

# 미국 실질적 유사성 판단을 위한 내재적 테스트 폐기 의견 (제9연방항소법원의 Sedlik v. Von Drachenberg)

서강대학교 법학전문대학원 교수  
박준우

## 1. 개요

2026년 1월 2일 제9연방항소법원은 인물사진과 이를 문신(tattoo)한 것에 실질적 유사성이 없다고 판단하였다.<sup>1)</sup> 그런데 3명의 판사 중 2명이 제9연방항소법원이 오랜 기간 실질적 유사성 판단기준으로 적용해 온 내재적(intrinsic) 테스트를 폐기하자는 보충의견을 강하게 제시하여 주목할 만하다. 이유는 당연히 실질적 유사성이 인정되어야 하는 사건에서 내재적 테스트가 가진 근본적인 흠 때문에 실질적 유사성이 부인된다는 것이었다.

### 1) 사건의 경과

1989년 직업 사진가인 원고 Sedlik은 유명 재즈 음악가 Miles Davis 사진을 촬영하였다(이하 ‘원고 사진’). 타투 아티스트인 피고 Von Drachenberg는 원고 사진에 기초한 Miles Davis 모습을 친구 어깨에 타투로 새겼다. 원고가 주장한 침해물은 ① 타투 자체, ② 피고가 준비 과정에서 원고 사진을 베낀 스케치, ③ 피고 SNS 및 피고 운영 타투샵 ‘High Voltage Tattoo’ SNS에 올린 작업 과정에서 보이는 피고 타투와 원고 사진들(Process Images)(이하 ‘피고 타투 등’)이었다.



원고 사진(왼쪽), 피고 Tattoo, Process Images(오른쪽). 판결문, 672쪽



제1심에서 피고는 SNS 게시물 중 원고 사진이 보이는 부분에 대해서는 실질적 유사성이 있다고 동의하였다. 배심원들은 ① 원고 사진과 피고 타투 등 사이에 실질적 유사성 없음을, ② 피고가 실질적 유사성이 있다고 동의한 부분에 대해서는 공정이용임을 평결하였다.<sup>2)</sup>

1) Sedlik v. Von Drachenberg, No. 24-3367 (9th Cir. Jan. 2, 2026).

2) Sedlik v. Von Drachenberg, No. 2:21-cv-01102-DSF-MRW, Doc. 217 (C.D. Cal. Jan. 26, 2024), at 2-4.

배심원 평결에 대해 원고는 법률상 판결(judgment as a matter of law)을 신청했으나 제1심과 항소심 법원 모두 기각했다.<sup>3)</sup>

## 2) 실질적 유사성 판단을 위한 내재적 테스트와 배심원 평결의 문제

제9연방항소법원에서는 실질적 유사성 판단 기준을 ① 외재적(객관적, extrinsic) 테스트와 ② 내재적(주관적, intrinsic) 테스트로 나누고, 두 기준을 모두 충족해야 한다. 외재적 테스트는 창작성 없는 구성요소는 대비 대상에서 제외하고 전문가가 참여할 수 있고 판사가 결정하는데, 내재적 테스트는 비전문가인 배심원이 이른바 ‘창작성 없는 구성요소까지 포함한’ 전체적 개념과 느낌(total concept and feel)에 따라 유사한지를 판단한다. 그런데 배심원이 ㉠ 충분한 증거에 기초하여 ㉡ 내재적 테스트를 합리적으로 적용하여 평결했으면 법원이 ‘법률상 판결’을 통해 평결과 반대 판결을 내릴 수 없다.

이 사건에서는 비전문가지만 합리적인 배심원이 원고 사진과 피고 타투 등으로부터 받은 전체적 개념과 느낌이 서로 유사하지 않은 것으로 느낄 수 있다고 법원이 판단했기 때문에 배심원 평결을 뒤집고 실질적 유사성이 있다는 판결을 할 수 없었다. 즉, 배심원 평결 과정이 아닌 내재적 테스트 자체에 문제가 있어 부적절한 결론이 나온 것이기 때문에 판사가 배심원 평결을 법률상 판결로 번복할 수 없었다. 왜냐하면, 형식적으로는 배심원 평결을 바로잡는 것으로 보이지만, 사실상 전원합의체(en banc) 판결로 폐기해야 할 내재적 테스트를 법률상 판결로 폐기하는 것과 마찬가지로 때문이다.

## 2. 실질적 유사성 판단을 위한 내재적 테스트의 기원 및 의미 변화

이 사건 판사 중 Kim McLane Wardlaw와 Anthony D. Johnstone은 내재적 테스트를 충족하지 못하여 실질적 유사성이 없다는 법원 전체 의견(per curiam opinion)에는 동의하면서도, 내재적 테스트에는 근본적인 흠(fundamental flaw)이 있으므로, 연방헌법, 연방저작권법, 연방대법원이 확립한 저작권 법리(여기서는 ‘아이디어-표현 이분법’을 뜻함.)에 부합하도록 그 폐기(dispensing)를 고려해야 한다는 보충의견을 제시하였다. 특히 Johnstone 판사는 보충의견에 전체적 개념과 느낌 기준 및 내재적 테스트의 기원과 그 의미 변화를 설명하고, 원래 의미와 다르게 변질되었다는 점을 설명하였는데, 제9연방항소법원의 내재적 테스트 이해에 도움이 되므로 소개한다.

### 1) ‘전체적 개념과 느낌’ 기준: 1970년 Roth 사건

미국 연방저작권법은 아이디어-표현 이분법을 규정하였다(17 U.S.C. § 102(b)). 그런데 1970년 Roth

3) 원고는 제1심 본안 시작 전에 요약 판결(summary judgment)을, 시작 후에 법률상 판결(judgment as a matter of law)을 신청했으나 제1심 법원은 배심원이 판단해야 할 사실 관련 쟁점이 있음을 이유로 기각했다. 원고는 배심원 평결 후에 갱신된 법률상 판결(renewed judgment as a matter of law)을 신청했으나, 공정이용에 대한 평결은 ‘평결 전 법률상 판결 신청’ 요건을 충족 못 했음을 이유로 기각되었다. 다만, 법원은 이 절차적 요건을 충족했어도 공정이용이라는 배심원 평결에 법률상 문제가 없다고 판단하였다. 그리고 실질적 유사성이 없다는 평결도 법률상 문제가 없다고 판단하여 모두 기각하였다.

사건에서 원고 카드(greeting card) 구성요소인 간단한 문장이나 캐릭터 등에 창작성을 인정할 수 없자, 위 구성요소들의 '전체적 개념과 느낌'(total concept and feel)에서 창작성을 인정할 수 있다고 하였는데,<sup>4)</sup> 이는 결국 창작성 없는 개별 구성요소의 선택과 배열에서 창작성을 인정할 수 있다는 의미였다.<sup>5)</sup>

## 2) 실질적 유사성의 내재적-외재적 2단계 판단: 1977년 Krofft 사건

1977년 Krofft 사건에서 법원이 처음으로 실질적 유사성 판단기준을 외재적(extrinsic) 테스트와 내재적(intrinsic) 테스트로 나누고 그 의미를 설명하였다. 우선 법원은 외재적 테스트를 통해 '아이디어'가 실질적으로 유사한지를 판단하고, 이 테스트를 통과하면 내재적 테스트를 통해 '표현'이 실질적으로 유사한지를 판단하였다. 그런데 외재적 테스트는 사실 판단 문제이기도 하지만 종종 법률 해석 문제로도 보아 법원이 담당하였지만, 내재적 테스트는 사실 판단 문제로 보아 전적으로 배심원이 판단했는데, 이때 법원은 배심원에게 '전체적 개념과 느낌' 기준을 적용하도록 하였다.<sup>6)</sup> 그런데 Krofft 사건에서 외재적 테스트 판단 대상은 아이디어의 유사성이었지만, 이후 판결에서는 점차 판단 대상이 표현의 유사성으로 확대되었다.<sup>7)</sup>

## 3) 내재적-외재적 테스트 의미 변화: 1990년 Shaw 사건

1990년 Shaw 사건<sup>8)</sup>에서 법원은 외재적 테스트 판단 대상이 사실상 표현의 모든 구성요소로 확대되었음을 인정하고, 외재적 테스트는 표현의 유사성에 대한 '객관적' 판단으로, 내재적 테스트는 표현의 유사성에 대한 '주관적' 판단으로 재정의한 후 오늘에 이르렀다. 현재는 2단계 테스트가 모두 표현을 판단 대상으로 하는 점에서 같다. 그러나 ① 외재적 테스트는 법원이 판단하며 전문가가 참여할 수 있고, 판단 전에 창작성 없는 부분은 제거하는 등의 분석적(객관적) 테스트지만, ② 내재적 테스트는 비전문가인 배심원이 받는 느낌에 의존하며 창작성 없는 부분의 제거 또는 전문가 참여가 없는 주관적 테스트다.

# 3. 결론 및 시사점

보충의견은 외재적-내재적 테스트의 구별이 처음에는 각각 아이디어와 표현의 실질적 유사성 판단이었다고 하며, 그 출발점을 아이디어-표현 이분법이라고 설명하였다. 미국 연방저작권법과 연방대법원이 정립한 아이디어-표현 이분법의 의미는 '저작권은 아이디어가 아닌 표현만 보호함'인데, Krofft 사건 법원이 외재적 테스트를 통하여 '아이디어'의 실질적 유사성을 판단하려고 한 이유를 이해하기 힘들다. 조사·연구

4) Roth Greeting Cards v. United Card Co., 429 F.2d 1106, 1109-1110 (9th Cir. 1970).

5) 판결문, 680-681쪽.

6) Sid & Marty Krofft Television Prods., Inc. v. McDonald's Corp., 562 F.2d 1157, 1164-1167 (9th Cir. 1977).

7) 판결문, 682쪽. Shaw v. Lindheim, 919 F.2d 1353, 1356 (9th Cir. 1990) 인용함.

8) Shaw v. Lindheim, 919 F.2d 1353, 1356 (9th Cir. 1990).

를 더 해봐야겠지만, 아이디어의 실질적 유사성이란 혹시 한국 대법원이 제시한 저작권 침해 판단의 첫 단계인 원고 저작물과 피고 작품의 유사성을 의미하는 것인지 모르겠다.

---

## 참고 자료

---

- Sedlik v. Von Drachenberg, 163 F.4th 667, No. 24-3367 (9th Cir. Jan. 2, 2026).
- Sedlik v. Von Drachenberg, No. 2:21-cv-01102-DSF-MRW, Doc. 217 (C.D. Cal. Jan. 26, 2024).
- Roth Greeting Cards v. United Card Co., 429 F.2d 1106 (9th Cir. 1970).
- Sid & Marty Krofft Television Prods., Inc. v. McDonald's Corp., 562 F.2d 1157 (9th Cir. 1977).
- Shaw v. Lindheim, 919 F.2d 1353 (9th Cir. 1990).