

RESEARCH ARTICLE

A comparative legal study on the limitations of the right of public performance under copyright law

Taejeong Kim¹, Chihyun Kwon²

¹Doctoral Student, Department of Intellectual Property, Kwangwoon University, Republic of Korea

²Assistant Professor, College of Policy and Legal Studies, Kwangwoon University, Republic of Korea

Corresponding Author: Chihyun Kwon (chkwon@kw.ac.kr)

ABSTRACT

Human perception and memory of a given space are significantly shaped by sensory elements such as ambient scent, interior aesthetics, and background music. In this context, the use of music and music videos as background elements has become a widespread practice in various commercial establishments—including cafés, restaurants, and beauty salons—as a means of enhancing spatial atmosphere and increasing customer satisfaction. The public performance of such copyrighted works, in principle, constitutes an exercise of the copyright holder's exclusive rights. Nevertheless, Article 29(2) of the Korean Copyright Act introduces a statutory limitation on the right of public performance. This provision permits the public transmission or performance of commercially released sound recordings or audiovisual works without authorization from the copyright holder, provided that no direct remuneration is collected from the audience or viewers. While this provision has been commended for promoting cultural accessibility and expanding the public's opportunities to engage with creative content, it has also drawn considerable criticism for unduly infringing upon the legitimate rights of copyright holders. Notably, a constitutional review petition was filed in 2016 challenging the validity of this provision, thereby reigniting scholarly and judicial debates regarding its constitutionality and normative justification. In light of these developments, a comprehensive reassessment of the legal framework governing limitations on public performance rights appears both timely and necessary. This paper critically examines the legal controversies surrounding Article 29(2) of the Korean Copyright Act and conducts a comparative analysis of analogous legislative approaches adopted in the United States and Japan. Based on this comparative inquiry, the paper seeks to propose a revision to the current provision that better harmonizes the public's right to access cultural content with the copyright holder's entitlement to fair and proportionate compensation.

KEYWORDS

public performance rights, copyright, exceptions to copyright, non-profit performance, commercial sound recording, background music.



Open Access

Citation: Kim T, Kwon C. 2025. A comparative legal study on the limitations of the right of public performance under copyright law. Journal of Intellectual Property Education & Research 13(1):97-111.

DOI: <https://doi.org/10.12972/kosiper.2025.13.7>

Received: May 16, 2025

Revised: June 10, 2025

Accepted: June 13, 2025

Published: June 19, 2025

Copyright: © 2025 The Korean Society of Intellectual Property Education & Research

Funding: The author received no financial support for this article.

Conflict of interest: No potential conflict of interest relevant to this article was reported.



This is an Open Access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution Non-Commercial (https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) which permits unrestricted non-commercial use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited.

1. 서론

저작권 제도는 보호와 이용, 두 가지의 목적 위에 기반한다. 하나는 창작자의 권리를 보호하는 것이며, 다른 하나는 저작물의 공정한 이용을 통해 사회 전체의 문화적 진보를 이루는 것이다(저작권법 제1조). 이에 따라 우리 저작권법은 창작자에게 그의 저작물을 배타적으로 이용할 수 있는 다양한 재산적 권리를 부여하고 있으며, 그중 하나로 창작자는 저작물을 공개적으로 공연할 수 있는 배타적인 권리인 공연권을 가진다(저작권법 제17조). 공연권은 저작물이 가장 활발히 이용되는 영역 중 하나로, 오랜 기간에 걸쳐 보호되어 온 권리이다. 저작권법 제2조 제3호는 공연을 “저작물 또는 실연(實演)·음반·방송을 상연, 연주, 가창, 구연, 낭독, 상영, 재생 그 밖의 방법으로 공중에게 공개하는 행위로, 동일인의 점유에 속하는 연결된 장소 안에서 이루어지는 송신(전송을 제외한다)을 포함하는 것”으로 정의하고 있으며, Lee (2013)는 공중을 대상으로 하는 실연 행위뿐만 아니라, 음향기기나 영상 감상기기를 활용하여 방송이나 음반을 공중을 대상으로 재생하는 행위까지도 모두 공연에 포함된다고 하였다[1].

공연권을 비롯한 저작자의 권리 보호는 창작의 산물인 저작물에 대한 권익을 보장함으로써 창작 의욕을 고취하고, 나아가 문화 발전에 이바지한다. 그러나 과도한 권리 보호는 저작물 이용의 접근을 제한해 사회 전체의 문화 향유 기회를 축소할 수 있다. 따라서 우리 저작권법은 비영리적·공익적 목적의 이용에 한해 저작권자의 권리를 일부 제한하고 있다[2]. 이와 관련하여, 우리 저작권법은 비영리 목적의 공연에 대해서는 일정한 요건 하에 저작권자의 사전 허락 없이도 저작물을 자유롭게 이용할 수 있도록 하는 이른바 ‘공연권 제한 규정’을 두고 있다.

저작권법 제29조 제1항은 영리를 목적으로 하지 않으며 청중 또는 관중으로부터 어떠한 명목으로든지 반대급부를 받지 않은 경우에는 허락 없이 공표된 저작물을 공연할 수 있다고 규정하고 있다. 한편, 동조 제2항은 청중으로부터 해당 공연에 대한 직접적인 반대급부를 받지 않으면 상업적 목적으로 공표된 음반(이하, “상업용 음반”) 또는 상업용 영상저작물을 공중에 재생할 수 있다. 다만, 제2항은 단서 규정을 통해 대통령령에서 정하는 특정 영업소에서 행해지는 공연은 여전히 저작권자의 공연권이 적용된다(저작권법 시행령 제11조).

저작권법 제29조 제2항이 적용되는 대표적인 사례로는 음식점, 헤어숍 등 영업장에서 상업용 음반을 배경음악으로 재생하는 경우를 들 수 있다. 이 경우 일반적으로 고객들이 음악 감상에 대한 직접적인 별도의 요금을 지불하지 않기 때문에 ‘반대급부 없는 공연’에 해당하여 저작권자의 공연권이 제한된다. 그러나 오늘날 영업장에서 재생되는 배경음악은 단순한 ‘음악 감상’의 차원을 넘어, 고객의 체류 시간을 연장시키고 소비 심리를 자극하는 등 간접적인 방식으로 경제적 이익을 창출하는 수단으로 활용되고 있다. 그럼에도 현행 저작권법 제29조 제2항은 영리 목적 여부를 불문하고 상업용 음반 등의 공중 재생에 대하여 저작권자의 권리를 일률적으로 제한하고 있다. 이로 인해 공연자는 타인의 저작물을 이용하여 간접적으로 경제적 이익을 실현하는 반면, 저작권자는 자신의 저작물이 상업적 환경에서 사용됨에도 불구하고 이에 상응하는 정당한 보상 기회를 상실당하고 있는 실정이다.

공중의 문화 향유 기회를 확대하기 위한 공연권 제한 규정의 도입 취지는 충분히 합리적이며, 실제로 본 규정은 일상생활 속에서 대중이 저작물에 접할 수 있는 환경을 조성함으로써 문화 발전에 긍정적으로 기여해왔다. 그러나 지나친 권리의 제한은 저작권자가 저작물을 통해 얻을 수 있는 정당한 경제적 이익을 침해하고 창작 의욕을 저하시켜 장기적으로 창작 산업의 위축을 초래할 수 있다. 이에 본고에서는 현행 공연권 제한 규정의 문제점을 분석하고, 저작권자의 권리 보호라는 사익과 문화 향유라는 공익 사이에서 더욱 정교한 균형을 달성할 수 있는 저작권법 제29조 제2항의 개선 방향을 살펴보고자 한다.

2. 저작권법 제29조 제2항의 위헌 논의 및 비교법적 고찰

2.1. 저작권법 제29조 제2항에 관한 위헌 논의

2.1.1. 저작권법 제29조 제2항의 입법 배경

저작권법은 창작물에 대한 배타적인 권리를 부여함으로써 창작자로 하여금 창작 의욕을 고취하는 한편, 공중에게 저작물 향유 기회를 제공하여 문화 발전을 촉진하기 위해 그 권리에 일정한 제한 및 예외를 두고 있다. 이러한 권리 제한의 법적 근거는 헌법에서 찾을 수 있다. 헌법 제23조 제3항은 공공의 필요에 따라 국민의 재산권을 수용·사용 또는 제한할 수 있음을 규정하고 있다. 또한, 제37조 제2항은 국민의 기본권이라 하더라도 공공복리를 위하여 필요한 경우 법률로 제한할 수 있지만, 이는 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다고 명시하고 있다. 즉, 공익을 위한 권리의 제한은 헌법적 정당성을 가질 수 있으나, 이는 신중하고 최소한의 범위 내에서 이루어져야 함을 의미하는 것으로 보인다.

우리나라 최초 저작권법인 1957년 저작권법 제64조 제8호는 “이미 발행된 음반, 녹음 필름 등을 공연 또는 방송의 용에 공하는 것은 저작권 침해로 간주하지 않는다”라고 의제하고 있었다. 그러나 본 조항은 그 범위가 지나치게 넓어 저작권자의 재산적 이익을 과도하게 제한할 우려가 있다는 비판을 받았다. 이에 1987년 저작권법 전면 개정을 통해 판매용 음반 또는 판매용 영상저작물을 반대급부 없이 재생하여 공연하는 때에는 저작권 침해로 보지 않는 공연권 제한 규정이 도입되었다(1987년 저작권법 제26조 제2항)[3]. 그러나 ‘판매용 음반’에 대한 명확한 정의 규정이 존재하지 않아, 이에 대한 해석에 관하여 많은 논란이 있었다. 기술의 발전으로 음악의 유통 및 이용 방식이 변화했음에도 불구하고, ‘음반’을 CD 등 물리적 매체에 한정하여 해석하거나, ‘판매용’의 의미 해석을 둘러싼 대법원 판결이 엇갈리는 등 실제 시장에서 상당한 혼란이 발생해왔다[4].

이러한 상황 속에서 판매용 음반의 개념을 명확히 정립하기 위해 2016년 저작권법 개정을 통해 ‘음반’의 범위에 디지털 음원을 포함하고, ‘판매용 음반’을 ‘상업적 목적으로 공표된 음반(상업용 음반)’으로 개정하였다. 현행 저작권법상 상업용 음반에 관한 해설집(2016)은 “판매용 음반은 시판용 음반에 한정되지만, 상업용 음반은 ‘공중에게 음반을 판매의 방법으로 거래에 제공하거나 해당 음반의 판매와 관련된 간접적인 이익을 얻을 목적으로 공표된 음반’을 의미하므로 보다 넓은 의미로 확대된 것”이라고 설명하고 있다[4].

이처럼 수차례의 저작권법 개정 과정을 거쳐 오늘날의 공연권 제한 규정이 정비되었으며, 현행 저작권법 제29조 제2항은 “청중이나 관중으로부터 해당 공연에 대한 대가를 받지 아니하는 경우에는 상업용 음반 또는 상업적 목적으로 공표된 영상저작물(이하, 상업용 음반 등)을 재생하여 공중에게 공연할 수 있다”라고 규정하고 있다. 이 조항은 해당 공연의 목적이 영리인지 여부와 관계없이 적용된다는 점에서, 비영리 목적의 공연에 한하여 저작권자의 공연권을 제한하는 동조 제1항과 구별된다. 따라서 신제품 홍보 행사에서의 음악 재생이나 식당, 미용실 등 상업적 공간에서의 배경음악 재생 등 해당 저작물의 공연이 직접적인 수익을 발생시키지 않더라도, 간접적으로 영업적 효과나 경제적 이익을 발생시키는 경우 역시 본 조항에 따라 저작권자의 공연권은 제한된다.

2.1.2. 저작권법 제29조 제2항의 적용 예외

상업용 음반이나 상업적 목적으로 공표된 영상저작물(이하, “상업용 음반 등”)을 공중에 재생하는 행위는 원칙적으로 저작권자의 공연권에 해당하므로, 타인의 저작물을 공연 형태로 이용하기 위해서는 사전에 저작권자의 허락을 받아야 한다. 한편, 청중으로부터 반대급부를 받지 않는 경우에는 저작권법 제29조 제2항에 따라 누구나 자유롭게 상업용 음반 등을 공중에 재생할 수 있다. 그러나 동 조항은 예외 규정을 두고 있어, 대통령령으로 정하는 특정 영업장소에서 이루어지는 공연 행위에 대해서는 제29조 제2항의 적용이 배제되어 여전히 공연권 보호 대상이 된다.

Table 1. Article 11 of the Enforcement Decree of the Copyright Act

저작권법 시행령 제11조(상업적 목적으로 공표된 음반 등에 의한 공연의 예외)	
제1호-제7호	음악 사용 빈도 및 영업과의 기능적 연관성을 고려하여 반대급부없이 이루어진 공연이라 할지라도 공연권이 인정되는 예외 업종 규정 예) 커피 전문점, 주점업, 여객용 항공기(열차), 호텔, 휴양콘도미니엄, 전문체육시설, 골프장, 무도장, 에어로빅장, 체력단련장, 대규모 점포(전통시장 제외) 등
제8호	발행일로부터 6개월이 지나지 않은 상업용 영상저작물을 재생하여 공연할 경우 공연권이 인정되는 예외 시설 규정 예) 공연장, 박물관, 미술관, 도서관 등

한편, 저작권법 제29조 제2항과 그 예외 규정인 동법 시행령 제11조는 일반적인 ‘원칙과 예외’의 구조와는 구별되는 독특한 입법 구조를 띠고 있다. 구체적으로는 저작권자의 공연권을 일정한 조건 하에 제한하는 예외를 먼저 설정한 후, 다시 그 예외에 대해 제한을 가하는 이른바 ‘예외의 예외’ 구조를 취하고 있다. 이러한 이중적 예외 구조는 공중의 문화향유권을 보장하기 위해 저작권자의 권리를 일정 부분 제한하면서도 그 제한의 범위를 최소화하려는 입법적 타협의 불가피한 산물로 볼 수 있으나, 이는 저작권 보호의 일관성을 저해할 수 있다.

실제로 저작권법 시행령 제11조는 2017년 8월 22일 개정을 통해 공연권 제한의 예외 업종을 확대하는 방향으로 조정된 바가 있다[5]. 그러나 제29조 제2항에서 규정하는 공연권 제한이 애초에 합리적이고 정당한 범위 내에서 이루어졌다면 위와 같이 공연권 인정 범위를 확대하는 방향의 개정은 불필요했을 것이다. 결과적으로 본 개정 사례는 현행 공연권 제한 규정이 저작권자의 권리를 과도하게 제한하고 있음을 방증하는 것으로 판단된다.

2.1.3. 저작권법 제29조 제2항에 관한 위헌 논의

2016년 12월 21일, 저작권법 제29조 제2항이 저작권자의 기본권을 침해한다는 이유로 위헌확인심판이 청구된 바가 있다(헌법재판소 2019.11.28. 선고 2016헌마1115, 2019헌가18(병합) 판결). 청구인들은 모두 문화체육관광부장관으로부터 저작권신탁관리업 허가를 받은 사단법인으로, 각각 음악저작물에 관한 저작재산권, 실연자에 관한 저작인접권, 음반제작자에 관한 저작인접권, 영상저작물에 관한 저작재산권을 관리하고 있다.

헌법재판소는 재판관 5:3의 의견으로 저작권법 제29조 제2항 본문이 헌법에 위반되지 않는다고 결정하였다. 판결요지를 살펴보면, 본 조항은 공중이 저작물을 이용하여 문화적 혜택을 누릴 수 있도록 하기 위한 것으로 그 입법목적이 정당하다고 보았다. 일정한 요건 하에서 누구나 상업용 음반 등을 재생하여 공중에 공연할 수 있도록 허용하는 것은 상업용 음반 등에 대한 공중의 접근성을 향상시켜 입법 목적을 달성하는 데 적합한 수단이라고 판단하였다. 또한, 본 조항으로 인해 공중이 상업용 음반 등을 재생하는 공연을 경험하더라도, 그 자체만으로 저작물에 대한 이용 욕구가 감소한다고 단정할 수 없으며, 오히려 상업용 음반 등이 널리 알려짐으로써 판매량이 증가하는 등 간접적인 이익도 고려해야 한다고 판단하였다. 따라서 공연권 제한 조항이 침해의 최소성 원칙에 위배된다고 보기 어렵다는 결정을 내렸다. 이와 같이 현행 저작권법 제29조 제2항의 법적 타당성에 대한 논의는 지속적으로 제기되어 왔다[6]. 이에 다음 장에서는 우리 저작권법 제29조 제2항과 유사한 공연권 제한 규정을 명시하고 있는 해외 입법례들을 검토하고자 한다.

2.2. 공연권 제한 규정에 관한 비교법적 고찰: 일본과 미국을 중심으로

특정한 경우에 저작자의 권리에 대한 제한이 정당화될 수 있다는 것은 저작권 보호 역사 전반에 걸쳐 오랫동안 인식되어 왔다. 세계지적재산권기구 저작권 조약(WIPO Copyright Treaty, WCT) 제10조, 세

세계지적재산권기구 실연 음반 조약(WIPO Performances and Phonograms Treaty) 제16조 및 무역 관련 지적재산권 협정(Trade Related Intellectual Properties, TRIPs) 제13조는 저작권의 예외 및 제한(Limitations and Exceptions)에 대해 명시적으로 인정하고 있으며, 이에 따라 주요국들은 저작권법 체계 내에서 비영리적 또는 공익적 목적을 위해 저작권을 제한하는 예외 조항들을 두고 있다.

우리 저작권법상 공연권 제한 규정과 유사한 내용을 포함하고 있는 외국 입법례로는, 영국 저작권법 제34조(교육기관의 활동 과정에서 저작물의 실연, 재생 또는 현시) 내지 제67조(클럽, 단체 등의 목적을 위한 녹음물의 재생) 내지 제72조(방송의 무상 공개 현시 또는 재생), 독일 저작권법 제52조(공개 재현), 프랑스 저작권법 제122조의5 제1항, 중국 저작권법 제24조 제9항 등이 있으며, 이들은 각각 교육, 종교 등의 공익적 목적을 위하여 권리 제한의 법적 근거를 마련하고 있다. 한편, 본고에서는 가장 오래된 국제 저작권 규범인 베른협약의 저작권 예외 및 제한에 관한 규정을 살펴보고, 세계적으로 우수한 저작권 보호 체계를 가진 미국과 일본의 입법례를 중심으로 살펴보고자 한다.

2.2.1. 베른협약

1886년 스위스 베른에서 최초로 채택된 ‘문학 및 예술적 저작물의 보호를 위한 베른협약(Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, 이하 “베른협약”)은 저작권 보호에 관한 가장 오래된 국제 조약이다. 초기의 1886년 베른협약 제9조는 저작자에게 연극 및 악극저작물을 공중재현(public representation)할 수 있는 권리를 부여하고 있으나, 음악저작물에 대해서는 저작자가 공연(public performance)을 명시적으로 금지 표시(expressly declared)를 한 경우에 한하여 공연권을 제한적으로 인정하였다[7].

그러나 음악저작물에 대한 제한적인 공연권 규정은 1908년 베를린 회의를 통해 폐지되었으며, 개정된 협약 제11조를 통해 연극 및 악극저작물과 동일한 공연권을 인정하게 되었다[8]. 이후 1948년 브뤼셀 회의에서 개정된 제11조는 저작권자에게 연극, 악극저작물 및 음악저작물에 대해 “어떠한 공연의 방법이나 절차를 불문하고(including such public performance by any means or process)” 공연할 수 있는 권리를 부여함으로써 공연권의 범위가 명확히 확립되었다[9].

여기서 “어떠한 방법이나 절차를 불문하고”의 의미는 디스크, 카세트테이프 등 녹음·녹화 매체를 활용한 공연도 권리의 대상에 포함되는 것으로 해석된다. 예컨대, 오케스트라가 현장에서 직접 연주하는 공연과 고객이 동전을 투입해 원하는 음악을 재생하는 디스코테크에서의 음악 재생은 방식에 차이가 있을 뿐, 모두 저작권자의 공연권 행사에 해당한다. 한편, 문학·예술 저작물이 영화화되기 위한 각색 또는 복제, 그리고 영화저작물 자체의 공연에 대해서는 협약 제14조 제1항(ii)에서 별도로 규정되고 있다[10]. 이처럼 베른협약은 저작권자에게 공연권을 명시적으로 부여하고 있으나, 그에 대한 제한이나 예외에 관한 조항은 규정하고 있지 않았다. 그러나 1971년 파리 개정을 통해 베른협약 제9조 제2항에 복제권의 제한을 허용하는 조항이 도입되었고, 이와 함께 권리 제한의 정당성 판단 조건으로서 이른바 ‘3단계 테스트(three-step test)’가 등장하였다. 3단계 테스트는 저작권자의 권리를 제한하기 위해 다음의 세 가지 요건을 모두 누적적으로(cumulative) 충족할 것을 요한다[10]. 첫째, 해당 이용은 어떤 특별한 경우(special cases)에 한정되어야 한다. 둘째, 저작물의 통상적인 이용(normal exploitation)과 충돌하지 않아야 한다. 셋째, 저작권자의 정당한 이익을 부당하게 침해하지 않아야 한다.

이처럼 3단계 테스트는 본래 복제권의 예외 및 제한 요건으로서 베른협약에 최초 입법되었으나, 이후 세계지적재산권기구 저작권 조약(WCT) 제10조, 세계지적재산권기구 실연 음반 조약(WIPO Performances and Phonograms Treaty) 제16조 및 무역관련 지적재산권 협정(TRIPs) 제13조에서는 이를 저작권 제한의 일반적인 기준으로 수용하면서, 오늘날까지도 저작권 전반의 예외 및 제한에 적용되는 원칙으로 채택되고 있다. 실제로 유럽공동체(European Communities, EC)는 미국 저작권법 제110조 제5항에 명시된 공연권 제한 규정이 3단계 테스트를 통과하지 못할 것이라며 세계무역기구(World Trade Organization, WTO)에 제소한 사례가 있다[11]. 일본 역시 유사한 비판을 받아 구 저작권법에 명시되어 있던 공연권 제한 규정을 폐지한 바 있다[12].

2.2.2. 일본

1970년 신설된 일본 구 저작권법 부칙 제14조는 “적법하게 녹음된 음악저작물의 연주·재생에 대해, 방송 또는 유선방송에 해당하는 경우 및 영리를 목적으로 음악저작물을 사용하는 사업을 제외하고, 당분간(경과조치로서) 음악저작물을 자유롭게 이용할 수 있다”라고 규정하고 있었다[13]. 그러나 해당 조항은 1999년 저작권법 개정을 통해 폐지되었는데, 그 배경에는 본 조항이 베른협약상 3단계 테스트에 위배된다는 국제적 비판이 있었다[12]. 이에 따라 일본은 구 저작권법 부칙 제14조를 폐지하고, 3단계 테스트에 부합하는 방향으로 비영리 목적의 저작물 공개 행위에 한해 저작권자의 권리를 제한하는 규정을 새롭게 도입하였다.

현행 일본 저작권법은 “공연권”이라는 용어를 명시적으로 사용하지 않지만, 우리나라 저작권법상 공연권에 상응하는 권리로, 일본 저작권자는 저작물을 공중에 보여주거나 들려줄 목적으로 상연(上演)하거나 연주(演奏)할 권리를 전유하며(일본 저작권법 제22조), 그의 저작물을 공중에 상영할 권리를 전유한다(제22조의2). 한편, 일본 저작권법은 비영리 목적의 저작물 공연에 대하여 일정한 요건 하에 저작권자의 권리를 제한하고 있다. 이와 관련하여 동법 제38조 제1항(營利を目的としない上演等)은 (i) 영리를 목적으로 하지 않고, (ii) 청중 또는 관중으로부터 요금을 받지 않으며, (iii) 실연자 등에게 보수가 지급되지 않는 경우에는 저작물을 공개적으로 상연(上演), 연주(演奏), 상영(上映) 또는 구술(口述)할 수 있다고 명시하고 있다. 이때 공연의 영리 목적 여부는 해당 공연에 대한 직접적인 수익 창출 여부에 국한되지 않으며, 간접적으로 영리를 목적으로 하는 경우를 포함한다. 또한, “청중 또는 관중으로부터의 요금”은 입장료(入場料), 회비(會費), 회장료(會場料) 등 그 명칭 여하를 불문하고 실질적으로 저작물의 제공 및 게시에 대한 반대급부에 해당하는지를 기준으로 판단된다[14].

2.2.3. 미국

미국 저작권법은 음악에 관한 저작권을 두가지 유형으로 구분하고 있다. 우선, 음악저작물(musical work)은 음악의 본질적인 창작물로서, 노래의 멜로디와 이에 수반하는 가사를 포함한다. 한편, 음반녹음물(sound recording)은 음악작품의 공연이나 연주를 녹음한 것으로, CD, MP3 파일 등 디지털 또는 아날로그 형식의 녹음물 등 음악작품이 “고정된” 물리적 대상을 의미한다[15].

이러한 음악 저작물과 음반 녹음물은 공연권의 인정 범위 또한 상이하게 규율되고 있다. 미국 저작권법 제106조 제4항은 음악저작물에 대하여 저작권자에게 해당 저작물을 공중에 공개적으로(publicly) 실연(performance)할 수 있는 권리를 부여하는 반면, 동조 제6항은 음반녹음물에 대해서는 ‘디지털 오디오 전송(digital audio transmission)’ 방식을 통한 공연에 한해 권리가 인정된다.

이처럼 미국 저작권법상 저작권자는 그의 저작물에 대한 공연권을 가지는 한편, 교육, 종교 등 공익상의 이유로 비영리 목적에서 행해지는 특정 공연에 대해서는 저작권을 제한하는 예외 규정을 함께 명시하고 있다. 미국 저작권법 제110조(Limitations on exclusive rights: Exemption of certain performances and displays)는 특정한 공연에 대해 공연권이 제한되는 상황들을 열거하고 있다. 그러나 본 조항을 통한 권리 제한이 자의적으로 확대 해석되거나 남용되는 것을 방지하기 위해 엄격하게 설정된 요건을 충족하는 저작물 이용 행위에 대해서만 권리 제한을 허용하고 있다.

우리 저작권법 제29조 제2항과 유사한 조항으로는 미국 저작권법 제110조 제5항이 있다. 이 조항은 음반 녹음물의 공연에 관한 공연권 제한 규정을 ‘가정용 예외(Home Style Exemption)’와 ‘영업용 예외(Business Exemption)’로 구분하여 규정하고 있다. 가정용 예외는 소규모 상업 시설에서 ‘개인 주택에서 일반적으로 사용되는 수준의 단일 수신 장치(a single receiving apparatus of a kind commonly used in private homes)’를 통해 음악 방송을 수신할 때 청중에게 요금을 받지 않고 이를 다시 대중에게 송신하지 않는 경우에 저작권 침해를 면제한다(미국 저작권법 제110조 제5항(A)). 여기서 “개인 주택에서 일반적으로 사용되는 수준의 단일 수신 장치”는 장비의 전체적인 특성과 실제 사용 방식을 바탕으로 사례에 따라 개별적으로 판단되고 있다. 이와 관련하여, Hickory Grove Music v. Andrews, 7

49 F. Supp. 1031 (1990) 판결에서는 길이가 긴 배선에 연결된 매립형 천장 스피커(배선은 벽에 숨김)는 가정용 장치로 보기 어렵다고 판단한 바가 있는 한편, Broadcast Music, Inc. v. Claire's Boutiques, 754 F. Supp. 1324 (1990) 판결에서는 천장 스피커의 배선을 벽에 숨긴 것은 단순한 미관상의 선택일 뿐이라며, 해당 장비를 가정용 수신 장치로 인정한 바 있다.

한편, 영업용 예외는 일정 규모 이하의 음식점 및 기타 상업시설에서 미국연방통신위원회(Federal Communications Commission, FCC)의 허가를 받은 라디오 또는 텔레비전 방송국이 송출하는 비연극적 음악저작물을 재생하는 것에 대해 저작권 침해를 면제하는 규정으로(미국 저작권법 제110조 제5항(B)), 영업용 예외가 적용되기 위해서는 다음과 같은 일정한 요건을 충족하여야 한다.

Table 2. Business Exemption under 17 U.S.C. §110 (5)(B).

	사업장의 전체 면적 (주차공간 제외)	저작권 침해 여부	
		오디오(음향)만 송출되는 경우	시청각(비디오 포함)이 송출되는 경우
음식점 또는 주류 판매업소 이 외의 사업장	2,000 평방피트 (약 186㎡) 미만	비침해	비침해
	2,000 평방피트 (약 186㎡) 이상	총 6개 이하의 스피커 사용 및 한 개의 실내 공간 또는 인접한 실외 공간에서 사용되는 스피커 4개를 초과하지 않으면 비침해	총 4개 이하의 시청각 장치 사용 및 한 개의 실내 공간당 1개만 설치 가능. 디스플레이 화면 크기는 대각선 기준 55인치 초과 불가 + 오디오는 총 6개 이하의 스피커 사용 및 한 개의 실내 공간 또는 인접한 실외 공간에서 사용되는 스피커가 4개를 초과하지 않으면 비침해
음식점 또는 주류 판매업소	3,750 평방피트 (약 348㎡) 미만	비침해	비침해
	3,750 평방피트 (약 348㎡) 이상	총 6개 이하의 스피커 사용 및 한 개의 실내 공간 또는 인접한 실외 공간에서 사용할 수 있는 스피커가 최대 4개를 초과하지 않으면 비침해	총 4개 이하의 시청각 장치 사용 및 한 개의 실내 공간당 1개만 설치 가능. 디스플레이 화면 크기는 대각선 기준 55인치 초과 불가 + 오디오는 총 6개 이하의 스피커 사용 및 한 개의 실내 공간 또는 인접한 실외 공간에서 사용되는 스피커가 4개를 초과하지 않으면 비침해

3. 공연권 제한 규정 사례 비교 및 검토: 한국, 일본, 미국을 중심으로

앞서 살펴본 바와 같이, 일본과 미국은 저작권자에게 저작물을 공연할 수 있는 배타적인 권리를 부여하면서도 공공적 목적에서 행해지는 특정 공연에 대해서는 공연권을 제한하고 있다는 점에서 우리나라와 유사하지만, 공연권이 제한되는 구체적인 요건 및 적용 범위에 있어는 뚜렷한 차이점을 보인다. 이에 본 장에서는 각국의 공연권 제한 규정이 실제 사례에서 구체적으로 어떻게 적용되는지 검토하고 이를 비교·분석함으로써 우리 저작권법 제29조 제2항의 개선 방향에 대한 시사점을 도출하고자 한다.

3.1. 학교 교실 내 음악 재생

학교 수업 중 상업용 음반을 재생하는 행위가 저작권 침해에 해당하는지를 검토한다.

학교 수업 중 상업용 음반을 재생하는 행위는 교육적 목적 하에 수업의 일환으로 이루어지는 것이며 학생들로부터 음악 청취에 대한 별도의 반대급부를 받는 것이 아니므로, 우리 저작권법 제29조 제2항에 따라 저작권 침해에 해당하지 않는다.

한편, 일본 저작권법 제38조 제1항은 영리를 목적으로 하지 않고, 청중으로부터 요금을 받지 않는 공연의 경우 저작권자의 공연권을 제한하고 있다. 본 사례의 경우, 교육적 목적 하에서 저작물을 이용하는

경우로서 음악 청취에 대한 직접적인 대가를 수수하지 않기 때문에 본 조항의 규정에 따라 저작권 침해에 해당하지 않는다. 한편, 사립학교와 같이 학교의 설립 및 운영 주체가 영리 기업인 경우에도 본 조항의 적용 가능성이 문제될 수 있으나, 이에 대하여 Nakayama(2020)는 학교의 경영 자체는 비영리로 보기는 어려울 것이나, 공연 행위가 학생의 교육 또는 복지를 목적으로 한 비영리적 이용에 해당한다면 제38조의 적용을 받을 수 있다고 설명한다[14].

미국 저작권법 제110조 제1항은 공인된 비영리 교육기관(Nonprofit Educational Institution) 내에서 수업의 일환으로 이루어지는 저작물의 공연에 대하여 저작권 침해로 간주하지 않는다고 명시하고 있다. 본 조항은 음악, 연극, 영상 등 저작물의 형태를 불문하고 교육적 목적(Educational Purpose)하에 이루어지는 저작물의 이용 행위에 대하여 저작권자의 동의 없이도 자유롭게 활용될 수 있도록 한다. 따라서 공인된 비영리 교육기관의 교실 내에서 수업의 일환으로 음악을 재생하는 행위는 저작권법상 적법한 이용으로 간주되며, 저작권 침해에 해당하지 않는다.

3.2. 입장료를 지불하는 사설 전시관에서의 음악 재생

입장료를 지불하는 사설 전시관에서 스피커를 통해 상업용 음반을 재생하는 행위가 저작권 침해에 해당하는지를 검토한다.

우리 저작권법 제29조 제2항은 반대급부 없이 이루어지는 상업용 음반 등의 공중 재생 행위에 대해 저작권자의 공연권을 제한하면서도, 대통령령으로 정하는 일부 영업소에서의 공연에 대해서는 동 조항의 적용을 배제하고 공연권을 예외적으로 인정하고 있다. 이러한 예외는 저작권법 시행령 제11조를 통해 구체적으로 명시되어 있으나, 전시관은 이에 포함되지 않는다. 따라서 사설 전시관에서 청중으로부터 직접적인 반대급부를 받지 않고 상업용 음반 등을 시설 내 배경음악으로서 재생하는 경우에는 원칙적으로 저작권자의 동의 없이도 가능하며, 이는 공연권 침해에 해당하지 않는다. 다만, '입장료'가 반대급부에 해당하는지가 쟁점이 될 수 있으나, 통상적으로 입장료는 공간 및 시설 이용에 대한 대가로 해석되며 음악 청취 자체에 대한 직접적인 대가로 보기 어렵다. 따라서 본 사례의 경우 저작권법 제29조 제2항의 적용 대상에 해당하며, 저작권 침해에 해당하지 않는다.

일본 저작권법 제38조 제1항은 비영리 목적이며, 청중 등으로부터 어떠한 형태의 대가도 수수하지 않는 경우에 한하여, 저작물의 공연 또는 공중 송신 등을 저작권자의 허락 없이도 가능하도록 규정하고 있다. 이때 비영리 목적 판단과 관련하여, 일본재판소는 平成31年(ネ) 第10035号, 令和元年(ネ) 第10047号 판결에서 “본 조항에서의 비영리 목적은 당해 이용 행위가 직접적이든 간접적이든 영리와 결부되지 않는 경우를 의미하는 것으로 해석된다”고 판시한 바 있다. 이러한 법리 해석 기준에 비추어 보면, 상업적 시설 내에서 배경음악을 재생하는 행위는 비록 이용객으로부터 음악 청취에 대한 직접적인 대가를 수취하지 않더라도, 해당 음악이 영업장 내 분위기 조성, 고객 만족도 제고 등으로 이어져 궁극적으로 영업상 이익에 기여한다면 이는 간접적인 영리 목적에 해당할 것이다. 따라서 본 사례와 같이 사설 전시관에서 저작권자의 허락 없이 배경음악을 재생하는 경우, 이는 일본 저작권법 제38조 제1항이 정하는 비영리 목적의 범위를 벗어나는 것으로서 저작권 침해에 해당한다.

미국 저작권법 제110조 제5항(B)는 연방통신위원회(FCC)의 허가를 받은 라디오 또는 텔레비전 방송국으로부터 송출된 비연극적 음악 저작물(Non-Dramatic Musical Work)을 사업장에서 공중에 재생하는 행위에 대해 일정 요건 하에 저작권 침해를 면책하는 예외 규정을 두고 있다. 다만, 본 규정의 적용을 받기 위해서는 공연이 이루어지는 사업장의 유형, 전체 면적(고객 주차공간 제외), 음악 재생 장비의 유형 및 개수 등 규정된 요건을 충족하여야 한다. 본 사례의 경우, 사설 전시관은 음식점이나 주류 판매업소 외의 일반 사업장에 속하여 영업장의 총 면적이 2,000 평방피트(약 186㎡) 미만인 소규모 사업장일 경우에는 저작권이 면제된다(제110조 제5항(B)(i)). 한편, 총 면적이 2,000 평방피트 이상이라면 하나의 실내 공간 또는 인접한 실외 공간 내에 설치된 스피커 수가 4개 이하이고, 전체 스피커 수가 6개 이하인 경우에는 저작권이 면제된다(제110조 제5항(B)(i)(I)). 예컨대, 전시관 매표소 내에 스피커 2개

및 전시 공간 내에 스피커 3개를 설치하여 음악을 재생하는 경우, 단일 공간에 설치된 스피커 수가 4개 이하이며 전체 스피커 수는 6개를 초과하지 않기 때문에 본 조항의 요건을 충족할 것이다. 다만, 본 조항은 FCC 면허를 받은 방송국으로부터 송출되는 비연극적 음악저작물을 수신하여 재생하는 경우에만 적용되는 것으로, CD, 음원 파일, 스트리밍 서비스 등과 같은 방식으로 상업용 음반을 직접 재생하는 경우에는 적용되지 않는다.

3.3. 기업 내 행사에서의 음악 재생

기업에서 주최하는 행사에서 배경음악으로 상업용 음반 CD를 재생하는 행위가 저작권 침해에 해당하는지를 검토한다.

우리 저작권법 제29조 제2항은 반대급부 없이 이루어지는 상업용 음반 등의 공중 재생에 대하여 저작권자의 공연권을 제한하고 있으며, 대통령령으로 정하는 일부 영업소에서의 경우를 제외하고는 해당 조항의 적용을 받을 수 있다. 이에 따라 청중으로부터 별도의 음악 감상에 대한 직접적인 대가를 수취하지 않고 단지 행사장 내 분위기 조성을 위한 목적에서 음반을 재생하는 경우, 이는 저작권 침해에 해당하지 않는다.

그러나 일본 저작권법 제38조 제1항은 비영리 목적이면서도 청중 등으로부터 대가를 수수하지 않는 저작물의 공연에 한하여 저작권 침해를 면책하고 있다. 한편, 회사(영리기업)가 주최하는 각종 이벤트는 실질적으로는 기업 이미지 제고, 제품 홍보, 고객 유인 등과 같은 마케팅 목적을 내포하고 있으며, 이는 결과적으로 영업 이익의 증대라는 간접적인 경제적 이익으로 귀결되므로, 이러한 행사에서 저작권자의 허락 없이 상업용 음반을 공중에 재생하는 행위는 일본 저작권법 제38조 제1항에서 규정하는 비영리 목적의 공연에 해당하지 않아 저작권 침해에 해당한다.

미국 저작권법 제110조 제5항은 별도의 요금을 부과하지 않고 가정용 단일 수신 장치를 통해 음악을 수신하여 공중에 재생하는 경우(가정용 예외)와 영업 시설에서 FCC의 허가를 받은 라디오 또는 텔레비전 방송국으로부터 송출되는 비연극적 음악저작물을 수신·재생하는 경우(상업용 예외)에 저작권 침해로부터 면책하는 규정을 명시하고 있다. 그러나 본 사례와 같이 CD를 통해 상업용 음반을 직접 재생하여 공중에 공연하는 행위는 위 조항이 정한 면책 요건에 해당하지 않으므로, 저작권자의 허락 없이 이를 공개적으로 재생하는 경우에는 저작권 침해에 해당한다.

3.4. 공공도서관에서의 영상저작물 상영

공공도서관에서 무료 영화 상영회를 개최하여 영상저작물을 재생하는 행위가 저작권 침해에 해당하는지를 검토한다.

우리 저작권법 제29조 제2항은 반대급부 없이 상업용 음반 또는 영상저작물을 공중에 재생하는 경우에 공연권을 제한하는 예외를 규정하는 한편, 대통령령을 통해 이러한 예외의 적용이 제한되는 특정 시설을 열거하고 있다. 이와 관련하여 시행령 제11조 제8호는 특정 시설의 경우에 해당 저작물의 발행일로부터 6개월이 경과한 상업용 영상저작물에 한하여 재생을 허용하고 있는데, 본 사례의 「도서관법」상 도서관은 동호 라목에 해당하는 시설로 명시되어 있다. 따라서 공공도서관에서 관람료 없이 영화를 상영하는 경우에도 저작권법 제29조 제2항이 적용되기 위해서는 상영되는 영상저작물이 그 발행일로부터 6개월이 경과한 것이어야 한다.

일본 저작권법상 저작권자는 자신의 저작물을 공중에 상영할 수 있는 권리를 전유하며(제22조의 2), 이에 따라 저작권자의 사전 허락 없이 타인의 영상저작물을 공중에 상영하는 행위는 원칙적으로 저작권 침해에 해당한다. 그러나 일본 저작권법 제38조 제1항은 영리를 목적으로 하지 않고 청중으로부터 직접적인 대가를 받지 않는 경우에는 예외적으로 저작권자의 허락 없이도 저작물을 상영할 수 있도록 허용하고 있다. 따라서 본 사례와 같이 공공도서관에서 무료로 영화를 상영하는 행위는 비영리적이며 관

람객으로부터 영화 관람에 대한 직접적인 대가를 받지 않으므로 저작권 침해에 해당하지 않는다.

미국 저작권법 제110조는 교육, 종교 등 공익적 목적에서 행해지는 저작물의 공연에 대하여 예외적으로 저작권자의 권리를 제한하는 예외 규정을 구체적으로 열거하고 있다. 그러나 공공도서관에서 영상저작물을 상영하는 행위에 대해서는 별도의 공연권 제한 규정이 없다. 따라서 본 사례와 같이 공공도서관이 문화행사 등 공익적 목적으로 무료 영화를 상영하더라도, 저작권자의 허락 없이는 저작권 침해에 해당한다.

3.5. 비교 및 검토

위에서 비교·검토한 바를 바탕으로 각국의 공연권 제한 규정에 관해 Table 3에서 종합적으로 정리하였다.

Table 3. Comparison of restrictions on performance rights in Korea, Japan, and U.S.

구분	한국	일본	미국
저작물의 공연에 관한 권리	저작권법 제17조	저작권법 제22조 및 제22조의 2	저작권법 제106조
공연권 제한 규정	저작권법 제29조	저작권법 제38조 제1항	저작권법 제110조
상업용 음반 등의 공중 재생에 관한 공연권 제한 규정	저작권법 제29조 제2항	저작권법 제38조 제1항	저작권법 제110조 제5항
공연권 제한 요건	청중·관중으로부터 공연에 대한 대가를 받지 않을 것	(i) 비영리 목적 (ii) 청중·관중 무료 (iii) 실연자 무보수	(i) 가정용 예외 (ii) 영업용 예외
(1) 학교 교실 음악 재생	저작권침해 ×	저작권침해 ×	저작권침해 ×
(2) 입장료 지불 시설 음악 재생	저작권침해 ×	저작권침해 ○	저작권침해 △
(3) 기업 이벤트 음악 재생	저작권침해 ×	저작권침해 ○	저작권침해 ○
(4) 공공도서관 영화 상영	저작권침해 △ (발행일로부터 6개월 지난 영상저작물)	저작권침해 ×	저작권침해 ○

4. 현행 저작권법 제29조 제2항의 개선 방안

우리 저작권법 제29조는 비영리 목적의 저작물의 공연에 대하여 저작권자의 공연권 행사를 제한하는 예외를 규정하고 있다. 구체적으로 제1항은 영리를 목적으로 하지 않고 청중에게 대가를 받지 않는 저작물의 공연을 허용하고, 제2항은 영리 목적과 무관하게 대가를 받지 않는다면 상업용 음반 등을 자유롭게 재생할 수 있도록 규정하고 있다. 제2항이 제1항에 비해 저작권자의 권리를 보다 폭넓게 제한하는 것은 상업용 음반의 ‘판매’를 통해 이미 저작권자에게 1차적 경제적 보상이 이루어졌기 때문이다.

그러나 현행 저작권법 제29조 제2항을 둘러싸고 저작권자의 재산권을 과도하게 침해한다는 비판이 지속적으로 제기되고 있으며, 나아가 Lee (2010)[1], Oh (2017)[3], Shin (2020)[16]은 본 조항이 베른 협약상 ‘3단계 테스트’ 요건을 충족하지 못할 것이라고 지적하였다. 이러한 논의들을 비추어볼 때, 현행 규정은 중대한 법적 문제를 내포하고 있으며 이에 대한 근본적인 재검토가 요구된다.

저작권법 제29조 제2항이 적용되는 대표적인 사례는 상업용 음반을 음식점이나 미용실 등 영업장에서 배경음악으로 재생하는 경우이다. 공연권 제한 규정이 처음 도입된 1987년 당시에는 다방이나 커피숍 등에서 손님 요청에 따라 음악을 틀어주고 소정의 신청곡료를 받는 방식이 일반적이었다. 이와 같이 음악 제공에 대해 청중으로부터 직접적인 대가를 받는 경우에는 반대급부(신청곡료)가 존재하므로 저작

권자의 공연권이 제한되지 않는다. 따라서 청중으로부터 반대급부를 받지 않으면 상업용 음반 등을 자유롭게 재생할 수 있다는 규정만으로도 저작권자는 자신의 저작물이 영리 목적으로 이용될 때 정당한 보상을 받을 수 있었다.

그러나 영업장에서 배경음악이 제공되는 방식이 변화한 오늘날에는 현행 규정만으로 저작권자의 권리를 충분히 보호하기 어렵다. 1990년대 이후 프랜차이즈 커피숍이 국내에 본격적으로 진출하면서 다양한 영업장에서 배경음악을 직접 재생하는 관행이 일반화되었다[17]. 배경음악은 단순한 음악 재생을 넘어 영업장의 정체성을 형성하고 소비자의 구매 욕구를 자극하는 등 다양한 상업 공간에서 필수적인 요소로 자리 잡았다. 이와 관련하여, Ki, Lee (2006)[18]와 Min (2024)[19]은 각각 배경음악이 소비자의 심리, 체류 시간 및 매출에 긍정적인 영향을 미친다는 사실을 입증하였다.

그러나 오늘날 배경음악을 재생하면서 손님으로부터 별도의 대가를 받는 경우는 사실상 존재하지 않는다. 따라서 대부분의 상업용 음반의 공중 재생은 저작권법 제29조 제2항의 적용 대상이 되어 저작권자는 자신의 저작물이 간접적으로 영리 목적으로 이용되고 있음에도 이에 대한 경제적 보상을 받지 못하는 상황에 처하게 된다. 이러한 과도한 권리 제한은 창작자의 정당한 이익을 침해할 뿐만 아니라, 창작 의욕을 위축시켜 장기적으로는 문화 발전에도 부정적인 영향을 미칠 수 있다. 대법원은 음반의 재생에 의한 공연으로 그 음반이 시중의 소비자들에게 널리 알려짐으로써 소비자의 구매 욕구를 자극하는 등 간접적인 경제적 이익을 유발한다고 판시하였으나[20], 실질적으로 발생하지 않은 잠재적 이익에 대한 가능성만을 근거로 저작권자의 권리를 제한하는 것은 합리성을 결여한다.

반면, 일본 저작권법은 상업용 음반 등을 공중에 재생하는 경우라도 영리를 목적으로 하지 않을 것을 엄격히 규정함으로써(제38조 제1항), 해당 공연이 직접·간접적으로 경제적 이익을 창출하는 경우에는 저작권자가 그에 상응하는 정당한 보상을 받을 수 있도록 한다. 이러한 일본의 입법례는 우리나라 현행 공연권 제한 규정의 개정 방향에 대한 중요한 시사점을 제공한다. 이에 본고에서는 현행 저작권법 제29조에 대해 아래와 같은 개정안을 제안하고자 한다.

Table 4. Proposed Amendments to Article 29(2) of the Korean Copyright Act

현행 저작권법 제29조	개정안
제29조(영리를 목적으로 하지 아니하는 공연·방송) ①영리를 목적으로 하지 아니하고 청중이나 관중 또는 제3자로부터 어떤 명목으로든지 대가를 지급받지 아니하는 경우에는 공표된 저작물을 공연(상업용 음반 또는 상업적 목적으로 공표된 영상저작물을 재생하는 경우는 제외한다) 또는 방송할 수 있다. 다만, 실연자에게 일정한 보수를 지급하는 경우에는 그러하지 아니하다.	제29조(영리를 목적으로 하지 아니하는 공연·방송) ① 좌동
② 청중이나 관중으로부터 해당 공연에 대한 대가를 지급받지 아니하는 경우에는 상업용 음반 또는 상업적 목적으로 공표된 영상저작물을 재생하여 공중에 공연할 수 있다. 다만, 대통령령으로 정하는 경우에는 그러하지 아니하다.	② 영리를 목적으로 하지 아니하고 청중이나 관중으로부터 해당 공연에 대한 대가를 지급받지 아니하는 경우에는 상업용 음반 또는 상업적 목적으로 공표된 영상저작물을 재생하여 공중에 공연할 수 있다. 다만, 대통령령으로 정하는 경우에는 그러하지 아니하다.

본 개정안은 영리를 목적으로 하지 아니하고, 청중 등으로부터 반대급부를 받지 않는 상업용 음반 또는 상업적 목적으로 공표된 영상저작물을 공중에 재생하는 경우에 한하여 저작권자의 공연권을 제한하는 공연권 제한 규정을 제안한다. 여기서 “영리를 목적으로 하지 아니하고”라고 함은 해당 공연을 통해 직접적인 수익을 창출하는 경우뿐만 아니라, 간접적인 이익이 발생하는 경우까지도 포함하는 것으로 해석한다. 이러한 개정안은 자신의 저작물이 영리 목적으로 이용되는 경우에 저작권자의 공연권을 인정함으로써 저작권자가 자신의 저작물에 대한 정당한 수익 확보 기회를 보장한다는 점에서 의의가 있다. 나아가 본 개정안은 저작권의 예외 및 제한에 대한 정당성 요건으로서 세계적으로 통용되는 ‘3단계 테스트’

에도 부합할 것으로 판단된다.

첫째, “권리 제한은 어떤 특별한 경우(certain special cases)에 한정되어야 한다”는 조건에 대하여 Moon(2020)은 저작권의 예외나 제한에 의해 허용되는 이용의 범위가 제한적(limited)이어야 함을 의미하는 것으로 해석한다[21]. 이와 관련하여 본 개정안은 공연권 제한의 범위를 비영리 목적의 공연으로 명확히 한정하고 있어 해당 요건을 충족할 것으로 판단된다.

둘째, “저작물의 통상적인 이용(normal exploitation)과 충돌하지 않아야 한다”는 조건에 대하여 Moon(2020)은 저작권자가 경제적 이익을 정당하게 기대할 수 있는 이용 방식과 예외 규정이 충돌해서는 안 된다는 의미로 해석한다[21]. 여기서 저작물의 ‘통상적인 이용’의 범위는 상당한 경제적 또는 실제적 중요성을 갖거나 가질 가능성이 있는 모든 형태의 이용이라고 보되, 그 범위는 상당히 좁게 해석되어야 한다고 본다. 즉, ‘통상적 이용과의 충돌’이란 저작자의 주요 수익원을 박탈하여 저작권의 경제적 핵심 부를 침해하는 경우를 의미하는 것으로 해석된다[21]. 이에 비추어 볼때 본 개정안은 저작물이 영업장에서 고객 유치나 매출 증대와 같은 간접적인 경제적 이익을 창출하는 경우에는 저작권자가 정당한 수익 기회를 확보할 수 있도록 하고 있다는 점에서 해당 요건을 충족할 것으로 판단된다.

셋째, “저작권자의 합법적인 이익(legitimate interest)을 부당하게 해치지 않을 것”이라는 조건에 대하여 Moon(2020)은 저작권자의 합법적 이익의 정도 및 이에 대한 침해의 정도와 이용자의 이익 및 그 정당성을 함께 고려하여 전체적으로 형량해야하는 것으로 해석한다[21]. Moon(2020)은 합법적 이익은 적법한 이익이 아니라 저작권 보호의 목적 등 관련 공공정책들이나 다른 사회적 규범에 의해 정당화될 수 있는 이익으로 설명하고 있다[21]. 이와 관련하여 본 개정안은 비영리 목적의 공연에 대해서는 저작권자의 권리를 제한하되, 저작물이 직접적 또는 간접적으로 경제적 이익을 창출하는 경우에는 저작권자의 권리를 인정하여 정당한 보상을 가능하게 한다. 이는 저작권자의 합법적인 이익과 충돌하지 않도록 설계된 것으로, 이 요건 또한 충족할 것으로 판단된다. 따라서 본 개정안은 저작권자의 경제적 권리를 과도하게 제한했던 기존 조항의 문제점을 개선하는 동시에 권리 제한의 범위를 명확하고 예외적으로 설정함으로써 국제 기준과도 정합성을 갖출 것으로 기대된다.

5. 결론

현행 저작권법 제29조 제2항은 공정한 이용의 범위 내에서 저작권자의 공연권을 제한함으로써 저작물 이용의 자유를 보장하고자 도입되었으나, 위헌성과 국제조약 위반 여부에 대한 논의가 지속적으로 제기되고 있다. 이에 본고에서는 해당 조항에 대해 청구된 위헌확인심판을 살펴보고, 저작권 제한의 정당성 판단을 위한 국제적 기준으로 통용되고 있는 베른협약상의 3단계 테스트 및 우리 저작권법 제29조 제2항과 유사한 공연권 제한 규정을 도입하고 있는 일본과 미국의 입법례를 검토하였다.

3단계 테스트는 공연권 제한에 대한 직접적인 기준은 아니나 저작권 제한의 합리성과 정당성을 판단하는 세계적 기준으로 적용되고 있으며, 저작권법 제29조 제2항이 3단계 테스트에 위배될 수 있다는 국내 학계의 지적은 해당 조항의 개정 필요성을 뒷받침한다. 실제로 일본은 구 저작권법 부칙 제14조에 명시된 공연권 제한 조항이 3단계 테스트에 부합하지 않는다는 국제적 비판을 수용하여 본 조항을 폐지한 바 있으며, 미국 또한 유사한 비판에 직면한 바 있다. 이러한 국제적 흐름에 부응하여, 우리 저작권법 제29조 제2항 역시 저작권자의 권리를 최소한으로 제한하고 저작물로부터 발생할 수 있는 정당한 경제적 이익을 과도하게 침해하지 않는 방향으로 개정될 필요가 있다.

이에 본고에서는 현행 저작권법 제29조 제2항의 적용 범위를 영리를 목적으로 하지 않고 청중으로부터 대가를 받지 않는 경우의 상업용 음반 또는 상업적으로 공표된 영상저작물의 공중 재생 행위로 한정하는 방향으로 개정할 것을 제안한다. 이러한 개정안은 순수한 비영리 목적을 위한 저작물의 공연 행위에 대해서는 누구나 자유로운 이용을 보장함으로써 공중에 문화적 혜택을 더욱 폭넓게 누릴 수 있도록 하는 한편, 해당 저작물 공연 행위가 공연자에게 직·간접적으로 경제적 이익을 가져다주는 경우에는 저작권자에게 정당한 보상이 이루어지도록 함으로써 창작의 대가가 정당하게 인정받을 수 있는 구조를 마련

하도록 한다. 이는 창작자에게는 그의 창작물에 대한 권리가 정당하게 보호받는다라는 확신을 제공하여 창작 의욕을 높이는 동기가 되며, 이용자에게는 보다 풍성한 문화적 경험을 누릴 수 있도록 한다. 더 나아가 이러한 개정안은 저작물의 공정한 이용과 저작권 보호 간의 균형을 실질적으로 구현함으로써 창작과 향유가 선순환하는 건강한 문화 생태계를 조성하고, 사회 전체의 문화적 역량 강화와 문화 산업의 지속가능한 발전에 이바지할 수 있으리라 기대된다.

참고문헌 (REFERENCES)

- [1] Lee HS. 2013. A study on limitation of public performance right for library service. *Journal of Korean Literature and Information Studies* 47(1):249-268.
- [2] Oh SJ. 2024. Copyright Law, 6th Edition. Parkyoungsa, Korea.
- [3] Oh SJ. 2017. A study on the legal issues of amended Copyright Act sec.29. *Journal of Hongik Law Review* 18(3):295-330.
- [4] MCST (Ministry of Culture, Sports and Tourism), Korea Copyright Commission. 2016. Knowing commercial records right away. MCST, Korea Copyright Commission, Korea.
- [5] MCST (Ministry of Culture, Sports and Tourism), Korean Federation of Copyright Organizations. 2019. Casebook of background music performance fee consultation at the store. MCST, Korean Federation of Copyright Organizations, Korea.
- [6] Choe J. 2020. A study on the revision of Article 29(2) of the Copyright Act. *Journal of Korea Information Law* 24(2):1-32.
- [7] WIPO. 1886. Berne Convention, 1886, 4. WIPO, Switzerland.
- [8] WIPO. 1908. Berne Convention: Berlin Act, 1908, 4-5. WIPO, Switzerland.
- [9] WIPO. 1948. Berne Convention: Brussels Act, 1948, 8. WIPO, Switzerland.
- [10] WIPO. 1978. Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act, 1971), 1978, 64. WIPO, Switzerland.
- [11] WIPO. 2025. United States - Section 110(5) of the US Copyright Act - Status report by the United States - Addendum, 2025. WIPO, Switzerland.
- [12] JASRAC (Japanese Society for Rights of Authors, Composers and Publishers). 2019. JASRAC 80th: Towards a future connected by music. DNP Art Communications Co., Ltd., Japan.
- [13] Agency for Cultural Affairs. 2024. Report on foreign investigations into rights pertaining to the use of commercial phonorecords. Agency for Cultural Affairs, Japan.
- [14] Nakayama N. 2020. Copyright Law, 3rd Edition. Yuhikaku, Japan.
- [15] Kevin J. Hickey, Dana A. Scherer, 2025, On the Radio: Public Performance Rights in Sound Recordings, Congressional Research Service.
- [16] Shin CH. 2020. Comments on Constitutional Court case regarding limitation on public performance rights of Copyright Act- Decision No. 2016HunMa1115, 2019HunGa18 rendered on November 28, 2019. *Human Right and Justice* 490:198-222.
- [17] Kang G. 2009. The Study for the image of food space decoration and background music of cafes. *Journal of Convergence in Food & Spatial Design* 4(1):25-38.
- [18] Ki HM, Lee YR. 2006. Effect of atmospheric music and advertising photo on consumers' emotional state and approach behavior in fashion store. *Journal of Global Scholars of Marketing Science* 16(3):39-60.
- [19] Min D. 2024. Review of research on the impact of music on consumer response in retail environments. *Journal of Industrial Studies* 48(3):83-101.
- [20] Supreme Court of Korea. 2025. Supreme Court Decision No. 2023Da300436 on January 23, 2025.
- [21] Moon K. 2020. Interpretation and application of the three-step test and its relationship with Article 35-3 of the copyright act. *Copyright Quarterly* 33(1):71-113.

원저

저작권법상 공연권 제한 규정에 관한 비교법적 연구: 한국, 일본, 미국을 중심으로

김태정¹, 권지현²

¹광운대학교 일반대학원 박사과정, ²광운대학교 정책법학대학 조교수

교신저자: 권지현 (chkwon@kw.ac.kr)

요약

사람들은 공간을 인식하고 기억할 때, 향기와 인테리어, 그리고 자연스럽게 흐르는 음악과 같은 감각적 요소에 크게 영향을 받는다. 이에 따라 오늘날 커피숍, 레스토랑, 미용실 등 다양한 상업 공간에서는 공간의 분위기를 조성하고 고객의 만족도를 높이기 위한 수단으로 음악이나 뮤직비디오 등을 배경음악으로 재생하는 것이 일반화되었다. 이러한 저작물의 공중 재생은 원칙적으로 저작권자의 저작권 행사 범위에 속하지만, 우리 저작권법 제29조 제2항은 청중이나 관중으로부터 반대급부를 받지 않는 경우에는 누구나 상업용 음반 또는 상업적 목적으로 공표된 저작물을 자유롭게 공중에 재생할 수 있도록 하는 이른바 '공연권 제한 규정'을 명시하고 있다. 이 규정은 문화 향유의 기회를 확대하고 공공의 문화적 접근성을 제고한다는 점에서 긍정적으로 평가되기도 하지만, 동시에 저작권자의 권리를 과도하게 제한한다는 비판도 끊이지 않는다. 실제로 2016년에는 해당 조항의 위헌성을 주장하는 위헌확인심판이 청구되면서 해당 조항의 위헌성과 정당성에 대한 논쟁을 촉발시켰다. 이에 따라 공연권 제한 규정에 대한 근본적인 법적 재정비가 필요한 시점이다. 이에 본고에서는 저작권법 제29조 제2항을 둘러싼 법적 쟁점을 검토하고, 본 조항과 유사한 규정을 도입하고 있는 미국과 일본의 입법례를 비교함으로써, 이용자의 문화 향유 기회를 해치지 않으면서도 저작권자의 정당한 권익을 실질적으로 보호할 수 있는 저작권법 제29조 제2항의 개정 방향을 제시하고자 한다.

주제어

공연권, 저작권 제한, 비영리공연, 상업용 음반, 배경음악

AUTHORS INFORMATION

김태정(Taejeong Kim)

2025년 03월 - 현재

광운대학교 일반대학원 법학과 박사과정

관심분야: 지식재산권법, 특허법, 저작권법

권지현(Chihyun Kwon)

2022년 03월 - 현재

광운대학교 정책법학대학 조교수

2020년 04월 - 현재

일본 와세다대학 지적재산법제연구소 연구원

2019년 04월 - 2020년 03월

일본 와세다대학 법학학술연구소 조수

관심분야: 지식재산권법, 특허법, 저작권법