

■ 논 단

생성형AI 창작과 ‘아이디어·표현 이분법’의 한계 검토

김 현 경

서울과학기술대학교 교수 / 법학박사

요 약 문

본 연구는 생성형 AI(Generative AI)의 비약적 발전이 전통적 저작권법의 핵심 원칙인 ‘아이디어·표현 이분법’과 침해 판단 기준에 미치는 한계를 분석하고, 이에 대한 개선 과제를 도출하는 데 목적이 있다. 최근 사용자의 정교한 프롬프트 입력 및 반복 수정(Iteration) 과정을 창작적 기여로 인정하려는 ‘프롬프트 기반 접근법(Prompt-Based Approach)’이 대두되고 있으나, 이를 현행 저작권 체계에 그대로 수용하기에는 한계가 있다. 기계가 표현적 요소를 자율적·우연적으로 생성하는 AI 환경에서는 인간의 구상(아이디어)과 실행(표현)의 경계가 모호해지며, 전통적 침해 판단 기준인 ‘의거성’과 ‘실질적 유사성’ 역시 예측 불가능성(비결정성)과 블랙박스 특성으로 인해 입증의 어려움에 직면한다. 이에 본고는 과거 소프트웨어 저작권 침해 판단에 활용되었던 ‘추상화-여과-비교(Abstraction-Filtration-Comparison, AFC) 테스트’를 AI 산출물에 맞게 변용하여 도입할 것을 제안한다. 학습 데이터에서 유래한 포면적 스타일이나 순수 기계적 생성 요소를 표현의 영역에서 엄격히 여과(Filtration)하고, 남은 인간의 실질적인 창작적 표현에 대해서만 ‘얇은 보호(Thin Protection)’를 부여해야 한다. 아울러 프롬프트 단위에 대한 엄격한 의거성 입증을 요구하고 ‘사실상 동일성(Virtual Identity)’ 수준의 유사성 기준을 적용함으로써, 무분별한 권리의 독점을 방지하고 창작의 자유와 공공영역(Public Domain) 보호라는 저작권 제도의 본질적 균형을 회복할 것을 제안한다.

주제어 : 생성형 AI, 프롬프트 기반 창작, 아이디어·표현 이분법, 실질적 유사성, 추상화-여과-비교 테스트, 저작권 침해

〈目 次〉

I. 서 론

II. GenAI와 아이디어·표현 이분법의 한계

1. GenAI와 아이디어·표현 이분법의 적용

2. 프롬프트 기반 접근법(Prompt-Based Approach)

3. 저작권 전문기관의 입장 : 혼란과 불명확

III. 전통적 침해 판단 기준의 한계	1. 프롬프트 기반 ‘보호 확장’의 신중
1. 당연한 ‘접근성(Access) 추정’의 한계	2. ‘아이디어 · 표현 이분법’의 재구성
2. 실질적 유사성 판단범위의 불명확	3. 침해 판단 방식의 재검토
IV. 개선 방향	V. 결 론

I. 서 론

2019년 유럽 위원회(European Commission)는 AI 생성물에 대한 저작권 및 특허 문제를 검토했으나, 당시에는 생성형 AI(이하 “GenAI”라 한다)¹⁾가 논의의 주류가 아니었다.²⁾ 그러나 2022년 하반기 “Dall-E2”와 “ChatGPT”의 등장으로 GenAI는 창작 산업과 저작권 분야에 인터넷 시대 이후 최대 규모의 지각변동을 일으키고 있다. 이러한 변화는 주로 GenAI가 학습을 위해 저작물을 이용하는 입력과정의 문제에 집중되었다. 입력과정에서 저작물이 학습용 데이터로 복제되는 것이 저작권 침해인지, 공정이용에 해당되는지 여부가 주요 쟁점이다. 그러나 본 고에서는 GenAI를 통해 생성된 산출물과 관련된 문제를 다루고자 한다. 대부분 국가에서 저작권 발생에 무방식주의를 택하고 있으므로 등록이 권리발생 요건이 아니다. 따라서, 실제 GenAI 생성물이 저작물인지 또는 타인의 저작권을 침해하는지는 소송이 제기된 경우에만 사후적으로 법원에서 판단된다.³⁾

우선 GenAI의 출력단계(아웃풋 단계)의 생성물이 저작물성이 인정되는가의 문제이다. 이에 대하여 간단 프롬프트 입력으로 인한 생성물이 인간 창작물 즉 저작물이 아님에 대하여 크게 부인하는 견해는 없는듯 하다. 그러나 어느 정도 정교한 프롬프트를 통한 생성물에 대하여는 인간의 창작으로 봐야 한다는 프롬프트 기반 접근법이 제기되고 있으며,⁴⁾ 반면 여전히 프롬프트

- 1) 본 고에서 생성형 AI(Generative AI)와 파운데이션 모델(Foundation Models)이라는 용어를 대규모의 일반 데이터 세트에서 학습하고 다양한 영역에서 창의적인 결과물을 생성할 수 있는 AI 시스템을 지칭하는 용어로 혼용한다. ChatGPT와 같은 거대 언어 모델(LLMs)은 특히 텍스트에 중점을 둔 특정 유형의 파운데이션 모델이다.
- 2) European Commission, “Tapping the EU’s innovation potential: An action plan on intellectual property to support EU recovery and resilience” (Communication to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions), COM(2020) 760 (Nov. 25, 2020).
- 3) 물론 미국의 경우 등록 단계에서 USCO에 의해 창작물이 엄격하게 검토되고 제한된다. 이로 인해 동일한 AI 지원 창작물이라도 EU 등 무방식주의를 채택하고 있는 국가에서는 보호를 받을 수 있으나, 미국에서는 등록이 거부되는 보호 비대칭성이 발생할 수 있다.
- 4) 권순재, “프롬프트 기반 저작권 부여에 관한 소고 - 인공지능 생성물을 위한 ‘골디락스 존’을 기대하며”, 『서울법학』 제32권 제1호, 서울시립대학교 법학연구소 (2024), 166쪽; 김원오, “프롬프트에 의한 창작에 대한 저작권법상 재평가”, 『사법』 통권 제71호 (2025); 김윤명, “생성형 AI의 프롬프트 창작에 대한 저작권법적 고찰”, 『저스티스』 통권 200호, 한국법학원 (2024), 261쪽 이하; 한국저작권위원회, 『2024 저작권 쟁점대토론회 자료집』,

트 입력을 창작적 기여로 보기 어렵다는 주장도 있다.⁵⁾ 여기서 중요한 쟁점은 “아이디어·표현 이분법”이다. 저작권법에서 아이디어·표현 이분법은 공유영역(public domain)을 보호하고 저작권 보호가 사실, 개념, 방법론 등 추상적인 영역으로 확장되는 것을 막는 가장 근본적인 제한 원칙으로 기능한다. GenAI가 인간의 명령에 따라 복잡한 표현적 특징을 자율적으로 생성하기 시작하면서, 창작 과정에서 아이디어와 표현의 경계가 더욱 모호해졌다. 실질적으로 GenAI 생성물이 인간의 저작물과 실질적으로 유사한 경우 침해 판단의 대상은 아이디어를 제외한 ‘표현적 요소’로 한정된다. 그러나 GenAI 생성물에 대하여 프롬프트 기반 저작권을 인정한다 할지라도 인간의 창작적 표현 요소를 추출하는 것은 전통적 상황과 다르다. 프롬프트 기반 GenAI 생성물 중 어떠한 부분을 인간의 “창작적 표현”으로 보아야 하는가는 저작물성 인정뿐만 아니라 아이디어·표현 이분법에 의한 침해 판단에 있어서 중요한 문제다. 또한 “창작적 표현”에 대한 침해가 인정되기 위해서는 “의거성”과 “실질적 유사성”이 인정되어야 하는데, 프롬프트에 기반한 GenAI 생성물 중 인간의 창작적 표현과 실질적으로 유사한 부분의 ‘의거성’을 어떻게 다루어야 하는지 문제다.

전통적인 저작권법은 작가가 아이디어를 특정한 창작적 표현 방식으로 구현하는 ‘힘든 작업(hard work)’을 보상하는 데 중점을 두었다. 그러나 GenAI 환경에서는 창의성이 전통적인 표현방식이 아닌, ‘올바른 질문’을 던지는 행위—즉, 아이디어를 구상하고 프롬프트를 구조화하는 행위—에 갇히게 된다. 이러한 상황은 저작권법이 오랫동안 중시해 온 가치, 특히 아이디어·표현 이분법에 근본적으로 의문을 던진다.

따라서 이하에서는 GenAI 환경이 저작권법의 두 가지 근본 법리인 아이디어·표현 이분법(Idea-Expression Dichotomy)과 실질적 유사성 테스트에 제기한 현안을 분석하고 해결해야 할 법적 과제를 제안하고자 한다.

II. GenAI와 아이디어·표현 이분법의 한계

1. GenAI와 아이디어·표현 이분법의 적용

가. 아이디어-표현 이분법

아이디어·표현 이분법은 저작권 보호 범위에 대한 가장 핵심적인 제한이다. 미국 저작권법

한국저작권위원회 (2024), 150쪽 (이철남 교수 의견 부분).

5) 류시원, “생성형 AI 프롬프트 입력에 대한 저작권법상 평가”, 『계간 저작권』 통권 148호, 한국저작권위원회 (2024).

제102(b)항에 명시된 바와 같이, 저작권 보호는 아이디어, 절차, 시스템, 방법, 개념 등에는 미치지 않으며, 오직 창작자가 선택한 특정한 표현 방식에만 부여된다.⁶⁾ 이 원칙은 *Baker v. Selden* 판례 이래로 확립되었으며,⁷⁾ 창작자가 특정 개념이나 장르 전체를 독점하는 것을 방지하고 아이디어의 자유로운 이용을 보장하는 핵심 역할을 한다. 나아가, 미국 대법원은 아이디어·표현 이분법과 공정 이용(Fair Use) 법리가 저작권이 수정헌법 제1조의 표현의 자유를 침해하는 것을 막는 '헌법적 보호막(First Amendment accommodations)' 역할을 한다고 판시했다.⁸⁾ 즉, 아이디어·표현 이분법의 유지는 과학의 진보와 정보에 대한 공중의 접근이라는 저작권 제도의 궁극적인 목적을 달성하는 데 필수적이다.⁹⁾

나. GenAI의 표현 자동화: 기계 생성 표현(Machine-Generated Expression)

GenAI가 도입되면서, 전통적인 창작 과정에서 가장 어렵고 시간이 많이 소요되었던 '표현의 실행' 과정이 자동화되고 있다. 즉 사용자로부터 받은 프롬프트를 해석하여, 과거 인간 저작자가 직접 결정해야 했던 표현적 특징을 기계가 자율적으로 생성하는 방식으로 작동하는 것이다. 예를 들어, 사용자가 "셰익스피어 스타일로 저작권법에 대한 시를 써라"라고 지시할 경우, 시스템은 시적 형태를 갖추고 저작권을 언급하며 셰익스피어 스타일을 닮은 텍스트를 생성할 수 있다. 그러나 운율 패턴, 각 행의 단어, 텍스트의 구조 등 구체적인 '표현' 요소들은 상당 부분 시스템이 결정하게 된다. 이러한 경우 '프롬프트 입력자'가 최종 출력물의 표현적 특징에 대해 완전한 통제력을 행사하지 못하므로 저작물로 인정할 수 없다는 주장을 뒷받침하게 된다. 즉 기계가 자율적이고 예측 불가능한 선택을 내릴 경우, 인간은 저작권 보호의 근거가 되는 독창성(originality)에 기여하지 못했다는 것이다.¹⁰⁾ 예를 들어, "태양이 해변 위로 떠오르는 인상주의 스타일"에 대한 아이디어를 배타적으로 지배할 권리는 누구에게도 없다. 누구나 그 아이디어를 자신만의 방식으로 자유롭게 표현할 수 있으며, 기본 아이디어를 표현하는 방법의 변형이 바로 저작권의 대상이다. 실제 펜·붓·연필 등을 통해, 그림에 개성을 표현하는 색상, 음영, 구도를 개별적으로 선택하는 등의 창작은 저작권을 통해 보호받게 된다. 그러나 이러한 요청을 하면, AI는 구도, 색상 선택, 붓 터치 등 표현의 구체적인 요소를 순식간에 구현한다. 좀 더 구체적으로 표현하고 싶으면 배경을 바꾸거나 색상을 변경하거나 특정 스타일로 바꾸도록 요청하면 그에 따라 그림을 조정한다. 즉 전통적으로 저작권으로 보상하기 위해 존재하는 대

6) 17 U.S.C. § 102(b)

7) *Baker v. Selden*, 101 U.S. 99, 105 (1879).

8) *Golan v. Holder*, 565 U.S. 302, 329 (2012); *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186, 219 (2003).

9) U.S. CONST. art. I, § 8, cl. 8.

10) Jane C. Ginsburg & Luke Ali Budiardjo, "Authors and Machines," *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 34 (2019), p. 433; Daniel J. Gervais, "The Machine as Author," *Iowa Law Review*, Vol. 105 (2019), p. 2099.

부분의 작업을 AI가 수행한다. 최근의 GenAI는 더 나은 이미지를 제공하기 위해 기본적인 프롬프트를 GenAI 스스로 더 나은 프롬프트로 바꾸기도 한다.¹¹⁾ ChatGPT는 매개변수에 맞추어 줄거리 및 캐릭터까지 개발하며, 음원 AI는 기존 음원의 AI 커버를 생성뿐만 아니라 아티스트의 노래와 같은 느낌과 사운드를 가진 완전히 새로운 노래를 작곡하거나 혹은 완전히 새로운 느낌의 노래를 만들어 낸다. 이로 인해 인간의 기여는 아이디어와 매우 높은 수준의 개념을 제공하는 역할로 축소된다.¹²⁾

이러한 상황에서 대부분 AI가 제공한 표현은 ‘기계적 복제’로 간주되어 저작권 보호 대상이 아니며, 인간이 기여한 아이디어 역시 보호받기 어렵다. 이러한 상황은 저작권이 전통적으로 보상하던 창작적 노력이 아니라, 그 결과물에 기반해서 가치를 창출하려는 시도를 발생시킨다. 이러한 “프롬프트 기반 접근법(Prompt-Based Approach)”에 대하여는 후술한다.

다. ‘프롬프트’와 ‘창작의 통제력’

미국 저작권법은 저작자(author)가 되기 위해서는 반드시 인간(human being)이어야 한다는 원칙을 확고히 하고 있다. *Naruto v. Slater* 판례¹³⁾와 미국 저작권청 실무지침(Compendium of U.S. Copyright Office Practices)은 이 원칙을 명확히 확인하며 미국 저작권청(이하 “USCO”)는 AI가 전적으로 생성한 작품에 대한 저작권 등록을 거부한 바 있다.¹⁴⁾ 이는 AI의 기여를 인간의 ‘고유한 정신적 구상’이 아닌 ‘기계적 복제’의 결과로 보기 때문이다. USCO는 GenAI 시스템이 프롬프트를 해석하고 결과물을 생성하는 방식에 대해 “궁극적으로 인간이 창작적 통제”를 행사하지 못한다고 판단한다.¹⁵⁾ 대표적으로 그래픽 노블 “Zarya of the Dawn” 사례에서, USCO는 Midjourney에 텍스트 프롬프트를 제공하는 사람은 생성된 이미지를 “실제로 형성(actually form)”하는 것이 아니며, 그 배후의 “마스터 마인드(master mind)”가 아니라고 명시했다. 프롬프트는 단지 결과물에 ‘영향’을 미칠 뿐, 특정 결과를 ‘지시·통제’하지 않는다는 논리다. 따라서 GenAI 생성물은 프롬프트 제공자의 창작적 선택의 표현으로 간주되지 않고, 기계의 산물로 간주 된다.¹⁶⁾ 이러한 USCO의 엄격한 접근 방식은 GenAI 모델을 일종의 ‘블랙박스’로 보고, 저작물성을 최종적인 표현 결과물의 형식적 요소에 대한 직접적인 통제에서만 찾으려는 경향

11) Casey Newton, "How to See the Future Using DALL-E 3," *Platformer* (Oct. 23, 2023). <https://www.platformer.news/p/how-to-see-the-future-using-dall> [<https://perma.cc/UYV9-7VA8>] (2026.3.30. 확인)

12) Mark A. Lemley, "How Generative AI Turns Copyright Upside Down," *SSRN Electronic Journal* (July 21, 2023), at 27-28. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4517702> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4517702> (2026.3.30. 확인)

13) *Naruto v. Slater*, 888 F.3d 418, 420 (9th Cir. 2018).

14) *Thaler v. Perlmutter*, No. 22-CV-1564 (D.D.C. Aug. 18, 2023).

15) U.S. Copyright Office, Copyright Registration Guidance: Works Containing Material Generated by Artificial Intelligence, 88 FR 16190 (Mar. 16, 2023).

16) *Ibid*

을 보여준다. 이는 형식적 표현 통제(Formal Expression Control)를 요구하는 미국의 전통적인 법리가 GenAI에 의해 흔들리는 것을 방어하려는 움직임으로 해석될 수 있다.

2. 프롬프트 기반 접근법(Prompt-Based Approach)

가. 프롬프트 기반 창작

GenAI 생성물에 대한 인간의 독창적 기여를 인정하고자 하는 시도가 이루어지고 있다.¹⁷⁾ 인간 사용자의 프롬프트 구조화에서 창의성을 찾으려는 프롬프트 기반 접근법이다. 즉 창의성을 AI의 결과물 생성이 아니라 그 결과물을 생성하는 프롬프트의 인간 구조화에서 찾고자 하는 것이다. 이는 “현대 GenAI는 텍스트뿐만 아니라 이미지, 음성, 영상 등 다양한 데이터를 동시에 처리하는 멀티모달(Multimodal)¹⁸⁾의 특성을 가지며, 인간의 창작 활동을 보조하거나 독립적으로 창작할 수 있는 능력을 점차 확대하고 있다”는 주장으로서 설명된다.¹⁹⁾ 이에 따르면 Midjourney나 Dall-E는 독창적인 예술 작품을 생성할 수 있지만, 이는 사용자의 특정 지침에 따라 수행된다. 일부 지침은 매우 단순할 수도 있지만, 최근 사용자들은 결과물을 얻을 때까지 질문하거나 이미지 생성 AI에 지시하는 내용을 구체화하고 이러한 지침이 반복되는 경우가 많다. 실제로 수백 회 이상의 프롬프트를 다듬어 작품을 만드는 경우가 있다. 즉 작성자가 AI가 생성한 초기 결과물을 확인하고, 이를 바탕으로 원래의 프롬프트를 반복적으로 수정, 보완, 조정하여 최종 결과물에 도달하는 일련의 과정 즉 프롬프트 이터레이션(Prompt Iteration)을 통해 생성된다.²⁰⁾ 이 과정을 작성자의 의도와 개성을 최종 결과물에 투영하기 위한 반복적인 창작 발현의 노력으로 볼 수 있다는 것이다. 인간은 AI가 올바른 결과를 내도록 유도하기 위해 수십 번의 수정 과정을 거치는 ‘프롬프트 엔지니어링(Prompt Engineering)’에 참여하며,²¹⁾ 이는 창작적 가치를 상업화하는 핵심 분야로,²²⁾ ‘프롬프트 엔지니어(Prompt Engineer)’라는 새로

17) Mark Fenwick et al., "Originality and the future of copyright in an age of generative AI," Computer Law & Security Review, Vol. 51 (2023). 본 논문은 프랑스 DJ 데이비드 게타가 생성형 AI 도구를 사용하여 에미넴(Eminem) 스타일의 가사와 목소리를 생성하고 이를 콘서트에서 사용한 사건을 출발점으로, AI가 자율적으로 결과물을 ‘생성’한다는 환원주의적 시각을 피하고, 인간의 선택, 수정, 최종 승인이 포함된 협력적이고 반복적인 창작 과정으로 보아야 한다고 주장한다. 즉 AI는 창작 과정에서 인간 저작자의 기술적 도구(technical tool) 역할을 수행하며, 저작권 적격성(Copyrightability)은 AI 자체가 아닌 AI를 도구로 활용한 인간 창작자에게 부여되어야 한다는 입장을 지지한다.

18) 멀티모달은 여러 가지 형태와 의미로 컴퓨터와 대화하는 환경을 뜻한다. ‘모달’은 모달리티(modality)를 의미하는데 ‘모달리티란 인터렉션 과정에서 사용되는 의사소통 채널’을 가리킨다.

19) 김원오, 앞의 논문(주4), 43쪽.

20) Mark Fenwick et al., supra note 17 at 2.

21) Anthropic, "Prompt Engineer & Librarian"; Booz Allen Hamilton, "AI Prompt Engineer"; Craig S. Smith, "Mom, Dad, I Want Be a Prompt Engineer," Forbes (Apr. 5, 2023).

22) 김원오, 앞의 논문(주4), 45쪽.

은 전문 직업군이 사회·경제적 수요에 힘입어 급부상하고 있다.

이는 사용자의 지시를 기존의 창작 행위, 예컨대 사진가가 조명, 설정, 구도를 결정하는 창작적 선택이나 개념을 제공하고 실제 제작은 다른 사람에게 위임하는 예술가의 방식과 유사하게 해석한다.²³⁾ 즉 프롬프트 엔지니어링은 단순한 명령을 넘어, 원하는 결과물을 얻기 위해 수십 차례 정교하게 반복(iterated)되는 복잡한 창작 행위로 볼 수 있으므로, 이 과정에 저작권 인센티브를 부여할 필요성이 있다고 하는 것이다.

나. 프롬프트 기반 접근법 (Prompt-Based Approach)의 특성

GenAI생성물의 저작권 보호를 옹호하는 프롬프트 기반 접근법은 창작적 기여의 초점이 최종 표현이 아닌, 추상적이고 구조적인 '개념화' 및 '교정' 단계로 이동했음을 강조한다. 이는 아이디어·표현 이분법의 경계를 재해석하여 보호범위를 확장하려는 시도라고 볼 수 있다.

1) 창작의 관점 이동 : “개념화”와 “교정”

유럽사법재판소(CJEU)의 Eva-Maria Painer 판례(일상 사진의 독창성 기준)²⁴⁾에 기반하여 창작 과정을 “개념화(conception) - 실행(execution)- 교정(redaction)” 세 단계로 구분한 견해²⁵⁾에 의하면 개념화(conception) 단계는 디자인 선택, 사양, 장르, 스타일, 재료, 주제 등 개념적 선택을 포함하며, 실행(execution) 단계는 초안 생성으로 주로 GenAI의 주요 역할이다. 교정(redaction) 단계는 초안 선택, 편집, 수정, 형식 지정, 색상 보정 등 최종 마무리 활동을 포함한다. GenAI가 실행 단계의 역할을 상당 부분 대체했음에도 불구하고, ‘개념화’ 단계에서의 인간 저자의 역할은 여전히 필수적이며, ‘교정’ 단계에서의 선택과 편집 활동 역시 중요한 창작적 선택을 요구한다는 것이다. 이러한 분석에 의하면 GenAI 생성물은 인간 저자의 창작적 선택 결과이며 그 선택이 GenAI 생성물에 표현되었다고 본다.

2) 반복적 프롬프팅(Iterative Prompting)

실제 GenAI 창작 과정은 단일 프롬프트가 아닌 반복적(Iterative) 상호작용의 연속이다. 사

23) Regina Hackett, "Chihuly Victimized By His Own Success?," Seattle PI (Apr. 16, 2006); 강현호 외 2인, “AI 생성물의 저작물성과 창작성 판단에 대한 고찰 - 생성형 인공지능의 도구성을 중심으로”, 『계간 저작권』 통권 146호, 한국저작권위원회 (2024). 제프 쿤스, 테일 치홀리, 앤디 워홀은 각각 작품의 개념을 구상하고 도면을 그렸지만 실제 작품 제작은 다른 사람에게 시킨바 있다.

24) CJEU Case C-145/10, Eva-Maria Painer (2011).

25) P. Bernt Hugenholtz, "Copyright and the Expression Engine: Idea and Expression in AI-Assisted Creations," Chicago-Kent Law Review (forthcoming 2024), at 4-5.

용자는 시스템이 생성한 초기 초안에 새로운 프롬프트를 투입하거나, 프롬프트를 정제하고, 수많은 초안 중에서 가장 적절한 것을 선택하며, 광범위한 후처리 활동을 수행한다. 이러한 반복적 과정에서 프롬프트(초기 아이디어)와 최종 표현 사이의 창작적 거리는 점진적으로 사라지게 되며, 이러한 과정을 단순히 "질문하는 것"을 넘어, 선택, 편집, 지속적인 피드백을 통해 최종 결과물에 사용자의 창작 의도를 반영하는 행위로 본다.²⁶⁾ 저작권 보호를 옹호하는 주장은, 복잡한 GenAI 지원 창작물의 경우, 이러한 반복 과정을 통해 인간 창작이 최종 산출물 전체에 묻어나며, 이는 저작물성을 정당화하기에 충분하다고 판단한다.²⁷⁾ 즉 생성형 AI 환경에서 프롬프트의 역할과 성격은 전통적인 '아이디어' 개념을 초월하여 구체적인 표현 행위에 가담한다고 본다. 프롬프트 이터레이션은 단순 요청을 넘어, 예술적 스타일, 구도, 조명, 기술적 구현 방식을 세밀하게 지정한다. 이러한 구체적인 구성 요소와 미학적 지시의 조합은 창작자의 독자적인 의도를 바탕으로 '표현 방식'을 특정하는 행위가 된다.²⁸⁾ 이터레이션 과정에서 반영된 작가의 '창의적 조정'과 '선택 및 배열'은 AI의 우연성을 걸러내고, 최종적으로 창작자의 예술적 개성을 강하게 투영하는 '선택과 배열'의 과정을 포함하며, 이는 저작물성 인정의 법적 근거가 된다²⁹⁾고 한다.

3) 내적 형식 (Innere Form)으로서 "표현"

특히 이러한 견해는 요제프 콜러(Josef Kohler) 저작물의 본질에 대한 이론을 응용한다. 저작물은 외적 형식(aussere form)과 내적 형식(innere form)으로 구분하며, 후자는 작품의 구조나 직물(gewebe), 즉 상호 연결된 아이디어의 추상적인 층위를 의미하는데 요제프 콜러는 저작물의 본질이 바로 이 내적 형식에 있다고 본 것이다.³⁰⁾ GenAI 시대의 반복적인 프롬프팅은 단일한 아이디어 제시가 아니라, GenAI 시스템을 조작하여 최종 결과물의 내적 형식을 형성하는 과정으로 해석될 수 있고, 이러한 내적 형식은 줄거리, 선택 및 배열(예: 데이터베이스), 또는 구조적 기여와 같은 추상적인 요소들을 포괄한다. 따라서 프롬프트가 단순한 아이디어를 넘어 보호받는 구조적 표현(내적 형식)의 구성 요소로 작용한다는 것이다.³¹⁾

26) *Ibid* at 12-13

27) *Ibid* at 13

28) Tianxiang He, "AI Originality Revisited: Can We Prompt Copyright over AI-Generated Pictures?," GRUR International, Vol. 73, Issue 4 (2024), p. 307; Francesca Mazzi, "Authorship in artificial intelligence-generated works," World Intellectual Property, Vol. 27 (2024), p. 418.

29) Edward Lee, "Prompting Progress: Authorship in the Age of AI," Florida Law Review, Vol. 76, Issue 5 (2024), p. 1445.

30) Josef Kohler, DAS AUTORRECHT (1880), at 168.

31) P. Bernt Hugenholtz, *supra* note 25 at 16

4) '통제'의 한계와 우연성의 가치 존중

이러한 접근법은 기존의 저작권법이 창작물을 평가하는 보수적 관점, 즉 결과물에 대해 절대적인 통제를 행사하고 예측 가능할 것을 암묵적으로 전제하는 것에 대하여 의문을 제기한다.³²⁾ 이러한 '통제' 중심의 패러다임은 예술 창작의 본질과 역사적 과정을 간과하며 AI가 초래한 창작의 변화를 인간 중심적 법률 체계에 무리하게 적용하려는 것이라고 비판한다.³³⁾ 예를 들어, 사진작가가 셔터를 눌러 의도한 결과물을 얻어냈을 경우 창작자가 결과물에 대해 완벽하게 '통제'했는가이다. 또는 "액션 페인팅 기법으로 미술 작품을 창작하는 창작자가 '통제'의 틀을 벗어나서 '우연'의 효과를 창작의 영역으로 끌고 온 경우 창작으로 보지 않는가"이다. 따라서, AI의 '무작위성'이나 '비예측성'을 이유로 저작물성을 부정하는 것은 예술이 '통제'뿐 아니라 '우연'에서도 창의성을 얻어왔다는 역사적 사실을 전면 부인하는 것이라는 지적이다.

이러한 견해에 의하면 프롬프트 이터레이션은 AI의 우연한 산출을 창작자가 능동적으로 포획하고 개입하는 과정이다. AI가 예측 불가능한 결과물을 제시했을 때, 인간 사용자는 이를 단순히 수동적으로 수용하는 것이 아니라, 자신의 예술적 의도를 담아 선택, 조정, 배제하는 지적 행위를 수행한다고 본다. 즉 이터레이션은 '구상(Conception)', '생성(Generation)', '정제(Refining)', '배치(Deployment)'로 이어지는 동적이고 반복적인 과정이라고³⁴⁾ 본다. 특히, 인간의 이러한 최소한의 창의적인 요소의 선택 또는 배열은 저작권 보호의 근거가 될 수 있다³⁵⁾고 한다. 이 과정은 통제 자체를 포기하는 것이 아니라, AI의 비예측적 우연성 속에서 인간이 개입하여 창작자의 의도대로 결과물을 '창의적 조정(Creative Adjustment)'의 메커니즘으로 작용하는 것으로 본다. 즉 프롬프트 이터레이션은 '통제'의 한계를 비판하고 '우연성'의 가치를 인정함으로써, 저작권 법리가 요구하는 인간적 창작적 기여를 입증할 수 있다고 본다.

5) GenAI의 창작 도구성 강조

GenAI의 도구적 성격을 강조하며 "GenAI 모델은 스스로 아이디어를 생각해 내거나 표현할 수 없으며 인간 입력자의 프롬프트 없이 AI 모델은 자신의 의지로 작품을 만들 수 있는 자율성이 부족하므로 AI 모델은 인간의 창작 도구에 불과하다"고 한다.³⁶⁾ 이러한 견해는 "GenAI는 프롬프팅을 통해 콘텐츠 창작의 훌륭한 도구가 된다는 점에서 기술 발전에 따른 창작 도구

32) Edward Lee, *supra* note 29, at 1557 - 1560. 본 연구에서는 기존 저작권 체계가 인간의 '통제(control)'와 '예측가능성(predictability)'을 전제로 창작성을 판단하고 있음을 지적하고 있다.

33) Tianxiang He, *supra* note 28 at 307. ; Oren Bracha, "The Work of Copyright in the Age of Machine Production," January 2024 Draft, at 45.

34) Mark Fenwick et al., *supra* note 17; 김원오, 앞의 논문(주4), 40쪽.

35) Edward Lee, *supra* note 29 at 1445.

36) 김원오, 앞의 논문(주4), 56쪽

성을 인정해야 한다”고 한다.³⁷⁾

3. 저작권 전문기관의 입장 : 혼란과 불명확

USCO는 프롬프팅을 통해 저작권이 인정되려면 인간의 기여가 단순한 프롬프팅 수준을 넘어 ‘작가의 고유한 정신적 구상’에 기반한 ‘창작적 선택의 수준’에 도달해야 한다는 입장을 취해왔다.³⁸⁾ 이에 대하여 일각에서는 “프롬프트가 아이디어 단계를 넘어 ① 구체적 표현을 담고 있는 경우와 ② ‘예측가능성’ 내지 ③ ‘창작적 통제가능성’이 있으면 AI 모델의 도구성과 이용자의 창작주체성이 인정되어 AI 생성물을 이용자의 저작물(또는 2차적 저작물)로 볼 수 있게 된다”고 한다.³⁹⁾ 그럼에도 불구하고 앞서 언급한 바와 같이 USCO의 실질적인 적용 사례들은 이 기준을 매우 엄격하게 해석하고 있음을 보여준다. USCO는 수백 개의 상세한 프롬프트를 사용하여 AI 생성 이미지를 제작한 것의 저작권 등록을 거부했다. 이는 저작권청이 단순한 개념적 지시뿐만 아니라, 표현의 실행 단계에까지 인간의 명확하고 직접적인 개입을 요구하고 있음을 시사한다. 그러나 사용자가 최종 저작물을 형성하는 데 도움이 되는 충분한 세부 지침을 인공지능에 제공하면 적어도 이론적으로는 저작권을 인정할 수 있다고 암시한다.⁴⁰⁾

일본의 새로운 정보재 검토위원회 보고서 역시 ‘AI를 도구로써 이용한 창작물’과 ‘AI 창작물’을 구분하고 있으며,⁴¹⁾ 일본 문화청 저작권분과위원회의 2024년 보고서 역시 프롬프트 입력에 의한 창작적 기여에 대해 가능성을 언급하고 있다.⁴²⁾

한편 최근 2025년 10월10일부터 시행된 이탈리아 인공지능법(Artificial Intelligence Law)에서는 기존 저작권법을 개정하여⁴³⁾ "AI 도구를 사용하여" 제작된 저작물이 저작자의 지적 작업의 결과인 경우 저작권법에 따라 보호될 수 있다고 규정하고 있다.⁴⁴⁾ 여기서 ‘지적 작업’의 의미를 정확히 알 수 없으나, 자신이 원하는 결과물을 조정하기 위한 상세한 지시나 지침을 의미한다면 프롬프팅 기반 접근법을 입법화한 사례로 해석될 수 있다.

실제 GenAI생성물에 대한 각국의 저작권 전문기관들의 이러한 해석은 “실제로 원하는 결과

37) 김원오, 앞의 논문(주4), 69쪽

38) Thaler v. Perlmutter, No. 22-CV-1564(D.D.C. Aug. 18, 2023).

39) 김원오, 앞의 논문(주4), 55쪽

40) U.S. Copyright Office, Copyright Registration Guidance, 88 FR 16190, 16192 (Mar. 16, 2023).

41) 知的財産戦略本部 検証・評価・企画委員会 新たな情報財検討委員会, 『新たな情報財検討委員会報告書』 (2017), 36頁.

42) 文化審議會著作權分科會法制度小委員會, 『AIと著作権に関する考え方について』 (2024. 3.), 39頁.

43) LEGGE 23 settembre 2025, n. 132 Disposizioni e deleghe al Governo in materia di intelligenza artificiale. (25G00143) (GU Serie Generale n.223 del 25-09-2025)note: Entrata in vigore del provvedimento: 10/10/2025https://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2025-09-25&atto.codiceRedazionale=25G00143&elenco30giorni=false (2026.3.31. 확인)

44) 이탈리아 인공지능법(LEGGE 23 settembre 2025, n. 132) 제25조. (works created “with the aid of AI tools” may be protected under copyright law, provided that they are the result of the author’s intellectual work)

물을 생성하기 위한 적절한 질문을 생각해내는 것이 창작적 표현으로 여겨질 수 있음”⁴⁵⁾을 의미하는 것인지 불분명하다.

III. 전통적 침해 판단 기준의 한계

1. 당연한 ‘접근성(Access) 추정’의 한계

저작권 침해를 입증하기 위해서 권리자는 (1) 이용자가 권리자의 저작물을 복제했다는 사실과 (2) 복제된 부분이 보호 가능한 표현이라는 것을 입증해야 한다.

전통적인 저작권 소송에서 법원은 침해 작품이 피침해 작품과 외관상 유사할 경우, 권리자가 복제 사실을 입증하기 위해 이용자가 권리자의 작품에 접근 가능했다는 것을 입증하는 것으로 충분하다. 그러나 GenAI 생성물은 표현적 특징이 기계에 의해 생성되기 때문에, 생성물이 원고의 작품과 유사하더라도 이는 복제가 아닌 기계적 산출의 우연한 결과일 수 있다. 지금까지 인터넷 시대에는 저작물에 대한 접근이 보편화되었기 때문에, 사실상 실질적 유사성 증명이 복제 추정의 핵심 도구로 사용되어왔다.⁴⁶⁾ 그러나 이러한 전통적인 시스템은 GenAI의 생성물에 있어서 다음과 같은 한계가 있다.⁴⁷⁾

첫째, GenAI생성물에서 표현적 요소의 상당 부분을 인간의 창작성이 아닌 인공지능이 생성하기 때문에, (두 저작물 간의) 유사성 증거는 다른 경우에 비해 증명력이 훨씬 낮다. 그러한 유사성이 프롬프트에서 동일한 창작 기준을 사용한 데에 기인함을 입증할 수 없는 한, 이는 단순한 복제의 증거가 될 수 없다. 해당 유사성은 랜덤 시드(random seed)나 AI 데이터베이스의 학습 과정에서 비롯될 수 있기 때문이다. 즉 기존 유사성 판단의 근거로 삼는 요소들이 인간에 의해 창작되었다면 저작권 보호 대상 요소가 될 수 있겠지만, 그 기원이 AI에 있으므로 저작권 보호 대상이 되기 어렵다.⁴⁸⁾

이처럼 GenAI 생성물 간 실질적으로 유사하다는 것이 당연히 복제를 입증하는 것으로 연결되었던 기존의 관계가 적용되기 어렵다면 프롬프트 기반 저작권 시스템은 복제 입증을 위해

45) Edward Lee, *supra* note 29 at 75-76. 본 논문에서 Lee는 생성물의 선택에 있어서도 저작자가 될 수 있다고 하나, 이를 Midjourney 또는 Dall-E가 프롬프트에 대한 응답으로 제공하는 네 가지 이미지 중 하나를 선택하는 경우까지 확대하는 것은 아니라고 한다. Edward Lee, *supra* note 29 at 60-62.

46) Skidmore ex rel. Wolfe v. Led Zeppelin, 952 F.3d 1051, 1068 (9th Cir. 2020). 본 사건에서 "유튜브에서 넷플릭스 및 스포티파이 같은 구독 서비스에 이르기까지 온라인 미디어에 접근하는 방법이 보편화됨에 따라, 저작물이 주문형으로 제공된다는 사소한 사실만으로도 접근성이 입증될 수 있다."고 하였다.

47) Shyamkrishna Balganesh & Peter S. Menell, "Proving Copying," *William & Mary Law Review*, Vol. 64 (2022), at 308-309.

48) *Ibid* at 37-38.

프롬프트에 대한 실제 접근(Access) 증명에 훨씬 더 크게 의존해야 한다. 그러나 프롬프트는 통상적으로 완성된 저작물처럼 대중에게 공개되지 않으므로, 접근 가능성이 매우 낮다. 더욱이, 프롬프트 자체는 완성된 저작물보다 훨씬 단순한 텍스트의 조합이기 때문에, 각각 독립적으로 동일하거나 극히 유사한 프롬프트를 작성했을 가능성이 전통적인 저작물보다 훨씬 높다. 오히려 이러한 경우 저작권 침해가 아닌 독립 창작으로 인정될 여지가 다분하다. 유사한 AI 결과물이 발견되더라도 프롬프트 복제 사실을 입증하기는 어렵기 때문이다.

따라서 실제 분쟁에서 프롬프트 복제를 주장하는 것이 다른 사건에 비해 ‘접근’의 개연성을 입증하기 어려울 수밖에 없다. 법원은 때때로 강력한 유사성을 근거로 독립적 창작(independent creation)이 불가능하다고 판단될 경우, 접근에 대한 개연성이 극히 낮아도 이를 인정한 바 있다.⁴⁹⁾ 또한 지금까지 대체로 "인터넷 어딘가에 있다"는 것으로 접근에 대한 입증 책임을 충족시키는 데 충분했다. 그러나 GenAI 생성물과 관련하여 법원의 이러한 태도는 재고되어야 한다. 일례로 복잡하고 창의적인 프롬프팅을 통해 GenAI를 ‘창작적 도구’로만 이용하여 생성된 것(A)과 실질적으로 유사한 것(B)이 생성된 경우 피고가 원고의 프롬프트에 어떻게 접근했는지에 대한 개연성 있는 설명이 없다면, 실질적으로 유사하더라도 복제가 인정되지 않을 수 있다.⁵⁰⁾ 그리고 소송을 우려하는 사람들은 그러한 프롬프트에 접근하지 않았음을 입증하기 위해 ‘클린룸(cleanroom)’ 절차⁵¹⁾를 수립할 수도 있다.

2. 실질적 유사성 판단범위의 불명확

가. AI생성 “아이디어” 배제의 곤란함

GenAI 생성물들이 서로 유사할 경우 그러한 유사성은 오히려 다음 세 가지 비보호 요소에서 비롯될 수 있다. 첫째, 두 사용자가 공유한 비보호 아이디어. 둘째, AI 모델이 해당 개념을

49) *Ferguson v. Nat'l Broad. Co., Inc.*, 584 F.2d 111, 113 (5th Cir. 1978) (이 판례에서 “독립적 창작의 가능성을 배제하는 현저한 유사성이 있는 경우, “복제”는 접근의 입증 없이도 증명될 수 있다”고 하였다); *Bouchat v. Baltimore Ravens*, 241 F.3d 350, 356 (4th Cir. 2000) (이 사건에서도 법원은 현격한 유사성을 ‘접근가능성’을 증명하는 방식으로 인정한 바 있다); *Ty, Inc.*, 132 F.3d at 1170 (이 사건에서도 독립 창작의 가능성이 거의 없을 정도로 유사하다면 접근이 있는 것으로 보았다). 한편 법원은 유사성이 상당하지 않은 경우(*Arnstein v. Porter*, 154 F.2d 464, 469 (2d Cir. 1946))에도 복제(접근)를 인정하기도 한다.

50) 향후 기술 발전으로 접근 사례를 증명하기가 더 쉬워질 수 있다. AI 회사가 온라인에 프롬프트와 응답을 게시하면 이러한 프롬프트를 더 쉽게 찾아 복사할 수 있다. 또한 AI가 자동 완성 기능을 사용하여 프롬프트 문의를 제안하기 시작하면 실수로 다른 사용자의 보호 가능한 프롬프트를 복사하도록 유도할 수도 있다.

51) 반도체 제조나 소프트웨어 공학의 ‘클린룸’ 개념을 프롬프트 엔지니어링 및 AI 평가에 적용한 것이다. LLM(대규모 언어 모델)이나 AI 시스템을 개발·평가할 때, 데이터 오염(Contamination)을 방지하고 공정한 성능 평가를 보장하기 위해 수행하는 격리 및 통제 절차를 의미한다. 이러한 과정에서 프롬프트 엔지니어는 블라인드 프롬프팅 즉 실제 평가 데이터를 보지 못한 상태에서 프롬프트를 설계해야 하며, 엔지니어가 정답을 미리 알고 프롬프트를 그 정답에 과도하게 맞추는 ‘오버피팅(Overfitting)’을 방지하기 위함이다.

실행하는 방식, 즉 AI 모델의 공통적인 이해. 셋째, AI 학습 데이터베이스에 이미 존재하는 공통적인 것의 반영이다. 따라서 AI 환경에서 실질적 유사성 테스트를 적용할 경우, 심사자는 인간이 만들었다면 보호받았을 핵심 표현(예: 색상, 구도)을 기반으로 유사성을 평가하게 되는데, 이 요소들이 AI에 기인하여 비보호 대상이 될 경우, 전통적인 실질적 유사성 평가는 침해 여부를 판단하는데 유용하지 않을 수 있다.

실제로 USCO 가이드라인은 저작권 등록 신청자에게 인간이 창작하지 않은 요소를 저작권 보호 대상에서 배제하도록 AI 생성 콘텐츠 중 '최소한의 수준(de minimis)'을 넘어서는 부분을 명시적으로 고지하고 청구 대상에서 제외하도록 요구하고 있다.⁵²⁾ 그러나 일례로 Zarya와 같은 복잡하고 성숙한 GenAI 생성물은 수많은 반복적 프롬프트, 초안 선택, 광범위한 교정 과정을 거치게 된다. 이러한 상황에서, 창작자에게 어떤 부분이 순전히 "AI 생성" 콘텐츠인지 구분하여 고지하라고 요구하는 것은 거의 실행할 수 없는 부담을 부과하는 것이다. 이러한 정책은 기술 진보에 따라 창작 도구와 창작 과정이 필연적으로 융합되는 현실을 무시한 것이라고 볼 수 있다.

한편 실제 프롬프트 기반 접근법에서 프롬프트와 직접적으로 연계되어 창작되지 않은 부분 즉 GenAI가 기여한 부분을 아이디어로 추출해 내야 하는데 현실적으로 가능할 시 의문이다. 그러한 부분을 추출해 낸다 할지라도 그 추출의 정확성 혹은 신뢰성에 대한 입증 역시 남겨진 과제다.

나. 얇은 보호와 '사실상의 동일성(Virtual Identity)' 기준

법원은 보호 범위가 좁을 때 (예: 기능적 요소가 많은 소프트웨어) '얇은 보호(Thin Protection)' 기준을 적용하여, 유사성이 복제를 의미한다고 추정하는 위험을 줄인다. 프롬프트 기반 생성물에 대하여 '얇은 보호(Thin Protection)'만 인정된다면, 침해를 입증하기 위해 원고는 '사실상의 동일성(Virtual Identity)'이라는 훨씬 높은 유사성 기준을 충족해야 한다. 하지만 GenAI의 경우, 비결정론적 출력 문제로 피고가 원고의 프롬프트를 정확히 복제했다라도 그 결과물이 '사실상 동일'하지 않을 수 있다. 이러한 '얇은 보호' 요구와 '비결정성' 문제가 결합되면, 법적 침해 입증은 현실적으로 매우 어려울 수 있다.

다. 프롬프트 역공학 (Reverse Engineering) 가능성

창작의 자유는 타인의 저작물을 복제하지 않고 독자적으로 유사한 결과를 도출하는 '독립 창작(independent creation)'의 자유를 포함한다. 이 논리는 GenAI 환경에서 프롬프트 역공학

52) U.S. Copyright Office, 88 FR 16190 (2023).

의 합법성을 지지하는 근거가 될 수 있다. 만약 경쟁자가 타인의 AI 생성물을 보고 분석하여, 자신만의 창작적인 지시를 담은 새로운 프롬프트를 작성해 유사한 결과물을 얻는다면, 이는 원고의 프롬프트 자체를 복제한 것이 아니므로 저작권 침해가 아니게 된다. 이는 *Sega v. Accolade* 판례⁵³⁾에서 중간 복제를 통해 비보호 요소에 접근하는 것을 허용한 역공학 법리와 논리적으로 일치한다.

우선 프롬프트 기반 접근하에서 저작권 침해를 판단하기 위해 실제로 알고 싶은 것은 작품이 유사한지 여부가 아니라 이용자가 타인의 프롬프트의 세부 사항을 복사했는지 여부다. 그 프롬프트에 충분한 창의성이 있다면 저작권 침해가 인정될 수 있다. 그러나 다른 질문(프롬프트)를 통해 실질적으로 유사한 이미지를 생성했다면 비록 결과물이 유사하고 경쟁적인 목적으로 사용되더라도 저작권 침해라고 보기 어렵다. 반대로, 프롬프트를 동일하게 복사하더라도 기존 저작권법이 실질적으로 유사한 것으로 간주하는 결과물을 생성하지 않을 수도 있다. 설사 사용자들이 동일한 아이디어를 프롬프트로 요청하여 비록 완전히 동일하지는 않더라도 유사한 결과물을 생성한다 할지라도 이 유사성은 저작권 보호 대상인 프롬프트의 창작적 요소가 생성물에 반영된 복제임을 의미하지 않는다. AI는 모델 가중치, 프롬프트, 무작위 시드의 조합에 따라 요청할 때마다 새로 생성되므로⁵⁴⁾ 동일한 시드 프롬프트를 제공하면 비슷한 답변을 생성할 가능성이 높지만, 예측 텍스트 생성은 한 단어 또는 한 음절 정도의 작은 '토큰'을 사용하여 하나씩 이루어지기 때문에 초기에 작은 변화가 큰 차이를 초래할 수 있다.⁵⁵⁾ 또한 프롬프트가 학습 데이터 세트에서 특정 작업을 더 구체적으로 식별할수록 GenAI가 이를 정확하게 복제할 가능성이 높아진다.⁵⁶⁾ 이러한 유사성은 프롬프트 중 저작권이 인정되는 표현적 요소로 연결될 수 있는 요소의 복제 가능성이 아니라, 유사한 프롬프트를 독립적으로 만들거나 이미 학습 데이터에 있는 용어의 공통성에서 비롯된 것이라고 볼 수 있다.⁵⁷⁾

또한, 인공지능에게 동일한 프롬프트를 제공하여 유사하거나 거의 동일한 이미지를 생성했다고 해서 반드시 프롬프트를 복사한 것으로 보기는 어렵다. 프롬프트는 결과 표현보다 훨씬 단순하므로 각각 다른 사람이 독립적으로 동일하거나 매우 유사한 프롬프트를 생각해냈다고 보는 것이 훨씬 더 타당하다. 그리고 동일한 저작물이라도 독립적으로 창작하는 것은 엄격히 저작권 침해가 아니다.⁵⁸⁾⁵⁹⁾

53) *Sega Enters. Ltd. v. Accolade, Inc.*, 977 F.2d 1510, 1518 (9th Cir. 1992).

54) Katherine Lee et al., "Talkin' About AI Generation: Copyright and the Generative AI Supply Chain," *Journal of the Copyright Society*, Vol. 71 (2024), p. 13.

55) Maria Diaz, "How to Use ChatGPT," *ZDNet* (June 30, 2023). <https://www.zdnet.com/article/how-to-use-chatgpt/> [<https://perma.cc/M529-ES7Q>]

56) Peter Henderson et al., "Foundation Models and Fair Use," *Journal of Machine Learning Research*, Vol. 24 (2023), at 9-10 <https://jmlr.org/papers/v24/23-0569.html>

57) *Ibid* at 36

58) *Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures Corp.*, 81 F.2d 49, 54 (2d Cir. 1936) ("[I]f by some magic a man who

특히 Dall-E 3의 경우처럼 사용자의 기본 요청을 더 나은 프롬프트로 AI가 자체적으로 재작성하는 추세가 강화됨에 따라, 인간의 기여는 더욱 희석되며, 결과적으로 인간이 통제하고 보호받을 수 있는 창작적 요소는 미미해질 수 있다.

IV. 개선 방향

1. 프롬프트 기반 ‘보호 확장’의 신중

가. 보호 영역의 협소함

보호되지 않는 아이디어와 보호되는 ‘표현’ 사이의 경계선을 명확하기 어렵다는 점은 이미 많은 문헌과 판례에서도 인정되고 있다.⁶⁰⁾ 아이디어·표현 이분법은 뉴스 보도, 과학 출판물, 컴퓨터 프로그램 등 실용적·기능적 저작물의 경우처럼, 공익적 이유로 명백히 공유영역(public domain)에 속하는 정보를 전달하는 저작물에 대해 가장 강력하게 작용하게 된다.⁶¹⁾ 더욱이, 아이디어와 표현을 구별하는 것은 시각적 또는 음악적 저작물보다 문서 형태의 저작물(writings)에서 훨씬 더 잘 작동한다.⁶²⁾ J. Learned Hand 판사의 자주 인용되는 추상화 테스트(abstraction test)는 희곡, 소설, 스포츠 보도 및 과학 출판물에 대해서는 잘 작동하는데, 이러한 저작물들은 무한히 압축되고 추상화되어 핵심 메시지(줄거리, 이론, 사실)–즉 보호받지 못하는 아이디어–만 잔류물로 남을 수 있기 때문이다.⁶³⁾ 그러나 GenAI 생성물에 대한 논의의 상당 부분인 예술 영역에서는 아이디어와 표현을 분리하는 것이 더 어렵고 때로는 불가능하기까지 할 수 있다.⁶⁴⁾

유럽에서는 개념 미술(conceptual art), 오브제(objets trouvés), 초기 컴퓨터 아트와 같이 표

had never known it were to compose anew Keats's Ode on a Grecian Urn, he would be an 'author,' and, if he copyrighted it, others might not copy that poem, though they might of course copy Keats's."); Ty, Inc. v. GMA Accessories, Inc., 132 F.3d 1167, 1169 (7th Cir. 1997) ("[I]f independent creation results in an identical work, the creator of that work is free to sell it.").

59) 그러나 안타깝게도 최근 저작권 소송에서는 독립적 창작물이 저작권 침해가 아니라는 것을 거의 무시하고 있는 듯 하다. 오로지 소송에서는 원고와 피고의 저작물 간에 충분한 유사성이 있는지 여부가 쟁점이다.

60) J. Learned Hand, "nobody has ever been able to fix that boundary, and nobody ever can." [Nichols v. Universal Pictures Corp., 45 F.2d 119 (2d Cir. 1930)].

61) P. Bernt Hugenholtz, *supra* note 25 at 16

62) Rebecca Tushnet, "Worth a Thousand Words: The Images of Copyright," *Harvard Law Review*, Vol. 125 (2012), at 684.

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

64) Mannion v. Coors Brewing Co., 377 F.Supp.2d 444 (S.D.N.Y. 2006).

현은 적고 아이디어는 풍부한 창작물이 등장하면서, 저작권 보호 대상인 저작물의 본질에 관한 광범위한 논의가 이루어졌다.⁶⁵⁾ 이러한 논의는 GenAI가 저작권에 제기하는 도전 과제와 여러 면에서 유사하다.⁶⁶⁾ 이러한 개념적 창작물은 아이디어·표현 이분법에 따라 쉽게 분리되지 않는다. 예술적 창작물은 때때로 우연성 혹은 독창적인 구상(original conception)에서 비롯되며, '구상'과 '현상화'가 결합되면 예술가의 창작물이 저작물로 인정되기에 충분할 수 있다는 견해⁶⁷⁾ 역시 이를 뒷받침한다. 그러나 마르셀 뒤샹(Marcel Duchamp)의 "레디메이드(ready-mades)"처럼 예술가의 구상이 기존 형태(pre-existing form)(예: 기성품 소변기)로 제시될 경우, 저작권 보호는 필연적으로 '협소(thin)'해질 수밖에 없다. 마찬가지로, 그 현상화에 있어 인간 저작자의 개입이 최소한에 그치는 경우 저작권 보호는 역시 협소해질 수밖에 없다. 아이디어는 풍부하지만 표현은 부족한 예술적 창작물에 대해 제한된 범위(limited scope)의 저작권 보호를 허용하는 것은 전혀 보호를 부여하지 않는 것보다는 법리적으로뿐만 아니라 정책적 관점에서도 합리적일 수 있다.⁶⁸⁾

현재 시각적 GenAI 창작물의 상당 부분도 이와 유사하게 개념적이다. 따라서 프롬프트 기반 접근법에 의해 GenAI생성물에 저작권이 인정된다 하더라도, 그 보호의 범위는 극단적으로 좁을 수밖에 없다. 이는 앞서 논의한 것처럼, 저작권이 아이디어, 사실, 기능적 요소, 그리고 AI 자체의 표현을 모두 배제해야 하기 때문이다. 보호받을 가능성이 있는 요소는 오직 아이디어와 표현 사이의 경계에 있는 '소수의 주변 요소'에 불과하며, 이는 프롬프트 텍스트 자체의 창작적인 배열 또는 프롬프트의 창작적 지시와 명확하게 연결될 수 있는(traceable to) AI 생성물 내의 극히 좁은 부분으로 한정될 것이다.⁶⁹⁾

나. 비결정성 문제와 창작적 통제력 상실

다양한 모델의 GenAI는 프롬프팅을 통해 콘텐츠 창작의 훌륭한 도구가 된다는 점에서 기술 발전에 따른 창작 도구성을 인정할 수밖에 없다는 주장⁷⁰⁾ 역시 결국 인간의 '통제'를 부정하는 것은 아니다. AI 산출물에 대한 프롬프트 작성자의 '창작적 기여' 또는 '창의적 통제'가 얼마나 발휘되었냐에 달려있다는 주장⁷¹⁾ 역시 이를 뒷받침한다. 즉, 프롬프트 이터레이션 과정이 '창

65) Friedrich Karl Fromm, "Der Apparat Als Geistiger Schöpfer," GRUR 299 (1964); Max Kummer, DAS URHEBERRECHTLICH SCHÜTZBARE WERK (1968).

66) Lionel Bently & Laura Biron, "Discontinuities between legal conceptions of authorship and social practices: What, if anything, is to be done?," THE WORK OF AUTHORSHIP (2014), at 237-276; Anne Collins Goodyear, "Marcel Duchamp, Copyright, and the Emergence of Art as Idea," American Art, 37:3 (2023), at 18-23.

67) P. Bernt Hugenholtz, supra note 25 at 17-18

68) *Ibid* at 18

69) *Ibid* at 33-34

70) 김원오, 앞의 논문(주4), 40쪽.

의적 조정'이라는 것을 법적으로 입증해야 한다. 작성자가 최소한의 창의적인 선택 또는 배열을 수행하였다면 저작권을 부여해야 한다는 주장을 뒷받침하기 위해서는 창작자가 AI의 결과를 수동적으로 수용하는 것이 아니라, 결과물에 예술적 개성을 투영하는 최소한의 '창의적 통제'가 실질적으로 이루어졌는지를 보여줌으로써 저작물성의 정당성을 확보할 수 있다.⁷²⁾

그러나 프롬프트 기반 저작권이 직면하는 중대한 법적 과제는 비결정성(Non-Determinism)의 문제다. 대부분의 GenAI 프로그램은 동일한 프롬프트가 항상 동일한 결과물을 생성하는 것을 방지하기 위해 무작위 시드(random seed)를 활용한다. 법원은 저작자가 결과물의 발현 방식에 대한 통제력을 상실할 경우 저작권을 거부해 왔다. 예를 들어, Kelley v. Chicago Park Dist. 판례⁷³⁾는 정원 디자인에 저작자의 개념이 있었다하더라도, 정원이 실제로 형성되는 방식은 저작자의 통제를 벗어난 '자연적 과정의 기능(function of natural processes)'이었기에 저작권을 인정하지 않았다. 마찬가지로, AI 결과물의 비결정성은 사용자가 아무리 상세한 지시(프롬프트)를 내렸더라도, 최종적인 표현에 대한 통제력(control)을 갖지 못한다는 것을 의미할 수도 있다. 이는 프롬프트 기반 접근법의 법적 정당성을 약화시키는 중대한 요소로 작용할 수 있다.⁷⁴⁾

다. 한국 저작물 개념과 프롬프트 기반 접근법의 정합성 한계

프롬프트 기반 접근법은 사용자가 입력하는 정교한 프롬프트와 반복적인 수정 과정 자체를 창작적 기여로 보아 최종 생성물에 대한 저작물성을 인정하려 한다. 그러나 이를 한국 저작권법 체계에 직접 수용하는 것은 저작권법 제2조 제1호의 문언적 해석의 한계에 부딪힌다. 한국 저작권법 제2조 제1호는 저작물을 "인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물"로 정의하며, 대법원은 일관되게 "단순히 아이디어나 주제를 제공하는 것만으로는 저작자가 될 수 없고, 구체적인 표현 과정에 기여해야 한다"고 판시하여 아이디어와 표현을 엄격히 구별하고 있다.⁷⁵⁾ 프롬프트는 생성형 AI가 산출할 결과물의 방향, 스타일, 구성 요소 등을 지시하는 '명령어'이자 '설계도'의 성격을 지닌다. 사용자가 아무리 길고 상세한 텍스트 프롬프트를 입력하더라도, 이는 최종 산출물(이미지, 음악, 텍스트 등)을 위한 구체적 '아이디어'나 '기능적 지시'의 묘사에 불과할 뿐, 그 자체가 최종 산출물의 '표현'이라고 보기 어렵다.⁷⁶⁾

71) 김윤명, 앞의 논문(주4), 281쪽.

72) Edward Lee, supra note 29, at 1445

73) Kelley v. Chicago Park Dist., 635 F.3d 290, 304 - 5 (7th Cir. 2011)

74) Letter from U.S. Copyright Office Review Board to Tamara Pester (Sept. 5, 2023). <https://fingfx.thomsonreuters.com/gfx/legaldocs/byprqkqxpe/AI%20COPYRIGHT%20REGISTRATION%20decision.pdf> [https://perma.cc/Z273-7UTZ]

75) 대법원 2009. 12. 10. 선고 2007다71710 판결 ("저작권법의 보호 대상은 학문과 예술에 관하여 사람의 정신적 노력에 의하여 얻어진 사상 또는 감정을 말, 문자, 음, 색 따위에 의하여 구체적으로 외부에 표현한 창작적인 표현 형식이고, 그 표현되어 있는 내용 즉 아이디어나 이론 등의 사상 및 감정 그 자체는 원칙적으로 저작권법에서 정하는 저작권의 보호 대상이 되지 아니한다.")

프롬프트 튜닝(Prompt Tuning) 및 결과물 선택의 반복 과정을 한국 저작권법상의 편집저작물(제2조 제17호) 또는 2차적저작물(제5조 제1항) 법리를 유추하여 보호하려는 시도 역시 어려움에 직면한다.

우선, 편집저작물 법리와의 상충이다. 편집저작물이 성립하기 위해서는 소재의 '선택 또는 배열'에 창작성이 인정되어야 한다.⁷⁷⁾ 일부 견해는 Midjourney나 DALL-E와 같은 AI가 제시하는 여러 산출물 중 사용자가 특정 결과물을 '선택'하는 행위나 프롬프트 조합을 '배열'하는 행위를 편집의 창작성으로 포섭하고자 한다.⁷⁸⁾ 그러나 저작권법이 요구하는 소재의 선택·배열은 최종 저작물 내에서 그 소재들이 내적 질서를 형성하여 새로운 창작적 가치를 띠는 것을 의미한다. 한편 AI 생성 과정에서의 선택은 AI가 이미 완성하여 제시한 독립된 결과물들 중 기호에 맞는 하나를 고르는 '소비적 취사선택'에 가깝다. 그렇다 할지라도 이러한 선택을 통하여 후발적으로 편집물의 창작성을 창출한다면 편집저작물이 될 수 있다. 그러나 프롬프트의 배열은 최종 산출물의 내적 형식이 아닌 '입력값의 배열'에 불과하므로 이를 동 법이 규정한 편집저작물의 창작성으로 의제하기는 어려울 것으로 보인다.

둘째, 2차적저작물 법리 적용의 한계이다. 2차적저작물은 원저작물을 기초로 번역, 편곡, 변형 등을 통해 실질적 유사성을 유지하면서도 새로운 창작성을 부가해야 성립한다. 사용자가 AI의 초기 생성물을 바탕으로 프롬프트를 수정하거나 인페인팅(Inpainting) 기능을 통해 이미지를 변형해 나가는 과정은 외견상 2차적저작물의 작성 과정과 유사해 보인다. 그러나 2차적저작물이 성립하려면 그 전제가 되는 '원저작물'이 존재해야 하는데, AI의 초기 생성물 자체는 인간의 개입이 없어 저작물성이 부인되므로 2차적저작물의 기초가 되는 '원저작물' 요건을 충족하지 못한다. 가사 이를 논외로 하더라도, 추가적인 변형 행위(수정 프롬프트 입력 등) 역시 인간의 직접적인 표현 행위가 아니라 AI라는 도구를 거친 간접적 지시에 불과하므로, 한국 저작권법이 요구하는 "새로운 창작성의 부가"가 인간에 의해 이루어졌다고 평가하기 어렵다.⁷⁹⁾

라. '표현적 요소' 확장 신증

앞서 살펴본 바와 같이 프롬프트 기반 접근법에 따르면 실질적으로 아이디어·표현

76) 이대희, "생성형 AI와 저작권법상의 쟁점", 『계간 저작권』 통권 제143호, 한국저작권위원회 (2023), 15-17쪽. (프롬프트를 통해 생성된 결과물은 프롬프트의 구체화라기보다는 알고리즘 학습 데이터의 확률적 조합에 가깝다는 점을 지적함)

77) 대법원 2003. 11. 28. 선고 2001다50586 판결 ("편집물에 포함된 소재의 선택이나 배열에 창작성이 있는 경우에 한하여 편집저작물로 보호받을 수 있다.").

78) 이해완, "인공지능(AI) 산출물과 저작권 - 최근의 논의 동향을 중심으로", 『저작권학연구』 제21권 제2호, 한국저작권법학회 (2022), 22-25쪽.

79) 안효질, "인공지능(AI)과 저작권 - 생성형 AI를 중심으로", 『산업재산권』 제78호, 한국산업재산권법학회 (2023), 55-58쪽.

이분법하에서 보호범위는 협소해질 수밖에 없다. 그럼에도 불구하고 GenAI 생성물의 '권리화(보호) 움직임'은 GenAI 생성물이 공유영역(Public Domain)으로 편입되는 것을 막고, 어떻게 든 권리를 인정받으려는 시도를 낳을 것이고, 이용자에게 또는 AI 운영자에게 저작자 지위를 부여하는 방향으로 추진될 수 있다.

그러나 GenAI 생성물에 대한 권리를 광범위하게 인정하게 될 경우, 이는 GenAI의 표현(원래 보호되지 않아야 할 부분)까지 보호하는 효과를 낳음으로써 아이디어·표현 이분법을 실질적으로 무력화하는 결과를 초래할 수 있다. 우선 극단적으로 좁게 시작된 법적 보호가 시간이 지나면서 팽창하여 결국 아이디어 통제로 이어질 위험성이다.⁸⁰⁾ 이는 AI가 구현한 아이디어나 고수준의 기능적 요소까지 통제하는 결과를 낳을 수 있다.

한편 AI가 생성한 창작에 대한 보호를 좁힐 경우, 저작권법 자체는 AI 시대의 창의성 인센티브 메커니즘으로서 중요성을 상실할 수 있다는 비판이 있을 수 있다. 이 경우, AI 생성물의 대부분은 법적 보호 없이 공공영역에 남아 자유롭게 이용될 것이며, 저작권법은 일반적인 AI 창작 활동에 대해 무의미한 법리로 전락할 수 있다. 그러나 인위적으로 희소성을 재창조하기 보다는, 값싼 창작의 풍요로움을 수용하는 것이 더 바람직할 수 있다는 관점에서 고민될 필요가 있다. 오히려, 필요에 따라 인간 창작자들은 저작권이 아닌 상표권 등을 통해 진정성이나 출처를 보호하는 방식으로 가치를 확보하려 할 가능성이 높아질 수 있다.

2. '아이디어·표현 이분법'의 재구성

가. 추상화-여과-비교 테스트의 응용

GenAI 산출물에 대하여 프롬프트 기반 접근법을 통해 작품성을 일부 인정하더라도, 기존의 '아이디어·표현 이분법'을 그대로 적용하는 것은 한계가 있다. 과거 컴퓨터 프로그램 저작물이나 그래픽 사용자 인터페이스(GUI)가 등장했을 때 법원이 취했던 '해체적 접근(Analytic Dissection)'과 '여과(Filtration)' 법리를 GenAI 산출물에 맞게 변용하여 도입하는 방안이 고려될 수 있다.⁸¹⁾ 1980~90년대 컴퓨터 소프트웨어라는 새로운 형태의 저작물이 등장했을 때 법원은 소프트웨어의 어디까지가 보호받는 '표현'이고 어디까지가 보호받지 못하는 '기능적 아이디어'인지 구별하는 데 어려움을 겪었으며, 이를 해결하기 위해 미국 제2 항소법원은 Computer

80) 대표적인 역사적 경험은 사진 저작권이다. 초기 법원은 사진가가 조명, 설정 등 좁은 선택을 한 것에 대해서만 보호를 인정하려 했다 (Burrow-Giles v. Sarony, 111 U.S. 53 (1884)). Christa Laser, "How a Century-Old Insight of Photography Can Inform Legal Questions of AI-Generated Artwork," Technology & Marketing Law Blog (Aug. 2, 2023) 참조.

81) Pamela Samuelson, "A Conceptual Analysis of Copyright in AI-Generated Works," University of Chicago Law Review, Vol. 91 (2024), at 150-155.

Associates v. Altai (1992) 사건⁸²⁾에서 “AFC 테스트(추상화-여과-비교 테스트)”를 확립한 바 있다. AI 산출물 역시 기계적 생성 부분과 인간의 기여가 혼재되어 있으므로, 이 AFC 테스트를 변용하여 AI 산출물의 저작물성을 평가하고 침해 여부를 판단하는 시도는 일응 고려해 볼 만 하다.⁸³⁾

우선 추상화(Abstraction)단계에서 AI생성물이 도출되기까지의 전 과정을 개념적 층위(Levels of Abstraction)로 분해한다. 사용자가 입력한 단발적이고 개괄적인 프롬프트는 가장 높은 추상화 단계에 해당될 수 있으며, 레이아웃의 선택 등 프롬프트를 다듬고 반복 수정하는 과정이 중간 단계라고 할 수 있다. 다음으로 AI가 최종적으로 출력한 픽셀의 배열, 구체적인 단어의 조합 등이 최종 산출물으로써 추상성이 가장 낮은 구체화 단계라고 할 수 있다.

다음으로 비보호 요소를 배제하는 여과(Filtration)단계다. 사용자의 프롬프트에 기초하되, AI의 신경망 알고리즘과 무작위 시드(Random Seed)에 의해 AI가 독자적으로 결정한 구체적인 색상, 질감, 음영, 단어의 세부 배열 등은 인간의 ‘창작적 통제’ 밖의 결과물이므로 여과되어야 한다(순수 기계 생성 요소). 또한 사용자가 입력한 프롬프트가 단문이거나 특정 이미지를 지시하는 단순한 아이디어인 경우, 그 아이디어를 표현하는 방법이 제한적이므로 합체의 원칙에 따라 보호 대상에서 제외된다.⁸⁴⁾ “피카소 화풍으로”, “사이버펑크 스타일로”와 같이 AI 학습 데이터에서 추출된 특정 장르의 보편적 스타일이나 필수불가결한 표현 요소들은 누구나 사용할 수 있는 공유 영역(Public Domain)에 속하므로 이 역시 표현의 영역에서 배제되어야 한다.⁸⁵⁾

결국 이러한 ‘여과(Filtration)’ 과정을 거치고 나면, AI 산출물 중 대부분의 요소는 떨어져 나가고, 인간 사용자가 구체적인 프롬프트 엔지니어링, 사후 편집, 배열 등을 통해 실질적으로 기여한 극히 일부의 ‘보호받는 인간의 표현’만이 남게 되고 이러한 부분이 피침해 저작물과 실질적으로 유사한지를 엄격하게 비교해야 한다.⁸⁶⁾

나. 얇은 보호(Thin Protection)의 원칙적 적용

이러한 엄격한 여과 과정을 거치고 나면, 인간 창작자가 ‘프롬프트 이터레이션’을 통해 실질적으로 통제하고 기여한 표현적 요소는 극히 일부만 남게 된다. 따라서 AI 산출물에 저작권이

82) Computer Associates Int'l, Inc. v. Altai, Inc., 982 F.2d 693 (2d Cir. 1992). (소프트웨어 저작권 침해 판단에 있어 추상화-여과-비교 테스트를 확립한 판례).

83) Pamela Samuelson, *supra* note 81 at 162.

84) 박준우, "인공지능(AI) 활용 저작물의 편집저작물성과 구성요소의 선택·배열", IP & Data, 제5권 제1호 (2025), at 24-26.

85) Daniel J. Gervais, "The Human Cause in Copyright Law," Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law, Vol. 26 (2024), p. 85.

86) Pamela Samuelson, *supra* note 81 at 165-168.

인정되더라도 이는 사실상 사실 기반의 데이터베이스나 실용적 저작물에 부여되는 '얇은 보호(Thin Protection)'에 국한되어야 한다.⁸⁷⁾ 이는 아이디어가 표현으로 둔갑하여 특정 개인에게 독점되는 것을 방지하는 안전장치가 된다. 즉 AI가 생성한 결과물의 전체적인 미감이나 스타일을 특정 개인이 사유화하고 독점하는 것을 막아주며 이를 통해 AI 기술을 이용한 후속 창작자들의 자유로운 창작 활동을 보장할 수 있다.

다. 한계와 과제

우선 AFC 테스트의 태생적 한계가 지적될 수 있다. Computer Associates v. Altai 판결에서 AFC 테스트가 도입된 이유는 소프트웨어가 '효율성', '하드웨어 표준', '기능적 요구사항'의 제약을 받는 실용적 저작물이기 때문이다. 반면, GenAI를 통해 생성된 미술, 문학, 음악 산출물은 심미적이고 표현적인 저작물(Expressive Works)이다. 미학적 산출물에 대해 효율성이나 기능성을 배제하기 위해 고안된 기계적인 여과 공식을 들이대는 것은 저작권법의 대상적 특성을 무시한 무리한 법리 적용이라는 지적이 제기될 수 있다.⁸⁸⁾

예술 작품의 독창성은 개별 요소(선, 색상, 단어 등)의 합이 아니라, 보호받지 못하는 요소들이 인간의 선택에 의해 결합하여 만들어내는 '전체적인 느낌과 구조(Overall Concept and Feel, Gestalt)'에서 발생한다. 그러나 AI 산출물을 추상화 층위로 쪼개어 기계적 생성 부분과 표준적 요소를 모두 '여과(해체)'해 버리면, 정작 창작자가 의도한 전체적인 미학적 배열과 맥락마저 파괴되는 해체의 오류에 빠질 수 있다.⁸⁹⁾

무엇보다도 권리자(원고)는 AI 산출물 중 '기계가 자율적으로 생성한 부분'과 '자신의 프롬프트 인터레이션을 통해 통제된 부분'을 완벽하게 분리하여 입증해야 하는데, AI의 신경망(블랙박스) 특성상 이를 기술적으로 분리해 내는 것은 현재로서는 거의 불가능에 가깝다. 이는 원고에게 천문학적인 입증 비용과 기술적 부담을 전가하여, 사실상 AI 지원 창작물의 권리 보호를 절차적으로 봉쇄하는 결과를 초래한다는 비판을 받을 수 있다.⁹⁰⁾

또한 극단적으로 여과를 너무 촘촘하게 짜면 인간 프롬프터의 기여도가 '0'으로 수렴하게 되며, 이는 수백 시간의 프롬프트 수정과 기획을 거쳐 산출물을 만들어낸 인간의 노력을 저작권법 체계에서 완전히 축출하는 결과를 낳을 수 있다는 비판도 제기된다.⁹¹⁾ 결국 AI 생성물에

87) Mark A. Lemley, "How Generative AI Turns Copyright Upside Down," SSRN Electronic Journal (July 2023), p. 32.

88) *Ibid* at. 38-40.

89) Jane C. Ginsburg & Luke Ali Budiardjo, "Authors and Machines," Berkeley Technology Law Journal, Vol. 34 (2019), at 445-448.

90) Shyamkrishna Balganesh, "The Illusion of Determinism in AI Copyright," Columbia Law Review (Forthcoming 2024), at 22-25.

91) Edward Lee, *supra* note 29, at 1460-1463.

‘극히 얇은 보호’조차 부여하지 않거나 침해를 인정하지 않게 되면, 자본과 인력이 투입된 AI 콘텐츠 산업(영화, 게임, 미디어 등)에서 무단 복제와 무임승차가 방치되어 지식재산권이 창출해야 할 경제적 유인을 파괴하여 결과적으로 미디어 생태계의 질적 저하를 초래할 수 있다는 비판에 직면할 수 있다.⁹²⁾

여과 법리의 도입은 매우 유력한 대안이나, 미학적 저작물의 특성을 고려하여 편집저작물의 법리를 차용해 ‘선택과 배열’에 나타난 인간의 전체적 의도를 보호하는 새로운 여과 기준의 마련이 고민될 필요가 있다.

3. 침해 판단 방식의 재검토

가. ‘의거성(Access)’ 판단 기준의 엄격화와 증명 책임의 전환

인터넷 시대에 널리 인정되었던 ‘광범위한 접근 가능성(Widespread Access)’에 기반한 의거성 추정⁹³⁾은 GenAI 환경에서 재검토되어야 한다. 동일한 AI 모델을 사용하는 수백만 명의 사용자가 유사한 프롬프트를 입력하여 실질적으로 유사한 결과물을 도출할 가능성도 상존하기 때문이다.⁹⁴⁾ 침해를 주장하는 원고는 단순히 피고의 ‘결과물’이 자신의 것과 유사하다는 점만으로 의거성을 추정받기 보다는 피고가 원고의 ‘구체적인 프롬프트 조합’이나 ‘이터레이션(반복 수정) 과정의 로그’에 직접적으로 접근했음을 입증하는 방안이 고려될 필요가 있다.⁹⁴⁾ 특히 프롬프트가 대중에게 공개되지 않은 블랙박스 상태였다면, 결과물의 현저한 유사성만으로 의거성을 추정하는 기존 법리⁹⁵⁾는 재검토되어야 한다.

더불어 ‘독립 창작(Independent Creation)’ 항변을 적극적으로 인정하는 방안도 고려되어야 한다. GenAI의 특성상 피고가 원고의 작품을 보지 않고 독자적으로 유사한 프롬프트를 도출했을 가능성이 과거 어느 때보다 높다. 따라서 피고가 자신의 프롬프트 입력 기록, 작업 로그, AI 모델과의 상호작용 내역(클린룸 절차 등)을 제시할 경우, 법원은 이를 ‘독립 창작’으로 적극 인정할 필요가 있다.⁹⁶⁾

92) Dan L. Burk, "Cheap Creativity and What It Will Do," Georgia Law Review, Vol. 57 (2023), at 1690.

93) Katherine Lee et al., "Talkin' About AI Generation: Copyright and the Generative AI Supply Chain," Journal of the Copyright Society, Vol. 71 (2024), at 13-15.

94) Shyamkrishna Balganesh & Peter S. Menell, "Proving Copying," William & Mary Law Review, Vol. 64 (2022), at 310-312. (AI 시대에 의거성 증명의 어려움과 기준 변화의 필요성 역설).

95) 전통적 판례인 *Selle v. Gibb*, 741 F.2d 896 (7th Cir. 1984)에서는 현저한 유사성이 있을 경우 의거성을 추정할 수 있다고 보았다.

96) 정상조, 박준석, 『지식재산권법 (제6판)』, 홍문사 (2024), 저작권 침해 항변 사유로서의 독립창작 법리 참조.

나. '실질적 유사성(Substantial Similarity)' 판단 방법의 개선

우리 대법원은 저작권 침해의 핵심 요건인 '실질적 유사성' 판단에 있어, 저작물에 내재된 아이디어를 제외하고 오직 '창작적 표현형식'만을 대비하는 여과 과정을 거치도록 명확히 하고 있다.⁹⁷⁾ 특히 대법원은 실질적 유사성의 유형을 문장이나 색채 등 외면적 표현이 유사한 '부분적·문자적 유사성'과, 작품의 근저를 이루는 사건의 전개과정이나 구조 등 내면적 표현이 유사한 '포괄적·비문자적 유사성'으로 구분하여 판단하는 법리를 확립해 왔다.⁹⁸⁾

그러나 전통적인 예술 저작물의 침해소송에서 일반인의 직관에 의존하는 '일반 관찰자 테스트'는 GenAI 환경에서는 중요한 오류를 낳을 수 있다. AI가 생성한 화려한 시각적·청각적 외관이 일반 관찰자에게 강한 착시 효과를 주어, 보호받지 못하는 요소들로 인해 유사하다는 오판을 유도할 수 있기 때문이다.⁹⁹⁾ 오히려 전문가 중심의 '외재적 테스트(Extrinsic Test)' 도입을 적극적으로 검토할 필요가 있다. 이 과정에서 프롬프트 엔지니어링 및 AI 생성 알고리즘에 대한 전문가의 증언을 통해, 두 산출물 간의 유사성이 인간의 '창작적 표현'에서 비롯된 것인지, 아니면 AI 모델의 가중치나 베이스 모델의 특성에서 기인한 것인지를 분리할 필요가 있다.

더불어 GenAI 산출물에 대하여 '사실상의 동일성' 기준을 적용하는 방안이 국내 저작권 법리 체계 내에서 적극적으로 수용 및 구체화될 필요가 있다. 앞서 언급한 바와 같이 GenAI 산출물에서 기계적 알고리즘의 기여분과 학습 데이터에서 유래한 보편적 스타일을 엄격히 여과하고 나면, 인간의 창작적 표현으로 인정받을 수 있는 영역은 극히 협소해져 이른바 '얇은 보호'만이 주어지게 된다.

이러한 '얇은 보호' 영역에 대한 '사실상의 동일성' 요구는 기존 우리의 대법원 판례의 태도와 결코 이질적이지 않다. 대법원은 이미 지도, 건축설계도, 실용적 목적의 매뉴얼 등과 같이 아이디어와 표현이 합체되어 있거나(합체 원칙), 표현의 선택지가 극히 제한적인(표준 필수적 표현 원칙) 이른바 '기능적 저작물'에 대해서는 창작성을 낮게 평가하여 실질적 유사성의 인정범위를 대폭 축소하는 경향을 일관되게 보여왔다.¹⁰⁰⁾ 즉, 표현의 재량권이 좁은 저작물일수록 타인의 산출물이 원저작물과 '거의 동일(Almost identical)'하거나 '데드 카피(Dead copy)' 수준에 이르러야만 침해를 인정하는 것이다. 이러한 법리는 GenAI 산출물 침해 판단에도 상당히 부합한다. 사용자가 프롬프트를 통해 개입한 미세한 배열이나 선택(인간의 기여분)은 매우

97) 대법원 2000. 10. 24. 선고 99다10813 판결 ("실질적 유사성이란 ... 아이디어 등과 같은 창작성이 없는 부분을 제외하고, 오로지 창작적 표현형식에 해당하는 것만을 가지고 대비하여 판단하여야 한다.").

98) 대법원 2010. 2. 11. 선고 2007다63409 판결. 본 판결은 실질적 유사성을 판단할 때 "작품 속의 인물과 그들 사이의 관계 설정, 줄거리, 사건의 전개 양상" 등이 유사한지를 보아야 한다고 언급했다.

99) Edward Lee, *supra* note 29, at 1450-1452.

100) 대법원 2005. 1. 27. 선고 2002도965 판결 ("실용적인 목적을 집작하게 하는 기능적 저작물은 그 성질상 사상이나 감정을 표현하는 방법에 한계가 있으므로, 표현의 선택 폭이 넓은 일반적인 예술 저작물과 비교할 때 저작권 침해를 인정하기 위한 실질적 유사성의 기준은 훨씬 엄격하게 적용되어야 한다.").

제한적인 기능적 결과물과 유사한 지위를 갖는다. 따라서 미국의 Apple Computer, Inc. v. Microsoft Corp. 판례¹⁰¹⁾에서 확립된 바와 같이, 권리가 인정되는 요소가 극히 제한적인 GenAI 산출물에 대해서는 일반적인 분위기나 스타일(Concept and Feel)의 유사성만으로 실질적 유사성을 인정해서는 안 된다. 우리 대법원의 ‘기능적 저작물에 대한 제한적 보호 법리’를 원용하여, 피고의 저작물이 원고의 산출물 중 ‘인간이 구체적으로 기여한 표현 부분’과 ‘사실상 동일’한 경우에 한하여 예외적으로 저작권 침해를 인정하는 엄격한 잣대가 확립되어야 할 것이다.

V. 결 론

저작권의 본질적 목적은 소수에게 영구적인 독점권을 부여하는 것이 아니라, 창작을 장려하여 공공의 문화적 후생(Public Welfare)을 증진하는 데 있다.¹⁰²⁾ 기계에 의해 창작의 비용이 급감하고 풍요로워진 시대에는, 보호의 외연을 넓히기보다 인류의 자유로운 아이디어 활용을 보장하는 방향으로 규범적 균형을 맞추어야 할 것이다.

지금까지 저작권 시스템은 “아이디어·표현 이분법”과 “실질적 유사성”이라는 가장 중요한 두 원칙에 기반해 왔다. 그러나 프롬프트 기반의 GenAI 창작 시스템에서 이러한 전통적인 원칙은 한계에 직면하게 되었다. 프롬프트 기반 GenAI 생성물을 저작물로 인정할 것인가는 단순히 저작자를 밝히는 것에 끝나지 않으며, GenAI 생성물에서 침해 판단을 위해 보호되는 ‘인간’의 “창작적 표현”을 추출해야 한다. 그러나 기존의 “아이디어·표현 이분법”하에서 GenAI 생성물에서 인간 프롬프트의 창작적 표현을 추출해 내는 것은 사실상 극히 어려운 일이고 추출해 낸다 할지라도 그 범위는 매우 협소할 수밖에 없다. 즉 기존의 “아이디어·표현 이분법”에 비추어 볼 때 보호 영역은 ‘얇은 보호’로 극히 제한적일 수밖에 없다. 따라서 GenAI 생성물에 대하여 프롬프트 기반의 저작권 인정을 주장하는 견해가 일응 타당해 보일 수 있다. 그러나 보호범위를 넓게 인정하기 위해 기존의 “아이디어·표현 이분법”을 수정하는 것은 창작의 풍요로움을 추구하고자 하는 본질에 비추어 신중한 검토가 필요하다. 아이디어에 가까운 쉬운 창작을 보호하는 것은 후세대의 광범위한 창작의 자유를 제한함으로써 누군가의 권리를 침해할지도 모른다는 “영향의 불안”에 빠질 수 있다. 창작의 풍요가 달성될 수 있는지, 수많은 분쟁만 야기하게 될 것은 아닌지, 일반 문화 소비자의 비용 상승으로 그렇지 않아도 떨어진 일상과 예술의 관계를 더 격리시키는 것은 아닌지에 대한 문제가 모두 저작권 제도의 본질 속에 자리잡

101) Apple Computer, Inc. v. Microsoft Corp., 35 F.3d 1435, 1439 (9th Cir. 1994). (보호받지 못하는 아이디어가 혼재된 저작물에 대해서는 사실상의 동일성 기준을 적용함).

102) Dan L. Burk, *supra* note 92 at 1680-1685.

아 있다는 것을 유념해야 할 것이다.

저작권법은 인간의 창의성을 장려하기 위해 만들어졌다. 그러나 혹자의 주장처럼 기계에 의한 창작이 더 저렴하고 쉬워지면서 저작권의 중요성이 줄어들 수도 있다.¹⁰³⁾ 즉 저작권 보호의 인센티브가 필요하지 않은 세상에서 저작권법의 영향력이 줄어들 수 있고 그래야 할지도 모른다. 그러나 수많은 창작의 이해관계 속에서 누군가는 기존의 전통적 법리를 수정하여 GenAI 생성물에 대한 새로운 권리의 인정 혹은 기존 권리의 확대를 강력히 주장할 수 있으며 실제 많은 산업에서 무언가를 소유하는 사람이 없다는 것 자체가 낯설고 두려움을 야기할 수 있다. 이를 방증하듯 일부 AI기업은 AI생성물의 이용 권한에 대하여 이미 규칙을 정하고 있다.¹⁰⁴⁾

“저작권이 없으면 충분한 창작물을 얻을 수 없다고 생각할 때에만 저작권이 필요하다”¹⁰⁵⁾ 주장이 옳다면 Gen AI시대에는 창작에 대한 걱정은 접어들 수 있을지도 모른다. 그러나 대량 생산 시대에도 장인이 한뼘 한뼘 만든 공예와 작품이 여전히 고가를 유지하듯 희소성이나 진품에 대한 욕구는 여전히 다른 차별화된 시장으로 존재할 것이다. 수 많은 창작자들이 AI로 인해 일자리를 상실하게 될지도 모른다는 노동 대체와 창작의 경제성 약화에 대한 두려움은 충분히 이해하나, 일반 이용자 혹은 소비자에게 제공될 수 있는 창작의 복리 역시도 고려되어야 할 것이다. 저작권 제도는 이러한 사회적 법익과의 균형점에서 설계된 것이지, 저작권 자체가 목적인 것은 아니기 때문이다. GenAI 산출물에 대하여 무분별하게 저작물성을 긍정하고 침해를 넓게 인정하는 것은 오히려 창작의 토양을 고갈시킬 위험이 있다. “여과 테스트”를 통한 아이디어·표현 이분법의 엄격한 적용, ‘프롬프트 접근’을 요구하는 의거성의 강화, 그리고 ‘사실상의 동일성’을 요구하는 얇은 보호 법리의 결합은 현행 저작권 체계를 무너뜨리지 않으면서도 GenAI 기술을 포용할 수 있는 대안으로 검토되어야 할 것이다. ▣

(논문접수 : 2026. 03. 31. / 심사개시 : 2026. 04. 17. / 게재확정 : 2026. 04. 21.)

103) Mark A. Lemley, "IP in a World Without Scarcity," N.Y.U. Law Review, Vol. 90 (2015), p. 507; Dan L. Burk, "Cheap Creativity and What It Will Do," Georgia Law Review, Vol. 57 (2023), at 1680-1681.

104) OpenAI, "Terms of Use" (last updated Jan. 31, 2024); GitHub, "GitHub Copilot Product Specific Terms" (last updated June 2023).

105) Dan L. Burk, supra note 92 at 42 “ We need copyright only if we think we won’t get enough creation without it.”

참 고 문 헌

<국내문헌>

- 강현호·박은경·김지수(2024). “AI 생성물의 저작물성과 창작성 판단에 대한 고찰: 생성형 인공지능의 도구성을 중심으로”. 『계간 저작권』, 통권 146호. 한국저작권위원회.
- 권순재(2024). “프롬프트 기반 저작권 부여에 관한 소고: 인공지능 생성물을 위한 ‘골디락스 존’을 기대하며”. 『서울법학』, 제32권 1호. 서울시립대학교 법학연구소.
- 김원오(2025). “프롬프팅에 의한 창작에 대한 저작권법상 재평가”. 『사법』, 통권 제71호. 사법발전재단.
- 김윤명(2024). “생성형 AI의 프롬프트 창작에 대한 저작권법적 고찰”. 『저스티스』, 통권 200호. 한국법학원.
- 류시원(2024). “생성형 AI 프롬프트 입력에 대한 저작권법상 평가”. 『계간 저작권』, 통권 148호. 한국저작권위원회.
- 박준우(2025). “인공지능(AI) 활용 저작물의 편집저작물성과 구성요소의 선택·배열”. 『IP & Data』, 제5권 제1호.
- 안효질(2023). “인공지능(AI)과 저작권 - 생성형 AI를 중심으로”, 『산업재산권』 제78호, 한국산업재산권법학회.
- 이대희(2023). “생성형 AI와 저작권법상의 쟁점”, 『계간 저작권』 통권 제143호, 한국저작권위원회.
- 이해완(2022). “인공지능(AI) 산출물과 저작권 - 최근의 논의 동향을 중심으로”, 『저작권학연구』 제21권 제2호, 한국저작권법학회.
- 정상조·박준석(2024). 『지식재산권법 (제6판)』. 홍문사.
- 한국저작권위원회(2024). 『2024 저작권 쟁점대토론회 자료집』. 한국저작권위원회.
- 문화체육관광부(2024). 생성형 AI 저작권 안내서,
- 차상욱(2023). “Thaler v. Perlmutter 사건 분석”, 저작권동향 이슈리포트 2023-09호, 한국저작권위원회.

<외국문헌>

- Balganesh, S., & Menell, P. S. (2022). "Proving Copying". William & Mary Law Review, 64, 299-312.

- Bracha, O. (2024). "The Work of Copyright in the Age of Machine Production". January 2024 Draft.
- Burk, D. L. (2023). "Cheap Creativity and What It Will Do". *Georgia Law Review*, 57, 1669-1690.
- Fenwick, M., & Jurcys, P. (2023). "Originality and the future of copyright in an age of generative AI". *Computer Law & Security Review*, 51.
- Gervais, D. J. (2019). "The Machine as Author". *Iowa Law Review*, 105, 2053-2106.
- Gervais, D. J. (2024). "The Human Cause in Copyright Law". *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, 26, 85.
- Ginsburg, J. C., & Budiardjo, L. A. (2019). "Authors and Machines". *Berkeley Technology Law Journal*, 34, 343-448.
- He, T. (2024). "AI Originality Revisited: Can We Prompt Copyright over AI-Generated Pictures?". *GRUR International*, 73(4), 307.
- Henderson, P., Li, X., Jurafsky, D., Lemley, M. A., & Liang, P. (2023). "Foundation Models and Fair Use". *Journal of Machine Learning Research*, 24.
- Hugenholtz, P. B. (2024). "Copyright and the Expression Engine: Idea and Expression in AI-Assisted Creations". *Chicago-Kent Law Review* (forthcoming).
- Kohler, J. (1880). *DAS AUTORRECHT*.
- Lee, E. (2024). "Prompting Progress: Authorship in the Age of AI". *Florida Law Review*, 76(5), 1445-1463.
- Lee, K. et al. (2024). "Talkin' About AI Generation: Copyright and the Generative AI Supply Chain". *Journal of the Copyright Society*, 71.
- Lemley, M. A. (2023). "How Generative AI Turns Copyright Upside Down". *SSRN Electronic Journal*.
- Mazzi, F. (2024). "Authorship in artificial intelligence-generated works". *World Intellectual Property*, 27, 418.
- Samuelson, P. (2024). "A Conceptual Analysis of Copyright in AI-Generated Works". *University of Chicago Law Review*, 91(1), 150-185.
- Tushnet, R. (2012). "Worth a Thousand Words: The Images of Copyright". *Harvard Law Review*, 125, 684.
- Yen, A. C. (2019). "Brief Thoughts About If Value/Then Right". *Boston University Law Review*, 99, 2479.

Abstract

A study on Limitations of the 'Idea-Expression Dichotomy' in Generative AI Creations and Proposals for Improvement

Kim, Hyunkyung

This study aims to analyze the limitations that the rapid advancement of Generative AI poses to the traditional copyright framework, specifically the 'idea-expression dichotomy' and infringement tests, and to propose reasonable policy and doctrinal improvements. While the recent 'Prompt-Based Approach' attempts to recognize human authorship based on sophisticated prompt iterations, unconditionally applying this concept to the current copyright system presents significant legal hurdles. In an AI environment where machines autonomously and non-deterministically generate expressive elements, the boundary between human conception (idea) and execution (expression) becomes increasingly blurred. Furthermore, traditional infringement criteria, such as 'access' and 'substantial similarity,' face severe evidentiary challenges due to the black-box nature of AI. Accordingly, this study suggests adapting the 'Abstraction-Filtration-Comparison (AFC) test,' originally developed for software copyright disputes, to evaluate AI-generated works. By strictly filtering out universal styles derived from training data and purely machine-generated elements, only 'thin protection' should be granted to the remaining verifiable human expression. In addition, by requiring strict proof of access to the prompt level and applying a 'virtual identity' standard for infringement analysis, the copyright system can prevent unwarranted monopolies and restore its fundamental normative balance—promoting the freedom of creation while preserving the public domain.

Key Words : Generative AI, Prompt-Based Creation, Idea-Expression Dichotomy, Substantial Similarity, Abstraction-Filtration-Comparison Test, Copyright Infringement