

AI를 통한 창작활동과 형사법적 문제

- 사기죄 등을 중심으로 -

박 경 규*

〈국문초록〉

생성형AI의 급속한 발달과 함께 인간 이용자는 대략적인 아이디어, 명령어만 입력하더라도 생성형AI를 이용하여 미술작품, 시나 소설과 같은 문학작품 또는 영화시나리오를 완성할 수 있고, 단편 영화에 가까운 동영상도 만들 수 있게 되었다. 생성형AI 이용자가 생성형AI를 이용하여 창작하였다는 사실을 숨기면서 자신(만)의 저작물이라고 표시하여, 생성형AI를 이용하여 생성한 저작물을 법률행위 또는 거래의 대상으로 한 경우, 형법전상의 사기죄, 위계에 의한 업무방해죄 등의 성립이 문제될 수 있는바, 이 글은 그러한 가정적 사례군을 설정하여 그러한 사례에서 사기죄, 위계에 의한 업무방해죄 성립 여부 판단 시에 문제될 수 있는 쟁점들에 대해 자세히 살펴본다. 판례에서는 이른바 ‘개념미술’ 영역에서 조수를 사용한 경우에 누구를 저작자로 보아야 하는지가 문제된 적이 있지만, 해당 사건에서 대법원은 불고불리의 원칙을 내세워 사기죄 성립여부 판단에 있어서 선결문제로 검토되어야 할 문제인, ‘누가 저작자인지’에 대한 판단을 회피하였는데, 예술의 자율성을 위해 가능한 사법적 판단을 자제해야 할 사항과 규범적 판단의 영역으로 들어온 문제는 상호 구별되어야 할 것이다.

주제어 : 생성형AI, 생성형AI를 통한 창작활동, 저작자 판단, 사기죄,
위계에 의한 업무방해죄

• 투고일 : 2024.07.11. / 심사일 : 2024.07.18. / 게재확정일 : 2024.07.23.

I. 서론

새로운 과학기술은 항상, 사회·경제·산업적인 발전의 원동력이 되는 동시에, 이를 어떻게 규제할 것인가라는 문제를 발생시키고, 부정적으로는 예컨대, 범죄행위에 활용되기도 한다. 새로운 과학기술을 규제함에 있어서는 위반행위에 대한 제재수단으로는 행정적 제재수단뿐만 아니라, 형사적 제재수단도 논의

* 한국형사·법무정책연구원 연구위원, 법학박사.

되기도 한다. 한편, 새로운 과학기술이 부적절한 행위에 활용됨으로써 발생하는 문제에 대응하기 위한 방안으로 새로운 범죄구성요건이 신설되기도 하지만, 새로운 과학기술은 이미 기존부터 존재하던 범죄의 성립여부 판단과 관련하여서도 여러 문제를 던지기도 한다. 예컨대 딥페이크 기술을 활용한 성적 허위영상물 제작·반포 등의 행위에 대응하기 위해 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」에 ‘허위영상물 등의 반포등 죄’를 신설한 것은 전자의 한 예라고 할 수 있지만, 딥페이크 기술을 활용한 허위영상물은 사기행위, 명예훼손행위, 업무방해행위 등에 활용됨으로써 기존부터 존재하던 범죄구성요건들(사기죄, 명예훼손죄, 업무방해죄 등)과 관련하여서도 법해석·적용상의 문제를 던질 수도 있다.

기존의 머신러닝 알고리즘을 기반으로 하는 일반 인공지능은 특정 데이터를 기초로 어떠한 결과를 예측하는 수준에 머물렀다.¹⁾ 그러나 딥러닝 생성 모델을 기반으로 하는 ‘생성형 인공지능(Generative AI)’이란 ‘인간 사용자’가 대략적인 아이디어 또는 명령어만 제공하더라도 기존의 텍스트, 이미지, 영상 등을 활용하여 ‘인간 사용자’가 요구하는 새로운 데이터(텍스트, 이미지, 영상 등)를 만들어 내는 인공지능을 뜻한다.²⁾ 2024년 3월에 EU의회에서 통과된 「EU 인공지능법률(Artificial Intelligence Act)」³⁾ 제3조제1항은 ‘AI 시스템’을 ‘다양한 수준의 자율성을 가지고 작동하도록 설계된 기계 기반시스템으로, 배포 후에도 적응력을 발휘할 수 있으며, 명시적 또는 암시적 목표를 위하여 수신한 입력으로부터 예측, 콘텐츠, 추천 또는 의사결정과 같이 물리적 환경 혹은 가상환경에 영향을 줄 수 있는 출력을 생성하는 방법을 추론하는 시스템(machine-based system that is designed to operate with varying levels of autonomy and that may exhibit adaptiveness after deployment, and that, for explicit or implicit objectives, infers, from the input it receives, how to generate

1) 김정화·임동민·차호동, “생성형 인공지능(Generative AI) 기술의 규제 방향에 대한 입법론적 고찰 - ChatGPT 등 인공지능 시스템 생성물에 대한 표시·고지의무를 중심으로 -”, 형사법의 신동향 통권 제80호, 2023, 250-251면; 윤상필·권현영·김동욱, “건전한 인공지능 생태계 형성을 위한 규범적 전략과 법의 역할”, 홍익법학 제18권 제2호, 2017, 6면.

2) 김정화·임동민·차호동, “생성형 인공지능(Generative AI) 기술의 규제 방향에 대한 입법론적 고찰 - ChatGPT 등 인공지능 시스템 생성물에 대한 표시·고지의무를 중심으로 -”, 형사법의 신동향 통권 제80호, 2023, 250-251면.

3) REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL laying down harmonised rules on artificial intelligence and amending Regulations (EC) No 300/2008, (EU) No 167/2013, (EU) No 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 and (EU) 2019/2144 and Directives 2014/90/EU, (EU) 2016/797 and (EU) 2020/1828 (Artificial Intelligence Act).

outputs such as predictions, content, recommendations, or decisions that can influence physical or virtual environments)’으로 정의하고 있다.⁴⁾ 최근 생성형 AI기술의 급속한 발전과 함께 생성형AI 프로그램을 이용하는 ‘인간 사용자’는 단지 대략적인 아이디어 또는 개요만 입력 또는 제공하더라도 생성형AI 프로그램을 통해 미술작품, 시나 소설과 같은 문학작품 또는 영화시나리오를 완성할 수 있고, 단편 영화에 가까운 동영상을 만들 수 있게 되었다. 그리고 Chat-GPT와 같은 생성형AI는 학술논문을 작성함에 있어서도 광범위하게 활용되고 있으며, 심지어 생성형AI가 생성한 텍스트가 학술논문에 여과 없이 등장하는 경우도 있다.⁵⁾ 이러한 생성형AI의 급속한 발전 및 발전된 생성형AI를 이용한 창작활동이 대중화되기 시작하면서 저작권법의 영역에서는 ‘생성형AI를 이용한 창작물이 저작물로 인정될 수 있는지, 저작물로 인정되는 경우 누가 저작자인지, 저작권의 귀속주체는 누구인지’라는 문제부터 시작하여, 생성형AI를 이용한 창작활동에서 저작권침해 행위가 이루어진 경우 저작권법위반행위 성립 여부, 저작권법 위반행위에 따른 민·형사상 책임의 주체 등의 문제가 중요한 법적 문제로 논의고 있다. 생성형AI를 이용한 창작활동에서 저작형사법 차원에서는 저작권법위반죄(저작권법 제136조 내지 제138조) 성립 여부·범위가 문제될 수 있지만, 생성형AI를 이용한 창작활동은 특히, 생성형AI를 이용한 창작활동이라는 점이 고지되지 않고 이루어지는 경우에는 일반 형법전상의 범죄 예컨대, 사기죄, 업무방해죄 등의 성립 여부·범위와 관련하여서도 문제될 수 있다. 이에 이 글은 생성형AI를 이용한 창작활동에서 장래 충분히 발생할 수 있는 몇 가지 가정적 사례를 설정하여 사기죄, 업무방해죄 등 일반 형법전상의 범죄 성립여부와 관련하여 발생할 수 있는 몇 가지 쟁점에 대해 살펴보고자 한다. 이를 위해 먼저, 아래 II에서는 일반 형법전상의 사기죄, 업무방해죄 등과 관련하여 유의미하고, 장래에 충분히 발생할 수 있는 가정적 사례들에 대해 살펴본다. 다음으로 III 및 IV에서는 그러한 사례들에서 사기죄, 업무방해죄 등의 성립여부 판단에서 중요할 수 있는 쟁점들에 대해 고찰한다. 그러한 쟁점들에서는 저작자 판단 등 저작권법에 따른 판단이 선결문제로 검토되어야 하는 경우도 있을 수 있다.

4) 2024년 3월 13일 EU의회에서 통과된, 「EU 인공지능법률」의 주요 내용에 대해서는 이해원, “유럽연합 인공지능법: 주요 내용과 시사점”, Startup Alliance 2024-04호,

5) “새 과학계 골칫거리... ‘AI 대필 논문’ 작년에만 1만건 이상 ‘철회’”, 조선일보 2024년 6월 10일자 기사,

<https://www.chosun.com/economy/science/2024/06/09/DIG6HZTQXJC6VO4SHUDKOHTUBA/>

II. 사기죄, 업무방해죄 등의 성립 여부가 문제될 수 있는 가정적 사례들

1. 가정적 사례군 1

미술작품을 생성해 주는 생성형AI 프로그램인 X프로그램을 개발한 스타트업 회사인 A주식회사는 자사 제품의 홍보를 위해 X프로그램을 이용한 AI작품 공모전을 개최하였는데(작품 공모요건은 X프로그램을 이용하였을 것임), 甲은 B회사의 Y프로그램을 이용하여 작품을 생성하였음에도 이를 숨긴 채 공모하여 1등으로 당선되어 상금 1천만원을 지급받았고, 乙은 A회사의 X프로그램을 이용하여 작품을 생성한 후 공모하여 2등으로 당선되어 상금 5백만원을 지급받았다.

2. 가정적 사례군 2

[2-1]

甲은 전문회화작가는 아니지만, 드로잉 봇(Drawing Bot) 또는 ‘에이다’⁶⁾와 같은 AI로봇을 이용하여 회화작품을 창작한 후, 생성형AI를 이용하여 창작하였다는 사실을 숨긴 채 자신의 이름으로 ‘회화 공모전’에 출품하여 입상하여 상금 100만원을 수령하였다.

[2-2]

甲은 전문회화작가는 아니지만, 근래에 생성형AI 프로그램을 이용한 미술작품 창작활동을 행하는 자이다. ○○시는 순수미술, 조형예술 등의 분야로 구성된 ‘미술 공모전’을 개최하였는데, ‘순수미술(fine art)’분야의 경우 응모요건에서 전통회화작품으로 한정된다는 명시적 요건이 없었다. 甲은 ‘순수미술 분야’에 AI프로그램 미드저니(Midjourney)를 이용해 만든 그림을 출품하였는데, 작품을 제출하면서, AI프로그램을 이용하여 창작한 작품이라는 사실을 고지 또는 표현하지 않았고, 심사위원들 또한 AI프로그램을 이용하여 생성한 작품이라는

6) 로봇화가 ‘에이다’에 대해서는 “英 청문회에 등장한 AI 로봇 에이다 “난 예술을 창작할 수 있다”, 조선일보 2022.10.13.자 기사 참조,
https://biz.chosun.com/international/international_general/2022/10/13/LWU7T5O3GBCCTB S6MDFXC2NCOU/

사실을 몰랐다. 갑이 출품한 작품은 ‘순수미술’ 분야에서 1등으로 당선되었고, 갑은 상금 300만원을 지급받았다.

[2-3]⁷⁾

甲은 전문회화작가는 아니지만, 근래에 생성형AI 프로그램을 이용한 미술작

- 7) 미국에서 실제 있었던 사례를 조금 변형한 가정적 사례이다. 제이슨 앨런(Jason Allen)은 미드저니(Midjourney) 프로그램을 이용하여 텍스트 명령어(text prompt)를 입력하여 이미지를 생성하고, 포토샵으로 해당 이미지의 디테일을 높이는 하이패스(high pass) 과정을 거치고, 해상도를 높여주는 기가픽셀 AI(Gigapixel AI)로 이미지를 출력하는 등의 작업을 하여 얻은 작품 중 3개를 골라, ‘콜로라도 주립 박람회 미술대회(Colorado State Fair’s fine arts competition)’에 “Jason M. Allen via Midjourney”이라는 이름으로 제출하였는데, 그 중 하나인 ‘우주 오페라 극장(Théâtre D’opéra Spatial)’이 ‘순수미술 분야(Fine Art)’에서 1등으로 당선되었고 상금 300달러를 수상하였다. 이에 대해서는 “그림, 영상까지 만드는 AI의 진화! AI가 만든 작품은 예술일까?”, 삼성디스플레이 뉴스룸 2022년 10월 29일자, <https://www.nytimes.com/2022/09/02/technology/ai-artificial-intelligence-artists.html>; 해당 미술대회를 주관한 부처의 언론대변인의 인터뷰에 의하면, ‘해당 미술대회에서의 “fine art” 분야에서는 디지털 기술을 활용한 미술작품의 출품도 허용되었고, Jason M. Allen은 “via Midjourney”라는 문구를 통해 생성형AI를 이용한 창작품이라는 사실을 표현하였으므로 기망하지 않았으며, 심사위원들은 해당 작품이 생성형AI를 이용한 창작품이라는 사실을 몰랐지만, “생성형AI를 이용한 창작품이라는 사실을 알았을지라도 1등작으로 선정하였을 것”이라고 자신에게 밝혔다’고 한다. 이에 대해서는 “An A.I.-Generated Picture Won an Art Prize. Artists Aren’t Happy”, New York Times Sept. 2, 2022, <https://www.nytimes.com/2022/09/02/technology/ai-artificial-intelligence-artists.html> 참조. 아래 사진은 Jason M. Allen의 ‘우주 오페라 극장’이다.



[Jason M. Allen이 미드저니를 이용하여 창작한 ‘우주 오페라 극장’]

품 창작활동을 행하는 자이다. ○○시는 순수미술, 조형예술 등의 분야로 구성된 ‘미술 공모전’을 개최하였는데, ‘순수미술(fine art)’분야의 경우 응모요건에서 ‘전통회화작품에 한정되지 않음’이라고 명시되었다. 甲은 ‘순수미술 분야’에 AI프로그램 미드저니(Midjourney)를 이용해 만든 그림을 ‘작품명, 甲 via Midjourney’라고 하여 출품하였다. 심사위원들은 “via Midjourney”이라는 문구를 통해 甲이 제출한 작품이 생성형AI 프로그램을 이용하여 창작한 작품이라는 사실을 알게되었지만, 해당 미술대전에서의 ‘순수미술 분야’는 전통회화작품에 한정되는 것이고, 디지털기술을 활용한 미술작품 또한 새로운 시대의 미술분야로 인정될 필요가 있다는 생각에 심사위원들이 합의하여 갑의 작품을 ‘순수미술 분야’ 1등작으로 선정하였고, 甲은 상금 300만원을 지급받았다.

3. 가정적 사례군 3

[3-1]

무명 소설작가 甲은 생성형AI 프로그램을 접하게 되었고, 대략적인 시놉시스 및 각 상황에 대한 텍스트 명령어를 입력함으로써 생성형AI 프로그램이 생성한 작품에 조금의 수정만 가하는 방식으로 소설을 집필하였다. 甲은 OO출판사 신인상 공모전 ‘소설’분야에 생성형AI를 활용해 집필한 소설임을 밝히지 않고 공모전에 출품하여 소설분야 신인상에 당선되었고, 1천만원의 상금을 수령하였다. OO출판사는 출판계약을 체결하여 수상작을 출판하였는데, 출판 후에 甲의 소설 상당 부분이 알려지지 않은 무명 인터넷소설과 유사하다는 사실이 드러났다.

[3-2]

OO대학교 △△전공 박사과정생 甲은 박사논문의 주제, 세부 목차를 정한 후, 논문의 본문에 해당하는 각 세부목차의 내용 대부분을 Chat-GPT 등 생성형AI프로그램을 이용하여 획득한 텍스트에 조금만 수정을 가하는 방식으로 작성하고, 대부분 문단 위주로 관련 문헌 각주를 작성하여 논문을 완성하였다. 甲은 생성형AI를 활용하여 논문을 작성하였다는 사실을 고지하지 않은 채 논문을 제출하였고, 논문심사위원회는 큰 지적없이 논문을 통과시켰는데, 논문출간 후에 甲이 생성형AI를 활용하여 논문을 작성하였다는 사실이 드러나고, 표절문제가 제기되었다.

III. 사기죄

1. 기망행위 유무 판단

1) ‘기망행위’의 의미 및 기망행위 유무 판단 시 고려 요소들

사기죄는 사람을 기망하여 재물의 교부를 받거나 재산상 이익을 취득한 때에 성립한다. 판례에 의하면, 사기죄의 요건으로서의 기망은 “널리 재산상의 거래행위에 있어서 서로 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 및 소극적 행위로서 사람으로 하여금 착오를 일으키게 하는 것”을 말하는데,⁸⁾ “사기죄의 실행행위로서의 기망은 반드시 법률행위의 중요 부분에 관한 허위표시임을 요하지 아니하고 상대방을 착오에 빠지게 하여 행위자가 희망하는 재산적 처분행위를 하도록 하기 위한 판단의 기초가 되는 사실에 관한 것이면 족한 것”이며,⁹⁾ 매매거래의 경우 “일반적으로 상품의 선전, 광고에 있어 다소의 과장, 허위가 수반되는 것은 그것이 일반 상거래의 관행과 신의칙에 비추어 시인될 수 있는 한 기망성이 결여된다 할 것이나 거래에 있어서 중요한 사항에 관하여 구체적 사실을 거래상의 신의성실의 의무에 비추어 비난받을 정도의 방법으로 허위로 고지한 경우에는 과장, 허위광고의 한계를 넘어 사기죄의 기망행위에 해당한다.”¹⁰⁾ 이러한 판례 태도를 종합하면, ‘사기죄 성립요건으로서의 기망행위’는 ‘반드시 법률행위의 중요 부분에 관하여 기망이 이루어지지 않았을지라도, 법률행위의 상대방이 재산적 처분행위를 하는데 판단의 기초가 되는 사실 또는 거래에 있어서 중요한 사항에 관하여 구체적 사실을 거래상의 신의성실의 원칙에 비추어 비난받을 정도의 방법으로 기망한 경우’에 인정된다고 할 수 있고, 구체적 사안에서 이러한 기망행위가 인정되지 않는다면 사기죄가 성립할 수 있다.

‘생성형AI를 이용한 창작물이 법률행위 또는 거래의 대상이 된 사안’에서 사기죄가 성립하기 위해서는 법률행위의 상대방에 대한 기망행위가 인정되어야 하는데, 상대방에 대한 기망행위가 인정되는가를 판단함에 있어서는 다음의 사항들이 고려될 수밖에 없다. 먼저, ‘생성형AI를 이용하여 저작물을 창작한 자

8) 대법원 2002. 2. 5. 선고 2001도5789 판결 등 참조.

9) 대법원 1995. 9. 15. 선고 95도707 판결 등 참조(“용도를 속이고 돈을 빌린 경우에 있어서 만일 진정한 용도를 고지하였더라면 상대방이 돈을 빌려 주지 않았을 것이라는 관계에 있는 때에는 사기죄의 실행행위인 기망은 있는 것으로 보아야 한다”).

10) 대법원 2002. 2. 5. 선고 2001도5789 판결.

가 저작자 또는 저작권의 귀속권자를 제대로 표시하였는가’는 ‘생성형AI를 이용한 저작물이 법률행위 또는 거래의 대상이 된 사안’에서 법률행위 또는 거래의 상대방이 재산적 처분행위를 하는데 판단의 기초가 되는 주요한 사실로 기능한다고 할 수 있다. ‘생성형AI를 이용한 창작물에서 저작자가 제대로 표시되었는가’라는 문제를 판단하기 위해서는 ‘생성형AI를 이용한 저작물이 저작권법의 보호대상이 되는 저작물이라면, 누가 저작자이고, 저작권의 귀속주체는 누구인가’라는 문제가 선결문제로 해결되어야 한다. 이러한 점에서 생성형AI를 이용한 저작물이 저작권법의 보호대상이 되는 저작물이라면, 누가 저작자이고, 누가 저작권의 귀속주체인가라는 문제는 단순히 저작권법 차원에서만 문제되는 것이 아니라, ‘생성형AI를 이용한 저작물이 법률행위 또는 거래의 대상이 된 사안’에서 사기죄 성립요건으로서의 기망행위 존부 판단을 위한 선결문제로 할 수 있고, 그러한 선결문제가 해결된 다음에서야 ‘구체적 사안에서 행위자가 그러한 저작자 또는 저작권의 귀속주체를 제대로 표시 또는 고지하지 않은 경우에 사기죄에서의 기망행위가 인정되는가’라는 문제가 검토되어야 할 것이다.

다음으로, 생성형AI를 이용하여 저작물을 창작한 자가 저작자 또는 저작권의 귀속권자에 대해서는 제대로 표시 또는 고지하였다고 할지라도, 생성형AI를 이용하여 창작하였다는 사실을 고지하지 않은 경우 ‘기망행위’가 인정될 수 있는가에 대해서는 저작권법의 관점에서가 아니라, 형법적 관점에서 별도로 검토되어야 할 것이다. 왜냐하면 ‘생성형AI를 활용하여 저작하였다는 사실’이 법률행위의 상대방이 재산적 처분행위를 함에 있어서 중요한 판단기초가 되는지는 법률행위의 유형 또는 구체적 사안의 유형에 따라 달라질 수밖에 없기 때문이다.

위의 고려요소들에 대해 좀 더 자세히 살펴본다.

2) 저작물 여부, 저작자 판단 및 저작권 귀속주체

저작권법에 의하면 ‘저작물’이란 ‘인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물’을 말한다. 생성형AI를 이용한 창작물이 저작권법의 보호대상인 저작물에 해당하는지는 생성형AI를 이용한 ‘인간 이용자’의 대략적인 아이디어 제공 또는 명령어 입력이 ‘창작적인 표현형식에 기여하는 행위’로 볼 수 있는가에 달려 있다고 할 수 있다.¹¹⁾ 우리 판례는 2인 이상의 자연인이 저작물 창작에 관여한 사

11) 손영화, “생성형 AI에 의한 창작물과 저작권”, 법과 정책연구 제23집 제3호, 2023, 361면 이하.

안에서는 “저작권은 구체적으로 외부에 표현한 창작적인 표현형식만을 보호 대상으로 하므로, 2인 이상이 저작물의 작성에 관여한 경우 그중에서 창작적인 표현형식 자체에 기여한 자만이 그 저작물의 저작자가 되고, 창작적인 표현형식에 기여하지 아니한 자는 비록 저작물의 작성 과정에서 아이디어나 소재 또는 필요한 자료를 제공하는 등의 관여를 하였다고 하더라도 그 저작물의 저작자가 되는 것은 아니다. 이는 저작자로 인정되는 자와 공동저작자로 표시할 것을 합의하였다고 하더라도 달리 볼 것이 아니다”고 하고 있다.¹²⁾ 이는 2인 이상의 자연인이 저작물 작성에 관여한 경우의 저작자 판단 기준이고, 생성형AI를 이용한 창작활동에 그대로 적용하기는 어렵다고 할 수 있을 것이다.

외국의 경우 생성형AI를 공동저작자로 인정하는 국가가 있지만,¹³⁾ 우리 현행 저작권법상 법률에 의해 법인 등에게 저작권이 인정되는 경우가 아닌 한, 저작자는 자연인에 한정되는 것으로 해석된다.¹⁴⁾ 그리고 현재의 생성형AI는 기존에 비해 급격히 발전하였을지라도, ‘인간 이용자’의 아이디어 제공 또는 명령어 입력에 의해서만 새로운 데이터를 만들어내고, ‘인간 이용자’의 관여 없이 오로지 생성형AI가 독자적으로 새로운 데이터를 생성해 내는 것은 아니다.¹⁵⁾ 그리고 생성형AI 프로그램 제작자 또는 제공자는 그러한 프로그램을 제작하거나 제공한 자일뿐이지, 생성형AI를 이용한 창작물에 창작적 기여를 한 자는 아니다. 이러한 점에서 ‘생성형AI를 저작자로 인정하는 법개정’이 이루어지지 않는 한, ‘인간 이용자’가 단지 아이디어 제공 또는 명령어 입력을 통해 생성형AI를 이용하여 창작활동을 한 경우일지라도 아이디어 제공 또는 명령어 입력이 ‘인간 이용자’의 사유의 산물로 평가될 수 있는 한, 우리 현행법상으로는 인간 이용자만을 저작자로 볼 수 있고, 인간 이용자를 저작재산권 및 저작인격권의 귀속주체로 보아야 할 것이다.¹⁶⁾

12) 대법원 2021. 7. 8. 선고 2018도525 판결 등 참조.

13) 이에 대해 자세히는 손영화, “생성형 AI에 의한 창작물과 저작권”, 법과 정책연구 제23집 제3호, 2023, 361면 이하 참조.

14) 손영화, “생성형 AI에 의한 창작물과 저작권”, 법과 정책연구 제23집 제3호, 2023, 361면 이하 참조.

15) 윤나라, “콘텐츠 창작과 AI 리터러시: LLM의 패러프레이징을 중심으로”, 인문콘텐츠 제72호, 2024, 335면 이하 참조(“사용자가 작동시키지 않는 한 LLM은 ‘혼자서 (Automatically), 혼자서(Autonomously) 혹은 혼자서(Independently)’ 작동하지 않으며, 사용자가 원하는 바로 그 글을 ‘마법처럼’ 만들어내지도 않는다.”).

16) 손영화, “생성형 AI에 의한 창작물과 저작권”, 법과 정책연구 제23집 제3호, 2023, 370면 참조.

2) 저작자 및 저작권 귀속주체 표시

생성형AI를 이용하여 창작활동을 한 자는 해당 저작물을 생성형AI를 이용하여 저작하였다는 사실까지 숨기면서 해당 저작물을 자신의 저작물이라고 할 수도 있지만, 해당 저작물을 생성형AI를 이용하여 저작하였다는 것을 알리면서도 해당 저작물은 ‘자신(만)의 저작물’이라고 표현할 수도 있다.¹⁷⁾ 즉, 생성형AI를 이용하여 창작활동을 한 자가 ‘자신(만)을 저작자로 표현 또는 주장하는 것’과 ‘생성형AI를 이용하여 창작활동을 하였다는 사실을 숨기는 것은 동일하다고 할 수 없다. 생성형AI를 이용한 저작물이 법률행위 또는 거래의 대상이 된 경우, 인간 이용자가 해당 저작물을 자신의 저작물이라고 하였다고 할지라도(자신만을 저작자 또는 저작권귀속주체로 표시하였더라도) 현행법상 적법한 저작자 표시이기에 그것만으로는 사기죄에서의 기망행위에 해당한다고 볼 수는 없다.

3) 생성형AI를 이용하였다는 사실을 알리지 않은 경우

생성형AI를 이용한 저작물이 법률행위 또는 거래의 대상이 된 경우, 인간 이용자가 해당 저작물을 자신(만)의 저작물이라고 표시할 뿐만 아니라, 생성형AI를 이용하여 저작하였다는 사실을 숨기는 경우에는 법률행위의 유형 및 사안의 구체적 사정에 따라 기망행위 유무가 달라질 수 있을 것이다.

[가정적 사례군 1]에서와 같이 ‘생성형AI를 이용한 창작성 공모전’에서는 생성형AI를 도구로 이용하여 창작활동을 하는 것이 전제되는 경우이고, ‘생성형AI를 이용하여 저작하였다는 사실만으로는’ ‘생성형AI를 이용한 작품’의 미적 가치 또는 경제적 가치에 영향을 미칠 수 없는 경우이기에 생성형AI를 이용하여 저작하였다는 사실을 알리지 않은 것은 당연히 기망행위로 인정될 수 없다. 이는 이른바 ‘개념예술’ 또는 ‘팝아트’분야에서 기계적인 노동력만을 제공하는 조수를 사용하는 것이 일반적 또는 당연한 것이라면 조수사용 사실을 알리지 않았다고 할지라도 그러한 조수가 저작자로 인정될 수는 없기에 기망행

17) 캐나다 국적의 저널리스트이자 작가인 스티븐 마쉬(Stephen Marche, 1976-현재)는 다양한 자동 글쓰기 알고리즘을 글쓰기에 적극적으로 활용하거나, 본인의 문체를 구사하는 프로그램을 프로그래밍으로 직접 구현하는 등 글쓰기와 디지털 기술의 잠재적 교류 가능성을 꾸준히 실험해 온 대표적인 작가인데, 그는 2023년 초, 소설 속 문장 중 95% 가량을 대규모 언어모델(Large Language Model, LLM)로 생성하여 집필한, 중편 소설 ‘어떤 작가의 죽음(Death of an Author)’을 발표하였다. 그는 자신이 소설 속 문장 중 95% 가량을 LLM으로 생성하였다는 사실을 분명히 밝히면서, 그 소설은 “전적으로” 자신의 작품이라고 여긴다. 이에 대해서는 윤나라, “콘텐츠 창작과 AI 리터러시: LLM의 패러프레이징을 중심으로”, 인문콘텐츠 제72호, 2024, 336면 참조.

위로 인정되지 않을 수 있는 것과 대응한다고 할 수 있다.¹⁸⁾ 그러나 [가정적 사례군1]에서와 같이 특정 회사 생성형AI를 이용하여 창작활동을 행할 것이 요구되는 경우임에도 불구하고 甲과 같이 다른 생성형AI를 이용하고 이를 숨긴 행위는 기망행위로 인정된다.

한편, [가정적 사례군 2-1]과 같이, 창작적 기여도는 ‘회화’라는 표현작업을 통해 나타나고, 판례에 의하면, 아이디어 제공자가 아니라 창작적 표현작업에 기여한 자가 저작자가 되는 전통적인 ‘회화미술’의 경우, 생성형AI를 이용하여 ‘회화작품’을 창작하였다는 사실을 알리지 않고 자신의 저작물로 표시하여 출품하였다면, 현행법상으로는 누가 저작자로 인정될 수 있는가라는 문제가 발생할 뿐만 아니라, 설사 아이디어 제공자가 저작자로 인정된다고 할지라도 ‘전통적 회화미술’분야의 경우 누가 회화작업을 하였는가는 중요하기에 아이디어 제공자가 생성형AI를 이용하여 창작하였다는 사실을 숨기고 자신의 저작물로 표시하여 출품하였다면 기망행위에 해당하는 것으로 보아야 할 것이다. 이는 전통적인 회화미술 분야에서는 다른 사람을 통해 대작하였음에도 불구하고 대작 사실을 숨기고 본인(만)의 미술저작물로 표시하여 매매거래의 대상으로 한 경우 누가 저작자인지가 거래 상대방에게 중요한 경우라면 사기죄가 성립하는 것과¹⁹⁾ 같은 법리라고 할 수 있다.²⁰⁾

18) 대표적인 팝아트 작가인 앤디워홀의 경우, ‘작업형식’에서 주로 실크스크린이나 판화기법 등을 사용하고 있는데, ‘창작적 표현’은 앤디워홀이 모두 하고, 조수들은 실크스크린을 뜨는 작업과 같은 자신의 창의성은 절대적으로 배제된 기계적인 노동력만을 제공하기에 조수들이 (공동)저작자로 인정될 수 있는데 반해, ‘화투’와 같은 개념미술 또는 팝아트 소재를 이용한다고 할지라도 ‘회화’라는 형태로 표현되는 경우라면, 회화작업을 행한 사람이 실제로 ‘창작적 표현’을 한 것이므로 ‘회화작업을 한 자’가 저작자로 인정된다는 점에 대해서는 최현숙, “개념미술과 저작권 귀속에 관한 법적 고찰- 조영남 미술 대작 사건(2020. 6. 25. 선고 2018도13696 판결)을 중심으로 -”, 가천법학 제13권 제4호, 2020, 90면 이하 참조.

19) 이에 대해서는 박경규, “미술품거래에서 사기죄의 성립범위 -대법원 2020. 6. 25. 선고 2018도 13696 판결의 평석 및 형법과 법원의 역할에 관한 고찰”, 사법 제54호, 2020, 89면 이하; 정재환, “이른바 ‘대작(代作) 미술작품 판매 사건’의 형법적 재검토 - 대법원 2020. 6. 25. 선고 2018도13696 판결과 관련하여 -”, 형사정책 제34권 제4호, 2023, 184면 이하 참조; 대작합의의 유효 여부 및 대작의 경우 저작권법상의 허위표시죄 성립 여부에 대해 다루는 글로는 계승균, “대작과 저작권”, 사법 제59호, 2022, 9면 이하.

20) “인공지능이 창작한 것을 인간이 창작한 것처럼 할 경우에는 대작과 유사한 구조”라고 하고 있는 계승균, “대작과 저작권”, 사법 제59호, 2022, 31면.

2. 기망행위와 착오로 인한 재산적 처분행위 간의 인과관계

사기죄 기수범이 성립하기 위해서는 행위자의 기망행위로 인해 피해자가 착오에 빠져 재산적 처분행위를 하여야 한다. 기망행위가 있었을지라도 상대방(피해자)이 착오에 빠지지 않았거나, 기망과 상대방의 착오 사이에 인과관계가 인정되지 않는 경우에는 사기죄 기수범이 성립할 수 없다. 다만, 기망행위가 상대방의 착오의 유일한 원인일 필요는 없고, 착오에 피해자의 과실이 개입한 경우일지라도 기망행위와 착오로 인한 재산적 처분행위 간의 인과관계는 인정될 수 있다.

[가정적 사례군 2-2]와 [가정적 사례군 2-3]의 경우 예술의 영역 또는 미학적 관점에서는 ‘생성형AI를 이용한 디지털 아트가 순수미술(fine art)의 영역에 포함될 수 있는가’라는 문제가 논해질 수는 있을 것이다. 그러나 [가정적 사례군 2-3]과 같이 해당 미술공모전의 ‘순수미술 분야’ 응모자격에 ‘전통적 회화작품에 한정되지 않음’이라는 요건이 명시되어 있어 디지털아트를 포함하고, 甲이 생성형AI를 이용한 디지털아트 작품을 ‘순수미술분야’에 출품하면서 “via Midjourney”라는 문구를 이용하여 ‘생성형AI를 이용한 창작성’이라는 것을 밝힌 경우라면 甲의 행위가 기망행위로 인정되기는 어려울 것이다.

반면에 [가정적 사례군 2-2]의 경우 ‘순수미술분야’ 응모요건에서 전통회화작품으로 한정된다는 명시적 요건이 없었지만, 갑은 생성형AI를 이용한 창작성이라는 점을 밝히지 않았기에 甲의 행위가 기망행위에 해당하는가는 ‘생성형AI를 이용한 창작성인지, 아닌지가 당선작 결정에 중요한 요소인가’에 따라 달라진다고 할 수 있을 것이다. 해당 공모전의 ‘순수미술분야’ 응모요건이 명시적으로 전통회화작품으로 한정되지는 않았기에 ‘생성형AI를 이용한 창작성인지, 아닌지가 당선작 결정에 중요한 요소인가’는 일반화하여 판단하기에는 어려운 점이 있다고 할 수 있고, 개별 사안의 구체적 사정을 고려하여 판단하여야 할 것이다. 개별 사안의 구체적 사정에 따라서는 甲의 행위가 기망행위로 인정된다고 할지라도, 응모요건에 ‘전통회화작품에 한정된다’ 또는 ‘디지털아트 작품은 제외된다’는 점을 명시하지 않은 주최측의 과실이 보다 주요한 원인으로 인정될 수 있는 경우라면, 기망행위와 착오로 인한 재산적 처분행위 간의 인과관계가 탈락하여 사기죄 기수범이 성립하지 않는다고 볼 수도 있을 것이다.

IV. 위계에 의한 업무방해죄

1. 논문대작 사례에서 위계에 의한 업무방해죄 및 저작자허위표시죄 성립 여부

일관된 판례태도에 의하면, “업무방해죄의 성립에 있어서는 업무방해의 결과가 실제로 발생함을 요하지 아니하며 업무방해의 결과를 초래할 위험이 발생하면 족하다. 한편, 상대방으로부터 신청을 받아 상대방이 일정한 자격요건 등을 갖춘 경우에 한하여 그에 대한 수용 여부를 결정하는 업무에 있어서는 신청서에 기재된 사유가 사실과 부합하지 않을 수 있음을 전제로 그 자격요건 등을 심사·판단하는 것이므로, 그 업무담당자가 사실을 충분히 확인하지 아니한 채 신청인이 제출한 허위의 신청사유나 허위의 소명자료를 가볍게 믿고 이를 수용하였다면 이는 업무담당자의 불충분한 심사에 기인한 것으로서 신청인의 위계가 업무방해의 위험성을 발생시켰다고 할 수 없어 위계에 의한 업무방해죄를 구성하지 않는다고 할 것이지만, 신청인이 업무담당자에게 허위의 주장을 하면서 이에 부합하는 허위의 소명자료를 첨부하여 제출한 경우 그 수리 여부를 결정하는 업무담당자가 관계 규정이 정한 바에 따라 그 요건의 존부에 관하여 나름대로 충분히 심사를 하였으나 신청사유 및 소명자료가 허위임을 발견하지 못하여 그 신청을 수리하게 될 정도에 이르렀다면 이는 업무담당자의 불충분한 심사가 아니라 신청인의 위계행위에 의하여 업무방해의 위험성이 발생된 것이어서 이에 대하여 위계에 의한 업무방해죄가 성립된다.”²¹⁾

한편, 판례는 ‘석사학위논문의 작성·제출자가 직접 작성한 것인지, 아니면 타인에 의하여 대작된 것인지 여부를 판별하는 기준’과 관련하여, “일반적으로 석사학위논문 정도의 학술적 저작물을 작성함에 있어서는 논문작성 과정에서 타인으로부터 외국서적의 번역이나 자료의 통계처리 등 단순하고 기술적인 조력을 받는 것은 허용된다고 보아야 할 것이나, 그 작성자로서는 학위논문의 작성을 통하여 논문의 체제나 분류방법 등 논문 작성방법을 배우고, 지도교수가 중점적으로 지도하여 정립한 논문의 틀에 따라 필요한 문헌이나 자료를 수집하여 분석, 정리한 다음 이를 논문의 내용으로 완성하는 것이 가장 중요한 일이라 할 것이므로, 비록 논문작성자가 지도교수의 지도에 따라 논문의 제목, 주제, 목차 등을 직접 작성하였다고 하더라도 자료를 분석, 정리하여 논문의

21) 대법원 2004. 3. 26. 선고 2003도7927 판결 등 참조.

내용을 완성하는 일의 대부분을 타인에게 의존하였다면 그 논문은 논문작성자가 주체적으로 작성한 논문이 아니라 타인에 의하여 대작된 것이라고 보아야 할 것이다.”고 하고 있다.²²⁾ 그러면서 석사논문 제출자인 甲이 단순히 통제처리와 분석, 또는 외국자료의 번역과 타자만을 타인에게 의뢰한 것이 아니라, 전체 논문의 초안작성을 타인에게 의뢰하고, 그 타인이 작성한 논문의 내용에 약간의 수정만을 가하여 제출하였음이 인정되는 경우 그 타인이 그 석사논문의 작성자(저작자)에 해당하는 것으로 보아야 한다고 하면서 논문대작의 경우 ‘위계에 의한 업무방해죄’가 성립한다고 하고 있다.²³⁾²⁴⁾

우리 저작권법 제137조제1항제1호는²⁵⁾ 저작자허위표시죄를 규정하고 있다. 위 판례의 태도에 따르면, 논문을 타인을 통하여 대작한 자가 자신을 논문 작성자로 표시하여 논문을 제출하면, 위계에 의한 업무방해죄가 성립할 뿐만 아니라, 저작권법상의 허위표시죄 또한 성립할 수 있다.²⁶⁾

논문대작의 경우 저작자허위표시죄가 성립하는 이론적 근거는 다음과 같다. 우리 저작권법은 저작자 판단에서 창작자주의를 따르고 있고, 저작자는 저작재산권 뿐만 아니라, 저작인격권을 가지는데, 저작인격권은 저작물을 저작자의 인격적 발현 또는 분리체로 보고, 다른 사람이 그 저작물을 다룰 때 저작자의 인격이 존중되고 훼손되지 않도록 해야 한다는 취지에서 부여되는 권리라는 점에서, 저작인격권은 저작물 이용을 통제하여 경제적 이득을 추구하는 권리인 저작재산권과 구별된다.²⁷⁾ 저작권법은 저작인격권으로 공표권, 성명표시권 및

22) 대법원 1996. 7. 30. 선고 94도2708 판결.

23) 대법원 1996. 7. 30. 선고 94도2708 판결.

24) 다만 최근 판례는 피고인 甲이 지도교수 등이 대작한 박사학위 논문 예비심사용 자료(‘이 사건 예심자료’)를 마치 자신이 작성한 것처럼 발표하여 예비심사에 합격함으로써 X대학 원장의 박사학위 논문 예비심사 업무를 방해하였다는 공소사실로 기소된 사안에서 ‘학위 논문을 작성함에 있어 자료를 분석, 정리하여 논문의 내용을 완성하는 일의 대부분을 타인에게 의존하였다면 그 논문은 타인에 의하여 대작된 것이라고 보아야 할 것이나, 학위 청구논문의 작성계획을 밝히는 예비심사 단계에서 제출된 논문 또는 자료의 경우에는 아직 본격적인 연구가 이루어지기 전이고, 연구주제 선정, 목차 구성, 논문작성계획의 수립, 기존 연구성과의 정리 등에 논문지도교수의 폭넓은 지도를 예정하고 있다고 할 것이어서 학위논문과 동일하게 볼 수 없다.’고 하면서(대법원 2023. 9. 14. 선고 2021도13708 판결 참조) ‘학위논문 예비심사 단계에서의 대작의 경우’ 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립하지 않는다고 하고 있다.

25) 저작권법 제137조(벌칙) ①다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 저작자 아닌 자를 저작자로 하여 실명·이명을 표시하여 저작물을 공표한 자

26) 계승균, “대작과 저작권”, 사법 제59호, 2022, 24-25면 참조.

27) 조연하, “AI 창작물과 저작인격권에 관한 탐색적 연구”, 미디어와 인격권 제9권 제2호, 2023, 87면.

동일성유지권을 인정하고 있기에 저작자는 저작인격권의 한 종류인 성명표시권을²⁸⁾ 가진다. 저작인격권은 저작권법 제14조제1항에²⁹⁾ 따라 저작자 일신에 전속하므로 양도할 수 없으며, 저작재산권을 양도하더라도 저작인격권은 여전히 저작자에게 있다는 점에서 저작인격권은 저작재산권과 구별된다.³⁰⁾

대작합의가 법적으로 유효한지 여부에 대해서는 학계에서는 견해가 나뉘는데, 대작합의는 원칙적으로 유효하므로 대작합의에 의해 저작재산권은 양도되고, 대작합의가 공중의 신용보호를 저해하거나 혼동 가능성이 없다면 대작합의가 저작인격권의 포기까지 포함할 수 있다는 견해가 있는가 하면, 대작합의는 사회적 비난가능성이 있는 것이므로 대작합의는 저작재산권에 한해서만 효력이 미치고, 대작합의가 있더라도 일신전속적 성격을 가지는 저작인격권은 양도될 수 없고, 대작합의가 있더라도 허위표시죄가 성립한다는 견해가 있다.³¹⁾

2. 생성형AI를 이용한 창작에서 허위표시죄 및 위계에 의한 공무집행 방해죄

1) 저작자허위표시죄 성립 여부

이미 앞에서 살펴보았듯이, 현행 저작권법상 저작자는 자연인에 한정되므로 생성형AI가 저작인격권의 향유자로 인정될 수는 없다. 따라서 소설, 시나리오, 학술논문 등과 같이 내용작성이 중요한 저작물에서 다른 자연인을 통하여 대작한 경우와 달리, ‘인간 이용자’가 생성형AI를 이용하여 그러한 저작물의 대부분을 창작하고 자신(만)을 저작자로 표시한 경우라고 할지라도 저작권법상의 저작자허위표시죄(제137조제1항제1호)가 성립될 수는 없다.

2) 위계에 의한 공무집행방해죄

[가정적 사례군 3]과 같이 생성형AI를 이용하여 소설이나 논문의 대부분을 작성하였음에도 자신의 저작물로 표시하고, 생성형 AI를 이용하여 창작하였다는 사실을 밝히지 않은 경우 이는 ‘생성형AI를 이용한 대작’ 사례에 해당한다

28) 저작권법 제12조(성명표시권) ①저작자는 저작물의 원본이나 그 복제물에 또는 저작물의 공표 매체에 그의 실명 또는 이명을 표시할 권리를 가진다.

29) 제14조(저작인격권의 일신전속성) ①저작인격권은 저작자 일신에 전속한다.

30) 조연하, “AI 창작물과 저작인격권에 관한 탐색적 연구”, 미디어와 인격권 제9권 제2호, 2023, 93면.

31) 이러한 견해에 대한 상세한 소개는 계승균, “대작과 저작권”, 사법 제59호, 2022, 18면 이하 참조.

고 할 수 있다. 그리고 이 경우 ‘생성형AI를 이용하여 대작하였는지 여부’는 당선작을 결정하거나 논문통과를 결정함에 있어서 중요한 사항이기에 ‘생성형AI를 이용하여 대작하였다는 사실을 알리지 않은 행위’는 사기죄에서의 기망행위 에 해당한다. 다만, [가정적 사례군 3-1]과 같이 ‘상금지급을 동반하는 당선작 결정’이기에 상대방의 행위가 사기죄에서의 재산적 처분행위로 인정될 여지가 있는 경우라면 사기죄가 성립될 수 있겠지만, [가정적 사례군 3-2]의 ‘논문통과 결정’과 같이 ‘재산적 처분행위’로 인정될 여지가 적은 경우라면 위계에 의한 공무집행방해죄 성립이 문제된다. ‘생성형AI를 이용하여 논문의 핵심내용들을 작성하였다는 사실 즉, 대작하였다는 사실’을 숨기고 본심사용 학위논문을 제출한 경우, 심사위원들의 충분한 심사를 통해서도 대작사실을 발견하기 어려운 경우라면 그러한 행위는 위계에 의한 업무방해죄에서의 위계에 해당하고, 위계행위로 인해 업무방해의 위험성 발생한 경우이므로 위계에 의한 업무방해죄가 성립한다고 보아야 할 것이다.

반면에 생성형AI를 이용하여 획득한 텍스트를 논문 일부분에서만 그대로 또는 일부 수정하여 논문의 내용으로 하면서 각주를 통해 생성형 AI를 이용하여 획득한 텍스트라는 사실을 밝히지 않았거나 각주에서 관련 원문헌을 인용하지 않은 경우에는 저작권법상의 출처명시 위반의 죄(제138조)³²⁾ 해당하거나 연구윤리위반에 해당할 수는 있을지언정, ‘대작’이라고 하기에는 어려운 바, 위계에 의한 업무방해죄가 성립한다고 하기에는 어려울 것이다.

V. 맺음말

생성형AI 이용자가 생성형AI를 이용하여 창작하였다는 사실을 숨기면서 자신(만)의 저작물이라고 표시하여, 생성형AI를 이용하여 생성한 저작물을 법률 행위 또는 거래의 대상으로 한 경우, 형법전상의 사기죄, 위계에 의한 업무방해죄 등의 성립이 문제될 수 있다. 사기죄 또는 업무방해죄의 성립 여부 판단

32) 저작권법 제138조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제35조제4항을 위반한 자
2. 제37조(제87조 및 제94조에 따라 준용되는 경우를 포함한다)를 위반하여 출처를 명시하지 아니한 자
3. 제58조제3항(제63조의2, 제88조 및 제96조에 따라 준용되는 경우를 포함한다)을 위반하여 저작재산권자의 표지를 하지 아니한 자

에서 저작자 판단이 선결문제로 검토되어야 하는 경우라면 저작자 판단은 저작권법을 고려하여 판단되어야 한다. 그리고 생성형AI를 자신(만)의 저작물이라고 표시하는 것이 적법한 경우일지라도, 생성형AI를 이용하여 창작하였다는 사실을 고지하지 않는 것이 상대방의 재산적 처분행위 여부 판단에 중요한 요소인지 여부 또는 위계업무방해죄의 위계로 해당될 수 있는지 여부는 개별 사안의 구체적 사정을 고려하면서 형법적 관점에서 판단되어야 할 사항이다. 생성형AI를 이용한 디지털아트가 새로운 예술분야에 해당하는지 또는 ‘순수미술 분야’에 포함될 수 있는지, 생성형AI를 이용하여 창작한 작품의 경제적 가치 또는 예술적 가치가 어떻게 되는지는 예술의 영역에서 논해져야 할 문제겠지만, 생성형AI를 이용하여 창작활동을 한 경우 누가 저작자이고, 생성형AI를 이용하여 창작하였다는 사실을 고지하지 않는 것이 기망행위에 해당할 수 있는지 등의 문제는 규범적 판단의 문제이다. 조영남 대작사건에서 대법원은 “미술 저작물의 저작자 아닌 자가 마치 저작자인 것처럼 행세하여 그 미술품을 판매하였다면 이는 형법상 사기죄에 해당할 수 있”고, 누가 저작자인지를 판단하는 것은 법적 평가의 문제라고 하면서도 모순되게 “(누가 저작자인지에) 관한 논란은 미학적인 평가 또는 작가에 대한 윤리적 평가에 관한 문제로 보아 예술 영역에서의 비평가 담론을 통해 자율적으로 해결하는 것이 사회적으로 바람직하고, 이에 대한 사법 판단은 그 논란이 법적 분쟁으로 비화하여 저작권 문제가 정면으로 쟁점이 된 경우로 제한되어야 한다.”라고 실시하면서,³³⁾ 그 사건에서는 ‘누가 저작인가’에 대한 판단을 회피하기 위한 수단으로 부적절하게 불고불리의 원칙을 내세웠다. 생성형AI를 통한 창작활동이 인간 이용자는 아이디어만 제공하고, 생성형AI를 도구로 이용하여 창작활동을 함으로써 생성형AI를 이용한 대작으로 볼 수 있는 경우에는 타인을 통하여 대작하는 경우와 구조적 유사성을 가진다. 이러한 사안들에서 예술의 자율성을 위해 가능한 사법적 판단을 자제해야 할 사항과 규범적 판단의 영역으로 들어온 문제는 상호 구별되어야 할 것이다.

33) 대법원 2020. 6. 25. 선고 2018도13696 판결.

[참고문헌]

- 계승균, “대작과 저작권”, 사법 제59호, 2022.
- 김정화 · 임동민 · 차호동, “생성형 인공지능(Generative AI) 기술의 규제 방향에 대한 입법론적 고찰 - ChatGPT 등 인공지능 시스템 생성물에 대한 표시·고지의무를 중심으로 -”, 형사법의 신통향 통권 제80호, 2023.
- 박경규, “미술품거래에서 사기죄의 성립범위 -대법원 2020. 6. 25. 선고 2018도13696 판결의 평석 및 형법과 법원의 역할에 관한 고찰”, 사법 제54호, 2020.
- 손영화, “생성형 AI에 의한 창작물과 저작권”, 법과 정책연구 제23집 제3호, 2023.
- 윤나라, “콘텐츠 창작과 AI 리터러시: LLM의 패러프레이징을 중심으로”, 인문콘텐츠 제72호, 2024.
- 윤상필 · 권현영 · 김동욱, “건전한 인공지능 생태계 형성을 위한 규범적 전략과 법의 역할”, 홍익법학 제18권 제2호, 2017.
- 이혜원, “유럽연합 인공지능법: 주요 내용과 시사점”, Startup Alliance 2024-04호.
- 정재환, “이른바 ‘대작(代作) 미술작품 판매 사건’의 형법적 재검토 - 대법원 2020. 6. 25. 선고 2018도13696 판결과 관련하여 -”, 형사정책 제34권 제4호, 2023.
- 조연하, “AI 창작물과 저작권격권에 관한 탐색적 연구”, 미디어와 인격권 제9권 제2호, 2023,
- 최현숙, “개념미술과 저작권 귀속에 관한 법적 고찰- 조영남 미술 대작 사건 (2020. 6. 25. 선고 2018도13696 판결)을 중심으로 -”, 가천법학 제13권 제4호, 2020.

[Abstract]

Creative activities through AI and criminal legal issues

- focusing on fraud, etc -

Kyung-Gyu Park*

With the rapid development of generative AI, human users can use generative AI to complete works of art, literary works such as poems, novels etc or movie scenarios and make videos close to short films. If a work created using a generative AI user hides the fact that it was created using a generative AI and marks it as his (only) work and targets a legal act or transaction, the establishment of the crime of fraud(Art. 347) or the crime of interference with business through fraudulent means(Art. 314) under the Criminal Code may be problematic. This article sets up such a hypothetical case group and examines in detail the issues that may be problematic when determining whether fraud or interference with business through fraudulent means in such cases. In the case of using assistants in the so-called “conceptual art” area, it was once questioned who should be viewed as the author, but in this case, the Supreme Court avoided judging “who is the author,” which is a pre-determined issue in determining whether fraud is established by using the principle of *nemo iudex sine actore*. In such a case, matters that should refrain from judicial judgment as much as possible for the autonomy of art and issues that have entered the realm of normative judgment should be distinguished from each other.

Keywords : generative AI, creative activities through generative AI, author judgment, fraud, interference with business through fraudulent means

* Research Fellow at the Korean Institute of Criminology & JusticeJ. Ph.D. in law.

