

실연자의 실시간 온라인 공연권에 대한 고찰*

박윤석** · 구대환***

- | | |
|---------------------------------|--------------------------|
| I. 서론 | 분석 |
| II. 우리나라 저작권법상 공연 개념에 대한 의문점 | 1. 온라인 공연의 저작권법상 분류 |
| 1. 공연은 복제인가 전달인가? | 2. 온라인 공연에 대한 실연자의 권리 |
| 2. 우리나라 저작자와 실연자의 공연권은 동일한 것인가? | IV. 저작권법상 공연 개념의 수정 필요성 |
| 3. 우리나라 실연자의 공연권과 해외 입법례 비교 | 1. 저작자의 공연권과 실연자의 공연권 분리 |
| 4. 소결 | 2. 공연 보상청구권 등 공연 개념의 개별화 |
| III. 저작권법 관점에서 온라인 공연의 | V. 결론 |

* 본 논문은 순수하게 저자들의 개인적 견해를 밝힙니다. 이 논문은 2020년도(2020. 9.~2021. 8.) 서울시립대학교 연구년교수 연구비에 의하여 연구되었음.

** 주저자, 한국저작권위원회 선임, 법학박사.

*** 교신저자, 서울시립대학교 법학전문대학원 교수, 영국 셰필드대학 법학박사.

초록

저작권 제도에서 저작권자와 인접권자의 권리를 구별하고 있다. 저작인접권이란 저작물을 직접적으로 창작하는 것은 아니지만 저작물의 해설자, 매개자, 전달자로서 역할을 하는 자에게 부여되는 권리이다. 인접권자 중 하나인 실연자는 실연의 과정에서 타인의 저작물을 이용하기도 한다. 우리나라는 실연자에게 고정되지 않은 실연에 대한 공연권을 부여하고 있다. 그리고 공연이란 저작물과 실연 등을 상연·연주·가창·구연·낭독·상영·재생 그 밖의 방법으로 공중에게 공개하는 것이라고 정의하고 있다. 이 개념정의는 저작권자가 자신의 저작물이 활용되어 대중에게 공개되는 것에 대한 권리를 가진다는 의미로 적합하지만 실연자의 공연권을 설명하기에 적절하지 않다. 국제조약 및 외국의 입법례를 살펴보았을 때 실연자의 권리는 자신의 실연을 고정하거나 실연장소 이외의 장소에 전달할 권리이다. 이와 달리 우리나라 실연자의 권리는 고정되지 아니한 실연을 공중에게 공개할 권리라고 규정하고 있는데 공개를 전달의 개념으로 이해해야 한다. 이러한 해석에 따르면 온라인 실시간 공연이 전송인지 방송인지 또는 제3의 공중송신인지에 대한 견해대립은 필요 없고 온라인 공연은 실연자의 공연권에 포함될 수 있다. 그리고 원칙적으로 영상저작물 특례 규정도 적용되지 않게 된다. 우리나라 저작권법상 공연권 개념의 문제는 저작권자, 실연자, 공연보상청구권에서 쓰이는 공연 개념을 동일한 하나의 개념으로 설명하고 있는 오류를 가지고 있다는 점이다. 서로 다른 유형의 권리인 저작권자, 실연자, 공연보상청구권에 사용되는 공연은 다른 의미를 가지고 있기에 서로 다른 의미로 구분되어야 한다.

주제어

공연권, 실연자, 조약, 온라인 공연, 디지털동시송신

I. 서론

2020년 한 해는 코로나 팬데믹이 가장 큰 이슈였고 우리는 아직까지 인류 역사에서 코로나라는 사건의 중심에 있는 듯하다. 코로나는 우리의 생활양식에 큰 변화를 주고 있다. 특히 문화 향유의 방식으로 비대면 형식이 주목받으면서 저작권 제도 분야에 상당한 영향을 주었다. 모든 학교의 수업이 온라인으로 진행되면서 온라인 수업에 활용되는 교과서와 교재에 대한 저작권 준수 지침이 발표되고 공연장이 문을 열 수 없어 온라인상으로 실시간 공연이 진행되기도 했다. 앞으로 우리 인류가 겪어야 될 비대면 문화가 코로나로 인해 상당히 앞당겨졌다. 사람들은 이러한 비대면 문화가 신기하기도 하고 새로운 문화 향유 방법이라고 떠들어댈 수 있지만 저작권 제도를 연구하는 입장에서 온라인상에서 저작물 및 저작인접물의 활용은 간단한 문제가 아니다. 단적으로 이야기해서 콘서트, 뮤지컬, 오페라의 현장공연이 실시간으로 인터넷을 통해 관객들에게 전달되는 것이 저작권법상 어떤 의미를 가지는지 명확하지 않다. 특히 우리나라 저작권법에 규정된 공연개념이 혼란을 더 부추기는 것 같다. 문제는 공연의 실황을 인터넷상에서 실시간으로 전달하는 행위가 저작권의 어떠한 권리에 속하는지 우리나라 저작권법상 명확하지 않다는 점이다. 특히 현재 우리나라 저작권법상 공연개념을 저작자, 실연자, 공연보상청구권에 공통적으로 사용하고 있는데 이것으로 인해 권리자마다 공연권을 해석함에 있어 문제가 발생한다.

본 논문에서는 공연의 개념을 다시 살펴보고 저작권자의 공연권과 실연자의 공연권은 동일한 권리가 아니라는 점을 살펴볼 것이다. 그리고 저작권법 관점에서 온라인 실시간 공연을 분석해 보고 실연자가 어떠한 권리를 가질 수 있는지 살펴볼 것이다. 마지막으로 권리자의 유형에 맞는 공연 개념을 제시해 볼 것이다.

II. 우리나라 저작권법상 공연 개념에 대한 의문점

1. 공연은 복제인가 전달인가?

공연권을 방송 및 전송과 함께 저작물을 공중에게 전달하는 공중전달권¹⁾의 한 종류로 파악하는 견해가 있다.²⁾ 이 견해에 따르면 ‘공연’과 ‘복제’는 원 저작물을 그대로 재현한다는 점에서 유사하나, 복제는 유형적인 형태로 이루어진다는 점에서 무형적인 형태로 이루어지는 공연과 구별된다. 이와 반대로 저작재산권을 복제행위와 전달행위로 이분하고 공연권을 복제의 한 유형으로서 무형적 복제에 포함시키는 견해도 존재한다.³⁾ 이 견해에 따르면 복제는 공연과 같이 원저작물을 그대로 재현하는 것이나 유형적인 형태로 이루어진 점에서 공연과 구별된다고 한다.

이러한 견해 차이에 관한 근거는 외국의 입법례에서 찾아볼 수 있다. 프랑스 지식재산권법 제122조-1⁴⁾에서 저작자의 저작재산권을 복제권과 공연권으로만 구별하고 있다. 이 법에 따르면 저작물의 이용행위 유형을 복제와 전달로 구분하였고 전달의 대표적 행위를 공연으로 취급하고 있다. 물론 공연이 무형적 복제라는 점에서는 동일하다. 독일의 경우 독일 저작권법 제15조⁵⁾는 저작권에 대해서(인접권은 제외) 이용권(Verwertungsrechte)이

1) 여기서 의미하는 공중전달권이란 우리나라 저작권법 제2조 제7호에서 정의하는 공중송신과 동일한 의미이다.

2) 오승중, 『저작권법』, 박영사, 2017, 529면.

3) 임원선, 『실무자를 위한 저작권법』, 한국저작권위원회, 2020, 120면, 128면; 허희성, 『저작권법 축조해설(상)』, 2011, 168면; 정상조 편, 『저작권법 주해』, 박영사, 2007, 393면.

4) Law No. 92-597 Art. L. 122-1.

5) 제15조 제1항 저작자는 자신의 저작물을 유형적 형태로 활용할 배타적 권리를 가진다; 위 권리는 특히 아래의 것들을 포함한다.

1. 복제권 2. 배포권 3. 전시권

제2항 나아가 저작자는 자신의 저작물을 무형적 형태로 공개적으로 재현할 배타적 권리를 가진다. 공개재현권은 특히 아래의 것들을 포함한다.

1. 구연권, 공연권, 상영권 2. 공중 접근권 3. 방송권 4. 영상매체 또는 음반을 통한 재

라는 제목으로 제1항에서 유형적(körperlicher Form) 이용과 제2항에서 무형적(unkörperlicher Form) 이용을 구별하고 있다. 제2항의 무형적 이용을 공개적으로 재현(Öffentlichen Wiedergabe)하는 것으로 규정하고 있다. 여기서 말하는 공개재현(Öffentlichen Wiedergabe)을 영어식으로 표현하면 “communication to the public”이고 이것은 공중전달행위를 의미한다. 독일법상 공중전달행위는 공연행위를 포함하고 공연장소에 존재하지 않는 사람이 들을 수 있게 전달하는 행위도 포함한다. 이러한 독일법상 공중전달개념은 유럽연합 정보사회지침 제3조 제1항에서 규정하고 있는 공중전달보다 더 넓은 개념이다. 정보화사회지침 제3조 제1항에서 의미하는 공중전달이란 우리가 일상적으로 사용하는 용어인 공연(대중 앞에서의 연주) 행위⁶⁾는 포함하지 않고 공연이 이루어지고 있는 장소에 참석하지 않은 원격지에 있는 사람들에게 전달하는 행위만을 포함한다.⁷⁾ 따라서 우리나라 저작권법 제17조에서 규정된 저작자의 공연권은 독일법상 규정된 저작권자의 공개재현권에 포함된다.

미국의 경우 저작권법 제106조 제4항에서 “Public performance right”를 규정하고 있다. 이 권리의 내용은 앞서 언급한 독일의 공개재현권이나 정보사회지침 제3조 제1항에서 의미하는 공중전달권과 유사한 개념이다.⁸⁾ 특히 방송권과 전송권에 대한 명시적인 규정이 없는 미국의 경우 송신행위(transmission)를 “Public performance” 또는 “public display” 행위에 포함시키고 있다.⁹⁾ 이렇게 프랑스, 독일, 미국의 입법례를 참조해보면 공연은 복제 행위보다 전달행위가 중심이 되는 것으로 판단된다.

현권 5. 방송물 및 공중 접근의 재현권

제3항 공중의 구성원 중 다수를 위해 의도되었을 때 재현은 공개적이라 볼 수 있다. 저작물을 활용하는 사람과 개인적인 관련이 없는 모든 사람, 또는 저작물을 무형적 형태로 감지하거나 그 외에 저작물에 접근하게 된 사람과 개인적인 관련이 없는 모든 사람은 각 공중에 속한다.

6) 우리나라 저작권법 제2조 제3호에 개념정의하고 있는 공연은 이보다 넓은 개념이다.

7) Schricker/Loewenheim, *Urheberrecht*, 5. Aufl., C.H.Beck, §15 Rn. 52.

8) Joyce, Craig et al., *Copyright Law*, 6th, Carolina Academic Press, 2003, pp. 545 - 548.

9) 배포권에서 다운로드와 같은 배포행위도 포함하고 있다.

그러나 공연이 복제인지 전달인지에 대한 견해차이는 무엇을 중점으로 보느냐에 따라 달라진다고 생각한다. 먼저 공연에 앞서 실연의 개념을 살펴보면 우리나라 저작권법상 실연에 대한 개념정의는 없다. 그러나 시를 낭송하는 것이 실연이고 악보를 보고 기타를 연주하는 것도 실연이다.¹⁰⁾ 실연이 인간에 의한 것만 포함하는 것인지 동물 서커스와 같은 인간 이외의 실연도 포함하는지는 논외로 하고 악보를 보고 기타를 연주하는 공연은 저작물이라는 악보의 무형적 복제인 것이고 기타 연주를 대중 앞에서 하는 경우 공연(공개 실연)이 된다. 기타 연주 공연에는 무형적 복제와 전달이 동시에 이루어지고 있다. 따라서 공연 행위에 포함된 실연에 중점을 두면 복제행위가 되고 대중에게 공개하는 것에 중점을 두면 전달행위가 되는 차이가 있을 뿐이라 공연은 복제와 전달 모두를 포함하는 행위로 간주되어야 할 것이다.

그럼 다시 우리나라 저작권법으로 돌아와서 저작권법 제2조 제3호 공연의 개념정의를 확인해 보면 저작물 또는 실연·음반·방송을 상연, 연주, 가창, 구연, 낭독, 상영, 재생 그 밖의 방법으로 공중에게 공개하는 것을 공연이라고 정의한다. 이 정의 규정의 문제점은 공연의 대상에 실연을 포함시키고 다시 연주, 가창 등의 행위를 통해 공중에게 공개하는 것을 공연이라고 규정하고 있다는 점이다. 이 규정이 이상하다는 점은 저작권법 제72조에서 저작인접권의 공연권은 고정되지 않은 실연에 대해서만 인정된다는 점과 연결하여 생각해 보면 명백하다. 상연, 연주, 가창, 구연, 낭독, 상영 행위 자체가 실연에 포함되는데 실연자의 생실연(연주, 가창행위)을 다시 상연, 연주 등을 통해 공중에게 공개하는 것이 실연자의 공연권이 된다. 독일 저작권법상 공연권(Aufführungsrecht)이란¹¹⁾ 음악저작물을 실연을 통해 청중에게 공개할 권리 또는 저작물을 무대에서 상연할 권리로 규정하는 것과 비교해 보면 저작자의 공연권의 대상을 저작물에 한정하고 있는 반면 우리나라의 경우 저작자와 인접권자의 공연권에 실연까지 포함하고 있다는 점에서 차이가 발생한다. 또한 독일 저작권법은 논리적으로 공연권의 대상이 저작물에 한정되기

10) 공연과 실연의 개념을 이용행위로서 공연과 보호대상으로서 실연으로 구분할 수도 있다.

11) 독일 저작권법 제19조 제2항.

에 실연자는 저작자와 동일한 공연권을 부여받는 것이 아니라 공개재현권¹²⁾을 부여받는다. 따라서 공연에 대한 저작자와 실연자의 권리가 차별되어 규정되어 있다.

우리나라 저작권법상 저작권자와 실연자의 공연권에서 의미하는 공연은 동일한 공연 개념을 사용한다. 그렇다면 우리나라 저작권법 제2조 제3호의 공연 개념정의와 실연자의 공연권 규정인 저작권법 제72조의 규정에 따라 실연자의 생실연을 상연, 연주, 가창, 구연, 낭독, 상영, 재생 그 밖의 방법으로 공중에게 공개할 수 있는 실연자의 공연권이란 정확히 무엇을 의미하는지 의문이다.

2. 우리나라 저작자와 실연자의 공연권은 동일한 것인가?

우리나라 저작권법 제17조, 제72조에 따르면 저작권자는 저작물을 공연할 권리를 가지고 실연자는 자신의 고정되지 않은 실연¹³⁾을 공연할 권리를 가진다고 규정하고 있다.¹⁴⁾ 그리고 여기서 “공연”은 저작권법 제2조 제3호에서 정의하고 있다. 저작자는 자신의 저작물에 대해서 실연자는 자신의 생(live)실연에 대해서 배타적인 공연권을 가진다. 그러나 여기서 저작자의 공연권과 실연자의 공연권에서의 공연 개념은 논리적으로 동일할 수 없다.

먼저 공연권과 관련된 국제조약상의 규정을 살펴본다. 저작자의 권리에 관한 베른협약에 따르면 연극, 악극 및 음악저작물(악보)의 저작자는 자신의 저작물을 공개실연하거나 이 실연을 공중에게 전달할 배타적 권리를 가진

12) 독일 저작권법 제78조.

13) 고정되지 않은 실연이란 생(live)실연을 의미하며 저작권법 제2조 제4호 실연자의 개념정의에 비추어 실연이란 저작물을 연기·무용·연주·가창·구연·낭독 그 밖의 예능적 방법으로 표현하거나 저작물이 아닌 것을 이와 유사한 방법으로 표현하는 것을 의미한다.

14) 우리나라 저작권법상 실연자 개념을 청각실연자와 시청각실연자로 구분하지 않아 여기서 의미하는 실연자란 가수와 같은 청각실연자와 배우와 같은 시청각실연자 모두를 의미한다.

다.¹⁵⁾ 이에 따르면 공개된 장소에서 실연자가 악보를 이용해 기타를 연주하는 경우 실연자는 악보의 저작자에게 이용허락을 받아야 한다는 것이고 실연자의 연주를 다른 공중에게 전달하기 위해서도 저작권자의 허락이 필요하다. 여기서 공개실연이란 우리가 일상적으로 사용하는 공연으로서 길거리 공연에서의 그 공연이다.

인접권자의 권리에 관한 로마협약에 따르면 실연자는 자신의 실연을 방송하거나 공중전달(communcation to the public)할 권리를 가질 수 있다.¹⁶⁾ 다만, 그 실연이 방송에서 행해지거나 고정물에서 행해지는 경우¹⁷⁾에는 실연자의 권리가 미치지 않는다. 여기서 실연자의 실연은 생실연을 의미하고¹⁸⁾ 공중전달이란 실연행위가 발생하는 장소(공연장소를 의미) 이외의 장소에 있는 사람에게 공연되는 실연을 전달하는 것을 의미한다. 로마협약에서 인접권자에게 부여된 공중전달(communcation to the public)에서 공중(public)이란 실연장소(공연장)와 멀리 떨어진 원격지에 있는 공중을 의미한다. 이것이 중요한 이유는 베른협약과 로마협약에서 공중전달의 개념을 해석할 때 “public”이 어느 범위의 사람을 의미하는지에 따라 공중전달이 공개된 장소에서 실연하는 공연을 의미하는지 또는 공개실연인 공연을 다른 장소에 전달하는 행위를 의미하는지 달라진다.¹⁹⁾ 로마협약 제12조에서 상업용 음반을 공중전달하는 경우 실연자 또는 음반제작자는 보상금을 받을 권리를 향유하는데 원문에서 보상의 대상이 되는 공중전달 행위를 “any communication to the public”이라고만 표현하고 있어 여기서 공중(public)은 공개된 장소에 모여 있는 사람들과 원격지에 있는 사람들 모두를 포함한다고 해석해야 할 것이다. 따라서 공연장에서 음반을 사용하는 경우뿐만 아니라

15) 베른협약 제11조 제1항 제1호, 제2호.

16) 로마협약 제7조 제1항 (가)호.

17) 예를 들어 길거리에서 음반을 재생하는 경우, 길거리 공연에서 음반을 재생하는 경우와 백화점, 마트에서 음악을 재생시키는 경우 등이 있다.

18) 안효질, “저작권법상 공연보상청구권의 범위”, 『고려법학』, 제66권(2012), 209면.

19) 예를 들어 로마협약 제7조에서 실연자의 공중전달권의 예외로서 “public performance”가 고정물에 의해서 이루어진 경우를 들고 있는데 여기서 “public”은 공연장에 참석해서 공연을 직접 관람하고 있는 공중을 의미한다.

상업용 음반이 사용되는 공연의 실황을 공연장소와 떨어진 곳에 전달하는 경우에도 보상청구권의 대상이 될 것이다.

베른협약은 저작권자의 권리만 규정하고 있어 공중전달행위에 저작물을 이용하여 공연(낭송, 연주 등이 포함됨)하는 것과 그 공개실연을 원격지에 있는 사람에게 전달하는 행위(공연장에 참석하지 못한 사람들에게 보여주거나 들려주는 것)까지 저작자의 권리에 포함시키고 있다. 이와 반대로 로마협약의 경우 실연자의 공중전달권은 공연장 이외의 장소에 실연자의 실연을 전달하는 것을 의미한다. 베른협약의 공중전달권과 로마협약의 공중전달권과 우리나라 저작권법 제2조 제3호에서 개념 정의하는 공연을 비교해 보면 우리나라 공연이나 공개실연(일반적으로 사람들이 공연이라고 지칭하는 것)과 그 공연을 공중에게 전달하는 공중전달행위가 합쳐진 개념이다.

베른협약과 로마협약의 공중전달개념은 1996년에 성립된 WCT와 WPPT로 넘어오면 그 구별이 확실해진다. WCT 제8조에서 저작권자는 배타적인 공중전달권을 부여받도록 규정하고 있다. 여기서 공중전달권은 원격지에 있는 사람들에게 저작물을 전달하는 것을 의미하고 현장에서 이루어지는 공연(public performance)행위는 제외된다.²⁰⁾ 따라서 저작자의 배타적인 공중전달권에 실연장소에서 직접 공개실연하는 길거리 공연 행위 등은 포함되지 않는다.²¹⁾ 또한 공중전달하는 방법과 관련하여 WCT 제8조 전단에서 베른협약 제11조의2 제1항 제1호(무선에 의한 방송권)의 내용에 영향을 미치지 않는다고²²⁾ 규정하고 있어 WCT 제8조에 규정된 공중전달권에 무선 방송을 통한 전달행위는 제외된다. 따라서 WCT 제8조의 공중전달권은 이시적 송신

20) Jorg reinbothe & Silke von lewinski, the wipo treaties on copyright, 2nd 2015, 7.8.13.

21) 이러한 공연실연에 대한 권리는 베른협약에 규정되어 있다.

22) WPPT 제8조(공중 전달권): 베른협약 제11조 제1항 (ii)호, 제11조의2 제1항 (i)호, 제11조의3 제1항 (ii)호, 제14조 제1항 (ii)호 그리고 제14조의2 제1항의 규정에 영향을 미치지 아니하고 문학·예술적 저작물의 저작자는, 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 장소와 시간에 이러한 저작물에 접근할 수 있게 저작물을 공중에 전달하는 것을 포함하여, 유선 또는 무선의 수단에 의하여 자신의 저작물을 공중에 전달할 수 있도록 허가할 배타적 권리를 향유한다.

(전송권)에 관한 내용은 별도로 하고 방송을 제외한 유선과 무선의 방식으로 원격지의 공중에게 동시에 전달하는 행위를 의미한다. 그러나 무선으로 전달하는 방식에서 방송을 제외하면 상당한 거리의 공중에게 공연을 전달하기란 어렵기에 실질적으로 공연을 상당히 먼 원격지에 전달 가능한 방식은 유선을 통한 전달이 필수적일 것이다. 여기서 유선이란 전화 케이블, 디지털 네트워크 케이블(인터넷을 의미할 수 있음), 케이블 프로그램을 전달하기 위한 전용 케이블 등이 포함된다.²³⁾ 문제는 이 유선전달 행위에 인터넷 네트워크를 통한 방송이 포함될 수 있는가 여부인데 국제조약상 방송이란 아직까지 전통적인 공중과 방송만을 의미한다.²⁴⁾ 따라서 아직까지 공연을 인터넷으로 방송하는 경우 인터넷에 의한 전달로 방송이 아닌 공중전달의 한 유형으로 파악할 수밖에 없다. 가장 최근에 발효된 시청각 실연에 관한 베이징 조약에서도 방송에 대한 개념을 무선 방송에 한정하고 있다. 결국 WCT와 WPPT의 공중전달권이란 공연장에서 음악을 연주하는 라이브 공연을 공연장소 이외의 장소에 실시간으로 전달하는 것을 의미하고 전달 방식에 스피커 등을 통해 전달하는 것부터 유선 방송(인터넷 방송을 포함)까지 다양한 전달방식을 포함하게 된다.

정리를 해보자면 국제조약상 음악저작물만을 생각해보면 저작자인 작사가와 작곡가는 자신의 음악저작물이 공개실연(공연의미)되거나 그 공개실연이 원격지의 사람에게 전달되는 것에 대한 배타적 권리를 가질 수 있고 실연자는 자신의 실연이 공연장소(실연장소) 이외의 원격지에 전달되는 것에 대한 배타적 권리를 가질 수 있다. 요약하면 실연자는 생실연에 대해 원격지 전달권만을 가진다. 이렇듯 저작자와 실연자의 공연에 대한 권리는 동일하

23) Jorg reinbothe & Silke von lewinski, *the wipo treaties on copyright*, 2nd, Oxford University Press, 2015, 8.2.73.

24) 우리나라의 상황만 놓고 보면 인터넷을 이용한 방송이 공중과 방송과 동등한 개념으로 사용된다고 생각한다. 그리고 우리나라 저작권법상 방송 개념에 인터넷 방송이 포함되는지에 대해서는 견해의 대립이 있으나 우리나라가 가입한 로마협약과 WPPT에서 방송보상청구권에 대한 유보 내용을 살펴보면 인터넷을 통한 방송에 대해서는 보상청구권을 인정하지 않는 입장을 밝히고 있다.

지 않다. 여기서 중요한 점은 국제조약상 실연자의 공중전달권(원거리에 전달할 수 있는 권리)과 관련하여 우리나라 저작권법은 실연자에게 방송권과 전송권을 별도로 부여 하고 있다는 점이다. 그렇다면 실연을 원격지에 전달할 수 있는 방송과 전송이 제외된 저작권법 제72조에 규정된 실연자의 공연권은 무엇을 위한 권리인지 불명확 하다.

3. 우리나라 실연자의 공연권과 해외 입법례 비교

(1) 독일

우리나라 저작자의 공연권 개념과 유사한 권리는 독일 저작권법 제19조에 규정되어 있다. 제19조 제2항은 저작자의 권리로서 공연권을 규정하고 제3항에서 실연장소 이외의 장소에 장치(스크린 또는 스피커)를 이용해 공중이 보고 들을 수 있도록 하는 권리를 규정하고 있다. 그리고 실연자의 권리를 규정한 독일 저작권법 제78조에 따르면 실연자는 전송권(제1항), 방송권(제2항), 생실연이 이뤄진 장소 외부에서 스크린, 스피커 또는 이와 유사한 기술적 장치를 통해 공개적으로 감지하게 하는 배타적 권리(제3항)를 가진다.²⁵⁾ 여기서 감지한다는 의미는 독일어로 “wahrnehmbar”인데 인간의 오감을 통해 직접 인지할 수 있다는 의미를 가진다. 스피커의 소리, 스크린의 영상은 인간이 청각과 시각을 통해 직접 감지할 수 있다. 소리를 전파 또는 다른 전달수단으로 바꾸어 전달하는 경우 인간이 감각적으로 감지할 수 있기 위해서 스피커나 모니터 같은 출력장치가 필요하므로 여기서 감지한다는 의미에 포함되지 않는다. 따라서 제3항 기술적 장치를 통해 공개적으로 감지하게 하는 권리는 공연상황을 공연장소 아닌 장소로 확장이나 스크린을 통해 전달할 수 있는 권리이다.

우리나라 실연자의 공연권은 저작권법 제2조 제3호 공연개념과 저작권법 제72조 실연자의 권리를 검토해 보았을 때 자신의 생실연을 그 밖의 방법으

25) 안효질, “저작인접권자의 공연권 도입 여부에 대한 고찰”, 『재산법연구』, 제23권 제3호(2007), 446면 이하 참조.

로 공중에게 공개하는 권리와 동일인의 점유에 속하는 연결된 장소 안에서 이루어지는 송신(전송을 제외한다)에 대한 권리로 이루어져 있다.²⁶⁾ 여기서 그 밖의 방법으로란 상연·연주·가창·구연·낭독·상영·재생과 유사한 방법이나 또는 장래에 개발되는 표현 형태를 포함하는 것이라는 견해가 있다.²⁷⁾ 과거 1986년 저작권법에서 방송의 개념정의에 차단되지 아니한 동일구역 안에서 단순히 음을 중복 송신하는 것을 방송의 개념에 포함시키지 않고 있었는데 2000년 저작권법 개정을 통해 이것을 삭제하고 현재의 동일인 점유에 속하는 연결된 장소라는 개념이 도입되었다. 이 점은 독일 저작권법 제78조 제3항의 의미와 동일하다.

우리나라 실연자의 공연권과 독일 실연자의 권리를 비교해 보면 독일 실연자는 자신의 생실연을 실연장소 이외의 장소에 전달할 권리를 가지고 우리나라 실연자는 실연장소 이외의 동일인이 점유하는 장소에 전달할 권리에 더해서 자신의 생실연을 기타의 방법으로 공중에게 공개할 권리를 가진다. 과연 생실연을 기타의 방법으로 공중에게 공개할 권리가 실연자에게 어떠한 의미가 있는지 불명확하다. 다른 말로 공개된 길거리에서 공연을 하는 실연자가 가지는 공연권의 행사방법에 어떤 것이 있는지 알 수가 없다. 이미 실연자의 공연은 공개되고 있는데 말이다.

(2) 미국

미국은 저작권인접권의 개념을 가지지 않는 저작권법 체계를 가지고 있다. 실연자도 저작자로서 공연에 대한 권리를 가진다.²⁸⁾ 미국 저작권법에서

26) 저작권법 제72조 실연자는 그의 고정되지 아니한 실연을 공연할 권리를 가진다. 다만, 그 실연이 방송되는 실연인 경우에는 그러하지 아니하다.

27) 허희성, 앞의 책, 19면.

28) 다만, 저작권과 같은 배타적 권리를 부여받는 것이 아니라 17 U.S.C § 1101에 근거해서 라이브 음악 공연을 허락없이 고정하거나 송신 또는 공중에게 전달하는 행위에 대해 저작권 침해와 같은 구제수단을 행사할 수 있다. 따라서 연주가가 악보를 보면서 라이브 공연을 하는 경우 실연자는 악보에 대한 저작권자에게 공연에 대한 이용허락을 받아야 하고 연주자의 라이브 공연을 제3자가 연주자 허락없이 고정하거나 공중에게 전달하는 경우 저작권 침해로 인정된다.

perform(실연)과 perform publicly(공연)에 대한 개념정의를 하고 있다. 미국 저작권법 제101조에 따르면 “perform”은 우리나라 저작권법상 실연을 의미하고 “perform publicly”는 공연을 의미한다. perform(실연)의 대상은 일반적인 의미의 공연(생실연), 녹음 또는 녹화된 실연의 재생 그리고 송신된 공연까지 포함하고 있다. 예를 들어 클럽에서 밴드공연(생실연), 클럽에서 재생하는 CD나 주크박스는 녹음된 실연, 라디오 방송은 송신된 실연이라고 본다. 여기서 “publicly(공개)”란 공중에게란 의미와 공중에게 송신(transmission into the public)을 의미한다.²⁹⁾ 다만, 여기서의 송신이란 라디오와 텔레비전 방송을 제외한 유선 또는 무선 전달행위라고 한다.³⁰⁾ 미국 저작권법상 보호받는 public performance(공연)의 개념으로 performance(실연) 행위 중에서 공중에게 하는 실연인 public performance(공연)만 배타적 권리로 보호된다. 공연(public performance)에 대한 4가지 기준을 살펴보면 ① 대중의 수에 관계없이 공중이 자유롭게 접근할 수 있는 공개된 장소에서의 공연(입장료 제한에 관계없음)으로 예를 들면 콘서트장, 극장, 클럽, 바, 음식점, 소매점 등이 있다. ② 실질적으로 많은 수(가족, 친구 모임 이상)의 사람이 모인 장소에서의 공연으로서 직장, 학교 등에서 공연이 있다. ③ 공중에게 공개된 장소에 저작물이 송신되는 경우 또는 실질적으로 많은 수(가족, 친구 모임 이상)의 사람이 모인 장소에 저작물을 송신하는 경우로서 음식점에서 라디오 방송을 트는 것, 공연이 방송국에서 발생하여도 공중과를 통해 대중에게 송신되는 경우를 들 수 있다. ④ 공중이 동시 또는 이시, 장소에 관계없이 장치에 의해 수신받게 되는 경우(실제로 송신받을 필요는 없음)이다. 이것은 우리나라 저작권법상 전송에 해당되고 국제조약상 이용제공행위(make available to the public)에도 해당된다고 보인다.³¹⁾ 여기서 미국 실연자가 행사할 수 있는 공

29) “transmit”이란 라디오와 TV방송을 포함한 유·무선 미디어 및 모든 가능한 포맷을 포함한다. Reese, R. Anthony, “The Public Display Right: The Copyright Act’s Neglected Solution to the Controversy Over ‘Ram Copies’”, *University of Illinois Law Review*, Vol. 2001, No.1(2001), p. 88.

30) Joyce, Craig et al., *Copyright Law*, 6th, Carolina Academic Press, 2003, p. 548.

연에 대한 핵심은 음악 라이브 공연을 온라인으로 전달하는 것도 금지시킬 수 있다는 점이다. 즉 자신의 생실연을 다른 장소에 전달할 권리가 미국 실연자의 공연권에 포함되어 있다는 점이다. 다만 미국 저작권법상 실연자가 금지시킬 수 있는 공연은 생음악공연(live musical performance)에 한정될 수 있다.³²⁾

(3) 일본

일본 저작권법에서는 우리나라 저작권법에서 도입하고 있는 저작자의 공연권이 없다. 그 대신 우리나라 저작권법이 규정하고 있는 공연권에 상당하는 것을 공연의 형태별로 구분하여 상연권 및 연주권, 구술권의 3종으로 규정하고 있다. 따라서 우리나라 저작권법상의 공연권 내용인 상연과 연주는 각각 상연권 및 연주권에 해당하고, 낭독은 구술권에 해당하며, 상영은 상연권에 해당한다.³³⁾ 우리나라 저작권법상 상연·연주·가창·연술 등의 복제물을 재생하여 공중에 공개하는 것은 일본 저작권법상 각각, 상연, 연주, 구술에 해당한다. 왜냐하면 일본 저작권법이 규정하고 있는 상연, 연주, 구술에 복제물을 이용한 공중전달을 포함하고 있기 때문이다.³⁴⁾ 그리고 일본 저작권법상 실연자는 자신의 실연에 대한 녹음권 및 녹화권, 유무선 방송권, 송신가능화권을 부여받고 있다. 자신의 생실연을 기타의 방법으로 공중에 공개할 권리라는 우리나라 실연자의 공연권과 비교해 보았을 때 일본의 실연자 권리는 자신의 고정되지 않은 실연을 고정하거나 전달할 권리에 대해서만 부여받고 있다.

31) WIPO 국제조약상 이용제공권(right to make available to the public)는 일반적인 개인이 선택한 시간과 장소에서 저작물 및 인접물을 이용할 수 있는 권리로 통칭된다.

32) 17 U.S.C § 1101.

33) 이호홍, “디지털환경에서 공연권에 대한 연구”, 한국저작권위원회, 2010, 51면 이하 참조.

34) 앞의 글.

4. 소 결

베른협약, 로마협약, WCT, WPPT 및 독일 저작권법을 분석해 보았을 때 공연행위에 대한 저작자와 실연자의 권리는 동일하지 않다. 공연행위에 대해 저작자는 저작물을 이용한 실연과 전달할 권리를 가지고 실연자는 자신의 실연을 실연장소 이외의 다른 장소(원격지)에 전달하는 권리를 가지게 된다. 미국 저작권법은 인접권자 개념을 도입하고 있지 않아서 구별이 어렵지만 실연자의 공연을 송신하는 권리가 공연권에 포함된다.

결국 우리나라의 경우 저작자와 실연자에게 동일한 공연 개념을 적용하고 실연자에게 생실연을 공연할 권리를 부여한 규정은 논리적으로 오류가 있는 규정이라고 생각한다. 결국 우리나라 실연자의 생실연을 기타의 방법으로 공중에게 공개할 권리는 후술하겠지만 자신의 생실연을 전달할 권리로 이해해야 한다. 그러나 이미 우리나라 저작권법은 실연자에 전달할 권리로써 방송권과 전송권을 부여하고 있다. 그렇다면 이제 실연자의 생실연을 원격지에게 전달할 방법으로 방송과 전송을 제외한 경우 어떤 방법이 있는지 살펴 보아야 한다. 대표적으로 실연자의 실연을 인터넷을 통해 동시에 송신하는 소위 인터넷 방송 또는 인터넷 동시송신은 아직 저작권법상 방송인지 여부에 견해가 갈리고 개인이 선택한 시간과 장소에서 이루어지는 전송에도 해당되지 않는다. 결국 실연자의 공연을 인터넷으로 동시중계하는 온라인 실시간 공연이 실연자의 생실연을 기타의 방법으로 공중에게 공개할 권리에 포함될 수 있을 것이다.

III. 저작권법 관점에서 온라인 공연의 분석

여기서 살펴볼 온라인 공연 논의는 가수들의 콘서트 실황 내지 뮤지컬 공연 영상을 온라인으로 실시간 동시송신하는 경우에 실연자(가수 또는 배우)가 어떠한 권리를 행사할 수 있는지에 한정하여 논의한다. 공연을 영상화하여

녹화 및 녹음하여 공중에게 전달하는 행위는 논외로 하고 라이브 공연을 실시간으로 전달하는 행위에 한정하여 논의한다. 논의 순서는 콘서트 및 뮤지컬을 온라인으로 송신하는 행위가 실연자의 공연권에 속할 수 있는지 여부를 살펴보고 온라인 콘서트와 뮤지컬이 영상저작물에 해당되는지 그렇다면 영상저작물 특례규정이 적용될 수 있는지 여부까지 살펴본다.

1. 온라인 공연의 저작권법상 분류

(1) 온라인 실시간 공연은 저작권법상 실연자의 공연권에 해당하는가?

우리나라 실연자의 생실연에 대한 공연권은 2006년에 도입되었다. 그 이전까지 실연자는 복제권, 실연방송권, 전송권만을 가지다가 공연권도 부여받게 되었다. 공연권 도입 취지는 WPPT 가입을 위해 생실연을 확장기나 멀티비전 등을 통하여 실연 장소 이외의 지역에 있는 공중에게 실시간으로 제공하는 행위에 대하여 새롭게 권리를 부여해야 했기 때문이라고 한다.³⁵⁾ 간단히 말해 우리나라는 이미 실연자에게 방송권을 부여하고 있어 방송 이외의 생실연의 전달행위에 대한 권리를 부여할 필요가 있었던 것이다. 우리나라 저작권법 제2조 제3호에 따른 공연개념을 문언적 의미로 실연자에 한정해서 해석해 보면 생실연을 공중에게 공개하는 것을 말하고, 동일인의 점유에 속하는 연결된 장소 안에서 이루어지는 송신(전송을 제외한다)을 포함한다는 것이다. 후단 내용은 앞서 살펴본 2006년 공연권 도입취지에 부합하는 공연개념이다. 그렇다면 생실연을 공중에게 공개하는 것이 실연자의 권리에 속하게 되는데 여기서 공개한다는 것은 저작권자의 입장이 아니라 실연자의 입장에서 본다면 전달행위를 의미하는 것으로 해석해야 한다. 특히 공연권의 도입취지가 WPPT 제6조의 이행을 충족하기 위한 것이었다면 WPPT의 공중전달 개념에 부합되도록 해석해야 한다. 앞서 국제조약에서 실연자의 공연권은 생실연을 원격지의 사람들에게 전달하기 위한 권리라는 점을 확인

35) 심동섭, “개정 저작권법 해설”, 『계간 저작권』, 겨울호(2006), 56면.

하였다. 다만 우리나라는 현재 공연 개념을 저작자와 실연자의 공연권에 동일하게 사용하고 있어 오해를 피하기 위해 저작자와 실연자의 상황에 맞게 해석해야 한다면 실연자의 공연권에서 공중에게 공개라는 것은 “전달(communication)”이라고 해석해야 한다. 물론 공개란 인간이 감지할 수 있도록 현시하는 것을 의미하는 개념이라 스피커 또는 화면을 통한 것을 의미하고 전달은 인간이 감지하지 못하는 방법으로도 가능한 것이라는 차이점이 있을 수 있지만 우리나라는 공개할 것을 규정하고 있어 전달되어 공개되는 것도 포함될 수 있다.

그렇다면 여기서 실연을 공개한다는 의미로서 전달이란 무엇인가를 살펴보기 위해 먼저 실연자에게 방송권과 전송권이 있다는 점을 출발점으로 삼아야 한다. 공연의 전달방식에서 방송과 전송행위를 제외한 전달행위만이 포함될 수 있다. 이 점에서 실연자의 공연권에 온라인 실시간 공연이 포함될 수 있는 여지가 있다고 생각된다. 인터넷 네트워크를 이용한 방송은 국제조약상 아직 방송 개념에 포함되지 못하고 있고 우리나라 방송은 유선과 무선을 모두 포함하는 개념이지만 유선방송과 인터넷 네트워크를 통한 실시간 방송을 동일하게 취급하기 어렵다. 그래서 인터넷 실시간 방송에 대한 견해 대립이 발생하고 있다.³⁶⁾ WPPT 제2조 제(g)항에서 규정하는 실연자의 공중 전달이란 방송을 제외한 것으로 생실연은 어떤 매체(any medium)로든 공중에게 송신(transmission)하는 것을 의미한다고 규정하고 있다. 여기서 송신의 대상은 음(sound)만 대상이고 영상은 제외된다.³⁷⁾ 하지만 시청각 실연자를 위한 베이징조약에 따르면 당연히 영상의 송신도 포함하게 된다. 따라서 WPPT와 베이징조약의 실연자에 대한 공중전달권의 범위는 방송과 이용제 공권³⁸⁾을 제외한 공중전달을 의미하고 인터넷 네트워크를 통한 전달은 포함될 수 있다. 결국 우리나라 저작권법상 실연자의 공연권에는 공연하는 장소

36) 인터넷 방송에 대한 견해대립에 대해서는 정상조, 앞의 책, 400면 이하 참조.

37) Jorg reinothe & Silke von lewinski, *the wipo treaties on copyright*, 2nd, Oxford University Press, 2015, 8.2.73.

38) 개인이 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있는 형태의 이용권을 의미하고 우리나라 저작권법상 전송에 해당된다.

이외의 장소에 인터넷 네트워크를 통해 생실연을 실시간으로 전달하는 온라인 공연이 포함될 수 있다고 판단된다. 물론 법원의 판단 또는 법개정을 통해 실시간 인터넷 방송이 방송의 개념에 명확히 포함되는 것으로 판단되거나 다른 입법이 있게 된다면 이러한 해석도 변경될 수 있지만 현재의 저작권법 규정상 실연자의 실시간 온라인 공연은 실연자의 공연권에 포함될 수 있다. 그리고 더 중요한 의미를 가지는 것은 공연에 해당된다면 실시간 공연 자체는 영상물특례에 대한 규정이 적용되지 않는다는 점일 것이다.

(2) 방송에 포섭 가능성

우리나라 저작권법은 저작권법 제2조 제8호에서 방송을 공중송신 중 공중이 동시에 수신하게 할 목적으로 음·영상 또는 음과 영상 등을 송신하는 것이라고 정의하고 있다. 실연자의 공연을 인터넷으로 실시간 송신하는 것은 공중이 동시에 수신하게 할 목적으로 음과 영상을 송신하는 것에 해당된다. 앞서 언급했지만 우리나라는 방송 수단을 무선과 유선으로 한정하고 있어 유선 방송에 인터넷 네트워크를 이용한 송신이 포함되는지에 대해서는 견해대립이 있다. 인터넷 방송도 동시성을 가지므로 당연히 방송에 포함된다는 견해와 방송도 아니고 전송도 아닌 제3의 공중송신행위로 인정해야 한다는 견해가 존재한다.³⁹⁾ 그러나 이러한 견해대립은 인터넷 방송에 대한 것이므로 온라인 공연이 인터넷 방송 영역에 포함되는지 여부부터 확인해야 할 것이다.

방송이라는 것이 방송사업자의 편성에 따라 이루어진다는 점을 생각해 본다면 온라인 공연은 방송사업자의 편성표에 의해서 방송국에서 이루어질 수도 있지만 온라인 플랫폼을 이용하여 일회성으로 이루어질 수도 있다. 기업이나 단체에서 개최하는 이벤트, 세미나, 전시회 등의 행사를 인터넷을 통해 전 세계에 실시간으로 생중계하는 서비스를 제공하는 인터넷방송사의 서비스는 저작권법상 방송에 해당하는 것으로 볼 수 있다고 한다.⁴⁰⁾ 그러나 이것

39) 자세한 내용은 오승중, 앞의 책, 573면 이하 참조.

40) 이해완(연구책임자), “인터넷방송의 저작권법상 위상정립에 관한 연구”, 2001, 문화관

도 인터넷방송사 서비스를 의미하는 것이라서 업으로 하지 않는 자의 송신도 방송에 해당되는지는 명확하지 않다. 단순하게 길거리 공연하는 실연자가 핸드폰으로 자신의 실연을 인스타그램 IGTV로 실시간 송신하고 있다면 실연자가 방송사업자인지 여부는 논외로 하고 이 공연의 전달행위가 방송인지 전송인지가 중요한 것이고 동일한 시간 이외의 선택한 시간과 장소에서 시청할 수 없는 것이라면 동시성을 가진 방송 유형에 가깝다고 판단된다. 그러나 아직 인터넷 방송이 방송에 해당된다는 명확한 근거는 존재하지 않고 앞으로도 이에 대한 법원의 판단이나 저작권법이 개정될 때까지 인터넷 방송을 방송에 해당된다고 명백히 인정하기 어렵다.

(3) 저작권법 전부 개정안의 디지털 동시송신권

2021년 1월 15일에 도종환 국회의원이 발의한 저작권법 전부 개정안에 디지털 동시송신권이 도입되어 있다. 현행법은 공중송신의 한 유형으로, 방송 및 전송 이외에 디지털 방식의 음의 송신을 규정하는 ‘디지털음성송신’ 개념만 정의되어 있는 데, 영상을 인터넷을 통하여 실시간으로 송출하는 행위가 저작권법상 어떠한 행위로 정의되는지 불명확하여 이에 ‘음’ 뿐만 아니라 ‘영상’을 디지털 방식으로 실시간으로 송신하는 행위를 모두 디지털동시송신의 개념으로 새롭게 정의하여, 그러한 행위의 저작권법상의 지위를 명확히 하고, 통일성 있게 규율하고자 한다고 입법이유를 설명하고 있다.⁴¹⁾ 만약 전부 개정안이 통과된다면 온라인 공연 행위는 디지털 송신 행위에 해당될 수 있다. 전부 개정안 제94조에서 실연자에게도 디지털동시송신권을 부여하고 있다. 그리고 디지털동시송신사업의 보상금 지급의무는 녹음된 음반을 사용하는 경우에만 발생하기에 생실연에 대한 실연자의 권리는 배타적인 권리로

광부, 9면.

41) 저작권법 전부 개정안 제2조 제12항 12. “디지털동시송신”은 공중송신 중 공중이 동시에 수신하게 할 목적으로 공중의 구성원의 요청에 의하여 개시되는 디지털 방식의 음·영상 또는 음과 영상 등의 송신(전송은 제외한다)을 말한다. 다만, 「인터넷 멀티미디어 방송사업법」에 따른 인터넷 멀티미디어 방송사업자가 공중이 동시에 수신하게 할 목적으로 송신하는 것은 “방송”으로 본다.

계속 남아 있게 된다. 디지털 동시송신권이 도입된다고 하더라도 우리나라 저작권법상 공연의 개념을 저작자와 인접권자로 구별할 필요성은 여전히 존재한다고 생각한다.

(4) 해외 사례

독일의 경우 실연자에게 우리나라와 같은 공연권을 부여하고 있지 않고 공개재현권이라는 제목 하에 공중접근권(독일법 제78조 제1항, 우리나라 전송에 해당), 방송권(제78조 제2항), 영사기 또는 스피커 등을 통해 감지시킬 권리(제78조 제3항)를 규정하고 있다. 여기서 감지하게 할 권리는 직접적으로 인간의 오감을 통해 느낄 수 있게 하는 것으로 공연장에서 스피커와 화면을 통해 주변에 있는 사람들이 직접 듣고 볼 수 있도록 하는 것을 의미한다. 따라서 공연장의 실황을 인터넷으로 전달하는 것이 포함되지 않는다. 따라서 온라인 공연은 독일법상 온라인 공연이 방송 또는 전송에 해당될 수 있고 독일은 인터넷을 통한 방송 예를 들어 인터넷 라디오(웹라디오)와 인터넷 TV(웹 TV)를 방송의 한 형태로 보고 있다.⁴²⁾ 여기에는 인터넷으로만 방송한 것 이외에 본방송을 인터넷으로 재방송하는 것도 포함하고 있다. 참고로 독일 저작권법 제19조 제3항에서는 공연을 영사기, 스피커 및 이와 유사한 장치를 이용해 전달하는 것을 저작권자의 배타적 권리로 규정하고 있다. 여기서 유사한 장치에 인터넷 장치는 포함되지 않고 만약 방송으로 전달하면 방송, 전송으로 전달하면 전송 행위가 될 뿐이라고 한다.⁴³⁾

인터넷방송국이 인터넷 홈페이지에 디지털 저작물을 올려두고 이용자의 요청에 의하여 해당 저작물을 수신하거나 이용할 수 있도록 제공하는 경우, 그 저작물이 녹음물이 아닌 공연 가능한 어문, 음악, 연극, 무용저작물, 무연극, 영화 기타 시청각 저작물 등이라면 인터넷방송사업자의 행위는 저작물의 공연에 해당한다. 공개적(publicly)이라는 요건을 충족하기 위하여 반드시 시간의 동시성 및 장소의 동일성을 구비하여야 하는 것이 아니므로 인터넷

42) Schricker/Loewenheim, *Urheberrecht*, 5. Aufl., C.H.Beck, § 20 Rn. 80 ff.

43) Id. § 19 Rn. 55.

방송이 이시성이나 쌍방향성을 구비하였는지 또는 동시성을 특성으로 가지는지 여부는 전혀 문제되지 않는다.⁴⁴⁾

2. 온라인 공연에 대한 실연자의 권리

(1) 실연자의 배타적 권리

온라인 공연 행위가 저작권법상 공연, 방송, 또는 저작권법 전부 개정안에 도입된 디지털 동시송신권 등 어떤 행위에 포섭되느냐에 따라 실연자의 배타적 권리의 근거가 달라질 것이다. 그러나 여기서 논의하고 있는 온라인 공연은 생실연에 대한 온라인 실시간 공연을 의미하고 있기 때문에 온라인 공연이 공연, 방송, 디지털 동시송신 중 어느 하나의 행위에 포섭된다고 한다면 온라인 공연에 대한 실연자의 배타적 권리가 인정된다. 만약 온라인 공연에 대한 배타적 권리가 인정된다면 온라인 공연을 위해 이용자 또는 제작자는 실연자에게 사전 이용허락을 받아야 한다. 중요한 점은 우리나라 영상저작물 특례규정에 따르면 자신의 실연의 영상화에 협조하기로 한 실연자는 영상저작물에 대한 복제권, 배포권, 방송권, 전송권을 제작자에게 양도한 것으로 추정하고 있다는 점이고 만약 온라인 공연이 공연에 해당된다면 영상저작물 특례 규정이 적용되지 않을 수 있다는 것이다. 또한 인터넷을 통한 온라인 공연은 컴퓨팅 기술을 이용하고 각 이용자 및 전달자의 개인 단말기 또는 서버에 일시적 복제가 발생할 수밖에 없다. 따라서 부수적으로 실연자의 공연을 온라인 공연으로 전달하기 위해서는 실연자에게 복제권에 대한 허락도 받아야 할 것이다. 특별한 사정이 있는 경우에는 실연자가 자신의 실연을 온라인 공연하는 것을 허락한 경우 이에 필요한 복제권도 이용허락한 것으로 추정할 수 있을 것이다.

44) 이해완(연구책임자), “인터넷방송의 저작권법상 위상정립에 관한 연구”, 문화관광부, 2001, 29면.

(2) 영상저작물 특례와 관련성

영상저작물 특례 규정인 저작권법 제100조 제3항에서는 영상제작자와 영상저작물의 제작에 협력할 것을 약정한 실연자의 그 영상저작물의 이용에 관한 복제권, 배포권, 방송권 및 전송권은 특약이 없는 한 영상제작자가 이를 양도받은 것으로 추정한다고 규정하고 있다. 또한 제101조에서 실연자로부터 영상제작자가 양도받는 권리는 그 영상저작물을 복제·배포·방송 또는 전송할 권리로 한다고 규정하고 있다.

우선 실연자의 실연을 온라인 공연하는 방법은 공연을 영상저작물로 만들어 방송 내지 전송을 하는 방법이 있고 이러한 행위는 실연의 고정(복제)을 전제로 한다. 그러나 본 논문에서 이제까지 논의한 온라인 공연은 고정물에 의한 것이 아닌 고정되지 아니한 실연 즉 생실연의 온라인 공연을 의미하는 것이고 논리적으로 이러한 온라인 공연은 영상화에 해당되지 않고 단순히 공연을 시청각적으로 전달하는 것이다. 따라서 이렇게 전달된 공연을 고정하여 편집하고 영상화하는 경우에는 특례 규정이 적용될 수 있을 것이다.

다만, 기술 발전에 따라 온라인 공연을 실시간으로 편집하여 송출하는 경우를 상정해 볼 수 있지만 영상화란 고정을 전제하는 개념이기에 고정을 전제하지 않고 전달만 하는 온라인 공연의 경우 영상저작물 특례 규정이 적용되지 않을 것이다.⁴⁵⁾

IV. 저작권법상 공연 개념의 수정 필요성

1. 저작자의 공연권과 실연자의 공연권 분리

이 논문의 시작은 저작자의 공연권과 실연자의 공연권은 동일할 수 없다

45) 현재 발의된 저작권법 전부 개정안 제131조, 제132조에 실연자의 디지털 동시송신권을 영상제작자에 양도한 것으로 추정하는 규정이 들어가 있다.

는 점에서 출발하였고 현재 우리나라 저작권법은 저작자의 공연권과 실연자의 공연권을 저작권법 제2조 제3호 공연 개념 하나로 모두 해결하고 있다. 베른협약 및 WCT, WPPT에서 저작자의 공연권이란 자신의 저작물이 공개실연되는 것에 대한 권리와 그 공개실연이 전달되는 것에 대한 권리로 구별하고 있다. 실연자의 경우 저작물을 이용하는 실연을 포함할 수 있어 공개실연할 권리가 논리적으로 필요 없고 자신의 공개실연이 고정되거나 전달되는 것에 대한 권리가 필요한 것이다. 우리나라 저작권법은 이것을 구별하지 않고 하나의 공연권 개념에 저작권자의 공연권과 실연자의 공연권을 동일하게 사용하고 있고 더 나아가 공연보상청구권의 공연 개념에도 사용하고 있다.

결론적으로 저작권자는 자신의 저작물을 상연·연주·가창·구연·낭독·상영·재생 그 밖의 방법으로 공중에게 공개하는 것에 대한 공연권과 확정기 및 영사기로 원거리 장소에 그 공개실연을 전달할 배타적 권리를 가지면 된다. 저작권자는 현재 원거리 장소에 전달할 권리를 공중송신권을 통해 행사할 수 있다. 실연자의 경우 자신의 고정되지 않은 실연이 원격지의 공중에게 전달되는 것에 대한 배타적 권리를 부여받으면 된다. 따라서 우리나라 실연자의 공연권 개념에서 실연의 상연·연주·가창·구연·낭독·상영·재생 그 밖의 방법이란 문구는 실연자의 공연권에서는 불필요한 문구가 된다. 실연자의 공연권에서 필요한 요소는 자신의 실연을 공연장소 이외의 장소에 있는 공중에게 공개할 수 있는 권리라는 점이다. 여기서 공개란 개념을 전달로 치환하면 방송, 전송을 제외한 기타의 방식으로 공중에게 전달하는 것을 의미하게 된다.⁴⁶⁾ 이러한 방식으로 실연자의 공연권을 규정하면 방송과 전송이 아닌 컴퓨터 네트워크를 이용한 온라인 공연행위는 공연권 범위에 포함될 수 있다.

46) 실연자는 이미 방송권과 전송권을 부여받고 있기 때문이다.

2. 공연 보상청구권 등 공연 개념의 개별화

공연개념이 저작권자와 실연자 이외에 적용되는 것이 공연보상청구권이 다. 우리나라 저작권법 제76조의2에 따르면 실연이 녹음된 상업용 음반을 사용하여 공연을 하는 자는 상당한 보상금을 그 실연자에게 지급하여야 한다. WPPT 제15조에서 규정하는 공중전달행위에 대한 보상청구권과 비교해 보면 여기서 공연행위는 음반을 공연하는 것으로서 음반을 현장에서 재생하는 것(예를 들어 레스토랑에서 사용하는 음악 등)과 재생소리를 재생되는 현장이외의 장소의 공중에게 공개하는 행위를 포함하는 개념이다.

공연보상청구권의 공연과 실연자의 공연 또한 같은 개념일 수 없다. 공연보상청구권은 음반을 전제하기에 재생이라는 전제가 필요하나 생실연에 대한 공연권을 가지는 실연자의 공연은 재생이란 유형이 필요 없게 된다. 이렇게 저작권자의 공연권, 실연자의 공연권, 실연자의 공연 보상청구권에서 공연의 개념이 모두 다른데 이러한 것을 하나의 공연 개념에 포섭하고 있는 우리나라 저작권법상 공연의 정의가 변태적인 모습을 보이는 것이 아닌가 하는 생각이 든다. 또한 우리나라의 공연권 개념은 국제적으로 통용되는 공연의 내용이 아니라는 견해도 존재한다.⁴⁷⁾

V. 결론

현재 우리나라 저작권법 제2조 제3호에 규정된 공연의 개념을 저작권자의 공연권, 실연자의 공연권, 공연보상청구권의 공연 개념에 동시에 적용되고 있다. 그러나 국제조약상 저작권자의 공연권이란 자신의 저작물을 공개실연할 권리와 그 공개실연을 공개실연 장소 이외의 장소에 전달하는 권리를 의미한다. 실연자의 공연권이란 자신의 생실연을 공연장소 이외의 장소에 전

47) 허희성, 앞의 책, 23면.

달할 권리라고 볼 수 있다. 공연보상청구권의 공연은 상업용 음반을 현장에서 재생하는 것과 그 이외의 장소에서 전달하는 것을 모두 포함한다. 이렇듯 논리적으로 저작권자의 공연권, 실연자의 공연권, 공연보상청구권의 공연 범주가 서로 다른데 하나의 공연 개념을 동일하게 사용함으로써 공연권에 대한 오해가 발생할 수 있다. 따라서 현재 필요한 것은 하나의 공연 개념을 통해 저작자와 실연자, 공연보상청구권을 규정하는 방식에서 각자의 필요에 맞는 공연 개념을 도입하는 것이다.

참고문헌

〈단행본(국내)〉

- 오승중, 『저작권법』 제5판, 박영사, 2017.
임원선, 『실무자를 위한 저작권법, 제6판, 한국저작권위원회, 2020.
정상조 편, 『저작권법 주해』, 박영사, 2007
허희성, 저작권법 축조해설(상), 명문프리컴, 2011,

〈단행본(서양)〉

- Joyce, Craig et al., *copyright law*, 6th, Carolina Academic Press, 2003
Jorg reinbothe & Silke von lewinski, *the wipo treaties on copyright*, Oxford University Press, 2015.
Schricker & Loewenheim, *Urheberrecht*, 5. Aufl, C.H.Beck, 2017.

〈논문(국내)〉

- 심동섭, “개정 저작권법 해설”, 『계간 저작권』, 겨울호(2006).
안효질, “저작인접권자의 공연권 도입 여부에 대한 고찰”, 『재산법연구』, 제23권 제3호(2007).
안효질, “저작권법상 공연보상청구권의 범위”, 『고려법학』, 제66권(2012).

〈논문(서양)〉

- Reese, R. Anthony, “The Public Display Right: The Copyright Act's Neglected Solution to the Controversy Over ‘Ram Copies’”, *University of Illinois Law Review*, Vol. 2001, No.1(2001).

〈기타자료〉

- 이호홍, “디지털환경에서 공연권에 대한 연구”, 한국저작권위원회, 2010
이해완(연구책임자), “인터넷방송의 저작권법상 위상정립에 관한 연구”, 문화관광부, 2001.

A study on Performer's Rights to Online Public Performance

Pak, Yunseok* & Koo, Daehwan**

A performer uses the work of an author during the process of a performance. In Korea, performers are given performance rights for non-fixed performances. The definition of “public performance” in Korea Copyright Act is appropriate in the sense that a copyright holder has the right to use his or her work and present it to the public, however, it is not intended to mean the performer's right to perform. When reviewing of particular international treaties and foreign legislation, a performer's right is essentially the right to fix his or her performance, or to transmit it to a place other than the venue. The public performance right of Korean performers is defined as the right to present unfixed performances to the public, but that “to present” should be understood as a concept of communication. Real-time one-way transmission of public performance (including sound and images) through internet should be covered by the performance rights of performers. The important point is, that the concept of public performance should not be used as the same concept in copyright holders, performers and the remuneration right. Therefore, it

* Ph.D. Senior Research Fellow at Korea Copyright Commission.

** Corresponding author. Ph.D. Professor in Law, Law School, University of Seoul. This work was supported by the 2020 sabbatical year (September 2020-August 2021) research grant of the University of Seoul.

is necessary to separate and define each pertaining performance concept of the copyright holder, performer, and remuneration right in order to adequately assess and delivery fair rights to all performers.

Keyword

public performance right, performer, WPPT, online public performance , Digital simultaneous transmission