

## 고용계약 종료 후 사용자의 영업비밀 보호와 근로자의 직업선택의 자유의 법익균형

차 상 욱\*

### 〈국문초록〉

비밀유지약정이나 경업금지약정 둘러싼 유효성 쟁점 등에 대해 판례는 최근 비교적 엄격하게 해석하는 경향에 있는 것으로 보인다. 특히 경업금지 의무를 비교적 엄격한 요건으로 판단하는 판례가 최근 증가 경향에 있는 점은 주목할 만하다. 그 배경에는 우리나라의 고용시장도 고용형태 다변화 내지 취업형태 다변화로 인하여 비정규직이 대폭 증가하여 노동유동화 현상으로 이어지고 있는 점과 최근까지 불경기가 거듭되는 경제상황 속에서 근로자의 자발적·비자발적 전직(轉職)이나 창업이 증가하고 있는 점을 반영한 것이라고 생각한다.

한편으로 부정경쟁방지법상 “영업비밀보호의 강화”라는 변화를 염두에 둔 것이라고 보인다. 부정경쟁방지법은 영업비밀의 성립요건(제2조 제2호)의 하나인 ‘비밀관리성’ 요건에 대해 1991년 이래로 2015년 개정과 2019년 개정을 거치면서 지속적으로 그 요건이 완화되는 형태로 개정됨으로써 영업비밀보호를 강화하였다.

그렇지만 영업비밀 보호요건 완화 및 영업비밀 보호강화라는 부정경쟁방지법의 일련의 개정방향이나 입법취지에서 근로자의 직업선택의 자유와의 법익균형의 관점을 염두에 둔 흔적은 찾아보기 어렵다는 점에서 우려가 크다.

나아가 이러한 부정경쟁방지법의 비밀관리성 요건에 대한 2회에 걸친 개정에 따른 영업비밀보호 강화 움직임과 대비하여, 퇴직 후 근로자의 경업금지 의무를 과도하게 강화하는 해석론은 고용계약 종료 후 사용자의 영업비밀 보호와 근로자의 직업선택의 자유의 법익균형을 외면할 우려마저 있다.

따라서 우리나라의 고용시장의 현황이 고용형태 다변화 내지 취업형태 다변화로 인하여 비정규직이 증가하고 전직이 일상이 되는 등 고용유동화 현상이 갈수록 심화되는 점을 감안하여 비밀유지약정이나 경업금지약정 둘러싼 유효성 쟁점에 대한 해석론을 전개할 필요가 있을 것이다.

고용계약 종료 후 사용자의 영업비밀 보호와 근로자의 직업선택의 자유의 법익균형이라는 관점에서 양자의 이해관계를 조정을 하기 위해서는 우리 법원이 부정경쟁방지법이나 비밀유지의무에 의한 영업비밀 보호를 중시하면서, 한편으로 퇴직 후 근로자를 상대로 한 경업금지 의무에 대해서는 직업선택의 자유를 고려하여 더욱 엄격하게 판단할 필요가 있다고 생각한다.

요컨대, 퇴직 후 근로자의 전직이나 창업의 자유가 필요 이상으로 제한되지 않

\* 경북대학교 법학전문대학원 교수/법학연구원 연구위원

능가를 확인하는 것은 퇴직 근로자의 생계에 직결하는 절실한 과제이고, 우리 헌법 제15조에서 규정한 직업선택의 자유 보장의 관점에서 중요하므로, 퇴직 전 사용자의 영업비밀 보호와의 법익균형을 모색할 필요가 있다.

주제어 : 영업비밀, 비밀유지의무, 경업금지의무, 직업선택의 자유, 보호가치 있는 사용자의 이익, 영업비밀의 특정

• 투고일 : 2025.07.11. / 심사일 : 2025.07.24. / 게재확정일 : 2025.07.24.

## I. 들어가기

사용자의 영업비밀의 보호와 근로자의 전직이나 창업의 자유와의 이해관계 조정은 오랫동안 논의가 거듭되어 온 쟁점으로 지적재산법 분야와 노동법 분야 및 헌법 분야 등 다방면에 걸친 주제 중의 하나이다.

최근 영업비밀의 중요성과 보호 필요성은 강하게 인식되어 왔다. 1991년 영업비밀에 관한 규정이 부정경쟁방지법(1991.12.31. 법률 제4478호)에 도입되었다. 당시 부정경쟁방지법상 영업비밀의 성립요건(법 제2조 제2호)의 하나로서 ‘비밀관리성’ 요건은 ‘상당한 노력에 의하여 비밀로 유지된’으로 정의되었다. 그런데 소송실무에서 비밀관리성 요건의 엄격한 적용으로 인하여 영업비밀 보호가 미흡하다는 문제점 지적에 잇따랐다. 이에 영업비밀의 비밀관리성 요건을 완화하기 위하여, 2015년 개정 부정경쟁방지법(2015.1.28. 법률 제13081호)에서는 ‘합리적 노력에 의하여 비밀로 유지된’으로 개정되었다. 나아가 2019년 개정 부정경쟁방지법(2019.1.8. 법률 제16204호)에서는 다시 비밀관리성 요건이 ‘비밀로 관리된’으로 개정되었다.<sup>1)</sup>

한편 우리나라의 고용형태는 종신고용제에 기초한 전통적인 고용관계가 크게 변화하고 있다. 우리나라의 고용시장도 고용형태 다변화 내지 취업형태 다변화로 인하여 노동유동화로 이어지고 있다. 또 IMF 이후 최근까지 불경기가 거듭되는 경제상황 속에서 기업의 구조조정 해고가 행해지고, 근로자의 자발적·비자발적 전직(轉職)이나 창업이 증가하고 있다. 취업형태 다변화 문제는 종종 비정규직 문제로 치환되곤 한다.<sup>2)</sup> 정규직 중심의 전통적 고용관계 모델

1) 법원 지적재산권법연구회·사단법인 한국특허법학회, 「부정경쟁방지법 판례백선」, 박영사, 2024. 429면(권장환 집필부분); 최정열·이규호, 「부정경쟁방지법」 제5판, 진원사, 2022. 375~383면,

이 해체되고 고용관계가 다양화·다변화되면서 새로운 유형의 노동자들이 나타나고 있다.

퇴직 후 근로자의 전직이나 창업의 자유가 필요 이상으로 제한되지 않는가를 확인하는 것은 퇴직 근로자의 생계에 직결하는 절실한 과제이고, 우리 헌법 제15조에서 규정한 직업선택의 자유 보장의 관점에서 중요하므로, 퇴직 전 사용자의 영업비밀 보호와의 법익균형을 모색할 필요가 있다.

우리 헌법은 제15조에서는 “모든 국민은 직업 선택의 자유를 가진다.”라고 규정하여 직업선택의 자유를 보장하고 있다.<sup>3)</sup> 직업선택의 자유 또는 직업의 자유란 “자기가 선택한 직업에 종사하여 이를 영위하고 언제든지 임의로 그것을 전환할 수 있는 자유”이다. 직업선택의 자유에는 직업결정의 자유(협회의 직업선택의 자유), 직업 종사(수행)의 자유, 전직(轉職)의 자유 등이 포함된다. 즉 직업을 변경할 ‘전직(轉職)의 자유’는 직업을 선택할 자유에 포함된다.<sup>4)</sup> 또한 직업선택의 자유로서 여러 개의 직업을 선택하여 동시에 함께 할 수 있는 자유 즉 겸직(兼職)의 자유도 가진다. 나아가 직업의 자유는 영업의 자유와 기업의 자유를 포함하므로 이를 근거로 원칙적으로 누구나 자유롭게 경쟁에 참여할 수 있다.<sup>5)</sup> 직업선택의 자유를 국가안전보장·질서유지·공공복리를 위하여 제한하는 경우에는 법률에 의하여야 한다. 그 법률은 과잉금지의 원칙을 위배하지 않아야 하고, 직업선택의 자유의 본질적인 내용을 제한해서는 안 된다. 따라서 직업결정의 자유는 내심의 자유로서의 성격을 띤 것이므로 제한의 대상이 되지 아니한다고 할 것이나, 직업종사의 자유는 법률에 의한 제한의 대상이 될 수 있다. 그리하여 경업금지도 할 수 있다.<sup>6)</sup> 즉 경업금지 등도 헌법상 법률유보와 비례원칙이 적용되는 장면이다.

따라서 직업종사의 자유에 대한 법률에 의한 제한에는 부정경쟁방지법도 해당한다고 할 것이므로, 부정경쟁방지법 제10조 제1항에 따른 영업비밀 침해행위의 금지청구권 행사에 따른 전직금지 내지 경업금지 조치 청구는 과잉금지의 원칙을 위배하지 않아야 하고, 직업선택의 자유의 본질적인 내용을 제한해

2) 남궁준, “취업형태 다변화와 노동법상 사용자 개념의 다원적 구성”, 한국노동연구원, 2023.12. 1면 이하; 정홍준·이정희·조혁진·노성철·황선웅, “고용관계 다변화와 노동자의 이해대변”, 한국노동연구원, 2019.12. 10~13면.

3) 김철수, 「헌법학신론」 제21전정신판, 박영사, 2013. 674면; 한수웅, 「헌법학」 제13판, 법문사, 2024. 687면.

4) 양건, 「헌법강의」 제8판, 법문사, 2019. 865면.

5) 성낙인, 「헌법학」 제24판, 법문사, 2024. 1433~1436면.

6) 김철수, 전게서, 692~693면; 대법원 1997. 6. 13. 선고 97다8229 판결.

서는 안 된다고 해석된다.

이 글의 목적은 보유자인 전 사용자의 영업비밀이 적절하게 보호되고 나아가 퇴직한 근로자의 유연한 전직이나 창업 내지 기업(起業)과 생계유지를 위한 수입 확보에 대해서 필요 이상의 제한이 이루어지지 않도록 하기 위해, 어떠한 쟁점에 유의해야 하는가에 대한 바람직한 해석론의 전개에 목적이 있다. 특히 고용계약(근로관계) 종료 후 사용자의 영업비밀 보호와 근로자의 직업선택의 자유의 법익균형에 초점을 두고 있다.

## II. 부정경쟁방지법 등에 근거한 영업비밀 보호와 직업선택의 자유에 의한 제한

### 1. 부정경쟁방지법 등에 의한 영업비밀 보호

#### (1) 우리나라의 부정경쟁방지법

우리 부정경쟁방지법 제2조 제3호 (라)목은 “영업비밀을 비밀로서 유지하여야 할 의무가 있는 자”를 계약관계 등에 따라 비밀유지의무가 부과된 자로 규정하고 있다. 종업원의 비밀유지의무와 가장 밀접하게 관련된 이 규정은 정당하게 영업비밀을 취득한 자가 비밀유지 의무가 있음에도 불구하고 부정한 목적을 가지고 이 의무를 위반하여 해당 정보를 사용 또는 공개하는 행위를 규제하기 위한 목적을 가지고 있다. 본 규정의 침해행위에 해당하기 위해서는, ① 계약관계 등에 의하여 비밀유지의무가 있을 것, ② 부정한 이익을 얻거나 손해를 가할 목적, ③ 영업비밀을 사용 또는 공개하는 행위가 있어야 한다.<sup>7)</sup> 여기서 부정경쟁 등 부정한 이익을 얻을 목적이나 본원적 보유자에게 손해를 가할 목적을 요건으로 한 이유는 당초에 적법하게 영업비밀을 취득한 취득자와 본원적 보유자와의 이익 조정을 하기 위한 것이다.<sup>8)</sup>

행위주체는 비밀유지의무가 있는 자이다. 영업비밀을 비밀로서 유지하여야 할 의무는 계약 뿐만 아니라 신의칙 등에 의해서도 발생한다. 즉 부정경쟁방지법 제2조 제3호 (라)목에서 말하는 '계약관계 등에 의하여 영업비밀을 비밀로

7) 법원 지적재산권법연구회·사단법인 한국특허법학회, 「부정경쟁방지법 판례백선」, 박영사, 2024. 344면(권동주 집필부분).

8) 송영식 외 6인, 「송영식 지적소유권법(하)」, 육법사, 2008, 470면.

서 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>9)</sup>

신의칙상 또는 묵시적 비밀유지의무를 인정한다고 하더라도 헌법상 보장된 직업선택의 자유를 본질적으로 제한하는 행위는 금지된다고 할 것이다.<sup>10)</sup> 이러한 측면에서 비록 고용기간 중 사용자가 자원이 투입되었다고 하더라도 사용자는 종업원이 지득한 일반적인 지식, 기술, 경험 등에 대해 영업비밀이라고 주장하는 것은 허용되지 않는 것으로 해석된다.<sup>11)</sup>

판례에 따르면, 사용자의 종업원에 대한 전직금지청구를 인정하고 있는데 영업비밀침해를 이유로 하여 부정경쟁방지법 제10조 제1항에 의한 청구에 기초한 경우가 많다. 영업비밀 침해행위의 금지 또는 예방 및 이를 위하여 필요한 조치 중의 한 가지로서 그 종업원으로 하여금 전직할 회사에서 영업비밀과 관련된 업무에 종사하는 것을 금지하도록 하는 조치를 취할 수 있다. 다만 금지청구의 인용범위에 대해서 보면 전직 자체에 대한 금지청구는 허용되지 않고 해당직무에 종사하는 것을 금지하는 청구가 허용된다고 하여 한정해석할 필요가 있다.

## (2) 비교법적 고찰

종래 미국, 독일, 및 일본과 우리 판례를 비교한 선행논문<sup>12)</sup>은 없지 않다.

- 
- 9) 대법원 1996. 12. 23. 선고 96다16605 판결[영업비밀침해금지등].
- 10) 박영규, “고용계약 종료 후의 영업비밀 보호에 관한 비교법적 고찰”, 정보법학 제20권 제1호, 한국정보법학회, 2016.4, 24면; 법원 지적재산권법연구회·사단법인 한국특허법학회, 「부정경쟁방지법 판례백선」, 박영사, 2024, 345면(권동주 집필부분).
- 11) 대법원 1996. 12. 23. 선고 96다16605 판결[영업비밀침해금지등].(이 사건은, 필기구 제조업체의 직원으로서 영업비밀에 해당하는 기술정보를 습득한 자가 타 회사에 스카우트되어 그 회사에서 기술정보를 공개하고 이를 사용하여 제품을 만든 행위가 부정경쟁방지법 제2조 제3호 (라)목 소정의 영업비밀 침해행위에 해당한다고 본 사례이다).
- 12) 종래 미국, 독일, 및 일본과 우리 판례를 비교한 선행논문은 이하와 같다. 신권철, “퇴직 근로자의 경업규제의 비교법적 고찰 - 미국과 일본의 판례를 중심으로”, 「노동법연구」 상반기 제20호, 서울대학교노동법연구회, 2006, 183~216면; 정영훈, “근로관계종료후의 경업금지무에 관한 고찰 -독일과 일본의 논의를 중심으로-”, 「노동법학」 제29호, 한국노동법학회, 2009.3, 75~130면; 이달휴, “근로자의 경업금지의무와 계약”, 「노동법학」 제34호, 2010.6, 33~62면; 차상욱, “영업비밀의 보호: 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제2조 제3호 라.목을 중심으로”, 「산업재산권」 제23호, 한국지식재산학회(구, 한국산업재산권법학회), 2007.8, 91~130면; 차상욱, “퇴직 후 경업금지약정과 영업비밀의 보호- 우리나라와 미국의 판례를 중심으로”, 「법학논고」 제49집, 경북대학교 법학연구소, 2015.2, 633~

그러나 대부분 주요국가 중 양자 중심의 비교법적 고찰이 많으므로 여기서는 주요국 모두를 검토한다.

1) 미국

(가) 미국은 영국과 마찬가지로 보통법(common law) 국가이므로 영업비밀 보호는 민사법 체계에서는 판례법에 근거한 불법행위법, 부정경쟁방지법이 주로 관련되어 있어 오랜 세월에 걸쳐 발달해 왔다.<sup>13)</sup>

그런데 1979년 통일법위원회(ULC)에 의해 모델법으로 통일영업비밀보호법(Uniform Trade Secrets Act : UTSA)이 제정되어 현재까지 뉴욕주를 제외한 대부분 주(州)가 UTSA를 채용하여 통일영업비밀보호법을 입법화하여 영업비밀을 보호하고 있다. 또 미국 형사법에서는 주(州) 차원에서 오랜 세월에 걸쳐 절도죄 등(대상이 되는 무체물에 포함하거나 혹은 영업비밀을 조문에 명기한다)으로서 처벌되어 왔다. UTSA 작성 후에 UTSA에 따른 내용으로 개정되는 등의 행위가 이루어지고 있다. 또 1996년 연방경제스파이법(Economic Espionage Act of 1996; EEA)에 의해 영업비밀 침해를 연방법(連邦法)상 중범죄로 취급할 수 있게 되었다.

그리고 2016년 연방법으로 영업비밀보호법(Defend Trade Secrets Act of 2016: DTSA)이 제정된 이후, 영업비밀 보유자는 영업비밀 침해 사실에 대해 주(州) 법원뿐만 아니라 연방법원에서도 민사상 법적 구제를 요구받을 수 있게 되었다. DTSA는 연방법원에서의 구제 부여 이외에도, (i) 영업비밀법의 통일, (ii) 외국인, 외국법인에 의한 영업비밀 침해에 대한 구제의 실효화, (iii) 일방적 증거품 압수절차(ex parte seizure)에 의한 입증방법의 용이화를 목표로 하고 있다. DTSA의 이러한 입법목적 중 연방법원에 대한 접근을 부여하는 목적과 외국인, 외국법인에 의한 침해에 대한 구제 부여라는 목적은 동법 시행에 의해 실현되고 있다고 여겨지고 있다. 다만, 영업비밀법의 통일, 일방적 증거품 압수절차(ex parte seizure)의 점에 대해서는 실현 혹은 이용이 진행되고 있지 않다는 견해가 강하다.<sup>14)</sup>

---

672면; 박영규, 전제논문, 1~33면 등.

13) Restatement (First) of Torts, § 757, cmt. b (1939), Restatement (Third) of Unfair Competition, §§ 39, 40 cmt. a (1995), Penalty Kick Management Ltd. v. Coca Cola Co. 318 F.3d 1284 (2003).

14) Mark Klapow, et al. "How 5-Year-Old Trade Secrets Act Has Met Its Goals", Law360, (May 11, 2021). <<https://www.crowell.com/a/web/m5HWH1Y1ASzyHtPtJiuMoX/4Ttkbu/20210511-how-5-year-old-defend-trade-secrets-act-has-met-its-goals.pdf>>.

영업비밀의 정의에 관하여 많은 판례를 감안하면, DTSA의 정의가 UTSA의 정의와 같다는 점을 중시하여, UTSA를 채용하여 제정된 각 주(州) 영업비밀 법에 근거한 각 주(州)의 판례는 불변이며, 과거의 판례를 계승하는 것으로 이해되고 있다.<sup>15)</sup>

DTSA에 의한 영업비밀침해행위의 범위가 확대되고 있다고 평가할 수 있다. 즉 DTSA의 영업비밀 침해 정의에는 영업비밀 부정사용을 '달성시키는' 행위가 포함된다. 이 점에 대해 법원은 용어가 의미하는 행위는 범죄행위 계획이 개시된 후 범죄 완료에 이르기까지 범죄가 수행 중임을 밝히는 어떠한 행위도 포함해 해석돼야 한다고 판단했다. 그래서 피고가 많은 국내 전시회에서 부정 취득된 것으로 알려진 영업비밀을 구체화한 제품을 선전, 촉진, 판매해 온 이상, '부정 사용'이 되었다고 인정했다.<sup>16)</sup> 그러나 이 DTSA의 '달성시키는' 행위에는 타인의 영업비밀 침해행위를 방조(幫助)하는 행위는 포함되어 있지 않다고 하는 하급심 수준의 판결도 존재한다.<sup>17)</sup> 결국 현재로서는 DTSA에 관한 판례에서 침해행위를 광의로 해석하는 판결이 내려지고 있지만, 구체적인 사안의 사실관계에 따라 판단이 갈릴 것으로 예상되므로 향후 판례의 발전 추이를 지켜볼 필요가 있다.

(나) 영업비밀 침해행위의 피해자인 보유자에게 인정되는 구제수단으로는 이전부터 금전적 배상, 부당이득 반환, 항구적 금지명령, 잠정적 금지명령, 일시적 억제명령이 인정되어 왔다.

우선 금지명령이다. 영업비밀 보유자는 침해품의 파괴, 침해품의 인도, 침해자로부터의 영업비밀의 반환이나 소거를 금지로 요구해야 하는 사정을 증명할 수 있으면 침해행위를 실효적으로 저지할 수 있다. 한편 구제를 제공함에 있어서 다른 법익과의 균형이 중요하다. 이런 점에 입각하여 UTSA와 DTSA 모두 침해자가 당초는 영업비밀의 침해 사실에 대해 선의인 경우에는 금지명령에 갈음하여 합리적인 로열티 지불을 명할 수 있다고 하고 있다.

15) *Midwest Sign & Screen Printing Supply Co. v. Dalpe*, 386 F. Supp. 3d 1037, 1053 (D. Minn. 2019); *Kuryakyn Holdings, LLC v. Ciro, LLC*, 242 F. Supp. 3d 789, 797-98 (W.D. Wisc. 2017); *Earthbound Corp. v. MiTek USA, Inc.*, 2016 WL 4418013, at \*10 (W.D. Wash. Aug. 19, 2016).

16) *Motorola Sols., Inc. v. Hytera Commc'ns Corp.*, 436 F. Supp. 3d 1150, 1164-65 (N.D. Ill. 2020).

17) *Power Home Solar, LLC v. Sigora Solar, LLC*, No. 3:20-CV-00042, 2021 WL 3856459, at \*10 (W.D. Va. Aug. 30, 2021).

몇몇 주(州)에서는 판례를 바탕으로 영업비밀 침해 사실이 인정되었을 때에는 반증(反証)은 가능한 것, 금지명령의 요건인 '돌이킬 수 없는(회복 불가능한) 손해 발생'이라는 요건을 충족한다고 추정(推定)된다.<sup>18)</sup> 예를 들어 일리노이주(州) 연방지방법원은 DTSA와 일리노이 영업 비밀보호법 사건에서 반증 가능한 추정을 적용했다.<sup>19)</sup> 오하이오주(州)와 캘리포니아주(州)의 판결에서도 비슷한 것이 발견된다.<sup>20)</sup> 반면 다른 많은 주(州)들에서 반증가능한 추정을 적용하지 않는 것으로 보인다.<sup>21)</sup>

다음으로 금전배상이다. 영업비밀 부정사용에 근거하여 영업비밀보유자인 원고가 침해자인 피고에 대해 손해배상을 청구하는 구제방안이다. 미국의 불법 행위 손해배상의 일반규칙에 따라, 손해배상은 위반행위와 사실적 인과관계가 있고, 또 상당인과관계가 있는 손해에 관해서만 인정된다. 그리고 침해행위가 없으면 원고가 가지고 있었을 원래의 지위로 회복하는 데 필요한 정도로 부여된다. 다만 실제 사건에서 영업 비밀 침해로 인한 손해를 입증하는 것은 쉽지 않은 경우가 많다.<sup>22)</sup> 이런 상당인과관계 입증의 어려움을 명확히 나타낸 판결이 연방제9순회항소법원에 의해 내려졌다.<sup>23)</sup> 이 사건에서 원고는 영업비밀 부

18) Brightview Grp., LP v. Teeters, 441 F. Supp. 3d 115, 138 (D. Md. 2020).

19) Vendavo, Inc. v. Long, 397 F. Supp. 3d 1115, 1143-44 (N.D. Ill. 2019).

20) Allied Erecting & Dismantling Co. v. Genesis Equip. & Mfg., Inc., No. 4:06CF114, 2010 WL3370286, at \*2 (N.D. Ohio Aug. 26, 2010).

21) 예를 들어 DTSA에 근거한 영업비밀 침해 사건에서 연방제10순회항소법원은 DTSA는 금지명령을 허가할 뿐 강요하는 것은 아니라고 결론을 내렸다. First W. Capital Mgmt. Co. v. Malamed, 874 F.3d 1136, 1142-44 (10th Cir. 2017). 연방제3순회항소법원도 향후 일어날 가능성이 있는 공개행위는 금지되어야 할 대상이지만, 이미 공개된 정보를 금지할 필요가 없다고 하여 금지명령의 부여를 부정(否定)했다. Campbell Soup Co. v. ConAgra, Inc., 977 F.2d 86, 91-93 (3d Cir. 1992).

22) T-Mobile USA, Inc. v. Huawei Device USA, Inc., 115 F. Supp. 3d 1184, 1193 (W.D. Wash. 2015).

23) Joshua David Mellberg LLC v. Will, No. 20-16215, 2021 WL 4480840, at \*1 (9th Cir. Sept.30, 2021). (이 사건에서 법원은 원고의 영업비밀 부정사용에 근거한 피고에 대한 손해배상 청구에 대해, 우선 원고가 주장하는 영업비밀의 부정취득, 사용이 충분히 입증되지 않았다고 지적했다. 게다가 영업비밀의 상실에 의해 1,600만달러를 넘는 가치를 가진 영업비밀의 손해가 원고에게 발생하고 있으므로 같은 금액의 배상이 발생하고 있다고 하는 전문가(expert)의 보고서는 피고가 침해한 사실을 전제로 하고 있어 채용할 수 없다고 결론 내렸다. 또 법원은 원고의 부당이득 청구에 대해서도 지방법원의 판단을 옳다고 인정했다. 원고가 영업비밀 개발에 수백만 달러를 지출했다고 주장하며, 재무서류(財務書類)를 공개하고 증언(證言)도 제출했지만, 법원은 제출된 증언을 '일반인의 의견' 및 '일반적 주장'이라고 하며 판단에 참고하지 않았다. 법원은 부당이득 이론에 관하여 원고가 개발비에 관한 선서서(宣誓書)를 보증으로 제출한 것에 대해 시기에 늦은 것으로 배제하였다. 그래서 손해액 계산을 필요로 하는 연방민사소송규칙 26a(1)(A)(iii)를 충족하지 않았다고 인정했다.)

정사용과 부당이득을 이유로 전 종업원과 그 신규 고용주인 피고 회사를 상대로 소를 제기하였지만, 연방지방법원은 피고들의 신청에 따라 청구를 각하하는 약식 판결을 내렸고, 또 연방제9순회항소법원은 원심의 결론을 인용했다.

영업비밀 보유자는 손해 입증을 하는 대신 침해자에 의해 얻은 이익의 인도, 라이선스 한 경우 지불해야 할 사용료(로열티) 지불을 요구할 수도 있으므로, 합리적 사용료(로열티) 비율이 입수 가능하면 자료를 제출할 수 있다. 나아가 UTSA와 DTSA 모두 징벌적 손해배상(懲罰的損害賠償)을 채택하여 침해행위가 고의인지 과실인지에 따라 액수를 증가시킬 수 있다.

(다) 변론단계에서는 영업비밀 해당성에 대한 증명책임은 영업비밀보유자인 원고(사용자)가 부담하게 되는데, 원고(사용자)는 특정한 정보가 영업비밀로서 업계의 일반적 기술과 지식에 포함되어 있지 않거나, 상당한 시간이나 노력 또는 비용을 들이지 않고는 쉽게 확인할 수 없다는 점을 증명하여야 한다.<sup>24)</sup>

## 2) 독일

(가) 독일의 경우는,<sup>25)</sup> EU 회원국이기에 때문에 EU의 지침이나 규정에 따라 국내법의 정비·개정이 이루어진다. 독일의 ‘영업비밀보호에 관한 법률’(the German Trade Secret Act (TSA), Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (GeschGehG))은 2016년 6월 9일 EU 지침(EU Directive 2016/943 (Directive))의 국내 실시를 위해 제정되어 2019년 4월 18일 발효하였다. 2019년까지 독일에서는 다양한 법률과 규제가 영업비밀 보호에 적용되어 왔다. 이 중에는 독일 부정경쟁방지법(UWG), 독일 형법, 독일 재정법(財政法), 독일 민법(BGB), 독일 주식회사법, 독일 경쟁제한법(ARC)이 포함된다.

1896년부터 2019년까지 주로 영업비밀보호에 적용된 법률은 부정경쟁방지법(Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG)<sup>26)</sup>으로, 형사사건이나 민사사건 판결에 의해 영업비밀의 보호가 이루어졌다.<sup>27)</sup> 독일 부정경쟁방지법(UWG)에는 특정한 부정유행위(不正流用行爲)에 대한 영업비밀보호에 초점을 맞춘 제17조, 제18조, 제19조가 규정되어 있었다. 종업원에 의한 영업비밀의

24) Restatement (Third) of Unfair Competition, §§ 42 cmt. d (1995).

25) Thomas Nägele, et al., Trade Secrets 2025, Chambers and Partners website <<https://practiceguides.chambers.com/practice-guides/trade-secrets-2025/germany>>

26) Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb.

27) Thomas Nägele, et al., Trade Secrets 2021, Chambers And Partners (Apr. 28, 2021), <<https://chambers.com/downloads/gpg/634/trade-secrets-2021.pdf>>.

제3자에 대한 위법한 공개를 금지하고 있을 뿐만 아니라, 제19조는 공범자의 행위를 처벌하고, 또한 산업스파이, 즉 종업원이나 제3자에 의한 기술적 수단의 적용에 의한 영업비밀의 부정사용(不正使用)도 금지되어 있었다. 신법(新法)이 이들 규정을 대체하게 되었다. 따라서 신법(TSA, GeschGehG)에 영업비밀의 정의규정을 두고, 규제·구제의 대상이 되는 부정한 영업비밀의 취득, 사용, 공개행위를 명확히 하였다.<sup>28)</sup> 신법(TSA, GeschGehG)이 종래 부정경쟁방지법(UWG)을 대체한 것이다.

신법(TSA, GeschGehG)에서 영업비밀의 정의(GeschGehG 제2조)는 비밀성(秘密性)을 유지하기 위한 ‘합리적인 조치’, 즉 비밀관리성이 취해지고 있는 것임을 명확히 요건으로 하고 있다. 그러므로 종전의 독일 부정경쟁방지법(UWG)의 제17조~제19조에 관하여 발전한 판례법 즉 구법(舊法)에서는 영업비밀로 여겨지던 정보가 영업비밀에 해당하지 않게 될 가능성은 있었다. 즉 종전에는 영업비밀의 존재를 인정하기 위해서 법원은 최적의 보호조치가 취해지고 있을 필요는 없고 개별 사건의 사실관계에 입각하여 상당성(相当性)의 관점에서 판단한다고만 말하고 있었다.<sup>29)</sup>

이 점과 관련하여, 슈투트가르트 항소법원(Stuttgart Court of Appeal)은 “정보를 비밀로 유지하기 위한 합리적인 조치”의 최저기준에 관한 판례를 확립하고자 했다.<sup>30)</sup> 슈투트가르트 항소법원(Stuttgart Court of Appeal)이 제시한 요건은 중요하다. 영업비밀을 알 필요가 있는 관계자 사이에서만 공유되었는지, 비밀유지의무가 부과되었는지, 패스워드(비밀번호) 관리가 되었는지, 기재된 유체물의 관리가 엄격하게 되어 있는지는 영업비밀 해당성을 판단하는데 있어서 검토될 것이다.

(나) 영업비밀 침해행위의 정의에 대해서도 독일의 구법과 신법은 차이가

28) GeschGehG 제4조.

29) Dusseldorf Regional Labor Court, Judgment of 3 June 2020 - 12 SaGa 4/20. (한편 법원 중에는 개개의 영업비밀에 대한 보호조치가 취해지고 있을 필요가 있다고 기술한 것도 있어 혼란이 빚어지고 있었다.)

30) Stuttgart Court of Appeal, Judgement of 19 November 2020 - 2 U 575/19, GRUR-RS 2020, 35613. (이 법원은 다음의 요소를 고려한다고 판시했다. a. 영업비밀의 본질과 가치, b. 해당 사업에 있어서 영업 비밀의 중요성, c. 연구와 개발에 소요된 비용, d. 사업의 규모, e. 사업에서 통상적으로 취하고 있는 안전책, f. 정보 라벨링 방법, g. 종업원이나 거래처와의 계약 중 분명한 발언. 나아가, 법원은 또 다음과 같은 사실 여부를 중요시한다고 밝혔다. (i) 정보는 할당된 업무를 수행하기 위해 적어도 잠재적으로 접근을 필요로 하는 사람에게만 공개되어 있다(‘알 필요가 있는 베이스’), (ii) 정보가 공개되는 사람은 비밀유지의무에 구속되어 정보에 관해 이 비밀유지의무를 지고 있음을 인식하고 있다.)

있다. 즉 중전의 판례법의 영업비밀침해행위를 보면, 독일 부정경쟁방지법(UWG) 제17조 내지 제19조에서는 침해행위가 되는 것은 기본적으로는 종업원이 고의 또는 과실에 의해 영업비밀을 부정하게 공개, 취득 또는 사용한 경우이며, 종업원 이외의 사람에 대해서는 교사 등의 적극적인 의도·의욕(단순히 영업비밀이라는 인식, 고의뿐만 아니라)이 수반되고 있는 것을 요구하고 있었다.<sup>31)</sup>

그런데 신법(GeschGehG)에 의한 영업비밀침해행위(GeschGehG 제4조)에 따르면, 영업비밀 침해행위는 확대된 개념으로 결정되게 되어, 종업원 이외의 자에 대하여 적극적인 의도·의욕뿐만 아니라 과실에 의해 영업비밀의 부정한 공개, 취득, 사용했을 경우에도 민사적 구제를 받을 수 있게 되었다. 그래서 예를 들면, 부정하게 취득된 영업비밀을 사용하고 있는 제품이나 서비스를 제조, 판매, 수출입, 시장에 제공하는 자의 행위를 대상으로 하여 민사적 구제조치(금전적 손해배상을 포함한다)를 요구할 수 있게 되었다.<sup>32)</sup>

한편 침해에 있어서의 주관적 요건으로서 영업비밀의 침해에 근거한 금전적 손해배상은 신법(GeschGehG) 제10조(1)에 따라 침해자가 적어도 과실로 행동했을 필요가 있다.<sup>33)</sup>

신법은 제외규정(除外規定)을 두고 있다. GeschGehG 제5조는 어떠한 영업비밀의 취득, 사용 또는 공개행위가 예외적으로 허용되는지 규정하고 있다. 내부고발을 위한 정보의 개시 등 공공의 이익을 목적으로 한 행위를 침해행위에서 제외하고 있다(동법 제5조).

결국 신법(GeschGehG)에 의해 영업비밀 침해행위의 범위는 영업비밀보유자와 직접적 거래관계가 없는 제3자(이른바 轉得者)의 행위에까지 미치게 되었다. 따라서 영업비밀 침해의 고의가 통상 없는 전득자(轉得者)가 침해품을 제조하거나 판매하거나 수입한 경우에도 침해하고 있는 사실에 대해 고의나 과실을 입증할 수 있는 한 그러한 제3자에 대해 민사적 구제를 청구할 수도 있게 되었다.

(다) 민사적 구제방안으로서, 신법(GeschGehG)에 의하면 영업비밀보유자는 침해자에 대해, ① 침해 배제 조치(제6조), ② 침해품의 파괴, 리콜 등의 특별

31) Thomas Nägele, et al., Trade Secrets 2021, Chambers And Partners (Apr. 28, 2021).

32) Ibid.

33) 반면 EU지침 제14조(1)에 의하면, 회원국은 피용자가 고용주의 영업비밀을 위법하게 취득, 사용 또는 공개한 경우에 고의가 결여된 경우에는 그 법적 책임을 완화할 수 있게 되어 있다. 이 점에 대해서 독일에서는 이 옵션이 적용되지 않는다(제11조).

조치(제7조) 및, ③ 회계 정보 및 보상 (제8조)과 같은 구제수단을 정하고 있다.<sup>34)</sup> 즉, 제6조에서 영업비밀보유자의 신청에 따라 법원은 잠정적 조치로서 영업비밀의 사용 또는 공개의 금지와 정지 및 문서, 물건, 재료, 물질 또는 전자과일의 압류를 명할 수 있다. 또 제7조의 규정에 의하여 본안(本案)에 관하여 내려지는 법원의 결정에서는 손해배상(損害賠償)<sup>35)</sup> 등 구제방안을 명할 수 있다.

또 형사적 구제방안으로 형사벌을 신법(GeschGehG) 제23조 제1항 내지 제4항에서 규정하고 있다.

(라) 영업비밀침해에 관하여 다른 법률에서도 규제책을 두고 있다.

첫째, 독일 민법(Bürgerliches Gesetzbuch, BGB)이다. (i) 종업원은 BGB 제242조의 일반적인 성실한 이행조항에 따라 고용주의 영업비밀 및 사업비밀을 비밀로 유지할 의무가 있다. 종업원은 관습을 고려하여 신의성실(信義誠實)의 원칙에 따라 이행할 의무가 있다. 고용 중 수비의무위반(守秘義務違反)이 발생할 경우 고용주는 통지 없이 직원을 해고(解雇)하고 손해배상(損害賠償)을 청구할 수 있다. 그러나 고용주의 특별한 이익에 의해 정당화되지 않는 종업원에 대한 과도한 의무를 부과하는 조항은 무효(無效)로 된다. 종업원은 고용 후에도 영업비밀에 대한 수비의무(守秘義務)를 지지만, 업무에서 얻은 스킬이나 지식은 수비의무에 포함되지 않는다. (ii) 거래관계를 의도하고 교섭을 실시하는 기업은 영업비밀을 포함할 가능성이 있는 기밀정보를 서로 공유하는 경우가 자주 있다. BGB는 제311조 및 제241(2)조에 근거하여 상대방의 권리 및 법적 이익을 보호하여야 한다고 규정하고 있다. 나아가 독일 법원은 고용계약 당

34) 민사상 청구권에 대해서는 3년간의 통상 시효의 대상이 된다(BGB 제195조, 제199조). 다만, 특별 규정으로서 제13조에서는 침해자가 특별한 상황 하에서는 손해배상 청구권의 시효에 의한 소멸 후라도 취득한 상품을 포기할 의무가 있는 것을 규정하고 있다. 이는 6년의 제척기간에 걸친 것이다.

35) 손해배상(損害賠償)에 상세는 이하와 같다. (i) 제11조는 고의 또는 과실을 모두 충족하지 않은 침해자가 청구의 이행에 의해 과도한 불이익을 받는 경우, 금전에 의한 보상이 적절하다고 생각되는 경우, 제6조 또는 제7조에 근거한 청구를 회피하기 위해 영업비밀의 소유자에게 금전배상할 수 있다고 규정한다. (ii) 배상금액은 라이선스를 계약상 부여하는 경우에 적절하다고 생각되는 금액에 근거한다. 영업비밀의 보유자는 금지명령을 받을 수 있는 기간 이상의 기간에 대하여 보상을 요구할 수 없다. (iii) 손해액의 계산법은 3가지 방법 중에서 선택할 수 있다고 되어 있다. 실제 발생한 손해의 배상을 요구하거나, 침해자가 행한 이익의 반환을 요구하거나, 영업비밀을 취득, 사용 또는 공개하는 것에 동의를 얻은 경우에 침해자가 지불해야 했을 적절한 사용료(로열티)에 근거하여 손해를 계산할 수 있다.

사자의 권리와 의무에 대해 규정하고 있는 독일 민법 제611조(고용계약에서의 전형적 의무)에서 영업비밀 보호에 관한 근거를 찾고 있다. 그리고 종업원이 영업비밀을 부당하게 사용하는 경우에는 사용자는 독일 민법 제823조에 기하여 손해배상을 청구할 수 있다.<sup>36)</sup>

둘째, 독일 상법(Handelsgesetzbuch, HGB)이다. 독일 상법 제74조 제2항에 의하면 경업금지약정은 영업주가 경업금지 1년에 대해 최소한 상업사용인 직전에 계약상 수령한 급부의 절반(1/2)에 달하는 보상금을 지불할 의무를 부담하는 경우에만 상업사용인에 대해서 효력이 있다고 규정하고 있다. 만약 사용자와 종업원 사이의 비밀유지계약이 폭 넓게 규정되어 실제적으로 경업금지계약과 동일시 될 수 있다면 그 유효성은 경업금지약정에 관한 이론에 의해 결정되므로,<sup>37)</sup> 이 조항은 제한적으로 비밀유지약정에도 적용될 수 있을 것이다. 이 조항의 특색은 퇴직 후 전 종업원이 합의된 경업금지의무에 대해 일정한 보수(보상)를 받은 경우에만 유효하다는 점이다. 또, 독일 상법 제74조의a 제1항에 의하면, 상업사용인에 대한 경업금지조항에 대한 법정의 상한기간 내지 제한은 2년이다. 즉 경업금지약정은 고용관계의 종료로부터 2년을 초과할 수 없다. 결국 최대 2년의 기간 내에서만 경업금지약정의 효력이 인정되고 있다.<sup>38)</sup>

셋째, 독일 형법(Strafgesetzbuch, StGB)이다. 독일 형법은 영업비밀의 취득, 사용 또는 공개행위를 범죄로 처벌한다. 독일 형법은 제203조, 제204조, 제202(a)조 및 제355조(1)항에 근거해 영업비밀의 보호를 규정하고 있으며 각각 개인비밀의 침해, 타인의 비밀의 악용, 데이터 스파이 및 세무비밀의 위반을 처벌한다.

(마) 독일 민법에서는 불법행위의 피해자에게 인정되는 구제수단으로서 종래 금전배상, 부당이득반환, 침해제품의 파괴가 인정되어 왔다. 영업비밀 보유자는 금지에 의한 구제, 금전배상, 보호된 정보의 반환 또는 파괴, 손해배상을 계산하는 기초로 하는 이익에 관한 정보의 제공, 수색 명령, 특정한 문서제출 명령, 잠정적 조치 등의 구제를 이용할 수 있다.

다만, 법원이 구제를 제공함에 있어서 다른 법익과의 균형이 중요시되고 있다. 피용자에 대하여 노동의 자유를 불필요하게 제한하게 되는 경우에는 비밀유지의무는 그 효력이 부정되는 경우가 있다. 또 고용기간 종료 후에 피고용자에게 부과되는 제약(예를 들면 거래처를 자신의 고객으로서 권유하거나 다른

36) 박영규, 전계논문, 14~15면.

37) 박영규, 전계논문, 18~19면.

38) 박영규, 전계논문, 19면.

종업원을 종업원 등으로서 권유하는 것의 금지)은 종전의 3년간의 평균 급여의 약 50%의 지불을 하는 경우에만 유효하다고 되어 있다. 이러한 구제조치는 GeschGehG의 발효 후, GeschGehG에서 허가된 상기 구제책과 병행하여 계속해서 유효하게 존속하고 이용하는 것이 가능하다.

### 3) 일본

(가) 일본 부정경쟁방지법 제2조 제6항에서는 영업비밀이란 ‘비밀로서 관리되고 있는 생산방법, 판매방법 기타 사업활동에 유용한 기술상 또는 영업상의 정보로서 공연하게 알려지지 않은 것’이라고 정의하고 있다. 따라서 ① 비밀관리성, ② 유용성 및 ③비공지성이 요건이지만 이들 요건은 상호 관련이 있다. 여기서 정의되는 3가지 요건, ①비밀관리성, ②유용성, ③비공지성에 대해서는 1990년 개정에서 도입된 이후 아직 변경되지 않고 있다.<sup>39)</sup> 이 유형의 부정행위는 신의칙상의 수비의무(守秘義務) 위반행위로 자리매김하고 있다. 여기서 신의칙은 계약종료 후에도 작용하기 때문에, 채권관계에 있었던 자는 계약종료 후에도 계약 상대가 계약관계에 있었기 때문에 부당하게 불이익을 입지 않도록 할 의무가 존재한다고 풀이된다.<sup>40)</sup>

일본 부정경쟁방지법은 영업비밀침해행위(부정법 제2조 제1항 제4호부터 제10호까지)에 관하여 금지(제3조), 손해배상(제4조), 신용회복조치(제14조) 등의 청구를 할 수 있다고 정하고 있다. 구체적으로 보면, 금지청구를 하기 위해서는, ① 사업자가 보유하는 기술상 또는 영업상의 정보가 영업비밀에 해당할 것(제2조 제6항), ② 피고가 영업비밀침해행위를 할 것(제2조 제1항 4호부터 제10호까지), ③ 영업상의 이익의 침해 또는 침해의 우려가 있을 것(제3조)등의 요건이 필요하다. 한편 손해배상청구를 하기 위해서는 위 ③ 요건에 갈음하여, ③고의 또는 과실에 의한 영업상의 이익의 침해와 이에 따른 손해의 발생(제4조)이 요건이다. 또, 신용회복조치를 청구하기 위해서는, 위 ③ 요건에 갈음하여, ③ “고의 또는 과실에 의해 영업상의 신용을 해할 것”(제14조)이 요건이다.<sup>41)</sup>

소송 실무에서는 일본 부정경쟁방지법 제2조 제6항의 영업비밀의 정의규정에서 요구되는 3가지 요건 중 특히 ‘비밀관리성’ 요건이 문제 된다. “비밀로서

39) 經濟産業省知的財産政策室編著, 「逐條解説 不正競争防止法」, 平成23・24年改正版, 有斐閣, 2012, 41頁.

40) 通商産業省知的財産政策室監修, 「營業秘密 — 逐條解説 改正不正競争防止法」, 有斐閣, 1990, 89頁.

41) 西田昌吾, “營業秘密侵害行爲”、高部眞規子編, 「著作権・商標・不競法關係訴訟の實務」[第2版]、商事法務、2018, 491頁.

관리되고 있다”라고 하기 위해서는 ① 해당 정보에 접근한 자에게 해당 정보가 영업비밀인 것을 인식할 수 있도록 할 것, 혹은 ② 해당 정보에 접근할 수 있는 자가 제한되어 있을 것이 필요하다.<sup>42)</sup> 다만 정보의 성질, 내용에 따라서는 유용성이 지극히 높고, 비공지인 것이 분명하며 영업비밀이라고 용이하게 인식할 수 있는 것도 있다. 예컨대, 남성용가발의 고객명부<sup>43)</sup>이나 소프트웨어의 소스코드<sup>44)</sup> 등이 여기에 해당한다. 또한 사업자의 규모에 따라서 필요하게 되는 비밀관리조치(秘密管理措置)는 다르다. 예컨대 직원 10여명 정도 규모의 작은 기업이라면 사내의 종업원에 대하여 정보의 반출이나 업무 외의 이용 등을 금지하는 것만으로 충분한 경우도 있다.<sup>45)</sup> 이와 관련하여, 위 ①②의 요건은 경직적으로 파악해서는 안된다는 주장도 있다.<sup>46)</sup>

지금까지의 재판례도 “실제로 강구하고 있는 구체적인 비밀관리조치(秘密管理措置)에 관해서는 해당 정보의 성질, 보유 형태, 정보를 보유하는 기업 등의 규모 등의 제반 사정을 종합 고려하여 합리성이 있는 비밀관리조치가 실시되고 있는지 여부의 관점에서” 판단 되어진다.<sup>47)</sup> 이들 사정은 상관관계에 있고 해당 사안에서 무엇이 합리성이 있는 비밀관리방법 인가에 관해서는 개개의 사실관계를 종합 고려하여 신중하게 검토할 필요가 있다.

(나) 일본의 경우,<sup>48)</sup> 부정경쟁방지법은 1990년 개정 이후 근로계약관계의 존속 중 내지 종료후에 근로자가 행한 영업비밀의 부정한 사용·개시에 관하여 금지청구 등 민사상의 구제조치를 두었다. 결국 근로자가 사용자로부터 제시된 영업비밀을 부정한 이익을 얻을 목적으로 또는 그 보유자에게 손해를 가할 목적(圖利加害目的)으로 사용 내지 개시하는 행위는 부정경쟁의 하나의 유형으

42) 東京地判平成12年9月28日 判タ1079号289頁.

43) 大阪地判平成8年4月16日 判タ920号232頁.

44) 大阪地判平成28年11月22日 裁判所HP 平成25年(ワ)第11642号.

45) 東京地判平成29年2月9日 裁判所HP 平成26年(ワ)第1397号·平成27年(ワ)第34879号 등.

46) 古河謙一, “營業秘密の各要件の認定・判斷について”, 牧野利秋ほか編 『知的財産法の理論と實務 第3卷(商標法・不正競争防止法)』, 新日本法規出版, 2007, 333頁. 재판례는 매체의 보관장소에 시정(施錠) 혹은 패스워드의 설정 등에 따라서 액세스할 수 있는 자가 한정되어 있음과 동시에 매체 자체에 비밀인 것이 표시되어 있는 것을 원칙적으로 필요하다고 하면서, 영업비밀의 내용 자체로부터 당연히 고도의 비밀성이 도출되는 것, 사업규모, 종업원과 사이의 구체적인 정함·지시 등의 상황을 고려하여 앞에 기술한 원칙적 요건을 완화하는 것도 있을 수 있다는 기준에서 서 있다고 생각 된다고 한다.

47) 經濟産業省知的財産政策室 編, 『逐條解説 不正競争防止法』, 商事法務, 2016, 41頁.

48) 한국특허법학회 편, “경업금지약정”, 『영업비밀보호법』, 박영사, 2017, 403~410면(차상욱 집필부분).

로 규정하였다(법 제2조1항7호). 그리고 사용자는 이러한 영업비밀의 사용·개시행위에 대하여 금지(법 제3조1항), 손해배상(법 제4조), 침해행위를 조성한 물건의 폐기 또는 침해행위에 제공한 설비의 제거(법 제3조2항), 신용회복(법 제14조)을 각 청구할 수 있다.

일본 부정경쟁방지법상 형사제재로서 특히 중요한 것은 재직 중의 근로자와 퇴직자에 의한 영업비밀의 부정사용·개시등에 관한 형사벌이다. 즉 재직 중의 근로자의 수비의무위반(부경법 제21조1항5호) 및 퇴직 근로자의 영업비밀의 부정사용·개시에 대한 처벌규정이 그것이다(법 제21조1항6호).<sup>49)</sup> 부정경쟁방지법상 영업비밀침해에 관한 형사벌의 대상으로 되는 것 제21조 제1항 제1호에서 제7호 사이에 규정하고 있는데, 이들은 영업비밀에 관한 부정경쟁에 관하여 민사상 금지청구 등의 대상으로 되는 것과 비교하여 특히 위법성이 높다고 인정되는 침해행위에 관하여 2003년 개정에 따라 형사벌(영업비밀침해죄)이 도입되기에 이르렀고, 그 후 퇴직자 처벌규정의 도입(2005년개정), 법정형 인상(2006년), 처벌대상범위의 재검토(2009년) 등의 개정이 단계적으로 이루어졌다.<sup>50)</sup>

(다) 2015년 개정 부정경쟁방지법(공포 2015년 7월 10일, 2016년 1월 1일 시행)에서는, 영업비밀의 누설의 실태나 산업의 국제경쟁력의 강화를 도모할 필요성의 증대 등을 배경으로 영업비밀의 보호를 형사·민사의 양면에서 한층 강화한 것에 주안이 두어졌다.<sup>51)</sup>

민사면에서는 우선 부정사용행위에 따라 생긴 물건을 양도, 인도, 양도 또는 인도를 위한 전시, 수출, 수입 또는 전기통신회선을 통하여 제공한 행위가 부정경쟁에 추가되었다(부경법 제2조1항10호). 또한 침해의 입증부담의 경감이 도모되었다. 즉 고의·중과실에 의해 기술상의 비밀에 관하여 영업비밀을 취득한 행위인 경우에 있어서 그 행위를 한 자가 당해 기술상의 비밀을 사용하는 행위에 의해 생기는 물건의 생산등을 한 경우는 그 자는 영업비밀을 사용하고 생산등을 한 것으로 추정한다(부경법 제5조의2). 그 외 부정경쟁 중, 영업비밀을 사용하는 행위에 대한 금지를 청구하는 권리는 사실을 안 때로부터 3년, 그 행위의 개시의 때로부터 20년(개정전 10년)으로 소멸시효에 걸리게 된다(부경

49) 土田道夫, 「労働契約法」, 有斐閣, 2008, 108頁 및 616頁.

50) 經濟産業省知的財産政策室編著, 前掲書, 181頁.

51) 일본 경제산업성 웹사이트 참조; <<http://www.meti.go.jp/policy/economy/chizai/chiteki/unfair-competition.html#kaisei>>.

법 제15조).

형벌면에서는 영업비밀침해행위에 관한 벌금액이 종래 개인에 관하여 최고 1000만엔, 법인에 관하여 최고 3억엔에서, 법인에 관하여 최고 5억엔(일본부경법 제31조1항)으로 인상되었다. 또 해외중과에 따라서, 영업비밀의 해외로 누설한 데 대한 벌금은 개인에게 최고 3000만엔(동법 제21조3항), 법인에게 최고 10억엔(동법 제22조1항1호)로 개정되었다. 종래의 법률에서는 영업비밀을 부정하게 취득·누설한 자와 그것을 알면서 영업비밀을 그 자로부터 직접 개시를 받은 자(2차적인 취득자)까지만 처벌의 대상으로 포함하였다. 이에 대하여 2015년 개정부경법에서는 전전하여 부정하게 유통한 영업비밀을 취득·사용·개시한 자도 처벌의 대상으로 하였다(동법 제21조1항8호). 종래의 영업비밀침해되는 피해자의 고소를 기초로 행해지는 친고죄이었지만, 이것이 고소하지 않아도 기소할 수 있는 비친고죄로 개정되었다. 그리고 미수행위도 새롭게 형사벌의 대상으로 되었다(동법 제21조4항). 그리고 일본국내에서 사업을 행한 보유자의 영업비밀을 일본국외에서 부정하게 취득한 행위등이 처벌의 대상으로 되었다(동법 제21조3항3호). 기타 영업비밀침해에 따라서 생긴 재산등의 몰수도 가능하게 되었다(동법 제21조10항).

## 2. 퇴직 후 근로자에 대한 영업비밀 보호와 직업선택의 자유에 의한 제한

(1) 헌법상 기본권인 직업선택의 자유 보장의 관점과 영업비밀 보호의 법익 균형 모색

직업선택의 자유 내지 영업의 자유와 관련하여 퇴직한 종업원이 종전의 사업장에서 지득한 영업비밀을 새로운 사업장에서 활용할 수 있는지 여부가 특히 문제된다.<sup>52)</sup> 이 문제와 관련하여 유의할 점은, 퇴직 근로자의 헌법상 기본권인 직업선택의 자유 내지 영업의 자유를 제한하기 위해서는 과잉금지원칙(過剩禁止原則)에 위배되지 않도록 해석할 필요가 있으므로, 그 ①목적의 정당성과 수단의 적합성, ②침해의 최소성, ③법익의 균형성을 모두 충족할 필요가 있다고 봄이 타당하다.

근로자의 전직이나 창업에 관해서는 종래부터 종사하였던 것과 마찬가지로의 직종이나 업종을 선택하면 새로운 지식이나 기술의 획득에 대한 노고가 가장

52) 정호열, 「부정경쟁방지법론」, 삼지원, 1993. 278면.

적고, 얻게 되는 수입도 가장 높다고 생각될 수 있다. 근로자가 고액의 대가와 교환으로 경쟁사에 전 사용자의 영업비밀을 누설하는 행위가 위법한 것은 의문이 없다. 그러나 합리적인 특약을 체결하고 있는 등의 사정이 없다면, 전직이나 창업할 때 동종의 직종이나 업종을 선택하는 것은 신의칙에 위배되어 영업비밀을 사용, 공개한다는 것이 아닌 한 자유이어야 한다. 그 자유가 필요 이상으로 제한되지 않는가를 확인하는 것은 퇴직 근로자의 생계에 직결하는 절실한 과제이고, 우리 헌법 제15조에서 규정한 직업선택의 자유 보장의 관점에서 중요하다.<sup>53)</sup>

우리 헌법은 제15조에서는 “모든 국민은 직업 선택의 자유를 가진다.”라고 규정하여 직업선택의 자유를 보장하고 있다. 따라서 직업종사의 자유에 대한 법률에 의한 제한에는 부정경쟁방지법도 해당한다고 할 것이므로, 부정경쟁방지법 제10조 제1항에 따른 영업비밀 침해행위의 금지청구권 행사에 따른 전직 금지 내지 경업금지 조치 청구는 과잉금지의 원칙률 위배하지 않아야 하고, 직업선택의 자유의 본질적인 내용을 제한해서는 안 된다고 해석된다.

근로자가 생계 수단인 직장을 퇴사한 후 헌법상 기본권인 직업선택의 자유에 기초하여 전직이나 창업할 때 동종의 직종이나 업종을 선택하는 것은 원칙상 근로자의 정당한 이익에 포함된다고 기대된다. 그런데 부정경쟁방지법상 영업비밀보호조항은 근로관계를 종료한 이후에도 자신의 지식이나 경험 및 기술을 토대로 전직이나 창업할 때 동종의 직종이나 업종을 선택하는 것을 금지할 수 있으므로 이 경우 침해되는 사익(私益)이 매우 크다. 이에 반해 퇴직후 근로자에까지 미치는 영업비밀보호조항은 영업비밀보유자인 사용자의 영업비밀이라는 재산권 보장 이외에, 특별한 사정이 없는 한 공익(公益)은 있다고 해도 미미하거나 심지어 존재하는지조차 의문이 든다.

그러므로, 퇴직한 근로자를 상대로, 대상조치(代償措置) 등을 포함한 합리적인 특약을 체결하고 있는 등의 사정이 없다면, 기간, 지역, 업종이나 직종에 관계없이 전직이나 창업 자체를 신의칙에 위배된다고 단정하여 영업비밀침해라고 해석하는 것은 목적의 정당성과 수단의 적합성, 침해의 최소성과 법익의 균형성 요건을 충족하지 못한다고 해석할 수 있고 과잉금지원칙(過剩禁止原則)에 위배된다고 해석할 여지가 상당히 있다.

53) 小畑史子, “營業秘密の保護と労働者の職業選擇の自由”, *ジュリスト*(1469号), 有斐閣, 2014.7, 58頁,

## (2) 영업비밀 해당성의 증명 문제와 직업선택의 자유와의 법익 균형

(가) 소송의 변론단계에서는 원고가 영업비밀보유자임을 주장하기 위한 전제로서 보호받고자 하는 자신의 기술상 정보나 경영상 정보가 부정경쟁방지법 제2조 제2호 소정의 ‘영업비밀’에 해당함을 증명하여야 한다. 영업비밀의 증명이란 영업비밀이 담긴 증거를 소송에서 증거로 제출함으로써 영업비밀의 존재와 내용을 증명하는 것을 말한다. 법원은 해당 정보가 실제로 존재하는 지 여부 및 영업비밀로서의 요건을 갖추고 있는지 여부 등에 대해 구체적 내용에 대한 심리를 반드시 거쳐 판단해야 할 것이다. 이런 맥락에서 영업비밀보유자의 상대방은 원고 주장의 해당 정보가 실제로 존재하지 않는다고 주장하든지, 해당 정보의 구체적 내용을 알 수 없어서 영업비밀성을 인정할 수 없다는 취지로 방어권 행사를 할 수 있다.<sup>54)</sup> 대법원 판례에 따르면, “피고용인이 퇴사 후에 고용기간 중에 습득한 기술상 또는 경영상의 정보 등을 사용하여 영업을 하였다고 하더라도 피고용인이 고용되지 않았더라면 그와 같은 정보를 습득할 수 없었다는 사정만으로 곧바로 위 정보가 영업비밀에 해당한다고 볼 수는 없고, 그러한 정보가 동종 업계 등에 널리 알려져 있지 않고, 독립된 경제적 가치를 가지며, 상당한 노력에 의하여 비밀로 유지되고 있는 경우에만 영업비밀에 해당한다고 보아야 한다.”고 판시하고 있다.<sup>55)</sup>

부정경쟁방지법상 영업비밀 보호에 수반하는 규제의 결과로써 퇴직한 근로자의 원활한 전직이나 창업 내지 기업(起業)과 재정적 수입의 확보가 필요 이상으로 과잉되게 제한되지 않아야 할 필요가 있다. 그렇게 하기 위해서는 보유자인 전 사용자가 전 근로자에 대해 영업비밀로 주장하는 정보를 일반적 지식(general knowledge)이나 기술·경험(skill and experience)과 구별할 수 있는 모양으로 제시하거나 또는 비밀로서 관리되고 있다고 인식할 수 있는 상태에 두지 않으면, 퇴직한 근로자에 의한 당해 정보의 사용이나 공개를 위법하지 않다고 해석할 필요가 있다.

(나) 통상적으로 볼 때, 일반적 지식(general knowledge)이나 기술·경험(skill and experience)의 범주에 해당하는 것은 해당 고용관계 뿐만 아니라 다른 고

54) 차상욱, “영업비밀 침해소송에서 ‘특정’과 ‘증명’의 소송상 의미와 구별”, 『산업재산권』 제57호, 한국지식재산학회, 2018.10, 136면.

55) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2006도8278 판결[부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률위반]. (갑회사를 퇴직한 피고인이 재직 중 취득한 갑회사의 납품가격 및 하청업자에 대한 정보 등을 이용하여 갑의 거래사인 을회사와 영업을 한 사안에서, 위 정보는 부정경쟁방지 및 영업비밀에 관한 법률상 ‘영업비밀’에 해당하지 않는다고 한 사례).

용관계를 통해서도 알 수 있는 보편적인 정보이므로 영업비밀로서 보호대상이 되지 않는다고 해석할 수 있다. 예컨대, 업무와 무관하게 알게 된 정보로서 회사로부터 특별히 습득한 것이 아니라 다년간 근무하면서 자연스럽게 알게 된 정보<sup>56)</sup> 등이다. 일반적 지식(general knowledge)이나 기술·경험(skill and experience)은 이를 종업원이 기억하고 있어서 영업비밀로서 보호하지 않는 것이 아니라, 종업원의 직업선택의 자유와 정책적 이유 때문에 영업비밀로 보호하지 않는 것이라는 견해도 있다.<sup>57)</sup> 이 견해는 이런 점에서 기억(memorization)을 통한 취득 문제와 구별한다.

경제법적 측면에서 보면, 근로자가 퇴직 전 직장에서 습득한 일반적 지식과 경험, 기억 및 기술을 새로운 직장에서 사용하고 능력을 발휘하는 것은 오히려 자유로운 경쟁을 촉진하여 사회 발전을 유인시킬 수 있다. 즉 근로자가 퇴직 전 자신의 직장에서 습득한 일반적 지식과 경험, 기억 및 기술을 사용할 권리(The “right [of an employee] to use [his] general knowledge, experience, memory and skill”)는<sup>58)</sup> 노동 이동성(labor mobility)과 근로자가 자신의 직업을 수행할 자유(the employee’s freedom to practice his profession), 독점 완화(mitigating monopoly)에 대한 공익을 증진한다.<sup>59)</sup> 더구나 근로자가 한 가지 기술 분야에서 오랫동안 근무하는 경우 일반적 지식이나 기술과 영업비밀로 보호될 수 있는 노하우를 구분하는 것은 쉽지 않다. 근로자가 업무 수행 과정에서 사용자의 영업비밀을 활용하여 새로운 정보를 개발할 때에는 동시에 자신의 지식과 기술도 향상되기 마련인데 이러한 과정에서 개발된 정보는 근로자의 지식과 경험의 일부가 되었다고 볼 수도 있다.<sup>60)</sup>

56) AMP Inc. v. Fleischhacker, 823 F.2d 1199 (7th Cir. 1987).

57) 김병국, “심리방식의 측면에서 본 영업비밀 침해소송의 특정침해소송과의 이동(異同)”, 특허법원 편 「특허법원 개원 20주년 기념논문집」, 특허법원, 2018.4, 749면.

58) J. T. Healy & Son v. James A. Murphy & Son, 357 Mass. 728, 740 (1970).

59) Club Aluminum Co. v. Young, 263 Mass. 223, 225-227 (1928); National Hearing Aid Centers, Inc. v. Avers, 2 Mass. App. Ct. 285, 292-293 (1974).

60) Dynamics Research Corp. v. Analytic Sciences Corp., 400 N.E.2d 1274, 9 Mass.App.Ct. 254 (Mass. App. 1980). 이 사안은 원고 Dynamics Research Corporation (DRC)가 이전에 원고에게 고용되었던 피고 Robert Bicknel과 Bicknel이 원고에서 퇴사한 후 고용된 피고 The Analytic Sciences Corporation (Analytic)을 상대로 이 사건 소를 제기했다. 원고는 피고들이 “TIRAS (기술 정보 검색 및 분석 시스템)로 알려진 원고의 독점 시스템을 자신들의 이익을 위해 사용하는 것과 피고 Bicknell이 원고에게 고용된 기간 동안 참여한 프로젝트와 관련하여, 원고와 원고의 고객 간의 사업 관계를 방해하는 것을 금지해 달라고 요청했다. 원고는 또한 피고들의 불공정경쟁으로 인해 원고가 입은 손해배상청구 및 기타 적절한 추가 구제를 요청했다. 제1심은 1977년 2월 22일 가처분 명령과 손해 배상 청구를 모두 기각하는 판결을 내렸다. 원고는 항소했으나, 매사추세츠 항소법원은 원

(다) 한편, 업무상 제시할 필요가 없는 말단의 근로자까지 일반적 정보와 혼연일체로 된 모양으로 만연하게 비밀정보가 제시되어 있는 것이라면, 해당 근로자는 그 사용·공개가 부정할 것이라고는 알 수조차 없다. 그럼에도 불구하고 금지를 비롯하여 구제의 대상으로 하는 것은 예측가능성의 점에서 문제가 있다. 나아가 근로자의 전직이나 창업·기업(起業)이나 그 후의 재정적 수입의 확보를 필요 이상으로 제한하고 직업선택의 자유를 과도하게 제약함으로써 퇴직후 근로자에게 손해를 가하는 것이 된다. 이러한 사안은 비밀관리성에 문제가 있기 때문에 그 비밀정보가 영업비밀로 인정되지 않는다고 정리할 수 있다.

일본의 경우 보호되어야 할 정보와 그렇지 않은 정보의 구별이 불명확함으로써 비밀관리성에 문제가 있기 때문에 영업비밀로 인정되지 않고, 근로자가 그러한 비밀정보를 이용하더라도 정보의 자유로운 이용 나아가서는 경제활동의 안정성의 확보의 관점에서 부정경쟁방지법상의 책임을 묻지 않는다고 판단한 재판례가 있다.<sup>61)</sup>

또 일본의 경우 근로자에 의한 비밀정보의 사용·공개에 관한 판례에서 비밀관리성이 문제로 되었던 것은, “당해 정보를 이용하고자 하는 자로부터 용이하게 인식가능한 정도로, 보호되어야 하는 정보인 객체의 범위 및 당해 정보로의 접근이 허용된 주체의 범위가 객관적으로 명확화되고 있는 것이 중요하다”는 사고에 입각하여, 당해 정보에 접근하는 자에게 당해 정보가 영업비밀이라고 인식할 수 있도록 되어 있는가(인식가능성), 당해 정보에 접근할 수 있는

고의 향소를 기각하였다.

향소법원은, “본질적으로 원고 DRC의 주장은 피고 Bicknell이 자신의 재능을 Analytic에 사용했고, Analytic의 자원 및 기타 재능과 결합하여 원고 DRC의 독보적인 지위를 위협하는 역량을 만들어내고 있다는 것이다. 그러나 우리는 Bicknell이 이러한 방식으로 자신의 재능을 사용하는 데 아무런 장애가 없다고 본다. DRC는 독보적인 역량으로 창출된 독점에 대한 보호를 받을 자격이 없다. 그 이상의 것이 없는 독창성은 영업비밀 보유와 상응하지 않는다. .... 원고의 입장은 [Bicknell]의 기술이 그가 소유하고 고용 관계가 종료되었음에도 불구하고 계속 소유하고 있는 영업 비밀이라는 주장과 같다. .... “정보의 성격” 뿐만 아니라 “당사자들의 행동” (Jet Spray Cooler, Inc. v. Cramp-ton, 361 Mass, at 840)으로 볼 때 원고는 Bicknell이 TIRAS 작업 중에 얻은 지식을 사용하는 것을 제한할 자격이 없다는 결론에 도달한다. .... 이 사건의 상황에서, Bicknell이 DRC에 입사할 당시 서명한 비밀유지계약은 Bicknell이 서명 당시나 그 이후 어느 시점에서든 자신이 작업하는 명백한 개념이 영업 비밀이라는 사실을 통지했다고 할 수 없다. .... 그러한 계약은 비밀이 아닌 것을 비밀로 할 수 없으며, 주장된 영업비밀이 실제로 그러한지 여부를 판단하는 것은 법원의 몫이다. 실제로, 사실 또는 법률상 그러한 것이 아닌 주장된 영업비밀을 사용할 직원의 권리를 제한하려는 비공개 계약은 공공 정책에 반하므로 시행할 수 없다.”고 판시하였다.

61) 東京地判平成20年11月26日 判時2040号126頁[ダンス・ミュージック・レコード事件]. 그리고, 大阪地判平成22年10月21日 裁判所HP[不動産賣買業者顧客情報事件]도 같은 취지이다.

자가 제한되어 있는가(접근 제한) 등이 그 판단요소로 되어야 하는 경우가 많다.<sup>62)</sup> 그 어느 쪽이 흠결되었기 때문에 영업비밀로는 인정되지 않는다고 판시한 판례도 많다.<sup>63)</sup>

일본의 노동법 학계에서는 비밀관리성에 관해서는 객관적으로 인식가능한 정도로 비밀관리상태를 유지하고 있는 것을 가리키고 비밀의 인식가능성 유지라는 것을 가리키며, 비밀의 인식가능성(특정·표시), 비밀에 접근할 수 있는 자의 제한(인적 제한), 접근의 장소적·물리적 제한(물적 관리) 등을 고려하여 판단된다고 분석되고 있다.<sup>64)</sup> 그리고 판례는 엄격하게 비밀관리성을 요구하는 경향에 있다고 평가되고 있다.<sup>65)</sup>

요컨대 비밀관리성을 엄격하게 판단하는 것은 근로자의 노동계약 종료 후의 자유로운 직업활동을 보장하기 위하여 지극히 중요하다.<sup>66)</sup> 향후에도 엄격한 판단이 이루어지는가 아닌가를 주시해 두어야 할 필요가 있다.

(라) 또 한편, 일본의 경우는 영업비밀이 기업측에서 공개된 것이 아니라, 종업원이 업무에 종사한 과정에서 스스로 개발·취득한 것인 경우에도 부정경쟁방지법 제2조 제1항 제7호의 영업비밀침해행위가 성립할 수 있는가 하는 문제가 있다.

우선,平成2년(1990년) 개정 당시의 입안담당자의 견해는 해당 영업비밀이 애초 보유자가 기업과 종업원의 어느 쪽으로 되는 것인가, 즉 해당 영업비밀이 어느 쪽에 귀속하는 것인가를 판단하고, 해당 영업비밀이 종업원에게 애초 “귀속”하는 경우에는 기업으로부터 공개된 영업비밀이 아니기 때문에 영업비밀 침해행위는 성립하지 않는다는 것이었다.<sup>67)</sup> 이러한 영업비밀의 귀속에 관해서는 영업비밀의 성질에 따라서 각 지적재산권의 실체법상 규정을 참고로 하여 결정해야 하고, 예컨대 영업비밀이 발명의 성질을 가지고 있는 경우에는 일본

62) 東京地判平成12年12月7日 判時1771号111頁[車兩運行管理會社(コアズオートサービス)事件]. 東京地判平成16年4月13日 判時1862号168頁[ノックスエンタテインメント事件]. 名古屋地判平成20年3月13日 判時2030号107頁[産業用ロボットシステム營業秘密事件]. 東京地判平成23年9月29日 裁判所HP[日本ライトサービス(オキシヘルス・ジャパン)事件].

63) 東京高判平成20年11月11日 勞判1000号10頁[ことぶき事件]. 同 事件 地裁判決, 横浜地判平成20年3月27日 勞判1000号17頁. 大阪地判平成24年11月8日 裁判所HP[下野裝飾(IXA)事件].

64) 土田道夫, “競業避止義務と守秘義務の關係について”, 中嶋士元也先生還曆記念論文集, 「勞働關係法の現代的展開」, 信山社出版, 2004. 189頁.

65) 土田道夫, 前掲論文, 192頁.

66) 小畑史子, 前掲論文, 61頁.

67) 通商産業省 知的財産政策室監修, 「營業秘密- 逐條解說改正不正競爭防止法」, 有斐閣, 1990, 45頁 以下.

특허법 제35조, 저작물의 성질을 가지고 있는 경우에는 일본 저작권법 제15조의 이념에 비추어, 개개의 영업비밀의 성격, 해당 영업비밀의 작성 시의 발안자나 종업원의 공헌도 등, 작성이 이루어진 상황에 따라서 그 귀속을 판단하는 것으로 된다.<sup>68)</sup>

학설 중에는, 종업원이 스스로 발명·취득한 영업비밀에 관해서는 성립하지 않는다는 견해가 있다.<sup>69)</sup> 이 견해는 일본 부정경쟁방지법 제2조 제1항 제7호70)의 “제시받은”(示された)이라는 문언을 글자의 뜻(字義) 그대로 파악하는 것이고, 종업원에 의한 정보의 이용·개시(開示)에 관해서는 계약법의 문제로 될 뿐으로 부정경쟁방지법에 의한 금지대상으로는 되지 않는다고 한다.<sup>71)</sup>

한편, 사업자가 종업원으로부터 영업비밀을 승계취득한 경우에는, “제시받은”이라고 할 수 있다는 견해도 있다.<sup>72)</sup> 그러나, 기본적으로는 사업자의 승계취득을 인정해도 좋다고 생각되지만, 종업원의 직업선택(職業選擇)의 자유(自由)를 과도하게 제한하는 경우가 없도록 제약(制約)을 두어야 할 필요가 있다고 생각된다. 일반적으로 종업원이 퇴직한 후의 경업행위의 금지는 경업제한의 합리적 이유가 인정되고, 합리적인 범위(기간, 활동 등) 내에서의 경업제한특약이 존재하는 경우에만, 그 특약을 근거로 행할 수 있다. 또한 최근의 재판례는 특약에 있어서 제한의 기간, 범위(지역, 직종)을 최소한으로 그치는 것이나 일

68) 이 입안담당자의 견해에 대해서는, 고객명부 등의 영업상 정보에 관하여는 실제법상의 실마리가 되는 규정이 없고 판단에 어려움을 겪는 것으로 된다는 비판(批判)이 있다.

69) 大寄麻代, “營業秘密をめぐる差止請求權の歸屬主体について- 従業員が自ら開發・取得した營業秘密の利用・開示を企業が禁止できるか”, 牧野利秋ほか編 「知的財産法の理論と實務 第3卷(商標法・不正競争防止法)」, 新日本法規出版, 2007, 346頁 이하.

70) 이 법률에서 “부정경쟁”이란 다음에 열거하는 것을 말한다.

(7) 영업비밀을 보유하는 사업자(이하 ‘영업비밀 보유자’)로부터 그 영업비밀을 제시받은 경우, 부정한 이익을 얻을 목적으로 또는 그 영업비밀 보유자에게 손해를 가할 목적으로 그 영업비밀을 사용하거나 공개하는 행위

71) 田村善之, 「知的財産法 [第5版]」, 有斐閣, 2010, 48頁. 이 견해에 대해서는 부정경쟁방지법에 의한 영업비밀 보호범위를 부당하게 좁게 하는 것이라는 비판(批判)이 있다.

72) 牧野利秋 監修=飯村敏明 編, 「座談會 不正競争防止法をめぐる實務的課題と理論」, 青林書院, 2005, 177頁.(예컨대, “연구자가 직무로서 개발한 기술, 노하우, 외관원(外務員), 영업맨이 직무상 개발한 고객 정보라는 경우라도, 그것은 사원으로서의 지위에 기초하여 그 직무로서 개발 혹은 수집한 정보이어서, 그것들이 이들 직원과 회사의 관계에서 회사가 그러한 정보는 모두 회사에게 귀속한다는 모양으로, 미리 근무규칙이거나 개발합의로 이루어진 뒤, 전체로서의 각 외관원(外務員), 예컨대 각 연구자가 개발한 결과를 회사측에서 일괄하여 관리하고 있는 경우. 그리고 그러한 개별 스스로가 개척한 영업정보에 관해서도 이것을 타인에게 누설해서는 안된다는 모양으로 관리를 하고 있는 경우라면, 이것은 가사전부에 관해서는 물론이지만, 스스로가 개발하거나 혹은 수집한 정보에 한정된 경우라도 그것을 근무 중 혹은 퇴직 후에 제3자에게 누설하는 경우라면 역시 그것은 회사의 영업비밀을 누설하는 것이 된다.”고 해석하는 것이다.)

정한 대상조치(代償措置)를 요구하는 등, 엄격한 태도를 취하는 경향에 있다는 것이 지적되고 있다.<sup>73)</sup> 그리고 취업규칙이나 고용계약 등에 있어서 경업피지의무가 정해져 있지 않는 경우에는 사회통념상 자유경쟁의 범위를 일탈한 위법한 것이라고 할 수없는 한, 불법행위는 성립하지 않는다고 생각된다.<sup>74)</sup>

요컨대 이런 점에 비추어 보면, 적어도 종업원의 직업선택(職業選擇)의 자유(自由)를 과도하게 제한하는 영업비밀의 승계에 관한 특약의 효력은 부정(否定)되어야 한다. 예컨대, 사업자가 거래관계를 가지는(전 종업원이 담당하지 않았던 고객도 포함하는) 모든 고객에 관하여 고객정보의 이용에 대해 퇴직 후는 제한한다는 취지의 특약(特約)에 기초하여, 이들 고객과의 관계에서 전 종업원이 경업하는 것에 관하여 일률적으로 영업비밀 침해행위에 해당한다는 주장은 제한되어야 한다. 나아가 기술상 정보에 관해서도 당사자 사이의 형평을 잃는 경우가 없도록, 예컨대 상당한 대가(對價) 등 합리적인 대상조치(代償措置)를 요구하는 것 등도 경우에 따라서 필요하다고 생각된다.<sup>75)</sup>

### (3) 영업비밀 특정 문제와 직업선택의 자유와의 법익균형

(가) 앞서 보았듯이, 퇴직 근로자의 헌법상 직업선택의 자유 내지 영업의 자유를 제한하기 위해서는 과잉금지원칙(過剩禁止原則)에 위배되지 않도록 해석할 필요가 있는데, 이 점은 영업비밀의 특징에 대한 쟁점을 검토함에 있어서도 지켜져야 할 원칙이다. 과잉금지원칙(過剩禁止原則)에 위배되지 않으려면, ①목적의 정당성과 수단의 적합성, ②침해의 최소성, ③법익의 균형성을 모두 충족할 필요가 있다고 해석함이 타당하다.

영업비밀의 특정 문제는 법원의 입장에서 확정 판결의 효력인 기판력의 객관적 범위나 강제집행의 대상에 다툼이 생기지 않도록 하기 위해서, 대상이 되는 ‘영업비밀의 범위’를 어느 정도 특정하여 영업비밀보유자인 원고가 소장에서 기재할 필요가 있게 되는 것이다.<sup>76)</sup> 즉 소송상 영업비밀의 특정이란 법원이 심판대상으로 삼을 수 있도록 민사사건의 경우 소장이나 준비서면에서, 형사사건의 경우 공소장에 글로써 해당 정보의 특징을 기술하는 것을 말한다.<sup>77)</sup>

나아가 영업비밀의 특정 정도는 영업비밀로서의 비밀성을 잃지 않는 한도에

73) 菅野和夫, 「勞働法 [第11版 補正版]」, 弘文堂, 2017, 153~154頁.

74) 最一小判平成22年3月25日 民集64卷2号562頁.

75) 西田昌吾, 前掲論文, 505-506頁.

76) 松村信夫, 「新·不正競争訴訟の法理と實務」, 株式會社 民事法研究會, 2014, 434頁.

77) 차상욱, “영업비밀 침해소송에서 ‘특정’과 ‘증명’의 소송상 의미와 구별”, 「산업재산권」 제57호, 한국지식재산학회, 2018.10, 131면.

서 가능한 한 영업비밀을 구체적으로 특정하여야 법원의 심리와 상대방의 방어권 행사에 지장이 없을 것이다. 대법원 판례에 따르면, “영업비밀 침해행위의 금지를 구함에 있어서는 법원의 심리와 상대방의 방어권 행사에 지장이 없도록 그 비밀성을 잃지 않는 한도에서 가능한 한 영업비밀을 구체적으로 특정하여야 하고, 어느 정도로 영업비밀을 특정하여야 하는지는 영업비밀로 주장된 개별 정보의 내용과 성질, 관련 분야에서 공지된 정보의 내용, 영업비밀 침해행위의 구체적 태양과 금지청구의 내용, 영업비밀 보유자와 상대방 사이의 관계 등 여러 사정을 고려하여 판단하여야 한다.”고 판시하고 있다.<sup>78)</sup>

결국 소장(訴狀)의 청구원인에서는 원고가 보유하는 영업비밀 내용을 어느 정도 특정하고, 구체적으로 주장 입증할 필요가 있다. 다만 피고의 응소 태도에 따른 것이지만 영업비밀의 전부를 분명하게 할 필요는 반드시 없다. 예컨대 피고가 원고의 영업비밀 내용을 전부 또는 일부를 취득하지 않을 가능성도 있는 경우에는 원고가 영업비밀을 어느 정도 특정하여 주장 입증하는가에 관하여는 신중하게 대처할 필요가 있다.<sup>79)</sup> 그렇다고 하더라도 적어도 피고가 침해하였다고 하는 영업비밀의 일부에 관해서는 구체적으로 주장 입증할 필요가 있다.<sup>80)</sup>

(나) 한편, 미국의 영업비밀 침해소송의 실무를 보면, 영업비밀보유자(A trade secret owner)인 원고가 제출하는 소장(complaint)에서 영업비밀의 특정(特定)이 의무(the owner's obligation to identify)로서 요구되고 있다. 영업비밀의 특정 여부가 소송의 승패(勝敗)에 중요한 역할을 하고 있다. 즉 소송 개시 단계에서 법원의 원활한 심리를 보장하고 당사자의 무가치한 주장을 억제하며 그 비밀성을 잃지 않는 한도에서 상대방(피고)의 사려 깊은 방어권 행사에 지장이 없도록 하기 위하여, 영업비밀보유자인 원고에게 영업비밀의 특정이 구체적

78) 대법원 2013. 8. 22.자 2011마1624 결정[가처분이의].(피신청인들이 이 사건 정보가 일반적, 개괄적, 추상적으로 기재되어 있어 공지된 정보와 차이점이 무엇인지 알 수 없다고 주장함에도, 신청인이 공지된 정보와 차별화되도록 이 사건 정보를 더욱 구체적으로 특정하여 주장·소명하지 아니함으로써, 법원은 이 사건 정보가 영업비밀에 해당하느냐를 판단할 수 없고 피신청인들도 영업비밀의 구체적인 내용을 알 수 없어 적절한 방어행위를 할 수 없으므로, 이 사건에서 영업비밀은 제대로 특정되었다고 할 수 없다. 같은 취지의 원심판단은 정당하고, 거기에 논리와 경험의 법칙을 위반하고 자유심증주의의 한계를 벗어나거나, 영업비밀 특정에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.)

79) 設樂隆一, “現行民法及新民法における營業秘密にかかる不正競争の差止請求及び損害賠償請求の訴訟上の問題点”、齊藤博=牧野利秋 編 「知的財産關係訴訟法 - 裁判實務大系(27)」, 青林書院, 1997, 583頁.

80) 西田昌吾, 前掲論文, 502頁.

으로 명시될 것이 요구된다.<sup>81)</sup> 만약 보호가능한 영업비밀을 제대로 충분히 특정하지 못하면 원고의 청구는 기각될 수 있다.<sup>82)83)84)</sup> 그 이유는 원고가 일반적인 영업비밀 범주를 주장한 것만으로는, 피고와 법원이 '영업비밀'의 존재 여부와 만약 존재한다면 부정취득 되었는지 여부를 평가할 수 없기 때문이다.<sup>85)</sup>

영업비밀은 비밀로 유지됨으로써 가치를 얻지만, 영업비밀보유자(A trade secret owner)는 소송 중 어느 시점에 피고에게 어떤 정보가 부정이용 되었는지 알리기 위해 불가피하게 영업비밀을 밝혀야 한다. 이는 영업비밀 유지와 공개 사이에 내재적인 갈등을 야기한다. 미국의 대부분 주(州)의 영업비밀법의 기반이 되는 통일영업비밀보호법(UTSA)이나 2016년 연방영업비밀보호법(DTSA)에는 영업비밀의 특정 시점이나 범위에 대한 구체적인 절차적 요건이 명시되어 있지는 않다. 다만, 통일영업비밀법(UTSA, 캘리포니아주 민법 제3426.5조)에 의하면<sup>86)</sup>, “본 조에 따른 소송에서 법원은 합리적인 수단을 통해 주장된 영

81) Computer Economics, Inc. v. Gartner Group, Inc., 50 F. Supp.2d 980, 985 (S.D. Cal. 1999). (early identification of trade secrets serves four purposes: it discourages meritless claims, prevents abusive discovery of defendant's secrets, helps define the scope of discovery, and informs thoughtful defenses).

82) TNS Media Research LLC v. TRA Global, Inc., 977 F. Supp.2d 281, 313-314 (S.D.N.Y. 2013). (부정이용 및 그로 인한 손해에 대한 강력한 정황 증거에도 불구하고 영업비밀을 특정하지 못하였다는 이유로 원고의 청구가 기각된 사례). 또 Utah Medical Products, Inc. v. Clinical Innovations Associates, Inc., 79 F. Supp.2d 1290, 1313 (D. Utah 1999) 참조.

83) Henry H. Perritt, Jr., Trade Secrets: A Practitioner's Guide (Second Edition), New York, NY : Practising Law Institute, 2007, §10:9.1.

84) 미국 판례 중, 영업비밀의 특징이 충분하지 못해 청구기각 되거나, 법원이 원고가 증거개시 전에 주장하는 영업비밀의 구체적으로 공개하라는 명령을 받았지만 이를 따르지 않자 연방법원이 약식판결을 통해 영업비밀 침해 청구를 기각한 사례로서는, Imax Corp. v. Cineman Tech. Inc., 152 F.3d 1161, 1167 (9th Cir. 1998); MJ & Partners Restaurant Limited Partnership v. Zadikoff, 10 F.Supp.2d 922 (N.D.Ill.1998); IDX Sys. Corp. v. Epic Sys. Corp., 285 F.3d 581, 583-84 (7th Cir. 2002); P.C. Yonkers, Inc. v. Celebrations the Party and Seasonal Superstore, LLC., 428 F.3d 504, 509 (3d Cir. 2005); Savor, Inc. v. FMR Corp., et al., 812 A.2d 894, Docket No: 192-2002 (Del. Nov. 25, 2002) 등이 있다. 또, United Servs. Auto. Ass'n v. Mitek Sys., Inc., 289 FRD 244, (WD Tex. 2013); Jobscience, Inc. v. CVPartners, Inc., No. C 13-04519, 2014 U.S. Dist. LEXIS 26371 (N.D. Cal. Feb. 28, 2014); Jobscience, Inc. v. CVPartners, Inc., 2014 U.S. Dist. LEXIS 64350 (N.D. Cal. May 1, 2014); Purchasing Power, LLC v. Bluestem Brands, Inc., 22 F. Supp. 3d 1305, (N.D. Ga. 2014); Purchasing Power, LLC v. Bluestem Brands, Inc., 22 F. Supp. 3d 1305, (ND Ga. 2014) 등 다수 판례가 축적되어 있다.

85) Purchasing Power, LLC v. Bluestem Brands, Inc., 22 F. Supp. 3d 1305, (ND Ga. 2014).

업비밀의 비밀을 보호해야 하며, 여기에는 증거개시절차와 관련하여 보호명령을 내리고, 비공개 심리를 개최하고, 소송기록을 봉인하고, 소송에 관련된 모든 사람에게 법원의 사전 승인 없이 주장된 영업비밀을 공개하지 않도록 명령하는 것이 포함될 수 있다.”고 규정하고 있을 따름이다.<sup>87)</sup>

한편, 캘리포니아를 포함한 일부 주 법원은 원고가 영업비밀 관련 증거 조사가 시작되기 전에 “합리적인 구체성”을 가지고 영업비밀을 명시하도록 요구하고 있다. 예컨대 미국 캘리포니아주 민사소송법 제2019.210조(2024)에 의하면,<sup>88)</sup> “통일영업비밀보호법{UTSA, 민법 제4편 제1편 제5편(제3426조로 시작)}에 따라 영업비밀 침해를 주장하는 소송에서, 영업비밀과 관련된 증거개시절차를 시작하기 전에 침해를 주장하는 당사자는 캘리포니아주 민법 제3426.5조(UTSA) 아래 적절한 명령에 따라 합리적인 구체성을 가지고 영업비밀을 특정해야 한다.”고 규정하고 있다.<sup>89)</sup> 나아가 캘리포니아, 애리조나, 콜로라도, 코네티컷, 조지아, 미시간, 네바다, 노스캐롤라이나, 펜실베이니아, 텍사스를 포함한 여러 주의 연방지방법원은 원고가 문체의 영업비밀을 충분히 구체적으로 명시할 때까지 피고의 증거 조사 응답을 유예하는 명령을 내렸다.<sup>90)</sup>

영업비밀의 특정(特定)의 정도와 관련하여 종래 미국 판례<sup>91)</sup>에 따르면, 소장에서 원고가 설명해야 하는 영업비밀의 특정의 정도는 영업비밀로서 보호 객체를 해당 영업에 관한 일반적 지식(general knowledge)이나 해당 영업에 속

86) CA Civ Code § 3426.5 (2024). <<https://law.justia.com/codes/california/code-civ/division-4/part-1/title-5/section-3426-5/>>.

87) CA Civ Code § 3426.5 (2024);

“3426.5. In an action under this title, a court shall preserve the secrecy of an alleged trade secret by reasonable means, which may include granting protective orders in connection with discovery proceedings, holding in-camera hearings, sealing the records of the action, and ordering any person involved in the litigation not to disclose an alleged trade secret without prior court approval.”

88) CA Civ Pro Code § 2019.210 (2024). <<https://law.justia.com/codes/california/code-ccp/part-4/title-4/chapter-5/article-2/section-2019-210/>>.

89) CA Civ Pro Code § 2019.210 (2024);

“2019.210. In any action alleging the misappropriation of a trade secret under the Uniform Trade Secrets Act (Title 5 (commencing with Section 3426) of Part 1 of Division 4 of the Civil Code), before commencing discovery relating to the trade secret, the party alleging the misappropriation shall identify the trade secret with reasonable particularity subject to any orders that may be appropriate under Section 3426.5 of the Civil Code.”

90) United Servs. Auto. Ass’n v. Mitek Sys., Inc., 289 FRD 244, (WD Tex. 2013).

91) Diodes, Inc. v. Franzen, 260 Cal. App.2d 244, 252-253, 67 Cal. Rptr. 19 (Cal. App. 1968).

련된 사람들의 특수한 지식(special knowledge)과 분리하여 구별할 수 있고, 피고가 최소한 그 영업비밀이 속하는 경계(the boundaries)를 확인할 수 있을 정도로 충분히 특정하여야 한다고 판시하고 있다. 나아가 만약 청구된 영업비밀의 대상이 제조 공정(방법)인 경우, 원고(the plaintiff)는 제조된 최종 제품(the end product manufactured)을 특정해야 할 뿐만 아니라, 그 세부 사항(구체적 내용)을 공개하지 않고 공정(방법)에 관한 충분한 자료를 제공해야 하는데, 이것은 재판 시 충족해야 할 쟁점들을 법원과 피고 모두에게 합리적으로 알리고, 또 적절한 디스커버리(증거 개시) 범위(the scope of appropriate discovery)를 확인하는 데 있어 합리적인 지침을 제공하기 위한 것이라고 판시한 바 있다.

### Ⅲ. 비밀유지약정에 근거한 영업비밀 보호와 직업선택의 자유에 의한 제한

#### 1. 비밀유지약정의 의의와 실효성

##### (1) 우리나라

##### (가) 근로계약이 존속 중인 경우

근로계약의 기본적 의무(근로자의 근로제공의무와 사용자의 임금지급의무)에 더하여 근로관계 당사자는 신의성실의 원칙(민법 제2조)에 따라 근로자의 성실의무와 사용자의 배려의무를 각각 부담한다. 이는 근로계약상 특별한 약정이 없더라도 그러한 의무가 인정된다는 점에서 신의칙상 의무이다.<sup>92)</sup> 근로자의 성실의무의 내용으로서 흔히 영업비밀유지, 경업금지의무(경업피지의무), 사고대처의무 등이 거론되고 있다.<sup>93)</sup> 즉 재직 중에는 취업규칙이나 근로계약에서 명시하지 않았더라도 신의칙에 따라 영업비밀유지 의무가 인정되는데, 이는 근로자가 사용자의 이익을 현저히 침해하지 않아야 한다는 취지이다.<sup>94)</sup> 따라서 근로제공과 관련하여 사용자의 영업비밀을 알게 된 근로자는 신의칙상 이

92) 이철수, 「노동법」 개정판, 현암사, 2025, 108면.

93) 임종률·김홍영, 「노동법」 22판, 박영사, 2025, 351면.

94) 이철수, 전계서, 109면.

를 유지할 의무를 가진다. 취업규칙이나 근로계약에서 이를 명시하지 않았더라도 그렇다.<sup>95)</sup>

근로자가 재직하면서 알게 된 모든 사실이 영업비밀에 해당하지는 않는다는 것은 당연하다. 한편 노동법학계에서는 비밀유지약정의 대상에 대해 학설의 대립이 있다. 즉 부정경쟁방지법 제2조 제2호 소정의 영업비밀의 정의규정에 해당하는 정보이어야만 영업비밀로 보호받을 수 있다는 견해<sup>96)</sup>가 있다. 이 견해는 영업비밀유지 의무 위반을 인정하는 것은 신중해야 한다는 점을 근거로 한다. 이에 반해 근로계약상의 비밀유지의무는 부정경쟁방지법상의 영업비밀에 해당하지 않는 사항에 대해서도 미치므로 보다 넓게 인정될 수 있다는 견해<sup>97)</sup>가 있다.

나아가 노동법학계에서는 근로계약상의 신의칙 의무로서 영업비밀유지 의무는 원칙상 근로계약의 존속 중(재직 중)에만 인정될 수 있다는 견해<sup>98)</sup>와, 비밀유지의무는 근로관계 종료 후에도 원칙적으로 존속한다는 견해<sup>99)</sup>가 대립하고 있다.

#### (나) 근로계약이 종료된 경우

당사자 사이에 근로자가 퇴직 후 일정 기간 동안 영업비밀을 침해하지 않고 경쟁업체에 취업하지 않는다는 취지의 약정(전직금지약정)이 있는 경우에는 이 약정이 직업선택의 자유 등 근로자의 권리와 자유로운 경쟁을 지나치게 제한함으로써 사회질서(민법 제103조)에 어긋나 무효가 아닌 이상, 근로자는 퇴직 후에도 영업비밀유지 의무를 가진다.<sup>100)</sup>

한편 비밀유지의무는 근로관계 종료 후에도 원칙적으로 존속한다는 견해<sup>101)</sup>에 따르면, 근로관계 종료 후의 비밀유지 존속이 실질적으로는 퇴직 근로자 자신과의 경업을 금지하는 것과 같은 효력을 가지게 되어 결과적으로 근로자의 직업활동의 자유를 부당하게 제약하는 경우에는 비밀유지의무가 소멸한다고 보아야 한다고 해석한다.

95) 임종률·김홍영, 전게서, 351면.

96) 이철수, 전게서, 109면.

97) 김형배, 「노동법」 제27판, 박영사, 2021, 368면.

98) 이철수, 전게서, 109~110면. 이 견해는, 영업비밀유지 의무가 퇴직 후에도 인정되는지는 근로계약상 신의칙과는 무관하고 판례상 부정경쟁방지법 위반이나 별도 약정 위반 등과 관련된 문제로 다루어져야 한다.

99) 김형배, 전게서, 368면.

100) 임종률·김홍영, 전게서, 351~352면.

101) 김형배, 전게서, 368면.

요컨대 사용자와 근로자 사이에 근로자 재직 중 영업비밀유지 약정이 없더라도, 부정경쟁방지법 제10조에서 사용자는 영업비밀 침해행위를 하거나 하려는 자에 대하여 법원에 그 침해행의 금지·예방 등을 청구할 수 있다고 규정하고 있고, 이에 근거하여 해당 근로자의 전직금지 조치를 청구할 수 있기 때문에, 그 범위에서 사실상 영업비밀유지 의무는 퇴직 후까지 미치게 된다고 할 수 있다.<sup>102)</sup>

## (2) 비교법적 고찰

### 1) 미국

#### (가) 일반원칙

노동계약 등에서 침해자가 비밀유지의무를 진다는 합의가 존재하고, 계약상 의무 위반으로서 영업비밀 또는 기밀정보 유지의무 위반을 호소하는 경우 각 주(州)의 판례법에 따라야 한다.

각 주(州)의 판례는 기업 간 비밀유지 조항과 노동자와의 비밀유지 조항으로 달리 접근한다. 우선 기업 간 비밀유지 조항에서는 계약조항을 가능한 한 충실하게 해석한다. 반면 기업과 노동자와의 비밀유지 조항에서는 종업원이었던 사람의 자유로운 시장참가에 대한 구속이 비합리적인 시장거래의 제한에 해당하지 않는지 정밀하게 조사하게 된다.<sup>103)</sup> 구체적으로는 퇴직한 노동자가 기밀 정보나 영업비밀을 사용하는 것을 제한하는 조항에 '합리성'이 있어야 한다.<sup>104)</sup>

사안에 따라 다르지만, 조항이 너무 광범위한 경우에는, (i) 비밀유지 의무가 부과되는 것은 영업비밀에 해당하는 기밀성이 높은 정보뿐이라고 하여, 문체의 정보는 비밀유지의무의 범위를 벗어났다고 하거나, (ii) 금지명령을 좁은 범위에서만 발령한다는 조치를 취한다.<sup>105)</sup> 또는 (iii) 비밀유지조항은 불공정한

102) 임종률·김홍영, 전계서, 352면.

103) North Pacific Lbr. Co. v. Moore, 275 Or. 359 (1976)、Ticor Title Ins. Co. v. Cohen, 173 F.3d 63 (2d Cir. 1999).

104) BDO Seidman v. Hirshberg, 93 N.Y.2d 382 (1999); Eldridge v. Johnston, 195 Or. 379 (1952).

105) BDO Seidman v. Hirshberg, 93 N.Y.2d 382 (1999). 이 판례에 따르면, 고용 후에도 영업비밀에 대한 비밀유지의무를 지지만, 업무에서 얻은 기술이나 지식은 포함되지 않는다. 지나치게 넓은 조항은 과도한 의무를 부과하는 부분을 무효화(無效化)하여 해석될 수 있다.

거래에 해당한다고 하여 법적 구속력을 부정하는 경우도 있다.<sup>106)</sup> 따라서 넓은 정보를 '기밀정보'로서 커버할 수 있는 정의를 마련하는 것은 보유자에게 중요하지만,<sup>107)</sup> 너무 무제한으로 포함시키는 것은 역효과다.

(나) 불가피한 누설 이론(Inevitable Disclosure Doctrine, IDD)

일리노이주, 펜실베이니아주, 아이오와주, 뉴햄프셔주 등 몇몇 주에서 전 고용주의 중요한 기밀 정보를 접할 수 있었던 종업원이 경쟁 상대의 영업상 중요한 지위로 전직(이직)해 버리는 것을 '영업비밀을 필연적으로 공개해 버리는 것'으로 추정(推定)하여 금지하는 것을 허용하고 있다. 이른바 '불가피한 누설 이론'(Inevitable Disclosure Doctrine, IDD)에 기초한 판례법리이다. 예컨대 제7 순회연방항소법원은 2건의 사례에서 보통법(common law)에 의하여<sup>108)</sup> 또는 일리노이주 영업비밀법(The Illinois Trade Secrets Act, 'I.T.S.A.')에 따라서,<sup>109)</sup> 불가피한 누설 이론(IDD)을 논의하고 있다.<sup>110)</sup><sup>111)</sup>

이처럼 미국의 경우 보통법에 의하여 '불가피한 누설 이론'(Inevitable Disclosure Doctrine, IDD)을 인정하고 발전시켜 오다가, 1990년대 중반의 PepsiCo 판결<sup>112)</sup> 이후에는 UTSA(Uniform Trade Secrets Act)의 영업비밀에 대한 유용이 우려되는 경우(Threatened Misappropriation)에도 금지명령(Injunctive Relief)을 인정하고 있는 규정을 근거로 하여 '불가피한 누설 이론'을 인정하고 있다.

이른바 'PepsiCo 사례'의 경우에는 UTSA에 근거하여 사업을 모든 형태의 경쟁에서 보호하기 위한 것을 목적으로 한다. 따라서 직접적인 경쟁자에 고용된 종업원이 전 직장에서 얻은 지식을 사용할 잠재적 우려가 있는 경우에는 제한적인 전직금지 청구가 가능하다. 동 사건에서 언급된 주요 요소는, (i) 전직 사용자와 현직 사용자 간의 경쟁의 정도 (ii) 종업원의 직책이 전후 직장에 걸쳐서 얼마나 유사성이 있는지의 정도 (iii) 전직 종업원이 갖고 있던 기

106) Geloff v. R.C. Hemm's Glass Shops, Inc., 167 N.E.3d 1095 (Ohio Ct. App. 2021).

107) Synthes, Inc. v. Emerhe Med. Inc., 25 F. Supp. 3d 617 (E.D. Pa. 2014).

108) AMP Inc. v. Fleischhacker, 823 F.2d 1199, (1987).

109) Teradyne, Inc. v. Clear Communications Corp., 707 F. Supp. 353 (1989).

110) Johanna L. Edelstein, "Intellectual Slavery?: The Doctrine of Inevitable Disclosure of Trade Secrets", 26 Golden Gate U. L. Rev. 717, 726(1996). <<http://digitalcommons.law.ggu.edu/ggulrev/vol26/iss3/8p.726>>.

111) 개별적인 사안에 의하지만 전 종업원의 노동의 자유를 제한할 가능성은 있으며, 매사추세츠주, 일리노이주 등과 같이, 주(州)가 판례를 변경하는 내용의 노동자보호법(勞働者保護法)을 정할 수 있다.

112) PepsiCo, Inc. v. Redmond, 54 F.3d 1262 (7th Cir. 1995).

술적 또는 경영상의 영업비밀에 대한 지식의 정도 등이다.

한편, 미국의 '불가피한 누설 이론'은 입법론상 시사점이 없지 않지만, 반면 미국 내에서도 각 주(州) 별로 학설별로 논란이 많다. 학계에서는, 제7순회항소 법원 판례의 분석과 펍시코 판결의 잠재적 영향에 대해 논하면서, 궁극적으로 고용주가 경쟁사를 위해 일하는 것을 막기 위한 조치에 불가피한 누설(공개) 이론을 적용하는 것은 근로자에게 상당한 위험을 초래하고, 근로자의 이동성을 저해하며, 근로자의 선택권을 제한하고, 협상력을 박탈한다는 결론을 내리고 있으며, 또 불가피한 누설 이론의 일반적인 수용이 광범위한 산업에 심각한 영향을 미쳐 일반적인 기술 지식의 보급과 경제 성장(general technical knowledge and economic growth)을 저해할 수 있다는 취지의 비판이 존재한다.<sup>113)</sup> 또 이러한 "불가피한 누설 이론"을 사용하면 일리노이주 법원과 같이 고용주의 정보가 실제로 또는 위협적으로 악용되지 않은 경우에도 준경쟁 계약을 체결할 수 있게 될 우려가 있으므로, 이러한 우려를 불식하기 위해서는 고용주나 전근로자의 권리가 침해되지 않도록 합리적인 비밀유지계약을 체결할 필요가 있다고 비판받고 있다.<sup>114)</sup> 그래서 이러한 적절한 비판을 고려하면, 우리나라 법제에 바로 도입하기 위해서는 종업원의 직업의 자유와의 이익형량의 관점에서 부적절한 측면이 있다고 보인다.

생각건대, 미국의 '불가피한 누설 이론'을 입법론적으로 수용하기 위해서는 그 전제로서는 종업원의 직업의 자유와의 이익형량의 관계에서 사용자의 영업비밀을 보호하는 것이 이익형량의 원칙 내지 법익균형의 원칙상 더 높은 가치로 평가받아야 비로서 영업비밀의 공개 등이 추정된다고 해석하는 접근방법이 판례상 먼저 축적되어야 할 필요가 있을 것이다.

나아가 미국의 '불가피한 누설 이론'의 전제는 종업원이 사용자에게 대하여 비밀유지의무를 부담하고 있다는 사실이다. 여기서 사용자만이 가진 영업비밀은 종업원이 퇴직한 뒤에도 비밀유지의무의 대상이 될 수 있다. 그렇지만 종업원이 자신의 학력과 경력에 비추어 일반적으로 가질 수 있는 일반적인 지식과

113) Johanna L. Edelstein, "Intellectual Slavery?: The Doctrine of Inevitable Disclosure of Trade Secrets", 26 Golden Gate U. L. Rev. 717 (1996).; Adam Gill, The Inevitable Disclosure Doctrine: Inequitable Results are Threatened but Not Inevitable, 24 UC LAW SF COMM. & ENT. L.J. 403 (2002). <Available at: [https://repository.uclawsf.edu/hastings\\_comm\\_ent\\_law\\_journal/vol24/iss3/4](https://repository.uclawsf.edu/hastings_comm_ent_law_journal/vol24/iss3/4) >.

114) Juliet Ruth Otten, "The Inevitable Disclosure Doctrine in Illinois: Is it an Inevitable Mistake?", 2 J. Marshall Rev. Intell. Prop. L. pp.379-397 (2003). <<https://repository.law.uic.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1037&context=ripl>>.

기술은 사용자가 독점할 수 없는 것이므로 퇴직 후의 비밀유지의무의 대상이 될 수 없다. 따라서 이 경우에는 미국의 '불가피한 누설 이론'의 적용대상이 될 수 없다고 해석된다. 요컨대, 미국의 '불가피한 누설 이론'에 대해서는 소극적 접근방법이 타당하다고 보인다.

(다) 금지명령에 의한 구제

전 종업원 등 비밀유지의무를 지는 자가 영업비밀을 공개 또는 사용해 버릴 가능성이 있는 경우에는 금지명령이 발령될 수 있지만, 법원은 영업비밀 침해 사건에 비해 그 타당성이나 범위에 대해 신중하게 판단하는 경향이 있다.<sup>115)</sup>

2) 독일

비밀유지계약(Confidentiality Clause in Germany)은 독일에서도 그 유효성이 인정되고 있다.<sup>116)</sup> 비밀유지계약의 효력이 인정되기 위해서는 이러한 계약이 실제적으로 영업비밀에 해당하는 특정 정보와 관련되어야 하며, 이러한 구체적 합의가 그 범위에 있어서 적당하고 합리적인 것으로 인정되어야 한다.<sup>117)</sup> 만약 사용자와 종업원 사이의 비밀유지계약이 폭 넓게 규정되어 실제적으로 경업금지계약과 동일시 될 수 있다면 그 유효성은 경업금지이론에 의해 결정된다. 예컨대 고용계약이 종료된 이후 모든 고객의 이름을 사용하지 않을 의무를 종업원이 부담하는 내용이 비밀유지계약에 포함된 경우 등이 경업금지계약과 동일시 될 수 있는 사례에 해당할 수 있다.<sup>118)</sup> 한편 비밀유지계약에 대해 법원이 구제를 제공하는 데에는 다른 법익과의 균형이 중요시되고 있다. 피용자에 대하여 노동의 자유를 불필요하게 제한하게 되는 경우에는 비밀유지의무는 그 효력이 부정되어 버리는 경우가 있다. 독일 연방대법원(BGH)은 유효하게 체결된 비밀유지계약상의 의무는 중요한 검토요소로 보면서도 근로계약 종료 후에도 존속하는 비밀유지의무(nachwirkende Verschwiegenheitspflicht)의

115) Cabela's LLC v. Highby, 362 F. Supp. 3d 208 (D. Del. 2019), aff'd, 801 F. App'x 48 (3d Cir. 2020).

116) Gerlind Wisskirchen, Joanna Zoglowek, CMS Germany, "Confidentiality During and After Employment (Germany)" (01-Dec-2023), <[https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-035-6877?originationContext=knowHow&transitionType=KnowHowItem&contextData=\(sc.Search\)&comp=pluk&navId=0AE5943EF8E8202B1A2305A55C3F675E](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-035-6877?originationContext=knowHow&transitionType=KnowHowItem&contextData=(sc.Search)&comp=pluk&navId=0AE5943EF8E8202B1A2305A55C3F675E)>, 및 lawyersgermany.com, "Confidentiality Clause in Germany"(On December 9, 2024). <<https://lawyersgermany.com/confidentiality-clause-in-germany/>>.

117) 박영규, 전계논문, 18면.

118) 박영규, 전계논문, 18~19면.

위반여부와 독일 부정경쟁방지법(UWG) 제1조(현행 제3조)에 의한 책임의 성립여부는 별개의 문제라고 설시하고 있다.<sup>119)120)</sup>

### 3) 일본

보유자가 영업비밀을 개시(공개)하는 상대와 비밀유지약정을 체결하는 것은 비밀관리성의 하나의 증식(證式)이라고 생각된다. 따라서 영업비밀로 인정되는 비밀이 존재하는 경우는 그것에 관한 비밀유지의 특약이 체결되어 있는 경우가 많다.

영업비밀에 관하여 보유자인 전 사용자가 부정경쟁방지법에 기하여 청구하지 않고, 전 근로자와 사이에 체결한 영업비밀에 관한 비밀유지약정 위반의 채무불이행에 기초하여 금지청구·손해배상청구를 행하는 예도 있다.<sup>121)</sup>

부정경쟁방지법에 기한 청구가 사용·공개에 대한 관점에서 ‘부정경쟁’에 해당하지 않으면 인정되지 않는 점에 대하여, 비밀유지약정에 기한 청구는 근로자의 영업비밀의 사용·공개에 의해 바로 의무위반이 성립하여 청구가 인정된다.<sup>122)</sup>

## 2. 비밀유지약정을 명시적으로 체결한 경우

우선 근로자와 사이에 명시적 비밀유지약정을 체결한 경우에는 그 특약에 기초하여 금지, 손해배상 청구가 가능하였다. 또한 그러한 특약이 체결되지 않더라도, 노동계약계속 중에는 근로자가 신의칙상 부수적으로 비밀유지의무를 부담하는 것에서 이런 의무에 위반한 근로자에 대해서는 노동계약의 채무불이행으로서 손해배상·금지를 구하는 것이 가능하다.<sup>123)</sup> 일본 판례 중에서는, 비밀유지의무에 위반한 근로자에 대해 해고<sup>124)</sup>, 징계해고<sup>125)</sup>를 합리적이라고 한 예가 보이고, 또한 채무불이행과 함께 불법행위의 성립을 인정하는 예<sup>126)</sup>도 존

119) BGH, 03.05.2001, GRUR, 2001, S.95.

120) 정영훈, 전제논문, 100면.

121) 양쪽을 모두 청구한 예로서, 東京地判平成20年11月26日 判時2040号126頁[ダンス・ミュージック・レコード事件]. 특약위반의 채무불이행에 기한 청구를 한 예로서, 東京地判平成14年8月30日 勞判838号32頁[ダイオーズ・サービシーズ事件]이 있다.

122) 土田道夫, 前掲論文, 198頁.

123) 당시까지 일본 판례의 분석에 관해서는, 和田肇, “労働市場の流動化と労働者の守秘義務”、ジュリスト962号(1990年9月), 52頁.

124) 東京地判昭和43年7月16日 判タ226号127頁[三朝電機製作所事件].

125) 東京高判昭和55年2月18日 勞民集31卷1号49頁[古河鋳業事件].

재하였다. 학설도 비밀유지의무를 노동계약에 부수하는 성실의무의 하나로 위치 지었다.<sup>127)</sup> 이 점은 현재의 일본 학설에서도 마찬가지이다.<sup>128)</sup>

### 3. 근로계약 종료 후 명시적 약정이 없는 경우 비밀유지의무 부담 여부

노동계약이 종료한 후에 특약이 체결되지 않더라도 근로자가 비밀유지의무를 지는가, 그에 위반에 대해서 사용자가 손해배상이나 금지를 구할 수 있는가라는 점에 대해서는, 지금까지 직접 문제로 된 사안이 없고, 판례의 입장은 명확하지 않았다. 일본 학설에서도 근로자의 비밀유지의무가 신의칙상의 의무로서 존속하거나 혹은 약간의 여운으로서 잔존한다는 견해<sup>129)</sup>와 특약이 없는 한 해소한 이후 그것을 활용하는 것이 모두 자유롭다는 견해<sup>130)</sup>가 대립하고 있다.

### 4. 비밀유지약정의 유효성과 직업선택의 자유에 의한 제한

영업비밀이 적절히 보호되고, 게다가 퇴직한 근로자가 원활하게 전직·기업(起業)하여 수입을 확보하는 것을 필요 이상으로 제한되지 않기 위하여, 비밀유지약정에 관하여 다음의 2가지 점에 유의해야 한다.

첫째, 비밀유지약정이 유효로 되기 위해서는 보호에 가치 있는 영업비밀등이 존재하여야 한다. 비밀유지약정에 기한 청구에 관해서는 보호 대상인 영업비밀의 범위는 부정경쟁방지법의 영업비밀 보다 광범위하게 미칠수 있지만,<sup>131)</sup> 그러한 비밀이 존재하지 않는 경우에는 특약에 의해 비밀유지의무를 부과하는 것은 근로자의 전직·기업(起業)의 자유를 정당한 이유 없이 제한하는 것이 되어 허용되지 않는다.

126) 名古屋地判昭和61年9月29日 勞判499号75頁[美濃窯業事件].

127) 管野和夫, 「勞働法[第2版]」、弘文堂、1988年、61頁.

128) 土田道夫, 前掲論文, 193頁以下. 土田道夫, 前掲書, 107頁、管野和夫, 「勞働法[第10版]」、弘文堂、2012年、93頁, 荒木尚志, 「勞働法[第2版]」、有斐閣、2013年、258頁, 水町勇一郎, 「勞働法[第5版]」、有斐閣、2014年、123頁, 竹地潔, “企業秘密・情報の管理”, 『=山川隆一編, 「勞働法の争点(ジュリスト増刊)」、有斐閣、2014年、68頁, 峰隆之, “退職後の秘密保持義務・競業禁止義務”, 岩村正彦ほか編, 「實務に効く 勞働判例精選(ジュリスト増刊)」、有斐閣、2014年、154頁 등.

129) 盛岡一夫, “企業秘密の保護”, ひろば40卷11号(1987年)、42頁以下, 樫原義比古, “労働者の退職後における競業禁止に關する契約”, 中川淳先生還曆祝賀論集, 「民事責任の現代的課題」, 世界思想社, 1990年、449頁以下.

130) 山口俊夫, “労働者の競業禁止義務”, 石井照久先生追悼論集「労働法の諸問題」, 1974年、409頁.

131) 土田道夫, 前掲論文, 197頁.

둘째, 영업비밀 등에 관한 비밀유지약정의 효력은 보유자인 사용자에게 따라서 중요한 가치를 가지는 영업비밀 등이 있다고 하더라도, 퇴직한 근로자의 직업선택 또는 영업의 자유에 비추어, 그 비밀의 성질·범위, 가치, 당사자(근로자)의 퇴직전의 지위에 비추어, 합리성이 인정되는 경우가 아니면 공서양속에 반하고, 민법 제103조에 위반하여 무효라고 해석된다. 학설도 그렇게 해석하고 있고,<sup>132)</sup> 판례도 마찬가지로의 관점에서 판단을 하고 있다.

#### IV. 경업금지약정에 근거한 영업비밀 보호와 직업선택의 자유에 의한 제한

##### 1. 경업금지약정의 의의

###### (1) 우리나라

###### (가) 경업금지 의무의 의의와 영업비밀유지 의무와의 관계

일반적으로 경업금지 의무는 사용자와 경쟁관계에 있는 다른 사용자에게 취업하거나 스스로 사업을 영위하지 않을 의무를 말한다. 근로자는 재직 중에는 근로계약상의 신의칙으로서 경업금지 의무를 부담하지만, 퇴직 후에는 근로계약이 존속하지 않으므로 이로부터 자유롭다. 이처럼 근로관계 존속 중에 취득한 지식 등을 퇴직 후 어떻게 활용하는가는 원칙적으로 근로자의 자유이다.<sup>133)</sup>

즉, 경업금지 의무는 사용자의 업무부류와 경합하는 사업에 종사하거나 스스로 그러한 사업을 영위하지 않을 의무를 말한다. 경업금지 의무는 비밀유지 업무와는 질적으로 다른 내용을 가진 의무이다. 비밀유지 의무는 영업비밀의 침해를 금지하는 것이고, 그러한 한도 내에서 직업활동을 제한 한다. 이와는 달리 경업금지 의무는 근로자의 직업활동 자체를 금지받게 되는 의무이므로 직업선택의 자유(헌법 제15조)를 제약하는 효과를 가져온다.<sup>134)</sup>

비밀유지 의무는 종업원에 따른 정보누설을 금지대상으로 하고 있는 점에 대하여 경업금지 의무는 정보누설에 “관련 있을 수 있는 행위”를 금지대상으로

132) 土田道夫, 前掲論文, 197頁.

133) 이철수, 전계서, 119면.

134) 김형배, 전계서, 369면.

하고 있는 점에서 차이가 있다. 따라서 회사의 신용을 해하기 위하여 영업비밀을 메스컴 등에 누설하는 경우는 비밀유지계약위반에 해당한다. 이에 반해 경업회사에 취직하더라도 영업비밀을 부정하게 이용하거나 부정하게 이용하지 않거나 관계없이 경쟁사에 전직하거나 경쟁사를 직접 운영하는 것 자체를 금지하므로 이를 위반하는 경우 경업금지의무위반에 해당한다. 다만 경업회사에 취직하여 영업비밀을 부정이용하는 경우와 같이, 일부 범위에서 양자는 제한대상으로 하는 행위는 중복한다. 그렇지만, 경업금지의무는 비밀유지계약을 보전(補填)할 수 있다고 할 것이다.<sup>135)</sup> 기술이나 노하우는 무형(無形)이고 비밀유출이 용이하다고 인식할 수 없기 때문에 비밀유지계약의 실효성을 담보하기 위하여 경업금지의무를 인정한다고 판시한 일본 판례도 있다.<sup>136)</sup>

요컨대, 경업금지의무는 비밀유지계약에 의해 충족되지 못한 사용자 이익의 부족 부분이나 결손 부분을 메워 보충하는 기능을 하는 것이다. 퇴직 후 경업금지의무는 원칙적으로 당사자 사이에 약정이 있어야 하고, 그 약정은 적법하여 유효한 범위 내에서 인정된다. 아래에서 보듯이, 우리 판례에 따르면 일관되게 경업금지약정이 근로자의 직업선택의 자유와 근로권 등을 과도하게 제한하거나 자유로운 경쟁을 지나치게 제한하는 경우 민법 제103조에 반하여 무효라고 판시하고 있다.

(나) 근로계약이 존속 중인 경우

근로관계 당사자는 부수적 의무(Nebenpflicht)로서 신의성실의 원칙(민법 제2조)에 따라 근로자의 성실의무와 사용자의 배려의무를 각각 부담한다.<sup>137)</sup> 이는 근로계약상 특별한 약정이 없더라도 그러한 의무가 인정된다는 점에서 신의칙상 의무이다.<sup>138)</sup> 근로자의 성실의무의 내용으로서 흔히 영업비밀 유지, 경업금지 의무(경업피지 의무), 사고대처 의무 등이 거론되고 있다.<sup>139)</sup>

그러나 근로자가 재직하면서 알게 된 모든 사실이 영업비밀에 해당하지는 않는다. 즉 부정경쟁방지법 제2조 제2호 소정의 영업비밀의 정의규정에 해당하

135) 瀧澤和子, “營業秘密に關する人的管理 - 秘密保持契約と輕業避止義務契約に關する一考察-“, 『早稻田國際經營研究』 No.45, 早稻田大學WBS研究センター, 2014, 85頁. <file:///C:/Users/USER/Downloads/KokusaiKeieiKenkyu\_45\_Takizawa%20(1).pdf>.

136) 大阪地裁平成21年10月23日決定·勞判1000号50頁[モリクロ事件].

137) 이철수, 전게서, 108~110면; 임종률·김홍영, 전게서, 351~353면; 김형배, 전게서, 366~370면.

138) 이철수, 전게서, 108면.

139) 임종률·김홍영, 전게서, 351면.

는 정보이어야만 영업비밀로 보호받을 수 있다.<sup>140)</sup>

이러한 근로계약상의 신의칙 의무는 근로계약의 존속 중(재직 중)에만 인정될 수 있다. 따라서 영업비밀유지 의무가 퇴직 후에도 인정되는지는 근로계약상 신의칙과는 무관하고 판례상 부정경쟁방지법 위반이나 별도 약정 위반 등과 관련된 문제로 다루어져야 한다.<sup>141)</sup>

하급심의 경우<sup>142)</sup>, “사용자와 피용자 사이에 체결되는 전직금지약정은 일종의 경업금지약정으로서, 그 체결된 배경이나 그 내용 및 기간에 합리성이 인정되는 경우에는 헌법상 보장된 직업 선택의 자유를 침해하지 않는 것으로서 공서양속 위반으로 볼 수 없다.”고 판시하면서, 나아가 “경업금지약정의 목적이 피용자로 하여금 퇴사 후 그가 취직 중 알게 된 판매 방법 등에 관한 정보 및 고객 명단 등을 이용하여 동종의 영업 분야에서 일하거나 다른 경쟁 판매회사 등에 취업함으로써 결국 그가 소속했던 회사에 손해를 끼치는 행위를 막기 위한 것이라는 점, 금지기간이 1년으로서 그 피용자에게 과도한 제약이 되지 아니하는 점을 고려하여, 그 약정을 유효하다”고 한 사례가 있다.

이처럼 판례를 보면, 우리나라 법원은 사용자의 종업원에 대한 전직금지청구를 인정하고 있는 경우로서, 사용자와 종업원이 전직금지를 위한 경업금지약정을 체결하는 경우를 들고 있다. 법원은 이러한 경업금지약정의 유효성을 판단하는 기준으로 (i) 보호할 가치 있는 사용자의 이익, (ii) 근로자의 퇴직 전 지위, (iii) 경업제한의 기간 및 지역 및 대상 직종, (iv) 근로자에 대한 대가의 제공 유무, (v) 근로자의 퇴직 전 지위, (vi) 공공의 이익 및 기타 사정 등을 제시하고 그 구체적 판단 유무는 개별 사안에 따라 종합적으로 판단하고 있다.

140) 이철수, 전게서, 109면.

141) 이철수, 전게서, 109~110면

142) 서울지방법원 1997.06.17. 자 97카합758 결정[전업금지및영업비밀침해금지가처분]. 하급심은 “피신청인이 신청인 회사에 입사하면서 체결한 이 사건 경업금지약정의 목적이 피신청인으로 하여금 퇴사 후 그가 취직 중 알게 된 판매 방법 등에 관한 정보 및 고객 명단 등을 이용하여 동종의 영업 분야에서 일하거나 다른 경쟁 제약판매회사 등에 취업함으로써 결국 신청인 회사에 손해를 끼치는 행위를 막기 위한 것이라는 점, 금지기간이 1년으로서 피신청인에게 과도한 제약이 되지 아니하는 점을 고려하면 이 사건 약정은 유효한 경업금지약정으로 보아야 하고, 피신청인이 신청인 회사가 수입·판매하고 있는 것과 같은 북마크석액 수입 판매를 하는 위 신청외 회사의 국내 사무소에서 그 책임자로서의 일을 하고 있는 이상, 그 경업 금지를 구하는 신청인의 이 사건 신청은 이유 있다.”고 판시하였다.

(다) 근로계약이 종료된 경우<sup>143)</sup>

근로관계 종료 후의 경업금지약정이나 전직금지약정은 근로자의 입장에서는 헌법상 직업선택의 자유를 침해할 우려가 있고, 기업간의 경쟁의 자유라는 측면에서 볼 때 노동력과 정보의 유출은 불가피한 측면도 있다.<sup>144)</sup> 종업원이 퇴직 후에도 영업비밀유지의무를 부담하는지 그리고 퇴직 후에도 비밀유지의무를 부담한다면 위 의무의 시간적·장소적 범위는 어떻게 되는지에 대한 판단은 아주 어려운 해석의 문제 내지 정책적 판단의 문제를 내포하고 있다. 즉, 종업원의 비밀유지의무가 계약상 명시적으로 퇴직 후에까지 적용되는 것으로 규정되어 있지 않는 한, 근로계약의 일부로서 당연히 그 시간적 효력범위도 근로계약기간과 마찬가지로 판단되어야 할 것인지, 아니면 비밀유지의무의 특성상 퇴직 후에까지 비밀을 사용 또는 공개해서는 안된다는 내용의 의무로 해석해야 할 것인지, 그리고 영업비밀 보유자의 배타적 권리의 속성상 퇴직한 종업원도 일정한 영업비밀유지의무를 부담하는지 등에 대하여 다수의 쟁점이 있다.<sup>145)</sup> 나아가 퇴직후의 경쟁업체에의 취직을 금지하거나 또는 경쟁적인 영업의 수행을 금지하는 이른바 경업금지의무에 관한 계약조항(non competition clause)이 있는 경우에 그러한 경업금지조항이 유효한 것인지가 문제된다. 특히, 경업금지의무의 기간이나 보상여부 또는 지역 또는 영업의 범위 등이 제한되어 구체화되어 있지 않는 경우에는 그러한 경업금지의무의 강제로 인하여 직업선택의 자유가 침해될 수 있고, 따라서 그 유효성이 의문시된다. 여기서 어려운 문제는 경업금지의 합리적 기간이나 지역적 범위를 정하는 기준의 설정을 어떻게 합리적으로 도출할 것인가 하는 것이다.<sup>146)</sup> 이와 같이 근로관계 종료 후 경업금지약정의 유효성 판단은 헌법상 근로자의 직업선택의 자유 혹은 퇴직자의 영업의 자유와 본질적으로 충돌하게 되므로, 근로관계가 계속 중인 경우와 동일한 요건하에 경업금지의무를 인정하기 어렵고 보다 엄격한 요건을 요한다 할 것이다.<sup>147)</sup>

요컨대 퇴직후 경업금지약정의 개별적 내용에 따라서는 근로자 개인 내지

143) 차상욱, “퇴직 후 경업금지약정과 영업비밀의 보호- 우리나라와 미국의 판례를 중심으로”, 『법학논고』 제49집, 경북대학교 법학연구소, 2015.2, 635~636면.

144) 사법연수원, 『부정경쟁방지법』, 2012, 127면.

145) 정상조, 『부정경쟁방지법 원론』, 세창출판사, 2007, 115면.

146) 정상조, 전게서, 119~120면.

147) 차상욱, “영업비밀의 보호: 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제2조 제3호 라. 목을 중심으로”, 『산업재산권』 제23호, 한국지식재산학회(구, 한국산업재산권법학회), 2007.8, 117면.

노동시장의 경제적 유연성 내지 이동성을 감소시키고, 근로자 개인이 바람직한 삶의 과정을 추구할 자유를 제한할 수 있다.<sup>148)</sup>

한편, IT업종에서의 경업금지약정의 효력에 대해서도 다른 업종과 마찬가지로 경업금지약정의 효력을 인정함에 있어서 같은 기준을 채용해야 할 것인가가 문제된다. 이런 점에서 캘리포니아주법상 관련 규정은 시사점이 적지 않다. 그 규정은 바로 1827년 캘리포니아 시민법에 포함된 Section 16600 of California Business and Professions Code Section 16600 (이하: 코드 16600) 라는 조항이다. 이 코드 16600에서는 “개인의 합법적인 취업, 거래, 또는 어떤 종류의 비즈니스를 방해하는 모든 계약은 무효”(every contract by which anyone is restrained from engaging in a lawful profession, trade, or business of any kind is to that extent void)라고 규정하고 있다.<sup>149)150)</sup> 이 코드 16600의 의미에 관하여, Ronald J. Gilson에 의하면, 코드 16600에 의해 육성된 노동자의 이동성 내지 노동유연성(employee mobility)은 다른 주에서의 상대적인 노동비유연성과 대비할 때, 실리콘밸리의 초창기 경제활성화를 설명할 수 있기를 바라는 직업문화를 가능하게 했다고 주장한다.<sup>151)</sup> 이에 대하여 실제로는 캘리포니아 노동자들이 ‘코드 16600’에 규정한 것만큼 전직이 자유로운 것은 아니라는 주장도 있다.<sup>152)</sup>

#### (라) 판례상 경업금지약정의 유효성 판단기준

우리 대법원은, “경업금지약정은 근로자가 사용자와 경쟁관계에 있는 업체에 취업하거나 스스로 경쟁업체를 설립, 운영하는 등의 경쟁행위를 하지 아니할 것을 내용으로 하므로 직업선택의 자유를 직접적으로 제한할 뿐만 아니라, 자유로운 경쟁을 저해하여 일반 소비자의 이익을 해칠 우려도 적지 아니하고, 특히 퇴직 후의 경쟁업체로의 전직금지약정은 근로자의 생계와도 직접적인 연관

148) Paul Goldstein/R.Anthony Reese, Copyright, Patent, *Trademark And Related State Doctrines: Cases and materials on the law of intellectual property*, Foundation Press, Revised 6th edition, 2010, p.104.

149) Section 16600 of California Business and Professions Code [§16600. Except as provided in this chapter, every contract by which anyone is restrained from engaging in a lawful profession, trade, or business of any kind is to that extent void.]

150) Paul Goldstein/R.Anthony Reese, op.cit., pp.118~119.

151) Ronald J. Gilson, "The Legal Infrastructure of High Technology Industrial Districts: Silicon Valley, Route 128, and Covenants Not to Compete," 74 N.Y.U.L. REV. 575, 578 (August 1998).[Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=124508> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.124508> ]

152) Paul Goldstein/R.Anthony Reese, op.cit., p.119.

이 있으므로 사용자와 근로자 사이에 전직금지약정이 있는지에 관하여는 이를 엄격하게 판단하여야 할 것이다”,고 판시하였다.<sup>153)</sup>

한편 대법원 판례<sup>154)</sup> 중에는, 회사가 다이아몬드공구의 제조공정에 있어서 일반적 지식 또는 기능이라고 할 수 없는 특수한 기술상의 비밀정보를 가지고 있고 이러한 비밀정보는 일종의 객관화된 지적재산이므로,<sup>155)</sup> 퇴직사원의 영업비밀 침해행위에 대하여 회사와의 사이에 침해행위 중지 및 위반시 손해배상약정금을 정한 합의가 이루어진 경우, 그 합의서의 내용을 회사의 영업비밀을 지득하는 입장에 있었던 사원들에게 퇴직 후 비밀유지의무 내지 경업금지의무를 인정하는 것으로 해석하는 것이 직업선택의 자유에 관한 헌법규정에 반하지 않는다고 한 사례가 있다.

결국 경업금지약정의 유효성 판단기준에 대해, 대법원은, “경업금지약정의 유효성에 관한 판단은 보호할 가치 있는 사용자의 이익, 근로자의 퇴직 전 지위, 경업 제한의 기간·지역 및 대상 직종, 근로자에 대한 대가의 제공 유무,

153) 대법원 2003.07.16. 자 2002마4380 결정[전직금지가처분].

154) 대법원 1997. 6. 13. 선고 97다8229 판결[약정금].

155) 대법원 1997. 6. 13. 선고 97다8229 판결의 [사안의 개요]는 이하와 같다. 즉 원고 회사는 1978년 한,일 양국의 다이아몬드공구 전문생산업체가 합작으로 설립한 회사로서 오랜 동안 사원의 해외연수 등을 통하여 선진기술을 도입하는 한편 꾸준한 자체기술의 개발로 석재의 연마·절단·가공을위한 다이아몬드톱(Diamond Saw)의 팁(Tip)을 제조하는 공정 중 결합제(Bond)의 성분과 배합비율, 금속분말의 비중, 가열온도와 가열시간 및 가하는 압력의 정도 등에 관하여 일반에게 알려져 있지 아니하고 또 독립된 경제적 가치를 가지는 기술적인 영업비밀(노우하우)을 보유하게 된 사실, 원고 회사는 이러한 영업비밀 중 핵심기술을 문서화하여 그 접근을 제한하는 방법으로 관리하는 한편 1992년 8월경에는 피고 1 등을 포함한 거의 전 직원들과 사이에 퇴직 후 3년까지는 위 제조기술과 관련된 정보 및 원고 회사에서 직무상 지득한 영업비밀을 활용하거나 누설하지 아니하며 동 기밀을 사용하거나 사용하려고 하는 동종의 조직에 근무할 수 없기로 하는 내용의 회사기밀보호계약을 체결한 사실이 있다.

피고 회사는 1993. 12. 31.경부터 다이아몬드톱 등 원고 회사의 제품과 동종의 다이아몬드공구를 생산,판매하기 시작한 사실, 이에 원고 회사는 피고 1 등이 원고 회사에 근무하면서 알게 된 영업비밀을 이용하여 위 제품을 생산한다는 이유로 1994. 4. 11. 피고 1을 상대로 인천지방법원 94카합1107호로 부정경업행위금지가처분신청을 한 결과 위 신청사건이 계속중이던 1994. 8. 25. 피고들은 원고의 주장을 모두 인정하고 잘못을 사과하면서 앞으로 더 이상 원고의 영업비밀을 침해하지 않을 것이며 이를 위반할 경우에는 연대하여 손해배상금으로 금 50,000,000원을 지급하기로 약정한 사실이 있다. 즉 1994. 8. 25.자 위 합의서는 피고 1 등이 원고 회사에 재직할 당시 영업비밀유지의무 및 경업금지의무를 약정한 판시 회사기밀보호계약에 터잡아 원고 회사가 피고들을 상대로 부정경업행위금지가처분을 신청한 후 쌍방간에 화해가 이루어져 원고 회사가 위 신청사건을 취하하기로 하면서 작성한 것이다. 피고들이 1994. 8. 25.자 위 합의 후에도 종전과 같은 종류의 다이아몬드공구를 계속하여 제조,판매하고 원고 회사의 영업비밀을 침해한 사실이 있다.

근로자의 퇴직 경위, 공공의 이익 및 기타 사정 등을 종합적으로 고려하여야 하고, 여기에서 말하는 ‘보호할 가치 있는 사용자의 이익’이라 함은 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제2조 제2호에 정한 ‘영업비밀’뿐만 아니라 그 정도에 이르지 아니하였더라도 당해 사용자만이 가지고 있는 지식 또는 정보로서 근로자와 이를 제3자에게 누설하지 않기로 약정한 것이거나 고객관계나 영업상의 신용의 유지도 이에 해당한다 할 것이다”, 라고 판시하였다.<sup>156)</sup>

여기서 이 대법원 판결은 ‘보호할 가치 있는 사용자의 이익’을 ① 부정경쟁방지법상의 ‘영업비밀’, ② 영업비밀에 이르지 아니하였더라도 당해 사용자만이 가지고 있는 지식 또는 정보로서 근로자와 이를 제3자에게 누설하지 않기로 약정한 것, ③ 고객관계나 영업상의 신용의 유지, 라는 세 가지로 나누어 실시한 점에 특색이 있다. 이 판결은 ‘보호할 가치 있는 사용자의 이익’은 ‘영업비밀’ 뿐만 아니라, 영업비밀에 이르지 아니하였더라도 근로자와 비밀유지약정을 체결한 당해 사용자만이 가지고 있는 지식 또는 정보 등 노하우 및 거래처와의 신뢰관계 즉 고객관계나 영업상의 신용의 유지 등도 이에 해당한다는 점을 처음으로 명시적으로 실시한 점에 의의가 있다.<sup>157)</sup>

## (2) 비교법적 고찰

### 1) 미국

(가) 비밀유지의무와 마찬가지로 과잉금지원칙을 위배하는 지나치게 광범위한 내용의 경업금지의무는 ‘합리성’(reasonableness)을 결여하기 때문에 전부 또는 일부가 무효로 된다. 판례에 의하면, 경업금지의무를 부과할 필요성이나 합리성이 없다고 하는 사정이 있는 때 일정한 경우에는 경업금지조항이 무효로 되는 경우가 있다.<sup>158)</sup>

법원은 경업금지약정(전직금지약정)의 ‘합리성’(reasonableness)을 검토하기 위해 세 가지 근거를 제시하고 있다.<sup>159)</sup> 첫째, 그러한 약정은 숙련된 근로자의 이동성과 경쟁적 경제에 필수적인 정보의 흐름을 모두 제한하기 때문에 반경

156) 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009다82244 판결[손해배상(기)]; 서울고법 2012.5.16. 자 2011라 1853 결정[전직금지가처분] 확정[각공2012하,749].

157) 법원 지적재산권법연구회·사단법인 한국특허법학회, 「부정경쟁방지법 판례백선」, 박영사, 2024. 391~393면(이숙연 집필부분).

158) Rector-Phillips-Morse, Inc. v. Vroman, 253 Ark. 750 (1973).

159) Maureen B. Callahan, "Post-Employment Restraint Agreements: A Reassessment", 52 University of Chicago Law Review 703, 705-706(1985).

쟁적인 것으로 간주될 수 있다.<sup>160)</sup> 둘째, 계약이 불공정한 것으로 간주되는 이유는 협상력이 정교하지 않거나 부족하다고 여겨지는 근로자들이 생계를 유지할 수 있는 능력에 부과된 제한에 대한 전액 임금을 받을 수 없다고 생각되는 경우가 많기 때문이다.<sup>161)</sup> 셋째, (비록 이러한 주장은 오늘날 크게 의존적이지 않지만), 이러한 약정은 한때 생산적인 사람을 노동력에서 제거할 수 있으므로 경제에 위협이 되는 것으로 여겨졌다.<sup>162)</sup>

(나) 미국 연방거래위원회(Federal Trade Commission, FTC)은 2024년 4월 23일 연방거래위원회법(FTC법)에 따라 “경쟁금지조항규칙(Non-Compete Clause Rule)”(이하 ‘FTC 규칙’)을 채택하였다.<sup>163)</sup> FTC 규칙은 2024년 4월 23일 최종 확정되어 2024년 9월 4일부터 발효되어 시행된다. 연방거래위원회(FTC)가 고용계약에서 사실상 모든 경쟁금지약정(a non-competes clause)을 금지하는 광범위한 규칙을 제안한 것이다. FTC는 경쟁금지계약이 불공정한 경쟁방법(Unfair methods of competition)이라고 판단하여 이 규칙을 제정했다. 이 규칙은 시행일 또는 그 이후에 근로자와 경쟁금지조항(이하 “경쟁금지조항”)을 체결하는 것은 불공정한 경쟁방법이라고 규정한다. 기존 경쟁금지조항(즉, 시행일 이전에 체결된 경쟁금지조항)과 관련하여 규칙은 고위 임원의 경우 다른 근로자와 다른 접근방식을 채택하고 있다. 고위 임원과 기존의 경쟁금지조항은 유효 상태를 유지할 수 있다. 이 규칙은 이러한 계약을 다루지 않는다. 이처럼 고위 임원의 경우 기존 경쟁금지조항은 계속 유효하지만, 다른 근로자와의 기존 경쟁금지조항은 시행일 이후에는 집행할 수 없다.<sup>164)</sup> 고용주는 고위 임원을

160) *Dynamics Research Corp. v. Analytic Sciences Corp.*, 400 N.E.2d 1274, 1282, 9 Mass.App.Ct. 254, 267 (Mass. App. 1980). (퇴직 후 경쟁금지의 이용을 제한하는 것은 노동 이동성에 대한 공익과 근로자의 직업선택의 자유 및 독점 완화를 촉진한다); *Reed, Roberts Assocs., Inc. v. Strauman*, 40 N.Y.2d 303, 307, 353 N.E.2d 590, 593, 386 N.Y.S.2d 677, 680 (1976) (우리 경제는 서비스, 인재, 아이디어의 끊임없는 흐름으로 인해 발생하는 경쟁을 전제로 한다.)

161) *Schmidl v. Central Laundry & Supply Co.*, 13 N.Y.S.2d 817, 823 (Sup. Ct. 1939) (사용자와 근로자 간의 협상력 불평등으로 인해 법원은 노동을 금지하는 언약을 시행하기 전에 더 강력한 수준의 필요성을 요구하게 되었다.); *Reading Aviation Serv., Inc. v. Bertolet*, 454 Pa. 488, 492, 311 A.2d 628, 630 (1973). (당사자들의 본질적으로 불평등한 협상에 대한 지위는 퇴직 후 경쟁금지약정에 대한 면밀한 검토를 정당화한다.)

162) *Tarr v. Stearman*, 264 Ill. 110, 119, 105 N.E. 957, 961 (1914); *Moorman & Givens v. Parkerson*, 127 La. 835, 838, 54 So. 47, 47 (1911); *Kadis v. Britt*, 224 N.C. 154, 159, 29 S.E.2d 543, 546 (1944); *Herreshoff v. Boutineau*, 17 R.I. 3, 5, 19 A. 712, 712 (1890).

163) 16 C.F.R. §§910.1-910.6. <<https://www.ecfr.gov/current/title-16/chapter-I/subchapter-J/part-910?toc=1>>

164) 16 CFR § 910.2(a);

제외한 근로자에게 기존 경쟁금지조항을 더 이상 시행할 수 없다는 통지를 제공해야 한다. 이 규칙의 제정 배경에는 네거티브 외부효과에 대한 대응이 불충분하다는 인식이 있다.<sup>165)</sup> FTC 규칙의 취지는 공정한 경쟁의 영업금지조항에 의한 피해를 방지하는 것에 있다. 이 규정이 발효되면 미국에서는 모든 근로자와의 새로운 경쟁금지조항에 대한 포괄적 금지를 채택하게 된다. FTC 제 910.1.조<sup>166)</sup>에 의하면 “근로자(employee)”만이 아니라 “독립계약자(independent contractor)”등도 포함된다. 즉, 근로자와 독립계약자를 포함한 모든 근로자에게 적용된다.<sup>167)</sup>

이처럼 FTC 규칙의 시행일(2024년 9월 4일)이후에는 “노동자(worker)<sup>168)</sup>”에 대한 “영업금지조항”<sup>169)</sup>의 체결이나 강제가 경쟁법인 연방거래위원회법<sup>170)</sup> 제5조a항1호에 위반하는 불공정한 경쟁방법(Unfair methods of competition)에 해당하는 것<sup>171)</sup> 등을 정하고 영업금지조항을 일률적으로 금지하는 것이다. 그리고 FTC 규칙이 금지하는 영업금지조항은 계약상의 효력도 인정하지 않는다.<sup>172)</sup>

“(a) 불공정한 경쟁 방법 -

(1) 고위 임원 이외의 근로자(Workers other than senior executives). 고위 임원 이외의 근로자와 관련하여, 다음과 같은 행위는 불공정한 경쟁방법이다.

(i) 경쟁금지조항을 체결하거나 체결을 시도하는 행위; (ii) 경쟁금지조항을 집행하거나 집행을 시도하는 행위; 또는 (iii) 근로자가 경쟁금지조항의 적용을 받는다고 진술하는 행위.

(2) 고위 임원(Senior executives). 고위 임원과 관련하여 다음과 같은 행위는 불공정한 경쟁방법이다.

(i) 경쟁금지조항을 체결하거나 체결을 시도하는 행위; (ii) 발효일 이후에 체결된 경쟁금지조항을 집행하거나 집행을 시도하는 행위; 또는 (iii) 고위 임원은 비경쟁조항의 적용을 받는다는 것을 나타내기 위해, 경쟁금지조항을 발효일 이후에 체결하는 행위,

165) 89 Fed.Reg. 38342, 38464(May 07, 2024)- Non-Compete Clause Rule. <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2024-05-07/pdf/2024-09171.pdf>>, <<https://www.govinfo.gov/app/details/FR-2024-05-07/2024-09171>>.

166) 16 CFR § 910.1.

167) Stewart J. Schwab, “Noncompete Law, The Uniform Act, and the FTC Proposed Rule,” 34 U.FLA. J.L.&PUB.POL’Y 279(2024).

168) 89 Fed.Reg. 38342, 38371 (May 07, 2024)- Non-Compete Clause Rule. <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2024-05-07/pdf/2024-09171.pdf>>, <<https://www.govinfo.gov/app/details/FR-2024-05-07/2024-09171>>.

169) Id. at 38364. 비밀유지특약이나 훈련비용반환특약, 권유금지특약 등의 경우에는 통상 “영업금지조항”(競業禁止條項)에 해당하지 않는다.

170) 15 U.S.C. §§41-58. 同法에 기초하여 FTC에는 배제조치명령(排除措置命令)의 발령(5조b항) 등의 권한이 인정되고 있다.

171) 16 CFR § 910.2(a)(1).

172) 16 CFR § 910.4(a).

경업금지조항(non-compete clause)의 네거티브 외부효과로서는, ① 노동자가 해당 분야에 전문성과 상당한 지식을 가졌음에도 퇴사 후에는 전문성 없고 생산성이 낮게 되는 노동시장으로의 이동을 불가피하게 하게 되는 점과, 사용자 사이에 우수한 노동자를 둘러싼 경쟁이 생기지 않게 되는 결과 경업금지조항이 없는 경우와 비교하여 노동자의 노동조건을 악화시키는 점 등에서 노동시장에서 경쟁조건을 저해하는 점, 그리고 ② 퇴직자에 대하여 같은 업종이나 같은 직업 시장으로의 진입장벽을 만들어 기업과 숙련노동자의 결합을 곤란하게 함으로써, 신규 사업설립이나 이노베이션을 억제하는 점 등에서, 제품·서비스 시장에서 경쟁조건을 저해하는 경향이 있다는 분석이 FTC 규칙의 입법 기초에 있다.<sup>173)</sup>

다만, 2024년 8월 20일 텍사스북부연방지방법원에서는 라이언 사건(Ryan LLC v. FTC)에서 “경업금지조항규칙(Non-Compete Clause Rule)”에 관한 FTC 규칙을 무효라고 하여 이 FTC 규칙의 시행일 이후의 효력을 부정하는 판결을 내렸다는 점에서 주의가 요구된다.<sup>174)</sup> 다만 ‘라이언 사건’ 판결은 FTC의 항소가 승소하지 않는 한, 2024년 9월 4일 이후 전국 어디에서도 경쟁금지규정이 발효되지 않음을 의미한다. FTC 주장이 제5순회연방항소법원이나 연방대법원에서 더 따뜻한 환영을 받을 것이라고 상상하기는 어렵다. 하지만 그렇다고 해서 상황이 예전처럼 돌아갈 것이라는 의미는 아니다. 이 규칙은 무엇보다도 경쟁금지계약에 대한 대중의 관심과 감시를 전례 없는 수준으로 끌어올렸다. 팬데믹으로 인해 고용주들이 사무실 없는 인력이라는 현실에 직면하게 된 것처럼, 이 규칙은 모든 사람들에게 제한조항 없는 근로 관계의 가능성을 고려하게 만들었다. 미국의 일부 주(州)에서는 이미 직장 내 경쟁금지조항 사용을 제한하기 위한 조치를 취했다. 예를 들어 미네소타주는 2023년 7월 1일부터 직장 내 경쟁금지조항을 금지했고, 인디애나주와 같은 다른 주들도 특정 상황에서 경쟁금지조항을 금지하는 조치를 취했다.<sup>175)</sup> 결국 이 규칙의 운명은 상

173) 89 Fed.Reg. 38342, 38380, 38389 (May 07, 2024)- Non-Compete Clause Rule. <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2024-05-07/pdf/2024-09171.pdf>>, <<https://www.govinfo.gov/app/details/FR-2024-05-07/2024-09171>>. <<https://www.federalregister.gov/documents/2024/05/07/2024-09171/non-compete-clause-rule>>.

174) Ryan LLC v. FTC(Federal Trade Commission), No. 3:2024cv00986 - Document 211 (N.D. Tex. Aug.20, 2024). <<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/texas/txndce/3:2024cv00986/389064/211/>>.

175) Scott Fiddler and Michael A. Drab, “FTC Rule Banning Non-Competes Found Unenforceable”, (August 28, 2024). <<https://www.jw.com/news/insights-ftc-noncompetes-ban-unenforceable/>>.

급법원의 판단을 기다릴 필요가 있다. 또 미국 연방거래위원회(FTC)가 행정기관이라는 점에서 2025년 새로운 대통령인 트럼프 선출에 수반하여 새롭게 임명된 위원에 따라 FTC 규칙이 변경·철회될 가능성도 있다.<sup>176)</sup> 이러한 점을 고려하면 이번 FTC 규칙의 실무에 대한 영향은 불투명하다. 다만, “경업금지조항규칙(Non-Compete Clause Rule)”을 정한 이번 FTC 규칙은 경업금지조항에 관하여 명쾌한 규칙(rule)이 노동력의 유동화(流動化)를 촉진한다는 분석<sup>177)</sup>이나, 사용자가 영업비밀보호나 비밀유지특약 등 보다 경쟁제한적이지 아니한 수단을 취할 수 있다는 점<sup>178)</sup>을 이유로 경업금지조항에 대하여 합리성(合理性)기준이 아니라 전면금지 접근방법을 채용하는 점에서 의미가 있으며,<sup>179)</sup> 향후에도 그 운용을 지켜볼 필요가 있다.

## 2) 독일

고용관계가 지속되는 동안에는 근로자는 고용주와 유사업종 경쟁이 금지되지만, 고용관계의 종료와 함께 경쟁금지도 원칙적으로 종료된다. 퇴직 후 경업금지(경쟁금지)에 대해서는 서면으로 합의해야 하며 고용주의 보상과 함께 최대 2년까지 가능하다.<sup>180)</sup> 고용기간 종료 후 피고용자에게 부과되는 제약(예를 들면, 거래처를 자신의 고객으로서 권유하거나, 다른 종업원을 종업원 등으로서 권유하는 것의 금지)은 종전의 3년간의 평균 급여의 약 50%의 지불을 하는 경우에만 유효하다고 되어 있다. 한편 앞서 보았듯이, 상업사용인에 대해서는 독일 상법에 특별히 규정하고 있다. 독일 상법 제74조 제2항에 의하면 경업금지약정은 영업주가 경업금지 1년에 대해 최소한 상업사용인 직전에 계약상

176) Stewart J. Schwab, "Noncompete Law, The Uniform Act, and the FTC Proposed Rule," University of Florida Journal of Law & Public Policy: Vol. 34: Iss. 2, Article 7. pp.279, 291(2024). <Available at: <https://scholarship.law.ufl.edu/jlpp/vol34/iss2/7>>. <<https://scholarship.law.ufl.edu/jlpp/vol34/iss2/7/>>. 혹은, Stewart J. Schwab, "Noncompete Law, The Uniform Act, and the FTC Proposed Rule," 34 U.FLA. J.L.&PUB.POL'Y 279, 291(2024).

177) 89 Fed.Reg. 38342,38381-38382 (May 07, 2024)- Non-Compete Clause Rule. <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2024-05-07/pdf/2024-09171.pdf>>, <<https://www.govinfo.gov/app/details/FR-2024-05-07/2024-09171>>.

178) Id. at 38422.

179) 植田達, “労働者の転職の自由保障と競争禁止義務等による制限”, *ジュリスト* No.1607, 2025.3, 35頁.

180) Diana Purdy, Bird & Bird, "Restrictive Covenants: Overview (International)", <[https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/GlobalContent/w-021-4415?jurisdictionName=Germany&transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&navId=0E8DAB0720505A63F57DC9EFD9E4517C&comp=pluk](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/GlobalContent/w-021-4415?jurisdictionName=Germany&transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&navId=0E8DAB0720505A63F57DC9EFD9E4517C&comp=pluk)>.

수령한 급부의 절반(1/2)에 달하는 보상금을 지불할 의무를 부담하는 경우에만 상업사용인에 대해서 효력이 있다고 규정하고 있다. 또, 독일 상법 제74조의a 제1항에 의하면, 경업금지약정이 영업주의 정당한 거래상의 이익을 보호하는데 도움이 되지 않는 한도내에서 경업금지약정은 상업사용인에 대해 효력이 없다. 또한 경업금지약정에 상업사용인이 직업활동을 계속하는 것을 부당하게 이렇게 하는 내용이 포함되어 있는 한, 그 경업금지약정은 상업사용인에 대해 효력이 없다. 경업금지약정은 고용관계의 종료로부터 2년을 초과할 수 없다.<sup>181)</sup>

### 3) 일본

일본의 경우도 경업금지약정의 효력에 대해 재직 중 및 퇴직후에 걸쳐 문제되고 있다.<sup>182)</sup>

(가) 우선 재직 중 경업금지의무이다. 근로자는 근로계약 존속 중에는 일반적으로 동 계약의 성실의무에 기해 사용자의 이익에 현저하게 반하는 경업행위를 삼갈 의무가 있다. 따라서 그러한 경업행위가 이루어진 경우에는 단체협약 또는 취업규칙상 규정(예컨대, 회사의 이익에 반하는 부적절한 행위등)에 의하여, 중업원은 징계처분, 해고등에 처해질 수 있다. 또 경우에 따라서는 손해배상청구를 당할 수도 있다<sup>183)</sup>. 즉, 재직중의 근로자는 근로계약상의 성실의무의 하나로서 경업금지의무를 부담하고, 근로자가 여기에 위반하는 경우는 채무불이행 또는 불법행위로서 손해배상책임을 지게 된다.

확실히 경업금지의무는 근로자의 직업활동 자체를 금지하는 점에서 비밀유지의무 즉 수비의무(守秘義務)이상으로 직업선택의 자유에 대하여 제약 정도가 높다. 그러나 재직중의 근로자가 경쟁회사의 운영에 적극적으로 관여한 경우에는 기업비밀의 누설이나 고객의 탈취를 유인 내지 야기하고 사용자의 정당한 이익을 부당하게 침해하는 결과로 되기 때문에 그것을 삼갈 의무는 신의칙상 당연하게 발생하는 의무라고 해석하는 것이다.<sup>184)</sup>

181) 박영규, 전계논문, 19면.

182) 한국특허법학회 편, “경업금지약정”, 「영업비밀보호법」, 박영사, 2017, 403~410면(차상욱 집필부분).

183) 일본의 경우, 경업회사의 이익을 도모한 행위를 忠實義務違反으로 인한 손해배상책임을 인정한 관례로서, 東京地判平成15年4月25日, 勞判853号22頁[エープライ事件]이 있다(菅野和夫, 前掲書, 68頁).

184) 土田道夫, 前掲書, 194頁 이하.

(나) 다음으로, 퇴직 후 경업금지의무이다. 일본 학계에서는 퇴직 후의 경업금지의무(경업피지의무)를 둘러싸고 명시적인 근거가 필요하며 노동자의 직업 선택의 자유에 대한 제한을 근거로 하여 노사간의 개별적인 합의(특약)를 필요로 하는 입장<sup>185)</sup>과 취업규칙으로 충분하다는 입장에서 견해차가 보인다. 전자의 입장에서는 퇴직후의 경업을 제한하기 위해서는 그 취지의 특약이 불가결하다는 입장이다. 퇴직노동자는 신의칙에 기하여 일정한 범위에서 기업비밀유지의무를 진다고 해석할 여지가 있지만, 비밀유지의무는 당연히 경업금지의무(경업피지의무)로 연결되는 것이 아니므로, 경업제한을 위해서는 특약이 필요하고, 그 특약은 노동자의 진정하고 자유로운 의사에 기초한 것이어야 한다고 주장한다.<sup>186)</sup> 또, 후자의 입장에서는 노동계약법(이하, 「노동계약법」) 7조에 근거하는 노동계약의 내용이 되는 「노동조건」에 해당하는지 여부에 대해 논의가 있다. 유력설(有力說)은 노동계약과의 관련성을 중시하여 '노동조건' 해당성을 인정하고 취업규칙의 합리성 판단을 엄격하게 하는 것이 타당하다고 한다.<sup>187)</sup> 다만 노동자의 직업 선택의 자유를 강하게 제약하는 것으로서 노동자가 인식하지 못했던 조항에 구속되는 것에는 의문을 제기하는 견해도 있다.<sup>188)</sup>

근로자의 경업금지의무의 존재여부는 실제로는 근로자가 퇴직한 후 동종업계의 다른 회사에 취직하거나 동종업계의 다른 회사 즉 경업회사를 설립하거나 하려고 설립준비행위를 하는 경우에 그 종업원을 상대로 퇴직금의 감액·몰수·손해배상청구 및 경업행위의 금지청구등을 할 수 있는지 여부가 문제된다. 이러한 근로관계 종료 후의 문제는 헌법상 근로자의 직업선택의 자유 혹은 퇴직자의 영업의 자유와 본질적으로 충돌하게 되므로, 근로관계가 계속 중인 경우와 동일한 요건하에 경업금지의무를 인정하기는 어렵고 보다 엄격한 요건을 요한다 할 것이다.

예컨대, 동종업계의 다른 회사에 전직한 자에 대하여 퇴직금 감액 또는 몰수에 대하여는 퇴직금 규정에 그러한 의미가 명확하게 규정되어 존재할 필요가 있으며, 그러한 규정의 합리성과 해당 사례에 적용가부는 퇴직 후 경업제한의 필요성과 범위(기간, 지역 등), 경업행위의 양상(어느 정도 배신적인가)등에

185) 西谷敏, 「労働法 [第3版]」, 日本評論社, 2020, 216頁.

186) 西谷敏, 「労働法 [第2版]」, 日本評論社, 2013, 190~191頁.

187) 荒木尚志=菅野和夫=山川隆一, 「詳解 労働契約法 <第2版>」, 弘文堂, 2014, 111頁, 土田道夫, 「労働契約法 第2版」, 有斐閣, 2016, 710頁, 荒木尚志, 「労働法 第5版」, 有斐閣, 2022, 421頁.

188) 山川隆一, “労働契約法の制定一意義と課題”, 日本労働研究雑誌 576号, 獨立行政法人労働政策研究・研修機構, 2008, 9頁.

비추어 판단된다<sup>189)</sup>. 다음으로 퇴직 후 경업행위의 금지는 퇴직자의 직업선택의 자유를 직접 제한하는 법적 조치이므로, 기간·활동의 범위 등을 명확하게 한 경업제한특약이 존재하고 또한 그 제한의 필요성과 합리성 범위에 비추어 해당 특약이 공서양속에 반하지 않는 경우에 그것을 근거로 이행을 구할 수 있다<sup>190)</sup>.

이에 대해 손해배상 청구는 경업행위가 이전 사용자에게 중대한 손해를 주는 양상으로 이루어진 경우(대규모의 고객탈취, 종업원의 대량 스카우트 등)에는 위와같은 특약에 근거하여 인정되며<sup>191)</sup>, 또는 이전 사용자의 영업권을 침해하는 불법행위로서도 인정될 수 있다<sup>192)</sup><sup>193)</sup>. 또한 경업행위가 비밀유지의무에 반하는 행위일 경우에도 동 의무에 근거한 행위의 금지 및 손해상청구도 가능하다.

(다) 일본 판례에서는 종업원이 회사에서 알게 된 정보, 노하우 등을 이용당하는 것을 막을 목적으로 비밀유지의무(수비의무)뿐만 아니라 경업금지의무(경업피지의무)를 부과하는 것에도 상당성이 있다고 하고 있다.<sup>194)</sup> 그러나 다른 한편으로 퇴직 후의 경업피지의무는 노동자의 취로(就勞) 자체를 제약하는 것에서부터 노동자의 직업선택의 자유(일본 헌법 제22조 제1항)을 제한하는 것을 의미한다.<sup>195)</sup> 일본 판례에서는 노동자의 직업선택의 자유에 대한 제약을 고려하여 경업금지의무의 유효성을 엄격하게 심사하는 경향에 있다.

## 2. 경업금지약정의 유효성과 직업선택의 자유에 의한 제한

(1) 경업금지약정은 근로자의 직업선택의 자유를 제한하는지 여부가 문제된다. 특히 소송상 증명책임과 관련하여 보면, 비밀유지의무의 위반이 있었다는

189) 이 경우 일본의 대표적 판례로는, 最二小判昭和52年8月9日 勞經速958号25頁[三晃社事件], 名古屋高判平成2年8月31日 勞民41卷4号656頁[中部日本廣告社事件] 등이 있다(菅野和夫, 前掲書, 69頁).

190) 이 경우 대표적 예로는, 奈良地判昭和45年10月23日判時624号78頁[フォセコ・ジャパン事件], 大判地裁平成7年10月6日 勞判596号21頁[新大阪貿易事件]이 있다. 이를 부정한 예로는, 東京地決平成7年10月16日, 勞判 690号 75頁[東京リーガルマインド事件]이 있다(菅野和夫, 前掲書, 69頁).

191) 東京地判平成2年4月17日, 勞判581号70頁[東京學習協力會事件].

192) 東京地判昭和51年12月22日 判タ354号290頁[東日本自動車部品事件].

193) 菅野和夫, 前掲書, 69頁.

194) 東京高判令5·11·30 勞經速2543号3頁[日本産業パートナーズ事件].

195) 東京地判平20·11·18 勞判980号56頁[トータルサービス事件], 大阪地判平29·3·14 勞判ジャーナル65号46頁[播磨殖産事件].

것의 입증은 곤란한 경우도 많지만 근로자가 경업하고 있는 것의 입증은 그것에 비하여 현격히 용이하다. 그래서 경업금지약정에 의해 근로자에게 영업비밀에 관련한 업무에 종사하지 않는 것을 의무 지우고 영업비밀의 보호를 효과적으로 행하도록 하는 사용자가 다수 있다. 그러나 비밀유지약정은 해당 영업비밀을 누설·사용·공개하지 않으면 종전과 마찬가지로 직무를 행할 수 있는 것에 반해, 경업금지약정은 종전과 마찬가지로 직무를 행하는 것 자체가 불가능하므로 근로자의 직업선택의 자유에 대한 직접의 제한이 된다.

영업비밀을 보호하면서도 한편으로 퇴직한 근로자가 원활하게 전직·기업(起業)하고 수입을 확보하는 것을 필요 이상으로 제한하지 않도록 하기 위해서는 경업금지약정의 효력 내지 유효성은 이하의 세가지 점에 유의하고 신중하게 판단되어야 할 것이다.<sup>196)</sup>

첫째, 영업비밀 등 특약으로 보호할 가치가 있는 이익이 존재하여야 한다. 경업금지약정에는 영업비밀에 한정하지 않고 그 주변의 비밀정보도 포함하여 사용·공개하지 않도록 경업자체를 금지하는 특약이나, 단순히 전 근로자의 고객을 가지고 가는 것을 방어하기 위하여 경업을 금지하는 특약도 있다. 특약으로 보호할 가치가 있는 이익이 없으면 근로자의 직업선택의 자유를 부당하게 제한하는 것으로서 공서양속에 반하여 민법 제103조에 의해 무효라고 해석할 것이다.

둘째, 사용자의 정당한 이익의 보호 필요성에 비추어, 근로자의 직업선택의 자유를 제한하는 정도가 경업제한의 기간, 장소적 범위, 제한대상으로 되고 있는 직종의 범위, 대상조치(代償措置) 등에서 보아 필요하고 상당한 한도의 것이어야 한다. 그 한도를 초과하여 근로자의 직업선택의 자유를 과도하게 침해하는 경업금지약정은 공서에 반하여 무효로 되어야 한다.

셋째, 종래 판례는 경업금지약정(전직금지약정)의 내용을 기존의 약정을 축소하여 합리적인 범위에까지 한정하려는 경향이 있다. 특히 경업금지약정(전직금지약정)의 기간에 대해 과잉 부분을 무효로 하여 감축하는 판례<sup>197)198)</sup>가 적

196) 土田道夫, “労働市場の流動化をめぐる法的問題(上)”, *ジュリスト* 1040号(1994年), 56~58頁, 石橋洋, “会社間労働移動と競業避止義務”, *日本労働法學會誌* 84号(1994年), 107~108頁, 岩村正彦, “競業避止義務”, 角田邦重ほか編, 「労働法の争点[第3版](ジュリ増刊)」, 有斐閣、2004年、147頁.

197) 한국특허법학회 편, “경업금지 또는 전직금지 기간”, 「영업비밀보호법」, 박영사, 2017, 444~448, 456~463면(이규홍 집필부분).

198) 일본의 경우, 福岡地小倉支判令和2年6月17日 勞判1241号79頁[レジェンド事件[第一審]], 札幌高判令和5年12月26 LEX/DB 25596756[ロイヤル通商事件(控訴審)].

지 않고 상당수 축적되어 있다. 전직금지기간의 산정에 관한 우리 판례를 종합하여 현황을 정리 및 분석한 연구결과에 의하면,<sup>199)</sup> 무엇보다 구체적인 전직금지기간 산정 시 영업비밀이 인정된 경우와 그렇지 않은 경우, 법에 의한 경우와 약정에 의한 경우의 처리결과는 유의미한 차이점이 거의 없이 거의 1년으로 인정되는 경향이 크고, 그 영향 등으로 채권자가 스스로 본래 전직금지약정에서 정한 기간보다 감축하여 퇴직일로부터 1년간의 전직금지만 구하기도 하는 등, 그 기간이 상당 부분 관행화된 느낌이며, 약정이 없는데 법만을 근거로 전직금지를 명하는 경우는 거의 없고 특히 심리 결과 영업비밀이 인정되는 경우도 보통 전직금지약정에 근거하여 전직금지를 명하고 있다는 정도라고 분석되고 있다. 우리 법원의 이러한 태도는 이른바 법률행위의 일부무효(一部無效)의 법리에 입각한 것으로 보인다. 즉 민법 제137조에 의하면, 일부무효에 관하여 민법은 원칙적으로 법률행위 전부가 무효이지만(제137조 본문), 당사자 쌍방이 법률행위 당시 일부무효임을 알았다면 나머지 부분만으로 법률행위를 하였을 것이라고 인정되는 경우에 나머지 부분은 유효라고 한다(제137조 단서). 일부무효에 관한 민법 제137조는 임의규정이다. 이러한 민법의 태도는 법률행위의 일부에 관한 것이라도 무효사유가 존재한다면 법이 효력부여를 전면적으로 거부한다는 원칙(原則)과 그것을 전제로 하여 당사자의 사적자치에 기하여 잔부(殘部)에 대하여 효력을 부여하는 예외(例外)의 관계로 이해되어야 할 것이다.<sup>200)</sup>

경업금지약정(전직금지약정)에 있어서 명시·특정된 제한범위나 제한대상은 부작위채무인 경업금지의무에 따른 금지내용을 정하는 계약의 중요부분(重要部分)이라고 해석된다. 또 근로자와의 교섭력의 격차에 편승하여 과도한 제한을 부과하는 특약을 체결시키는 인센티브를 사용자에게 부여하지 않도록 하기 위하여도 법원은 안이하게 법률행위의 일부무효(一部無效)의 문제로 처리하는 태도는 가급적 삼가야 할 필요가 있다.<sup>201)</sup>

생각건대 경업금지약정(전직금지약정)의 기간과 관련하여 법원이 법률행위의 일부무효의 법리를 적용하더라도, 당사자의 사적자치에 기하여 잔부(殘部)에 대하여 효력을 부여하는 것은 예외(例外)인 점에 입각하여 극히 엄격하게

199) 한국특허법학회 편, 前掲書, 449면(이규홍 집필부분).

200) 지원림, 「민법강의」 제7판, 홍문사, 2009, 349면.

201) 荒木尙志, 「勞働法(第5版)」, 有斐閣, 2022, 327頁, 土田道夫, 「勞働契約法(第3版)」, 有斐閣, 2024, 935頁, 小畑史子, “退職した労働者の就業規制”、ジュリスト1066号, 1995.5, 120頁, 植田達, 前掲論文, 32~33頁.

해석, 적용되어야 할 것이고, 예외를 적용함에 있어서도 근로자의 직업선택의 자유를 최대한 보장한다는 관점에서 신중한 접근이 필요하며, 민법상 일부무효의 법리를 함부로 확대해석되지 않도록 주의하여야 할 것이다.

이러한 특약의 합리성 판단에 관한 리딩케이스로 평가 되는 일본 판례는 근로자의 생계수단의 확보나 직업선택의 자유를 고려하여, “(특약)의 합리적 범위를 확정함에 있어서는 제한의 기간, 장소적 범위, 제한의 대상이 되는 직종의 범위, 대상(代償)의 유무 등에 대하여, 채권자의 이익(기업비밀의 보호), 채무자의 불이익(전직, 재취직의 부자유) 및 사회적 이해(독점집중의 우려, 그것에 수반한 일반소지자의 이해)의 3가지 관점에 서서 신중하게 검토하여 두는 것을 요한다”고 하고 있다.<sup>202)</sup> 그 후의 판례도 동 판결의 내용에 대체로 따라고 있는 것이 많다.<sup>203)</sup> 이것은 학설에도 지지받고 있다.

최근의 일본 판례는 고용유동화 현상을 염두에 두고,<sup>204)</sup> 근로자의 직업선택의 자유에 비추어 제한의 기간·범위를 최소한으로 그치는 것이나 일정한 대상조치(代償措置)를 요구하는 등,<sup>205)</sup> 경업금지약정의 유효성을 엄격하게 판단하는 경향이 있다고 지적되고 있다.<sup>206)</sup> 예컨대 노하우 보호는 근로자에게 수비 의무(守秘義務)를 부과하는 것에 족하고, 경업규제의 필요성에 부족하고 대상조치도 없다고 하여 무효라고 판단한 사례<sup>207)</sup>, 3년간의 경업금지의무를 부과된 근로자가 업무상의 비밀을 사용하는 입장에 없었던 점, 무엇인가의 대상조치도 강구하지 않았던 점 등에서 경업금지의무를 지지 않는다고 한 사례<sup>208)</sup> 등이 있다.

영업비밀을 보호하면서 퇴직한 근로자가 원활하게 전직·기업(起業)하여 수입을 확보하는 것을 필요이상으로 제한되지 않도록 한다는 관점에서라면, 경업금지약정의 유효성 판단에 있어서 이상과 같은 경업금지약정을 체결하더라도 비밀유지약정으로 족하지 않은가, 업무상의 비밀을 사용하는 입장에 없었던 자

202) 奈良地判昭和45年10月23日 判時624号78頁[ポセコ・ジャパン・リミテッド事件].

203) 東京地判平成19年4月24 勞判942号39頁[ヤマダ電機事件](有效하다고 판단). 大阪地判平成10年12月22日 知的裁集30卷4号1000頁[岩城硝子ほか事件](無效라고 판단).

204) 荒木尙志, 前掲書, 261頁.

205) 管野和夫, 『勞働法[第10版]』, 弘文堂, 2012年, 95頁.

206) 土田道夫, 前掲論文(“競業避止義務と守秘義務の關係について”), 200頁, 213頁以下. 石橋洋, “競業避止義務”, 土田道夫=山川隆一編, 『勞働法の争点(ジュリスト増刊)』, 有斐閣, 2014年, 67頁. 특약을 無效로 한 사안으로서 그 외에, 大阪地判平成12年6月19日 勞判791号8頁[キョウシステム事件]. 한편 有效라고 한 사안으로서, 東京地判平成20年11月18日 勞判980号56頁[トータルサービス事件].

207) 大阪地判平成15年1月22日 勞判846号39頁[新日本科學事件].

208) 東京地判平成24年3月13日 勞經速2144号23頁[關東工業事件].

에 대하여 경업금지약정을 부과해서는 안되는 것이 아닌가 등의 관점이 강조되는 것은 중요하다.

(2) 우리나라 법원은 사용자의 종업원에 대한 전직금지청구를 인정하기 위한 근거로써 종업원이 전직금지를 위한 경업금지약정을 체결하는 경우에 있어 그 유효성을 판단하는 기준으로 (i) 보호할 가치 있는 사용자의 이익, (ii) 근로자의 퇴직 전 지위, (iii) 경업제한의 기간 및 지역 및 대상 직종, (iv) 근로자에 대한 대가의 제공 유무, (v) 근로자의 퇴직 전 지위, (vi) 공공의 이익 및 기타 사정 등을 제시하고 그 구체적 판단 유무는 개별 사안에 따라 종합적으로 판단하고 있다.<sup>209)</sup>

그러나 이러한 종래 판례의 태도에는 우리나라 고용시장에서 보이는 고용형태 다변화와 노동유연화 현상의 진전에 따른 새로운 근로관계에 잘 대처하고 있는지, 나아가 퇴직후 근로자의 취로(就勞) 자체를 제약함으로써 법적 안정성 측면에서 문제가 없는지 등 긍정적 측면과 부정적 측면을 모두 포함하는 해석론상 한계도 존재한다. 종업원의 전직을 금하는 경업금지약정의 체결은 종업원의 헌법상 기본권인 직업선택의 자유를 침해할 가능성이 있음에도 불구하고 단지 판례에 의한 해석론에 그 해결을 맡기고 있음에 그치고, 이에 대한 어떠한 법률 규정도 존재하지 않는 것이 현상이다. 결국 퇴직후 근로자의 법적 안정성과 헌법상 기본권으로서 직업선택의 자유를 보장하는 관점에서 법익균형의 관점에서 있는 입법적 해결을 모색할 필요가 있다.

(3) 경업금지 의무의 요건에 대하여 직업선택의 자유를 고려하여 엄격하게 해석하는 합리적심사론(合理性審査論)을 전개할 필요가 있다. 합리적심사론(合理性審査論)에 따르면, ① 노동자의 지위·직무가 경업금지 의무를 부과하는데 적합할 것, ② 전 사용자의 정당한 이익(비밀·정보)의 보호를 목적으로 할 것, ③ 경업제한의 대상 직종·기간·지역에서 볼 때 직업활동을 부당하게 제한하지 않을 것, ④ 적절한 대가(代償)가 존재할 것의 4가지 점을 종합하여 경업금지 의무의 유효성을 판단하는 것이다.<sup>210)</sup> 이러한 합리적심사론(合理性審査論)은 경업금지특약의 유효성 요건에 있어서 최근 일본의 가장 유력한 학설이자 최근 일본 판례도 다수 채용하는 판단의 틀이다.<sup>211)</sup> 예컨대, 이와키유리의 사건

209) 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009다82244 판결[손해배상(기)]; 서울고법 2012.5.16. 자 2011라 1853 결정[전직금지가처분] 확정[각공2012하,749].

210) 土田道夫, 『勞働契約法』第二版, 有斐閣, 2016, 711頁.

(岩城硝子外事件)<sup>212</sup>, 토레라자르 커뮤니케이션 사건(トーレラザールコミュニケーション事件)<sup>213</sup>, 벨 시스템 24 사건(ベルシステム24事件)<sup>214</sup>, 레전드 전 종업원 사건(レジェンド元従業員事件)<sup>215</sup> 등에서 합리적심사론(合理性審査論)을 채용하고 있으며, 이러한 판례를 살펴보면 같은 합리성 심사론(合理性審査論)이라도 최근에는 더욱 엄격하게 해석하는 경향이 있음을 알 수 있다.<sup>216</sup>

(4) 노사간 협상에 있어 구체적으로 어떠한 경업이 사용자의 이익을 침해하는 행위에 해당하고 또 어떠한 위반의 효과가 있는가 하는 점이 전직(轉職) 이전에 명확하게 되어 있으면 노동자의 예견가능성(豫見可能性)도 높아질 것이다. 그래서 경업을 둘러싼 분쟁을 예방하고 노동자의 직업 선택의 자유를 확보한다는 관점에서 퇴직 후의 경업금지의무의 명확화를 도모할 필요가 있다. 즉 독일과 같이, 경업금지의무를 부과하는 경우 경업금지의 기간, 범위 등을 서면에 의해 명시하는 등 그 절차에 대해 법적 정비를 도모하는 것이 타당하다. 독일 상법 제74조 제1항에 의하면, 고용계약 종료 후 근로자의 영업활동을 제한하는(경업금지)하는 사용자와 근로자 사이의 약정은 서면으로 작성되어야 하고 사용자가 서명한 작성 조건이 포함된 문서의 형식으로 근로자에게 교부되어야 한다고 명시하고 있다.<sup>217</sup>

본래 노동자는 퇴직 후의 직업을 자유롭게 선택할 수 있을 것이므로 경업금지의무의 유효성 요건을 명시함으로써 오히려 경업행위를 과도하게 제한해 버리지 않는 것이 요구된다. 예를 들면 일정한 직업에 다년간 종사하고 있는 사람이나 직무를 한정해 경력(커리어)을 형성해 온 사람이 퇴직 전에 종사하고 있던 업무로 습득한 지식이나 경험을 살려서 퇴직 전에 종사하고 있던 업무와 동종의 업무에 종사하는 선택을 하는 것은 자연스러운 현상이다. 경업금지의무가 있음을 이유로 그 선택이 제한되어 버리면 노동자의 주체적인 경력 형성에도 영향을 미쳐 노동자의 직업선택의 자유가 부당하게 제약되어 버릴 개연성

211) 金治有哉, “退職後取締役の経業避止特約における有効性要件と代償措置の意義”, 法律學研究68号 (2022), 146~147頁.

212) 大阪地判平成10・12・22 知財集30卷4号1000頁[岩城硝子外事件].

213) 東京地判平16・9・22 判時1887号149頁[トーレラザールコミュニケーション事件].

214) 東京地裁平21・5・19 判タ1314号218頁[ベルシステム24事件].

215) 福岡高判令2・11・11 勞判1241号70頁[レジェンド元従業員事件].

216) 金治有哉, “退職後取締役の経業避止特約における有効性要件と代償措置の意義”, 法律學研究68号, 2002, 146~147頁. <[https://keiolaw.org/wp/wp-content/uploads/2022/10/p141\\_%E9%87%91%E6%B2%BB%E6%9C%89%E5%93%89.pdf](https://keiolaw.org/wp/wp-content/uploads/2022/10/p141_%E9%87%91%E6%B2%BB%E6%9C%89%E5%93%89.pdf)>.

217) 박영규, 전계논문, 19면.

은 높아질 우려가 많을 것이다.<sup>218)</sup>

요컨대, 노동자의 직업선택의 자유라는 이익과 사용자의 경업금지 의무를 부과할 필요성 내지 이익 사이의 법익균형을 도모하는 것이 필요하다. 특히 대상(代償) 조치를 수반하는 업종, 직종, 기간이 명확해야 하고, 또 퇴직 시에 서면에 의해 명시할 것 등 실체적 및 절차적 요건을 부과하는 것이 필요하다. 만약 이러한 내용이 당장 성문법으로 입법화하는 것이 어렵다면 고용노동부의 지침(가이드라인) 등으로 당사자의 계약이나 사적 자치를 촉진 내지 유인하는 정책을 적극적으로 펴는 것도 고려할 만하다.

## V. 나가기

비밀유지약정이나 경업금지약정 둘러싼 유효성 쟁점 등에 대해 판례는 최근 비교적 엄격하게 해석하는 경향에 있는 것으로 보인다. 특히 경업금지 의무를 비교적 엄격한 요건으로 판단하는 판례가 최근 증가 경향에 있는 점은 주목할 만하다. 그 배경에는, 우리나라의 고용시장도 고용형태 다변화 내지 취업형태 다변화로 인하여 비정규직이 대폭 증가하여 노동유동화 현상으로 이어지고 있는 점과 최근까지 불경기가 거듭되는 경제상황 속에서 근로자의 자발적·비자발적 전직(轉職)이나 창업이 증가하고 있는 점을 반영한 것이라고 생각한다.

한편으로 고용시장에서 근로자의 “고용유동화” 현상과 더불어 부정경쟁방지법상 “영업비밀보호의 강화”라는 변화를 염두에 둔 것이라고 보인다. 부정경쟁방지법은 영업비밀의 성립요건(제2조 제2호)의 하나인 ‘비밀관리성’ 요건에 대해 1991년 이래로 2015년 개정과 2019년 개정을 거치면서 지속적으로 그 요건이 완화되는 형태로 개정됨으로써 영업비밀보호를 강화하였다.

그렇지만 영업비밀 보호요건 완화 및 영업비밀 보호강화라는 부정경쟁방지법의 일련의 개정방향이나 입법취지에서 근로자의 직업선택의 자유와의 법익균형의 관점을 염두에 둔 흔적은 찾아보기 어렵다는 점에서 우려가 크다. 나아가 이러한 부정경쟁방지법의 비밀관리성 요건에 대한 2회에 걸친 개정에 따른 영업비밀보호 강화 움직임과 대비하여, 퇴직 후 근로자의 경업금지 의무를 과도하게 강화하는 해석론은 고용계약 종료 후 사용자의 영업비밀 보호와 근로자

218) 河野尙子, “競業禁止義務と勞働移動の制限”, 『日本勞働研究雜誌』, No.773, 獨立行政法人勞働政策研究·研修機構, 2024.12, 47頁. <<https://www.jil.go.jp/institute/zassi/backnumber/2024/12/pdf/045-055.pdf>>.

의 직업선택의 자유의 법익균형을 외면할 우려마저 있다.

따라서 우리나라의 고용시장의 현황이 고용형태 다변화 내지 취업형태 다변화로 인하여 비정규직이 증가하고 전직이 일상이 되는 등 고용유동화 현상이 갈수록 심화되는 점을 감안하여 비밀유지약정이나 경업금지약정 둘러싼 유효성 쟁점 등에 대한 해석론을 전개할 필요가 있을 것이다.

고용계약 종료 후 사용자의 영업비밀 보호와 근로자의 직업선택의 자유의 법익균형이라는 관점에서 양자의 이해관계를 조정을 하기 위해서는 우리 법원이 부정경쟁방지법이나 비밀유지의무에 의한 영업비밀 보호를 중시하면서, 한편으로 퇴직 후 근로자를 상대로 한 경업금지의무에 대해서는 직업선택의 자유를 고려하여 더욱 엄격하게 판단할 필요가 있다고 생각한다.

우리 부정경쟁방지법은 비밀관리성 요건에 대해 2015년과 2019년 2회에 걸친 개정에 따른 영업비밀보호 강화를 한 점을 고려하여 개별·구체적 사례에서 영업비밀유지의무 위반이나 경업금지의무 위반을 인정하는 것은 신중하게 접근할 필요가 있다.<sup>219)</sup> 특히 우리 대법원 판결 중, 경업금지약정의 유효성 판단에 있어 ‘보호가치 있는 사용자의 이익’에 대해, 영업비밀에 한정하지 않고 사용자만의 노하우나 거래처와의 신뢰관계로 확대하는 취지로 처음으로 판시한 대판결의 태도<sup>220)</sup>와 그 따름 판결<sup>221)</sup>의 태도는 향후 재고(再考)를 요한다고 할 것이다. 한편 그 이전의 종래 판결<sup>222)</sup>에서는 영업비밀에 한정하는 경향에 있었다.<sup>223)</sup>

최근 2015년과 2019년 우리 부정경쟁방지법상 개정으로 인하여 비밀관리성 요건의 지속적 완화 입법으로 이루어 졌고, 영업비밀 보호가 강화가 그 입법취지인 점을 고려하여, 이에 법익균형의 차원에서 향후 퇴직 후 경업금지약정에 의해 보호하고자 하는 대상이 “영업비밀”에 해당하는가 아닌가에 대하여 판단하지 않고 바로 사용자의 보호이익의 유무 및 정도를 판단하고 있는 태도는 재고를 요한다. 고용계약 종료 후 근로자의 직업선택의 자유과의 법익균형이라는 관점에서 그 따름에 신중한 접근이 요청된다.

요컨대, 퇴직 후 근로자의 전직이나 창업의 자유가 필요 이상으로 제한되지

219) 이철수, 전게서, 109면.

220) 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009다82244 판결[손해배상(기)].

221) 서울고법 2012.5.16. 자 2011라1853 결정[전직금지가처분] 확정[각공2012하,749].

222) 서울동부지방법원 2003. 7. 4. 선고 2002가합5338 판결; 수원지방법원 2000. 6. 7.자 2000카합95 결정; 서울고등법원 1998. 10. 29. 선고 98나35947 판결 등.

223) 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009다82244 판결[손해배상(기)]; 서울고법 2012.5.16. 자 2011라1853 결정[전직금지가처분] 확정[각공2012하,749].

않는가를 확인하는 것은 퇴직 근로자의 생계에 직결하는 절실한 과제이고, 우리 헌법 제15조에서 규정한 직업선택의 자유 보장의 관점에서 중요하므로, 퇴직 전 사용자의 영업비밀 보호와의 법익균형을 모색할 필요가 있다.

[참고문헌]

1. 국내문헌

- 김철수, 「헌법학신문」 제21전정신판, 박영사, 2013.
- 김형배, 「노동법」 제27판, 박영사, 2021.
- 법원 지식재산권법연구회·사단법인 한국특허법학회, 「부정경쟁방지법 판례백선」, 박영사, 2024.
- 사법연수원, 「부정경쟁방지법」, 2012,
- 성낙인, 「헌법학」 제24판, 법문사, 2024.
- 송영식 외 6인, 「송영식 지적소유권법(하)」, 육법사, 2008,
- 양 건, 「헌법강의」 제8판, 법문사, 2019.
- 정상조, 「부정경쟁방지법 원론」, 세창출판사, 2007,
- 정호열, 「부정경쟁방지법론」, 삼지원, 1993.
- 지원림, 「민법강의」 제7판, 홍문사, 2009,
- 이철수, 「노동법」 개정판, 현암사, 2025.
- 임종률·김홍영, 「노동법」 22판, 박영사, 2025.
- 최정열·이규호, 「부정경쟁방지법」 제5판, 진원사, 2022.
- 한국특허법학회 편, 「영업비밀보호법」, 박영사, 2017,
- 한수웅, 「헌법학」 제13판, 법문사, 2024.
- 김병국, “심리방식의 측면에서 본 영업비밀 침해소송의 특정침해소송과의 이동(異同)”, 특허법원 편 「특허법원 개원 20주년 기념논문집」, 특허법원, 2018.4,
- 남궁준, “취업형태 다변화와 노동법상 사용자 개념의 다원적 구성”, 한국노동연구원, 2023.12,
- 박영규, “고용계약 종료 후의 영업비밀 보호에 관한 비교법적 고찰”, 정보법학 제20권 제1호, 한국정보법학회, 2016.4,
- 신권철, “퇴직근로자의 경업규제의 비교법적 고찰 - 미국과 일본의 판례를 중심으로”, 「노동법연구」 상반기 제20호, 서울대학교노동법연구회, 2006,
- 이달휴, “근로자의 경업금지의무와 계약”, 「노동법학」 제34호, 2010.6,
- 정영훈, “근로관계종료후의 경업금지의무에 관한 고찰 - 독일과 일본의 논의를 중심으로-”, 「노동법학」 제29호, 한국노동법학회, 2009.3,
- 정홍준·이정희·조혁진·노성철·황선웅, “고용관계 다변화와 노동자의 이해대변”, 한국노동연구원, 2019.12,

- 차상욱, “영업비밀의 보호: 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제2조 제3호 라.목을 중심으로”, 『산업재산권』 제23호, 한국지식재산학회(구, 한국산업재산권법학회), 2007.8,
- \_\_\_\_\_, “퇴직 후 경업금지약정과 영업비밀의 보호- 우리나라와 미국의 판례를 중심으로”, 『법학논고』 제49집, 경북대학교 법학연구소, 2015.2,
- \_\_\_\_\_, “영업비밀 침해소송에서 ‘특정’과 ‘증명’의 소송상 의미와 구별”, 『산업재산권』 제57호, 한국지식재산학회, 2018.10,

## 2. 외국문헌

- Adam Gill, “The Inevitable Disclosure Doctrine: Inequitable Results are Threatened but Not Inevitable”, 24 UC LAW SF COMM. & ENT. L.J. 403 (2002). <Available at: [https://repository.uclawsf.edu/hastings\\_comm\\_ent\\_law\\_journal/vol24/iss3/4](https://repository.uclawsf.edu/hastings_comm_ent_law_journal/vol24/iss3/4) >.
- Henry H. Perritt, Jr., Trade Secrets: A Practitioner’s Guide (Second Edition), New York, NY : Practising Law Institute, 2007.
- Johanna L. Edelstein, “Intellectual Slavery?: The Doctrine of Inevitable Disclosure of Trade Secrets”, 26 Golden Gate U. L. Rev. 717 (1996).
- Juliet R. Otten, “The Inevitable Disclosure Doctrine in Illinois: Is it an Inevitable Mistake?”, 2 J. Marshall Rev. Intell. Prop. L. 379 (2003).
- Mark Klapow, et al. “How 5-Year-Old Trade Secrets Act Has Met Its Goals”, Law360 (May 11, 2021).<<https://www.crowell.com/a/web/n5HWHIY1ASzyHiPtJiuMoX/4Ttkbu/20210511-how-5-year-old-defend-trade-secrets-act-has-met-its-goals.pdf>>.
- Maureen B. Callahan, “Post-Employment Restraint Agreements: A Reassessment”, 52 University of Chicago Law Review 703 (1985).
- Paul Goldstein/ R.Anthony Reese, *Copyright, Patent, Trademark And Related State Doctrines: Cases and materials on the law of intellectual property*, Foundation Press, Revised 6th edition, 2010,
- Ronald J. Gilson, “The Legal Infrastructure of High Technology Industrial Districts: Silicon Valley, Route 128, and Covenants Not to Compete,” 74 N.Y.U.L. REV. 575 (August 1998),
- Stewart J. Schwab, “Noncompete Law, The Uniform Act, and the FTC Proposed Rule,” 34 U.FLA. J.L.&PUB.POL’Y 279 (2024).

Thomas Nägele, et al., Trade Secrets 2025, Chambers and Partners website  
<<https://practiceguides.chambers.com/practice-guides/trade-secrets-2025/germany>>

Thomas Nägele, et al., Trade Secrets 2021, Chambers And Partners (Apr. 28,  
2021). <<https://chambers.com/downloads/gpg/634/trade-secrets-2021.pdf>>.

松村信夫, 「新・不正競争訴訟の法理と實務」、株式會社 民事法研究會、2014.

田村善之, 「知的財産法 [第5版]」、有斐閣、2010,

管野和夫, 「労働法[第2版]」、弘文堂、1988.

管野和夫, 「労働法[第10版]」、弘文堂、2012.

土田道夫, 「労働契約法」、有斐閣、2008.

土田道夫, 「労働契約法(第2版)」、有斐閣、2016,

土田道夫, 「労働契約法(第3版)」、有斐閣、2024,

荒木尚志, 「労働法[第2版]」、有斐閣、2013.

荒木尚志, 「労働法(第5版)」、有斐閣、2022,

荒木尚志=菅野和夫=山川隆一, 「詳解 労働契約法(第2版)」、弘文堂、2014,

水町勇一郎, 「労働法[第5版]」、有斐閣、2014.

經濟産業省知的財産政策室監修、 「營業秘密-逐條解説改正不正競争防止法」、有斐閣、1990.

經濟産業省知的財産政策室監修、 「營業秘密ガイドライン」、知的財産研究所、1991.

經濟産業省知的財産政策室編著, 「逐條解説 不正競争防止法」平成23・24年改正版,  
有斐閣、2012,

西田昌吾, “營業秘密侵害行爲”、高部眞規子編、 「著作権・商標・不競法關係訴訟の實務」 [第2版]、商事法務、2018,

古河謙一, “營業秘密の各要件の認定・判断について”、牧野利秋ほか編 「知的財産法の理論と實務 第3卷(商標法・不正競争防止法)」、新日本法規出版、2007,

設樂隆一, “現行民法及び新民民法における營業秘密にかかる不正競争の差止請求及び損害賠償請求の訴訟上の問題点”、齊藤博=牧野利秋 編 「知的財産關係訴訟法 - 裁判實務大系 (27)」、青林書院、1997,

小畑史子, “營業秘密の保護と労働者の職業選擇の自由”、ジュリスト(1469号)、有斐閣、2014.7.

小畑史子, “退職した労働者の就業規制”、ジュリスト1066号、1995.5,

瀧澤和子, “營業秘密に関する人的管理 - 秘密保持契約と輕業避止義務契約に関する一

- 考察-“,「早稻田國際經營研究」No.45, 早稻田大學WBS研究センター, 2014.
- 金治有哉, “退職後取締役の経業避止特約における有効性要件と代償措置の意義”, 法律學研究68号, 2022.
- 和田肇, “労働市場の流動化と労働者の守秘義務”, ジュリスト962号, 1990.9.
- 土田道夫, “競業避止義務と守秘義務の関係について”, 中嶋士元也先生還暦記念論文集, 「労働関係法の現代的展開」, 信山社出版, 2004.
- 土田道夫, “労働市場の流動化をめぐる法的問題(上)”, ジュリスト 1040号. 1994.
- 竹地潔, “企業秘密・情報の管理”, 土田道夫=山川隆一編, 「労働法の争点(ジュリスト増刊)」, 有斐閣, 2014.
- 峰隆之, “退職後の秘密保持義務・競業避止義務”, 岩村正彦ほか編, 「實務に効く 労働判例精選(ジュリスト増刊)」, 有斐閣, 2014.
- 盛岡一夫, “企業秘密の保護”, ひろば40巻11号, 1987.
- 樫原義比古, “労働者の退職後における競業禁止に関する契約”, 中川淳先生還暦祝賀論集, 「民事責任の現代的課題」, 世界思想社, 1990.
- 山口俊夫, “労働者の競業避止義務”, 石井照久先生追悼論集「労働法の諸問題」, 1974.
- 山川隆一, “労働契約法の制定一意義と課題”, 日本労働研究雑誌 576号, 獨立行政法人労働政策研究・研修機構, 2008.
- 石橋洋, “會社間労働移動と競業避止義務”, 日本労働法學會誌84号, 1994.
- 石橋洋, “競業避止義務”, 土田道夫=山川隆一編, 「労働法の争点(ジュリスト増刊)」, 有斐閣, 2014.
- 岩村正彦, “競業避止義務”, 角田邦重ほか編, 「労働法の争点[第3版](ジュリ増刊)」, 有斐閣, 2004.
- 横地大輔, “従業員等の競業避止義務等に関する諸論点について(上)”, 判タ1387号, 2013.
- 植田達, “労働者の転職の自由保障と競業避止義務等による制限”, ジュリスト No.1607, 2025.3.
- 金治有哉, “退職後取締役の経業避止特約における有効性要件と代償措置の意義”, 法律學研究68号, 2002, <[https://keiolaw.org/wp/wp-content/uploads/2022/10/p141\\_%E9%87%91%E6%B2%BB%E6%9C%89%E5%93%89.pdf](https://keiolaw.org/wp/wp-content/uploads/2022/10/p141_%E9%87%91%E6%B2%BB%E6%9C%89%E5%93%89.pdf)>.
- 河野尚子, “競業避止義務と労働移動の制限”, 「日本労働研究雑誌」, No.773, 獨立行政法人労働政策研究・研修機構, 2024.12, <<https://www.jil.go.jp/institute/zassi/backnumber/2024/12/pdf/045-055.pdf>>.

[Abstract]

The balance of legal interests between protecting the employer's trade secrets and the worker's freedom to choose an occupation after the employment contract is terminated

Cha, Sang Yook\*

It seems that precedents have recently tended to be strictly interpreted on issues surrounding the obligation to maintain confidentiality or the obligation to seize competition in Korea. In particular, it is noteworthy that the number of precedents that judge competition avoidance obligations as strict requirements has recently been on the rise. In the background of this, I think that this reflects the fact that the number of non-regular workers in Korea's job market has also increased significantly due to the diversification of employment types or diversification of employment types, leading to labor liquidity, and the increasing number of workers' voluntary and involuntary change of jobs or start-ups in the economic situation where the recession continues until recently.

On the one hand, it seems that the Unfair Competition Prevention Act had in mind the change of "strengthening the protection of trade secrets" in mind. The Unfair Competition Prevention Act reinforced the protection of trade secrets in a form in which the requirements for 'secret management', one of the requirements for establishing trade secrets (Article 2, No. 2 of the Act), have been continuously relaxed through amendments in 2015 and in 2019.

However, in preparation for the move to strengthen the protection of trade secrets following two revisions to the Unfair Competition Prevention Act's confidentiality requirements, the interpretation theory that excessively strengthens workers' competition prohibition obligations after retirement is likely to ignore the balance of legal interests in protecting employers' trade secrets and workers' freedom to choose their jobs after the employment contract ends. Therefore, it will be necessary to develop interpretation so that the Korean job market

---

\* Professor, Law School, Kyungpook National University.

does not become a factor that hinders the job liquidity phenomenon due to diversification of employment types or job types.

In order to adjust the interests of both in terms of protecting the trade secrets of employers and balancing the legal interests of workers' freedom of choice after the end of the employment contract, we believe that our court needs to focus on protecting trade secrets under the Unfair Competition Prevention Act or confidentiality obligations, and on the other hand, consider the freedom of job choice for workers after retirement.

In short, it is necessary to find a balance of legal interests with the protection of employers' trade secrets before retirement because it is an urgent task directly related to the livelihood of retired workers and is important from the perspective of guaranteeing freedom of choice of occupation stipulated in Article 15 of the Constitution of Korea.

Keywords : Trade secrets, Confidentiality obligations, Noncompetition Agreement competition prohibition obligations, Freedom of choice of occupation, Interests of users with protective value, Identification of Trade Secrets

