

독일 저작권법상 ‘창작성’ 개념의 진화

윤권순*

- I. 서 론
- II. ‘작은 동전(kleine Münze)’ 개념의 도입
- III. ‘창작성 수준(Schöpfungshöhe)’
개념의 도입
 - 1. ‘디자인 수준’ 및 ‘창작성 수준’ 개념의
탄생
 - 2. ‘개성성(Individualität)’과 ‘창작성 수
준(Schöpfungshöhe)’ 개념의 관계
- IV. 통일된 낮은 창작성 기준의 도입
- 1. 컴퓨터프로그램 관련 유럽지침에
따른 판례 변경
- 2. 응용예술 저작물에 대한 판례 변경
- 3. ‘작은 동전’ 개념과 ‘창작성 수준’
개념의 결합
- V. 향후 전망
 - 1. 최소한의 ‘창작성 수준’ 개념의 확산
 - 2. 학술저작물에 대한 창작성 기준
- VI. 결 론

* 지식재산역사연구소 소장, 법학박사.

초 록

19세기 정립된 독일의 전통적 창작성 개념은 ‘개성성’이며, 20세기 들어와서는 이 기준을 특정 저작물에 합목적적으로 적용하기 위해 필요한 관련 개념을 도입하게 된다. 먼저 ‘낮은 창작성’ 기준인 ‘작은 동전’ 법리가 1920년대에 고안되었다. 또한 응용미술저작물에 대해 높은 기준이 필요하다는 인식하에 ‘높은 창작성’ 기준인 ‘디자인 수준’이라는 법리가 1950년대에 만들어졌다. 곧이어 이 용어와 같은 의미를 지녔으나 다양한 저작물의 적용에 적합한 ‘창작성 수준’이라는 용어가 등장하게 된다. 1990년대 제정된 유럽연합 지침이 컴퓨터프로그램, 사진, 데이터베이스에 대해서 낮은 창작성 기준을 제시하자, 독일 연방대법원은 창작성 기준을 낮추는 판결을 내리게 된다. 2013년 판례는 예술저작물, 문학저작물 등에 대해 낮은 기준의 창작성을 적용할 수 있다고 판시하였다. 현재 독일의 법원은 대체로 저작물의 종류에 관계없이, ‘낮은 창작성 기준’인 ‘작은 동전’ 개념을 적용하고 있다. 결론적으로 독일의 창작성 개념은 ‘개성성’을 전제로 하여, ‘작은 동전’과 ‘창작성 수준’이 결합된 ‘최소한의 창작성 수준’ 개념으로 통합되고 있다고 판단된다.

주제어

독일 저작권법, 창작성, 독창성, 개성, 작은 동전, 고유성, 디자인 수준, 창작성 수준, 개성성

I. 서론

독일 저작권법 제2조 제2항은 저작물성을 “인격적이고 정신적인 창작물 [personliche geistige Schöpfungen(personal intellectual creation)]”로 정의하고 있으며,¹⁾ 동 개념의 핵심에는 ‘개성성’이라는 전통적 창작성 개념이 자리 잡고 있다. 19세기에 잉태된 ‘개성성’이라는 독일의 전통적 창작성 개념은,²⁾ 20세기에 들어와 다양한 종류의 저작물을 포용하는 과정에서 이와 연계되는 특수한 개념을 발전시키게 된다. 먼저, 창작성의 수준을 낮추는 ‘작은 동전 (kleine Münze)’ 개념이 등장했으며, 이후에 창작성의 수준을 높이는 ‘창작성 수준(Schöpfungshöhe)’이라는 개념이 등장하였다.

이 글에서는 20세기 이후 독일에서의 창작성 개념의 진화를 살펴보고, 이에 따른 시사점을 도출하고자 한다. 이를 통해 한국 저작권법상 창작성 개념의 뿌리에 조금이나마 접근하고자 한다. 특히 응용미술저작물이나 컴퓨터프로그램 저작물 등의 창작성 기준의 변화에 대한 독일에서의 역사적 변화과정을 상술하여 한국에서의 관련 논의에 도움을 주고자 한다.

독일 저작권상 창작성 개념의 진화에 대한 연구는 국내외를 불문하고, 연구된 바가 적다는 점에서 이 논문은 법제사적으로도 의미가 있다고 하겠다.

II. ‘작은 동전(kleine Münze)’ 개념의 도입

독일 저작권법상 ‘작은 동전’ 개념은 1921년 법학자인 Alexander Elster의 저서를 통해 도입되었다.³⁾ 그는 ‘저작권의 개념과 보호대상’이라는 목차하에

1) 독일 저작권법 조문은 다음 번역본을 따르고자 한다.: 하상익, “독일 저작권법 전문 번역 및 개관”, 서울중앙지방법원, 2015.

2) ‘개성성’이라는 독일의 창작성 개념의 역사적 기원에 대해서는 다음 논문이 상술하고 있다. 윤권순, “독일 저작권법상 ‘창작성’ 개념의 역사적 기원”, 『서울대학교 법학』, 제58권 제4호(2017), 151-179면.

다음과 같이 기술하고 있다.⁴⁾ “... 그러나 저작권 보호의 대상인 창작물이 큰 동전이거나 작은 동전이건 간에 상관이 없다. (저작권의 객체로 적합한 요건으로서) 저작자의 위대성 여부나 그 저작 내용의 중요성과는 관련이 없다.”

‘작은 동전’이라는 용어는 단순하지만, 보호받을 수 있는 ‘최소한의 디자인 수준(Minimum an Gestaltungshöhe gerade)’의 형태를 가진 정신적 창작물(geistige Schöpfungen)을 의미하는 것으로 이해되고 있다.⁵⁾ 독일 저작권법상 보호의 최소기준을 소위 ‘작은 동전’이라고 부른다. 연방대법원은 작은 동전도 보호의 대상으로 인정했으며, 극단적으로 작은 정도의 개인적 독창성(äußerst geringer Grad individuellen Schaffens)을 가진 저술(Schriftwerken)도 충분히 보호받을 수 있다고 하였다.⁶⁾ 1965년 저작권법은 이를 변경하기를 원하지 않았으며, 1995년에도 입법부는 ‘작은 동전’을 보호하기를 의도했고, 연방대법원(BGH)과 항소법원(Instanzgerichte)은 원칙적으로 법원의 판례를 이어 갔다.⁷⁾ 연방의회도 이러한 종류의 물건은 어떠한 경우에도 디자인보호법에 의해 보호받을 수 없다고 지적했기 때문에, 이러한 차별적 보호기준은 정당화되었다.⁸⁾

‘작은 동전’ 법리가 적용된 예로서, 카탈로그, 가격 표, 매뉴얼, 요리법 편

3) Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim, *Urheberrecht Kommentar*, 5. Auflage, Verlag C.H.Beck, 2017, S.140.

4) Elster, Alexander, *Gewerblicher Rechtsschutz, umfassend Urheber- und Verlagsrecht, Patent- und Musterschutzrecht, Warenzeichenrecht und Wettbewerbsrecht*, Vereinigung Wissenschaftlicher Verleger, 1921, S.40.: “Daher besteht an einer tatsächlichen brieflichen Mitteilung an sich keinerlei UR.(Urheberrecht), nur Persönlichkeitsrecht, an den Briefen eines bedeutenden Mannes kann jedoch UR.(Urheberrecht) entstehen. Dabei aber ist es gleichgültig, ob es **große oder kleine Münze** ist, was da geschaffen ist. Briefe bedeutender Männer werden nicht wegen der Bedeutung ihres Inhaltes eher zu Gegenständen des Urheberrechts als die Briefe kleinerer Geister, sondern nur weil sie eher zu verkehrsfähigen Gütern werden.”

5) Loewenheim, supra note 3, S.140.

6) Ibid.

7) Ibid.

8) Sterling, J.A.L., *World Copyright Law*, Second edition, Sweet & Maxwell, 2003, p.299.

집물 등을 들 수 있다.⁹⁾ 음악에서 작은 동전이 주로 적용된 분야는 단순한 멜로디로 된 음악, 편곡, 혼성곡, 간단한 음악 메들리 모음이다.

한편, 실용적 저작물은 제2조 제1항 제7호의 ‘도면(Zeichnungen), 설계도(Plane), 지도(Karten), 약도(Skizzen), 도표(Tabellen) 및 입체 표현물(plastische Darstellungen)과 같은 학술적·기술적 방법(wissenschaftlicher oder technischer Art)의 표현물(Darstellungen)’과 제1항 제1호의 저술저작물로 분류될 수 있는 학술 저작물(Werken der Wissenschaft)로 구분할 수 있다.¹⁰⁾ 이 가운데 제2조 제1항 제7호에서 지칭하는 저작물의 경우 대체로 낮은 창작성 기준인 ‘작은 동전’ 법리가 적용되어 왔다. 이들 저작물에 대해 낮은 수준을 적용해야 한다는 논리는, 동 저작물의 특성상 ‘개성’을 나타내기 어렵지만, 보호의 가치가 필요하므로 그 기준을 낮추어야 한다는 것이다.¹¹⁾ 특히 ‘과학과 기술의 특성을 가진 삽화’라는 맥락에서, 독일연방대법원은 저작권으로 보호받기 위해서는 ‘최소한의 창작성’을 가지면 충분하다고 판시하였다.¹²⁾ 정보전달적인 이러한 종류의 저작물은 개성의 여유가 매우 한정되어 있다.¹³⁾ 이와 대조적으로, 연방대법원은 순수하게 문학 저작물이 아닌 저술저작물(Schriftwerken)에 대해서 작은 동전 법리의 적용을 제한하였다.¹⁴⁾ 이에 대해, 저작권법 제2조 제2항에 따라 모든 종류의 저작물에 대해 동일한 요구사항을 명시하므로, 모든 저작물의 수준은 같아야 하며, 특히 과학적 저작물과 과학적 또는 기술적

9) Loewenheim, supra note 3, S.140.

10) 저작권법 제2조 (보호되는 저작물) (Geschützte Werke) 제1항 보호되는 문학, 학술 및 예술 저작물(Werken der Literatur, Wissenschaft und Kunst)에는 특별히 아래의 것들이 속한다 제1호: 저술저작물(Schriftwerke), 구술(Reden) 및 컴퓨터프로그램과 같은 어문 저작물(Sprachwerke) 제7호: 도면(Zeichnungen), 설계도(Plane), 지도(Karten), 약도(Skizzen), 도표(Tabellen) 및 입체 표현물(plastische Darstellungen)과 같은 학술적·기술적 방법(wissenschaftlicher oder technischer Art)의 표현물(Darstellungen).

11) Haase, Martin Sebastian, *German copyright and sui generis protection of Geo Data, Geo Information and Geo Information Systems in the Age of Digitalization*, Leibniz Universität, 2008, p.31; 서달주, “독일 저작권법상의 작품성론(1)”, 『계간 저작권』, 봄호(2002), 17면.

12) Haase, supra note 11, p.31.

13) Ibid., p.32.

14) Loewenheim, supra note 3, S.141.

특성의 삽화의 차이는 설명할 수 없다는 비판이 있다.¹⁵⁾

III. ‘창작성 수준(Schöpfungshöhe)’ 개념의 도입

1. ‘디자인 수준’ 및 ‘창작성 수준’ 개념의 탄생

‘디자인 수준(Gestaltungshöhe)’이라는 개념은 1958년 Meißner의 토론문에서 유래하며, Eugen Ulmer에 의해 확산되었다.¹⁶⁾ Eugen Ulmer는 1959년 발간된 학술잡지에서, 당시 산업디자인을 어떤 법체계(디자인법, 특허법, 저작권법 등)로 보호하는 것이 바람직한가에 대한 논의가 쟁점으로 떠올랐다고 언급하면서 다음과 같이 결론을 맺고 있다.¹⁷⁾ “차이의 정도(Gradunterschiedes)라는 개념은 독일 법 개념에 있어서 결정적 요인으로 남아 있다. 디자인 보호(Geschmacksmusterschutz)에 덧붙여서, 예술 저작권(Kunsturheberrechtes)으로 까지 보호를 받기 위해서는 예술적 ‘디자인 수준(künstlerischer Gestaltungshöhe)’을 갖추어야 한다는 주장이 제기될 수 있다. 특허법의 ‘발명의 수준(Erfindungshöhe)’과 같이 예술 저작권법(Kunsturheberrecht)에서는 ‘디자인 수준(Gestaltungshöhe)’이라는 개념을 채택할 수 있다. 이는 (1958년) Meißner 박사가 고안한 용어로서, 좋은 제안이며, Freiburg 학회에서 만장일치로 채택되었다.” 이와 같이 ‘디자인 수준’ 개념은 응용예술 저작물의 경우, 순수예술 저작물과 비교하면, 디자인보호법이나 부정경쟁방지법 등과 같은 법에 의해 보호를 받기 때문에 더 높은 수준의 저작물성 요건이 필요하다는 인식에서 비롯되었다.¹⁸⁾

15) Haase, supra note 11, p.33.

16) Mezger, Lukas, *Die Schutzwelle für Werke der angewandten Kunst nach deutschem und europäischem Recht*, V&R unipress, 2017, S.21.

17) Ulmer, Eugen, “Der Schutz der industriellen Formgebung”, *GRUR Ausl.*, Ausg. 1(1959), S.2.

18) Sterling, supra note 8, p.299.

이어서 ‘창작성 수준(Schöpfungshöhe)’이라는 용어가 도입되게 된다. ‘창작성 수준’의 개념은 ‘디자인 수준’이라는 용어와 의미가 같고, 더 선호되어 사용되는 개념으로서, 저작권법 제2조 제2항의 용어와 그 의미가 더 가깝다.¹⁹⁾ 이에 덧붙여서, 창작적 특유함(schöpferischer Eigentümlichkeitsgrad), 저작물 수준(Werkehöhe), 성과수준(Leistungshöhe)이라는 용어도 사용된다. 이러한 학설에 영향을 받은 독일법원은 저작물 성과 관련하여, 일정한 ‘창작성 수준’에 도달하여야 한다는 법리를 발전시켰다.²⁰⁾ ‘디자인 수준’ 및 ‘창작성 수준’ 개념이 학술서적과 판례에서 받아들여짐으로써, Meißner의 제안은 저작권법의 역사를 만들어 냈다.²¹⁾

동 용어(Gestaltungshöhe 또는 Schöpfungshöhe)는 처음에는 응용예술품에 국한하여 저작권으로 보호해야 할지 디자인보호법으로 보호해야 할지를 판단하는 기준으로 사용되어 오다가, 큰 토론 없이 개성 정도가 저작권의 보호를 받기 충분한지 판단하는 기준으로, 다른 종류의 저작물에도 적용되었다.²²⁾ 창작성(creativity)의 응용미술에의 적용은 그 엄격한 요구로 인해 저작권 보호요건을 높여 놓았고, 이는 무비판적으로 다른 저작물에 적용되어 저작물의 성립요건 판단기준을 높여 놓았다고 평가된다.²³⁾ 독일의 창작성 판단은 프랑스와 유사하나, 독일 법원이 더 엄격한 기준을 적용하고 있다고 알려져 왔는데,²⁴⁾ 이는 ‘창작성 수준’의 적용이 널리 확산되는 시점에서의 평가라고 보인다.

한편, 영미권 학술잡지에서 창작성과 관련하여 영미법계의 ‘독창성(origin-

19) Mezger, supra note 16, p.21.

20) Schricker, Gerhard, “Farewell to the ‘Level of Creativity’(Schöpfungshöhe) in German Copyright Law”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Vol.26 No.1(1995), p.41.

21) Ibid., p.42.

22) Ibid.

23) Ibid.

24) Judge, Elizabeth F. & Gervais, Daniel, “Of Silos and Constellations: Comparing Notions of Originality in Copyright Law”, *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, Vol.27(2010), p.382.

ality)’과 대륙법계의 ‘창작성(creativity)’을 대비하는 경우가 있는데, 이때 ‘creativity’는 ‘Schöpfungshöhe(창작성 수준)’이라는 독일의 개념을 나타낸다고 볼 수 있다.²⁵⁾

2. ‘개성성(Individualität)’과 ‘창작성 수준(Schöpfungshöhe)’ 개념의 관계

전통적 창작성 기준인 ‘개성성’과 ‘창작성 수준’ 개념의 관계에 대해서는 대체로 두 가지 입장이 제시되고 있다.²⁶⁾

첫째, ‘창작성 수준’을 보호요건으로 이해하고, 창작성 차원에서 개성의 정도를 보는 입장이다.²⁷⁾ “독일 법에 따르면, 저작물이 보호되기 위해서는 저작물이 창조적(creative)이고, 저자의 개성(individuality, personality)의 증거가 있어야 한다.”²⁸⁾는 영국 학자의 기술은 이 같은 입장에 따른 것으로 보인다. 이와 유사한 관점으로 작품에 개성이 존재 하는지 여부를 따질 경우 두 단계 시험을 거치는데, 첫째 단계로, 기존 작품과 비교해서, 개인적 특성이 있는지 여부를 살피고, 둘째로, 관습적 기능 활동에 지나지 않는지 여부 등과 같이, ‘창작성 수준’을 통과하는지 여부를 따져야 한다는 것이다.²⁹⁾ 여기서 ‘창작성 수준’이라는 용어는 저작물 보호요건의 높은 기준임을 이미 담고 있는 개념이다.

‘Individualität’와 ‘Schöpfungshöhe’를 연계하지 않고, 독자적인 맥락에서 사용하고 있는 판례도 보인다. 2011년 판례는 “... (당해 사건의 저작물이) 저작권법 제2조 제2항을 만족하는지 판단하는 핵심요소인 ‘창작성 수준’에 달

25) 다음과 같은 독일학자의 영어논문은 ‘level of creativity’와 ‘Schöpfungshöhe’를 등치시키고 있다.: Schricker, supra note 20, p.41.

26) Mezger, supra note 16, p.21.

27) Ibid.

28) Dufield, Graham & Suthersanen, Uma, *Global intellectual property law*, Edward Elgar, 2008, p.82.

29) Ohly, Ansgar, *Geistiges Eigentum*, Ludwig-Maximilians-Universität München, 2014, p.31.

성하지 못했다.”³⁰⁾라고 하여, ‘창작성 수준’이 독립된 창작성 기준인 것처럼 기술하고 있다. 또한 2015년 판례는 개성의 정도가 높을수록 저작권의 보호 범위가 넓어진다는 맥락에서 ‘Individualität’를 사용하고 있으며, 보호요건이라는 맥락에서 ‘창작성 수준’이라는 용어를 사용하고 있다.³¹⁾ 이러한 시각에서 본다면, 높은 창작성 기준인 ‘창작성 수준’을 만족한다면, 당연히 ‘개성성’이라는 요건을 갖출 것이므로, 독일의 창작성 개념을 ‘개성성’의 개념을 거칠 필요 없이 ‘창작성 수준’이라는 개념으로 통합해서 이해하는 것이 가능해진다. 이는 ‘창작성’을 보호요건의 핵심 개념으로 보고, 개성의 각인이 있는지 여부를 그 판단기준으로 삼고 있는 한국 판례와 대체로 유사한 입장이라고 보인다.

이와는 대조적인 두 번째 입장은, ‘창작성 수준(디자인 수준)’을 개성의 정도 즉 ‘개성’이라는 추상적 개념에 대한 기본적 양적 개념으로 파악하는 것이다.³²⁾³³⁾ ‘창작성 수준’이라는 개념은 기존의 ‘개성성’이라는 개념을 충족시키는지를 판별하는 구체적 기준으로서의 역할을 한다는 것으로서, 다수의 학설과 판례가 이러한 입장을 취하고 있다.³⁴⁾³⁵⁾ 일반적으로 독일 저작권 법률서적은 저작물성의 구성 요건사실을 설명함에 있어서, ‘Individualität(개성)’만을 들고, 이를 판단하기 위한 하위의 세부적 기준으로 ‘Schöpfungshöhe(창작성 수준)’를 설명하고 있다. 이에 따르면, ‘창작성 수준’은 저작물에 내재한 개

30) KG Berlin · 11.05.2011 · 24U28/11, Abs.13.

31) OLG Köln · 20.02.2015 · 6U131/14.

32) Mezger, supra note 16, p.21.

33) Loewenheim, Ulrich, *Handbuch des Urheberrechts*, 2 Auflage, Verlag C.H. Beck, 2010, S.59.

34) ‘디자인 수준’이란, 예술 저작물이 보호받을 정도로 충분한지를 판단하기 위한 저작물의 개성의 정도를 나타내는 말이다.: Mezger, supra note 16, p.21.

35) 예컨대, 다음 판례에서 ‘Schöpfungshöhe’, ‘Gestaltungshöhe’를 같은 의미로 사용하고 있으며, 저작물로 보호받기에 필요한 ‘Individualität’의 정도라는 의미로 사용되고 있다.: LG München · 14.01.2010 · 7O13628/09, [각각, 92,93 문단] “Letztlich fehlt es dem Konzept des Klägers in jedem Fall an der erforderlichen **Individualität** und **Schöpfungshöhe**.” … “Ein urheberrechtlich geschütztes Werk muss eine gewisse **Gestaltungshöhe** besitzen.”

성의 정도이며, 이를 명확히 하기 위해서는 ‘창작성 수준’ 개념과 저작물 보호요건은 구별해야 한다.³⁶⁾ 법률(저작권법 제2조 제2항)은 보호요건으로 개성이상을 요구하지 않으며, 따라서 창작성 수준은 저작권 보호의 독립된 요건이 아니라는 입장이다.³⁷⁾

IV. 통일된 낮은 창작성 기준의 도입

저작물의 종류에 따라 창작성 판단의 기준이 달라야 한다는 학설과 판례가 있어 왔다. 이러한 흐름은 1990년대 들어와서 저작권 관련 유럽지침이 도입되면서 점차 변화되었다. 즉 저작물의 종류에 관련 없이, 낮은 기준인 ‘작은 동전’ 개념이 적용되어야 하며, 창작성 개념은 그 기준이 통일되어야 한다는 학설과 판례가 대세를 이루게 된다. 유럽지침의 영향과 이에 따른 연방대법원의 판례의 변경에 따라, 모든 저작물에 대한 창작성 판단 기준이 하향 통일화되는 경향을 보이고 있다.³⁸⁾ 이를 상술하면 아래와 같다.

1. 컴퓨터프로그램 관련 유럽지침에 따른 판례 변경

독일에서 컴퓨터프로그램의 초기 판례는 다른 종류의 저작물보다 더 높은 창작성이 요구된다고 판시하고 있다.³⁹⁾

그러나 컴퓨터프로그램에 대한 유럽 지침(1991년)은 “컴퓨터 프로그램은 ‘저작자 자신의 지적 창조물(the author's own intellectual creation)’이라는 의미에서 ‘개성적 작품(individuelle Werke)’의 것이면 보호되어야 하며 보호의 적격성을 결정하기 위해 다른 기준을 적용하지 않아야 한다”고 규정하고 있다

36) Mezger, supra note 16, p. 22.

37) Ibid.

38) 이는 1991년 미국 연방대법원 Fesit 판결에서 표현된, ‘최소한의 창작성’ 기준과 대략 같다고 하겠다.

39) Sterling, supra note 8, p. 299.

(제1조 제3항).⁴⁰⁾ 또한 서문에서는 컴퓨터프로그램의 저작물성을 결정하는데 있어서 질적 및 미적 장점을 판단해서는 안 된다고 기술하고 있다(서문 제8문단).⁴¹⁾ 이 지침을 반영하기 위해 만들어진 독일 저작권법 제69조 (a)항은⁴²⁾ 이 문구를 반복하고 있으며, 질적 및 미적 기준을 배제하였다.⁴³⁾ 이에 독일연방대법원은 1993년, 컴퓨터프로그램에 대한 덜 엄격한 보호 기준이 적용될 수 있다는 입장을 나타내었다.⁴⁴⁾ 이로써 연방대법원에 의해 부여된 이전 판례는 명백하게 거부되었고, 컴퓨터프로그램 분야에서의 ‘작은 동전’도 보호를 누리고 있음이 확립되었다.⁴⁵⁾ ‘개성성’은 보호를 누리기에 충분한 요건이라고 보았다.

2. 응용예술 저작물에 대한 판례 변경

(1) 기존 판례

1995년 독일 연방대법원 판례는, 그동안 법원이 응용예술 저작물(angewandten

40) Directive on the legal protection of computer programs (1991/250/EEC): Article 1 (3): A computer program shall be protected if it is **original** in the sense that it is the author's own intellectual creation. No other criteria shall be applied to determine its eligibility for protection.[Computerprogramme werden geschützt, wenn sie **individuelle Werke** in dem Sinne, dass es dem Autor eine eigene geistige Schöpfung ist. **Keine andere Kriterien** anzuwenden ihre Schutzfähigkeit zu bestimmen.].

41) Directive on the legal protection of computer programs (1991/250/EEC), (Recital 8): on the legal protection of computer programs: “In respect of the criteria to be applied in determining whether or not a computer program is **an original work(individuelles Werk)**, no tests as to the qualitative or aesthetic merits of the program should be applied.”

42) Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz) 1965년 제정, 2008년 최종 개정 §69(a)(3) Computerprogramme werden geschützt, wenn sie **individuelle Werke** in dem Sinne darstellen, daß sie das Ergebnis der eigenen **geistigen Schöpfung ihres Urhebers** sind. Zur Bestimmung ihrer Schutzfähigkeit sind keine anderen Kriterien, insbesondere **nicht qualitative oder ästhetische**, anzuwenden.

43) Schricker, supra note 20, pp.44-45.

44) BGH · 14.07.1993 · I ZR47/91, Abs.16.

45) Schricker, supra note 20, p.45.

Kunst)에 대해서는 지속적으로 ‘작은 동전’ 법리를 적용하지 않았으며, 응용 예술 저작물이 디자인보호법에 의해 보호받을 수 있는 한 높은 수준의 창작성 기준 즉 ‘디자인 수준’을 요구해 왔다고 설명하고 있다.⁴⁶⁾ 동 판례는 응용 예술 저작물의 창작성 기준에 대한 기존 판례의 입장을 다음과 같이 정리하고 있다.: “두 종류의 예술 저작물에 대해 각각 다른 기준이 적용된다.⁴⁷⁾ 독일 저작권법 제2조 제2항에 따르면 저작물의 개념은 단일하지만, ‘디자인 수준’에 대한 요구는 다를 수 있다. 따라서 법원은 음악 및 문학 저작물에 대해서는 단순한 저작물도 보호된다는 소위 ‘작은 동전’ 법리를 인정하여 왔다. 이는 또한 순수(목적이 없는) 예술 저작물에도 적용되었다. 이와는 대조적으로 사법부는 디자인보호법으로 보호가 가능한 한 응용예술 저작물에 대해서는 항상 높은 기준을 요구하여 왔다. 디자인보호법으로 보호를 받기 위해서는 순전히 기능적이고 일상적인 평균 수준의 디자인(Durchschnittsgestaltung) 보다는 수준이 높아야 하며, 저작권으로 보호받기 위해서는 이보다 더 높은 수준이 요구된다. 저작권 보호를 위해서는 높은 창작적 고유성(höherer schöpferischer Eigentümlichkeitsgrad)이 요구된다. 동 사건에서 다루는 보호객체는 순수예술 저작물이 아닌 응용예술 저작물이며, 따라서 요구되는 ‘디자인 수준’은 보다 높다고 하겠다.”⁴⁸⁾

2005년 헌법재판소(BVerfG)도 ‘한 눈에 두 다리가 달린 로고(달리는 눈: Laufendes Auge)’가 디자인보호법으로 별도의 법적 보호를 받을 가능성이 있어서, ‘작은 동전’ 법리가 적용되지 않는다는 기존의 법리를 재확인하였다.⁴⁹⁾ 저작권법 제2조 제1항 제4호에⁵⁰⁾ 따라 ‘응용예술 저작물’이 보호받기 위해서는 ‘명백히 높은 수준의 조형물(das Kriterium einer deutlich überragenden

46) BGH · 22.06.1995 · I ZR119/93, Abs.,14.

47) Ibid.

48) Ibid., Abs.,15: “An die erforderliche Gestaltungshöhe sind hier mithin höhere Anforderungen zu stellen.”

49) BVerfG · 26.01.2005 · 1 BvR1571/02.

50) 독일 저작권법 제2조 제1항 제4호: 건축예술 저작물(Werke der Baukunst), 응용예술 저작물(Werke der angewandten Kunst) 및 이들의 초안(Entwürfe)을 포함하는 조형예술 저작물(Werke der bildenden Kunst);

Gestaltungsleistung)’ 기준을 만족시켜야 한다는 연방법원의 판례에 따른 법리를 동 디자인이 충족시키지 못했다고 판단하였다.⁵¹⁾ 또한 이 저작물이 성공적이고, 독창적이고, 기억에 남고, 매력적인 것만으로는 충분하지 못하다고 하였다.⁵²⁾ 이러한 저작물은 디자인보호법으로 보호받을 가능성이 있기 때문에, 기본법(독일 헌법) 제14조의 재산권 보장 조항이나 제3조의 평등 원칙에 위배되지 않는다는 것이다.

(2) 판례 변경

마침내 2013년 독일 연방대법원은, ‘장난감 기차에 대한 디자인’과 관련한 사건에서 응용예술 저작물의 창작성 기준에 대한 기존의 판결을 다음과 같은 논거에 의해 뒤집었다.: “제2조 제1항 제4호에 따른 응용예술 저작물의 보호와 관련해서 ‘순수 조형 예술 저작물 또는 문학적 및 음악적 창작물(Werken der zweckfreien bildenden Kunst oder des literarischen und musikalischen Schaffens)’이라는 요건 외에 다른 기준이 적용되지 않는다.⁵³⁾ 따라서, 예술에 대한 개념이 있고, 예술에 익숙한 집단의 견해로 보아 ‘예술적(künstlerischen)’이라고 판단되는 것은 ‘디자인 수준(Gestaltungshöhe)’이 달성된 것이라고 보기에는 충분하다. 한편, 평균 수준의 디자인을 분명하게 넘어서야 한다는 기준은 불필요하다. … 응용예술 저작물의 보호요건 충족 판단 시에는, 용도의 목적이 아니라, 예술적 시각에 근거하여, 디자인의 미적 효과(ästhetische Wirkung der Gestaltung)로 판단할 때 저작권 보호를 정당화할 수 있는지를 따져야 한다.⁵⁴⁾”

이와 같이 동 판례는 응용예술 저작물의 저작물성 기준은 순수 예술저작물, 문학저작물, 음악저작물(Werken der zweckfreien bildenden Kunst oder des literarischen und musikalischen Schaffens)의 저작물성 판단기준과 같다고 하

51) BVerfG · 26.01.2005 · 1 BvR1571/02, Abs.6.

52) Ibid., Abs.6: “... Dass es gelungen, originell, einprägsam und ansprechend sei, reiche hierfür nicht aus ...”

53) BGH · 13.11.2013 · I ZR143/12, a).

54) Ibid., b).

고 있다. 응용예술 저작물의 창작성의 정도를 ‘창작성 수준’으로 높게 요구했던 기존의 판례를 변경하여 응용예술 저작물도 일반 예술저작물과 같은 정도의 창작성을 갖추면 저작권으로 보호될 수 있다고 판결한 것이다. 특히 동 판례는 창작성이 낮을수록, 보호범위도 좁아진다고 언급함으로써, 보호의 문턱이 낮아짐에 따른 문제점을 인지하고 이에 대한 대응까지도 염두에 두고 있음을 나타내고 있다.⁵⁵⁾

2015년 독일의 고등법원도 2013년 연방대법원 판례를 따르고 있다.⁵⁶⁾ 동 판결은 저작권법에서 말하는 ‘인격적이고 정신적인 창작물’이라는 정의는 ‘작품의 미적 내용이, 예술적 감수성이 있고 예술에 익숙한 집단의 견해에 따라 예술적 행위로 인정될 수 있을 정도에 도달하는 개인적 성격(individuelle Prägung)을 가지고 있어야 한다.’는 의미⁵⁷⁾라고 판시하고 있다. 저작물이 보호요건인 ‘창작성 수준’을 보여 주었다고 판시하고 있으며,⁵⁸⁾ 동시에 ‘개성성’ 정도가 높을수록 보호범위도 넓어진다고 판시하고 있다.⁵⁹⁾ 또한 동 판례는 대상 저작물이 아주 낮은 ‘디자인 수준’을 보여 주었다는 견해에 동의하지 않으면서, ‘작은 동전’의 낮은 경계선을 넘어선 개성성(Originalität)을 가지고 있다고 언급함으로써,⁶⁰⁾ 작은 동전 법리가 응용예술 저작물에도 적용됨을 분명히 하고 있다. 이와 같이 최종심 판결은 아니지만, 2015년 현재 독일법원은 여전히 ‘개성성’ 및 ‘창작성 수준(또는 디자인 수준)’, ‘작은 동전’이라는 법리를 저작물성 판단 시 적용하고 있으며, 요구되는 ‘창작성 수준’이 높은 기준이 아님을 확인하고 있다.

55) Ibid., b): “Darüber hinaus ist zu beachten, dass eine zwar Urheberrechtsschutz begründende, gleichwohl aber geringe Gestaltungshöhe zu einem entsprechenden Schutzbereich des betreffenden Werkes führt.”

56) OLG Köln · 20.02.2015 · 6U131/14.

57) Ibid., Abs.40.

58) Ibid., Abs.46.

59) Ibid., Abs.47.

60) Ibid., Abs.50.

3. ‘작은 동전’ 개념과 ‘창작성 수준’ 개념의 결합

독일 법원이 특정 저작물에 대해서 ‘창작성 수준’을 적용하였으나, 1990년 저작권 관련 유럽지침의 영향으로 입장을 바꿈에 따라, 동 개념이 향후 작동할지에 대한 논의가 있다.⁶¹⁾ 높은 기준의 ‘디자인 수준(gestaltungshöhe)’의 개념은, 전 세계적으로 보호요건을 낮추려는 세계적 경향에 의해 오늘날 사라져 가고 있다는 평가도 있다.⁶²⁾

최근까지도 독일 저작권 관련 법률 서적이나 판례에서 ‘최소한의 창작성(디자인) 수준’이라는 어구를 드물지 않게 발견할 수 있다. 이는 ‘창작성 수준’이라는 개념이 이미 높은 기준의 창작성이라는 의미를 내포하기 때문에 논리적으로 모순된 표현이라고 볼 수도 있다.⁶³⁾ 그러나 ‘창작성 수준’이라는 용어가 가지는 의미를 더 이상 높은 창작성 기준을 말하지 않고, 문자 그대로 중립적 의미의 ‘창작성 수준’만을 의미한다면 적절한 표현이라고 할 수 있다. 그 의미는 ‘작은 동전’ 법리와 중립적 ‘창작성 수준’이라는 용어가 통합된 개념이라고 볼 수 있으며, 실제로 판례도 그렇게 보고 있다.

1995년 연방대법원 판례는 ‘Mindestmaß an Schöpfungshöhe’가 작은 동전 법리의 적용을 말한다고 분명하게 말하고 있다.⁶⁴⁾ 또한 1999년 판례는 ‘작은 동전’ 개념을 ‘geringer Grad individuellen Schaffens’ 및 ‘geringe Gestaltungshöhe’ 의미와 같다는 맥락에서 사용하고 있다.⁶⁵⁾ 주석서도 다음

61) Schricker, supra note 20, p.41.

62) Rehbindner, Manfred, *Urheberrecht*, 14 Auflage, Verlag C.H.Beck, 2006, S.62.

63) 이러한 용어의 결합에 대해, 상대적 기준(작은 동전)이 절대적 기준(창작성 수준)과 결합된 것이라는 관점에서 논리적으로 모순이라고 지적하는 학자도 있다.: Mezger, supra note 16, S.32.

64) BGH · 22.06.1995.I ZR 119/93: Es spricht einerseits von “nicht zu geringen Anforderungen”, begnügt sich andererseits aber mit einem **“Mindestmaß an Schöpfungshöhe”**, womit die sog. **kleine Münze** gemeint sein könnte.

65) BGH · 15.09.1999 · I ZR 57/97, Abs.17: “Das Urheberrecht schützt bei literarischen Schriftwerken auch die sogenannte **kleine Münze**, bei der bereits ein geringer Grad individuellen Schaffens und eine geringe **Gestaltungshöhe** als ausreichend angesehen wird. Bei der Übersetzung derartiger Werke dürfen an die **Schöpfungshöhe keine**

과 같이 중립적인 맥락에서 ‘디자인 수준’을 사용하고 있다.⁶⁶⁾ “(작은 동전) 용어는 단순하지만, 보호받을 수 있는 ‘최소한의 정도의 디자인 수준(Minimum an Gestaltungshöhe gerade)’의 형태를 가진 정신적 창작물(geistige Schöpfungen)을 의미하는 것으로 이해되고 있다.”

한편, 전화번호부의 창작성을 다룬 미국연방대법원 판례(Feist)는 1991년 3월 27일 판결되었으며, ‘minimal degree of creativity(최소한의 창작성)’⁶⁷⁾ 및 ‘a modicum of creativity’⁶⁸⁾라는 용어를 사용하고 있다. 1991년 1월 24일 독일 연방대법원 판례는 ‘작은 동전’이라는 법리를 적용하면서 ‘작은 고유성(geringen Eigenprägung)’과 같은 용어를 사용하고 있기는 하지만, 직접적으로 ‘Gestaltungshöhe’ 및 ‘Schöpfungshöhe’라는 용어에 결부시키지는 않고 있으며,⁶⁹⁾ 1995년 판례에서는 이러한 표현이 나타나는 것으로 판단컨대, 독일 사법부가 타국의 영향을 받아 과감하게 이러한 용어를 사용했을 가능성도 배제할 수 없다.⁷⁰⁾

V. 향후 전망

현재 시점에서 독일의 창작성 개념의 미래를 조망한다면, 개성의 존재라는 개념은 여전히, 향후에도 지속될 것으로 보이며, 낮은 창작성 기준인 ‘작

höheren Anforderungen gestellt werden.”

66) Loewenheim, supra note 3, S.140.

67) FEIST PUBLICATIONS, INC. v. RURAL TELEPHONE SERVICE CO., 499 U.S. 340, 345(1991)

68) FEIST PUBLICATIONS, INC. v. RURAL TELEPHONE SERVICE CO., 499 U.S. 340, 346(1991)

69) BGH · 24.01.1991 · I ZR78/89 : “Ohne Rechtsverstoß hat das Berufungsgericht den M.-Text unter dem Gesichtspunkt der sogenannten **kleinen Münze** als gerade noch urheberrechtsschutzfähig angesehen und angesichts der **geringen Eigenprägung** auch den Schutzbereich eng gezogen.”

70) 한국 대법원도 ‘최소한의 창작성’이라는 용어를 사용한 사례가 있다.: 대법원 1997.11.25.선고 97도2227 판결.

은 동전’ 법리가 다양한 범주의 저작물에 더 확대되어 적용될 것으로 보인다. 즉 컴퓨터프로그램, 데이터베이스, 사진과 같이 유럽연합지침이 반영되는 저작물과 2013년 연방대법원 판례에 의해 낮은 수준의 창작성 기준이 적용됨을 명시한 문학, 음악, 예술저작물의 경우 ‘작은 동전’ 법리가 적용될 것으로 전망되며, 마지막으로 학술저작물의 경우까지 적용될 지는 지켜봐야 할 것이다. 또한 높은 창작성 기준인 ‘Schöpfungshöhe(창작성 수준)’이라는 용어는 지속적으로 사용될 것으로 보이나, 높은 창작성 기준이 아니라 문자 그대로 ‘창작성 수준’ 만을 의미하는 중립적인 의미를 가진 개념으로 변화되어 사용될 것으로 보인다.

현대 독일 독트린은 개성(individualität)을 ‘최소한’의 ‘창작성 수준(gestaltungshöhe)’ 요구와 결합시키고 있다는⁷¹⁾ 표현은 전통적 ‘개성성’ 개념과 ‘작은 동전’ 개념 그리고, 중립적 의미의 ‘창작성 수준’ 개념을 통합시킨 독일 저작권법상 창작성 개념의 현재 상황을 적절하게 보여주고 있다.

1. 최소한의 ‘창작성 수준’ 개념의 확산

독일에서 ‘최소한의 창작성 수준’을 요구하는 기준이 확산될 근거를 들면 다음과 같다.

첫째, 유럽연합 차원의 낮은 수준의 창작성 기준을 지지하는 움직임을 들 수 있다. 사진 저작물, 컴퓨터프로그램, 데이터베이스와 관련된 유럽지침은 저작물 보호요건을 정하는 데 있어서, ‘저자 자신의 지적 창작물’ 이외의 기준을 적용하지 못하도록 명확히 하고 있으며, 높은 기준의 ‘창작성 수준’을 배척하고 있다.⁷²⁾ 또한 유럽사법재판소는 이 기준이 저작물의 종류와 관계 없이 적용한다고 판시하였다.⁷³⁾ 낮은 수준의 보호요건을 담고 있는 유럽지침 및 이에 따른 유럽연합 재판소의 판례를 볼 때, 향후 독일의 경우 대체로

71) Judge & Gervais, supra note 24, p.382.

72) Loewenheim, supra note 3, S.139.

73) ECJ · 16.07.2009 · Case C-5/08.

저작물의 종류에 관계없이 낮은 기준의 창작성 법리의 적용이 더욱 확대될 것으로 전망된다.⁷⁴⁾

둘째, 독일의 법률과 판례가 유럽연합의 기준을 수용하려는 움직임을 보이고 있다는 점이다. 예컨대, 독일 저작권법 제69조 (a)항은 컴퓨터프로그램에 관한 유럽지침의 관련 조문을 받아들이고 있다.⁷⁵⁾ 또한 1990년대 저작권 관련 유럽지침이 제정된 이래로, 독일의 연방법원은 ‘낮은 수준의 개성성(창작성)’을 다양한 범주의 저작물에 적용시키는 경향을 강화하고 있다. 유럽연합 지침서가 공포된 이후, 높은 기준이라는 의미를 내포한 ‘창작성 수준’ 개념은 더 이상 유용하지 않다는 견해가 있다.⁷⁶⁾

셋째, 독일 저작권법 제2조 제2항이 저작물성을 명확히 정의하고 있기 때문에, 통일된 저작권 개념하에 저작물의 종류에 관계없이 통일된 개성기준이 필요하다는 논리이다.⁷⁷⁾

넷째, 오늘날 경제적 의미가 있는 저작권 보호대상은 낮은 수준의 창작성을 가지고 있고 이를 배제하는 엄격한 보호요건은 바람직하지 않다.⁷⁸⁾ 이는 경쟁법이나 특별법에 의해 보호받지 못하는 창작물에 대한 보호의 필요성이 있다는 이론에 의해 뒷받침된다.⁷⁹⁾

2. 학술저작물에 대한 창작성 기준

제2조 제1항에서 언급한 저작물의 종류 가운데 2013년 연방대법원 판례

74) Loewenheim, supra note 3, S.140.

75) Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz) 1965년 제정, 2008년 최종 개정 §69(a)(3) Computerprogramme werden geschützt, wenn sie **individuelle Werke** in dem Sinne darstellen, daß sie das Ergebnis der eigenen **geistigen Schöpfung ihres Urhebers** sind. Zur Bestimmung ihrer Schutzzfähigkeit sind keine anderen Kriterien, insbesondere **nicht qualitative oder ästhetische**, anzuwenden.

76) Schricker, supra note 20, pp.46-48.

77) Haase, supra note 11, p.33.

78) Schricker, supra note 20, p.47.

79) Loewenheim, supra note 3, S.139.

에서 언급되지 않은 ‘학술 저작물(Werken der Wissenschaft)’의 경우에도 낮은 수준의 창작성 기준, 즉 ‘작은 동전’ 법리가 적용될지에 대해서는 단정하기 어렵다. ‘실용적 어문저작물’의 보호기준의 하한선을 높여야 하는지에 대한 학설도 대립하고 있다.⁸⁰⁾

2013년 연방대법원 판례 이후에도 여전히 ‘학술 저작물’의 경우에는 ‘작은 동전’ 법리를 적용하지 않고 있다는 견해도 있다. 예컨대 2017년판 주석서는 연방대법원이 순수하게 문학 저작물이 아닌 저술에 대해서 ‘작은 동전’ 법리 적용을 제한하였다고 기술하고 있다.⁸¹⁾

저술저작물의 하위 개념으로서의 전문서적(실무적 어문저작물)에 대해서 일부 판례가 높은 창작성 수준인 ‘창작성 수준’ 법리를 적용한 사례가 있다. Roder는 2014년 판례(OLG Düsseldorf · 06.05.2014 · I-20 U 174/12)에서 ‘옷 판매를 위한 광고 문구’에 대해서 ‘창작성 수준’이라는 기준을 적용하여 저작권 보호를 판단한 점을 들어, 실용적 저술저작물에도 창작성 기준이 낮아질지는 예측할 수 없다고 기술하고 있다.⁸²⁾ Loewenheim는 같은 판례를 포함한 과거의 판례를 광범위하게 나열하면서, ‘실용적 저술 저작물’에 대해서 기존 법원이 적용하였던 높은 창작성 기준을 법원이 따라가고 있다고 기술하고 있다.⁸³⁾

문제의 2014년 ‘옷 판매 광고’에 대한 판결에서 법원은 ‘작은 동전’의 보편적 적용을 언급한 2013년 연방대법원 판례와 실용문서에 대해 ‘디자인 수준’을 적용한 1991년 연방대법원 판례를 동시에 비판 없이 수용하고 있다는 점에서 흥미롭다. 동 법원은 2013년 판결(BGH · 13.11.2013 · I ZR 143/12)을 인용하면서, 어문저작물(Sprachwerken)에 대해서도 ‘작은 동전’ 법리가 적용됨을 명확히 하고 있다.⁸⁴⁾ 동시에 1991년 판결(BGH · 10.10.1991 · I ZR 147/89)

80) 서달주, 전계 논문, 17면.

81) Loewenheim, supra note 3, S.141.

82) Roder, Verena, *Die Methodik des EuGH im Urheberrecht*, Mohr Siebeck, 2016, S.378.

83) Loewenheim, supra note 3, S.139.

84) OLG Düsseldorf · 06.05.2014 · I 20U174/12, Abs.63.

을 인용하면서, 실용문서가 보호를 받기 위해서는, 일상적이고 수작업적이고, 재료의 기계적·기술적 재배치를 변경하는 것을 명백히 넘어서야 한다고 하고 있다.⁸⁵⁾ 이 사건에서 원고는 자신의 ‘옷 광고문구’가 ‘디자인 수준(Gestaltungshöhe)’을 충족시키며, 창작적 고유성(Gestaltungshöhe schöpferische Eigentümlichkeit)을 갖추고 있다고 주장하였다. 그러나 법원은 침해 혐의자의 옷 광고 문구가 모델명, 연락처 등 몇 가지를 제외하고, 원고의 광고 문구를 거의 문자 그대로 베낀 점이 인정된다고 하면서도,⁸⁶⁾ 광고문구가 상당한 개성적 특징(erheblich individuelle Prägung)을 보여 주지 못하기 때문에 저작권법 제2조 제2항의 인격적이고 정신적인 창작물로 인정될 수 없다고 하고 있다.

2013년 판결의 대상물이 ‘장난감 기차에 대한 디자인’이라는 응용예술 저작물인 반면에, 1991년 판결의 대상물은 ‘전동 톱 사용설명서’에 관한 것이다.⁸⁷⁾ 이러한 맥락에서 본다면 2014년 판결은 대상 객체가 ‘실용적 저술저작물’이라는 점에서 이와 같은 종류의 저작물을 다룬 1991년 판결의 접근 방식을 취했다고 할 수 있으며, 다만 ‘Gestaltungshöhe’나 ‘Schöpfungshöhe’라는 용어를 사용하지 않고, ‘상당한 개성적 특징(erheblich individuelle Prägung)’이라는 용어를 사용함으로써, 2013년 연방대법원 판례의 법리와의 충돌을 피하려는 태도가 엿보인다.

2016년 사건에서 법원은 ‘구인 광고문구’에 대해서, 저작권법 제2조 제1항 제1호의 ‘Sprachwerk’로 인정받기 위한 ‘창작성 수준’을 충족시키지 못한다는 것을 근거로 저작물의 보호대상에 속하지 않는다고 결정하였다.⁸⁸⁾ 여기서 법원은 일반적으로 요구되는 최소한의 독특성(Eigentümlichkeit)은 ‘작은 동전’이

85) 법원은 ‘전기톱 사용설명서’가 보호받기에 필요한 ‘디자인 수준(Gestaltungshöhe)’이 결여되었다고 판단하였다. 즉 전동 톱 사용설명서가 다른 회사의 사용설명서와 크게(상당히) 다를 바가 없고, 설명서의 구조는 제품의 특성에서 기인하며, 문서와 설계도와 사진의 결합도 일상적이라는 것이다. 언어적인 특이성도 인식되지 않는다고 판단하였다.:

BGH · 10,10,1991 · I ZR 147/89.

86) OLG Düsseldorf · 06,05,2014 · I 20U174/12.

87) BGH · 10,10,1991 · I ZR147/89.

88) KG Berlin · 18,07,2016 · 24W57/16.

라고 알려져 있으며, 이는 낮은 수준의 독창성(geringen Schöpfungsgrad)을 가진 단순한 것도 보호받는 정신적 창작물(geschützte geistige Schöpfungen)이 될 수 있다는 이론이라는 것을 인정하고 있다. 그러나 이러한 기준에 따른다고 하더라도, 대상 객체는 요구되는 정도의 독창성(erforderliche Schöpfungsgrad)을 갖추지 못했다고 판단했다. 이 사건에서 주목할 만한 점은 동 법원이 ‘Schöpfungshöhe’라는 용어를 사용하면서도, ‘작은 동전’ 법리를 배척하지 않고, 적용의 가능성을 열어 놓고 있다는 점이다.

2013년 ‘생일파티 기차 디자인’ 연방대법원 판결 이후, 하급심의 판례를 보면 ‘실용적 문서’에 대한 저작물에까지 ‘작은 동전’ 법리를 확실하게 적용하지 않으면서도 그 가능성을 열어 두고 있다는 점에서 마지막 남은 특정 저작물에 대한 특별한 접근 방식이 조만간 사라질 가능성이 있다고 판단된다.

VI. 결 론

독일은 창작성 개념을 형성하는 데 있어서 시대적 상황의 변화에 맞추어, 독자적으로 ‘개성성(Individualität)’, ‘작은 동전(kleine Münze)’, ‘창작성 수준(Schöpfungshöhe)’이라는 개념을 만들어 오고 있다. 먼저 19세기 판례와 법률을 통해서 개성이라는 개념을 담은 ‘고유성(Eigentümlichkeit)’이라는 용어가 나타나면서, 독일의 전통적 창작성 개념이 형성되기 시작했으며, 개성의 양적 개념으로서 낮은 기준인 ‘작은 동전’ 법리에 이어, 높은 기준인 ‘디자인 수준(Gestaltungshöhe)’ 법리가 나타나게 된다. ‘디자인 수준’이라는 용어는 보다 보편적인 용어인 ‘창작성 수준’이라는 용어와 병행해서 사용되게 된다. 1990년대 이후에 들어서서는 유럽지침의 영향을 받아, 낮은 수준의 통일된 창작성 기준으로 수렴하고 있는 상황이다. 결론적으로 현재 독일의 경우, 개성의 각인, 즉 일정한 창작성을 최소한 요구하고 있다고 볼 수 있으며, 이는 전 세계적으로 수렴되는 경향이기도 하다.

〈표1〉 독일 저작권법상 창작성의 개념사

19세기	20세기 상반기	20세기 하반기
고유성(1837년 법률): eigenthümliche	고유성	고유성: Eigentümlichkeit
개성성: Individualität	개성성	개성성
	작은동전(1921): kleine Münze	작은 동전
		디자인 수준(1958): Gestaltungshöhe
		창작성 수준; Schöpfungshöhe
		인격적이고 정신적인 창작물(1965년 법률): persönliche geistige Schöpfungen

이러한 독일 저작권법상의 ‘창작성’ 개념사는 우리에게 다음과 같은 시사점을 던져 주고 있다.

첫째, 최소한의 창작성이라는 법리는 보호받을 가치가 없는 경우에도 보호가 제공될 위험을 안고 있다. 일부 판례는 이에 따른 문제점을 해결하기 위한 법리로서, 개성성이 높을수록, 보호범위도 넓어진다는 독트린을 활용하려는 태도를 보여 주고 있다.⁸⁹⁾ 저작권법의 세계에 진입하는 단계에서는 저작물의 종류를 차별하지 않고, 장벽은 낮추면서, 그 보호 수준을 개성의 수준에 맞춘다는 접근이다. 한국에서도 저작물 종류에 따른 창작성 기준을 어떻게 하느냐를 고민하고 있는 상황에서 이러한 접근 방식을 고려하는 것도 타당성이 있다고 보인다.

둘째, ‘창작성 수준(Schöpfungshöhe)’ 개념과 관련한 근본적인 문제가 있다. 독일에 있어서 창작성 개념은 ‘개성성’을 중심 개념으로 하여 약 200년 동안 이어지고 있고, 개성의 양적 개념으로 이해되는 ‘창작성 수준’ 개념은 20세기 하반기에 나타난 새로운 개념이다. 그러나 저작권 관련 유럽지침 제정 이후 높은 창작성이라는 의미의 ‘창작성 수준’ 개념은 거의 폐기되었다. ‘창작성 수준’이라는 개념은 영미법이나 대륙법이나를 막론하고, 창작성을

89) OLG Köln · 20.02.2015 · 6U131/14, Abs. 47.

저자와 결부시키는 전통적 방식에서 벗어나고 있다는 점에 유의할 필요가 있다. 즉 동 개념은 저자와 관련 없이, 창작물 자체를 판단하는 기준이라는 점에서 기존의 ‘Individualität(개성)’과는 다른 개념으로서, 특허법의 신규성과 공통점을 가진 개념이라고도 볼 수 있다. ‘창작성 수준’의 판단을 위해서는 창작물 사이의 비교과정이 수반될 수 있으며, 이는 특허법에서의 선행기술과 출원발명의 비교과정과 유사한 면이 있기 때문이다.

독일의 ‘창작성 수준’ 법리의 타당성이 의심받고 있는 상황에서, 한국 저작권법 학계나 판례에서 사용하고 있는 ‘창작성’이라는 용어의 적절성에 관한 비판적 성찰이 필요할 것으로 보인다.

셋째, 한국의 경우 응용미술저작물과 컴퓨터프로그램 저작물의 창작성 기준에 대한 판례의 축적이 적고, 관련 학술 연구가 많지 않다는 점에서 독일이 저작물의 종류에 관계없이 창작성 기준을 하향 평준화하는 역사적 과정이 타당한지를 검토하는 것은 국내 관련 법리의 정립에 도움이 될 것으로 판단된다.

독일은 시대의 요구에 따라 창작성 개념을 꾸준히 진화시켜 오고 있다. 인공지능 시대에 맞는 창작성 개념의 진화가 요구되는 상황에서, 능동적으로 창작성 개념을 발굴하는 것이 필요해 보인다.

참고문헌

〈단행본(서양)〉

- Dutfield, Graham & Suthersanen, Uma, *Global intellectual property law*, Edward Elgar, 2008.
- Elster, Alexander, *Gewerblicher Rechtsschutz, umfassend Urheber- und Verlagsrecht, Patent- und Musterschutzrecht, Warenzeichenrecht und Wettbewerbsrecht*, Vereinigung Wissenschaftlicher Verleger, 1921.
- Haase, Martin Sebastian, *German copyright and sui generis protection of Geo Data, Geo Information and Geo Information Systems in the Age of Digitalization*, Leibniz Universität, 2008.
- Loewenheim, Ulrich, *Handbuch des Urheberrechts*, 2 Auflage, Verlag C.H. Beck, 2010.
- Mezger, Lukas, *Die Schutzwelle für Werke der angewandten Kunst nach deutschem und europäischem Recht*, V&R unipress, 2017.
- Ohly, Ansgar, *Geistiges Eigentum*, LUDWIG-MAXIMILIANS-UNIVERSITÄT MÜNCHEN, 2014.
- Rehbinder, Manfred, *Urheberrecht*, 14 Auflage, Verlag C.H.Beck, 2006.
- Roder, Verena, *Die Methodik des EuGH im Urheberrecht*, Mohr Siebeck, 2016.
- Schricker/Loewenheim, *Urheberrecht Kommentar*, 5 Auflage, Verlag C.H.Beck, 2017.
- Sterling, J.A.L., *World Copyright Law*, Second edition, Sweet & Maxwell, 2003.

〈학술지(국내 및 동양)〉

- 서달주, “독일 저작권법상의 작품성론(1)”, 『계간 저작권』, 봄호(2002).
- 윤권순, “독일 저작권법상 ‘창작성’ 개념의 역사적 기원”, 『서울대학교 법학』, 제58권 제4호(2017).

〈학술지(서양)〉

- Judge, Elizabeth F. & Gervais, Daniel, “Of Silos and Constellations: Comparing Notions of Originality in Copyright Law”, *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, Vol.27(2010).
- Schricker, Gerhard, “Farewell to the ‘Level of Creativity’(Schöpfungshöhe) in

German Copyright Law”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Vol.26 No.1(1995).

Ulmer, Eugen, “Der Schutz der industriellen Formgebung”, *GRUR Ausl.*, Ausg. 1(1959).

〈판례〉

대법원 1997.11.25. 선고 97도2227 판결.

BGH · 24.01.1991 · I ZR78/89.

BGH · 10.10.1991 · I ZR147/89.

BGH · 14.07.1993 · I ZR47/91.

BGH · 22.06.1995 · I ZR119/93.

BGH · 15.09.1999 · I ZR57/97.

BGH · 13.11.2013 · I ZR143/12

LG München · 14.01.2010 · 7O13628/09

KG Berlin · 11.05.2011 · 24U28/11

OLG Köln · 20.02.2015 · 6U131/14.

KG Berlin · 18.07.2016 · 24W57/16.

BVerfG · 26.01.2005 · 1 · BvR1571/02.

ECJ · 16.07.2009 · Case C-5/08.

〈연구 보고서〉

하상익, “독일 저작권법 전문 번역 및 개관”, 서울중앙지방법원, 2015.

The Evolution of the Concept of Originality(Individualität) in German Copyright Law

Yoon Kwonsoon

In the nineteenth century, Germany had invented the concept of ‘individualität’ by using the term ‘unique(eigenthümliche)’ in copyright law. In the twentieth century, the related concepts with ‘individualität’ had been introduced for rational application to some works. First, in the 1920s, the doctrine of ‘small coin(kleine Münze)’, which is the criterion of low level ‘individualität’, was devised. Second, recognizing the need for high standards for works of applied art that could be protected by another law, doctrine of ‘design level(Gestaltungshöhe)’ was created in the 1950s. The term ‘level of creativity(Schöpfungshöhe)’, which has same meaning with the term ‘design level’ and more suitable for the broad application of works soon appears. After several EU Directives on copyright made in the 1990s provided low originality standards for computer programs, photographs and databases, the German Supreme Court affected by this directives has lowered the standards of originality. The Federal Supreme Court in 2013 stated that low level originality can be applied to literary, musical works and works of applied art.

Keyword

German copyright law, originality, creativity, individuality, small coin, eigenthümliche, Gestaltungshöhe, Schöpfungshöhe, individualität, kleine Münze