

[데이터 경제 시대의 도래, 기업이 대비해야 할
주요 법안서]

13차시. 영업비밀보호에 관한 법령 및 제도의 이해

학습목표
← 학습내용: 해당 차시에서 학습할 학습주제(목차)를 제시해 주세요. ← 학습목표: 해당 차시 학습을 통해 <u>학습자들이 달성해야 할 목표</u> 를 학습내용과 연계하여 작성해 주세요.

▶학습내용

1. 영업비밀 보호제도 일반
2. 영업비밀의 개관
3. 영업비밀의 법적 성격

▶학습목표

1. 영업비밀 보호제도에 대해 설명할 수 있다.
2. 영업비밀에 대해 설명할 수 있다.
3. 영업비밀의 법적 성격에 대해 설명할 수 있다.

학습내용

← 학습내용의 위계 파악을 위해 일관성 있는 번호 체계로 작성해 주세요.

I. 영업비밀 보호 일반론

1. 영업비밀 보호제도 일반

(1) 영업비밀의 보호와 입법 배경

최근 2016년 1월 일본이 개정한 영업비밀 법령¹⁾을 시행하기 시작했고, 4월에는 EU(유럽연합)가 영업지침을, 5월에는 미국이 영업비밀보호에 관한 새로운 연방법을 제정해 도입했다. 선진국들이 영업비밀보호제도 강화를 위해 발 빠르게 움직이고 있는 상황이다.

우리나라 영업비밀 보호제도는 1986년부터 시작된 WTO/Trips 협상과 맥을 같이 한다. 당시 WTO/Trips에 영업비밀이 포함될 것이 확실시되자 정부는 한편으로는 과학기술의 발전을 위한 외국의 선진기술의 도입을 유도하고, 다른 한편으로는 국제통상 마찰을 줄이기 위하여 1991년 12월 31일 부정경쟁방지법을 개정하여 영업비밀 보호제도를 도입하게 되었다. 우리나라도 1998년 부정경쟁방지법을 ‘부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법’(이하, 영업비밀보호법)으로 명칭을 개정해 영업비밀보호에 나섰으며, 최근 관련 법률을 재정비하고 있다. 2004년에는 형사처벌과 보호대상 영업비밀의 범위를 확대하고, 친고죄를 폐지하고 미수범 규정 등도 새로 도입했다. 종전에는 영업비밀 침해행위 처벌대상을 해당 기업의 전·현직 임직원으로 하고, 보호대상 영업비밀을 비술상의 영업비밀로 한정했던 것을, 처벌대상을 모든 위반자로 확대한 것이다. 보호대상 영업비밀에는 경영상의 비밀을 추가하고, 영업비밀 침해 행위에 대한 벌금은 재산상 이득액의 2배 이상 10배 이하로 상향 조정했다. 기업의 영업비밀 침해죄와 관련된 친고죄 규정은 삭제하고, 미수범과 예비·음모자를 처벌하도록 했다. 2009년에는 국내기술의 해외유출을 방지하기 위해 외국에서 사용될 것임을 알면서 기업의 영업비밀을 취득해 사용한 자에 대해서도 이를 제3자에게 누설한자와 동일하게 10년 이하의 징역 또는 이로 인한 재산상의 이익의 2배 이상 10배 이하에 상당하는 벌금형

1) 기업 정보를 빼돌리려는 사람이 정보 취득에 실패해도 훔치려 한 흔적만 있으면 형사처벌 대상이 된다. 정보를 얻기 위해 바이러스를 첨부한 이메일을 보내거나 정보가 저장된 PC에 침입한 경우도 처벌 대상이다. 처벌 수위도 강화해 개인 벌금 상한액을 현재 1000만 엔에서 5000만 엔으로 상향 조정한다. 징역형도 원칙적으로 ‘10년 이하’지만 해외로 정보를 유출한 경우 최장 15년까지 가중처벌할 수 있다. 정보를 빼낸 기업의 벌금 상한도 3억 엔에서 6억 엔으로 두 배 높인다. 처벌 대상자도 확대되어, 정보를 유출한 사람과 그 사람으로부터 직접 정보를 받은 2차 취득자뿐 아니라 3, 4차 정보취득자까지 처벌받는다. 또한 부정하게 얻은 정보를 바탕으로 외국 기업이 생산한 제품의 일본 수입도 금지한다.

에 처하기로 했다. 2012년에는 특허청 산하 한국특허정보원에 ‘영업비밀보호센터’를 개소하여, 영업비밀 침해 소송시 영업비밀 보유사실의 입증 부담을 완화하기 위한 ‘영업비밀 원본증명 제도’를 도입해 운영하고 있다. 아울러 2015년에는 산업재산권분쟁조정위원회를 통해 영업비밀 분쟁을 해결할 수 있게 했으며, 영업비밀 원본증명 제도를 대기업의 중기 기술 보호에 대한 의지와 동반성장 노력 정도를 평가하는 ‘동반성장지수’ 평가항목에도 반영해 상생의 길을 모색하고 있다.

최근 디지털 시대의 부정경쟁방지법의 역할을 확대하여 급변하는 디지털 환경에서의 지식재산 보호를 강화하고 있다. 특히, 새로운 디지털 환경변화에 대응할 수 있는 영업비밀 보호기반 구축으로, ‘부정한 이익 또는 영업비밀 보유자에 손해를 입힐 목적’을 삭제하여 해외유출에 대한 입증요건 완화 및 산업스파이 처벌 수위를 높이려고 한다. 이와 함께 **형사소송 과정에서 영업비밀 유출 2차 피해 방지하고자** 공판과정에서의 영업비밀 유출을 방지할 수 있도록, 영업비밀 해외유출 범죄의 공판을 비공개로 진행하려고 하고 있다. 한편, 법인의 조직적인 인력유출·영업비밀 유출행위를 엄벌하도록 개인·법인 양벌규정에서 법인의 벌금형을 3배 강화하는 방안을 검토하거나, 영업비밀 취득을 목적으로 경쟁사 직원을 채용하는 행위를 영업비밀 침해행위로 명문화 하는 방안도 검토되고 있다. 또한 2022년에는 데이터의 부정 취득, 사용행위를 부정경쟁행위로 신설하여 시행 중에 있다. 다만, 데이터 자체에 독점적인 권리를 부여하면 활용이 위축될 우려가 있어 거래를 목적으로 축적·관리한 데이터의 부정 취득 및 사용행위만을 부정경쟁행위로 신설하여 데이터 보유자가 보호받을 수 있도록 하였다. 기술적 보호조치를 무력화하는 행위에 대해서도 3년 이하 징역, 3천만 원 이하 벌금 등 형사 처벌을 할 수 있게 되었다.

(2) 영업비밀 보호제도의 특성

영업비밀보호법 제1조에는 “이 법은 국내에 널리 알려진 타인의 상표·상호 등을 부정하게 사용하는 등의 부정경쟁행위와 타인의 영업비밀을 침해하는 행위를 방지하여 건전한 거래질서를 유지함을 목적으로 한다.”라고 규정하여 영업상의 비법을 침해로부터 보호하여 건전한 거래질서를 유지하는 것을 목적으로 하고 있다. 특히 영업비밀의 보호는 특허와 달리 기술이나 아이디어 등이 공개되지 않고 비밀로 유지되는 것을 그 핵심으로 한다. 즉 영업비밀은 비밀로 보호되고 있는 사실 상태를 보호하는 것이다. 영업비밀 보호는 특허

권의 독점배타적인 권리에 대한 침해 방지와 달리 불공정한 경쟁행위 침해에 초점이 맞추어져 있다. 침해에 있어 그 보호 범위와 내용은 영업비밀이 특허법이나 저작권법보다 광범위하다. 서로간에 차이가 있다고 하지만 기술발전의 성과를 보호한다는 점에서는 동일하다고 할 수 있으며, 영업비밀보호제도와 특허제도, 저작권제도 등은 서로 보완적인 기능을 갖고 공존하고 있으므로, 양자를 적절히 조화 있게 선택하는 것이 필요하다.

(3) 타법률과의 관계

영업비밀과 특허의 가장 큰 차이점은 정보 공개 유무다. 특허는 정보 공개의 대가로 20년 동안 독점 보호받는 것이라면, 영업비밀은 비밀을 유지하는 한 기간 제한 없이 영업비밀보호법에 의해 보호받을 수 있다. 다만, 영업비밀 보유자는 타인이 동일한 기술정보를 정당하게 취득하거나 개발해 사용하면 막을 수 없다. 또한, 특허의 보호대상은 기술적 발명이나 영업비밀은 특허 대상이 되지 못하는 기술·경영 정보 등 기업의 무형자산까지 포함한다. 기술 보유 기업이라면, 자사 기술의 특성과 침해 행위 발견의 용이성 등을 종합 분석해 특허와 영업비밀 중 어떤 제도로 보호할지 잘 검토할 필요가 있다. 이밖에 영업비밀보호법과 유사한 법제로 ① 산업기술 유출방지 및 보호에 관한 법 ② 대중소기업 상생협력 촉진을 위한 법 ③ 중소기업기술보호 지원에 관한 법 ④ 하도급거래 공정화에 관한 법 등이 있다.

2. 영업비밀의 개관

(1) 영업비밀의 개념 및 의의

영업비밀의 개념이 무엇인지에 대하여 각국의 입법정책에 따라 조금씩 상이하지만 공통된 정의로는 기업이 시장에서 경쟁상의 우위를 확보하기 위하여 스스로 개발하고 비밀로서 보유한 기술정보(예를 들면, 생산 및 제조공정, 제조방법 등)와 경영정보(예를 들면, 마케팅 전략, 고객 리스트, 기업의 기본계획 등)를 말하며, 이러한 정보는 공연히 알려져 있지 아니하고 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로 상당한 노력에 의하여 비밀로 유지된 공업 및 상업상의 정보를 말한다.

‘영업비밀’이란 단어를 보면 우선은 고객 리스트 정도를 떠올리기 쉽지만, 영업비밀은 그보다 훨씬 포괄적인 개념이다. 부정경쟁방지법 및 영업비밀보호에 관한 법률 제2조 제2호는 영업비밀의 개념을 ‘공공연히 알려지지 않고 독립적인 경제 가치를 가지는 것으로 합리적인 노력에 의해 비밀로 유지된

생산방법, 판매방법, 그밖에 영업활동에 유용한 기술상 또는 경영상의 정보를 의미한다'고 규정하고 있다. 영업비밀의 정의는 국가별로 상이하지만 공통적인 개념은 ① 비밀로 관리되고 ② 경제적 유용성을 가지며 ③ 공연히 알려지지 않은 정보로 정리할 수 있다. 공개되지 않은 가치 있는 기술적, 경영적 정보를 영업비밀이라고 할 수 있다.

(2) 영업비밀 보호제도의 목적 및 취지

상거래에서의 영업비밀의 중요성은 최근 수십 년 간 크게 증가하여 왔는데, 그 이유는 ①수많은 신기술에 대한 지식재산권 보호에 있어 다른 형태의 법적 보호 수단은 그 적용과 효력이 불확실하다는 점, ② 다양한 분야에서 기술의 신속한 변화는 발명과 혁신의 보호에 대한 기존 법령들을 앞서가고 있다는 점, ③ 영업비밀은 특허와 달리 행정적 요인에 따른 지연 없이 당사자 간의 합의만으로 성립하여 비밀성의 소멸 시까지 계속된다는 점 등이라 할 수 있다. 그러나 영업비밀은 불안정한 형태의 재산권이며 또한 비밀성의 소멸과 동시에 종료된다는 점에서 고의나 과실에 의한 공개로부터 이를 보호해 줘야만 한다는 문제점을 가진다.

1) 건전한 경쟁질서 형성

영업비밀 보호조항을 동 법에 두게 된 것은 독일과 일본의 입법례에 따른 것이었고, 영업비밀 자체를 산업재산권과 같은 권리의 형태로서 보호하기보다는 타인의 노력과 성과에 편승하여 부당한 이익을 취득하려는 행위를 금지시키는 부정경쟁 금지의 법리에 따른 것이었다.

영업비밀의 법적 보호는 형식적 계약관계 없이도 공정거래가 이루어지도록 함으로써 상거래관계에 안정성을 부여하고, 나아가 거래 당사자 간 자유로운 정보교환의 틀을 마련해 줌으로써 상거래의 효율성과 생산성을 증대시킨다. 미국에서는 20세기 전반에 걸친 영업비밀 커먼로(common law)의 발달에 따라 상도덕이 지속적인 테마가 되어 왔으며, 이처럼 점점 높아져 가는 공정성에 대한 기대와 상도덕의 장려는 영업비밀보호법의 시금석이 되고 있다. 이와 같이 미국 영업비밀보호법의 주요 정책목표는 건전하고 공정한 상도덕을 강화하고 이를 지켜나가는 것이라 할 수 있다. 정직하고 믿음직한 거래의 장려는 가치 높은 아이디어들이 후대가 용이한 형태로 변화되고 스파이 기술의 정교화 및 세계화의 확대에 따라 그 중요성이 훨씬 더 커졌다 하겠다.

2) 기업의 기술개발 및 이전계약 등 촉진

영업비밀보호제도는 영업비밀보유자에게는 새로운 기술상 또는 경영상 정보의 개발의욕을 고취시켜 연구·개발활동을 촉진시키고, 이러한 정보를 보유하지 못한 경쟁자에게는 타인이 보유한 영업비밀을 부정한 수단으로 획득하려는 의도를 갖지 못하게 하여 독자적인 기술개발 노력을 하도록 하는 한편, 영업비밀보유자가 기술이전과정 등에서 발생할 수 있는 비밀누출의 가능성을 미리 예방하도록 하여 국내기업간 또는 국가간의 기술이전을 순조롭게 하여 기술이전시장의 형성 및 해당기술의 효율적 이용을 촉진시킨다.

3) 연구와 혁신의 장려

영업비밀보호법의 또 다른 취지는 연구와 혁신의 장려다. 그러나 이는 특허 및 무역 관계 법령들과 영업비밀보호법 간의 지속된 충돌로 인해 법정에서 매우 까다로운 문제가 되어 왔다. 무역규제에 반하는 정책이 아이디어의 공유를 통한 자유로운 사용을 허락하여 자율경쟁을 촉진하도록 하는 반면에, 특허 및 영업비밀 보호법에 내재하는 정책은 아이디어에 대해 어느 정도의 배타적 재산권을 부여하여 발명가 및 혁신가들에 대한 보상을 도모함으로써 새로운 아이디어의 사용과 발전을 촉진하고 있다. 영업비밀에 대한 법원의 인식강화와 미국 내 명백히 증가하고 있는 기술의 진보는 영업비밀보호법이 사회적 요구를 충족시키고 있다는 것을 나타낸다. 그러나 무엇보다도 영업비밀보호의 정책적 이익과 공공의 물질적 이익은 그 균형을 유지함이 중요하다 할 것이다.

4) 특허·저작권제도 보완

특허권이나 저작권으로 보호받기가 어려운 기술적 정보(예컨대, 자연법칙과 기초과학상의 발견, 연산법과 수학기식, 화학제품의 미묘한 조합, 온도·성분에 관한 기술적 노하우, 특허요건에 부합되지 않는 기술적 사상 등)나 비밀로 간직하고 있는 관리비결 등 경영상 정보, 영업상의 아이디어 등도 법적으로 보호받을 수 있게 함으로써 특허제도와 저작권제도를 보완하는 기능을 한다.

3. 영업비밀의 법적성격

영업비밀의 법적성격에 대하여 우리나라에서는 영업상의 이익 또는 사실상의 자산으로 이해되고 있으며, 영업비밀의 재산적 가치는 인정하지만 물권

또는 산업재산권과 같은 권리성은 인정하지 않는다. 그 이유는 ① 영업비밀 보호제도는 산업재산권과 같이 공개의 대가로 배타적 권리를 부여하는 제도가 아니라, 침해행위의 성질과 부정한 수단으로 영업비밀의 취득을 금지시키는데 착안한 제도이며, ② 물권 또는 산업재산권과 같은 공시제도가 존재하지 않고, ③ 영업비밀이 배타적 권리의 일종이라면 그 내용이 공개된 후 보호받을 수 없는 이유를 설명하지 못하기 때문이다.

영업비밀의 원칙은 신뢰관계의 위반, 커먼로 상의 전용, 불공정한 경쟁, 타인의 재산에 대한 불법적인 접근 또는 권한 없는 접근 등 일련의 보통법 상의 불법행위와 관련하여 발전하였다.

(1) 본질에 관한 학설 및 비교

첫째로, 인격권설은 영업비밀의 침해를 일종의 인격권의 침해로 보는 견해로서, 스위스의 통설의 태도이다.

둘째로, 기업권설은 영업비밀을 기업을 구성하는 사실관계로 인식하여, 영업비밀의 침해를 절대권으로서의 기업권 침해로 보는 견해로, 영업비밀이 독립적인 거래대상이며 독립적으로 상품화되는 상황을 설명하지 못한다.

셋째로, 부당이득설은 영업비밀의 침해를 자유로운 시장의 경쟁 질서를 침해하여 부당한 이익을 얻는 것으로 파악하는 견해이다. 우리 민법에서 법률상 원인 없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 손해를 가하는 것을 부당한 이득이라고 보듯이 부당이득설의 견해 또한 타인의 재산을 통하여 이익을 얻는 것이라는 점을 인정하므로 재산권을 인정하는 견해이다.

넷째로, 계약설은 영업비밀의 보유자가 비밀을 지키기 위하여 비고용인과 비밀유지에 관한 명시적 계약을 하지 않으면 영업비밀로서 보호받을 수 없다는 견해로, 영업비밀이 재산권이라기보다는 계약에 의하여 보호받을 수 있는 것이라고 본다. 다만, 계약설은 계약관계가 없는 경우에는 적용할 수 없으며, 다수의 국가들에서 형법을 통해 영업비밀을 보호하는 근거를 설명하지 못한다는 문제점이 있다.

다섯째로, 불법행위설은 영업비밀의 보호가 불법한 행위의 저지와 관련된 불법행위설 또는 불법행위이론이라고 불리는 견해로 미국의 불법행위법과 통일영업비밀법의 기초가 되었다. 이 견해는 영업비밀 침해에 대한 근간이 되는 견해로서 다른 견해들의 기초가 되는 견해라고도 볼 수 있으며 우리나라와 일본에서도 구체적인 영업비밀법의 제정 또는 적용 이전에는 불법행위

를 근거로 영업비밀을 보호해 왔다. 이 견해는 영업비밀법의 목적이 불법적인 행위를 징벌하고 방지함으로써 합리적인 상행위 기준을 권장하기 위한 것으로, 구체적인 불법행위가 발생한 경우에만 영업비밀의 침해를 주장할 수 있으므로 침해 이전의 사전적인 예방적 금지청구권의 인정에 대한 근거를 제시하지 못한다는 한계가 있다.

여섯째로, 재산권설은 영업비밀을 유체재산으로 유추하는 견해다. 이 견해에 의하면 정보는 판매할 수 있는 것이므로 재산이라고 보며 피고용인이 종전의 고용관계에서 얻은 기술이나 경험, 지식 등이 영업상의 비밀의 정보가 아니고 업계에 알려져 있는 정보인 경우에는 종전의 고용인이 아닌 다른 사람을 위하여서도 그러한 기술이나 정보를 사용할 수 있다고 본다.

일곱째로, 신뢰관계설은 영업비밀의 보유자와 침해자 간의 신뢰관계에 근거하여 영업비밀을 보호해야 한다는 견해로서, 영업비밀이 신뢰관계에서 습득된 것이므로, 해당 관계 이외에서 발설되는 것은 공정하지 못하다고 본다. 이 견해에 따르면, 피고용인에 의한 영업비밀의 이용 또는 공개와 관련하여, 피고용인은 묵시적 의무와 수탁자로서의 의무를 부담하여 고용인의 비밀을 외부에 유출하거나 사용하지 않을 의무를 진다. 이 견해는 당사자 간의 신뢰관계가 존재하는 경우에만 적용할 수 있고 신뢰관계 내지는 신뢰의 의무를 지지 않는 경우에는 적용할 수 없다.

(2) 판례를 통해 본 학설 적용

영업비밀의 성격은 견해에 따라 다양하게 논의되지만, 여러 견해를 통하여 영업비밀이 가지는 특유의 구별되는 가치의 윤곽을 이해할 수 있다. 우리 헌법 상 스스로의 노력과 자본투자 등에 의해서 이루어 놓은 인적, 물적 종합시설로서의 사업 내지 영업은 재산권의 범위에 포함된다고 보고 있고, 영업비밀이 재산으로서의 특성을 강하게 가지며, 영업비밀이 가지는 기타의 복합적인 성격들은 재산권으로서의 영업비밀의 성격을 바탕으로 하여 이해될 수 있는 것이라고 생각된다. 또한 신뢰관계설은 재산권설과 함께 가장 대표적으로 인용되고 있고, 대표적으로 미국 듀폰사건 판결²⁾을 통해 적용되었다. 듀폰 사건 이후 1980년 이전까지 법원은 재산설과 함께 신뢰관계설에 더욱 초점을 맞추었다. 1980년대에 들어서 영업비밀을 계약과 재산이 혼합된 성격으로 보는 시각이 우세한 견해로 등장하였다. 재산권의 개념과 관련해서는 모든 경제적 이익을 재산권이라고는 할 수 없고 법적 근거가 있는 경제적

2) E. I. DuPont de Nemours Powder Co. and Du Pont Co. v. Masland et al. 244 U.S. 100 (1917).

이익만을 재산권이라고 할 수 있으며, 재산권으로 인정된 것에 대해서만 법원은 타인의 방해를 금지하고 침해에 대하여 보상을 명한다. 법적 권리가 타인이 재산을 향유하는 것을 배제할 수 있는 법적 권리를 가지는 것이 개별적 재산권의 필수적인 요건이라고 할 수 있으므로 영업비밀을 재산으로 보는 견해에 의하면, 재산으로서의 영업비밀의 합법적 권리자는 타인이 해당 영업비밀을 이용하거나 그것을 통하여 이익을 얻는 것을 금지할 권리를 가진다고 볼 수 있다.

(3) ‘공유재의 비극’을 통해 살펴본 영업비밀 관리

생물학자이자 인류생태학자인 개릿 하딘(Garret Hardin)은 주인 없는 ‘공유지’인 목초지에 너도나도 가축을 방목하면 결국 그 땅은 풀 한 포기 없는 황무지로 변하는 ‘비극’을 맞게 된다고 경고한다. 임자는 없는데 쓸모가 있는 땅에는 이른바 ‘공유지의 비극(tragedy of commons)’이 나타난다는 것이다. 윤리의 문제가 경제의 문제가 되는 이유는, 재화의 ‘사용권에 대한 배제성’과 ‘사용량에 대한 경합성’ 때문이다. 사용권이 분명하여 내가 쓰면 남이 쓸 권리가 없어지면 그 재화는 배제성을 갖게 된다. 사용량에 한계가 있어 내가 쓰면 남이 쓸 수 있는 몫이 줄어들면 그 재화는 경합성을 갖게 된다. 이 두 가지 속성을 토대로 세상의 재화를 세 종류로 나누어 볼 수 있다. 먼저, 배제성과 경합성이 모두 있는 재화는 사유재이다. 반대로 배제성도 없고 경합성도 없는 재화는 공공재이다. 마지막으로 배제성은 없지만 경합성이 있는 재화가 공유재이다. 목초지나 연안 어장, 한강의 상수원 등이 대표적인 공유재이다.

기술지식이 독점성 또는 배제성을 확보하지 못할 경우, 누구나 마구잡이로 기술지식을 차용하게 되면서, 비슷한 기술을 이용한 유사 제품이 시장에 범람하고 제살깎기 경쟁이 치열해진다. 또 연구개발투자도 이루어지지 않으므로 기업이나 국민 모두 피해를 보는 비극이 발생하는 것이다. 이 비극을 피하기 위해 기업의 기술지식 관리는 특허, 영업비밀, 2차소싱(second sourcing)³⁾의 세 가지 전략 가운데 하나를 선택하게 된다. 특히, 영업비밀은

3) 2차소싱은 약간의 배제성을 유지하면서 경합성을 없애는 전략이다. 남들을 많이 내 편으로 그러모아 자연독점(natural monopoly) 시장을 만드는 것이다. 용어가 암시하는 것처럼, 독점기술을 가지고 있는 기업(1차 생산자)이 기술이 없는 다른 기업(2차 생산자)에게 기술지식은 물론 생산권리까지를 제공한다. 언뜻 보면 어리석은 전략이지만 그 이면에는 ‘기술표준(technical standard)’과 ‘잠금효과(lock-in effect)’로 시장의 지배력을 확보하려는 의도가 깔려있다. 기술을 공개하여 우리 기술을 표준으로 삼는 시장의 울타리를 넓히고, 또 한번 우리 기술을 받아들이면 다른 기술로 바꾸지 못하게 문을 안쪽에서 잠그는 것이다. ‘기술권리’라는 작은 파이를 혼자 먹는 것보다 파이를 크게 키운 후 ‘시장지배’로 가장 큰 몫을 챙기면 결국 더 많이 먹을 수 있다는 계산법이다.

배제성은 느슨하게 하면서 경합성을 엄격하게 유지하는 전략이다. 나만의 것이라고 주장하기 보다는 나만 쓰게 만드는 것이다. 산업재산권인 특허와 달리 노하우 등 영업비밀은 공개와 검증의 절차를 거치지 않은 채 ‘숨겨진 비법’으로 ‘영원히’ 보호할 수 있다. 그러나 누군가가 그 비밀을 알아버리는 순간 바로 독점권이 사라지게 되므로, 기술지식이라는 재화는 언제라도 공유지의 비극을 맞게 될 여지를 안고 있다.

(4) 공익을 위한 영업비밀 사용의 합헌성 검토

우리나라 헌법은 제23조에서 재산권의 보장과 그 제한에 대하여 규정하고 있고, 제22조에서는 저작자·발명가·과학기술자 등의 권리는 법률로써 보장하고 있다.⁴⁾ 영업비밀의 공익을 위한 사용이 헌법에 의해 정당화되기 위해서는 영업비밀의 수용이 공익을 위한 것인지와 수용에 대한 정당한 보상이 주어졌는지가 검토되어야 한다. 정부행위가 재산권에 대한 중대한 물리적 손상을 야기하였다면 재산권의 수용이 일어난 것으로 볼 수 있으며 정당한 보상을 지급해야 한다. 영업비밀이 개인에 의해 부당하게 이용된 경우에 소유자는 불법행위자에 의해 발생한 손해나 불법행위자가 얻은 이익을 배상받을 수 있다. 이때 소유자에게 발생한 손실액을 판단하기 위하여 법원은 일실회익, 개발비용과 합리적 실시료를 고려한다. 이러한 개인에 의한 영업비밀의 침해에 대한 손실보상액의 산정기준은 정부에 의한 영업비밀의 수용의 경우에 정당한 보상을 결정하는데 참고가 될 수 있다. 한편 공익성이 강한 임상처치 등을 포함한 의료방법에 대해서 영업비밀로도 보호할 수 있어야 한다는 학계 안팎의 견해가 비등하고 있고, 이를 위해 의료방법을 창출해낸 자에게 일정 권리를 부여하면서도 이미 만들어진 의료방법이 최대한 활용되도록 하여 의료품질 향상과 의료비지출 경감이라는 공익도 도모할 수 있도록 영업비밀 보호 대상이 될 수 있도록 하여야 할 것이다.

4) 헌법 제23조 ① 모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다. ② 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다. ③ 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다; 헌법 제22조 ① 모든 국민은 학문과 예술의 자유를 가진다. ② 저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다.