법학논총 제14집, 국민대학교 법학연구소, 2002.; 옥필훈, 경제범죄의 실태에 관한 연구 -회사범죄, 지적재산권범죄, 산업스파이범죄를 중심으로-, 형사정책 제18권제2호, 한국형사정책학회, 2006.; 이정덕·최응렬, 산업스파이범죄 관련 법률의 개선방안에 대한 연구, 형사정책 제19권제2호, 한국형사정책학회, 2007; 박광민·윤해성, 부정경쟁방지법상 영업비밀 개념의 검토, 성균관법학 제18권제1호, 성균관대학교, 2006.06; 김민배·김경준, 산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률과 쟁점, 산업재산권 제23호, 한국재산법학회, 2007.08; 백영준, 영업비밀보호법의 적용상 한계, 산업재산권 제23호, 한국재산법학회, 2007.08; 계승균, 『산업기술 유출 방지 및 보호에 관한 법률』 운용시 예상되는 몇 가지 문제점, 산업재산권 제23호, 한국재산법학

상으로도 산업기술유출방지법의 적용상 문제점이 나타나고 있다. 따라서 이 연구에서는 산업기술의 보호에 관한 부정경쟁방지법과 산업기술유출방지법의 문제점을 분석하고, 외국(미국 및 일본)의 법령 등과 대비하여 바람직한 입법개선 방안을 살펴보고자 한다.

2. 적용 법령

우리나라에서 산업기술의 보호는 종래 외국의 경우처럼 다른 법익의 보호에 부수하여 간접적으로 보호되고 그 자체만을 독자적으로 보호할 필요성이 낮았다. 따라서 주거침입죄나 절도죄 등의 형사벌이나 신용훼손 등과 같은 불법행위에 부수한 것으로 인식되었으며 당사자간의 계약을 통하여 산업기술의 유출금지 또는 부정사용금지를 약정하는 것에 머물렀다. 이와 같은 산업기술의 보호방식은 산업기술의 중요성이 인식되기 전까지는 용인될 수 있었으며, 심지어 기술공개를 유도하는 특허정책과 배치되는 측면도 있었다.⁵⁾ 그렇지만 산업기술의 경제적 가치 증대는 부정경쟁방지법의 개정을 통하여 영업비밀에 해당하는 산업기술을 보호하게 되었다. 즉 부정경쟁방지법은 타인의 산업기술을 계약위반이나 절취·기망 등의 부정한 수단에 의한 취득행위·이용행위 또는 공개행위를 금지하여 공정한 경쟁을 도모한다. 이 경우 부정한 수단을 사용한 부당한 취득행위, 부당한 이용행위 및 부당한 공개행위에 대하여 손해배상청구와 금지청구가 허용되고, 형사책임은 부정이익을 얻거나 기업에 손해를 가할 목적으로 산업기술의 사용이나 유출하는 행위에 대하여 부과된다. 따라서 합법적인 수단으로 산업기술을 취득한 자는 자유롭게 이용 또는 공개할 수 있다. 예컨대, 산업기술이 상품에 이용된 경우 그 상품을 누구나 분석

회, 2007.08; 배상철, 『산업기술 유출 방지 및 보호에 관한 법률』상 기술유출규제를 둘러싼 논점, 산업재산권 제23호, 한국재산법학회, 2007.08; 양영준, 산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률 소고, 산업보안 연구논총(제3호), 국가정보원, 2007.02; 이윤제, 미국 경제스파이법 연구, 법제(통권 제589호), 법제처, 2007.01; 한희원, 정보보안의 규제혁신에 관한 고찰 -산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률을 중심으로-, 법조 통권 제 631호, 법조협회, 2009.04.

5) 이상정, 영업비밀의 보호, 인권과 정의 제191권, 1992. 07. 94면 참조.

할 자유가 있고, 소위 역분석(reverse engineering)과 같은 방법으로 취득한 산업기술을 정당하게 이용할 수 있다.

한편, 산업기술에 대한 국가차원의 보호조치를 강구할 필요성에 따라 2006년에 산업기술유출방지법이 제정되었는데, 이 법은 특정한 산업기술의 보호를 위한 행정적 및 형사적 보호조치를 강구하여 국가산업의 경쟁력을 강화하고 국가의 안전과 국민경제의 안정을 보장하는 것을 의도한다. 특히, 국가안보에 영향을 미치는 국가핵심기술의 해외유출을 규제하고 산업기술의 부정한 유출을 방지하기 위한 보안의식 확산 및 제도적 기반의 구축을 통해 국내 핵심기술을 보호하고자 한다.

II. 산업기술의 개념과 보호방법

1. 산업기술의 개념

산업기술은 다양한 분야에서 필요에 따라 다른 의미로 사용되고 있어서 그 개념정의를 용이하지 아니한데, 여기서 다루고자 하는 산업기술은 부정경쟁방지법상 보호되는 산업기술과 산업기술유출방지법상 보호되는 산업기술에 한정한다.

먼저, 부정경쟁방지법 제2조제2호에 따르면, 산업기술은 공연히 알려져 있지 아니하고 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로서 상당한 노력에 의하여 비밀로 유지된 생산방법 기타 영업활동에 유용한 기술상 정보를 의미한다. 그러나 이와 같은 부정경쟁방지법상 개념정의는 불필요한 문장을 포함하고 있어서 해당 문구를 삭제하면(“독립된 경제적 가치를 가지는 것”과 “상당한 노력에 의하여”를 삭제하면), 공연히 알려져 있지 아니하고 비밀로 유지된 생산방법 기타 영업활동에 유용한 기술상 정보로 정의할 수 있다.⁶⁾

다음으로, 산업기술유출방지법 제2조제1호에 따르면, 산업기술은 그 보호대상을 특정할 수 없다. 왜냐하면 이 법에서 산업기술은 제품 또는 용

6) 영업비밀의 개념정의에 대한 자세한 것은 현대호, 영업비밀의 보호요건과 구제수단에 관한 법제연구, 법조 제54권제8호, 법조협회, 2008. 186~192면 참조.

역의 개발·생산·보급 및 사용에 필요한 제반 방법 내지 기술상의 정보 중에서 관계중앙행정기관의 장이 소관 분야의 산업경쟁력 제고 등을 위하여 법령이 규정한 바에 따라 지정 또는 고시·공고하는 기술 중에서 다시 별도로 제시한 선정기준(①국내에서 개발된 독창적인 기술로서 선진국 수준과 동등 또는 우수하고 산업화가 가능한 기술 ②기존제품의 원가절감이나 성능 또는 품질을 현저하게 개선시킬 수 있는 기술 ③기술적·경제적 파급효과가 커서 국가기술력 향상과 대외경쟁력 강화에 이바지할 수 있는 기술 ④이들의 산업기술을 응용 또는 활용하는 기술)에 해당하는 것을 산업기술로 정의하고 있기 때문이다.⁷⁾ 즉 산업기술유출방지법에서는 산업기술을 지정 또는 고시·공고하는 절차가 마련되어 있지 아니하며, 다른 법령에서 지정 또는 고시·공고한 기술⁸⁾이 있다고 하여도 선정기준 자체가 모호하여 산업기술을 특정할 수 없을 뿐만 아니라 해당 선정기준을 충족하는 기술이 있다고 하여도 누가 판단주체인가를 알 수 없다(산업기술유출방지법에 따라 형사처벌을 받은 사례는 아직까지 없다). 다른 한편, 산업기술유출방지법은 산업기술 중에서 별도로 국가핵심기술을 지정하여 보호조치를 규정하고 있는데, 이 경우 국가핵심기술은 국내외 시장에서 차지하는 기술적·경제적 가치가 높거나 관련 산업의 성장잠재력이 높아 해외로 유출될 경우에 국가의 안전보장 및 국민경제의 발전에 중대한 악영향을 줄 우려가 있는 산업기술로서 지정된 산업기술을 의미한다.⁹⁾

7) 산업기술유출방지법 제2조제1호.

8) 다른 법령에서 관계중앙행정기관이 지정·고시·공고하는 기술에는 「산업발전법」 제5조의 첨단기술, 「조세특례제한법」 제121조의6의 고도기술, 「기술개발촉진법」 제2조제3호의 신기술, 「정보화촉진기본법」 제22조의 정보통신우수신기술, 「전력기술관리법」 제6조의2의 전력 신기술 및 「부품·소재전문기업 등의 육성에 관한 특별조치법」 제2조의 부품소재기술 등이 있는데, 이들은 각각 해당 법령의 목적에 따라 지정·고시 및 공고된 산업기술에 해당된다.

9) 산업기술유출방지법 제2조제2호 참조. 정부는 국무총리 주재로 제1차 산업기술보호위원회를 개최하여 산업기술의 유출방지 및 보호를 위한 중장기 기본계획(2008년~2012년), 산업기술 보호지침 및 국가핵심기술 지정 등을 심의·확정하였다. 동 위원회는 국가안보 및 국민경제적 효과가 큰 기술 중 기업들의 글로벌 경영을 저해하지 않는 필요 최소한의 범위 내에서 국가핵심기술을 선정하였으며 전기·전자분야 4개 기술, 자동차분야 8개 기술, 철강분야 6개 기술, 조선분야 7개 기술, 원자력분야 4개 기술, 정보통신분야 6개 기술, 우주분야 5개 기술 등 총 40개 기술을 분야별로 지정하였다.

2. 산업기술의 보호방법

산업기술은 무형정보에 해당된다. 따라서 영업비밀이나 특허에 의한 보호가 문제되고 저작권에 의한 보호는 제한적으로만 문제될 수 있다. 첫째, 산업기술의 영업비밀에 의한 보호는 부정경쟁방지법에 따라 영업비밀의 보호요건(비공지성, 유용성, 비밀관리)을 갖추어야 한다. 둘째, 산업기술은 특허권으로 등록할 수 있다면 특허로 보호된다. 즉 산업기술이 특허법 제29조제1항의 특허요건(신규성, 비공지성, 산업상 이용가능성)을 갖춘 경우에 등록하면 특허로 보호된다. 이 경우 특허법 제87조제1항에 따라 공개가 요구되고, 공개된 산업기술은 특허법 제88조제1항에 의하여 20년간 배타적 권리로 보호되며, 권리의 내용은 산업기술의 실시물 제작·이용 또는 판매로부터 타인을 배제하는 것이다.¹⁰⁾ 이 경우 산업기술은 일반에 공개되어야 하므로 경쟁자가 산업기술을 모방하거나 새로운 기술을 개발하는 것을 배제하기가 쉽지 아니하다. 셋째, 산업기술은 저작권법 제2조제1호에 따라 인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물에 해당하는 경우(독창성 및 고정성을 갖춘 경우)에 저작권으로 보호를 받을 수 있다. 예컨대, 산업기술이 도면이나 설계도의 형태 또는 프로그램의 형태로 표현되어 있는 경우에 저작권으로 보호를 받을 수 있다. 이 경우 산업기술은 저작권법 제39조에 따라 저작자가 생존하는 동안과 사망 후 50년간 보호된다. 그렇지만 대부분의 경우 산업기술은 무형물로 존재하므로 유형적인 형태로 드러난 표현만을 보호하는 저작권으로는 정보 형태의 산업기술을 보호하기가 어렵다.

한편, 이와 같은 산업기술의 보호방법과 달리 산업기술유출방지법상 산업기술의 보호는 특이하다. 왜냐하면 이 법에서 개념정의를 하고 있는 산업기술은 부정경쟁방지법상 영업비밀의 보호요건을 전제하지 아니하는 별도의 개념정의(보호대상)를 규정하고 있으며 형사벌과 행정처분만을 규

10) David A. Burge. Patent and Trademark Tactics and Practice, New York: John Wiley & Sons, 1984, p.27

정하고 있기 때문이다. 즉 부정경쟁방지법의 산업기술과 산업기술유출방지법의 산업기술은 보호대상과 보호수단(보호조치)에서 차이가 있다.

Ⅲ. 산업기술의 민사적 보호

산업기술의 보호는 산업기술보유자의 입장에서 보면, 중국적으로 민사책임에 따라 구제를 받는다. 즉 산업기술의 침해행위에 대한 구제는 민법 제750조에 기초한 선량한 풍속위반에 의한 불공정한 행위로 보호받을 수 있지만 이를 구체화하고 있는 부정경쟁방지법의 손해배상청구와 금지청구로 귀결된다. 따라서 부정경쟁방지법은 어떠한 행위가 영업비밀로 보호되는 산업기술의 침해행위에 해당하는가를 분명히 하고 있으며, 손해배상액의 산정과 금지청구도 명문화하고 있다. 그 이유는 산업기술이 무형물로 침해가 용이하다는 점·침해로 받은 손해의 입증과 산정에 있어서 물건의 침해보다도 어려움이 있다는 점 그리고 침해에 대한 정보나 증거가 침해자에게 편중되어 있다는 점 등을 고려한 것이다.

1. 침해행위

(1) 계약위반행위

당사자(사용자와 피용자 또는 라이선스허락자와 라이선스이용자) 간에 계약을 통하여 제3자에게 알리거나 부정한 목적으로 사용하는 것을 금지하는 방법으로 산업기술을 보호할 수 있다. 이와 같이 명시적인 비밀유지의무에 따라 영업비밀의 침해행위에 따른 민사책임과 형사책임을 부과하는 것이 통상의 경우인데, 우리나라의 판례는 일정한 관계에 있는 자에 대하여도 묵시적 계약관계가 성립할 수 있다는 입장이다.¹¹⁾

11) 우리나라의 대법원은 「계약관계 등에 의하여 영업비밀을 비밀로서 유지할 의무」라 함은 계약관계 존속 중은 물론 종료 후라도 또한 반드시 명시적으로 계약에 의하여 비밀유지의무를 부담하기로 약정한 경우뿐만 아니라 인적 신뢰관계의 특성 등에 비추어 신의칙상 또는 묵시적으로 그러한 의무를 부담하기로 약정하였다고 보아야 할 경우를 포함한다.」고 보았다(대판 1996. 12. 23, [96다16605]).

(2) 부정한 수단에 의한 침해행위

부정경쟁방지법상 영업비밀로 보호되는 산업기술의 침해행위는 ‘부정한 수단’의 사용에 의한 부정사용(misappropriation)이라는 불법행위에 그 기초를 두고 있는데, ‘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 이념에 비추어 열거된 행위에 준하는 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 일체의 행위나 수단을 말한다.¹²⁾ 여기서 산업기술의 침해행위는 부정취득행위, 부정공개행위 및 부정사용행위로 구분된다.

첫째, 부정취득행위는 ①절취·기망·협박 기타 부정한 수단으로 영업비밀을 취득하는 행위, ②영업비밀에 대하여 부정취득행위가 개입된 사실을 알거나 중대한 과실로 알지 못하고 그 영업비밀을 취득하는 행위, ③영업비밀이 계약관계 등에 위반하여 공개된 사실 또는 그러한 공개행위가 개입된 사실을 알거나 중대한 과실로 알지 못하고 그 영업비밀을 취득하는 행위를 포함한다. 여기서 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 있다.¹³⁾

둘째, 부정공개행위는 ①절취·기망·협박 기타 부정한 수단으로 영업비밀을 공개하는 행위, ②영업비밀에 대하여 부정취득행위가 개입된 사실을 알거나 중대한 과실로 알지 못하고 그 영업비밀을 공개하는 행위, ③영업비밀이 계약관계 등에 의하여 영업비밀을 비밀로서 유지하여야 할

12) 대판 1996.12.23, [96다16605].

13) 판례는 『어느 경우에도나 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.』는 입장이다(대판 1998.6.9, [98다1928]).

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 행위, ④영업비밀을 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 행위를 포함한다.

셋째, 부정이용행위는 ①절취·기망·협박 기타 부정한 수단으로 취득한 영업비밀을 사용하는 행위, ②영업비밀에 대하여 부정취득행위가 개입된 사실을 알거나 중대한 과실로 알지 못하고 그 영업비밀을 취득하는 행위 또는 그 취득한 영업비밀을 사용하는 행위, ③영업비밀을 취득한 후에 그 영업비밀에 대하여 부정취득행위가 개입된 사실을 알거나 중대한 과실로 알지 못하고 그 영업비밀을 사용하는 행위, ④계약관계 등에 의하여 영업비밀을 비밀로서 유지하여야 할 의무가 있는 자가 부정한 이익을 얻거나 그 영업비밀의 보유자에게 손해를 가할 목적으로 그 영업비밀을 사용하는 행위, ⑤영업비밀이 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 사용하는 행위를 포함한다. 여기서 영업비밀의 ‘사용’은 영업비밀 본래의 사용 목적에 따라 이를 상품의 생산·판매 등의 영업활동에 이용하거나 연구·개발사업 등에 활용하는 등으로 기업활동에 직접 또는 간접적으로 사용하는 행위로서 구체적으로 특징이 가능한 행위를 가리킨다.¹⁴⁾

2. 손해배상청구와 금지청구

한편, 부정경쟁방지법은 산업기술 침해행위에 관련해서 크게 손해배상청구와 금지청구라는 2개의 구체수단을 규정하였다.

14) 대판 1998.6.9, [98다1928].

먼저, 손해배상은 민법 제750조에 의한 손해배상과 전혀 다른 것은 아니고, 영업비밀 형태의 산업기술의 침해에 대한 손해배상청구에도 적용된다.¹⁵⁾ 즉 부정경쟁방지법 제4조는 일실효익에 대하여 배상을 명문화한 것이고, 제14조의3은 그 손해액의 입증을 완화하기 위하여 마련된 것에 해당된다. 이 경우 손해배상의 적절성과 배상액 산정에 대한 우리나라의 판례는 발견할 수 없는데, 미국은 ①원고가 부정사용으로부터 발생한 자기의 금전적 손실 또는 행위자의 금전적 이익의 사실 및 범위를 어느 정도 확실하게 증명을 하였는지의 여부 ②부정사용의 특성과 정도 ③기타 구제의 충분성과의 비교 ④행위자의 의도 및 인식 그리고 행위자에 의한 신뢰의 특성과 정도 ⑤원고가 소제기 또는 권리주장을 부적절하게 지체한 것 그리고 ⑥원고 측과 관련된 부정행위를 비교 형량하여 결정한다.¹⁶⁾

다음으로, 금지청구는 부정경쟁방지법 제4조제1항(침해행위의 금지 및 예방청구)과 제4조제2항(침해물의 제거 및 폐기청구)에서 규정하고 있다. 전자의 경우 침해행위의 예방청구는 현실적으로 침해행위가 행하여지고 있는 것은 아니나 장래 발생할 가능성이 상당히 존재하는 경우에 인정된다. 이 경우 금지청구권은 현실적으로 침해행위가 발생하고 있는 것은 아니므로 개연성이 높은 경우에만 인정된다. 구체적으로 금지청구의 여부와 범위에 대하여 미국의 경우는 ①보호받는 이익의 특성 ②이용의 특성과 정도 ③원고에 의한 금지명령과 기타 권리구제의 충분성과의 비교 ④금지명령이 부여된 경우에 초래되는 피고의 정당한 이익과 금지명령이 거절되었을 경우에 초래되는 원고의 정당한 이익 간의 손해 비교 ⑤제3자와 공중의 이익 ⑥원고가 소송제기 또는 기타의 방법으로 자기의 권리를 주장하는 것에 있어서 부당한 지체 ⑦원고 측과 관련된 부정행위 그리고 ⑧금지명령의 확정과 집행의 현실성을 비교 형량하여 판단한다.¹⁷⁾ 이 경우 금지청구의 존속기간은 피고의 부정사용으로부터 원고의 정당한 이익을 보호하고 피고의 부정사용으로 인하여 야기된 경제적 이익을 제거하

15) 田村善之, 知的財産權の損害賠償, 弘文堂, 2004. 2~6面 참조.

16) The American Law Institute, Restatement(third) on Unfair Competition, American Law Institute Publishers, 1993. §45(2) 참조.

17) The American Law Institute, op. cit., §44(2) 참조.

는 것에 필요한 시간으로 한정한다.¹⁸⁾ 한편, 우리나라의 판례는 금지명령의 기간을 공정하고 자유로운 경쟁의 보장 및 인적 신뢰관계의 보호 등의 목적을 달성함에 필요한 시간적 범위 내로 제한된다고 보았다.¹⁹⁾

3. 민사구제의 실효성 강화 방안

최근에도 산업기술의 침해행위는 계속적으로 증가하고 있고 그 피해액도 늘어나고 있는데, 그 이유는 산업기술의 경제적 가치 증대에 따른 현상이기도 하지만 관련 제도가 산업기술을 침해행위로부터 적절히 보호하고 억제하는 역할을 제대로 하지 못하고 있는 점도 문제된다.²⁰⁾ 즉 산업기술 침해행위에 대한 제재적 기능을 보완하기 위하여 금전적 제재수단(‘징벌적 손해배상’)의 강화가 필요하다. 또한 부정경쟁방지법의 권리구제는 이를 실현하는 과정(소송절차)에서 산업기술의 특성을 반영하는 절차의 마련이 미흡하여 권리구제의 실효성이 낮은 것도 문제된다. 이와 관련하여 미국의 소송제도가 좋은 참고가 될 수 있다. 즉 미국의 경우 영업비밀 형태의 산업기술 침해소송에서 고액의 손해배상이 인정된다. 그 배경은 산업기술의 유효성·침해성이 인정되는 이상, 침해자의 위법행위에 의해서 침해를 받은 산업기술보유자의 지위를 적절하게 입증하는 한도에서 침해행위가 없었더라면 얻을 수 있었던 상태를 금전으로 회복하게 하는

18) The American Law Institute, op. cit., §44(3).

19) 판례는 「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, 영업비밀 보호에 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」라는 입장이다(대판 1998. 2. 13, [97다24528]).

20) 영업비밀의 침해현상이 증가하는 배경은 세계적인 기술혁신의 현저한 진전, 특히 전자기술·컴퓨터 관련기술·통신기술·원자력등 에너지 관련기술 및 바이오기술 등 새로운 산업분야의 발전에 있으며 또한 경제사회의 정보화 등을 반영한 기술 또는 경영상 노하우 등의 중요성이 현저히 높아진 데에 있고 이들 거래가 늘어난 것도 원인이라고 보는 견해도 있다(全理其, 營業秘密の刑事法的保護, 嵯峨野書院, 2004. 1面 참조).

것이 법원의 역할이다.²¹⁾ 따라서 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 가능하다. 또한 제3자가 임의로 응하지 아니하는 경우 법원이 필요하다고 판단되면 명령에 따라 소환장이 발하여지고, 이것에 응하지 아니하면 법정모욕죄의 제재를 받는다. 아울러 산업기술보유자는 증거개시절차에서 침해자에 대하여 피고의 과거 모든 제품에 관한 정보의 개시를 요구할 수 있다. 따라서 산업기술보유자는 피고제품에 대하여 산업기술 침해의 입증 가능성이 가능하면 피고가 과거에 제조, 판매한 모든 침해품의 종류를 파악하는 것이 가능하다. 소장은 침해된 것을 주장하는 산업기술을 특정하기보다 증거개시절차에서 얻은 정보, 증거에 기초하여 침해품의 구성이나 손해액을 심리시까지 특정하면 된다. 즉 증거개시절차에서 산업기술보유자는 피고로부터 대상이 되는 피고제품에 관한 모든 판매, 경리기록을 입수하는 것이 가능하고, 피고로부터 제품을 구입한 제3자로부터도 필요한 증거서류를 입수할 수 있다. 거듭 피고의 판매담당자, 경리담당자의 증언녹취에 의하여 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 위한 증거도 이들의 서류 이외에 피고의 경영자, 담당직원의 증언녹취 등에 의하여 입수할 수 있다. 결국 미국의 경우 산업기술을 보호하는 실체법 뿐만 아니라 절차법에서 실질적인 권리구제가 가능하도록 하는 제도를 운영하고 있다. 이와 관련해서 우리나라의 부정경쟁방지법은 실질적인 권리구제가 가능하도록 아래와 같은 사항에 대한 개선이 요구된다.

21) 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. 128-129面 참조.

(1) 징벌적 손해배상제도의 도입

손해배상제도는 권리가 침해된 경우 원상회복의 차원에서 실질적인 피해액에 대한 손해배상을 인정하는 것이다. 이 경우 민사적 정의의 실현이라는 측면에서 보면, 가해자의 고의나 과실을 구별함이 없이 동일하게 취급한다는 점에서 부당하다고 볼 수 있다.²²⁾ 특히, 경제적 이익을 목적으로 하는 분야에 있어서 침해행위에 대응하는 형사처벌이나 행정처분에만 의존하는 것은 침해행위의 억제기능을 제대로 수행하기가 어렵다. 따라서 침해자를 징벌하는 차원에서 실질적인 피해액과는 별개로 소위 징벌적 손해배상을 허용해야 할 필요성이 있다. 미국의 경우는 당사자간 분쟁의 해결이라는 민사법으로서의 역할이외에 사회질서의 유지에 대한 역할도 부담한다.²³⁾ 따라서 징벌적 손해배상은 일반민사소송에서 널리 도입되어 있고 특허법·저작권법·연방상표법 등에서 도입되어 있지만 이들 경우 징벌적 손해배상은 실질적 손해배상액의 3배(또는 2배)로 배상범위가 제한된다. 우리나라의 경우도 징벌적 손해배상은 미국의 커먼로와 달리 연방특허법이나 저작권법 등처럼 그 배상범위를 실질적 손해에 대한 일정액으로 제한하는 것이 바람직하다.

(2) 설명의무의 도입

산업기술의 침해소송에서 손해배상액을 산정하기는 용이하지 아니하며, 손해배상액의 입증은 침해사실의 입증을 통한 방법과 일실이익액에 대한 증인의 사실증언 또는 전문가의 감정에 의한 증언을 통한 방법이 있다.

22) 우리 민법에서는 가해자의 주관적 요소를 완전히 배제하고 있는 것은 아니다. 즉 민법 제765조제1항에서 『본장의 규정에 의한 배상의무자는 그 손해가 고의 또는 중대한 과실에 의한 것이 아니고 그 배상으로 인하여 배상자의 생계에 중대한 영향을 미치게 될 경우에는 법원에 그 배상액의 경감을 청구할 수 있다.』라고 규정하고, 제2항에서 『법원은 전항의 청구가 있는 때에는 채권자 및 채무자의 경제상태와 손해의 원인 등을 참작하여 배상액을 경감할 수 있다.』고 규정하여 불법행위에 의한 손해배상책임에서 가해자의 주관적 요소를 고려하고 있다.

23) 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面.

전자의 경우 피고의 침해행위로 인한 제품의 판매수량이나 가격 등에 대하여 객관적으로 확정하지 못하였다면 부정경쟁방지법 제14조의2가 적용된다. 후자의 경우 증인은 자기의 견문한 사실에 대한 사실증인과 사실에 기초한 의견을 증언하는 감정증인으로 구별되는데, 손해액의 산정에 대한 증거는 감정증인의 증언의 형식으로 법정에서 나타난다. 감정증인에는 증언의 대상이 되는 사항에 대한 경리회계의 전문가, 당해 제품의 시장분석의 전문가, 당해 기술분야의 라이선스실무의 전문가 등이 이용될 수 있다. 따라서 일반민사사건과 달리 전문가의 감정 등을 통하여 손해액을 평가받는 경우가 종종 발생한다. 이 경우 손해배상액의 확정은 당사자의 청구에 기초하여 법원이 정하는데, 손해액의 산정에 있어서 감정인의 사실판단이 중요하며 이를 위하여 당사자에게 손해산정에 필요한 사항을 설명하도록 하는 의무부과가 필요하다. 일본의 경우 부정경쟁방지법 제8조24)에서 손해배상액의 청구에 기초가 되는 사실에 대하여 당사자가 선정한 감정인에게 설명의무를 부여하고 있지만 우리나라의 경우는 관련 조항이 없다.

(3) 구체적 태양의 명시 의무 도입

또한 산업기술의 침해행위에 있어서 입증의 정도를 완화하는 것이 필요하다. 즉 어떠한 사실의 성립을 주장하는 자는 그 사실의 성립을 입증하여야 하므로 산업기술의 부정사용으로 생산되었는지의 입증은 산업기술보유자가 입증해야 한다. 그렇지만 산업기술의 침해행위에 대한 엄격한 입증을 요구하는 것은 권리구제를 현저히 어렵게 할 수 있다. 따라서 산업기술의 침해행위로 생산된 물건이나 제조방법 등에 대한 구체적인 사실입증에 대신하여 구체적인 침해모습을 명시하는 것으로 상대방에게 책임이 이전되고 상대방도 이를 부정하기 위한 구체적인 부정사실을 명시

24) 일본의 부정경쟁방지법은 제8조에서 「부정경쟁에 의한 영업상 이익 침해에 관계되는 소송에서 당사자의 신청으로 법원이 당해 침해행위에 의한 손해 계산을 하기 위하여 필요한 사항에 대한 감정을 명한 때에는 당사자는 감정인에게 당해 감정을 하기 위해 필요한 사항에 대하여 설명하여야 한다.」고 규정하고 있다.

하는 것으로 책임을 벗어나는 제도의 도입이 필요하다. 일본의 부정경쟁방지법 제6조²⁵⁾에서도 구체적인 태양의 명시 의무를 규정하고 있지만 우리나라의 경우는 관련 조항이 없다.

(4) 자료 제출의 강화

산업기술은 무형적인 정보이므로 침해에 따른 증거가 침해자에게 편중되어 있어서 침해사실 및 손해액의 산정을 산업기술보유자가 입증하기가 어렵다. 따라서 증거편중현상을 조정하기 위하여 우리나라의 부정경쟁방지법은 제14조의3에서 침해행위로 인한 손해액을 산정하는 데에 필요한 자료의 제출 책임을 규정하고 있는데, 이 경우 자료 제출은 손해배상액의 산정에 한정하고 있어서 문제가 있다. 일본의 경우 부정경쟁방지법 제7조²⁶⁾는 침해행위의 입증 또는 침해행위로 인한 손해액의 입증을 위하여 서류 제출을 요구할 수 있도록 규정하고 있다. 한편, 미국의 경우에는 증거개시절차에서 볼 수 있듯이 손해배상액의 산정은 물론 침해행위에 관한 증거까지 수집할 수 있도록 법원에서 발부하는 영장에 기초하여 증거등을 수집하고 있어서 실질적인 권리구제 차원에서는 보다 이상적인 소송절차를 가지고 있다.

(5) 비밀유지명령제도의 도입

산업기술의 침해소송이 제기되면 헌법상 재판공개 원칙에 따라 일반인이 재판을 방청하거나 이해관계인이 소송기록의 열람을 청구할 수 있

25) 일본의 부정경쟁방지법은 제6조에서 「부정경쟁에 의한 영업상 이익의 침해에 관계되는 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」고 규정하고 있다.

26) 일본의 부정경쟁방지법은 제7조제1항에서 「법원은 부정경쟁에 의한 영업상 이익 침해에 관계되는 소송에서 당사자의 신청에 의해 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 규정하고 있다.

다. 그렇지만 영업비밀 형태의 산업기술은 타인이 인지한 순간부터 더 이상 영업비밀로 보호를 받을 수 없다는 모순을 포함하게 된다. 이것은 산업기술을 침해행위로부터 보호하려는 법의 취지에 반하게 되어 침해소송에 있어서 비공개심리나 비밀유지를 위한 비밀유지명령제도의 도입이 필요하다. 이와 관련하여 일본의 부정경쟁방지법은 제10조제1항27)에서 소송절차상 영업비밀을 공개하는 경우 명령을 받은 자 이외의 자에게 공개를 금지하도록 법원에 청구할 수 있고 명령이 발하여진 경우에 이를 위반하면 형사처벌을 받는다. 우리나라의 부정경쟁방지법에서도 비밀유지명령제도의 도입이 필요하다.

(6) 당사자 심문 등의 공개정지제도 도입

영업비밀 형태의 산업기술에 관한 침해소송에 있어서 당사자 등이 심문을 받을 경우에는 당해 사항의 심문을 비공개로 진행하는 것이 요구된다. 이 경우 법원은 당해 산업기술이 당사자의 사업활동에 현저한 지장을 초래할 것이 명확하기에 당해 사항에 관해서 충분한 진술을 할 수가 없고, 당해 진술을 제외하고 다른 증거만으로는 침해의 유무에 관해서 적절한 재판을 할 수 없다고 인정되는 경우에 당사자심문을 공개하지 않도록 하는 제도의 도입이 필요하며, 이 제도는 헌법상 재판공개원칙의 예외에 해당된다.²⁸⁾ 이와 관련하여 일본의 부정경쟁방지법은 제13조제1항29)에서

27) 일본의 부정경쟁방지법은 제10조제1항 본문 전단에서 「법원은 부정경쟁에 의한 영업상 이익의 침해에 관한 소송에서 그 당사자가 보유한 영업비밀에 대하여 다음에 열거하는 사유에 해당하는 것을 소명한 경우에는 당사자의 신청에 의해 결정으로 당사자 등, 소송대리인 또는 보좌인에 대해 당해 영업비밀을 당해 소송의 수행의 목적이외의 목적에 사용하거나 당해 영업비밀에 관한 이 항의 규정에 의한 명령을 받은 자 이외의 자에 공개해서는 안된다는 취지의 명령을 할 수 있다」고 규정하고 있다.

28) 山本庸辛, 要說不正競争防止法[第4版], 社團法人發明協會, 2006, 337面.

29) 일본의 부정경쟁방지법은 제13조제1항에서 「부정경쟁에 의한 영업상 이익의 침해에 관한 소송에서 당사자 등이 그 침해의 유무에 대한 판단의 기초가 된 사항이고 당사자가 보유하는 영업비밀에 해당하는 것에 대하여 당사자 본인 또는 법정대리인 또는 증인으로써 심문을 받을 경우에는 법원은 법관의 전원일치에 의해 그 당사자 등이 공개의 법정에서 당해 사항에 대하여 진술함으로써 당해 영업비밀에 기초하는 당사자의 사업활동에 현저히 지장을 초래하는 것이 분명한다는 사실로부터 당해 사항에 대하여 충분한 진술을 할 수 없고 또한 당해 진술을 결여함으로써 다른 증거만으로는 당해

반영하고 있으며 일본의 경우에 재판을 통한 산업기술의 공개가 오히려 적절한 재판을 훼손한다고 하는 극단적인 경우까지 헌법이 재판의 공개를 요구하고 있다고는 해석할 수 없다는 견해가 지배적이어서 법관 전원일치의 요건을 전제로 당사자 심문의 비공개 규정을 신설하였다.³⁰⁾ 우리나라의 부정경쟁방지법에서도 관련 조항을 명문화하는 것이 필요하다.

IV. 산업기술의 행정적 보호

1. 산업기술에 관한 보호조치와 실효성 강화 방안

산업기술유출방지법은 산업기술의 보호와 유출을 방지하기 위한 다양한 행정적 조치를 강구하고 있으며, 나름대로 산업기술의 보호를 위한 제도적 장치를 마련하고 있지만 그 실효성에 의문이 제기되는 입법사항도 있다.³¹⁾ 또한 산업기술의 보호를 위하여 개선이 필요한 사항도 발견되는데, 그 중 중요한 것을 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 앞에서 지적했듯이 산업기술유출방지법은 산업기술에 대한 모호한 개념정의로 말미암아 형사적 및 행정적 보호조치의 대상이 되는 산업기술을 특정할 수가 없어서 법전반에 걸쳐 불명확성을 초래하고 있다. 따라서 산업기술유출방지법의 산업기술에 대한 개념정의를 변경하는 것이 요구된다. 예컨대, 산업기술유출방지법에서 정하는 선정기준에 따라 지정·고시 또는 공고하는 산업기술로 개념을 정의할 수 있는데, 이와 같은 개념변경은 산업기술유출방지법의 보호조치와 형평성을 유지할 수 있으

사항을 판단의 기초로 할 만한 부정경쟁에 의한 영업상 이익 침해의 유무에 대한 적절한 재판을 할 수 없다고 인정되는 때에는 결정으로 당해 사항의 심문을 공개하지 않고 행할 수 있다.』고 규정하고 있다.

30) 백영준, 부정경쟁방지법상 영업비밀 보호제도 비교와 적용에 관하여-한국과 일본의 최근 개정내용을 중심으로-, 창작과 권리 제43호, 2006.6, 세창출판사, 51면.

31) 산업기술유출방지법은 산업기술의 보호에 관련하여 산업기술분쟁조정위원회를 규정하고 있는데, 분쟁조정제도는 그 실효성이 의문시되고 있으며 분쟁조정 대상 자체도 모호할 뿐만 아니라 영업비밀 형태의 산업기술의 특성 등을 고려할 때 분쟁 조정사례가 다수 발생할 수 있을지도 의문이다. 현재까지 분쟁조정위원회는 구성되지 아니하고 있다.

며 입법취지에도 부합할 수 있다.

둘째, 산업기술유출방지법은 산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 사항(국가핵심기술의 지정·변경 및 해제에 관한 사항, 국가핵심기술의 수출 등에 관한 사항, 대상기관이 수행하는 국가연구개발사업의 보호실태조사에 관한 사항 등)을 심의하기 위하여 국무총리 소속하에 산업기술보호위원회를 설치하여 국가핵심기술의 보호에 관한 기반을 조성하고 있다.³²⁾ 그런데, 산업기술보호위원회 산하에 분야별로 설치하는 전문위원회는 산업기술 분야가 다양하다 보니 전문위원회의 위원 중에는 해당 분야의 전문가가 아니거나 이해관계를 가진 기업의 임원이 전문위원회의 위원으로 위촉되는 경우가 있다. 따라서 전문위원회의 전문성과 중립성 등을 강화하기 위하여 전문위원회 위원의 선임방법을 변경하는 것이 필요하다. 예컨대, 전문가 풀(pool)제도를 도입하여 매회의 마다 적합한 자를 위원으로 지정하는 방식을 고려할 수 있다.

셋째, 산업기술유출방지법은 지식경제부장관이 대상기관의 임직원을 대상으로 월1회 이상 교육을 하도록 규정하고 있는데,³³⁾ 이 경우 교육은 교육대상기관 중 희망하는 자를 대상으로 월 1회 교육을 실시하고 있어서 교육 자체의 실효성에 의문이 있다. 따라서 해당 조항을 삭제하거나 대상기관에서 자체 교육으로 대신하는 것 등을 고려할 수 있다.

넷째, 산업기술은 사전에 외부에 공개되지 아니하도록 기업이나 연구소 등이 자율적으로 보안대책을 마련하여 시행하도록 하는 것이 중요하다. 즉 기업·연구소 등이 보유한 산업기술 등 정보자산을 효과적으로 보호하고 정보유출 방지시스템을 적절하게 활용, 침해사고에 대응할 수 있는 능력에 대한 자격제도의 도입이 필요하다. 이러한 차원에서 산업기술유출방지법의 제정안에서 ‘산업보안관리체계에 대한 인증제도’³⁴⁾와 ‘산업보안

32) 산업기술유출방지법 제7조제1항.

33) 산업기술유출방지법 제19조 및 같은 법 시행령 제24조.

34) 산업기술유출방지법의 제정안 제16조(산업보안 관리체계에 대한 인증) ①기업 및 보호대상기관은 산업기술의 효율적인 보안관리를 위하여 산업기술의 보안관리체계에 대한 인증(이하 “산업보안인증”이라 한다)을 받을 수 있다.

②산업자원부장관은 국가정보원장과 협의하여 산업보안인증 기준을 정하고, 이를 고시한다.

관리사 자격제도³⁵⁾를 두고 있었으나, 기업에 지나친 부담을 주는 규제로 작용할 우려가 있고 또한 ‘정보보안 관리체계 인증제도’ 및 ‘정보보안관리사 자격제도’와 중복될 우려 등이 있다는 비판이 제기되어 삭제되었다. 그렇지만 산업기술보안 자격제도는 정보보안관리사 자격제도와 달리 산업기술보안에 관한 현장 실무(예컨대, 수사, 보안, 위기관리 등)를 포함하는 등 상이한 분야(시장)를 그 대상으로 하므로 정보보호관리사제도와 구분되고, 산업보안관리체계에 대한 인증도 다양한 인적·물적인 보안관리를 포함하는 것으로 정보보안관리체계 인증제도를 포함하는 보다 넓은 제도에 해당된다. 따라서 산업기술보안관리체계와 산업보안관리사제도의 도입을 통하여 시장에서 자율적으로 산업기술을 보호하는 기반을 조성하고 관련 전문인력을 양성한다는 차원에서 도입이 필요하다.

2. 국가핵심기술에 관한 특칙

산업기술유출방지법은 국가핵심기술에 대하여 별도의 조항을 마련하여 강한 보호를 의도하고 있지만 입법과정에서 과도한 규제라는 주장에 따라 국가핵심기술의 유출에 침묵한 것이 있으며 입법사항 중에서도 문제점이 발견된다.

첫째, 국가핵심기술을 수출하는 경우 승인대상의 국가핵심기술은 사전에 승인을 받도록 하였고 신고대상의 국가핵심기술도 해당 국가핵심기술

③ 중앙행정기관의 장은 국가연구개발사업의 주관연구기관, 전문기관, 연구과제 수행기관 등을 선정하는 경우 제1항의 규정에 따라 산업보안인증을 받은 기업 또는 보호대상기관을 우선 선정할 수 있다.

④ 정부는 제1항의 규정에 따라 산업보안인증을 받은 기업 또는 보호대상기관에 대하여 대통령령이 정하는 바에 따라 우대조치를 할 수 있다.

⑤ 산업보안인증의 업무절차·유효기간·운영 등에 관하여 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

35) 산업기술유출방지법 제정안 제20조(산업보안관리사 자격제도) ① 산업자원부장관은 산업기술의 유출방지 및 보호지원을 위하여 대통령령이 정하는 바에 따라 산업보안관리사 제도를 실시한다.

② 산업자원부장관이 산업보안관리사 자격시험을 실시하고, 그 자격·과목 그밖에 시험에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

③ 산업자원부장관은 제2항의 규정에 따른 보안협회의 업무에 대하여 지도 및 감독할 수 있다.

의 수출이 국가안보에 심각한 영향을 줄 수 있는 경우에 국가핵심기술의 수출중지·수출금지·원상회복 등의 조치를 명하도록 하였다.³⁶⁾ 그렇지만 산업기술유출방지법은 신고대상 국가핵심기술을 신고하지 아니하고 수출하는 행위에 대하여 제재수단을 마련하지 않았다. 따라서 신고대상 국가핵심기술을 신고하는 경우에는 행정규제를 받고 이를 위반하면 행정처분을 받지만, 신고하지 아니하고 수출하는 행위에 대하여는 아무런 규제장치가 없어서 규제의 형평성에 반한다. 따라서 신고대상 국가핵심기술을 신고하지 아니하고 수출하는 행위에 대하여 수출의 중지·금지·원상회복 등의 조치와 아울러 과태료 처분을 할 수 있도록 하는 것이 필요하다.

둘째, 국가핵심기술을 보유하고 있는 국내기업의 해외 인수·합병의 신고 등에 대한 제한이 필요하다. 왜냐하면 국가핵심기술은 국내기업에 대한 해외인수·합병 또는 외국기업과의 합작투자 등으로 유출이 발생할 가능성이 높다. 따라서 해외인수·합병 등에 의하여 국가핵심기술의 유출이 우려되는 경우에 미리 신고하도록 하고, 이 경우 국가핵심기술의 유출이 국가안보에 심각한 영향을 줄 수 있다고 판단하는 때에는 해외인수·합병 등에 대하여 중지·금지·원상회복 등의 조치를 명할 수 있도록 하는 것이 필요하다.

V. 산업기술의 형사적 보호

1. 처벌행위

부정경쟁방지법은 산업기술의 침해행위와 처벌행위를 구분한다. 즉 부정경쟁방지법 제18조제1항 및 제2항의 처벌행위는 부정경쟁방지법 제2조제3호 가목 내지 바목의 침해행위와 구분된다. 전자의 경우 처벌대상은 ‘부정한 이익을 얻거나 기업에 손해를 입힐 목적으로’ 산업기술을 취득·사용 또는 누설하는 행위이고, 외국에서 사용하거나 외국에서 사용될 것임을 알고 누설한 행위에 대하여는 가중처벌을 하며, 어느 경우이든 처벌대상은 목적법에 한정된다.

36) 산업기술유출방지법 제11조제7항.

그렇지만 산업기술유출방지법 제14조의 처벌행위는 부정경쟁방지법 제2조제3호의 침해행위를 포함하는 보다 넓은 처벌대상을 열거하고 있어서 다음과 같은 문제가 있다. 첫째, 산업기술유출방지법 제36조제1항에서 산업기술을 외국에서 사용하거나 사용되게 할 목적으로 침해행위를 한 것을 처벌하고 있는데, 이 법문은 부정경쟁방지법 제18조제1항처럼 목적범을 전제하고 있다는 점에서 동일하다. 그렇지만 산업기술유출방지법 제36조제1항은 부정경쟁방지법 제18조제1항과 달리 처벌대상을 확대하였다. 즉 외국에서 사용이나 유출할 목적으로 산업기술을 취득하는 행위도 산업기술유출방지법 제36조제1항의 처벌대상으로 포함시켜서 입법정책의 변화를 반영하고 있다. 둘째, 산업기술유출방지법 제36조제2항에서는 산업기술을 국내에서 부정하게 취득, 사용 또는 공개하는 모든 행위를 형사처벌의 대상으로 규정하고 있는데, 부정경쟁방지법 제18조제2항과 달리 목적범을 요건으로 하지 아니하고 있어서 형사처벌 대상이 넓혀졌다. 즉 부정한 이익을 얻거나 기업에 손해를 입힐 목적이 없이 산업기술을 부정하게 취득, 사용 또는 공개하는 행위를 형사처벌 대상으로 하였다. 따라서 산업기술을 정당한 절차에 따라 취득하지 아니하고 우연히 알게 된 경우에도 형사처벌의 대상이 되어 과잉처벌이 문제된다. 셋째, 산업기술유출방지법 제36조제3항에서 ‘부정취득행위 또는 부정유출행위가 개입된 사실을 중대한 과실로 알지 못하고 그 산업기술을 취득·사용 및 공개한 경우’라는 처벌행위를 규정하고 있는데, 여기서 ‘중대한 과실’에 대한 해석이 다양할 수 있으며(기준이 모호하다) (중)과실범에 대해서까지 형사처벌을 한다. 따라서 타인이 부정공개 한 산업기술이라는 것을 업무상 주의를 기울이지 아니하고서 해당 산업기술을 단순히 취득하는 것만으로 형사처벌의 대상이 되는데, 이는 형벌권 남용의 우려가 있다.

2. 처벌형량

한편, 부정경쟁방지법과 산업기술유출방지법 간의 형량은 2007년 부정경쟁방지법의 개정으로 비슷하게 조정되었지만 벌금액의 부과방식에 있어서는 양자의 차이가 여전히 존재한다. 즉 부정경쟁방지법 제18조제1항

및 제2항에서는 ‘그 재산상 이득액의 2배 이상 10배 이하에 상당하는 벌금에 처한다’고 규정하고 있는데, 이와 같은 벌금부과가 실효성이 있는지가 문제된다. 왜냐하면 벌금의 산정을 ‘재산상 이득액’을 기준으로 하고 있어서 재산상 이득액에 대한 입증책임은 검사가 부담한다. 따라서 부정경쟁방지법의 입법의도(산업기술을 강력히 보호하고자 하는 의도)와 달리 실무상 벌금액의 산정이 어려워 오히려 실효성이 낮아지고 있다. 그러므로 부정경쟁방지법 제18조제1항의 벌금산정 방식은 삭제되는 것이 타당하고, 산업기술유출방지법 제36조제1항처럼 벌금액의 범위를 명확히 하는 것이 필요하다.

VI. 결 론

이상에서 알 수 있듯이 산업기술은 대부분의 경우 영업비밀로 보호되며, 부정경쟁방지법과 산업기술유출방지법의 적용을 받는다. 이들 법률의 개선사항을 요약 정리하면, 다음과 같다.

부정경쟁방지법은 첫째, 징벌적 손해배상제도를 도입하여 침해행위의 억제기능을 높이는 것이 필요하다. 둘째, 손해액의 산정시 감정인에게 침해행위를 조성하는 물건 또는 방법에 대하여 침해자가 구체적인 설명의무를 부담하도록 하는 것이 필요하다. 셋째, 침해행위의 입증에 대하여 구체적 침해모습을 명시하는 것으로 하고 상대방이 이를 부정하는 경우 그 사실을 명시하는 것으로 입증을 완화하는 것이 필요하다. 넷째, 부정경쟁방지법 제14조의3에서 손해배상액의 산정에 대해서만 서류제출의 책임을 두고 있는데, 침해행위 및 손해배상액의 입증을 위한 증거수집을 강화하는 차원에서 자료제출의무를 강화하는 것이 필요하다. 다섯째, 산업기술을 소송에서 공개하는 경우에 법원의 결정으로 이를 제3자에게 공개하지 못하도록 하는 비밀유지명령제도의 도입이 필요하다. 여섯째, 당사자 등이 심문을 받을 경우에는 당해 사항의 심문이 영업비밀로 보호되는 산업기술에 대한 것인 경우 비공개로 진행할 수 있도록 하는 것이 필요하다. 일곱째, 부정경쟁방지법 제18조제1항의 벌금산정 방식은 삭제하고

대신에 산업기술유출방지법 제36조제1항처럼 입법화하는 것이 필요하다.

산업기술유출방지법은 첫째, 산업기술의 개념정의를 개정하여 산업기술의 대상을 명확히 하는 것이 필요하다. 둘째, 전문위원회 위원의 선임방식을 개정하여 전문가 풀(pool)제도를 도입하여 매회의마다 지명하는 것이 필요하다. 셋째, 보안교육은 폐지하거나 대상기관 등의 자체 교육으로 대체하는 것을 고려할 수 있다. 넷째, 산업보안관리체계 인증제도와 산업보안관리사 자격제도를 도입하여 시장의 자율적인 보호기반을 조성하는 것이 필요하다. 다섯째, 신고대상 국가핵심기술을 신고 없이 해외로 유출하는 행위에 대한 제재조치를 마련하는 것이 필요하다. 여섯째, 국가핵심기술을 보유하고 있는 국내기업을 외국인이 인수나 합병 등으로 경영권을 취득하는 경우에 신고하도록 하고 필요한 경우 인수·합병 등에 대한 제한조치를 마련하는 것이 필요하다. 일곱째, 처벌대상을 목적범에 한정하지 아니하고 있는 것과 과실범의 처벌을 규정한 것은 형사벌의 대상을 필요 이상으로 넓은 것으로 개선이 필요하다.

주제어 산업기술, 영업비밀, 역분석, 징벌적 손해배상, 부정사용

참 고 문 헌

- 계승균, 『산업기술 유출 방지 및 보호에 관한 법률』 운용시 예상되는 몇 가지 문제점, 산업재산권 제23호, 한국재산법학회, 2007.8.
- 구대환, “산업기술유출방지법 제정의 의미와 보호대상에 대한 고찰”, 창작과 권리 제48호, 세창출판사, 2007. 9.
- 김동복, “첨단산업기술유출의 방지대책현황과 법적 동향”, 추계 종합학술대회 논문집 제5권제2호(상), 한국콘텐츠학회, 2007. 11.
- 김민배·김경준, “산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률과 쟁점”, 산업재산권 제23호, 한국재산법학회, 2007. 8.
- 나종갑, “국제 M&A 및 인력이동과 첨단산업 기술유출 방지제도 연구”, 한국경영법률학회, 경영법률 제19권제2호, 2009.
- 박광민·윤해성, “부정경쟁방지법상 영업비밀 개념의 검토”, 성균관법학 제18권제1호, 성균관대학교, 2006. 6.
- 배상철, 『산업기술 유출 방지 및 보호에 관한 법률』상 기술유출규제를 둘러싼 논점, 산업재산권 제23호, 한국재산법학회, 2007. 8.
- 백영준, 부정경쟁방지법상 영업비밀 보호제도 비교와 적용에 관하여-한국과 일본의 최근 개정내용을 중심으로-, 창작과 권리 제43호, 세창출판사, 2006. 6.
- _____, 영업비밀보호법의 적용상 한계, 산업재산권 제23호, 한국재산법학회, 2007. 8.
- 양영준, 산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률 소고, 산업보안 연구논총(제3호), 국가정보원, 2007. 2.
- 옥필훈, “경제범죄의 실태에 관한 연구 -회사범죄, 지적재산권범죄, 산업스파이범죄를 중심으로-”, 형사정책 제18권제2호, 한국형사정책학회, 2006.

- 이상정, “영업비밀의 보호”, 인권과 정의 제191권, 1992. 7.
- 이윤제, “미국 경제스파이법 연구”, 법제 제589호, 법제처, 2007. 1.
- 이정덕·최응렬, “산업스파이범죄 관련 법률의 개선방안에 대한 연구”, 형사정책 제19권제2호, 한국형사정책학회, 2007.
- _____, “산업스파이범죄에 대한 대응방안에 관한 연구 -미국과 독일 법률의 시사점을 중심으로-”, 한·독사회과학논총 제17권제3호, 한독사회과학회, 2007. 12.
- 전준현, “산업기술보호를 위한 부정경쟁방지법 개정방향”, 전자공학회지 제25권제11호, 대한전자공학회, 1998. 11.
- 정덕영·정병수, “산업스파이 현황과 대응방안”, 한국콘텐츠학회논문지 제7권제11호, 한국콘텐츠학회, 2007.
- 조용순·홍영서, 산업기술 유출규제에 관한 법적 고찰 -부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률과 산업기술 유출 방지 및 보호에 관한 법률을 중심으로-, 산업재산권 제21권, 한국산업재산권법학회, 2006.
- 한상훈, 영업비밀침해에 대한 형사처벌의 가능성과 개선방안, 법학논총 제14집, 국민대학교 법학연구소, 2002.
- 한희원, 정보보안의 규제혁신에 관한 고찰 -산업기술의유출방지및보호에관한법률을 중심으로-, 법조 통권 제631호, 법조협회, 2009.04.
- 현대호, 영업비밀의 보호요건과 구제수단에 관한 법제연구, 법조 제54권제8호, 법조협회, 2008.
- 田村善之, 知的財産權の損害賠償, 弘文堂, 2004.
- 全理其, 營業秘密の刑事法的保護, 嵯峨野書院, 2004.
- 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.

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.

山本庸辛, 要說不正競争防止法[第4版], 社團法人發明協會, 2006.

山英雄, 秘密構成要件批判, 法律時報, 46卷 6號, 1974.

澁谷達紀, 不正競争の概念(一)(二), 民商法雜誌(123號), 2000.

_____, 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.

David A. Burge. Patent and Trademark Tactics and Practice, New York: John Wiley&Sons, 1984.

Susan W. Brenner & Anthony C. Crescenzi, State-Sponsored Crime: The Futility of the Ecpnomic Espionage Act, 28 Hous. J. Int'l L. 389, 412-413 (2006)

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

_____, Restatement(third) on Unfair Competition, American Law Institute Publishers, 1993.

Study for Legislation on Protection of Industrial Technology

Hyeon, Dae - Ho*

These days, industrial development leads to increased value of relevant technology, thus, industrial technology is essential for corporations to ensure competitiveness and continuous development of the national economy. Generally, industrial technologies are protected as trade secrets, and subject to 『the Unfair Competition Prevention and Trade Secret Protection Act』 and 『Act on Prevention of Divulgence and Protection of Industrial Technology Act』. In this article/paper, I closely examine methods for the improvement of the problems in legislation during interpreting and applying these Acts.

『The unfair Competition Prevention and Trade Secret Protection Act』 needs to be improved in terms of expansion of the duty to submit documents, introduction of the duty to provide explanations, institution of an order to maintain confidentiality, institution of hearings closed to the public, institution of punitive damages, and improvement of calculation of monetary penalties.

『The Act on Prevention of Divulgence and Protection of Industrial Technology』 is in need of distinctive conceptualization of industrial technology, improvement of methods for selection of members of a professional commission, arrangement of regulation on national critical technologies subject to reporting, improvement of education on confidentiality, institution of regulations against seizure of foreigners, by acquisition, merger or such, of the management rights of domestic businesses holding critical technologies, and institution of regulations for new certification and qualification systems which create a foundation for self-protection of the market.

Key Words Industrial Technology, trade secret, reverse engineering, punitive damages, misappropriation

* Research Fellow, Korea Legislation Research Institute, Ph. D. in law