

| 2026 학술세미나 |

저작권법학의 과거, 현재, 미래:

‘창작성’을 중심으로

2026.5.22. (금) 13:00~18:10

한국저작권위원회 서울사무소 16층

주최



한국저작권위원회

(사)한국저작권법학회

| 2026 학술세미나 |

저작권법학의 과거, 현재, 미래:

‘창작성’을 중심으로

2026. 5. 22(금) 13:00-18:10

한국저작권위원회 서울사무소 16층

주최



한국저작권위원회 (사)한국저작권법학회

프로그램

I 개요

일정 2026년 5월 22일 (금) 13:00 - 18:10 / 한국저작권위원회 서울사무소 16층

주최 한국저작권위원회 (사)한국저작권법학회

I 세부 일정

일정		발표/내용		비고
개회식 (13:00~13:40)		13:00~13:20	등록	
		13:20~13:40	• 개회사: 한지영 교수(한국저작권법학회 회장) • 환영사: 강석원 위원장(한국저작권위원회) • 기념촬영	전체사회: 황선영 교수 (부산대학교)
제1부	제1주제	13:40~14:40	저작물의 창작성 기준, 어디서 와서 어디를 향하나? - 역사적 관점에서의 비판적 고찰 - 발표: 이일호 교수(연세대학교) 토론: 박성호 명예교수(한양대학교), 나종갑 교수(연세대학교)	좌장: 박준석 교수 (서울대학교)
	제2주제	14:40~15:40	현대미술의 창작성에 관한 연구: 개념적 미술을 중심으로 발표: 정수영 박사(변호사) 토론: 이상정 명예교수(경희대학교), 남형두 교수(연세대학교)	
휴식(15:40~16:00)				
제2부	제3주제	16:00~17:00	건축저작물의 창작성과 실질적 유사성 발표: 조성광 박사(변리사) 토론: 박준우 교수(서강대학교), 류시원 교수(전남대학교)	좌장: 김병일 교수 (한양대학교)
	제4주제	17:00~18:00	AI 창작환경과 창작성의 미래 발표: 권순재 박사(변호사) 토론: 신재호 교수(경상국립대학교), 황선영 교수(부산대학교)	
폐회식(18:00~18:10)				

개회사

안녕하세요,
한국저작권법학회 회장 한지영입니다.

바쁘신 가운데 오늘 한국저작권법학회 춘계학술대회에 참석해 주신 모든 분들에게 감사의 말씀을 드립니다.

오늘 한국저작권법학회 춘계학술대회의 대주제는 “저작권 법학의 과거, 현재, 미래: ‘창작성’을 중심으로”입니다. 저작권 분야에서 오랫동안 중요한 쟁점이 되어 왔고, 실무적으로 지금도 쟁점이 되는 핵심어가 바로 ‘창작성’일 것입니다. 우리나라 대법원은 저작물의 창작성을 남의 것을 보고 베끼지 아니하고 저작자 자신의 독자적인 창조적 개성이 발현되어야 하며, 누가 하더라도 동일하거나 유사한 경우에는 창작성을 인정하지 않는다는 취지로 일관되게 실시해 오고 있습니다만, 저작물의 창작성에 대한 판단은 여전히 저작권 분야에서 본질적인 쟁점 중 하나입니다. 이러한 배경 하에 올해 춘계학술대회에서는 창작성을 중심으로 ‘창작성 개념의 기원과 역사’, ‘현대미술에서 창작성’, ‘기능적 저작물에서 창작성’, ‘인공지능 환경에서 창작성’이라는 소주제를 가지고 각 주제를 연구해 오신 전문가들이 발표를 진행하게 됩니다. 발표자로서 흔쾌하게 수락해 주신 이일호 교수님, 정수영 변호사님, 조성광 박사님, 권순재 변호사님에게 진심으로 감사의 말씀을 드리며, 각 주제별로 훌륭한 발표가 기대됩니다.

특히 오늘 학술대회가 의미하다고 생각하는 것은 이일호 교수님을 제외하고는 발제자들이 최근 저작권으로 박사학위를 수여하신 분들이며, 이들을 지도하신 지도교수님이신 김병일 교수님과 박준석 교수님이 좌장을 맡으셨다는 점입니다. 신진학자들의 학계에의 참여를 통한 학회 활성화가 기대되는 부분이기도 합니다. 또한, 학계의 중진으로 계시는 다수의 교수님들이 토론자로 참여해 주셨다는 것도 올해 춘계학술대회의 의미를 더하고 있는 것 같습니다. 토론자로서 참여해 주시는 이상정 경희대 명예교수님, 박성호 한양대 명예교수님을 비롯하여 남형두 교수님, 나종갑 교수님, 박준우 교수님, 류시원 교수님, 신재호 교수님과 황선영 교수님에게 진심으로 감사의 말씀을 드립니다. 무엇보다도 직접 오늘 학술대회에 참석하셔서 축하해 주신 강석원 한국저작권위원회 위원장님에게 감사드립니다.

오늘 저작물의 창작성에 관한 발표와 토론에서는 과거 저작물 개념이 어떻게 발단되었는지 연혁적 고찰부터 시작하여 최근 우리나라에서 창작물에 관한 대법원 판례들, 그리고

전 세계적으로 쟁점이 되고 있는 생성형 인공지능(AI)의 결과물에 이르기까지 창작성을 핵심어로 하여 과거, 현재 그리고 미래에 저작물의 창작성을 어떻게 이해하고 해석해야 하는지 깊이 생각하고 성찰하게 만드는 매우 유의미한 자리가 될 것으로 확신합니다. 오늘 학회에서 창작성에 관한 활발한 논의가 학계에는 물론 실무적으로도 매우 유용하게 활용될 것이라고 기대해 봅니다.

5월 하순이 되면서 따뜻한 봄이 지나가고 더운 여름으로 가는 것 같습니다. 지구촌에서 그동안 전 세계인의 많은 관심을 끌었던 전쟁이 종료되고 지구촌에 다시 평화가 깃들기를 진심으로 기원해 봅니다. 특히 지구온난화로 여름이 점점 길어지는 것 같은데 올해에도 더위에 지치지 마시고 항상 건강에 유념하시기 바랍니다.

마지막으로 춘계학술대회 대주제 선정을 위하여 애써주신 학회의 연구이사 이철남 교수님, 최승재 교수님과 류시원 교수님에게 감사드리며, 또한 오늘 이 자리를 위하여 보이지 않는 위치에서 수고해 주신 성원영 총무이사님을 포함하여 많은 분들에게 진심으로 감사드립니다. 무엇보다도 저작권 학문에 대한 열정으로 이 자리에 참석하여 주신 모든 분들에게 감사드리며, 여러분의 가정에 건강과 행복이 넘쳐나기를, 그리고 각자의 연구에 있어서는 괄목할만한 연구성과를 거두시는 병오년(丙午年) 한 해가 되기를 진심으로 기원하면서 개회사에 갈음하고자 합니다.

감사합니다.

2026. 5. 22.

한 지 영 배상

환영사

존경하는 내외 귀빈 여러분,
그리고 이 자리를 빛내주신 전문가 여러분, 반갑습니다.

먼저 오늘 행사의 성공적인 개최를 위해 함께해 주신 각계 전문가와 관계자 여러분께 진심으로 감사의 말씀을 드립니다. 특히 이번 세미나의 개최를 위해 애써주신 한국저작권법학회 한지영 회장님께 깊이 감사드립니다. 아울러 발제를 맡아 소중한 연구 성과를 공유해 주시는 이일호 교수님, 정수영 변호사님, 조성광 변리사님, 권순재 변호사님께 감사드립니다. 또한 토론에 참여해 주시는 이상정 명예교수님, 박성호 명예교수님, 남형두 교수님, 나종갑 교수님, 박준우 교수님, 신재호 교수님, 류시원 교수님, 황선영 교수님께도 감사의 말씀을 전합니다. 그리고 좌장을 맡아 주신 박준석 교수님과 김병일 교수님께도 깊은 감사의 인사를 드립니다.

오늘 세미나는 창작성을 중심으로 저작권 법학의 과거와 현재 그리고 미래를 살펴보는 의미있는 자리입니다. 창작성은 저작권 보호의 가장 근본적인 요건이자, 시대의 변화에 따라 그 의미와 범위가 끊임없이 재해석되어 온 핵심 개념입니다.

특히 기술의 발전은 언제나 저작권법에 새로운 질문을 던져 왔습니다. 19세기 사진기가 처음 등장했을 당시에, 기계적 장치에 의해 구현된 결과물을 과연 인간의 저작물로 볼 수 있는지에 대한 치열한 논의가 있었습니다. 그러나 시간이 흐르면서 사진 역시 촬영자의 구도, 빛의 선택, 순간의 포착 등 인간의 개성과 창의적 표현이 반영된 저작물로 인정받게 되었습니다.

오늘날 우리는 다시 한번 인공지능 기술의 발전이라는 거대한 변화 앞에 서 있습니다. 인공지능이 생성한 결과물에 대하여 어디까지 인간의 창작적 개입이 있었다고 볼 수 있는지, 그리고 어떠한 기준으로 저작권 보호 여부를 판단하여야 하는지는 현재 저작권법이 직면한 가장 중요한 과제 가운데 하나입니다.

결국 창작성 개념은 기술의 발전에 따라 고정된 의미로 머무르는 것이 아니라, 새로운 창작 환경 속에서 인간의 창작적 기여를 어떻게 이해하고 보호할 것인가에 대한 사회적·법적 논의를 통해 계속 발전해 나가고 있다고 생각합니다.

오늘 이 자리에서는 창작성 개념의 기원과 역사적 형성 과정을 살펴보는 것을 시작으로, 개념미술로 대표되는 현대미술에서의 창작성 문제, 기능적 저작물의 대표 사례인 건축저작물에서의 창작성 판단 기준, 나아가 AI 창작 환경이 가져오는 창작성 개념의 미래까지 폭넓고 깊이 있는 논의가 이루어질 것으로 기대합니다. 이러한 논의는 저작권 법학의 어제와 오늘을 성찰하고, 앞으로의 방향을 모색하는 뜻깊은 계기가 될 것입니다.

오늘 세미나에서 이루어질 발표와 토론을 통해 창작성에 관한 학문적 논의가 한층 풍성해지고, 우리나라 저작권 법학의 발전에도 크게 이바지할 수 있기를 기대합니다.

지금 우리는 인공지능 기술이 창작의 방식과 저작권 법제 전반에 큰 변화를 가져오고 있는 시대를 지나고 있습니다. 우리 위원회는 저작권 분야의 중추기관으로서 새로운 기술적 변화에 따른 저작권 현안에 신속하게 대응하고, 제도와 기술 발전이 조화를 이루는 환경을 만들어가기 위해 더욱 노력하겠습니다. 또한 창작자와 이용자가 함께 번영할 수 있는 저작권 생태계를 조성하는 데에도 최선을 다하겠습니다.

끝으로 바쁘신 가운데도 뜻깊은 자리에 함께해 주신 모든 발제자와 토론자, 그리고 참석자 여러분께 다시 한번 깊은 감사의 말씀을 드립니다. 창작과 혁신이 조화로운 사회를 만들어가는 데 있어, 오늘 참석하신 모든 분들의 지혜와 고견을 부탁드립니다.

감사합니다.

2026. 5. 22.

강 석 원 한국저작권위원회 위원장

목차

1 주제 저작물의 창작성 기준, 어디서 와서 어디를 향하나?

발제	이일호 교수(연세대학교)	09
토론	박성호 명예교수(한양대학교)	44
	나종갑 교수(연세대학교)	52

2 주제 현대미술의 창작성에 관한 연구: 개념적 미술을 중심으로

발제	정수영 박사(변호사)	59
토론	이상정 명예교수(경희대학교)	83
	남형두 교수(연세대학교)	86

3 주제 건축저작물의 창작성과 실질적 유사성

발제	조성광 박사(변리사)	91
토론	박준우 교수(서강대학교)	102
	류시원 교수(전남대학교)	106

4 주제 AI 창작환경과 창작성의 미래

발제	권순재 박사(변호사)	113
토론	신재호 교수(경상국립대학교)	155
	황선영 교수(부산대학교)	159

| 1주제 |

저작물의 창작성 기준, 어디서 와서 어디를 향하나?

- 역사적 관점에서의 비판적 고찰-

발제 이일호 교수(연세대학교)

저작물의 창작성 기준, 어디서 와서 어디로 향하나?

-역사적 관점에서의 비판적 고찰-

연세대학교 이일호

I. 도입

저작물성(copyrightability)은 저작권 보호의 출발점이자 저작권 제도의 근간이라 할 수 있고,¹⁾ 그런 의미에서 가장 중요한 개념이자 기준이라고도 평가할 수 있다.²⁾ 다만 어느 정도가 되어야 창작적인 것으로 보호받는지 저작권법의 가장 큰 난제 중 하나일 것이다. 장강명의 에세이 <먼저 온 미래>에서는 거대한, 그래서 고부가가치인 엔터테인먼트 산업이 성장하기는 했지만, 그 근간이 되는 재미란 무엇인지 깊이 고민하지 않았다는 점을 지적한다.³⁾ 마찬가지로 기보를 바둑기사 개인의 개성, 더 나아가 예술성과 철학을 보여주는 창작물로 여기도록 하는 “기세”라는 개념과 그 실체가 모호하다는 점 역시 지적한다.⁴⁾ 재미와 기세가 무엇인지라는 질문을 새로이 던지도록 한 것은 다른 아닌 인공지능(AI)인데, 이 기술은 우리가 어려울지언정 확실한 기준으로 여겨왔던 저작권법상 창작성 개념에 대해서도 마찬가지로 질문을 던지도록 하는지 모른다.

중요한 문제일수록 판단이 어렵다는 현실은 쉽게 정당화된다. 그러나 그렇다고 해서 모호함이 무제한적으로 용인될 수는 없다. 특히 인간 창작과 기계 창작의 질적 차이가 문제되는 AI 시대에는 저작권법상 창작성 기준이 무엇인지에 관한 깊이 있는 고찰과 논의가 필요하다.

* * *

우리 저작권법상 저작물의 정의는 “인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물”⁵⁾이다. 여기서 창작물이라는 개념표지는 창작성이라는 요건 또는 기준으로 환원된다.⁶⁾ 저작물의 정의에 포함된(그래서 저작물성을 설명하는) 개념표지들에도 해석이 필요한 것은 마찬가지이지만, 창작성 개념은 특히 어려워 보인다. 우리 대법원은 1995년 이래로⁷⁾ 아래와 같이 저작물의 창작성을

1) 윤권순, “영국 저작권법상 ‘창작성(originality)’ 개념의 역사적 기원”, 지식재산연구, 제12권 제3호, 한국지식재산연구원(2017), 75면(이하 “윤권순, 영국 창작성 기원”으로 줄임).
2) 남형두, “저작물성, 그 확대와 균형의 역사”, 계간 저작권, 2012년 겨울호(통권 제100호), 한국저작권위원회(2012. 12.), 43~44면(이하 “남형두, 저작물성의 역사”로 줄임).
3) 장강명, 『먼저 온 미래: AI 이후의 세계를 경험한 사람들』, 동아아시아, 2025, 제8장.
4) 위의 책, 제5장.
5) 저작권법 제2조 제1호.
6) 이해완, 『저작권법』(제4판), 박영사, 2019, 27면.
7) 대법원 1995. 11. 14. 선고 94도2238 판결. 그 이전 판결에서 저작물은 “표현의 방법 또는 형식의 여하를 막론하고 학문과 예술에 관한 일체의 물건으로서 사람의 정신적 노력에 의하여 얻어진 사상 또는 감정에 관한 창작적 표현물”로 정의된 바 있는데(대법원 1979. 12. 28. 선고 79도1482 판결), 여기서 민속화나 전통문양의 선택·배열이 보호대상으로 인정되었다는 점에서 당시 대법원이 전제한 정신적 노력은 편집저작물성에 가까웠다고 볼 수 있다. 이후 대법원은 저작물이 “사상 또는 감정을 창작적으로 표현한 것”이라는 단순한 정의로 회귀했다(대법원 1990. 10. 23. 선고 90다카8845 판

설명하고 있다.

... 여기서 말하는 창작성이란 완전한 의미의 독창성을 말하는 것은 아니며 단지 어떠한 작품이 남의 것을 단순히 모방한 것이 아니고 작자 자신의 독자적인 사상 또는 감정의 표현을 담고 있을 을 의미할 뿐이어서 이러한 요건을 충족하기 위하여는 단지 저작물에 그 저작자 나름대로의 정신적 노력의 소산으로서의 특성이 부여되어 있고 다른 저작자의 기존의 작품과 구별할 수 있을 정도이면 충분하다.

물론 이것이 대법원이 창작성을 설명하는 유일한 법리 서술은 아니다. 일부 판결에서는 위 서술을 그대로 사용했지만,⁸⁾ 다른 판결에서는 위 밑줄 친 부분을 생략한 것도,⁹⁾ 다른 표현으로 대체한 것도 있다.¹⁰⁾ 아예 이와 다른 제3의 설명방식을 택한 경우도 있었다.¹¹⁾

결) “사상, 감정을 말, 문자, 음, 색 등에 의하여 구체적으로 외부에 표현된 창작적인 표현형식이고, 그 표현되어 있는 내용 즉 아이디어나 이론 등의 사상 및 감정 그 자체는 설사 그것이 독창성, 신규성이 있다 하더라도 소설의 스토리 등의 경우를 제외하고는 원칙적으로 저작물은 될 수 없”고, “저작자의 독창성이 나타난 개인적인 부분”에만 창작성이 인정된다고 하면서(대법원 1993. 6. 8. 선고 93다3073 판결) 그 기준을 높인 바 있다. 위 1995년 판결에서 필요적 독창성을 부정하거나 최소한 그 정도를 낮게 보고 있다는 점에서 이는 과거 판결들에 대한 절충으로도 볼 수 있다.
8) 대법원 2003. 10. 23. 선고 2002도446 판결; 대법원 2011. 8. 25. 선고 2009다73882 판결; 대법원 2014. 2. 27. 선고 2012다28745 판결; 대법원 2014. 12. 11. 선고 2012다76829 판결; 대법원 2015. 12. 10. 선고 2015도11550 판결.2) 남형두, “저작물성, 그 확대와 균형의 역사”, 계간 저작권, 2012년 겨울호(통권 제100호), 한국저작권위원회(2012. 12.), 43~44면(이하 “남형두, 저작물성의 역사”로 줄임).
9) 도리어 밑줄 친 부분을 생략한 대법원 판례가 더 자주 발견된다. 예를 들어 대법원 2017. 11. 9. 선고 2014다49180 판결; 대법원 2018. 5. 15. 선고 2016다227625 판결; 대법원 2021. 6. 24 선고 2017다261981 판결; 대법원 2020. 4. 29 선고 2019도9601 판결; 대법원 2026. 2. 26 선고 2024다 229671 판결 참조. 특히 최근 판결에서 이와 같은 축약형이 자주 등장하는 이유는 삭제된 설명이 지니는 모호성을 없애기 위한 것으로도 추측해 볼 수 있다.
10) 예를 들어 대법원 2005. 1. 27. 선고 2002도965 판결, 대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도29 판결과 대법원 2011. 2. 10. 선고 2009도291 판결에서는 “누가 하더라도 같거나 비슷할 수밖에 없는 표현, 즉 저작물 작성자의 창조적 개성이 드러나지 않는 표현을 담고 있는 것은 창작성이 있는 저작물이라고 할 수 없”다고 부연한다. 사진저작물과 관련하여 “촬영자의 개성과 창조성”을 요구한 경우도 있는데(대법원 2001. 5. 8. 선고 98다43366 판결; 대법원 2006. 12. 8. 선고 2005도3130 판결; 대법원 2008. 2. 1. 선고 2007도7856 판결; 대법원 2010. 12. 23. 선고 2008다44542 판결 등), 앞의 설명 (“창작성이란 ...”)이 없다는 점에서 이를 동일한 취지로 볼 수 있는지는 분명하지 않다. 위 대법원 1995. 11. 14. 선고 94도2238 판결이 노동 이론에, 본 각주의 판결들이 유인 이론, 즉 저작자의 개성이 요구된다는 관점에 가깝다는 평가가 있다. 최승재·김시열, 저작권법, 법문사, 2024, 26면. 또 이 판결이 단지 아이디어와 표현의 합체를 창작성 문제로 잘못 설명한 것이라는 견해도 있다. 윤종수 편, 온주 저작권법, 로앤비, 2024, 저작권법 제2조, 단락번호 19(함석천 집필부분). 이 각주의 세 판결이 통신설비 도면, 건축 도면과 지도라는 기능적 저작물을 대상으로 했다는 점을 고려해 본다면, 우리 대법원은 이른바 기능적 저작물에 더 높은 수준의 창작성을 요구한다거나 이를 더 엄격하게 평가한다고도 볼 수 있다. 한편 기능적 성격의 저작물 중에서도 응용미술저작물에 대해서는 과거 “그 자체가 하나의 독립적인 예술적 특성이나 가치”를 요구했던 태도가 있었으나(대법원 1996. 2. 23. 선고 94도3266 판결), 이를 부정하는 대법원의 판단(대법원 2004. 7. 22. 선고 2003도7572 판결; 대법원 2014. 8. 26. 선고 2012도10786 판결; 대법원 2014. 8. 26. 선고 2012도10786 판결 등)이 나오면서 -적어도 원칙의 문제로- 미술저작물 사이에 차등이 존재하지 않는다.
11) 예를 들어 대법원 1997. 11. 25. 선고 97도2227 판결에서는 “여기에서 창작물이라 함은 저자 자신의 작품으로서 남의 것을 베낀 것이 아니라는 것과 최소한도의 창작성이 있다는 것을 의미하고, 따라서 작품의 수준이 높아야 할 필요는 없지만 저작권법에 의한 보호를 받을 가치가 있는 정도의 최소한도의 창작성은 요구되므로, 단편적인 어구나 계약서의 양식 등과 같이 누가 하더라도 같거나 비슷할 수밖에 없는 성질의 것은 최소한도의 창작성을 인정받기가 쉽지 않다 할 것이다”라고 하는데, 이는 대법원 1999. 11. 26. 선고 98다46259 판결, 대법원 1999. 11. 23 선고 99다51371 판결, 대법원 2003. 11. 28. 선고 2001다9359 판결 등에서 반복해서 등장한 바 있다. 다만 최근 이 법리 설명을 그대로 따른 대법원 판례를 찾아보기는 어렵다. 한편 대법원 1991. 8. 13. 선고 91다1642 판결은

결과적으로 현재 가장 광범위하게 원용되는 창작성에 관한 법리는 다음과 같이 설명된다고 할 수 있다.

창작성은 완전한 의미의 독창성을 요구하는 것은 아니라고 하더라도, 창작성이 인정되려면 적어도 어떠한 작품이 (a) 단순히 남의 것을 모방한 것이어서는 안 되고, (b) 사상이나 감정에 대한 창작자 자신의 독자적인 표현을 담고 있어야 한다.¹²⁾

얼핏 보면 명료한 것 같지만, 자세히 살펴보면 위 (a)와 (b) 기준을 동일한 것의 다른 측면 또는 동가치한 것으로 볼 수 있는지 의문이 생긴다. (a)는 소극적인 기준이며 (b)는 적극적인 기준이라 할 수 있는데, 전자를 따른다면 다른 사람의 저작물을 모방하지 말아야 창작성이 인정된다고 말할 수 있다. 그러나 후자에 의하면, 창작자 자신의 독자적인 표현만 자신의 저작물로 인정될 수 있다. 이를 논리적 흠결 없이 설명하기 위해서는, 다시 말해 모순 없이 두 기준을 동시에 충족하기 위해서는 자신의 저작물은 필연적으로 창작자 스스로의 독자적인 표현이어야 한다. 이는 곧 (a)라는 기준이 필요하지 않다는 것을 의미할 수 있다. 즉, 독자적인 표현‘만’ 보호된다고 본다면, 보호받지 못하는 부분, 즉 독자성이 없는 부분‘만’ 배긴 것은 문제되지 않는다고 보아야 하기 때문이다.¹³⁾ 우리는 도리어 (a)와 (b)가 서로 모순된, 최소한 상이한 기준이 될 수 있다는 점에 주목해야 하는데, 전자가 후자에 비해 낮은 기준일 수도 있고 양자가 각기 다른 방향에서의 기준일 수도 있다.

이 문제를 제외하고도 해결해야 할 문제는 남아 있다. 위 서술에 의하면, 창작성은 독창성은 아닌데, “창작자 자신의 독자적인 표현”일 것, 즉 독자성은 요구된다. 불확정 개념을 다시 불확정 개념으로 설명하는 방식인데, 이에 더해 남의 것을 모방한 것이 아니어야 한다고 되어 있으므로, 모방이 무엇인지도 의문시된다.

먼저 비교적 간단해 보이는 모방부터 보면, 국립국어원의 표준국어대사전은 모방을 다음과 같이 정의한다.

모방⁴⁾(模倣/摸倣/摹倣)

1. 다른 것을 본뜨거나 본받음.
2. 『사회 일반』 사회 집단의 구성원들 사이에 나타나는 의식적·무의식적 반복 행위. 어떤 개인·집단의 행위나 표현이 다른 개인·집단에 의하여 비슷하게 반복되면서 사회의 결합 관계를 강화하게 되며, 어린이의 학습 과정이나 사회적 유행, 또는 전통의 계승에 있어서 중요한 의의를 가진다.

첫 번째 의미에서 본뜬다는 것과 본받는 것 사이에는 큰 차이가 있다. 저작권법의 맥락에서는 이러한 차이가 더욱 두드러진다. 무엇인가를 본떠 만든다는 것은 베끼는 것을 의미할 수

“저작자의 독창성이 나타”날 것과 “개인적”일 것을 창작성의 기준으로 보았고, 대법원 1999. 10. 22. 선고 98도112 판결은 “표현 형식에 해당하는 부분에 있어서도 다른 저작물과 구분될 정도로 저작자의 개성이 나타나 있”는 것이 곧 창작성이라 설명한 바 있다. 그 이전 대법원 판례 중에는 창작성에 관한 설명이 생략된 경우도 있는데, 대법원 1992. 6. 23. 선고 91도2101 판결, 대법원 1996. 12. 6. 선고 96도2440 판결 등이 여기에 해당한다.

12) 강조표시는 연구자에 의한 것임.

13) 법원의 표현대로 “남의 것”을 모방해서는 안 된다면, 배움을 통해 나오는 자연스런 모방도 저작권 보호를 받지 못할 것이고, 창작성 판단 전반이 심리 검사, 거짓말탐지기, 프로파일러와의 면담에 의해야 할지 모른다.

있지만, 스승이나 예술의 계보를 잇는다는 의미의 ‘본받음’은 전혀 다른 평가를 받아야 하기 때문이다.

다시 위 (a)와 (b)의 문제로 돌아가서, 저작권법 분야 연구자라면 위 서술이 미국 Feist 사건에서 제시된 기준과 유사하거나 이를 최소한 참고했을 것임을 짐작해 볼 수 있다.¹⁴⁾ (a)가 비교적 영국법 전통에서 창작성을 바라보는 관점이라면, (b)는 판결에서 요구한 최소한의 창의성(modicum of creativity)을 떠오르게 한다.¹⁵⁾

* * *

본 발표문에서는 영국과 독일에서 전개되는 창작성 논의를 중심으로 우리 저작권법은 어떤 입장을 취하고 있는지 추적해 보고자 한다. 영국 저작권법을 살펴보는 과정에서 영국과 미국의 창작성 기준에 대한 비교가 시도될 것이고, 독일 등 대륙법계에서 적용되는 현재의 창작성 기준이 미국, 특히 영국과 차별화되는 것인지 고찰해 보고자 한다. 이와 같은 창작성 기준이 현재 어떤 문제를 남기는지 보면서 AI 등 새로운 기술과 환경 변화에 대한 논의 이전에 창작성에 관한 명확화가 선행되어야 함을 강조할 것이다.

II. 논의의 전제

1. 법개념 및 번역어의 문제

본격적인 논의에 앞서 이 발표문에서 사용할 용어부터 정리할 필요가 있는데, 이는 우리 학계에서 사용하는 관련 용어가 통일되어 있지 않기 때문이다.¹⁶⁾ 그것이 불합리하다고 여겨지더라도 이미 통일된 용어를 바꾸는 데는 신중함이 요구된다. 이에 반해 용어통일이 되어 있지 않은 경우에도 사용자의 선입관이나 개념이 가진 메타포를 고려해야 하는 경우가 있는데, 창작성, 창조성, 독창성, 독자성 등이 이런 부류는 아니라고 생각된다.¹⁷⁾ 즉, 용어 사용에 있어 나름의 합리성을 가진 것 중 하나의 방식을 취사선택하면 족하다고 생각하며, 개별 개념에 대한 구체화는 법원의 판단이나 학계의 논의에 맡겨져 있다.

위에서 본 바와 같이 우리 대법원은 창작성을 독창성(“완전한 의미의 독창성”)보다는 낮은기준으로 보면서도 이를 독자성(“독자적인 표현”)과 유사한 개념으로 파악하고 있다. 이들은 모두 불확정 개념이지만, 각각이 외국 저작권법상 어떤 개념에 대응하는지 살펴보면 이해에 도움이 될 수 있다.

먼저 창작성에 상응하는 개념은 originality라고 생각된다.¹⁸⁾ 이는 국제적으로 저작물로 보

14) Feist Publications, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co., 499 U.S. 340, 111 S. Ct. 1282, 1285, 113 L. Ed. 2d 358 (1991). 본 발표문 각주 10번의 대법원 1997. 11. 25. 선고 97도2227 판결 등은 Feist와 더욱 가까운데, “남의 것을 베끼는 것이 아니라는 것과 최소한도의 창작성이 있다는 것을 의미”한다고 되어 있다. 비슷한 취지로는 윤종수, 앞의 책, 저작권법 제2조, 단락번호 21(함석천 집필부분); 조연하·유수정, “저작물 성립 요건으로서의 창작성의 개념과 판단 기준: 국내 법원의 판결 논리

15) 물론 법리 설명에 “최소한”이라는 술어가 포함되어 있지는 않다. 그렇지만 “적어도” 등 이 기준이 높지 않은 것임을 암시하는 술어는 발견할 수 있다.

16) 최경수, 『저작권법 개론』(제2판), 한울, 2023, 85면.

17) 다시 말해 창작성이든 독창성이든 용어만 보고 의미가 바로 이해되는 경우라 할 수 없다.

18) 동일한 방식의 개념 사용은 박성호, 『저작권법』(제3판), 박영사, 2023, 39면; 정성조·박준석,

호되는 자격을 나타내는 가장 보편적인 술어가 originality라는 점에서, 또 우리 저작권법이 이 흐름에서 벗어나 있지 않다는 점에서 정당화될 수 있다. 예를 들어 독일 저작권법 제2조 제2항은 저작물을 “개인의 지적 창작물(persönliche geistige Schöpfungen)”이라 정하고, 학계와 실무계에서 이를 개성(Individualität)이라는 술어로 표현한다. 그렇지만 이를 영어로 옮길 때는 originality라고 하는 경우가 많다.¹⁹⁾ 프랑스의 경우에도 단지 “지적/정신적 창작물(oeuvre de l'esprit)”이 보호된다고 할 뿐이지만, “창작성 성격(caractère original)”을 지닌 저작물의 제호가 보호된다고 함으로써²⁰⁾ 저작물에 창작성이 요구된다는 점을 확인한 바 있다.²¹⁾

이에 반해 우리 판례에서 말하는 독자성, 더 나아가 독창성이 정확하게 무엇을 의미하며, 또 어떻게 번역될 수 있는지, 더욱이 창작성-독자성-독창성이 상호 어떤 관련이 있는지에 대해서는 의문이 생긴다. 법률용어는 일상용어와는 다를 수 있으므로 사전상 표제어와 정의를 그대로 대입할 수는 없지만, 일단 사전을 출발점으로 삼기로 하자. 표준국어대사전은 독창(獨創)을 “다른 것을 모방함이 없이 새로운 것을 처음으로 만들어 내거나 생각해 냄”으로 풀이하므로, 독창성은 uniqueness 혹은 novelty에 가까운 개념이라 생각된다. 한편 독자(獨自)는 “남에게 기대지 아니하는 자기 한 몸. 또는 자기 혼자”로 정의되는데, 여기서 저작자 자신에게 비롯된 것이어야 한다는 점이 드러나지만 얼마나 독립적이어야 남에게 기대지 않는 수준이 되는지는 가치평가의 영역에 남게 된다. 이는 “다른 사람이나 개체와 구별되는 고유의 특성”으로 정의되는 개인성 혹은 개성과 유사하지만, 그보다는 정도나 수준이 낮은 것이라 짐작해 볼 수 있을 뿐이다.

한편 우리나라에서 -originality와는 별개로- 창작성을 creativity로 번역하려는 경우가 적지 않다. 이는, 우리 저작권법상 저작물의 정의에서 “창작물”을 creation으로 번역한다고 할 때 저작물의 성격을 creativity로 파악하려는 자연스러운 흐름에서 나온 것으로 보인다. 우리 저작권법에서 creativity와 originality 중 무엇이 보호 기준인지에 대해서는 쉽게 답할 수 없다. 단지 originality가 창작성을 대표하는 표지라면, -뒤에서 보는 바와 같이-²²⁾ creativity는 이를 다시 구체화하는 개념으로 사용되는 예가 많다. 같은 맥락에서 creativity라는 개념 혹은 관념이 등장하면서 단지 직접 만들었음을 의미하는 originality에 새롭다는 의미가 더해졌다는 평가가 있는데(어원학적 관점),²³⁾ ‘미학적’ 관점에서도 두 개념이 긴밀한 관계에 있다는 지적이 나온다.²⁴⁾ 마찬가지로의 접근은 법개념의 차원에서도 필요할 수 있는데, creativity는 originality의 한계를 극복하는 과정에서 나온 개념일 수 있기 때문이다.²⁵⁾

「지식재산권법」(제6판), 홍문사, 2024, 264~265면, <<https://www.nepla.ai/wiki/%EC%A7%80%EC%8B%9D%EC%9E%AC%EC%82%B0/%EC%A0%80%EC%9E%91%EA%B6%8C/%EC%A0%80%EC%9E%91%EB%AC%BC%EC%9D%98-%EA%B0%9C%EB%85%90-jxm9lr4dz9pg>> 참조. 번역어 문제는 아랫부분에서 자세히 논의한다.

19) Dorothee Thum, “Germany - General Substantive Requirements for Protection and Irrelevant Factors”, in: Silke von Lewinski (ed.), Copyright Throughout the World, 2025/26 ed., Thomson/West, 2025, § 16:11a.

20) 프랑스 지식재산권법전 제L112-4조.

21) Centre d’Etudes et de Recherche en Droit de l’Immatériel (CERDI), Université Paris-Saclay, “France”, in: von Lewinski (ed.), op. cit., § 15:11b(2).

22) 본 발표문 III 1 라 참조.

23) 윤권순, 영국 창작성 기원, 80면.

24) 조인수, “미술사에서의 독창성: 창조와 모방, 그리고 기묘함”, 미술사학, 통권 제28호(2014. 8.), 255면 이하 참조.

25) 본 발표문 III 1 라 참조.

학자에 따라 originality를 독창성으로, creativity를 창작성(경우에 따라 창조성)으로 옮기는 경우가 있다.²⁶⁾ 그러나 우리 대법원이 가장 흔하게 사용하는 법리 설명에서 창작성을 중심에 두면서도 독창성을 요구하지 않음을 밝히고 있다는 점에서, 또 창작성을 다시 창작성(“최소한의 창작성”)으로 설명하는 것은 어색하다는 점에서 이와 같은 번역어는 자칫 혼란을 야기할 수 있다.²⁷⁾ 한편 최경수 박사는 originality를 영한사전에서 독창성으로 번역하는 예가 많다고 안내하지만,²⁸⁾ 네이버 사전을 기준으로 “독창성”(옥스퍼드, 동아출판, YBM, 프렌딕), “독창력”(동아출판, YBM, 교학사, 슈프림), “창조력”(동아출판, YBM, 교학사, 슈프림), “창의”(동아출판, YBM, 교학사, 슈프림), “창의력”(프렌딕), “창의적임”(프렌딕), “기인”(동아출판, 슈프림, 프렌딕), “남다름”(YBM), “기발”(교학사, 슈프림), “기묘함”(프렌딕), “기묘”(슈프림), “기묘함”(프렌딕) 등 originality에 대한 번역어는 생각보다 다양하므로 창작성이라는 번역어를 배척할 정도는 아니라고 생각된다.²⁹⁾

앞서 본 바와 같이 법원에서 저작물에 창작성이 요구된다고 본다는 점에서 originality를 창작성이라 하는 데는 무리가 없어 보인다. 문제는 creativity를 무엇으로 번역할지인데, 최소한 창작성과의 구별은 필요하다. 이에 따라 이를 창의성으로 번역하고자 한다. 물론 독창성이나 독자성이라는 개념을 creativity에 대응시킬 수도 있지만, 이 개념을 법원에서도 그렇게 일원적으로 사용하지 않으므로, 또 독자성은 독자적 창작이라는 기준과의 혼동을 야기할 수 있으므로 여기서 해당 개념들을 동원할 수는 없다.³⁰⁾

2. 논의의 규범적 범주

우리나라는 저작권 보호에 관한 몇몇 국제조약에 참여하고 있으며, 이들 중 다자조약은 주요국이 전반적으로 참여하고 있다. 당연하게도 이 조약들에서 창작성에 관해 정한다면 우리는 그 기준을 준수하는 것이 바람직하다. 다만 우리는 저작권에 관한 주요 조약에서 어떤 힌트를 얻기는 어려운데, 예를 들어 국제조약에서 originality라는 개념조차 찾아볼 수 없는 경우가 많다. 가령 베른협약 제2조 제3항, 제8조, 제11조 제2항, 제11조의3 제2항, 제14조 제2항, 제14조의2 제1항에서 “original work”라는 술어가 사용되지만, 여기서 original의 의미는 창작적인 것을 의미하는 것이 아닌, ‘원’저작물을 의미할 뿐이다.

물론 베른협약 제2조 제1항은 “문학, 학술 및 예술의 영역에 속하는 모든 산물(every

26) 윤권순, 영국 창작성 기원, 75면, 각주 2번. 윤중수, 앞의 책, 저작권법 제2조, 단락번호 21(함석천 집필부분).

27) 다만 위의 문헌은 original이 두 가지 의미, 즉 신규성과 베끼지 않은 것을 의미할 수 있다는 점을 전제로, 전자의 의미로 사용될 때 독창성 개념이 사용될 수 있다고 본 것이다. 윤권순, 영국 창작성 기원, 76면, 특히 각주 6번 참조.

28) 최경수, 앞의 책, 86면.

29) 한편 표준국어대사전에서 독창(獨創)은 “다른 것을 모방함이 없이 새로운 것을 처음으로 만들어 내거나생각해 냄”을 의미하고, 창작(創作)은 “방안이나 물건 따위를 처음으로 만들어 냄”으로 설명되는데, 모두 처음으로 만들었다는 술어를 포함한다는 점에서 둘 중 무엇이 creativity 또는 originality에 가깝다고 평가하기는 어렵다. 이에 더해 독창성에 관한 사전상의 예시, 즉 “이 작품을 통해 작자의 탁월한 독창성을 엿볼 수 있다”와 “이 논문은 독창성보다는 성실성이 돋보인다”에서 전자는 예술성에, 후자는 아이디어의 참신함을 각각 나타내는 것으로서 일상용어가 법률용어로 전환되기 어려운 측면도 보여준다.

30) 영국에서 저작권 보호요건을 남의 것을 베끼지 않은 것으로 이해하는 것을 두고 이를 독자성이라고 표현할 수도 있지만, 앞서 보았듯 “독자적인 표현”이라는 기준은 위 (b) 부분에 붙어 있던 술어로, 영국식 originality를 독자성으로 번역하는 것 역시 우리나라에서는 혼란을 가져올 수 있다.

production in the literary, scientific and artistic domain)”)로 보호대상을 정의한다는 점에서 다 소나마 저작물의 성격을 규명하려 시도한다. WIPO 저작권 조약(WCT) 및 WTO TRIPS 또한 각각 제 2조와 제9조 제2항에서 아이디어, 절차 등이 아닌 표현만 보호받을 뿐임을 확인하고 있는데, 논평가 에 따라 이를 ‘산물’이 되기 전 단계를 보호하지 않는 데 따른 당연한 귀결로 설명하기도 한다.³¹⁾ 베른협 약 제2조 제5항과 TRIPS 협정은 편집물(compilations)이 “지적 창작물(intellectual creations)” 이 될 때만 보호받을 수 있다고 선언하는데,³²⁾ 이것이 모든 저작물에 적용되는 originality 기준인지 분 명하지 않을 뿐 아니라 지적 창작물이 무엇인지도 분명하지 않다. 이들은 결과적으로 세계적으로 일원 화된 저작물에 대한 정의가 없다는 점을 방증한다고 볼 수 있다. 물론 베른협약 제2조에 나열된 여러 저작물을 통해 나름의 공통점을 추출할 수 있다고 볼 여지도 없지 않지만, 문제된 유형에 속하는 모든 저작물이 보호되는 것이 아니고 창작성 기준을 충족해야 한다는 점에서 이는 크게 도움이 되는 접근은 아니다.

현재의 기준에서 창작성이 예술성과 다른 것임은 당연한 것이지만, 베른협약이 문학 및 예술저작 물의 보호를 위한 베른협약(Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works)이라는 정식 명칭을 가지고 있다는 점을 본다면,³³⁾ 적어도 조약의 성립에 있어 예술성은 국제 적 보호의 정당화 수단으로 활용되었고, 저작물과 예술성은 매우 깊은 관련성 속에서 설명되었을 것 음을 짐작해 볼 수 있다. 그러나 예술 그 자체를 정의하기 어렵고, 예술과 비예술의 구별 역시 쉽지 않 다. 더 나아가 예술성은 예술의 영역에서, 창작성은 규범의 영역에서 각각 판단해야 한다는 관념이 자 리 잡으면서 이제 예술(성)은 상징적으로, 또 명목상으로는 저작권과 관련되어 있다고 말할 수 있을 것이다.³⁴⁾

관련 문헌에도 현재의 창작성이 법계를 중심으로 나누어져 있다는 점에 더욱 주목한다. 즉, 영미법계 에서는 기술과 노동(skill and labour), 이마의 땀(sweat of the brow) 등이 보호의 기준이 되는 데 반해 대륙법계 저작권법은 지적 창작물인 것으로 충분하지 않고, 저자의 인격이 나타날 것을 요건 으로 삼는다는 것이다.³⁵⁾ 하지만 이 둘 사이에 어느 정도의 통합이 이루어지고 있는데, 순전히 이마의 땀으로만 이루어진 결과가 보호되지 않는 것과 마찬가지로 높은 수준의 창의성이 요구되지도 않는다 고 한다.³⁶⁾

31) 다시 말해 베른협약에 표현을 보호하되 아이디어를 보호하지 않는다는 규정이 없더라도 이는 당연히 전제된다는 것이다. Mihály Ficsor, Guide to the Copyright and Related Rights Treaties Administered by WIPO, 2nd ed., WIPO, 2026, para. BC-2.6.

32) TRIPS 협정 제10조 제2항. 이 규정은 베른협약 제2조 제5항을 답습한 것으로 저작권 제도에 의한 데이터베이스 보호 가능성을 원론적으로 긍정한 것이다.

33) 물론 서구권에서 art란 미술, 즉 시각예술을 의미하는 경우가 많다는 점에서 “예술 저작물”이 반드시 예술성을 전제하는 개념이 아닐 수 있다. Britannica Online, s.v. “art” 참조: “art, also called (to distinguish it from other art forms) visual art” 하지만 우리가 literary work를 문 학 저작물로 번역했던 것과 달리 현재 ‘어문’ 저작물로 번역하는 것을 보더라도 저작권과 예술성의 연관성이 지금보다 컸음을 부정할 수 없다.

34) 경우에 따라 예술성은 기능성과의 대조를 위한 개념으로 기능성이 배제된 영역을 지칭할 목적으로 사용되기도 한다. 정상조, “골프코스의 저작권”, 비교사법, 제31권 제3호, 한국사법학회(2024. 8.), 152면. 다만 여기서의 예술성이 미술계 또는 건축계에서 통용되는 예술 개념과 동일하다고 볼 수는 없다.

35) Ficsor, op. cit., para. BC-2.5.

36) *Id.*

III. 창작성의 역사와 발전

1. 영국

가. 최초의 저작권법부터 19세기까지

영국은 저작권의 발원지이므로 당연히게도 영국에서의 창작성 논의는 저작권법제사 전반에 깊은 영 향을 끼쳤을 것이라 짐작할 수 있다. 영국은 앤 성문법(Statute of Anne)을 통해 저작권 제도의 모국 이 되었다. 계몽주의적 성격이 다분한 법률의 명칭³⁷⁾이 말해주는 것처럼 당대 저작권법상 보호는 그렇 게 미시적으로 설정되지 않았다. 당연히게도 originality 등 개념은 등장하지 않고, 판례 역시 무엇이 창작적인 것인지 굳이 설명하지 않았다. 저작권의 확장은 점진적이었지만, 어떤 부분 때문에 보호되는 지, 더욱이 왜 보호되는지에 대한 논의는 저작권 역사의 시작과 함께 숙성되지는 않았던 것이다.

2024년의 *Lidl v Tesco* 판결에서 법원은 “1911년 이전에 창작성 기준은 없었다(there was no statutory requirement of originality prior to 1911)”고 설명한다.³⁸⁾ 이는 우리가 근간으로 여기는 문제는 적어도 제도 탄생 후 200년간 다뤄지지 않았다는 것을 의미한다. 한편 1911년에 originality 기준이 도입된 배경으로 언급되는 판결도 있는데, *Walter v Lane* 판결이 대표적이다. 관련된 내용은 항을 달리하여 살펴보기로 하고, 여기서는 현대적 창작성 개념 이전의 세계를 조망해 보기로 한다.

흔히 저작권법에서 상정하는 저작자는 낭만주의적 저자성을 전제한다고 하고, 낭만주의라는 흐름에 서 영국이 예외가 될 수는 없다. 다만 영국 낭만주의가 영국 저작권법상 창작성 개념에 미친 영향은 제 한적일 수 있다. 지금도 마찬가지지만 영국 저작권법에서 요구하는 창작성은 남의 저작물을 베끼지 않 을 것에 가까운데, 이는 이른바 천재성을 전제로 하는 낭만주의적 저자성(Romantic authorship)과 는 거리가 있기 때문이다.

Martha Woodmansee 역시 <The Genius and the Copyright>라는 저술에서 저작자 고유의 창 작물이 저작물이 된다는 관념이 독일에서 발원했고, 거기에는 미학뿐 아니라 시대상, 특히 직업작가들 의 경제적 처지가 영향을 미쳤다는 사실을 짚는다. 특히 우리말로 천재성으로 번역되는 genius는 능 력이 탁월한 예술가를 의미하기보다 고유성을 의미하는 것이다. 즉, “original genius”는 저자 고유 의 것으로 그로부터 영감을 받아 만들어진 작품에 대한 소유권을 주장할 수 있다는 관념이 나타난 것 이다.³⁹⁾ 이에 따라 작가는 “유일한 산물을 유일하게 맡은 유일한 개인(a unique individual uniquely responsible for a unique product)”으로 관념되었다.⁴⁰⁾ 이런 관념은 독일에서 Fichte가 내용 (Inhalt)이 아닌 형식(Form)에 대해서만 소유권이 인정된다고 본 것과도 일맥상통하는 것이다.⁴¹⁾ 정 리하자면 천재성은 외부로부터 주어지는 영감이라는 한계를 극복하고, 영감의 원천을 작가 내부로 옮 기려는 이데올로기적 시도에서 나온 개념이라고 이해하면 될 것 같다.

37) “An Act for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies, during the Times therein mentioned”

38) *Lidl v Tesco* [2024] EWCA Civ 262, para. 44.

39) Martha Woodmansee, “The Genius and the Copyright: Economic and Legal Conditions of the Emergence of the ‘Author’”, *Eighteenth-Century Studies*, Vol. 17 No. 4 (Special Issue: The Printed Word in the Eighteenth Century; 1984), p. 427.

40) *Id.*, p. 429.

41) *Id.*, p. 445.

물론 영국에서도 저자의 내적 영감에 따라 저작물이 창작된다는 관념이 등장하지 않은 것은 아니며, genius라는 개념이 등장하기는 한다. 예를 들어 영국 지식재산권법사에 관한 가장 광범위한 저술인 Brad Sherman과 Lionel Bently의 <The Making of Modern Intellectual Property Law: The British Experience, 1760-1911>에서는 정신노동(mental labour)와 육체노동(manual labour)을 구별하면서 지식재산이 전자의 결과임을 강조한다.⁴²⁾ 여기서 전자를 “the intellectual labours of the mind and the exertion of genius and thought”⁴³⁾라고 설명하는데,⁴⁴⁾ 여기서 genius는 mind, thought, intellectual labours, personality 등과 함께 정신노동을 구성한다.⁴⁵⁾ 이는 정신노동을 육체노동보다 우위에 두는 논거로 활용되었지만, 그렇다고 genius가 다른 요소들보다 특별히 강조된 것은 아니었다.⁴⁶⁾ 여기서 핵심은 정신노동 그 자체이지만, 창작자의 개성, 더욱이 천재성이 특별히 강조된 것은 아니다. Blackstone의 설명도 이와 일맥상통한다.

There is still another species of property, which, being grounded on labour and invention, is more properly reducible to the head of occupancy than any other; since the right of occupancy itself is supposed by Mr. Locke, and many others, to be founded on the personal labour of the occupant. And this is the right, which an author may be supposed to have in his own original literary compositions: so that no other person without his leave may publish or make profit of the copies.⁴⁷⁾

여기에 또 다른 종류의 재산이 있는데, 이는 노동과 창작에 근거하고 있어 다른 어떤 것보다 점유권 범주에 더 적절히 귀속될 수 있다. 왜냐하면 점유권 그 자체가 Locke와 많은 다른 학자들에 의해 점유자의 개인적 노동에 기초한다고 여겨지기 때문이다. 그리고 이것이 바로 저자가 자신의 창작적인 문학 작품에 대해 갖는 것으로 보는 권리이며, 따라서 그의 허락 없이는 그 누구도 해당 저작물을 출판하거나 이를 통해 이익을 취할 수 없다.

여기서 정신노동의 대상은 표현에 국한되는 것으로, Blackstone은 “문학 작품의 정체성은 전적으로 정서와 언어에 달려 있다(Now the identity of a literary composition consists entirely in the sentiment and the language)”고 표현하기도 했다.⁴⁸⁾

Mark Rose의 설명 역시 궤를 같이하는 것으로 볼 수 있다.⁴⁹⁾ 동일한 관념을 동일한 텍스트로 표현

42) Brad Sherman & Lionel Bently, *The Making of Modern Intellectual Property Law: The British Experience, 1760-1911*, Cambridge University Press (1999), pp. 1-2.

43) 번역이 의미를 퇴색시킬 수 있으므로 여기서 우리말 번역은 생략하도록 한다.

44) Rose, *op. cit.*, pp. 15-16

45) 개별 개념의 의미와 정신노동과의 관계에 대해서는 *Id.*, pp. 16-20 참조.

46) *Id.*, pp. 16-17.

47) William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Book II, ch. 26, pp. 405-406. 여기서의 점유는 Blackstone의 재산 관념을 반영한 것인데, 그는 선점이나 자연물로부터의 분리를 통해서 재산권을 발생한다고 본다. *Id.*, Book II, ch. 1, p. 8. 그러나 흥미롭게도 그는 “자연이나 자연법상, 양피지에 적힌 몇 마디 말이 어떻게 땅에 대한 지배권을 부여할 수 있는지에 대한 근거는 어디에도 없다(there is no foundation in nature or in natural law, why a set of words upon parchment should convey the dominion of land)”고 함으로써 소유권이 지닌 전반적인 정당화 문제를 지적하기도 했다. *Id.*, Book II, ch. 1, p. 2.

48) *Id.*

하는 것(“the same conceptions, cloathed in the same words”)⁵⁰⁾이 불가능하다는 전제하에⁵¹⁾ 이와 같은 텍스트의 특정성(particularity)은 창작성(사실상 텍스트/표현의 고유성)에 터 잡게 되고, 창작성은 다시금 인격(personality), 더 나아가 genius에 터 잡을 수밖에 없다는 논리로 귀결된다는 점은 낭만주의적 저자성을 설명하는 방식과 유사하다.⁵²⁾ 다만 영국에서의 인격이나 genius 논의는 한층 약화되어 있다. Blackstone이 저작권을 정당화한 근거는 Locke와 유사하게 노동이었는데, Hargrave와 같은 이들은 저작물의 특정성이 마치 얼굴의 특정성과 유사한 것으로 관념함으로써 저작물-저작자의 귀속 관계를 더욱 분명히 하기는 했다.⁵³⁾ 그럼에도 영국 내에서 천재성을 포함하여 왜 개인에게 저작물이 귀속되는지에 대한 논의는 그렇게 깊이 있게 전개되지 않았던 것으로 보인다.⁵⁴⁾

정리하자면, 독일이든 영국이든 genius를 탁월하고 월등한 능력을 지닌 천재로 보지 않았다는 점에서는 공통적이지만,⁵⁵⁾ 후자에서 전자에 비해 genius에 거는 기대가 더 낮다는 점은 비교적 분명해 보인다. 이와 같은 천재성에 대한 낮은 의존과 창작은 진지하게 한다면 저자에 따라 다를 수밖에 없다(마치 얼굴처럼)는 관념이 현재 영국 저작권법상 창작성의 기초가 된 것일 수도 있다. Rose 역시 남의 것을 베끼지 않은 것이라는 현재의 영국 창작성 관념이 genius의 약화에서 기인하는 것으로 분석하고 있다.⁵⁶⁾

나. 20세기

우리가 영국 저작권법상 창작성 기준을 설명할 때 가장 많이 원용하는 개념은 기술과 노동(skill and labour)일 것이다. 앞서 지적했듯 이와 같은 이해는 갑자기 나온 것은 아닌데, 상대적으로 낭만주의적 저자성 관념이 약했던 영국에서 보호 기준이 이에 상응하여 낮았던 것은 당연한 귀결이라 할 수 있다.

이는 특히 저작권 보호의 초기 논의가 주로 불법 인쇄물이나 해적판 문제에 국한되었다는데서 정당화되었을 것이라 여겨진다.⁵⁷⁾ 보호가 제한적이니 정당화라는 문제도 덜 중요하게 다루어질 수 있었다. 그럼에도 ‘왜’라는 질문에 언제까지 침묵할 수 없는데, 무엇이 저작물을 창작적으로, 또 보호할 가치가 있도록 만드는지에 대한 답이 요구된다. 영국에서 저작권을 강한‘재산권’, 즉 절대권을 자연권으로

49) Mark Rose, *Authors and Owners: The Invention of Copyright*, Harvard University Press, 1993, p. 89.

50) 이는 Rose가 Francis Hargrave의 저술 <An Argument in Defence of Literary Property>를 논의하는 과정에서 인용한 것으로 애초에 Blackstone의 법이론으로 알려져 있다. *Id.*, p. 124. 엄밀히 말해 이 표현은 “같은 생각이 같은 말로 옷 입혀진 것”으로 번역해야 하지만, 이해의 편의를 위해 표현된 것으로 옮겼다.

51) Rose, *op. cit.*, p. 128.

52) *Id.*, p. 121. 이와 같은 관념은 비단 영국 저작권법에만 적용될 수 있는 것이 아니며, 도리어 저작권 보호의 보편적 기초에 관한 것이라 생각된다. 다시 말해 이와 같은 설명방식이라면, 전 세계 대부분의 저작권 제도를 낭만주의적 저자성으로 설명할 수 있다는 것이다.

53) *Id.*, p. 124.

54) Rose는 저작물의 고유성을 인정하는 것이 저작자의 창작성 논의로 바로 이어지는 것의 문제를 짚는다. *Id.*, pp. 124-125. Blackstone이 저작권을 완전한 소유권이라 관념하기보다 점유권 유사의 권리로 접근했던 이유 역시 소유권으로의 정당화가 그만큼 어려웠을 것이라고 짐작해 볼 수도 있다.

55) 독일 저작권법에서 낭만주의적 저자성이 어떻게 발현되었는지에 대해서는 아래 III 1 가/나 및 III 2 가 참조.

56) *Id.*, p. 133.

57) Simon Stern, “Copyright, Originality, and the Public Domain in Eighteenth-Century England”, in: Reginald McGinnis (ed.), *Originality and Intellectual Property in the French and English Enlightenment*, Routledge, 2009, pp. 69-71

정당화하려는 시도를 찾아보기는 어렵다. 도리어 영국에서는 기생적인 무임승차자 문제를 해소하기 위해, 즉 정당한 경쟁을 보호하기 위한 목적으로 재산권을 부여하였고,⁵⁸⁾ 이는 경쟁의 규율이라는 복잡한 문제를 우회하는 지름길이 되었다는 평가가 더욱 설득력 있는 것처럼 보이기도 한다.⁵⁹⁾ 영국에서 상표법제의 발전 역시 커먼로 법원 및 형평 법원 사이의 상호 영향 아래 부정경쟁방지에서 재산보호 쪽으로 발전했다는 점을 보면,⁶⁰⁾ 저작권에 관한 인식도 그것과 궤를 같이한다고도 추측해 볼 수 있다.

그래서인지 영국에서 창작성의 개념과 논의는 상당히 늦게 등장한 편이다. 앞서 보았듯 영국에서의 창작성이 저작권 제도 내로 들어온 것은 20세기이지만, 기술과 노동이라는 관념이 전혀 생소한 것이라 볼 수는 없다. 예를 들어 영국 상원에는 다음과 같은 서술을 포함하는 의견서가 제출된 바 있다.

As to works of imagination and reasoning, if not of memory, the author may be said to create, and, in all departments of mind, new books are the product of the labour, skill, and capital of the author. The subject of property is the order of words in the author's composition ...⁶¹⁾

기억에 기반한 것이 아니라 상상력과 추론에 기반한 작품의 경우, 저자는 이를 창조한다고 할 수 있으며, 새로운 책은 정신 활동의 모든 영역에서 저자의 노력과 기술, 그리고 투자의 산물이다. 재산권의 대상은 저자의 저작물 내 단어 배열의 순서이다.

이와 같은 이해는 선택과 배열, 더 나아가 투자가 저작물이 될 수 있다는 관념과 통하는 것이다. 다만 이 의견은 판결문에 첨부되어 있기는 했지만, 그 자체로 상원에서 채택된 판결이유는 아니었다. 이후 영국의 창작성 기준을 명확하게 한 사건으로 주로 거론되는 것은 Walter v Lane 판결과 University of London Press Ltd v University Tutorial Press Ltd 판결이다.

첫 사건에서 기자들은로즈베리 백작(Earl of Rosebery)의 일련의 연설을 속기로 받아적고 여기에 구두점, 수정, 교정 등을 가한 후, 이를 The Times에 게재했다. 피고인 John Lane은 이렇게 정리된 연설을 상당 부분 가져다 자신의 책에 게재했는데, 법원은 원고들이 저작자가 됨을 확인하면서 다음과 같이 판시했다.

... it is a sound principle that a man shall not avail himself of another's skill, labour, and expense by copying the written product thereof. To quote the language of North J. in another case: "For the purposes of their own profitthey desire to reap where

58) 윤권순, "영국 저작권법상 창작성(originality) 개념의 진화", 법학논집, 제22권 제2호, 이화여자대학교 법학연구소(21017. 12.), 303면 참조. 이 논문 304~305면에는 Walter v Lane 사건 이전 판례로서 저작권이 무임승차자로부터의 보호에 기여한 사례들이 제시되어 있다. 한편 남형두 교수 역시 현대 저작권법에도 "후발 경쟁자에 대한 견제"라는 측면이 있음을 지적하지만, 이 견해를 저작권법이 곧 무임승차자로부터의 보호를 의미한다고 확대해석할 수는 없다. 남형두, 저작물성의 역사, 48~49면.

59) Andreas Rahmatian, Copyright and Creativity: The Making of Property Rights in Creative Works, Edward Elgar, 2011. p. 41.

60) 나종갑, "커먼로상 상표법의 형성: 영국을 중심으로", 지식재산연구, 제10권 제3호, 한국지식재산연구원(2015. 9.), 77면 이하 참조.

61) Jefferys v Boosey (1854) 4 HLC 815, at 867 (Erle J).

they have not sown, and to take advantage of the labour and expenditure of the plaintiffs ..."⁶²⁾

... 타인의 기술, 노동 및 비용을 투입하여 작성된 저작물을 무단 복제함으로써 이를 자신의 이익을 위해 이용해서는 안 된다는 것은 타당한 원칙이다. 다른 사건에서 North J 판사가 언급한 바와 같다: "그들은 자신의 이익을 위해, 자신이 뿌리지 않은 곳에서 수확물을 거두려 하며, 원고들의 노동과 비용을 이용하려 하고 있다. ..."⁶³⁾

두 번째 사건은 전통적인 수학 문제로 구성된 문제지와 관련된 것인데, 입학시험을 위해 특정인에게 시험문제를 내도록 하고, 여기에 대한 저작권을 확보한 런던대학교는 University Tutorial Press가 기출문제를 입수하여 여기에 해설을 포함해서 출판한 행위가 저작권 침해라고 주장한 건이다. 법원은 수학계에 공유되는 일반지식을 가지고 문제를 만든 것이 저작권 인정을 방해하지 않는다는 사실을 분명히 하면서 자주 인용되는 다음과 같은 말을 남겼다.

The word 'original' does not in this connection mean that the work must be the expression of original or inventive thought. Copyright Acts are not concerned with the originality of ideas, but with the expression of thought.⁶⁴⁾

'창작적인 것'이라는 단어는 해당 저작물이 창작적이거나 창의적인 사고(original or inventive thought)의 표현이어야 한다는 것을 의미하지 않는다. 저작권법은 아이디어의 창작성이 아니라 사고의 표현에 관한 것이다.

이런 접근은 소유권 자체를 정당화한다기보다 무임승차자 문제를 해소한다는 목적이 더욱 강조된 표현으로 볼 수 있다. 이는 멀리 보면 Locke의 노동이론과도 맞닿아 있는데, 개인의 자유를 위해 재산권을 인정해야 한다는 취지와 부합하는 측면이 있기 때문이다.⁶⁵⁾ 이와 같은 방향성은 당연히 무임승차, 더 나아가 공정경쟁이라는 관점에서는 바람직한 접근일 수 있다.

그러나 노동이 서로 충돌하는 사례, 예를 들어 저작권 침해판단에서 난관에 봉착할 수밖에 없다. 이때는 선행과 후행 저작물의 저작자가 모두 노동이나 투자를 투여했다고 볼 수 있기 때문이다.

이 점에서 우선 영국 법원은 저작권 침해판단 시 복제 추론(inference of copying)의 판단 단계에서 독립적인 창작을 입증했거나 우연의 일치(coincidence)를 주장할 수 있는 경우에 피고에게 유리하게 판단하는 경향이 있다는 경험적 연구가 있다.⁶⁶⁾ 이는 영국 저작권법에서 아이디어-표현 이분법이

62) Walter v Lane [1900] AC 539, at 552.

63) 비슷한 서술은 Ladbroke (Football) Ltd. v William Hill (Football) Ltd [1964] 1 WLR 273, at 290~291에서도 발견된다.

64) University of London Press Ltd v University Tutorial Press Ltd [1916] 2 Ch 601, at 609-610.

65) John Locke, The Second Treatise of Government, 1690, ch. VI § 57: "... the end of law is not to abolish or restrain, but to preserve and enlarge freedom: for in all the states of created beings capable of laws, where there is no law, there is no freedom... but a liberty to dispose, and order as he lists, his person, actions, possessions, and his whole property, within the allowance of those laws under which he is, and therein not to be subject to the arbitrary will of another, but freely follow his own."

66) Ann Cheryl Luk, "Analysing the Legal Meaning of 'Copying' Through an Empirical Study of UK Substantial Similarity Copyright Cases and Psychological Explanations of Litigant Trends", Journal of Intellectual Property Law & Practice, Vol. 20 No. 7 (2025), pp.

상대적으로 약하게 전개되어 온 점과도 관련이 있다. 영국 성문법에서는 표현은 보호하되 아이디어를 보호하지 않는다는 기준이 정해져 있지 않고, 그만큼 약하다는 평가를 받는다.⁶⁷⁾ 이는 대륙법계 저작권 법과 다를 뿐 아니라 미국과도 다른 것인데,⁶⁸⁾ 보호에서 완전히 제외되는 아이디어의 영역이 그만큼 협소하다는 것을 의미할 수 있다. 이에 따라 실질적 유사성 판단으로 넘어온다면, 즉 일단 복제한 것으로 판단된다면 유사성 판단은 원고에게 유리하게 이루어진다.⁶⁹⁾

2차적저작물에 대한 창작성 기준 역시 마찬가지인데, 원저작물에 비해 2차적저작물에서 순수한 노동과 기술이 아닌 창작성의 질을 판단하며,⁷⁰⁾ 결과적으로 더욱 엄격하다. 그 근거는 명확하지 않지만, 어느 정도 경쟁보호에 터 잡고 있다는 점은 비교적 명확하다. 만약 A라는 저작자의 X라는 저작물을, B와 C가 X를 바탕으로 각각 Y와 Z라는 2차적저작물로 만들었을 때, B와 C는 각각 A로부터 허락을 받아야 한다. 하지만 만약 B가 C보다 더 일찍 Y를 만들었다면, Y와 Z 사이의 원저작물-2차적저작물 관계에 관한 논란이 야기될 수 있다. C부터 이후 저작자를 보호하기 위해서는 B에 대한 저작권을 제한해야 하는 것이다.

다. 21세기

흔히 영국의 창작성 기준은 이른바 유럽화, 엄밀히 말해 유럽대륙법화를 통해 더 높아졌다는 평가가 있다. 물론 이런 흐름을 완전히 부정할 수는 없지만, 그 변화는 생각보다 미미하거나, 도리어 반대 방향에서의 변화 역시 있었다는 점에 주목할 필요가 있다.

영국은 더 이상 -비교적- 단순한 노동(mere labour)만으로 저작권 보호가 부여된다는 태도를 취하지 않는 것처럼 보인다.⁷¹⁾ 변화의 계기는 이른바 Infopaq 사건에 대한 EU사법재판소의 판단에서 마련되었다. Infopaq International은 사용자가 정한 주제어에 따라 자국의 신문기사 요약물 이메일로 제공하는 덴마크 회사였는데, Infopaq은 신문을 스캔하고 OCR로 문자를 판독한 후에 사용자의 검색어가 들어간 텍스트를 열한 단어씩 추출해서 전달했다. 사건의 쟁점은 이와 같은 행위가 언론사의 저작권(복제권)을 침해하는지였지만, 창작성과 관련해서 열한 단어가 저작물인지가 쟁점이 되었다. 재판소는 이 정도 분량도 저작자의 “지적 창작물(intellectual creation)”이라는 기준을 충족할 수 있다고 보았다.⁷²⁾ 이보다 더 분명한 기준은 Football Dataco 사건에서 나왔는데, 여기서 재판소는 “현저한 노동과 기술(significant labour and skill)”만으로 저작물이 되는 것은 아니라고 답한 바 있다.⁷³⁾

이후 영국 법원도 기술과 노동이라는 기준을 언급하기보다 저작자 고유의 지적 창작물이라는 EU식 기준을 원용하기 시작했는데, 이는 영국의 창작성 기준을 기술과 노동보다 결정과 선택으로 옮겨놓는 결과를 초래했다고 분석되기도 한다.⁷⁴⁾ 같은 맥락에서 영국(웨일스) 항소법원은 제1심에서 기술과

463-466.

67) Luis Gimeno, “Protection of Compilations in Spain and the UK”, IIC 1998, 907, 920.

68) Id., p. 918.

69) Luk, op. cit., pp. 466-467.

70) Interlego AG v Tyco Industries Inc [1989] AC 217, at 258 (PC).

71) 다만 앞서 본 바와 같이 영국에서의 노동 역시 단지 숙련이나 기능에 치중한 개념은 아니다. 예를 들어 영국 판례 중에 단지 필사했다는 이유만으로 창작성을 인정한 것은 찾을 수 없다.

72) Case C-5/08, Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening, Judgment of 16 July 2009, ECLI:EU:C:2009:465, para. 48.

73) Case C-604/10, Football Dataco Ltd and Others v Yahoo! UK Ltd and Others, Judgment of 1 March 2012, ECLI:EU:C:2012:115, para. 42.

노동 기준을 적용한 것을 잘못이라고 보면서⁷⁵⁾ 투자 관련 소프트웨어를 통해 나타나는 리스크·가격 차트(R&P Charts)의 저작물성을 인정한 바 있다.⁷⁶⁾ 특히 다음 근거제시는 현재 영국의 창작성 현실을 잘 보여준다.

Mr Mitchell has designed the display so as to cram quite a large amount of information into a single screen. Moreover, he has made choices as to what to put where, including such matters as which commands to put into the ribbon and in what order. He also selected what fonts and colours to use.⁷⁷⁾

Michell 씨는 단일 화면에 상당히 많은 양의 정보를 담을 수 있도록 화면을 설계했다. 또한 리본 메뉴에 어떤 명령을 배치할지, 어떤 순서로 배치할지 등 각 요소의 배치에 대한 결정을 내렸다. 아울러 사용할 글꼴과 색상도 선정했다.

위 판결이 2023년 선고되었다는 점을 고려해 본다면, 브렉시트가 영국의 창작성 기준을 아예 처음의 기준으로 되돌려놓은 것은 아니라는 결론에 이를 수 있다. 이는 데이터를 다량 수집하는 단순 노동이나 투자에 대해서는 보호가 부여될 수 없다는 판단으로 귀결되지만, 다른 측면에서 데이터에 선택과 배열이라는 요인이 개입된다면 보호가 가능하다는 논리로도 이어질 수 있다.

그런데 이를 두고 영국에서 창작성 기준이 유의미하게 높아졌다고 평가하기는 어렵다. 도리어 2009년 이전의 영국이었다면 단순히 열한 단어가 나열되어 있다고 해서 곧 저작물이 된다고 판단받지 못했을 가능성이 남아 있다. 과거 영국에서는 어문저작물, 더 나아가 저작물 자체의 정의를 협소하게 새기는 방식으로 창작성이 개입할 가능성을 차단하려는 태도를 보였다는 점에서⁷⁸⁾ 이는 유럽의 기준이 보호 요건을 낮춘 사례라고도 평가할 수 있다. 더욱이 2024년 영국 법원은 응용미술에 대해 예술적 장인정신(artistic craftsmanship)을 요구하는 전통적 법제가 저작자 개인의 지적 소산이라는 EU 저작권법의 기준에 비해 더 엄격하다고 선언하기도 했다.⁷⁹⁾ 심지어 같은 유형에 속하는 저작물이라도 보호 가능성 판단이 달라지는 경우가 있는데, 예를 들어 교육 목적으로 4만 단어를 2만 단어로 요약한 것에 창작성이 부정된 바 있는 데 반해⁸⁰⁾ 앞서 본 바와 같이 기사가 옮겨적은 말은 보호를 향유하기도 한다.⁸¹⁾ 결과적으로 영국 저작권법의 입장에서 유럽대륙의 무차별적인 창작성은 도리어 창작성이 인정될 수 있는 가능성을 확장했다고도 볼 수 있다.⁸²⁾

다만 영국의 창작성 기준에 대한 가장 큰 도전은 무엇보다 컴퓨팅 기술의 극적인 발전이 아닐까 싶다.

74) Andreas Rahmatian, “Originality in UK Copyright Law: The Old “Skill and Labour” Doctrine Under Pressure”, IIC, Vol. 44 No. 1 (2013), pp. 30-31.

75) THJ Systems v Sheridan [2023] EWCA Civ 1354, [2024] E.C.D.R. 4, CA, para. 23.

76) Id., paras. 25-26.

77) Id., para. 25.

78) Exxon Corporation v Exxon Insurance Consultants International Ltd [1982] Ch 119 (CA).

79) WaterRower v Liking [2024] EWHC 2806.

80) Macmillan v Cooper (1924) 40 TLR 186.

81) Walter v Lane [1900] AC 539.

82) Rosati 교수는 낭만주의적 저자성을 지지할수록 창작성 기준이 높아진다고 설명한다. Eleonora Rosati, “Originality in US and UK Copyright Experiences as a Springboard for an EU-Wide Reform Debate”, IIC, Vol. 41 No. 5 (2010), p. 537. 하지만 창작성을 논의하기 이전에 저작물로서의 자격을 갖추었는지라는 hurdles를 넘어야 한다는 점이 문제될 수 있고, 뒤에서 보는 바와 같이 개성의 요구와 창작성 기준의 높고 낮음은 다른 차원의 문제일 수 있다.

디지털화 이전이라면 콘텐츠를 복제만 하고자 해도 상당한 '노동'을 투여해야 했을 것이지만, 이제 클릭 한 번이면 충분하다. 이런 기술발전에도 불구하고, 과거의 노동 중심의 기준이 유지되기는 어려울 것이다.⁸³⁾ 그런데 영국의 창작성 기준이 기술과 노동이라고 할 때 이 두 술어는 예시일 뿐이라는 점에 주목해야 한다. 즉, 창작성을 이루는 요소는 노동과 기술 외에도 판단(judgement), 노력(effort), 비용(expenses), 투자(investment) 등 더 다양하다.

라. 미국 저작권법상 창작성 기준의 영향

서두에서 밝힌 바와 같이 여기서 미국 저작권법상 창작성 기준을 구체적으로 검토하지는 않는다. 그럼에도 불구하고 미국 저작권법이 우리 저작권법에 미친 영향이 지대하다는 점에서, 또 미국의 창작성이 영국의 그것과 다소 다른 방향에서 발전하고 있다는 점에서 미국의 기준은 중요할 수 있다.

미국에서의 창작성 기준에 대해 말할 때 가장 중요하고 잘 알려진 판결은 Feist⁸⁴⁾일 것이다. 전화번호부를 위한 데이터 수집과 편집이라는 이마의 땀만으로 창작성 요건을 충족할 수 없다는 것이 판결의 핵심이다. 특히 연방대법원은 최소한의 창의성(minimal degree of creativity)을 요구했다는 점에서⁸⁵⁾ 이를 영국 기준과의 결별로 이해되기도 한다. 하지만 여기서의 창의성이란 무엇인지에 대해서는 의문이 생긴다.

무엇보다 주목해야 할 것은 미국 학자들의 반응인데, Ginsburg 교수는 1991년 이전에 존재하던 고저자성 저작물(high authorship work)과 저저자성 저작물(low authorship work)이 구별되었다는 점을 지적하며, Feist로 후자에 대한 보호가 사라졌다고 평가한다.⁸⁶⁾ 이에 반해 다른 학자는 Feist에 의한 변화가 그렇게 근본적인 것은 아니라고 평가하기도 한다.⁸⁷⁾ 같은 맥락에서 제2 연방항소법원은 Feist로 보호 범위는 좁아졌을 수 있으나 거식증적(anorexic)으로 변한 것은 아니라고 평가하기도 했다.⁸⁸⁾ 전화번호부는 매우 예외적인 경우로, 법원은 창작성이 신규성(novelty)⁸⁹⁾이나 미적 가치(aesthetic merit)와는 거리가 멀다고 함으로써 도리어 선택과 배열에서 다소의 창의성만으로 충분하다는 결론에 이르렀다.⁹⁰⁾ 무엇보다 Feist 판결문에는 “대다수의 편집물이 이 테스트를 통과할 것(the vast majority of compilations will pass this test)”이라고 방론도 서술된 바 있다.⁹¹⁾

이에 대해 Rahmatian은 영미 저작권법의 양적 기준, 즉 얼마나 많은 노동과 투자가 들어 갔는지라는

83) 유사한 문제의식은 Andres Guadamuz, “Do Androids Dream of Electric Copyright?: Comparative Analysis of Originality in Artificial Intelligence Generated Works”, SSRN, June 5, 2020). <<https://ssrn.com/abstract=2981304>>, pp. 6-8 참조.

84) 본 발표문 I 및 II 1 참조.

85) Feist, 111 S. Ct. at 1287.

86) Jane C. Ginsburg, “No “Sweat”? Copyright and Other Protection of Works of Information after Feist v. Rural Telephone”, Columbia Law Review, Vol. 92 No. 2 (1992), pp. 340-341. Ginsburg는 후자의 보호 자체가 불합리한 것은 아니며, 단지 보호범위의 방법에서 차등화가 이루어져야 한다는 입장이다.

87) 관련 논의는 Rosati, op. cit., pp. 533-536 참조.

88) Key Publications, Inc. v. Chinatown Today Pub. Enters., Inc., 945 F.2d 509, 514 (2d Cir. 1991): “While, as the Court pointed out in Feist, the “copyright in a factual compilation is thin,” 111 S.Ct. at 1289, we do not believe it is anorexic.”

89) Feist, 111 S. Ct. at 1294.

90) Rosati, op. cit., p. 534.

91) Feist, 111 S. Ct. at 1294.

기준은 근본적으로 바뀐 것이 아니며, 이는 창작의 질을 따지는 대륙법계 저작권법의 창작성과는 구별되는 것이라고 평가한다.⁹²⁾ 결과적으로 미국의 창작성 기준이 대륙법의 그것에 근접했다고 단언하기 어렵고,⁹³⁾ 창의성(creativity) 개념이 창작성을 뛰어넘는 무엇인가를 의미하지 않는다는 점은 비교적 명확해 보인다. 비슷한 맥락에서 Nimmer 역시 독립적 인 창작이라는 창작성 요건에 더해 창의성이 필요하다고 전제하고, 후자를 이른바 식별적 불꽃(spark of distinctiveness)이 표현되어 있을 것으로 설명하면서도⁹⁴⁾ “독립적인 노력의 결과물이라 해도 아무리 평범하고 진부한 것일지라도 저작권 보호를 받을 수 있다(...even most commonplace and banal results of independent effort may command copyright protection)”고 봄으로써⁹⁵⁾ 문제의 불꽃이란 아주 작아도 된다는 점을 보였다. 그럼에도 불구하고 미국의 창작성 기준이 높다는 오해를 불러오는 경우는 분명히 존재한다. 우리에게도 잘 알려진 Oscar Wilde의 초상사진을 둘러싼 사건인 Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony 사건에서 미국 연방대법원은 나름 높은 기준의 창작성을 요구 한 바 있다. 연방대법원이 인정한 창작성의 원천은 다음과 같다.

- 카메라 앞 Wilde의 포즈를 설정한 것
- 의상, 휘장 및 기타 다양한 소품을 선정하고 배치한 것
- 우아한 윤곽이 드러나도록 하기 위해 피사체를 배치한 것
- 빛과 그림자의 배치와 조정
- 원하는 표정을 요청하고 이를 환기시킨 것⁹⁶⁾



W. & D. Downey에 의한
초상사진(1889)



Napoleon Sarony에 의한
초상사진(1882)

92) Rahmatian, op. cit., p. 12.

93) Guy Pessach, “The Legacy of Feist Revisited – A Critical Analysis of the Creativity Requirement”, Israel Law Review, Vol. 36 No. 1 (2002), pp. 22-23 참조.

94) David Nimmer, Nimmer on Copyright, LexisNexis, 2025, § 2.01[A][2].

95) *Id.*, § 2.01[A][3].

96) Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony, 111 U.S. 53, 60, 4 S. Ct. 279, 282, 28 L. Ed. 349 (1884)

위 예시에서 보는 바와 같이 어떻게 연출했는지에 따라 사진이 주는 인상은 크게 달라질 수 있다. 다만 이 판결문에는 사진 기술(technology)에 대해서는 물론 사진'술(technique)'에 대 한 언급은 전혀 나오지 않는다. 논평가에 따라 이를 낭만주의적 천재성에 기반한 저자성에 기 반한 판단으로 보기도 한다.⁹⁷⁾ 또 Feist의 법원이 과거 Burrow-Giles 법원의 창작성 관념에 의존했다는 평가도 나온다.⁹⁸⁾ 다만 Burrow-Giles 판결과 비교하면 현재 선고되는 판결들은 사진의 창작성을 비교적 광범위하게 인정하는 편이다. 많은 사진들, 아마도 압도적 다수가 저작권 보호를 받기 위해 필요한 최소한의 창의성을 갖추고 있다는 점에는 의심의 여지가 거의 없다고 밝힌 사례도 있고,⁹⁹⁾ 이른바 노예적/타율적 복제(slavish copying)가 아니라면 보호된다고 한 사례도 있다.¹⁰⁰⁾ 이를 비판하는 논평가조차 박물관 회화작품의 복제사진, 자동화된 기기의 캡처 이미지, 구글맵의 스트리트뷰, 정찰비행 중 항공사진 등을 보호받지 못하는 사진으로 명시했을 뿐이다.¹⁰¹⁾ 최근인 2020년에도 사진 찍을 타이밍(“timing for when he took the Photograph”)까지도 창의적 선택(creative choice)이라고 본 사례가 나왔다.¹⁰²⁾

혹자의 평가처럼 사진저작물에 대한 보호는 기술 주도의 대상에서 인간 역할이 있을 때, 그 인간 역할에 창작성을 긍정하는 것의 시작점이 되었다고도 볼 수 있다.¹⁰³⁾ 다시 말해 창작성 의 기준이 낮아진 것이 아니라 인간의 기여나 개입에 창작성 잣대가 그만큼 예민하게 반응해 준 것이라 볼 수 있는 것이다.¹⁰⁴⁾

마. 영국과 미국 창작성의 유산

앞서 지적한 바와 같이 창작성은 저작권법에서 매우 중요한 개념이다. 그런데도 창작성에 관한 논의는 그렇게 많지 않다. 그 이유 중 하나는 창작성이 논의 대상에서 벗어나는 경우가 많았기 때문일 것이다. 전형적인 저작물의 예시(텍스트, 이미지, 사진 등)에 속하는 것에 대해 창작성이 없다는 의구심을 갖기는 쉽지 않다. 더욱이 디지털 시대에 이를 온전한 형태로 복제 한 것(이른바 데드카피)이 문제된 경우라면 침해 판단 역시 매우 빠르게 이루어진다.¹⁰⁵⁾ 최소한의 창의성, 다시 말해 창의적인 것이 최저 수준으로만 인정되어도 족하다고 한다면,¹⁰⁶⁾ 법관의 입장에서든 어떤 저작물에 창작성을 부정함으로써 예술계

의 지탄을 받는 것보다 인정함으로써 예술을 존중하는 편이 덜 위험하고 고상한 선택지일 수 있다. 영국에서의 창작성은 본질적으로 남의 것을 베끼지 않는 것인데, 여기에 기술과 노동이라는 기준을 더 해 본다면, 남의 것이 아닌 나의 것이 되기 위해서는 그 대상에 스스로 노동이나 투자를 투여해야 한다는 결론에 이를 수 있다. 예컨대 1천명의 사람들이 특정 저작자보다 앞서 서 유사하거나 심지어 똑같은 저작물을 창작하였더라도 그 저작자 스스로 해당 저작물을 창작 한 것인 이상 그 저작물에 대한 저작권을 주장할 수 있다.¹⁰⁷⁾ 이와 같은 관념은 남의 것을 그대로 복제하는 것에 대한 부정적인 인식으로 귀결된다. 이를 잘 보여주는 서술을 옮겨본다.

... 그러므로 저작권 보호를 위해 충족해야 할 창작성의 문턱은 특허에 비해 상당히 낮다 고 할 수 있다. 이것은 다음의 법언으로 잘 대변된다. “원고가 한 것이 별것이 아니어서 아주 작은 노력으로도 스스로 할 수 있다고 말한다면, 그렇다면 당신이 하라. 그리고 그 에 대해 저작권을 가져라. 그러지 않고 원고의 것을 베낀다면 그것에 대해 대가를 지불 해야 한다.”*

* Stephen M. Stewart & Hamish Sandison, *International Copyright and Neighboring Rights*, 2nd ed., Butterworths, 1989, p. 8.

이는 명백히 우리에게 전승된 영미, 특히 영국 저작권법의 유산이다. 그런데 창작성 중 창 의성 기준이 미국의 그것과 동일한지에 대해서는 의문이 있다. Feist 이후에 미국 저작권법에 도 창의성이 요구된다는 기준은 앞서 본 바와 같이 여러 가지 의문을 남긴다. 기준이 달라졌 다고는 하나, 영국의 창작성 판단은 상당 부분 양적 측면에 의존하고 있고, 위에서 본 바와 같이 이는 침해판단에 있어서도 동일하게 적용된다. 문제는 미국에서의 실질적 유사성 판단인 데, 미국이 영국과 달리 양보다 질을 평가 척도로 삼았다면 그 기준도 달라져야 할 것이다. 여기서 실질적 유사성의 모든 측면을 다루지는 않겠지만 문제의식만은 나누고자 한다.

미국에서의 침해판단이 영국보다 정교한 것은 사실이다. 실질적 유사성을 판단하는 데도 훨씬 정교한 테스트들이 원용되는데, 이들 중 대표적인 것은 아마도 추상화-여과-비교일 것이 다. 특히 여과 과정에서 아이디어와 표현, 더 나아가 보호받지 못하는 표현을 걸러내게 된다.¹⁰⁸⁾ 우리는 흔히 이를 창의성이 있는 부분만을 추려내는 과정이라고 보지만, 미국 학자들이 이 테스트, 더 나아가 실질적 유사성을 판단하고 분석하는 실무를 바라보는 시각은 나름 비판적이다. Asay는 실질적 유사성 판단에서

97) Christine Haight Farley, “The Lingering Effects of Copyright’s Response to the Invention of Photography”, 65 U. Pitt. L. Rev. 385, 453 (2004).

98) *Id.*, pp. 452-453.

99) *Bridgeman Art Libr., Ltd. v. Corel Corp.*, 36 F. Supp. 2d 191, 196 (S.D.N.Y. 1999)

100) *E. Am. Trio Prods., Inc. v. Tang Elec. Corp.*, 97 F. Supp. 2d 395, 417 (S.D.N.Y.), dismissed, 243 F.3d 559 (Fed. Cir. 2000)

101) Justin Hughes, “The Photographer’s Copyright – Photograph as Art, Photograph as Database”, 25 Harv. J.L. & Tech. 339, 380 (2012), <<https://ssrn.com/abstract=1931220380>>.

102) *Cruz v. Cox Media Grp., LLC*, 444 F. Supp. 3d 457, 465 (E.D.N.Y. 2020).

103) Van Anh Le, “Copyright of Photography and Artificial Intelligence: A Tale of Two Technologies”, *Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 20 No. 8 (2025), pp. 563-564.

104) *Id.*, p. 568.

105) 대법원 2021. 8. 26. 선고 2020도13556 판결: “나아가 피고인 교재 중 ‘제5장 재해사례 및 안전대책’은 피해자 교재의 제5장과 동일한 목차로 구성되어 있을 뿐만 아니라 제1심판결 별지 범죄일람표 기재 총 8면은 피해자 교재의 각 해당 부분에 대응되는 목차 내에 배치되었고 각 면의 개별 내용 및 배열과 구성이 피해자 교재의 해당 면과 실질적으로 동일 내지 유사하므로, 결국 피고인 교재는 피해 자 교재의 창작성이 있는 부분과 실질적으로 유사하다.”

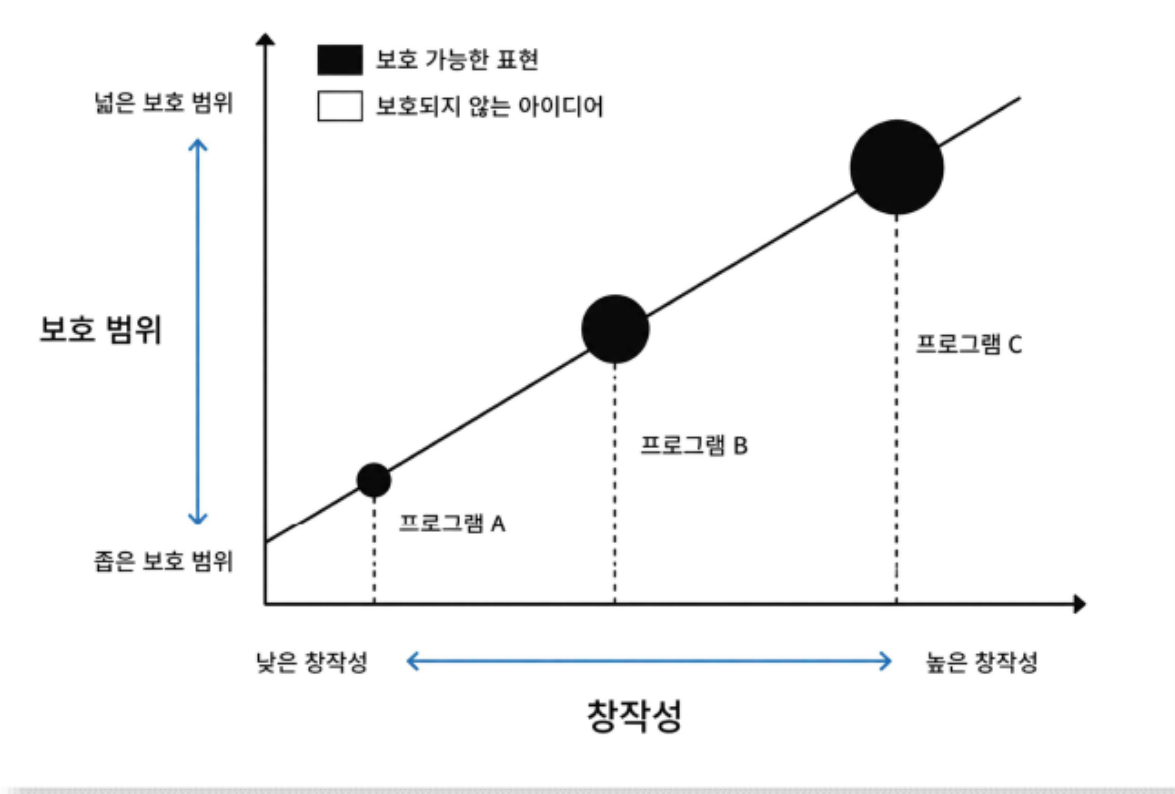
106) 우리나라에서 최소한의 창작성이 가지는 의미가 그렇게 통일적이지는 않은 것 같다. 예를 들어 차상욱 교수는 “다른 사람의 표현과 구별될 수 있을 정도의 최소한의 창작성이 인정되면 충분”한 것으로 보면서 “타인의 작품을 흉내 내지 않고 독자적으로 만들어 촬영자의 개성이 뚜렷이 반영되어 있음을 알

수 있으면 창작성이 있는 저작물”이라고 한다. 차상욱, “사진저작물의 저작물성과 보호범위에 관한 국내의 판례 연구”, *계간 저작권*, 2025년 봄호(통권 제149호), 한국저작권위원회(2025. 3.), 283~284면. 다만 개성이라는 것이 무엇을 의미하며 얼마만큼 드러나야 창작성을 뒷받침하는지에 대해서는 논란이 제기될 수 있고, 그마저도 매우 낮은 수준에서 요구되며, 대부분 인정될 수 있다는 견해도 있다(다만 응용미술저작물이나 편집저작물에서 그 심사가 엄격할 수 있다고 한다). 이해완, 앞의책, 28면, 각주 1번; 34~35면.

107) 박성호, 앞의 책, 39면. 이어서 “남의 것의 베끼지 않고 저작물을 작성한 경우에는 저작자의 개성이 나타나기 마련이다”라고 덧붙인다.

108) 실증적인 연구에 의하면, 가장 많이 원용되는 실질적 유사성 테스트는 일반인 관찰자 테스트라고 한다. Clark D. Asay, “An Empirical Study of Copyright’s Substantial Similarity Test”, 13 UC Irvine L. Rev. 35, 80-81 (2022) 참조. 그러나 보호받지 못하는 부분을 제외시켜야 한다는 것을 가장 명확하게 제시하는 것은 추상화-여과-비교 테스트라 생각된다.

보호받을 수 있는 범위를 보다 확고하게 할 필요가 있다는 입장이다.¹⁰⁹⁾ 이에 반해 Hilton은 이런 접근을 결론에서부터 시작하는 격이라 비판한다.¹¹⁰⁾ 다시 말해 무엇이 표현인지, 또 아이디어인지 결정하는 것이 이미 실질적 유사성 판단의 결론을 내놓는 일이라는 것이다. 그는 도리어 아래의 도식과 같이 창작성의 양에 비례 하여 보호범위가 정해져야 한다고 주장한다.



* 출처: Hinton, *op. cit.*, p. 284.

위 도식에 의하면, 창작성이 높은 프로그램 C는 더 넓은 보호범위를 가지지만, 프로그램 A는 창작성이 낮기 때문에 보호범위가 좁아진다.¹¹¹⁾

사실 그의 입장은 Feist에 대한 학자들의 이해와도 일맥상통하는 것인데, 대부분의 저작물 이 최소한의 창의성이라는 기준을 충족할 수 있다면, 이는 저작물 전체에서 무엇이 보호되는 부분인지 가려내기 어려운 문제를 야기한다.¹¹²⁾ 그것이 이마의 땀만으로 충분하지 않다고 하더라도 선택과 결단, 또 그와

109) *Id.*, p. 91.

110) William E. Hilton, "Quantifying Originality: A Logical Analysis for Determining Substantial Similarity in Computer Software Copyright Infringement Actions", 31 IDEA 269, 284 (1991).

111) *Id.*, pp. 284-285.

112) 우리나라에서 저작물의 보호범위에 관한 관념은 비교적 공고한 것 같다. 예를 들어 이해완 교수는 "어느 작품에 위 두 요건[독자적 창작과 창조적 개성]을 충족하는 부분이 부분적으로 있을 경우도 많이 있을 것인데, 그 경우에 그 작품 중에서 저작권법에 의하여 저작물로서 보호되는 것은 두 요건을 모두 충족하는 '교집합' 영역에 한한다"고 본다. 이해완, 앞의 책, 74면. 이에 반해 미국에서는 창작성 평가 단계에서는 저작물 전체를 하나의 단위로 평가해야 한다고 보며, 창작성의 정도도 양(quantum)으로 표현한다. Marshall A. Leaffer, *Understanding Copyright Law*, 8th

결부된 노력이 창의적인 것이라면 저작물 중 특정 부분만 잘라내어 창의성이 있는 부분이라 평가하기 어렵기 때문이다. 여과 과정에서 걸러지는 비보호의 영역이 무엇인지 결정하는 것이 이렇듯 어려워질 경우, 평가자/판단자의 주관이 매우 중요해 질 수밖에 없다.¹¹³⁾

결국 미국에서 보호받는 표현만 가려낸다는 것은 영미법에서 창작성을 이해하는 방식과는 거리가 먼 별개의, 독립적인 저작권법의 분과일 수 있다. 즉, 창작성은 보호 자격의 문제를, 실질적 유사성을 포함한 침해판단은 배타적 보호를 받는 영역을 설정하는 별개의 방법으로 이해할 수도 있는 것이다.¹¹⁴⁾ 같은 맥락에서 영국에서 2차적저작물에 대해 다른 창작성 기준을 적용하듯 창작성 기준이 저작권법 전체에 적용되는 것은 아닐 수 있다. 물론 미국식 침해판단에서 여과로 걸러지는 부분이 우리의 창작성 기준과 일치하는지는 더 많은 연구가 필요하겠지만, 우리가 영미 저작권법을 연구함에 있어 공통점과 차이점을 이해하는 노력을 반드시 먼저 해야 한다는 교훈은 얻을 수 있다.

2. 독일

가. 개관

위에서 본 바와 같이 영국에서 문학 재산권의 정당화에 있어 아이디어와 표현의 구별은 나 름 중요했다. 이는 저자의 것이 무엇인지를 구별하는 기준으로서 의미를 가졌다고 볼 수 있다.¹¹⁵⁾ 이와 유사한 개념은 독일에서도 발견되는데, 곧 내용(Inhalt)과 형식(Form)의 구별이다. 두 개념쌍은 넓은 범위 내에서 상호호환성을 가진다고 볼 수 있으나,¹¹⁶⁾ 그 이론적 뿌리 가 같다고 단정할 수는 없다. Fichte가 의도한 내용과 형식의 구별과 형식을 저작자에게 귀속 시킨 것은 다분히 저작자 개인의 정신과 사상이 외부적으로 나타난 것이라는 관념하에서 이해 되어야 한다.¹¹⁷⁾ 혹자는 이를 "창작자의 인격을 표현한 창작적인 형태의 의사소통 (communication with an original form expressing the personality of the creator) ",¹¹⁸⁾ "자기 저작물과 분리할 수 없는 연결(unlösbarer

ed., Carolina Academic Press, 2024, § 2.06[C]: "In determining whether a work meets the quantum of originality, the work must be evaluated as a whole, not dissected as to its individual components."

113) 물론 기능적 성격이 강한 컴퓨터 프로그램과 달리 전통적인 저작물에 있어 저작물 전체의 창작성과 실질적 유사성 판단에서의 보호 영역이 정비례 관계에 있다고 보기 어려울 수 있다. 그러나 여기서의 핵심적인 주장은 창작성 판단과 실질적 유사성 판단이 같은 기준, 목적 및 정책에 따라 판단되는 것은 아니라는 점은 최소한 확인할 수 있다고 본다.

114) Shyamkrishna Balganes, "The Normativity of Copyright in Copyright Law", 62 *Duke L.J.* 203, 230 (2012). 우리에게 저작권법을 하나의 유기체로 이해하는 것이 매우 보편화된 것 같다. 우리는 실질적 유사성에서 나오는 합체, 표준적 삽화 등을 아이디어-표현 이분법에 활용하는 것은 물론이고, 2차적저작물의 성립 판단에도 활용하고 있다. 대법원 2013. 8. 22. 선고 2011도3599 판결: "2차적저작물이 되기 위해서는 원저작물을 기초로 수정·증감이 가해지되 원저작물과 실질적 유사성을 유지하여야 한다." 자신의 저작물이 원저작물임을 주장하는 저작자가 2차적저작물작성권의 침해를 주장한다면 실질적 유사성을 포함한 침해판단이 이루어져야 하는 것은 맞지만, 2차적저작물인지 판단하는 데는 2차적저작물에 원저작물과 비교하여 새로운 창작성을 더했는지를 판단해야 할 것이지 그 정의에 실질적 유사성을 포함시킬 필요는 없다고 생각된다.

115) Sherman & Bently, *op. cit.*, pp. 34-35.

116) Rose, *op. cit.*, p. 132 참조.

117) Woodmansee, *op. cit.*, pp. 444-445.

Verbindung des Urhebers mitseinem Werk)¹¹⁹⁾ 등으로 설명하기도 한다. 즉, 영국의 구별은 법기술적인 측면이 강하다면, 독일은 정당화라는 측면이 더욱 중요했던 것으로 볼 수 있는데, 이는 노동을 통해 재산권에 이를 수 있다는 관념과는 차별화된 것이다.¹²⁰⁾

이는 Kant 등 독일 철학자의 인격론에 기반한 저작권 정당화에도 궤를 같이하는 것인데,¹²¹⁾ 인격의 연장선상에 있는 저작물의 보호는 저작권을 실정권보다는 자연권에 가까운 권리로 이해하도록 했고, 여기에 어떤 정책적 정당화가 필요하지 않다는 관념을 낳았다.¹²²⁾

다만 형식은 단지 저작물에서 외부로 표출되는 가장 높은 층위의 것만을 의미하지는 않는다. Schack 교수 역시 독일에서 내용과 형식의 구별에 있어 형식을 단지 창작의 결과(예를 들어 어문저작물에 있어 텍스트 등)에만 국한시키는 것은 타당하지 않다고 본다.

오랫동안 사람들은 저작권 보호가 오직 선택된 형식만을 근거로 할 수 있을 뿐, 결코 저작물의 내용이나 창작적 아이디어는 보호대상이 될 수 없으며, 이는 자유로워야 한다고 믿어 왔다. ... 저작물은 “그 내용이나 형식, 혹은 내용과 형식의 결합을 통해” 개인적인 지적 창작물의 성격을 획득한다. 중요한 것은 형식과 내용의 구분이 아니라 저작물의 개성이다. 저작물은 개성적인 특징을 나타내는 한, 그리고 그 범위 내에서 보호받을 수 있다; ...¹²³⁾

이는 독일에서의 내용과 형식의 구별이 시간이 지남에 따라 다소 와전된 형태로 이해되었으나, 실질적으로 무엇이 보호되는지에 대한 이해에는 변화가 없다는 점을 잘 보여준다. 그렇다면 내용-형식 이분법과 창작성 사이에는 어떤 관계가 있는가? 얼핏 보면 이는 논쟁적인 주제일 수 있으나, 형식에 개성이 드러나야 보호받을 수 있다고 본다면, 그 구별은 최소한 실질적인 의미를 갖지 못한다고 볼 수 있다. 다시 말해 창작성은 저작물 전체에 인정되는 것이 아니므로 결국 문제된 저작물 중 일부만 창작성을 갖출 수 있는데, 표현-내용 이분법은 창작성 없는 부분을 침해판단에서 제외한다는 지침만을 제시할 뿐이기 때문이다. 결과적으로 창작성 있는 부분에만 중요하다는 측면에서 창작성 요건과 표현만 보호한다는 보호범위의 정의는 서로에게 수렴하는 관계라 할 수 있다.¹²⁴⁾

118) Graham Mayeda, “Commentary on Fichte's “The Illegality of the Unauthorised Reprinting of Books”: An Essay on Intellectual Property During the Age of the Enlightenment”, *University of Ottawa Llaw & Technology Journal*, Vol. 5 Nos. 1-2 (2008), p. 158.

119) Haimo Schack, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, 10th ed., Mohr Siebeck, 2025, para. 189.

120) Mayeda, *op. cit.*, p. 143.

121) Kant의 인격에 근거한 저작권의 정당화와 저작권의 소통 보장적 측면에 관하여는 나종갑, “임마누엘 칸트의 정치적 자유와 저작권”, 사법, 통권 제71호, 사법발전재단(2025. 3.), 82면 이하 참조.

122) 이와 달리 독일, 프랑스 등 유럽대륙에서 “문화 발전을 유인할 수 있을 정도의 최소한의 가치를 지녀야 한다고” 본다고 분석한 문헌도 있다. 조연하·유수정, 앞의 논문, 116면. 대륙법계 저작권 제도의 전통에 따를 때 저작자의 인격이 발현되었다고 승인할 수 있을 정도의 인격적 표지가 저작물에 나타나야 한다고 볼 수는 있으나, 그것이 유인이론에 따른 것인지는 의문시된다. 도리어 인센티브론을 영미식 공리주의적 접근에 기초한다고 보는 견해가 타당하다고 본다. 남형두, “저작권의 역사와 철학”, 산업재산권, 통권 제26호, 한국지식재산학회(2008. 8.), 289면.

123) Schack, *op. cit.*, para. 188.

124) Gimeno, *op. cit.*, p. 915.

나. 창작의 높이와 여지

결과적으로 표현과 내용 이분법과 창작성 기준은 서로 수렴하는 관계로 볼 수 있고, 최소한 그 관계는 미묘하다고 보아야 할 것이다. 다만 독일에서 창작성은 흔히 창작 높이 (Gestaltungshöhe)라는 요소를 내포하는 것으로 받아들여진 바 있다. 이는 저작물에 일종의 수준을 요구한 것인데, 특히 기능적인 측면이 강한 저작물의 창작성에서 특별히 엄격하게 요구된 것으로 보인다. 다만 이런 경향은 20세기 말로 접어들면서 -최소한 명목상- 점차 완화 되었고, Schricker 교수에 의해 이 기준의 포기가 주장되면서 이런 움직임은 더욱 가속되었다고 볼 수 있다.¹²⁵⁾

앞서 본 바와 같이 독일 저작권법상 보호 기준은 개인의 지적 창작물이다. 원칙적으로 유형 별 차별은 없는 것으로 이해되지만,¹²⁶⁾ 창작이 개입될 수 있는 ‘여지’에 따라 보호의 기준은 달라질 수 있다고 여긴다. 여기서 창작의 여지(Gestaltungsspielraum)라는 개념이 등장하는데, 이는 창작적인 결정을 할 수 있는 여지를 의미하며, 저작자는 이와 같은 여지를 개성적인 방식으로 활용해야 한다(“Der Urheber muss einen kreativen Gestaltungsspielraum in individueller Weise ausgenutzt haben”).¹²⁷⁾ 이에 따라 기술적 동기, 규칙, 기타 강제되는 것에 의해 좌우되는 결정은 창작이 아니며, 결과적으로 실용적인 목적의 조성·구성은 보호받을 수 없다.¹²⁸⁾ 여기서 요구되는 것은 이른바 개성 (persönliche Note; personal touch)인데, 이는 어떤 노력이나 노동, 더욱이 특정 분야의 지식에서 나오는 것이 아니어야 한다.

이는 적어도 독일에서 실용성을 기반으로 하는 저작물이 보호받지 못하는 결과를 초래하기도 했다. 이에 따라 보호받는 저작물 유형의 확장에 있어서도 주저함을 엿볼 수 있다. 예를 들어 현재 우리의 관점에서 봤을 때 지극히 당연한, 변호사가 작성하는 서면의 창작성이 연방 대법원에서 확인되었을 때,¹²⁹⁾ 한 변호사는 다음과 같이 논평한 바 있다.

형편없는 서면이라도 독창적이고, 기발하며, 시적이라면 저작권 보호를 받을 수 있을지 모르지만, 훌륭한 서면은 결코 그렇지 않다. 서면은 ‘사안의 본질’과 ‘법’을 위해 존재하며, 완벽할수록 사안에 더 부합한다. ... 변호사의 소송 서면이 저작권 보호를 받을 수 있게 된다면, 우리는 어디로 가게 될까? 완전히 새로운 유형의 법적 분쟁이 발생할 것이다. 만약 모든 변호사가 일생에 한 번이라도, 하물며 반복해서 소송 서면에 대한 저작권 보호를 청구한다면 말이다.¹³⁰⁾

125) Matthias Leistner, “Der europäische Werkbegriff”, ZGE 2013, 4, 35.

126) Matthias Leistner, in: Ulrich Loewenheim, Matthias Leistner & Ansgar Ohly (eds.), *Urheberrecht: Kommentar*, 6th ed., C.H. Beck, 2019, § 2 UrhG, para. 60.

127) Thomas Dreier, in: Thomas Dreier, Gernot Schulze, Benjamin Raue *et al.*, *Urheberrechtsgesetz (UrhG): Kommentar*, 8th ed., C.H. Beck, 2025, § 2 UrhG, para. 31. 이는 창작성 평가 자체가 선택이나 결정의 여지에 의해 결정된다는 이론과는 다른 것이다. Stig Strömholm, “Spielraum, Originalität oder Persönlichkeit?: Das Urheberrecht vor einer Wegwahl”, GRUR Int. 1996, 529. 논문에서 설명하듯 해당 개념은 저자의 1970년 저작 <Upphovsrättens verksbegrepp>, 즉 저작권법상 저작물 개념에서 주창한 여지 개념 (Spielraumbegriff)에서 기원한 것인데, 그는 이를 모든 저작물 유형에 적용되는 기준으로 상정하기 보다 기능적 저작물이나 편집저작물을 위한 것으로 보면서 “보호를 구하는 저작물은, 이전에 작성된 저작물의 해당 구성 요소와 유사하지 않은, 법적으로 중요한 요소를 최소한으로 포함하고 있어야 한다”(강조표시는 연구자에 의한 것임)고 봄으로써 완화된 신규성을 요구하고 있다. *Id.*, p. 531. 그는 이 기준에 따라 보호되는 저작물에 차등적인 보호가 부여되어야 한다는 입장이다. *Id.*, p. 530.

128) Dreier, *op. cit.*, § 2 UrhG, para. 31.

129) BGH, GRUR 1986, 739 – Anwaltsshriftsatz.

130) Gisela Wild, “Anmerkung zu: BGH, Urteil vom 17.04.1986 – I ZR 213/83”, GRUR 1986, 741, 742.

유사한 기준은 일기에도 적용되었는데, Franz Josef 1세의 정부였던 Anna Nahowski의 일기 중 다음 부분에 대해 오스트리아 최고법원은 창작성을 갖추지 못했다고 판단했다.¹³¹⁾

그럼 내일? 좋아, 내일!

나는 나갔다. 그리고 준비를 마쳤다. 우유, 빵, 필요한 모든 것을 침실로 가져왔다. 작은 탁자 위에서... (식별 불가능한 단어) 알코올로 직접 커피를 내렸다.

물론 우리는 변호사의 서면이 저작권으로 보호된다고 해서 평석자가 우려했던 큰일은 일어 나지 않는다는 사실을 이미 알고 있다. 더욱이 위 판단들은 실용적이라고 해서 무조건 저작권 보호를 부정한 것은 아니다. 같은 맥락에서 위 독일 연방대법원의 판결을 두고 평균적인 수공 업적 텍스트 작성을 넘어서는 경우에 보호를 받을 수 있다는 점을 들어 창작 높이라는 기준이 여전히 작동하고 있다고 평가하는 이도 있다.¹³²⁾ 창작 여지를 앞세워 사실상 창작 높이를 요구한다는 관점이다.

다만 이와 같은 방식으로 저작물이 아니었던 것들이 저작물이 될 수 있는 길은 넓어졌고, 지금 우리 눈으로 봤을 때 위와 같은 일기 구절이 창작성을 결여하고 있는지에 대해서는 최소한 의구심이 생긴다. 마찬가지로 학술적 성취는 이론으로서 보호받지 못한다고 하더라도 이를 구체화하는 서술방식은 보호받을 수 있다는 사상은 이제 자명한 것이 되었다.¹³³⁾

우리나라의 최근 판례에서도 자주 문제되는 이른바 웹사이트 레이아웃이 저작물로 보호되는지는 아래 실시에서 보는 바와 같이 이제 그렇게 큰 논쟁거리가 되지 않는 것 같다.

웹사이트의 레이아웃은 복잡한 시각적 구성의 일부라는 점에서 다른 형태의 그래픽 디자인과 구별된다. 웹사이트는 대개 텍스트, 이미지, 그래픽 요소 그리고 음악으로 구성된다. 이러한 멀티미디어 애플리케이션의 기초는 텍스트, 그림, 사진, 동영상 그리고 경우에 따라 사운드 등의 형태로 서로 독립적인 데이터 모음인데, 이 데이터들은 HTML(Hyper Text Mark-up Language) 파일에 저장된다. ...

웹사이트의 저작권 보호는 한편으로는 기초가 되는 파일에서, 다른 한편으로는 사용자 인터페이스에서 시작될 수 있다. 파일의 보호에 있어서는 컴퓨터 프로그램으로서의 보호가 적용된다 (...). 사용자 인터페이스(=웹사이트의 가시적 구성)의 보호에 있어서는 데이터베이스 저작물 또는 데이터베이스 보호가 가능한 것으로 보인다. 편집물, 어문저작물, 학술적 또는 기술적 성격의 표현물, 영상 유사 저작물 또는 순수미술 저작물로서의 보호가 가능해 보인다(...). 한편 이러한 분류는 개별 요소에는 적용될 수 있으나, 웹사이트 전체에는 적용되지 않는다는 견해도 개진되는데, 이는 웹사이트가 멀티미디어 저작물이며 따라서 새로운 저작물 유형에 해당하기 때문이다(...).¹³⁴⁾

이는 얼핏 보면 독일의 기준이 이제 영미법계 저작권법, 적어도 영미법과 대륙법 중간 정도에 위치한 우

131) OGH, GRUR Int. 1986, 486, 486 - Anna Nahowski-Tagebücher.

132) Leistner, *op. cit.* (ZGE), p. 31.

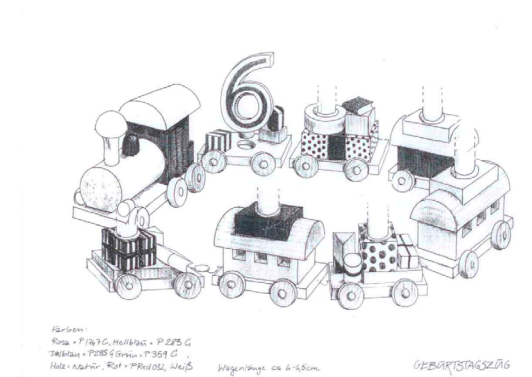
133) BGH, GRUR 1981, 352, 353 - Staatsexamensarbeit 참조.

134) OGH, ZUM-RD 2002, 133, 135 - Layout einer Website.

리나라의 기준 정도에 근접했다는 인식이 가능하도록 한다. 하지만 이와 같은 명제에 의구심을 갖게 하는 몇 가지 예시도 존재하는데, 그중 가장 잘 알려진 것이 응용미술저작물에 관한 것이다. 독일은 이른바 단계이론에 따라 응용미술저작물에 더 높은 수준의 창작성을 요구한 바 있으나, 유럽화의 영향으로 이런 태도를 더 이상 유지할 수 없게 되었다.¹³⁵⁾ 이렇듯 응용미술저작물의 보호기준은 순수미술과 동일한 기준으로 조율되었지만, 그렇다고 순수미술저작물에 비해 더 낮아진 것은 아니다.¹³⁶⁾ 이에 따라 실제 사례에서 웹사이트의 레이아웃에 창작성이 인정된 사례를 발견하기 어렵고,¹³⁷⁾ 여전히 독일의 보호기준이 높다고 볼 만한 사례들이 존재한다.¹³⁸⁾



Spaßbrille – 창작성 부정



Geburtstagszug – 창작성 부정



Geburtstagskarawane – 창작성 인정

135) EU 공동체디자인 규정 Recital 32 참조. 독일 내에서 EU에 단일한 창작성 개념이 도입되어 있는지에 대한 논란이 있다. 연방대법원은 그렇지 않다는 입장인 것에 반해(BGHZ 199, 52, paras. 27-31 - Geburtstagszug), 학계의 입장은 엇갈린다. 찬성 입장은 Leistner, *op. cit.*, p. 23, 반대입장은 Schack, *op. cit.*, para. 232 참조. 다만 연방대법원은 2004년 디자인법의 유럽화를 계기로 응용미술저작물의 창작성 기준을 전환하는 결단을 내렸다. BGHZ 199, 52, paras. 33 *et seq.* - Geburtstagszug.

136) Schack, *op. cit.*, para. 182.

137) OLG Düsseldorf, MMR 1999, 729, 732; OLG Hamburg, ZUM-RD 2012, 664, 667 -668; OLG Hamburg, GRUR 2023, 1688 paras. 74 *et seq.* - Adblocker; AG Erfurt, ZUM-RD 2007, 504,506 등 참조.

138) OLG Düsseldorf, GRUR-RS 2020, 58848 - Spaßbrille; OLG Schleswig, BeckRS 2014, 17807- Geburtstagszug/Geburtstagskarawane.

아무리 창작성이 높은 기준이 아니라고 여기는 연구자라도 응용미술저작물과 순수미술저작물의 구별이 어렵다는 점은 인정하는데,¹³⁹⁾ 이 어려움은 곧 응용미술저작물의 문제라기보다 창작성 자체의 모호함을 방증하는 것일지 모른다.

결과적으로 독일에서 창작 높이라는 요건은 대체로 부정되고 있다. 그럼에도 그 기준이 완전히 사라졌다고 보기 어려울 수 있는데, 여전히 응용미술저작물에서 이 기준은 어느 정도 유효한 것 같다. 이는 한편으로 응용미술에 대한 보호수단은 원칙적으로 디자인보호법이라는 선 입관이 여전히 법률가들의 인식 속에 깊게 자리매김한 결과일 수 있지만, 다른 한편으로 창작성 판단이 모호한 상황에서 덜 위험한 선택을 한 것인지 모른다. 응용미술에 대해 저작물성을 인정할 경우, 실용적인 것에 독점을 인정하는 결과를 초래한다는 점에서 창작성의 정도라는 기준만으로 판단하기 어려운 미묘함이 생기는 것이다. 더욱이 창작의 여지라는 기준은 나름 중요한 것 같지만, 창작의 여지가 거의 영(0)에 수렴하지 않는 한 여지가 적다는 것만으로 창작성이 부정되는 것은 아니다. 이에 따라 응용미술에 대한 독일의 보호기준은 내려갈 수 있고, 또 내려가고 있다고도 볼 수 있다.¹⁴⁰⁾



Grand Step Shoes의 샌들- 창작성 인정



Birkenstock 샌들 - 창작성 부정

다. 창작성의 편집저작물성화?

저작권법을 연구하는 누구나 창작성이 예술성이 아니라는 점을 분명히 인식하고 있다. 법률 문제인 창작성 판단을 법 전문가(대개 예술 문외한)에게 맡기는 것은 적절하다고 여기지 않으며, 더욱이 창작성의 본질 자체가 예술과는 다르다고 보기 때문이다. 그러나 아무리 예술성을 기준으로 삼지 않는다고 하지만, 가치나 질적 요소에 관한 판단이 전혀 개입하지 못한다는 말은 아니다. 예를 들어 프랑스 지식재산권법전 제L.112-1조는 “이 법의 규정은 그 종류, 표현 형태, 가치 또는 용도와 관계없이 모든 지적 창작물에 대한 저작자의 권리를 보호한다”고 정한다. 하지만 우리는 창작성 판단이 가치적인 측면을 가지고 있다는 점을 인정할 수밖에 없다.¹⁴¹⁾ 그 이유는 우리가 지극히 평범하고 평균적인 것, 더 나아가 오직 전문기술에만 의존한 것에 저작권 보호를 부여하지 않기 때문이다. 이런 관점에서 Schack은 다음과 같이 가치 내지 품질 평가의 불가피성을 설명한다.

139) *Id.*, para. 232.

140) OLG Hamburg, GRUR 2022, 565 – Grand Step Shoes; BGH, GRUR Int. 2025, 573 – Birkenstocksandale. 위 Geburtstagskarawane와 Grand Step Shoes의 샌들의 창작성을 인정한 것은 고등법원인데, 연방대법원에서 버켄스탁 샌들의 창작성을 부정한 것으로 미루어 상고되었을 경우 위 결론이 달라졌을 수 있다고 생각된다.

141) 우리 대법원 역시(대법원 1997. 11. 25. 선고 97도2227 판결) “저작권법에 의한 보호를 받을 가치가 있는 정도의 최소한의 창작성”이 요구된다고 함으로써 창작성의 가치 관련성을 간접적으로나마 인정한 바 있다.

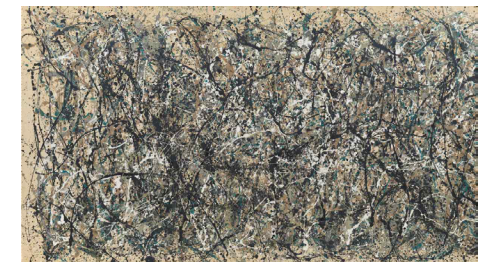
법관들은 예술적 가치 판단을 삼가야 한다. 하지만 이를 완전히 피할 수는 없으며, 적어도 무의식적인 수준에서라도 질에 대한 평가는 평범한 것과 특별한 것을 구분하는 데 항상 영향을 미치게 마련이다.¹⁴²⁾

마찬가지의 비판은 프랑스에서도 나온다. André Françon은 “법관이 저작물의 창작성 여부를 판단할 때, 내심으로 그 작품의 가치(valeur de l'oeuvre)를 전혀 고려하지 않도록 완전히 막을 수 있을 것이라고 기대하기는 어렵다”고 지적한다.¹⁴³⁾

이는 곧 창작성이 특정 유형의 저작물에서 엄격하게 해석될 가능성이 있음을 의미하지만, 전혀 다른 방향으로, 다시 말해 창작성을 유연화하는데도 기여해 왔다. 실제로 가치의 척도는 점점 유연해지는 것 같다. 이는 우리가 어떤 대상에서 가능한 한 가치를 찾으려는 경향으로 나타나기도 한다. 예를 들어 저작권에서 우연은 보호되지 않는다고 보지만, 의도된 우연은 창작성의 대상이 될 수 있다. 이에 따라 Jean Tinguely의 <Méta-Matics>는 보호받지 못하지만, Jackson Pollock의 이른바 드립 페인팅(Drip Paintings)은 보호를 향유한다고 설명된다.¹⁴⁴⁾ 전자는 모터의 동작으로 그림이 그려지도록 하는 것인데, 후자는 캔버스를 누어두고 물감을 여러 도구 흘뿌린다는 데서 차이가 있다. 후자가 전자보다 더 많은 통제가 가능하다는 사실은 인정할 수 있지만, Pollock이 잠결에 물감통을 흔들었는지 또 Tinguely가 원하는 그림이 나올 때까지 그림이 새로 그려지도록 했는지(혹은 모터의 온/오프나 방향을 세밀하게 조율했는지) 제3자로서는 전혀 알 수 없는 부분이다.



<Méta-Matic No. 10>



<American>

우연성에 대한 인간의 통제력이 어디까지에 이르러야 하는지에 대해 단정적으로 이야기할 수는 없다. 그러나 창작성의 기준이 저작물 자체보다는 과정에 주목하는 것만은 분명해 보인다. 우리는 편집저작물에 관하여 소재의 선택, 배열, 구성 등이 창작성을 갖출 수 있다고 관념 하지만, 사실 얼마나 많은 소재를 두고 어떤 방식으로 선택했는지는 알 수 없는 경우가 많다. 앞서 보았듯 독일은 개성을 강조하는 창작성관을 가지고 시작했으나, 알 수 없는 영역이나 모호한 영역에서 저작자의 창작적 선택을 전제하는 방향으로 나아가고 있는 것은 아닐까?

프랑스 파기원 역시 컴퓨터 프로그램의 보호 가능성을 이른바 개성적인 구조(structure individualisée)라는 술어를 통해 설명한 바 있다.¹⁴⁵⁾ 엄격함과 유연함이 법리에 의해 결정되기보다 정

142) Schack, *op. cit.*, para. 193.

143) André Françon, “Préface”, in: Caroline Carreau, Mérite et droit d’auteur, Librairie générale de droit et de jurisprudence (LGDJ), 1981, p. 10.

144) Dreier, *op. cit.*, § 2 UrhG, para. 23.

145) Cass. ass. plén., 7 mars 1986, Pachot, D. 1986, 411; JCP 1986, 20631; RIDA 1986, n°

해진 결론을 합리화한다고 볼 여지가 있는 것이다.¹⁴⁶⁾

결과적으로 모든 유형의 저작물이 편집저작물화되는 현상도 목도할 수 있는데,¹⁴⁷⁾ 독일 연방대법원이 “창작적 성과가 형태를 만드는 과정, 즉 단순히 재료를 모으고, 분류하며, 배열하는 데서 드러내는 것”으로 충분하다는 설명¹⁴⁸⁾ 역시 같은 맥락이라 할 수 있을 것이다.

라. 독일 창작성의 유산

흔히 우리 저작권법의 계통을 대륙법계로 이해하는 경우가 많다. 저작권격권이 나뉠 강한 수준에서 보호되고 있고, 창작자주의에 따라 업무상저작물 인정에도 엄격함과 주저함이 있다. 살펴볼수록 대륙법적 요소를 찾기 어려운 것이 사실이다. 이는 창작성 기준에 있어서도 마찬가지라고 생각된다. 우리 판례 역시 개성을 요구하기는 했지만, 이를 그렇게 개인화된 것으로 받아들이지는 않았던 것 같다. 물론 우리나라와 독일의 창작성을 일대일로 비교할 수는 없다. 즉, 어떤 대상이 독일에서 창작성을 인정받았다고 해서 우리나라에 반드시 그럴 것이라는 보장은 없고, 그 반대도 마찬가지이다. 그러나 위 사례들을 본다면, 현재까지도 독일이 우리보다 다소 높은 창작성 요건을 가지고 있다는 점, 그 창작성은 저작자의 개성을 더 강하게 요구한다는 점을 확인할 수 있다.

한 논평가는 영미식의 기술과 노동 기준이나 유럽대륙의 개성 기준이 서로를 향해 수렴하고 있다는 점을 지적한다. 즉, 전자가 저작자로부터 기원한 “작업과 투자(work and investment)”에 집중한 개념이라면, 후자는 저작자의 “판단과 선택(judgement and choices)”이 ‘얼마나’ 개성적이고 저작자 고유의 것인지에 관심을 둔다. 문제는 여기서 ‘얼마나’가 과연 얼마만큼을 의미하는지인데, 이 기준이 낮게 설정된다면 결국 양측의 창작성 기준이 교차할 수밖에 없다는 것이다.¹⁴⁹⁾

예를 들어 저작권으로 보호받은 적 없던 바로크 시대 음악의 악보를 복원한 것에 대해 영국에서는 기술과 노동을 기준으로,¹⁵⁰⁾ 프랑스에서는 복원 과정에서 유실된 부분을 채워 넣는 과정에서 편집자의 창작적 판단이 있었다는 이유로¹⁵¹⁾ 각각 저작물성을 인정한 바 있다. 악보의 복원에서 무엇이 학식의 영역이고 무엇이 개성의 영역인지, 또 학술적 판단은 개성이 아닌지 등 논란의 여지가 있음에도 불구하고, 개성이 발현되어야 하는 정도가 낮아질수록 창작성이 인정될 가능성은 그만큼 커진다고 할 수 있다.¹⁵²⁾

146) Strömholm, *op. cit.*, p. 532는 법관들이 특히 첨단 산업에 속하는 대상의 창작성 판단에서 큰 압박을 느낄 수밖에 없다고 지적한다. *Id.* 류시원 교수는 건축저작물의 맥락에서 “예술성”의 판단이 결코 단순한 일이 아니며, 주관에 치우칠 수 있으므로 사법부에 맡기는 것이 원론적 차원에서 바람직하지 않다고 평가한다. 류시원, “건축저작물의 창작성 판단 기준: 대법원 2020. 4. 29. 선고 2019도 9601 판결의 재평가”, 산업재산권, 통권 제75호(2023. 8.), 157면(이하 “류시원, 건축저작물의 창작성”으로 줄임). 물론 창작성과 예술성은 다른 차원의 문제일 수 있으나, 존재나 정도에 대한 평가가 어렵다는 점에서는 마찬가지인 것 같다.

147) 박준우 교수는 “편집저작물”을 광범위하게 인정하는 것이 잘못이라 지적한다. 즉, 편집저작물 역시 편집물로서의 성격을 지녀야 한다고 본다. 박준우, “인공지능(AI) 활용 저작물의 편집저작물성과 구성 요소의 선택·배열”, IP & Data 法, 제5권 제1호, 인하대학교 법학연구소(2025. 6.), 106면. 다만 선택, 배열, 구성 등은 편집저작물이 아닌 여타 저작물의 작성 행위에 해당할 수 있고, 이들에 창작성이 인정될 수 있다고 본다. 위의 논문, 99면.

148) BGH, GRUR 1980, 227, 230 – Monumenta Germaniae Historica.

149) Andreas Rahmatian, ““European” Originality in Copyright Law in the English Case of *THJ Systems Ltd. v. Sheridan*,” *IIC*, Vol. 55 No. 7 (2024), pp. 171-172.

150) *Sawkins v Hyperion* [2005] EWCA Civ 565, [2005] 1 W.L.R. 3280.

151) *Sawkins c/ Harmonia Mundi*, TGI Nanterre, 1re ch., 19 janvier 2005

우리는 대륙법계 저작권법이 창작성의 기준이 낮추는 방향을 걷는 것에도 주목한 것으로 보이고, 이 제는 그 속도를 추월한 것으로 보이기도 한다. 이른바 짝 사건에서 우리 대법원은 “다양한 요소들로 구성되고, 이러한 요소들이 일정한 제작 의도나 방침에 따라 선택되고 배열 됨”이 창작성의 근거가 될 수 있다고 보았고,¹⁵³⁾ 가루야 가루야 체험전 사건에서는 해당 체험 전이 “그 구성요소들이 일정한 제작 의도에 따라 선택·배열되고 유기적으로 조합됨으로써 기존의 체험전 등과는 구별되는 창작적 개성을 갖추고 있”다고 하면서 창작성을 인정했다.¹⁵⁴⁾ 포레스트 매니아 사건, 즉 게임의 창작성을 판단할 때도 마찬가지였는데, “게임물을 구성하는 구성요소들 각각의 창작성을 고려함은 물론이고, 구성요소들이 일정한 제작 의도와 시나리오에 따라 기술적으로 구현되는 과정에서 선택·배열되고 조합됨”을 기준으로 삼았다.¹⁵⁵⁾ 이들은 각각 방송 포맷, 체험전 및 게임(체계와 구성)이라는 상이한 유형의 저작물이었는데, 이들은 명백히 기존 창작성의 기준이 완화된 것이며,¹⁵⁶⁾ 동시에 창작성의 기준이 점차 편집저작물에 적용되는 창작성 기준과 유사해지고 있다고도 말할 수 있다.¹⁵⁷⁾

IV. ‘도리어’ 주목해야 할 현상 및 논의

1. 문제 제기

지금까지 살펴본 바에 의하면, 우리 저작권법의 창작성 기준은 모호하기는 하지만, 또 애초에 낮은 편이기도 했지만, 그럼에도 점차 낮아지고 있음을 확인할 수 있다. 새로운 대상에 창작성을 인정하고 저작물로 보호하는데 주저함이 생기는 것은 당연한 일이다. 하지만 저작권사를 보면, 주저함과는 전혀 다른 논리가 지배적이었다는 것을 알 수 있다. 아래에서 역사적 통찰과 국내 논의를 중심으로 보호 저작물의 확대 경향에 주목해 보기로 한다.

2. 보호 저작물의 확대와 창작성

저작권법의 역사는 -권리 유형 및 보호기간과 함께- 보호 저작물의 범위 확대의 역사라는 평가가 있다.¹⁵⁸⁾ 물론 저작물성 확대는 기술 발전이나 새로운 매체의 등장(“표현도구와 매체 기술”)이라는 측면에서 좌우되기는 하지만,¹⁵⁹⁾ 영국에서의 사진 보호나,¹⁶⁰⁾ 그보다 더 광범위하게 시도된 컴퓨터 프로그램

152) 만약 위 악보 복원 사례에서 단지 잊힌 자료를 찾아낸다거나 알아보기 힘든 부분을 쉽게 식별할 수 있도록 한 정도가 기술과 노동인지, 학술적으로 그렇게 판단할 수밖에 없는 것을 선택하고 결정한 경우까지 편집자 개인의 개성이 될 수 있는지 의문이 생길 수 있다. 다만 실제로 문제가 되는 사례들은 상당히 미묘해서 100퍼센트 노력만으로 복원이 이루어졌거나 100퍼센트 학술적인 연구의 결과만으로 특정 결과물이 도출되었고 말할 수 있는 경우는 없을 것이다

153) 대법원 2017. 11. 9. 선고 2014다49180 판결.

154) 대법원 2019. 12. 27. 선고 2016다208600 판결.

155) 대법원 2019. 6. 27. 선고 2017다212095 판결.

156) 박준석, “게임규칙 관련 부분의 저작권 보호가능성: 아이디어 · 표현 이분법의 신축적 적용”, 저스티스, 통권 제193호, 한국법학원(2022. 12.), 394면 이하.

157) 비슷한 관점은 김병일, “편집저작물의 창작성 및 실질적 유사성 판단 기준”, 정보법학, 제28권 제1호, 한국정보법학회(2024. 4.), 70-71면, 특히 106면 참조.

158) 박성호, 앞의 책, 29면.

159) 류시원, “생성형 AI 프롬프트 입력에 대한 저작권법상 평가”, 기간 저작권, 2024년 겨울호(통권 제 148호; 2024. 12.), 57면.

160) *Graves’ Case* (1868-69) LR 4 QB 715, at 723.

램의 보호처럼 정책적인 고려를 통해 편입된 것 역시 있다. 다만 역사를 더 거슬러 올라가면, 더욱이 저작권 보호 정당화라는 측면에서 보면, 저작권의 확대는 한편으로 철학적이지만, 다른 한편으로 그 정당화 근거는 무척 단순했다고 볼 수 있다.

1710년 영국에서 앤성문법이 나오고, 1734년에는 이른바 판화 저작권법이 나왔다. 이후 저 작권으로 보호되는 범주도 점차 늘어났는데, 보호 확대가 이루어진 과정을 보면 기존에 보호 되던 것들과 공통점 내지 동가치성을 주장하고 이것이 법으로 승인되는 과정이라 해도 과언이 아니다. 판화가 저작물로 인정된 것 역시 이 논리에 따른 것인데, 활판이든 판화 원본이든 찌 어서 만들어진다는 점에서는 마찬가지로 지이기 때문이다. 문제는 보호할 만한 가치가 있는지 증명 하는 것이지만, 진지한 논의는 생략되고 다음과 같은 왜곡된 논법만 남았다.

1. 판화는 인쇄물이다. 서적은 인쇄물이다. 그러므로 판화는 서적이다.
2. 판화는 서적이다. 서적은 불법 복제로부터 보호받는다. 그러므로 판화는 불법 복제로부터 보호받아야 한다.¹⁶¹⁾

Bellos와 Montagu는 이 논리가 마치 “모든 인간은 반드시 죽는다 / 소크라테스는 반드시 죽는다 / 그러므로 모든 인간은 소크라테스다”처럼 잘못된 것이라 지적한다. 납 활자 인쇄와 동판 인쇄가 동일한 것이라고 한다면, 압착기로 과즙을 짜내는 와인과 주스 역시 보호받아야 할 것이라고도 조롱한다.¹⁶²⁾

이는 당연히 해학을 위한 과장을 포함하고 있을 것이다. 더욱이 위와 같은 염세적 관념에 대해 창작성이라는 관념이 있는 한 우리에게 원칙적으로 보호된다는 것과 문제된 대상이 해당 요건을 갖추고 있다는 것은 다른 차원의 질문이라고 반문할지 모른다. 하지만 Learned Hand 판사가 이야기했듯 “누구도 그 경계를 정하지 못했고, 앞으로 그럴 것(Nobody has ever been able to fix that boundary, and nobody ever can)”¹⁶³⁾이라는 평가는 현재, 특히 AI 시대를 살아가는 우리에게 일종의 경고일 수 있다. 다시 말해 어려운 문제를 정면으로 돌파하 려 하지 않고, 새로운 것이 보호될 수 있는지만 따진 결과는 결국 꼬리가 몸통을 흔드는 현상을 초래할 수 있다는 것이다.

3. 우리 학계의 논의

창작성에 경향성이 존재할까? 이 질문에 대해 남형두 교수는 적어도 2012년까지 과거의 낮은 기준이 다소 높아졌다고 분석한다.¹⁶⁴⁾ 이와는 대조적으로 편집저작물성 기준은 줄곧 낮은수준에서 유지되어왔

161) 이상 David Bellos & Alexandre Montagu / 이영아 역, 『이 문장은 누구의 것인가 : 현대 사회를 움직이는 저작권의 역사』, 현암사, 2024, 제13장.

162) 위의 책.

163) *Nichols v. Universal Pictures Corp.*, 45 F.2d 119, 121 (2d Cir. 1930).

164) 남형두, 저작물성의 역사, 59면.

음을 확인했다.¹⁶⁵⁾ 다만 앞서 본 것처럼 우리의 창작성 기준은 편집저작물의 창작성 기준에 가까워지면 서 결과적으로 창작성 전체가 낮아졌다고 볼 여지가 있다.

우리 학계 역시 이런 변화에 부정적이지 않은 것처럼 보인다. 권영준 대법관은 표현 선택의 폭이 커졌다는 이유로 게임저작물의 보호범위 확대를 지지하고,¹⁶⁶⁾ 계승균 교수는 안무저작물이 공간의 제약을 받을 수 있으나 대부분 보호받을 수 있음을 시사한다.¹⁶⁷⁾ 차상욱 교수는 “촬영목적에 비중을 크게 두어 사진저작물의 창작성을 부인하는” 판례의 태도를 비판하면서 최소한의 창작성을 강조하고,¹⁶⁸⁾ 류시원 교수 역시 건축저작물이 기능적이라는 이유만으로 창작성을 제한하는 것은 바람직하지 않으며 “선택의 폭”을 고려하여 구체적이고 체계화된 판단을 하도록 주문한다.¹⁶⁹⁾ 우리 학계의 견해는 전반적으로 구체적이고 타당한 판단이 필요하다고 전제하면서도 창작성이 인정될 수 있는 여지는 열어두어야 한다는 방향으로 향한다는 것을 확인할 수 있다. 이에 반해 창작성의 기준이 너무 낮으므로 이를 더 엄격하게 바꾸어야 한다는 입장을 찾아보기는 어렵다.

창작성 문제가 점차 선택과 결정이라는 차원의 논의가 되어감에 따라 이를 중심으로 하는 창작성 개념의 재정립 역시 시도되고 있다. 국제적으로 보자면, 예를 들어 선택의 폭 이론 (Spielraumtheorie)은 전형적인 것에서 벗어난 것을 기준으로 창작성을 인정할 수 있다는 주장이다.¹⁷⁰⁾ 이 논의는 창작의 결과뿐 아니라 과정을 보자는 논리로 이어지기도 한다. 해당 논리에 의하면, 창작성이란 저작물이라는 결과를 통해 객관적으로 징표되기보다 저작자가 저작물을 창작하는 과정에서 이루어지는 과정에서 발현된다는 것이다.¹⁷¹⁾

다만 이는 창작성 평가가 어렵다는 점과 대안이 필요하다는 점을 보여주는 데는 유용하지만, 창작자가 아닌 이용자 입장에서 결과만 보고 저작물인지를 판단할 수 없다는 문제를 안긴다. 물론 이 과정조차 결과를 통해 추론할 수 있다고 반론을 제기할 수 있지만, 이 반론은 결과를 통해 창작성을 판단하도록 하는 기존 견해에 대한 대안이 되기는 어려울 수 있다.

우리 저작권법학계는 아직 대안이론을 본격적으로 논의하는 단계는 아닌 것으로 보인다. 그럼에도 창작성과 저작권법의 목적이나 정책의 관계에 대한 논의는 전개되고 있다. 저작권법의 목적과 저작물성/창작성의 관계에 관한 논의가 전개되는데, 예를 들어 정상조 교수와 박준석 교수는 창작성의 목적 관련성에 주목한다. 즉, “창작이 없음에도 불구하고 지식재산권을 부여 하게 된다면 이제까지 일반 공중의 공유(public domain)에 속하던 것을 특정인에게 귀속시키는 결과로 되어서 오히려 [과학기술과 문학 예술의] 발전을 저해하고 지식재산권법의 법목적에 반하게 된다”고 본다.¹⁷²⁾ 그러면서도 “창작성의 기

165) 남형두, 저작물성의 역사, 65~66면.

166) 권영준, “게임저작물과 실질적 유사성: 한국의 포레스트 매니아 판결과 미국의 테트리스 판결을 중심으로” 지식재산연구, 제17권 제3호, 한국지식재산연구원(2022. 9.), 177면.

167) 계승균, “안무저작물의 성립요건과 침해 판단에 관한 소고”, 계간 저작권, 2024년 여름호, 한국저작권위원회(2024. 6.), 68면.

168) 차상욱, 앞의 논문, 283면.

169) 류시원, 건축저작물의 창작성, 171면; 174면.

170) Helmut Haberstumpf, “Der europäische Werkbegriff und die Lehre vom Gestaltungsspielraum”, GRUR 2021, 1249, 1250.

171) 구체적으로 그는 규칙적인 규칙 깨기(regelhafter Regelbruch)를 창작성의 기준이라 보는데(*id.*, p. 1256), 이는 기존 창작으로부터 체계적으로 이탈하는 것을 의미한다.

172) 정상조·박준석, 앞의 책, 264면. 최상필 교수 역시 “어떠한 사상과 감정에 관하여 과거에 표현된 바 있는 것이 현재 표현된 것보다 높은[원문은 “낮은”이지만 문맥상 ‘높은 것’을 의미하는 것으로 보임] 수준일 경우라도 과거의 것만 보호되고 새로운 것은 보호되지 못해 문화발전에 역행하는 상황도 초래될 수 있다”고 하여 목적론적 접근을 지지한다. 최상필, “골프코스의 창작성과 가상공간에서의 이용: 서울고등법원 2024. 2. 1. 선고 2022나2000485 판결을 참고하여”, 민사법의 이론과 실무, 제27권 제 2호(2024. 4.), 149면.

준이 높아야만 우리 저작권법의 목적이 달성된다고 볼 만한 아무런 이유도 없다”고 지적한다.¹⁷³⁾ 다만 우리의 창작성 기준은 결코 명확 하거나 정착되어 있는 것은 아닌데, “이제는 보다 효율적인 저작권법 목적의 달성을 위해서 창작성의 기준을 어떻게 해석해야 할 것인지에 대해서 심각한 고민을 해야 할 때가 되었다”는 결론에 이른다.¹⁷⁴⁾

남형두 교수는 아래와 같이 이 둘 사이에 직접적인 관련성은 없다고 보면서도 문화와 산업의 발전 도 모라는 목적의 확장은 창작성 논의의 자유로운 전개를 가능하도록 한다고 지적한다.¹⁷⁵⁾

앞서 지적한 저작물의 확대 과정을 보더라도 저작권에 대한 산업적 이해는 필연적인 것 이다. 상업적 가치는 저작물의 확대는 물론 전 영역(보호 범위, 내용 및 효과)에서의 보호 강화라는 결과를 초래해 왔다.¹⁷⁶⁾

특정 저작물의 보호 필요성을 다른 저작물과의 비차별이나 정책적 목표 실현에서 찾는 것은 역사적 관점에서 잘못된 것이라고 볼 수 없다. 그러나 선택과 결정 중 무엇을, 얼마나, 또 어떻게 했을 때 최소한의 창의성이 발현될 수 있는지에 대한 논의는 반드시 필요할 것 같다.

V. 창작성의 현실적 문제

1. 창작성의 모호함은 어떤 결과를 낳나?

앞서 우리는 대륙법계든 영미법계든 전체 저작물 유형에서 창작성 판단이 편집저작물성에 관한 판단에 수렴하는 현상에 대해 본 바 있다.¹⁷⁷⁾ 즉, 표현방식에 대한 결정이 곧 저작물성을 담보해주는 상황이 나타나고 있는 것이다. 여기서는 이렇듯 창작성 기준이 낮아짐에 따라 발생할 수 있는 두 가지 문제에 대해 지적하고자 한다. 우선 볼 문제는 모호성에 터 잡은 라이선스 시장의 형성 현상을 지적하고자 한다. 2019년 케임브리지 대학출판부에서 상당히 흥미로워 보이는 책이 출간되었다. <A History of Intellectual Property in 50 Objects>¹⁷⁸⁾ 라는 제목의 이 책은 역사적으로 의미가 있는 여러 대상을 통해 지식재산권의 역사를 짚기 위한 것이다. 그중 하나는,¹⁷⁹⁾ 우리에게도 잘 알 려진 Leonardo da Vinci의 <Mona Lisa>에 관한 것이다. da Vinci는 1452년에 태어나 1519년 별세했으므로 저작권과는 무관한 삶을 살았던 인물이다.¹⁸⁰⁾ 이 작품 역시 딱히 저작권과 관련이 없어 보이기 는 마찬가지이다.

173) 정상조·박준석, 앞의 책, 266면.

174) 위의 책, 같은 면.

175) 남형두, 저작물성의 역사, 44면. 다만 남형두 교수는 저작물성에 관한 평가가 표현의 자유와 깊이 연관되어 있으며, 무엇보다 저작물성과 표현의 자유 사이의 긴장관계만 강조되어 온 현실에 대한 반성이 필요하다고 본다. 남형두, 저작물성의 역사, 56~57면.

176) 남형두, 저작물성의 역사, 49면.

177) 본 발표문 III 2 다/라 및 IV 3 참조.

178) Claudy Op den Kamp & Dan Hunter (eds.), *A History of Intellectual Property in 50 Objects*, Cambridge University Press, 2019.

179) Andrea Wallace, “Mona Lisa”, in: Claudy Op den Kamp & Dan Hunter (eds.), *op. cit.*, pp. 24 *et seq.*

180) 당시에는 저작권 보호가 없었으며, 심지어 현재의 기준을 적용한다고 해도 사후 70년은 이미 한참 전에 경과했기 때문이다.

그런데 구글 등 검색엔진에서 “Mona Lisa” 또는 “모나리자”를 검색하면, 수많은 이미지가 출력되는 것을 확인할 수 있다. 그렇다면 저작권 보호와 무관한, <Mona Lisa>의 이미지는 자유롭게 사용할 수 있을까? 가장 올바른 대답은 “그때그때 다르다”일 것이다.

위 책에서도 설명하고 있듯 그때그때 ‘다른’ 이유는 해당 이미지들이 <Mona Lisa>를 사진으로 찍은 것이기 때문이다. 회화작품의 보호기간은 끝났을 수 있지만, 사진, 그중에서도 작품 있는 그대로를 찍은 것의 창작성은 충분히 다투어볼 만한 논점이다.

그러나 이 문제를 법 소비자, 다시 말해 수범자 입장에서 생각해 보자. 만약 <Mona Lisa>를 소장한 프랑스 Louvre에서, 또는 스톡 이미지 사이트에서 해당 작품의 이미지를 판매하면서 100~200유로의 재사용료(상업적으로 인터넷에 게시할 목적 등)를 받는다고 가정해 본다. 이 이미지를 사용하고자 하는 사람 중에서, 맘 편히 이용하는 옵션을 대신하여 침해소송이라는 위험을 기꺼이 감당할 사람은 그렇게 많지 않을 것이다. 이러한 불확실성과 그에 수반된 불안함은 특유의 시장을 형성한다.¹⁸¹⁾ 위 사례는 얼핏 보아 불확실한 ‘사실’ 때문에 발생하는 문제 같지만, 실상 명화를 찍은 사진의 창작성 여부는 법적 문제이다. 우리는 사진저작물과 창작성 없는 사진 사이의 구별이 상당히 모호하다고 여기며, 기술성과 창작성 사이의 미묘한 차이에 대해서도 쉽게 인식하지 못한다.

2. AI 프롬프트는 창작인가?

위와 마찬가지로 창작성에 있어 선택이나 판단이 중요해지는 경우 발생하는 두 번째 현상은 AI 생성물의 저작권 보호와 관련된 것이다. 우리는 AI의 도움을 받아 만들어진 콘텐츠가 경우 에 따라 저작권 보호를 향유할 수 있다고 본다. 낮은 창작성 기준을 함께 고려한다면, 생성 결과에서 프롬프트가 차지하는 비중이나 기여하는 바가 적다고 해도 이것이 곧 창작성을 부정하는 논거가 될 수 없다고도 볼 수 있다.¹⁸²⁾ 당연하게도 “석양을 바라보는 남자와 그 그림자” 같은 텍스트가 보호를 받을 수는 없겠지만, “석양을 바라보는 우수에 찬 남자와 그 실루엣이 햇빛과 그림자라는 강한 대조를 이루면서 상당히 어두우면서도 동시에 희망적인 내일을 갈망하는 인간의 이중성을 보여주는 이미지”라는 텍스트를 입력한다면, 적어도 이 프롬프트와 그것이 완전히 반영된 생성 결과가 보호되지 않는다고 보기는 어려울 것이다. 비록 우연이라는 요소가 있다고 하더라도 앞서 본 <American>이 우연성에 의존했음에도 보호를 받을 수 있는 것처럼 생성 결과에 대해서도 마찬가지로 원칙이 적용될 수 있을 것이다. 또 <Méta-Matic No. 10>에서와 같은 우연성의 결정까지 창작적인 것으로 인정한다면, 특성과 장·단점을 고려한 AI 모델이나 툴의 선택, 참고할 이미지의 업로드나 검색 허용 여부 등도 적어도 선택이라는 범주에 들 수 있다. 혹자는 표시의무와 낮은 수준의 보호를 통해 AI 생성물에 대한 보호가 가능하다고 보지만,¹⁸³⁾ 현재의 창작성 기준에서 개성이라는 요소가 매우 약화되어 있다는 현실을 고려해 본다면, 이는 (역)차별로 인식될 여지도 있다.

문제는 우리가 그 생성 과정을 이해할 수 없다는 데 있다. 여기서 문제는 기술적인 생성 원리를 의미하

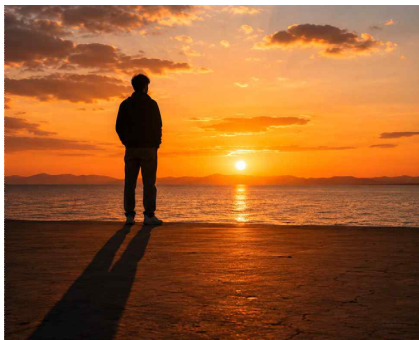
181) Susan M. Bielstein, *Permissions, A Survival Guide: Blunt Talk about Art as Intellectual Property*. University of Chicago Press, 2006, pp. 35 *et seq.*

182) 김윤명, “생성형AI의 프롬프트 창작에 대한 저작권법적 고찰”, 저스티스, 통권 제200호(2024. 2.), 274~275면.

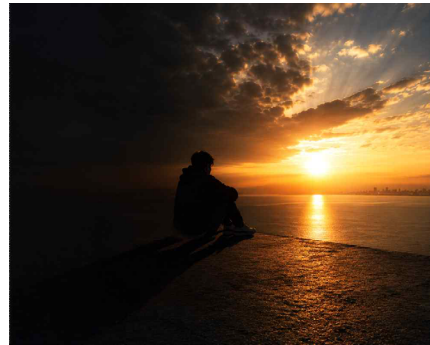
183) 위의 논문, 286면 이하.

는 것이 아니다. 도리어 프롬프트가 어떻게 입력되었는지 알 수 없다는 문제가 있다. 단지 석양을 바라보는 남자를 요청했을 때 눈 앞에 놓인 이미지가 나온 것인지, 더 복잡한 요청을 통해 나온 것인지 제3자로서는 알 수 없는 일이다. 또 생성 결과에 대해 수정을 요구하거나 모범이 되는 이미지를 제공했는지 등은 이미지만으로 알 수 없는 일이다. 다시 말해 AI 생성물에 있어 결과만으로 과정을 추적하는 것은 사실상 매우 어려운 일이 되었다. 아무리 표시제도를 도입한다고 해도 생성의 모든 과정을 프로토콜화해서 게시하도록 하는 것은 현실성이 없다.

이는 AI 시대에 복제는 게으른 것으로 비난받아 마땅하고, 저작권이든 AI 창작물을 위한 '작은' 저작권이든 침해책임을 피하기 위해서는 스스로 프롬프트를 입력해서 생성하라는, 새로운 의미에서의 originality 개념을 등장시킬 수 있다. 누군가는 이를 저작권 침해로 근본적으로 회피할 수 있는 시나리오나 유토피아로 볼 수 있지만, 이를 저작권 제도의 위기 혹은 디스토피아로 느끼는 이들도 있을 것이다. **"여기 내가 복제해 온 이미지 모두 비슷하지만 다르게 새로 만들어줘!"** - 어쩌면 우리는 저작권 침해라는 개념, 아니 저작권 자체가 없는 세상을 살아갈지 모르겠다.



AI 생성 이미지



AI 생성 이미지

VI. 마무리

지금까지 논의된 것을 순서와 관계없이 정리해 본다.

- 보호 저작물이 확대된 역사는 창작성에 대한 진지한 고민 혹은 창작성의 재발견이 아닌 저작물 사이 유사성에 따른 귀결일 수 있다. 창작성은 도리어 보호되는 저작물을 통해 후행 적으로 정당화된 것일 수 있다.
- 창작성을 질적 관점에서 높고 낮음을 평가하는 것은 어려운 일이다. 도리어 창작의 여지, 더 나아가 창작물의 길이가 길어질수록, 다시 말해 양적 관점에서 창작성은 더욱 선명해지는 경향이 생긴다.
- 창작의 여지 자체가 저작자의 창작적 결정을 암시하는 것으로 여겨지기 쉽다. 예를 들어 사진에 영향을 미치는 다양한 요소가 존재하지만, 실제로 그 요소들이 얼마나 문제된 사진에 투영되어 있는

지 파악하기는 어렵다. 웹사이트 레이아웃도 마찬가지인데, 다양하게 선택해서 배치할 가능성이 곧 해당 유형 전반의 창작성을 전반적으로 높이고, 추정되도록 하는 효과를 발휘한다.

- 창작, 선택 및 결정은 서로 수렴하는 관계에 있다. 창작의 여지는 곧 취사선택이나 결정의 문제와 동일하게 취급되면서 창작의 여지가 곧 선택의 여지로 취급되고, 이는 편집저작물의 보호 가능성을 높이는 한편, 모든 저작물을 편집저작물화하는 효과를 보이기도 한다.
- 선택과 창작의 관계는 모호함의 연속이다. 어문저작물의 작성을 위해 사전에서 단어를 선택하는 경우처럼 선택지가 많은 경우와 선택지가 두세 개인 경우의 구별은 간단할 수 있다. 그러나 5~10개의 선택지 가운데 하나를 선택하는 것이 창작적인지는 모호하고 미묘한 문제다.
- 창작성의 인정은 곧 독점의 승인이다. 경쟁이 심한 영역일수록, 더욱이 경쟁수단이 제한되어 있을수록 창작성이 인정될 가능성은 낮아진다. 이에 따라 응용미술저작물에서 창작성이 인정되기 어려운 반면, 소설이나 회화 작품의 보호 가능성은 깊이 검토하지 않고도 인정되는 예가 많다.
- 스스로 만들었는지에 대한 평가가 현대사회에도 유지될 수 있는지 의문이다. 타이핑이나 필사로 받아적은 것을 스스로 생각한 바에 따라 표로 정리한 것이 스캔-OCR-엑셀이라는 과정보다 더 보호받을 만하다고 볼 수 없고, 스스로 만든다는 것의 가치 평가는 예전과 현재가 다르다.
- 창작성을 널리 인정하기에 인류의 역사가 유구한데, 이렇듯 긴 역사 속에서 보편적이고 통상적인 것을 넘어서는 것이 이토록 많다는 것, 특히 선택과 배열, 더 나아가 선택에서 그렇게 많다는 것은 허구일 수 있다.

지금까지 논의한 바와 같이 창작성은 어려운 개념이며, 그 기준을 정확하게 이해하는 것 역시 어렵다. 문제는 이런 어려움이 창작성 기준을 전반적으로 낮추는 데 기여하고 있다는 점인데, 이는 위 V에서 보는 바와 같이 저작권 시장과 관념에 부정적 영향을 끼칠 수 있다. 무엇보다 복제(데드카피)는 나쁘지만 변형한 것은 그보다 나은 것이고, 복제한 것과 변형한 것에 각각 다른 기준으로 평가될 수 있다는 관념이 과연 줄곧 유지할 만한 것인지에 대한 고민도 필요하다. 복제를 위한 노력과 AI에 그것의 변형을 요구하는 데 필요한 인간의 개입이란 거의 동가치한 것이라 볼 수 있기 때문이다.

더 큰 문제는 기계창작이 인간창작에 인정되는 낮은 창작성 기준을 너무 쉽게 넘을 수 있다는 데 있다. AI 역시 모델에 존재하는 여러 파라미터를 디코딩하는 과정에서 -인간의 관점에서- 우연성 앞에서 수많은 선택을 하게 된다. 이것이 인간의 그것과 본질적으로 다르지 않고, 또 더욱이 다음과 같이 인간의 그것보다 더 낫다고 평가될 수 있다.

기계지능이 인간보다 더 정교하게 '인간의 사상과 감정'을 표현할 수 있다면 기계지능으로 만들어진 콘텐츠가 저작물에 해당하는 창작 표현이라고 보지 못할 이유가 없다.¹⁸⁴⁾

이는 당장은 인간과 기계의 창작을 구별하지 못하는 문제를 낳겠지만, 궁극적으로 창작성 개념에 대한 근본적인 문제 제기가 필요하다는 시그널을 보내고 있는지도 모른다.

184) 정상조·박준석, 앞의 책, 268면.

토론

사진·영상·ICT 기술 발전이 저작권법상 창작성 개념의 등장 및 변천에 미친 영향 그리고 AI 기술 발전이 앞으로 창작성 개념의 변모에 미칠 영향 -이일호 박사 발제문에 대한 소감-

박성호 명예교수(한양대학교)

1. 전체 윤곽 훑어보기: 그 소감 하나

이일호 박사의 오늘 발제문은 비교법적 관점에서 사진 기술의 등장에서부터 AI 기술의 출현에 이르기까지 기술 발전에 따른 ‘창작성 개념’의 변천 과정을 개관한 것이다. 그리고 “...비판적 고찰”이라는 부제(副題)가 시사하듯이 이러한 변천에 자신의 비판적 견해나 생각을 덧붙이고 있다. 자료에 기반한 법제사적 실증보다는 다소 느슨하게 문화 예술 차원으로 논의의 틀을 넓게 잡고 창작성 개념의 변천 과정을 다루었다는 점에서 스케일이 크다. 물론 스케일이 크다는 것은 장점일 수도 단점일 수도 있다.

토론자의 관점에서 부연하자면, 사진 기술의 발전이 저작물 성립요건 중 하나인 창작성 요건이 등장하는 데에 하나의 계기가 되었다는 것, 뒤이어 출현한 녹음·영상·ICT 기술 등의 발전이 창작성 개념의 변천에 일정한 영향을 주었거나 주었을 것이라는 점을 덧붙일 수 있겠다. 앞으로 문제는 생성형 AI라고 일컫는 초고도 컴퓨터프로그램의 등장과 상용화로 인한 것이다. 1978년 컴퓨터프로그램의 저작권법적 보호를 권고한 미국의 CONTU 보고서가 간행되었다. 이 보고서에는 AI에 관한 상당한 논의 내용을 담고 있다. 오늘날 읽어 보아도 여전히 유효한내용이 다수 포함되어 있다. SF소설이나 영화 차원의 문학적/영화적 상상력을 적절히 제어하여 법학적/규범적 상상력의 틀 내에서 일구어낸 성과라고 할 수 있다.

발제문에는 “역사적 관점에서...”라는 부제가 붙어 있지만 법제사적 관점에서 접근한 ‘역사’에 관한 실증이라기보다는 문화 예술 차원에서 ‘역사’라는 스토리텔링 요소를 가미한 것에 그쳤다는 점이 아쉽다. 그러다 보니 지적재산권법의 관점에서 창작성이라는 논점을 체계적으로 통제하고 관리하지 못하였다는 인상을 받는다. 지적재산권법에서 창작성 개념은 중요하다. 만일 창작성에 관한 논점이 좀 더 체계적으로 다루어졌다면, AI 기술 환경 아래에서 저작권법과 특허법을 견주어 보는 장면이 간단하게라도 한 번쯤은 등장하여야 한다.

예컨대, ‘창작성’에 관하여 저작권법과 달리 특허법에서는 신규성과 진보성으로 구분되어 논의된다는 점, 저작권의 보호대상은 ‘창작성 표현’임에 반해 특허권은 ‘창작성 있는 기술적 사상’이라는 점, 그래서 저작권법상의 저작자와 달리 특허법상 발명자가 되기 위해서는 “발명의 기술적 과제를 해결하기 위한 구체적인 착상을 새롭게 제시·부가·보완하거나, 실험 등을 통하여 새로운 착상을 구체화하거나, 발명의 목적 및 효과를 달성하기 위한 구체적인 수단과 방법의 제공 또는 구체적인 조안·지도를 통하여 발명을 가능하게 한 경우 등과 같이 기술적 사상의 창작행위에 실질적으로 기여”하여야 한다¹⁾는 점(이상 밑줄은 토론자, 이하 같다) 등 저작권법과의 차이점 등을 언급함으로써 저작권의 보호대상인 ‘창작

1) 대법원 2013. 5. 24. 선고 2011다57548 판결 등 참조.

적 표현’을 좀 더 입체적으로 조감(鳥瞰) 가능하도록 서술할 수 있었을 것이다. 이러한 두 법 간의 차이점으로 인해 생성형 AI 모델 개발자는 노벨문학상을 수상하는 것이 불가능하지만, 예측형 AI 모델 개발자는 노벨과학상을 타는 것이 가능하게 된다. 실제로 2024년 AI 모델 개발자가 노벨화학상을 수상한 이유는 단백질의 3차원 구조 예측형 AI 모델인 ‘알파폴드2(AlphaFold2)’를 개발하여 50년 넘게 해결하지 못한 단백질 구조 파악 문제를 해결하였기 때문이다.

저작권법상 창작성에 관한 논점이 폭넓게 다루어지기는 했지만 강심(江心)에 다가가지 못하였다는 점은 용어 사용의 측면에서도 감지할 수 있다. ‘I. 도입’에서도 ‘기계 창작’이라는 표현이 불쑥 등장하고, ‘VI. 마무리’에서도 ‘기계 창작’이라는 용어의 사용으로 무심(無心)하게 끝을 맺는다. 전 세계의 모든 법률 체계는 여전히 인간중심주의를 그 기반으로 한다.²⁾ ‘창작’이라는 행위는 인간만이 할 수 있다. 현행 법률 아래에서는 인간이 아닌 다른 것, 즉 ‘AI 기계’를 ‘창작’ 행위의 주체로 상정할 수 없다. 기계는 무엇인가를 ‘생성’하거나 ‘산출’할 뿐이다. 현 단계에서 기계가 창작의 주체가 될 수 있다면, 그것은 법학이 아닌 정책학의 영역이다.³⁾

발제문의 주제인 ‘창작성’은 저작물성을 인정하는 단계에서만뿐만 아니라 저작물의 작성에 창작적으로 기여한 사람을 저작자로 인정하는 단계, 그리고 저작자의 허락 없이 저작자의 창작적 표현을 이용하였는지 여부를 판단하는 저작권 침해의 단계에서도 언제나 문제가 된다. 이처럼 저작권법의 보호대상인 ‘창작성 표현’에 해당하는지 여부를 판단하는 문제는 주체(저작자), 객체(저작물), 저작권 침해의 단계에서 저작권 보호의 가부를 결정하는 중요한 개념이다. ‘창작’ 행위의 주체인 저작자(인간)를 중심에 놓고 보면 ‘창작성’이란 저작자가 저작물을 지배할 수 있는 핵심 표지라고 할 수 있다. 그러므로 작품(저작물)에 대한 저자(저작자)의 지배를 의미하는 저자의 ‘작품 지배(Werkherrschaft)’라는 것도 ‘창작성’을 통해 관철된다. 작품(저작물)을 번역·번안·개작(2차적 저작물로 작성)할 권리도 저자의 ‘작품 지배’에서 유래한다.⁴⁾

‘창작성’을 통해 관철되는 저작자의 작품(저작물) 지배라는 것은, 즉 저작권이 미치는 보호범위를 의미한다. 이는 저작권 침해로 인정되는 범위를 말하며, 저작자의 창작성이 미치는 범위이다. 문제는 저작권이 미치는 범위가 ① 앤 여왕법 시대에는 동일한 ‘서적’의 ‘인쇄와 재인쇄(print and reprint)’에 국한되었지만, 점차 ② ‘복제(copy)’{동일하거나 거의 동일한 복제(colorable copy)}로 확대되었고, 그 이후 ③ 번역·번안·개작 등을 포함하는 ‘2차적 저작물의 작성’으로 더욱 확대되었다는데에 있다. 창작성이 미치는 저작권의 보호범위와 관련하여 ① 단계에서는 구태여 창작성 개념을 인식하고 구체화할 필요가 없지만, ② 단계부터는 그렇지 않다. 특히 ③ 단계에서는 ‘창작성’ 개념에 새삼 주목하고 그것을 구체화하는 작업이 필요하게 된다.

2) 인간이 자연 세계와 별개이며 그보다 우월하다는 ‘인간중심주의 법학’은 많은 문제점을 가지고 있다. 그 대안으로 제기되는 ‘지구법학(Earth Jurisprudence)’의 논의에도 주목할 필요가 있음은 물론이다.

3) 국내로만 국한하더라도 지금 이 순간에도 법학 이외의 분야에서 AI와 관련된 문학·음악·미술·건축·영상·뉴스·게임 등에 관한 논문들이 수없이 쏟아지고 있다. 그들 중 상당수는 인간과 AI의 ‘협업’ 운운하면서 직접적으로 저작권법 문제를 다루고 있다.

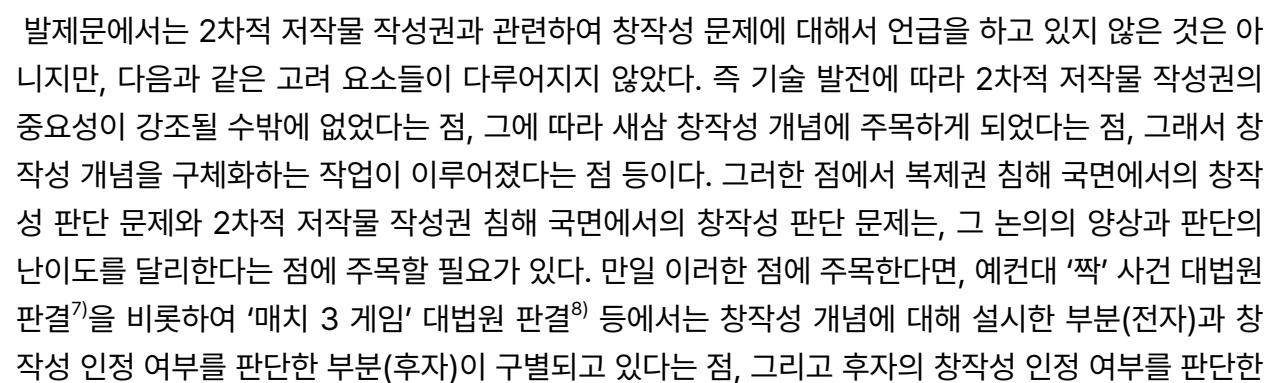
4) 이에 관해서는, 박성호, “저작권법과 예술철학/미학 간의 점점 모색—스타일 모방으로 인한 저작권 등 침해 문제—”, 한국저작권법학회 40주년 기념 추계학술대회(주제: 인공지능 시대의 균형 있는 저작권법 질서) 자료집(2025. 11. 28.), 104면 본문 및 각주16) 참조.

대목에서 소위 ‘어우러져’⁹⁾ 설⁹⁾이 등장한다는 점을 발견할 수 있게 된다. 이는 종래 대법원 판결들에서는 찾아 볼 수 없는 판시 내용이기 때문이다.

우리 대법원 판례에 따르면 저작권법에서 요구하는 창작성이란 남의 것을 베끼지 않았다는 것으로 충분하고 객관적으로 남의 것과 다르거나 객관적으로 새로운 것일 필요가 없다. 객관적으로 남의 것과 다른 것은 독창성을, 객관적으로 새로운 것은 신규성을 의미한다. 판례에서 창작성과 독창성이라는 용어를 뒤섞어 사용하는 경우가 있는데, 이는 구체적인 개별 사안을 고려한 용어 표현상의 차이이다. 또한 판례에서 창작성 기준을 높인 것처럼 보이는 경우는 소위 학술저작물¹⁰⁾이거나 기능적 저작물¹¹⁾과 관련된 사안들이다. 합체의 원칙이 적용되어 표현이 아니라 아이디어에 불과하므로 창작성 인정 여부를 따질 필요 없이 저작권의 보호대상이 아니라고 판단하면 끝날 사안들이다. 그런데 우리 대법원은 그렇게 하지 않고, 표현에는 해당하지만 왜 창작성이 인정되지 않는지를 구체적으로 설명하고 있다.¹²⁾ 그러다 보니 판시 내용이 당연히 길어진다. 그래서 장황한 설시 내용에만 주목하면 창작성 인정 기준이 높아진 것처럼 읽힐 수밖에 없다. 특히 학술저작물의 경우에는 오해가 많다.

우리 대법원 판결은 일정한 사안에서 창작성 인정에 관하여 소위 공식(formula)이라는 것을 제시한 바 있다. 정리하면 창작성이란 “독자적 작성 + 최소한의 창작(창조)성”을 말한다는 설시이다.¹³⁾ ‘독자적 작성’이란 남의 것을 베끼지 않고 작성하였다는 것을 말하고 ‘최소한의 창작성’이란 작성자의 개성이 나타나야 한다는 의미이다. 이러한 공식은 국내 다수 문헌에서도 언급하듯이 1991년 미국 Feist 판결의 영향일 것으로 생각한다. 여기서 주목해야 할 것은 Feist 판결은 전화번호부라는 사실적이고 기능적인 저작물과 관련된 사건이라는 점이다. 전통적인 예술적 저작물이면 남의 것을 베끼지 않고 작성하면 작성자의 개성이 나타나기 마련이다.¹⁴⁾ 그러므로 기능적 또는 사실적 저작물의 경우처럼 새삼스럽게 최소한의 창작(창조)성을 강조할 필요는 없을 것이다.

- 9) '어우러져'설이란 용어는 이리저리한 개별 요소들이 개별 요소 하나하나의 창작성 여부와 관계없이 어우러져서 창작성을 인정할 수 있다는 취지의 판시를 설명하기 위한 편의상의 용어이다.
- 10) 대법원 1993. 6. 8. 선고 93다3073, 93다3080 판결('희랍어 분석방법' 사건) 등.
- 11) 대법원 2005. 1. 27. 선고 2002도965 판결('지하철 통신설비 제안서 도면' 사건) 등. 12) 일본 최고재판소 판례도 일본 학자들로부터 똑 같은 비판을 받고 있다. 그렇다면 우리 법원이 일본을 베낀 것일까, 아니면 일본 재판소가 우리를 흉내 낸 것일까?
- 13) 대법원 1999. 11. 26. 선고 98다46259 판결('고려수지요법강좌' 사건); 대법원 2009. 6. 25. 선고 2008도11985 판결 등.
- 14) 박성호, 위의 책, 41면 참조.



47

그렇지 않고 기왕에 존재하던 것들을 선택하거나 배열·구성·조합하는 경우가 대부분이다. 그런데 무언가를 ‘선택·배열·구성’ 등을 한다는 표현이 존재한다고 해서 이를 편집저작물의 창작성 판단 문제로 이해하는 것은 문제가 있다.

편집저작물에서 말하는 편집이란 compilation을 말하는 것이지 edit 또는 editing이 아니다. 우리말로 동일하게 ‘편집’이란 용어를 사용하더라도 compile에 해당하는 ‘편집’은 일정한 종류의 ‘형식 정보’를 수집·분류하고 계층적으로 구성하거나 계통적으로 정리하는 것을 말한다. 이에 대해 edit에 해당하는 ‘편집’은 여러 가지로 해석될 수 있는 ‘의미 정보’에서 관계를 발견하고 맥락·시간·장면 등에 따라 ‘의미 정보’를 배열·조합하여 창작/창조에 이르는 것이다. 이 중 맥락적 편집이란 ① 캐릭터를 선택하고, ② 기승전결을 부여하며, ③ 에피소드를 추가하는 것이다. 시간적 편집이란 ① 시계열을 선택하고, ② 기승전결을 부여하며, ③ 에피소드를 추가하는 것이다. 장면적 편집이란 ① 장면을 선택하고, ② 기승전결을 부여하며, ③ 에피소드를 추가하는 것이다. 국내 예능 프로그램 ‘짹’ 사건에서 소위 ‘포맷’을 연상시킨다.

국제조약(베른협약, WTO/TRIPs 협정, WIPO 저작권조약)은 물론 우리 저작권법에서 말하는 ‘편집’이란 compile에 해당하는 것을 말한다. 따라서 편집물은 compilation에, 편집저작물은 work of compilation 또는 compiled work를 말한다. compile에 해당하는 ‘편집’은 일정한 종류의 정보, 즉 소재가 중요하다. ‘소재’는 편집물을 구성하는 최소 단위, 즉 ‘편집의 단위(unit of compilation)’이기 때문이다. 그런데 edit에 해당하는 ‘편집’에서는 ‘편집의 단위’인 ‘소재’를 명확히 구분할 수 없다. 여러 가지로 해석될 수 있는 ‘의미 정보’를 대상으로 삼는 것이기 때문이다. 따라서 ‘edit’에 해당하는 ‘편집’은 저작권법에서 말하는 편집저작물의 ‘편집’이 아니다.¹⁵⁾

결국 편집물을 구성하는 최소 단위에 해당하는 ‘편집의 단위’인 ‘소재’를 명확히 구분할 수 없는 것은 설령 수집물(collection)이라 하더라도 편집물로 분류될 수 없다. 그러므로 수집물 중 편집물을 비(非)편집물로부터 걸러 주는 기준은 결국 수집물의 구성요소인 ‘소재’이다.¹⁶⁾ 또한 편집저작물 판단의 전제가 되는 편집물이라는 것은 앞에서 언급한 것처럼 일정한 종류의 형식 정보를 수집하고 이를 계통적으로 분류하는 것이다. 따라서 이러한 수집과 계통적 분류 행위는 ‘편집의 단위’인 ‘소재’를 명확히 하는 행위이다. 그러한 점에서 편집저작물을 구성하는 ‘소재’는 적어도 일정한 ‘독립성’을 가지는 것에 국한되어야 할 것이다.¹⁷⁾ 따라서 소위 ‘어우러져’ 설에서 edit 또는 editing에 해당하는 ‘편집’이 존재한다고 해서, 이것을 compile에 해당하는 ‘편집’저작물의 창작성 판단 문제로 환원/수렴한다고 이해하는 것은 문제가 있다. 편집저작물을 속류적으로 이해하는 것에 다름 아니다. 오히려 ‘의미 정보’를 edit 또는 editing하는 것은 소위 ‘유형 테스트(pattern test)’에서 말하는 ‘유형(pattern)’을 만드는 것으로 이해하는 것이 타당하지 않을까?¹⁸⁾

15) 이에 관해서는, 박성호, “편집저작물에서 편집 개념의 정의 및 편집저작물의 창작성 판단과 저작자 인정에 관한 연구”, 제4회 저작권 연구회 자료집(한국저작권위원회, 2025. 11. 7.), 65~67면 참조.

16) 박준우, “인공지능(AI) 활용 저작물의 편집저작물성과 구성요소의 선택·배열”, 『IP & Data 법』 제5권 제1호, 인하대 법학연구소, 2025. 6., 87면.

17) 박준석, “게임규칙 관련 부분의 저작권 보호가능성: 아이디어·이분법의 신축적 적용”, 『저스티스』 통권 제193호, 한국법학원, 2022, 398면 참조.

18) 박성호, 위의 책, 137면, 679면 각 참조.

마지막으로 학술저작물의 창작성 판단에 관하여 언급하고자 한다. 모 연구기관이 작성한 저작물은 조선시대 실학자 서유구가 편찬한 ‘임원경제지’ 중 하나인 ‘위선지’의 원문에 교감(校勘), 표점(標點) 작업을 한 부분과 이를 번역한 부분으로 이루어진 것인데, 위 교감·표점 부분이 창작성을 가지는지 문제된 사안에서, 우리 대법원은 갑 법인의 저작물에서 교감 작업을 통해 원문을 확정하는 것과 표점 작업을 통해 의미에 맞도록 적절한 표점부호를 선택하는 것은 모두 학술적 사상 그 자체에 해당하고, 이러한 학술적 사상을 문자나 표점부호 등으로 나타낸 갑 법인의 교감·표점 부분에 관해서는 갑 법인과 동일한 학술적 사상을 가진 사람이라면 논리구성상 그와 달리 표현하기 어렵거나 다르게 표현하는 것이 적합하지 않아 위 부분은 결국 누가 하더라도 같거나 비슷한 방식으로 표현될 수밖에 없으므로, 특별한 사정이 없는 한 갑 법인의 저작물 중 교감한 문자와 표점부호 등으로 나타난 표현에는 갑 법인의 창조적 개성이 있다고 보기 어렵다고 판시한 바 있다.¹⁹⁾

위 대법원 판결은 학술저작물의 보호범위와 관련된 것으로,²⁰⁾ 여기서 문제가 된 옛 문헌의 각기 다른 판본들을 이용하여 정정하는 것을 교감(校勘)이라 하고 이러한 교감을 위주로 하는 학문을 문헌 ‘교감학’ 혹은 문헌에 대한 ‘비판 정본학(text-criticism)’이라 한다. 교감학의 의무는 전사(轉寫) 과정에서 발생하는 오류를 수정하여 문헌의 본래 모습(즉 ‘원본’)을 복원하거나 그것에 가깝게 회복(즉 ‘정본화’)하는 것이다. 그러한 과정에는 ‘계승-오류’의 확인을 통해 작성된 문헌 계보도가 이용된다.²¹⁾ 문제는 계승-오류를 확인할 수 없어서 문헌 계보도 작성이 원천적으로 불가능한 경우, 즉 문헌학자들이 ‘열린 관계’라고 부르는 경우이다.²²⁾ 널리 읽히고 많은 사랑을 받은 작품일수록 문헌 계보도 구성이 어려운 경우가 많다.

만일 위 대법원 판결의 사안이 계승-오류를 확인할 수 없는 ‘열린 관계’에 해당하는 경우라면 교감을 통한 정본화(定本化) 작업에는 고도의 학술적 전문성과 많은 시간이 소요될 뿐만 아니라 저작권법상의 창작성을 ‘선택의 폭’으로 이해하는 경우 그 ‘열린 관계’로 말미암아 정본화 작업에는 그 표현의 선택지(選擇枝)가 넓기 때문에 학술저작물로서의 창작성을 인정하는 데에 별다른 문제가 없을 것이라고 생각한다.²³⁾

19) 대법원 2021. 6. 30. 선고 2019다268061 판결

20) 이에 관해서는, 박성호, “2021년 지적재산법 중요 판례 평석”, 『인권과 정의』 Vol.505, 대한변호사협회, 2022. 5., 135~136면 참조.

21) 어떤 최초의 원전으로부터 필사된 문헌들이 일정 시기까지 내려오다가 필사 과정에서 한 필사본이 잘못 베껴지는 경우가 발생한다. 이 잘못 베낀 필사본이 마치 유전(遺傳)처럼 가지고 있는 오류들을 후대 필사본들에게 전하게 되는데, 이 오류들을 계승-오류라 부른다. 계승-오류의 확인을 통해 작성된 문헌 계보도가 원본의 복원이나 정본화 작업에 이용되는 것이다. 안재원, 『서양 고전 문헌학 입문—원천으로 가는 길』, 논형, 2019, 142면.

22) 계승-오류를 확인할 수 없는 경우는 오류들의 종류가 전혀 달라 한 판본이 다른 판본의 모본 역할을 했다고 볼 수 없는 경우를 말한다. 이러한 경우 판본들 사이의 문헌 계보도 구성은 원천적으로 불가능하다. 문헌학자들은 이러한 경우를 ‘열린 관계’라 부른다. 안재원, 위의 책, 142~143면.

23) 참고로 이스라엘 대법원은 2000년 8월 30일 사해 문서(Dead Sea Scrolls) 사건에서 사본 단편들을 재구성하여 복원하면서 사본에서 유실된 40 퍼센트에 해당하는 부분을 학문적 추론과정을 통해 복원한 김론(Qimron) 교수의 작업에 대해 학술저작물로서의 창작성을 인정할 수 있다고 판시한 바 있다(C.A. 2790/93, 2811/93, Eisenman v. Qimron, 54(3) P.D. 817.). 이러한 판단은 문헌 계보도 작성이 불가능한 ‘열린 관계’에 관한 정본화 작업 사안에도 적용 가능할 것이다. 일찍이 이스라엘 하급심 제소 단계에서 사해 문서의 저작권 보호 문제를 논급한 국내 문헌으로는, 김형만, “문화재와 지적재산권—사해 사본의 재구성에 관한 지적재산권 분쟁을 중심으로”, 『국제경제법의 현실문제』 韓滌 김정건 교수 정년기념, 삼영사, 1998, 86면 이하 참조

그러나 만일 위 대법원 판결의 사안이 계승-오류의 확인을 통해 작성된 문헌 계보도를 이용한 정본화 작업에 관한 것이라면 비록 원본 그 자체는 아니더라도 '원본이라는 단 하나의 정답'에 최대한 가깝게 도달하려는 행위에 불과하므로, 이러한 정본화 작업에는 그 표현의 선택지가 없거나 매우 한정될 수밖에 없다. 따라서 그로 인해 만들어진 정본이라는 결과물을 원고의 창작적 표현물이라고 말하기 어려울 것이다. 다만, 위 대법원 판결이나 원심판결의 실시만으로는 교감 작업의 대상인 한문 고전이 계승-오류의 확인을 통해 작성된 문헌 계보도를 이용한 정본화 작업에 해당하는 경우인지, 아니면 계승-오류를 확인할 수 없는 '열린 관계'에 해당하는 경우인지 그 사실관계를 명확히 알기 어렵다. 만일 전자라면 학술저작물의 창작성을 부정할 위 대법원 판결의 결론은 타당하다고 할 수 있겠지만 후자라면 그 반대가 될 것이다.²⁴⁾

3. 정리하며 : AI 프롬프트는 과연 창작일까?

이일호 박사의 발제문 마지막 부분에서 "AI 프롬프트는 창작인가?"라고 묻고 있다. 현 단계에서는 누구나 다 알고 있는 것이지만, 한국과 일본, 미국에서의 종래 논의를 확인하는 차원에서 정리한다면, 일정한 결론을 도출하는 것이 가능할 것이다.

첫째, 2023년 12월 27일 문화체육관광부와 한국저작권위원회가 발표한 <생성형 AI 저작권 안내서>는 단순 프롬프트 입력만으로 AI 산출물을 인간의 창작적 표현으로 인정하기 어렵지만, AI 산출물에 수정·증감 또는 편집·배열 등의 작업을 통하여 인간의 창작성을 부가한 경우 해당 부분에 대해서 저작물성을 인정할 수 있다고 설명하고 있다.²⁵⁾

둘째, 2024년 3월 15일 일본 문화청 문화심의회 저작권분과회 법제도소위원회가 발표한 <AI와 저작권에 관한 견해>는 ① 인간의 지시·입력의 분량·내용, ② 생성의 시행횟수, 즉 산출물을 확인하여 지시·입력을 수정하면서 시행을 되풀이 하였는지, ③ 여러 개의 산출물에서 선택을 한 것인지 등을 종합적으로 고려하여 판단할 수 있다고 설명하고 있다. 또한 인간이 AI 산출물에 창작적 표현이라고 할 수 있는 가필·수정을 가한 경우 그에 해당하는 부분에 대해서는 보통 저작물성이 인정된다고 설명하고 있다.²⁶⁾

셋째, 2025년 1월 29일 미국 저작권청 발표의 <저작권과 AI, 제2부 저작물성(copyrightability)>은 AI를 도구로 이용(assistive uses)한 경우는 창작성이 되지만 단순 프롬프트는 물론이고 세부적인 프롬프트의 경우도 인간의 창작성을 인정할 수 없으므로 인간을 저작자로 인정할 수 없다고 한다.²⁷⁾ AI 산출물에 인간의 창작적 요소가 명확히 반영된 경우²⁸⁾이거나 AI 산출물을 인간이 창작적으로 선택·조정·배열(selection, coordination, arrangement)하거나 수정(modification)한 경우 인간을 저작자로 인정할 수 있다고 한다.²⁹⁾

24) 아울러 위 대법원 판결이 전자와 후자의 차이를 명확히 구분하고 판결한 것인지도 분명하지 않다.

25) <생성형 AI 저작권 안내서>, 40면

26) <AI와 저작권에 관한 견해>, 40면.

27) <저작권과 AI, 제2부 저작물성(copyrightability)>, 12~22면.

28) 위 보고서 22~24면.

29) 위 보고서 24~27면.

세 나라에서 나온 위 보고서들은 서술 내용이 조금 다른 것처럼 인식될 수도 있겠지만 전체적인 취지는 거의 같은 것이라고 이해된다. 결국 AI 프롬프트만으로는 창작성을 인정받기 어렵다는 결론에 이르게 된다.

토론

저작물의 창작성 기준, 어디서 와서 어디를 향하나? -역사적 관점에서의 비판적 고찰-

나종갑 교수(연세대학교)

과거 저작권법리가 확립되던 과정에서 창작을 중요시하는 의미에서 저작물성(copyrightability)은 중요한 역할을 하지 못했다고 평가한다. 오히려 저작물성(copyrightability)의 의미는 1991년 Feist v. Rural 사건 이후에 강조된 면이 있지 않나 한다. 최소한 영미법상의 저작권법에서는 창작성(creativity) 보다는 신체노동으로부터 기원한다는 의미의 창작성(originality)이 주된 의미가 되지 않았나 한다. 물론 영국에서는 최소한의 창작성(creativity)에 대한 의미가 미국보다는 빠르게 등장했다. 이는 경제적 교환가치로서의 공리주의적 저작권 철학이 반영된 것으로 볼 수 있다.

독일의 임마누엘 칸트도 예술품에 대하여는 저작물성을 염두에 두지 않았다. 이는 칸트는 인간의 생각에 대한 대중과의 인격적 소통에 관심을 두었기 때문이라고 할 수 있다. 이러한 칸트의 생각으로는 창작성(creativity)인 생각에 대한 소통보다는 특정인으로부터 기원하는 의미의 창작성(originality)이 문제가 되었다.

1. 영어 'genius'(천재성 ?)에 대하여

genius, 특허와 관련하여 1421년 플로렌스의 필리포 브루넬레스키(Filippo Brunelleschi, 1377-1446)에게 부여한 특허에도 사용되었고, ("in order that the fruit of his genius and skill may not be reaped by", 물론 이탈리아어의 영문번역이기는 하지만) '1474년 베니스의 특허법'에도 동일한 용어(in+genious)를 사용하고 있고 이를 진보성이라고 평가하는 견해도 있으나, genius는 인간의 만든 또는 인간의 노력/영혼/재능으로 만든 의미라고 보는 것이 타당하다.

1474년 베니스의 특허법에는,

[T]here are in this city, and also there come temporarily by reason of its greatness and goodness, men from different places and most clever minds, capable of devising and inventing all manner of **ingenious** contrivances. Therefore, decision will be passed that, by authority of this Council, each person who will make in this city any new **ingenious** contrivance, not made heretofore in our dominion, as soon as it is reduced to perfection, so that it can be used and exercised, shall give notice of the same to the office of our Provisioners of Common....

이 도시에 거주하는 사람들도 있고, 그 위대함과 선함 때문에 잠시 이곳에 오는 사람들도 있으며, 다양한 지역 출신의 사람들과 모든 종류의 인간의 정신/재능을 불어넣은(ingenious) 장치를 고안하고 발명할 수 있는 가장 영리한(clever minds) 사람들도 있다. 그러므로, 이 의회의 권한으로 다음과 같은 결정을 내릴 것이다. 즉, 이 도시에 이전에는 우리 영토에서 만들어지지 않은 새로운 정신/재능을 불어넣은(ingenious) 장치를 만드는 사람은 누구든지, 그것이 완전히 완성되어 사용하고 실행할 수 있게 되는 즉시, 동일한 사항을 우리 공공물자 운영 사무소에 통보해야 한다.

즉 발명도 지적 창작이라는 의미로 사용하기 위해 genius 라는 용어를 사용한 것으로서, 저작권법을 이해하는데도 인간의 정신/영혼/재능을 사용한 결과라는 의미라고 하여야 하지 않을까 한다.

1774년 Donaldson v. Beckett 사건에서, 영국 정부의 대표로 변론한 법무부장관 Edward Thurlow는 다음과 같은 변론을 하면서, **genius**라는 용어를 사용했다.

Those great men, those favoured mortals, those sublime spirits, who share that ray of divinity which we call **genius**, are intrusted by Providence with the delegated power of imparting to their fellow-creatures that instruction which heaven meant for universal benefit; they must not be niggards to the world, or hoard up for themselves the common stock. We know what was the punishment of him who hid his talent, and Providence has taken care that there shall not be wanting the noblest motives and incentives for men of **genius** to communicate to the world those truths and discoveries which are nothing if uncommunicated. Knowledge has no value or use for the solitary owner: to be enjoyed it must be communicated.

우리가 **천재(genius)**라고 부르는 신의 서광(that ray of divinity)을 공유하는, 인간을 좋아하고, 위대한 정신을 가진, 그와 같은 위대한 사람들은, 천국이 보편적 이익을 의미하는 가르침을 그들의 동료 인간들에게 나눌 위임된 권한과 함께 신의 계시(Providence)에 의해 신뢰된다; 그들은 세상에 인색하지 않거나 보편적 자산을 그들 자신을 위해 비축하지 않는다. 우리는 그들의 능력을 감추는 사람들에 대한 처벌이 무엇인지 알고 있고, 신의 계시(Providence)는, 다른 사람과 나누지 않고는 아무것도 아닌 그들의 신뢰와 발견을 세상과 나누는 **천재적인 사람(men of genius)**을 위한 고귀한 동기와 유인을 필요로 하지 않는다는 것을 주목한다. 지식은 그 소유자를 위해서는 어떤 가치나 사용가치가 없다. [지식은 타인과] 소통되어 이용되어야 한다.

Donaldson v. Beckett (1774) 사건에서 언급된 genius는 궁극적으로는 ‘지식’의 의미로서, 지식을 공유하는 것이 하느님의 뜻에 부합하는 것으로서, 결국 지식의 공유가 저작권법의 목적으로서, 공리주의의 공리성을 의미하는 것으로 보아야 한다. 따라서 현대 저작권법에서 말하는 창작성(originality)의 의미는 명확하게 보이지는 않는다. 오히려, 공개한 지식(인간사회에 가치있는 지식)에 대한 경제적 가치의 보상을 강조한 의미로 볼 수 있다.

결론적으로 영국에서는 인간의 영혼이나 정신이 체화되었다는 것을 보호한 것이 아니라, 저작을 공개하였다는 것에 대한, 영국 공리주의의, 교환적 가치인 경제적 가치를 보호하기 위한 법적 수단을 제공하였다고 할 수 있고, 여기에서는 originality가 중요한 것은 아니었다고 할 수 있다. 따라서 이일호 박사의 발표중, “2024년의 Lidl v Tesco 판결에서 법원은 “1911년 이전에 창작성 기준은 없었다(there was no statutory requirement of originality prior to 1911)”고 설명했다.”는 영국 판결의 언급의 의미를 찾을 수 있을 것이다.

2. Statute of Anne 1710과 법형식주의/법실증주의

18세기 영국에서는 저작권이나 발명에 대한 특허권이나 모두 ‘법에 의해 창작된 권리’의 개념으로 변경되었다. 이때부터 영국에서 법실증주의(legal Positivism)의 법원칙이 정립되기 시작한 것으로 보아야 한다.

특히 1774년 Donaldson v. Beckett 사건 이후, 저작권은 법에 의해 창설된 권리의 개념으로 변경되고, (영국에서 특허권은 자연권으로 인식하지는 않았다고 본다.) 저작권을 규정한 Statute of Anne, 1710은 저작인격권에 관한 규정을 두지 않았으므로 author 라는 용어와 creation, original이라는 개념은 중요시되지 않았다고 볼 수 있다.

author 라는 용어가 영미의 저작권법철학과 일치하지 않았으므로 그 용어를 사용하는 것이 적절하지 않았다고 볼 수 있고, 따라서 author의 핵심적인 개념인 창작(creation/originality)라는 용어가 적절하지 않았다고 볼 수 있다. 즉 저작권은 1774년 이후 저작이라는 노동에 대한 결과를 재산권을 인식하는 것으로 보았다고 할 수 있다.

따라서 저작을 재산권적인 문제로 본다면, 저작에 대한 출판으로부터 이익을 취득하는 것이 중점이 된 것으로 보아야 한다. 따라서 창작성이 아닌 노력과 노동에 의해서 발생하는 경제적 이익을 취할 수 있도록 교환적인 대가로서 저작권 보호를 의미했으므로 authorship이라는 개념은 중요시되지 않았다. 오히려 불법복제로부터 저작자의 재산적 이익을 보호하는 것이므로 copyright 라는 용어가 적절했다.

3. 인간의 영혼과 저작권

물론 입법적인 문제가 아닌, 학술적 의미로서 저작자의 창작에 대한 권리 개념은 분명히 다니엘 디포(Daniel Defoe, 1660-1731, 로빈슨 크루소의 저자) 시대에서 보인다. 그 당시에는 저작을 로크의 영향을 받아 자연권인 권리로 보았고, ‘책은 저자의 재산으로 그의 정신적인 노력의 결과이므로 그 저작을 판매한다면 그 책을 구입한 사람의 재산이 된다’ (“A Book is the Author’s Property, ‘tis the Child of his Inventions, the Brat of his Brain”)고 주장했다. 이는 6세기 아일랜드의 왕이었던 Diarmait mac Cerbaill (c.545-c.565/8)가 성(聖) Finnian과 성(聖) Columbia 사이의 라틴 성서 Vulgate의 복제본에 대한 소유권 분쟁에서 중재한,

To every cow her calf, and accordingly to every book its copy.

모든 암소에게 그 송아지가 속하듯이 모든 책에는 그 복제본도 속한다.

라는 판정에 기원하는데, 결국 저작은 노동의 결과로 본 것이고, 이를 정신노동으로 확대한다면 영혼의 복제/정신의 복제라고 본 것이고, 그로부터 창작된 것(originality)의 개념을 엿볼 수 있다. 즉 원래의 정신을 부여한 사람의 정신이 복제된 것의 의미를 볼 수 있다.

18세기 초반 영국의 유명시인인 에드워드 영(Edward Young, 1683-1765)은 사무엘 리처드슨(Samuel Richardson, 1689-1761)의 저작을 보조하였는데, 저작자는 저술을 함에 있어 자신의 노동 이상의 것을 기여한다고 주장했다. 그는 그의 저술 ‘Conjectures on Original Composition, (1759)’에서 저작자는 자신의 창작적인 개성(영혼)을 책에 불어 넣으므로 저작자는

발명자보다 더 높은 가치의 노동을 하는 것이라고 했다.

But there are, who write with vigor, and success, to the world's delight, and their own renown. These are the glorious fruits where genius prevails. The mind of a man of genius is a fertile and pleasant field, pleasant as Elysium, and fertile as Tempe; it enjoys a perpetual spring.

활기롭고 성공적으로 세상사람들의 기쁨을 위해 저작을 한 명성을 가진 사람이 있다. 이러한 것은 재능에 의한 영광스런 과실이다. 천재적인 사람의 생각은 [신들의 정원인] 엘리시움에서의 즐거움과 사원에서의 유용함과 같이 유용하고 즐거운 것이다.

An original may be said to be of a vegetable nature; it rises spontaneously from the vital root of genius; it grows, it is not made: imitations are often a sort of manufacture wrought up by those mechanics, art, and labor, out of preexistent materials not their own.

원본(original)은 식물과 같은 성격을 가지고 있다. 이는 살아있는 천재성(genius)으로부터 자발적으로 오기 때문이다. 그것은 자라는 것으로 키워지는 것이 아니다. 모방은 가끔 자신들의 것이 아닌 이미 존재하던 것으로부터 제조, 예술 또는 노동에 의해 제조되는 것의 하나이다.

Overvalued indeed it cannot be, if genius, as to composition, is valued more. Learning we thank, genius we revere; that gives us pleasure, this gives us rapture; that informs, this inspires; and is itself inspired; for genius is from heaven, learning from man: this sets us above the low, and illiterate; that, above the learned, and polite. Learning is borrowed knowledge; genius is knowledge innate, and quite our own.

만일 천재성(genius)이, 구성(composition)과 같이, 더 평가된다고 하더라도 과대평가라고 할 수 없다. 우리가 감사하는 배우는 것, 우리가 존경하는 천재성(genius)은, 우리에게 기쁨을 주고, 우리에게 환희를 준다: 그것은 알려주고, 이것은 영감을 주고, 그리고 그 자신 스스로가 영감된다. 왜냐하면 천재성(genius)은 하늘로부터 오고, 사람으로부터 배우고: 이것은 우리를 배우고 예의로운 것 이상으로 바닥 위에 있게 하고, 문맹되게 한다: 배움은 지식으로부터 빌려온다. 천재성(genius)은 지식에 있고 순전히 우리의 것이다.

천재성(genius)은 지식의 강조하기 위한 것으로도 보이는 면이 있고, 다소 창작성(originality)의 의미로 사용되었는 점을 엿볼 수 있다. 즉 18세기 전반에 영국에서도 창작성(originality)의 의미를 볼 수 있다. 따라서 단순히 복제(copy)가 아닌 창작(originality)의 의미가 영국에서 출현하게 되었다. (이점은 칸트에게 영향)

그러나 1774년 Donaldson v. Beckett 사건 판결에서 Lord Camden은 작가들은 영원한 이익보다

는 '명예'를 위해 글을 써야 하며, 법적 보호를 고유한 개인적 권리보다는 일시적인 공적 독점으로 보는 관점에서 저작권법을 이해해야 한다고 하였다.

그 시점 이후, 영국에서는 실정법에서 창작된 권리라는 법실증주의(공리주의자 벤담은 법실증주의를 주장했다.)가 지배적인 법이론이 되면서, 저작권법에서 보호하지 않는 저작인격권의 개념은 사라졌고, 1988년에서야 입법화(Copyright, Designs and Patents Act 1988)에 의해 다시 나타났다.

따라서 전통적으로 영국에서는 저작인격권의 핵심적인 개념인 창작성(originality)의 개념은 중요시하지 않게 되었다.

4. 위작으로 부터의 보호: 출처의 혼동과 무임승차

영국에서 창작성이 아닌 경제적 가치의 보호가 중요하다고 본 것을 뒷받침하는 것은, 저작물의 위작에 대하여 저작인격권의 개념, 즉 originality의 개념을 도입하지 않고, 책의 구입자를 기망하는 불법행위 개념인 부정경쟁행위의 개념으로 접근한다는 것이다. 대표적으로 시인 바이런의 위작사건 (Byron v. Johnston (1816) 35 Eng. Rep. 851, 2 Mer. 29.)을 들 수 있다. (본 사건에 관하여는, 나종갑, 영국 지적재산권법의 사상과 철학의 형성, -윌리엄 블랙스톤(William Blackstone)-, 정보법학 30권 1호, p. 20 이하 참조)

5. "the intellectual labours of the mind"에 대하여

윌리엄 블랙스톤은 정신노동이라는 용어를 사용하지 않았다. 이 용어는 영미법에서는 19세기 칸트의 영향 이후에 나타나기 시작한다. 물론 칸트는 영국을 방문했고, 이때 앞서 언급한 Edward Young 시인의 "original genius"라는 생각의 영향을 받았다는 점은 많이 알려져 있다. (Giancarlo Frosio, Chapter 4: Individualism and the original genius in Reconciling Copyright with Cumulative Creativity, 2018 Elgar Pub. John Louis Kind, Edward Young in Germany, AMS Press, 1966, p. 54 이하)

19세기 특허에 관한 판결 들을 보면, 발명이 정신노동의 산물이라고 언급하는 예 들이 많이 발생했다. 이는 칸트 철학의 영향으로 보인다. 그러나 저작물은 정신노동의 산물보다는 copy 로부터 보호하는 법리로 남아 있기 때문에 노동을 강조하는 법리가 되었다고 보인다. (Sweat of the Brow doctrine)

6. 영국에서 Sweat of the Brow doctrine의 포기

영국은 미국보다 먼저 Sweat of the Brow doctrine을 포기한다. 1944년 G. A. Cramp & Sons, Ltd. v. Frank Smythson, Ltd. 사건(1944 A.C. 329.)에서 영국 법원은 '이마의 땀'(the Sweat of Brow doctrine) 이론을 포기했다. 본 사건의 1심은 저작물성을 부인했지만, 2심은 원고 Frank Smythson 업무일지(diary)에 있는 표형식은 저작권으로 보호받는 것이라고 판단하고, 이를 거의 동일하게 복제한 피고 Kenneth Cramp는 원고의 저작권을 침해했다고 판결했다. 상고심인 House of Lords는 1심을 지지하면서, 업무일지 앞 부분에 있는 각종 정보((i) 해당 연도의 '날짜 및 날짜'; ii) 내륙 우편 요금; iii) 영국 및 외국 우편 정보; iv) 미터법 및 영국식 도량형의 다른 도량형 환산표; v) 선택된 몇몇 도시의 등화 시간; vi) 영국 및 외국 시간표(약 30개 장소에서 그리니치의 정오와 동일한 시간); vii) 백분율 표)의 저작물성을 부인했다. 이로써 영국은 '이마의 땀'(the Sweat of Brow doctrine) 이론을 포기했다.

-이상-

2 주제 |

현대미술의 창작성에 관한 연구: 개념적 미술을 중심으로

발제 정수영 박사(변호사)

목 차

I. 들어가며

1. 서 론
2. 근대미학과 저작권법
3. 현대미술의 창작성: 구성요소의 선택, 배열, 조합

II. 경계창작물로서 현대미술의 보호가능성

1. 방송 포맷 저작물의 보호: '짹' 사건
2. 게임 저작물의 보호: '포레스트 매니아' 사건
3. 체험형 전시 저작물의 보호: '가루야 가루야' 사건
4. 경계창작물로서 현대미술의 보호가능성

III. 예상되는 비판

1. 아이디어의 보호에 대한 비판
2. 저작권 침해의 자의적 판단 가능성에 대한 비판
3. 사회적 규범에 의한 보호로 충분하다는 비판

IV. 결 론

* 본고는 필자의 논문 「현대미술의 저작권 보호가능성에 관한 연구」(법조 통권 제767호, 법조협회, 2024)를 기초로 최근 논의를 반영하여 수정·보완한 것입니다.

현대미술의 창작성에 관한 연구: 개념적 미술을 중심으로

박사 정수영

I. 현대미술과 저작권법의 충돌

1. 서론

아이디어가 작품에서 중요한 비중을 차지하는 현대미술은 기존 저작권법이 보호하는 미술저작물의 범주를 자주 벗어난다. 우선 가장 먼저 충돌하는 지점은 저작권법이 아이디어가 아닌 표현만을 보호한다는 것이다. 저작권법은 저작물을 '인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물' 이라고 정의하는데 여기서 창작물은 창작적인 아이디어가 아닌 창작적인 표현을 말한다.²⁾ 개념을 중시하는 현대미술 작품의 경우 작가가 작품을 통해 관객에게 전달하고자 하는 사상, 감정, 개념 등의 아이디어가 작품의 제작 과정, 작품이 관객에게 제시되는 방식 등 작품의 창작성을 이루는 요소와 밀접하게 관련되어 있는 반면 작품의 단편적인 외형은 창작적 요소를 거의 가지지 않도록 의도된 사례가 다수 존재하여 기존 미술저작물에 적용하던 방식으로 아이디어와 표현의 이분법을 적용하면 저작권법의 보호를 받지 못할 확률이 높다.³⁾

'개념미술'이라는 용어를 처음 사용한 헨리 플린트(Henry Flynt)는 소리가 음악의 소재 인 것처럼 개념미술은 가장 먼저 그 소재가 개념인 미술이라고 정의하였다.⁴⁾ 대표적인 개념미술 작가인 솔 르윗(Sol LeWitt)은 <개념미술에 대한 단락들(1967)>에서 "예술가가 개념적 형식의 예술을 한다는 것은 모든 계획과 결정이 사전에 이루어지고 실행이 형식적인 일임을 의미한다. 아이디어는 작품을 만드는 기계가 된다. (중략) 개념미술은 일반적으로 장인으로서의 예술가가 가진 손재주에 대한 의존으로부터 자유롭다."⁵⁾ 고 말하였다. 그간 저작권법에서 미술저작물의 표현이라고 말해온 붓터치나 색감, 인물의 표정 등은 개념적 미술⁶⁾에 존재하지 않거나 존재한다고 하더라도 일종의 부차적인 도구에 불과한 경우가 많다.

2) 정상조·박준석, 「지식재산권법(제6판)」, 홍문사(2024), 285면.

3) Lori Petruzzelli, "Copyright Problems in Post-Modern Art", *DePaul-LCA Journal of Art and Entertainment Law Vol. 5 No. 1*, (1995), pp.119~122.

4) Henry Flynt, "Essay: Concept Art", *An Anthology* (1963), <<https://henryflynt.org/aesthetics/conart.html>>(2026. 5. 7. 최종방문).

5) Sol LeWitt, "Paragraphs on Conceptual Art", *Artforum* (June 1967) <<https://www.artforum.com/features/paragraphs-on-conceptual-art-211354/>>(2026. 5. 7. 최종방문).

6) 개념미술은 특정 시대의 특정 미술에 국한되는 것이 아니며 작품의 물질적 측면보다는 작품에 내포된 관념적 측면이 강조되는 미술 역시 넓게 보면 개념미술에 속한다고 할 수 있다(전혜숙, "미술개념의 변화와 미국의 1968년: 개념미술의 등장을 중심으로", *미국사연구* 제28권, 한국미국사학회(2008), 4 면). 현대미술(contemporary art)의 주류는 개념적이고 비판적인 것으로 규정될 수 있다는 점에서 현대미술을 포스트-개념미술(post-conceptual art)이라고 정의하는 견해도 있다(Osborne, "Contemporary art is post-conceptual art," public lecture (July 9, 2010), <<https://vimeo.com/21969793>>; 김기수, "'1989년 이후 현대미술'의 담론의 전개양상 (I) 개념미술 과 비판적 전환", *현대미술학 논문집*(제19권 제2호), 현대미술학회(2015. 12.), 95~96면에서 재인용.). 이 경우 많은 현대미술 작품이 개념미술의 범주 안에 속하게 된다. 그러나 개념미술은 특정 시대 미술 사조를 일컫는 용어로 널리 사용되므로 본 논의가 해당 사조의 미술에만 적용된다는 오해를 불러일으키지 않기 위해 본 논의에서는 '개념미술' 대신 '개념적 미술'이라는 표현을 썼다. 또한 본 논의에서 문제 삼고자 하는 미술이란 아이디어와 표현의 경계가 불분명하여 명확한 분리가 어려운 개념적 미술이고 이는 현대미술에서 두드러지게 나타나는 양상이기에 편의상 이를 '현대미술'이라고 칭 하는 것뿐 본 논의를 미술사적 의미의 현대미술에 보편적으로 적용할 수 있다고 주장하고자 하는 것이 아님을 분명히 밝히고자 한다.

개념적 미술은 관객에게 개념 그 자체의 제시로서 의미를 가지며 오히려 시각적 효과만 놓고 본다면 창작성이 없는 것처럼 보이기도 한다. 완성된 작품의 외관 그 자체보다는 작품에 이르게 된 아이디어와 이를 구체적으로 실현하기 위해 구성요소를 선택하고 배열하는 일련의 과정이 본질적인 의미를 가지는 개념적 현대미술의 저작권 보호를 위해서는 저작권의 보호를 받는 ‘표현’을 다시 정의할 필요가 있다.⁷⁾

2. 근대미학과 저작권법

작품의 외관보다 아이디어를 중시하는 개념적 현대미술과 저작권법의 충돌은 저작권법이 근대미학에 기반을 두고 있기 때문에 발생한다. 근대미학은 근대적 사유 주체로서 ‘개인’의 ‘미적 주체성’을 토대로 전개되었다.⁸⁾ 근대미학을 대표하는 표현론은 18세기 독일 낭만주의 예술을 배경으로 하여 등장하는데, 독일 낭만주의는 이성을 중시한 프랑스 계몽주의에 대한 반발로 시작된 것이었다. 낭만주의는 이성의 빛만으로는 설명될 수 없는 꿈, 신화, 신비, 환상, 무한, 불가해 등의 영역이 존재한다고 생각하였고 이와 같은 영역에 도달하기 위해서는 창조적 천재로서의 예술가가 필요하다고 보았다. 이러한 배경 하에 낭만주의 예술은 작가의 고유한 감정을 상상력을 통해 표현하는 것이라고 여겨졌으며⁹⁾ 독창성을 재산권으로 보호하는 사회적 분위기에 따라 18세기 이후 저작권은 재산권 모델로 형성 및 발전되어왔다.¹⁰⁾

예술 창작 행위가 인간의 특별한 행위이자 그것도 탁월한 ‘창조’ 행위라는 주장은 서구 근대의 인본주의에 이르러 비로소 제기된 것이다. 예술 창작이 일종의 ‘신내림’에 의해 이루어지는 것이라 보았던 고대 그리스 시대와, 신의 영역에 해당하는 것이라고 여겼던 중세를 지나 근대에 이르러서야 비로소 개인이 창작의 주체로 인정되었으며 칸트는 자연이 예술가에게 부여한 천재라는 능력을 통해 그 규칙을 부여하는 행위를 예술이라고 보았다.¹¹⁾ 이와 같은 맥락에서 작품이란 ‘창조적 천재’인 개인의 독특한 ‘개성’이 구현된 것이고 작품은 ‘형식과 내용의 복합체’로 존재하는 가운데 ‘형식’만이 예술가의 권리 대상으로 인정되었다.¹²⁾ 이와 같은 흐름은 근대 저작권법 체계 속에서 저작자(개인), 창작성(개성), 저작물(작품)이라는 용어로 제도화되었다. 저작물의 성립 요건으로 창작성이 요구되며 ‘내용’은 보호대상에서 제외되고 ‘형식’만이 보호된다는 발상도 이와 같은 배경에서 탄생한 것이다.¹³⁾ 18세기 독일 철학자 요한 고틀리프 피히테(Johann Gottlieb Fichte)는 사상의 ‘내용’은 보호되지 못할 수 있으나 ‘형식’은 독창적인 것으로서 이를 창작한 저자에게 속한다고 보았다.¹⁴⁾

7) 권영준, “게임저작물과 실질적 유사성—한국의 포레스트 매니아 판결과 미국의 테트리스 판결을 중심으로—”, 지식재산연구(제17권 제3호), 한국지식재산연구원(2022. 9), 148면.

8) 박성호, 「저작권법(제3판)」, 박영사(2023), 27면.

9) 김진엽·하선규, 「미학」, 책세상(2007), 22~23면.

10) 남형두, “법과 예술-조영남 사건으로 본 주리스토크라시(Juristocracy)”, 정보법학(제20권 제2호), 한 국정보법학회(2016), 40면.

11) 염재철, “근대미학의 유산과 현대미학의 반전”, 민족미학(제12권 제1호), 민족미학회(2013), 116면.

12) 박성호, “저작권의 재구성을 위하여”, 해적판스캔들: 저작권과 해적판의 문화사, 야마다 쇼지, 송태욱 (역), 사계절(2011), 332~333면.

13) 박성호, 앞의 책, 27면.

14) 래리 샤이너, 조주연(역), 『순수예술의 발명』, 인간의기쁨(2015), 187면.

예술 창작이 예술가의 특별 능력에 의한다는 근대 예술 창작론 이후 현대에 이르러서는 예술가가 자연으로부터 부여 받은 특별한 능력이 아닌 예술가 자신의 능력에 의해 자신의 정서와 사상을 작품에 표현하는 행위를 예술 창작이라고 보게 되었다. 현대의 예술은 기존 가치를 전도하고 해체하는 것을 핵심 정신으로 하며 내용과 형식의 구분 자체도 자의적인 것 이라고 본다.¹⁵⁾ 이와 같은 기조 아래 전통적인 창작 방식에서 벗어나는 다양한 예술 현상이 발생하였고 급기야 마트의 세제박스를 미술관에 그대로 옮겨놓은 앤디 워홀의 <브릴로 박스> 같은 작품이 등장하게 되었다.

예술 철학자 아서 단토(Arthur C. Danto)는 앤디 워홀의 <브릴로박스>에서 영감을 받아 식별 불가능한 한 쌍, 즉 예술작품과 실제 사물을 구별해주는 것은 지각적으로 확인할 수 있는 성질 너머에 있는 것이라고 설명하였다. 그의 설명에 의하면 앤디 워홀의 <브릴로박스>나 마르셀 뒤샹의 <샘>은 지각적인 미를 비지각적인 의미로 대체하며 현대의 예술가들 이 외관의 영역이 아닌 의미의 영역에서 일하고 있다는 것을 보여줌과 동시에 외관에 관한 한 어떤 것도 예술작품이 될 수 있다는 것을 의미한다. 그는 예술이 무엇인지 알아내고자 한다면 감각경험으로부터 사고로의 전환, 즉 철학으로의 전환이 필요하다고 보았다.¹⁶⁾ 예술에 대한 일원론적 설명이 불가능해진 상황에서 단토는 가가스로 예술의 본질에 관한 정의를 시도하였는데 그에 따르면 예술작품이란 “무언가에 관한 것이며 그것의 의미를 구현하는 것”을 말한다.¹⁷⁾ 현대미술에서 미(beauty)는 의미(meaning)로 대체되었다.¹⁸⁾ 다시 말해 작품의 초점이 외관에서 아이디어로 이동한 것이다.

저작권으로 보호될 수 없는 아이디어와 보호 가능한 표현으로 작품을 양분하는 것은 작품이 외부 세계를 재현함으로써 보편적인 진리 또는 초월적인 본질을 감상자에게 전달한다는 고전적 예술론에 근거하고 있다.¹⁹⁾ 보편적인 진리나 초월적 본질은 특정 예술가에게 독점될 수 없는 아이디어로서 저작권의 보호 대상에서 제외되는 것이 타당하다. 그러나 이와 같은 예술론은 18세기 낭만주의 이후 더 이상 유효하지 않게 되었다는 점에 주목하여야 한다. 앞서 살펴본 것처럼 낭만주의에 이르러 미술은 보편적인 진리가 아니라 작가 개인의 고유한 감정을 표현하는 것으로 변화하였으며 이후 작품 바깥의 무언가를 가리킬 필요가 없다는 형식주의를 거쳐 이제는 더 이상 시각적인 것에도 국한되지 않고 보다 철학적인 것으로 변화하게 되었기 때문이다.

15) 염재철, 앞의 논문, 128면.

16) 이성훈, “<브릴로 박스>는 예술의 종말을 신호하는가?-앤디 워홀과 단토의 헤겔주의”, 미학예술학연 구(제16권), 한국미학예술학회(2002. 12), 161~182면.

17) To be a work of art is to be (i) about something and (ii) to embody its meaning(Arthur C. Danto, After the End of Art: Contemporary Art and the Pale of History - Updated Edition, Princeton University Press, (2015), p.195).

18) Arthur C. Danto, *The Madonna of the Future: Essays in a Pluralistic Art World*, University of California Press, (2001), p.xxx, <https://books.google.co.kr/books?id=9bAwDwAAQBAJ&pg=PR7&hl=ko&source=gbs_selected_pages&cad=1#v=onepage&q&f=false>(2026. 5. 7. 최종방문).

19) Amy B. Cohen, “Copyright law and the myth of objectivity: The idea-expression dichotomy and the inevitability of artistic value judgements”, *Indiana Law Journal* Vol. 66 No. 1, (1990), pp.230~231.

3. 현대미술의 창작성: 구성요소의 선택, 배열, 조합

앞서 살펴본 것처럼 현대미술의 양상은 다양하지만 그 가운데 작가가 어떤 의미를 구현하기 위해 작품을 만든다는 본질은 변하지 않았다. 현대미술은 작가의 특정 의도와 이를 구현하기 위해 선택, 배열, 조합한 구성요소의 유기적 결합이라는 구조로 설명될 수 있으며 이는 현대미술과 저작권법을 조화시킬 수 있는 단서가 된다. 그렇다면 이 경우 작가가 자신의 의도에 따라 선택, 배열, 조합한 구성요소가 하나의 작품으로서 전체적으로 어우러져 다른 저작물과 구별되는 창작적 개성을 드러낸다면 이는 저작권의 보호를 받을 수 있어야 할 것이다.

실제로 2022년 미국 플로리다 연방지방법원은 구성요소의 선택, 배열, 조합에서 발견되는 창작성을 전제로 개념적 미술작품의 저작물성을 긍정한 바 있다. 법원은 바나나를 테이프로 벽에 붙인 마우리치오 카텔란의 <코미디언>과, 오렌지와 바나나를 테이프로 패널에 붙인 조 모포드의 <바나나와 오렌지>를 비교하며 개념적 미술작품을 이루는 개별 요소가 아이디어 또는 아이디어에 필수로 수반되는 표현 등에 해당하여 저작권법의 보호를 받을 수는 없다고 하더라도 보호 받을 수 없는 요소들의 “선택, 조합, 배열(selection, coordination, arrangement)”은 저작물로서 저작권의 보호를 받을 수 있다고 보았다. 모포드가 바나나를 덕트 테이프로 벽에 붙인 아이디어에 대하여 저작권을 주장할 수는 없지만, 그 아이디어의 “표현”에 대해서는 저작권을 주장할 수 있다고 판단한 것이다.²⁰⁾ 법원은 보호 받을 수 없는 요소들의 “선택, 조합, 배열(selection, coordination, arrangement)”에 일정 수준의 저작권 보호를 주장할 수 있다고 보았다.²¹⁾

미술작품의 창작은 작가가 문제의식을 가지고 개념적 구상을 하는 아이디어의 단계와 물리적 제작을 통해 미술작품을 산출해내는 표현 단계의 유기적 통합을 통해 이루어진다. 이 경우 미술저작물의 창작성 판단은 구분된 두 단계에 속하는 각각의 개별적 요소에 대한 검토에서 출발하여 두 단계의 유기적 결합에 대한 검증으로 향할 필요가 있다.²²⁾ 특히 작품의 외관에서는 창작성을 찾아보기 어려운 개념적 특징을 가진 현대미술의 경우에는 더욱 더 아이디어와 작품의 외관 사이의 유기적인 결합방식에 주목해야 한다. 어떤 작품과 다른 작품을 구분하는 창작성은 표현의 층위에 따라 세 가지로 구분될 수 있는데 첫째는 작품이 다루고 있는 주제, 문제의식 등의 아이디어가 가진 창작성으로 이는 다른 작품과 해당 작품을 구분하는 개별성(individuality)을 부여한다. 둘째는 이와 같은 아이디어를 실현하기 위한 개념적 구상이 가진 창작성이다. 이는 아이디어가 구도, 균형, 원근법, 리듬, 운율, 캐릭터, 줄거리 등으로 구체화될 때 발현되는 참신성을 의미한다. 셋째는 이를 바깥에 표현하기 위한 양식, 매체의 선택, 형

20) Morford cannot claim copyright in the idea of a banana taped to a wall. However, as discussed below, Morford may be able to claim copyright in the expression of that idea(Morford v. Cattelan, 2022 WL 2466775 (S.D.Fla., 2022), p.4).

21) While Morford is afforded no protection for the idea of a duct-taped banana or the individual components of his work, Morford may be able to claim some degree of copyright protection in the “selection, coordination, [and] arrangement” of these otherwise unprotectable elements.. In particular, Morford can claim some copyright protection in the combination of his choices in color, positioning, and angling.(Morford v. Cattelan, 2022 WL 2466775 (S.D.Fla., 2022), p.6).

22) 박일호, “미술작품의 표절에 관한 미학적 접근”, 현대미술학 논문집(통권 제8호), 현대미술학회 (2004), 100~101면.

식구성 등의 실행 단계에서 발견되는 창작성이다.²³⁾ 미술작품의 창작성은 세 가지 요소 중 하나 혹은 몇 개만으로 성립하지 않고 이것이 종합되어 나타날 수 있다. 전통적인 미술에서 기교의 독창성이 강조되었다면 현대미술에서는 아이디어 및 이 것이 구체화하는 과정으로서의 개념적 구상이 가진 독창성이 강조된다고 할 수 있다.²⁴⁾ 개념적 미술의 경우 예술 작품은 물건으로서 제시된다기보다는 “무언가를 하는 방식(a way of doing things)”을 제시하기 때문이다.²⁵⁾ 현대미술에서는 어떤 특수한 물적 존재로서 완성된 작품의 형식이 그 자체로는 더 이상 가치를 지니지 않으며 작가의 관념, 구상, 행위, 과정 등 작품에 시간적이거나 논리적으로 선행하는 제작의 과정이 강조된다. 그러므로 현대 미술에서 작품의 의미는 물질적으로 현존하는 작품의 존재에서 찾는 것이 아니라 유동하는 제작의 과정에서 찾아야 하며 작품은 만들어진 ‘결과’가 아니라 만드는 일 그 자체라고 할 수 있다.²⁶⁾ 따라서 관람객 역시 단순히 작품을 최종 산출물의 시각적 효과로서만 받아들이는 것이 아니라, 작품이 표현된 결과나 표현의 과정을 통해 작품을 인지한다.²⁷⁾ 주제는 공유하되 기교의 독창성에 주목하였던 과거와 달리, 문제해결 측면의 독창성을 강조하고 작가의 개념이 우선시되는 현대미술²⁸⁾에서는 작품의 단순 외관이 아니라 작가가 작품을 통해 구현하고자 한 아이디어와 이를 실현하기 위한 요소들의 선택, 배열 및 조합을 표현으로 보고 저작권법의 보호 대상으로 삼을 필요가 있다.

II. 경계창작물로서 현대미술의 보호가능성

개념적 미술의 경우 아이디어와 이를 실현하기 위해 선택, 배열, 조합된 구체적인 요소가 유기적으로 결합한 형식을 표현으로 보아 이를 저작물로서 보호하여야 한다는 주장에 대해 먼저 다음과 같은 의문이 제기될 수 있다. 아이디어 자체는 저작권법의 보호 대상이 아닌 가운데 작품의 외관에서도 작가의 창조적 개성이 드러나지 않는다면 저작권법의 보호 대상이 아닌 아이디어와 창조적 개성이 드러나지 않는 외형 등 이를 구현하기 위한 요소가 결합한 형식을 저작물로서 보호할 수 있다는 것은 모순이 아닌가? 언뜻 보면 납득이 어렵지만 대법원은 2017년 짹 사건을 시작으로 각각의 구성요소가 창작성을 인정받기 어렵다고 하더라도 개별 구성요소의 유기적 조합에 창작성을 인정하는 태도를 보이고 있다.²⁹⁾

1. 방송 포맷 저작물의 보호: ‘짹’ 사건

방송 포맷의 저작물성이 문제된 이른바 ‘짹’ 사건에서 대법원은 “원고 영상물을 이루는 개별적인 요소

23) Alfred Lessing, “What Is Wrong with a Forgery?”, *The Journal of Aesthetics and Art Criticism* Vol. 23 No. 4, (1965), pp.467~468; 박일호, 위의 논문, 101-102면.

24) 박일호, 위의 논문, 101~102면.

25) Jeffrey Maitland, “Creativity”, *The Journal of aesthetics and art criticism* Vol. 34 No. 4, (1976), p.402.

26) 乾由明, “現代美術에 있어서의 作品의 意味”, *美學* 제84호, 1971, 29-30면; 사사키 겐이찌, 이기우 (역), 『예술작품의 철학』, 도서출판 新亞 (1994), 65면에서 재인용.

27) 오경미, “되돌아보는 조영남 대작 사건: 개념미술의 오역과 통속화”, 서양미술사학회 논문집(통권 제 49호), 서양미술사학회(2018), 126면.

28) 박일호, 위의 논문, 102면.

29) 개별 구성요소의 유기적 조합에 창작성을 인정한 판례에 대해서는 박준석, “게임규칙 관련 부분의 저작권 보호가능성-아이디어-표현 이분법의 신축적 적용”, *저스티스*(통권 제193호), 한국법학원(2022. 12), 379~428면을 참고하였다.

들은 아이디어의 영역에 속하거나 다른 프로그램에서도 이미 사용되는 등의 사정으로 인해 그 자체로만 보면 창작성을 인정하기에 부족한 점이 있다”는 사실을 인정하면서도, “개별요소들의 창작성 인정 여부와는 별개로 구성요소의 선택이나 배열이 충분히 구체적으로 어우러져 기존의 방송 프로그램과는 구별되는 창작적 개성”을 이룰 수 있다고 보았다.³⁰⁾

대법원 판시사항에 따르면 리얼리티 방송 프로그램은 무대, 배경, 소품, 음악, 진행방법, 게임규칙 등 다양한 요소들로 구성되는데 이러한 요소들이 프로그램의 제작 의도 및 방침에 따라 선택되고 배열되는 과정을 거쳐 결과적으로 다른 프로그램과 구별되는 해당 프로그램만의 특징이나 개성이 나타날 수 있다. 그렇기 때문에 “리얼리티 방송 프로그램의 창작성 여부를 판단할 때에는 프로그램을 구성하는 개별 요소들 각각의 창작성 외에도, 이러한 개별 요소들이 일정한 제작 의도나 방침에 따라 선택되고 배열됨에 따라 구체적으로 어우러져 프로그램 자체가 다른 프로그램과 구별되는 창작적 개성을 가지고 있어 저작물로서 보호를 받을 정도에 이르렀는지도 고려함이 타당하다”는 것이 대법원의 판단이었다.³¹⁾

이와 같이 아이디어의 조합을 저작물로 인정받을 수 있다는 이른바 ‘조합의 독창성 (originality by combination)’ 이론의 근거는 1762년 영국에서 간행된 “저자의 권리 옹호(A Vindication of the Exclusive Right of Authors)”에서 찾아볼 수 있다.³²⁾ 이에 따르면 “아이디어가 독창적이어야 하는 것은 아니며 이미 알려진 아이디어의 새로운 조합만으로도 (창작성을 인정받기에) 충분하다.”³³⁾ 미국에서는 1950년 Kovacs v. Mutual Broadcasting System 사건과 Stanley v. Columbia Broadcasting System 사건에서 이미 조합의 독창성 이론을 근거로 방송 프로그램 포맷을 보호한 바 있다.³⁴⁾

방송 포맷의 창작성을 인정한 해외 판례 및 학설의 입장을 종합하면 방송포맷의 창작성 여부는 창작적 선택(creative choice), 조합의 독창성(originality by combination), 아이디어의 조합(combination of known idea), 잘 알려진 요소를 결합한 방식의 독창성 (originality)과 창작성(creativity), 전체적 접근방법(comprehensive approach), 전체적인 관념과 느낌(total concept and feel), 특성의 조합(combination of characters), 누적적 효과(cumulative effect), 상호관련성(interrelationship), 반복가능성(reproducibility), 구체적인 규칙성(concrete regularity), 구조화된 틀(structured pattern), 동일하게 정형화된 과정(identically standardized process)의 요소를 고려하여 판단할 수 있다.³⁵⁾

30) 대법원 2017. 11. 9., 선고, 2014다49180, 판결.

31) 대법원 2017. 11. 9., 선고, 2014다49180, 판결. 본 사건에서 원고는 개별적으로는 저작권의 보호를 받지 못하는 아이디어에 불과하더라도 그 구성요소의 선택과 배열에 창작성이 있다는 점을 쟁점으로 부각하였으며 대법원도 그 점에 착안하여 저작권 침해 판단을 한 것으로 보인다. 이와 같이 ‘개별 요소들의 창작성 인정여부와는 별개로 구성요소의 선택이나 배열이 충분히 어우러져 기존 방송 프로그램과 구별되는 창작적 개성을 가지고 있다’는 취지의 판단은 해외의 방송 프로그램 포맷 분쟁에서 포맷의 저작물성을 인정하는 핵심 논리를 구성하고 있다. 관련해서는 홍승기, “방송 프로그램 포맷의 저작물성-대법원 2014다 49180 판결을 중심으로-”, 정보법학(제22권 제2호), 한국정보법학회(2018. 1.), 38~49면 참조.

32) 홍승기, 위의 논문, 50면.

33) A Vindication of the Rights of Authors, London (1762), Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org; 윤권순, “영국 저작 권법상 창작성(originality) 개념의 역사적 기원”, 지식재산연구(제12권 제3호), 한국지식재산연구원(2017. 9.), 94면.

34) 홍승기, 앞의 논문, 51면.

35) 오승중, “캐주얼 모바일 게임 표절 사건-대법원 2019. 6. 27. 선고 2017다212095 판결에 대한 평석”, 저작권 판례 평석집, 한국저작권위원회(2022. 8.), 215면.

이는 방송 포맷과 마찬가지로 아이디어와 표현의 경계를 구분하기 어려운 개념적 특징을 지닌 미술저작물에도 적용될 수 있을 것으로 보인다.

2. 게임 저작물의 보호: ‘포레스트 매니아’ 사건

이후 게임의 저작물성이 문제된 일명 ‘포레스트 매니아’ 사건에서 대법원은 “게임물은 저작자의 제작 의도와 시나리오를 기술적으로 구현하는 과정에서 다양한 구성요소들을 선택·배열하고 조합함으로써 다른 게임물과 확연히 구별되는 특징이나 개성이 나타날 수 있다”고 보았다. 그렇기 때문에 “게임물의 창작성 여부를 판단할 때에는 게임물을 구성하는 구성요소들 각각의 창작성을 고려함은 물론이고, 구성요소들이 일정한 제작 의도와 시나리오에 따라 기술적으로 구현되는 과정에서 선택·배열되고 조합됨에 따라 전체적으로 어우러져 그 게임물 자체가 다른 게임물과 구별되는 창작적 개성을 가지고 저작물로서 보호를 받을 정도에 이르렀는지도 고려하여야” 한다는 것이었다. 이와 같은 입장에서 대법원은 피고 게임물에는 원고 게임물의 “제작 의도와 시나리오가 기술적으로 구현된 주요한 구성요소들의 선택과 배열 및 유기적인 조합에 따른 창작적인 표현형식이 그대로 포함”되어 있다고 보고 양 게임물의 실질적 유사성을 인정하였다.³⁶⁾

이와 같이 구성요소의 선택, 배열, 조합의 전체적인 관점에서 창작성을 파악하고자 하는 대법원의 접근법에 대하여 이것이 비문언적 표현의 창작성을 인정하는 접근법에 해당한다는 견해³⁷⁾와 편집저작물의 창작성을 인정하는 접근법에 해당한다는 견해³⁸⁾가 나뉘고 있다.³⁹⁾ 먼저 눈에 보이지 않는 게임규칙 등의 선택, 배열, 조합을 ‘문언적 표현’에 대비되는 ‘비문언적 표현’으로 보아 이와 같은 표현의 창작성을 인정한 것이라고 보는 해석이 가능하다.⁴⁰⁾ 엄밀히 말하면 ‘문언적 표현’과 ‘비문언적 표현’의 구분⁴¹⁾은 두 저작물의 실질적 유사성 판단 단계에서 등장하는 ‘부분적인 문언적 유사성(fragmented literal similarity)’과 ‘포괄적인 비문언적 유사성(comprehensive non-literal similarity)’에서 파생된 것으로서 저작물 자체의 창작성을 판단하는 단계에서 사용되는 개념은 아니라고 할 수 있다. 그

36) 대법원 2019. 6. 27. 선고 2017다212095 판결.

37) 이해완, 「저작권법(제4판)」, 박영사(2019), 55~56면.

38) 오승중, 앞의 논문, 217~218면; 박철홍, “게임 저작물에 대한 저작권법의 보호범위 및 보호방식- 특히 게임의 규칙이나 진행방식, 작동방식 등이 유사한 게임 사이에 있어-”, 사법(제1권 제62호), 사법발전재단(2022. 12.), 431~433면.

39) 그 외에도 게임저작물은 컴퓨터프로그램저작물, 영상저작물, 시나리오와 같은 요소의 측면에서 어문 저작물, 캐릭터 및 배경 등의 측면에서 미술저작물, 음악저작물 등 다양한 콘텐츠가 유기적으로 결합된 저작물로서 다른 저작물과 구분되는 성격을 가지므로 게임콘텐츠의 보호범위를 판단하기 위해서는 저작물성이 인정되는 모든 저작권에 대하여 별도의 판단이 필요하다는 견해에 관하여는 신재호, “게임저작물의 보호범위”, 기간 저작권(제23권 제3호), 한국저작권위원회(2010. 9.), 47~53면 참조; 게임저작물의 저작권 침해판단 시 컴퓨터프로그램적 요소인 ‘메커니즘’의 유사성을 고려할 필요가 있다는 견해에 관하여는 박성진, “게임저작물의 실질적 유사성 판단- 메커니즘 분석의 필요성을 중심으로-”, 기간 저작권(제28권 제4호), 한국저작권위원회(2015) 참조.

40) 이해완, 앞의 책, 55~56면.

41) 저작권법상 보호되는 표현이란 저작물로부터 직접 감각적으로 파악할 수 있는 단어, 형상, 음 등으로 구성되어 있는 “외부적/문언적 표현(literal expression)”만을 의미하는 것이 아니라 저작물의 표면에는 나타나지 않고 내재하는 “내재적/비문언적 표현(non-literal expression)”까지를 포함하는데 이와 같은 내재적/비문언적 표현은 아이디어와 표현의 중간 즈음에 위치하고 있어 아이디어와 표현의 구분을 어렵게 하고 있다(신재호, 앞의 논문, 55면).

러나 게임저작물의 복합적인 성질에 따라 포괄적이고 전체적인 유사성 판단이 필요하다는 이와 같은 인식은 창작성 판단에 있어서 구성요소의 조합이 중요할 수 있으며, 설령 개별 구성요소가 선행 게임저작물에서 이미 존재하였다고 하더라도 요소 간 결합에 의하여 창작적 개성이 드러난다면 전체적으로 해당 게임저작물의 창작성을 인정할 수 있다는 점을 시사한다.⁴²⁾

한편 게임의 구성형식에 대한 창작성 인정이 편집저작물의 창작성을 인정하는 접근법에 해당한다는 입장⁴³⁾에 따르면 아이디어를 비롯한 공중의 영역에 있는 요소, 사용자의 편의성이나 외부적 환경이나 조건 등에 의하여 부득이하게 채택될 수밖에 없는 요소, 그 외 실용적 요소 등 저작권의 보호를 받지 못하는 요소, 설령 표현에 해당한다고 하더라도 필수장면의 원칙에 따라 보호 대상에서 제외되는 요소, 다른 사람이 이미 창작해놓은 것으로서 창작성의 두 가지 요건 중 하나인 ‘독자적 작성’의 요건을 충족하지 못하는 요소들을 선택, 배열 및 조합한 결과 독창성⁴⁴⁾이 나타난다면 이를 창작성 있는 표현으로 보호하여야 한다는 ‘조합의 독창성(originality by combination)’이 창작성 인정의 근거로 제시되고 있다.⁴⁵⁾

반면 구성요소의 선택, 배열 등의 조합을 창작성 판단기준으로 삼고 있는 2017년 이후 대 법원 판결의 경향성을 편집저작물의 창작성 차원으로 환원시키는 이와 같은 입장에 대한 비판적 견해도 있다. ‘선택, 배열’이라는 용어에 과도하게 집중한 나머지 대법원의 접근법을 편집저작물의 창작성을 인정하는 접근법이라고 보는 오류를 범하고 있다는 것이다. 이에 따르면 대법원의 판시 사항은 여러 구성요소를 선택하여 배열하는 모든 저작물에 공통되는 본질을 가리키는 것일 뿐 이는 게임저작물에 특수한 것이 아니며 모든 저작물에 대한 창작성의 본질은 해당 저작물의 표현형식을 구체적으로 구성하는 요소들의 선택, 배열, 조합이라고 할 수 있다.⁴⁶⁾

대법원이 둘 중 어떤 해석론에 근거하여 이와 같은 판시를 도출하였는지는 알 수 없지만 분명한 것은 개별 구성요소가 아이디어와 같이 보호받지 못하는 대상에 해당할지라도 유기적인 조합에 창작성을 인정할 수 있다는 태도를 취하고 있다는 것이다.⁴⁷⁾ 한편 대법원의 이와 같은 태도가 저작권법의 기본 원칙에서 벗어나 사실상 아이디어까지 보호 범위를 지나치게 확장하는 것이라는 우려가 있을 수 있다.⁴⁸⁾ 그러나 아이디어와 표현의 이분법은 실용적인 수단으로서 아이디어라는 형이상학적인 영역에 기초하여 그려지는 것이 아니라 공중의 아이디어에 대한 자유로운 접근과 저자의 노력에 대한 보호 사이의 균형

을 맞출 필요성을 고려하여 적용되어야 한다.⁴⁹⁾ 아이디어와 표현의 이분법 또는 내용과 형식의 이분법에서는 아이디어적 요소나 내용적 요소에 해당한다고 하더라도 저작권법상 보호가 필요한 대상에 대해서는 “내재적 표현(non-literal expression)” 내지 “내면적 형식(innere Form)” 개념을 도입하여 이를 저작권법의 보호를 받는 표현이나 형식의 범주로 파악하고 있다. 아이디어, 내용, 표현, 형식은 그 보호의 필요성에 따라 다의적으로 사용될 수 있는 것이다.⁵⁰⁾ 포레스트 매니아 판결은 개별적 층위에서는 아이디어에 해당하는 전체 구조나 결합이 포괄적 층위에서는 저작권법의 보호를 받는 표현으로 전환될 수 있다는 점을 시사하고 있다.⁵¹⁾

3. 체험형 전시 저작물의 보호: ‘가루야 가루야’ 사건

방송 포맷 및 게임과 마찬가지로 아이디어와 표현의 경계가 불분명한 체험형 전시의 저작물 성이 문제된 일명 ‘가루야 가루야 사건’에서 대법원은 이 사건 체험전에 “어린이들의 밀가루 체험놀이 참여를 위한 각각의 테마별 공간과 소품의 형태 및 배치, 무대장치와 구성과 배경, 체험진행 배우들의 실연, 진행 방법 및 진행규칙 등이 복합적으로 결합되어 있다”는 점에 주목하였다. 이와 같은 결합을 구성하는 개별 요소들은 “이 사건 기획안에 나타난 각 각의 테마와 이야기의 흐름을 3차원의 공간에서 실체적으로 구현하여 어린이들로 하여금 그 공간(눈 내리는 마을, 밀가루나라, 빵빵나라, 반죽나라, 통밀나라)을 순차적으로 지나며 밀가루가 변화하는 다채로운 모습을 오감으로 체험하도록 하려는 이 사건 체험전의 제작 의 도에 따라 선택·배열되어 유기적인 조합을 이루고” 있으며 “그에 따라 이 사건 체험전은 기존의 체험전이나 밀가루 놀이와는 구별되는 창작적 개성을 갖게 되었다”는 것이다.⁵²⁾ 방송 포맷, 게임의 구성형식, 체험형 전시와 같이 아이디어와 표현의 경계를 구분하기 어려운 이른바 경계창작물⁵³⁾에 대한 대법원의 이와 같은 태도⁵⁴⁾는 개념적 미술작품에도 적용 될 수 있을 것으로 보인다.

4. 경계창작물로서 현대미술의 보호가능성

2021년 국내에서 개념적 미술작품의 저작권법상 보호 가능성을 시사하는 판결이 등장하였는데, 선재

42) 권영준, 앞의 논문, 170~171면.

43) 그러나 이 경우에도 소재를 변형하지 않고 단순히 선택, 배열, 조합하는 일반적인 편집저작물과 달 리 게임저작물은 소재를 다소 변형시킨 후에 선택, 배열, 조합하는 것이 일반적이므로 게임저작물은 순수한 편집저작물과는 구분되어야 한다는 견해에 관하여는 박철홍, 앞의 논문, 432면 참조.

44) 이 경우 독창성이란 게임저작물의 구성요소들을 선택, 배열하여 조합한 것이 동일한 아이디어를 표 현함에 있어 기능적 또는 사실적 요건에 의하여 제약을 받은 것이 아니며 효율성, 경제성 등을 고려 한다면 선택과 조합이 가능하다면 편집저작물로서 보호 받을 수 있다는 측면에서의 독창성을 의미 한다(신재호, 앞의 논문, 67면).

45) 오승중, 앞의 논문, 212면.

46) 박성호, 앞의 책, 137면.

47) 박준석, 앞의 논문, 397면.

48) 손천우, “모바일 게임물의 창작성 및 실질적 동일성의 판단 기준 -대법원 2019. 6. 27. 선고 2017 다212095 판결 (‘포레스트 매니아’ 사건)을 중심으로”, 사법(통권 제49호), 사법발전재단(2019. 9.), 318면.

49) Melville B. Nimmer and David Nimmer, *Nimmer on Copyright §13.03*, Matthew Bender & Company, (2024), p.129.

50) 신재호, 앞의 논문, 59면.

51) 권영준, 앞의 논문, 178면.

52) 대법원 2019. 12. 27. 선고 2016다208600 판결.

53) 오승중, 앞의 논문, 211면.

54) 구성요소의 선택, 배열, 조합을 창작성 판단기준으로 삼고 있는 2017년 이후 대법원 판결의 이와 같 은 흐름은 이른바 ‘어우러져說’로 불리는데 이와 같은 대법원의 접근법이 저작권의 보호범위를 아이디어까지 확장하는 것이라는 우려가 존재한다. 이는 구성요소가 모두 공지인 경우라도 구성요소의 채 택 및 유기적 결합에 따라 전체로서의 기술사상을 보호하는 특허법의 신규성 또는 진보성 판단을 상기시키며 창작적 아이디어를 보호하는 특허법의 접근을 창작적 표현을 보호하는 저작권법에 무리하게 적용하고 있다는 것이다(박성호, “2019년 지적재산권법 중요판례평석”, 인권과정의(제 489호), 대한변 호사협회(2020. 5.), 104면 참조). 그러나 이와 같은 대법원의 태도는 아이디어와 표현을 구분하는 경계가 모호한 창작물에 대해 저작권의 보호 가능성을 봉쇄하던 종전의 확일적 입장에서 벗어나 아이디어와 표현의 이분법을 신축적으로 적용함으로써 개별적인 법적 구제의 가능성을 도모하는 것이라고 할 수 있다(박준석, 앞의 논문, 406~408면).

(線材)미술작품의 실질적 유사성이 문제된 사건에서 부산고등법원은 원고와 피고의 각 작품을 구성하는 개별 요소를 세분한 뒤 “양자의 작품에 있어서 사용된 기본적인 요소는 보호받는 표현에 해당하지 아니한다고 하더라도, 그 요소들의 구체적인 구성, 배열 및 조합은 보호받는 표현으로서 양자 모두 창작성이 인정된다”⁵⁵⁾고 판시하였다. 이는 앞서 살펴본 경계창작물에 관한 대법원의 태도와 같은 맥락에서 작품을 구성하는 개별 요소는 실령 아이디어에 가까운 것으로서 보호받지 못한다고 하더라도 이것이 선택, 배열, 조합된 결과물에 창작적 개성이 있다면 이를 저작권 보호 대상으로 판단한 것이라고 할 수 있다.⁵⁶⁾ 본 사건에서 법원은 문제된 작품의 외관을 단순 비교하는 대신 각 작품별로 해당 설치공간의 특성을 해석한 방식에 차이가 있다는 점에 주목하였다. “공간의 물리적 특성 및 그에 대한 해석과 조형적 표현이 결합된 각 작품의 구체적인 표현형식”에 차이가 있다는 점을 인정한 것이다. 공간의 물리적 특성에 대한 해석을 ‘아이디어’라고 본다면 “전체적인 구도, 형성된 면의 모습과 그에 따라 분할된 공간의 모습, 뒤틀림 및 기울기의 정도, 운동감, 관람객의 동선 등 전체적인 형상과 구체적 세부적인 표현”은 이를 구체적으로 실현하기 위한 요소에 해당하며, 법원은 이 경우 아이디어와 이를 구체적으로 실현하기 위한 요소가 결합된 표현형식을 저작권 보호대상으로 판단한 것으로 보인다. 단순히 작품의 외형이 아니라 작가가 관객에게 전달하고자 한 사상, 감정, 개념 등이 구체적으로 외부에 실현된 방식에 주목하여 저작권의 보호 영역을 구획할 때 작품에 내재된 아이디어를 일견 고려한 것이다.

2023년에는 국내 매장에 설치된 신발 조형물을 둘러싸고 저작권 침해 문제가 제기되면서 움직임을 감지하는 센서를 이용한 감상자 참여 형태의 상호작용 설치조형물이 저작권의 보호대상이 되는지가 쟁점이 되기도 하였다. 원고는 자신이 작품의 소재로 신발을 선택하였다는 점, 작품의 기본 외형이 신발장을 연상시키는 사각 프레임을 쌓아둔 형태라는 점, 시선 차단필름을 이용하여 프레임 내부에서 빛이 켜지는 경우에는 프레임 내부에 위치한 신발이 보이고 빛이 꺼지는 경우에는 프레임 내부가 보이지 않고 거울과 같이 외부의 빛이 반사되어 보이는 하프미러 기법을 사용한 점, 프레임 내부의 조명 색상을 다양하게 구성하고 각 프레임마다 조명의 점등을 달리하여 다채로운 이미지 및 움직임을 구현하도록 한 요소가 원고 작품의 창작적 표현형식에 해당한다고 주장하였다. 그러나 법원은 위와 같은 요소들은 아이디어에 불과하여 그 자체로 저작권법의 보호대상이 된다고 볼 수는 없고 위와 같은 요소들에 작품의 전체적인 형태·색상 등 외관, 조명으로 인해 조성되는 이미지의 형태·움직임, 작가들이 의도적으로 삽입한 음악 등 작품의 형상·음·색 등 요소가 구체적으로 결합 되어 현실적으로 표현된 것만이 비로소 저작권의 보호대상이 되는 창작적 표현형식이 된다고 판시하였다.⁵⁷⁾

법원은 원고 조형물과 피고 조형물이 실질적으로 유사한지 여부를 판단하기 위하여는 각 조형물을 구성하는 요소를 개별적으로 비교하는 것이 아니라 원고 조형물과 피고 조형물의 구체적인 표현형식을 대비하여야 하는데, 대비 결과 두 조형물의 구체적인 표현형식이 실질적으로 유사하다고 볼 수 없다고 판단하였다. 먼저 상자가 적재된 형태와 관련하여 원고 조형물은 33개의 사각 프레임을 어긋나게 쌓

55) 부산고등법원 2021.6.24. 선고 2017나339 판결. 이는 대법원 상고 없이 확정되었다.

56) 최승수, “선재미술 작품의 저작권 침해 문제”, 저작권문화(통권 제333호), 한국저작권위원회(2022. 5.), 19면.

57) 서울중앙지방법원 2023. 11. 3. 선고 2021가합539921 판결. 이는 항소 기각으로 확정되었다.

아울리고 그 사이에 여백을 두어 각 프레임이 독립적인 느낌을 주는 반면 피고 조형물은 사각형 철골 구조물 사이에 사각 프레임을 격자 형태로 끼워 넣어 사각 프레임이 하나인 것 같은 느낌을 준다는 점에서 차이가 있다고 보았다. 조형물의 소재와 관련하여서도 원고 조형물보다 피고 조형물이 더 다양한 소재를 사용하고 있는 점을 고려하면 시선차단필름이라는 일부 재료가 유사하다는 사정은 실질적 유사성을 인정하는 근거가 될 수 없다고 판단하였다. 조형물의 애니메이션 패턴과 관련하여서는 원고 조형물에 설치된 사각 프레임의 조명이 감상자의 움직임을 모사하는 패턴 또는 비교적 단조로운 스트라이프 패턴인 반면 피고 조형물의 조명은 번개 모양인 점에 차이가 있다고 보았다. 조명의 색상 역시 원고는 사각 프레임마다 서로 다른 색의 조명을 비추어 각 프레임의 독립성을 강조하는 반면 피고 조형물은 모든 프레임에 하얀 조명을 비추어 일체화된 느낌을 강조하고 있으며, 사각 프레임 내부에 조명이 비치는 방식을 보면 원고 조형물에서는 사각 프레임 내부의 위쪽 모서리에서 개개의 LED 전구가 조명을 밝히는 방식인 반면 피고 조형물은 프레임 내부의 뒤쪽에서 면 조명을 밝히는 방식으로 이루어져 있다는 점이 상이하다고 보았다.⁵⁸⁾

흥미로운 점은 법원이 원고 조형물과 피고 조형물의 구체적인 표현형식을 대비하면서 단순히 작품의 외관만 고려한 것이 아니라 저작자의 의도를 함께 고려하였다는 점이다. 법원은 두 조형물의 애니메이션 패턴이 다르다는 점을 지적하면서, “원고 C가 작성한 창작노트에서도 작품의 특징으로 ‘Kinect 센서를 이용한 감상자 참여 형태의 인터랙티브 인스톨레이션’임을 기재하기도 하였던바 감상자의 움직임을 모사하여 조명의 점등 상태가 실시간으로 변화하는 표현형식은 이 사건 창작자 원고들이 의도한 원고 조형물의 특징이라고 보여지는 바, 이러한 특징은 피고 조형물에서는 찾아볼 수 없다.”고 판시하였다. 작가가 관객에게 전달하고자 하였던 사상, 감정, 개념과 이것이 외부로 현출된 형식이 무엇인지 고려하여 창작 적인 표현형식을 판단한 것이다. 조명의 색상과 관련하여서도 법원은 “특히 위 창작노트를 살펴보면 “처음에는 흰색으로 똑같이 빛을 비추는 방식으로 테스트를 진행했으나, 너무 지루하였다. 감상자가 더욱 더 참여를 하면서 즐겁게 상호작용을 할 수 있도록 각각의 33개의 수납장에 서로 다른 5가지의 색상패턴을 지정해주었다. 이로 인해 시각적으로 더욱 더 돋보일 수 있었다”고 기재되어 있는바 다양한 색상패턴은 앞서 살펴본 애니메이션 패턴과 함께 원고 조형물 개성을 이루는 핵심적인 요소라 할 것이다.”⁵⁹⁾라고 판시하였는데 이는 해당 작품에서 저작권의 보호 대상이 되는 창작적 표현이 어떤 것인지를 판단하기 위하여 작품의 구체적인 표현형식과 더불어 작가가 작품을 통해 실현하고자 하는 아이디어가 무엇인지에 주목한 것이라고 할 수 있다.

III. 예상되는 비판

1. 아이디어의 보호에 대한 비판

저작권법의 보호대상으로서의 표현을 관객에게 제시된 외형에 한정하지 않고 어떠한 아이디어와 이를 실현하기 위한 구체적인 요소가 유기적으로 결합된 형식이라고 볼 경우 이는 사실상 아이디어를 보

58) 서울중앙지방법원 2023. 11. 3. 선고 2021가합539921 판결. 이는 항소 기각으로 확정되었다.

59) 서울중앙지방법원 2023. 11. 3. 선고 2021가합539921 판결. 이는 항소 기각으로 확정되었다.

호하는 것과 마찬가지로 비판이 가능하다. 예술이 지속적으로 그 범위를 확장해나간다고 해서 법적 보호도 반드시 그 범위를 모두 포괄하여야 한다는 볼 수 없다는 것이다. 저작권법이 작동할 수 있도록 하기 위해서는 일정한 제한이 필요하고 이와 같은 행정적 목적 하에서 예술이 보호를 받기 위해서는 법적 제한도 감수하여야 한다는 입장에 따르면, 이처럼 예술의 범위에 따라 저작권법의 보호 범위를 무한히 확장할 경우 아이디어까지 저작권법의 보호를 받게 된다.⁶⁰⁾ 그러나 아이디어 그 자체와, 아이디어와 작가가 이를 제3자에게 전달하고자 택한 구체적인 표현방식의 결합 형식은 구분되는 것이다. 개념적 미술이라고 할지라도 개념만으로 작품이 완성되지는 않으며 개념은 감각적으로 지각될 수 있는 물리적인 것으로 표현되어야 한다는 사실에는 변함이 없다.⁶¹⁾

이와 유사한 논쟁을 거쳐 현재는 저작권의 보호를 받고 있는 사례로 사진을 들 수 있다. 사진기가 처음 등장한 19세기 중엽에는 사진이 저작권법이 보호하고자 예정하는 대상에서 벗어난다는 논란이 있었다. 사진은 사진기의 버튼만 누르면 만들어지는 것으로서 이미 존재하는 피사체를 포착하는 것에 불과하여, 사진가는 피사체를 선택하는 단계까지만 개입할 뿐 이를 구체적으로 외부에 표현하는 것은 사진기이므로 저작권으로 보호할 수 없다는 것이었다.⁶²⁾ 다시 말해 사진가는 사진의 주제, 즉 아이디어에 해당하는 피사체를 선택하였을 뿐 이를 그대로 포착해낸 결과물로서의 사진은 사진기에 의해 만들어진 것으로서 저작권의 보호 대상이 아니라는 것이었다. 이는 작가의 독창성이 작품의 아이디어에서 발견될 뿐 작품의 외형에서 발견되지 않는 개념적 미술은 저작권법의 보호를 받기 위한 요건으로서 창작성을 갖추고 있지 않다는 비판과 일견 유사한 지점이 있다.

어떤 대상을 사진으로 담는 일련의 과정을 구상과 실행으로 단순 구분한다면 구상 그 자체는 아이디어로서 저작권법의 보호 범위에서 벗어나고 실행은 사진기가 피사체를 포착하여 이루어지는 것으로서 작가의 개성을 발현한 것으로 볼 수 없어 사진저작물의 창작성을 인정 하기 어려울 것이다. 그러나 위에서 살펴본 것과 같이 사진이 촬영되는 과정에 주목한다면 사진저작물의 창작성을 인정할 수 있다. 오스카 와일드 사건에서 미국 연방대법원은 사진가가 자신의 독창적 구상을 피사체의 포즈, 소품의 선택 및 배열, 명암 조절 등 과정을 통해 실현하였다고 보았다.⁶³⁾ 또한 우리 대법원 역시 피사체를 사진에 담는 것에는 한 가지 방법만 존재하는 것이 아니며 구상과 실행 사이에는 피사체의 선정, 구도의 설정, 빛의 방향과 양의 조절, 카메라 각도의 설정, 셔터의 속도, 셔터찬스의 포착, 기타 촬영방법, 현상 및 인화 등 무수한 선택이 존재한다는 점을 인정하였다.⁶⁴⁾ 이는 미국 연방대법원이 언급한 사진촬영 과정의 중요성을 염두에 둔 것으로서, 창작적 개성을 파악함에 있어 표현결과물 뿐 만 아니라 제작과정까지 고려한 것이라고 할 수 있다.⁶⁵⁾ 피사체 선정, 촬영방법, 현상 및 인화의 세 가지 표현요소를 종합적으로 판

60) Lori Petruzzelli, op. cit., p.145.

61) 김재환, “손몽주 박정현 작가 표절시비-공정하고 투명한 미술생태계 구축 계기 되어야”, 미술세계 (통권 제391호), 더원미술세계(2017. 5.), 147면.

62) 정상조·박준석, 앞의 책, 307면.

63) Sarony v. Burrow-Giles Lithographic Co., 17 F. 591 (C.C.N.Y. 1883).

64) 서울고등법원 1998. 7. 22. 선고 96나39570 판결; 대법원 2010. 12. 23. 선고 2008다44542 판결; 서울중앙지방법원 2007. 6. 21. 선고 2007가합16095 판결.

65) 최형구, “사진촬영에 대한 저작권법적 고찰”, 법학연구(제27권 제1호), 충남대학교 법학연구소(2016.4.), 201면.

단하여, 피사체의 선정이나 촬영 내지 현상 과정에서 촬영자의 창의와 연구가 이루어지고 결과물로서의 사진에 촬영자의 개성이 드러나면 사진저작물의 창작성을 인정할 수 있다.⁶⁶⁾ 다시 말해 결과물에 이르는 선택의 과정에서 촬영자의 창조적 개성이 발현되어 사진에 반영되는 경우 사진은 저작물로서 창작성을 인정받을 수 있는 것이다.

이와 같은 논리는 개념적 미술에도 유사하게 적용될 수 있다. 개념적 미술의 구상과 실행 사이에는 아이디어를 구체적으로 실현하기 위해 텍스트를 선택할 것인지, 이미지를 선택할 것인지, 기성품을 사용할 것인지, 어떠한 공간에 어떠한 방식으로 작품을 설치할 것인지, 작품은 가변적인 것인지 아니면 고정적인 것인지, 관객이 작품에 어떤 식으로 참여하게 할 것 인지 등 수많은 선택이 존재한다.⁶⁷⁾ 이와 같은 수많은 선택의 결과물로서 구체적으로 실현된 개념적 미술작품의 경우 창작성을 판단할 때에는 사진저작물의 창작성 판단이 그러하였 듯 작품의 제작 과정에서 작가의 개성과 창조성이 발현되었는지에 주목하여야 한다.

2. 저작권 침해의 자의적 판단 가능성에 대한 비판

아이디어의 보호에 대한 비판과 더불어, 작품의 외형은 모든 사람에게 동일하게 지각되는 반면 작품에 담긴 주제는 해석하는 자에 따라 다르게 판단될 여지가 다분한데 저작권의 보호 대상이 되는 표현을 어떠한 주제의 실현 방식이라고 볼 경우 저작권 침해의 판단이 자의 적으로 이루어질 수 있다는 비판이 가능하다. 실제로 앤디 워홀의 프린스 연작이 사진작가 린 골드스미스(Lyn Goldsmith)가 찍은 프린스 사진을 공정이용한 것인지 여부가 문제된 사건에서 법원의 판단이 예술적 메시지에 대한 주관적 평가를 토대로 하였다는 점이 비판을 받기도 하였다.⁶⁸⁾ 1심 법원은 공정이용 성립에 필요한 변형적 이용의 근거 중 하나로 골드 스미스 사진의 흰색 배경이 워홀의 작품에서는 강렬한 색채의 배경으로 변경된 점에 착안하 여 골드스미스의 사진에서 드러나는 프린스의 연약함과 인간성은 앤디 워홀의 작품에서는 사라졌으며 작품 속 프린스가 실제보다 더 큰 일종의 아이콘으로 제시되었다고 보고⁶⁹⁾ 변형적 이용을 인정하였다.⁷⁰⁾

66) 차상욱, “사진저작물의 저작물성과 보호범위에 관한 국내의 판례 연구”, 계간저작권(제38권 제1호), 한국저작권위원회(2025), 225면.

67) 창작과정에서 얼마나 많은 선택의 가능성이 있었는지 여부가 창작성 판단의 결정적 기준이 된다는 견해에 관해서는 나카야마 노부히로, 윤선희(역), 「저작권법」, 법문사(2008), 48~89면; 신재호, “저작자 개념에 관한 소고”, 산업재산권(제61호), 한국지식재산학회(2019. 1.), 213면 참조. 나카야마 노 부히로(中山信弘)의 견해에 따르면 창작은 저작물의 구상부터 완성에 이르기까지 계속되는 ‘일련의 선택과 결정의 과정’으로서 누가 하여도 유사한 결과물이 도출된다면 창작성을 인정하기 어렵고 다양한 가능성이 존재하는 가운데 하나의 선택이 창작성을 인정할 수 있는 근거가 된다(신재호, 위의 논문, 213면).

68) 차용미술의 공정이용 인정 여부와 관련한 사법부의 미적 판단에 대한 논의로는 조재영, “공정이용과 동일성유지권의 충돌에 관한 연구-현대예술에서 독창성의 의미와 차용예술을 중심으로-”, 박사학위논문, 연세대학교 대학원(2016), 280~305면; 조경숙, “시각예술저작물의 차용을 둘러싼 공정이용 판단을 위한 미학적 검토-저작물 이용목적의 변형성 판단을 중심으로-”, 계간 저작권(제32권 제4호), 한 국저작권위원회(2019. 12.); 박경신, “차용미술의 저작권법상 허용범위의 미적 판단 기준-절차적 기준 정립을 중심으로-”, 계간 저작권(제33권 제1호), 한국저작권위원회(2020. 1.); 류시원, “공정이용 판단 의 고려요소로서 ‘변형적 이용’의 한계-미국 연방법원의 Andy Warhol Foundation v. Goldsmith 사건을 중심으로-”, 계간 저작권(제35권 제4호), 한국저작권위원회(2022. 12.) 등 참조.

69) Andy Warhol Foundation for the Visual Arts, Inc. v. Goldsmith, 382 F.Supp.3d 312 (S.D.N.Y., 2019).

70) 한편 이와 같은 변형적 이용의 판단과 관련하여 레베카 투시넷은 변형성을 “내용 변형성(content transformativeness)과 “목적 변형성(purpose

한편, 앤디 워홀 사건의 항소법원은 프린스 연작이 원작의 변형적 이용이라는 지방법원의 결론이 작품의 목적과 성격에 대한 객관적인 평가가 아니라 작품의 저변에 깔린 예술적 메시지에 대한 주관적 평가에 근거한 것이라는 점을 지적하였다. 프린스를 나약한 인간으로 묘사하려는 것이 골드스미스의 주관적인 의도이며 프린스에게서 인간성을 벗겨내고 그를 대 중적 아이콘으로 보여주려는 것이 앤디 워홀의 주관적인 의도일 수도 있지만, 작품이 변형적인지 여부에 대한 법원의 판단은 작가의 주관적인 의도 또는 작품에 대하여 비평가가 해석한 의미 또는 감상에 따라 정해지는 것이 아니라는 것이다. 항소법원에 따르면 법관은 예술 비평가의 역할을 맡아서는 안 되며 문제된 작품의 이면에 존재하는 의도 또는 의미를 알 아보려고 하면 안 된다. 법관은 미학적 판단을 내리기에 부적합하고 이와 같은 지각은 근본적으로 주관적이기 때문이다. 미국 연방대법원 역시 공정이용은 사용자가 원본 저작물을 어 떻게 이용하였는지⁷¹⁾에 대한 객관적인 질문이지, 사용자의 주관적인 의도 또는 미술 평론 가나 판사가 2차적 저작물로부터 도출해내는 의미나 감상에 대한 질문이 아니라고 강조하였다. 이러한 사법적 판단 자체는 미국 연방대법원의 Bleistein 판결에서 유래한 것⁷²⁾으로 홈 즈(Holmes) 대법관은 다음과 같이 판시하였다.

법에 대해서만 훈련받은 사람이 가장 좁고 명백한 한계를 벗어나 그림의 가치를 최종적 으로 판단하는 것은 위험한 일이 될 수 있다. 극단적인 예로, 어떤 천재적인 작품들에 대한 감상 기회를 놓칠 수 있다. 대중이 작가가 사용하는 새로운 언어를 배우기 전까지는 그 참신함 때문에 거부감을 느낄 수 있기 때문이다. 예를 들어 고야의 판화나 마네의 그림이 처음부터 보호받을 수 있었을 지는 의문이다. 다른 한편으로는 판사보다 교육 수 준이 낮은 대중에게 어필하는 그림에 대하여 저작권이 거부될 수 있다. 그러나 대중의 관심을 끌 수 있다면 상업적 가치가 있을 뿐 미적, 교육적 가치가 없다고 말하는 것은 대담한 일이며, 대중의 취향은 경멸의 대상으로 취급되어서는 안 된다.⁷³⁾

최근 Sedlik v. Von Drachenberg 사건에서는 작품의 형식에 관한 배심원단의 주관적 판 단이 저작권의 보호 범위를 지나치게 확장하고 있다는 문제가 제기되었다. 제9순회항소법원 은 보충의견에서, 배심원이 '전체적인 관념과 느낌(total concept and feel)' 에 기초하여 실질적 유사성을 판단하는 이른바 내재적 테스트(intrinsic test)에 근본적인 결함이 있다고 보았다. 워드로(Wardlaw) 판사는 이러한 판단 방식이 아이디어와 표현의 구별을 흐리게 하여 보호 대상이 아닌 아이디어까지 보호하는

transformativeness)"으로 구분하였다. 내용의 변형 은 피고가 원저작물의 형식을 변형하였는지 여부에 대한 판단이고 목적의 변형은 피고가 원저작물의 창작 시 의도한 해석 또는 메시지와 다른 의도를 가지고 원저작물을 이용하였는지 여부에 대한 판단을 말한다. 관련해서는 Rebecca Tushnet, "Content, Purpose, or Both?", Washington Law Review Vol. 90 No. 2, (2015), p.869, pp.871~878 참조. 본 사건의 1심 법원이 실시한 골드스미 스의 프린스 사진과 앤디 워홀의 프린스 연작 사이의 형식적 차이는 내용 변형성에 대한 판단이고 각 작품에 대한 주관적 의도는 목적 변형성에 대한 판단이었던 것으로 보인다.

71) 미국 연방대법원은 공정이용 판단 시 이용의 목적 및 성질과 관련하여 가장 중요한 것은 "새로운 작품이 단순히 원저작물을 대체하는 것인지 아니면 별도의 목적과 다른 성질이 수반되고 새로운 표현, 의미 또는 메시지를 통하여 원래의 창작물을 변경하여 새로운 무엇인가를 부가하는지 여부 및 만약 그렇다면 어느 정도로 그러한지"라고 실시하면서 저작물의 이용이 변형적일수록 공정이용에 해당할 가능성이 크다고 판시하였다(박경신, 앞의 논문, 125면).

72) 박경신, 앞의 논문, 130~131면.

73) Bleistein v. Donaldson Lithographing Co., 188 U.S. 239 (1903).

결과를 초래할 우려가 있다고 지적하면서 내재적 테스트의 폐기를 검토할 필요가 있다고 제안하였다.⁷⁴⁾ 나아가 존스톤(Johnstone) 판 사는 본래 아이디어의 전반적인 표현에 대한 실질적 유사성을 판단하기 위한 사실적 기준으로 시작된 내재적 테스트가 오늘날에는 배심원의 주관적 인상에 과도하게 의존하게 되었고 그 결과 항소심의 실질적 통제를 어렵게 하고 있다고 비판하였다.⁷⁵⁾

한편 작품에 대한 주관적 해석은 개념적 미술작품에서 저작권 보호의 영역을 설정할 때도 개입할 수 있다. 예를 들어 작품의 아이디어와 이를 구체적으로 실현하기 위한 요소가 유기적으로 결합한 형식을 보호하기 위해서는 작품의 아이디어가 무엇인지 포착하는 작업이 선행되어야 할 것이다. 자의적 판단을 우려하는 입장에서는 앤디 워홀 사건의 항소법원과 연 방대법원이 지적하였듯, 법원이 작품으로부터 눈에 보이지 않는 아이디어를 주관적으로 도출하는 것이 부적절하다고 비판할 수 있다. 그러나 이는 오늘날의 미술 작품, 특히 본 연구 에서 문제 삼고 있는 개념적 미술처럼 작품의 외형 그 자체보다 그것이 구현하고자 한 아이디어에 초점을 맞춘 미술 작품이 실제로 관객에게 전시되는 방식을 간과한 것이다. 오늘날 대부분의 개념적 미술 작품은 책자 등 작가의 의도, 작품의 의미 등을 설명한 텍스트와 함께 제시되며 추상적인 작품의 경우 더욱 그러한 경향을 띤다. 개념적 미술의 경우 미술개념과 의미에 대해 접근하는 과정에서 작가들은 자연스럽게 언어적인 설명에 의존하게 되고 작품에 대한 아이디어 역시 주로 언어적 설명으로 제시된다. 작품만 봐서는 작가가 전달하 고자 한 사상 또는 감정이 무엇인지 파악하기 어렵기 때문이다. 극단적인 경우 작품 없이 카탈로그만 제공되는 전시회도 있는데 예를 들어 세스 지겔라우프(Seth Siegelau)는 1969년 뉴욕에서 '개념으로 이루어진' 전시 <1969년 1월 5-31일>을 진행하면서 전시 공간은 비워둔 채 전시 카탈로그만을 제작하기도 하였다.⁷⁶⁾ 작가들은 개념적 미술작품에 내포된 의도를 직접적으로 소통할 수 있는 수단으로서 인쇄된 텍스트 또는 손으로 쓴 글, 책, 영화 등의 기록물을 사용한다.⁷⁷⁾ 감상적 차원에서 작품에 대한 다양한 해석이 가능하다는 점은 별론으로 하고, 실제 저작권 침해 분쟁이 발생할 경우 각 작품이 관객에게 처음 제 시되었던 당시 작품에 대한 설명, 해설 또는 창작 노트 등 해당 작품을 뒷받침 하는 텍스트는 작품이 구현하고자 한 아이디어에 대한 일종의 객관적 징표로 기능할 수 있다.

물론 작품을 받아들이는 것은 관객의 몫이라고 보고 작품 외 어떠한 정보도 제시하지 않는 작가도 있다. 이 경우 그가 작품에 담고자 한 아이디어를 제3자가 객관적으로 추론하기는 어려우므로 작품의 외형이 그 자체로 독창성을 지니지 않은 이상 작품에 담긴 아이디어와 이를 구체적으로 실현하기 위한 요소의 유기적인 결합 형식이 보호 받을 수 있는 가능성은 감소할 것이다. 작가가 타인의 저작권 침해를 문제 삼고자 한 시점에 이르러서야 사후적으로 자신의 아이디어를 밝히고 아이디어와 이를 실현하기 위한 요소가 유기적으로 결합된 형식을 보호대상으로 주창한다고 하더라도 이와 같은 주장이 설득력 있게 받아들여지지 않을 것이기 때문이다.⁷⁸⁾

74) Sedlik v. Von Drachenberg, No. 24-3367 (9th Cir. 2026), pp.17-22.

75) Sedlik v. Von Drachenberg, No. 24-3367 (9th Cir. 2026), p.29.

76) 전혜숙, 앞의 논문, 6면.

77) 로버트 C. 모건, 양은희(역), 「개념미술」, JRM(2007), 52면.

78) 한편 작가가 자신의 의도를 밝히지 않았다고 하더라도 합리적인 관찰자의 해석을 기반으로 작품의 의도를 도출하고 이를 법적 판단에 이용할 수 있다는 견해도 있다. 리처드 프린스(Richard Prince)가 패트릭 카리우(Patrick Cariou)의 사진을 차용한 작품과 관련하여 이와 같은 차용이 공정이용

3. 사회적 규범에 의한 보호로 충분하다는 비판

한편 개념적 미술작품은 저작권법이 아니라 사회적 규범에 의해 보호되므로 법에 의한 보호는 불필요하다는 입장도 있다.⁷⁹⁾ 미술관은 개념적 미술작품의 구매를 위해 막대한 비용을 지출하는데 사실 개념적 미술작품의 경우 복제가 매우 용이하다는 점에서 미술관이 작품의 원본을 반드시 구매하여야 하는 것은 아님에도 불구하고 원본을 구매한 미술관만이 해당 작품을 전시할 수 있다는 사회적 규범이 예술계에 이미 자리 잡고 있다는 것이다. 가령 곤잘 레스 토레스 작품의 구현을 위해 셀로판지로 포장된 사탕 175파운드를 사서 바닥에 쏟아 전시하는 것을 금지하는 법적 규범은 없지만 예술계 종사자들은 그러한 행위를 “해적 행위 (piracy)” 라고 부르며 예술계에서의 평판 측면에서 용납될 수 없는 것이라고 여기고 있고⁸⁰⁾ 이와 같은 암묵적 합의가 이미 개념적 미술을 견고하게 보호하고 있다는 것이 해당 견해를 뒷받침하는 주요 논지다.

시각예술작품의 경우 원본성이 매우 중대한 의미를 가지고 있기 때문에 영화, 음악과 같은 다른 장르의 작품과 달리 복제품이 원본에 대한 경제적 수요를 대신할 수 없고 따라서 무단 복제를 막기 위한 저작권법의 보호가 불필요하다는 주장도 있다.⁸¹⁾ 이와 같은 주장을 뒷받침하는 사례 중 하나가 리처드 프린스의 이미지 도용 사건이다. 사진작가 리처드 프린스가 타인의 인스타그램 계정에 업로드된 이미지를 무단으로 도용하여 작품으로 발표하였는데 이에 해당 계정의 주인은 프린스가 발표한 작품과 동일한 작품을 만들어 판매하는 방식으로 반발하였다. 두 작품은 외관상 거의 동일했지만 전자는 9만 달러, 후자는 90달러에 팔렸다고 한다. 이는 복제품이 원본이 창출하는 경제적 가치에 어떠한 위협도 되지 못한다는 사실을 보여주며 오히려 저작권법이 지나치게 엄격하게 작동할 경우 현대미술의 자유로운 차용을 저해하여 예술 발전의 장애물이 될 수 있다는 점을 비판하는 사례로 제시되고 있다.⁸²⁾

그러나 이와 같은 비판 역시 예술계의 사회적 규범에 의한 보호가 일부 유명한 작가에게 한정된다는 점을 간과하고 있다. 미술관이 막대한 비용을 지출하여 구매하는 개념적 미술작품은 이미 대중적

에 해당 하는지가 문제된 사건에서 제2순회항소법원은 변형적 이용 판단 시 새로운 의도에 대한 작가의 설명 이 부재하더라도 합리적인 관찰자에 의해 이와 같은 의도를 해석할 수 있을 경우 공정이용이 인정될 수 있다고 밝혔다. 실제로 법정에서 리처드 프린스는 자신의 작품이 원작과 다른 의미나 메시지를 가 지지 않는다고 증언하였고 1심 법원은 이를 변형적 이용을 부정하는 판단의 근거로 삼았다. 그러나 항소심 법원은 프린스가 자신의 공정 이용을 뒷받침할 수 있는 증언을 하지 않았다는 사실은 변형적 이용 판단에 결정적인 영향을 끼치지 못한다고 보았다. 중요한 것은 예술가가 작품에 대해 어떻게 말 하는지가 아니라 문제된 작품이 합리적인 관찰자에게 어떻게 보이는지에 관한 것이며 프린스는 자신의 의도를 밝히지 않더라도 변형적 이용을 인정받을 수 있다는 것이었다. 항소심 법원은 작품에 대한 프린스의 설명에 의존하지 않고 작품이 합리적인 관찰자에 의해 어떻게 인식되는지 살펴본 결과 프린 스 작품이 원저작물을 변형적으로 이용한 것이라고 인정하였다(Cariou v. Prince, 714 F.3d 694. 참조).

79) Guy A. Rub, “Owning Nothingness: Between the Legal and the Social Norms of the Art World”, *Brigham Young University Law Review* Vol. 2019 No. 5, (2019), p.1150.

80) Ibid., pp.1179~1185.

81) Amy Adler, “Why Art Does Not Need Copyright”, *George Washington Law Review* Vol. 86, (2018), pp.330~332.

82) Ibid., pp.318~322.

으로 많이 알려져 있거나 적어도 예술계에서 그 가치를 인정받은 주류 작품에 편종될 가능성이 높다. 암묵적인 사회적 합의에는 명확한 기준이나 범위가 설정되어 있지 않기 때문에 상대적으로 알려지지 않은 작품의 경우 그로 인한 보호를 받기 어렵다. 예술계의 사회적 규범과 달리 법에 의해 마련된 기준에 입각한 보호는 모든 작품에 동일하게 적용되므로 적어도 유명세에 따른 보호의 차별을 방지할 수 있다는 점에서 여전히 유효한 보호 수단으로 고려되어야 한다.

물론 시각예술의 영역에서는 복제품이 원본을 대체할 수 없다는 점에서 무단 복제가 창작 유인을 실질적으로 저해한다는 저작권 정당화 논리는 설득력이 제한적인 측면이 있다. 그러나 이러한 사정이 곧바로 시각예술작품에 대한 저작권 보호의 필요성을 부정하는 근거가 되는 것은 아니다.

시각예술 분야에서의 저작권 침해는 단순히 원본의 무단 복제 문제에 국한 되지 않고 작가 간 이른바 ‘표절’⁸³⁾ 논쟁에서도 중요한 쟁점이 되기 때문이다. 따라서 시각예술작품에 대한 저작권 보호는 창작적 표현의 범위를 규율하고 저작권 분쟁을 해결하기 위한 전제로서 여전히 필요하다고 할 수 있다.

IV. 결론

개념적 특징을 지닌 현대미술의 경우 기존 미술저작물에 적용되던 아이디어와 표현의 이분 법에 따라 작품의 외형만을 저작권의 보호 대상으로서 표현으로 볼 것이 아니라 작가의 사상, 감정, 개념 등의 아이디어와 이를 외부에 현출한 구체적인 표현방식이 유기적으로 결합 된 형식을 표현으로 보아야 한다. 아이디어와 표현의 경계가 불분명한 방송 포맷, 게임, 체험형 전시 등의 경계창작물에 대한 우리 대법원 판결에 따르면 저작물을 이루는 개별 구성 요소 각각은 아이디어 등에 해당하여 저작권의 보호를 받는 표현으로 인정받기 어렵다고 하더라도 제작 의도를 구현하기 위해 선택, 배열된 개별 구성요소의 유기적 조합은 저작권의 보호 대상이 될 수 있다. 사진저작물과 마찬가지로 아이디어를 구체적인 작품으로 실현하기 위해 작가가 특정 요소를 선택, 배열, 조합한 과정 전반에 주목하여 작품을 바라본 결과 창작성이 발견된다면 단순히 외형상으로는 창조적 개성을 찾기 어려운 개념적 미술작품이라고 하더라도 저작권의 보호를 받을 수 있어야 한다. 이는 구체적인 결과물에 대한 보호로서 아이디어 자체를 보호하는 것과는 구분되는 것이다. 법원의 주관적이고 자의적인 해석에 대한 우려는 개념적 미술의 경우 작품의 의도를 설명한 텍스트가 함께 제시되는 경우가 일반적이 라는 점을 고려하여 이를 객관적 징표로 삼는다면 해소될 것으로 보인다. 또한 예술계의 사회적 규범과 달리 법에 입각한 보호는 모든 작품에 동일하게 적용되어 작가의 명성에 따른 보호의 차별을 방지할 수 있다는 점에서 여전히 유효한 보호

83) 일상에서 ‘표절’과 ‘저작권 침해’는 혼용되는 경우가 빈번하지만 엄밀히 말하자면 표절과 저작권 침해는 구분되는 개념으로 저작권 침해와 표절이 모두 성립하는 경우, 저작권 침해가 되지 않지만 표절이 되는 경우와 저작권 침해가 되지만 표절이 되지 않는 경우가 있다. 저작권 침해와 표절이 모두 성립하는 대표적인 예로는 출처 표시 없이 침해자가 타인의 저작물을 자신의 것인 것처럼 복제, 배포하는 등 타인의 저작재산권을 침해한 경우가 이에 해당한다. 반면 저작권의 보호대상이 아닌 독창적인 아이디어나 보호기간이 만료된 저작물 등을 도용하는 것 또는 공정이용의 항변이 가능한 경우에는 저작권 침해가 되지는 않지만 표절이 될 수 있다. 원저작자의 동의 없이 저작물을 복제 및 배포하는 경우 출처 표시를 하였다고 하더라도 저작권 침해는 성립하지만 침해자가 해당 저작물의 원저작자인 것 처럼 하지는 않았으므로 이를 표절이라고 볼 수는 없다(남형두, 표절론, 현암사, 2015, 172-175면). ‘표절’은 그간 법률 용어는 아니었으나 2020년 12월 22일 학술진흥법이 연구부정행위 중 하나로 ‘연구자료 또는 연구결과를 위조·변조·표절하거나 저자를 부당하게 표시하는 행위’를 금함으로써 법률 용어에 해당하게 되었다(학술진흥법 제15조 제1항 제1호 참조).

수단으로 고려되어야 한다. 본 연구를 통해 아이디어가 아닌 표현이 저작권의 보호 대상이 된다는 저작권법의 기본 원칙을 준수하면서도 오늘날 현대미술의 실정에 부합하는 방향으로 저작권법을 해석하고 적용할 수 있는 가능성이 제시되었기를 희망한다.

참고문헌

<국내문헌>

단행본

김진엽·하선규, 『미학』, 책세상(2007).
 나카야마 노부히로, 윤선희(역), 『저작권법』, 법문사(2008). 남형두, 『표절론』, 현암사(2015).
 래리 샤이너, 조주연(역), 『순수예술의 발명』, 인간의기쁨(2015).로버트 C. 모건, 양은희(역), 『개념미술』, JRM(2007).
 박성호, 『저작권법(제3판)』, 박영사(2023).
 사사끼 겐이찌, 이기우(역), 『예술작품의 철학』, 도서출판 新亞(1994). 아서 단토, 이성훈·김광우(역), 『예술의 종말 이후』, 미술문화(2020).
 야마다 쇼지, 송태욱(역), 『해적판스캔들: 저작권과 해적판의 문화사』, 사계절(2011). 오승중, 『저작권법(제6판)』, 박영사(2024).
 이해완, 『저작권법(제4판)』, 박영사(2019). 정상조·박준석, 『지식재산권법(제6판)』, 홍문사(2024).
 조주연, 『현대미술 강의: 순수 미술의 탄생과 죽음』, 글항아리(2017). 클레멘트 그린버그, 조주연(역), 『예술과 문화』, 경성대학교 출판부(2011). 토니 고드프리, 전해숙(역), 『개념미술』, 한길아트(2002).
 폴 우드, 박신의(역), 『개념미술』, 열화당(2003).

논문

권영준, “게임저작물과 실질적 유사성—한국의 포레스트 매니아 판결과 미국의 테트리스 판결을 중심으로—”, 지식재산연구(제17권 제3호), 한국지식재산연구원(2022. 9.). 김기수, “‘1989년 이후 현대미술’의 담론의 전개양상 (I) 개념미술과 비판적 전환”, 현대 미술학 논문집 제19권 제2호, 현대미술학회(2015. 12.).
 김재환, “손몽주 박정현 작가 표절시비-공정하고 투명한 미술생태계 구축 계기 되어야”, 미술세계 (통권 제391호), 더원미술세계(2017. 5.).
 남형두, “법과 예술-조영남 사건으로 본 주리스토크라시(Juristocracy)”, 정보법학(제20 권 제2호), 한국정보법학회(2016).
 류시원, “공정이용 판단의 고려요소로서 ‘변형적 이용’의 한계-미국 연방법원의 Andy Warhol Foundation v. Goldsmith 사건을 중심으로-”, 계간 저작권(제35권 제4호), 한국 저작권위원회(2022. 12.).
 박경신, “차용미술의 저작권법상 허용범위의 미적 판단 기준-절차적 기준 정립을 중심으로”, 계간 저작권(통권 제129호), 한국저작권위원회(2020. 3.).
 박성진, “게임저작물의 실질적 유사성 판단- 메커니즘 분석의 필요성을 중심으로-”, 계 간 저작권(제28권 제4호), 한국저작권위원회(2015).
 박성호, “저작권의 재구성을 위하여”, 해적판스캔들: 저작권과 해적판의 문화사, 야마다 쇼지, 송태욱(역), 사계절(2011)., “2019년 지적재산권법 중요판례평석”, 인권과정의(제489호), 대한변호사협회(2020. 5.).

박일호, “미술작품의 표절에 관한 미학적 접근”, 현대미술학 논문집(제8호), 현대미술학회 (2004).
박준석, “게임규칙 관련 부분의 저작권 보호가능성-아이디어·표현 이분법의 신축적 적용”, 저스티스(통권 제193호), 한국법학원(2022. 12.).

박철홍, “게임 저작물에 대한 저작권법의 보호범위 및 보호방식- 특히 게임의 규칙이나 진 행방식, 작동방식 등이 유사한게임 사이에 있어-”, 사법(제1권 제62호), 사법발전재단 (2022. 12.).
손천우, “모바일 게임물의 창작성 및 실질적 동일성의 판단 기준 -대법원 2019. 6. 27. 선고 2017다 212095 판결 (‘포레스트 마니아’ 사건)을 중심으로”, 사법(통권 제49호), 사법발전재단(2019. 9.).
신재호, “저작자 개념에 관한 소고”, 산업재산권(제61호), 한국지식재산학회(2019. 1.). 신재호, “게임저작물의 보호범위”, 계간 저작권(제23권 제3호), 한국저작권위원회(2010. 9.).
염재철, “근대미학의 유산과 현대미학의 반전”, 민족미학 제12권 제1호, 민족미학회 (2013).
오경미, “되돌아보는 조영남 대작 사건: 개념미술의 오역과 통속화”, 서양미술사학회 논문 집(제49호), 서양미술사학회(2018).
오승중, “캐주얼 모바일 게임 표절 사건-대법원 2019. 6. 27. 선고 2017다212095 판결 에 대한 평석”, 저작권 판례 평석집I, 한국저작권위원회(2022. 8.).
윤권순, “영국 저작권법상 창작성(originality) 개념의 역사적 기원”, 지식재산연구(제12 권 제3호), 한국지식재산연구원(2017. 9.).
이성훈, “<브릴로 박스>는 예술의 종말을 신호하는가?-앤디 워홀과 단토의 헤겔주의”, 미학예술학 연구(제16권), 한국미학예술학회(2002. 12.).
전혜숙, “미술개념의 변화와 미국의 1968년: 개념미술의 등장을 중심으로”, 미국사연구 (제28권), 한국미국사학회(2008).
조경숙, “시각예술저작물의 차용을 둘러싼 공정이용 판단을 위한 미학적 검토-저작물 이 용목적의 변형성 판단을 중심으로-”, 계간 저작권(제32권 제4호), 한국저작권위원회 (2019. 12.).
조채영, “공정이용과 동일성유지권의 충돌에 관한 연구-현대예술에서 독창성의 의미와 차용예술을 중심으로-”, 박사학위논문, 연세대학교 대학원(2016).
차상욱, “사진저작물의 저작물성과 보호범위에 관한 국내외 판례 연구”, 계간저작권(제38 권 제1호), 한국저작권위원회(2025).
최승수, “선재미술 작품의 저작권 침해 문제”, 저작권문화(통권 제333호), 한국저작권위원회(2022. 5.).
최형구, “사진촬영에 대한 저작권법적 고찰”, 법학연구(제27권 제1호), 충남대학교 법학 연구소(2016. 4.).
홍승기, “방송 프로그램 포맷의 저작물성-대법원 2014다49180 판결을 중심으로-”, 정보법학(제22 권 제2호), 한국정보법학회(2018. 1.).

기타자료

서울중앙지방법원 2007. 6. 21. 선고 2007가합16095 판결.
서울중앙지방법원 2013. 8. 16. 선고 2012가합80298 판결.
서울중앙지방법원 2023. 11. 3. 선고 2021가합539921 판결. 부산지방법원 2017.2.8. 선고 2014가합9635 판결. 서울고등법원 1998. 7. 22. 선고 96나39570 판결.
서울고등법원 2014. 7. 3. 선고 2013나54972 판결. 부산고등법원 2021.6.24. 선고 2017나339 판결. 대법원 2010. 12. 23. 선고 2008다44542 판결.
대법원 2017. 11. 9., 선고, 2014다49180, 판결.
대법원 2019. 6. 27. 선고 2017다212095 판결.
대법원 2019. 12. 27. 선고 2016다208600 판결.

<외국문헌>

단행본

Arthur C. Danto, After the End of Art: Contemporary Art and the Pale of History - Updated Edition, Princeton University Press(2015).
Melville B. Nimmer and David Nimmer, Nimmer on Copyright, Matthew Bender & Company(2024).

논 문

Alfred Lessing, “What Is Wrong with a Forgery?”, 23 The Journal of Aesthetics and Art Criticism 461 (June 1, 1965).
Amy Adler, “Why Art Does Not Need Copyright,” 86 George Washington Law Review 313 (2018).
Amy B. Cohen, “Copyright law and the myth of objectivity: The idea-expression dichotomy and the inevitability of artistic value judgements”, 66 Indiana Law Journal 175 (1990).
Guy A. Rub, “Owning Nothingness: Between the Legal and the Social Norms of the Art World”, 2019 Brigham Young University Law Review 1147 (2019).
Jeffrey Maitland, “Creativity”, 34 The Journal of aesthetics and art criticism 397 (1976).
Lori Petruzzelli, “Copyright Problems in Post-Modern Art”, 5 DePaul-LCA Journal of Art and Entertainment Law 115 (1995).
Rebecca Tushnet, “Content, Purpose, or Both?”, 90 Washington Law Review 869 (2015).

기타자료

Andy Warhol Foundation for the Visual Arts, Inc. v. Goldsmith, 382 F.Supp.3d 312 (S.D.N.Y., 2019)

Andy Warhol Foundation for Visual Arts, Inc. v. Goldsmith, 11 F.4th 26 (C.A.2(N.Y.), 2021)

Andy Warhol Foundation for the Visual Arts, Inc. v. Goldsmith, 598 U.S. 508 (U.S., 2023)

Bleistein v. Donaldson Lithographing Co., 188 U.S. 239 (1903)

Cariou v. Prince, 714 F.3d 694.

Morford v. Cattelan, 2022 WL 2466775 (S.D.Fla., 2022)

Morford v. Cattelan, 2023 WL 3971968 (S.D.Fla., 2023)

Sarony v. Burrow-Giles Lithographic Co., 17 F. 591 (C.C.N.Y. 1883) Sedlik v. Von Drachenberg, No. 24-3367 (9th Cir. 2026)

A Vindication of the Rights of Authors, London (1762), Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, <www.copyrighthistory.org>.

Arthur C. Danto, The Madonna of the Future: Essays in a Pluralistic Art World, University of California Press, 2001, p.xxx, <https://books.google.co.kr/books?id=9bAwDwAAQBAJ&pg=PR7&hl=ko&source=gb_s_selected_pages&cad=1#v=onepage&q&f=false> (2026. 5. 7. 최종방문).

Henry Flynt, "Essay: Concept Art", An Anthology (1963), <https://henryflynt.org/aesthetics/conart.html> (2026. 5. 7. 최종방문).

Sol Lewitt, "Paragraphs on Conceptual Art", Artforum (June 1967) <https://www.artforum.com/features/paragraphs-on-conceptual-art-211354/> (2026. 5. 7. 최종방문).

토론

이상정 명예교수(경희대학교)

(1) 먼저 발표자의 박사학위 취득을 축하드리며, 더큰 학문적 성취가 있기를 기원합니다. 아울러 미술과 관련된 학위논문이 응용미술이나 디자인에서 시작하여 추금권(재판매보상청구권), 그리고 차용미술로 이어지더니 급기야 현대미술 일반으로 이어지는 현상을 보면서 우리 저작권계의 연구가 크게 발전하고 있다는 느낌을 금할 수가 없습니다. 오늘 발표문은 발표자의 학위취득 논문을 축약한 것으로 보이고 학위 논문은 권위 있는 심사위원들의 심사를 받은 것이므로 제가 무슨 반론을 제기할 여지는 없는 것 아닌가 생각합니다. 무엇보다도 발표자와 희망과 같이 아이디어가 아닌 표현이 저작권의 보호 대상이 된다는 저작권법의 기본 원칙을 준수하면서도 오늘날 현대미술의 실정에 부합하는 방향으로 저작권법을 해석하고 적용할 수 있기를 희망합니다. 다만 이 학회 회장님의 지엄한 명에 따라 토론자로 지목되었고, 그것도 15분이나 토론하라는 명을 받았습니다. 그런데 다행히 발표자께서 예상되는 비판에 대해 언급하였으므로 이 부분을 언급하면서 제 임무를 마칠가 합니다.

(2) 발표자는 아이디어의 보호에 대한 비판, 저작권 침해의 자의적 판단 가능성에 대한 비판, 사회적 규범에 의한 보호로 충분하다는 비판에 대한 반론을 통해 저작권법에 의한 보호를 강조했습니다. 확실히 "법에 입각한 보호는 모든 작품에 동일하게 적용되어 작가의 명성에 따른 보호의 차별을 방지할 수 있다"는 장점을 가지고 있습니다. 그러나 저작권법(copyright law)은 copy를 규제를 통해 저작자를 보호하는 법이고, copy가 없는 부분에서는 그다지 쓸모가 없습니다. 무엇보다 순수미술의 경우에는 원본성이 중시되고 복제품은 원본과 경쟁상대나 대체품이 되지 못합니다.¹⁾ 작가들은 대부분의 수입을 최초판매로부터 얻습니다. 2차시장을 가지고 있는 운 좋은 작가도 그로부터 오는 수입은 원본 판매로부터 오는 수입에 비할 바가 아닙니다.²⁾ 이미 시장에서 충분한 보상을 받았고 명성도 얻었다면 아직도 저작권제도의 필요성은 격감되는 것 아닙니까? 해서 저는 Adler 등의 견해에 찬성하면서 필요성을 역설하시는 발표자에게 여쭙어보고자 합니다. 만약 제가 만약 조셉 코수스(Joseph Kosuth)의 다음 작품을 모방하여 연필, 연필의 사진, 연필에 대한 정의로 이루어진 작품을 제작하고 전시한다면 저작권침해가 될까요? 미술계는 혹은 대중은 어떤 반응을 보일까요?

1) 발표자도 언급하고 있는 Adler는 "나는 저작권이 예술가들에게 창작 동기를 부여하지 못할 뿐만 아니라, 저작권이 없다고 해서 시각 예술가들의 창작 의욕이 꺾이지도 않을 것이라고 주장한다. 이는 다른 일부 창작 시장과 달리, 예술 시장에서는 무임승차자들이 원작 콘텐츠 제작자들에게 위협이 되지 않기 때문이다. 여기서 나는 예술의 진정성이라는 규범으로 돌아가겠다. 나는 이 기초적인 예술 시장 규범이 이미 예술 분야의 복제를 통제하는 역할을 하고 있어, 저작권법은 불필요하다고 주장한다. 예술 시장이 진정성을 고수함으로써, 비록 예술가의 시각적 콘텐츠(이름은 제외)가 도용되더라도 도둑은 작품 자체의 경제적 가치를 가로챌 수 없게 된다. 결과적으로, 모방은 시각 예술가에게 경제적 피해를 주지 않는다."고 주장한다(Amy Adler, "Why Art Does Not Need Copyright", George Washington Law Review Vol. 86, (2018), p. 330).

2) "워홀의 작품에 대한 라이선스를 관리하는 워홀 재단은 2014년 다양한 라이선스 활동을 통해 약 400만 달러의 수익을 올렸다. 이 수치를 워홀의 캔버스 한 점의 가치와 비교해 보자. 2013년에는 워홀의 그림 한 점이 1억 500만 달러에 팔렸고, 2014년에는 또 다른 작품이 8,190만 달러에 거래되었다." (위의 글, p. 336).



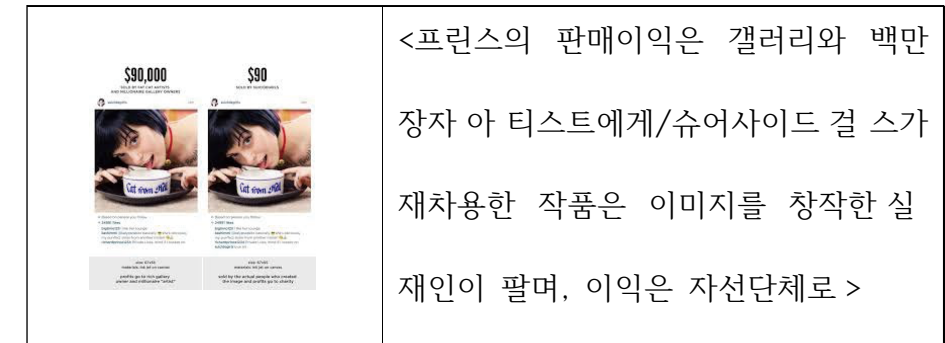
(3) 한편 발표자는 사회적 규범에 의한 보호로 충분하다는 의견에 대한 반론으로 “예술계의 사회적 규범에 의한 보호가 일부 유명한 작가에게 한정된다는 점을 간과하고 있다. 미술관이 막대한 비용을 지출하여 구매하는 개념적 미술작품은 이미 대중적으로 많이 알려져 있거나 적어도 예술계에서 그 가치를 인정받은 주류 작품에 편중될 가능성이 높다. 암묵적인 사회적 합의에는 명확한 기준이나 범위가 설정되어 있지 않기 때문에 상대적으로 알려지지 않은 작품의 경우 그로 인한 보호를 받기 어렵다. 예술계의 사회적 규범과 달리 법에 의해 마련된 기준에 입각한 보호는 모든 작품에 동일하게 적용되므로 적어도 유명세에 따른 보호의 차별을 방지할 수 있다는 점에서 여전히 유효한 보호 수단으로 고려되어야 한다.”고 주장합니다. 확실히 일리있는 주장입니다. 문제는 상대적으로 알려지지 않은 작품의 작가가 저작권침해의 인정에 필요한 의거성의 허들을 넘을 수 있는나입니다.

발표자도 언급하고 있는 [Morford v. Cattelan, 2022 WL 2466775 (S.D.Fla., 2022)] 사건에서 법원은 (1) 모포드가 카텔란이 『바나나』와 『오렌지』를 접할 수 있었다는 점을 입증하지 못했으며, (2) 카텔란이 『코미디언』을 독자적으로 창작했음을 성공적으로 입증했다는 결정적인 판단을 내렸습니다. 원고인 모포드(Morford)는 ‘바나나와 오렌지’가 “수년 동안 인터넷에 게시되어 있었으며” “피고의 작품이 등장하기 약 10년 전부터 전 세계적으로 확인 가능한 방식으로 열람되었다”는 점을 근거로, 카텔란이 해당 작품에 접근할 수 있었다고 주장했으나 법원은 이를 받아들이지 않았습니다. 즉 상대적으로 알려지지 않은 작품의 경우에는 의거성 요건을 충족하는 것이 쉽지 않은 셈이지요. 그렇게 되면 저작권 제도는 이들에게 희망 고문에 불과한 것 아닌지요.

(4) 아래 이미지는 발표자의 언급대로 “사진작가 리처드 프린스가 타인의 인스타 계정에 업로드된 이미지를 무단으로 도용하여 작품으로 발표하였는데 이에 해당 계정의 주인은 프린스가 발표한 작품과 동일한 작품을 만들어 판매하는 방식으로 반발하였다. 두 작품은 외관상 거의 동일했지만 전자는 9만 달러, 후자는 90달러에 팔렸다고 한다. 이는 복제품이 원본이 창출하는 경제적 가치에 어떠한 위협도 되지 못한다는 사실”을 보여주는 예이기도 하지만 또 하나는 소송에 의존하지 않고 자력구제를 한 예로도 거론됩니다.³⁾ 처음 이미지를 도용당했던 ‘슈어사이드 걸스(Suicide Girls)’는 그 판매금을 비영리 단체인 전자 프런티어 재단(Electronic Frontier Foundation)에 기부하였다고 하며, 프린스는 자신의 트위터에서 이러한 재사용을 ‘smart’라고 평가하였다고 합니다. 저 자신은 가격의 차이에도 불구하고 프린스를 일종의 홍보물로 사용한 이러한 자력구제를 참신하게 느꼈는데

3) Amy Adler & Jeanne C. Fromer, “Taking Intellectual Property into Their Own Hands” *California Law Review*(Volume 107, No.5), October 2019, pp. 1463-1470.

정박사님의 생각은 어떠신지요.



(5) 최근 개념미술과 관련하여 다음과 같은 내용의 입법안이 제시된 바 있습니다.⁴⁾ 정박사님의 생각은 어떠신지요?

(신설)
개정안
제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.
15. “미술저작물”은 공간이나 물건의 형상, 모양또는 색채 또는 이들의 결합을 통하여 시각적으로 표현된 창작물을 말하며, 이를 구현하기 위한 일련의 지시·명령으로 표현된 창작물을 포함한다.
22. “복제”는 인쇄·사진촬영·복사·녹음·녹화 그 밖의 방법으로 일시적 또는 영구적으로 유형물에 고정하거나 다시 제작하는 것을 말하며, 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 포함한다.
나. 미술저작물의 경우에는 그 미술저작물을 위한 일련의 지시·명령에 따라 이를 구현하는 것

(6) 끝으로 학위취득을 다시금 축하드리며, 질문 내용과 시간을 감안하시어 의견주시면 고맙겠습니다.

4) 박경신, “개념미술을 둘러싼 저작권 쟁점들에 대한 검토” *계간 저작권* 2026 봄호, 한국저작권위원회, 68면.

토론

정수영 발제문, “현대미술의 창작성에 관한 연구: 개념적 미술을 중심으로”에 대한 토론문

남형두 교수(연세대학교)

발표자는 현대미술이 전통적인 저작권 보호에 맞지 않은 부분이 있다는 전제하에 현대미술(특히 개념미술)의 저작권 보호에 대해 논의하고 있다. 그 전제는 개념미술의 개념을 보호한다면 아이디어/표현 이분법에서 볼 때 아이디어를 보호하는 결과를 낳기 때문에 곤란하다는 것이다. 그렇다고 해서 발표자는 개념미술을 저작권 보호 영역밖에 두어야 한다고 생각하지는 않으며, 작가의 사상, 감정, 개념 등의 아이디어와 이를 외부에 현출한 구체적인 표현방식이 유기적으로 결합된 형식을 표현으로 보아야 한다고 주장한다. 그리고 이런 논의 틀 마련에 아이디어와 표현의 경계가 불분명한 방송 포맷, 게임, 체험형 전시 등 '경계 창작물'에 관한 대법원판결의 법리를 적용하는 시도를 한다.

개념미술 등 현대미술과 저작권의 불편한 관계는 저작권법 학계와 미술/미학계의 여러 논자가 주장해 왔다. 대체로 저작권법 학자들은 현대미술에 대한 피상적 이해에 기반한 경우가 많은데, 미술/미학계는 이런 저작권법(학)의 현대미술에 대한 물이해를 비판한다. 그런데, 발표자는 법학자로서 저작권법을 현대미술에 적용할 때 현대미술을 이해하고 다가서려는 노력을 보여 기존 논문과 차별된 연구를 했다고 평가할 수 있다.

이하 발표자가 이 논지를 더욱 발전시키는데 조금이라도 도움이 되었으면 하는 뜻에서 몇 가지 코멘트를 한다.

1. 삼단논법(syllogism)

발표자 논지의 전제는 다음과 같은 삼단논법에서 출발하는 것으로 보인다.

대전제: “저작권의 보호 대상은 아이디어가 아닌 표현이다.”

소전제: “개념미술의 개념은 아이디어다.”

결론: “따라서 개념미술의 개념은 저작권으로 보호될 수 없다.”

대전제에서 아이디어는 저작권 보호 대상은 아니지만, '독창적 아이디어'는 출처표시를 누락할 경우 표절에 해당할 수 있다. 이 논문은 저작권침해를 주로 다루고 있으므로, 표절에 대해서는 아래 4항의 코멘트와 질문으로 대체한다.

소전제는 그 자체로 타할 것이 없다. 그런데, 소전제에 나온 '아이디어'가 미술/미학계에서 쓰이는 의미와 저작권법에서 쓰이는 의미가 다르다는 점에서 각각의 영역이 아닌 서로 다른 영역에서 쓰일 때 용어 사용에 혼란이 생길 수 있다. 법률(저작권법)에서 아이디어나 표현이라는 저작권 보호 여부라는 법률효과가 다르므로 매우 중요하게 다루어진다. 그런데 미술/미학계에서 그런 의미를 고려하여 이 용어들을 사용한다고 보기는 어렵다. 이는 문학에서 사용하는 패러디와 저작권법에서 공정이용으로 인정되는 패러디가 서로 일치하지 않는 것과 비슷하다. 따라서 개념미술에서 말하는 개념 또는 아이디어가 저작권법 제2조 제1호의 저작권 보호 대상이 아닌 '사상 또는 감정'을 뜻하는 '아이디어'라고 단정하거나 전제하는 것은 주의가 요구된다.

법률의 콘텍스트(맥락)라 할 수 있는 정치, 경제, 사회, 문화(문학, 예술, 미술, 음악 등) 등 영역에서 사용

하는 용어가 문자 그대로 법전, 판례, 법학적 논의에서 쓰일 때 법률이 정한 법률효과를 낸다면, 콘텍스트에서의 용어 사용에 매우 주의를 기울여야 할 것이지만 현실은 그렇지 않다. 일상의 삶에서 특정 법률효과를 가져온다는 것을 인지하고 요건에 맞게 용어를 사용하지는 않기 때문이다. 또한 일상에서 사용되는 언어(용어)가 법률요건과 같은 것이라면 일상이 법률로 지배되는 각박한 사회가 되고 말 것이다. 물론 법계나 비법계 모두 같은 언어를 쓴다는 점에서 일반적으로 언어의 의미가 다르지 않지만, 법률요건이 되는 용어의 경우 콘텍스트에서 쓰는 용어와 그 의미나 효과가 반드시 같지 않을 수 있다는 점에 유의해야 한다(위의 패러디). 만약 개념미술의 개념이 저작권법상 '사상 또는 감정'을 뜻하는 '아이디어'라는 법률요건(소극적 요건)과 동일한 것이라면, 발제자의 논지와 같이 개념미술은 저작권법으로 보호되기 어려우므로 보호를 위해 별도의 논리가 필요하게 된다. 발제자는 '경계 창작물'에 관한 대법원판례를 들어 개념미술을 저작권으로 보호하기 위한 논리를 주장하고 있는데, 이는 법률과 법률이 대상으로 하는 콘텍스트에서 사용되는 용어가 동일한 의미 - 법률적으로도 동일한 의미 - 를 갖는 것으로 이해하는 전제에서나 가능할 것이다.

2. 현대미술에 대한 이해: 현대미술의 아이디어와 표현에 대한 저작권법의 접근(노력)

널리 알려진 바와 같이 미술사(美術史)의 분기점을 그었다고 평가받는 마르셀 뒤샹(Marcel Duchamp)은 오브제(object) 개념을 미술에 본격 도입했다. 종래 미술과 달리 주위에서 일반적으로 볼 수 있는 물건도 일상의 의미와 다른 상징을 부여하면 예술이 될 수 있다고 한 뒤샹과 그의 영향을 받은 현대미술가에 따르면, 같은 물건이라도 예술가에 의해 오브제 표현의 예술로 탄생될 수 있다는 것이다. 시각적(visual) 매체의 속박에서 벗어나 미술 오브제의 비물질화(dematerialization of the art object)를 추구하는 개념미술¹⁾은 발제자가 인용한 아서 단토(Arthur Danto)의 “현대미술에서 미(beauty)는 의미(meaning)로 대체되었다. 다시 말해 작품의 초점이 외관에서 아이디어로 이동한 것이다.”라는 언급(발제문 p.5)과 일맥상통한다. 이처럼 현대미술은 심미적, 시각적, 물리적 영역에서 개념의 영역으로 끊임없이 이동해 왔다.²⁾

발제자가 현대미술을 이해하려고 한 점은 높이 평가할 만하다. 그런데, 그것을 저작권법에 가져올 때 발제자의 현대미술에 대한 이해는 사라지고 근대미학에 토대한 저작권법만 남아 있는 것은 아닌지 의문이 든다. 단토를 비판하든지, 단토의 현대미술에 대한 이해를 수용하든지 해야 하지 않았을까? 후자라면 개념미술의 외형/외관을 표현으로 단정하는 것은 타당하지 않아 보인다. 발제자 논제의 핵심인 “아이디어와 작품의 외관 사이의 유기적 결합방식에 주목하자”라는 것은, 결국 '외관'에 대한 의식을 벗어나지 못한 것이기 때문이다. 이런 발제자의 주장은 단토 류의 현대미술 이해와 양립할 수 없다는 점에서, 발제자가 단토를 수용한다면 모순관계를 피하기 어렵다. 그런데 발제문 어디에서도 단토의 현대미술에 대한 이해를 논박하거나 평가한 부분을 찾을 수 없다. 여기에서 발제자가 현대미술에 대한 어떤 이해에 기반하여 저작권법을 적용하고 있는 것인지 설명을 구하고 싶다.

개념미술에서 '표현'을 무엇으로 볼 것인가? 발제자에 따르면 여전히 외관을 중시하고 있다는 점에서 예술품 그 자체의 외관을 표현으로 보는 데서 떠나지 못한 것으로 보인다. 이에 대해서는 본 토론자의 졸

1) Amy Adler, Why Art Does Not Need Copyright, 88 Geo. Wash. L. Rev. 313, 347 (2018).

2) 남형두, 『공정이용의 역설 - 시소에 올라탄 거인, 균형의 복원』, 경인문화사, 2025, 85면. 이 주장의 출처는 다음 논문이다. 위 Adler의 논문, 346-348면.

저에서 일부를 인용함으로써 이 부분 토론을 대체하고자 한다.

예를 들어 뒤샹의 <샘>, 워홀의 <Brillo Box>에서 소변기와 박스 그 자체가 뒤샹과 워홀이 의도한 미술작품이 아니라는 것은 설명할 필요도 없다. 뒤샹도 <샘>의 물리적 소변기(urinal)에 주목하여 심미적 아름다움(aesthetic beauty)을 극찬한 비평가에 대해 불만을 토로했다는 유명한 일화가 있다.³⁾ 여기에서 누군가 소변기 대신 좌변기를 갤러리에 가져다 놓았다고 해서 새로운 작품이 될 수는 없다. 저작권침해 내지는 적어도 표절이 된다고 생각한다.⁴⁾ 워홀의 <Brillo Box> 대신 아닌 농심라면 박스를 미술관에 갖다 놓았다고 해도 마찬가지가 될 것이다. 예술계에서 “이것은 뒤샹 또는 워홀의 것”이라고 할 만한 부분이 있다면 그것이 바로 법적으로 또는 예술계의 직업윤리(표절 금지 윤리)로 보호되어야 한다. 뒤샹이 물리적으로 한 작업이라고는 기성 제품 소변기를 갤러리에 옮겨 놓은 것뿐이지만 — 그마저도 뒤샹이 인부에게 옮기라고 지시했다고 해서 미학적 가치가 달라지는 것은 아님 — 미술의 가치가 시각성(visibility)과 오브제(object)에 있지 않고 미술가에 의해 만들어지는 것이라는 뒤샹의 예술적 발상은 미술의 중심을 미술작품에서 미술가로 옮겨 놓은 일대 분기점으로 평가될 만한 것이다. 이제 미술 오브제(art object)는 시각이라는 굴레에서 벗어나게 되었고, 비물질화(dematerialization)의 시도는 개념미술에서 다양한 형태로 나타나게 된 것이다.⁵⁾

뒤샹의 작품 <샘>의 원래 전시 작품(1917년)이 도난당했다는 것은 널리 알려진 사실이다. 뒤샹이 새롭게 다른 소변기를 전시실에 놓았다고 해서 그 작품의 진정성이 훼손된 것은 아니다. 이럴 수 있는 것은 레디메이드(Ready-made), 즉 기성품에 불과한 소변기가 예술 작품이 되는 데 뒤샹의 보증이 있다고 보기 때문이다.⁶⁾ 뒤샹 외에도 다른 현대미술가 및 현대미술 작품에 나타난 의미와 상징을 꼽자면 헤아릴 수 없는데, 이를 저작권(법)에서 접근할 경우 저작권 보호 대상이 작품의 외관이 아님은 말할 필요가 없다. 외관이 보호 대상이라고 한다면, 도난당한 후 전시실에 갖다 놓은 새 소변기는 뒤샹의 작품 <샘>이 아니라고 할 것인가? 워홀의 <Brillo Box>의 적치된 형태를 다소 변경했다고 해서 작품에 대한 동일성유지권 침해를 논의한다면, 참으로 예술을 모르는 법률가라는 비판을 받을지도 모른다. 견지망월(見指忘月)에 해당한다고 할 수 있다.

3. 준거 틀로서 경계 저작물?

위와 같은 점에서 토론자는 저작물성에 관해 늘 논란이 있는 경계 저작물의 저작권 보호 법리를 현대미술에 가져온 발제자의 논지에 동의하기 힘들다. 경계 저작물의 경우 기능적 성격이 있거나 표현으로 보호할 경우 과도한 보호의 우려 때문에 논란이 있는데, 현대미술 거장의 작품을 이런 반열에 놓는 것 자체도 문제이거나와 ‘누구’ 하면 떠올릴 수 있는 현대미술 작가의 창의성은 미술이 추구하는 본질과도 같은 것인데,

이런 창의성을 겉으로 드러난 외관으로 이해하는 것은 재고할 필요가 있다.

4. 표절 등 사회적 규범 논의

발제자의 표절 논의(p.19)는 매우 적절하다고 생각한다. 특히 주 83에서 저작권침해와 표절을 구별한 것은 본 토론자가 『표절론 - 표절에서 자유로운 정직한 글쓰기』(현암사, 2015)에서 주장했던 것으로서 발제문에 소개해준 것에 감사하게 생각한다. 이어서 ‘표절’이 2020년 학술진흥법에 들어옴으로써 실정법상 용어에 해당하게 되었다고 소개하고 있는데, 그것이 갖는 함의가 무엇이라고 생각하는지 발제자의 의견을 구한다.

좋은 발제에 토론자로 참여하게 되어 감사합니다.(끝)

3) Adler, 전개논문, 346면 중 주 146.

4) 물론 널리 알려진 뒤샹의 <샘>을 패러디 또는 풍자하는 뜻으로 했다면, 뒤샹의 작품임을 밝히지 않았어도 표절이나 저작권침해가 되지 않을 것이다. 실제 Sherrie Levine에 의해 뒤샹의 <샘>은 브론즈로 리메이크되기도 했는데, 이는 오마주에 해당할 뿐 저작권침해 또는 표절로 보기는 어렵다.

5) 남형두, 전개서, 90-91면.

6) 위의 책, 88면.

| 3주제 |

건축저작물의 창작성과 실질적 유사성

발제 조성광 박사(변리사)

한국저작권법학회 2026년도 춘계학술세미나

건축저작물의 창작성과 실질적 유사성

Originality and Substantial Similarity of Architectural Works

2026. 5. 22.

지본 G-BON IP LAW FIRM
지본특허법률사무소

변리사 조성광
Ph. D, S.J.D

1

차례

I. 건축저작물

1. 국내외 저작권법의 건축저작물
2. 건축물
3. 건축을 위한 모형 및 설계도서

II. 건축저작물에 대한 관점

1. 저작권법의 역사
2. 건축 사조의 흐름과 기능주의 설계
3. 건축은 예술품인가 실용품인가

III. 건축물(건축설계)의 창작성

1. 건축 창작의 요소
2. 건축물(건축설계)의 창작성 판단
3. 창작성 판단에 관한 제언

IV. 건축저작물 간 실질적 유사성

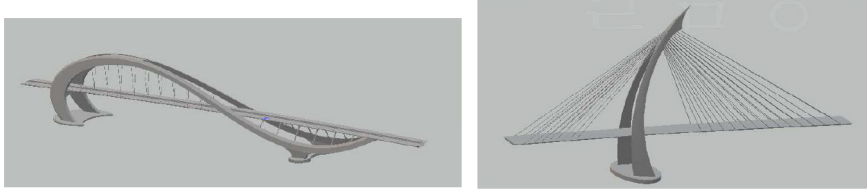
1. 미국 판례이론
2. 국내 판례와 타 영역 참고사항
3. 실질적 유사성 판단에 관한 제언

3

Intro

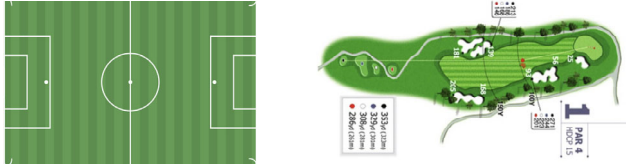
수원고등법원 2025. 7. 3. 선고 2024나20542 판결(상고기각)

시공을 위한 구조설계가 되지 않은 도안이라도 이 사건 각 도안이 개략적인 구성단계에 불과하거나 머릿속의 이미지를 단순히 3D로 시각화한 것이라고 볼 수는 없고, 건축저작물로서 보호받을 가치가 있는 "설계도서"에 해당한다고 봄이 타당하다.



대법원 2026. 2. 26. 선고 2024다229671 판결

원심에서는 원고들이 특정한 이 사건 각 골프코스에 나타난 구성요소들의 선택·배치·조합 등의 형상이 기능 또는 실용적 사상을 넘어 기존의 골프코스의 그것과는 구별되는 창조적 개성을 갖추고 있는지 심리하여 이 사건 각 골프코스에 창작성이 인정되는지 여부를 판단하였어야 했다.



2

I. 건축저작물

1. 국내외 저작권법의 건축저작물

(1) 우리 저작권법

- ① 1957년 제정: 문서, 회화, 조각, 공예, 건축 등 열거 (§2)
- ② 1987년 개정: 저작물 = 문학·학술 또는 예술의 범위에 속하는 창작물 (§2.1)
복제 개념에 '설계도서·모형에 따른 시공' 포함 (§2.14)
건축물·건축을 위한 모형 및 설계도서를 포함하는 건축저작물 (§4.①.5)
- ③ 2007년 개정: 저작물 = 인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물 (§2.1)
- ④ 2008년 개정: 건축물·설계도서·모형 그 밖의 건축저작물 (§4.①.5)

(2) 베른협약: works of drawing, painting, architecture, sculpture, engraving and lithography/illustrations, maps, plans, sketches and three-dimensional works relative to geography, topography, architecture or science (§2.1)

(3) WIPO Glossary (1980): 건축저작물 = 설계·스케치·모델 및 완성된 건물·구조물 포함

(4) AWCPA (1990), 17 U.S.C. §101
건축저작물 = 유형적 표현 매체(건물, 건축계획 또는 도면)에 구현된 건물의 설계 (전체 형태 + 공간·요소의 배치 및 구성 포함, 개별적인 표준 특징은 불포함)
※ 법안에 존재했던 '기타 3차원 구조물(other three-dimensional structures)' 구절 삭제

4

I. 건축저작물

구 분	형태와 분류			
	건축물	건축모형	건축설계도서	근거조항 (저작권법)
우리나라	건축저작물	건축저작물 도형저작물	건축저작물 도형저작물	§4.④.4,8.
베른협약	미술저작물 (건축저작물 열거)	도형저작물	도형저작물	§2.(1).
일본	건축저작물	도형저작물	도형저작물	§10.5,6.
프랑스	미술저작물 (건축저작물 열거)	도형저작물	도형저작물	§112.2.(7),(12)
독일	미술저작물	미술저작물 도형저작물	미술저작물 도형저작물	§2.(1).4,7.
이탈리아	건축저작물	불명확	건축저작물	§2.5)
영국	미술저작물 (건축저작물 열거)	미술저작물 (건축모형 열거)	도형저작물	§4.(1).(b),(2).(a).
미국	건축저작물	회화, 그래픽, 조각저작물	건축저작물	§101, §102.(a).(5),(8).

5

I. 건축저작물

(3) 공간환경

① 공간환경: 건축물이 이루는 공간구조·공공공간 및 경관(§3. ii)

② 공공공간: 가로·공원·광장 등의 공간과 그 안에 부속되어 공중(公衆)이 이용하는 시설물(§3. iii)

③ 공간환경 해당성(건축물성)

- ▶ 중정, 옥외 정원, 건축물 부지 조경 등 - 건축물이 이루는 공간구조 및 경관 - 건축물의 일부 and 독자적 공간환경(→ 건축물성 의제)
- ▶ 대지조성물(공원, 골프장, 묘역 등), 대단위 설계물(아파트 배치설계, 도시개발계획 등)은 공간환경의 확장대 → 건축물 의제 O (골프장과 골프코스는 다른 차원의 논의)
- ▶ 실내건축 - 건축물로부터 쉽게 분리할 수 없도록 고정되어 있는 벽, 천장, 바닥, 칸막이, 난간 등에 의한 실내 공간의 배열과 구성 - 실내 공간환경 - 건축물 O
- ▶ 가변적인 물건의 배열이나 공간 배치에 불과하여 공작물로부터 쉽게 분리가능하고 공작물과 구분되어 인식되고 사용될 수 있는 인테리어(가구 배치, 벽지, 바닥블록, 조명, 블라인드, 장식물 등의 조합)는 공간환경 X - 건축물 X

7

I. 건축저작물

2. 건축물

(1) 협의의 건축과 광의의 건축

협의의 건축(건축법) → 광의의 건축(건축기본법) : 건축물과 공간환경 (건축기본법 §3.vii)

(2) 건축물

① 정의: 토지에 정착된 공작물 + 사람의 통상적인 출입이 예정된 구조물 (건축법 §2.①. ii + 판례)

② 건축물성 판단 (창작성 판단은 별개)

- ▶ 등대, 방송타워, 전망대, 정자, 파고라, 캐노피- 건축물 O (주거성 불문)
- ▶ 건축 부지 내 탑, 조형물 등 - 건축물의 일부(출입가능성은 건축물 전체로 판단)
건축적 기능이 수반되지 않는다면 독자적 미술저작물로 인정 가능
- ▶ 대문, 담장, 가림벽 등 - 건축물의 일부, 건축적 기능 수반-독자적 저작물성 부정
- ▶ 수상 가옥, 수중 호텔, 해상 플랜트, 폐선박, 폐기차, 폐비행기, 컨테이너 개조 토지 정착 건축 토지 정착 O - 건축물 O
- ▶ 부유식, 이동식 주거공간(미래주거 가능성) - but 토지 정착 X-건축물 X
- ▶ 캠핑카, 여객선, 여객기차, 여객기, 요트 등 - 토지 정착 X - 주거 가능하더라도 건축물 X
- ▶ 공연용-전시용 텐트, 모델하우스 등 안전관리 요구 가설건축물 (건축법 §20.①) - 건축물 O
- ▶ 캠핑용 텐트, 컨테이너 박스, 소규모 비닐하우스 등 - 정착성이 약하여 건축물 X
- ▶ 자전거 보관대·벤치 등: 사람의 통상적 출입 X
- ▶ 대형 조소 작품, 설치 미술, 송전탑, 탈취설비,
- ▶ 토목구조물: 댐, 터널, 교량, 입체교차로 : 토지 정착 + 통상 출입 O - 건축물 O
보, 옹벽 등: 사람의 통상적 출입 X - 건축물 X

6

I. 건축저작물

3. 건축을 위한 모형 및 설계도서

[설계도서]

(1) 건축설계 프로세스와 설계도서의 범위

① 분석단계(스케치·컨셉) — 원칙적으로 도형저작물 또는 미술저작물

② 계획설계(건축주 승인) → 중간설계(인허가 기본도서, 건축저작물 명백) → 실시설계

기준: 시공과정에서 새로운 창작성 추가 없이 시공 가능한 수준의 설계도서 → 건축저작물

(2) 판례

- ▶ 서울중앙지법 2007가합77724 (등대도안): 구상의 밀도 미달, 설계도서 부정 → 미술·도형저작물
- ▶ Attia v. Society of New York Hosp., 201 F.3d 50 (1999):
원고 개념도면 = 아이디어 수준; 피고 도면 = 시공 가능한 상세 표현 → 침해 부정

(3) 수원고법 2024나20542 (교량설계, 2025) — 계획설계 단계 도안의 저작물성

- ▶ 원상: 3D 모델링 ≠ 구상의 밀도 향상; 아이디어 영역 → 건축저작물 부정
- ▶ 대상판결: 계획설계 단계 = '디자인 변별력·창조성이 강조되는 단계'
→ 시공 전 3D 도안도 새로운 창작성 추가 없이 시공 가능한 설계도서에 해당
(설계도서 형식에 제한 없음)
→ 표현된 건축물의 창작성이 인정되면 건축저작물성 인정

8

I. 건축저작물



[모형]

(1) 시공 전 제작 모형 (스터디 모형·전시 모형)

- ▶ 모형에 따른 직접 시공 불가 → 단, 설계도서는 모형의 2차적저작물로 성립 가능

(2) 시공 후 제작 모형

- ▶ 건축저작물의 복제물 또는 2차적저작물
- ▶ 대법원 2016다227625 (광화문 모형, 2018):
실제 건축물을 단순 축소한 경우 창작성 부정;
건축물이 저작권 보호를 받지 못하더라도 모형 제작 시 변형이 상당하면 창작성 인정

(3) '건축을 위한 모형'은 현실에 존재하지 않음

- ▶ 건축저작물 유형 중 '건축을 위한 모형' 삭제 제안 (주요 선진국 입법례에도 해당 없음)
- ▶ 건축모형 자체는 기능적 저작물 아님 — 시각적 감상만을 위한 미술저작물에 해당

9

II. 건축저작물에 대한 관점



2. 건축사조의 흐름과 기능주의 설계

(1) 건축사조의 흐름

- ▶ 18c. 산업혁명, 미국 독립선언(1776), 프랑스혁명(1789)
- ▶ 19c. 역사주의, 아르누보, 신고전주의, 표현주의, 큐비즘, 미래파 등 경합.
- ▶ 20c. 모더니즘: '장식은 죄악이다'
- ▶ 포스트모더니즘: 기능주의 반발; 역사·상징·맥락 중시
- ▶ 현대: 지속가능성·하이테크·파라메트릭 디자인 등 다양화, 단 기본은 모더니즘

(2) 기능주의(Functionalism) 설계와 저작권의 긴장

- ▶ 핵심 명제: '형태는 기능을 따른다(Form follows function)' — 루이스 설리번
- ▶ 바우하우스: 예술·기술·산업의 통합; 장식 배제한 순수 기능미
- ▶ 르 코르뷔지에: '주택은 살기 위한 기계'; 건축의 기능적 합리성 극대화
- ▶ 기능주의 건축의 창작성 딜레마:
장식 요소를 의도적으로 배제 → 외관의 시각적 미감 표현이 극도로 단순
그러나 공간 구성·동선 계획·빛의 사용이 핵심 창작 영역 - 핵심은 '기능과 조화'

(3) 기능주의와 창작성 판단의 함의

- ▶ 시각적 미감 기준만으로는 기능주의 건축의 창작적 개성 포착 불가
- ▶ '공간적 감성' 관점 필요: 공간 배열·동선·비례가 창작의 본질
- ▶ 기능적 요소라도 건축가에게 강제되지 않은 선택이면 창작적 표현 해당 가능
- ▶ 창작성 판단: 미적 창작(외관) + 기능적 창작(공간·동선) + 편집적 창작(요소의 선택·배열·조합)

"나는 건축물의 모든 형태를 기능적으로 설계했다"는 건축가의 법정 진술은 그 건축물의 창작성을 부인할 수 밖에 없는 주요사실의 자백인가? 건축가는 자신의 지식과 재능을 동원하여 철저히 기능적인 건축물을 설계하고자 하는데, 그렇게 노력할수록 건축물의 창작성은 사라져 가는가?

11

II. 건축저작물에 대한 관점



1. 저작권법과 건축물

(1) 건축저작권 보호의 시작

- ▶ 베른협약(1886) 건축 또는 과학과 관련된 계획, 스케치 및 조형물 → 1908년(베를린 개정)
'건축'을 미술저작물에 포함(시각적 감상물 - 미술저작물로 평가될 때 저작물성 인정)
- ▶ 프랑스 1902년 개정 저작권법: '예술의 통일성(unité de l'art)' 원칙 확립
→ 순수예술과 응용예술의 구별 없이 창작적 표현이면 저작권 보호
- ▶ 영국 1862 순수미술 저작권법(문학과 예술의 등가치성)
→ 1911년 통합법: 건축저작물을 미술저작물에 포함, 명문화

(2) 미국의 건축저작물 보호 도입 — AWCPC (1990)

- ▶ 베른협약 가입(1989) 이후 건축저작물 보호 의무 이행 위해 AWCPC 제정
AWCPC 전에는 건축물에 대해 분리가능성(separability rule) 원칙 적용, 도면은 기술문서로 저작권 보호
- ▶ 17 U.S.C. §102(a)(8): 건축저작물을 독립된 저작물 유형으로 명문화
- ▶ 건축저작물 = 건물의 설계 (전체 형태 + 공간·요소의 배치·구성, 단 개별 표준 특징 제외)

(3) 저작권에서 건축의 특수한 지위

- ▶ 예술성과 기능성을 동시에 갖는 이중적 성격이 보호 범위 논쟁의 근원
- ▶ 국가마다 건축저작물의 유형(건축물, 설계도서, 모형)별 관점 차이

10

II. 건축저작물에 대한 관점



3. 건축저작물 보호의 근거

(1) 각국의 기본 태도

- ▶ 유럽: 건축은 미술, 여전히 감성, 예술, 감상 영역
- 왕립 아카데미(Royal Academy of Arts): 회화, 조각 및 건축은 '정통예술'
- ▶ 미국: 건축은 실용물 → AWCPC, 분리가능성 원칙을 배제했으나 이성, 학술, 실용의 영역.
- ▶ 일본: 건축물 - "건축물에 의해 표현된 미적 형상 보호"
설계도 - "설계도의 창작성은 미술성 또는 예술성과 무관"
- ▶ 우리나라: 2007년 이후 저작물성에 예술성 불요 - 건축물과 설계도를 대등하게 규정
그러나 '미적 형상'을 보호하는 것이라는 것이 학설, 판례
→ 건축저작물은 감성, 예술 감상의 영역과 이성, 학술, 실용의 영역 혼재
→ 건축을 예술로 보호하더라도, 건축은 4차원 감상물(시각+공간 및 동선 체험)
(회화는 2차원, 조각은 3차원 감상)

(2) 저작권 보호의 이론적 배경

- ▶ 유럽: "저작자는 자신의 저작물에 대해 법률이 정하는 바에 따른 보호를 받는다"는 일반규정으로 시작
(독일 저작권법 제1조, 프랑스 저작권법 제111조의1, 이탈리아 저작권법 제1조) - 저작물에 대한 부권적
이고 온전한 권리 → 자연권 이론(노동이론, 자유론, 인격이론 - 의무론)
- ▶ U.S. Const. art. I, § 8, cl. 8. "저작자와 발명자에게 그들의 저술과 발명에 대한 배타적 권리를 일정기간 부여함으로써 과학과 유용한 예술의 발달을 촉진시킨다." → 공리주의(인센티브 이론 - 도구주의)

(3) 우리나라의 건축 역사와 관점

- ▶ 구한말 양식주의 유입 - 일제 초기 르네상스풍 - 일제 후기 모더니즘 - 전후 기능주의 (순수예술 전통 X)
- ▶ 우리나라 저작권법 제1조 + 헌법 제22조 제2항
- ▶ 건축적 창작의 보호는 예술적이어서 자연권이 발생하느냐의 문제가 아니라 그러한 창작을 보호하는 것이 공익의 관점에서 합당한지의 문제. 건축저작권이 제한되는 것도 자연권의 제한이 아니라 사회적 필요에 따른 제한 → 건축저작물에 대한 정의 체계와 건축물에 대한 시각이 미국과 유사 참고한다면 미국을 참고할 것. (건축저작물의 창작성을 미감 중심으로만 논의할 필요 없음)

12

III. 건축물(건축설계)의 창작성

1. 건축 창작의 관점

(1) 건축 창작의 3가지 유형

① 미적 창작 — 시각적·형태적 감상 차원

- 외관 디자인, 파사드 구성, 재료의 미감, 색채, 조형적 디테일
- 현행 판례가 주로 창작성을 인정하는 영역
- 일반인 기준으로 미적 감상의 대상이 될 수 있으면 창작성 인정

② 기능적 창작 — 공간·동선 구성 차원

- 기능주의 사조에서 핵심 창작 영역: 불필요한 요소를 제거한 순수 공간 구성
- 공간과 동선에 대한 '체형적·공간적 감상' — 전문가 기준으로 판단
- 건축저작물 = '시각적 감상물'인 동시에 '공간적 감상물'
- Ex. 공간 내 체감 연출, 동선에 따른 시선 유도, 시간에 따른 일조량 변화 등을 위한 건축요소를 표현 요소로 검토 가능

③ 편집적 창작 — 요소의 선택·배열·조합 차원

- 건축적 아이디어들의 착상·선택·배열·조합·변형 과정에서 나타나는 개성
- 개별 요소는 비보호 요소라도 전체적 어우러짐에서 창작성 발현 가능
- 편집물 저작물과 유사한 창작 구조

(2) 창작성 판단의 종합 기준

- 보호받지 못하는 요소: 아이디어·기능, 법령·환경 제약, 제3의 출처에서 유래한 요소
- 보호받는 요소: 전체 또는 부분의 미적 형상, 어우러짐에 의한 외형, 선택·배열·조합에 의한 공간구성
- 조형미를 갖춘 요소 + 공간 및 동선의 구성 + 설계 의도에 따른 구성요소의 선택·배치·조합 → 건축물 전체의 어우러짐

13

III. 건축물(건축설계)의 창작성

3. 창작성 판단의 제언

(1) 미적 창작 (미술저작물적 특징)

- 독자적 작성 = 창조적 개성 → 일반인 관점(시각적 감상)

(2) 기능적 창작 (건축저작물의 고유 특징)

- 독자적 작성 = 창조적 개성 → 전문가 관점(공간적 감상)

(3) 편집적 창작 (기능적 요소의 선택, 배열, 조합)

- 선택의 폭 이론 적용: 노동의 양 증가 → 선택 사항 증가 → 선택의 폭 확대 → 최소한의 창조적 개성 인정 가능, 기능적 요소는 단독으로는 보호대상이 아니나 건축물 전체의 어우러짐에 기여 가능
- 선택의 폭이 법령·환경·건축주 요구에 의해 제한되었는지 → 전문가 감정 필수

(3) 네거티브 방식이 효율적

- 창작성 있는 표현을 찾기보다 → 창작성에서 배제되어야 할 것(양식·제약·필수기능)을 제거

(4) 건축저작권의 과도한 확대는 실질적 유사성 판단에 의해 제어

15

III. 건축물(건축설계)의 창작성

2. 건축물(건축설계)의 창작성 판단

(1) 건축저작물의 창작성

- 여타 저작물보다 높은 예술성 불요; 그러나 기능적 저작물로서 '엄격한 판단' (대법원 2008도29 — 아파트 백과 책자 도면 사건)
- 외관에 기능·실용성을 넘은 '창작자 자신의 독자적인 표현'이 담겨 있을 것

(2) 창작성 부정 예

- 대구지법 2003가합10005 (상가설계도): 기능적 요소 중심, 창작성 있는 디자인 요소 없음
- 서울고법 2004라312 (아파트배치도): 수납 등 편의성 위한 공간 배치 = 기능적 요소
- 서울중앙지법 2004카합976 (아파트 평면도): 창작성 인정될 디자인 요소 부재
- 대법원 2008도29 (아파트 도면): 법령·연적·유행 등 제약 → 아파트 평면도 유사성 불가피

(3) 창작성 긍정 예

- 대법원 2017도16753 (제주 오피스텔): 한라산·파도 연상 입면, 기능 감소 불구 조형미 표현
- 대법원 2019도9601 (테라로사): 외벽·지붕·슬래브 연결 형상 등 다수 특징의 어우러짐
- 대법원 2017다261981 (다가구주택): 지붕 형태, 1층 출입문·회랑 형태의 독자적 표현
- 서울서부지법 2019가합41266 (웨이브온): 창작적 요소들의 전체적 조합
- 대법원 2024다229671 (스크린골프, 2026): 골프코스 설계 = 구성요소의 선택·배치·조합에 의한 창조적 개성 → 창작성 인정

(4) 창작성 판단 기준

- 조형미를 갖춘 요소 + 건축물 전체의 어우러짐 + 설계 의도에 따른 구성요소의 선택·배치·조합

14

IV. 건축저작물 간 실질적 유사성

1. 미국 판례 이론

(1) 실질적 유사성 판단의 기본 구조

- '통상의 관찰자(ordinary observer)' 기준: 일반인이 두 저작물에서 같은 미적 표현을 느끼는가

(2) 록앤필(Look and Feel) 테스트 및 편집물 테스트

- 록앤필 테스트: 전체적 컨셉과 느낌(total concept and feel)의 유사성 — 시각적 감상 영역
 - Shine v. Childs, 382 F. Supp. 2d 602 (S.D.N.Y. 2005)
- 편집물 테스트: 개별 요소가 비보호라도 선택·배열·조합의 창작적 표현 유사성 판단
 - Zalewski v. Cicero Builder Dev., 754 F.3d 95 (2d Cir. 2014): 건축물의 기본 요소 (방 개수·크기·위치 등) 단독으로는 보호 불가, 선택·배열·조합이 핵심

(3) 여과테스트 (Filtration Test)

- Computer Associates v. Altai, 982 F.2d 693 (2d Cir. 1992)에서 확립
- 추상화(Abstraction): 저작물을 아이디어부터 표현까지 층위별로 분해
- 여과(Filtration): 각 층위에서 보호받지 못하는 요소 제거
 - 아이디어, 공중의 영역(public domain), 합체(merger), 필수장면(scènes à faire)
- 비교(Comparison): 여과 후 남은 보호받는 표현 요소만을 대비

(4) 하이브리드 접근방법 (The Hybrid Approach, Vaughn Drozd)

- '주로 예술적인 저작물' — 낮은 실질적 유사성 기준 적용 — 록앤필 테스트
- '주로 기능적인 저작물' — 높은 실질적 유사성 기준 적용 — 편집물 테스트
- 회색 영역 — 요소분리 테스트(여과 테스트)

16

98

99

IV. 건축저작물 간 실질적 유사성

2. 국내 판례와 타 영역 참고사항

(1) 실질적 유사성 판단 원칙

① 표현에 해당하고 독창적인 부분만을 대비

② 외관 요소 + 요소들의 선택·배열·구성 포함; 전체적으로 나타나는 미감의 유사성

③ 유사점이 아이디어·기능적으로 불가결한 형상·제3 출처에서 유래한 경우 → 유사성 부정

(2) 실질적 유사성 부정 예

▶ 서울남부지법 2010노310 (소울플로라): 컨셉 상이, 개별 요소 차이 있어 전체 디자인 불동일

▶ 서울북부지법 2020가단122496 (하남 연립주택): 기능적 유사성만 있고, 건물의 전체적 형태나 세부 구성요소 차이

(3) 실질적 유사성 긍정 예

▶ 서울고법 2010나47782 (경주엑스포 상징건축물): 유리 소재·음악 탑 형태 유사

▶ 서울서부지법 2019가합41266 (웨이브운): '건축적 아이디어들은 건물 전체 관점에서 구체적 표현에 해당' → 실질적 유사성 인정

▶ 수원고법 2024나20542 (교량설계): 주탑 형태·곡률·비례 등 미세 차이에도 불구하고, 원거리에서는 동일하게 인식, 개성 그대로 드러남

(4) 컴퓨터프로그램저작물의 경우

▶ 작성 및 이해에 전문적인 지식을 요하는 점에서 건축저작물과 공통점

▶ 프로그램의 시각적 요소 - 일반인 기준, 프로그램 내적 요소(코드 비교 등) - 전문가 관점

▶ Whelan Associates v. Jaslow Dental Laboratory, 797 F.2d 1222 (3d Cir. 1986): 프로그램의 구조, 배열, 조직 보호 → Altai 사건: 추상화-여과-비교

17

Thank you

for your attention

19

IV. 건축저작물 간 실질적 유사성

3. 실질적 유사성 판단에 관한 제언

(1) 관찰자 기준

• 건축물 간 시각적 감상 → 일반인 기준

• 공간적 감상·편집적 창작 요소 비교 → 전문가 기준

• 설계도서 대비: 설계도서에 의해 관념되는 건축물 디자인 전체를 전문가 관점에서 대비

(2) 판단 방법: 여과 테스트 + 보충(록앤필 테스트 + 편집물 테스트)

(3) 판단순서

Step 1. 두 저작물 사이의 유사성 있는 요소 전체 추출

Step 2. 추출된 유사 요소에서 보호받는 표현/ 보호받지 못하는 표현 요소 가려내기

Step 3. 보호받는 표현의 대비로 실질적 유사성 판단

(4) 등급 분류 기준

A: 개별적으로 '창작성 표현'으로 인정되는 요소 (여과 테스트로 선별)

B-1: 다른 요소와의 어우러짐에 의해 창작적 표현으로 인정될 수 있는 요소 (록앤필)

B-2: 공간구성이 창작적 표현으로 인정될 수 있는 요소 (편집물 테스트)

C: 창작적 개성 없이 아이디어에 머물거나 다른 출처에서 기인한 요소 (제거)

18

토론

“건축저작물의 창작성과 실질적 유사성”에 대한 토론문

박준우 교수(서강대학교)

안녕하세요. 박준우입니다. 오늘 학술대회에 토론자로 참석하게 되어 영광이고, 특히 평소에 학문적·인간적으로 존경하는 조성광 변리사님 발표에 대하여 토론하게 되어 기쁩니다. 발표문은 건축저작물에 관해 ① 조약 및 주요 국가 보호 현황, ② 창작성과 실질적 유사성 판단 방법을 상세히 설명하였습니다. 특히, ① 발제문 15쪽에 제시된 건축물 창작성 판단기준과 고려사항 5개는 법원이 건축저작물 창작성 판단시 반드시 참고할 부분이라고 생각합니다. 그리고 ② 발제문 16쪽 실질적 유사성 기준 소개 부분에서 록앤필 테스트와 편집물 테스트를 하나의 항목으로 묶어 소개하였는데, 이는 사소한 부분 같지만, 두 테스트는 다른 이름으로 불리지만 실제로는 본질이 같은 하나의 테스트임을 전제로 설명하였다는 점에서도 발제문의 수준이 돋보입니다. 발제자의 문제의식과 결론 및 그 근거에는 전적으로 동의하며, 그중 일부 쟁점에 관해 제가 평소에 가지고 있었던 생각을 말씀드리는 것으로 토론을 대신하겠습니다.

1. 창작성 ‘실재(實在)’와 ‘특정 및 증명’의 구별: 2024다229671 [골프존2]

대법원 ¹⁾	원심 ²⁾
원고들은 제1심과 원심 변론과정에서, 기능적 요소와 구분하여 위와 같이 이 사건 각 골프코스를 이루는 구성요소들의 선택·배치·조합 등을 통해 나타난 전체적인 형상을 이 사건 각 골프코스[골프코스 설계도면]의 창작성 있는 표현으로 특정하였다. 이 사건 각 골프코스[골프코스 설계도면]에 나타난 위와 같은 구성요소들의 선택·배치·조합이 단순히 남의 것을 모방한 것이거나 누가 하더라도 같거나 비슷하게 할 수 있는 것이 아닌 이상, 이 사건 각 골프코스는 창작자의 독자적인 표현을 담고 있어 기존의 골프코스와는 구별되는 창조적 개성을 가진다고 볼 여지가 있다. 그렇다면 원심으로서 원고들이 특정한 이 사건 각 골프코스[골프코스 설계도면]에 나타난 구성요소들의 선택·배치·조합 등의 형상이 기능 또는 실용적 사상을 넘어 기존의	④ 원고들은 이 사건 각 골프코스에 창작성이 있다고 주장하면서도, 이 사건 각 골프코스의 개별 홀에서 구성요소들의 차이가 있다고 주장하거나, 그 기능적 요소에 대한 설명을 하고 있을 뿐, 구체적으로 이 사건 각 골프코스에서 기능적 요소가 사상(捨象)된 창작적 표현에 해당하는 부분을 특정하지 못하고 있다.

대법원 ¹⁾	원심 ²⁾
골프코스의 그것과는 구별되는 창조적 개성을 갖추고 있는지 심리하여 이 사건 각 골프코스에 창작성이 인정되는지 여부를 판단하였어야 했다. 그런데도 원심은 이러한 점에 대한 별다른 심리·판단 없이 그 판시와 같은 이유만으로 바로 저작물로서의 창작성을 인정할 수 없다고 보아 원고들의 저작재산권 침해를 원인으로 한 손해배상 또는 부당이득반환[손해배상]과 침해행위의 정지 등 청구를 받아들이지 않았다. 이러한 원심의 판단에는 저작물의 창작성에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니하는 등으로 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.	

참고로 이 사건 원심에 대한 평석 중 ‘원심은 종래 창작성 판단기준을 그대로 적용했고, 단지 [심리 적절성이 아닌] 사실관계에 따라 판단 결과’가 달라졌음을 ‘정확하게’ 설명한 글이 있습니다.³⁾

대상판결(이른바 ‘골프존 사건II’라 칭함)과 종래의 골프존 사건I사건의 서울고등법원 판결을 대비해 보면, 건축저작물로서의 창작성 판단 법리는 종래의 판례의 태도를 그대로 적용하였으나, 저작물성 판단의 결과에 있어서는 사실관계에 따라 실질상 달라질 수 있다는 시사점을 얻을 수 있다. 다만 주의할 것은 항소심의 결론만을 근거로써 이제 더 이상 우리 법원은 골프코스에 대한 저작물성은 인정하지 않은 것으로 정리하였다고 평가를 내리는 것은 선부른 판단이라고 본다. 즉 대상판결은 일종의 사례판결(事例判決)에 불과한 것이라 할 것이다.

보신 바와 같이, ‘골프존2 사건’에서 서울고등법원은 원고 골프코스에 창작성을 인정하지 않았습니다. 반면, ‘골프존1 사건’[원고: 소유자]에서 서울고등법원은 창작성을 인정했습니다. ‘골프존1 사건’ 법원이 창작성을 인정한 판시 부분과 해당 골프코스는 다음과 같습니다:

에떼 코스(Ete Course), 뽀렝땅 코스(Printemps Course), 이베르 코스(Hiver Course), 오토네키투 코스(Automne Course)가 클럽하우스를 중심으로 시계반대방향으로, 에떼 코스는 삼각형

1) 대법원 2026. 2. 26. 선고 2024다229671 판결. (서경환 재판장, 노태악, 신숙희, 마용주 주심). 원고가 다른 판결로 대법원 2026. 2. 26. 선고 2024다228661 판결 있음.
2) 서울고등법원 2024. 2.1. 선고 2022나2000485 판결. (설범식 재판장, 이준영, 최성보).
3) 차상욱, 건축저작물의 저작권 보호 쟁점: 최근 판례를 중심으로, 한국저작권위원회(한국저작권위원회 공동 주최) 2024 춘계 학술세미나(2024. 5. 17.) 자료집, 60쪽.



모양, 뽕뽕 코스는 'L'자모양, 이베르 코스와 오픈 코스는 부채꼴 모양으로 펼쳐져 있는 등, [중략] 골프 코스의 전체적인 배치는 모두 [중략] 독특한 특징을 가지고 있다.

위 코스는 사실상 창작성이 인정될 개연성이 있었습니다. 예를 들면, 위 골프장은 유명 골프전문잡지의 베스트 골프코스로 선정되었는데, 평가 항목 중 '골프코스 디자인의 다양성(각 홀의 다양성)'과 '기억성(각 홀의 디자인적 특성이 기억할 만한 가치가 있는지)'이 있었습니다. 당연히 유명 잡지가 베스트 골프코스로 선정하였다는 사실 자체만으로는 창작성은 인정되지 않으며('골프존2 사건' 원심 참조), 구성요소의 선택·배열·조합에서 창작성을 인정할 수 있는 구체적인 근거가 제시

되어야 했는데 판결문에는 그 부분이 '전혀' 나타나 있지 않습니다. 위 골프잡지의 골프코스에 대한 다양성과 기억성 평가에는 골프코스 이용자들이 의견도 반영됩니다. 그렇다면 원고측이 이용자들이 골프 게임을 (횡적으로/앞으로) 진행하면서 느끼는 다양성 또는 디자인적 특성에서 오는 창작성도 **창작성 인정의 근거**로서 추가하여 활용한다면, 위에서 내려다 본 평면도만을 근거로 제시하는 것보다는 창작성을 인정받을 가능성이 커질 수 있다고 봅니다.

따라서 '골프존1 사건'에서 위 골프코스의 건축저작물로서의 (실제로 존재하는) 저작물성(창작성)이 충분히 특정되고 증명되지 않았음에도 법원은 창작성을 인정하였으나,⁴⁾ '골프존2 사건' 원심은 인정하지 않았습니다. 그리고 '골프존2 사건' 원심은 단지 '창작성 있는 부분이 특정되지 않았다'는 의미이므로, '골프코스의 건축저작물성을 부인'했다거나 '창작성 판단기준 자체가 엄격해졌다'는 등으로 그 의미가 왜곡되지 않았으면 합니다. 아무쪼록, 파기환송심에서⁵⁾ 서울고등법원은 단순히 파기환송되었다는 이유만으로 별다른 근거나 이유 제시 없이 결론을 내리지 말고, 사실심에서 특정된 창작성 부분에 근거하여 판결을 내리기를 바랍니다.

2. 스크린골프장의 골프코스 이용행위 종류

노래방반주기 제작과 노래방의 공연(재생), 영화제작과 영화관 공연(상영)은 별개 행위로서 별개 책임임과 마찬가지로, 골프존 프로그램 제작과 스크린골프장에서의 이용은 별개 행위(책임)입니다. 그런데 저작재산권 침해 요건 중 피고의 저작물 이용행위가 인정되려면

저작권법의 저작물 이용행위인 '복제, 배포, 대여, 공중송신(방송·전송·디지털음성송신), 공연, 전시, 2차적저작물작성' 중 하나 이상에 해당해야 합니다. 발제자께서는 스크린골프장 영업이 저작물 이용행위 중 어느 것에 해당한다고 생각하십니까?

3. 건축설계 보호와 저작권법의 한계와 대안

저작권법에 의한 건축설계 보호는 충분치 않다고 봅니다. 건축설계는 그 특성상 안전 등을 위한 각종 법령의 규제와 대지의 형태 또는 토양 등 상당한 제약조건 하에서 수행됩니다. 따라서 위 제약조건 하에서 건축주의 요구사항을 충족시키기 위해 건축사는 '기능적·실용적 아이디어'를 짜내야 하는데, 이를 위해서 상당히 많은 '창의적 노력'이 들어갑니다. 위와 같은 '창의적 노력'은 보호의 필요성은 인정되지만, 저작물로 인정되기 위한 저작자의 개성은 인정할 수 없기 때문에 저작권 보호에 한계가 있습니다. 또한 건축설계가 디자인보호법의 보호대상이 된다고 해도, 디자인보호법의 심미성이나 비자명성 기준을 충족할 수 있는지 의문입니다. 또한 특정 건축설계에 적용되는 제약조건이 유사하면 유사한 건축설계가 나올 가능성이 큰데, 선행 건축설계에 주어진 디자인권의 차단효과 유사한 제약조건 하에서의 후행 건축설계를 제한하는 결과가 발생할 수도 있습니다.

그러므로 건축설계사의 '창의적 노력' 보호는 **창작성 있는 편집저작물과 투자와 노력의 결과를 모두 보호하는 '데이터베이스 보호방식'**을 고려하는 것도 대안이 될 수 있다고 생각합니다. (저작권법 제4장 데이터베이스제작자 권리 규정이 유추적용될 수 있다는 의미가 아니라, '창작성 없는 건축설계'도 '창작성 없는 데이터베이스와 같이' 저작권법에서 보호하는 입법방식에 관한 질문임.)

좋은 발표를 해주신 발제자께 다시 한번 감사드리면서, 이상 토론을 마치겠습니다.

-끝-

4) 이 부분에 대한 비판은 박준우, 건축저작물의 실질적 유사성 판단기준에 관한 검토, 계간 저작권, 2018가을, 35-36쪽.

5) 서울고등법원 2026나201358.

토론

“건축저작물의 창작성과 실질적 유사성” - 조성광 변리사님의 발표에 대한 토론문

류시원 교수(전남대학교)

건축 분야의 저작권 법리를 오랫동안 깊이 연구하신 조성광 변리사님의 높은 식견을 담은 훌륭한 발표를 듣고 토론의 기회를 얻게 된 것을 영광으로 생각합니다. ‘건축은 3차원적 공간 요소에 대한 시각적 체험에 더해 동선을 따른 (시간 경과를 수반하는) 체험이 더해진 4차원의 감상물’이라는 지적을 포함해, 제가 평소 어렵풋하게만 지녀왔던 생각의 맥을 통찰력 있게 짚어 주신 발표 내용에서 깊은 감명을 받았습니다.

발표 내용 자체가 워낙 깊이가 있어서 제가 어떤 생각을 더 보태는 것이 큰 의미가 없을 수도 있지만, 발표자에게 배움을 구하는 차원에서 궁금한 점을 몇 가지 여쭙고자 합니다.

1. 건축저작물의 범위

우리 저작권법은 건축저작물을 명확하게 정의하지 않고 있어서, 다른 저작물유형과 구별되는 건축 저작물의 개념 표지가 정확히 무엇인지는 해석론에 맡겨져 있습니다. 아쉽게도 대법원 판결에서는 건축저작물의 정의를 찾을 수 없고, 원심이 그 정의를 시도하고 골프코스가 건축저작물의 범위에 포함된다고 판단했던 ‘골프존 I 사건’¹⁾과 ‘골프존 II 사건’²⁾에서도 대법원은 골프코스가 건축저작물인지에 관한 판단을 명확히 내리지 않았습니다.³⁾ 건축저작물은 저작물 유형의 예시이므로 반드시 건축저작물이 아니어도 저작물의 정의를 충족하는 이상 저작권 보호가 부인되지 않지만, 건축저작물에 해당하는지는 파노라마의 자유나⁴⁾ 동일성유지권 제한⁵⁾ 등의 저작권법 적용에 차이를 가져오기 때문에 건축저작물의 개념과 범위를 설정하는 작업은 권리의 외연을 구획하는 면에서 중요합니다.

1) 대법원 2020. 3. 26. 선고 2016다276467 판결.

2) 대법원 2026. 2. 26. 선고 2024다228661 판결; 대법원 2026. 2. 26. 선고 2024다229671 판결.

3) 대법원 2009. 7. 9. 선고 2007다36384 판결에서도, 원심판결이 ‘골프장 설계도면이 건축저작물 또는 도형저작물로 보호될 수 있다’는 입장을 명확히 밝힌 것과 대조되게도, 인정 가능한 저작물의 유형에 관해 일절 언급하지 않았습니다.

4) 저작권법 제35조 제2항.

5) 저작권법 제13조 제2항 제2호.

이러한 점에서 최근 대법원이 실내건축도 건축저작물로 보호될 수 있다는 점을 밝힘으로써 그 보호 범위를 부분적으로나마 확정한 것은 고무적이지만,⁶⁾ 보다 바람직하게는 향후 대법원이 건축저작물의 정의와 그 해당성의 판단기준을 분명하게 제시하여야 한다고 생각합니다.⁷⁾

근래에 건축저작물에 관하여 유력하게 받아들여지는 정의는 서울고등법원이 ‘골프존 I 사건’ 원심 판결⁸⁾ 등에서 실시한 “인간의 사상 또는 감정이 토지상의 공작물에 표현되어 있는 저작물을 말하고 반드시 부동산등기법상의 건물이나 건축법상의 건축물이어야만 하는 것은 아[니며], ... 건축물이라 함은 집이나 사무실 건물과 같은 주거가 가능한 구조물은 물론이고 반드시 주거를 주된 목적으로 하지 않는다고 하더라도 어느 정도 사람의 통상적인 출입이 예정되어 있어야 건축저작물이라고 할 수 있다.”는 정의입니다. 이는 그간 학계에서 논의되어 온 일반적인 관점을 적절히 차용한 것으로, 토지상의 정착성에 관해 국내의 다수 견해는 조금 유연한 태도를 취하는 것으로 보입니다. 즉, 토지에 반드시 정착되지 않더라도 바다나 하천 위에 부유하는 주거시설(또는 심지어 우주공간에 축조된 건조물)도 건축저작물에 해당할 수 있다는 것인데,⁹⁾ 발표자께서는 조금 다르게 생각하시는 것으로 보입니다(발표자료 6면).

사건으로는, 이동성이 있는 캠핑카, 선박 등의 경우에는 ‘건축’이라는 언어의 외연을 벗어나므로 주거 등 생활에 제공되더라도 건축저작물에 해당하지 않는다고 보는 것이 타당하겠지만(우주상의 건조물에 대해서는 논외로 하고) 해상 시설은 반드시 육상이나 해저에 정착되지 않더라도 이동성이 제한된다면 건축 저작물에 속하는 것으로 보아도 무방하지 않나 생각합니다.¹⁰⁾ 위 서울고등법원의 판시와 같이 건축저작물이 건축법상 건축물로 제한되는 것이 아닐뿐더러 정착의 대상인 ‘지상’을 ‘육상’에서 ‘지구상’ 등으로 조금만 확장하면 가능한 해석이지 않을까 생각합니다. 이에 관한 발표자의 추가 설명을 듣고 싶습니다.

6) 대법원 2025. 9. 4. 선고 2023다297400 판결.

7) 당장 ‘골프존 II 사건’의 파기환송심에서 저작권법 제35조 제2항에 관한 심리가 진행될 것으로 예상되기 때문에, 대법원이 각 골프코스가 건축저작물 유형에 속하는지 여부 및 그에 대한 판단의 기준으로서 건축저작물의 정의를 명확하게 실시해 주는 것이 바람직하였을 것입니다.

8) 서울고등법원 2016. 12. 1. 선고 2015나2016239 판결(골프존 I 사건 원심).

9) 오승종, 저작권법(제6판), 박영사, 2024, 130면 각주 191; 이해완, 저작권법(제4판), 박영사, 2019, 164면; 박성호, 저작권법(제3판), 박영사, 2023, 106면 등.

10) 건축저작물로는 보지 않되 ‘파노라마의 자유’ 등 건축저작물에 적용되는 저작권법 규정을 유추적용하는 방안도 생각해 볼 수 있지만, 바람직하지 않다고 생각합니다.

2. 건축저작물과 도형저작물의 관계

건축저작물은 최초로 설계도서의 형태로 작성되는 경우가 많습니다. 따라서 도형저작물과의 관계가 문제될 수 있습니다. 발표자께서 상세히 소개해 주신 것처럼 국가마다 건축설계도서를 건축저작물로 규율하는 법제와 도형저작물로 규율하는 법제가 존재하는 것으로 보입니다. 우리나라의 경우 건축설계도서는 저작권법 제4조 제1항 제5호와 제8호에 모두 해당할 수 있는데,¹¹⁾ 그래서인지 건축설계도서의 복제나 2차적저작물작성이 문제된 사건들에서 우리 대법원은 “건축저작물이나 도형저작물은 ... 기능적 저작물”이라고 하여 도형저작물성을 함께 언급하는 경우가 많았습니다.

¹²⁾

건축설계도서가 도형저작물에도 해당할 수 있다고 할 때, 그 창작성을 ‘작도(作圖)’에 반영된 작성자의 개성적 표현으로 제한하여 파악할 것인지, 아니면 도면에 나타난 건축물의 형상을 포함한 미적 표현을 함께 고려할 수 있는지가 문제됩니다. 국내에서는 전자의 견해가 다수로 보이고,¹³⁾ 법원의 판결 중에도 유사한 견지에서 골프장 설계도면의 창작성을 ‘건축저작물적 측면’과 ‘도형저작물적 측면’으로 구분한 뒤 전자는 다른 건축물과 구분되는 골프코스의 미적 형상을 중심으로 파악하고 후자에 관해서는 도형, 선 등의 도면 표시형식만을 창작성 판단에 고려한 사례가 있습니다. 유사한 관점을 보여주는 또 다른 사례로는, 아파트 놀이시설물에 대해 건축저작물성, 도형저작물성, 응용미술저작물성을 차례로 검토하면서 “도형저작물에 필요한 제도(製圖)상의 독창성”이 인정되기에 인정되기에 부족하다는 이유에서 도형저작물 해당성을 부인한 판결이¹⁵⁾ 있습니다.¹⁶⁾ 사건으로는, 도형저작물로서의 설계도서의 창작성을 그 작도 대상의 형상까지도 포함하여 판단하는 것은 건축저작물 등 다른 저작물 유형과의 보호범위 중첩 문제를 유발하므로 적절치 않다고 생각합니다.¹⁷⁾

11) 우리 저작권법에서 건축저작물의 존재형식으로 건축을 위한 모형과 설계도서를 포함한 것을 입법취지나 도형저작물 등과 관련하여 ‘사족’이라고 평가하는 견해가 있으나(송영식 외 6, 송영식 지적소유권법(하)(제2판), 육법사, 2013, 554면 각주 54), 건축설계도서는 건축저작물과 도형저작물에 모두 해당할 수 있다고 보는 것이 국내의 통설적 견해로 보입니다(오승중, 저작권법(제6판), 박영사, 2024, 131-132면; 박성호, 저작권법(제3판), 박영사, 2023, 112면; 이해완, 저작권법(제4판), 박영사, 2019, 168-169면; 임원선, 실무자를 위한 저작권법(제7판), 한국저작권위원회, 2022, 80면; 권영준/조정욱, 저작권침해판단론(제2판), 박영사, 2023, 268면 등).

12) 대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도29 판결(아파트백과 사건); 대법원 2021. 6. 24. 선고 2017다261981 판결(유럽형 다가구주택 사건) 등.

13) 이해완, 앞의 책, 169면; 박성호, 앞의 책, 112면; 임원선, 앞의 책, 81면.

14) 서울고등법원 2007. 5. 1. 선고 2006나43295 판결.

15) 서울중앙지방법원 2022. 11. 25. 선고 2019가합551478 판결.

16) 그러나 이와 달리 점포의 실내의 장식을 위해 필요한 형상, 치수 등을 일정한 규약에 따라 도면에 표시한 설계도에 대해 도형저작물성을 인정한 서울중앙지방법원 2006. 7. 12. 선고 2006가합14405 판결과 같이, 도형저작물로서의 창작성을 제도상의 표현으로 제한하여 파악하지 않은 사례도 존재합니다.

17) 이는 비단 건축저작물만의 문제가 아닙니다. 예컨대 안무 순서를 도시한 도면, 종이접기의 순서를 도시한 도면에서 도시 대상인 안무와 종이접기에 창작성이 있다면, 그 도면이 도형저작물에 해당하는 것과는 별개로 안무와 종이접기는 각각 연극저작물과 미술저작물로도 인정될 수 있습니다.

또한, 건축설계도서의 도형저작물로서의 창작성을 어떻게 파악할 것인가의 문제는 창작성과 동전의 양면 관계에 있는 실질적 유사성이 요건이 되는 복제 등 이용행위의 판단과도 연결되는데, 설계도서에 나타난 건축물의 형상을 실제 건축물로 시공하여 재현하는 행위는 저작권법 제2조 제22호 후단에 따라 건축저작물의 복제에 해당함이 분명하므로 도형저작물의 복제로 평가할 실익이 없습니다.¹⁸⁾

이러한 관점에 입각하여 본다면, 판례가 기능적 저작물 관련 대목에서 실시한 “건축저작물이나 도형저작물”이라는 문구를 건축저작물 침해소송에서 분별 있게 인용할 필요가 있습니다. 종종 소송 당사자들은 건축설계도서가 건축저작물과 도형저작물의 성격을 겸유할 수 있다는 점을 고려해 건축저작물성과 도형저작물성을 동시에 주장하는데,¹⁹⁾ 도형저작물로서의 창작적 표현을 ‘도면으로 복제하여’ 이용한 사안이 아니라면, 도형저작물을 건축저작물과 더불어 관성적으로 언급하거나 도형저작물성을 판단하는 것은 지양될 필요가 있다고 생각합니다.²⁰⁾

다만, 건축저작물의 존재형식 중 ‘모형’을 삭제하자는 발표자의 제안에 관해서는, 위와 같이 건축설계도서의 도형저작물로서의 창작성을 제한적으로 파악하는 것과 유사하게 문제되는 상황에 대처할 수 있으므로 삭제할 필요는 없고, 저작권법 제35조 제1항에 따른 건축 모형 소유자의 전시나 제2항에 따른 공중 개방 장소(예: 건축물 앞)에 전시된 모형에 대한 공중의 자유 이용의 측면에서 존치할 실익은 있다고 생각하는데, 발표자께서는 어떻게 생각하시는지요?

18) ‘해운대 등대도안 사건’(서울고등법원 2008. 10. 29. 선고 2008나4461 판결)과 같이 건축저작물로는 성립하지 못하지만 도형저작물이나 미술저작물로 인정되는 건축물의 도안에 표시된 형상을 실제 건축물로 재현하는 경우에는 도형저작물의 복제로 볼 수 없더라도 미술저작물의 복제로 인정할 수 있을 것입니다.

19) 서울중앙지방법원 2006. 7. 12. 선고 2006가합14405 판결; 서울중앙지방법원 2022. 2. 11. 선고 2020가합568434 판결 등.

20) 이러한 점을 고려하여서인지, 도면을 도면 형태로 이용하였던 ‘유럽형 다가구주택 사건’(대법원 2021. 6. 24. 선고 2017다261981 판결)에서 기능적 저작물 관련 판시에서 도형저작물을 언급한 것과 달리, 건축물을 건축물로 복제한 행위가 문제된 ‘테라로사 사건’(대법원 2020. 4. 29. 선고 2019도9601 판결)에서 대법원은 도형저작물에 관해 전혀 언급하지 않았고, 골프코스 설계도면을 시뮬레이션 영상 제작에 이용한 ‘골프존 II 사건’(대법원 2026. 2. 26. 선고 2024다228661 판결)에서도 도형저작물성에 관해 판단한 원심과는 달리 상고심에서는 도형저작물을 전혀 언급하지 않았습니다.

3. 건축저작물의 창작성과 실질적 유사성

(1) 창작성의 판단 방법 - 전체적인 표현방식

발표자께서 소개해 주시기도 하였지만, 건축저작물의 창작성에 관한 최근의 대법원 판결로 '골프존 II 사건'이 주목을 받고 있습니다. 같은 날 선고된 두 건의 판결²¹⁾에서 대법원은 창작적 표현의 제약이라는 사정만으로 골프코스의 창작성이 일률적으로 부정되지는 않는다고 하면서, '일정한 설계 의도에 따라 골프코스의 구성요소들을 선택·배치·조합하여 갖게 되는 독자적 표현'을 창작성의 판단에 고려하여야 한다는 입장을 밝혔습니다. 이러한 기준은 2024년의 '테라로사 사건'에서 대법원이 "외벽과 지붕슬래브가 이어져 1층, 2층 사이의 슬래브에 이르기까지 하나의 선으로 연결된 형상, 슬래브의 돌출 정도와 마감 각도, 양쪽 외벽의 기울어진 형태와 정도 등 여러 특징이 함께 어우러져 창작자 자신의 독자적인 표현을 담고 있다."고 판시한 사항의 연장선 상에 있다고 평가할 수 있고, 더 거슬러 올라가면 2017년의 'SBS 짝 사건'²²⁾ 2019년의 '킹닷컴 사건'²³⁾ 등에서 대법원이 취했던 이른바 '종합적 고려'의 관점을 건축저작물에 적용한 것으로 볼 여지도 있습니다.²⁴⁾ 다만, 우리 대법원은 이미 2009년 선고 판결에서도 "이 사건 골프장에 관한 원고의 설계도면은 골프장을 구성하는 클럽하우스, 연습장, 휴게소, 주차장, 펜션, 식당, 숙소, 진입도로, 연결도로, 홀(티 박스, 페어웨이, 그린, bunker, 러프 등), 연못과 그 밖의 부대시설의 모양, 위치, 배열 등을 설계도면에 도시한 것으로서, 골프장 부지 내에서의 개개의 구성요소의 배치와 조합을 포함한 골프장의 전체적인 미적 형상의 표현 방식에 있어 저작물로서의 창작성이 있다고 할 것"이라는 원심 판단을 정당하다고 인정한 바 있어,²⁵⁾ 골프코스를 포함한 건축저작물의 창작성에 대하여 완전히 새롭거나 변화된 관점을 '최초로' 제시한 것은 아닙니다.

이와 관련하여 발표자께서는 건축 창작의 유형을 '미적 창작', '기능적 창작', '편집적 창작'으로 구분하고 계시며(발표자료 13면), 마지막 '편집적 창작'이 '골프존 II 사건'의 대법원 판시에 가장 가까운 것으로 보입니다. 그런데 위 세 가지 유형은 건축저작물의 장식미(혹은 외관미), 구성미, 조화미로 바꾸어 부를 수 있을 것이고, '기능적 창작'이라고 부르신 측면은 결국 구성요소들을 조합·배치하는 방법에서 포착되는 독자성을 뜻하므로 이른바 '편집적 창작'에 포함하여 파악해도 무방하고 이를 별도로 유형화할 필요는 없지 않을까 생각하였습니다.²⁶⁾ 혹시 발표자께서는 '기능적 창작'과 '편집적 창작'을 구분하는 것을 통해 얻게 되는 어떤 실익이 있다고 생각하시는지 궁금합니다.

21) 대법원 2026. 2. 26. 선고 2024다228661 판결; 대법원 2026. 2. 26. 선고 2024다229671 판결.

22) 대법원 2017. 11. 9. 선고 2014다49180 판결.

23) 대법원 2019. 6. 27. 선고 2017다212095 판결.

24) 박성호, "2020년 지적재산법 중요판례평석", 인권과 정의 통권 제497호(2021), 209면.

25) 대법원 2009. 7. 9. 선고 2007다36384 판결.

26) 박성호 교수님은 이러한 대법원의 건축저작물 창작성 판단기준에 대해 편집저작물의 창작성 문제로 환원하여 파악한다는 취지가 아니라고 강조하십니다. 박성호, 앞의 논문, 210면.

(2) 창작적 표현의 특징 - 전체적인 형상 등

토론자가 '골프존 II 사건'에서 더 크게 주목하는 지점은 위 창작성에 관한 판시에 이어진 창작적 표현의 '특정'에 관한 판시입니다. 두 원심판결은 모두 원고가 각 골프코스에서 "기능적 요소가 사상(捨象)된 창작적 표현에 해당하는 부분을 특정하지 못하고 있다."는 점을 창작성을 부인하는 판단의 근거로 적시하였습니다.²⁷⁾ 그런데 상고심에서는 앞의 창작성 관련 판시를 기초로 원고가 "제1심과 원심 변론과정에서, 기능적 요소와 구분하여 위와 같이 이 사건 각 골프코스를 이루는 구성요소들의 선택·배치·조합 등을 통해 나타난 전체적인 형상을 이 사건 각 골프코스(설계도면)의 창작성 있는 표현으로 특정하였다."고 하면서 각 골프코스의 창작성이 인정될 여지가 있다고 보았던 것입니다.

저작권 침해소송에서 저작재산권의 보유와 침해에 관한 요건사실은 법률요건분류설에 따라 침해를 주장하는 자에게 주장·증명 책임이 있으므로 대상 저작물에서 저작권 보호의 대상이자 실질적 유사성 판단 시의 대비 대상이 되는 창작적 표현을 특정하고 그 창작성을 증명할 책임은 당연히 침해 주장자에게 있습니다. 그러나 앞의 판시에 따라 골프코스의 창작성을 그 개별 구성요소의 창작성에 더해 작성자의 설계 의도에 따른 구성요소들의 선택·배치·조합에서 나타나는 독자적 선택의 결과에서 파악할 수 있다면, 저작물(의 창작적 표현)을 그 전체적 형상 등으로 포괄적으로 특정하는 것으로 족하다는 결론이 도출되는 것은 어찌 보면 자연스럽습니다. 이처럼 '골프존 II 사건'에서 대법원의 창작적 표현 특정에 관한 판시는 창작성 구성 측면에 관한 판시와 조응하는 것으로 보이지만, 창작성이 인정되기 어려운 일반적 건축물 등에 관계된 모든 저작권 침해소송에 일률적으로 적용되면 창작성 유무에 관한 증명책임을 피고에게 전가하는 방식으로 오용되어서는 곤란합니다. 또한 인간의 창작 여부에 관해 큰 다툼이 있을 수 있는 인공지능 생성물 관련 저작권 분쟁에서는 단지 전체적 형상 등을 창작성 있는 저작물로 주장하는 것으로는 부족할 수 있기 때문에 대법원이 장래의 다양한 저작권 침해소송에 적용될 수 있는 일반적인 창작적 표현 특정 방법에 관해 조금 더 구체적인 기준을 제시하여 주었더라면 하는 아쉬움이 있습니다.

본 토론자의 관점에서는 (a) 위 특정에 관한 판시가 창작성을 추정하는 방식으로 재판 운용에 잘못 반영되어서는 안 되고, (b) 그러기 위해서는 원고에게 전체적 형상 등으로 특정된 '종합적 표현의 창작성'에 대한 증명 책임을 분명하게 요구할 필요가 있다고 생각합니다. 구체적으로, (b1) 대상 건축 저작물의 기능적·실용적 측면과 구분되는 구성요소들의 구체적인 선택·배치·조합의 방법 및 그 원리로서 작용했던 설계 의도(바람직하게는 설계의 과정)에 관한 증명, 또는 (b2) 구성요소들의 선택·배치·조합 방법과 그 결과로서 전체적인 표현이 다른 건축물과 구체적으로 어떤 점에서 구별되는지에 관한 증명을 원고에게 요구하고, 원고가 그 증명에 실패했을 때에는 (설령 특정은 적법하더라도 그 특정된 표현의) 창작성을 부인하는 것이 타당하다고 생각합니다.²⁸⁾

27) 서울고등법원 2024. 2. 1. 선고 2022나2000485 판결; 서울고등법원 2024. 2. 1. 선고 2023나2003078 판결. 이러한 서울고등법원의 입장은 '골프존 II 사건' 이전의 원심판결을 선고하기 이전의 판결인 서울고등법원 2023. 9. 21. 선고 2023나2011031 판결의 도형저작물 관련 판시 부분에서도 엿볼 수 있습니다["이 사건 도면에 일반적인 조형물 설계도의 표현방법, 규격 또는 그 용도나 기능 자체, 저작물 이용자의 이해의 편의성 등에 의해 제한될 수밖에 없는 표현과 다른 원고의 창조적 개성이 나타나는 부분을 특정할 수 있는 원고의 주장·입증이 없다. 따라서 이 사건 도면은 저작권법상 도형저작물로서 보호될 수 없다"]

(3) 창작성과 실질적 유사성 판단의 시점(視點) : 일반인 vs. 전문가

발표자께서는 건축저작물의 실질적 유사성 판단에 있어서 기준이 되는 관찰자를²⁹⁾ (i) '시각적 감상'은 일반인의 시점을 기준으로 하되, (ii) '공간적 감상'과 '편집적 창작 요소의 비교'는 전문가 기준으로 설정할 것을 제안하고 있습니다(발표자료 18면). 이는 발표자께서 창작 유형으로 명명한 '시각적 창작'과, '기능적 창작' 및 '편집적 창작'의 각 관찰자 시점을 달리하는 것이 타당하다는 입장으로 보이는데, 어떤 이유에서인지는 선뜻 이해가 되지 않습니다.

토론자의 부족한 식견으로는 창작성과 실질적 유사성 판단의 관찰자 시점을 표현양식이나 창작성의 요소 등에 따라 달리 정하는 것은 저작물 유형에 따른 보호의차등을 초래할 수 있어 바람직하지 않다고 생각합니다. 또한 저작물의 창작성은 '누가 하더라도' 같거나 비슷한 것이 아닌 독자 작성의 징표를 지시한다는 점을 고려할 때 일반인 관찰자를 원칙적 기준으로 삼되, 이를 보충하는 범위에서 전문적 지식이 활용되는 것이 타당하다고 생각합니다. 또한, 발표자께서 '공간적 감상'이라고 언급하신 측면은 건축저작물이 시각 체험과 공간 및 동선 체험으로 구성되는 "4차원 감상물"의 성격과 맞닿아 있다고 생각하는데(발표자료 12면), 그러한 시공간적 체험은 전문가 외에 건축물을 이용하거나 감상하는 일반인에게도 주어지는 것이고(오히려 일반인이 주된 체험의 주체임) 일반인 관찰자의 시점을 배제하는 것은 타당하지 않습니다. 그렇다면 '공간적 감상'을 구성하는 '기능적/편집적 창작'의 요소도 일반인의 시점에서 파악하는 것이 원칙이 되어야 하지 않나 생각합니다.³⁰⁾ 한편, 전문가 관찰자의 시점이 보충적으로 활용되는 것은 가능한데, 여기에서 '시각적 감상'이 배제될 필요는 없다고 생각합니다. 건축물의 일반적 표현방법과 기능에 관한 전문가의 지식은(a)건축저작물의 기능적·실용적 측면과, (b) 건축물의 미적 표현을 구분하는 단계에서 특히 도움이 될 수 있다고 생각하는데, 그러한 미적 표현은 발표자께서 언급하신 외관의 장식 요소, 기능적 요소, 편집적인 표현 요소에 모두 걸쳐 있기 때문입니다.

발표자께서 실질적 유사성 판단의 관찰자 기준을 건축저작물의 표현 측면에 따라 구분하신 이유에 관해 혹시 제가 잘못 생각한 부분이 있다면 더 상세한 설명을 청해 듣고 싶습니다.

이상 두서 없이 여러 생각과 질문을 던지게 되었는데, 다양한 생각을 이끌어내는 상당한 폭과 깊이를 가진 훌륭한 발표였기 때문이라고 해량하여 주시면 감사하겠습니다. 귀중한 지식을 나눠 주신 발표자께 다시 한 번 감사드립니다.

28) 이러한 재판 운용은 '골프존 II 사건'의 파기환송심에서부터 반영되어야 한다고 생각합니다.

29) 실질적 유사성 판단의 기준이 되는 관찰자는 결국 창작성 판단의 관찰자이기도 합니다.

30) '경도대교 사건' 판결(수원고등법원 2025. 7. 3. 선고 2024나20542 판결)이 "상부 상징 조형의 경우 앞서 본 바와 같이 모서리 마감에 있어서 약간의 차이는 있으나 기본 조형성은 동일하고 그 차이가 미세하여 실제 크기의 원거리에서는 동일하게 인식되는 점"을 실질적 유사성 판단에서 고려한 점과, 원고 도안과 피고 도안에 나타난 각 교량의 수평 거리를 대등한 범위로 보정하여 비율 대비한 점은, 도로를 따라 길게 연장된 교량을 일상생활 속에서 보게 되는 일반인(교량을 통행하는 차량의 운전자 혹은 먼 곳에서 조망하는 자)의 시점에서 주로 사선 방향에서 관찰되는 표현적 특징을 적절히 비교한 것으로 볼 수 있습니다. 류시원, "교량의 건축저작물성 및 실질적 유사성: 수원고등법원 2025. 7. 3. 선고 2024나20542 판결(상고기각)", 저작권문화 통권 제366호(2026), 31면.

4주제 |

AI 창작환경과 창작성의 미래

발제 권순재 박사(변호사)

목 차

I. 들어가며

II. 인공지능 창작환경과 인공지능 생성물

1. 생성형 인공지능 시스템과 생성물
2. 인공지능 생성물의 저작물성
3. 인공지능 사용자의 창작적 기여

III. 인공지능 창작환경과 저작권법 규정

1. 공동저작물
2. 업무상저작물
3. 기타

IV. 인공지능 창작환경과 저작물성 판례

1. 표현형식별 저작물성 검토의 한계
2. 사진저작물 관련
3. 구성요소들의 선택, 배열, 구성 관련
4. 소결

V. 인공지능 창작환경과 창작성의 미래

1. 파편화된 인간의 기여
2. 인간 기여의 총합을 통한 창작성 판단
3. 의거성 및 창작성 판단의 과학화
4. 소결

VI. 결론

AI 창작환경과 창작성의 미래

박사 권순재

I. 들어가며

인공지능은 창작에 대한 패러다임을 변화시키고 있다. 질적 수준이 인간 작품을 오히려 능가하는 것처럼 보이는 몇몇 인공지능 생성물의 등장은 우리에게 충격을 주고 있다. 특히, 많은 경우 초기 인공지능 생성물을 얻기 위하여 인간 사용자는 텍스트 프롬프트(prompt)를 몇줄 입력하거나 특정 버튼을 몇 번 딸깍(click)거리는 것 외에는 별로 할 것이 없다. 이러한 “생성형 인공지능”¹⁾의 눈부신 발전양상을 목격하고 있노라면 언제까지고 창작과정에 허락된 인간 고유의 영역이 존재할 수 있을 것인지 의문이다. 수많은 인공지능 생성물이 이미 인간의 작품과는 구분할 수 없는 수준에 이르렀다. 언제나 창작과정의 중심에 존재 하던 인간은 인공지능 시대를 맞아 인간 중심의 저작권법 체계에서조차 역설적으로 점점 가장자리로 밀려나고 있는 것 인가? 지금 도래하여 우리가 목격하고 있는 수준의 생성형 인공지능 ‘초기’ 시대조차도 과연 저작권법이 그 시대의 부름에 진정으로 제대로 응답할 수 있을 것인가? 그리고, 인공지능 생성물 맥락에서도 저작권법은 인간을 다시 창작의 중심영역으로 되돌려 놓을 수 있을 것인가? 그리하여, 저작자의 권리 보호와 저작물의 공정한 이용을 도모하여 국민, 더 나아가 인류의 문화창달을 이룩할 수 있을 것인가? 오히려 많은 이들은 저작권법이 순수한 인간 창작 행위를 보호하기 위한 적극적 우대조치(affirmative action)로 기능할 것을 희망하며, 이에 안도하고 있는 것은 아닌지 의심된다.

구체적 배경으로, 인공지능 창작환경과 창작성의 미래에 관하여 저작권법은 중대한 두 가지 큰 문제에 직면하여 있다. 인공지능 생성물의 저작물성 문제와 저작물의 학습데이터로서의 이용의 문제가 그것이다. 이 두 가지 문제가 특히 중요한 것은 현재 수준의 인공지능의 핵심적인 기술적 기반인 ‘기계 학습(Machine Learning)’, ‘심층 학습(Deep Learning)’을 고려하면 다음과 같은 설명이 가능하기 때문이다.

‘학습데이터를 학습하여 그 학습된 모델에 기반한 생성형 인공지능 시스템으로부터 인공지능 생성물이 산출되므로, 학습데이터는 필연적으로 인공지능 생성물에 영향을 준다.’ 그리고, ‘이러한 인공지능 생성물은 합성데이터(inorganic synthetic data)로서 당해 또는 기타 인공지능 모델의 학습데이터로 이용되는

*본고는 저자의 박사학위논문(“인공지능 생성물의 창작성 판단에 있어서 인간 기여의 총합에 관한 연구”, 한양대학교 법학전문대학원 (2025. 8.))의 일부분(제2장 ‘인공지능 생성물의 저작물성’, 제3장 ‘학습데이터와 창작적 기여’, 제4장 ‘프롬프트와 창작적 기여’ 등)를 발췌하여 수정, 보완 및 재구성한 것임을 밝힙니다.

** 변호사, 법학전문박사(supersj89@gmail.com).

1) 2025. 1. 21. 제정, 「인공지능 발전과 신뢰 기반 조성 등에 관한 기본법」 제2조 제5호는, “생성형 인공 지능”을 “입력한 데이터(‘데이터 산업진흥 및 이용촉진에 관한 기본법」 제2조 제1호에 따른 데이터를 말한다.)의 구조와 특성을 모방하여 글, 소리, 그림, 영상, 그 밖의 다양한 결과물을 생성하는 인공지능 시스템”으로 정의하고 있다.

수가 있다.’ 또한, 그것들은 ‘학습에 이용된 저작물을 특정 시장에서 대체하게 되거나 그 잠재적 시장에 영향을 줄 수도 있다.’ 이러한 관점에서는 학습데이터와 인공지능 생성물은 서로 분리된 맥락에 있는 것이 아니라 밀접하게 상호작용하는 관계에 놓여있다고 볼 수 있다.

특히, 학습데이터는 생성형 인공지능이라는 매체를 발전시켜 일반 사용자로 하여금 생성물 에 내포한 표현요소에 대한 통제력을 높일 수 있게 한다. 반면, 학습데이터는 인공지능 생성물 인 합성데이터의 범람을 초래하여 인공지능 스스로의 발전에 악영향을 미칠 수 있다. 또한, 학습데이터는 타인 저작물의 표현요소를 용이하게 생성케 함으로써 특정 인간 사용자의 생성물에 대한 창작적 기여를 제한하거나 단절시키는 원인이 될 수도 있다. 그러므로, 인공지능 맥락 에서 학습데이터 이용과 관련된 논의는 생성물에 대한 창작적 기여의 관점에서도 고려될 필요가 있다.

II. 인공지능 창작환경과 인공지능 생성물

1. 생성형 인공지능 시스템과 생성물

(1) 기술적 배경

「인공지능 발전과 신뢰 기반 조성 등에 관한 기본법」 제2조 제5호는, “생성형 인공지능”을 “입력한 데이터의 구조와 특성을 모방하여 글, 소리, 그림, 영상, 그 밖의 다양한 결과물을 생성하는 인공지능시스템”으로 정의하고 있다. ‘생성형 인공지능 시스템’은 ‘하나 이상’의 ‘학습된 인공지능 모델’에 기반하여 작동한다.²⁾ ‘학습된 인공지능 모델’은 컴퓨터 코드와 ‘가중치 (weights)’³⁾로 구성된다.⁴⁾ ‘가중치’는 ‘인공지능 모델’이 학습데이터를 ‘기계 학습(machine learning)’하여 얻게 된다. 그러므로, 생성형 인공지능 시스템으로부터 출력된 인공지능 생성물 은 필연적으로 학습데이터에 기반한다. 또한, 인공지능 창작환경에 있어서는 인공지능 사용자 가 입력하는 “프롬프트”를 고려하는 것이 특히 필요하다. 현재로서 인간 사용자와 인공지능 시스템 사이의 상호작용을 평가하기 위한 수단으로는 프롬프트가 가장 유력하다. 현시점에 상용화 단계에 있는 대부분의 생성형 인공지능 모델/시스템은 그 출력에 있어서 사용자가 입력 하는 프롬프트를 주된 요소로 하여 기능하고 있다.

그런데, 현재로서 생성형 인공지능 시스템의 입력과 출력 과정을 명확히 설명하기 어렵다 (소위, ‘블랙박스’ 현상).⁵⁾ 또한, 대중화된 많은 생성형 인공지능 시스템에서는 프롬프트로 대표되는 사용자의 지시 (입력)와 생성물(출력) 사이에 ‘예측불가능성(unpredictability)’, ‘우연성 (randomness)’ 등이 나타난다.⁶⁾

2) U.S. Copyright Office, “Copyright and Artificial Intelligence”, Part 2: Copyrightability, A Report of The Register of Copyrights (2025. 1.), p.5.

3) 인공지능 모델의 매개변수(parameters)는 주로 가중치(weights)와 편향(bias)으로 구성된다. 대체로, 모델의 가중치는 각 입력 신호의 결과 출력에 관련되고, 편향은 출력의 활성화 조건과 관련된다. 일반적으로 매 개변수의 가장 중요한 부분은 가중치이므로, 가중치와 매개변수는 인공지능 맥락에서 자주 혼용되는 것으로 보인다.

4) U.S. Copyright Office, *Supra* note 2, at p.5.

5) *Id.* at p.6.

6) *Id.* at p.7.

한편, 인공지능 생성물의 저작물성 문제는 ‘저작물 유형(표현형식, 방법)’⁷⁾에 관계없이 매우 포괄적이다. 이는, 어떠한 인공지능 생성물이 인간의 기존 창작물과 비교하여도 쉽게 구분해 낼 수 없을 정도(예컨대 “튜링 테스트”⁸⁾를 통과하는 경우)의 질적 수준에 도달하기만 하면 발생하게 된다. 따라서, 이는 적어도 기존 저작물과 그 유형이 동일하다면, ‘그대로 현 저작권 체계로 포섭이 가능한가’ 내지는 ‘그것이 적정한가’의 문제(해석론)임을 시사한다. 현 단계의 생성형 인공지능 기술의 수준에서도 이러한 문제는 무수히 많이 발생하고 있다.⁹⁾ 이러한 기술적 배경을 고려하면, 인공지능 생성물의 저작물성 판단에 있어서 이를 반드시 신유형 창작물로서 취급해야 하는 것은 아님을 알 수 있다.¹⁰⁾

(2) 특수성

전통적인 창작은 작성과정의 중심에 인간의 신체가 놓인다.¹¹⁾ 그러나, 인공지능 생성물의 생성과정은 전통적인 창작과정에 비해 인간의 기여행위가 다소 생소하다는 특수성이 있다. 가령, ‘인공지능 사용자가 인공지능(시스템)에게 직접 지시, 명령하는 행위(텍스트 프롬프트 입력 등)’, ‘소규모의 학습데이터 또는 참고 자료를 제공(feed)하여 모델의 미세 조정(fine-tuning), 적응(adaption) 등을 실시하는 행위’, ‘생성물 확인을 반복하여, 자신의 지시를 구체화하거나 점차적으로 최종 생성물의 고도화를 꾀하는 행위’, ‘단순히 기술적인 문제로 초기 인공지능이 잘 하지 못하는 것¹²⁾의 수정, 보완행위’, ‘최종 생성물을 선택하는 행위’ 등이다. 그러므로, 이것들이 과연 인간의 창작적 기여라고 평가할 수 있는

7) 관련하여, 생성형 인공지능 모델은 산출하는 콘텐츠 유형에 따라 ‘언어 생성 모델’, ‘이미지 생성 모델’, ‘음성 생성 모델’, ‘비디오 생성 모델’, ‘게임 생성 모델’ 및 ‘3D 생성 모델’ 등을 포함하는 ‘기타 생성 모델’로 분류할 수 있다고 한다. (김영희, “생성형 인공지능(Generative AI) 산업 현황 보고서”, 『저작권 기술 산업 현황 보고서』, 2023-04, 한국저작권위원회 (2023), 3면 참조.). 그러나, 생성형 인공지능 특히 그중에서도 언어 생성 모델의 놀라운 확장성은 곧 이러한 분류 방식을 무색하게 만들어 버릴 것이라는 의견도 있다. (서창배, “AI를 통해 생성된 새로운 데이터의 법적 문제 - 디지털 디자인 분야를 중심으로-”, 『기업법연구』, 37(4), 한국기업법학회 (2023), 446면 참조). 따라서, 인공지능 생성물을 그 유형(표현형식, 방법)에 따라 구분하거나 일개의 신유형 창작물로 특정하여 저작권법으로 포섭하기는 쉽지 않을 것이다.

8) See Alan M Turing, “Computing Machinery and Intelligence”, Mind, 59 (1950), pp.433-460.

9) 이 점은 이미지 생성 인공지능(AI) 미드저니(Midjourney)를 활용하여 만든 “새벽의 자리아(Zarya of the Dawn)”라는 만화를 미국 저작권청이 저작권 등록하였다가 일부를 취소하였던 사건이나, 다양한 예술분야 대회에서 인공지능 생성물이 입상하는 등의 현실을 보더라도 자명하다. 구체적으로는, ‘2022년 콜로라도 주립 박람회 미술대회’의 디지털아트 부문에서 게임 기획자인 제이슨 M. 앨런의 작품 ‘스페이스 오페라 극장(Théâtre D’opéra Spatial)’이 1위에 입선하였으나, 해당 작품이 미드저니(Midjourney)라는 인공지능 프로그램으로 생성한 작품으로 밝혀져 논란이 되었으며, 독일 출신 사진작가 보리스 옐다크젠은 ‘2023 소니 월드 포토그래피 어워드(SWPA)’의 크리에이티브 오픈 카테고리 부문에 ‘전기공(The Electrician)’이라는 작품을 출품하여 1위를 차지한 뒤, 인공지능을 활용한 작품임을 고백하며 상을 고사한 바 있다(서창배, 앞의 논문(주 7), 443면 참조). 최근에는 2025년 주요 게임 시상식을 휩쓸었던 “33원정대(Claire Obscur: Expedition 33)”가 제작 과정에 생성형 인공지능을 사용했다는 이유로 한 시상식에서 수상을 박탈당하기도 하였다(최아리, “33원정대” 수상 취소로 불거진 게임업계 ‘AI 창작’ 논쟁, 조선경제 (2025. 12. 29.), <https://www.chosun.com/economy/tech_it/2025/12/28/DL4P6N6ZWFDXVGDVTC5CZZJ52I/>).

10) 한편, ‘인공지능 저작물’을 신유형 창작물로서 저작권법으로 포섭하려는 입법 시도도 있었다. (“저작권법 일부개정법률안(주호영의원 대표발의)”, 의안번호 6785 (2020. 12. 21.) 참조). 해당 법률안은 “인공지능 저작물”을 “외부환경을 스스로 인식하고 상황을 판단하여 자율적으로 동작하는 기계장치 또는 소프트웨어(인공지능)에 의하여 제작된 창작물”로 정의하였다.

11) 가령, ‘회화, 스케치, 사진’ 등의 전통적인 이미지 작성 기술은 그 작성과정의 중심에 인간의 신체가 놓이며, 텍스트 프롬프트 입력이라는 발화(verbalization)와 같은 인식 양식은 예술 작품 작성의 주요 수단이 되지 못한다는 지적 참조. (Jon McCormack et al., “Is Prompts Really Making Art?”, arXiv (2023. 2. 2.), p.5, <https://arxiv.org/abs/2301.13049>).

12) 현 단계의 이미지 생성 인공지능에 있어서는, ‘손가락’ 그림이나 ‘살아있는 연어’와 ‘연어 살코기’를 구 분하는 등의 주로 학습데이터가 제한적이거나, 정적인 이미지로부터 입체적인 동작 태양 및 가동 범위, 기능 등 고차원의 정보를 추론해야 하거나, 인간의 편견 또는 고정관념과 관련되는 사항이 예시된다. (박 설민, “AI는 왜 ‘손’만 못 그럴까?”, The AI (2023. 3. 3.), <https://www.newstheai.com/news/articleView.html?idxno=3812>; 도우리, “AI는 못 그리는 ‘살아 있는 연어’”, 한겨레21 (2022. 11. 3.), <https://h21.han i.co.kr/arti/photo/story/52814.html> 등 참조).

지 문제된다. 이들은 개별적으로는 전통적인 창작성 평가에서 그 기여가 미미하다고 평가할 수밖에 없을 수 있다. 그러나, 창작성 판단에 있어서 위와 같은 인간 기여들의 총합을 종합적으로 고려할 수도 있다. 이로써 사실상 해당 인공지능 생성물의 '표현요소의 생성' 그 자체에 있어서는 인간이 핵심적으로 기여하였다고 평가할 여지가 있다.

(3) 저작권 검토의 대상

현행 저작권 체계에서는 그 작성과정에 인간의 기여가 전무한 경우 저작권을 부여하는 것이 해석상 불가하다. 이에 최소한 입법적 수단이 요구된다. 따라서 인공지능 생성물의 저작물성 논의(해석론)의 대상 역시 "인간이 인공지능을 도구로 사용한 창작물(전자)", 또는 "인간의 지시에 의한 인공지능 생성물(후자)"의 두 가지 유형이다. 후자의 경우, 종래의 창작성 평가의 관점을 엄격히 적용하게 되면 대체로, "... '지시'를 하였다는 점에서 인간의 '창작 의도'는 존재하지만 '창작적 기여'를 인정하기는 곤란하므로 저작물성이 부정된다."¹³⁾ 그러나, "인간이 '지시'만을 하였더라도 그 지시가 추상적 지시가 아닌 '구체적 지시'라면 인간의 '창작적 기여'를 인정할 수 있어서 저작물성을 긍정할 수 있고, 인간에게 저작권이 귀속된다는 학설도 있다."¹⁴⁾ 이러한 견해에 의하면 만일 "인간이 챗GPT 같은 생성형 AI의 '프롬프트'(입력창)에 텍스트를 입력하여 지시한 결과 특정 결과물이 생성되었을 때, 인간의 지시를 구체적 지시로 보고 창작적 기여를 인정할 수 있다면, AI는 인간의 창작을 보조하는 '도구'라고 규범적 평가를 받을 수 있다."¹⁵⁾ 왜냐하면, "AI의 '프롬프트'에 텍스트를 입력하는 것은 카메라의 셔터를 누르거나 녹음·녹화기의 작동버튼을 누르는 것과 유사하기 때문이다."¹⁶⁾

그러므로 본고에서는 인공지능 생성물을 ① 인공지능이 인간의 개입 없이 자율적으로 외부 환경과 상호작용하며 스스로 콘텐츠를 생성해내는 '엄밀한 의미의 (극도로 진보한) 인공지능에 의해 생성된 작품(AI-generated works of the strictest sense)', ② 전통적인 창작성 평가방법으로도 인간의 창작물이라고 규범적으로 평가할 수 있는, '인간이 인공지능을 창작의 도구로 사용하여 생성한 작품(AI-assisted works)', ③ '인공지능 생성물을 포함하는 작품(works containing AI-generated material)'의 세 가지 유형으로 구분하여 서로 달리 취급한다. 다만, 본고에서 단순히 언급하는 "인공지능 생성물(AI-generated works)"의 경우 '상기 ①과 ② 사이의 것들' 그리고 '상기 ③'을 포괄하여 상정하는 광범위한 지칭이며, 특별한 언급을 하지 않는 한 엄밀한 의미의 인공지능 생성물인 '상기 ①'의 경우만으로 한정하는 것은 아니다. 이렇게 보는 것이 인공지능의 영향을 광범위하게 받게 되는 미래의 다양한 창작환경을 더욱 적절히 파악할 수 있을 것이다.

13) 박성호, 『저작권법』, 제3판, 박영사 (2023), 32면.

14) 위와 같음.

15) 위와 같음.

16) 위와 같음.

2.인공지능 생성물의 저작물성

(1) 인간 저작자 요건의 적용

저작물은 인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물이다(저작권법 제2조 제1호). 그리고, 저작자는 저작물을 창작한 자이다(동조 제2호). 그런데, '인간의 사상 또는 감정의 표현'이란 인간의 '지적, 정신적 노력의 활동'과 다름이 없다. 그러므로, 저작권법에 의하면 저작자는 당연히 인간일 수밖에 없다. 또한, 어떠한 저작물에 있어서 창작성을 발휘하는 주체는 저작자 바로 그 자신이므로 결국 창작성을 발현하는 것 역시 당연히 인간이 된다. "베른협약"¹⁷⁾은 저작물의 요건으로 '지적 창작물(intellectual creation)'이어야 함을 규정한다(베른협약 제2조 제5항). 여기서 '지적창작물'이란 저작물 창작에 저작자의 자격을 갖춘 인간이 개입했음을 의미한다.¹⁸⁾ 베른협약은 저작물의 저작자를 명시적으로 정의하지 않고 각 동맹국에 위임하고 있다. 그러나, 협약의 문언과 역사적 맥락은 저작자는 저작물을 창작한 자연인(natural person)이어야 함을 강하게 시사한다.¹⁹⁾ 저작권을 창작자가 아닌 법인 등 다른 주체에게 원시적으로 귀속시키는 예외를 둔 국가들은 많다.²⁰⁾ 관련하여, 우리 저작권법은 '법인, 단체 그 밖의 사용자 등'을 '업무상저작물'의 '저작자'로 의제(擬制)하는 규정을 두고 있다(저작권법 제9조). "이 규정은 저작자라 함은 저작물을 창작 한 자를 말하고(동법 제2조 제2호) 저작자는 해당 저작물에 대한 저작권을 원시적으로 취득한다는(동법 제10조 제1항) 저작권법상 '창작자원칙(chöpfungsprinzip)'에 대한 하나의 예외이다."²¹⁾ 그렇지만, 저작권법은 여전히 업무상저작물의 요건 중 하나로 '업무에 종사하는 자'가 업무상 '작성'하는 저작물이어야 함을 규정한다(동법 제2조 제31호). 그러므로, 우리 저작권법은 업무 상저작물을 '창작'하는 자와는 구별되지만 이를 '작성'하는 자로는 여전히 인간을 상정하고 있다.²²⁾

종합하면, 종래 저작물성은 '인간 저작자'가 '그 사상 또는 감정'을 표현한 '창작물'인지 여부로 판단되어 왔으며 이러한 저작물성 요건을 '인간 저작자 요건'이라고 할 수 있다. 이는, 인공지능 생성물 맥락의 저작물성 논의에 있어서도 달리 취급할 여지가 없다. 한편, 인공지능 자체에 대한 법인격 부여 등의 주체성 문제가 해결되지 않는 한 기계를 저작자로 인정하는 취지의 예외적인 제도(가령, "machine authorship")는 도입의 여지가 없다.

17) Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, as amended on 28 September 1979 ("Berne Convention").

18) WIPO, "Guide To The Copyright and Related Rights Treaties Administered By WIPO and Glossary of Copyright and Related Rights Terms" (2003), BC-2.3.

19) Ricketson S., "The 1992 Horace S. Manges lecture – people or machines: the Bern Convention and the changing concept of authorship", Columbia-VLA Journal of Law & The Arts, 16 (1991), p.8, 11.; Ginsburg J., "People not machines: authorship and what it means in the Berne Convention", IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law, 49 (2018), p.131.; Goldstein P. and Hugenholtz P. B., 『International copyright: principles, law, and practice』(4th Edition), Oxford (2019), pp.228-229.

20) Goldstein, Supra note 19, at p.229.

21) 박성호, 앞의 책(주 13), 202면.

22) 관련하여, 저작권법 제53조 제1항 제4호는 저작자로 하여금 "그 밖에 대통령령으로 정하는 사항"을 등록 할 수 있도록 정하고 있는데, 동법 시행령 제24조 제4호는 "업무상저작물인 경우에는 해당 저작물의 업무상 작성에 참여한 사람의 성명 및 생년월일"을 그 대상 중 하나로 정하고 있다.

(2) 창작성 요건의 적용

① 창작성 요건

창작성 요건은 다양한 법제와 심지어는 해당 국가의 ‘특정 판사’²³⁾에 따라서도 여러 판단 방법이 고안되었다. 가령, “노동, 기술 그리고/또는 판단(labour, skill and/or judgment)”,²⁴⁾ “최소한의 창작성(minimal level of creativity)”,²⁵⁾ “정신적(지적) 작업(l’œuvre de l’esprit)”,²⁶⁾ “개인적인 지적 창작(Persönliche geistige Schöpfung)”,²⁷⁾ 등이 주요하게 제시되어 왔다. 이러한 창작성 요건 판단의 다양한 입장은 크게 두 가지 큰 역사적 맥락에서 기원하는 것으로 보인다. 하나는 낭만주의 시대를 기원으로 한 ‘droit d’auteur(civil law)’ 체계로서 저자 자신의 ‘천재적인 술적 성취’ 또는 ‘명예, 명성’과 관련된다.

이는 저작자의 독창적인 개성의 표현인 저작물을 보호하는데 중점을 두는 대륙법계 국가에서 발전한 것이다. 이에 의하면 저작자의 재산적 이익 뿐만 아니라 그 인격적 이익의 보호 역시 중요시하게 된다.²⁸⁾ 다른 하나는 보통법(common law) 체계로서, 저작권을 ‘복제를 금지하는 권리(copyright)’로 파악한다. 이에 의하면, 저작자의 재산적 이익의 확보에 중점을 두어 저작물의 외연을 넓게 보호하게 된다.²⁹⁾

한편, 우리 대법원은 과거 “창작성은 저작물에 그 저작자 나름대로의 정신적 노력의 소산으로서의 특성이 부여되어 있고 다른 저작자의 기존의 작품과 구별할 수 있을 정도면 충분하다”³⁰⁾라고 일관되게 판시하였다. 또한, 동 법원은 “창작성이란 완전한 의미의 독창성을 요구하는 것은 아니라고 하더라도 적어도 어떠한 작품이 단순히 남의 것을 모방한 것이어서는 안 되고 작자 자신의 독자적인 사상이나 감정의 표현을 담고 있어야 할 것이므로, 누가 하더라도 같거나 비슷할 수밖에 없는 표현, 즉 저작물 작성자의 창조적 개성이 드러나지 않는 표현을 담고 있는 것은 창작물이라고 할 수 없다”³¹⁾고 판시하기도

하였다. 이러한 대법원의 창작성 요건에 대한 태도는, “창작자 나름의 정신적 노력의 소산으로서의 특성”,³²⁾ “작자 자신의 독자적인 사상이나 감정의 표현”,³³⁾ “창작성 노력 내지 개성”,³⁴⁾ “창조적 개성”³⁵⁾ 등으로 집약할 수 있다.³⁶⁾

그러나, 위와 같은 여러 창작성 요건들은 어떤 구체적인 개별 사안의 조율이나 분쟁 사건의 해결을 계기로 특정국에는 비교적 근래에야 명확히 수용된 것일 수 있다(가령, 미국 연방대법원, “Feist 사건”³⁷⁾). 또한, 특정 대상물에 대한 구체적 적용과 해석에 있어서는 최근까지도 각 국에서 여전히 다툼의 상당한 쟁점이 되는 경우도 있었다(가령, 데이터베이스의 저작물성에 관한 유럽연합 사법재판소(CJEU), “Infopaq 사건”³⁸⁾). 그러므로, 창작성은 매우 추상적인 요건으로서 법제에 따라서도 시간적, 상황적으로도 다소 그 의미가 변화할 수 있다. 이 요건은 어떤 때에는 당해 저작물의 기원이 저작자에게 있으며, 이는 타인의 저작물을 “단순히 베끼지 않았을 정도”면 된다든지, 어떤 때에는 그래도 “최소한의 창작성”은 있어야 한다든지, 아니면 작가 자신의 지적창작물로서 “개성(personal touch)”³⁹⁾이 들어가야 한다든지 하는 등으로 적응하여 왔다.

② 검토 요소

우선, 최종 인공지능 생성물 자체가 외관상 기존의 저작물성 테스트를 모두 통과할 수 있어야 함은 물론이다. 이것은, ‘누가 하더라도 같을 수밖에 없는 표현’, ‘선택의 여지가 없는 표현’, ‘특정 저작물의 표현형식(가령, ‘기능적 저작물’)’ 등과 관련된다. 이 테스트는 면밀한 작성과정의 분석과 같은 ‘주관적’ 요소의 개입 없이도 생성물 자체의 외관을 통하여 ‘객관적’으로 수행할 수 있다.

둘째, 인공지능 생성물에 포함된 ‘저작권법으로 보호할만한 가치 있는 표현’을 특정하고, 이것에 ‘어떤 인간의 기여’를 인정할 수 있어야 한다. 또한, 그러한 일정한 기여가 그 표현에 대한 ‘창작성 통제’로 기능하는 것으로 판단될 수 있어야 한다. 이것은 ‘아이디어/표현 이분법’과도 관련

23) 가령, 유럽연합의 경우 미국의 저작권청과 같은 공적 기관이 대체로 없는 관계로 창작성 판단은 오로지 판사에게 남겨져 있다고도 여겨질 수 있다. (Vincenzo Iaia, “To Be, or Not to Be ... Original Under Copyright Law, That Is (One of) the Main Questions Concerning AI-Produced Works”, GRUR International, 71(9) (2022), p.796(footnote 28)).

24) House of Lords, Landroke (Football) Ltd. v William Hill (Football) Ltd. [1964] WLR 273.

25) 원고의 인명부가 주민들의 전화번호를 편집한 편집물이므로 그 자체는 사실에 해당하며, 원고가 전화번호를 선택, 정리, 배열하였지만 그 방법은 알파벳 순서의 배열로서 당시 전형적, 관습적인 방법에 해당하여 “저작물로 보호받기 위해 요구되는 최소한의 창작성을 결여하였다”는 취지로 판단한, Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc. 499 U.S. 340. (1991) 참조.

26) French Supreme Court, Cass. ass. ple ‘n., 7 mars 1986. Pachot Decision [1996] 129 Revue Internationale du Droit d’Auteur 130.

27) German Federal Supreme Court, BGH, 6 May 1999, I ZR 199/96. Unauthorised Reproduction of Telephone Directories on CD-ROM [2002] ECDR 3

28) 박성호, 앞의 책(주 13), 789면 참조.

29) 위와 같음.

30) 대법원 1995. 11. 14. 선고 94도2238 판결; 대법원 2003. 10. 23. 선고 2002도446 판결; 대법원 2014. 12. 11. 선고 2012다76829 판결 등.

31) 대법원 1990. 10. 23. 선고 90다카8845 판결.

32) 대법원 2014. 12. 11. 선고 2012다76829 판결.

33) 대법원 2014. 2. 27. 선고 2012다28745 판결.

34) 대법원 2001. 5. 8. 선고 98다43366 판결.

35) 대법원 1990. 10. 23. 선고 90다카8845 판결; 대법원 2007. 8. 24. 선고 2007도4848 판결; 대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도29 판결; 대법원 2014. 2. 27. 선고 2012다28745 판결 등.

36) 특히, 대법원은 “창작성은 작품이 저자 자신의 작품으로서 남의 것을 복제한 것이 아니라는 것과 최소한도의 창작성이 있는 것을 의미하므로 반드시 작품의 수준이 높아야 하는 것은 아니지만 저작권법에 의한 보호를 받을 가치가 있는 정도의 최소한의 창작성은 있어야 하고, 누가 하더라도 같거나 비슷할 수밖에 없는 성질의 것이라면 거기에 창작성이 있다고 할 수 없다”라고 판시함으로써(대법원 1997. 11. 25. 선고 97도2227 판결(‘계약서 양식’ 사건)), “최소한의 창작성” 요건을 채택하고 있다. “최소한의 창작성” 요건과 관련된 기타 대법원 판결은 다음과 같다. 대법원 1999. 11. 23. 선고 99다51371 판결(경마예상지 의 편집저작물성을 부인); 대법원 1999. 11. 26. 선고 98다46259 판결(‘고려수지요법강좌’ 사건); 대법원 2009. 6. 25. 선고 2008도11985 판결; 대법원 2003. 11. 28. 선고 2001다9359 판결(일지형태 법조수첩의 편집저작물성을 부인); 대법원 1992. 6. 23. 선고 91도2101 판결(‘시력표’ 사건); 대법원 2009. 6. 25. 선고 2008도11985 판결(‘편집음악씨디(cd)’ 사건); 대법원 2018. 5. 15. 선고 2016다227625 판결(‘광화문 축소 모형’ 사건) 등.

37) Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340 (1991).

38) Case C-05/08 Infopaq International A/S v. Danske Dagblades Forening [2009] ECR I-6569.

39) Case C-604/10 Football Dataco & others v. Yahoo! UK & others (CJEU, Mar. 1, 2012).

된다. 따라서, ‘어떤 인간의 기여’는 ‘생성물로 구현된 아이디어’ 그 자체만이어서는 안된다. 해당 인간의 기여는 표현에 대하여 ‘어느 정도’의 ‘통제’로 기능하여야 한다. 이것은 생성형 인공지능의 ‘창작의 도구’라는 특질에 주목하는 것이다. 여기서 엄밀한 의미의 ‘완전한 통제’라는 것을 항상 기대하기는 곤란하지만, 이러한 ‘어떤 인간의 기여’가 ‘저작권법으로 보호할만한 표현’의 ‘구체적인 형식’에 ‘아무런’ 작용을 하지 못해서는 안 된다. 만일, 그것의 거의 모든 구성요소를 인공지능이라는 ‘도구적 특질’에 의존하고 있다면, 그의 ‘창작적 통제’는 결여하였다고 판단될 것이다. 셋째, 최종 인공지능 생성물에 어떤 인간의 ‘창작적 개성(창조적 개성)’이 발현되어 있다고 판단할 수 있어야 한다. 여기서 중요한 점은, ‘어떤 인간의 기여’를 평가함에 있어서는 그가 ‘인공지능의 도구적 특질’을 충분히 활용할 수 있는 여지를 남겨두어야 한다는 것이다. 인공지능 생성물이라 하여, 종래보다 더욱 높은 수준의 요건(즉, 창작과정의 ‘완전한 통제’)을 기대하고 요구하는 것은 곤란하다. 특히, 인공지능이라는 ‘창작의 도구’를 활용하는 어느 인간과 인공지능 생성물 사이에 어떠한 ‘지시의 공백’조차 인정할 수 없다면, 이것은 결과적으로 ‘완전 한 독창성’을 요구하는 것일 수 있다. 결국, 경직된 저작권법적 관점에서는 이러한 ‘지시의 공백’의 결핍으로 인하여 ‘인공지능의 도구적 특질’이 몰각될 수 있다. 극단적인 관점에서는 인공지능 생성물에 있어서 일말의 ‘인간의 기여’도 창작적 기여로 인정할 수 없게 되어 이를 소외하기 쉽다. 그러므로, ‘생성물의 표현에 대한 창작적 기여가 단절될 정도의 추상적 지시’와 ‘인공지능의 자율성이 몰각되어 그 도구적 특질을 활용할 수 없을 정도의 구체적 지시’ 사이에서, 저자의 ‘창작적 개성’을 발견할 수 있어야 한다.

③ 다양성과 ‘선택의 폭’ 이론의 고려

현재 대두되는 인공지능 생성물들은 (그것을 창작적 기여라고 평가할 수 있다면) 인간의 창작적 기여 태양이 개별 생성물별로 현저히 상이하다. 인공지능 시스템이 개입하는 자동화의 정도 역시 해당 시스템별, 구체적 생성과정별로 매우 상이한 상황임이 분명하다. 그리고, 저작 물성 요건은 개별 저작물의 ‘표현형식’과 그 ‘유형’에 따라서 개별적인 기준이 적용될 수 있다. 이는 특정 저작물 유형은, (1) 창작성을 구현하는 새로운 도구와 매체의 등장으로 인하여, 신 유형의 표현형식(방법)으로서 새롭게 인정된 경우(가령, 사진저작물⁴⁰⁾)도 있으며, (2) 그 유형이 ‘사실/표현의 이분법’ 관점에서 표현보다는 상대적으로 사실에 가깝거나, 그 기능성 때문에창작성이 개입될 여지(내지는, 저작자에게 주어진 ‘선택의 폭’)가 제한적인 경우(가령, ‘사실적 저작물’, ‘기능적 저작물’)도 있다는 점 등 종합적인 사정에 기인한 것으로 보인다.⁴¹⁾ 그러므로, 최종 인공지능 생성물에 어떤 인간의 ‘창작적 개성’이 발현되어 있다고 평가할

40) 인공지능 생성물과 사진은 결과물 산출과정에서 기계가 수행하는 비중이 높다는 점에서 공통점을 가진 다. 그러므로, 사진이 저작권법 체계로 포섭된 과정에 대한 역사적 경험은 인공지능 생성물을 둘러싼 저작권 문제의 해결에도 일정한 도움이 될 것이다. 이 점을 언급하는 글, 윤권순, “사진의 법적 보호에 대한 초기 담론: 영국 미술저작권법(1862)을 중심으로”, 『계간 저작권』, 37(3) (2024), 129-132면 참조

41) 한편, 특정 ‘내용’의 표현물의 경우 시대에 따라서 저작권의 보호대상에 해당하는지 여부가 문제가 된 경우도 있었다. 가령, 음란물이 이에 해당하는 다. 이와 관련하여서는 내용중립성이 요구된다는 취지의, 최승재, “[연구논단]음란물의 저작물성”, 『법률신문』 (2015. 9. 10.), <<https://www.lawtimes.co.kr/news/138891>> 참조.

만한 일반적인 방법론을 고안하는 것은 쉽지 않은 과제이다. 그럼에도 불구하고 기술중립성 관점에 유의하면서 그 공통될만한 ‘특유한 요소’를 포착하여 이를 평가할 효과적인 법리를 고안할 필요가 있다.

가령, 창작을 저작물의 ‘구상부터 구체적 표현의 완성에 이르기까지’의 일련의 ‘선택과 결정의 과정’으로 새기는 ‘선택의 폭’ 이론의 적극적인 적용을 고려할 수 있다.⁴²⁾ ‘선택의 폭’ 이론은 창작성을 ‘달리 선택의 여지가 있는 경우’를 기준으로 판단한다.⁴³⁾ 해당 이론은 창작성의 정의를 창작자의 개성의 표현과 같은 주관적인 관점에서 찾지 않는다. ‘선택의 폭’ 이론에 의 하면 창작은 저작물의 ‘구상부터 구체적 표현의 완성에 이르기까지’의 일련의 ‘선택과 결정의 과정’이다.⁴⁴⁾ 이에 입각하면, 일련의 선택과 결정의 결과물이 ‘다른 저작물과 구분’될 수 있으며, 여전히 ‘타인에게도 선택의 여지’를 남겨둘 수 있는 이상 창작성을 인정할 수 있다. 이 이론은 ‘예술적 저작물’이든 ‘기능적 저작물’이든 ‘사실적 저작물’이든 모든 유형의 저작물에 적용할 수 있는 통일적인 창작성 개념을 정립하는 것과 관련된다. 따라서, ‘선택의 폭’ 이론은 특정 유형의 저작물에 국한된다고 볼 수 없는 인공지능 창작환경과 인공지능 생성물의 창작성 판단에 있어서도 여전히 보편적으로 적용될 수 있다.

3. 인공지능 사용자의 창작적 기여

(1) 서

인공지능 사용자는 그가 의도하는 최종 인공지능 생성물을 얻기 위하여 가장 직접적인 시발점을 제공하는 자이다. 그리고, 인공지능 사용자는 프롬프트 입력 등 여러 형태로 생성에 기여한다. 또한, 인공지능 사용자는 최종 인공지능 생성물을 선택하여 공표하는 자가 될 개연성도 높다. 그러므로, 인공지능 사용자는 대개의 경우 매우 유력한 저작자 후보자가 될 것이다. 이러한 이유로 인공지능 사용자의 창작적 기여 여부를 판단하는 것이 주목받고 있다.

또한, 현 시점에도 ‘사용자가 구체적이고 직접적인 표현에의 지시를 할 수 있는 인공지능 시스템’ 내지는 ‘사용자의 지시를 예측 가능하게 반영할 수 있는 인공지능 기반 기술적 도구’가 속속 등장 하고 있다.⁴⁵⁾ 그러므로, 인공지능 사용자의 창작적 기여 여부는 기술적 맥락에 대한 이해를 바탕으로 구체적, 개별적 판단을 요한다.

42) 인공지능 생성물에 선택의 폭 이론의 적용을 제시하는 논문으로, 김한주, “인공지능 생성물의 권리 귀속에 관한 연구”, 석사학위 논문, 경상국립대학교 대학원 (2025), 7-8면 참조.

43) ‘선택의 폭’ 이론은 일본의 나카야마(中山信弘) 교수가 Eugen Ulmer와 같은 독일 학자들이 제창한 ‘창작에서의 선택의 폭 (Gestaltungsspielraum)’ 이론에서 영향을 받은 것이다. ‘선택의 폭’ 이론은, 경업질서(競業秩序)의 형성, 유지의 관점을 중시하는 ‘경쟁법적 선택의 폭’ 이론과, 창작 전 단계에서 저작자에게 선택의 폭이 존재하는가의 관점을 중시하는 ‘창작법적 선택의 폭’ 이론으로 세분화된다. 이에 관한 상세는, 박성호, 앞의 책(주 13), 42-43면 참조.

44) 신재호, “저작자 개념에 관한 소고”, 『산업재산권』, 61, 한국지식재산학회 (2019), 213면 참조.

45) 가령, 일부 이미지 생성형 인공지능 시스템의 “인페인팅(inpainting)” 기능을 예시할 수 있다. “인페인팅” 은 주변 요소와의 일관성을 유지하면서 이미지의 일부를 선택적으로 수정하거나 재생성하는 프로세스로 서, 노이즈 제거 강도, 프롬프트, 모델과 같은 다양한 설정에 따라 이미지의 일부를 재생성하면서도 이미지의 다른 부분은 보존하는 인공지능 기술이다. (Invoke AI, “How We Received The First Copyright for a Single Image Created Entirely with AI-Generated Material” (2025. 2. 10.), <<https://44037860.fs1.hubspotusercontent-na1.net/hubfs/44037860/Invoke-First-Copyright-Image-AI-Generated-Material-Report.pdf>> 참조).

그러나, '인공지능 사용자'의 창작적 기여와 관련될 수 있는 "일반적 견해"⁴⁶⁾ 역시 무시할 수는 없다. 이러한 주요 견해 중 ① '인간 사용자의 창작적 기여를 긍정하는 견해(긍정설)'는 주로 인과론적 관점에서 인공지능 시스템 사용자의 저작자성을 뒷받침하고자 하는 논리와 관련된다. 반면, ② '인간 사용자의 창작적 기여를 부정하는 견해(부정설)'는 주로 인공지능 생성 물에 내포한 구체적 표현에 대한 인간 사용자의 창작적 통제가 결여되었다는 논리와 관련된다. ③ '한정설'은 인간 사용자의 표현형식에 대한 통제의 방식 또는 정도에 따라 창작적 기여 여부를 구분하는 견해이다. 해당 견해는 인공지능에의 인간 사용자의 지시(입력)가 인공지능 생성물(출력)을 어떠한 방식과 정도로 통제하고 있는지에 따라서 인간의 창작적 기여 여부를 판단하고자 한다.

(2) 학설

① 긍정설

긍정설로, 창작물은 사회적, 문화적, 기술적 네트워크의 산물임을 강조하는 견해가 있다. 이는 어떤 창작도 무에서 창조된 천재성의 결과가 아닌 사회적, 기술적 네트워크의 산물임을 강조하면서, 저작자 탐구는 창작적 구상에서 저작물에 이르는 인과관계의 사슬 속에서 저작물의기원으로 볼 수 있는 법적 근접 원인(legal and proximate cause)을 발견해 가는 과정이라는 견해이다.⁴⁷⁾ 한편, 기존 작품, 소재와의 상호작용을 포함하는 문화적 맥락을 강조하는 견해에 의하면, 창작과정이란 비선형적이고 불투명하며 불가해하고 무의식적인 과정이다.⁴⁸⁾ 따라서, 저작물성 인정을 위하여 엄격한 예측가능성 및 강한 수준의 통제를 요구하는 것은 곤란하다.⁴⁹⁾

또한, 인과론적 사고에 기초하여 작성과정에서의 인간의 손길에 주목하는 견해도 존재한다. 해당 견해는 인간의 손길이 인공지능 생성물의 작성과정에서 분명히 관여하고 있다면 이를 인간의 창작물로 볼 수 있다는 견해이다.⁵⁰⁾ 생성형 인공지능 사용자는 프롬프트를 고안하여 입력하고, 결과물을 확인하여 조정과 추가를 반복하고, 최종적으로 완성된 표현을 선택하는 창작적 노동을 통하여 자신의 창작적 아이디어를 외부로 구체화한 결과물을 창작한다. 해당 견해는 창작성의 판단에 있어서 노동의 양 자체는 중요하지 아니하나, 창작적 노동이 투입되었다는 사실 자체는 중요하다고 본다.⁵¹⁾

46) 인공지능 사용자의 창작적 기여에 관한 종래 논의의 상세는, 류시원, "생성형 AI 프롬프트 입력에 대한 저작권법상 평가", 『계간 저작권』, 37(4) (2024), 85-88면 참조.

47) Dan L. Burk, "Thirty-Six Views of Copyright Authorship, by Jackson Pollock", Huston Law Review, 58 (2020), pp.266-268.

48) Uri Y. Hacoheh and Niva Elkin-Koren, "Copyright Regenerated: Harnessing GenAI to Measure Originality and Copyright Scope", Harvard Journal of Law & Technology, 37(2) (2024), pp.565-566.

49) 이에, 창작성을 계량화한 지수(originality score) 등을 응용하여, 상당한 입력으로 작성된 생성물과 그렇지 아니한 생성물을 구분할 것을 제안하기도 한다. (Id. at p.605).

50) Mackenzie Caldwell, "What Is an "Author"? - Copyright Authorship of AI Art Through a Philosophical Lens", Houston Law Review, 61 (2023), p.435.

51) Id. at p.436.

또한, 저작권법상 저작자는 생성물의 기계적 작성자가 아니라 생성물을 고찰하고 해당 작성과정을 통제할 자가 되어야 하며, 따라서 저작자의 지위가 인정될 여지가 있는 지적 창작자는 곧 인간 사용자라고 주장한다.⁵²⁾

순수한 인공지능 생성이란 것은 없음을 강조하는 견해도 주목할 필요가 있다. 이는 "순수한 인공지능 생성물(purely AI-generated work)"이란 것은 존재하지 아니하고, 생성에는 적어도 어느 정도의 인간의 기여가 요구된다는 견해이다.⁵³⁾ 특히, 현재의 생성형 인공지능 맥락에서 의도하는 결과를 얻기 위해서는 인간이 구성(concept), 프롬프팅(prompting), 생성(generation), 정제(refining) 등을 통해 관여하는 과정이 수반된다.⁵⁴⁾ 따라서, 해당 견해는 "인공지능 생성은 언제나 인간-기계 하이브리드 형태의 협력적 창작"⁵⁵⁾이라고 강조한다. 창작자를 어떤 기술과 도독립적으로 행위하는 추상적이고 순수한 의지의 주체로 이해한다는 것은 환상이라는 것이다.⁵⁶⁾ 해당 견해는 인공지능 시대에는 위와 같은 하이브리드성 및 창작성을 구성하는 데에서의 비인간(non-human)의 역할 모두에 대하여 더 적절히 대응해야 함을 강조한다.⁵⁷⁾

② 부정설

부정설은 미국 저작권청의 일부 저작권 등록 거절 사례,⁵⁸⁾ 가이드선스,⁵⁹⁾ 보고서⁶⁰⁾ 등에서 주로 찾아볼 수 있는 견해이다. 이는, 현재 상용화된 생성형 인공지능 시스템의 작동 구조를 고려할 때, 대체로 인공지능 생성물에 내포한 구체적인 개별 표현에 대한 인간 사용자의 창작적 통제가 결여된다는 입장이다. 해당 견해는 인공지능 생성물(출력)과 인간 사용자의 지시(입력) 사이에는 일반적으로 '기술(technology)', '예측불가능성(unpredictability)', '우연성(randomness)' 등이 개재된다고 본다. 이에, 사용자의 표현에 대한 창작적 통제를 인정할 수 없으므로, 그의 창작적 기여 역시 발견할 수 없다

52) Id. at p.426, 436.

53) Mark Fenwick and Paulius Jurcys, "Originality and the Future of Copyright in an Age of Generative AI", Computer Law & Security Review, 51 (2023), pp.8-10.

54) 더 나아가서, 해당 견해는 생성물의 배포(deployment)에 관여하는 인간에도 주목한다. 인간은 생성물을 공연하거나, 갤러리에 전시하는 등 최초 공표하는 것에 대하여 자율적인 통제를 행사한다. (Id. at p.16).

55) Id. at p.26

56) Id.

57) Id.

58) U.S. Copyright Office, "Letter from U.S. Copyright Office to Kristina Kashtanova", (2023. 2. 21.), <<http://www.copyright.gov/docs/zarya-of-the-dawn.pdf>>.

59) U.S. Copyright Office & Library of Congress, "Copyright Registration Guidance: Works Containing Material Generated by Artificial Intelligence", Federal Register, 88(51) (2023. 3. 16.), <<https://www.federalregister.gov/documents/2023/03/16/2023-05321/copyright-registration-guidance-works-containing-material-generated-by-artificial-intelligence>>.

60) U.S. Copyright Office, Supra note 2.

는 주장으로 이어진다. 한편, 해당 견해는 인공지능에의 인간의 지시가 매우 구체적이어서 그 자체가 어문저작물에 해당하더라도, 이러한 기여는 생성물의 표현에 대한 직접적인 창작적 기여가 아니라 여전히 아이디어 차원에 머무르는 것이라고 이해 한다. 특히, 저작물 인정을 위하여 인간이 저작물의 표현요소를 모두 직접 결정해야 하는 것은 아니지만, 반드시 인간의 자유의지가 주도적이고 결정적인 지위를 차지해야 한다는 주장과도 관련된다.⁶¹⁾

한편, 텍스트 프롬프트 입력에 주목하여 이로써 인공지능이 개재된 작성과정은 전통적인 창작과정과는 본질적으로 다르다는 견해도 있다. 이는 인공지능이 개재된 작성과정은 전통적인 창작과정에서 발견할 수 있는 인간의 선택, 실행이라는 표현행위예의 직접적 기여가 결여되므로 서로 본질적으로 다르다는 견해이다. 가령, ‘회화, 스케치, 사진’ 등의 전통적인 이미지 작성 기술은 그 작성과정의 중심에 인간의 신체가 놓이며, 텍스트 프롬프트 입력이라는 발화(verbalization)와 같은 인식 양식은 예술 작품 작성의 주요 수단이 되지 못한다는 것이다.⁶²⁾ 해당 견해는 언어적 표현에는 ‘선험적(a priori)’으로 표현될 수 있는 것과 ‘후험적(aposteriori)’로 표현될 수 있는 것이 구분된다는 주장과 관련된다.⁶³⁾ 예술 창작 중에는 문자적 기술(literal description)로 환원될 수 없는 작가 내면의 선험적 심상을 외부로 표현하는 과정이 있을 수 있다. 그런데, 개인의 심적 어휘(mental lexicons)는 그가 속한 인구 집단(human population)에 따라서 달라질 수도 있다.⁶⁴⁾ 특히, 기존 사례로부터(prior examples) 기계 학습을 통하여 언어적인 기술(linguistic description)으로써 표현한다는 것은 후험적인 표현과 연관된다.⁶⁵⁾ 결국, 인공지능이 개재된 작성과정은 예술 창작과는 본질적으로 다르다는 것이다.

별개로, 인공지능 시스템의 기술적 발전 경향 역시 부정설을 지지한다는 견해도 존재한다. 이는, 인공지능 시스템의 기술적 발전은 일반적으로 인공지능 생성물에 대한 인간의 창작적 기여의 제한 또는 단절을 심화시킬 것이라는 견해이다. 해당 견해는 기술의 발전으로 사용자가 표현요소에 대한 통제력을 높일 수 있다는 가능성 자체를 부정하지는 아니한다. 그러나, 일반적으로 인공지능 기술의 발전 경향은 그 반대임을 강조한다. 결국, 인공지능 시스템의 기술적 발전으로 인하여 오히려 인공지능에의 인간의 구체적 지시를 발견할 수 없을 정도로 향후 그 생성과정이 자동화될 수 있다는 것이다.⁶⁶⁾

③ 한정설

인공지능 사용자의 창작적 기여 인부에 관한 한정설은 크게 ‘직접적 통제설’과 ‘실질적 통제설’로 구분할 수 있다.

61) 손한기, “중국의 생성형 AI 저작권 이슈 고찰 – 중국 베이징, 광저우 인터넷 법원의 관련 판결에 대한 평석을 중심으로 –”, 『법학논총』, 41(3), 한양대학교 법학연구소 (2024), 381-382면 참조.

62) Jon McCormack et al., *Supra* note 11, at p.5.

63) *Id.* at pp.3-5.

64) *Id.* at p.4.

65) *Id.* at pp.3-5.

66) U.S. Copyright Office, *Supra* note 2, at pp.21-22.

‘직접적 통제설’은 인간 사용자가 기계를 도구로 활용하여 저작물을 창작한 것으로 인정할 수 있는 기준을 엄격하게 판단하는 견해이다. 창작적 기여를 인정하려면 기계가 인간 사용자의 지시를 결과물에 그대로 반영함으로써 그 결과물에 대하여 인간 사용자의 ‘직접적 통제’가 있는 것으로 인정되어야 한다는 것이다. 해당 견해는 인공지능 사용자가 입력한 프롬프트가 생성물의 표현에 일정한 영향을 미친다는 점 자체만으로는 인간 저작자 요건을 충족할 수 없다고 본다. 특히, 해당 프롬프트가 전통적인 프로그램 코드와 같이 특정 결과를 명령(dictate)할 정도의 통제력을 발휘하여야 한다고 강조한다.⁶⁷⁾ 해당 견해는 일부 부정설과 마찬가지로 인공지능 생성물(출력)과 인간 사용자의 지시(입력) 사이에는 일반적으로 ‘기술’, ‘예측불가능성’, ‘우연성’ 등이 개재된다는 점에 주목한다. 이로써, 해당 견해는 사용자의 표현에 대한 직접적 통제를 인정할 수 없으므로, 그의 창작적 기여 역시 발견할 수 없다는 결론으로 이어지기 쉽다.⁶⁸⁾

‘실질적 통제설’은 현재로서 인공지능 시스템의 입력과 출력 과정을 명확히 설명하기 어렵고(소위, ‘블랙박스’ 현상), 인공지능 생성물이 어느 정도의 ‘예측불가능성’과 ‘우연성’ 등의 특성을 내포할 수밖에 없다는 현실을 부정하지는 아니한다. 그렇지만, 인공지능 사용자가 프롬프트 입력을 통하여 자신의 ‘창작의도’에 따라 ‘점차적’으로 자신이 의도하는 창작성 있는 표현이 구현되도록 인공지능에게 구체적인 지시를 ‘반복’하여 한 경우를 주목한다.⁶⁹⁾ 그러한 노력과 그것이 반영된 결과 사이에 인과적인 연결관계를 인정할 수 있는 한, 그것을 ‘실질적 통제’로 볼 여지가 있다고 강조한다. 그리고, 궁극적으로는 이를 통하여 ‘창작적 기여’를 인정할 수 있다고 본다.⁷⁰⁾ 특히, 해당 견해는 우연적 요소를 완전히 배제하고 사용자가 인공지능 생성물을 직접적으로 통제하는 경우에만 창작적 기여를 인정할 수 있다는 견해(소위, ‘직접적 통제설’)를 비판한다. 그러면서, 전통적인 예술의 창작과정에서도 우연적 요소가 활용되는 경우가 있다는 점을 지적한다.⁷¹⁾

67) U.S. Copyright Office, *Supra* note 58, at p.9.

68) U.S. Copyright Office, *Supra* note 2, at pp.12-22.

69) 관련하여, 중국 하급심의 구체적 판단 사례(北京互联网法院(2023)京0491民初11279号)도 존재한다. 해당 사건의 원고는 생성형 인공지능 “스테이블 디퓨전”을 사용하여 그림을 생성하였고, 이를 온라인 플랫폼에 게시하였다. 그 뒤, 피고는 해당 그림에서 원고가 삽입한 워터마크를 제거하고 이를 자신의 SNS에 게시하였다. 베이징 인터넷 법원은, 해당 그림을 생성하기 위한 원고의 텍스트 프롬프트 입력, 매개변수 조정 등은 원고의 미적 선택과 판단 등 개성을 그림에 반영하는 행위로서 이에 창작성을 인정할 수 있으며 해당 그림은 미술저작물로서 저작물성이 있다고 설치하였다. 구체적으로, 동 법원은 “원고가 미술 형식(컬러 사진) 특정, 상세한 캐릭터 묘사(헤어스타일, 피부 색상, 눈 색상 등), 외부환경 설정(야외), 광원 효과(동적 조명), 포즈, 시선처리, 질감 등 원하는 결과를 얻기 위한 상세한 프롬프트 입력을 하였음”을 인정하였다. 또한 동 법원은 “이미지 요소, 레이아웃, 구성에 관한 뚜렷한 설정을 하는 인공지능 시스템 사용자의 능력은 명확하고 구체적인 지시가 수반될 경우 더욱 명백해지고 개인화됨”을 인정하였다. 더 나아가 동 법원은 “원고가 최초 이미지 생성 후에도 이미지 변형과 개선을 위하여 끊임없이 텍스트 프롬프트 단어와 매개변수 조정을 하였는데 여기에 원고의 미적 선호와 개성에 대한 값진 통찰력이 작용 하였음”을 인정하였다. 동 법원은 위 과정을 종합적으로 고려하여 해당 그림이 저작권법으로 보호될만한 충분한 수준의 창작성을 가지고 있다고 판단하였다. 상세는, 황선영, “중국의 생성형 인공지능 창작물에 대한 법원 판결 분석과 저작권 쟁점 검토 - 北京互联网法院(2023)京0491民初11279号 (Li v. Liu) 판결을 중심으로 -”, 『산업재산권』, 77 (2024) 참조

70) 이해완, “인공지능 생성물에 대한 저작권 보호의 조건으로서의 ‘인간의 창작적 기여’”, 『산업재산권』, 79 (2024), 205면 참조.

71) Richard H. Chused, “Randomness, AI Art, and Copyright”, *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 40(3) (2023), pp.621-652.

(3) 검토

인공지능 창작환경에서도 창작은 사회적, 기술적 네트워크의 산물임을 부정할 수 없다. 또한 창작과정은 기존 작품, 소재와의 상호작용을 포함하는 문화적 맥락에 위치하는 것임을 고려할 필요가 있다. 이를 간과하는 경우 인간 사용자가 우연적 요소를 완전히 배제하여 인공지능 생성물을 직접적으로 통제하는 경우에만 그의 창작적 기여를 인정할 수 있다는 경직된 견해로 이어지게 될 수 있다.

이러한 견해가 극단화하는 경우 인공지능 맥락에서만 완전한 독창성을 요구하는 것과 같은 불합리한 결과를 초래할 위험이 있다. 특히, “전통적인 예술 작품 작성의 중심에 인간의 신체가 놓이며, 텍스트 프롬프트 입력이라는 발화(verbalization)와 같은 인식 양식은 예술 작품 작성의 주요 수단이 되지 못한다”거나,⁷²⁾ “인공지능 기술의 발전으로 인하여 인간의 구체적 지시를 발견할 수 없을 정도로 그 생성과정이 자동화되어, 결국 인간의 생성물에 대한 창작적 기여의 제한 또는 단절이 심화될 수 있다”는 지적⁷³⁾이 있다. 그러나 이러한 취지의 지적들은 기술의 발전은 항상 편면적인 것은 아니고 오히려 인공지능 생성물에 내포한 표현요소에 대한 인간의 통제력을 높일 수도 있다는 점을 간과하는 일 수 있다. 해당 지적들은 생성물의 작성과정에서 인공지능과 상호작용하는 인간의 모습을 현시점에서도 지나치게 단순화하여 정적으로 평가하는 것일 수 있다.

한편, 현재로서 “순수한 인공지능 생성물(purely AI-generated work)”이란 것은 존재하지 아니하고, “인공지능 생성은 언제나 인간-기계 하이브리드 형태의 협력적 창작”⁷⁴⁾이라고 생각될 수 있다는 견해는 타당하다. 이러한 견해들 역시 이로써 앞으로 생성될 모든 인공지능 생성물로부터 인간의 창작적 기여를 항상 발견할 수 있을 것이라고 기대하지는 않는다. 결국, 인공지능 생성물의 다양성을 고려해야 한다. 그리고, 저작물성을 위한 인간의 창작적 기여를 인정하기 위하여서는 인간과 인공지능 생성물 사이의 단순한 ‘인과적 연결관계’만으로는 부족하다. 저작권법의 규범적 관점에서 생성물에 내포한 창작적 표현에 대한 인간의 ‘실질적 통제’가 요청된다고 보는 것이 타당하다. 이는, 생성물의 표현에 대한 법적 근접 원인(legal and proximate cause)이 인간에게 있었는지 여부를 포착하는 것이 중요함을 시사한다.⁷⁵⁾ 그러나, 특정한 인간 사용자의 기여만으로 이러한 ‘실질적 통제’를 인정하기 어려운 경우도 상정할 수 있다. 이러한 경우에는 내포한 창작적 표현의 생성에 관한 ‘인과적 연결관계’ 있는 개별 인간의 기여들을 종합적으로 고려해야 할 수 있다. 이로써, 최종 인공지능 생성물의 선택 시점에 이들을 충분히 총합하여 그것을 ‘실질적 통제’로 평가할 수 있을 것인지 고찰하게 된다.

(4) 보론 : '프롬프트 기반 저작권'

① 프롬프트를 매개로 한 창작적 통제

인공지능 사용자가 시스템에 입력하는 프롬프트가 추상적 지시가 아니라 구체적 지시에 해당하는

경우 이는 출력된 표현요소에 대한 창작적 통제로 기능할 수 있다. 이로써 ‘프롬프트 기반 저작권’의 가능성을 기대할 수 있다. 그러나 어떤 프롬프트가 추상적 지시에 머무르는 것인지 아니면 구체적 지시에 해당하는 정도의 것인지 여부는 기본적으로 ‘정도의 문제’이다. 그리고 이는 프롬프트 그 자체의 저작물성과도 관련될 수 있다.⁷⁶⁾ 한편, 전자(추상적 지시)에 해당하는 프롬프트는 아이디어에 가깝거나, ‘짧고, 단순하고, 일반적인’ 특성을 가지기 쉬울 것이다. 반면, 후자(구체적 지시)에 해당하는 프롬프트는 생성물에 대한 창작적 기여가 단절되지 않을 정도로 충분히 ‘길고, 복잡하고, 특이한’ 것일 가능성이 클 것이다. 따라서 프롬프트 그 자체의 저작물성 여부가 상기한 ‘구체적 지시’로서의 ‘길고, 복잡하고, 특이한’ 프롬프트인지 여부를 판단할 1차적 근거로 기능할 수도 있을 것이다. 또한 어떤 프롬프트가 위와 같은 ‘구체적 지시’에 해당하는 것인지에 관하여는 저작물의 유형(표현형식)을 고려할 필요가 있다. 그리고 하나의 작품을 이루는 각각의 개별 표현요소에 전체 프롬프트 및 이를 구성하는 각 프롬프트 요소가 어떻게 작용하였는지도 판단되어야 한다.⁷⁷⁾ 가령, 하나의 음악저작물은 일반적으로 가락(melody), 리듬(rhythm), 화성(harmony)의 3가지 요소로 이루어지게⁷⁸⁾ 된다. 그러므로 인공지능 사용자가 입력한 프롬프트 및 프롬프트의 개별 요소가 위 각 요소들을 결정짓는 ‘구체적 지시’로서 기능하였는지 평가하여야 한다.

특히, 단일의 개별 프롬프트 요소만을 관찰하는 경우 이것이 하나의 작품을 이루는 각각의 표현요소들 자체를 완전히 결정지을 정도의 구체적 지시로까지지는 기능하지 못하였다고 평가될 수 있다. 그러나, 이러한 경우에도 전체 프롬프트를 종합적으로 관찰할 필요가 있다. 그 결과, 입력의 총합이 각각의 표현요소들로 하여금 하나의 저작물 내에서 서로 유기적으로 조합되도록 일정한 방침, 지침으로 작용할 정도는 된다고 인정할 가능성은 있다. 그러한 프롬프트 입력의 총합은 인공지능 생성물에 대한 사용자의 구체적 지시로 작용하였다고 여겨질 수도 있다. 그러므로, 이러한 프롬프트 또한 생성물에 대한 사용자의 창작적 기여가 단절되지 않을 정도의 구체적 지시라고 평가할 수 있다.

② 한계

프롬프트가 추상적 지시에 머무르는 경우 그 지시와 ‘생성물을 산출하기 위하여 필요, 충분한’ 구체적 지시 사이에 일정한 공백이 발생하게 된다. 이러한 경우 인공지능 기술 (technology), 기본 설정

72) Jon McCormack et al., *Supra* note 11, at p.5.

73) U.S. Copyright Office, *Supra* note 2, at pp.21-22.

74) Mark Fenwick and Paulius Jurcys, *Supra* note 53, at p.26.

75) Dan L. Burk, *Supra* note 47, at pp.266-268.

76) 한편, 프롬프트(prompt)는 생성형 인공지능의 사용자가 자신이 원하는 결과물을 얻기 위하여 만들어진 입력값을 총칭하는 것으로도 생각될 수 있으므로, 이것은 항상 텍스트(또는 자연어) 형태에 한정되는 것은 아닐 수 있다. (강현호·한의태·정재석, “AI 생성물의 저작물성과 창작성 판단에 대한 고찰 -생성형 인공지능의 도구성을 중심으로-”, 『계간 저작권』, 37(2) (2024), 10면 참조).

77) 관련하여, “저작물의 종류에 따라 입력되는 프롬프트의 종류나 방식 등이 달라지며 창작성 판단 방법 또한 저작물의 종류에 따라 차이가 존재하므로, ... 프롬프트의 구체성은 저작물의 성격에 따라 달리 판단되어야 할 것”이라는 설명(강현호·한의태·정재석, 앞의 논문(주 76), 31면) 참조.

78) 특히, “... 소설 등의 어문저작물은 등장인물·배경·플롯 등의 구성요소가 선택·배열된 표현형식이다. 미술 저작물은 선·색채·명암 등의 구성요소가 선택·배열된 표현형식이고, 건축저작물은 공간구성을 선택·배치하는 표현형식이다. 따라서 모든 저작물에 대한 창작성의 본질은 개별 저작물의 표현형식을 구성하는 요소들의 선택·배열·조합이고, 이는 ‘선택의 폭’ 이론의 문제로 귀결된다.”라는 설명(박성호, 앞의 책(주 13), 137면) 참조.

(default options), 우연성(randomness) 등이 해당 공백을 메우게 된다.⁷⁹⁾ 이렇게 되면 인공지능 설계자(개발자)의 기여는 별론으로 하더라도 프롬프트 작성자의 표현에 대한 창작적 기여는 그 생성물과 단절되기 쉽다. 이러한 ‘지시의 공백’이 쉽게 발생할 수 있다는 사실은 인공지능 생성물의 저작물성 논의에 있어서 상당한 문제 요소로도 작용할 수 있다. 이 점은 인공지능이 짧고, 단순하고, 추상적인 프롬프트로부터도 상대적으로 길고, 구체적인 프롬프트를 생성해낼 수 있는 현실과도 연관된다.

한편, “학습대상 저작물의 표현이, 인공지능 내부에 보존되어서, (적어도 그 일부가) 출력되는 것”을 “통관(通貫)”이라고 칭하기도 한다.⁸⁰⁾ 마찬가지로, ‘표현적 입력’으로서의 프롬프트가 생성물에 현출되어 여전히 인식될 수 있는 경우 역시 “통관(通貫)”이라고 칭할 수 있을 것이다. 이러한 “통관(通貫)” 현상은 인공지능 사용자의 프롬프트를 매개로 한 창작적 통제를 뒷받침하는 근거가 되기도 한다. 그러나, 해당 현상은 인공지능 생성물을 특정 학습데이터 또는 참조 데이터에 직접적으로 의존하게 하여 인공지능 사용자의 창작적 기여를 단절시키는 근거가 될 수도 있다.

③ 보호범위

‘프롬프트 기반 저작권’이 인정된다고 하더라도 그 보호범위는 극히 제한적일 수 있다. 프롬프트를 매개로 한 인간의 창작적 기여를 인정할 수 있더라도, 생성물로부터 인간의 창작적 기여가 인정되는 표현요소를 명확히 특정할 수 있어야 한다. 그러나, 인공지능 생성물 중에서 창작적 기여가 인정되는 부분을 창작적 기여가 없는 부분과 분리하여 인식하는 것이 언제나 용이한 것은 아니다. 이를 구분하여 특정하는 것이 곤란하다면 결과적으로 인공지능 생성물에 대하여 “약한 저작권 보호(thin copyright protection) 이론”을 취하는 것이 된다.

한편, 여기에는 발명의 과정에서 인공지능의 활용이 보편화되는 결과, 통상의 기술자의 기술수준을 가

능하기 어렵게 되고, 결국 진보성 기준의 조정이 요구되는 것인지 판단이 필요할 것이라는 견해⁸¹⁾가 시사하는 바가 있다. 많은 발명자들이 인공지능 활용으로 인하여 통상의 기술자의 기술 수준을 쉽게 달성할 수 있게 되고 진보성 요건이 제대로 기능하지 못하여 특허가 범람하게 된다는 우려가 제기되는 것이다.

반면, 저작권이 미치는 저작물의 보호대상은 저작자의 창작성이 나타난 개인적인 부분에 국한된다.⁸²⁾ 이러한 점에서 창작성과 저작물의 보호범위와의 관계에서 창작성은 저작물의 보호 범위를 획정하는 기능을 한다.⁸³⁾ 저작물의 보호범위는 창작성의 정도에 따라 좁거나 넓게 인정될 수 있다.⁸⁴⁾ 또한, 다양한 표현가능성의 정도가 높을수록 보호범위는 넓어질 수 있다. 표현방법이 다양하다는 것은 타인의 창작적 표현을 차용하지 않고도 동일한 아이디어를 표현할 수 있다는 것이다.⁸⁵⁾ 그러므로, 표현방법이 제한될 수 있는 ‘기능적 저작물’ 내지는 ‘사실적 저작물’의 경우 ‘예술적 저작물’에 비하여 보호범위가 좁게 인정될 수 있다.⁸⁶⁾ 가령, 우리나라 하급심 중에는 “유사성의 판정은 창작성이나 캐릭터의 개발 정도 및 다양한 표현가능성의 정도에 따라 실질적 유사성의 인정범위가 달라진다. 즉, 캐릭터의 창작성이나 개발 정도가 클수록, 다양한 표현가능성이 클수록 실질적 유사성의 인정범위는 넓어지게 된다.”라고 판시한 것이 있다.⁸⁷⁾ 일본 하급심 중에서도 “창작성이 높은 것에 관해서는 사소한 표현에 개변을 가하더라도 복제행위라고 평가해야 할 경우가 있음에 대하여, 창작성이 낮은 것에 관해서는 복제행위라고 평가할 수 있는 것은 이른바 ‘데드카피’의 경우뿐이고 사소한 표현이 변경된다면 이미 복제행위라고 평가할 수 없는 경우가 있다”고 판시한 것이 있다.⁸⁸⁾

상기한 점을 고려한다면 인공지능이 보편화된 창작환경에서 수많은 콘텐츠들이 범람하게 된다고 하더라도, 진보성 기준 변경이 요구될 수 있는 특허발명의 경우와는 달리, 그 저작권으로의 보호범위는 극히 제한될 수 있다. 결국 인공지능 생성물의 양산은 저작권의 창작성 요건과 제한된 보호범위로 인하여 상쇄될 수 있다. 또한, 저작권은 언제나 독자의 창작 가능성을 열어 두고 있다는 점에서 상대적 독점권에 불과하다고 볼 수 있다. 따라서 ‘프롬프트 기반 저작권’이 유력한 창작환경에서도 인공지능에 힘입은 저작권 트롤(Copyright troll)의 등장과 같은 암울한 미래는 도래하기 어려울 것이다.

79) 관련하여, 미국 저작권청은 “스페이스 오페라 극장(Théâtre D’opéra Spatial)”이라는 그림에 관한 저작권 등록 신청을 최종 거절한 사례가 있다. 해당 사례의 등록 신청인은 초기 이미지 생성을 위해 텍스트 프롬프트에 많은 수정을 가하였고, 인공지능(Midjourney)에 최소 624번의 입력을 하였다 주장하였다. 그리 고, 초기 이미지 결합의 수정과 새로운 시각 요소의 추가를 위해 다른 툴(Adobe Photoshop)을 사용하였으며, 또한 해상도 및 크기를 조정하기 위하여 인공지능 업스케일링 툴(Gigapixel AI)을 사용하였다고 설명하였다. 그러나 미국 저작권청은 이에 대해 생성과정의 각 단계들과 결과들(특히, 프롬프트를 처리하는 방식)이 궁극적으로는 인간이 아닌 인공지능 시스템이라는 기술에 의존하고 있으므로 인공지능으로 부터 생성된 요소들은 인간 저작자 요건을 결여하였다고 판단하였다. 이에, 미국 저작권청은 인공지능으로부터 생성된 이미지는 저작권 등록범위에서 제외되어야 한다고 신청인에게 응답하였다(U.S. Copyright Office(Copyright Review Board), “Re: Second Request for Reconsideration for Refusal to Register Théâtre e D’opéra Spatial (SR # 1-11743923581; Correspondence ID: 1-5T5320R)”, (2023. 9. 5.), <<https://www.copyright.gov/rulings-filings/review-board/docs/Theatre-Dopera-Spatial.pdf>>.). 한편, 해당 사례의 등록 신청인은 미국 저작권청의 등록 거절 처분을 다투는 취지로 2024. 9. 26. 법원에 제소하였다. 해당 사건은 2026년 4월 현재 콜로라도 연방지방법원에 계류중이며, 미국 저작권청은 2026. 1. 16. 법원에 해당 거절 처분은 적법하므로 원고의 약식 판결 신청(Motion for Summary Judgment)이 기각되어야 한다는 취지의 답변서를 제출하였다(Allen v. Perlmutter, 1:24-cv-2665 (USDC Colorado)).

80) 上野達弘 奥邨弘司編, 『AIと著作権』, 勁草書房 (2024. 2. 28.), 9頁参照. 이러한 “통관(通貫)” 현상은 좁게는 소위 ‘과적합(overfitting)’에 기인한 ‘기억화(memorization)’ 현상이나, 대규모 언어 모델(LLM)의 출력을 최적화하기 위해 응답을 생성하기 전에 학습데이터 소스 외부의 신뢰할 수 있는 지식 베이스 등을 참조하도록 하는 기술인 “검색-증강 생성(RAG: Retrieval-augmented Generation)”을 비롯하여, 넓게는 이미지 생성형 인공지능 시스템 이용에 있어서 특정한 이미지를 추가적으로 학습시킴으로써 그 이미지와 유사한 이미지를 생성해내는 기술인 “LoRA(Low-Rank Adoption)” 등으로도 연관될 수 있다

81) “이러한 문제는 필연적으로 인공지능 활용으로 인한 진보성 기준을 엄격하게 변경해야 할 것인지, 특히 통상의 기술자 기술수준을 다시 정비해야 할 것인지에 대한 판단을 요구한다”라는, 김시열, “인공지능 활용에 따른 특허법상 통상의 기술자 기술수준에 관한 연구”, 『법학논총』 제47권 제2호, 단국대학교 법학연구소 (2023), 240면; Elif Kavusturan, “Reforming U.S. Patent Law to Enable Access to Essential Medicines in the Era of Artificial Intelligence”, Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property, 18(1) (2020), p.75.; Ryan Abbott, “Everything Is Obvious”, UCLA Law Review, 66(1) (2019), p.4 등 참조.

82) 대법원 1993. 6. 8. 선고 93다3073 판결(‘키 레터스(key-letters) 희랍어 분석방법’ 사건).

83) 박성호, 앞의 책(주 13), 68면 참조.

84) 위와 같음.

85) 권영준·조정욱, 『저작권침해 판단론』, 제2판, 박영사 (2023), 122면 참조.

86) 위와 같음.

87) 서울고등법원 2007. 8. 22. 선고 2006나72392 판결.

88) 東京高裁 2002(平成14)年 10月 29日 判決 (平成14(ネ)2887号、平成14(ネ)4580号), 著作権侵害差止等請求控訴, 同附帯控訴事件.

III. 인공지능 창작환경과 저작권법 규정

1. 공동저작물

(1) 적용 및 검토

저작권법 제2조 제21호는 “공동저작물”을 “2인 이상이 공동으로 창작한 저작물로서 각자의 이바지한 부분을 분리하여 이용할 수 없는 것”이라고 정의한다. “각자의 이바지한 부분을 분리하여 이용할 수 없는 것”이란 정의는 인공지능 생성물에 시사하는 바가 크다. 인공지능 생성물 중 인간이 창작에 기여한 부분을 특정할 수 있다고 하더라도 최종 생성물을 이와 분리하여 이용할 수 없는 경우 위 공동저작물 규정을 참고할 수 있기 때문이다. 다만, 우리 대법원은 “... 공동창작의 의사는 법적으로 공동저작자가 되려는 의사를 뜻하는 것이 아니라, 공동의 창작행위에 의하여 각자의 이바지한 부분을 분리하여 이용할 수 없는 단일한 저작물을 만들어 내려는 의사를 뜻하는 것이라고 보아야 한다.”⁸⁹⁾ 그리고 2인 이상이 시기를 달리하여 순차적으로 창작에 기여함으로써 단일한 저작물이 만들어지는 경우에, ... 선행 저작자에게 위와 같은 의사가 있는 것이 아니라 자신의 창작으로 하나의 완결된 저작물을 만들려는 의사가 있을 뿐 이라면 설령 선행 저작자의 창작 부분이 하나의 저작물로 완성되지 아니한 상태에서 후행 저작자의 수정·증감 등에 의하여 분리이용이 불가능한 하나의 저작물이 완성되었다고 하더라도 선행 저작자와 후행 저작자 사이에 공동창작의 의사가 있다고 인정할 수 없다.”라고 실시 하였다.⁹⁰⁾ 위 대법원 판례를 고려하면, 인공지능 맥락에 공동저작물 규정을 적용하는 것은 제한적이다. 비록 법적으로 공동저작자가 되려는 의사가 요구되는 것은 아닐지라도, 인공지능 자체와 인간 사이에 어떠한 공동창작의 의사를 인정하기는 곤란하다는 내재된 한계가 있기 때문이다.

한편, 미국 저작권법상 ‘공동저작행위(collaboration)’의 성립과 관련한 ‘창작적 기여’에 대한 종래의 논의를 인공지능 생성물 맥락에서도 다시금 살펴볼 의미는 있다고 생각된다. 과거, Nimmer는 ‘최소한의 기준(de minimis standard)’을 주장하였는데, 그에 따르면 공동저작자가 되기 위하여서는 양적으로든 아니면 질적으로 각 저작자의 기여가 반드시 동일할 필요는 없지 만, 어떠한 경우라도 각 기여부분은 최소한도 이상이어야 하는데, 여기서 최소한이란 한 단어 또는 한 줄 이상의 기여를 말한다고 하였다.⁹¹⁾ 이에 따르면 어느 1명의 기여부분이 그 자체만 으로는 저작권으로 보호받을 수 없는 아이디어를 구상하는 정도에 국한되어 있더라도 나머지 1명이 구상된 아이디어를 바탕으로 어문적 표현을 완성하였다면 두 사람은 성립된 저작물의 공동저작자가 될 수 있다.⁹²⁾ 이러한 이론에 단순 입각할 경우, 인공지능 생성물에 기여하는 자 연인인 인공지능 사용자의 행위는 대체로 아이디어의 제공이나 추상적 지시로 평가할 여지가 큼에도 불구하고 그 역시 공동저작자가 되는 것도 가능할 것이다.그러나, 우리 대법원은 2

인 이상이 저작물의 작성에 관여한 경우 그 중에서 창작적인 표현 형식 자체에 기여한 자만이 그 저작물의 저작자가 되는 것이고, 창작적인 표현형식에 기여하지 아니한 자는 비록 저작물의 작성과정에서 아이디어나 소재 또는 필요한 자료를 제공하는 등의 관여를 하였다고 하더라도 그 저작물의 저작자가 되는 것은 아니라는 취지로 판시하였다.⁹³⁾ 마찬가지로, 인공지능 생성물 맥락에서도 어떠한 인간 사용자가 인공지능 생성물의 창작적인 표현형식 자체에 어떠한 형태로든 기여하지 못한다면 그가 공동저작자로 인정되기는 곤란할 것이다.⁹⁴⁾

(2) 참고 : 가정적 공동저작자 기준

인공지능을 활용한 인간 사용자에게 창작의도가 있는 한, 공동저작자가 되기 위한 요건으로서의 공동창작의 의사는 문제가 되지 않는다는 전제에서, 저작자 확정에 관한 기존의 법리를 응용하고자 하는 견해가 존재한다.⁹⁵⁾ 해당 견해는 창작적 표현으로서의 외형을 이루는 데 실질적 역할을 한 인공지능을 1인의 창작자로 가정한 후, 그 인공지능을 사용한 인간을 저작자 또는 공동저작자로 볼 수 있는지를 판단하고자 한다. 이러한 가정적 판단의 결과 인공지능을 사용한 인간이 적어도 공동저작자로 취급될 수는 있음을 지적한다. 그리고, 해당 경우에 한하여 그 자신이 기여한 부분에 대하여 저작자로서의 권리를 가질 수 있도록 해야 한다는 것이다.

2. 업무상저작물

(1) 종래의 논의

인공지능 생성물 맥락의 ‘인간 사용자와 인공지능의 관계’가 ‘업무상저작물’의 ‘법인등(법인, 단체 그 밖의 사용자)과 종업원의 관계’와 구조적으로 유사하다는 점에 착안하여 다양한 이론이 전개되었다. 그 중에는 “업무상저작물 규정을 인공지능 생성물에도 (유추)적용할 수 있다.”⁹⁶⁾는 “인공지능-업무상저작물 모형(The Model of AI-Work Made For Hire)”⁹⁷⁾이 대표적이다.⁹⁸⁾

93) 대법원 2009. 12. 10. 선고 2007도7181 판결.

94) 다만, 캐나다 특허청(CIPO)과 인도 저작권청(India Copyright Office)이 인공지능 프로그램을 공동저작자로 각 저작권 등록한 사례가 존재한다. (Sukanya Sarkar, “India Copyright Office Recognizes Co-Authors hip of AI for the Copyrighted Work”, Managing IP (2021. 8. 5.), <<https://www.managingip.com/article/2a5czmpwixyj23wyqct1c/exclusive-india-recognises-ai-as-co-author-of-copyrighted-artwork>>; Oyen Wiggs Green and Mutala, “Canada: CIPO Recognizes An AI As Co-Author In A Copyright Registration”, mondaq (2022. 3. 15.), <<https://www.mondaq.com/canada/copyright/1171900/cipo-recognizes-an-ai-as-co-author-in-a-copyright-registration>>). 해당 등록 사례는 일부 법제에서 ‘저작자는 인간이어야만 한다는 성문법상의 규정이 부재’하거나 ‘저작권 등록에 있어서 저작물성 여부에 관한 실질적 심사를 하지 않고, 형식적 심사만을 실시’한 것 등에 기인한 것으로 보인다. 그러나 캐나다와 인도 역시 등록은 저작권 창설의 요건이 아니며 등록되었다고 하더라도 저작물성의 존부에 관한 최종적인 사법적 판단은 법원이 하여야 한다. 따라서 위 등록 사례 역시 법원에서 언제든지 다투어질 여지가 있다. 이와 같은 일부 등록 사례로써 캐나다와 인도 등에서 인공지능 생성물을 인공지능과 인간의 공동저작물로 인정하고 있다고 반드시 단정할 수는 없다.

95) 이는, 인공지능 생성물에 대한 인간의 ‘실질적 기여’ 여부의 판단에 있어서, 공동저작자의 ‘저작자의 확정’에 대한 기존 법리와 관계성에 주목하는 견해이다. 이러한 ‘가정적 공동저작자 기준’을 제시하는 견해의 상세는, 이해완, 앞의 논문(주 70), 198-202면 참조.

96) See Bridy A., “The evolution of authorship work made by code”, Columbia Journal of Law & the Arts, 39 (2016), pp.395-401.

97) See Shlomit Yanisky-Ravid, “Generating Rembrandt Artificial Intelligence, Copyright, and Accountability in the 3A Era -The Human-like Authors are Already here- a new model”, Michigan State Law Review, 659 (2017), at pp.707-718.

98) 한편, 인공지능 자체가 직무저작물의 성립요건인 ‘종업원’으로 볼 수 있는지에 관한 상세는, 김뢰정, “중 국 저작권법상 직무저작제도에 대

89) 대법원 2014. 12. 11. 선고 2012도16066 판결 참조.

90) 대법원 2016. 7. 29. 선고 2014도16517 판결.

91) M.B. Nimmer & D. Nimmer, 『nimmer on copyright』, Vol. 1, LexisNexis (2007), §6.07[A][1], pp.6-20.

92) 박성호, 앞의 책(주 13), 234면 참조.

또한, “가상의 인간 저작자 이론(Fictional Human Author Theory)”⁹⁹⁾도 주목할 만하다. 해당 이론에 의하면 법원이 인공지능(컴퓨터) 생성물의 저작권 귀속을 판단할 때 우선 인간의 지시가 존재하였음을 전제로, 생성의 반복성 및 예측가능성을 검토한다. 그 다음 사용자의 창작성이 개입되었는지 여부를 검토한다. 그 뒤, 설계자(개발자)와 사용자 간의 공동창작의 의사 가 있는지 검토한다. 해당 이론은 이러한 순차적 검토를 통하여 누가 저작자가 될 것인지를 결정할 수 있다는 것이다. 가령, (1)인공지능 생성물의 생성에 반복성과 예측가능성이 없고, (2)사용자의 창작성이 개입되었으며, (3)설계자와 사용자 사이에 공동창작의 의사가 없는 경우, ‘인공지능 사용자’에게 저작권이 귀속된다.

(2) 확장된 업무상저작물 기준 : 창작적 기여로의 총합(總合)자인 법인등

우리 저작권법 제2조 제31호는 “업무상저작물”을 “법인, 단체 그 밖의 사용자(법인등)의 기 획하에 법인등의 업무에 종사하는 자가 업무상 작성하는 저작물”이라고 정의하고 있다. 또한, 동법은 제9조에서 “법인등의 명의로 공표되는 업무상저작물의 저작자는 계약 또는 근무규칙 등에 다른 정함이 없는 때에는 그 법인등이 된다.”고 규정하고 있다. 한편, 동법 제53조 제1항 제4호는 저작자로 하여금 “그 밖에 대통령령으로 정하는 사항”을 등록할 수 있도록 정하고 있는데, 관련하여 동법 시행령 제24조 제4호는 “업무상저작물인 경우에는 해당 저작물의 업무상 작성에 참여한 사람의 성명 및 생년월일”을 그 대상 중 하나로 정하고 있다. 따라서, 상기한 규정들을 살펴보면 저작권법은 일정한 경우 법인등을 창작의 주체인 저작자로 인정하면서도, “창작”행위와는 구분하여, 여전히 인간(자연인)인 종업원의 “작성”행위를 전제하고 있다고 보인다. 이는, 직무발명¹⁰⁰⁾에 있어서 발명진흥법 제10조 제1항이 “직무발명에 대하여 종업원등이 특허, 실용신안등록, 디자인등록(이하 “특허등”이라 한다)을 받았거나 특허등을 받을 수 있는 권리를 승계한 자가 특허등을 받으면 사용자등은 그 특허권, 실용신안권, 디자인권(이하 “특허권등”이라 한다)에 대하여 통상실시권(通常實施權)을 가진다.”라고 규정한 것과 극명히 대비되는 부분이라고 할 수 있다.

특히, 저작권법이 원칙적으로 법인등이 업무상저작물의 저작자가 된다고 규정한 것은 인공지능 생성물 맥락에서도 의미하는 바가 크다. 때로는 하나의 법인 아래에서 일련의 인공지능 ‘학습, 개발’ 및 ‘생성, 이용’ 과정이 모두 완벽히 연계되어 이루어질 수도 있다. 그렇지 않더라도 인공지능의 주요한 ‘학습, 개발’ 단계와 ‘생성, 이용’ 단계 모두가 실질적으로 하나의 주체 로부터 수행되었다는 규범적 판단이 가능할 수 있다. 이러한 경우 해당 주체는 인공지능의 ‘학습, 개발’ 및 ‘생성, 이용’ 단계 등을 모두 포괄하는, ‘광의의 생성과정’ 전체에 ‘기획’으로써 개입한다고 볼 수 있다. 저작권법 제9조는 이러한 상위의 주체인 법인등이 인공지능 생성물의 저작자가 될 가능성이 있다는 주장에 논리적으로 합치될 수 있다.

한편, 해당 주장에 입각할 경우 저작권법 제9조는 ‘인간 저작자를 상정할 수 없는 한계의 범위를 축소’하는 것으로 기능하게 될 수도 있다. 인공지능 창작환경에서 작성에 참여한 특정 종 업원등(1인 내지는 공동의 자연인)만의 독자적인 창작적 기여를 인정하기 곤란한 경우에도 창작적 기여로의 총합자인 법인등을 상정할 가능성이 있기 때문이다. 이러한 특수한 경우, 저작 권법 제9조는 “창작자”에게 저작권을 부여하지 아니하고 법인등을 저작자로 의제(擬制)하여, 헌법 제22조 제2항 관련 기본권을 제한하는 법률로 취급¹⁰¹⁾되는 것이 아니다. 오히려 많은 인 공지능 창작환경과 같이 ‘창작자의 요건을 갖춘 개별 업무 종사자’를 쉽게 발견할 수 없고, 또 인정하기 곤란한 한계 상황에서, ‘법인, 단체 그 밖의 사용자(법인등)’라는 저작자를 인정하는 근거 규정으로 취급된다. 이로써, 저작권법 제9조는 인공지능 맥락이라는 한계 상황에서 새로운 주체로 권리의 범위를 확장하는 법률로 해석될 가능성도 있을 것이다.

구체적으로, 인공지능 맥락에서의 업무상저작물 규정의 적용에 관하여는 중국 하급심 법원의 사례(“페이린(Feilin) 사건”¹⁰²⁾ 및 “드림라이터(Dreamwriter) 사건”¹⁰³⁾)를 새로운 관점에서 조명할 수 있다. 특히, 해당 사례들로부터는 ‘인공지능 학습, 개발 주체’와 ‘인공지능 생성, 사용 주체’가 서로 밀접한 관계가 있었는지 여부에도 주목할 필요가 있다. 사안에서, 완전한 하나의 법인 아래에서 일련의 인공지능 ‘학습, 개발’ 및 ‘생성, 이용’ 과정이 모두 완벽히 연계되어 이 루어졌다고 단정하기는 곤란할 수 있다. 그러나, ‘전체적인 맥락’에서 ‘인공지능 자체’에 대한 일응의 ‘법인의 기여, 통제행위’가 있을 수 있다. 이로써, 특정 인공지능 생성물의 생성에 있어 서, 해당 인공지능의 주요한 ‘학습, 개발’ 단계와 ‘생성, 이용’ 단계 모두가 실질적으로 하나의 주체로부터 수행되었다는 규범적 판단이 가능할 수 있다. 위와 같은 일응의 ‘법인의 기여, 통제행위’에는, 법인의 기획하에 종업원이 ‘인공지능 학습데이터의 중요 부분을 제공’하거나, ‘생성물에 지대한 영향을 끼치는 추가 학습, 미세 조정 등’을 직접 수행하거나, 적어도 ‘생성물이 기반하는 기본 데이터를 제공’하는 등이 해당할 수 있다.

물론, 특정 인공지능 생성물에 있어서, 해당 인공지능의 주요한 ‘학습, 개발’ 단계와 ‘생성, 이용’ 단계 모두가 실질적으로 하나의 주체로부터 수행되었다고 판단할 수 있는 경우에도 인간의 창작적 기여는 단절될 수 있다. 생성물 중 인간의 창작적 표현이라고 볼 수 없는 부분(가령, “페이린 사건”에서 동일한 기초 데이터를 가지고서는 어느 사용자가 생성하더라도 비슷하 게 생성될 수밖에 없는 “그래프”에 해당하는 것)은 여전히 저작물성이 없다고 판단될 경향이 있을 것이다. 그러나, 이는 생성과정에 인공지능이 도구로 개입하였을 때의 특유한 문제인 것은 아닐 수 있다. 오히려, 이는 ‘기능적 저작물’ 등 일정한 창작적 표현의 유형인 것에 기인한 것일 수 있다. 가령, 특정 표현형식의 경우 인간 사용자에게 남겨진 ‘선택의 폭’이 극히 협소할 수 있다. 이러한 경우, ‘전체적인 맥락’에서 ‘인공지능 자체’에 대한 일응

한 연구 -인공지능 생성물에 대한 적용여부를 중심으로-“, 박사학위 논문, 한양대학교 (2022), 238-241면 참조.

99) Timothy L. Butler, “Can a Computer be an Author - Copyright Aspects of Artificial Intelligence”, Hastings Communications and Entertainment Law Journal, 4(4) (1982), pp.744-745.

100) 발명진흥법 제2조 제2호 “직무발명”이란 종업원, 법인의 임원 또는 공무원(이하 “종업원등”이라 한다) 이 그 직무에 관하여 발명한 것이 성질상 사용자 · 법인 또는 국가나 지방자치단체(이하 “사용자등”이라 한다)의 업무 범위에 속하고 그 발명을 하게 된 행위가 종업원등의 현재 또는 과거의 직무에 속하는 발 명을 말한다.

101) 가령, 헌법재판소 2018. 8. 30. 선고 2016헌가12 결정 참조.\

102) 北京知识产权法院(2019)京73民终2030号; 北京互联网法院(2018)京0491民初239号(원심).

103) 广东省深圳市南山区人民法院(2019)粤0305民初14010号.

의 ‘법인의 기여, 통제 행위’가 있었다는 점을 충분히 고려하더라도 여전히 저작물성이 부정될 수 있다. 그렇기에, 인공지능 생성물에 업무상저작물 규정을 적용하려는 기존의 논의를 인공지능 ‘학습, 개발’ 및 ‘생성, 이용’ 과정의 ‘전체적인 맥락’을 더욱 면밀히 고려하여 다소 발전시키는 시도는 여전히 가능하다. 가령, ‘생성, 이용’ 단계에서만 직접 인공지능을 사용하여 개입하는 특정 자연인의 기여만으로는 인공지능 생성물에 대한 인간 저작자성을 충분히 충족하기 어려울 수 있다. 이러한 경우, ‘학습, 개발’ 및 ‘생성, 이용’ 단계 등의 기여를 모두 포괄하는, ‘광의의생성과정’ 전체에 기획으로써 개입할 수 있는 보다 상위의 주체가 요청될 수 있다. 만일, 창작 적 기여로의 총합(總合)자로서의 법인을 발견할 수 있다면, 해당 “법인이 비로소 인공지능 생성물의 저작(권)자가 될 가능성이 있다”는 주장이 가능하다. 그런데, “페이린 사건”에서 당해 법원은 인공지능 사용자는 저작자로 서명될 수 없다는 점을 분명히 하였다. 이것은 단지 여느 업무상저작물과 같이 법인등의 기획하에 그 업무에 종사 하는 자가 업무상 작성하는 저작물이므로 종업원(인공지능 사용자)은 저작자가 될 수 없다는 취지일 수 있다. 그러나, ‘생성, 이용’ 단계의 인간 사용자의 기여만으로는 저작물성을 인정할 만한 ‘인간의’ 창작적 기여를 발견하기 곤란한 경우를 상정할 수 있다. 이때, 여러 단계의 인간의 기여를 종합적으로 고려하여, 이를 기획으로써 모두 포괄할 수 있는 법인등이 업무상저작물의 저작자로 인정될 것인지 판단할 수 있다. 이 경우, 인공지능 ‘학습, 개발’ 단계의 인간의 기여와 ‘생성, 이용’ 단계의 인간의 기여들은 법인의 기획 하에 총합된다. 그리고, 이것이 궁극적으로 해당 인공지능 생성물에 대한 창작적 기여로 작용하였다고 인정할 여지가 있다.

3.기타

(1) 컴퓨터프로그램저작물

저작권법 제2조 제16호는 “컴퓨터프로그램저작물”을 “특정한 결과를 얻기 위하여 컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치(컴퓨터) 내에서 직접 또는 간접으로 사용되는 일련의 지시·명령으로 표현된 창작물을 말한다.”라고 규정하고 있다. 현재로서 인공지능 그 자체는 컴퓨터프로그램저작물과 가장 유사한 형태라고 할 수 있다. 관련하여, 초기 컴퓨터 생성물에 대한 논의 에서 2차적 저작물 규정을 적용하고자 하는 시도로서 “컴퓨터 생성물을 컴퓨터프로그램저작물의 2차적 저작물로 판단하는 견해”도 있었다.¹⁰⁴⁾ 그러나 이러한 견해는 특정 컴퓨터프로그램이 생성한 일정한 파생 컴퓨터프로그램에 있어서는 실질적으로 타당한 견해일 수 있다는 점을 별론으로 하면, 인공지능 생성물 논의에서는 큰 의미를 가지기는 어려워 보인다. 일반적으로, 인공지능 그 자체와 그로부터 산출된 생성물 사이에 실질적 유사성을 인정하기 곤란하기 때문이다.

종합하면 학습된 인공지능 모델이 응용된 소프트웨어 또는 인공지능 시스템 자체의 경우 컴퓨터프로

104) See Amir. H. Khoury, “Intellectual Property Rights for Hubots: On the Legal Implications of Human-Like Robots as Innovators and Creators”, Cardozo Arts & Entertainment Law Journal, 35(3) (2017. 9.), pp. 635-668.

그램저작물에 해당할 수 있다.¹⁰⁵⁾ 한편, 자연어로 구성된 텍스트 프롬프트의 경우 인공지능 시스템에서 특정한 결과를 얻기 위한 지시·명령으로 기능할 수 있으므로 컴퓨터프로그램저작물 유사의 기능적 어문저작물로서 성립될 여지가 있다.

(2) 편집저작물, 데이터베이스

저작권법 제2조 제17호는 “편집물”을 “저작물이나 부호, 문자, 음, 영상 그 밖의 형태의 자료 (소재)의 집합물을 말하며, 데이터베이스를 포함한다.”라고 정의하고, 동조 제18호에서 “편집 저작물”을 “편집물로서 그 소재의 선택, 배열 또는 구성에 창작성이 있는 것을 말한다.”라고 정의하고 있다. 또한, 동조 제19호는 “데이터베이스”를 “소재를 체계적으로 배열 또는 구성한 편집물로서 개별적으로 그 소재에 접근하거나 그 소재를 검색할 수 있도록 한 것을 말한다.” 라고 정의하고 있다. 따라서, 데이터베이스 중에서 소재의 선택, 배열 또는 구성에 창작성이 있는 것은 편집저작물이 된다고 해석할 수 있다. 그러므로, 인공지능 생성물을 소재로써 선택·배열 또는 구성한 것에 창작성이 있는 경우에는 편집저작물이 될 수 있다. 다만, 편집저작물은 독자적인 저작물로서 보호되고, 편집저작물의 보호는 그 편집저작물의 구성부분이 되는 소재 의 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리에 영향을 미치지 아니한다(저작권법 제6조 참조). 따라서, 원칙적으로 ‘전형적으로 편집저작물로 논의되어 온 저작물’의 창작성 판단의 법리는 그 소재가 되는 인공지능 생성물 자체의 저작물성 판단과는 직접적인 관련이 없다.

IV. 인공지능 창작환경과 저작물성 판례

1. 표현형식별 저작물성 검토의 한계

종래 우리나라의 저작물성에 관한 판례들은 저작물의 유형과 표현형식별로 저작물성 여부가 다투어지는 것이 일반적이다. 그러나, 인공지능 생성물의 경우 하나의 저작물 유형으로 포섭하는 것은 곤란한 측면이 있다.¹⁰⁶⁾ 인공지능 생성물은 그 표현형식 자체만으로는 그것이 인공지능 생성물임을 단정하기

105) 그렇지만, 학습된 인공지능 모델에 있어서 가장 중요한 가치를 지니는 부분은 ‘기계학습, 심층학습의 결과물(특히, 주로 가중치와 편향으로 구성되는 매개변수(parameters))’을 포함한 ‘수학적 구조(mathematical structure)’ 그 자체일 수 있다. 대체로, 이를 구축하기 위하여서는 막대한 연산능력을 필요로 하고 소요되는 시간과 비용 역시 상당하다. 그러나, 전형적인 ‘컴퓨터프로그램저작물’에 있어서 위와 같은 요소는 일반적이지 않을 수 있다.

106) 각주 7번 참조.

어려운 경우가 상당하다. 또한, 인공지능 생성물일지라도 외관 (표현형식)상으로는 어문저작물, 음악 저작물, 컴퓨터프로그램저작물 등에 해당하는 표현물처럼 보일 뿐이다. 단지 인간 저작자 요건 및 창작 성 요건을 결여하였는지가 문제 된다. 상기한 점을 고려하면 표현형식별 저작물성 검토에 관한 기존 판례의 인공지능 맥락에의 적용은 일반 화하기 어려우며 매우 제한적일 수 있다. 물론, 기존 저작물성 판례에 의할지라도 인공지능 생성물 중 ① ‘해당 인공지능 시스템 사용자라면 어느 누가 생성하더라도 달리 표현될 여지가 거의 없는 부분’, ② ‘공유 영역에 속하는 부분’ 등은 저작물성이 없다.¹⁰⁷⁾

2. 사진저작물 관련

사진으로 무엇을 표현할 것인지의 의사결정, 피사체의 선택 및 설정, 촬영 기회의 포착, 빛 의 양의 조절 등과 관련하여 독자적으로 창의와 연구가 이루어진 것인지 여부에 따라 창작성 여부를 판단해야 한다는 것이 통설이자 재판례¹⁰⁸⁾의 대체적인 경향이다.¹⁰⁹⁾ 한편, 대법원은 ‘피사체만을 충실하게 표현한 광고, 정보전달 목적의 사진’에는 저작물성이 인정되지 않는다고 판단한 사례가 있다.¹¹⁰⁾

사진은 “사진 자체의 외관으로부터 그 제작 과정에 있어서의 표현상의 창작성을 판단한다 는 것은 극히 어렵고 곤란”¹¹¹⁾하다. 그러므로, 인공지능 생성물의 창작성 판단에도 시사하는 것이 있다. 인공지능 생성물 역시 그 자체의 외관으로부터 생성과정에서의 인간의 창작적 기여를 판단하는 것이 용이하지 않은 측면이 있기 때문이다.¹¹²⁾ 한편, 사진 촬영의 경우 오늘날 에는 그 과정이 극히 자동화되어 일부 전문가들을 제외하고는 이에 고도의 테크닉을 구사하는 사례를 발견하기 어려울 수 있다. 특히, 대부분의 일반인은 셔터찬스를 포착하여 사진기의 촬영 버튼을 누르는 것 외에는 사진 촬영에 특별한 정신적인(의식적인) 기여를 하고 있지는 않은 것처럼 보인다. 그럼에도 불구하고, 사진에 저작물성이 인정될 수도 있는 것은 고도의 테크닉 자체가 저작권법으로 보호되기 때문이 아니라, 사진에 내포한 위 표현요소들 때문이다. 그리고, 그 제작 과정이 고도로 자동화되었다고 하더라도, 적어도 그러한 표현요소들이 해당 사진작가로부터 유래(기원)하였음을 인정하는 것은 여전히 가능하다. 그러므로, 사진저작물에

대한 판례를 인공지능 생성물 맥락에 적용함에 있어서도 신중할 필요가 있다. 특히, 대법원 판례 는 ‘피사체만을 충실하게 표현한 광고, 정보전달 목적의 사진’의 경우 저작권의 보호대상에서 제외될 수 있을 을 밝히고 있다. 이렇게, 모든 사진이 저작권으로 보호되는 것은 아니라는 점은 모든 인공지능 생성물 이 저작권으로 보호되는 것은 아니라는 점과 마찬가지로이다.¹¹³⁾ 그리고, 그 생성과정에서 인공지능 시스템 사용자의 고도의 테크닉이 발휘되었다는 점에 현혹되는 경 우가 없도록 주의가 필요하다. 또한, 인공지능 생성물에 내포한 표현요소들이 생성과정에 기여하는 인간의 여러 행위들(가령, 위 표에서 제시된 ‘3가지 요소’)로부터 유래(기원)하였음을 규범적으로 평가할 수 있는 효과적인 해석론이 필요하다고 생각된다. 가령, 생성될 이미지가 내포할 개별 표현요소들 각각에 직접적인 작용을 하는 프롬프트 요소를 인정할 수 있는지 검토할 필요가 있다.¹¹⁴⁾

3. 구성요소들의 선택, 배열, 구성 관련¹¹⁵⁾

대법원은 ‘방송 포맷(프로그램)’, ‘게임물’, ‘건축물’ 등의 저작물성을 판단할 때 “이를 구성 하는 개별 요소들이 선택되고 배열되어 구체적으로 어우러져 있는지” 또는, “기술적으로 구현된 주요한 구성요 소들이 선택, 배열되고 유기적인 조합을 이루고 있는지” 내지는, “여러 특징이 함께 어우러져 창작자 자신의 독자적인 표현을 담고 있는지” 여부 등을 고려하고 있다.¹¹⁶⁾ 그러나, 전형적으로 편집저작물로 취급된 것이 아닌 일반 저작물의 경우 이러한 소재(요소)의 선택·배열·구성의 창작성은 전체 저작물의 창작성에 흡수되고,¹¹⁷⁾ 독립성이 유지되기 어려우며 오히려 아이디어에 가까운 것으로 평가되는 경 우도 많을 것이다.¹¹⁸⁾ 다만, 이를 인공지능 생성물 맥락에 그대로 적용해볼 수는 있다. 만일 하나의 표현물 안에서 인공지능 생성물들이 개별 요소로써 선택되고 배열되어 구체적으로 어우러져 있거나 유기적인 조합을 이루고 있는 경우에는 전체적으로 보아 창작성이 있다고 판단할 수도 있을 것이다. 이에 의하면

107) 대법원 1991. 8. 13. 선고 91다1642 판결(‘한복문양’ 사건); 대법원 2011. 5. 13. 선고 2009도6073 판결 (‘종이접기 모형놀이’ 사건); 대법원 2003. 10. 9. 선고 2001다50586 판결(‘지도책’ 사건) 등 참조.

108) 가령, 대법원 2001. 5. 8. 선고 98다43366 판결.

109) 박성호, 앞의 책(주 13), 114면.

110) 대법원 2001. 5. 8. 선고 98다43366 판결, 대법원 2006. 12. 8. 선고 2005도3130 판결, 대법원 2010. 12.23. 선고 2008다44542 판결 등 참조.

111) 박성호, 앞의 책(주 13), 114-115면.

112) 가령, 인공지능 생성물의 저작물성을 판단함에 있어서는 그 생성과정의 각 단계를 종합적으로 고려할 필요가 있다. 우선, 활용된 인공지능 모델/시스템의 구체적인 구동 방식을 검토하여야 한다. 동시에 이들 모델/시스템을 선택, 조합하고 각각의 미세 조정을 실시하는 사용자의 행위를 고려해야 한다. 특히, 텍스트 프롬프트 입력으로 대표되는 인공지능 시스템에 대한 해당 사용자의 구체적 지시의 내용을 살펴야 한다. 그리고, 초기 산출물의 수정·증감 행위도 고려하여야 한다. 궁극적으로, 생성과정의 각 단계에서의 점차적인 인간의 기여를 종합적으로 고려하여 그가 표현에 대한 창작적 통제를 발휘하였는지 여부를 구 체적, 개별적으로 판단하여야 할 것이다.

113) 관련하여, 사진의 법적 보호에 대한 영국의 초기 담론이 보호대상인 사진의 종류(‘초상사진’, ‘해외 유적 및 전쟁 사진’, ‘예술적 사진’ 등 내용과 유형)에 따른 영향을 받고 있었음을 살펴볼 수 있다. 따라서, 인공지능 생성물 역시 그 다양성을 고려할 필요가 있다. 이러한 영국의 초기 사진에 관한 담론의 인공지능 생성물에 대한 시사점에 관한 상세는, 윤권순, 앞의 논문(주 40), 130면 참조.

114) 관련하여, “컬러(color)”, “레이아웃(layout)”, “카메라(camera)”, “조명(light)” 등에 관한 프롬프트 요소들은 사진저작물에서는 그것들 각각이 표현요소로 구성될만한 것들일 수 있다. 구체적으로, 특정 생성형 인공지능이 사용자가 텍스트 프롬프트로 입력한 특정 카메라와 렌즈 등의 모델명, 셔터스피드, ISO 값, 조리개 값 등의 설정정보를 구체적 지시로 인식하여 출력될 생성물의 표현요소에 이를 곧바로 반영하는 경우를 상정할 수 있다.

115) 대법원 2017. 11. 9. 선고 2014다49180 판결(‘짹’ 사건); 대법원 2019. 6. 27. 선고 2017다212095 판결(‘킹닷컴’ 사건); 대법원 2020. 4. 29. 선고 2019도9601 판결(‘테라로사’ 사건) 등.

116) ‘방송 포맷’의 경우 백과사전, 사전, 판례집, 전화번호부 등과 같이 전형적으로 편집저작물로 논의되어 온 유형과는 다소 거리가 있기는 하지만, 프로그램 구성요소(소재)의 선택·배열·구성에 창작성을 인정 할 수 있을지를 판단하는 측면에서 보아, 편집저작물의 법리를 채용한 것으로 보인다는 견해도 있다. (김병일, “편집저작물의 창작성 및 실질적 유사성 판단 기준”, 『정보법학』, 28(1) (2024), 70면의 주 106 참조).

117) 오승중, 『저작권법』, 제6판, 박영사 (2024), 200면 참조.

118) 한편, 문화체육관광부/한국저작권위원회 발간, “2023 저작권 등록 심사 편람”은, “원칙적으로 AI 생성물의 경우 저작물로 볼 수 없으며, 이는 저작권 등록 대상도 될 수 없다. AI 생성물의 제호를 정하고 전체 기획을 하고 프롬프트(명령어)만 입력한 경우도 저작권 등록은 불가하다. 이 경우 어떠한 표현행위에 인간의 창작적 개입이 있었다고 볼 수 없다. 표현이 아닌 아이디어 자체는 저작권 보호대상이 아니며, 프롬프트(명령어)를 입력하는 등에 많은 노력을 들였다고 하여도 ‘이마의 땀’은 저작권법 보호근거가 아니다. 노력(이마의 땀)이 아닌 ‘창조적 개성’이 들어가야 저작물이 되는 것이다. AI 생성물에 일정부분 수 정증감을 하였다고 하여도, ‘사소한 개변’ 정도만으로는 저작권 등록이 어렵다. 또한 AI 생성물은 저작물이 아니므로 이를 원저작물로 한 2차 저작저작물로도 등록도 허용되지 않는다. 다만, AI 생성물에 수정증 감 등 ‘추가작업’을 한 경우, 인간이 추가한 것만으로 저작물성을 인정할 수 있을 정도가 된다면 등록이 가능할 수 있다. 이 경우 AI 생성물은 등록 대상에서 제외되고, AI 생성물에는 등록의 효력(추정력 등)도 미치지 않는다. 저작권 등록을

다음의 예시와 같은 점차적인 작성과정 속에서 인공지능 사용자의 창작적 통제를 인정할 여지도 있다. 가령, 인공지능 사용자가 인공지능 생성물인 ‘밑그림(가령, ‘선, 명암’ 등)’을 그 나름의 개성적인 기준과 구체적인 방침에 따라 선택한다. 그리고, 해당 밑그림과 잘 어우러져 서로 유기적인 조합을 이룰만한 인공지능 생성물인 ‘채색(가령, 색채의 조합)’을 다시 위 나름의 기준과 방침에 따라 선택한다. 마지막으로, 이들을 합체하여 ‘하나의 채색된 그림’을 구성한다. 이것 또한 인공지능 생성물들을 선택·배열 또는 구성한 것으로서 창작성이 있는 것이라고 판단할 수도 있다.¹¹⁹⁾

4. 소결

사진저작물 사례에서, 법원은 “3가지 표현요소”¹²⁰⁾를 종합적으로 고려하여 그 저작물성 인부와 보호범위를 확정하고 있다. 특히, 인공지능을 창작에 활용하는 작가들의 모습은 사진기를 조작하는 사진작가의 모습과 유사한 측면이 있다. 이에, 인공지능 생성물 맥락을 사진 촬영에 빗대어 파악하는 사례가 있다. 그러나, 인공지능을 활용하는 인간의 각 개별 행위들이 사진의 표현요소에 기여하는 사진작가의 각 개별 행위들과 규범적으로 유사하다는 점을 밝혀야 한다. 인공지능을 활용하는 고도의 테크닉이 사진 촬영의 고도의 테크닉과 유사하다는 점에 주목해서는 안 된다.

‘방송 포맷(프로그램)’, ‘게임물’, ‘건축물’ 등의 저작물성을 판단할 때 이를 구성하는 개별 요소들이 선택되고 배열되어 구체적으로 어우러져 있는지 또는 기술적으로 구현된 주요한 구성요소들이 선택, 배열되고 유기적인 조합을 이루고 있는지 여부를 고려한 판례들¹²¹⁾에 주목 할 필요가 있다. 가령, 인공지능 생성물들이 표현형식을 구성하는 요소로써 선택되고 배열되어 하나의 표현물 안에서 구체적으로 어우러져 있거나 서로 유기적인 조합을 이루게 되는 경우를 상정할 수 있다. 이러한 경우, 해당 표현물은

전체적으로 보아 창작성이 있다고 판단할 수도 있다.¹²²⁾ 그러나, 이러한 편집저작물의 법리를 전형적으로 편집저작물로 논의되어 온 유형 외의 저작물 유형에까지 함부로 확대하는 것은 저작권법의 아이디어/표현 이분법 원칙을 형해화할 위험이 있으므로 신중을 요한다.¹²³⁾ 특히, “구성요소의 선택·배열 등의 조합을 고려 하여 창작성 판단기준을 삼고 있는 2017년 이후 대법원 판결의 흐름(이른바 ‘어우러져’說)에 대해 일부 학자들은 이를 편집저작물의 창작성 차원으로 환원되는 쟁점인 것처럼 파악하는 경향이 있다. 그러나 예술적 저작물(works of art)이든 기능적 저작물(works of function).사실적 저작물(works of fact)이든 모든 저작물에 요구되는 ‘창작성’이라는 공통요건(즉 ‘숲 전체’)을 조망하는 관점에서 ‘어우러져’說을 바라볼 필요가 있다.”¹²⁴⁾라는 지적을 명심할 필요가 있다.

V. 인공지능 창작환경과 창작성의 미래

1. 파편화된 인간의 기여

(1) 편집저작물, 데이터베이스

① 인공지능 개발자의 기여

인공지능 개발자(설계자)는 인공지능 그 자체의 탄생에 대하여 기여하였다. 또한, 인공지능은 현재로서는 컴퓨터프로그램과 가장 유사한 형태로 보인다. 인공지능 개발자는 최종 인공지능 생성물의 창작에 대한 직접적인 의도는 대체로 없을 것이다. 그러나, 여전히 최종 생성물에 대한 인간의 기여를 포착할 수 있도록 하는 유력한 주체이다. 특히, 인공지능 개발자는 향후 해당 인공지능 시스템과 상호작용하여 생성물을 산출해 내는 사용자에게 최초의 일정한 ‘선택의 폭’을 제시하는 주체일 수 있다. 한편, 특정 인공지능 시스템은 설계적인 요인으로 인하여 산출될 생성물의 생성에 강한 반복성과 예측가능성이 존재할 수 있다. 또한, 여기에 인공지능 시스템 설계자의 설계 의도와 창작 의도가 존재할 수도 있다. 이러한 제한적인 경우에는 인공지능 개발자의 생성물에 대한 창작적 기여를 인정할 여지도 있다.

② 프롬프트 입력을 통한 기여

현시점의 생성형 인공지능 맥락에서 최종 생성물에 대한 인간의 기여를 가장 쉽게 발견할 수 있는 부분은 바로 텍스트 프롬프트 입력이다. 프롬프트는 인공지능에 대한 지시, 지침의 제 공이라는 점에서 컴퓨터프로그램의 코드와 유사하다. 그러나, 컴퓨터프로그램이 기능하는 엄격한 명령과는 다소 차이가 있다. 또한, 사용자가 입력하는 프롬프트는 대체로 자연어로 구성되기 때문에 컴퓨터 언어와는 달리

위해서는 AI 생성물이 무엇이고 등록 신청인인 인간이 추가한 것은 무 엇인지에 대해서 등록 신청명세서의 ‘저작물 내용’에 상세히 기재를 하여야 한다. 위원회는 AI 생성물에 대한 인간의 수정증감 부분에 대해 저작물성 판단 ‘일반 이론’에 따른 최소한의 저작물성 심사를 진행하 여 등록 여부를 결정한다. 이 경우 앞에서 말한 바와 같이 AI 생성물은 심사대상에서 제외되고 인간이 창작한 부분에 대해서만 심사가 진행된다. 또한, AI 생성물 자체는 등록을 할 수 없더라도, AI 생성물을 선택하고 배열한 것 등에 창작성이 있으면 ‘편집저작물’로 등록될 수는 있다. 예를 들어 미저작권청의 ‘새벽의 자리야’ 사건에서와 같이 AI가 생성한 이미지 자체에 대한 저작권 등록은 할 수 없어도, 그 이 미지들을 선택하고 배열한 것 등에 창작성이 있으면 ‘편집저작물’로 등록될 수 있다.”라고 설명하고 있다(밑줄은 필자 추가). (문화체육관광부/한국저작권위원회(최진원, 강보라 집필), “2023 저작권 등록 심사 편람” (2023. 11. 30.), 38-39면).

119) “저작물 중에서도 미술저작물은 인간의 사상이나 감정이 시각적 형상이나 색채 또는 이들의 조합에 의 하여 미적(美 的)으로 표현되어 있는 저작물이다(저작권법 제4조 제1항).”라는 취지의 대법원 2020. 6. 25. 선고 2018도13696 판결 참조. 이와 마찬가지로, 음악저작물은 일반적으로 “가락(melody)”, “리듬(rhythm)”, “화성(harmony)”의 3가지 요소로 구성되고, 이 3가지 요소들이 일정한 질서에 따라 선택·배열됨으로써 음악적 구조를 이루게 된다(대법원 2015. 8. 13. 선고 2013다14828 판결 참조). 그러므로, 위 3가지 요소들 중 전부 또는 일부를 인공지능으로 생성하여 해당 인공지능 사용자가 그 나름의 개성적인 기준 과 방침으로, 일정한 질서에 따라 이들 요소를 선택, 배열하여 전체적으로 음악적 구조를 이룬 것 역시 창작성이 있다고 판단할 수 있을 것이다.

120) (1)‘피사체에 관한 사항: 피사체의 선정, 구도의 설정’, (1)‘촬영방법: 빛의 방향과 양의 조절, 카메라 각 도의 설정, 셔터의 속도, 셔터찬스의 포착, 기타 촬영방법’, (3)‘현상 및 인화’ 등.

121) 대법원 2017. 11. 9. 선고 2014다49180 판결(‘찍’ 사건); 대법원 2019. 6. 27. 선고 2017다212095 판결 (‘킹닷컴’ 사건); 대법원 2020. 4. 29. 선고 2019도9601 판결(‘테라로사’ 사건) 등.

122) 이에는, 모든 저작물에 대한 창작성의 본질을 개별 저작물의 표현형식을 구성하는 요소들의 선택·배열·조합이고, 이는 ‘선택의 폭’ 이론의 문제로 귀결된다는 설명을 참고할 수 있다. (박성호, 앞의 책(주 13), 137면 참조).

123) 김병일, 앞의 논문(주 116), 72면 참조.

124) 박성호, 앞의 책(주 13), 137면

상당한 범용성을 가지고 있다. 한편, 컴퓨터프로그램저작 물은 저작권법에 별도의 규정을 두고 있다. 그러나, 텍스트 프롬프트는 이러한 사정과는 무관 하게 그 자체가 어문저작물로 인정될 수 있다.

텍스트 프롬프트가 저작물성이 있다고 하여 이를 통한 인공지능의 생성물이 곧바로 저작물 성을 갖추고 그 생성물 전체에 대하여도 해당 프롬프트 작성자가 저작자가 된다는 것은 논리 의 비약일 수 있다. 그러나, 프롬프트 작성자는 그가 의도하는 최종 인공지능 생성물을 얻기 위하여 가장 직접적인 시발점을 제공하는 자이다. 또한, 최종 인공지능 생성물을 선택하고 최초 공표하는 자가 될 개연성도 높다. 그렇기에, 프롬프트 작성자는 매우 강력한 저작자 후보가된다.

더군다나, 저작물성 있는 표현이 프롬프트로 입력되는 경우(즉, 표현적 입력(expressive inputs)), 이를 기초로 출력되는 생성물에 해당 표현이 현출되어 여전히 인식될 수 있는 경우도 상정할 수 있다. 특히, ‘포괄적인 비 문언적 표현’을 인공지능 시스템에 입력하여 여러 개별적 문언적 표현을 내포한 장대한 어문작품이 생성된 경우를 상정할 수 있다. 이때, 적어도 해당 생성물로부터 ‘프롬프트로 입력된 포괄적인 비 문언적 표현’을 인식하는 것은 여전히 가능할 수 있다. 그러므로, 텍스트 프롬프트를 입력하는 인간의 존재는 해당 인공지능 생성물에 대한 인간의 기여를 포착할 수 있는 강력한 증거라고 할 수 있다.¹²⁵⁾

③ 인공지능 그 자체로서의 기여

동물은 인공지능에 비하여 보다 자연력에 가깝고 인간이 개입할 여지가 적다. 물론, 잘 훈련된 원숭이나 코끼리가 그림을 그리거나, 높은 지능을 가진 까마귀나 돌고래가 각종 작업을 수행하기도 한다. 그러나, 이들을 인간의 의지를 발현시키는 효과적인 수단이라고 평가할 수는 없을 것이다. 따라서, 동물의 행동이 개입된 창작의 경우에는 인간의 창작에 대한 기여가 단절되기 쉽다. 이 점에는 미국 연방 항소법원의 “Kelley 판결”⁽¹²⁶⁾을 참고할 수 있다. 동 법원은 자연력에 의존한 작품에는 저작권을 부여할 수 없다고 판단하였다. 이는 인간의 기여(선택, 배치 등)가 최종 결과물과 단절되는 통상적인 외부요소(자연력)가 있음을 확인한 것이다.

125) 한편, 이미지 생성형 인공지능에서의 텍스트 프롬프트와 관련하여서는 영국 판례, “Temple Island Collections 사건”을 참조할 수 있다. 해당 판례는 실질적 유사성이 인정되기 위해서는 스타일의 유사성만으로는 부족하고, “상당한 ‘시각 요소(visual element)’의 유사성이 있어야 하며, 그 시각 요소는 ‘시각적 중요 성(visual significance)’이 있어야 한다.”라는 점을 확인하였다. (Temple Island Collections Ltd v New English Teas Ltd and Another (No. 2) [2012] EWPC 1). 해당 판결에 대하여는, “아이디어의 보호에 위험 할 정도로 접근한 것”이라는 비판도 존재한다(Andreas Rahmatian, “Temple Island Collections v New English Teas: An Incorrect Decision Based on the Right Law?”, European Intellectual Property Review, 34(11) (2012)). 그런데 인공지능 생성 이미지의 경우 그 시각적 요소는 주로 사용자가 텍스트 프롬프트로 입력한 단어들을 통하여 구체적으로 현출된다. 이러한 관점에 의하면 인공지능 생성물에 있어서도 적어도 저작권 침해를 판단하는 요소로써는 텍스트 프롬프트 입력 행위가 상당한 의미를 가지게 될 것이다. 한편, 인공지능 생성물을 구성하는 개별 요소들 각각의 창작성을 인정하는 것은 곤란할지라도, 이러한 “개별 요소들이 인공지능 사용자의 생성 의도나 방침에 따라 선택되고 이들이 최종 생성물 안에서 서로 구체적으로 ‘어우러져’ 창작적 개성을 발하고 있는지 여부”는 중요하다. 이는, 해당 개별 요소들 및 그들의 유기적 조합에 직접적인 영향을 주는 텍스트 프롬프트 입력 행위를 통하여 분석될 수도 있다.

126) 해당 사건은 원고가 공원에 전시한 자신의 “야생화 작품”을 공원 관리자가 현저하게 변형하였다며, 저작권 침해로 침해로 제소한 사안이다. (Kelley v Chicago Park District 635 F.3d 290 (7th Cir. 2011)).

반면, 생성형 인공지능의 기원은 인간의 도구라는 사실에 주목하여야 한다. 인공지능은 매우 첨단인 소프트웨어로 기능하고, 구동 방식이 생소하며, 특정 결과가 도출되는 과정이 명확히 이해하기 어려울 정도로 복잡하다. 그렇지만, 생성에 기여하는 인간의 존재를 상정할 수 있는 수준이라면 인공지능도 큰 범주에서는 여전히 ‘인간의 도구’라고 할 수 있다. 특히, 현재 수준의 대부분의 생성형 인공지능 모델이나 시스템 자체가 바로 인간의 문화를 학습하여 모방한 것에서 기원하였다고 규범적으로 평가할 수 있다. 그리고, 인공지능 생성물은 필연적으로 학습데이터에 기반한 결과이다. 결국, 인간의 지시와 생성물 사이의 구체적인 표현의 공백을 메워 넣는 것은 비인간(인공지능 기술)이라기보다 인간 문화인 것이다.

그러므로, 원숭이가 찍은 셀카 사진에서 원숭이에게 사진기를 쥐어 주고 사진을 찍을만한 그럴듯한 환경을 조성해 준 어떤 인간(전자)과 인공지능을 활용하여 생성물을 만들어내는 어떤 인간(후자) 사이에는 중대한 차이가 있다. 전자는 자연력에 의존한 것에 가깝고, 후자는 인간이 스스로 만들어 낸 도구를 사용한 것에 가깝다. 물론, 양자의 차이는 정도의 문제라고도 생각될 수 있다. 그러나, 인공지능을 사용한 창작의 경우 인공지능이 개재되었다고 하여 그 자체로 인간의 창작에 대한 기여가 단절되는 것은 아니다.

④ 학습데이터, 미세 조정(fine-tuning) 등을 통한 기여

생성형 인공지능 모델의 성능은 그 학습된 데이터의 양과 밀접한 연관성이 있다.¹²⁷⁾ 특히, 학습데이터는 원저작물 형태일 가능성도 상당히 높으며, 그렇지 않더라도 수많은 인간의 기존 정보들에 기원한다. 또한, 일부 이미지 생성 인공지능에 있어서는 학습데이터가 생성물로 현출될 가능성도 존재한다. 더 직접적인 것은, 인공지능 사용자가 인공지능에 학습 또는 참조 자료(데이터세트, 개별 콘텐츠 또는 매우 단순한 형태의 거친 초안 등)를 제공(feed), 제시하여 최종 생성물의 고도화를 꾀하는 행위이다.¹²⁸⁾ 이러한 행위가 최종 인공지능 생성물의 결과에 일정한 작용을 하게 되는 경우 그 자체로 인공지능 생성물에 대한 인간의 기여라 할 수 있다.¹²⁹⁾

127) Katherine Lee et al., “Talkin’ ‘Bout AI Generation: Copyright and the Generative-AI Supply Chain”, arXiv (2024. 3. 1.), p.27, <https://arxiv.org/abs/2309.08133> 참조.

128) 가령, 대규모 언어 모델(LLM)의 출력을 최적화하기 위해 응답을 생성하기 전에 학습데이터 소스 외부의 신뢰할 수 있는 지식 베이스 등을 참조하도록 하는 기술인 “검색-증강 생성(RAG: Retrieval-augmented Generation)”, 이미지 생성형 인공지능 시스템 이용에 있어서 특정한 이미지를 추가적으로 학습시킴으로써 그 이미지와 유사한 이미지를 생성해내는 기술인 “LoRA(Low-Rank Adaptation)” 등을 상정할 수 있다.

129) 따라서, 학습데이터를 통한 인간의 기여를 쉽게 발견할 수 있도록 하는 규제수단(가령, 생성형 인공지능이 학습한 원 데이터의 주요 내용을 공개하도록 하거나, 미세 조정에서 이용된 추가적인 데이터 또는 생성물에 의거한 원저작물이 있는 경우 이를 표시토록 강제하는 것 등)의 도입은 창작적 기여의 식별 관점에 서도 상당한 의미가 있으리라 전망한다.

기타의 기여

개별적으로는 창작적 기여라고 인정하는 것이 거의 불가능하지만 극히 중요한 인간의 기여도 존재할 수 있다. 가령, 인공지능 생성물의 최종 선택 행위에는 ① '인공지능 생성물이 진정으로 인간의 저작물 다룰 수 있도록 수정, 보완하는 행위(이른바 "튜링 테스트" 통과를 위한 조력행위)' 내지는, ② '최종 인공지능 생성물이 "불쾌한 골짜기(uncanny valley)"를 넘어서고 또 한 인간의 영혼(human soul)을 불어넣기 위한 모든 행위'들이 내재한 것이라고 볼 수 있다. 이러한 행위가 없다면 그 생성물로부터 인간다움과 창조적 개성을 느끼는 것이 곤란하고, 대부분의 주요한 저작물 시장에서 인간의 선택을 받기 어려울 것이기 때문이다. 한편, '선택, 배열' 및 '수정, 증감'과 같은 인공지능 생성물 맥락에 특유한 것만은 아닌 인간의 기여 역시 인공지능 생성물에 대한 인간의 기여에 해당함은 물론이다.

(2) 파편화된 창작적 기여

위에서 살펴본 것과 같이, 현재 대부분의 생성형 인공지능 모델/시스템/서비스 사용자의 경우 ① '텍스트 프롬프트 입력', ② '매개변수 조정 또는 미세 조정(fine-tuning)', ③ '초기 인공 지능 생성물의 수정, 증감' 등으로, 최종 인공지능 생성물에 기여하고 있다. '텍스트 프롬프트'의 경우 인공지능에 대한 구체적인 지시로 작용할 수는 있다. 그러나, 많은 사례에서 텍스트 프롬프트만으로는 인공지능 생성물의 구체적인 표현을 직접 결정(명령)하였다고 평가하기는 곤란한 점이 있다. '미세 조정'의 경우도 인공지능 생성물에 큰 영향을 줄 수는 있다. 그러나, 이것은 어디까지나 이미 학습된 인공지능 모델의 매개변수를 조정함으로써 나타나는 간접적 인 결과이다. '초기 인공지능 생성물의 수정, 증감'의 경우 이로써 실질적인 변형을 통하여 새로운 창작성을 부가하기도 한다. 그러나, 이는 특별한 사정이 없는 한 사소한 것으로 치부되기 쉬울 것이다. 결국, 위와 같은 개별적인 인간의 기여들은 인공지능 생성물과의 관계에서는 각각 간접적인 영향을 주는 것이라고 판단될 수 있다.

2. 인간 기여의 총합을 통한 창작적 판단

(1) 인공지능 생성물의 창작성 문제인공지능 개발자의 기여

마르셀 뒤샹(Marcel Duchamp)이 1917년 시판 중인 평범한 도자기제 소변기에 "R. Mutt"라는 시그니처를 남기고 뉴욕의 전시회에 출품하였던 "샘(Fountain)"이라는 작품(소위, "열린 작품")을 생각해 보면, 누군가가 인공지능 생성물에 자신의 서명을 대강 적어놓고 그럴듯한 제목을 달아서 유명 미술관의 전시회에 출품하는 것을 우리는 어떻게 받아들여야 하겠는가? 가령, 위 작품(샘(Fountain))을 저작권법으로 포섭하려는 문제에 관하여는, 그것이 설치, 전시된다는 공간적 요소를 저작물성과 결부시켜 해결하려는 시도가 있었다. 별다른 게 없었던 소변기를 미술관이라는 이질적인 장소에 위치함으로써 이것이 작품의 구성요소가 되었고, 그래서 창작적으로 표현하였다는 것이다. 이를 "장소 특정적 미술(site-specific art)"¹³⁰⁾

130) 우리나라에서도 대법원 2015. 8. 27. 선고 2012다204587 판결('도라산역 벽화 철거' 사건)을 계기로 입 법론과 해석론의 차원에서 통합미술(integrated art)의 일종으로 유체물의 구성부분 중 하나가 그 작품의 위치인 것을 가리키는 '장소 특정적 미술'에 관한 논의가 활발하게 이루어졌다고 한다. (박성호, 앞의 책 (주 13), 296면의 주 193 참조).

이라고 개념화할 수 있다. 그렇다면, 이러한 "열린 작품"들과 마찬가지로, 일견 저작권법에 친해 보이지 아니한 인공지능 생성물 역시 새로운 개념을 도입하여 저작권법상 인간의 창작물로군이 승화시켜야만 할 것인가?

다만, 인공지능 생성물이라고 하여 모두 "열린 작품"인 것은 아니다. 단지, "열린 도구"¹³¹⁾를 통하여 작성되었다는 점이 전통적인 창작물과 구분될 뿐이다. 결국, 작성과정에서의 차이 만이 존재할 뿐이고 그로 인하여 인간의 창작적 기여를 용이하게 포착하기 곤란할 뿐이다. 그러므로, 결과물인 인공지능 생성물 자체는 여전히 저작권법상 전통적인 표현물의 한 유형으로 서 포섭될 여지가 크다. 따라서, 어떠한 작품의 창작과정에 인공지능이 개재(介在)된 경우에도 그것에 창작에 대한 '인간의' 기여가 존재한다면 처음부터 여타의 창작물들과 달리 취급할 이유는 없다. 그러나, 종래의 전통적인 창작성 평가방법에 의하면 그 생성과정 속의 파편화된 여러 인간의 기여행위 중에서 창작적 기여라고 단정할만한 것을 포착하기 어려운 경우가 많다. 더군다나, 인공지능을 사용한 표현물 작성과정의 중심이 되는 인간의 행위를 단편적으로 관찰 하여서는 그것을 창작적 기여라고 보기 어려울 수 있다. 이러한 상황에서는 인공지능 생성물의 저작물성은 크게 위축될 수 있고 인간의 기여 역시 소외되기 쉽다.

만일 인공지능 시대에도 여전히 인간 저작자 요건을 엄격히 관철시키고자 한다면, '인공지능 생성물에 대한 개별 인간의 기여들을 최종 인공지능 생성물의 선택 시점에 충분히 총합, 증폭하여 이를 창작적 기여로 평가할 수 있을 것인지'를 종합적으로 고려하여야 한다고 생각한다. 그리고, '이를 최종 인공지능 생성물에 대한 창작적 기여로 평가할 수 있다'는 점을 밝혀 줄 적절한 해석론과 방법론이 요구될 수 있다고 생각한다. 이것이 가능하다면, '전통적인 창작성 평가방법으로는 그 개별적 기여는 미미하다고 평가할 수밖에 없으나, 사실상 해당 인공지능 생성물의 생성에 있어서는 핵심적인 기여를 한 것이라고 사후적으로 평가해야만 하는 어떠한 인간의 기여'를 발견할 수 있다. 가령, 전통적인 관점에서 창작적 기여라고 평가하기 곤란한 것일지라도, 그러한 인간의 개별 기여들 각각이 인과적인 관점에서 표현요소의 생성 그 자체에 일부라도 기여하고 있음은 분명한지 확인한다. 그렇다면, 우선 이들을 총합하여 종합적으로 관찰하는 것이다. 여기서, 그 총합이 결과적으로 생성물의 표현요소의 전부 또는 일부를 결정짓게 될 정도의 것인지 평가한다. 이를 긍정할 수 있다면 그것은 창작적 기여로 증폭된다고 간주할 수 있다. 마지막으로, 그 총합 중에서 가장 핵심적인 인간의 기여가 무엇인지를 평가하여 저작자가 될 자를 정한다.

(2) 창작적 기여를 평가하는 시점: 최종 선택

인간의 기여들은 인공지능이 개재된 창작과정의 마지막 단계인 최종 생성물이 선택되는 시점에서 모두 융합된다. 이 시점이야말로 인간의 기여들이 총합, 증폭되어 창작에 대한 기여로 탈바꿈될 수 있는

131) 관련하여, "기능, 목적, 인터페이스 등의 면에서 종래의 기술적 창작 도구들이 좁은 범위에서 전문화된 '닫힌 도구'라면, 자연어 텍스트 프롬프트 또는 멀티모달 기반의 생성형 AI는 '열린 도구'라 할 수 있다" 는 설명 참조. (류시원, 앞의 논문(주 46), 82면).

진화의 순간이다. 이러한 창작적 기여를 평가하는 시점으로서 최종 선택행위의 중요성은 저작물 요건으로서 유형의 매체에 고정될 것을 요구하는 일부 법제(가령, 미국 연방저작권법) 하에서는 더욱 커질 수 있다. 가령, 미국 저작권청은 신청인이 찍은 원본 사진을 인공지능 회화(繪畵) 어플리케이션(RAGHAV)을 활용하여 반 고흐의 별이 빛나는 밤 스타일로 변형한 그림 작품에 관한 저작권 등록 신청을 최종 거절하였다.¹³²⁾ 해당 사건에서, 등록 신청인은 “원본 사진과 그림 작품 모두에 대한 인간 저작자의 창작적 입력의 총합은 함께 고려되어야 하며, 그 안에 존재하는 저작자성의 모든 전통적인 요소에 의해 그림 작품이 분석되어야 한다.”라고 주장했다.¹³³⁾ 그러나 미국 저작권청은 “저작권법에 따라 신청인의 원본 사진은 그림 작품과 별도로 고정되었기 때문에 별도의 저작물”이라고 전제하고,¹³⁴⁾ “그림 작품의 표현요소가 신청인에 의해 제공되지 않았다”라고 판단했다.¹³⁵⁾

그러나, 위 신청인의 생성에 대한 개별 기여들이 최종 생성물의 선택 시점에 총합되고 이것이 결과적으로 생성물의 표현요소의 전부 또는 일부를 결정짓게 되었다고 볼 수도 있다. 사안에서 원본 사진은 인공지능을 통한 변형을 염두에 두고 최종 생성물에 대한 창작 의도를 가지고 인간이 작성한 것이다. 그러므로 최종 생성물과 분리된 맥락에서 원본 사진에 대한 인간의 기여를 평가하는 것은 지나치게 형식적인 것일 수 있다. 이것은 향후 산출, 생성되고 또한 최종 선택될 인공지능 생성물의 표현에 대한 실질적 통제를 제공한다는 점에서도 인간의 창작적 기여의 한 요소라고 평가할 수 있다. 따라서, 사안에서 미국 저작권청이 고정성 요건을 강조하며 원본 사진을 분리된 맥락에 놓지 아니하고, 최종 작품의 선택 시점에서 창작적 기여로서의 인간 기여의 총합을 충분히 고려하였다면 달리 판단할 수도 있었을 것이다.

3. 의거성 및 창작성 판단의 과학화

디자인권과 저작권이 구별되는 것으로서 절대적 창작성을 요구하고 있는지 여부를 들기도 한다. 그런데, 저작권은 의거성 측면에서 언제나 독자적 창작의 가능성을 열어 두고 있다. 이러한 점에서 저작권은 상대적 독점권에 불과하다고 볼 수 있다. 따라서 극단적인 예로서 우연의 일치로 완전히 동일한 저작물이 존재하더라도 타인의 것을 베낀 것이 아닌 한 얼마든지 저작권에 의한 보호를 받을 수 있다.¹³⁶⁾ 이것을 인공지능 생성물 맥락에 접목하는 것에는 다소 유리한 사정도 있다. 현재로서 특정 인간이 인공지능 생성물에 내포한 개별 창작적 표현에 어떠한 정도로 기여하였는지 명확히 판단하는 것은 어려울 수

132) U.S. Copyright Office(Copyright Review Board), “Re: Second Request for Reconsideration for Refusal to Register SURYAST (SR # 1-11016599571; Correspondence ID: 1-5PR2XKJ)”, (2023. 12. 11.), <<https://www.copyright.gov/rulings-filings/review-board/docs/SURYAST.pdf>>.

133) *Id.* at p.3.

134) *Id.* at p.5.

135) *Id.* at p.7.

136) 박성호, 앞의 책(주 13), 67면.

있다. 반면, 기술적으로 그 산출과정에 특정 인간이 어떠한 행위를 하였다는 사실 자체는 투명하게 드러낼 수 있고 이를 증명하는 객관적인 방법 또한 쉽게 고안될 수 있다.¹³⁷⁾ 그러나, 창작과정의 전부 또는 일부가 고도로 자동화되어 그 생성물과 생성에 기여하는 인간 사이의 관계가 희석, 단절되어 보이게 한다. 이로써 해당 생성물의 기원이 생성에 기여하는 특정 인간에게 있다고 단정하는 것을 주저하게 만든다.

이러한 어려움이 존재할지라도 ‘어떤 인간’의 특정 ‘생성(과정)’에 대한 기여행위와 ‘해당 인공지능 생성물에 내포한 표현’ 자체의 관계를 필요한 경우 충분히 증폭하여 포착할 수는 있으리라 생각한다. 그리고, 이에는 ‘해당 인공지능 생성물’이 ‘다른 인공지능 생성물과 구별되어 독특함이 발현되어 있다’라는 정도의 ‘상대적 의미’의 창작적 개성을 가지게 하였는지 여부를 중심으로 판단하는 것이 적절하다. 전통적인 창작성 평가방법에 의해서는 아무리 사소한 기여 라고 하더라도 ‘상대적’으로 창작성을 가미하였다고 인정할 수 있는 행위들을 발견할 수는 있다. 가령, 동일한 인공지능 시스템을 사용하였음에도 불구하고 산출된 생성물은 ‘어째서 이렇게 천차만별인가?’, ‘이렇게 된 원인은 어디에 있는가?’, ‘그 중에 어떤 인간의 행위가 가장 핵심적인 변인인가?’ 등의 물음을 통하여 생성물의 기원을 거꾸로 찾아가는 것이다.

한편, 의거성은 독자적 창작과 관련되므로 창작성과 동전의 양면과도 같은 위치에 있다. 특히, 인공지능 생성물 맥락에서의 의거성 여부에 있어서는 의거성의 객관적 측면¹³⁸⁾이 더욱 부각될 수 있다.¹³⁹⁾

137) 가령, 대부분 사적 영역에서 이루어지던 전통적인 창작과정에 비하여, 인공지능 생성물은 인공지능 시스템, 학습데이터 이용 등의 기술적 특징으로 인하여 (비록, 현재로서는 인공지능이 어떠한 구조와 체계를 토대로 생성물을 산출하는 것인지 명확히 설명하는 것은 곤란할지언정) 그 생성과정을 객관적으로 기록하여 증명하는 것 자체는 가능하다. 이는 저작자 확정 문제에서 전통적인 창작과정보다 오히려 판단을 쉽게 하는 요인이 될 수 있다. 한편, 이 점은 의거성과도 관련이 있을 수 있다. 일본 게이오대 법과대학원의 오쿠무라(奥邨弘司) 교수는, “... 이론적으로는, 인간의 경우도, 표현에 의거하였는지 아이디어에 의거하였는지를 본래는 물어야만 한다는 점이다. 다만, 이론적으로는 그러하지만, 인간이 저작물을 지각한 경우, 표현도 아이디어도 일체로서 수용하는 것이 보통이고, 이후의 창작시에 그것 중 어떤 것에 의거하였는지 구별하여 논하는 것은, 기본적으로 불가능하다. 그러므로, 종래는, 인간에 의한 창작에 수반하는(즉, 창작계(係)의) 복제권 침해나 번안권 침해의 사안의 경우에, 굳이, 의거의 대상이 표현인 가 아이디어인가를 구별하지 아니한 것에 불과하다.”라고 지적하면서, “... 기계학습의 경우는 구별이 될 가능성이 있는 이상, 구별하여 논하는 것이, 오히려, 저작권법의 기본적인 사고방식에 충실한 접근법(approach)이라고 말할 수 있다.”라고 설명하고 있다. (上野達弘=奥邨弘司編, 前掲書(注 80), 121頁).

138) 한편, “의거가 인정되기 위하여는, 기존 저작물의 표현내용을 인식하는 것과, 그것을 자신의 작품에 이 용한다는 의사라는 것 양자가 필요하다는 입장(주관설)”의 경우(西田美昭, “複製權の侵害の判断の基本的考え方”, 斉藤博=牧野利秋編, 『裁判実務大系27知的財産関係訴訟法』, 青林書院(1997), 127頁),... “소위 무의식의 의거(과거, 기존 저작물의 표현내용을 인식할 기회가 있었다고는 하지만, 새로운 저작물을 창작할 시에는, 그것을 망각한 상황)에서는, 의거가 인정되지 않게 된다(西田美昭, 前掲論文, 127 頁参照).” (上野達弘=奥邨弘司編, 前掲書(注 80), 116-117 頁). 다만, “... 일본에서의 이러한 학설상 논 의가 의거를 ‘주관적 사실’과 ‘객관적 위법’에 관한 요건으로 파악하면서도 고의·과실이라는 귀책요건과 개념상 분리하지 않았기 때문에 발생한 것이라면, 이는 불필요한 학설상 논의에 다름 아니다.”라는 지적이 있다. (박성호, “생성형 AI 관련 저작권 침해소송에서 주장·증명책임에 관한 고찰”, 『서울대학교 법학』, 66(1) (2025. 3.), 182면의 주 35).

139) 관련하여, “인공지능에 의한 의거”와 관련된 일본에서의 종래 논의를 소개하면 다음과 같다. ① (학습의 대상이 된) 저작물이 학습된 인공지능 모델 내부에 ‘창작적 표현’의 형태로 그대로 보유(保持)되어 있는 경우에는 의거를 인정하여야 한다는 견해(소위, “표현시 긍정설”, 가령, 横山久芳, “AIに関する著作権法・特許法上の問題”, 法律時報, 91(8) (2019), 50-56頁), ② 저작물이 창작적 표현의 형태가 아니라 ‘매개변수(parameter)’로서 추상화·단편화된 경우 등은, 아이디어를 이용한 것에 불과하므로 의거가 부인 된다는 견해(소위, “아이디어시 부정설”, 관련하여, 입력과 출력 사이를 관련짓는 학습 모델(인 함수)가 형성되는 과정에 있어서 개개의 학습데이터가 각각 어떠한 영향을 미치고 있는 것 자체는 부정할 수 없고, 자연인인 경우의 의거에 관한 논의(소위, “객관설”)를 적용하여 의거를 긍정하는 견해가 존재함을 지 적하면서도, 생성형 인공지능에 의한 생성물이 개개의 학습데이터에

인공지능 기술의 발전 여부에 따라서는 향후 과학적이고 적용과 증명이 용이한 의거성 규명 방법이 등장할 가능성도 기대할 수 있다. 미래에는 이러한 객관적인 방법을 통하여 인공지능 생성물에 대한 인간 기여의 총합이 창작적 기여로 작용하였는지 여부를 판단하게 될 수도 있을 것이다.¹⁴⁰⁾

4. 소결

현행 저작권법 체계는 창작성을 발현하는 주체는 오로지 인간일 수밖에 없으나 인공지능 생성물에는 인간의 창작적 기여가 단절되어 보이는 경우가 많다. 인공지능 창작환경에서 인공지능 생성물에 대한 인간의 기여는, (1) “인공지능 개발자의 기여”, (2) “프롬프트 입력을 통한 기여”, (3) “인공지능 그 자체로서의 기여”, (4) “학습데이터, 미세 조정을 통한 기여”, (5) “기타의 기여(‘최종 선택 행위’에 내재하는, ① “튜링 테스트” 통과를 위한 조력행위, ② 인공지능 생성물이 “불쾌한 골짜기(uncanny valley)”를 넘어서고 또한 ‘인간의 영혼(human soul)’을 불어 넣기 위한 모든 행위’ 등)” 등으로 파편화되어 나타난다. 한편, ‘선택, 배열’ 및 ‘수정, 증감’과 같은 오로지 인공지능 생성물 맥락에 특유한 것만은 아닌 인간의 기여 역시 인공지능 생성물 에 대한 인간의 기여에 해당함은 물론이다.

그러나, 기존의 전통적인 창작성 평가방법 하에서 상기의 기여들은 개별적으로는 창작에 대한 기여라고 평가되기 곤란한 것들이 다수이다. 이러한 상황에서는 인공지능 생성물의 저작물성은 크게 위축될 수 있고 인간의 기여 역시 소외되기 쉽다. 따라서, 우선 “개별 인간의 생성에 대한 기여들이 최종 생성물의 선택 시점에 모두 구체적으로 어우러져 창작에 대한 기여로 총합, 증폭되어 있음”을 고려할 수 있다. 그리고, 이것이 그 인공지능 생성물 자체가 다른 인공지능 생성물과 구별되는 창작적 개성을 가지게 하였는지 여부를 판단함이 타당하다. 이를 판단함에 있어서는, 해당 기여들의 총합이 결과적으로 생성물의 표현요소를 어떻게 결정짓게 되는 것인지 여부를 검토할 수 있다. 그 뒤, 사후적 판단을 통하여 생성에 있어 가장 결정적인 기여를 한 인간을 특정하여 그를 최종 인공지능 생성물에 대한 유력한 저작자 후보자로 간주할 수 있을 것이다. 이로써, 인간 저작자 요건을 기계적으로 관철시킨 결과 인간의 기여가 오히려 소외되는 역설적인 상황 또한 예방할 수 있을 것이다.

다만, 인간 기여의 총합으로써 앞으로 생성될 모든 인공지능 생성물로부터 인간의 창작적 기여를 항상 발견할 수 있다고 단정할 수는 없다. 저작물성을 위한 인간의 창작적 기여를 인정하기 위해서는 인간과 인공지능 생성물 사이의 ‘인과적 연결관계’만으로는 부족하다. 저작권법의 규범적 관점에서 생성물에 내포한 창작적 표현에 대한 인간의 ‘실질적 통제’가 요청된다고 보는 것이 타당하다. 창작적 표현의

생성에 관한 ‘인과적 연결관계’ 있는 개별 인간의 기여들을 최종 인공지능 생성물의 선택 시점에 총합하여 ‘실질적 통제’로 작용하는 것인지를 종합적으로 고찰하여야 한다. 가령, 전통적인 관점에서 창작적 기여라고 평가하기 곤란한 것일지라도, 그러한 인간의 개별 기여들 각각이 인과적인 관점에서 생성 그 자체에 일부라도 기여하고 있음은 분명한지 확인한다. 그렇다면, 우선 이들을 총합하여 종합적으로 관찰한다. 여기서, 그 총합이 결과적으로 생성물의 표현요소의 전부 또는 일부를 결정짓게 될 정도의 것인지 평가한다. 이를 긍정할 수 있다면 그것은 창작적 기여로 증폭된다고 간주할 수 있다. 궁극적으로, 그 총합 중에서 가장 핵심적인 기여가 무엇인지를 평가하여 저작자가 될 자를 정할 수 있을 것이다. 관련하여, 창작적 기여로의 총합(總合)자로서의 법인을 상정할 수 있다. 법인은 인공지능 생성물의 생성 전(全) 과정의 인간 종업원의 기여를 기획으로써 모두 포괄할 수도 있다. 만일, 인간 종업원들의 기여의 총합이 표현요소에 대한 실질적 통제로 작용하는 경우 그 인공지능 생성물은 해당 법인을 저작자로 하는 업무상저작물로 성립될 수 있다.

VI. 결론

본고는 지금 도래하여 우리들이 목격하고 있는 인공지능 시대에, 저작권법이 과연 그 시대 의 부름에 진정으로 제대로 응답할 수 있을 것인지에 대한 의문에서 출발하였다. 그리고, 오히려 많은 이들은 저작권법이 순수 인간 창작 행위를 보호하기 위한 적극적 우대조치(affirmative action)로 기능할 것을 희망하며 이에 안도하고 있는 것은 아닌지 의심하게 되었다. 이러한 문제의식 속에서 인공지능 창작환경에서도 저작권법이 인간을 다시 창작의 중심영역으로 되돌려 놓아 저작자의 권리 보호와 저작물의 공정한 이용을 도모하여 문화창달을 이룩할 수 있도록, 창작성의 미래를 예견해 보았다.

현재의 저작권법 체계는 창작성을 발현하는 주체는 오로지 인간일 수밖에 없으나 인공지능 생성물에는 인간의 창작적 기여가 단절되어 보이는 경우가 많다. 인공지능 창작환경에서 인공지능 생성물에 대한 인간의 기여는 파편화되었고, 개별적으로는 창작에 대한 기여라고 평가하기 곤란한 것들이 다수이다. 따라서 “개별 인간의 생성에 대한 기여들이 최종 생성물의 선택 시점에 모두 구체적으로 어우러져 총합(總合)되고, 이것이 창작에 대한 기여로 증폭될 수 있음”을 주장하고자 하였다. 그리고, “이것(인간 기여의 총합)이 그 인공지능 생성물 자체가 다른 인공지능 생성물과 구별되는 창작적 개성을 가지게 하였는지” 여부를 우선 판단함이 미래 의 창작성 요건에도 부합할 것이라고 전망한다. 개별 기여들의 총합이 결과적으로 생성물의 표현요소의 전부 또는 일부를 결정짓게 되는 경우를 간과할 수는 없다. 이러한 종합적 관찰을 세심하게 수행한다면, 인간 저작자 요건을 기계적으로 관철시킨 결과 역설적으로 인간의 기여를 소외하게 되는 우를 범하지 않을 수 있을 것이다. 또한, 사후적 판단을 통하여 생성에 있어 가장 결정적인 기여를 한 인간을 특정하여, 그를 최종 인공지능 생성물에 대한 유력한 저작자 후보자로 간주할 수 있다. 이로써 인공지능 창작환경에서도 전통적인 창작성 평가방법을 기계적으로 적용한 결과 인공지능 생성물에 대하여서만 사실상 완전한 독창성을 요구하게 되는 위험 또한 회피할 수 있을 것이다.

대응하는 저작물에 의거하여 생성된 것으로서 전형적으로 평가하는 것은 이론적으로 무리가 있다고 비판하면서, 원칙적으로 인공지능에 의한 의거를 인정하지 않는 견해(平嶋竜太, “Generative AIによる生成物をめぐる知的財産法の課題”, L&T別冊9号, (2023), 61-75頁) 참조), ③ 저작물이 학습데이터에 포함되어 있었다는 등 원 저작물 예의 접근(access)이 있었다면 의거를 인정할 수 있고, 침해의 성부에 있어서는 실질적 유사성만으로 판단하면 족하다는 견해(소위, “전면적 긍정설”, 가령, 愛知靖之, “AI生成物・機械学習と著作権法”, パテント, 73(8) (2020), 143-145頁). 상세는, 上野達弘=奥邨弘司編, 前掲書(注 80), 108-127頁参照(奥邨弘司執筆部分).

140) 가령, 각주 49번 참조.

한편, 해당 인공지능 생성물에 내포한 창작적 표현이 그로부터 유래(기원)하였다고 규범적으로 평가할 다른 수단이 존재하는지도 더욱 면밀히 검토할 필요가 있다. 다시금 되새겨야 할 창작성 요건의 중요한 정신은 '무릇 인간의 사상이나 감정은 선인(先人)의 문화를 기초로 하여 또는 그 영향을 받아서 성립하는 것이므로 완전한 독창성이라 하는 것은 있을 수 없다'는 것이다. 이는 인공지능 생성물이라 하더라도 달리 취급할 이유가 없다. 특히, 현재 수준의 대부분의 생성형 인공지능 모델이나 시스템 자체가 바로 인간의 문화를 학습하여 모방한 것에서 기원하였다고 규범적으로 평가할 수 있기 때문이다. 인공지능 생성물은 필연적으로 학습데이터에 기반한 결과이고, 인간 사용자의 지시와 생성물 사이의 구체적인 표현의 공백을 메워 넣는 것은 비인간(인공지능 기술(technology))이라기보다 인간 문화인 것이다.

학습데이터와 인공지능 생성물은 창작적 기여의 관점에서도 서로 분리된 맥락에 있는 것이 아니라 밀접하게 상호작용하는 관계에 놓여있다. 거시적으로, 학습데이터는 생성형 인공지능이라는 매체를 발전시켜 일반의 사용자로 하여금 생성물에 내포한 표현요소에 대한 통제력을 높일 수 있게 한다. 미시적으로, 인공지능 사용자는 학습데이터로써 생성물의 창작적 표현을 통제한다. 인공지능 사용자는 학습용 데이터셋 구축을 위한 데이터 큐레이션(data curation)을 직접 행하거나, 타인 저작물의 이용권을 확보하거나, 자신이 창작한 다양한 기존 저작물을 학습데이터로 이용하기도 한다. 한편, 학습데이터는 타인 저작물의 표현요소를 용이하게 생성케 함으로써 특정 인간 사용자의 생성물에 대한 창작적 기여를 제한하거나 단절시키는 원인이 될 수도 있다. 그러므로, 인공지능 맥락에서 학습데이터의 이용과 관련된 논의는 창작적 기여의 관점에서도 고려될 필요가 있다.

현시점에 인간의 생성에 대한 여러 기여행위 중 창작적 기여라고 평가하기에 가장 유력한 것은 사용자의 프롬프트 입력행위이다. 이러한 점에서 "프롬프트 기반 저작권" 상당히 유효한 접근법이 된다. 그리고, "프롬프트 기반 창작"에 있어서는 "생성물의 표현에 대한 창작적 기여가 단절될 정도의 추상적 지시"와 "인공지능의 자율성이 몰락되어 그 도구적 특질을 활용할 수 없을 정도의 구체적 지시" 사이의 "골디락스 존(Goldilocks Zone)"을 설정할 필요가 있음을 충분히 고려하여야 한다. 어떤 프롬프트가 위의 영역에 속하는 '구체적 지시'에 해당하는 것인 지에 있어서는 저작물의 유형(표현형식 및 방법)을 고려하여 이를 구성하는 각각의 개별 표현 요소에 대하여 '프롬프트' 및 '프롬프트를 구성하는 각 요소'가 어떻게 작용하였는지 고려되어야 한다. 가령, 음악저작물은 일반적으로 가락(melody), 리듬(rhythm), 화성(harmony)의 3가지 요소로 구성된다. 따라서, 음악저작물의 외관을 갖춘 인공지능 생성물의 경우 그 생성을 위하여 인공지능 사용자가 입력한 전체 프롬프트 및 프롬프트의 개별 요소와 위 각 요소들 사이의 관계에 주목하여야 한다. 전체 프롬프트 및 프롬프트의 개별 요소들이 위 각 요소의 표현형식을 결정짓는 '구체적 지시'로서 기능하였는지 평가할 필요가 있다. 더 나아가서, 개별 프롬프트 요소가 각각의 표현요소들 자체를 결정지을 정도의 구체적 지시로까지 기능하지 못할 수 있다. 그러나, 전체적인 프롬프트가 각각의 표현요소들이 하나의 저작물 내에서 서로 유기적으로 조합되도록 일정한 방침, 지침으로 작용할 정도로는 기능할 수 있다. 이러한 프롬프트 또한 생성물에 대한 창작적 기여가 단절되지 않을 정도의 구체적 지시라고 평가할 수 있다.

<참고문헌>

1. 국내 문헌

- 박성호, 『저작권법』, 제3판, 박영사 (2023).
- 오승중, 『저작권법』, 제6판, 박영사 (2024).
- 권영준·조정욱, 『저작권침해 판단론』, 제2판, 박영사 (2023).
- 강현호·한의태·정재석, "AI 생성물의 저작물성과 창작성 판단에 대한 고찰 -생성형 인공지능의 도구성을 중심으로-", 『계간 저작권』, 37(2) (2024).
- 권순재, "인공지능 학습 관련 저작권 침해소송의 현실적 문제에 관한 소고 - 미국 캘리포니아 북부지방법원
- 계류중 사건을 중심으로 -", 『법학논총』, 제41권 제4호, 한양대학교 법학연구소 (2024).
- 권순재, "인공지능 학습 맥락에서의 TDM 면책과 공정이용에 관한 소고 - 생성형 인공지능의 대두에 따른 저작권 문제의 변화된 양상을 중심으로-", 『정보법학』, 제28권 제2호 (2024).
- 김병일, "편집저작물의 창작성 및 실질적 유사성 판단 기준", 『정보법학』, 28(1) (2024).
- 김시열, "인공지능 활용에 따른 특허법상 통상의 기술자 기술수준에 관한 연구", 『법학논총』 제47권 제2호, 단국대학교 법학연구소 (2023).
- 류시원, "생성형 AI 프롬프트 입력에 대한 저작권법상 평가", 『계간 저작권』, 37(4) (2024).
- 박성호, "생성형 AI 관련 저작권 침해소송에서 주장·증명책임에 관한 고찰", 『서울대학교 法學』, 66(1) (2025. 3.).
- 서창배, "AI를 통해 생성된 새로운 데이터의 법적 문제 - 디지털 디자인 분야를 중심으로 -", 『기업법연구』, 37(4), 한국기업법학회 (2023).
- 신재호, "저작자 개념에 관한 소고", 『산업재산권』, 61, 한국지식재산학회 (2019).
- 손한기, "중국의 생성형 AI 저작권 이슈 고찰 - 중국 베이징, 광저우 인터넷 법원의 관련 판결에 대한 평석을 중심으로 -", 『법학논총』, 41(3), 한양대학교 법학연구소 (2024).
- 윤권순, "사진의 법적 보호에 대한 초기 담론: 영국 미술저작권법(1862)을 중심으로", 『계간 저작권』, 37(3) (2024).
- 이해완, "인공지능 생성물에 대한 저작권 보호의 조건으로서의 '인간의 창작적 기여'", 『산업재산권』, 79 (2024).
- 황선영, "중국의 생성형 인공지능 창작물에 대한 법원 판결 분석과 저작권 쟁점 검토 - 北京互联网法院(2023)京0491民初11279号 (Li v. Liu) 판결을 중심으로 -", 『산업재산권』, 77 (2024).
- 권순재, "인공지능 생성물의 창작성 판단에 있어서 인간 기여의 총합에 관한 연구", 박사학위 논문, 한양대학교 법학전문대학원 (2025. 8.).
- 김퇴정, "중국 저작권법상 직무저작제도에 대한 연구 -인공지능 생성물에 대한 적용여부를 중심으로-", 박사 학위 논문, 한양대학교 (2022).
- 김한주, "인공지능 생성물의 권리 귀속에 관한 연구", 석사학위 논문, 경상국립대학교 대학원 (2025).

문화체육관광부/한국저작권위원회(최진원, 강보라 집필), "2023 저작권 등록 심사 편람" (2023. 11. 30.).

김영희, "생성형 인공지능(Generative AI) 산업 현황 보고서", 『저작권 기술 산업 현황 보고서』, 2023-04, 한국저작권위원회 (2023).

도우리, "AI는 못 그리는 '살아 있는 연어'", 한겨레21 (2022. 11. 3.), <<https://h21.hani.co.kr/arti/photo/story/52814.html>>.

박설민, "AI는 왜 '손'만 못 그릴까?", The AI (2023. 3. 3.), <<https://www.newstheai.com/news/articleView.html?idxno=3812>>.

최승재, "[연구논단]음란물의 저작물성", 『법률신문』 (2015. 9. 10.), <<https://www.lawtimes.co.kr/news/138891>>.

최아리, "'33원정대' 수상 취소로 불거진 게임업계 'AI 창작' 논쟁", 조선경제 (2025. 12. 29.), <https://www.chosun.com/economy/tech_it/2025/12/28/DL4P6N6ZWFDXVGDVTC5CZZJ52I/>.

2. 외국 문헌

Goldstein P. and Hugenholtz P.B., 『International copyright: principles, law, and practice』 (4th Edition), Oxford (2019).

M.B. Nimmer & D. Nimmer, 『nimmer on copyright』, Vol. 1, LexisNexis (2007).

Ryan Abbott, "Everything Is Obvious", UCLA Law Review, 66(1) (2019).

Bridy A., "The evolution of authorship work made by code", Columbia Journal of Law & the Arts, 39 (2016).

Dan L. Burk, "Thirty-Six Views of Copyright Authorship, by Jackson Pollock", Huston Law Review, 58 (20 20).

Timothy L. Butler, "Can a Computer be an Author - Copyright Aspects of Artificial Intelligence", Hastings Communications and Entertainment Law Journal, 4(4) (1982).

Mackenzie Caldwell, "What Is an "Author"? - Copyright Authorship of AI Art Through a Philosophical Lens", Houston Law Review, 61 (2023).

Richard H. Chused, "Randomness, AI Art, and Copyright", Cardozo Arts & Entertainment Law Journal, 40 (3) (2023).

Mark Fenwick and Paulius Jurcys, "Originality and the Future of Copyright in an Age of Generative AI", Computer Law & Security Review, 51 (2023).

Ginsburg J., "People not machines: authorship and what it means in the Berne Convention", IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law, 49 (2018).

Uri Y. Hacoheh and Niva Elkin-Koren, "Copyright Regenerated: Harnessing GenAI to

Measure Originality and Copyright Scope", Harvard Journal of Law & Technology, 37(2) (2024).

Vincenzo Iaia, "To Be, or Not to Be ... Original Under Copyright Law, That Is (One of) the Main Questions Concerning AI-Produced Works", GRUR International, 71(9) (2022).

Elif Kavusturan, "Reforming U.S. Patent Law to Enable Access to Essential Medicines in the Era of Artificial Intelligence", Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property, 18(1) (2020).

Amir. H. Khoury, "Intellectual Property Rights for Hubots: On the Legal Implications of Human-Like Robots as Innovators and Creators", Cardozo Arts & Entertainment Law Journal, 35(3) (2017. 9.).

Katherine Lee et al., "Talkin' 'Bout AI Generation: Copyright and the Generative-AI Supply Chain", arXiv (2024. 3. 1.), p.27, <<https://arxiv.org/abs/2309.08133>>.

Jon McCormack et al., "Is Prompts Really Making Art?", arXiv (2023. 2. 2.), p.5, <<https://arxiv.org/abs/2301.13049>>.

Andreas Rahmatian, "Temple Island Collections v New English Teas: An Incorrect Decision Based on the Right Law?", European Intellectual Property Review, 34(11) (2012).

Ricketson S., "The 1992 Horace S. Manges lecture – people or machines: the Bern Convention and the changing concept of authorship", Columbia-VLA Journal of Law & The Arts, 16 (1991).

Alan M Turing, "Computing Machinery and Intelligence", Mind, 59 (1950).

Shlomit Yanisky-Ravid, "Generating Rembrandt Artificial Intelligence, Copyright, and Accountability in the 3A Era -The Human-like Authors are Already here- a new model", Michigan State Law Review, 659 (2017).

U.S. Copyright Office, "Copyright and Artificial Intelligence", Part 2: Copyrightability, A Report of The Register of Copyrights (2025. 1.).

U.S. Copyright Office, "Letter from U.S. Copyright Office to Kristina Kashtanova", (2023. 2. 21.), <<https://www.copyright.gov/docs/zarya-of-the-dawn.pdf>>.

U.S. Copyright Office & Library of Congress, "Copyright Registration Guidance: Works Containing Material Generated by Artificial Intelligence", Federal Register, 88(51) (2023. 3. 16.), <<https://www.federalregister.gov/documents/2023/03/16/2023-05321/copyright-registration-guidance-works-containing-material-generated-by-artificial-intelligence>>.

U.S. Copyright Office(Copyright Review Board), "Re: Second Request for Reconsideration for Refusal to Register Théâtre D'opéra Spatial (SR # 1-11743923581; Correspondence ID: 1-5T5320R)", (2023. 9. 5.), <<https://www.copyright.gov/rulings-filings/review-board/docs/Theatre-Dopera-Spatial.pdf>>.

U.S. Copyright Office(Copyright Review Board), “Re: Second Request for Reconsideration for Refusal to Register SURYAST (SR # 1-11016599571; Correspondence ID: 1-5PR2XKJ)”, (2023. 12. 11.), <<https://www.copyright.gov/rulings-filings/review-board/docs/SURYAST.pdf>>.

Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, as amended on 28 September 1979.

WIPO, “Guide To The Copyright and Related Rights Treaties Administered By WIPO and Glossary of Copyright and Related Rights Terms” (2003).

Invoke AI, “How We Received The First Copyright for a Single Image Created Entirely with AI-Generated Material” (2025. 2. 10.), <<https://44037860.fs1.hubspotusercontent-na1.net/hubfs/44037860/Invoke-First-Copyright-Image-AI-Generated-Material-Report.pdf>>.

Sukanya Sarkar, “India Copyright Office Recognizes Co-Authorship of AI for the Copyrighted Work”, Managing IP (2021. 8. 5.), <<https://www.managingip.com/article/2a5czmpwixyj23wyqct1c/exclusive-india-recognizes-ai-as-co-author-of-copyrighted-artwork>>.

Oyen Wiggs Green and Mutala, “Canada: CIP0 Recognizes An AI As Co-Author In A Copyright Registrati on”, mondaq (2022. 3. 15.), <<https://www.mondaq.com/canada/copyright/1171900/cipo-recognizes-an-ai-as-co-author-in-a-copyright-registration>>.

上野達弘＝奥邨弘司編, 『AIと著作権』, 勁草書房 (2024. 2. 28.).

西田美昭, “複製権の侵害の判断の基本的考え方”, 齊藤博＝牧野利秋編, 『裁判実務大系 27知的財産関係訴訟法』, 青林書院 (1997).

横山久芳, “AIに関する著作権法・特許法上の問題”, 法律時報, 91(8) (2019).

平嶋竜太, “Generative AIによる生成物をめぐる知的財産法の課題”, L&T別冊9号, (2023).

愛知靖之, “AI生成物・機械学習と著作権法”, パテント, 73(8) (2020).

토론

“AI 창작환경과 창작성의 미래”의 토론문

신재호 교수(경상국립대학교)

저는 아이디어 영역의 창작자를 저작자 개념으로 포섭으로 할 수 있는지를 검토하는 논문에서 창작의 개념을 고민하면서, 창작성 판단에 있어 ‘선택의 폭’ 이론을 적용한다면, 결국 “창작은 저작물의 구상으로부터 완성에 이르기까지 계속되는 ‘일련의 선택과 결정의 과정’으로 볼 수 있다”고 언급한 바 있습니다.¹⁾ 이러한 생각은 생성형 AI가 출현한 현시점에서도 기본적으로 변함이 없지만, 이에 대해 적지 않은 고민도 공존합니다.

먼저, 저작자의 개성과 같은 인격적 요소를 배제한 이러한 창작의 개념은 (동일한 저작자가 창작한 저작물일지라도) 각각의 저작물마다 독립된 권리가 발생하는 저작권만으로는 저작자의 인격권을 완벽하게 보호할 수 없다는 것을 전제로 합니다.²⁾

또한 이러한 정의에 따르면, 자율성을 개념적 핵심 요소로 하는 생성형 인공지능³⁾의 창작 능력을 부정할 수 없습니다. 동일한 프롬프트를 입력하여도 다양한 콘텐츠가 생성된다는 것은 인공지능 스스로 적지 않은 선택과 결정을 한다는 것을 의미하기 때문입니다.

인공지능의 창작 능력을 인정한다면, 인공지능 사용자는 의뢰인으로서 인공지능에게 창작을 의뢰할 수도 있고, 동료 창작자로서 인공지능과 공동으로 창작할 수도 있으며, 인공지능을 보조 작가나 조수로 활용하여 창작에 도움을 받을 수도 있습니다. 각각의 경우에 있어 인공지능의 자율성(선택과 결정 과정에서의 개입)은 다양한 수준으로 통제될 수 있으며, 이는 인공지능 사용자가 입력하는 프롬프트의 내용과 수준에 따라 결정됩니다.

프롬프트는 주로 텍스트 형태의 지시 명령으로 입력되기 때문에 인공지능 사용자는 생성물의 작성에 있어 아이디어 영역에서 개입하는 것이 일반적이고, (물론 최종 생성물의 표현 일부분이 프롬프트로 입력된 경우에는 인공지능 생성물의 표현 영역에 있어서도 창작적 기여가 인정될 수 있습니다) 결국 프롬프트 입력자가 인공지능 생성물의 저작자로 인정될 수 있는지는 아이디어 영역의 창작자가 해당 아이디어의 표현에 대해 저작자가 될 수 있는지의 문제와 크게 다르지 않습니다.⁴⁾

1) 신재호, “저작자 개념에 관한 소고,” 산업재산권(제61호), 한국지식재산학회, 2019, 213면.

2) 저작자의 인격적 이익은 존중되어야 하지만, 저작인격권은 특정 저작물의 이용과 관련된 최소한의 보호만 가능할 뿐이다. 즉, 저작자의 인격적 이익은 저작권이 아닌 인격권으로 충분히 보호되어야 한다.

3) 생성형 인공지능은 이용자가 입력한 특정한 요구(프롬프트)에 따라 AI가 다양한 수준의 자율성을 가지고 텍스트, 이미지, 오디오, 비디오 등의 콘텐츠를 생성하는 인공지능 기술을 말한다. 2023. 5. 11. EU 의회의 ‘EU 인공지능법안’ 수정안에서 “specifically intended to generate, with varying levels of autonomy, content such as complex text, images, audio or video”라고 정의한 바 있었으나(Art. 28b 4), 2024. 6. 14. 가결된 EU 인공지능법에서 이러한 생성형 AI의 정의는 삭제되었다(이철남 외, AI저작권 법제도 개선방안 연구, 한국저작권위원회, 2024, 187면, 각주 324).

4) 어떤 아이디어를 구체화한 모든 저작물에 있어 아이디어 영역의 창작자를 저작자로 인정할 수는 없다. ... 아이디어 영역의 창작자는 공동으로 창작한 저작물에 있어서만 저작자가 될 수 있으며, 아이디어를 제공하면서 창작을 의뢰한 경우와 공동 창작은 구별되어야 한다. 먼저, 새로운 아이디어만을 제공하거나 기존 저작물의 내재적 표현만을 제공하면서 이를 기초로 완성된 저작물을 단순히 승인하는 것만으로는 공동저작자로서 요구되는 충분한 창작적 기여로 볼 수 없다. 이는 단순히 창작을 의뢰한 것이거나, 자신의 저작물에 대한 2차저작물의 작성을 허락한 것으로 볼 수 있을 뿐이다. ... 다양

즉, 생성형 인공지능 등장 이전의 조영남 사건, 김수로 사건,⁵⁾ 구름빵 사건,⁶⁾ 체험전 기획안 사건,⁷⁾ Daniel Spoerri의 “나의 아침식사” 사건⁸⁾ 등에서 깊이 있게 검토되지 않았던 저작자를 결정하는 문제부터 좀 더 고민하여 답하여야 할 것입니다.

‘선택의 폭’ 이론을 적용한다면, 저작권법상 보호적격으로서의 창작성(창작적 기여)은 창작과정에서의 선택의 여지를 실질적으로 제한하여 후발주자에게 충분한 선택의 여지를 남겨두었지의 판단입니다. 발제문에서 언급한 바와 같이 이를 구별하는 견해도 있지만, ‘선택의 폭’의 문제로 보호적격을 판단하고자 한다면, 창작 이전에도 창작자에게 충분한 선택의 폭(창작법적 선택의 폭)이 존재하였어야 하고, 창작 이후에도 경쟁자에게 충분한 선택의 여지(경쟁법적 선택의 폭)가 남아 있어야 할 것입니다.⁹⁾ 엄밀히 말하면, 전자는 (협의의) 창작성 문제이고, 후자는 아이디어 표현 이분법의 문제라고도 할 수 있습니다. 저작권법상 아이디어는 완성에 이르기까지 아직 선택하고 결정하여야 할 사항이 너무 많이 남아 있어 특정인의 독점이 경쟁자의 선택 여지를 현저하게 제한하는 영역이라 할 수 있고, 창작성이 부족하다는 것은 창작 과정에서 주어진 선택의 폭을 충분히 제한하지 못한 것으로 평가할 수 있습니다. 결국 선택의 폭의 문제로 보호적격을 판단하게 된다면, 창작성과 아이디어 표현 이분법의 경계를 명확히 구별하는 것이 곤란하게 됩니다.¹⁰⁾

발제문에서 언급하는 인공지능 사용자의 창작적 기여도 선택의 폭 이론을 적용한다면, 프롬프트 입력 등을 통해 콘텐츠 생성 과정에서의 선택의 폭을 실질적으로 제한하였는지의 판단으로 결정되어야 할 것입니다. 또한 창작을 ‘일련’의 선택과 결정의 과정으로 본다면, 최초 프롬프트에 따라 생성된 산출물에 추가적인 프롬프트를 계속적으로 입력하여 최종 산출물이 결정된 경우, 인간 사용자의 창작적 기여는 전체 과정의 총합으로 평가되어야 할 것입니다.

한 형태로 구현될 수 있는 아이디어 내지 내재적 표현이 특정한 형태로 구체화되는 과정에서도 실질적인 창작적 기여가 추가되어야 공동으로 창작한 것으로 인정될 수 있다고 본다. 외부적 표현에 있어서도 창작적 기여가 존재하거나 또는 특정 아이디어를 구현하는 과정에서의 시행착오를 줄여주면서 보다 충실히 아이디어가 표현될 수 있도록 구체적 표현에 있어서의 선택의 여지를 실질적으로 제한하는 창작적 기여가 추가되어야 한다. 이렇듯 특정 아이디어를 구현하는 표현 과정에서도 창작적 기여가 인정된다면, 아이디어 영역의 창작자도 해당 저작물의 공동저작자로 인정될 수 있다고 생각한다(신재호, 앞의 논문, 238-239면).

5) A가 작성한 작성한 전반부를 무단으로 이용하면서, 후반부는 B가 작성하여 완성한 대본의 저작자가 누구인지 문제가 된 대법원 2016. 7. 29. 선고 2014도16517 판결.

6) 구름빵에 삽입된 사진의 저작자가 누구인지 문제가 된 서울서부지방법원, 2016. 1. 14. 선고, 2015가합32059 판결[저작권 부존재 확인의 소]. 이 판결은 사진 촬영자가 항소를 포기하여 확정되었다.

7) 체험전(공연)을 어문저작물로 등록된 기획안의 2차적저작물로 인정한 대법원 2019. 12. 27. 선고 2016다208600 판결.

8) 오브제 작가 Daniel Spoerri는 자신의 제안에 따라 전시 중 방문객이 직접 제작한 작품 중 몇 개를 선택하여 자신이 기획하고 감독했음을 인증하는 서명을 하였고, 그 중 당시 11세 소년이 제작한 작품이 프랑스 현대미술관에 전시되어 이러한 사실을 모르고 작품을 구매한 매수인이 매매계약 취소소송을 제기한 2005. 11. 15. 프랑스 파기원 판결(남궁술·박광동, 유럽의 문화법제에 관한 비교법적 연구, 한국법제연구원, 2008, 95-104면 참조).

9) 中山 교수의 선택의 폭 이론은 창작 이후 후행자에게 선택의 여지가 충분히 남아있는지, 上野 교수의 선택의 폭 이론은 창작 이전 저작자에게 충분한 선택의 폭이 존재하였는지(결국 창작 과정에서 선택의 폭을 충분히 제한한 것인지)의 판단으로 구별할 수 있다(박성호, 저작권법(제3판), 박영사, 2023, 43면 각주 69 참조).

10) 예컨대, 저작권 침해를 부정하면서, 차용한 부분이 창작성이 없는 부분이기 때문인지, 저작권으로 보호받을 수 없는 아이디어 영역이기 때문인지 명확히 구별하기 어렵다.

다만, 최종 산출물의 결정이라는 기여 부분을 어떻게 평가할 것인지 고민할 필요가 있는데, 최종 산출물의 결정만으로도 경쟁자의 선택의 여지는 충분히 확보될 수 있기 때문입니다. 그러나 이러한 최종 산출물의 결정만으로 인공지능 사용자가 콘텐츠 생성 과정에서의 선택의 폭을 실질적으로 제한한 것으로 평가할 수는 없기 때문에 추상적 지시에 불과한 동일한 프롬프트를 반복적으로 입력하면서 생성된 산출물 중 하나를 선택하였다면, 프롬프트 입력자의 창작적 기여는 인정될 수 없다고 생각합니다.(이에 대한 발제자의 의견을 듣고 싶습니다.)

한편, 인공지능 생성물에 대하여 인간의 창작적 기여 부분이 존재한다는 이유만으로 인공지능 생성물의 창작성(저작물성)이 인정되는 것으로 단정할 수는 없습니다. 자신이 완결하지 않는 저작물, 누군가에 의하여 추가되거나 변경된 저작물에 대해, 자신이 창작한 부분이 포함되어있다는 이유만으로 저작자가 될 수는 없다고 생각하기 때문입니다.¹¹⁾ 인공지능 생성물에 프롬프트 입력자의 창작적 기여 부분이 존재한다면, 인공지능 생성물은 프롬프트 입력자의 저작권을 침해하는 것으로 평가될 수는 있겠지만, 프롬프트 입력자의 저작물로서 인정되기 위해서는 추가적으로 “공동 창작”의 요건이 충족되어야 할 것입니다.¹²⁾

또한, “공동 창작”으로 인정되기 위해서 공동 창작의 의사가 필요하다는 주관설 입장에서 (인공지능의 창작 능력을 인정하는 것과 별개로) 인공지능에게 공동 창작의 ‘의사’를 인정할 수 있을지도 의문입니다. 다만, 개인적으로는 공동 창작의 의사는 불필요하지만, 저작물의 완성에 있어 자신이 창작한 부분은 물론 다른 공동 창작자가 창작한 부분에 대하여 직접 수정하거나 수정을 요구할 수 있는 실질적 권한이 있어야 추가적으로 완성된 부분까지 ‘공동으로 창작’한 것으로 인정할 수 있다는 입장이기 때문에¹³⁾ 최초 프롬프트에 따라 생성된 산출물에 추가적인 프롬프트를 계속적으로 입력하면서 최종 산출물

11) 다수의 창작적 기여부분이 포함된 저작물(편집저작물, 2차적저작물, 공동저작물, 결합저작물 등)의 경우 저작자의 결정이 쉽지 않다. 자신이 창작한 부분만으로 독립된 저작물로서 특정된다면, 해당 저작물의 저작자로 인정되는 것은 분명하나, 자신이 창작한 부분이 포함된 저작물에 있어서도 저작자가 될 수 있는지는 별도의 검토가 필요하다. 자신이 완결하지 않는 저작물, 누군가에 의하여 추가되거나 변경된 저작물에 대해 자신이 창작한 부분이 포함되어 있다는 이유만으로 저작자가 될 수는 없는 것이다(신재호 앞의 논문, 216면).

12) 프롬프트 입력자와 인공지능의 관계에서 “공동 창작”의 요건이 충족되지 않는다면, 프롬프트의 총합에 의한 창작적 기여가 인정된다 하더라도, 인공지능 생성물을 마치 기획안을 기초로 작성된 2차적저작물처럼 취급하여 인공지능 생성물의 이용을 통제할 수 있을지언정, 인공지능 생성물을 프롬프트 입력자의 저작물로 인정할 수는 없다고 생각한다. 또한, 해당 프롬프트에 의하여 생성될 수 있는 모든 산출물이 실질적 유사성 범위를 벗어날 수 있도록 인공지능의 자율성이 통제되지 않은 경우라면 인공지능 생성물이 프롬프트의 저작권을 침해한 것으로 보기도 쉽지 않을 것이다.

13) 창작행위가 사실행위이고, 저작자의 결정은 창작에 참여한 자의 사실행위에 의하여 결정되는 것이지, 그들의 의사에 의하여 결정되는 것은 아니라는 점에서 공동 창작의 의사를 추가적으로 요구하지 않는 우리 저작권법에서도 공동 창작의 의사를 기준으로, 즉 어떠한 의사(대법원 2014. 12. 11. 선고 2012도16066 판결에 따르면, 공동의 창작행위에 의하여 각자의 이바지한 부분을 분리하여 이용할 수 없는 단일한 저작물을 만들어 내려는 의사)를 가지고 공동으로 창작한 경우에만 공동저작자가 될 수 있다고 판단하는 것은 옳지 않다고 생각한다. 오히려 ‘공동 창작행위’를 보다 엄격히 해석하여 자신이 창작에 참여하여 완성한 부분까지의 저작물에 대하여 저작자가 될 수 있는 것으로 해석하는 것이 보다 논리적으로 보인다. 즉, ‘공동으로 창작’한 것이라면 저작물의 완성에 있어 자신이 창작한 부분은 물론 다른 공동 창작자가 창작한 부분에 대하여 직접 수정하거나 수정을 요구할 수 있는 실질적 권한이 있어야 할 것이며, 최종 완성에 개입하여 이를 수정 보완할 실질적 권한이 없었다면 (사실상 행사 여부는 별론으로) 추가적으로 완성된 부분까지 공동으로 창작한 것으로 볼 수 없을 것이다. 후행 창작자가 완성한 저작물을 선행 창작자가 추가적인 작업 없이 승인한 것만으로 최종 저작물까지 공동으로 창작한 것인지 의문이 있을 수 있으나, 창작의 본질을 ‘일련의 선택과 결정의 과정’이라 이해한다면, 더 이상의 수정이나 보완이

이 결정되었다면, 인공지능과 프롬프트 입력자 사이에서도 '공동 창작'의 요건이 충족될 수 있다고 생각합니다.(인공지능 생성물의 저작물성 판단에 있어 공동 창작의 요건이 불필요하다고 생각하시는지, 충족될 수 있다고 생각하는지에 대한 발제자의 의견도 듣고 싶습니다.)

마지막으로 이론적으로는 인공지능 생성물에 대한 사용자의 창작적 기여를 인정할 수 있다고 하더라도, '실질권설' 입장에서 저작권을 부여할 것인지는 한번 더 고민하여야 할 것입니다.¹⁴⁾ 저작권법의 목적에 비추어 인공지능 생성물에 대한 저작권 보호가 문화 발전에 도움이 될 수 있는지, 이 순간에도 특별한 고민 없이 인공지능에 의해 선택된 수많은 생성물이 쏟아지고 있는 AI 창작 환경에서도 다양한 저작물이 창작될 수 있도록 하기 위한 인센티브로서의 저작권이 여전히 필요한 것인지에 대해 확신 있게 답하기 어렵기 때문입니다.

더 나아가, 창작을 선택의 문제로 본다면, 저작자는 작가(作家)로서의 보호가 아닌, 추천인 내지 보증인으로서의 보호만으로 충분할 수 있습니다. 즉, 저작권은 저작물의 이용을 통제할 수 있는 권리가 아닌, (상표권과 유사한) 올바른 출처 표시만을 요구할 수 있는 권리로 변질될 가능성도 있습니다. 그리고 이러한 논의의 출발이 치열한 고민 끝에 선택한 인간의 창작¹⁵⁾과 인공지능의 선택을 동일시하면서 창작의 가치를 선택의 문제로 폄하한 데서 비롯되는 것은 아닌지 걱정스럽습니다.

한편, AI 창작 환경에서도 인간의 역할은 분명 존재하고, 찾아낼 수 있으리라는 생각도 해봅니다. 지금은 인공지능에 의해 충분히 다양한 산출물이 생성되고, 결국 인간의 창작물을 대체하리라 걱정하지만, 향후 학습데이터의 상당 부분이 인공지능 생성물로 채워진다면, 인간의 정신적 욕망을 충족시킬 수 있을지 의심스럽기 때문입니다.¹⁶⁾ 오히려 인간 창작물의 고유한 가치가 보다 인정받는 미래도 생각해 봅니다. [끝]

토론

황선영 교수(부산대학교)

인공지능 생성물의 저작물 관련 문제는 최근 저작권법 분야에서 가장 활발히 논의되는 주제입니다. 다만 지금까지의 논의는 주로 "AI 학습과정에서 이용된 저작물의 이용을 침해로 볼 것인가, 공정이용으로 볼 수 있을 것인가", "AI 생성물도 저작권법상 보호대상이 될 수 있는가"등과 같은 쟁점을 중심으로 전개되어 왔습니다. 이에 비해 본 발표문은 생성형 인공지능 시스템의 기술적 구조, 인간 사용자의 창작적 기여, 선택의 폭 이론, 공동저작물 및 업무상저작물 법리, 나아가 관련 판례의 한계까지 포괄적으로 검토하고 있습니다. 특히 본 발제문은 인공지능 생성물의 보호 여부를 단순히 긍정하거나 부정하는데 그치지 않고, 인간 사용자의 기여가 어떠한 경우에 저작권법상 창작적 기여로 평가될 수 있는지, 그 기여가 생성물의 표현 요소와 어떠한 관련성을 가져야 하는지, 그리고 이를 기존 저작권법의 체계 안에서 어떻게 설명할 수 있는지를 세밀하게 검토하고 있습니다. 이러한 문제설정은 인공지능 시대의 저작권법이 앞으로 나아가야 할 방향을 모색하는 데 중요한 이론적 토대를 제공한다고 생각하며, 저 역시 본 발제문을 통해 많은 공부를 할 수 있었습니다.

토론자로 참여할 때마다 발제자분들의 깊이 있는 문제의식과 치밀한 연구에 많은 자극을 받습니다. 이번 발제문 역시 인공지능 창작환경 속에서 창작성에 관한 기존의 관점을 어떻게 이해하고, 또 어디까지 수정하거나 확장해야 할 것인지를 깊이 고민하게 해주었습니다. 소중한 자료와 깊이 있는 연구를 해주신 권순재 변호사님께 감사드립니다.

저의 토론은 발제문 내용 중 제가 궁금했던 부분을 중심으로 말씀드리고, 많은 연구를 하신 변호사님의 고견을 듣는 것으로 토론을 갈음 하고자 합니다.

1. 먼저, 본 발제문은 인공지능 생성물에 대한 인간 사용자의 창작적 기여를 판단하기 위해 "실질적 통제"라는 기준을 제시하고 있습니다. 그러나 저작권법상 저작물성 판단은 원칙적으로 결과물에 창작성이 존재하는지를 묻는 문제이고, 저작자성 판단은 그 창작적 표현을 누구에게 귀속시킬 것인지를 묻는 것입니다. 그렇다면 인공지능 생성물에서 말하는 "실질적 통제"는 인공지능 생성물 자체의 저작물성 판단을 위한 창작성 판단 기준인 것인지, 아니면 이미 창작성이 있는 표현이 존재한다고 하여 이를 인간 사용자에게 귀속시키기 위한 저작자성 요건으로 볼 것인지가 문제된다 할 것입니다. 양자의 판단 기준을 구별할 수 있는지, 어느 기준으로 "실질적 통제"로 보는 것이 타당하다고 생각하시는지, 필자의

필요가 없다는 결정만으로도 최종 저작물의 창작에 관여한 것으로 볼 수 있다. 다만, 이러한 창작적 기여'만'으로는 "공동 창작"으로 인정될 수 없을 것이며, 후행 창작자의 창작 이전, 그리고 후행 창작자의 창작 과정에서의 선행 창작자의 창작적 기여를 종합적으로 고려하여 "공동으로 창작"한 것인지 여부를 결정하여야 할 것이다. 한편, 자신이 미완성한 부분을 다른 사람을 통해 하나의 저작물로 완성하고자 하는 소위 '공동 창작의 의사'가 있는 경우라 하여도 최종 저작물의 완성에 개입할 여지가 전혀 없었다면 오히려 자신이 완성한 부분까지에 대한 이용허락으로 보는 것이 타당할 것이다 (신재호, 앞의 논문, 231-233면).

14) 유사한 취지로, 류시원, "생성형 AI 프롬프트 입력에 대한 저작권법상 평가," 계간저작권(통권 제148호), 한국저작권위원회, 2024, 100면 이하에서는 해설문에 의존하여 저작권 보호를 실행하기 보다는, 종국적으로는 해석적 논의와 그 결론이 다를 수 있는 저작권 정책에 따라 결정될 성격의 문제이기 때문에 저작권 정책 논의를 사실에 기반하여 신중히 진행하면서, 당장은 행위규제형 입법에 의한 잠정적 보호를 그 대안으로 제시하고 있다.

15) 창작의 본질은 ... 수많은 가능성 중에서 무엇을 선택하고 무엇을 버릴지 결정하는 과정, 그리고 그 선택을 끝까지 견디는 힘에 가깝다. ... 창작은 결정을 내리는 용기이자, 그 결정의 결과를 감당하는 책임이다. 또 하나 간과되기 쉬운 것은 창작의 상당 부분이 '과정'이라는 사실이다. ... 더 나은 방향을 찾기 위해 끊임없이 수정하는 과정 속에서 완성된다. ... 결론적으로, 창작의 본질은 새로움을 발명하는 능력이 아니라, 선택을 통해 방향을 만들고 그 방향을 끝까지 유지하는 힘이다(김성수, "창작의 본질 : 새로움을 만드는 일이 아니라, 선택을 견디는 일," 미술여행신문, 2026. 4. 30.자 칼럼, <<https://www.misuln.co.kr/news/articleView.html?idxno=4638>>).

16) 인공지능 생성물을 다시 학습데이터로 사용하는 것을 재학습(recursive training) 또는 데이터 루프(data loop)라 하며, 이로 인해 점점 다양성과 정확성이 떨어지는 모델 붕괴(model collapse), 정보 왜곡 및 편향 강화 등의 문제가 야기될 수 있다.

견해를 듣고 싶습니다.

2. 발제문은 창작을 “구상부터 구체적 표현의 완성에 이르기까지의 선택과 결정의 과정”으로 파악하는 이른바 ‘선택의 폭’ 이론을 인공지능 생성물의 창작성 판단에도 적용할 수 있다고 보고 있습니다. 저작권법에서 말하는 ‘선택의 폭(Scènes à faire)’ 이론은 특정 사상이나 감정을 표현할 때, 표현 방식의 선택지가 매우 제한적이거나 하나밖에 없는 경우, 그 표현에 대한 창작성을 인정하지 않거나 저작권 보호를 제한하자는 논리입니다. 그러나 생성형 인공지능 환경에서 인간이 실제로 선택할 수 있는 부분은 반드시 최종 표현 그 자체만은 아니라 할 것입니다. 인공지능 이용자는 프롬프트 문구, 스타일 지시, 장르, 매개변수, 모델 단계 또는 여러 출력물 중 하나를 선택할 수도 있지만, 최종 결과물의 세부적 표현 요소는 모델의 학습데이터와 확률적 연산에 의해 형성되는 경우가 많기 때문에 이 부분은 이용자의 선택 과정이 상당히 배제될 수 있습니다. 따라서 선택의 폭 이론을 엄격하게 적용하면, 최종 표현의 세부적 구성은 인간이 아니라 인공지능 시스템(모델)에 의해 형성되었다고 평가할 수 있게 됩니다. 그렇다면 한다면 선택의 폭을 프롬프트 등 생성물을 작성하는 단계에서 인정할 것인지, 최종 생성물의 형성 단계에서 적용할 것인지에 따라 결론은 달라질 수 있다는 생각이 듭니다. 따라서 이 이론을 과연 인공지능 생성물에 대한 안정적인 창작성 판단기준으로 볼 수 있을까? 라는 의문이 들었습니다. 변호사님은 선택의 폭 이론을 인공지능 생성물 창작 과정 중 어디에 적용하는 것이 더 타당하고 생각하시는지 여쭙고 싶습니다.

3. 발제문은 인공지능 창작 과정에서 인간의 기여가 프롬프트 입력, 수정, 선택, 후처리 등으로 파편화되어 나타날 수 있으므로 이를 총합적으로 고려할 필요가 있다고 보고 있습니다. 이러한 접근은 인공지능 창작의 현실을 반영한다는 장점은 있습니다. 그러나 인간 기여의 총합론은 반복적 시도, 시행착오, 후보군 탐색, 결과물 비교, 선택에 투입된 시간과 노력을 창작성 판단에 반영할 위험도 있습니다. 과거 미국 연방법원 등에서 채택되었던 “이마의 땀 이론(sweat of the brow)”, 즉 저작물 보호의 근거를 창작자의 ‘창작성’보다는 자료 수집이나 제작에 투입한 노동·비용·노력에 두자는 것과 같습니다. 이 이론을 통해 창작성이 부족한 데이터베이스나 사실의 목록까지 보호 범위를 넓히는 근거로 활용되었으나, Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co. 판결을 통해 미국 대법원은 단순히 땀을 흘렸다는 이유만으로 저작권을 인정하는 것을 배척하고, 최소한의 창작성(Originality)이 필요하다는 입장을 취했고, 현재 창작성 판단이 더 중요한 요소로 보고 있습니다. 따라서 자칫 ‘인간 기여의 총합론’으로의 접근법은 다시 ‘이마의 땀 이론’으로 회귀할 수도 있다는 생각이 들었습니다. 인공지능 생성물의 경우에도 반복적 프롬프팅, 시행착오, 후보군 탐색에 상당한 시간과 노력이 투입되었다는 사정만으로 창작성 또는 저작자성을 인정하는 것은 곤란하다고 생각합니다. 결국 문제는 반복 프롬프팅이나 결과물 선택이 단순한 탐색행위에 그치는 경우와, 최종 표현의 선택·배열·구성에 실질적으로 반영되

어 창작적 기여로 평가될 수 있는 경우를 구분하여 ‘인간 기여의 총합’을 판단해야 한다고 생각합니다. 따라서 이 양자를 어떻게 구별할 것인가라고 생각할 때 예컨대 ① 사용자가 사전에 구체적 표현구조를 설계했는지, ② 반복 수정 과정에서 특정 표현요소를 의도적으로 유지·배제했는지, ③ 최종 결과물의 보호 가능한 표현 부분과 사용자의 지시·선택 사이에 대응관계가 확인되는지, ④ 단순한 결과물 선별을 넘어 후처리나 편집을 통해 독자적 표현을 부가했는지 등을 기준으로 ‘인간 기여의 총합’을 살펴볼 수 있을 거라는 생각을 해 보았습니다. 이 부분에 대해서 변호사님은 어떤 견해를 가지고 계신지 여쭙고 싶습니다.

이상으로 제 부족한 토론을 마칩니다.

다시 한번 깊은 연구를 해주신 변호사님께 감사드립니다.

감사합니다.

