

개정 저작권법 제29조 제2항의 문제점에 관한 약간의 고찰

홍익대학교 법과대학 교수 오 승 종

I. 서 설

우리 저작권법 제29조 제2항은, “청중이나 관중으로부터 당해 공연에 대한 반대급부를 받지 아니하는 경우에는 상업용 음반 또는 상업적 목적으로 공표된 영상저작물을 재생하여 공중에게 공연할 수 있다. 다만, 대통령령으로 정하는 경우에는 그러하지 아니하다”고 규정하고 있다. 저작권법은 문화 및 관련 산업의 발전을 목적으로 하는 법이므로(저작권법 제1조), 저작권, 그 중에서도 재산권적 성격을 가지는 저작재산권은 그 성질상 공공복리 또는 공익적 고려에 따르는 내재적 제한을 가진다. 위 규정은 이러한 공공복리 또는 공익적 고려에 따라 공익과 사익의 조화를 이루기 위하여 반대급부 없이 이루어지는 상업용 음반·영상저작물의 공연에 대하여 사권인 저작재산권을 제한하는 규정이라고 할 수 있다.¹⁾

뒤에서 보는 바와 같이 2016년 개정된 현행 저작권법은 종전 저작권법에서 사용하던 ‘판매용 음반’이라는 용어를 ‘상업용 음반’으로 개정하였다. 이는 ‘판매용 음반’의 의미를 두고 실무계의 의견이 나뉘고, 그에 대한 대법원 판결이 엇갈리는 것처럼 보이는 등 혼란이 있었기 때문에, 이를 해소하고 통일적인 개념 정립을 위한 취지였던 것으로 생각된다. 그러나 그 개정에도 불구하고 학계와 실무계의 논란이 더 뜨거워지면서 혼란은 계속되었고, 급기야는 동 규정에 대한 위헌소송이 제기되기에 이르렀다.

이에 본 논문에서는 먼저 음반 및 상업용 음반의 개념에 관한 국제조약의 규정과 우리 저작권법상 동 개념의 도입 경위 등에 관하여 간략히 살펴보기로 한다. 그리고 ‘판매용 음반’의 의미를 두고 엇갈렸던 대법원 판결의 내용을 소개하고, 그러한 해석상의 혼란을 해소하기 위하여 개정된 현행법 제29조 제2항의 위헌 여부와 관련된 쟁점, 나아가 이 규정과 유사한 규정을 두고 국제조약 위반 여부가 쟁점이 되었던 미국의 관련 사례가 어떻게 다루어졌는지를 살펴봄으로써 향후 우리나라에 있어서 논의 전개의 실마리를 제공해 보고자 한다.

II. 음반 및 상업용 음반의 개념

1. 음반의 개념

가. 로마협약

* 이 논문은 한국음악저작권위원회 연구용역 보고서 중 일부 내용을 수정, 보완한 것이며, 2017학년도 홍익대학교 학술연구진흥비에 의하여 지원되었음.

1) 이와 같이 일정한 조건 아래에서 상업용 음반의 공연을 허용하고 있는 제29조 제2항에 대하여는, 정당한 대가를 지급하고 상업용 음반을 구입한 이상, 일정한 경우에 별도의 대가를 지급하지 않고서도 그 음반에 수록된 음악저작물을 자유롭게 공연할 수 있도록 한 취지의 규정으로서, 이른바 배포권의 제한에 관한 ‘권리소진의 원칙’ 또는 ‘최초판매의 원칙’을 공연권에 관하여 확대한 취지의 규정이라고도 이해하는 견해도 있다(송재섭, “저작권법상 자유이용의 대상이 되는 ‘판매용 음반’의 범위”, LAW&TECHNOLOGY 제7권 제6호, 서울대학교 기술과법센터, 2011, 20-21면.).

1961년 10월 26일 로마에서 채택된 ‘실연자, 음반제작자 및 방송사업자의 보호를 위한 국제 협약(이하 ‘로마협약’이라고 함)’은 실연자에 대하여 상업용 음반의 방송에 대한 2차사용료 청구권을 부여하고, 음반제작자에 대하여 복제권과 상업용 음반의 방송사용에 대한 2차사용료 청구권을 부여하고 있다. 로마협약 제3조 제6항은 음반(phonogram)을 “실연의 음, 그 밖의 음을 오로지 청각적으로 고정한 것(any exclusively aural fixation of sounds of a performance or of other sounds)”이라고 정의하고 있다. 이러한 정의에 따르면 실연의 음 또는 그 밖의 음(예를 들어 새의 지저귀는 소리 등 자연의 소리)를 청각적으로만 고정한 것이 음반이라고 할 수 있고, 고정인 청각적·시각적으로 이루어진 경우에는 음반이 아니다. 로마협약에는 상업적 목적으로 발행된 음반에만 해당되는 규정이 존재하는데, 음반의 정의 규정은 이러한 상업용 음반에만 한정된 것은 아니다. 즉, 이 음반의 정의는 상업적 목적으로 발행된 음반 이외에도 ① 발행을 목적으로 하지 않는 음반, ② 발행을 목적으로 하지만 아직 발행되지 않은 음반, ③ 발행되었지만 상업적 목적이 아닌 음반에도 적용된다.

나. 세계음반조약

이 조약에서는 음반을 “실연의 음, 그 밖의 음을 오로지 청각적으로 고정한 것을 말한다”고 하여 로마협약과 동일한 정의 규정을 두고 있다.

다. WPPT

WPPT(세계지적재산권기구 실연·음반조약, WIPO Performances and Phonograms Treaty) 제2조 (b)에서는 음반을 “실연의 음, 그 밖의 음 또는 음을 표현한 것의 고정물(영화 기타 시청각적 저작물에 고정된 것을 제외한다)(the fixation of the sounds of a performance or of other sounds, or of a representation of sounds, other than in the form of a fixation incorporated in a cinematographic or other audiovisual work)”을 말한다고 정의하고 있다.

이러한 정의는 두 가지 점에서 로마협약 및 세계음반조약의 정의와 다르다. 첫째로, 우선 음반의 정의를 ‘음의 고정물이 아닌 음반’에도 확대하였다는 것이다. 이는 디지털 기술의 발전에 따라 음으로는 존재하지 않지만 전자기기를 사용하여 음으로 재생할 수 있는 데이터를 고정한 것도 음반으로 보겠다는 취지이다. 둘째로, 로마조약에서 ‘오로지 청각적으로’라는 표현이 ‘영화 그 밖의 시청각적 저작물에 고정된 것을 제외한다’는 표현으로 바뀌었다. 그 결과 실연의 음, 그 밖의 음 또는 음을 표현한 것이 시청각적인 고정물에 삽입되었지만, 그 시청각적 고정물이 ‘저작물’로 되기 위한 요건을 충족한 경우에 제외 규정의 대상으로 되지 않게 되고, 따라서 그 음의 고정물은 ‘음반’으로 취급된다.²⁾³⁾

2. 판매용(상업용) 음반의 개념

개정 전 저작권법 중 판매용 음반이라는 용어는 제21조, 제29조 제2항, 제75조, 제76조의2, 제83조의2 등에서 나타나는데, 이들은 모두 로마협약 제12조 및 WPPT 제15조와 공통으로 관련되어 있다. 따라서 개정 전 저작권법에서의 ‘판매용 음반’이라는 용어는 로마협약 제12조 및 WPPT 제15조의 ‘상업적 목적으로 발행된 음반(phonogram published for commercial

2) 半田正夫・松田政行, 「著作権法コンメンタル」, 勁草書房(2008), 82면.

3) TRIPs 협정에서는 음반제작자의 복제권 및 대여권에 관한 규정을 두고 있지만 별도로 음반의 정의 규정을 두고 있지 않다.

purposes)’ 과 같은 개념으로 이해되고 있었다.⁴⁾

가. 로마협약

로마협약 제12조는, “상업적인 목적으로 발행된 음반 또는 그러한 음반의 복제물이 방송 또는 공중전달에 직접적으로 사용되는 경우에, 단일의 공정한 보상이 사용자에게 의하여 실연자나 음반제작자 또는 이들 양자에게 지급되어야 한다. 당사국 사이에 약정이 없는 경우에는 국내법으로 이 보상금의 배분 조건을 정할 수 있다.” 라고 규정하고 있다. 여기서 ‘상업적 목적으로 발행된 음반’은 일반 공중에게 판매 또는 대여하기 위하여 시장에 제공된 음반으로 해석된다.⁵⁾ 또한 ‘상업적 목적’은 음반을 판매하거나 홍보하기 위한 수단으로 무료로 배포하는 것을 포함하는 등 직접적 또는 간접적인 이익이나 그 밖에 상업적인 이득(advantage)을 얻는 것을 의미한다고 해석된다.⁶⁾⁷⁾

나. WPPT

WPPT 제15조(방송과 공중전달에 대한 보상청구권) 제1항에서는 “실연자와 음반제작자는 상업적인 목적으로 발행된 음반(a phonogram published for commercial purpose)이 방송이나 공중에 대한 전달을 위하여 직접 또는 간접적으로 이용되는 경우에 공정한 단일 보상을 받을 권리를 향유한다.” 라고 규정하고 있다. 이때 ‘상업적 목적으로 발행된 음반’의 의미는 시중에서 판매되는 것, 즉 ‘시판용’을 목적으로 제작된 음반보다는 다소 넓은 개념으로 이해하는 것이 일반적이다. 예컨대, 백그라운드 음악(BGM)용으로 제작된 음반이나 샘플 음원을 녹음한 데모테이프는 시판용 음반은 아니지만, 상당한 수량의 복제물이 공중에게 제공된다면 ‘상업적 목적으로 발행된 음반’에 해당하는 것으로 해석될 수 있다.⁸⁾ 즉, WPPT 제15조에서 말하는 ‘상업용 음반’의 개념은 단지 시판용 목적으로 발행된 음반뿐만 아니라, 공중에게 상당한 수량의 복제물이 제공되는 경우라면 이를 모두 포함하는 좀 더 광의의 개념으로 이해된다. 특히 제15조 제4항은 “공중의 구성원이 개별적으로 선택한 장소와 시간에 접근할 수 있는 방법으로 유선이나 무선 수단에 의하여 공중이 이용가능하게 된 음반은 상업적 목적으로 발행된 것으로 간주한다.” 라고 규정함으로써 ‘상업적 목적으로 발행된 음반’의 개념을 오프라인에서 CD 등 유형물의 형태로 발행된 것뿐만 아니라, 인터넷에서 음원 파일이나 스트리밍 서비스, 예컨대 전송의 형태로 공중에게 제공되는 음원의 경우에도 모두 상업적 목적으로 발행된 음반에 해당하는 것으로 규정하고 있다.⁹⁾

다. 문화체육관광부의 입장

저작권법 개정의 주무부처인 문화체육관광부와 한국저작권위원회가 발간한 ‘개정 저작권법에 따른 상업용 음반 바로알기’라는 소책자에 의하면, 상업용 음반이란 상업적 목적으로 공표된 음반으로, 이때 ‘상업적 목적’이란 공중에게 음반을 판매의 방법으로 거래에 제공하거나,

4) 박성호, “구 저작권법 제29조 제2항, 제76조의2 및 제83조의2에서 규정하는 ‘판매용 음반’의 개념과 의미”, 정보법학 제20권 제3호, 한국정보법학회, 2017, 2면.

5) 한지영, “개정 저작권법에 의한 상업용 음반의 의의와 실연자의 보상청구권에 관한 고찰”, 한국재산법학회, 재산법연구 제33권 제4호, 2017, 60면.

6) Jorg Reinbothe and Silke von Lewinski, *The WIPO Treaties, 1996*, Bottenworths, 2002, p.383.

7) 한지영, 전제논문, 60-61면.

8) 오승중, 「저작권법」, 박영사, 2016, 773면.

9) 한지영, 전제논문, 59-60면.

해당 음반의 판매와 관련된 간접적인 이익을 얻고자 하는 것을 말하며, 이때 ‘간접적인 이익’이란 해당 음반의 광고 및 홍보 등을 통해 음반 자체의 판매를 촉진시켜 얻을 수 있는 이익을 말한다고 해석하고 있다. 예를 들면, 음반의 홍보를 위해 무료로 CD를 배포하는 경우는 음반 자체의 판매 촉진을 통한 간접적인 이익을 추구하고 있어서 상업적 목적이 있는 것으로 해석되지만, 기업의 홍보나 상품 판매 촉진을 위해 자체 제작한 음반을 매장에서 재생하는 것은 음반 자체에 대한 이익을 얻을 목적은 없기 때문에 상업적 목적에 해당하지 않는다고 한다.¹⁰⁾ 또한 음반은 CD 등 유형의 매체가 아니라 디지털 음원을 포함한 음 그 자체이며, 따라서 상업용 음반을 구입해서 이를 디지털 파일로 변환하거나 편집하여 다른 매체에 고정한 경우에도 역시 상업용 음반으로 해석될 수 있다고 한다.¹¹⁾

III. 상업용 음반 개념의 도입 경위

1. 제29조 제2항의 연원

우리 저작권법상 상업용 음반 개념의 도입 경위를 살펴보기에 앞서, 먼저 제29조 제2항 자체의 연혁을 간략히 살펴보기로 한다. 우리나라 최초의 저작권법인 1957년 저작권법 제64조 제8호는 “이미 발행된 음반, 녹음필름 등을 공연 또는 방송의 용에 공하는 것”은 저작권의 침해가 아니라고 의제하는 규정을 두고 있었다. 그러나 이 규정에 대하여는 그 범위가 너무 넓어 저작권자의 재산적 이익을 지나치게 제한할 가능성이 높다는 지적이 있었고, 이에 1987년 개정 저작권법(법률 제3916호) 제26조에서 현재와 같은 규정으로(다만, ‘상업용 음반’이 아니라 ‘판매용 음반’이라는 용어를 사용하였다) 개정되었다. 당시 입법과정에서의 국회 전문위원 보고서에는, “개정안 제26조에서는 영리를 목적으로 하지 않는 공연이나 방송, 즉 백화점 다방 열차 또는 버스...등에서의 음악 방송 등은 원칙상 저작권 비침해행위로 하되, 다만 대통령령으로 정하는 경우, 예컨대 음악을 이용하여 영업을 하는 무도장 등은 제외하도록 규정하고 있다. 이것은 우리나라의 현실과 국민의 편의를 반영한 것으로 타당한 것으로 판단된다.”라는 내용만 있을 뿐 입법취지에 대한 별도의 설명은 찾아보기 어렵다. 짐작컨대 이 규정은 1996년의 TRIPs 이사회에서 베른협약 위반 가능성을 지적받아 1999년 폐지된 일본 저작권법 부칙 제14조로부터 영향을 받았던 것으로 보인다.¹²⁾¹³⁾

2. 상업용 음반 개념의 도입 경위

종전 저작권법은 제29조(영리를 목적으로 하지 아니하는 공연·방송) 제2항 및 제76조의2(상업용 음반을 사용하여 공연하는 자의 실연자에 대한 보상)와 제83조의2(상업용 음반을 사용하여 공연하는 자의 음반제작자에 대한 보상) 등의 규정에서 ‘판매용 음반’이라는 용어를 사용하

10) 문화체육관광부·한국저작권위원회, 「개정 저작권법에 따른 상업용 음반 바로알기」, 2016.에서는 상업용 음반의 유형에 대하여 상세하게 설명하고 있다. 특히 상업용 음반의 의미에 대해서는 박영규, “개정 저작권법상 공연권 제한과 상업용 음반의 의미”, 계간저작권, 2016년 가을호 통권 115권, 100면 이하 참조.

11) 한지영, 전제논문, 77면.

12) 일본에서는 1970년 저작권법 전면 개정시 신설된 부칙 제 14 조에 따라 방송 및 유선 방송, 또한 음악 카페, 댄스 홀 등 정령으로 지정된 사업 이외는 저작권자의 권리(공연권)가 제한되어 왔다. ‘당분간’의 유예규정이었지만, 부칙 제14조는 오랫동안 유지되었고, 이에 일본음악저작권협회(JASRAC)는 그 폐지를 계속 촉구하였다. 이 규정은 음반의 재생과 생공연 모두에서 일정한 경우 공연권을 제한한다는 점에서 국제적으로 유례가 없는 광범위한 제한규정이라는 비판을 받았고, 1996년 TRIPs 이사회에서 ‘베른협약’을 위반하였다는 지적을 받고 결국 폐지되기에 이르렀다.

13) JASRAC, “BGMの管理を?年4月から開始します”, <http://www.jasrac.or.jp/release/01/10_3.html>, 2017.03.21. 방문.

고 있었다. 그러다가 2016년 3월 22일 법률 제14083호로 개정되어 같은 해 9월 23일부터 시행되고 있는 현행 저작권법은, 먼저 ‘음반’에 관한 정의규정을 개정하고, ‘판매용 음반’이라는 용어를 모두 ‘상업용 음반’으로 변경함과 아울러 그에 대한 정의규정을 신설하였다.

즉, ‘음반’에 관한 정의규정인 저작권법 제2조 제5호의 내용을 “음반은 음(음성·음향을 말한다, 이하 같다)이 유형물에 고정된 것(음을 디지털화한 것을 포함한다)을 말한다. 다만, 음이 영상과 함께 고정된 것을 제외한다”로 변경하였다. 이는 종전 저작권법 제2조 제5호가 음반을 정의하면서, 단순히 음이 유형물에 고정된 것이라고 하여 음을 디지털화 한 것에 대해서는 그 포함 여부를 명시적으로 언급하지 않았던 것을 분명히 한 것이다. 종전 저작권법에서는 음이 유형물에 고정된 것을 음반으로 정의하고 있을 뿐이어서, 기술 변화 등으로 CD나 Tape 구매 방식에서 디지털 스트리밍 서비스 이용방식으로 음악의 유통 및 이용방식이 변화됨에도 불구하고 ‘음반’을 CD 등 유형의 매체로 한정해서 해석할 여지가 있었는데 그러한 여지를 없앤 것이다. 한편, 종전의 ‘판매용 음반’을 대체한 ‘상업용 음반’에 대하여는 독립적인 정의규정을 두는 대신 대여권에 관한 규정인 저작권법 제21조에서 “상업적 목적으로 공표된 음반(이하 ‘상업용 음반’이라 한다)”이라고 규정함으로써 간접적으로 정의하고 있다. 이러한 개정을 하게 된 배경에는 ‘판매용 음반’이라는 용어와 관련하여 있었던 일련의 사건들, 즉 제29조 제2항의 공연권 제한 규정에 관한 스타벅스 사건(대법원 2010다87474 판결) 및 하이마트 사건(대법원 2016다204653 판결)과, 제76조의2 제1항과 제83조의2 제1항의 판매용 음반의 공연사용 보상청구권 규정에 관한 현대백화점 사건(대법원 2013다219616 판결) 등에서 ‘판매용 음반’의 법적 의미가 무엇인지와 관련하여 상호 엇갈린 것처럼 보이는 판결이 있었고, 그로 인하여 실무계와 학계에서 뜨거운 논쟁이 벌어졌던 사정이 있다. 이들 대법원 판결들로 인하여 발생한 실무계와 시장의 혼란을 방지하고, 아울러 국제조약과의 정합성을 기하기 위하여서는, 음반의 개념을 디지털 음원에까지 확대하고 판매용 음반의 적용 범위를 명확하게 할 필요성이 있다는 인식에 따라 개정 작업이 이루어진 것이다.¹⁴⁾¹⁵⁾ ‘판매용 음반’을 대체한 ‘상업용 음반’이라는 용어는 저작권법 제21조(대여권) 외에도 제29조(영리를 목적으로 하지 아니하는 공연·방송) 제1항과 제2항, 법정허락제도인 제52조(상업용 음반의 제작), 실연자의 대여권 규정인 제72조, 제75조(방송사업자의 실연자에 대한 보상), 제76조의2(상업용 음반을 사용하여 공연하는 자의 실연자에 대한 보상), 음반제작자의 대여권 규정인 제80조, 제82조(방송사업자의 음반 제작자에 대한 보상), 제83조의2(상업용 음반을 사용하여 공연하는 자의 음반제작자에 대한 보상), 제106조(저작권신탁관리업자의 의무)에서 사용되고 있다.

IV. 법 개정의 배경이 된 대법원 판결들

1. 스타벅스 사건¹⁶⁾

가. 사실관계

피고(스타벅스)가 자신의 매장에서 원고(한국음악저작권협회)가 신탁 받아 관리하는 음악저작물들이 담긴 CD를 재생하여 공연한 사안이다. 원고는 피고의 매장에서 위 음악저작물들을 공연해서는 아니 된다고 공연금지청구를 하였고, 이에 대해 피고는 구 저작권법 제29조 제2항

14) 「개정 저작권법에 따른 상업용 음반 바로알기」, 전계 소책자, 1면.

15) 한지영, 전제논문, 76면 참조.

16) 대법원 2012. 5. 10. 선고 2010다87474 판결(‘스타벅스 사건’)

에 따라 공연권이 제한된다고 항변하였다. 원고는 이 사건 CD가 피고의 매장만을 대상으로 특별히 제작되어 대가를 받고 배포된 것으로서 일반 소비자에게는 판매되지 않는 비매품이므로 위 제2항이 규정하는 판매용 음반이 아니라고 주장하였다.

나. 대법원 판단

대법원은, “저작권법 제29조 제2항에서 ‘판매용 음반’을 재생하여 공연하는 것을 허용하는 이유는 음반을 공연함으로써 그 음반에 수록된 음악이 일반 소비자들에게 널리 알려지면 판매용 음반 판매량이 증가하여 저작권자도 간접적인 이익을 얻게 된다는데 있으므로, ‘판매용 음반’의 정의는 시중에 판매할 목적으로 제작된 음반으로 해석함이 타당하다. 따라서 스타벅스 커피숍 매장에서만 배경음악 서비스를 제공하기 위하여 제작된 CD는 판매용 음반이 아니므로 저작권자인 공연권 허락없이 재생하는 것은 저작권 침해”라고 판단하였다.

2. 현대백화점 사건¹⁷⁾

가. 사실관계

원고들은 저작인접권자(실연자·음반제작자)의 판매용 음반을 사용한 공연보상금의 징수단체이다. KT뮤직은 음반제작자들로부터 공급받은 디지털 음원을 데이터베이스(DB)에 저장, 관리하면서 필요한 음원을 추출·사용하여 매장음악서비스를 제공하는 업체인데, 피고 현대백화점은 KT뮤직과 매장음악서비스계약을 체결하고 매월 ‘매장음악서비스이용료’를 지급하면서, KT뮤직의 웹페이지에 접속하여 KT뮤직이 스트리밍 방식으로 전송하는 음악을 피고가 운영하는 백화점 매장에 실시간으로 틀어 놓았다. 한편, KT뮤직은 피고로부터 받은 ‘매장음악서비스이용료’의 일부를 원고들에게 디지털음성송신보상금이라는 명목으로 지급하였으나, 그 금액에 판매용 음반을 사용한 공연보상금은 포함되어 있지 않았다. 이에 원고들은 피고의 행위가 저작권법 제76조의2 제1항, 제83조의2 제1항에서 말하는 ‘판매용 음반’을 ‘사용’하여 공연한 행위에 해당한다고 주장하며 공연보상금을 청구하였다.

나. 대법원 판단

대법원은 “저작권법 제76조의2 제1항, 제83조의2 제1항은 판매용 음반을 사용하여 공연을 하는 자는 상당한 보상금을 실연자나 음반제작자에게 지급하도록 규정하고 있다. 위 각 규정이 실연자와 음반제작자에게 판매용 음반의 공연에 대한 보상청구권을 인정하는 것은, 판매된 음반이 통상적으로 예정하고 있는 사용 범위를 초과하여 공연에 사용되는 경우 그로 인하여 실연자의 실연 기회 및 음반제작자의 음반판매 기회가 부당하게 상실될 우려가 있으므로 그 부분을 보상해 주고자 하는 데에 목적이 있다. 이러한 규정의 내용과 취지 등에 비추어 보면 위 각 규정에서 말하는 ‘판매용 음반’에는 불특정 다수인에게 판매할 목적으로 제작된 음반뿐만 아니라 어떠한 형태이든 판매를 통해 거래에 제공된 음반이 모두 포함되고, ‘사용’에는 판매용 음반을 직접 재생하는 직접사용 뿐만 아니라 판매용 음반을 스트리밍 등의 방식을 통하여 재생하는 간접사용도 포함된다.”고 판시하였다.

3. 하이마트 사건¹⁸⁾

17) 대법원 2015. 12. 10. 선고 2013다219616 판결(‘현대백화점 사건’)

18) 대법원 2016. 8. 24. 선고 2016다204653 판결(‘하이마트 사건’)

가. 사실관계

피고는 가전제품 판매 영업장을 운영하는 법인인데, 피고의 영업장 중 3,000㎡ 미만의 면적을 가진 영업장들에서 매장음악서비스제공업체로부터 송신받은 디지털 음원을 매장을 방문한 고객들이 들을 수 있도록 재생하여 왔다. 피고의 영업장들에서 재생된 음원 중 90%는 원고 한국음악저작권협회가 신탁받아 관리하는 음악저작물들인데, 피고는 위와 같은 음악저작물의 공연 자체에 대하여 원고로부터 이용허락을 받은 바는 없다.

나. 대법원 판단

대법원은, “저작권법(2016. 3. 22. 법률 제14083호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제29조 제2항은, 공연권의 제한에 관한 저작권법 제29조 제1항이 영리를 목적으로 하지 않고, 청중이나 관중 또는 제3자로부터 어떤 명목으로든지 반대급부를 받지 않으며, 또 실연자에게 통상의 보수를 지급하지 않는 경우에 한하여 공표된 저작물을 공연 또는 방송할 수 있도록 규정하고 있는 것과는 달리, 당해 공연에 대한 반대급부를 받지 않는 경우라면 비영리 목적을 요건으로 하지 않고 있어, 비록 공중이 저작물의 이용을 통해 문화적 혜택을 향수하도록 할 공공의 필요가 있는 경우라도 자칫 저작권자의 정당한 이익을 부당하게 해할 염려가 있으므로, 위 제2항의 규정에 따라 저작물의 자유이용이 허용되는 조건은 엄격하게 해석할 필요가 있다. 한편 저작권법 제29조 제2항이 ‘판매용 음반’을 재생하여 공중에 공연하는 행위에 관하여 아무런 보상 없이 저작권자의 공연권을 제한하는 취지의 근거에는 음반의 재생에 의한 공연으로 음반이 시중의 소비자들에게 널리 알려짐으로써 당해 음반의 판매량이 증가하게 되고 그에 따라 음반 제작자는 물론 음반의 복제·배포에 필연적으로 수반되는 당해 음반에 수록된 저작물의 이용을 허락할 권능을 가지는 저작권자 또한 간접적인 이익을 얻게 된다는 점도 고려되었을 것이므로, 이러한 규정의 내용과 취지 등에 비추어 보면 위 규정에서 말하는 ‘판매용 음반’이란 시중에 판매할 목적으로 제작된 음반을 의미하는 것으로 제한하여 해석하여야 한다.”고 판시하여 상고를 기각하였다.

4. 검토

첫 번째, 스타벅스 판결은 구 저작권법 제29조 제2항에서 규정한 ‘판매용 음반’의 의미에 대하여 판시한 최초의 대법원 판결이다. ‘판매용 음반’의 의미에 관해서는 종래 일반 소비자와 같은 ‘불특정’ 다수인을 대상으로 시판하는 음반에 한정할 것인지, 그렇지 않으면 ‘특정’ 다수인에게 대가를 받고 양도하는 음반도 포함할 것인지를 둘러싸고 논란이 있었다. 제1심은 후자의, 제2심은 전자의 해석에 각 입각하여 서로 다른 결론을 내렸다. 이에 대법원은 저작권자의 정당한 이익이 부당하게 침해될 염려가 있다고 하여 판매용 음반의 의미를 ‘시중에 판매할 목적으로 제작된 음반’, 즉 시판용 음반에 국한하는 것으로 좁게 해석해야 한다고 판시함으로써 전자의 입장을 취하였다. 학설은 위 대법원 판결에 찬동하는 견해도 있지만,¹⁹⁾ 그보다는 판매용 음반을 시판용 음반으로 제한하여 해석할 것이 아니라 제29조 제2항의 입법취지 및 판매용 음반 관련 규정들의 취지에 따라 본래의 넓은 의미대로 해석할 필요가 있다는 견해가 더 많은 것 같다.²⁰⁾ 그것이 저작권법 목적의 대의에도 부응하는 일이 될 것이라고 한다. 더구나 권리제

19) 김정아, “저작인접권자의 공연보상청구권”, 대법원판례해설 제106호, 법원도서관, 2016.

20) 박성호, 전제논문, 119-120면.

한규정이 권리자와 이용자 간의 이익균형을 도모하는 취지의 규정임을 고려할 때에 판매용 음반을 본래의 의미보다 제한하여 해석할 필요는 없으며, 해석론을 전개하는 데에 입법론적 관점을 과도하게 개입시키는 것은 바람직하지 않다고 한다.²¹⁾²²⁾

두 번째, 현대백화점 판결은 디지털 음원을 스트리밍 방식으로 매장에 들어놓는 행위도 구 저작권법 제76조의2, 제83조의2 상의 ‘판매용 음반을 사용한 공연’에 해당한다고 판시한 것이다. 문제는 구 저작권법 제76조의2, 제83조의2에서 말하는 ‘판매용 음반’과 제29조 제2항의 ‘판매용 음반’ 개념을 반드시 통일적으로, 즉 동일하게 해석하는 것이 필요한지 여부이다. 위 대법원 판결에 관한 해설에서는 “저작권법상 ‘판매용 음반’을 반드시 통일적으로 해석할 필요는 없다”고 주장하고 있다. 나아가 통일적으로 해석하여야 한다는 입장을 찾아보기 어렵다고까지 덧붙인다.²³⁾ 그러나 저작권법 제76조의2, 제83조의2는 보상금 지급의무가 따르는 넓은 의미의 권리제한 규정이고, 제29조 제2항은 보상금 지급의무가 따르지 않는 좁은 의미의 권리제한 규정으로서 어느 쪽이나 ‘공연’과 관련된 권리를 제한하는 규정이라는 점에서 공통된다고 하면서, 따라서 판매용 음반의 의미에 대해 통일적 해석이 필요하지 않다는 취지의 주장은 저작권법상 관련 조항들 간의 체계적인 검토를 소홀히 하였기 때문에 비롯된 오해일 뿐이라는 견해도 있다.²⁴⁾

세 번째, 하이마트 판결은 개정 전 저작권법 제29조 제2항의 ‘판매용 음반’의 개념을 ‘시판용 음반’에 국한하여 해석함으로써 ‘스타벅스 사건’에서 판시한 기존 대법원 판결의 입장을 재차 확인하였다는 점에서 그 의미를 찾을 수 있다.²⁵⁾ 하지만 여기서도 앞에서 지적한 바 있는 구 저작권법상의 ‘판매용 음반’의 개념을 반드시 통일적으로 해석할 필요성이 있는지 여부에 관한 문제는 여전히 미해결 상태로 남는다.²⁶⁾

이와 같이 ‘스타벅스 사건’과 ‘하이마트 사건’에서 각 판시한 구 저작권법 제29조 제2항에서의 ‘판매용 음반’에 대한 해석과 ‘현대백화점 사건’에서 판시한 구 저작권법 제76조의2 및 제83조의2에서의 ‘판매용 음반’에 대한 해석은 서로 어긋나고 있다. 전자에서는 판매용 음반을 좁게 해석하고 후자에서는 넓게 해석하고 있는 것이다. 이러한 엇갈린 것처럼 보이는 판결들이 시중의 혼란을 불러오고 있다는 점에서 이들 판결에서 각 판시한 ‘판매용 음반’에 관한 해석이 상호 모순되지 않고 정합적으로 이해될 수 있는 방안을 강구할 필요가 있다는 점은 수긍이 간다.²⁷⁾

이러한 필요에 부응하기 위하여 2016년 개정된 현행 저작권법은 종전 저작권법에서 사용하던 ‘판매용 음반’이라는 용어를 ‘상업용 음반’으로 개정하였다. 그러나 그 개정된 규정과 관련하여 학계와 실무계의 논란이 더 뜨거워지는 등 혼란은 계속되었고, 마침내 이 규정에 대한 위헌소송이 제기되기에 이르렀다. 그 배경에는 근본적으로 우리 저작권법 제29조 제2항의 적용 범위가 지나치게 넓어 국제조약의 위반 소지가 있을 뿐만 아니라, 다른 나라의 상황과 비교해 보더라도 저작재산권자의 정당한 이익을 해하는 정도가 불합리하게 크다고 할 것인데, 위 개정으로 인하여 그러한 불합리가 더욱 심화되었다고 하는 저작재산권자 측의 주장이 강력하

21) 박성호, 「저작권법」, 박영사, 2014, 560-561면.

22) 박성호, 전제논문, 120-121면.

23) 김정아, 전제논문, 401-403면.

24) 박성호, 전제논문, 123-124면.

25) 정재훈, “롯데하이마트 매장 내 음악재생에 의한 공연저작권 침해 사건”, 저작권문화, 한국저작권위원회, 2016, 29면

26) 박성호, 전제논문, 126면.

27) 상계 논문, 126-127면.

게 제기되었던 사정이 있다.

V. 제29조 제2항의 위헌성 등에 대한 검토

1. 문제점

우선 개정 전 ‘판매용 음반’의 범위를 해석함에 있어서는 그 용어가 사용된 저작권법 규정의 취지가 각각 다르다는 점을 이해하는 것이 중요하다. 저작권법 제29조 제2항은 저작재산권인 공연권을 제한하는 취지의 규정이지만, 제76조의2 제1항 및 제83조의2 제1항은 실연자와 음반제작자에 대한 판매용 음반 공연사용에 대한 보상청구권 행사의 요건을 제공하는 취지의 규정이다. 따라서 전자는 권리제한 규정이고 후자는 권리부여 규정으로서 서로 상반되는 취지를 가지고 있는 것이다.²⁸⁾ 그렇기 때문에 서로 상반되는 취지의 규정에서 사용된 판매용 음반이라는 용어를 통일적으로 해석하는 것이 가능하나 하는 문제에서부터, 더 나아가 그러한 상반된 규정에서의 용어를 일률적, 통일적으로 해석할 필요성이 있느냐 하는 문제에 이르기까지 기본적인 의문이 제기될 수 있다. 이 점에서 볼 때 본 용어에 대한 개정은 권리자의 이익 침해는 물론이고 저작권과 저작인접권의 차이, 그리고 저작물의 자유이용 등 서로 다른 법률적 문제들에 대하여 보다 철저한 분석을 통하여 이루어져야 했다는 생각이 든다.²⁹⁾

앞서 살펴본 바와 같이 대법원은 저작권자의 공연권 제한 근거를 정하고 있는 제29조 제2항이 문제가 된 사안에서는 ‘판매용 음반’을 ‘시중에 판매할 목적으로 제작된 음반’으로 엄격하게 한정하여 해석하고 있다³⁰⁾. 반면에 실연자와 음반제작자에 지급하여야 할 보상금을 정하고 있는 구 저작권법 제76조의2 제1항 및 제83조의2 제1항의 ‘판매용 음반’에 대한 대법원의 해석은 위 제29조 제2항에 대한 그것보다 훨씬 넓다. 여기에서는 ‘불특정 다수인에게 판매할 목적으로 제작된 음반뿐만 아니라 어떠한 형태이든 판매를 통해 거래에 제공된 음반이 모두 포함된다’고 판단하고 있다.

요컨대 개정법은 구 저작권법상 ‘판매용 음반’이라는 동일한 법률용어에 대한 엇갈린 법원의 판단들이 서로 다른 입법 목적과 이해관계자를 대상으로 구체적 타당성을 도모하고자 한 것임을 간과하였거나 경시한 채, 확일적으로 ‘상업용 음반’으로 용어를 바꾸어 규정함으로써 해석의 통일성은 높아졌는지 모르지만, 대법원 판결들이 추구하고자 했던 구체적 타당성은 오히려 훼손된 것이 문제의 소지가 되고 있는 것으로 보인다.

2. 자기결정권 침해 여부

가. 자기결정권의 의의

헌법상 자기결정권이란 개인의 일정한 사적 사안에 관하여 국가로부터 간섭을 받음이 없이 스스로 결정할 수 있는 권리를 말한다. 이는 우리 헌법이 보장하는 가치인 인간의 존엄성에 바

28) 다만, 박성호 교수는 전자는 보상금 지급의무가 따르지 않는 좁은 의미의 권리제한 규정이고, 후자는 보상금의 지급의무가 따르는 넓은 의미의 권리제한(statutory license) 규정으로서, 어느 쪽이나 공연과 관련된 권리를 제한하는 규정이라는 점에서 공통된다고 해석한다. 박성호, 전제 논문, 8면 참조.

29) 해당 대법원 판결들조차 논리전개에 필요한 논의가 극히 축약되어 있고 판결이유가 극히 제한적으로 제시되어 문제가 있다는 지적이 있다. 남형두·이일호, 「음악저작물의 2차적 이용에 관한 저작권 문제 연구, 한국음악저작권협회 연구용역보고서, 18면.

30) 대법원 2016.8.24. 선고 2016다204653판결, 대법원 2012.5.10. 선고 2010다87474 판결 등.

당하고 있으며 행복추구권(헌법 제10조)에서 도출된다.³¹⁾

이러한 자기결정권도 절대적 기본권이 아닌 이상 헌법 제37조 제2항에 의하여 국가안전보장·질서유지·공공복리를 위하여 법률로써 제한할 수 있다. 제29조 제2항이 저작권자의 상업용 음반 등을 통한 공연권 행사에 대하여 일정 요건 하에 제한을 하는 것도 헌법상 자기결정권에 대한 일반적 법률유보에 의한 제한으로 볼 수 있다.

나. 자기결정권 침해 여부 검토

저작권자는 저작재산권의 하나인 공연권(저작권법 제17조)을 가지며 누구든지 저작권자의 이용허락 없이는 공연을 할 수 없다(동법 제46조). 타인의 공연권 행사에 대한 이용허락 여부는 물론 그 행사에 대한 급부청구 여부도 저작권자만이 결정할 수 있는데, 이는 헌법상 자기결정권을 저작권법이 허용하는 범위에서 행사하는 것으로 파악할 수 있다.

앞서 제29조 제2항의 해석과 관련한 스타벅스와 하이마트 사건에서 대법원은 판매용 음반을 시중에 ‘판매할 목적으로 제작된’ 음반을 의미하는 것으로 제한적으로 해석하였고,³²⁾ 이러한 해석에 따르면 ‘처음부터’ 시판을 목적으로 제작된 음반만이 상업용 음반으로 성립할 수 있다고 풀이된다. 그러나 저작권법 개정을 통하여 음반에 대한 정의에서 음이 유형물에 고정된 것뿐만 아니라 음을 디지털화한 것을 포함하는 개념으로 변경되면서, 처음부터 시판을 목적으로 유형물에 음을 고정한 형태의 것이 아니라 할지라도 상업용 음반에 해당될 가능성이 열리게 되었다. CD 등 특정 유형물에 음을 고정시키는 방식의 음반의 개념에서 탈피하여 저작자는 매체를 불문하고 폭넓게 자신의 창작물을 음반으로 만들 수 있게 되었고, 그만큼 상업용 음반에 해당될 수 있는 범위도 확대되었다. 뿐만 아니라, 저작자가 창작 당시에는 비상업용으로 만들었던 음반이 저작자의 의사나 관리와는 무관하게 방송국 또는 영상제작자 등 이용자의 선택에 따른 상업적 목적 사용에 의하여 상업용 음반으로 변모될 수 있는 가능성이 있게 된 것이다.

예컨대 처음에는 특정 공간에서 재생하기 위해서나 단순 기록 목적 또는 내부 활용 등을 위한 목적으로 제작된 음반(비상업용 음반)을 이용자가 매장 홍보나 광고 삽입 등의 목적으로 사용한다면 그 음반은 상업용 음반으로 성격이 전환될 수 있는 것이다³³⁾. 이처럼 처음에는 비상업용 음반을 제작한 경우라 할지라도 타인인 이용자의 선택에 따른 용도, 공연 방법 등에 의해, 저작자의 의사와는 무관하게 상업용 또는 비상업용 음반으로 그 성격이 바뀔 수 있게 되면서, 제29조 제2항과 관련하여 공연에 대한 사용료 등을 청구할 수 있는지 여부가 달라질 수 있다. 이처럼 오로지 자신이 결정할 수 있는 본인의 저작물의 법적 성격과 영리 추구 여부, 타인에 대한 배타적인 공연권 행사 여부가 자신의 의지와는 관계없이 결정됨으로써 헌법상 자기결정권을 침해할 소지가 있게 되는 것이다.

3. 평등의 원칙 위반 여부

가. 평등의 원칙의 의미

헌법 제11조 제1항은 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.” 고

31) 헌법재판소 1990.9.10. 선고 89헌마82 결정.

32) 대법원 2016.8.24. 선고 2016다204653 판결

33) 「개정 저작권법에 따른 상업용 음반 바로알기」, 전계 소책자, 9, 10면.

규정하여 평등의 원칙을 천명하고 있다. 평등을 판단하는 기준으로서 학설과 판례는 오랫동안 ‘자의금지의 원칙³⁴⁾’을 설정해오고 있으며 그 내용은 “본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게, 본질적으로 다른 것을 자의적으로 같게 취급하는 것을 금하는 것”으로 나타난다³⁵⁾³⁶⁾. 따라서 두 개의 사실관계 사이에 서로 다른 취급을 정당화할 수 있을 정도의 차이가 없음에도 불구하고 두 사실관계를 서로 다르게 취급한다면 평등권을 침해할 수 있다.

개정된 제29조 제2항이 평등의 원칙에 위반되는지 여부를 다음과 같이 나누어 살펴본다.

나. 영리 목적 저작자와 비영리 목적 저작자의 불합리한 차별

음반을 제작하는 경우 그 목적이 영리추구에 있는 것인지 여부는 저작자나 저작인접권자마다 다를 수 있다. 이는 존엄성을 지닌 인간의 자기결정권의 하나로서 우리 헌법상 행복추구권(헌법 제10조)으로 보장된다. 처음부터 광고나 홍보, 판매 등을 목적으로 ‘상업용’으로 제작하는 저작자가 있는가 하면, 그러한 목적 없이 순수한 ‘비상업용’ 용도로 제작하는 저작자도 있을 것이다. 그런데 개정된 제29조 제2항을 적용하여 보면 결과적으로 영리를 목적으로 상업용 음반을 만든 사람이 그 음반의 재생 방식의 공연을 하는 경우에 대하여 아무런 사용료 등을 받을 수 없게 되어, 처음부터 비영리 목적으로 음악을 제작한 사람과 동일하게 취급되고 마는 결과를 가져올 수 있다. 이는 본질적으로 다른 것을 같은 것으로 취급한다는 점에서 평등권을 침해할 소지가 있다. 물론 이러한 문제는 개정 전 규정에서도 마찬가지로 생길 수 있는 것이다.

외국의 입법례에서도 공연권 제한규정은 비영리 목적 공연에 대해서만 발견될 뿐³⁷⁾, 공연 자체를 직접적인 영리 목적으로 하지는 않지만 간접적 영리 목적을 위해 공연하는 경우³⁸⁾에 대하여서까지 저작재산권을 제한하는 경우는 찾아보기 어렵다³⁹⁾.

영리 목적의 공연과 비영리 목적 공연은 본질적으로 다른 것이며 이를 동일하게 취급할 헌

34) 독일기본법 제3조 제1항은 ‘일반적 평등의 원리’를 정하면서 국가권력은 본질적인 점에서 동등한 사안을 충분한 근거없이 불평등하게 대우해서는 아니된다고 밝히고 있다. Eric Hilgendorf, dtv-Atlas Recht, 홍기수·홍무원 공역, 「독일법의 기초」, 한국형사정책연구원, 2010, 135면.

35) 정종섭, 「헌법학원론」, 박영사, 2012, 437면.

36) 헌법재판소 2007.4.26. 선고 2006헌바71 결정; 헌법재판소 2003.1.30. 선고 2001헌가4 결정 등.

37) 가령 독일 저작권법의 경우 비영리 목적 공연을 한정적으로 열거하면서도 까다로운 예외 요건을 설정하여 상당한 보상의무를 함께 규정하고 있다.

독일 저작권법 제52조(공개재현)

① 공표된 저작물의 공개재현이 허용되는 것은 그 재현이 개최자의 영리를 목적으로 하지 아니하며 참가자는 대가 없이 입장이 허용되고, 저작물의 강연 혹은 실연에 있어서 실연자(제73조)의 누구도 별도의 보수를 받지 아니하는 경우이다. 이 재현에 대하여는 상당한 보상이 지급되어야 한다. 이 보상의무는 청소년 보호, 사회적 부조, 노인복지사업, 수형자 감호의 행사를 위하여, 그리고 학교행사를 위한 것인 때 그 사회적 혹은 교육적 목적에 비추어 명확하게 한정된 범위의 사람만이 접근될 수 있는 한도에서 면제된다. 다만, 위 행사가 제3자의 영리를 목적으로 하는 때에는 그러하지 아니하다.

② 공표된 저작물의 공개재현은 교회 혹은 종교단체의 예배 혹은 종교상의 축제에서 또한 허용된다. 다만, 개최자는 저작자에 대하여 상당한 보상을 지급하여야 한다.

38) 공연 자체에 대한 직접적인 대가를 수령하지는 않지만 그 공연으로 인하여 매장의 분위기를 좋게 하는 등 영업에 간접적인 이익을 가져오는 경우로서, 제29조 제2항은 이러한 경우를 예정하여 공연권을 제한하는 규정이다.

39) 김병일, “음악공연권과 그 제한에 관한 고찰”, 산업재산권 제17호, 한국산업재산권법학회, 2005, 229-248면; 이호홍, 「디지털환경에서의 공연권에 관한 연구」, 한국저작권위원회 연구보고서, 2010, 76-91면; 조상혁, “판매용음반의 공연에 관한 저작권법 제29조 제2항에 관한 연구”, 홍익법학 제16권 제2호, 2015, 315면.

법적 근거나 합리적 이유는 달리 발견되지 않는다. 그렇다면 제29조 제2항은 본질적으로 다른 것을 합리적 이유 없이 자의적으로 같게 취급하는 결과가 되어 헌법상 평등원칙에 위반할 수 있다.

다. 실연에 의한 공연과 상업용 음반의 재생에 의한 공연의 불합리한 차별

매장의 영업적 이익을 위하여 음악을 사용하는 경우, 보통은 실연자의 실연에 의한 공연을 하거나 아니면 상업용 음반 등을 재생하는 방식으로 공연을 하게 된다. 이 때 두 공연은 모두 동일한 목적(매장의 영업이익)에 이바지하는 것인데, 후자의 경우에만 공연권이 제한되어 그에 따른 저작권 사용료 청구가 불가하게 된다. 즉, 실연에 의한 공연이나 상업용 음반에 의한 공연이나 모두 해당 공연이 이루어지는 매장에서 영업이익 기여를 위한 것임에도, 본 개정 조항은 공연 사용료 등의 청구 가능성 여부에 대하여 상업 시설에서 영리적 목적으로 반대 급부 없이 행하여지는 실연에 의한 공연(이 경우 영리목적이므로 제29조 제1항이 적용되지 않아 공연허락을 받아야 한다)과, 상업용 음반의 재생에 의한 공연을 합리적 근거 없이 달리 취급하게 되어 헌법상 평등원칙에 위배될 소지가 있는 것이다.

라. 음반을 무료로 배포한 경우 발생하는 차별

본인이 제작한 음반을 무료로 배포하는 경우 그것이 해당 음반 판매를 위한 홍보 목적일 수도 있고 또는 단순한 비영리적·사교적·기록적 목적일 수도 있다. 개정 저작권법 하에서 전자는 ‘상업용 음반’으로, 후자는 ‘비상업용 음반’으로 구분된다⁴⁰⁾.

이때 해당 음반을 수령한 자가 매장 등에서 재생 방식으로 공연을 한다면, 전자의 경우는 공연에 따른 사용료 등을 부담하지 않는 반면에 후자의 경우는 부담해야 한다. 이는 음반을 창작한 자의 원래 동기나 목적과는 상반될 수 있으며, 본질적으로 다른 영리 목적 공연과 비영리 목적 공연을 굳이 동일하게 취급함으로써 오히려 부자연스럽고, 결과적으로 양자를 합리적 이유 없이 차별하는 것이 되어 평등의 원칙에 위반될 수 있다.

마. 소결론

개정 조항은 영리를 추구하는 저작자와 그렇지 않은 저작자는 달리 취급하는 것이 자연스러움에도 불구하고 굳이 이들을 동일하게 취급하는 셈이 된다는 점, 같은 공간 내에서 실연자의 실연에 의한 공연과 상업용 음반을 사용하는 공연은 그 실질적 목적과 효용에 차이가 없음에도 불구하고 이를 합리적 이유 없이 차별 취급하게 된다는 점, 그리고 본질적으로 다른 비영리 목적의 공연과 영리 목적의 공연을 자의적으로 동일하게 취급할 가능성이 있다는 점에서 평등의 원칙에 위배될 소지가 있다⁴¹⁾.

4. 과잉금지원칙(헌법 제37조 제2항) 위반 여부

과잉금지(또는 과잉입법금지)의 원칙은 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법활동을 함에 있어서 준수하여야 할 기본원칙 내지 입법활동의 한계를 의미하는 것이다. 구체적으로

40) 문화체육관광부·한국저작권위원회, 전제 소책자, 9-10면.

41) 이에 더하여 상업용 음반 등의 범위가 커질수록 정작 창작자인 저작자의 공연권은 제한되는 반면, 실연자나 음반제작자 등 저작인접권자의 보상금청구권은 확대된다는 불합리도 발생할 수 있다.

살펴보면, 국민의 기본권을 제한하는 입법은 그 목적이 헌법 및 법률의 체제상 정당성이 인정되어야 하고(목적의 정당성), 그 목적의 달성을 위하여 취한 방법이 효과적이고 적절하여야 하며(방법의 적정성), 선택된 기본권제한 조치가 입법목적 달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 하고(피해의 최소성), 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다(법익의 균형성). 이는 법치국가의 원리에서 당연히 파생되는 헌법상의 기본원리의 하나인 ‘비례의 원칙’을 말하는 것이기도 하다. 헌법 제37조 제1항은 “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.”, 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.”라고 규정하여 입법권의 한계로서 과잉입법금지의 원칙을 명문으로 천명하고 있다⁴²⁾.

그런데 아래에서 검토하는 바와 같이 저작권법 제29조 제2항의 개정 조항은 과잉금지원칙에 위배될 수 있다는 의문이 제기된다.

가. 목적의 정당성

개정된 저작권법 제29조의 개정이유를 보면 “현행법에서는 음이 유형물에 고정된 것을 ‘음반’으로 정의하고 있어 디지털음원의 포함 여부나 ‘판매용 음반’의 범위에 대해 시장에서 혼란이 발생하고 있으므로 이를 명확히 할 필요가 있음.”이라고 되어 있다.

저장매체와 음원 서비스 방식의 고도화에 따라 음반의 개념에 디지털음원을 포함시키는 것이 필요하고, 그 해석 여하에 따라 저작권자와 저작인접권자(실연자, 음반제작자 등)의 이해관계가 달라질 수 있다. 따라서 법률 개정을 통하여 그 부분에 대한 명확하고 통일적인 해석을 도출할 필요가 있다는 점에서⁴³⁾⁴⁴⁾ 일단 제29조 제2항을 개정한 목적의 정당성은 인정된다고 볼 수 있다.

나. 수단의 적합성

그러나 이 개정 조항이 공연권 제한 대상 범위를 판매용 음반에서 상업용 음반으로 확대한 것은 기존의 관행과 대법원 판례의 취지에 배치되는 측면이 있어서 오히려 시장의 혼란을 가중시키고 권리자에 대하여 더 큰 권리유보를 유발할 가능성이 있다. 따라서 개정법이 개정이유에서 밝힌 바와 같은 시장에서의 혼란 해소와 의미의 명확화라는 목적을 달성하기 위하여 택한 수단이 과연 적합한 것이었는지 의문이 제기된다.

앞에서 본 바와 같이 개정이유에서 언급한 ‘시장의 혼란’은 저작권자의 공연권 제한에 대한 근거 규정인 개정 전 저작권법 제29조 제2항과 실연자 및 음반제작자에 지급하여야 할 보상금 규정인 같은 법 제76조의2 제1항 및 제83조의2 제1항이 모두 ‘판매용 음반’이라는 동일한 용어를 사용한 데에 연유한다.

전자는 저작자의 권리를 제한하는 조항이라는 점에서 대법원은 해당 조항의 ‘판매용 음반’을

42) 헌법재판소 1992.12.24. 선고 92헌가8 결정

43) 제76조의2와 제83조의2는 보상금 지급의무가 따르는 넓은 의미의 권리제한(statutory license) 규정이고, 제29조 제2항은 보상금 지급의무가 따르지 않는 좁은 의미의 권리제한 규정으로서 모두 공연과 관련된 권리를 제한하는 규정이므로 통일적 해석이 필요하다는 주장으로 박성호, “전개논문, 8면.

44) 이와는 반대로 저작권법상 ‘판매용 음반’을 반드시 통일적으로 해석할 필요가 없다는 견해로 김정아, 전개논문, 401-403면.

엄격하게 해석하여야 한다는 점을 강조하며 “시중에 판매할 목적으로 제작된 음반”으로 한정하여 해석하고 있다(스타벅스 사건 및 하이마트 사건 대법원 판결). 반대로 후자는 저작인접권자의 보상청구권에 대한 근거 규정이라는 점에서 전자와는 다른 입법목적 가지고 있다. 대법원은 여기서의 판매용 음반은 “불특정 다수인에게 판매할 목적으로 제작된 음반뿐만 아니라 어떠한 형태로든 판매를 통해 거래에 제공된 음반이 모두 포함된다”고 해석하고 있다(현대백화점 사건판결).

위와 같이 대법원이 상반된 듯한 태도를 보인 이유는 동일한 용어를 사용하고 있는 조문들의 서로 다른 입법 목적을 고려하여 구체적 타당성을 도모하기 위한 것으로 이해할 수 있을 것이다. 그러나 개정법은 이러한 대법원 판결들의 취지를 간과하였거나 경시한 채 일률적으로 용어만 통일함으로써 저작자의 공연권 제한의 범위를 오히려 확대하였고, 이로 인하여 더 큰 혼란을 야기하는 위험을 초래하였다고 볼 수 있다.

따라서 이들 규정의 개정은 개별 조항의 서로 다른 목적과 취지를 충분히 고려하여 그에 부합하는 방향으로 이루어지는 것이 타당하였으며, 특히 제29조 제2항은 저작자의 재산권을 제한하는 법률 조항이므로 그 적용요건을 더욱 엄격하게 규정하는 방향으로 개정되었어야 한다고 본다. 개정법은 기존 ‘판매용’이라는 동일한 용어에 대한 두 가지 해석이 공존하는 현상은 해결하였는지 모르나, 개정 전 저작권법 제29조 제2항에 관해 정립된 대법원의 해석과는 반대로 공연권 제한의 범위를 더 넓히는 취지로 개정되면서 오히려 시장의 혼란을 가중시키는 빌미를 제공하였다. 따라서 이러한 개정은 개정이유에서 밝힌 바와 같은 ‘판매용 음반’ 등의 범위에 관한 혼란을 해소하고 그 의미를 명확히 한다는 목적에 적합한 수단으로 보기 어렵다.

다. 피해의 최소성

‘피해의 최소성’이라 함은 입법자가 선택한 기본권의 제한조치가 입법목적 달성을 위하여 적절한 것일지라도 가급적 완화된 수단이나 방법을 모색함으로써 그 제한을 필요최소한의 것이 되게 하여야 한다는 것을 말한다. 완화규정을 두는 것과 같은 방법이 있음에도 두지 않은 경우⁴⁵⁾, 기본권 행사의 ‘방법’을 규제함으로써도 입법목적이 달성 가능함에도 그 ‘여부’를 규제한 경우⁴⁶⁾, 목적을 상당 부분 달성할 수 있는 다른 수단이나 방법이 있음에도 이를 고려하지 않은 경우⁴⁷⁾등에 대하여 헌법재판소는 ‘피해의 최소성 원칙’에 반하여 위헌이라 선언한 바 있다.

따라서 본 조항에 대한 개정이유와 같이 공연권 제한 대상의 범위를 둘러싼 혼란을 해소하고 그 의미를 명확하게 하기 위한 것이라 하더라도, 다음과 같은 대안적 방법을 통하여 피해의 최소성을 실현할 수는 없었는지 검토해 볼 필요가 있다.

첫째, 공연권 제한 규정인 제29조 제2항과 저작인접권자에 대한 보상금 청구권 요건 조항인 제76조의2 및 제83조의2를 분리하여 서로 다르게 입법하는 방법이다. 가령 용어와 관련하여, 전자에 대해서는 대법원 판례의 태도(대법원 2016. 8. 24. 선고 2016다204653)와 부합하도록 ‘시판용 음반’이라는 용어를, 후자에 대해서는 현재 저작권법상의 용어인 ‘상업용 음반’이라는 용어를 각각 사용하는 방법이 있겠다.

45) 헌법재판소 2011.11.24. 2009헌바146 전원재판부 결정.

46) 헌법재판소 1998.5.28. 96헌가5 결정.

47) 헌법재판소 2011.6.30. 2009헌마406 결정.

두 번째로는 공연권 제한을 해야하거나 할 필요가 있는 경우를 한정적으로 열거하는 방법이 있을 수 있다. 제29조 제2항이 지니고 있는 공연권의 ‘원칙적 제한 및 예외적 허용’이라는 구조를 ‘원칙적 허용 및 예외적 제한’ 방식으로 변경하여 공연권에 대한 제한가능성은 여전히 열어두되 저작자의 권익을 보다 두텁게 보호하는 방식이 있을 수 있다.

세 번째, 대부분의 매장에서 음악저작물의 이용을 통하여 직접 또는 간접적으로 영리적 이익을 도모한다는 점에 비추어, 저작권자 측의 권리가 부당히 과도하게 제한되지 아니하도록 해당 조항에 ‘영리 목적이 없는 경우’를 부가하여 공연권 제한 사유를 엄격히 한정하거나, 반대로 영리 목적이 있는 경우라 하더라도 이용은 할 수 있도록 하되 저작권자에게 적정의 보상이 돌아갈 수 있도록 정비하는 방법⁴⁸⁾이 있을 수 있다.

위와 같은 대안들과 기본권에 대한 침해를 보다 줄일 수 있는 방법이 있음에도 그러한 조치를 취하지 않았다는 것은 최소침해성 원칙을 위반한 것이라고 볼 여지가 있다.

(4) 법익의 균형성

개정 저작권법은 개정 전 저작권법의 ‘판매용 음반’에 대한 서로 다른 해석으로 인하여 발생하는 시장의 혼란을 명확히 한다는 목적(달성하고자 하는 공익) 하에 이루어진 것이지만, 그러한 공익이 존재하는 반면에 간접적인 영리 목적을 위한 경우에는 저작권자에 대한 아무런 보상 없이 공연할 수 있는 대상이 확장되면서 저작권자의 불이익(사익의 침해)이 증대되었다. 뿐만 아니라 개정 전 저작권법하에서 ‘판매용 음반’에 대한 두 가지 해석이 공존하는 현상은 구체적 상황에서 타당한 결론을 도출하기 위한 법리 전개이므로, 굳이 이를 용어 통일을 통하여 시정할 공익적 필요성이 과연 있었는지 의문이며, 설사 있었다 하더라도 그것이 그다지 직접적이거나 높아 보이지 않는다. 그러나 개정으로 인한 사익의 침해는 보다 직접적이면서도 현실적이다. 이는 저작재산권자의 권리를 과도하게 제한하는 것으로서 입법을 통하여 달성하고자 하는 공익의 정도를 훨씬 상회하는 것으로 볼 수 있으므로 법익의 균형성 요건이 충족되지 못한 것으로 평가될 여지가 있다.

5. 포괄적 위임입법 금지원칙 위반 여부

헌법 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”고 규정하고 있다. ‘포괄적 위임입법 금지’란 법률이 위임명령에 규정될 사항을 위임함에 있어서는 구체적으로 그 범위를 정하여 위임하여야 하고, 포괄적으로 위임해서는 안 된다는 것을 의미한다.⁴⁹⁾

우리 판례는 포괄적 위임금지 준수 여부를 적어도 법률에서 위임명령에 규정될 내용 및 범위의 기본사항을 구체적으로 규정하여, 누구라도 당해 법률이나 상위법령으로부터 위임명령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있는가(예측가능성)를 기준으로 판단한다⁵⁰⁾. 여기서의 ‘예측가능성’의 유무는 수권법령의 전반적인 체계와 취지, 목적, 당해 위임조항의 규정형식과 내용, 관련 법규 등을 유기적·체계적으로 종합하여 판단하고, 규제 대상의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토함을 요한다.⁵¹⁾ 여기서 유사 사례를 하나 소개한다.

48) 이렇게 된다면 ‘선사용 후청구’ 방식으로 저작권접권자에게 보상금청구권을 부여하는 법리와 그 구조가 유사해질 것이다.

49) 홍정선, 「행정법특강」, 박영사, 2012, 116면.

50) 대법원 2007.10.26. 선고 2007두9884 판결; 헌법재판소 2008.11.27. 선고 2005헌마 161·189 결정.

51) 대법원 2008.11.27. 선고 2006두19570 판결.

헌법재판소 2011.6.30. 선고 2008헌바166

기반시설의 종류로서 체육시설을 규정한 이 사건 정의조항은 이 사건 수용조항과 결합한 전반적인 규범체계 속에서 도시계획시설사업의 시행을 위해 수용권이 행사될 수 있는 대상의 범위를 확정하는 역할을 하므로 재산권 제한과 밀접하게 관련된 조항이라 할 것이다. 그런데 특히 재산권 수용에 있어 요구되는 공공필요성과 관련하여 살펴본다면 체육시설은 시민들이 손쉽게 이용할 수 있는 시설에서부터 그 시설 이용에 일정한 경제적 제한이 존재하는 시설, 시설이용 비용의 다과와는 관계없이 그 자체 공익목적을 위하여 설치된 시설 등에 이르기까지 상당히 넓은 범위에 걸쳐 있다. 따라서 그 자체로 공공필요성이 인정되는 교통시설이나 수도·전기·가스공급설비 등 국토계획법상의 다른 기반시설과는 달리, 기반시설로서의 체육시설의 종류와 범위를 대통령령에 위임하기 위해서는, 체육시설 중 공공필요성이 인정되는 범위로 한정해 두어야 한다. 그러나 이 사건 정의조항은 체육시설의 구체적인 내용을 아무런 제한없이 대통령령에 위임하고 있으므로, 기반시설로서의 체육시설의 구체적인 범위를 결정하는 일을 전적으로 행정부에게 일임한 결과가 되어 버렸다. 그렇다면, 이 사건 정의조항은 개별 체육시설의 성격과 공익성을 고려하지 않은 채 구체적으로 범위를 한정하지 않고 포괄적으로 대통령령에 입법을 위임하고 있으므로 헌법상 위임입법의 한계를 일탈하여 포괄위임금지원칙에 위배된다.

저작권법 제29조 제2항 단서에서 대통령령에 위임하고 있는 사항도 위 헌법재판소 결정 사안과 유사하게 각종 시설들의 종류와 범위들이다. 대통령령에 위임하는 내용은 비영리공연에서 저작권자로부터의 이용허락을 받고 일정한 저작권 사용료 지급을 통하여서만 저작물을 이용할 수 있는 경우들이며, 동법 시행령 제11조에 열거하고 있다. 이러한 규정은 이용자인 국민들의 권리를 제한하고 침해할 여지가 있는 내용이므로 위임입법에 있어서 구체성과 명확성의 요구가 강화된다고 할 수 있다. 따라서 국민들이 공연권 제한이 적용되지 않는 대통령령이 정하는 시설물들에 대해서 충분히 예측가능할 수 있도록 입법할 필요가 있다. 기본권에 강하게 관련될 수록, 본질적인 사항에 관련될수록 입법자는 보다 정밀하게 규율하여야 한다. 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 영역에서는 구체성과 명확성의 요구가 강화되어 그 위임의 요건과 범위가 일반적인 급부행정의 영역에서보다 더 엄격하게 제한되어야 한다.⁵²⁾ 그런데 제29조 제2항은 예외적으로 공연권이 제한되지 않는 시설의 구체적인 범위를 아무런 제한 없이 대통령령에 위임하고 있으므로, 그 구체적인 범위를 결정하는 일을 전적으로 행정부에게 일임한 결과가 되어 버렸다. 그렇다면, 제29조 제2항은 예외가 적용되는 시설의 성격과 공익성을 고려하지 않은 채, 구체적인 범위를 한정하지 않고 포괄적으로 대통령령에 입법을 위임하고 있으므로 헌법상 위임입법의 한계를 일탈하여 포괄위임금지원칙에 위배될 소지가 있다.

VI. 유사 해외 사례(미국저작권법 제110조 제5항 사건)의 검토

1. 사건의 개요

이 사건은 1998년 10월 27일 제정된 미국의 음악 라이선스 공정화에 관한 법률(Fairness in

52) 헌법재판소 2002.8.29. 2000헌바50, 2002헌바56(병합) 결정; 헌법재판소 2003.7.24. 2002헌바8 결정.

Music Licensing Act of 1998)에 따라 1999년 1월 26일부터 발효된 미국 저작권법 제110조 제5항에 관한 것이다.⁵³⁾ 미국 저작권법은 제106조에서 문학·예술적 저작물의 공중에 대한 공연이나 전시를 허락할 배타적 권리를 저작권자에게 인정하면서도 제110조에서 그 배타적 권리를 제한하고 있다.⁵⁴⁾ 그 중에서 같은 조 제5항은 이른바 ‘영업용 예외(business exemption)’와 ‘가정용 예외(home style exemption)’에 대하여 규정하고 있는데, 영업용 예외 규정은 일정 규모 이하의 음식점과 음식점 이외의 상업시설에서 라디오나 TV방송국에서 일반 공중이 자유롭게 수신할 수 있도록 제작된 비연극적 음악 저작물(non-dramatic musical work)의 공연이나 전시를 허용하고 있었고, 가정용 예외 규정은 소규모 식당과 소매상들이 저작권의 허락이나 로열티의 지급 없이 가정용 기기로 음악방송을 수신하는 것과 개인 주택에서 사용되는 종류의 수신 장치에 대한 전송을 통하여 저작물의 공연이나 전시를 공중에 전달하는 것을 허용하고 있다.

EC는 이 규정에 대하여 TRIPs 협정이 정하고 있는 저작권제한 3단계 테스트를 위반한 것이라고 주장하여 WTO에 제소하였다. 저작권 관련 국제통상 분쟁 중 거의 유일하게 WTO의 패널 보고서가 채택된 이 사건에서 패널은 이 규정의 3단계 테스트 위반 여부를 구체적으로 분석하고 있다. 미국 저작권법 제110조 제5항 (B)호에 규정하고 있는 영업용 예외가 적용되는 시설은 음식이나 음료를 판매하는 시설(음식이나 술을 팔기위한 상업적 시설로 식당, 여관, 바, 선술집 등이 포함된다)과 이를 제외한 기타 시설(기타 상품을 팔거나 서비스를 제공하기 위한 상업적 시설로 상점, 가게 등이 포함된다)로 나누어지는데,⁵⁵⁾ 다만, 그러한 시설 중에서도 전자는 3,750 평방피트(348m²), 후자는 2,000 평방피트(186m²) 규모의 것으로 제한된다. 1999년의 조사에 따르면 미국의 약 70%의 식당과 73%의 술집 및 45% 정도의 소매점이 예외 대상에 포함되는 것으로 추정되었으며,⁵⁶⁾ NRA(National Restaurant Association)에 의해 수행된 조사에 따르면 NRA 회원 중 36%의 테이블 레스토랑(좌석에 앉아 웨이터의 서비스를 받는다)과 95%의 fast-food 식당이 예외 대상에 포함되는 것으로 추정되었다.⁵⁷⁾ 그러나 시설의 규모가 위의 기준을 넘을 경우에도 시설에 사용된 장비의 제한을 초과하지 않는 경우에는 역시 예외가 적용된다.⁵⁸⁾⁵⁹⁾

2. 패널의 평결

이하에서는 미국 저작권법 제110조 제5항 (B)호가 TRIPs 협정 제13조의 3단계 테스트를 충족하고 있는지에 대한 패널의 평결 내용을 살펴본다.

가. 1단계 테스트 : 일부 특별한 경우에 해당하는지

패널은 실질적으로 미국의 대부분 음식점 및 주점 그리고 소매점포의 거의 절반이 미국 저

53) WTO, “Panel Report on United States – Section 110(5) of the US Copyright Act”, 2000, para. 2.1.

54) 동 사건에서 문제된 미국의 조치는 1998년 10월 27일에 발효된 Fairness in Music Licensing Act에 의해 수정된 미국 저작권법 제110조 제5항의 (A)호와 (B)호이다(WTO, *ibid.*, paras. 2.1-2.2.).

55) WTO, *ibid.*, paras. 2.9-2.10.

56) 1999년에 Dun & Bradstreet, Inc.가 American Society of Composers, Authors and Publishers(ASCAP)를 대신하여 1998년 수정된 미국 저작권법의 기준에 해당하는 사업체를 조사한 결과이다(WTO, *ibid.*, para. 2.12).

57) *Id.*, para. 2.13.

58) 공연이 청각 수단만 사용할 경우 6개 이내의 스피커를 사용하고 하나의 방에 4개 이내의 스피커가 사용되어야 한다. 공연이 시청각 수단을 사용할 경우 총 4개 이내의 55인치 이하의 스크린과 6개 이내의 스피커만 사용되어야 하며, 하나의 방에는 1개의 스크린과 4개 이내의 스피커만 사용되어야 한다(미국 저작권법 제110조 제5항 (B)).

59) WTO, *ibid.*, paras. 2.15-2.16.

작권법 제110조 제5항의 (B)호가 규정하고 있는 예외가 미치는 범위에 포함된다는 점을 지적하면서, 미국 저작권법 제110조 제5항 (B)호 영업용 예외 조치는 TRIPS 제13조의 첫 번째 조건인 ‘일부 특별한 경우’를 충족하지 않는다고 결론을 내렸다.⁶⁰⁾⁶¹⁾

패널은 제한과 예외가 ‘일부 특별한 경우’에 해당하는지 여부를 판단할 때에는 잠재적 사용자의 범위까지도 평가하여야 한다는 EC의 주장을 수용하였다.⁶²⁾ 위 테스트에서 우리말로 ‘일부’라고 번역된 ‘certain’이라는 용어는 예외나 제한이 명백하게 정의되어야 한다는 의미이며, ‘특별한(special)’이라는 용어는 예외나 제한이 양적으로나 질적으로 좁아야 한다는 것, 즉 예외나 제한은 일반적인 경우(특별하지 않은 경우)의 반대여야 한다고 해석하였다. 이러한 해석에 따라 패널은 해당 규정이 1단계 테스트를 충족하지 못한다고 하여 EC의 주장을 수용하였다.⁶³⁾⁶⁴⁾

나. 2단계 테스트 : 저작물의 통상적인 이용에 저촉되지 않는지

패널은 저작물의 ‘이용’은 저작권자가 그 저작물에 대한 권리로부터 경제적 가치를 얻을 수 있도록 부여된 배타적 권리를 행사하는 것을 의미한다고 해석하면서,⁶⁵⁾ ‘이용(exploitation)’이란 ‘배타적인 권리를 가지는 저작권자가 그 저작물을 통해 경제적인 이익을 획득하는 것’을 의미한다고 보았다. 또한 ‘통상적(normal)’이라는 표현은 규칙적(regular), 일상적(usual), 전형적(typical), 보통의(ordinary), 관습적(conventional)인 것을 의미하며, 경험적(empirical) 의미와 규범적(normative) 의미 두 가지를 모두 내포하고 있다고 하였다.⁶⁶⁾

이러한 전제아래 패널은, 미국 저작권법 제110조 제5항 (B)호에 의해 예외로 되는 시설이 조사에서 밝혀진 것처럼 상당한 수에 이르고, 이러한 시설은 베른협약에 의해 부여된 배타적 권리를 실행하여 저작권료를 획득할 수 있는 잠재적 기반을 구성한다는 점을 인정하였다. 또한 (B)호가 라디오와 TV 방송을 공중에게 전달하는 것은 면책시키지만 CD와 Tape를 통한 공연은 면책시키지 않은 이유가 설명되지 않은 점도 문제라고 지적하였다. 이러한 미디어 종류에 따른 차별로 말미암아 사용료를 부담해야 하는 녹음된 음악이나 라이브 음악으로부터 사용료가 무료인 TV나 라디오 음악으로 전환되도록 이용자를 유도할 가능성이 있으며, 이것은 결과적으로 CD나 Tape 등 녹음된 음악에 대한 사용을 감소시킬 수 있다는 점을 들어 (B)호의 예외는 베른협약에 따라 부여된 배타적 권리와 관계에서 저작물의 ‘통상적 이용’과 저촉된다고 평결하였다.⁶⁷⁾⁶⁸⁾

다. 3단계 테스트 : 권리자의 정당한 이익을 불합리하게 침해하지 않는지

저작권의 제한과 예외가 정당화되기 위한 세 번째 요건은 ‘권리자의 정당한 이익(legitimate interests)을 불합리하게 침해(prejudice)하지 않아야 한다’는 것이다. 패널은 ‘이

60) Id., para. 6.133.

61) 김은정, 전제논문, 75-76면.

62) WTO, Ibid., para. 6.127.

63) Id., paras. 6.107-6.111.

64) 이성형·전정기, “TRIPS협정과 우리 저작권법 제29조 제2항의 양립성”, 국제상학 제28권 제2호, 2013, 272-273면.

65) WTO, Ibid., para. 6.165.

66) Id., paras. 6.166-6.167.

67) Id., paras. 6.206-6.210.

68) 이성형·전정기, 전제논문, 276-277면.

익'이라는 용어의 통상적인 의미는 재산에 대한 법적 권리 또는 권원, 재산의 사용 또는 수익을 포함한다고 보았다.⁶⁹⁾ 나아가 패널은 침해의 합리성 여부를 판단함에 있어서는 현실적인 영향과 잠재적인 영향 모두를 고려해야 한다는 점을 강조하면서, 특히 3단계 테스트와 관련하여 현실적인 손해만이 고려되고 잠재적 손해가 고려되지 않는다면 새로운 저작권재산권이 도입될 경우, 그 적용범위와 관계없이 그 배타적 권리에 대한 새로운 예외의 도입을 정당화 하는 것이 가능할 것이고, 그로 인하여 권리자의 장래 발생할 수 있는 이익을 얻을 기회가 박탈되는 결과를 초래하기 때문에 TRIPS협정에 규정된 최소한의 보호기준에 어긋나는 것이라고 하였다.⁷⁰⁾

2. 미국 사례에 비추어 본 저작권법 제29조 제2항의 3단계 테스트 충족성

우리 저작권법 제29조 제2항은 그 적용범위를 대통령령으로 일부 제한하고 있지만, 이는 전체 대상 범위 가운데 극히 일부에 지나지 않는다. 대통령령에서 제한하는 범위는 '식품위생법 시행령'에 따른 단란주점과 유흥주점에서 하는 공연 및 기타 음악 또는 영상저작물을 감상하는 설비를 갖추고 음악이나 영상저작물을 감상하게 하는 것을 영업의 주요 내용의 일부로 하는 공연 등이다. 그러므로 음악이나 영상저작물을 감상하게 하는 것을 영업의 주요 내용으로 하지 않는 식당이나 커피숍, 술집 및 각종 상점 등 수 많은 시설에서 배경음악 등으로 상업용 음반을 사용할 경우는 모두 이 규정에 의하여 공연권이 제한된다. 이에 이 규정이 저작권자의 권리를 과도하게 제한할 소지가 있다는 지적이 꾸준히 제기되어 왔다.⁷¹⁾ 그러므로 여기서 저작권법 제29조 제2항이 TRIPS 협정 제13조가 규정하고 있는 3단계테스트의 요건을 모두 충족하는지 여부를 앞서 본 미국의 사례에 비추어 검토해 보기로 한다.⁷²⁾

미국 사례에서 패널은 '일부 특별한 경우'란 제한이나 예외가 명백하게 정의되고 양적·질적으로 좁아야하며, 일반적이지 않아야 한다고 해석하였다. 이 사건에서 미국의 영업용 예외의 경우 면적 제한 규정⁷³⁾을 가지고 있었으며 면적이 이보다 클 경우에도 장비의 제한을 받는다.⁷⁴⁾ 이 기준에 따라 약 70%의 식당과, 73%의 술집 및 45%의 소매점이 수혜 범위에 포함되었다. 패널은 면적 제한이 있다 하더라도 이 정도의 비율이라면 '일부 특별한 경우'에 해당할 수 없는 정도라고 판정하였다. 반면 가정용 예외의 면적제한은 Aiken 사건의 면적 이내로 제한되었고,⁷⁵⁾ 사용하는 장비도 가정용 장비로 제한되어, 미국 식당의 16%, 술집의 13.5%, 소매점의 18%가 가정용 예외의 혜택을 누릴 수 있는 규모에 해당하였다. 따라서 패널은 가정용 예외는 양적인 측면에서 비교적 낮은 비율로 제한되었다고 인정하여 '일부 특별한 경우'에 해당된다고 판단하였다. 우리 저작권법 제29조 제2항의 경우, 예외가 적용될 범위는 정의되어 있으나 그 적용범위가 너무 넓다는 점이 지적될 수 있다. 식당·커피숍·술집 등에 대하여는 면적 제한이나 장비제한에 대한 규정이 전혀 없고, 상점의 경우에는 3,000m² 이상의 대형마트·전문점·백화점 또는 쇼핑센터만 제한되도록 규정되어 있다.⁷⁶⁾ 따라서 제29조 제2항은 3단계 테스트의 첫 번째 테스트를 통과하기 어려운 것으로 보이며, 추후 저작권법의 개정을 통하여 면적과 장비제한 등을 추가하여 예외가 적용되는 비율을 낮추는 것을 고려해 볼 필요가 있다.⁷⁷⁾

69) WTO, Ibid., paras. 6.223-6.225.

70) Id., para. 6.247.

71) 김병일, 전제논문, 223면.

72) 이성형·전정기, 전제논문, 282면.

73) 식당과 술집은 3,750 평방피트(348m²), 소매점의 경우에는 2000 평방피트(186m²)로 제한되었다.

74) 각주 58. 참조.

75) Aiken 사건의 면적은 98m²이었으며 그 중 56m²이 공중에게 개방되었다.

76) 저작권법 시행령 제11조 제6호 및 유통산업발전법 시행령 제3조 참조.

미국 사례에서 패널은 ‘저작물의 이용’이란 저작권자가 그 권리로부터 경제적 가치를 얻기 위하여 하는 활동을 말하는 것이며, ‘통상적’이란 경험적·양적 측면과 규범적 측면을 포함하는 것으로서, 실질적으로 수익을 얻는 이용형태 뿐만 아니라 잠재적으로 이익을 획득할 가능성이 있는 이용형태를 포함하여야 한다고 보았다. 패널은 가정용 예외가 연극적 음악 저작물의 이용만을 허용하고 있고, 미국이나 다른 어떤 나라에서도 식당, 술집과 소매점에서 연극적 저작물의 방송을 통한 공연에 대하여 사용허가를 하는 관행이 없으며, 따라서 음악 저작물의 권리자가 그러한 이용을 통하여 상당한 정도의 경제적 실질적 이익을 얻을 수 있다고 볼 수 없으므로 저작물의 통상적 이용에 저촉되지 않는다고 판시하였다. 그러나 영업용 예외에 대하여는 미국 저작권법에 의해 예외로 인정되는 시설이 상당한 수에 이르고 이러한 시설은 저작권료를 획득할 수 있는 잠재적 기반을 구성한다는 점, 문제된 미국 저작권법 제110조 제5항이 라디오와 TV 방송을 공중에게 전달하는 것은 면책하지만 CD와 Tape를 통한 공연은 면책하지 않는 이유가 설명되지 않은 점, 그리고 이러한 미디어 종류에 따른 차별이 사용료를 부담해야 하는 CD나 Tape 등 녹음된 음악이나 라이브 음악으로부터 사용료가 무료인 TV나 라디오 음악으로 전환되도록 유도할 것이며, 이것은 결국 녹음된 음악에 대한 사용료 수입을 감소시키게 될 것이라는 점과 음악저작물의 저작권자들이 예외에 포함되는 많은 시설에 대하여 공연권을 행사할 수 있기를 기대한다는 점 등을 들어 저작물의 ‘통상적 이용’에 저촉된다고 판시하였다. 우리 저작권법 제29조 제2항의 경우, 이 규정에 의해 공연권이 면제되는 시설의 비율은 미국보다 더 높으며 이러한 시설도 권리자가 저작권료를 획득할 수 있는 잠재적 기반을 구성한다는 점, 그리고 미국법은 방송에 대하여 공연권을 면제하였고, 우리 법은 반대로 상업용 음반(즉, CD나 Tape 등)을 면제한다는 점에서 차이가 있지만 결국 일부 매체에 대한 예외만 허용한다는 점, 그리고 최근에 한국음악저작권협회 등에서 공연권의 확대 적용계획이 추진된 점⁷⁷⁾ 및 스타벅스 사건에서 한국음악저작권협회가 외국계 커피전문점을 상대로 제소한 사례⁷⁹⁾처럼 저작권자들이 이 분야에 대한 저작권행사를 원하고 있다는 점 등에서 미국의 영업용 예외 사례와 상당히 유사하다고 볼 수 있다. 그러나 저작권자가 공연권을 행사한다고 하더라도 음악을 이용하는 모든 시설에 대하여 그 권리를 행사할 수는 없을 것이다. 예컨대 포장마차나 소규모 영세상점까지 모두 다 음악 이용료를 부담하게 한다는 것은 이론적으로나 현실적으로나 설득력이 떨어진다. 따라서 저작권자가 공연권을 행사할 수 있는 시설의 범위는 일정한 기준을 넘는 규모나 시설을 갖춘 식당 또는 상점 등이 될 것이다. 그러므로 예외가 적용되는 범위를 합리적인 수준으로 축소시켜 예외의 적용을 받는 시설과 저작권자의 통상적 이용의 대상이 되는 시설이 중복되지 않게 함으로써 저작권자의 통상적 이용이 침해될 위험성을 감소시킬 수 있을 것으로 생각된다. 저작권자가 공연권을 행사할 수 있을 정도의 규모나 시설을 갖추지 않은 소규모 영세업자에 대하여는 예외를 허용하더라도, 이러한 예외가 저작권자가 음악 공연권을 활용하여 경제적 이익을 획득하는 통상적 이용과 충돌하지 않는 범위로 제한되어야 할 것이다.⁸⁰⁾

미국 사례에서 패널은 저작권자의 수입에 대한 불합리한 손실에는 현실적 손실뿐만 아니라

77) 이성형·전정기, 전제논문, 282면.

78) 최상필, “음악저작권자의 공연권확대”, 스포츠와 법 제14권 제2호, 한국스포츠엔터테인먼트학회, 2011, 161면; 한-EU FTA 지적재산권 협상에서는 음식점이나 커피숍 등 공공장소에서의 음악공연에 대하여 보상을 청구할 수 있는 공연보상청구권이 핵심적 쟁점의 하나로 제기된 바 있다(남영숙, “한 EU FTA 협상의 저작권 논의에 관한 소고”, 계간 저작권, 저작권심의조정위원회, 2008, 11면.)

79) 대법원 2012. 5. 10. 선고 2010다87474 판결 참조.

80) 이성형·전정기, 전제논문, 283-284면.

잠재적 손실까지 고려하여야 한다고 보았다. 패널은 제110조 제5항의 영업용 예외의 경우, 특정 시설에 대한 방송이라는 매체를 통한 공연을 면제함으로써 당해 시설로부터 수수하거나 수수할 수 있었던 이용료 손실뿐만 아니라 CD나 Tape를 구입할 사람들도 방송이라는 매체를 대신 이용하게 됨으로써 줄어들게 되는 CD나 Tape의 판매 감소로 인한 손실, 그리고 그러한 판매 감소로 인하여 저작자와 음반제작자의 계약에서 약정 저작권료의 감소가 일어날 수 있다는 점 등을 모두 고려할 때 이러한 예외는 권리자의 정당한 이익을 불합리하게 침해한다고 보았다. 그러나 가정용 예외에 대하여는 예외의 목적, 예외에 포함되는 시설의 수, 장비의 제한 등을 검토하였으나, 그 적용범위가 연극적 음악저작물(오페라, 오페레타, 뮤지컬 등)로 제한된 점을 특별히 주목하였다. 왜냐하면 미국뿐만 아니라 어느 나라에서도 저작권자들이 연극적 음악저작물의 방송을 통한 공연에 대하여 허가하거나 허가를 시도한 경우를 찾아볼 수 없었기 때문이었다. 또한 가정용 예외에 포함되는 소규모 시설에 의한 음악공연은 저작권자 단체의 중요한 수입원이 된 적이 없고 잠재적 손실까지 고려하더라도 권리자의 정당한 이익에 대하여 불합리한 수준의 침해를 야기한다고 보지 않았다. 우리 저작권법 제29조 제2항에 의한 제한이 저작권자의 수입에 대하여 불합리한 손실을 야기하느냐의 문제는 구체적 상황 속에서 개별적으로 판단하여야 할 문제이다. 그러나 손실에 있어서는 현실적 손실뿐만 아니라 잠재적 손실도 고려하여야 하므로 지금까지 우리나라 저작권자나 저작권협회 등에서 공연권에 대하여 권리행사를 하거나 시도한 것뿐만 아니라 정당한 권리행사가 가능한 범위까지를 포함하여 손실을 고려하여야 하며, 상업용 음반에 대한 예외 적용으로 인하여 상업용 음반의 판매나 다른 매체의 사용에 미치는 영향 등도 함께 평가되어야 할 것이다.

한편, 저작권을 제한하더라도 저작권자에 대한 별도의 보상규정이 마련된다면 불합리한 손해를 야기하지 않는 것으로 해석되어야 한다는 주장이 있다.⁸¹⁾ 우리 저작권법은 2009년 3월 개정에서 실연자와 음반제작자에 대한 보상규정을 도입한 바 있다.⁸²⁾ 따라서 위의 주장대로라면 실연자와 음반제작자에 대한 ‘불합리한 침해’는 제거되었다고 볼 수 있을 것이다. 그러나 저작자에 대한 보상은 여전히 누락된 상태에 있다. 이에 대하여 저작권법 제29조 제2항의 상업용 음반에 대한 저작권의 제한은 저작권자의 허락 없는 공연을 허용함으로써 저작권 수입의 손실을 야기하지만, 다른 한편 음악저작물의 홍보에도 기여하여 음반 판매량의 증대에 영향을 주게 되므로 이를 감안할 때 큰 문제가 없다는 주장이 있으며,⁸³⁾ 우리 대법원도 제29조 제2항이 ‘판매용 음반’으로 한정된 것은 “음반의 재생에 의한 공연으로 그 음반이 시중의 소비자들에게 널리 알려짐으로써 당해 음반의 판매량이 증가하게 되고” 그에 따라 “저작권자 또한 간접적인 이익”을 얻게 된다는 점이 입법당시에 고려된 것으로 해석하였다.⁸⁴⁾ 그러나 이러한 해석이 타당하려면 그 전제 조건으로 음반의 무료 이용이 홍보 효과를 불러와 오히려 음반의 판매량 증가에 기여한다는 사실이 구체적으로 검증될 필요가 있을 뿐만 아니라, 설사 판매량 증가에 기여한다고 하더라도 저작자와 음반제작자를 구별하여 음반제작자에 대하여는 보상하면서 저작자에 대하여 보상하지 않는 이유를 합리적으로 설명할 수 있을지 의문이다. 이러한 점을 종합할 때 우리 저작권법 제29조 제2항은 TRIPS 협정 제13조의 세 번째 테스트를 충족하지 못할 가능성이 높다.⁸⁵⁾

81) 최상필, 전제논문, 172면.

82) 저작권법 제 76조의2, 제83조의2 참조.

83) 이러한 주장은 저작자와 이용자의 이익의 균형, 저작자의 이익과 문화의 향상 발전의 균형, 저작자의 권리 강화로 인한 사회적 비용증가와 소비자 후생의 감소라는 측면을 바탕으로 한 것이다(최상필, 전제논문, 172-175면.).

84) 대법원 2012. 5. 10. 선고 2010다87474 판결 참조.

VII. 결 론

이상에서 음반 및 상업용 음반의 개념에 관한 국제조약의 규정과 우리 저작권법상 동 개념의 도입 경위, 그리고 ‘판매용 음반’의 의미를 두고 엇갈렸던 대법원 판결의 내용과 그러한 해석상의 혼란을 해소하기 위하여 개정된 현행법 제29조 제2항의 위헌 여부와 관련된 쟁점, 나아가 이 규정과 유사한 규정을 두고 국제조약 위반 여부가 쟁점이 되었던 미국의 관련 사례가 어떻게 다루어졌고, 그에 비추어 우리 현행법 제29조 제2항의 국제조약 위반 여부는 어떻게 판단될 것인지에 관하여 살펴보았다.

특히 TRIPS, WCT, WPPT 등의 조약을 통하여 저작권제한에 대한 국제적인 표준으로 자리매김하고 있는 이른바 3단계 테스트의 국내적 이행은 입법에서뿐만 아니라 행정과 사법에 있어서도 존중되어야 할 필요가 있다.⁸⁶⁾ 3단계 테스트의 기준을 바탕으로 우리 저작권법 제29조 제2항의 조약 합치성을 검토해 본 결과, 첫째, 제29조 제2항은 그 적용범위가 너무 넓고, 둘째, 예외적 이용으로 허용되는 범위가 통상적 이용으로 기대되는 범위를 침해할 가능성이 높으며, 셋째, 제한되는 권리로부터 손실이 예상되는 저작권자에 대한 보상제도도 마련되지 않아 불합리한 수입의 손실이 있는 것으로 볼 여지가 크다. 저작권 보호의 목적이 저작권자를 보호하여 새로운 창작 활동을 고무시키고 이를 통하여 문화의 향상 발전을 도모하는 것이지만, 또한 동시에 저작권의 보호는 저작자와 사용자에게 상호이익이 되고 사회 및 경제복지에 기여하는 방법으로 권리와 의무의 균형에 기여하여야 한다는 점에서 저작자와 이용자 간의 균형을 고려하여야 한다. 우리나라도 국제사회의 책임 있는 일원으로서 국제조약에 의해 부여된 의무를 준수하여야 하므로 위에서 살펴본 TRIPS 제13조의 3단계 테스트 충족여부도 충분히 고려하여야 할 것이다.⁸⁷⁾

우리나라의 공연권 제한규정에 대하여는 그 동안 EU 등을 통하여 국제적 분쟁가능성이 꾸준히 제기되어 왔다. 일반적으로 승인된 국제조약은 국내법과 동일한 효력을 가지고 있는바,⁸⁸⁾ 우리나라 저작권법 제29조 특히, 그 제2항은 TRIPS, WCT 및 WPPT 등 우리나라가 가입한 조약으로 일반적으로 승인된 국제조약에서 공통적으로 규정하고 있는 3단계 테스트의 통과여부가 문제될 수 있다.⁸⁹⁾ 게다가 2016년 2월 저작권법 개정으로 인해 우리나라에서의 공연사용료 징수의 면제 폭이 오히려 더 넓어졌는데, 이는 그러한 위험성을 더욱 높일 가능성을 내포하고 있다. 향후 저작권법과 그 시행령을 해석하거나 개정함에 있어서 주의를 기울여야 할 부분이다.

85) 이성형·전정기, 전제논문, 284-285면.

86) 박선욱, “저작권의 제한과 예외: 미국 저작권법 제110조 5항 사건에 대한 WTO 분석을 중심으로”, 경원법학 제2권 제3호, 2009, 167-168면.

87) 이성형·전정기, 전제논문, 286면.

88) 헌법 제6조 제1항.

89) 이호홍, 전제서, 106면.

참 고 문 헌

- 문화체육관광부·한국저작권위원회, 「개정 저작권법에 따른 상업용 음반 바로알기」, 2016.
- 박성호, 「저작권법」, 박영사, 2014.
- 오승중, 「저작권법」, 박영사, 2016.
- 이호홍, 「디지털환경에서의 공연권에 관한 연구」, 한국저작권위원회, 2010.
- 정종섭, 「헌법학원론」, 박영사, 2012.
- 홍기수·홍무원 공역, 「독일법의 기초」, 한국형사정책연구원, 2010.
- 홍정선, 「행정법특강」, 박영사, 2012.
- 한국저작권위원회, 「독일 저작권법」, 2010.
- _____, 「미국저작권법」, 2010.
- 김병일, “음악공연권과 그 제한에 관한 고찰”, 산업재산권 제17호, 한국산업재산권법학회, 2005.
- 김은정, “국제통상법에서 저작권보호의 변화와 그 제한 및 예외에 관한 연구”, 성신법학 제 11호, 2012.
- 김정아, “저작인접권자의 공연보상청구권”, 대법원판례해설 제106호, 법원도서관, 2016.
- 남영숙, “한 EU FTA 협상의 저작권 논의에 관한 소고”, 계간 저작권, 저작권심의조정위원회, 2008.
- 남형두, 이일호, “음악저작물의 2차적 이용에 관한 저작권 문제 연구”, 한국음악저작권협회, 2016.
- 박성호, “구 저작권법 제29조 제2항, 제76조의2 및 제83조의2에서 규정하는 ‘판매용 음반’의 개념과 의미”, 정보법학 제20권제3호, 한국정보법학회, 2017.
- 송재섭, “저작권법상 자유이용의 대상이 되는 ‘판매용 음반’의 범위”, LAW&TECHNOLOGY 제7권 제6호, 서울대학교 기술과법센터, 2011.
- 이성형·전정기, “TRIPS협정과 우리 저작권법 제29조 제2항의 양립성”, 국제상학 제28권 제2호, 2013.
- 정재훈, “롯데하이마트 매장 내 음악재생에 의한 공연저작권 침해사건”, 저작권 문화, 한국저작권위원회, 2016.
- 조상혁, “판매용 음반의 공연에 관한 저작권법 제29조 제2항에 관한 연구”, 홍익법학 제16권 제2호, 2015.
- 최상필, “음악저작권자의 공연권확대”, 스포츠와 법 제14권 제2호, 한국스포츠엔터테인먼트학회, 2011.
- 한지영, “개정 저작권법에 의한 상업용 음반의 의의와 실연자의 보상청구권에 관한 고찰”, 한국재산법학회, 재산법연구 제33권 제4호, 2017.
- 加戸守行, 「著作権法 逐条講義」, 著作権情報センター, 2006.
- 半田正夫·松田政行, 「著作権法コンメンタル」, 勁草書房, 2008.
- Jorg Reinbothe and Silke von Lewinski, *The WIPO Treaties, 1996*, Battenworths, 2002.
- WTO, *Panel Report on United States-Section110(5) of the US Copyright Act*, 2000.

국 문 초 록

2016년 개정된 현행 저작권법은 종전 저작권법에서 사용하던 ‘판매용 음반’이라는 용어를 ‘상업용 음반’으로 개정하였다. 이는 ‘판매용 음반’의 의미를 두고 실무계의 의견이 나뉘고 그에 대한 대법원 판결이 엇갈리는 것처럼 보이는 등 혼란이 있었기 때문에 이를 해소하고 통일적인 개념 정립을 위한 취지였던 것으로 생각된다. 그러나 그 개정에도 불구하고 학계와 실무계의 논란이 더 뜨거워지는 등 혼란은 계속되었고, 급기야는 이 규정에 대한 위헌소송이 제기되기에 이르렀다.

이에 본 논문에서는 먼저 음반 및 상업용 음반의 개념에 관한 국제조약의 규정과 우리 저작권법상 동 개념의 도입 경위 등에 관하여 간략히 살펴본다. 그리고 ‘판매용 음반’의 의미를 두고 엇갈렸던 대법원 판결의 내용을 소개하고, 그러한 해석상의 혼란을 해소하기 위하여 개정된 현행법 제29조 제2항의 위헌 여부와 관련된 쟁점, 나아가 이 규정과 유사한 규정을 두고 국제조약 위반 여부가 쟁점이 되었던 미국의 관련 사례가 어떻게 다루어졌는지를 살펴봄으로써 향후 우리나라에 있어서 논의 전개의 실마리를 제공해 본다.

Abstract

The 2016 revision of the Korean Copyright Law has revised the statutory term ‘phonogram for sale’ to ‘commercial phonogram’. The revision was purposed to establish a unified concept, which was to resolve the disarray amongst the members of the industry, and the various interpretations of the Supreme Court’s decisions caused by such. However, even after the revisions, the disarray continued due to the escalated arguments between the academic society and the industry, and has currently come to a point where adjudication on the constitutionality has been filed.

The paper provides a brief history on the introduction of the concepts ‘phonogram’ and ‘commercial phonogram’ into the Korean Copyright Law, and explains the two concepts in accordance with the definitions provided by international treaties. The paper is ultimately aimed to provide a lead to how future discussions will unfold by introducing the different opinions on the Supreme Court decisions regarding ‘phonogram for sale’, and a review on the constitutionality and the prime issues raised against the revisions made in Article 29 Section 2. For further reading, the paper also includes a case from the United States of America, regarding a similar regulation which was disputed upon as violation against international treaties.