하도급법상 기술자료 관련 규정의 보완에 관한 연구

A Study on the Provisions Relating to the Technical Data in the Fair Transactions in Subcontracting Act

최 기 성 (Gi-Sung, Choi)
변호사

논문접수 : 2018. 2. 12. 심사게시 : 2018. 2. 21. 게재확정 : 2018. 3. 13.

목 차

Ⅰ. 서론

Ⅱ. 기술자료 관련 규정 도입의 경과 및 의미
1. 하도급법 기술자료 관련 규정 도입의 경과
2. 기술자료 관련 규정 도입의 의미(1): 공정거래법과의 관계
3. 기술자료 관련 규정 도입의 의미(2): 부정경쟁방지법과의 관계

Ⅲ. 기술자료 정의 규정의 해석과 개선방안
1. 하도급법 및 동법 시행령의 정의 규정
2. 기술자료 정의 규정 해석의 중요성
3. 관련 법령 등에서의 정의와의 비교
4. 경제적 유용성
5. 비공지성

Ⅳ. 비밀관리성 요건의 해석과 개선방안
1. 비밀관리성 해석의 중요성
2. 영업비밀에서의 비밀관리성의 해석 및 개정 경과
3. 제외국의 최근 논의
4. 기술자료에서의 비밀유지성

Ⅴ. 금지 규정 및 법위반의 효과 등
1. 금지 규정
2. 법위반의 효과 등

Ⅵ. 결론

Ⅶ. 보론: 미국 연방 조달규정 체계에서의 기술자료의 보호

국문요약

하도급법의 기술자료 관련 규정은 대기업 등이 하도급거래 관계에 있는 중소기업이 보유한 기술을 탈취하는 등의 일이 다수 발생하고 이는 불공정한 거래행위에 해당한다는 인식에서 규정하게 된 것이다.

하도급법에 기술자료 관련 규정을 규정함으로써 거래상의 지위를 쉽게 인정할 수 있고, 공정거래위원회의 시정조치가 가능하며, 기술자료 유용의 경우 징벌적 손해배상의 대상이 될 수 있다는 등의 독자적인 의미가 있다.

하지만 사회적인 관심이 높음에도 불구하고 실제 기술자료 관련 규정이 활용되는 사례가 거의 없다. 그 원인의 하나로 기술자료 관련 규정이 불분명하고, 규정의 정비가 필요하기 때문이라는 점을 들 수 있다.

따라서 본 논문에서는 기술자료 관련 규정의 해석론을 검토하고 보완이 필요한 경우는 입법 과제를 제시함으로써 규정의 실효성을 제고하고자 한다. 특히 비밀관리성을 포함한 기술자료의 요건에 관련한 논의를 중심으로 기술자료 관련 규정의 해석 및 개선방안을 검토하고자 한다.

※ 주제어 : 하도급법, 기술자료, 영업비밀, 공정거래위원회, 징벌적 손해배상

Ⅰ. 서론

기업이 보유하고 있는 기술과 같은 무형적인 자산은 특허 등 지식재산권의 형태로 보호받을 수도 있지만, 영업비밀로 관리하는 경우에도 일정한 경우 보호받을 수 있다. 부정경쟁방지 및 영업비밀의 보호에 관한 법률(이하 '부정경쟁방지법'이라고 한다)이 이러한 영업비밀의 보호를 규율하여 왔다.

그런데 하도급거래에서는 위탁을 받는 수급사업자는 원사업자와 대등한 지위에서 거래를 하지 못하는 경우가 많으므로 원사업자가 수급사업자에게 기술과 관련한 자료를 요구하는 경우 거절하기 어렵고, 원사업자가 이를 이용하여 자신의 이익을 추구하더라도 막거나 보상을 요구하기 어렵다는 지적이 있었다. 이런 점을 고려하여 2010년 하도급거래 공정화에 관한 법률(이하 '하도급법'이라고 한다)에 원사업자의 기술자료 제공 요구 및 유용을 금지하는 규정을 두게 되었다.

그러나 현재까지 공정거래위원회나 법원에서 다루어진 사례는 극히 적다. 정부가 중소기업의 기술을 보호하고자 하는 정책을 지속 추진하고 있으며, 관련 입법활동도 활발하게 이루어지는 등 사회적 관심이 높음에도 이례적인 결과라고 할 수 있다.

이 글에서는 기술자료 관련 규정 도입 및 개정의 경과와 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 '공정거래법'이라고 한다)이나 부정경쟁방지법이 아닌 하도급법에 규정을 두는 의미를 살펴보고(Ⅱ.항), 기술자료 정의 규정의 해석 및 개선방안을 검토한다(Ⅲ.항). 또한 기술자료 요건의 핵심은 "상당한(합리적인) 노력에 의해 비밀로 유지될 것"으로 파악되는데, 이에 관하여는 별도의 항으로 살펴본다(Ⅳ.항). 다음으로, 금지규정과 법위반의 효과에 관련한 규정의 해석 및 개선방안을 검토한다(Ⅴ.항). 위와 같은 논의를 통하여 하도급법의 기술자료 관련 규정이 실효성 있게 운영될 수 있는 방향을 모색하고자 한다.

Ⅱ. 기술자료 관련 규정 도입의 경과 및 의미

1. 기술자료 관련 규정 도입의 경과

가. 부당한 경영간섭의 예시

하도급법이 기술자료 관련 규정을 두기 전에는 하도급거래공정화지침에서 “수급사업자에게 납품관련 기술자료 등을 정당한 이유없이 요구하여 제공 하도록 하는 행위”를 하도급법 제18조[1]의 부당한 경영간섭의 하나로 보았다.[2]

판례에서는 휴대용 충전기의 제조를 위탁한 원사업자가 수급사업자에게 승인원을 제출하도록 한 사안에서 위 휴대용 충전기의 구조나 동작원리가 비교적 간단한 것으로 보이는데도 승인원에 회로도, 부품의 종류와 구체적인 기능, 동작원리뿐만 아니라 원자재 구매처 및 제조공정 등 구체적인 조립방법까지 요구한 것은 부당한 경영간섭에 해당한다고 보았다.[3]

나. 기술자료 관련 규정의 신설 및 개정

2010. 7. 26. 시행된 구 하도급법(2010. 4. 12. 법률 제10250호로 개정되기 전의 것)에서 기술자료 관련 규정들이 신설되었다. 이후 2011. 6. 30. 시행된 구 하도급법(2011. 5. 24. 법률 제10719호로 개정되기 전의 것) 개정을 통해, ① 기술자료 제공 ‘강요’가 ‘요구’로 변경되었고, ② 기술자료 제공 요구는 원칙적으로 금지되는 점을 명확히 하였다. 또 ③ 제2항의 서면교부의무를 신설하였다. 한편 제12조의3 위반시 손해배상책임을 명문화한 제35조를 신설하였다. 위 개정으로 현재 기술자료 관련 규정의 형태를 갖추게 되었다.

2018. 7. 17. 시행 예정인 하도급법(2018. 1. 16. 법률 제15362호로 개정되기 전의 것)에서 제2조 제15항의 기술자료의 정의 규정이 개정되었다.

---

1) 제18조(부당한 경영간섭의 금지) 원사업자는 하도급거래량을 조절하는 방법 등을 이용하여 수급사업자의 경영에 간섭하여서는 아니 된다.

2) 2009. 8. 12. 8차 개정 하도급거래공정화지침 Ⅲ. 17. 바.항. 2010. 7. 23. 9차 개정시 삭제되었다.

3) 서울고등법원 2009. 11. 12. 선고 2008누11237 판결(대법원 2010. 4. 8. 선고 2009두23303 판결에서 심리불속행 기각).

2. 기술자료 관련 규정 도입의 의미(1): 공정거래법과의 관계

가. 기술자료 금지 규정은 거래상지위의 남용의 불공정거래행위

하도급법 금지 규정의 불공정성은 원사업자가 수급사업자에 대하여 우월한 거래상의 지위를 남용하는 것이 본질이다. 즉, 하도급법은 공정거래법 제23조 제1항 제4호의 거래상지위의 남용을 하도급거래관계에 적용한 특별법이다. 하도급법 제28조에서는 하도급법이 적용되는 경우 공정거래법 제23조 제1항 제4호를 적용하지 아니한다고 규정하여 이를 분명히 하고 있다.

따라서 기술자료 관련 금지규정도 거래상지위의 남용의 측면에서 파악하는 것이 자연스럽다. 거래상지위의 남용으로 본다면 제공요구 금지는 이익제공강요[4]의 유형으로, 유용 금지는 불이익제공[5]으로 볼 수 있을 것이다.

나. 공정거래법과의 비교를 통한 기술자료 관련 규정의 의의

거래상 지위 남용의 위법성은 ① 사업자가 거래상대방에 대해 거래상지위를 가지고 있는지 여부, ② 거래내용의 공정성을 침해하는지 여부, ③ 합리성이 있는 행위인지 여부를 종합적으로 고려하여 판단한다. 거래상 지위가 있는지 여부는 엄격하게 판단하는데, 민법의 불공정성 판단기준을 예외적으로 완화하는 것이기 때문이다(불공정거래행위 심사지침 Ⅴ 6. (1), (4)).

그런데 하도급법은 하도급거래의 요건을 명확하게 규정하여 공정거래법의 경우보다 간이하고 신속한 법집행을 추구한다.[6] 특히 하도급거래의 요건에만 해당하면 거래상 지위를 일률적으로 인정하는 것으로 볼 수 있다.[7] 따라서 기술자료 관련 규정도 하도급법에 규정함으로써 거래상 지위를 쉽게 인정할 수 있다는 의미가 있다.

다만, 아래 다.항과 같이 하도급법의 기술자료 유용 금지는 불공정한 거래행위

4) 거래상대방에게 자기를 위하여 금전 · 물품 · 용역 기타의 경제상의 이익을 제공하도록 강요하는 행위(공정거래법 시행령 별표 1의2 6. 나.)
5) 가목 내지 다목에 해당하는 행위 외의 방법으로 거래상대방에게 불이익이 되도록 거래조건을 설정 또는 변경하거나 그 이행과정에서 불이익을 주는 행위(공정거래법 시행령 별표 1의2 6. 라.)
6) 村上政博 外 編集, 「條解 獨占禁止法」, 弘文堂, 2014, 891-892면.
7) 홍명수, "하도급법상 원사업자 규제의 개선방안에 관한 고찰", 「경쟁법연구」 제16권(2007), 135면.

의 유형 중 기술의 부당이용의 전형적인 예로도 볼 수 있다.

다. 공정거래법상 불공정한 거래행위 중 기술의 부당이용

공정거래법 제23조 제1항 제5호는 부당하게 다른 사업자의 사업 활동을 방해하는 행위를 불공정한 거래행위로 규정하였다. 사업활동 방해 중 기술의 부당이용은 다른 사업자의 기술을 부당하게 이용하여 다른 사업자의 사업활동을 심히 곤란하게 할 정도로 방해하는 행위를 말한다(공정거래법 시행령 별표 1의2 8. 가.).

그런데 기술의 부당이용이 공정거래위원회나 법원에서 다루어진 사례는 발견되지 않고 있다. 학설에서는 그 이유로 기술의 부당이용이 규제하는 영역은 대부분 하도급거래의 경우에 빈번할 것이라는 점을 공통적으로 지적한다. 또 사업 활동의 방해 유형이 다른 불공정거래행위 유형에 대하여 보충적인 성격을 갖고 있기 때문이라거나,[8] 부정경쟁방지법을 비롯한 지식재산권법에 의해 규제될 수 있는 행위를 중복 규제한 것이기 때문이라고 보는 견해들이 있다.[9]

하도급법 제28조는 하도급법이 공정거래법 제23조 제1항 "제4호"에 우선하여 적용된다고 규정하고 있으므로, "제5호"에 해당하는 기술의 부당이용은 하도급법 규정과 중복 적용이 가능할 것으로 보인다.

3. 기술자료 관련 규정 도입의 의미(2): 부정경쟁방지법과의 관계

가. 부정경쟁방지법과 하도급법(공정거래법)의 관계

영업비밀침해행위는 별도의 법률이 아닌 부정경쟁방지법에 규정함으로써 부정경쟁금지의 법리가 적용된다.[10] 즉, 영업비밀침해행위는 부정경쟁행위에 속한다. 한편 위 2.항에서 살펴본 것과 같이 기술자료 관련 규정은 불공정한 거래행위에 속한다.

---

8) 홍명수, "불공정거래행위의 유형에 따른 위법성 판단", 「경희법학」, 제50권 제3호(2015), 71면.
9) 이봉의, "IT중소벤처분야에서 발생하는 불공정거래관행 근절을 위한 제도개선방안에 관한 연구", 공정거래위원회 연구용역보고서, 2005, 88면; 한철수, 「공정거래법」, (사)공정경쟁연합회, 2016, 432면; 홍대식, "공정거래법과 지적재산권법: 공정거래법 위반의 주장과 지적재산권 침해금지소송", 「민사판례연구 31」, 2009, 994면.
10) 김병남, 「영업비밀보호법 실무」, 세창출판사, 2016, 15면; 정호열, 「부정경쟁방지법론」, 삼지원, 1993, 232-233면.

부정경쟁행위와 불공정한 거래행위의 관계에 관하여 거래 또는 경쟁의 질서를 도모한다는 공통점은 인정하되, 부정경쟁행위는 사법적 구제에 초점을, 불공정한 거래행위는 공법적 규율에 초점이 맞추어진다는 차이 등이 있다고 한다.[11] 양자가 중첩되는 경우가 있을 때에는 중복 적용을 할 수도 있지만 부정경쟁방지법 제15조 제2항에 따라 공정거래법을 우선 적용하도록 입법적으로 해결하였다.

물론 부정경쟁방지법 제15조 제2항에 하도급법은 규정되어 있지 않으므로, 부정경쟁방지법과 하도급법 규정은 기본적으로 중복 적용될 수 있을 것이다.

나. 부정경쟁방지법과의 비교를 통한 하도급법 기술자료 관련 규정의 의의

다소의 차이는 있지만 부정경쟁방지법과 하도급법은 거래를 공정하게 하고자하는 본질에 공통점이 있다. 특히 기업이 보유하고 있는 기술을 거래과정에서 다른 사업자가 부당하게 침해하는 경우를 다루고 있는 점에서 영업비밀과 기술자료 관련 규정은 동일한 목적을 갖는다. 그렇다면 기존 부정경쟁방지법과 별도로 하도급법에 기술자료 관련 규정을 도입하는 의의는 어디에 있는지 살펴볼 필요가 있다. 그 출발점은 양 법의 차이점, 특히 하도급법의 적용이 부정경쟁방지법보다 유리한 점[12]으로부터 발견할 수 있다고 생각된다.

첫째, 기술자료 관련 규정을 위반하면 공정거래위원회에 의한 시정조치가 가능하다(하도급법 제25조). 반면 영업비밀 침해행위는 시정권고의 대상에서 배제된다(부정경쟁방지법 제8조). 즉, 하도급법은 공법적 규율도 가능하다.

둘째, 기술자료를 유용한 것으로 인정되면 이른바 징벌적 손해배상의 대상이 될 수 있다(하도급법 제35조 제2항). 징벌적 손해배상의 도입에 논란이 있었으나 하도급법 기술자료 유용행위에 관련하여 최초로 도입된 바 있다.

셋째, 기술자료 관련 규정의 위반자는 원사업자, 즉 외부자로 한정된다. 반면 영업비밀침해행위의 경우 침해자는 내부자(임직원)가 될 수도 있고 외부자가 될 수도 있다. 또 분쟁의 대부분이 내부자에 의한 유출의 경우이다.[13] 그런데 외부자에

11) 권오승·서정, 「독점규제법(제2판)」, 법문사, 2016, 393면; 신동권, 「독점규제법(제2판)」, 박영사, 2016, 616면.
12) 이하의 관련 부분에서 살펴볼 것이지만 부정경쟁방지법의 적용이 유리한 부분도 있다. 예를 들어 하도급법의 경우 금지청구가 불가능한 점, 손해배상액을 추정할 수 있는 규정 등이 없는 점을 들 수 있다.
13) 정차호, "영업비밀 관리성 요건: 객관적 인식을 위한 상당한 노력", 성균관법학 제26권 제1호(2014), 309-310면. 영업비밀 관련 사건의 상대방, 피고 또는 피고인이 개인이 다수(개인만이 상대방인 경우가 74%에 달한다)인 것도 마찬가지 이유로 보인다

의한 유출은 내부자에 의한 유출보다 낮은 수준의 비밀관리성을 요구하여야 한다.

넷째, 기술자료의 요건을 충족하는 것이 영업비밀의 경우보다 쉽다. 견해의 대립은 있지만 법문상 비공지성을 요구하지 않고 있다. 다만, 비공지성을 요구하지 않는 것만으로는 충분하지 않고, 비밀관리성을 영업비밀보다 완화하는 해석 또는 개정이 필요하다. 셋째 및 넷째 항목은 아래 Ⅳ.항에서 자세히 검토한다.

Ⅲ. 기술자료 정의 규정의 해석과 개선방안

1. 하도급법 및 동법 시행령의 정의 규정

'기술자료'란 "상당한 노력에 의하여 비밀로 유지된 제조·수리·시공 또는 용역수행 방법에 관한 자료, 그 밖에 영업활동에 유용하고 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로서 대통령령으로 정하는 자료"를 말한다(하도급법 제2조 제15항). 위 '대통령령으로 정하는 자료'란 "1. 특허권, 실용신안권, 디자인권, 저작권 등의 지식재산권과 관련된 정보, 2. 시공 또는 제품개발 등을 위한 연구자료, 연구개발보고서 등 수급사업자의 생산·영업활동에 기술적으로 유용하고 독립된 경제적 가치가 있는 정보"를 말한다(하도급법 시행령 제2조 제8항).

기술자료에 해당하려면 3가지 종류의 자료, 즉 ① 제조·수리·시공 또는 용역수행 방법에 관한 자료, ② 지식재산권과 관련된 정보, ③ 수급사업자의 생산·영업활동에 기술적으로 유용하고 독립된 경제적 가치가 있는 정보 중 하나에 해당하여야 한다. 그런데 위 ③에서 "기업의 업무에 관련한 정보 일체"를 포함하는 취지로 규정하고 있으므로,[14] 기술자료의 종류에 포함되지 않는 경우는 상정하기 어려울 것이다. 따라서 나머지 요건에 따라 기술자료에 해당하는지가 결정될 것이다,

(특허청, "공정한 기술개발환경 조성을 위한 영업비밀 보호제도 개선에 관한 연구", 2011. 10., 176, 166면 참고).

14) 도두형, "기술자료 제공요구 및 유용행위 심사기준 마련방안 연구", 공정거래위원회 연구용역 보고서, 2011. 47면.

2. 기술자료 정의 규정 해석의 중요성

가. 원사업자는 기술자료에 해당하는지 여부를 적극적으로 다투게 될 것

원사업자의 입장에서는 기술자료에 해당하지 않는다고 주장하여, 제12조의3의 금지규정을 위반하였는지의 판단을 받는 것을 피하고자 할 것이다. 특히 제12조의3 제1항의 기술자료 제공요구는 원칙적으로 금지되므로, 원사업자는 정당한 사유를 입증해야 하는 부담이 있다. 공정거래위원회의 신고사건에서도 기술자료에 해당하지 않는다는 이유로 종결되는 경우가 나타나고 있다.[15]

나. 수급사업자는 기술자료에 해당하는지 여부를 쉽게 알 수 없음

원사업자가 기술자료가 아니라고 주장하면 수급사업자 측에서 기술자료에 해당한다는 점을 입증하여야 할 것이다. 그런데 기술자료의 요건이 영업비밀의 요건에 준하여 마련되어 있기 때문에 기술자료에 해당하는지 여부는 쉽게 판단하기 어렵고, 입증하기도 어렵다. 이렇게 규정한 이유는 기술자료를 넓게 인정하면 기술개발과 관련한 하도급거래 자체를 위축시킬 우려가 있기 때문이라고 한다.[16] 이러한 취지를 고려하더라도 기술자료 해당 여부를 판단하기 어려워진 것은 사실이다. 이 점이 기술자료 관련 규정의 법집행 실적이 저조하고[17] 법원에서도 거의 다루어지지 않는 주요한 이유 중 하나라고 생각된다.

다. 기술자료 심사지침은 참고자료에 불과함

기술자료 심사지침은 기술자료의 요건을 상세하게 다루고 있어 해석의 참고자료가 될 수 있지만, 법령의 위임에 따른 것이 아니라 법령상 금지규정의 운영과 관련하여 심사기준을 마련하기 위하여 만든 공정거래위원회 내부의 사무처리지침에

15) 2013년~2017년 기술자료 관련 종결된 26건 중 5건이 '기술자료에 해당하지 않는다'는 이유로 종결되었다(공정거래위원회, "대·중소기업 간 상생협력을 위한 기술유용행위 근절대책", 2017. 9. 8., 2면).

16) 오승돈, 「하도급법」, 지식과감성, 2017, 248면.

17) 2013년부터 2017년까지 신고도 26건에 불과하고, 공정거래위원회의 조치도 5건에 불과하였다. 공정거래위원회의 조치가 이루어진 사례로, ① 공정거래위원회 2015. 8. 3.자 2013서제3358 의결, ② 공정거래위원회 2014. 10. 10.자 2013제하3664 의결, ③ 공정거래위원회 2017. 4. 25.자 2016제하1989 의결, ④ 공정거래위원회 2017. 4. 25.자 2016제하2092 의결, ⑤ 공정거래위원회 2017. 4. 25.자 2016제하2208 의결이 있다.

불과하다는 한계가 있다.[18] 또한 기술자료 심사지침은 원사업자의 입장에서 침익적 행정처분의 근거가 될 수 있으므로 엄격한 해석·적용이 요구된다.[19]

3. 관련 법령 등에서의 정의와의 비교

가. 부정경쟁방지법의 '영업비밀'과의 비교

부정경쟁방지법상 '영업비밀'의 요건으로는, 대체로 공연히 알려져 있지 않을 것(비공지성), 비밀로서 관리되고 있을 것(비밀관리성), 독립된 경제적 가치를 가진 것으로서 생산방법, 판매방법, 그 밖에 영업활동에 유용할 것(경제적 유용성)의 세 가지를 논의한다(부정경쟁방지법 제2조 제2호).

나. 업무상배임죄를 판단함에 있어 '영업상 주요한 자산'과의 비교

회사 직원이 경쟁업체 또는 스스로의 이익을 위하여 이용할 의사로 무단으로 자료를 반출한 행위가 업무상배임죄에 해당하는지 여부가 다투어질 때 판례에서는 '영업상 주요한 자산'에 해당하여야 한다고 본다.

즉, "그 자료가 반드시 영업비밀에 해당할 필요까지는 없다고 하더라도, 적어도 그 자료가 불특정 다수인에게 공개되어 있지 않아 보유자를 통하지 아니하고는 이를 통상 입수할 수 없고, 그 자료의 보유자가 자료의 취득이나 개발을 위해 상당한 시간, 노력 및 비용을 들인 것으로 그 자료의 사용을 통해 경쟁자에 대하여 경쟁상의 이익을 얻을 수 있는 정도의 영업상 주요한 자산에는 해당할 것을 요한다."[20] 결국 영업비밀의 요건 중 비공지성 및 경제적 유용성을 요하는 취지로 보인다.

다. 상생협력법의 '기술자료'와의 비교

구 대·중소기업 상생협력 촉진에 관한 법률(이하 '상생협력법'이라고 한다)(2007. 5. 17. 법률 제8852호로 개정되기 전의 것)은 중소기업 기술을 안전한 제3의

18) 대법원 2004. 9. 24. 선고 2001두6364 판결 참고.
19) 대법원 2016. 9. 30. 선고 2015두53961 판결 참고.
20) 대법원 2011. 6. 30. 선고 2009도3915 판결.

기관에 보관하는 기술자료 임치제도를 도입하면서(제24조의2 이하) 기술자료의 정의조항 등 관련 규정을 마련하였다.

하도급법상 기술자료 정의 규정은 상생협력법을 참고하여 도입하였다.[21] 그런데 상생협력법상 '기술자료'의 정의 규정은 자료의 종류는 하도급법과 유사하게 규정하면서도 비밀로 유지될 것은 요구하지 않는 차이가 있다(제2조 제9호).

한편 상생협력법은 하도급법과 유사한 금지규정을 두고 있다(제25조 제1항 제12호, 제2항). 다만, 하도급법은 상생협력법에 우선하므로(하도급법 제34조), 상생협력법의 규정은 하도급법이 적용되지 못하는 경우에 의미가 있을 것이다.

라. 산업기술보호법의 '산업기술'과의 비교

산업기술의 불법 해외유출을 방지하기 위한 산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률(이하 '산업기술보호법'이라고 한다)에서 산업기술은 산업기술보호법 제2조 제1호 가목 내지 자목에서 산업기술보호법 또는 다른 법률을 통해 지정·고시·공고·인증하는 기술이다. 예를 들어 국가핵심기술(제2조 제1호 가목)에 해당하는 기술은 산업통상자원부 고시에서 각 분야 별 기술을 자세하게 규정하고 있다.[22]

즉, 기술의 종류를 비교적 구체적으로 정하고 있는 특징이 있다. 대법원도 산업기술에 해당하는지 여부를 판단함에 있어 부정경쟁방지법상 비공지성(비밀성), 비밀유지성(비밀관리성), 경제적 유용성 등의 요건을 요구하지 않는다고 한다.[23]

마. 공정거래법상 기술의 부당이용에서 '기술'과의 비교

공정거래법에서 불공정거래행위의 하나로 보는 '기술의 부당이용'에서 '기술'은 특허법 등 관련 법령에 의해 보호되거나 상당한 노력에 의하여 비밀로 유지된 생산방법 · 판매방법 · 영업에 관한 사항 등을 말한다(불공정거래행위 심사지침 Ⅴ. 8.).

21) 정재룡, "하도급거래 공정화에 관한 법률 일부개정법률안 검토보고서", 2009. 11., 9면 각주 8).
22) 제2017-150호, 2017. 10. 27. 시행. 위 고시에는 예를 들어, 전기전자 분야에서 "전기자동차用 등 중대형고에너지밀도(파우치형 200Wh/kg이상 또는 각형은 파우치형의 85%) · 고온안전성(섭씨50도 이상) 리튬이차전지 설계기술 및 공정기술, 제조기술"을 국가핵심기술로 지정하고 있다.
23) 대법원 2013. 12. 12. 선고 2013도12266 판결.

바. 검토

구분	명칭	경제적유용성	비밀관리성	비공지성	비고
하도급법	기술자료	O	상당한	견해 대립	
부정경쟁방지법	영업비밀	O	합리적인	O	
배임죄	영업상 주요한 자산	O	–	O	판례
상생협력법	기술자료	O	–	O	
산업기술보호법	산업기술	–	–	–	
기술의 부당이용	기술	–	상당한	–	심사지침

기술자료를 보호하는 법제들이 보호하고자 하는 대상 별 요건의 차이는 표에서 정리한 것과 같다.

하도급법상의 기술자료의 요건을 해석함에 있어 영업비밀의 축적된 이론과 판례의 해석을 참고하는 것이 가장 간이한 방법이다. 기술자료 심사지침도 같은 취지에서 마련된 것으로 보인다. 영업비밀에서의 논의를 참고하여 검토하되, 다음과 같은 점을 중심으로 살펴본다.

첫째, 경제적 유용성이 기술자료에서도 공통 요건인지 검토되어야 한다. 둘째, 비공지성이 기술자료의 요건에서 명시적으로 배제되었는지 여부이다. 셋째, 비밀관리성을 영업비밀과 같이 해석할 것인지 완화하여 해석할 것인지 여부이다.

4. 경제적 유용성

영업비밀의 요건인 경제적 유용성은 “그 정보의 보유자가 그 정보의 사용을 통해 경쟁자에 대하여 경쟁상의 이익을 얻을 수 있거나 또는 그 정보의 취득이나 개발을 위해 상당한 비용이나 노력이 필요하다는 것”이라고 설명된다.[24]

경제적 가치가 있는지의 입증이나 판단은 어려우므로, 결국 자료의 취득이나 개발에 상당한 비용이나 노력이 들것인지 여부에 따라 판단하게 될 것이다. 예를 들어, 이미 매체에 공개된 자료 또는 공지의 기술을 별다른 노력 없이 개선한 자료는 상당한 비용이나 노력이 들었다고 보기 어렵다.[25]

24) 대법원 2008. 2. 15. 선고 2005도6223 판결.
25) 대법원 2003. 1. 24. 선고 2001도4331 판결 참고.

하도급법 제2조 제15항의 법문을 크게 ① 제조·수리·시공 또는 용역수행 방법에 관한 자료와 ② 그 밖에 영업활동에 유용하고 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로서 대통령령으로 정하는 자료로 나눌 수 있는데, ①의 경우는 영업활동에 유용하고 독립된 경제적 가치를 별도로 요구하지 않는 것인지 문제가 될 수 있다.

학설로는 ②와 달리 ①의 경우에는 '유용하고 독립된 경제적 가치'가 있을 것이 명시되어 있지 않으므로, 보호가치가 없는 기술까지 포함하여 보호하는 것은 문제라는 견해가 있다.[26]

하지만 ①의 경우도 '유용하고 독립된 경제적 가치'를 요구하고 있다고 보아야 한다. ①에 명시하지 않은 이유는 '제조·수리·시공 또는 용역수행'이 하도급거래의 위탁 그 자체를 의미하므로(하도급법 제2조 제1항 참고), 관련한 자료는 당연히 경제적 가치를 갖는 것으로 전제한 것으로 생각된다.

공정거래위원회의 심결에서도 명시적으로 밝힌 것은 아니지만 보호가치가 있는지 여부를 고려하고 있는 것으로 보인다. 금형의 제작을 위한 설계도 중 '조립도'는 금형 자체에 대한 일반적인 설계도로 기술자료에 해당하지 않는다고 보고, '제작도'는 금형을 구체적으로 설계하기 위한 세부 도면으로, 금형업체의 기술적 노하우 등이 포함되어 있다고 보아 기술자료에 해당한다고 판단하였다.[27]

입법론으로는 하도급법 제2조 제15항을 "(상당한 노력에 의하여) 비밀로 유지된 것으로서 영업활동에 유용하고 독립된 경제적 가치를 가지는…"과 같이 개정하여 공통 요건임을 명확하게 하는 것이 바람직하다고 생각된다.

5. 비공지성

가. 문제의 소재

기술자료의 경우에도 영업비밀의 요건인 비공지성을 요구하는지 문제가 된다. 영업비밀에서의 비공지성이란 "그 정보가 간행물 등의 매체에 실리는 등 불특정 다수인에게 알려져 있지 않기 때문에 보유자를 통하지 아니하고는 그 정보를 통상

26) 신보경, "하도급법상 기술유용행위에 대한 징벌적 손해배상책임의 문제점", 「기업소송연구」 제11호(2013), 288면.
27) 공정거래위원회 2014. 10. 10.자 2013제하3664 의결.

입수할 수 없는 것"이고, "보유자가 비밀로서 관리하고 있다고 하더라도 당해 정보의 내용이 이미 일반적으로 알려져 있을 때에는 영업비밀이라고 할 수 없다."고 한다.[28]

기술자료 정의 규정에는 영업비밀과 달리 '공공연히 알려져 있지 아니할 것'을 명시하고 있지 않고 있다.

나. 견해의 대립

비공지성을 요구한다는 견해는 비공지성을 요구하지 않으면 기술자료의 개념이 지나치게 넓게 정의된다고 본다.[29] 반면 비공지성은 요구하지 않는다는 견해는 입법 당시 비공지성 문언을 명시적으로 배제하였고, 입법취지상 기술자료의 개념은 수급사업자에게 유리하게 정하는 것이 타당하다고 본다.[30]

공정거래위원회 심결은 비공지성은 요구되지 않으므로 공연히 알려져 있는 공지의 정보 또는 자료라고 하더라도 하도급상 기술자료에 해당할 수 있다고 한다.[31]

다. 검토

법문만으로 보면 비공지성은 포함되지 않다. 다만, 입법 과정에서 비공지성을 명시적으로 배제한 것인지는 분명하지는 않다. 하지만 다음과 같은 점을 고려할 때 비공지성은 요구하지 않는 것으로 보아야 한다.

첫째, 비공지성을 인정하면 기술자료의 범위가 지나치게 축소된다. 영업비밀에 관련한 민사사건에서 비밀관리성을 이유로 기각된 사건이 50건, 비공지성을 이유로 기각된 사건이 41건(중복 23건)으로 비공지성을 갖추지 못하여 기각되는 경우가 상당한 비중을 차지한다는 통계가 참고가 될 수 있을 것이다.[32]

둘째, 비공지성이 없는 이미 알려진 정보라면 원사업자가 큰 노력을 기울이지

28) 대법원 2004. 9. 23. 선고 2002다60610 판결.

29) 김차동, "하도급법상 징벌적 손해배상의 법집행상 문제점과 그 실효성 제고방안", 한양대학교 「법학논총」 제33권 제4호(2016), 212면; 전삼현, "하도급법상 징벌배상제도의 남용방지를 위한 개선방안", 「기업소송연구」 제10호(2012), 349-351면. 따로 이유를 설명하지는 않았지만 최정열 · 이규호, 「부정경쟁방지법(제2판)」, 진원사, 2017, 242면도 비공지성을 요구하여야 한다고 본다.

30) 도두형, 위의 글, 42면; 오승돈, 앞의 책, 249면.

31) 공정거래위원회 2015. 8. 3.자 2013서제3358 의결.

32) 특허청, 앞의 글, 176, 193면 참고.

않아도 스스로 취득할 수 있을 것인데 수급사업자에게 거래상의 지위를 이용하여 요구, 사용한 것은 불공정한 것으로 평가하여야 한다.[33]

Ⅳ. 비밀관리성 요건의 해석과 개선방안

1. 비밀관리성 해석의 중요성

"상당한 노력에 의하여 비밀로 유지되고 있을 것"은 기술자료의 공통 요건이다. 하도급법 규정 도입 당시 국회 검토보고서에 따르면 상생협력법을 참고하여 기술자료의 정의 규정을 마련하였다고 하는데(위 Ⅲ. 3. 다.항 참고), 정작 상생협력법은 "상당한 노력에 의하여 비밀로 유지되고 있을 것"을 요건으로 하지 않고 있다. 결국 비밀관리성 요건은 영업비밀의 정의 규정을 참고한 것으로 보인다.[34]

영업비밀 관련 분쟁에서 비밀관리성이 중요 쟁점으로 다루어지는 경우가 많고, 이는 기술자료의 경우에도 마찬가지일 것으로 보인다. 그런데, 부정경쟁방지법은 비밀관리성을 완화하는 개정을 하였고 추가로 완화하려는 움직임이 있다. 그리고 최근 하도급법도 부정경쟁방지법의 개정을 참고한 개정이 이루어졌다.

먼저 영업비밀에서의 비밀관리성에 관련한 논의 및 개정 경과를 살펴본다. 추가하여 참고가 될 수 있는 제외국의 최근 논의를 살펴본다. 다음으로 기술자료에서의 비밀관리성을 어떻게 해석하고 보완할 수 있을지 검토한다.

2. 영업비밀에서의 비밀관리성의 해석 및 개정 경과

가. 영업비밀에 있어 비밀유지성: '상당한' 노력에 의해 비밀로 유지될 것

구 부정경쟁방지법(제11963호, 2015. 1. 28. 개정 전의 것) 제2조 제2호는 영업비밀의 요건으로 '상당한 노력에 의해 비밀로 유지될 것'이라고 규정하고 있었다. 법원은 비밀유지성을 "정보가 비밀이라고 인식될 수 있는 표시를 하거나 고지를

33) 공정거래위원회 2015. 8. 3.자 2013서제3358 의결.
34) 도두형, 앞의 글, 29면.

하고, 정보에 접근할 수 있는 대상자나 접근 방법을 제한하거나 정보에 접근한 자에게 비밀준수의무를 부과하는 등 객관적으로 정보가 비밀로 유지·관리되고 있다는 사실이 인식 가능한 상태"라고 해석해왔다.[35]

나. 영업비밀에 있어 비밀유지성의 완화: '합리적인' 노력에 의해 비밀로 유지될 것

그런데 2015. 1. 28. 부정경쟁방지법(제13081호, 2015. 7. 29. 개정 전의 것)은 '상당한' 노력에서 '합리적인' 노력에 의해 비밀로 유지될 것으로 개정하였다. 개정 이유는 "자금사정이 좋지 않은 중소기업이 영업비밀 보호를 위한 충분한 시스템을 구비하지 못하여 영업비밀로 보호받지 못하는 문제점 등을 해결하기 위해 요건을 완화하고자" 한 것이다.

그런데 개정 후 실무적으로 '합리적인' 노력을 어떻게 해석할 것인지 기준은 마련되어 있지 않다. 하급심에서는 기존과 다르게 해석하려는 입장[36]도 있지만 기존 해석과 동일한 기준으로 바라보는 입장[37]이 다수인 것으로 보인다. 일부 학설과 판례에서는 기존의 '상당한'이 '합리적인'을 의미한다고 해석하기도 했다.[38]

다. 영업비밀에 있어 비밀유지성의 추가적인 완화 시도: 비밀로 유지될 것

더 나아가 정부 발의 부정경쟁방지법 개정안(2005155, 2017. 1. 18. [계류 중])은 '합리적인 노력에 의하여'라는 문구를 삭제하고 '비밀로 관리될 것'만을 요구하는 안을 제시하였다. 추가로 비밀관리의 요건을 완화하는 취지인데, 위 개정안 검토보고서는 영업비밀의 범위가 과도하게 확대될 수 있다는 우려가 있어 개정이 시

35) 대법원 2011. 7. 14. 선고 2009다12528 판결 등.

36) 의정부지방법원 2016. 9. 27. 선고 2016노1670 판결. "이에 따르면, 개정 전의 '상당한 노력'은 접근제한 및 객관적 인식가능성이라는 두 요소의 상호보완적 심사라는 토대 위에 ① 물리적·기술적 관리, ② 인적, 법적 관리, ③ 조직적 관리라는 세 가지 차원의 관리가 이루어졌는지 여부에 따라 판단하되, 종업원의 수, 기업의 규모 등은 부차적인 요소로 다루어 왔다고 보았다. 하지만 개정 후에는 위 세 가지 차원의 조치가 합리적인지 여부를 영업비밀 보유 기업의 규모, 해당 정보의 성질과 가치, 해당 정보에 일상적인 접근을 허용하여야 할 영업상의 필요성이 존재하는지 여부, 영업비밀 보유자와 침해자 사이의 신뢰관계의 정도, 과거에 영업비밀을 침해당한 전력이 있는지 여부 등을 종합적으로 고려해 판단해야 할 것"이라고 판시하였다. 이 사건 원심인 의정부지방법원 고양지원 2016. 6. 17. 선고 2015고정1353 판결은 '상당한'과 '합리적인'의 해석이 동일하다고 보았다.

37) 예를 들어 서울고등법원 2017. 6. 1. 선고 2017나2002517 판결, 서울중앙지방법원 2015. 10. 23. 선고 2014가합573176 판결, 서울중앙지방법원 2017. 8. 25. 선고 2016가단5034338 판결, 서울중앙지방법원 2017. 7. 17. 선고 2016가합567229 판결 등은 기존 대법원의 비밀유지성에 관한 판단기준을 그대로 판시하고 있다.

38) 정차호, "영업비밀 관리성 요건: 객관적 인식을 위한 상당한 노력", 「성균관법학」 제26권 제1호(2014), 290면. 법개정 이전의 대법원 2012. 6. 28. 선고 2012도3317 판결에서 '상당한' 노력이 있었는지 여부를 검토하면서 '합리적인' 노력이 있었는지 여부라고 표현하기도 하였다.

기상조라는 의견을 제시하였다.[39]

3. 영업비밀에서의 비밀관리성에 관한 제외국의 최근 논의

부정경쟁방지법이 '합리적인' 노력으로 개정한 것은 미국의 주법인 통일영업비밀법(Uniform Trade Secret Act)과 연방법인 경제스파이법(Economic Espionage Act)을 참고했다고 한다.[40] 그런데 미국은 2016. 5. 연방법으로 민사절차를 규율한 영업비밀보호법(Defend Trade Secret Act)을 도입하였는데, 영업비밀(trade secret)의 정의규정에서 비밀을 유지하기 위해 합리적인 수단(reasonable measures)을 이행하였을 것을 요구하고 있다(18 U.S. Code § 1839 (3) (A)).

유럽에서는 2016. 6. 8. 제정된 유럽 영업비밀지침에서 영업비밀의 정의에 비밀로 유지하려는 합리적 조치(reasonable steps)를 요구하고 있다(Directive (EU) 2016/943 Article 2 (1) (c)).

한편 '비밀로 유지될 것'만을 요구하는 개정안은 일본 부정경쟁방지법(不正競爭防止法)을 참고한 것으로 보인다. 즉, 제2조 제6항에서 영업비밀을 "비밀으로서 관리되고 있는 생산방법, 판매방법 기타 사업활동에 유용한 기술상 또는 영업상 정보로 공연하게 알려지지 아니한 것"이라고 정의하고 있다. 그런데 실제로는 ① 정보에의 접근(액세스)을 제한하고(액세스 제한), ② 정보에 접근한 자가 해당 정보를 영업비밀으로 인식할 것(객관적 인식가능성)을 요구하는 엄격한 태도를 취하였다. 즉, 높은 수준의 보안을 확보하는 관리수준을 요구하였다.[41] 하지만 2015. 1. 28. 영업비밀관리지침(営業秘密管理指針)을 개정하여 기존의 엄격한 기준을 완화하였다. 그 내용은 '액세스 제한'을 '비밀관리조치'라는 용어로 변경하여, 비밀로 표시하거나 계약상의 조치를 취하는 경우까지 포함하여 넓게 보며, 충분한 조치가 없더라도 정보에 접근한 자가 비밀이라고 인식할 수 있으면 비밀관리성을 인정할 수 있다는 것 등이다.

39) 이용준, "부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 일부개정법률안 검토보고(의안번호:2005155)", 산업통상자원위원회, 2017. 3., 7면.
40) 김광묵, "부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 일부개정법률안 검토보고 (의안번호:1911858)", 산업통상자원위원회, 2014, 2면.
41) 瀧澤和子, "秘密管理性要件と営業秘密管理", 「早稲田国際経営研究」 No.46(2015), 57면.

4. 기술자료에서의 비밀유지성의 해석

가. 기술자료 심사지침 및 공정거래위원회의 심결

기술자료 심사지침은 "객관적으로 비밀로 유지·관리되고 있다는 사실이 인식 가능한 상태"라고 정의하고, ① 비밀이라고 인식될 수 있는 표시를 하거나 고지를 하였는지 여부, ② 자료에 접근할 수 있는 대상자나 접근방법을 제한하였는지 여부, ③ 자료에 접근한 자에게 비밀유지준수 의무를 부과하였는지 여부 등을 판단의 기준으로 제시하고 있다(기술자료 심사지침 Ⅲ 2.).

공정거래위원회 심결은 대체로 별도의 PC 또는 서버에 저장하고, 관련 임직원만이 접근할 수 있도록 한 경우 상당한 노력에 의하여 비밀로 유지된다고 한다.[42)]

나. 하도급법의 개정

2017. 12. 29. 부정경쟁방지법의 개정을 참고한 '합리적인 노력'을 요구하는 하도급법 개정안의 국회 의결이 이루어졌고, 2018. 5. 1. 시행을 앞두고 있다(법률 제15016호). 위와 같은 하도급법의 개정 취지에 따르면 영업비밀의 비밀유지성과 동일하게 해석하여야 한다는 결론에 이른다. 그런데 다음과 같이 영업비밀의 비밀유지성보다는 완화하여 해석하거나 입법할 필요가 있다고 생각된다.

42) 2016제하1989 의결, 2016제하2092 의결, 2016제하2208 의결. 그 외에 사내 보안관리지침을 통해 보안자료로 지정하고 외부 유출을 통제한 점, 전 직원에게 이메일을 통해 자료 제공을 금지하고 시설에 외부인의 출입을 통제한 점, 회사 내부규정 및 직원 채용시 작성하는 비밀유지계약서 등에서 비밀유지의무를 부과한 점 및 하도급거래 기본계약서에서 비밀유지의무를 부과한 점 등을 종합적으로 고려하여 상당한 노력에 의하여 비밀로 유지되고 있다고 인정하였다(2013서제3358 의결). 또 다른 심결에서는 관련 자료를 대외비로 하여 임직원이 무단으로 반출하지 못하도록 하고 있다면 상당한 노력에 의하여 비밀로 유지된 것이라고 한다(2013제하3664 의결).

다. 영업비밀의 비밀유지성보다 완화하는 해석 또는 개정의 필요성

(1) 하도급법은 외부자(원사업자)에 의한 기술 유출만이 문제되는 점

기술자료 관련 규정의 위반자는 원사업자, 즉 외부자이다. 반면, 영업비밀침해 행위의 경우 침해자는 내부자(임직원)가 될 수도 있고 외부자가 될 수도 있는데, 대부분의 분쟁은 내부자에 의한 유출의 경우에 발생한다. 이러한 차이점 때문에 비밀로 관리하여야 하는 수준도 달리 보아야 한다. 즉, 외부자에 대한 관계에서는 해당 정보가 회사 외에서 볼 수 없게 하는 정도라면 비밀로 관리하였다고 볼 수 있지만 임직원에 대한 관계에서는 그것만으로는 충분하지 않고 임직원이 비밀로 관리하고 있다는 사실을 인식할 수 있고 접근을 제한하게 하는 관리 조치가 행하여져야 한다.[43]

(2) 하도급법이 적용되는 경우는 대부분 수급사업자의 사업규모가 영세한 점

하도급거래에서 수급사업자의 사업규모는 영세하여 비밀관리성을 더욱 완화하여 해석할 필요가 있다. 영업비밀에서의 기존 판례에서 영업비밀을 보유한 자의 규모를 고려하기도 하였으나 결정적인 요소로 보지는 않았다.[44] 최근의 하급심 중에는 소규모 회사라는 점을 고려하더라도 고객 정보가 저장된 데이터베이스에 어떤 접근 제한 조치를 취했는지, 고객 정보를 취급할 수 있는 직원을 특정하였는지. 어떤 보관·관리방법을 지정하였는지 알 수 없는 등의 사정을 들어 합리적인 노력에 의해 비밀로 유지하였다고 보기 어렵다고 판시한 것도 있다.[45] 한편 직원 4명, 연간매출액 2억 원 정도에 불과한 소규모회사이고, 피고인을 제외한 전원이 대표자와 가족들로 구성되어 있다는 점을 합리적인 노력을 인정하는 사정으로 참고한 경우도 있다.[46]

참고로, 일본에서는 직원 수가 10명이고, 문제가 된 설계업무에 종사한 자는 6내지 8명에 불과한 경우,[47] 본점과 3개의 지점을 포함한 직원 수가 7명이고 문제가 된 지점의 직원 수가 1명에 불과한 경우[48]라는 점을 고려한 사례가 있다. 최근

43) 瀧澤和子, 앞의 글, 56면.
44) 대법원 2009. 9. 10. 선고 2008도3436 판결.
45) 서울중앙지방법원 2017. 5. 19. 선고 2016가합517316 판결.
46) 의정부지방법원 2016. 9. 27. 선고 2016노1670 판결.
47) 大阪地判 平成15年2月27日 平成13年(ワ)10308号.
48) 大阪地判 平成8年4月16日 平成6(ワ)4404号.

미국의 사례에서는 회사의 규모가 작고 상대적으로 복잡하지 않다는 점은 그러한 상황에서 합리적인 조치를 취할 수 있는지 여부에 영향을 미칠 수 있다고 판시한 것도 있다.[49]

사업규모가 영세한 경우에도 비밀관리성을 엄격하게 해석하면 구체적 타당성을 잃을 수 있으므로, 소규모 기업의 경우에는 구두로 비밀임을 고지하는 정도만으로도 임직원 전원이 영업비밀이라는 인식을 할 수 있기 때문에 비밀관리성을 인정하여야 한다는 견해를 참고할 만하다.[50]

(3) 소결

비밀유지성을 완화할 필요는 부정경쟁방지법보다 하도급법이 더 클 것으로 생각된다. 외부자에 대한 비밀관리의 정도는 내부자에 대한 것보다 낮게 보아야 하며, 대부분의 수급사업자는 영세한 규모로 비밀관리조치를 취하기 어렵기 때문이다.[51]

현재 단계에서의 입법론으로 "비밀로 유지될 것"만으로 개정하여 영업비밀보다 낮은 수준의 비밀관리성을 요구한다는 점을 명확하게 선언하는 방안을 제시하고 싶다. 물론 부정경쟁방지법도 "비밀로 유지될 것"만으로 개정될 가능성이 있으므로, 구체적인 사안에서 어떻게 완화하여 해석할 것인지는 추가 연구나 판례의 축적이 필요하다.

49) Dichard v. Morgan, 2017 WL 5634110, at *3 (D.N.H. Nov. 22, 2017). 다만, 이 사건에서는 정보를 파일로 저장하고 있다는 것 외에는 아무런 조치를 취하지 않았다는 이유로 영업비밀 유출 주장은 받아들여지지 않았다.

50) 小嶋崇弘, "営業秘密の保護と秘密管理性 : 人工歯事件", 「知的財産法政策学研究」 Vol.14(2007), 238면; 瀧澤和子, 앞의 글, 57면.

51) 기술자료 심사지침에서도 이 점을 고려하고 있다. 즉, "위의 요소를 고려함에 있어서 수급사업자는 기본적으로 거래상 지위가 낮아 원사업자의 기술자료 요구에 대해 비밀유지 노력에 관한 사항을 명시적 또는 직접적으로 요구할 수 없고, 원사업자에게 기술자료가 제공되면 제3자에게 노출될 가능성이 있음을 인지하더라도 이에 응할 수밖에 없다는 현실을 고려하여야 한다"고 한다(기술자료 심사지침 Ⅲ 2. 내지 3.).

Ⅴ. 금지 규정 및 법위반의 효과

1. 금지 규정

가. 침해의 유형

(1) 부정경쟁방지법과의 비교

하도급법 제12조의3은 기술자료의 제공요구 금지(제1항), 서면발급의무(제2항), 유용 금지(제3항)로 구성되어 있다. 특히 하도급법은 기술자료를 원사업자가 "취득"하기 이전의 제공요구와 "취득" 이후의 유용을 금지하고 있다.

한편 부정경쟁방지법 제2조 제3호에서는 6가지 침해행위를 열거하고 있다. 일반조항을 두지 않고 열거한 이유는 영업비밀에 대한 경제활동의 위축을 우려한 것으로 평가된다.[52] 영업비밀 보유자로부터 부정하게 취득한 것인지(가. 내지 다. 목) 정당하게 취득한 것인지로(라. 내지 바.목) 나눌 수 있다. 취득, 사용, 공개의 3가지 행위를 금지한다.

하도급법은 원칙적으로 원사업자와 수급사업자 사이의 관계에서 원사업자에 대하여 금지 규정을 둔 것이므로, 부정경쟁방지법과 같이 전득자가 있는 경우까지 상정할 필요는 없으므로 현재와 같이 간이하게 규정하게 된 것으로 생각된다. 다만, 현재와 같이 제공요구 및 유용만을 금지하는 것은 다소의 공백 또는 흠결이 있는 것으로 보인다.

(2) 부당한 취득 금지의 필요성

통상적으로 제공요구는 취득의 전 단계이므로 정당한 제공요구인지 여부에 따라 정당한 취득인지 여부도 결론을 같이 할 것이다. 따라서 금지되는 제공요구인 경우 취득하였는지 불문하고 법위반을 인정할 수 있다.

하지만 제공요구 없이 기술자료를 취득하는 경우도 있을 수 있다. 예를 들어, ① 원사업자가 역설계나 디자인의 단순 열람을 통해 취득한 경우, ② 원사업자가 수급사업자의 직원을 채용하는 방법으로 기술자료를 취득하는 경우가 있다. 제공요

52) 윤선희 · 김지영, 「영업비밀보호법」, 법문사, 2012, 107면.

구가 없더라도 그 취득이 부당하다면 금지하여야 할 필요성이 있다고 생각된다.

위 두 가지 경우에 관하여 덧붙이면, 먼저 역설계나 단순 열람을 통한 취득은 역설계에 의해 용이하게 취득할 수 있었던 것이고 실제 역설계를 통해 독자적으로 취득하였다는 점이 인정되면 부당한 취득이 아니라고 볼 수 있다(또는 경제적 유용성이 없는 것으로 볼 수 있다).[53] 반대로 그렇지 않다면 부당한 취득으로 평가할 수 있을 것이다.

다음으로, 인력을 채용하는 방법이 부당한 취득이 될 수 있는지 여부에 관련하여, 영업비밀 관련 사건의 경우 대부분은 인력 유출에 의해 발생하는 점을 고려할 때 부당한 취득으로 평가하여 금지해야 할 필요가 크다고 생각된다. 물론 불공정거래행위 중 하나인 인력의 부당유인·채용 행위로 규율할 수도 있는 부분이다(공정거래법 제23조 제1항 제5호).

(3) 유출 금지의 필요성

하도급법에서 기술자료 "유용"이 무엇을 의미하는지 정의하고 있지는 않은데, 기술자료 심사지침에 따르면 취득 목적이나 범위를 벗어난 "사용"을 말한다(기술자료 심사지침 Ⅳ. 2.). 따라서 원사업자가 수급사업자로부터 기술자료를 취득한 후 제3자에게 그 기술자료를 유출한 경우에도 "사용"한 것까지 입증되지 않으면 법위반의 책임을 지울 수 없다는 문제가 발생할 수 있다.

예를 들어 원사업자가 어떤 부품을 여러 수급사업자로부터 납품받고 있는 상황에서 A 수급사업자에게 기술자료를 제공받은 후 B 수급사업자에게 제공하는 경우도 충분히 상정할 수 있다. 이 때 원사업자는 B에게 A의 기술자료를 사용하여 납품하도록 하고, 더 나아가 A와의 위탁 관계를 종결하고 B에게만 납품을 받을 수도 있다. 또는 A에 대해 하도급대금을 인하할 것을 강요할 수도 있다.

부정경쟁방지법에서 "공개(비밀을 유지하면서 특정인에게 알리는 것을 포함)" 행위도 영업비밀 침해행위의 하나로 보고 있는 것과 비교된다. 제12조의3 제3항을 "원사업자는 취득한 기술자료를 정당한 사유 없이 자기 또는 제3자를 위하여 사용하거나 제3자에게 제공해서는 아니 된다"로 개정하는 안이 제출되어 있다.[54] 기술

53) 정상조, 「부정경쟁방지법 원론」, 세창출판사, 2007, 102면; 윤선희 · 김지영, 앞의 책, 80면.

자료의 유출을 별도의 금지 행위로 규정하는 취지에는 찬성한다. 한편 법률에서 잘 사용되지 않는 "유용"이라는 용어를 유지하고자 한다면 법률에서 개념을 정의하는 것이 바람직하다고 생각된다.

나. 계약체결 이전의 기술자료 제공 요구 등

계약체결 이전의 기술자료 제공 요구 등의 행위에도 하도급법 제12조의3이 적용될 수 있는지 여부가 문제가 될 수 있다.

기술자료 심사지침 마련 전에도 이에 관하여 견해가 나뉠 수 있다는 지적이 있었는데,[55] 기술자료 심사지침은 하도급계약 체결 이전의 경우에도 기술자료 제공 요구 등이 있는 후 실제 하도급계약이 체결된 경우 및 하도급계약의 체결이 없더라도 기존 하도급거래를 전제로 기존 거래 또는 별도 거래를 위해 기술자료 제공 요구 등을 한 경우에는 하도급법 제12조의3이 적용될 수 있다고 한다.

학설에서는 법적용대상자에게 불리한 소급적용이므로 과도한 재산권의 침해이며 헌법 제12조에도 위반된다는 비판이 있다.[56] 공정거래위원회는 기술자료 심사지침에도 불구하고 "거래 전 협상단계에서도 기술유용은 발생하지만 하도급법 제외대상으로 법집행 곤란"하다고 하여 사실상 하도급법 적용이 어렵다고 보는 것 같다.[57] 교섭 단계 등에도 하도급법이 적용된다는 점을 명시하는 개정안이 제출되어 있다.[58]

계약체결 이전의 기술자료의 제공 요구 등을 금지할 필요성은 있다고 생각한다. 수급사업자는 원사업자가 기술자료를 제공 요구하더라도 새로이 거래관계를 갖기 위해 다소 불리하더라도 응할 수밖에 없을 가능성이 높기 때문이다. 다만, 하도급법은 하도급거래에 해당함을 전제로 법을 적용하고 있는데 계약체결 전의 행위는 어떤 기준으로 하도급거래 해당 여부를 판단하여야 하는지 실무적으로 문제가 될 수 있을 것으로 보인다. 예를 들어 하도급법 제2조 제2항 제2호의 원사업자의 매출액 기준을 판단할 때 '위탁 직전 사업연도의 연간매출액'을 언제 기준으로 할 것

54) 제윤경 의원 발의, 2010678, (2017. 12. 7.) [계류 중].
55) 도두형, 앞의 글, 22–26면.
56) 전삼현, 앞의 글, 334면.
57) 공정거래위원회, "대 · 중소기업 간 상생협력을 위한 기술유용행위 근절대책", 8면.
58) 제윤경 의원 발의, 2002031, (2016. 9. 1.) [계류 중], 김기선 의원 발의, 2006435, (2017. 3. 28.) [계류 중].

인지 문제가 될 수 있다. 결국 하도급법 제12조의3의 개정만으로 해결될 수 있는 문제가 아니고 제2조의 개정까지 함께 이루어져야 한다.

다. 기술자료의 제공 요구 금지

(1) 원칙 금지

원사업자가 수급사업자의 기술자료를 원사업자 또는 제3자에게 제공하도록 요구하는 행위는 원칙적으로 금지된다. 따라서 원사업자가 기술자료를 취득하였는지 여부를 불문하고 제공 요구만으로 위법한 것으로 추정될 수 있다.

(2) 예외적으로 기술자료의 제공을 요구할 수 있는 정당한 사유

원사업자는 수급사업자에게 기술자료를 요구할 정당한 사유가 있음을 입증하여 자신의 행위가 위법하지 않다고 주장하여야 한다. 또 정당한 사유가 있더라도 필요한 최소한의 범위 내의 기술자료만을 요구하여야 한다.

공정거래위원회 심결에서는, ① 최종수요처가 해당 기술자료를 제출받는 것이 최종 수요처의 구매조건이고, 이 사실을 수급사업자도 사전에 인지하고 있었던 경우(2016제하2208 의결), ② 마찬가지로 고객사의 요구가 있었던 경우(2016제하1989 의결), ③ 원사업자가 자신의 반도체장비에 장착하는 금형 제작을 위탁한 후 위 금형도면을 제공 요구한 사안에서 원사업자가 금형 자체의 검수 및 관리의 필요성 뿐 아니라 도면도 관리할 필요가 있고, 실제 원사업자가 도면을 등재·관리하여온 경우(2016제하2092 의결), ④ 금형제작과정에서 수정·보완할 사항이 있는 경우 제작중이거나 사용 중인 금형의 구조 내에서 부품의 형상 등의 변경이 가능한지를 검토하기 위해 필요한 경우(2016제하1989 의결)에 정당한 사유를 인정하였다. 반면 ⑤ 수정작업 등이 필요한 경우라도 수급사업자의 직원이 원사업자의 사업장 내에서 수정작업을 하는 것이 가능하다면 정당한 사유가 있다고 할 수 없다고 보았다(2013제하3664 의결).

라. 협의 및 서면발급 의무

원사업자는 수급사업자에게 기술자료를 요구할 경우에는 요구목적 등 하도급법

시행령 제7조의3에서 규정하는 7가지 사항[59]을 해당 수급사업자와 미리 협의하여 정한 후 그 내용을 적은 서면을 해당 수급사업자에게 주어야 한다(하도급법 제12조의3 제2항).

서면을 발급하게 하는 것만이 아니라 사전 협의를 하도록 의무 지운다는 점에서 의미가 있다. 협의는 공정하게 이루어져야 한다. 원사업자가 수급사업자에게 강요, 기망하거나 정당한 대가를 지급하지 않는 협의는 공정하다고 할 수 없다(기술자료 심사지침 Ⅳ. 1.).

마. 기술자료의 유용

원사업자는 취득한 기술자료를 자기 또는 제3자를 위하여 유용하여서는 아니 된다(하도급법 제12조의3 제3항). 제3자에게 제공 또는 공개하는 경우도 금지하는 개정이 필요할 것으로 보인다(위 가.항 참고).

2. 법위반의 효과 등

가. 손해배상

원사업자가 하도급법 제12조의3 제1항 및 제2항을 위반하여 손해를 입은 자가 있는 경우에는 그 자에게 발생한 손해에 대하여 배상책임을 진다. 단, 원사업자가 고의 또는 과실이 없음을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다(하도급법 제35조 제1항). 한편 원사업자가 제12조의3 제3항을 위반함으로써 손해를 입은 자가 있는 경우에는 그 자에게 발생한 손해의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상책임을 진다. 다만, 원사업자가 고의 또는 과실이 없음을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다(하도급법 제35조 제2항). 하도급법 제35조에 관하여는, 다음과 같은 두 가지 점을 보완할 필요가 있다고 생각된다.

첫째, 하도급법 제35조 제4항은 공정거래법 제57조[60]를 준용하여 법원이 직권

59) "① 기술자료 제공 요구목적, ② 비밀유지방법 등 요구대상 기술자료의 비밀유지에 관한 사항, ③ 요구대상 기술자료와 관련된 권리귀속 관계, ④ 요구대상 기술자료의 대가 및 대가의 지급방법, ⑤ 요구대상 기술자료의 명칭 및 범위, ⑥ 요구일, 제공일 및 제공방법, ⑦ 그 밖에 원사업자의 기술자료 제공 요구가 정당함을 입증할 수 있는 사항"을 말한다.

60) 제57조(손해액의 인정) 이 법의 규정을 위반한 행위로 인하여 손해가 발생된 것은 인정되나, 그 손해액을 입증하기 위하여 필요한

으로 손해액을 산정할 수 있도록 하고 있다. 하도급거래에서 수급사업자가 손해액을 입증하는데 어려움을 겪을 것이므로 대부분의 경우 법원이 적극적으로 손해액을 산정할 필요가 클 것으로 보인다. 따라서 부정경쟁방지법 제14조의2와 같은 손해액 추정 규정이나 부정경쟁방지법 제14조의3과 같이 법원이 손해액 산정에 필요한 자료의 제출을 명할 수 있는 규정을 신설하는 보완이 필요하다.

둘째, 하도급법 제35조 제2항은 이른바 징벌적 손해배상(또는 3배 배상)을 최초로 입법하여 많은 관심을 모았는데, 실제 다루어진 사례가 없어 실효성에 의문이 있다. 추진되고 있는 개정 방향은 주로 "3배 이내의 배상"이 충분하지 않다는 인식하에 제35조 제3항의 배상액을 정함에 있어 고려할 요소 일부를 삭제하거나[61] 3배로 정액 배상을 하게 한다는 것 등이었다.[62] 공정거래위원회는 10배 이내로 개정하겠다는 입장이다.[63] 수급사업자가 손해배상 청구에 나아가는 경우는 원사업자와의 거래 단절 또는 그에 준하는 상황일 것이므로,[64] 충분한 배상을 받기 위한 상한액의 확대는 필요하다고 생각된다. 하지만 상한을 확대하는 것만으로 기술자료 관련 규정의 이용이 활성화될 수 있을 지는 의문이다. 원사업자와 거래 계속 중의 수급사업자는 배상액의 크기 뿐 아니라 소송에 소요되는 기간, 영업의 지속 여부(다른 원사업자와의 거래 여부) 등 다양한 요소를 고려하여 손해배상청구에 나아갈지를 결정할 수 밖에 없기 때문이다.

한편 제35조 제1항 및 제2항에서 고의·과실의 입증책임을 전환하는 규정은 수급사업자의 입증 곤란을 구제하기 위한 것이라고 이해할 수 있다. 그런데 제2항의 징벌적 손해배상을 구하는 경우까지 입증책임을 전환한 것은 지나치고, 경과실까지 원사업자가 책임을 지는 것은 부당하다는 견해가 있다.[65] 그러나 제2항의 청구

사실을 입증하는 것이 해당 사실의 성질상 극히 곤란한 경우에는, 법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다.

61) 하도급법 제35조 제3항에서는 배상액을 정할 때 법원이 고려할 수 있는 요소를 규정하고 있는데, "① 고의 또는 손해 발생의 우려를 인식한 정도, ② 위반행위로 인하여 수급사업자와 다른 사람이 입은 피해규모, ③ 위법행위로 인하여 원사업자가 취득한 경제적 이익, ④ 위반행위에 따른 벌금 및 과징금, ⑤ 위반행위의 기간 · 횟수 등, ⑥ 원사업자의 재산상태, ⑦ 원사업자의 피해구제 노력의 정도"를 말한다. 박찬대 의원 발의, 2007513, (2017. 6. 22.) [계류 중] 안은 제35조 제3항을 전부 삭제하는 안을, 채이배 의원 발의, 2007865, (2017. 7. 10.) [계류 중] 안은 '위반행위에 따른 벌금 및 과징금' 및 '원사업자의 재산상태'를 삭제할 것을 제안하였다.

62) 박정 의원 발의, 2006455, (2017. 3. 29.) [계류 중], 박찬대 의원 발의, 2007513, (2017. 6. 22.) [계류 중] 개정안에서도 '3배'로 고정할 것을 제안하고 있다.

63) 공정거래위원회 기업정책국, "하도급거래 공정화 종합대책", 2017. 12., 16면.

64) 고형석, "하도급계약의 공정거래에 관한 연구", 「가천법학」, 제8권 제4호(2015), 456-458면; 최수정, "경제민주화 실현을 위한 하도급거래에서의 법적 과제", 「경제법연구」 제12권 1호(2013), 144면.

가 배상액이 높다는 이유로 수급사업자가 고의·과실을 입증하게 하면 입증 곤란을 구제하고자하는 취지에 반한다.[66] 다만, 손해액의 상한이 더 높아지는 법개정이 이루어진다면 경과실의 경우에는 통상의 손해배상을 부담하는 방안 또는 면책하는 방안 등을 논의할 필요성이 높아질 것이다.

나. 금지청구권 도입의 필요성

민법상 불법행위의 효과로 사후적인 구제수단인 손해배상이 있다(민법 제763조). 그런데 사전적·예방적 구제수단인 금지청구권에 대하여는 명문의 규정이 없고, 판례를 통해 금지청구를 인정하고 있다. 또 특허법 제126조, 저작권법 제123조 등 금지청구권의 근거 규정을 두는 경우가 있다. 하도급법 제12조의3 위반이 있으면 수급사업자에 대한 불법행위가 성립할 것으로 생각되지만,[67] 별도의 근거규정이 존재하지 않아 현재로서는 금지청구가 불가능하다고 여겨진다.

학설으로는 기술자료 유용행위로 인한 침해가 계속될 우려가 있는 경우 하도급법 제25조 제1항의 '그 밖에 시정에 필요한 조치'로서 침해행위를 조성한 물건의 폐기, 침해행위에 제공된 설비의 제거 등을 명하는 작위명령을 하여야 한다는 견해가 있다.[68] 작위명령의 유형이 정해진 것은 아니므로 위와 같은 유형의 작위명령도 불가능한 것은 아니다. 하지만 합리적이고 적절한 수단인지 여부가 문제가 될 수 있어 실제 공정거래위원회가 이러한 작위명령에 적극적으로 나아갈 것인지 기대하기는 어렵다고 생각된다.[69]

입법론으로 하도급법에 금지청구의 근거규정을 두는 것이 바람직하다고 생각된다. 일단 기술자료가 원사업자에 이전되면 침해가 계속될 수 있고, 사후적으로 적절한 배상이 이루어질 수 있는지 여부가 불투명하며, 수급사업자는 사업기회를 상실할 수도 있는데 이러한 피해까지 손해배상을 받는다는 것은 입증이 어렵기 때문

65) 김두진, "하도급 위반행위의 위법성 판단기준 및 집행수단", 「경영법률」 제25권 제4호(2015), 417면; 전삼현, 앞의 글, 354면; 최수정, 앞의 글, 140면; 정환, "하도급법상 징벌적 손해배상제도", 「경쟁법연구」 제27권(2013), 56면.
66) 양동훈, "하도급법상 3배 손해배상제도", 「법제」 2015년 6월호, 15면.
67) 하도급법 제11조 위반의 경우 불법행위로 본 대법원 2011. 1. 27. 선고 2010다53457 판결 참고.
68) 유진희·최지필, "하도급법의 집행상의 쟁점", 「비교사법」 제20권 1호(2013), 208면.
69) 공정거래위원회의 시정조치 운영지침(2015. 8. 6. 개정, 공정거래위원회 예규 제226호) Ⅴ. 2. 참고. 현재까지 공정거래위원회가 시정명령을 하였던 사례들은 주문에서 "…(한) 행위를 다시 하여서는 아니 된다."와 같이 행위를 금지하는 명령을 하고 있다(2013제하3664 의결 등).

이다.[70] 영업비밀 침해행위에 대한 금지청구 근거 규정이 참고가 될 수 있을 것이다(부정경쟁방지법 제10조). 하도급법에 금지청구의 근거 조항을 마련하고자 하는 개정안이 제출되어 있다.[71]

다. 과징금 및 형사처벌

공정거래위원회는 하도급법 제12조의3을 위반한 원사업자에 대하여 수급사업자에게 제조 등의 위탁을 한 하도급대금의 2배를 초과하지 아니하는 범위에서 과징금을 부과할 수 있다(하도급법 제25조의3 제1항 제3호). 다만, 기술자료 관련 규정 위반은 하도급대금과 무관하게 나타날 수 있으므로 하도급대금을 기준으로 과징금을 산정하는 것에 어려움이 있다. 공정거래위원회도 기술자료 관련 규정 위반의 경우 '위반금액의 비율을 산정하기 곤란한 경우'에 부과하는 이른바 정액 과징금의 대상으로 보고 있다(2016. 7. 25. 개정 하도급법 위반사업자에 대한 과징금 부과기준에 관한 고시).[72]

또 하도급법 제12조의3을 위반한 원사업자는 수급사업자에게 제조등의 위탁을 한 하도급대금의 2배에 상당하는 금액 이하의 벌금에 처한다(하도급법 제30조 제1항 제1호). 공정거래위원회의 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있다(하도급법 제32조). 소추요건이므로, 이를 결여한 경우에는 공소기각판결을 하게 될 것이다(형사소송법 제327조 제2호). 하도급법 제32조는 이른바 전속고발권을 규정한 것인데 현실적으로 당사자가 직접 고발하도록 하는 것이 효과적일 수 있고, 하도급거래의 경우 공정거래위원회의 전문적인 경제 분석에 따른 판단의 필요성이 상대적으로 적기 때문에 하도급법 제32조는 폐지하는 것이 타당하다는 지적이 있었다.[73] 공정거래위원회는 최근 기술 유용에 한하여 전속고발권을 폐지하겠다는 입장이다.[74] 한편 과징금의 경우와 마찬가지로, 벌금을 정함에 있어 하도급대금을 기준으로 하는 것은 타당하지 않으므로 개정이 필요할 것으로 보인다.

---

70) 장승화, "공정거래법상 사인의 금지청구제도 도입방안 연구", 공정거래위원회 연구용역보고서, 2005, 12면.
71) 박선숙 의원 발의, 2007285, (2017. 6. 8.) [계류 중].
72) 다만, 현재까지 유일하게 과징금을 부과한 사례에서는 하도급대금을 기준으로 과징금을 산정하였다(2013서제3358 의결).
73) 김기우 · 김규완, "하도급거래에 관한 법적 고찰", 한국노총 중앙연구원, 2010, 93면.
74) 공정거래위원회 기업정책국, "하도급거래 공정화 종합대책", 2017. 12., 16면.

Ⅵ. 결론

하도급법 기술자료 관련 규정이 다루어지는 사례가 많지 않은 원인 중 하나로 규정이 불분명하고 해석도 충분히 이루어지지 않은 점을 들 수 있다. 또 규정의 정비가 필요한 부분도 있다. 결론에 갈음하여 다음과 같이 입법 과제를 정리하여 향후 기술자료 관련 규정이 제 기능을 하는데 이바지하고자 한다.

첫째, 기술자료인지 여부를 판단하기 어려운 점이 기술자료 관련 규정의 활용을 주저하게 하는 큰 원인이라고 생각된다. 또 기술자료의 요건은 비공지성을 요구하지 않는 방법으로 완화하고 있으나, 비밀관리성을 영업비밀과 동일하게 요구하여 요건 충족의 어려움이 있다. 해석이나 법 개정을 통해 비밀관리성을 추가적으로 완화할 필요가 있다고 생각된다.

둘째, 금지규정에 관하여 현재의 금지행위 외에 부정한 취득이나 유출 유형을 추가로 금지할 필요가 있다. 한편 하도급거래가 성립하기 전 교섭 단계 등의 기술 유출의 경우에도 하도급법을 적용할 필요가 있다. 다만, 하도급거래를 전제로 하도급법이 적용되므로 하도급거래에 관한 제2조도 함께 개정해야 하는 문제가 있다.

셋째, 법위반의 효과 등에 관련하여 손해배상액의 인정이 어려우므로 손해액을 추정하는 규정이나 관련 자료를 제출하도록 하는 규정을 신설할 필요가 있고, 기술 유용 등은 계속적인 침해의 우려가 있으므로 금지청구 규정을 신설할 필요가 있다. 한편 과징금 및 벌금이 '하도급대금'을 기준으로 산정하도록 규정되어 있으나 기술자료 관련 금지 유형은 특성상 하도급대금과 무관할 수 있어 재고가 필요하다.

Ⅶ. 보론: 미국 연방 조달규정 체계에서의 기술자료의 정의 및 보호

참고로 미국 연방 조달규정 체계(Federal Acquisition Regulations System, 이하 'FARS'라고 한다)에서 규정하고 있는 기술자료에 관련한 내용을 살펴본다. FARS는 미국 연방정부가 집행하는 공사의 계약 등에 적용되는 연방의 행정입법을 말한다(CFR Title 48). 즉, 국가가 발주자가 되는 경우에 적용되는 규정이다.

FARS에서 기술자료(technical data)는 "과학적 또는 기술적 성격의 기록된(기록의 형식이나 방법은 불문한다) 정보(컴퓨터 소프트웨어 문서를 포함한다)를 말한다. 재정이나 관리에 관한 정보와 같은 계약 행정에 부수되는 컴퓨터 소프트웨어나 데이터는 포함하지 아니한다."고 규정되어 있다(48 CFR 252.204-7013(a)).[75]

정부와 계약한 원사업자(contractor)나 수급사업자(subcontractor)가 정부에 대하여 자신의 기술자료를 보호받기 위해서는 사용이 제한된다는 점이나 자신의 소유라는 점을 표시하여야 한다(48 CFR 252.227-7013).

한편 수급사업자가 자신의 기술자료를 원사업자에 대하여 보호받기 위해서는 기술자료를 원사업자를 거치지 않고 정부에 직접 제출하도록 협의하거나 원사업자와 도의 비밀유지약정을 하여야 할 것이다. 당사자 사이에 48 CFR 252.227-7013 조항을 이용하기로 하는 약정은 영업비밀로 보호하겠다는 취지로 해석될 수 있지만, 약정 그 자체만으로는 영업비밀로 보호될 수 없고 제한을 표시하고 어떤 기술자료를 제한하는 것인지 특정하여야 한다.[76] 결국 수급사업자가 원사업자에 대하여 기술자료를 보호받기 위해서는 영업비밀의 보호 법리에 따라 비밀로 관리하였음이 인정되어야 한다.

75) "Technical data means recorded information, regardless of the form or method of the recording, of a scientific or technical nature (including computer software documentation). The term does not include computer software or data incidental to contract administration, such as financial and/or management information."

76) Taylor M. Norton, Protecting Subcontractors' Intellectual Property in Government Contracts: Trades Secrets and Proprietary Data, 57-OCT Fed. Law. 38, 40.

참고 문헌

권오승 · 서정, 독점규제법(제2판), 법문사

김병남, 영업비밀보호법 실무, 세창출판사

한철수, 공정거래법, (사)공정경쟁연합회

신동권, 독점규제법(제2판), 박영사

오승돈, 하도급법, 지식과감성

윤선화·김지영, 영업비밀보호법, 법문사

정상조, 부정경쟁방지법 원론, 세창출판사

최정열 · 이규호, 부정경쟁방지법(제2판), 진원사

한철수, 공정거래법, (사)공정경쟁연합회

고형석, 하도급계약의 공정거래에 관한 연구, 가천법학 제8권 제4호(2015)

김기우·김규완, 하도급거래에 관한 법적 고찰, 한국노총 중앙연구원(2010)

김두진, 하도급 위반행위의 위법성 판단기준 및 집행수단, 경영법률 제25권 제4호(2015)

김차동, 하도급법상 징벌적 손해배상의 법집행상 문제점과 그 실효성 제고방안, 한양대학교 법학논총 제33권 제4호(2016)

도두형, 기술자료 제공요구 및 유용행위 심사기준 마련방안 연구, 공정거래위원회 연구용역보고서(2011)

신보경, 하도급법상 기술유용행위에 대한 징벌적 손해배상책임의 문제점, 기업소송연구 제11호(2013)

양동훈, 하도급법상 3배 손해배상제도, 법제 2015년 6월

유진희 · 최지필, 하도급법의 집행상의 쟁점, 비교사법 제20권 1호(2013)

이봉의, IT중소벤처분야에서 발생하는 불공정거래관행 근절을 위한 제도개선방안에 관한 연구, 공정거래위원회 연구용역보고서(2005)

장승화, 공정거래법상 사인의 금지청구제도 도입방안 연구, 공정거래위원회(2005)

전삼현, 하도급법상 징벌배상제도의 남용방지를 위한 개선방안, 기업소송연구 제10호(2012)

정차호, 영업비밀 관리성 요건: 객관적 인식을 위한 상당한 노력, 성균관법학 제26권 제1호(2014)

정환, 하도급법상 징벌적 손해배상제도, 경쟁법연구 제27권(2013)

최수정, 경제민주화 실현을 위한 하도급거래에서의 법적 과제, 경제법연구 제12권 1호(2013)

특허청, 공정한 기술개발환경 조성을 위한 영업비밀 보호제도 개선에 관한 연구(2011. 10.)

홍대식, 공정거래법과 지적재산권법: 공정거래법 위반의 주장과 지적재산권 침해금지소송, 민사판례연구 31

홍명수, 불공정거래행위의 유형에 따른 위법성 판단, 경희법학, 제50권 제3호(2015)

김광묵. 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 일부개정법률안 검토보고(의안번호:1911858), 산업통상자원위원회(2014)

이용준, 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 일부개정법률안 검토보고서(의안번호:2005155), 산업통상자원위원회(2017. 3.)

정재룡, 하도급거래 공정화에 관한 법률 일부개정법률안 검토보고서(2009. 11.)

공정거래위원회 기업정책국, 하도급거래 공정화 종합대책(2017. 12.)

공정거래위원회, 대·중소기업 간 상생협력을 위한 기술유용행위 근절대책(2017. 9. 8.)

村上政博 外 編集, 條解 獨占禁止法, 弘文堂

瀧澤和子, 秘密管理性要件と営業秘密管理, 早稲田国際経営研究 No.46(2015)

小嶋崇弘, 営業秘密の保護と秘密管理性:人工歯事件, 知的財産法政策学研究 Vol. 14(2007)

Taylor M. Norton, Protecting Subcontractors' Intellectual Property in Government Contracts: Trades Secrets and Proprietary Data, 57-OCT Fed. Law. 38

Abstract

A Study on the Provisions Relating to the Technical Data in the Fair Transactions in Subcontracting Act

Gi-Sung, Choi
Attorney at law

The area of concern is the prohibition of requesting and making use of the Technical Data under Article 12-3 of the Fair Transactions in Subcontracting Act. The purpose of this article is to prevent the principal contractor from making unreasonable requests for Technical Data and making use of such data.

While preventing that unfair practice became social concern, there were few cases where the provisions actually applied. This paper seeks to suggest some proposals for improving current Technical Data protection system in the Act.

This paper examines some contending issues surrounding the definition of Technical Data and suggests how the requirement on the Technical Data can be interpreted anew by comparatively analyzing with the requirement of Trade Secret.

This paper also examines some legislative issues related to types of prohibited act, compensation for damages and injunction.

Key words : Fair Transactions in Subcontracting Act, Technical data, Trade Secret, Fair Trade Commission, Punitive Damages