

[EU] EU와 독일 저작권법에서 '저작물' 개념

독일 막스플랑크 국제형법연구소

박희영

1. EU 저작권법의 자율적 '저작물' 개념

(1) EU 지침

유럽연합(EU) 법 차원에서 저작권으로 보호되는 모든 저작물에 '일반적으로' 적용되는 저작물 개념은 현재 존재하지 않는다. 저작권 보호에 관한 일반규정이라 할 수 있는 정보사회지침(2001/29/EC)에도 이러한 저작물 개념이 정의되어 있지 않다. 이에 반해 일부 개별 지침에는 저작물 개념이 정의되어 있다. 예를 들어 데이터베이스 지침(96/9/EC) 제3조 제1항의 데이터베이스 저작물 개념, 보호기간 지침(2006/116/EC) 제6조의 사진저작물 개념, 컴퓨터 프로그램 지침(2009/24/EC) 제1조 제3항의 컴퓨터 프로그램 저작물 개념이 그것이다. 이 개별 지침에서 각 저작물은 '저작자 자신의 지적 창작물로서 독창성이 있는 것'¹⁾으로 공통적으로 정의되어 있다. 이를 바탕으로 EU 차원에서 저작물의 개념을 어느 정도로 조정해야 하는지에 대한 논의가 제기되어 왔다. 이러한 논의는 특히 EU 차원에서 저작물 개념을 자율적으로 해석할 수 있는지에 대한 문제와 밀접한 관련이 있다. 일부에서는 EU 차원의 통일적이고 자율적 개념에 반대하는 견해가 제기되었다. 저작권으로 보호되는 저작물은 주로 국내적 성격이 강하기 때문에 저작물 개념은 회원국마다 다르다는 것이다. 이러한 논의는 주로 유럽사법재판소 판례를 중심으로 전개되어 왔다.

(2) 유럽사법재판소 판결

EU 차원에서 일반적으로 적용되는 저작물의 법적 개념은 존재하지 않지만, 일부 지침에는 저작물 개념이 규정되어 있다. 따라서 이러한 차이점으로 야기되는 문제를 유럽사법재판소는 판례를 통하여 해결하고 있다.

1) Infopaq 판결

유럽사법재판소(이하 '사법재판소'²⁾)는 2009년 정보사회 저작권 지침 제2조의 복제권에 대한 Infopaq 판결에서 이 지침이 저작물 개념을 언급하고 있지 않음에도 불구하고 처음으로 저작물의 개념을 정의하였다. 사법재판소는 이 판결에서 정보사회지침이 저작권에 대한 통일적인 법적 체계를 확립한다는 점을 강조하였다. 이 지침은 '저작자 자신의 지적 창작물이라는 의미에서 독창적인 창작물'(Original)인 보호 대상과 관련해서만 적용될 수 있다고 판시하였다.³⁾ 사법재판소는 컴퓨터 프로그램, 데이터베이스 또는 사진이 저작자 자신의 지적 창작물이라는 의미에서 독창적 창작물인 경우에만 저작권으로 보호된다는 점에서 저작권법상 저작물의 개념도 마찬가지로야 한다는 결론을 도출하였다. 사법재판소가 이러한 결론을 도출한 근거는 소위 '효율성 원칙'(effet utile)이다. 이에 따르면 EU 법이 회원국의 법을 명시적으로 언급하지 않아 구체적인 사안에서 회원국마다 법적 평가가 달라지는 경우 유럽법에서 그 조정 효과를 유지하기

1) "(...) it is original in the sense that it is the author's own intellectual creation (...)".

2) CJEU(영어), EuGH(독일어).

3) EuGH, Urteil vom 16. Juli 2009, C-5/08, Infopaq, Rn.37.

위해 동일한 개념의 통일적인 해석과 적용이 요구된다는 것이다.⁴⁾

사법재판소는 이 판결에서 EU 입법자가 정보사회지침 제2조부터 제4조까지의 저작권을 규정함으로써 통일된 저작물 개념을 만들었다고 결론지었다.⁵⁾ 이러한 입장은 2018년 Levola 판결에서 확인되었다.⁶⁾ 사법재판소는 그동안 여러번 판결을 통해서 EU 차원의 저작물 개념을 두 가지 요건으로 정립하였다. 첫째, 저작물이 저작자 자신의 지적 창작물이어야 하며, 저작자의 자유로운 창조적 결정(=선택)을 통하여 저작자의 인격을 표현한다는 의미에서 독창적인 창작물이어야 한다(독창물).⁷⁾ 이 요건을 '독창성 기준'(Originalitätskriterium)이라고 한다. 둘째 이러한 자유로운 창조적 결정이 실제로 표현된 창작물만이 저작권 보호를 받을 수 있다.⁸⁾ 이를 일반적으로 '식별 기준'(Identifikationskriterium)이라고 한다. 두 가지 요건은 모든 유형의 저작물에 적용된다.

2) Cofemel 판결

2009년 Infopaq 판결 이후 후속 판결이 있었음에도 불구하고 모든 유형의 저작물에 대해 자율적이고 완전히 조정된(=통일된) 저작물 개념이 존재하는지에 대한 의구심은 남아 있었다. 특히 응용미술저작물의 영역에서는 이러한 개념이 부정되어야 한다는 견해도 제기되었다.

사법재판소는 2019년 Cofemel 판결을 통하여 마침내 이 문제를 다룰 수 있었다.⁹⁾ 사법재판소는 EU 차원에서 자율적이고 완전히 조정된 저작물 개념에 대한 이해를 다시 한번 강조했다.¹⁰⁾ 따라서 사법재판소는 국가별로 특징을 부여하는 저작물 개념과 다양한 유형의 저작물을 구분하는 저작물 개념을 모두 거부했다. 그 대신 저작권 보호를 받을 만한 가치가 있는 저작물에 대해 통일된 보호 요건을 적용해야 한다고 하였다. 따라서 유럽의 저작물 개념은 모든 유형의 저작물에 적용된다. 사법재판소는 이러한 입장을 2020년 브롬톤 자전거 판결¹¹⁾에서 이를 확인하였다. 또한 사법재판소는 Cofemel 판결에서 디자인과 저작권의 중첩적 보호도 허용된다는 점을 강조했다.

3) 남아 있는 문제

Infopaq 판결과 Cofemel 판결 이후에도 일부 문헌에서는 저작물의 개념에 대한 논란이 계속되고 있다. 하지만 한 가지 핵심 사항은 분명해진 것 같다. 즉, EU 차원에서 자율적이고 완전히 조정된 저작물 개념이 존재하는지에 대한 문제는 판례를 통해서 해결되었다는 점이다. 그러나 지금까지 사법재판소 판결은 저작물의 독창성을 어떻게 해석하고 적용해야 하는지에 대해서 명확하지 않은 점이 존재한다. 특히 이러한 문제는 응용미술저작물에서 제기되고 있다. 이미 스웨덴 특허 및 시장 항소법원은 2023년 9월 테이블 형태의 응용미술저작물에 대하여 사법재

4) EuGH, Urteil vom 16. Juli 2009, C-5/08, Infopaq, Rn.27.

5) EuGH, Urteil vom 16. Juli 2009, C-5/08, Infopaq, Rn.33.

6) EuGH, Urteil vom 13.11.2018, C-310/17, Levola, Rn.33.

7) EuGH, Urteil vom 1. 12. 2011, C-145/10 Painer/Standard, Rn.88 f.; EuGH, Urteil vom 1. 3. 2012, C-604/10, Football Dacato/Yahoo, Rn. 38.

8) EuGH, Urteil vom 16. Juli 2009, C-5/08, Infopaq, Rn.33; EuGH, Urteil vom 13.11.2018, C-310/17, Levola, Rn.36.

9) EuGH Urteil vom 12.September 2019, C-683/17, Cofemel.

10) EuGH Urteil vom 12.September 2019, C-683/17, Cofemel, Rn.29.

11) EuGH, Urteil vom 11.6.2020, C-833/18, Brompton Bicycle.

판소에 선결재판을 제청하여 현재 계류 중이다.¹²⁾ 아래에서 소개할 독일 연방대법원은 스웨덴 법원의 선결제청을 포함하여 다루고 있다.

2. 독일 연방대법원의 선결제청

(1) 사실관계 및 하급심 판결

1) 사실관계

스위스에 본사를 두고 있는 원고는 'USM Haller'라는 이름으로 모듈형 가구 시스템을 제작하여 판매해 왔다. 이 가구시스템은 고광택 크롬으로 도금된 원형 튜브가 구형 연결 노드를 통해 틀에 조립된다. 이 틀에는 다양한 색상의 금속 마감 표면(판)이 삽입될 수 있다. 이렇게 제작된 가구 몸체는 원하는 대로 결합할 수 있고 위나 옆에 장착할 수도 있다. USM Haller 가구 시스템의 가구 및 부품의 예는 아래와 같다.



<그림 1.USM Haller 가구 시스템 예시>

피고는 온라인 스톱을 통해서 원고의 USM Haller 가구 시스템의 부품을 판매해 왔다. 이 부품들의 형식 및 색상은 원고의 제품과 대부분 일치한다. 피고는 처음에는 순수 부품 사업에만 제한하였기 때문에 원고는 이에 반대하지 않았다. 하지만 피고는 2017/2018년부터 온라인 스톱을 재설계한 후 USM Haller 가구 조립에 필요한 모든 부품을 판매했다. 피고는 또한 웹사이트에 조립된 가구 사진과 함께 광고를 게재하였다. 그뿐만 아니라 가구 배송 시에는 전체 가구의 조립 방법에 관한 설명서도 제공했다. 나아가서 피고는 개별 부품을 완전한 가구로 조립하는 서비스도 제공했다.

2) 당사자의 주장

원고는 자신의 가구 시스템이 저작권으로 보호되는 응용미술저작물이며, 경쟁법상 모방으로부터 보호되는 성과물이라고 보고 있다. 원고는 피고의 온라인 스톱 재설계가 원고 가구 시스템의 부품을 제공하는 데 그치지 않고, 원고 가구 시스템과 동일한 가구 시스템을 제조, 제공 및 유통하는 것을 목표로 하는 새로운 영업 모델이라고 보고 있다. 이에 따라 피고가 원고의 가구 시스템에 대한 저작권을 침해하고 있으며, 이는 경쟁법상 무단 모방에도 해당한다는 것이다. 그리하여 원고는 피고를 상대로 부작위(장래의 침해금지), 정보제공, 경고 비용 상환, 손해배상 책임의 확인 등을 청구하는 소송을 제기했다. 즉 원고는 저작권법상 저작권 보호에 근거한 주위적 청구와 경쟁법상 성과보호에 근거한 예비적 청구를 제기하였다. 피고는 이를 모두 기각해

12) Svea hovrätt, Entscheidung vom 20. September 2023 - PMT 13496-22 Rn. 26 bis 28; EuGH, C-580/23, Mio u.a.

달라고 주장하였다.

3) 하급심 판결

뒤셀도르프 지방법원(1심)은 저작권에 근거한 원고의 주위적 청구를 인정했다.¹³⁾ 하지만 뒤셀도르프 고등법원(항소심)은 원고의 주위적 청구를 기각하고, 경쟁법상 성과보호에 근거한 예비적 청구만 인정했다.¹⁴⁾ 이에 대해 원고와 피고는 모두 상고를 제기했다. 원고는 저작권법상 저작권 보호와 경쟁법상 성과보호를 계속 청구하고 있고, 피고는 이를 모두 기각해 달라고 요청하고 있다.

(2) 선결제청 내용

연방대법원은 2023년 12월 21일 항소심 판결이 상고심에서 정당화되기 위해서는 특히 정보사회지침 제2조 (a)의 저작물 개념의 해석 여부에 달려있다고 판단하고 사법재판소에 선결재판을 제정하기로 결정하였다.¹⁵⁾ 연방대법원이 저작물 개념과 관련하여 선결제청에서 사법재판소에 제기한 질문은 다음 3가지다.

1) 응용미술저작물의 독창성 요건

항소심 법원은 실용적 대상(=실용물)의 저작권 보호와 디자인 보호의 목적과 효과를 침해하지 않기 위해서 전자는 예외적으로 보호되어야 한다고 판단했다. 항소심 법원은 이와 같은 원칙 및 예외 관계를 사법재판소의 Cofemel 판결에서 추론하고 있다.¹⁶⁾

하지만 연방대법원은 항소심 법원의 추론에 반대한다. 사법재판소의 Cofemel 판결에서 저작권 보호를 위해서 다른 대상보다 실용적 대상에 더 엄격한 독창성 요건을 요구하지 않는다는 것이다.¹⁷⁾

사법재판소가 이와 관련하여 Cofemel 판결에서 실시한 내용을 요약하면 다음과 같다. 디자인 보호와 저작권 보호는 근본적으로 다른 목적을 추구하며 서로 다른 규정의 적용을 받는다고 명시했다. 디자인 보호는 새롭고 개별화되었지만 실용 및 대량 생산을 목적으로 하는 대상에 적용된다. 또한 이러한 보호는 제한적이기는 하지만 경쟁을 부당하게 제한하지 않으면서도 이러한 대상의 설계 및 생산에 필요한 투자가 수익을 창출할 수 있도록 보장하기에 충분한 기간 적용될 수 있다. 이에 반해서 저작권과 관련된 보호는 훨씬 더 오래 지속되며, 저작물성이 인정되는 대상만 보호된다. 이러한 이유로 디자인으로 보호되는 대상에 저작권 보호를 부여하는 것이 이 두 가지 유형의 보호의 목적과 효과를 위태롭게 하는 영향을 미쳐서는 안 된다. 따라서 디자인의 보호와 저작권에 관련된 보호는 EU법에 따라서 하나의 동일한 대상에 대해 중첩적으로 부여될 수 있지만, 이러한 중첩은 '특정한 사례'에서만 고려한다.¹⁸⁾

연방대법원은 사법재판소의 이러한 실시에서 응용미술저작물로서 저작권 보호에 필요한 독창성 요건이 다른 유형의 저작물의 요건보다 더 엄격해야 한다는 점은 나오지 않는다고 한다.¹⁹⁾

13) LG Düsseldorf, Urteil vom 14.07.2020, 14c O 57/19.

14) OLG Düsseldorf, Urteil vom 02.06.2022, 20 U 259/20.

15) BGH, Beschluss vom 21.12.2023, I ZR 96/22.

16) BGH, Beschluss vom 21.12.2023, I ZR 96/22, Rn.16.

17) BGH, Beschluss vom 21.12.2023, I ZR 96/22, Rn.18.

18) EuGH Urteil vom 12.September 2019, C-683/17. Cofemel, Rn 50-52.

19) BGH, Beschluss vom 21.12.2023, I ZR 96/22, Rn.20.

사법재판소는 디자인이 저작자 자신의 정신적 창작물이고, 그 창작물을 표현한다는 의미에서 독창물인 경우, 그 디자인은 정보사회지침에서 의미하는 저작물로 간주되어야 한다고 판시하였다.²⁰⁾ 따라서 연방대법원도 이에 맞게 응용미술저작물이 다른 미술저작물보다 더 높은 창작성 수준(=정도)을 요구할 수 없다고 인정한다. 즉 연방대법원은 종래 응용미술저작물은 다른 미술저작물보다 창작성 수준이 더 높아야 한다는 소위 '단계이론'을 채택하였으나, 2013년 생일기차 판결에서 이를 폐기하였고²¹⁾, 2022년 진열장 램프 판결에서 이를 재확인하였다.²²⁾

따라서 연방대법원은 디자인 보호와 저작권 보호의 중첩이 '특정한 사례'에서만 가능하다는 사법재판소의 견해는 '규범적'인 것이 아니라, 순전히 '서술적'(=기술적)인 것으로 이해되어야 한다고 지적한다.²³⁾ 이는 저작권법상 저작물의 독창성을 심사할 때 법적 근거에서 창작자의 자유로운 창조적 결정에 대한 요건이 다른 대상보다 더 높아야 한다는 것을 의미하는 것이 아니라, 실용적 대상은 저작권 보호 요건을 거의 충족하지 않기 때문에, 하나의 동일한 대상을 디자인과 저작물로서 보호하는 것은 실제로 예외가 될 것이라는 점을 말한 것뿐이라고 한다.

실용적 대상은 사용 목적을 통해서 창작적 요소들이 제약을 받게 되므로 일반적으로 예술적 창작을 위한 여지는 제한된다고 한다. 따라서 실용적 대상의 경우 기능에 따라서 정해지는 형식을 넘어 예술적으로 창작되었는지 여부와 이러한 창작이 저작권 보호를 정당화할 수 있는 창작성 수준(=정도)에 도달했는지 여부가 특별히 문제된다고 한다.²⁴⁾ 다른 유형의 저작물과 마찬가지로 응용미술저작물의 저작권 보호를 위해서는 특히 매우 긴 저작권 보호 기간을 고려할 때 너무 낮지 않은 창작성 수준이 필요하다는 점에 유의해야 한다고 한다.²⁵⁾

디자인 보호의 요건인 독특성(Eigenart, Individual character)을 평가할 때도 창작 자유의 정도 - 즉 디자인 개발에서 디자이너의 자유도 -가 고려되어야 한다고 한다.²⁶⁾ 그러나 저작권 보호와 달리 디자인 보호는 디자이너가 자신의 인격을 반영하는 창조적 결정을 내리기 위해 창작의 여지(Gestaltungsspielraum)를 사용할 것을 요구하지 않는다고 한다. 오히려 사려깊은 사용자의 관점에서 볼 때 공중에게 제공되어 있는 다른 디자인을 생각나게 하는 전체적인 인상과 구별되는 디자인을 만드는 데 성공한다면 그것으로 충분하다고 한다.²⁷⁾²⁸⁾

따라서 연방대법원은 응용미술저작물의 저작권법상 독창성을 심사할 때 다른 유형의 저작물보다 창작자의 자유로운 창조적 결정(=선택)에 대해 더 높은 요건이 적용되어 디자인법상 보호와 저작권법상 보호 사이에 규칙 및 예외 관계가 존재하는지 여부를 사법재판소에 질문하고 있다(제청질문 1).²⁹⁾

2) 창작과정에서 창작자의 주관적 관점의 고려 여부

항소심 법원은 사법재판소의 판례에 따르면 대상을 창작할 때 창작자가 고려한 사항이 결정적

20) EuGH Urteil vom 12.September 2019, C-683/17, Cofemel, Rn 29 und 48.

21) BGH, Urteil vom 13. November 2013, I ZR 143/12, Geburtstagszug, Rn. 26.

22) BGH, Urteil vom 15. Dezember 2022, I ZR 173/21, Vitrinenleuchte, Rn.15.

23) BGH, Beschluss vom 21.12.2023, I ZR 96/22, Rn.21.

24) BGH, Urteil vom 15.12.2022, I ZR 173/21, Vitrinenleuchte, Rn.15.

25) BGH, Beschluss vom 21.12.2023, I ZR 96/22, Rn.22

26) Vgl. Art. 4 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 6/2002, Art. 3 Abs. 2, Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 98/71/EG.

27) Art. 6 Abs. 1 der Verordnung, Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie.

28) BGH, Beschluss vom 21.12.2023, I ZR 96/22, Rn.23.

29) BGH, Beschluss vom 21.12.2023, I ZR 96/22, Rn.15.

이라고 한다. 즉 독창성을 심사할 때 창작자의 '주관적'인 견해가 중요하다는 것이다. 창작자는 의식적으로 자유로운 창조적 결정을 내려야 하며, 기술적 조건, 규칙 또는 기타 제약에 구속되는 경우 배제된다고 한다. 항소법원은 대상 판결 사안에서 USM Haller 가구 시스템의 창작적 요소들은 자유로운 창조적 결정의 표현이 아니라고 한다. 이는 이미 알려진 형식에 기반하거나 예술적 자유를 행사할 여지가 없는 기술적 고려 사항 또는 기타 제약에 의해 결정되었다고 한다. 하지만 이 가구 시스템은 전체적으로 매우 흥미로운 인상을 준다고 한다. 그럼에도 불구하고 창작물의 심미성은 자유로운 창조적 결정에 기반했다는 것과는 무관하다고 한다.³⁰⁾

스웨덴 스베아 항소법원도 자신의 선결제청결정에서 저작자가 대상을 창작할 때 실제로 내린 결정에 근거할 수 있다는 점에서 오히려 독창성 요소의 주관적 해석이 가능하다고 보고 있다.³¹⁾

이에 대해서 연방대법원은 창작적 의도나 자유로운 창조적 결정에 대한 인식의 의미에서 저작자의 주관적 관점에 좌우되어서는 안 된다는 입장이다. 모든 유형의 저작물에 대한 독창성 심사도 객관적이고 구체적으로 제시된 저작물을 근거로 통일적으로 수행되어야 한다고 한다.³²⁾

독일 저작권법 제2조 제2항에 규정된 개인의 정신적(=지적) 창작물에 대한 평가는 창작자의 주관적 의도에 기초하는 것이 아니라, 창작의 내용이 그 대상에서 자신의 표현을 드러내는 것처럼, 개인의 지적 창작물의 내용에 따라 객관적으로 수행된다는 것이 독일 판례와 문헌의 입장이라고 한다. 저작자의 주관적인 생각은 개인의 지적 창작물이 존재하는지 여부를 평가하는데 결정적인 영향을 미치지 않는다고 한다. 오히려 예술에 대한 감수성이 있고 예술관에 어느 정도 능통한 계층의 사람들의 견해에 따라서 개성이 표현된 창작물이 존재하고, 이의 심미적 내용이 '예술적 성과물'이라고 지칭될 수 있는 정도에 도달했다는 것이 중요하다고 한다.³³⁾

연방대법원은 이러한 원칙들이 정보사회지침에서 의미하는 저작권으로 보호되는 EU법의 저작물 개념에 관한 사법재판소의 판례와 일치한다³⁴⁾고 한다.

또한 사법재판소는 저작자 자신의 지적 창작물이라는 의미에서 독창물의 개념을 정의할 때, '의식적인' 자유로운 창조적 결정이 필요하다고 실시하지 않았다고 한다. 오히려 사법재판소 판례에 따르면 창작자의 창작 의지가 객관적으로 확인할 수 있는 방식으로 '표현'된 정황을 기준으로 심사한다고 한다. 예를 들어 사법재판소는 Funke Medien 판결에서 서면 보고서의 경우 단어의 선택, 배열 및 조합에서 독창성이 발생할 수 있다³⁵⁾고 한다. 저작자가 객관적으로 제약을 받지 않고 자유로운 (창조적) 결정을 내렸다는 것을 확인하는 것 외에 저작자가 이러한 의미에서 자유로운 (창조적) 결정을 내린다는 인식을 갖고 있었다는 사실을 확인하는 것이 필요하다는 것은 사법재판소의 판례로부터 추론될 수 없다고 한다. 더구나 연방대법원은 예술적 성과물은 무의식적으로 또는 잠재의식적으로 이루어질 수 있기 때문에 창조적 결정을 내렸다는 인식도 반드시 요구되는 것은 아니라고 한다.³⁶⁾

30) BGH, Beschluss vom 21.12.2023, I ZR 96/22, Rn.25.

31) BGH, Beschluss vom 21.12.2023, I ZR 96/22, Rn.26.

32) BGH, Beschluss vom 21.12.2023, I ZR 96/22, Rn.27.

33) BGH, Urteil vom 13. November 2013, I ZR 143/12, Geburtstagszug, Rn. 15; BGH, Urteil vom 29.4.2021, I ZR 193/20, Zugangsrecht des Architekten, Rn. 57; BGH, Urteil vom 7. April 2022, I ZR 222/20, Porsche 911, Rn. 28; BGH, Urteil vom 15.12.2022, I ZR 173/21, Vitrinenleuchte, Rn.13.

34) BGH, Urteil vom 29.4.2021 - I ZR 193/20, Zugangsrecht des Architekten, Rn. 58; BGH, Urteil vom 7. April 2022, I ZR 222/20, Porsche 911, Rn. 29; BGH, Urteil vom 15.12.2022, I ZR 173/21, Vitrinenleuchte, Rn.14.

35) Vgl. EuGH, Urteil vom 29. Juli 2019, C-469/17, Rn. 23.

사법재판소는 '브롬톤 자전거' 판결에서 창작자가 결과물의 형식을 선택할 때 수행한 요소와 고려 사항을 언급했다.³⁷⁾ 하지만 연방대법원은 이 판결에서도 독창성의 인정은 창작자의 '의식적인' 창조적 결정의 확인을 요건으로 한다는 것은 나오지 않는다고 한다. 오히려 '브롬톤 자전거' 판결에서 중요한 점은 창작 과정의 결과물이 예술적 성과물인지 여부라고 한다. 따라서 국내 법원은 결과물의 저작자가 제품의 형식을 선택하고, 자유로운 창조적 선택을 하며, 자신의 인격을 반영하는 방식으로 결과물을 창작함으로써 독립적인 방식으로 자신의 창작 능력을 표현했는지 여부를 판단해야 한다³⁸⁾고 한다. 또한 사법재판소 법무관은 브롬톤 자전거 사건에 대한 자신의 감정서에서 저작물 개념에서 독창성 요소 및 창작물 표현의 요소 외에 창작자의 의도와 같은 다른 요소를 고려해야 한다고 제안했지만³⁹⁾, 사법재판소는 이를 받아들이지 않았다고 한다. 그 대신 사법재판소는 독창성 평가에서 예술적 자유를 행사할 수 있는 여지를 허용하는 창작 여지(Gestaltungsspielraum)가 존재하는지를 고려하고 있다⁴⁰⁾고 한다. 가령 알려진 형식이나 기술적 필요성(=불가피성)과 같은 객관적인 상황에 근거하여 확인될 수 있는 창작 여지에 초점을 맞추는 것은 저작물의 개념을 객관화하는 데 정확하게 기여한다고 한다. 창작 여지의 사용 여부에 대한 인식은 내적인 과정으로서 이를 확인하는 것은 어렵기 때문에, 국내 법원은 대상이 창작될 당시 존재했던 해당 사안과 관련한 모든 측면을 고려해야 하며, 나아가서 일반적으로 창작의 결과로부터 창작 과정 중 창작자의 의도를 추론해야 하며 이를 위해 근거가 될 수 있는 객관적인 정황도 사용할 수 있다고 한다.⁴¹⁾

또한 연방대법원은 객관적 해석을 위해서는 법적안정성과 저작물의 두 번째 개념 요소인 표현이 중요하다고 한다. 사법재판소 판례에 따르면 보호 대상을 식별할 때 법적안정성에 해가 되는 주관적 요소는 모두 배제되어야 한다⁴²⁾고 한다. 첫번째 개념 요소인 독창성에서도 모든 주관적 요소를 배제할 수 없다면, 법적안정성에 해가 되고 부당한 결과를 초래할 수 있을 것이라고 한다.

연방대법원은 만일 창작자의 주관적 생각에만 의존하는 경우, 다음과 같은 문제가 우려된다고 한다. 첫째, 자신이 규칙이나 제약에 구속되어 있다고 믿었지만 실제로는 규칙이나 제약에 의해 결정된 창조적 결정을 하지 않아 자유로운 창조적 결정을 한 창작자는 객관적으로 볼 때 보호할 가치가 있는 저작물을 창작하였음에도 불구하고 저작권 보호를 받을 수 없게 된다고 한다. 이러한 결과는 유럽연합 기본권 헌장 제17조 제2항에 따른 지식재산권 보호 요건과 양립할 수 없을 가능성이 높다고 한다. 둘째, 자유롭고 창조적으로 창작한다고 생각했지만 실제로는 규칙이나 제약에 구속된 창작자는 객관적인 관점에서 볼 때 보호할 가치가 있는 저작물을 창작하지 않았음에도 불구하고 자신의 창작물에 대해 저작권 보호를 받게 된다고 한다. 이는 지식재산권법의 토대와 양립할 수 없는 결과가 되어 누구든지 저작권으로부터 발생하는 권한과 같은 배타적 권리를 마음대로 부여할 수 있게 된다고 한다.⁴³⁾

또한 저작권에 대한 높은 수준의 보호를 보장하기 위한 정보사회지침의 주요 목적을 준수하기

36) BGH, Beschluss vom 21.12.2023, I ZR 96/22, Rn.30.

37) EuGH, Urteil vom 11.6.2020, C-833/18, Brompton Bicycle, Rn. 35 f.

38) EuGH, Urteil vom 11.6.2020, C-833/18, Brompton Bicycle, Rn. 34.

39) Vgl. Schlussanträge des Generalanwalts in der Rechtssache C-833/18 vom 6. Februar 2020 Rn. 92 f.

40) EuGH, Urteil vom 11.6.2020, C-833/18, Brompton Bicycle, Rn. 24.

41) BGH, Beschluss vom 21.12.2023, I ZR 96/22, Rn.31.

42) EuGH, Urteil vom 13.11.2018 - C-310/17, Levola Hengelo, Rn.41.

43) BGH, Beschluss vom 21.12.2023, I ZR 96/22, Rn.33.

위해 EU 법에 따른 저작물의 개념을 결정할 때 저작자의 권리를 절차상 효과적으로 집행하는데 영향을 미치는 상황도 고려해야 한다고 한다. 이와 관련하여 저작권 침해 소송에서 개인의 지적 창작물의 존재에 대한 증명책임은 원고인 저작자가 부담한다는 점을 고려해야 한다고 한다. 창작자의 구체적인 동기를 증명해야 하는 요건은 저작권 보호 요건을 불합리하게 증가시킬 수 있다⁴⁴⁾는 것이다.

창작자의 생각에 초점을 맞춘 기준은 법원의 사실인정 시 주관적인 요소에서 일반적으로 발생하는 어려움으로 인해 부담이 될 수 있다고 한다. 또한 창작자가 해당 저작물을 창작할 때 자신의 생각에 대한 진술이나 이러한 생각에 대한 정황은 오히려 예외가 될 수 있다고 한다. 게다가 저작권 보호 기간이 길다는 점을 고려할 때 창작 시점이 수년 또는 수십년 전인 경우도 드물지 않다는 점에서 이러한 어려움은 더욱 가중될 수 있다고 한다. 이러한 관점은 국내 법원이 저작권 보호와 관련된 상황을 EU차원에서 통일적이고 법적으로 안전하게 처리하는 데 걸림돌이 된다고 한다.⁴⁵⁾

이에 대해서 연방대법원은 독창성 개념의 해석은 창작적 요소, 저작물의 전체적인 인상, 또는 이전에 알려진 형식 및 기술적 창작 필요성과 관련하여 결정되는 창작의 여지와 같이 국내 법원이 더 쉽게 확인할 수 있는 객관적인 상황에 달려있다고 보는 것이 타당하다고 한다. 따라서 일반적으로 원고는 해당 저작물을 제출하고 저작권 보호를 받을 수 있는 구체적인 창작적 요소를 설명하는 것으로 충분하다고 한다. 실용적 대상의 경우에는 특정한 기술적 요구사항을 충족하고 기술적으로 제약을 받는 창작적 요소를 제시해야 하기 때문에 예술적, 심미적 완성의 가능성이 일반적으로 제한되므로, 기능에 따라서 결정되는 형식을 넘어 어느 정도까지 예술적으로 창작되었는지도 정확하고 명확하게 입증해야 한다고 한다. 반면에 피고의 입장에서 저작자가 이미 알려져 있는 형식에 의존했기 때문에 보호 가능성이 적용되지 않거나 보호 범위가 제한된다고 이의를 제기하여 방어해야 하는 경우에는, 이전 저작물의 외양을 설명하고 증명해야 할 책임은 피고에게 있다고 한다.⁴⁶⁾

이러한 점들을 고려하여 연방대법원은 저작권법상 독창성 심사가 창작 과정에서 창작자의 주관적 관점에 기초해야 하는지, 특히 사법재판소 판례의 의미 내에서 자유로운 창조적 결정으로 볼 수 있도록 창작자가 의식적으로 창조적 결정을 해야 하는지 여부도 명확히 할 필요가 있다고 한다(제청질문 2).

3) 창작물 생성 시점 이후 상황의 고려 여부

USM Haller 가구 시스템이 두 곳 박물관의 응용미술 컬렉션(Neue Sammlung, München, Museum of Modern Art, New York)에 전시되었다. 항소법원은 이러한 전시 사실이 이 가구 시스템을 응용미술 저작물로 간주해서는 안 된다는 판단에 영향을 주지 않는다고 한다. 사법재판소의 브롬톤 자전거 판결에서 저작물성의 평가는 결과물의 외부적 요인 및 이의 창작 이후의 요인과 무관하게 행해져야 하므로, 이 사안에서 대상의 저작물성을 위한 정황으로 볼 수 있는지는 여전히 의문이라고 한다.⁴⁷⁾

독일 저작권법에서는 저작물성을 심사할 때 가능한 한 객관적이고 이해하기 쉬운 결과를 얻기

44) BGH, Beschluss vom 21.12.2023, I ZR 96/22, Rn.34.

45) BGH, Beschluss vom 21.12.2023, I ZR 96/22, Rn.35.

46) BGH, Beschluss vom 21.12.2023, I ZR 96/22, Rn.36.

47) BGH, Beschluss vom 21.12.2023, I ZR 96/22, Rn.38.

위해 저작물의 개성(Individualität; 독창성)에 찬성하거나 반대하는 개별적인 정황들을 고려해야 한다고 한다. 저작물의 보호 가능성을 나타내는 정황으로 해당 저작물에 대한 전문가 그룹과 일반 대중의 관심도 고려해야 하며, 미술관 및 전시회에서 해당 저작물의 전시도 예술에 개방적인 계층이 해당 저작물을 저작권 보호 대상인 예술적 성과물로 간주한다는 정보를 제공할 수 있다⁴⁸⁾고 한다. 연방대법원은 사법재판소의 브롬톤 자전거 판결 이전에는 이러한 입장이었다.⁴⁹⁾

하지만 연방대법원은 브롬톤 자전거 판결 이후에도 이러한 상황이 정황으로 계속 사용될 수 있을지 의문을 제기한다.⁵⁰⁾

사법재판소는 독창성을 심사할 때, 국내 법원은 외부 요인 및 결과물의 창작 이후에 발생한 요인에 관계없이 해당 대상의 창작 시점에 존재했던 모든 관련 측면을 고려해야 한다고 실시했다.⁵¹⁾ 이는 독창성을 심사할 때 오로지 창작 과정과 창작자에게 중요한 사항만을 고려해야 하며, 창작물 생성 이후에 발생한 모든 상황과 외부적 상황은 무관하다는 의미로 이해할 수 있다고 한다. 따라서 저작물의 인정 여부는 관련성이 없을 수 있다⁵²⁾고 한다.

그러나 연방대법원은 유럽사법재판소의 실시를 단지 충분한 창작의 여지가 존재하였고 창작자가 이를 예술적으로 사용하였는지를 심사하는데 창작 당시의 상황이 유일하다는 점을 명확히 한 것으로 이해한다.⁵³⁾ 이에 따르면 특히 이후의 형식의 발전은 관련이 없다고 한다. 그러나 전문 분야의 평가와 같이 결과물의 창작 이후에 발생한 상황은, 대상이 창작될 당시 저작자 자신의 지적 창작물에 해당되는지 판단할 수 있는 근거를 제공할 수 있다면, 고려할 수 있어야 한다고 한다. 이를 통해 국내 법원은 대상물이 창작될 당시 존재했던 사건과 관련한 모든 측면을 고려해야 하는 임무를 준수할 수 있다⁵⁴⁾고 한다.

따라서 연방대법원은 독창성 심사에서 예술적 창작이 저작물에서 객관적으로 표현되었는지 여부와 어느 정도 표현되었는지가 결정적인 고려 사항이라면, 독창성 평가에 결정적인 창작물의 생성 시점 이후에 발생한 상황도, 예를 들어 미술 전시회나 박물관에 창작물이 전시되거나 전문가 그룹에서 인정받은 사실도 독창성 심사에서 고려될 수 있는지 여부를 사법재판소에 질문하였다(제청질문 3).⁵⁵⁾

4) 심미적 효과

항소법원은 창작물의 심미적 효과 그 자체는 저작권 보호를 정당화하지 않는다고 적절하게 인정했다.⁵⁶⁾ 사법재판소는 디자인의 심미적 효과 그 자체는 해당 디자인이 독창성 요건을 충족하는 지적 창작물인지 여부를 판단할 수 없다고 판결했기 때문이다. 하지만 사법재판소는 심미적 고려 사항이 창작 활동의 일부가 될 수 있다고 했다.⁵⁷⁾ 따라서 연방대법원은 창작물의 심미적

48) BGH, Beschluss vom 21.12.2023, I ZR 96/22, Rn.39.

49) Vgl. BGH, Urteil vom 10. Dezember 1986, I ZR 15/85, Rn. 31.

50) BGH, Beschluss vom 21.12.2023, I ZR 96/22, Rn.40.

51) EuGH, Urteil vom 11.6.2020, C-833/18, Brompton Bicycle, Rn. 37.

52) BGH, Beschluss vom 21.12.2023, I ZR 96/22, Rn.42.

53) BGH, Beschluss vom 21.12.2023, I ZR 96/22, Rn.43.

54) EuGH, Urteil vom 11.6.2020, C-833/18, Brompton Bicycle, Rn. 37.

55) BGH, Beschluss vom 21.12.2023, I ZR 96/22, Rn.37.

56) BGH, Beschluss vom 21.12.2023, I ZR 96/22, Rn.44.

57) EuGH Urteil vom 12. September 2019, C-683/17, Cofemel, Rn 46.

효과가 예술적 성과에 기반하고 있고 이러한 성과를 표현한다면, 저작권 보호를 정당화할 수 있다고 인정한다.⁵⁸⁾ 그러나 창작물의 심미적 효과가 예술적 성과, 즉 자유로운 창조적 결정에 기초하고 이를 표현하는 한, 해당 창작물이 저작권 보호를 정당화하는 창작성 정도에 도달했는지 여부는 미적 내용의 정도에 따라 달라진다⁵⁹⁾고 한다. 항소법원은 USM Haller 시스템이 전달하는 대단히 심미적인 전체적인 인상이 예술적 성과에 기반하지 않는다고 보고 있다. 하지만 연방대법원은 항소법원의 판단이 정당화되기 위해서는 특히 저작권법상 독창성을 심사할 때 창작 과정에서 창작자의 주관적인 견해가 고려되어야 하는지 여부에 대한 사법재판소의 제청 질문 2의 답변에 달려있다고 한다.

3. 평가 및 전망

EU 차원에서 일반적으로 적용되는 저작물의 법적 개념은 존재하지 않지만, 사법재판소는 개별 지침에 규정된 저작물 개념에서 EU 저작권법에 모두 적용될 수 있는 일반적인 저작물 개념을 도출했다. 따라서 EU 저작물 개념은 EU 차원에서 조정되어 자율적 개념이 되었다. 사법재판소 판례에 따르면 저작물은 저작자 자신의 지적 창작물이어야 하며, 저작자의 자유로운 창조적 결정을 통하여 저작자의 인격을 표현한다는 의미에서 독창적인 창작물(Original)이어야 한다. 사법재판소는 최근 판례에서 저작물성을 판단하기 위해서 독창성 기준을 중요한 요소 중 하나로 제시하고 있다. 사법재판소가 사용하는 독창성(Originalität)⁶⁰⁾은 독일연방대법원이 사용하는 개성(Individualität)과 일치한다.⁶¹⁾

모든 창작물이 동일한 수준의 독창성을 가지는 것은 아니다. 저작권법은 보호할 가치가 있는 저작물에 대해서만 보호한다. 따라서 독창성의 정도를 결정하기 위해서는 측정 단위가 필요하다. 이것이 바로 창작성 수준(Gestaltungshöhe⁶²⁾, the level of originality⁶³⁾)이다. 창작성 수준은 정량적이므로 측정이 가능한 평가 기준이다. 이는 저작물에 따라 창작성 수준을 달리 평가하는 단계 관계가 인정될 수 있다는 것을 의미한다. 이 기준은 오랫동안 독일 저작권법에서 디자인법과 저작권법을 구분하는 데 중요한 역할을 했다. 그러나 사법재판소의 판결에 따라 유럽의 저작물 개념이 통일되어 적용됨에 따라 독일연방대법원도 생일 기차 판결에서 이러한 구별을 포기하였다. 디자인법과 저작권법의 두 지식재산권은 개념적으로 다른 목적을 추구하고 있고, 서로 다른 보호 요건을 기반으로 하므로 창작성 수준과 관련된 단계관계에 있지 않다는 것이다. 이러한 점에서 단계관계에서 중요한 역할을 했던 창작성 수준은 그 중요성을 상실하였다. 따라서 창작물이 최소한의 창작성 수준을 갖추면 독창성 또는 개성이 인정된다. 즉 작은 동전이라도 보호되어야 한다는 소위 '작은 동전론(Kleine Münze)'이 타당하다는 것이다.

저작물의 독창성을 판단하기 위해서는 구체적인 요소가 필요하다. 사법재판소는 이를 위해서 소위 '창작여지론'(die Lehre vom Gestaltungsspielraum)을 확립하여 적용해 오고 있다.⁶⁴⁾ 이에

58) BGH, Urteil vom 15.12.2022, I ZR 173/21, Vitrinenleuchte, Rn.13.

59) 59) BGH, Beschluss vom 21.12.2023, I ZR 96/22, Rn.47.

60) 독일연방대법원은 판례에서 'schöpferische Eigentümlichkeit', 'schöpferische Eigenart', 'eigenschöpferische Prägung' 등으로 표현하고 있다.

61) 물론 두 가지는 다르다고 보는 일부 견해도 있다.

62) 독일 판례와 문헌에서는 Leistungshöhe(성과수준), Schöpfungshöhe(창작 정도), Schöpfungsgrad(창작수준), 저작물정도(Werkhöhe)라고도 한다.

63) EuGH Urteil vom 12.September 2019, C-683/17, Cofemel, Rn 11.

64) EuGH Urteil vom 12. September 2019, C-683/17, Cofemel, Rn 31; EuGH, Urteil vom 11.6.2020,

따르면 창작자는 창작 과정에서 인격을 반영하는 창조적 결정을 내리기 위해서 창작 여지(Gestaltungsspielraum, room for creative freedom⁶⁵⁾)를 사용해야 한다. 만일 이러한 여지가 존재하지 않고 창작 과정이 기술적 조건, 규칙 또는 기타 제약에 구속되는 경우에는 독창성이 존재하지 않는다. 독일연방대법원은 오래 전부터 이러한 창작 여지를 저작물의 독창성 판단에 적용해 오고 있다.⁶⁶⁾ 이에 따르면 외부의 제재나 내적 동기에 의해 행동하는 사람이 미리 정해진 규칙만을 따른다면 결과물의 질에 관계없이 저작권법상 저작물이 될 수 없다. 이 경우에는 저작자 자신의 여지를 창조적으로 사용하지 않고 미리 그려진 요소만 구현되었으므로 저작자의 인격이 충분히 표현되지 않았다고 한다. 창작 여지와 그에 따른 선택가능성은 추상적으로 존재해서는 안 되고⁶⁷⁾ 구체적이어야 하며 또한 창조적으로 활용되어야 한다. 따라서 객관적으로 창작의 여지가 없거나 제한되는 경우에는 독창성을 인정하기 어렵다. 이런 사례는 주로 응용미술저작물의 영역에서 문제가 된다.

사법재판소는 그동안 여러 차례 판례를 통하여 이와 같이 저작물의 개념 요소인 독창성의 평가 기준들을 정립해 왔지만 아직 해결되지 않은 점들이 존재한다. 독일연방대법원은 이 중에서도 세 가지 문제를 선결해 달라고 제청했다. 첫째, 응용미술저작물의 독창성 요건은 다른 저작물에 비해서 더 엄격해야 하는지(제청질문 1), 둘째, 독창성 평가에서 창작자의 주관적 관점도 고려해야 하는지(제청질문 2), 셋째 창작물 생성 시점 이후의 상황도 고려해야 하는지(제청질문 3)를 묻고 있다. 연방대법원은 이러한 제청질문에 대해서 기본적으로 부정적인 입장이다. 다만 제청질문 3에서 예외적인 경우에는 창작물 생성 시점 이후의 상황은 고려할 수 있다고 한다. 이에 대해서 사법재판소가 어떤 판단을 내릴지 주목된다. 저작물 개념은 저작물의 보호범위를 결정하므로 저작권법 전반에 영향을 미치기 때문이다.

우리 저작권법은 인간의 사상과 감정을 표현한 창작물을 저작물로 규정하고 있다. 창작물이 인정되기 위해서는 창작성을 갖추어야 한다, 이 창작성 개념은 유럽사법재판소의 독창성 개념과 독일연방대법원의 개성 개념에 대응한다. 우리 대법원은 이러한 창작성을 '독자적 작성'과 '창조적 개성'으로 구성하고 있는 것 같다. 하지만 독자적으로 작성했다는 것은 창조적 개성이 인정되는 것으로 보는 것이 타당해 보인다. 따라서 창조적 개성을 인정하기 위해서 다양한 기준들이 적용될 수 있다. 이러한 기준들 중에서 특히 유럽사법재판소와 독일연방대법원이 채택하고 있는 창작여지론에 관심을 가질 필요가 있다. 이 창작여지론은 이미 일본 저작권법학자가 '선택의 폭 이론'으로 일본에 소개하였고, 이것이 한국 문헌에도 소개되어 있다. 하지만 문헌에 소개되어 있는 '선택의 폭 이론'은 사법재판소의 Cofemel 판결이 있기 이전의 상황을 다루고 있다. 그런 점에서 최근 유럽사법재판소나 독일연방대법원의 판례가 소개되어 있지 않다. 한편 창작여지론은 그 내용에서 미국의 저작권법이론과 상당한 유사점이 발견된다. 특히 합체의 이론이 그것이다. 따라서 유럽사법재판소의 판결에 주목할 필요가 있다.

C-833/18, Brompton Bicycle, Rn. 24.

65) EuGH Urteil vom 12. September 2019, C-683/17, Cofemel, Rn 31.

66) BGH, Urteil vom 15. 7. 2004, I ZR 142/01, Metallbett.

67) EuGH, Urteil vom 11.6.2020, C-833/18, Brompton Bicycle, Rn. 32.

참고자료

《독일연방대법원 선결제청결정(독일어 전문) -
https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&
nr=135869&pos=0&anz=1》

《독일연방대법원 선결제청결정문(언론보도용, 영문) -
https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2023_en/2023210.html?n
n=17676128》

스웨덴 항소법원의 선결제청결정 요약(영어 전문)
<https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=279261&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3827661>

EuGH, Urteil vom 16. Juli 2009, C-5/08, Infopaq.

EuGH, Urteil vom 13.11.2018, C-310/17, Levola.

EuGH, Urteil vom 1. 12. 2011, C-145/10 Painer/Standard.

EuGH, Urteil vom 1. 3. 2012, C-604/10, Football Dacato/Yahoo.

EuGH Urteil vom 12. September 2019, C-683/17, Cofemel.

EuGH, Urteil vom 11.6.2020, C-833/18, Brompton Bicycle.

BGH, Urteil vom 15.12.2022, I ZR 173/21, Vitruinenleuchte.