

표현의 자유와 유튜브의 법적 책임에 관한 비교법적 고찰

이 현 정*

독일 엘랑엔 뉘른베르크 대학교 전임 강사, 법학박사, 변호사

■ 국문 초록

유튜브의 법적 책임과 관련한 여러 쟁점 중에서 비교적 최근의 판례를 통하여 논의되고 있는 주제를 검토한다. 첫째, 저작권 침해에 대한 유튜브의 책임과 관련하여, 유럽사법재판소는 사용자가 저작권을 위반한 콘텐츠를 업로드한 행위에 대하여 유튜브가 책임지지 않는다고 판결하였지만, 동시에 어떠한 경우에 책임을 부담하는지에 관하여 가이드라인을 마련하였다는 점에서 의미가 있다. 둘째, 기본권 침해에 대한 유튜브의 책임과 관련된 헌법적 쟁점은 기본권의 대사인적 효력이다. 미국 항소법원은 유튜브가 사적인 포럼에 해당하므로 수정헌법 제1조의 적용을 받지 않는다고 판단하였다. 셋째, 검열과 관련하여 쾰른 지방법원은 유튜브가 보다 투명하고 예측 가능한 방법으로 가이드라인을 도입할 의무를 부담해야 한다고 결론지었다. 마지막으로 명예훼손과 관련하여, 인도 델리고등법원은 유튜브에 업로드된 콘텐츠로 인하여 개인이 인격권 침해로 입은 손해에 대하여 유튜브에게 법적 책임이 있다고 인정하였다. 표현의 자유와 유튜브의 법적 책임의 문제를 고찰함에 있어서 가장 중요한 원칙은 사안의 전후 관계를 고려하여 관련된 법적 주체들 간의 이익과 표현 및 정보의 자유 사이에 공정한 이익형량을 준수하고 유지하는 것이다.

주제어: 표현의 자유, 유튜브의 법적 책임, 공적 포럼 이론, 전후관계상 접근법, 이익형량의 원칙

* hyun.jung.lee@fau.de

목 차

- I. 서론
- II. 저작권 침해에 대한 유튜브(YouTube)의 책임
 - 1. 논의의 소개
 - 2. 유럽사법재판소의 유튜브 대상 판결
 - 3. 소결
- III. 기본권 침해에 대한 유튜브의 책임
 - 1. 기본권의 대사인적 효력에 관한 논의의 소개
 - 2. 미국 항소법원의 유튜브 대상 판결
 - 3. 소결
- IV. 그 밖의 쟁점
 - 1. 검열의 근거에 대한 기준: 켈른 지방법원의 유튜브 대상 결정
 - 2. 명예훼손 게시물에 대한 유튜브의 책임: 인도 델리 고등법원의 판결
 - 3. 소결
- V. 결론

I. 서론

디지털 시대의 도래로 YouTube (이하 ‘유튜브’라 한다.)를 활용하여 정보를 생산하고 유포하는 시민들이 많아지면서, 표현의 자유와 관련한 여러 법적 논점들이 논의되고 있으며, 세계 각 법원에서 표현의 자유와 관련한 법적 분쟁을 통하여 유튜브의 법적 책임을 어느 정도로 인정할 수 있는지 그 기준과 관련한 판례들이 나오고 있다. 유튜브의 법적 책임과 관련한 여러 가지 쟁점 중에서 비교적 최근의 판례를 통하여 논의되고 있는 주제는, 첫째, 사용자가 업로드한 정보의 저작권 침해에 대한 유튜브의 책임, 둘째, 기본권의 대사인적 효력과 관련한 기본권 침해에 대한 유튜브의 책임, 셋째, 검열의 근거를 명확하고 충분히 설명할 유튜브의 책임, 넷째, 이용자에 의하여 게시된 명예훼손 불법콘텐츠에 대한 유튜브의 책임 문제 등으로 정리해 볼 수 있다.

첫 번째 쟁점인 온라인 서비스 이용자들의 저작권 침해 행위시 유튜브와 같은 온라인서비스제공자(Online Service Provide, 이하 ‘OSP’라 한다.)¹⁾의 법적 책임 소재와 관련하여 유럽 연합의 유럽사법재판소(The Court of Justice of the European Union)의 비교적 최근인 2021년 6월 22일 판결이 있다. 이 판결을 선별한 이유는 유럽사법재판소의 판결은 판결의 권위 측면에서 눈여겨 볼 가치가 있고, 서비스 이용자들의 저작권 침해 행위시 유튜브의 법적 책임 소재를 다룬 최근의 판결이기 때문이다. 해당 판결에서 유럽사법재판소는 동영상 공유 플랫폼인 유튜브와 파일 호스팅 및 공유 플랫폼이 사용자가 업로드한 정보의 저작권 침해에 대하여 책임이 없다고 판단하였고, 이는 유튜브의 법적 책임에 관한 활발한 논의를 불러 일으켰다(*Frank Peterson v. Google LLC and YouTube LLC*, 2021).

두 번째 쟁점인 기본권, 특히 표현의 자유 침해에 대한 유튜브의 책임과 관련하여 미국 제9순회 항소법원의 유튜브와 그 모회사인 Google LLC(이하 ‘구글’이라 한다.)에 대한 Prager University(이하 ‘PragerU’라 한다.)의 청구에 대한 판단을 소개하고자 한다. 미국 제9순회 항소법원의 판결은 최고법원의 판결은 아니지만, 표현의 자유 침해에 대한 유튜브의 책임을 다룬 비교적 최근인 2020년 2월 26일의 판결이라는 점, 기본권의 대사인적 효력과 관련한 미국의 국가작용의제론(State Action)에서의 공적 포럼(Public Forum)과 사적 포럼(Private Forum)을 구분하는 법리를 적용하였다는 점에서 연구 대상으로 볼 가치가 있다고 생각된다.

1) 온라인서비스제공자라는 용어는 인터넷서비스제공자(Internet Service Provider, ISP), 미국에서는 쌍방향컴퓨터서비스제공자(Provider of an interactive computer service)라는 용어 등으로 불리기도 한다. 우리나라의 저작권법은 온라인서비스제공자라는 용어를 사용하고 있으며, 저작권법 제2조 제30호에서 “온라인서비스제공자”를 ‘이용자가 선택한 저작물 등을 그 내용의 수정 없이 이용자가 지정한 지점 사이에서 정보통신망을 통하여 전달하기 위하여 송신하거나 경로를 지정하거나 연결을 제공하는 자’, ‘이용자들이 정보통신망에 접속하거나 그를 위한 설비를 제공 또는 운영하는 자’로 정의한다. 따라서, 이 논문에서도 혼용되어 사용되는 여러 용어들 중에서 온라인서비스제공자(‘OSP’)라는 용어를 사용한다.

해당 판결에서 미국 제9순회 항소법원은 유튜브와 그 모회사인 구글에 대한 PragerU의 청구에서 유튜브가 청구인이 업로드한 동영상 콘텐츠를 검열한 것이 수정헌법 제1조의 표현의 자유 위반이 아니라고 판단하였다(*PragerU v. Google*, 2020). 유튜브가 대중적 인기를 받고 있지만 사적 포럼에 해당하고 표현의 자유에 관한 헌법적 보장은 정부, 연방 또는 주(Government, Federal or State)와 같은 공적 포럼에 대하여만 적용되므로 수정헌법 제1조의 적용을 받지 않는다는 것이 그 근거였다. 유튜브가 사적 포럼으로 간주된다고 해서 그 공간에서 발생하는 모든 불법행위에 대해 유튜브가 전면적으로 면책되는 것은 아니지만²⁾, 해당 판결이 유튜브를 사적 포럼으로 간주하여 표현의 자유와 같은 기본권 침해에 대하여 면책하였다는 점에서 비판적 시각으로 바라볼 필요가 있다.

세 번째 쟁점인 검열의 근거를 명확하고 충분히 설명할 유튜브의 책임과 관련하여 독일의 쾰른 지방법원의 유튜브 대상 결정을 소개하고자 한다. 최근 독일 쾰른 지방 법원은 대상 결정을 통하여 유튜브의 검열 방식에 관하여 제동을 걸었다. 법원은 유튜브가 업로드된 동영상의 내용을 검열한 뒤 그 동영상을 삭제하고 청구인에게 경고한 사례에서 관련 지침의 어떤 조항을 위반했는지 청구인에게 충분할 정도로 자세히 알리

2) 미국에서 유튜브에게 책임을 부여하는 법리로서 본 논문에서 첫 번째 쟁점으로 다루는 사용자가 업로드한 정보의 저작권 침해에 대한 플랫폼과 같은 매개자의 책임(intermediary liability in copyright infringement)으로 DMCA(Digital Millennium Copyright Act)에 따른 책임 부여를 들 수 있다. DMCA 512조 (C)항의 게시물 제거조항(takedown provisions)의 규정을 준수하지 않고, OSP가 저작권 침해 자료를 인식하고, 침해행위를 초래하게 하거나 침해행위 초래에 중요한 기여를 한 경우에는 OSP가 2차적 책임 중 기여 책임을 지는 것으로 판례법을 통하여 인정되어 왔다.(신승남, 2013, 323면) 또한, 본 논문에서 네 번째 쟁점으로 다루는 명예훼손 게시물에 대한 OSP의 책임에 관련하여 미국 커뮤니케이션즈법 제230조(Section 230 of the Communications Decency Act, CDA)에서 OSP의 면책을 부여하는 조건을 규정하고 있다. 그러나, 판례법을 통하여 역시 사용자가 업로드한 불법적 게시물에 의하여 타인에게 손해가 발생한 경우 OSP에게 그 정보의 발표/공표자(publisher)로서의 책임은 면제하지만 그 정보의 분배/배포자(distributor)의 경우에는 명예훼손이 성립되고, 분배/배포자가 명예훼손의 내용에 대해 실질적으로 알고 있었거나 혹은 알 수 있었을 경우라는 것이 입증될 수 있을 때에만 명예훼손의 책임을 묻게 된다. (김민정, 2008, 4면)

지 않았다는 점에 주목하였다. 이런 이유로 법원은 유튜브의 검열 후 삭제 행위는 정당하지 않다고 하면서 동영상 삭제를 금지하는 결정을 내렸고, 이 결정으로 해당 영상은 다시 유튜브 온라인에서 시청 가능한 상태로 업로드 되었다(*LG Köln v.*, 2021). 이 결정 역시 최고법원의 판례는 아니지만 플랫폼이 자사 가이드라인에 근거해 검열하고 업로드된 이용자의 게시물을 삭제한 행위에 관하여 검열의 근거를 명확하고 충분히 설명하여야 한다는 검열의 근거에 대한 기준을 마련할 유튜브의 책임을 다루고 있다는 점에서 결정의 의미가 있다고 생각된다.

네 번째 쟁점은 명예훼손 게시물에 대한 유튜브의 책임이다. 우리나라의 대법원은 이미 2009년 인터넷 종합 정보제공 사업자가 보도매체의 기사를 보관하면서 스스로 그 기사의 일부를 선별하여 게시한 경우, 그로 인하여 명예가 훼손된 자에게 불법행위책임을 진다고 판결한 바 있다³⁾. 그러나, 이와 같이 인터넷 서비스 제공자에게 공동불법행위자로서 손해를 배상할 책임이 있다고 판결한 이유를 들여다보면, 피고인 인터넷 서비스 제공자는 명예훼손 피해자인 원고 관련 기사를 게재함에 있어서 유사 편집행위를 하였다는 점이 인정되었기 때문이다(2007나60990, 2008). 실제로 피고 중 야후코리아에 대해서는, 기사들의 제목을 특정 영역에 배치하였다고 단정할 수 없고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없

3) “명예훼손적 게시물이 게시된 목적, 내용, 게시 기간과 방법, 그로 인한 피해의 정도, 게시자와 피해자의 관계, 반론 또는 삭제 요구의 유무 등 게시에 관련한 쌍방의 대응태도 등에 비추어, 인터넷 종합 정보제공 사업자가 제공하는 인터넷 게시공간에 게시된 명예훼손적 게시물의 불법성이 명백하고, 위 사업자가 위와 같은 게시물로 인하여 명예를 훼손당한 피해자로부터 구체적·개별적인 게시물의 삭제 및 차단 요구를 받은 경우는 물론, 피해자로부터 직접적인 요구를 받지 않은 경우라 하더라도 그 게시물이 게시된 사정을 구체적으로 인식하고 있었거나 그 게시물의 존재를 인식할 수 있었음이 외관상 명백히 드러나며, 또한 기술적, 경제적으로 그 게시물에 대한 관리·통제가 가능한 경우에는, 위 사업자에게 그 게시물을 삭제하고 향후 같은 인터넷 게시공간에 유사한 내용의 게시물이 게시되지 않도록 차단할 주의의무가 있고, 그 게시물 삭제 등의 처리를 위하여 필요한 상당한 기간이 지나도록 그 처리를 하지 아니함으로써 타인에게 손해가 발생한 경우에는 부작위에 의한 불법행위책임을 성립한다.” (대법원 2009. 4. 16. 선고 2008다53812 전원합의체 판결).

다고 하여 그 책임을 부정하였다(권대상, 2012). 따라서, 동영상 편집행위를 하지 않는 유튜브에게도 인터넷 서비스 제공자에게 인정한 책임을 그대로 인정할 수 있을지는 확실하지 않다. 이러한 점에서 유튜브의 책임을 다른 인도 법원의 판결을 참조할 수 있다. 인도 법원은 법원의 적극적 역할을 지향한다고 알려져 있기 때문이다(Chandra, 2018). 2018년 델리고등법원은 유튜브에 대하여 플랫폼에 업로드된 개인의 명예 훼손 자료를 삭제하고 전 세계적으로 게시 중단할 것을 지시하면서 유튜브에 게시된 자료로 인하여 명예가 훼손된 피해자에게 Rs 50,000 (한화 80만 원 상당)을 지급할 것을 판시한 바 있다(*YouTube v. Geeta Shroff*, 2018).

소셜 미디어를 활용하고 생산, 유포하는 시민들이 늘어나면서 표현의 자유 및 인격권 침해에 관한 문제가 많이 발생하고 있고, 이를 해결해야 하는 과제는 비단 우리나라만의 문제가 아니라 전 세계 법원들이 갖고 있는 공통의 과제이다. 우리 법원에서 아직 유튜브와 관련한 판례가 많이 나오지 않은 현실에서 유사한 사례에 있어서 다른 나라의 판결을 분석하는 것은 그 사안에 적용된 법률과 판결의 논리를 통하여 규범적 시스템으로서 법학을 연구할 수 있다는 점에서 의미 있는 작업이라고 생각된다. 본 논문에서는 유튜브의 책임에 관한 쟁점 중 사용자가 업로드한 동영상의 저작권 침해에 대한 유튜브의 책임과 관련하여 유럽사법재판소, 기본권 침해에 대한 유튜브의 책임과 관련하여 미국 제9순회 항소법원, 검열의 근거를 명확하고 충분히 설명할 유튜브의 책임과 관련하여 독일 쾰른 지방법원, 명예훼손 게시물에 대한 유튜브의 책임 문제에 관하여 인도 델리 고등법원의 판례를 소개하고자 한다.

이와 같은 비교법적 접근 방식을 통하여 각각의 쟁점에 대한 유튜브의 법적 책임을 논의한다. 유사한 사례에 관한 다른 법원의 판례를 분석하는 비교법적 고찰은 특히 정보통신기술의 발달이 현실을 따라가지 못하는 유튜브와 관련한 갈등 상황에서 우리 법원이 향후 법적 기준을 마련하고 법규범을 해석하는데 있어서 의미 있는 작업이 될 것이다.

II. 저작권 침해에 대한 유튜브(YouTube)의 책임

이하에서는 온라인 서비스 이용자들의 저작권 침해 행위시 OSP의 법적 책임 소재에 관한 논의를 간단히 소개한 후, 이와 관련된 2021년의 유럽사법재판소의 유튜브 대상 판결을 검토한다.

1. 논의의 소개

온라인 서비스 이용자들의 저작권 침해 행위시 OSP의 법적 책임 소재 문제는 OSP가 저작권을 직접 침해하는 자는 아니지만 저작권 침해행위가 워낙 광범위하고 피해가 큰 만큼 OSP에게도 일정한 법적 책임 및 의무를 부담시켜야 하는지에 관하여 세계 각국에서 많은 논의가 전개되어 왔다(문일환, 2012). 즉각적인 해결책으로는 통지 및 게시 중단(Notice and takedown, 이하 ‘NTD’라 한다.) 절차 하에 OSP가 면책된다는 것이다. NTD 절차는 제3자가 OSP에게 저작권 침해에 관한 불만을 제기(‘통지’)하고 OSP에게 일반적으로 저작권자가 관련된 게시물을 제거(‘게시중단’)하도록 요청할 수 있는 절차이다(Wallberg, 2017).

우리 저작권법은 제104조에서 특수한 유형의 OSP(다른 사람들 상호간에 컴퓨터 등을 이용하여 저작물 등을 전송하도록 하는 것을 주된 목적으로 하는 OSP)에게 권리자의 요청이 있는 경우 기술적인 조치를 하여야 한다는 의무를 부과하여 특수한 유형의 OSP에 대한 면책에 관한 추가 규정도 두고 있다. 이런 상황에서 유럽연합이 내놓은 디지털단일마켓(DSM) 저작권 지침(2019년 6월부터 발효)에 ‘온라인 콘텐츠 공유 서비스 제공자’의 책임 강화 규정(제17조)이 포함됨에 따라 새로운 변화가 예고되고 있다.

이하에서 소개하는 2021년의 유럽사법재판소의 유튜브 대상 판결은 저작권 지침에 따른 새로운 해석이 적용된 판결은 아니다. 그러나, 사용

자가 업로드한 저작권 위반 콘텐츠에 대하여 유튜브가 어떠한 경우에 책임을 면제받을 수 있는지 조건을 제시하였고, 그러한 조건이 표현의 자유와 양립할 수 있는지 논의를 불러 일으켰다는 점에서 검토의 의의가 있다.

2. 유럽사법재판소의 유튜브 대상 판결 (CJEU, C-682/18)

가. 사실관계

청구인인 Frank Peterson(이하 ‘Peterson’이라 한다.)은 레코드 프로듀서로 Nemo Studio의 소유주이다. 1996년 5월 20일, Nemo Studio는 아티스트 Sarah Brightman 공연의 오디오 및 비디오 레코딩을 사용하는 것에 관하여 독점 계약을 체결하였다. 2008년 11월 4일, Sarah Brightman은 새로 출시된 앨범에 포함된 작품을 공연하였고, 2008년 11월 6일과 7일에 이 공연에서 허가 받지 않고 사인에 의하여 녹음된 작품이 유튜브에 업로드 되었다. 청구인은 유튜브에 업로드된 작품과 관련하여 유튜브 및 유튜브의 단독 주주이자 법적 대리인인 구글을 상대로 저작권 침해 소송을 제기하였다. Peterson은 이러한 저작권 침해 문제에 대하여 구글 독일 지사(Google Germany)에 연락을 취하였고, 구글 독일 지사는 저작권이 침해된 콘텐츠를 삭제하기 위하여 유튜브에 연락을 취하였다. 유튜브는 문제의 동영상을 찾아 삭제하였으나 조치를 취한지 불과 일주일 후에 유사하거나 동일한 저작권을 침해하는 콘텐츠가 다시 유튜브에 업로드 되었다. Peterson은 유튜브를 상대로 저작권 침해 소송을 시작하고 유튜브가 Peterson이 입은 손해를 배상할 책임이 있다고 주장하였다. 사건을 맡은 독일연방사법재판소(Bundesgerichtshof)는 유럽사법재판소에 피고 유튜브의 책임을 결정하는 것과 관련하여 EU 지침 내 특정 조항의 해석에 관한 선결적 판단을 요청하였다.

나. 주요쟁점 및 판단

유럽사법재판소에 문의된 첫 번째 질문은 유튜브와 같은 동영상 공유 플랫폼의 운영자인 OSP가 저작권 지침 제3조 제1항⁴⁾에서 규정하는 공중 전달행위(Act of Communication)를 수행하는지 여부였다. 구체적으로 저작권을 침해하는 콘텐츠가 공중의 이용을 위하여 제공되고 OSP가 저작권을 침해하는 콘텐츠의 가용성에 대하여 구체적으로 알지 못하거나, 알게 된 즉시 해당 콘텐츠에 접근을 불가능하게 하도록 신속하게 조치하였는지가 문제된 것이다. 이는 다음의 여섯 가지 조건과 관련된 질문이었다.

그 조건은 첫째, OSP가 플랫폼을 통하여 광고 수익을 얻는 경우에 해당하는지, 둘째, 콘텐츠를 업로드 하는 프로세스가 자동이며, OSP가 미리 콘텐츠를 보거나 모니터링하지 않는지, 셋째, OSP가 플랫폼에서 사용할 수 있는 콘텐츠에 대하여 비독점적이고 로열티가 없는 라이선스를 취득하였는지, 넷째, OSP의 서비스 약관에 사용자(User)가 저작권을 침해하는 콘텐츠를 업로드할 수 없다고 명시되어 있는지, 다섯째, OSP가 저작권자에게 저작권이 침해된 동영상을 차단할 수 있는 도구를 제공하는지, 여섯째, 플랫폼에 순위 및 콘텐츠 카테고리로 구성된 검색 결과가 준비되어 있고, 이전에 본 비디오를 기반으로 사용자에게 비디오를 추천하는 시스템이 존재하는지 여부이다(*Frank Peterson v. Google LLC and YouTube LLC*, 2021).

유럽사법재판소는 유튜브가 저작권 지침 제3조 제1항에 따른 공중 전달행위를 수행하는지에 관하여, 유튜브와 같은 비디오 공유 또는 파일

4) Directive 2001/29/EC (the Copyright Directive) Article 3 Right of communication to the public of works and right of making available to the public other subject-matter Paragraph 1: Member States shall provide authors with the exclusive right to authorise or prohibit any communication to the public of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them.

호스팅 및 공유 플랫폼의 운영자는 ‘단순히 해당 플랫폼을 사용 가능하게 하는 것 이상으로 공중에게 해당 콘텐츠에 대한 접근 권한을 부여하는데 기여’하지 않는 한 공중 전달행위의 수행자가 아니라고 판단하였다 (*Frank Peterson v. Google LLC and YouTube LLC*, 2021). 바꿔 말하면 ‘기여’하였다고 하면 저작권 지침 제3조 제1항에서 규정하는 공중 전달행위의 수행자가 되는 것이므로, 어떠한 행위를 ‘기여’하였다고 볼 수 있는지에 관한 해석이 중요하다.

유럽사법재판소는 ‘기여한다(contribute)’는 의미를 세 가지로 해석하였다. 첫째, OSP가 저작권에 의하여 보호되는 콘텐츠가 불법적으로 사용 가능하다는 구체적인 지식을 갖고 있지만 신속하게 삭제하거나 해당 콘텐츠에 접근을 불가능하게 하기 위하여 조치하는 것을 하지 않는 경우, 둘째, 사용자가 불법 콘텐츠를 위하여 플랫폼을 사용하고 있음을 OSP가 ‘알았거나 또는 일반적인 의미에서 알았어야 하는 경우(knew or ought to have reasonably known)’⁵⁾임에도 저작권 침해에 대항하여 신뢰할 수 있고 효과적으로 대응하기 위한 적절한 기술적 조치(합리적이고 부지런

5) ‘알았거나 알았어야 하는 경우(knew or ought have known)’는 *Osman v. United Kingdom* (European Court of Human Rights, *Osman v. United Kingdom*, Judgement of 28 October 1998)에서 유럽인권재판소가 국가가 다른 개인의 범죄행위로부터 생명이 위태로운 개인을 보호하기 위한 조치를 취해야 할 적극적인 의무가 발생하는 시기를 결정하기 위하여 두 단계의 테스트를 제시한 것으로 ‘Osman test’ 혹은 ‘Osman standard’라고도 불린다. 위 두 단계의 테스트란 첫째, 당국이 개인의 생명에 대한 제3자의 범죄행위로부터 실제적이고 즉각적인 위협이 존재하는 시점에 그에 대하여 ‘알았거나 알았어야 하는 경우’ 둘째, 합리적으로 판단하였을때 그러한 위협을 피할 수 있을 것으로 예상되는 권한 범위 내에서 위협을 피할 수 있는 조치를 취하지 않은 경우에 국가가 적극적인 의무를 위반한 것이라고 하였다. 이러한 ‘Osman test’는 이후 특정 개인의 보호 뿐만 아니라 전반적인 사회의 보호까지 다양한 분야에서 적용되었다. 예를 들어, *Keenan v. the United Kingdom* (European Court of Human Rights, *Keenan v. the United Kingdom*, Judgment of 3 April 2001)에서 유럽인권재판소는 청구인 Mark Keenan이 자살의 실제적이고 즉각적인 위협을 제기했음을 당국이 알았거나 알았어야 했는지, 그럼에도 그러한 위협을 방지하기 위하여 합리적으로 기대할 수 있는 모든 조치를 취하였는지를 심사하였다. (European Court of Human Rights Research Division(2017). Article 2 The State’s positive obligations under Article 2 of the Convention to protect an individual from self-harm, p. 5)

한 OSP로부터 기대할 수 있는 정도의)를 취하지 않는 경우, 셋째, OSP가 저작권에 의하여 보호되는 콘텐츠를 고르는데 참여한 경우, 즉 해당 콘텐츠의 불법 공유를 위하여 특별히 고안된 도구를 플랫폼에 제공하거나 그러한 공유를 고의로 조장한 경우가 이에 해당한다. 공유를 고의로 조장하였다는 의미에는 불법적인 콘텐츠를 공유함으로써 수익을 창출할 수 있는 모델을 도입하는 등의 행위를 포함한다고 해석하였다(*Frank Peterson v. Google LLC and YouTube LLC*, 2021).

유럽사법재판소에 선결적 판단이 요청된 두 번째 질문은 만약 유튜브가 저작권 지침 제3조 제1항에 따른 공중 전달행위를 수행하는지 않는다면, 위에서 설명한 첫 번째 질문과 관련된 여섯 가지 조건 하에서 수행하는 유튜브의 행위에 대하여 전자상거래지침(E-Commerce Directive) 제14조 제1항⁶⁾에서 규정하는 면책 규정을 적용할 수 있는지에 관한 문제였다.

이 질문에 관하여 유럽사법재판소는 유튜브와 같은 비디오 공유 또는 파일 호스팅 및 공유 플랫폼 운영자의 활동은 플랫폼에 업로드된 콘텐츠에 대한 지식을 제공하거나 통제하는 것과 같은 ‘능동적인 역할’이 없는 경우에 해당한다고 보았다. 오히려 해당 OSP는 자신의 활동이 ‘단순히 기술적이고 자동적이며 수동적인 성격’인 경우 이를 알지 못하거나 통제할 수 없는 것으로 간주하였다. 즉, 책임 면제에서 제외되기 위해서는 OSP가 ‘플랫폼에 업로드된 저작권으로 보호되는 콘텐츠와 관련하여 사용자가 범한 특정 불법 행위에 대하여 알고 있거나 인식하고 있어야

6) Directive 2000/31/EC (the E-Commerce Directive) Article 14 Hosting Paragraph 1. Where an information society service is provided that consists of the storage of information provided a recipient of the service, Member States shall ensure that the service provider is not liable for the information stored at the request of a recipient of the service, on condition that:

- (a) the provider does not have actual knowledge of illegal activity or information and, as regards claims for damages, is not aware of facts or circumstances from which the illegal activity or information is apparent; or
- (b) the provider, upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove or to disable access to the information.

한다’⁷⁾고 판시하였다. 여기서 ‘안다’고 하는 것은 저작권을 침해하는 콘텐츠에 대한 실질적인 지식이 있는 경우를 말하고 ‘인식한다’는 것은 해당 콘텐츠가 전자상거래지침(E-Commerce Directive) 제14조 제1항에서 규정하는 특정 불법적인 활동이나 정보와 명백하게 관련된다는 상황을 인지하는 것을 의미한다(*Frank Peterson v. Google LLC and YouTube LLC*, 2021).

다음 질문은 이용자가 업로드한 콘텐츠가 저작권 또는 관련된 권리를 침해하고 저작권자가 명백하게 저작권 침해 사실을 통지(Notice)했음에도 불구하고 침해가 반복되는 경우와 관련된다. 즉, 저작권자가 서비스 제공자인 유튜브를 대상으로 저작권 지침 제8조 제3항⁸⁾에 따른 금지 명령(Injunction)을 받을 수 있는지의 문제이다. 이 문제에 대하여 유럽사법재판소는 제8조 제3항은 법적 절차가 시작되기 전에 저작권 침해 사실을 통지받고도 해당 콘텐츠에 대한 접근을 신속하게 제거하거나 차단하지 못한 경우를 제외하고, 만약 OSP가 침해 사실을 알지 못하거나 인식하지 못하는 경우에 저작권자가 OSP에 대하여 금지 명령을 받을 수 없는 국내법상의 상황을 배제하지 않는다고 답변하였다(*Frank Peterson v. Google LLC and YouTube LLC*, 2021). 이 질문은 OSP에게 먼저 침해를 통지한 이후에도 그 침해가 반복된 경우에 법원의 금지 명령을 구할 수 있도록 한 독일법 상 ‘침해자 책임(Störerhaftung)’이 저작권 지침 제8조 제3항과 양립 가능한 것인지 여부의 문제이다. 유럽사법재판소는 이 문제에 대하여 일정한 요건 하에 국내법에서 규정하는 OSP에 대한 금지 청구에 관한 조항은 저작권 지침 제8조 제3항의 규정과 양립가능하고 우선하여 적용할 수 있다고 본 것이다.

7) “... it must have knowledge of or awareness of specific illegal acts committed by its users relating to protected content that was uploaded to its platform”. (*Frank Peterson v. Google LLC and YouTube LLC*, 2021).

8) Directive 2001/29/EC (the Copyright Directive) Article 8 Sanctions and remedies Paragraph 3. Member States shall ensure that rightholders are in a position to apply for an injunction against intermediaries whose services are used by a third party to infringe a copyright or related right.

다. 평가

이 사안은 ‘온라인 콘텐츠 공유 서비스 제공자’에 대한 책임 강화 규정인 DSM 지침 제17조⁹⁾가 적용되지 않은 사안¹⁰⁾이라는 점을 유의해야 한다. DSM 지침 제17조는 영리 목적으로 구성하고 홍보하는 사용자가 업로드한 대량의 저작권 콘텐츠를 저장하고 공개적으로 접근할 수 있는 특정 ‘온라인 콘텐츠 공유 서비스 제공자’에게 적용된다. 제17조에 따르면 유튜브와 같은 온라인 콘텐츠 공유 플랫폼은 사용자가 업로드한 저작권 보호 자료에 대한 책임을 지며 관련 저작권 보유자의 승인을 받아야 한다고 규정하고 있다.

제17조는 ‘온라인 콘텐츠 공유 서비스 제공자’가 해당 책임에서 면제되기 위한 조건 네 가지를 제시한다. 첫째, 콘텐츠에 관한 필요한 권한을 얻을 것, 둘째, 저작권 침해 콘텐츠에 관한 충분한 통지를 받는 즉시 해당 콘텐츠에 대한 접근을 중단하거나 비활성화할 것, 셋째, 해당 콘텐츠가 향후 다시 업로드 되는 것을 방지할 것, 넷째, 저작권 권리 보유자가 ‘관련되고 필요한 정보(Relevant and Necessary Information)’를 제공한 특정 콘텐츠가 대중에게 제공되지 않도록 보장할 것이 그것이다. 제17조는 또한 온라인 콘텐츠 공유 서비스 제공자가 위 네 가지를 준수하기 위하여 최선의 노력(Best Efforts)을 기울일 필요성이 있다고 규정한다.

해당 사안에서는 DSM 지침이 적용되지 않았고, 유럽사법재판소는 유튜브가 사용자가 업로드한 저작권 위반 영상에 대하여 책임을 지지 않

9) Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC (the DSM Directive) Article 17 Use of protected content by online content-sharing service providers

10) 소위 DSM(Digital Single Market) Directive라고 불리는 Directive (EU) 2019/790은 2019년 5월에 도입되었으나 EU는 회원국에게 2021년 6월 7일까지 도입에 필요한 기간을 허용하였다 (Article 29(1) DSM Directive). 결국 해당 Directive는 2021년 6월 7일에 발효되었고, 유럽사법재판소의 Youtube에 대한 판결(CJEU, C-682/18)은 2021년 6월 22일로, 이 사건의 진행 당시에는 DSM Directive가 적용되지 않았다.

는다고 판시하였다. 그러나, 향후 DSM 지침의 적용에 따라 유튜브와 같은 플랫폼이 면책받기 위하여 모범준칙(Best Practices)에 따라 운영하기 위한 기준을 마련하였다는 점에서 의미 있다고 판단된다. 그 기준은 크게 일곱 가지로 요약할 수 있다. 첫째, 저작권자의 이익과 표현 및 정보의 자유 사이에 공정한 이익 형량(Fair Balance)이 준수되고 유지되어야 한다. 둘째, 저작권을 침해하는 콘텐츠가 허용되지 않는다는 명확한 서비스 약관, 지침 및 경고를 설정하여야 한다. 셋째, 표현의 자유 원칙에 따라 충분한 정보를 포함하는 게시 중단 통지를 받은 즉시 불법 콘텐츠를 삭제하도록 조치한다. 넷째, 저작권을 침해하는 콘텐츠를 방지하기 위한 기술적 조치를 개발하고 활용한다. 다섯째, 저작권을 침해하는 콘텐츠를 보고하고 제거하기 위한 절차를 설정한다. 여섯째, 저작권을 침해하는 콘텐츠를 식별하고 지정하는 것을 용이하게 하기 위하여 콘텐츠를 확인 및 인식하는 소프트웨어를 활용한다. 일곱째, 효과적으로 불법 콘텐츠에 대처하기 위하여 ‘업로드 필터’와 같은 기술적인 조치를 도입하는 것을 고려한다(*Frank Peterson v. Google LLC and YouTube LLC*, 2021).

그러나, DSM 지침 제17조 및 유럽사법재판소에서 제시하는 기준이 유럽연합 기본권 헌장 제11조¹¹⁾에서 규정하는 표현 및 정보의 자유와 양립가능한지에 대한 우려가 제기된다. 특히 문제가 되는 부분은 불법 콘텐츠에 대처하기 위하여 도입할 것이 권고된 ‘업로드 필터’가 유럽위원회(European Commission)에서도 인정하는 바와 같이 필터의 현재 기술력으로 합법적인 사용과 불법적인 사용을 가려낼 수 없기 때문이다(EC, 2021). 오히려, 유럽위원회에서 강조하는 바와 같이 현재 가능한

11) 유럽연합 기본권 헌장 제11조. 표현 및 정보의 자유 제1항. 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 갖는다. 이 권리는 공권력의 간섭을 받지 아니하고 국경과 관계없이 의견을 갖고 정보 및 생각을 주고 받을 자유를 포함한다. 제2항. 언론의 자유와 다원성은 존중된다. (국회도서관(2010). 유럽연합 기본권 헌장 한글번역본. URL: <http://dl.nanet.go.kr/law/SearchDetailView.do?cn=TLAW1201400414#none>, 2022년 3월 8일 방문.)

기술력의 부족으로 인하여 합법적인 콘텐츠도 차단되는 경우가 많이 있었다¹²⁾. 그렇다면 위원회가 이러한 자동화된 필터를 사용할 가능성을 배제하려고 시도하였음에도 불구하고, 결국 콘텐츠의 합법적인 사용을 사전적으로(ex ante) 차단하는 결과로 이어질 가능성이 크다(Keller, 2020).

이러한 우려는 DSM 지침이 도입된 직후, 폴란드 정부가 유럽사법재판소에 소송을 제기하며 주장한 제17조에서 시사하는 콘텐츠에 대한 필터의 도입이 표현의 자유를 위반한다는 내용과도 일치한다. 유럽사법재판소는 이 사건을 기각하면서, 해당 내용에 관하여 유럽사법재판소의 유튜브 판결과 유럽위원회의 방침(Guidance)을 참조하라고 하였다(*Frank Peterson v. Google LLC and YouTube LLC*, 2021).

이 방침이 나오기 전에 몇몇 EU 회원국들은 과도한 사전적 필터링을 피할 수 있는 해결책을 찾고자 노력하였다. 예를 들어, 독일은 DSM 지침 제17조를 도입함에 있어서 합법적인 사용을 정의하기 위하여 정량적 표준을 도입하였다(Bundesrat, 2021). 이 정량적 표준에 따르면 다음의 경우에는 업로드가 사전적으로 차단되지 않는다. 첫째, 원본 저작물의 50% 이하에 해당하고, 둘째, 저작물의 일부가 다른 콘텐츠와 결합하고 그 사용이 성질상 경미한 경우 (예를 들어, 15초미만의 오디오 또는 비디오, 160자의 텍스트 파일 또는 125kb의 그래픽 파일) 또는 셋째, 허용된 것으로 표시된 경우가 그것이다.

그럼에도 불구하고, DSM 지침의 도입과 유튜브 판결에서 유럽사법재판소가 제시한 것처럼, 유튜브와 같은 플랫폼 운영자가 불법 업로드에 대하여 면책받기 위해서는 플랫폼 운영자는 불법인 콘텐츠를 공유하지 않도록 적절한 기술적 조치를 도입해야한다. 이러한 적절한 기술적 조치에 합법인 콘텐츠까지 사전적으로 차단시키는 자동화된 필터링이 포함

12) 이러한 문제는 가짜뉴스에서도 발견된다. 포털에서 가짜뉴스를 제거하는 경우 애매모호한 것은 진짜뉴스까지도 제거해버리는 문제가 발생하기 때문이다. 이는 가짜뉴스에 대한 규제법적 대응의 한계에 관한 논의에서도 발견된다. 무엇이 진실인가 모호한 상황에서 가짜뉴스로 이를 처벌하는 경우 진실인 정보마저도 규제의 대상이 될 수 있기 때문이다. (최승필, 2020, 139면)

된다면 표현의 자유 침해 문제는 계속해서 발생할 수밖에 없다.

3. 소결

유럽사법재판소의 유튜브 대상 판결은 사용자가 저작권을 위반한 콘텐츠를 업로드 한 행위에 대하여 책임지지 않는다고 판결하였지만, 동시에 어떠한 경우에 책임을 부담하고, 어떠한 경우에 책임을 부담하지 않는지에 관하여 DSM 지침 제17조의 해석에 관한 유럽위원회의 방침과 관련한 가이드라인을 마련하였다는 점에서 의미가 있다. 그러나, 이와 동시에 유럽사법재판소와 유럽위원회가 제시한 가이드라인에 따르면, 유튜브가 면책되기 위하여 업로드 되는 비디오를 검열하는 필터와 같은 기술을 도입해야 한다는 점에서 과연 이러한 검열 행위가 표현의 자유와 양립 가능한 것인지에 관하여 우려가 많다. 이러한 우려를 해결하기 위하여 관련된 주체들인 유튜브와 같은 OSP, 저작권자, 사용자들의 이익과 기본권 사이에 공정한 이익 형량을 준수하고 유지하는 것이 무엇보다 중요하다고 생각된다.

Ⅲ. 기본권 침해에 대한 유튜브의 책임

이하에서는 기본권 침해에 대한 유튜브의 책임과 관련된 핵심적인 헌법적 쟁점인 기본권의 대사인적 효력과 관련한 논의를 간단히 소개한 후, 이와 관련된 2020년 미국 항소법원의 유튜브 대상 판결을 검토한다.

1. 기본권의 대사인적 효력에 관한 논의의 소개

사인간 기본권의 대사인적 효력(제3자적 효력, *Drittwirkung von*

Grundrechten unter Privaten)을 인정함에 있어서 그 논의와 이론구성을 약간씩 달리하고 있으나 대사인적 효력을 부인하는 학설은 이제 발견하기 어렵다. 독일헌법재판소에서조차 기본권을 국가에 대한 방어적 성격의 권리로 정립하는 전통적인 견해에서 벗어나 가치 체계를 형성하는 보다 객관적인 원칙규범(objektive Grundsatznormen)으로 보아 기본권의 대사인적 효력을 인정하고 있다(이현정, 2022). 독일의 학설은 헌법상 보장된 기본권이 그 해당 기본권에 관한 헌법규정으로부터 직접 사인 간에도 효력을 미친다고 주장하는 직접적용설과 간접적으로 즉, 일반 사법규정을 통해서 사인 간에 효력을 미친다고 하는 간접적 사인간 효력설(mittelbar Drittwirkungslehre)이 존재하지만 다수의 지지를 받는 간접효력설이 타당하다. 왜냐하면 기본권의 대사인적 효력을 인정한다는 것은 한쪽 당사자의 기본권 효력을 관철시킴으로써 다른 당사자의 기본권을 침해하거나 제한한다는 것을 의미하고, 이는 기본권 간에 우선하는 효력을 인정하는 것으로 기본권 간의 이익형량에 의해서 가능한 것이기 때문이다(정연주, 1991). 이러한 이익형량은 해당규정의 해석과 적용을 통해서 가능하고 법원이 입법의사를 확인하고 해석하는 과정에서 기본권이 사인에 대하여 간접효를 가지는 것이다(권형돈, 2019).

표현의 자유와 관련한 기본권의 대사인적 효력에 있어서 미국에서는 국가작용의제론(State Action)을 발전시켜왔다. 미국의 연방대법원은 국가소유 재산들을 분류하여 전통적인 토론과 집회의 장소와 정부가 표현활동의 장소로 지정된 국가재산의 경우, 표현의 내용규제에 대해서는 엄격심사, 내용중립적 규제에 대해서는 중간심사기준을 적용하는 공적포럼이론(public forum doctrine)을 정립하였다(이노홍, 2019). 그러나, 이러한 공적포럼이론의 적용에 있어서도 연방대법원이 공적 포럼의 유형을 분류함에 있어서 명확한 분류의 기준을 언급하고 있지 않은 점, 인터넷이 공론장 역할을 하면서 공적 포럼의 확대 주장이 논의되고 있지만 미연방대법원의 판결은 이에 대해 부정적인 점 등이 공적포럼이론 적용의 한계로 지적된다(이노홍, 2019).

아울러 사인이 사인의 기본권을 침해하는 경우에 국가의 기본권보호 의무 차원에서 이를 방지하는 입법을 국가에 요청할 수 있는데, 이러한 기본권보호의무의 헌법적 근거로는 주관적 공권으로서의 방어권설, 객관법적 내용설, 국가과제로서의 안전설, 인간의 존엄에 대한 존중과 보호설이 있다(이부하, 2014). 기본권을 가치 체계를 형성하는 보다 객관적인 원칙규범으로 본다면(이현정, 2022) 기본권보호의무의 헌법적 근거를 기본권의 객관적 가치질서에서 찾을 수 있고 기본권의 객관적 성격으로 인하여 개별 기본권 주체가 개인적 범익의 충분한 보호를 요구할 수 있다는 점에서(이부하, 2014) 객관법적 내용설이 타당하다고 생각된다. 기본권보호의무를 인간의 존엄과 밀접한 관련이 있는 기본권에 국한하여야 한다는 의견(이부하, 2014)을 따른다면 표현의 자유와 같은 기본권 침해에 대하여 국가의 기본권보호의무를 인정할 수 없게 된다. 그러나, 기본권보호의무를 특정 기본권에 제한하여 인정하기 보다는 개별 사유의 특수성을 고려하여 침해되는 기본권 주체의 기본권의 정도가 중대할 경우에는 표현의 자유와 같은 기본권의 침해에 있어서도 국가의 기본권 보호의무를 인정할 여지가 있다고 생각된다.

2. 미국 항소법원의 유튜브 대상 판결

2020년 2월 26일 미국 제9순회 항소법원¹³⁾에서 유튜브와 그 모회사인 구글에 대한 PragerU의 청구에서 유튜브가 청구인이 업로드한 동영상 콘텐츠를 검열한 행위가 수정헌법 제1조¹⁴⁾의 표현의 자유 위반인지

13) 제9항소법원은 캘리포니아 관할로 유튜브 본사는 California San Bruno에, Google 본사는 California Mountain View에 소재하고 있어서 1심 관할이 Northern District of California San Jose Division 2심 관할이 제9항소법원으로 되었다. (United States Courts for the Ninth Circuit, District & Bankruptcy Courts. Retrieve from <https://www.ca9.uscourts.gov/district/district-and-bankruptcy-courts/>, 2022년 3월 12일 방문.)

14) 수정헌법 제1조는 “의회는...언론 또는 출판의 자유를 제한하는 법률을 제정할 수 없다”고 하여 표현의 자유에 관하여 규정하고 있다.

문제를 다루었다. 유튜브는 그 대중적 인기에도 불구하고 사적인 포럼에 해당하므로 수정헌법 제1조의 적용을 받지 않는다고 판단하였다. 이하에서 이 판결의 사실관계, 판단의 내용 및 평가를 서술한다.

가. 사실관계

청구인인 PragerU는 유튜브가 청구인이 업로드한 최소 21개의 동영상 을 제한하는 방식으로 차별적 검열을 행사하였다고 주장하였다. 청구인은 캘리포니아 로스앤젤레스에 기반을 둔 비영리 교육 및 미디어 조직으로 수료증이나 학위를 제공하는 대학교는 아니다. 청구인은 ‘공공 문제에 대한 보수적인 관점과 시각을 제공한다.’는 사명의 일환으로 다양한 정치적 문제를 다루는 수백 개의 비디오를 유튜브에 업로드 하였고, 이 비디오는 보수적 가치를 기반으로 하는 관점과 의견을 지지하는 내용을 포함하였다.

피고인 유튜브는 영리, 공기업(Profit, Public Corporation)인 구글이 소유하고 있는 영리, 유한책임 회사(Profit Limited Liability Corporation)이다. 유튜브는 사용자가 제작한 동영상 및 콘텐츠를 업로드할 수 있는 가장 큰 플랫폼으로, 시간당 약 400시간 분량의 동영상 콘텐츠가 업로드 된다. 유튜브는 공식 블로그를 통하여 사명이 ‘모든 사람의 목소리가 들릴 수 있는 커뮤니티’에서 자신을 표현할 수 있는 장소에서 ‘사람들에게 목소리를 제공하는 것’이라고 밝힌 바 있다(*PragerU v. Google*, 2018, p. 2). 콘텐츠를 게시하기 전에 사용자가 수락한 서비스 약관 및 가이드라인에 따라 유튜브는 특정 콘텐츠를 삭제하거나 제한할 수 있는 권리를 보유한다.

PragerU는 유튜브가 정책의 중립성에도 불구하고 연령 제한과 제한모드(Restricted Mode) 설정을 통하여 자신들의 동영상 수십 개를 검열하였고, 이러한 검열 방식이 차별적이라고 주장하였다. 또한 청구인은 유튜브가 청구인의 비디오에 제3자가 광고하는 것을 방지하여 청구인이

수익 창출을 하지 못하도록 하여 손해를 끼쳤다고 주장하였다. 유튜브는 업로드된 비디오의 특정 콘텐츠에 ‘마약 및 알콜’, ‘성적 상황’, ‘폭력’, 그리고 ‘성인 주제’에 관한 내용이 포함되어 있는 경우에 제한모드로 설정한다. 이러한 내용이 포함되어 있지 않음에도 제한모드로 설정된 콘텐츠에 대하여 유튜브는 내부 절차를 통하여 이의를 제기할 수 있도록 하고 있다. 청구인은 이러한 유튜브의 내부 절차를 통하여 이의를 제기하였음에도 여전히 일부 동영상은 제한되거나 수익 창출이 중지되어 있는데, 이것이 유튜브가 보수적인 정치적 견해에 대하여 반대하는 입장 때문이라고 주장하였다. 청구인은 유튜브의 내부 이의 제기 절차에 관하여도 문제가 있다고 지적하였는데, 특정 비디오에 대한 연령 제한 필터의 적용이 부당하다고 생각하는 경우에 사용자는 특정 비디오에 대하여 오로지 한번만 이의를 제기할 수 있기 때문이라고 설명하였다(*PragerU v. Google*, 2018).

이에 따라 청구인은 2017년 10월 23일 유튜브를 상대로 캘리포니아 헌법 제1조 제2항에 따른 표현의 자유 위반, 수정헌법 제1조 위반, 캘리포니아 Unruh 시민적 권리법(California Unruh Civil Rights Act)에 따른 차별 금지 위반, 캘리포니아의 불공정 경쟁법(Unfair Competition Law) 위반, 신의성실 및 공정거래 위반, Lanham Act(Trademark Act of 1946)에 따른 허위 광고에 대한 청구, 유튜브의 수정 헌법 제1조 위반 혐의에 근거한 선언적 구제(Declaratory Relief) 청구의 일곱 가지 청구를 포함하는 소송을 제기하였다.

2017년 12월 29일 PragerU는 유튜브가 제한한 자신들의 동영상에 대한 분류를 해제하도록 강제하는 예비적 금지 명령(Preliminary Injunction)¹⁵⁾

15) 금지 명령은 금전적인 보상으로는 불충분하고 금지명령이 없이는 돌이킬 수 없는 피해가 발생할 심각한 위험이 있고, 그 분쟁에서 원고가 이길 가능성이 크고, 금지명령을 내렸을 때 피고가 입게 되는 피해와 금지명령을 주지 않았을 때 원고가 받는 피해를 비교衡量하여 원고의 피해가 크다면 법원은 금지명령을 인용하게 된다. 예비 금지 명령은 가치분과 유사하나, 가치분은 상대방에게 반박할 기회가 충분하지 못하지만, 잠정적 금지명령은 반박할 기회가 주어지고 쌍방의 구두변론까지 듣는다는 점이 다르다. 잠정적 금지 명령은 정상적인 재판 절차를 모두 거

을 청구하였으나, 2018년 3월 26일 캘리포니아 북부 지방 법원은 해당 예비 금지 명령을 기각하였다. PragerU는 청구의 내용을 수정하여 제출하는 대신, 수정헌법 제1조와 Lanham Act에 따른 허위 광고에 대한 청구에 대하여 항소하였다. 이 논문은 표현의 자유 침해와 관련한 유튜브의 법적 책임을 논의하는데 그 목적이 있으므로, 이하에서는 항소법원의 판단 내용 중 수정헌법 제1조에 관련한 내용만 검토하기로 한다.

나. 판단의 내용

이 사건의 쟁점은 유튜브의 법적 성격을 수정헌법 제1조에 따른 사법심사의 대상으로 볼 수 있는지 아니면, 사적 포럼(Private Forum)에 해당되어 사법심사의 대상이 되지 않는지의 문제이다. 이 문제에 관하여 법원은 유튜브의 편재성(Ubiquity)과 공개 플랫폼(Public-Facing Platform)으로서의 역할에도 불구하고, 다음과 같은 이유로 유튜브가 수정헌법 제1조의 적용을 받지 않는 사적 단체에 해당한다고 결론지었다(*PragerU v. Google*, 2020).

법원은 먼저 수정헌법 제1조가 사적 단체가 아닌 정부의 표현의 자유의 축소에 대한 조항임을 상기하였다. 이는 이전 판례에서도 확립된 내용으로 ‘표현의 자유에 관한 헌법적 보장은 정부, 연방 또는 주(Government, Federal or State)에 대하여만 적용된다.’고 하였다(*Hudgens v. NLRB*, 1976). PragerU 또한 유튜브가 국가의 개입 없이 플랫폼을 운영하는 민간 기업이라는 사실에 대하여 이의를 제기하지는 않았다.

다음으로 문제가 된 것은 수정헌법 제1조가 정부, 연방 또는 주에 대하여만 적용된다고 하는 판례법에서 형성된 원칙이 디지털 시대(digital

치는 것이 아니어서 재판질차보다는 빨리 결론이 나기 때문에 원고에게는 큰 도움이 되는 절차이다. (구경완(2010). 가치분(TRO)과 금지명령(Injunction). URL: <http://kooattorneycpa.blogspot.com/2010/06/tro-injunction.html>, 2022년 3월 9일 방문)

age)에도 중요한 원칙으로 유효하게 적용될 수 있는지 여부였다. 이를 확인하기 위하여 법원은 인터넷과 같은 디지털 영역에서의 판례를 인용하였다.

첫 번째 인용한 판례는 *Howard v. Am. Online Inc.*(2000)로 이 사건은 인터넷에서 연설을 주최하는 사적 단체(private entity)는 국가 행위자(state actor)가 아니라고 인정하였다. 두 번째 인용한 판례는 *Manhattan Community Access Corp. v. Halleck*(2019)으로 이 사건에서 ‘단순히 다른 사람의 연설을 주최하는 것은 전통적이고 독점적인 의미의 공공 기능이 아니며, 다른 사람의 연설을 주최한다는 사실이 사적 단체를 수정헌법 제1조의 제약을 받는 국가 행위자로 바꾸는 것은 아니다.’라고 하여 앞선 2000년의 Howard 판례에서 확립된 원칙을 다시 재확인하였다. 세 번째 인용한 판례는 *Lloyd Corp. v. Tanner*(1972)로, 이 사례에서 확인한 바와 같이 지정된 목적으로 사용하도록 일반 대중이 초대받았다는 이유만으로 사유재산이 사적인 특성을 상실하지 않는다고 하였다.

결국, 유튜브에 일반 대중이 콘텐츠를 업로드하고 공유할 수 있다고 하여도 유튜브 플랫폼은 유튜브의 사유재산으로 그 사적인 특성을 상실하지 않음을 확인한 것이다. 이러한 이유로, 유튜브가 디지털의 영역에서 공개된 광장과 같이 어디에나 존재하는 편재성을 가지고 있다고 하여도 국가 행위자에 해당하지 않는다고 결론지었다.

그런 다음 법원은 유튜브가 국가 행위자가 아니라 하더라도 공공 기능을 수행하고 있으므로 국가 행위자로 간주될 수 있다는 PragerU의 주장에 관하여 심사하였다. 법원은 이러한 주장에 대하여 공적 기능을 수행할 때 민간 기관이 국가 행위자로 전환될 수 있음을 인정하면서 기존 판례법에 의하여 형성된 다음과 같은 기준에 따라 심사하였다.

첫 번째, 민간 기관이 국가 행위자로 전환될 수 있기 위해서는 관련 기능이 ‘전통적으로 그리고 독점적으로 정부의 기능’이라고 볼 수 있어야 한다는 2002년 판례(*Lee v. Katz*, 2002)의 기준을 인용하였다. 두 번째, 이 기준을 충족하기 위하여 해당 기능은 ‘전통적으로 국가의 독점적

특권'과 관련되어야 한다는 1982년 판례(*Rendell-Baker v. Kohn*)의 기준을 적용하였다. 세 번째, 법원은 앞서 언급한 Halleck 판례(*Manhattan Community Access Corp. v. Halleck*)를 인용하여 사적인 플랫폼에서 연설을 주최하는 기능을 정부 기관만이 전통적으로 수행해 온 활동으로 간주할 수 없다고 결정하였다.

PragerU는 사유 재산에 대하여 수정헌법 제1조의 적용을 인정한 대표적 사례인 Marsh 판결(*Marsh v. Alabama*, 1946)을 인용하여 유튜브는 많은 사람들이 공유하는 대중성을 가지고 있기 때문에 수정헌법 1조의 적용을 받는다고 주장하였지만 법원은 이를 기각하였다. Marsh 판결에서 연방대법원은 '소유자가 자신의 이익을 위하여 자신의 재산을 일반 대중에게 공개할수록 소유자의 권리는..그것을 사용하는 사람들의 헌법적 권리에 의하여 제한된다'고 하며 공적 기능을 행사하는 사유재산이 공공의 사용에 제공되는 경우 그 사유 재산에 대하여 표현의 자유를 적용하였다(*Marsh v. Alabama*, 1946).

그러나, 이 결정은 후속 결정(*Lloyd Corp. v. Tanner*, 1972)에서 시 권한의 전체 범위를 수행하는 민간 기업의 경우에 적용되는 것으로 한정하면서¹⁶⁾ 법원은 더 이상 사유 재산에 대한 수정헌법 1조의 적용을 확대하지 않았다. 이 사건에서 법원은 유튜브의 경우에는 사유 재산에 대하여 수정헌법 제1조의 적용을 인정할 수 없다고 하면서 민간 기업이라 하더라도 그 재산이 대중의 연설을 위하여 공개된 경우 공적 포럼으로 변형될 수 있다는 PragerU의 주장을 기각하였다(*PragerU v. Google*, 2020). 오히려, 선례(*Cornelius v. NAACP*, 1985)를 인용하여 공적 포럼을 형성하기 위해서는 정부가 의도를 갖고 공개 담론을 위하여 재산을 공개해야 한다고 강조하였다.

16) 이러한 논리는 우리법원에서도 비슷하게 적용되고 있다. 예를 들어 공무수탁사인에 대해서 공행정주체성을 인정하여 공무수탁사인의 공권력 행사는 국가가 행하는 것과 법적 효과 측면에서 다르지 않다는 헌법재판소의 논리와 그 맥락을 같이 한다 (헌법재판소 2008. 6. 26. 선고 2005헌마506 전원재판부, 방송법제32조제2항 등위헌확인, 헌집 20-1, 397면)

결론적으로, 법원은 유튜브가 정부의 통제하에 있지 않기 때문에 공적 포럼 이론이 적용될 수 없고 같은 맥락으로 유튜브가 스스로 공적 포럼이 되었다고 선언하였기 때문에 공적 포럼에 해당된다는 PragerU의 주장 또한 기각하였다. 유튜브가 표현의 자유에 대하여 공개적인 약속을 하거나 스스로를 ‘중립적 공개 포럼(neutral public fora)’이라고 선언하더라도 그 사실이 유튜브를 공적 포럼으로 전환하는 것은 아니라는 것이 근거로 제기되었다(PragerU v. Google, 2020).

다. 평가

이 사례에서 법원은 유튜브가 전통적으로 국가에 독점적으로 유보된 공적인 기능을 수행하는데 참여하지 않았으므로 유튜브를 자신의 콘텐츠를 규제할 책임이 있는 사적 단체로 정의하였고 그들의 검열 행위는 표현의 자유에 대한 정부의 제한에 해당하지 않기 때문에 수정 헌법 제 1조 위반으로 볼 수 없다고 판단하였다. 헌법상 표현의 자유의 구속을 받는 공적 포럼 이론을 적용함에 있어서 국가행위이론을 전통적 경계선을 넘어 확장하면 궁극적으로 정부의 통제를 확장시킬 수 있다는 위험성에 무게를 두고 제한적으로 해석한 것으로 보인다(이노홍, 2019).

그러나, 유튜브 공간은 거대한 광장으로서의 역할을 수행하고 있다는 점, 인터넷 환경은 재산의 소유관계나 공과 사의 분리가 가장 모호한 영역인 점(이노홍, 2019), 오늘날 유튜브 플랫폼을 통한 공론장이 시민들의 주된 의사소통 수단으로 플랫폼운영자에 의한 표현의 자유 침해가 많이 발생한다는 점을 고려할 때 더 이상 전통적인 공적 포럼이론을 적용하여 유튜브에게 표현의 자유 침해에 대한 책임을 묻지 않는 것은 타당하지 않다고 생각된다. 문재완(2008)은 “오히려 인터넷포털과 같이 영향력이 큰 매체에서 발생하는 불법행위에 대해서는 인터넷포털에 책임을 부여하거나 그러한 방식으로 규제하는 것이 사회정의의 관념에 더 부합하는 것이다”(335-336쪽)고 주장했다. 인터넷포털에 적용되는 이 논

리는 오늘날 인터넷포탈보다 더 사용자가 많고 영향력이 큰 유튜브에도 적용된다.

물론, 이 경우에도 관련된 당사자들인 유튜브와 이익과 사용자의 표현의 자유의 침해의 정도 사이에 공정한 이익형량(Fair Balance)이 준수되고 유지되어야 한다. 이러한 이익형량에는 개별 사안이 가진 여러 가지 요소들 예를 들어 사안의 배경 및 ‘전후 사정(context)’을 고려하여(이현정, 2022) 개인의 인권이나 헌법상 권리가 중대하게 침해된 경우에는 유튜브에게 책임을 부여해야 하고 그렇지 않은 경우에만 유튜브에게 과도한 책임을 묻는 것은 지양해야 한다.

3. 소결

기본권 침해에 대한 유튜브의 책임과 관련된 헌법적 쟁점은 기본권의 대사인적 효력이다. 독일의 학설은 직접적용설과 간접적용설이 존재하지만 기본권 간에 우선하는 효력을 인정하는 것은 기본권 간의 이익형량에 의해서 가능한 것이기 때문에 간접효력설이 타당하다.

표현의 자유와 관련한 기본권의 대사인적 효력에 있어서 미국에서는 국가작용의제론을 발전시켜왔고 공적포럼이론을 정립하였다. 미국 항소법원의 유튜브 대상 판결은 유튜브가 사적인 포럼에 해당하므로 수정헌법 제1조의 적용을 받지 않는다고 판단하였다. 대륙법계와 달리 미국법원은 그 본질상 법원의 판례를 제1차적 법원으로 생각하는 ‘판례법주의’를 취하고 있는 보통법체계이다(김범준, 2017). 따라서, 법원으로서는 이전 판례에서 확립된 “미국 수정헌법 제1조상 표현의 자유는 단지 국가에 의한 언론의 침해를 금지하는 것이고 사인에 의한 언론 침해를 금지하는 것이 아니다”(Manhattan Community Access Corp. v. Halleck, 2019: 이노홍, 2019 재인용)라는 원칙을 따른 것으로 보인다. 또한 미국의 경우 표현의 자유와 관련된 명예훼손과 같은 문제를 해결함에 있어서 민사상 손해배상 등을 통하여 해결하려는 경향이 강하다는 점을 고

려한다면 미국 제9순회 항소법원의 결론이 전혀 이해하기 힘든 결과도 아니다.

그러나, 사유재산 주체의 사적 장소가 일반에 공론장으로 공개되었다면 사유재산에 대하여 공적 기능성을 인정할 수 있으므로 사인도 헌법적 책임을 수반한다고 본 Halleck 판결의 반대의견에도 귀를 기울일 필요가 있다(이노홍, 2019). 공적포럼이론을 적용한다면 유튜브에 업로드된 콘텐츠로 인하여 헌법상 기본권이 침해된 개인의 손해에 대한 책임을 유튜브에게 효과적으로 물을 수 있기 때문이다. 전통적인 공적 포럼이론을 적용하여 유튜브를 사적포럼으로 간주한다면 사용자의 표현의 자유 침해에 중대한 경우에도 유튜브에게 책임을 물을 수 없게 된다. 이러한 점을 고려할 때 개별 사안의 배경 및 전후사정을 고려하여 유튜브의 이익과 사용자의 표현의 자유의 침해의 정도 사이에 공정한 이익형량을 준수하는 것이 중요하다고 생각된다. 그렇게 할 때, 사용자의 표현의 자유 침해가 경미한 경우와 중대한 경우를 구별하여 그에 비례한 책임을 유튜브에게 물을 수 있기 때문이다.

IV. 그 밖의 쟁점

이하에서는 서론에서 언급한 유튜브의 책임과 관련한 쟁점인 검열의 근거를 명확하고 충분히 설명할 유튜브의 책임과 관련한 쾰른 지방법원의 유튜브 대상 결정을 소개한다. 또한 명예훼손 게시물에 대한 유튜브의 책임을 논의한 인도 법원의 판결을 소개한다.

1. 검열의 근거에 대한 기준: 쾰른 지방법원의 유튜브 대상 결정

독일의 쾰른 지방법원은 2021년 10월 11일 유튜브가 검열행위로 삭제

한 두 개의 비디오에 대하여 삭제를 금지하는 결정을 하였다(*LG Köln v.*, 2021). 해당 결정에 관한 사실관계, 주요쟁점 및 판단, 소결 및 평가를 간단히 살펴본다.

가. 사실관계

퀵른지방법원은 2021년 10월 11일 유튜브가 자체 검열행위를 통하여 비디오를 삭제하는 행위와 청구인인 사용자에게 사용자가 업로드한 비디오의 내용과 관련하여 경고한 행위를 금지할 것을 명령하는 결정을 내렸다. 청구인은 유튜브에서 비디오 채널을 운영하고 있는 사용자로, 26분짜리 비디오와 29분짜리 비디오를 업로드 하여 공개하였다. 이 두 비디오의 내용에는 정부를 비판하는 내용의 인터뷰와 코로나와 관련한 주제에 관한 캠페인인 #allesaufdentisch에 관한 소식이 담겨 있었다(Plutte, 2021). 그런데, 이 두 비디오는 유튜브의 자체 검열행위를 통하여 비디오 플랫폼에서 삭제되었다.

나. 주요쟁점 및 판단

퀵른지방법원은 유튜브가 위 두 비디오를 삭제하고 청구인에게 경고를 발행하는 것을 금지하였다. 법원의 판단에 따르면, 청구인과 같은 유튜브 채널 운영자는 비디오 플랫폼인 유튜브를 상대로 계약상 청구를 할 수 있는데, 그 계약상 청구의 내용은 비디오를 업로드 하여 공개해달라는 서비스를 제공해 달라는 것이다. 법원은 유튜브가 청구인에게 구체적으로 유튜브가 제공한 관련 가이드라인의 몇 번째 항목을 위반하였는지 어떠한 조항을 위반하였는지 충분히 상세한 정보를 제공하지 않고 자체 검열 행위를 통하여 청구인의 두 비디오를 비디오 플랫폼에서 삭제하였음을 지적하였다. 이러한 이유로 법원은 이러한 삭제가 정당화될 수 없다고 판단하였다. 법원은 한 눈에 봐도 코로나와 관련된 잘못된 의

로 정보를 담고 있는 아주 짧은 비디오라면, 만약 위반 사항의 정확한 항목을 명시하지 않고 삭제하더라도 합법적인 삭제에 해당할 수 있으나, 이 사건 비디오같이 29분짜리 꽤 긴 비디오에까지 그러한 방침이 광범위하게 적용되어서는 안 된다고 강조하였다(*LG Köln v.*, 2021).

다. 평가

이 사건에서 법원이 문제로 삼은 것은 검열행위에 대한 가이드라인을 마련할 유튜브의 책임과 관련된다. 유튜브는 매달 20억 명 이상의 사용자가 로그인 하고 사용자 수가 20억 명 이상으로 전 세계 인터넷 사용자의 거의 43%가 매달 유튜브에 액세스하는 것으로 알려져 있다(Affde, 2021). 쾰른 지방법원은 이렇듯 사람들의 관심권 내에 거대하게 영향을 미치는 비디오 포털로서의 지위를 가진 유튜브가 보다 투명하고 예측가능하며 이해하기 쉬운 방법으로 업로드된 비디오를 검열하고 삭제하는 범위를 규율하는 가이드라인을 도입할 의무를 부담해야 한다고 결론지었다.

더불어, 이러한 이해하기 쉽게 상세히 규정된 가이드라인은 별로 인기 있지 않은 주제나 미심쩍은 콘텐츠를 다루는 청구인과 같은 크리에이터에게도 똑같이 적용되어야 한다는 것이다. 이렇게 해야만 비디오를 만드는 사람들과 플랫폼의 사용자들이 모두 유튜브의 검열 및 삭제와 같은 조치를 폭넓게 받아들일 수 있다는 논지이다. 결론적으로 해당 사안에서 유튜브가 삭제한 비디오는 다시 온라인에서 서비스할 수 있게 되었다.

유튜브의 검열과 필터라는 기술 도입에 관련하여 과연 이것이 표현의 자유와 양립할 수 있을 것인가에 관하여 논란이 되고 있다. 이 판례는 유튜브의 검열과 필터 사용에 관하여 유튜브가 투명하고 예측가능하며 상세히 규정된 가이드라인을 마련할 것을 시사하고 있다. 이러한 가이드라인을 마련하지 않은 채 사용자에게 충분한 정보를 제공하지 않고 업로드된 비디오를 검열 및 삭제하는 행위가 표현의 자유를 위반한다는

것을 명시적으로 언급하지 않았지만 더 이상 정당화 될 수 없음을 시사한다. 이와 더불어, 유튜브가 불법적인 비디오를 골라내기 위하여 검열하고 필터를 사용하더라도 그 기준을 상세하고 투명하게 마련하여 표현의 자유를 침해할 여지를 최소화할 수 있어야 하며, 이와 더불어 이를 위반하고 검열 및 삭제할시 그 행위를 금지할 수 있다는 것을 명백하게 밝힌 사례라는 점에서 유튜브의 검열 행위와 표현의 자유의 침해 사이의 충돌을 해결하는데 있어서 중요한 결정이라고 생각된다.

2. 명예훼손 게시물에 대한 유튜브의 책임: 인도 델리 고등법원의 판결

이하에서는, 유튜브에 업로드된 콘텐츠로 인하여 개인의 명예가 훼손된 경우 유튜브에게 책임을 묻고 개인에게 피해 보상할 것을 판시한 인도의 델리 고등법원의 판례를 소개한다(*YouTube v. Geeta Shroff*, 2018). 이 판결 관련 쟁점은 이용자에 의해 게시된 명예훼손에 대한 유튜브의 책임과 불법콘텐츠를 해당 국가 서비스에서만 삭제를 하면 될지 글로벌 서비스에서 삭제를 해야 할지와 관련된 국제 관할권 문제이다. 그러나, 이 논문의 주제를 유튜브의 법적 책임으로 한정한 만큼 첫 번째 쟁점인 명예훼손 게시물에 대한 유튜브의 책임을 중심으로 서술하고 두 번째 쟁점에 관하여는 피해자 중심주의와 관련하여 간단히 서술한다. 2018년 5월 17일 델리 고등법원은 유튜브에 대하여 유튜브의 플랫폼에 업로드된 콘텐츠로 인하여 명예 훼손된 피해자인 개인의 명예 훼손 자료를 삭제하고 전 세계적으로 게시 중단할 것을 지시하고, 명예 훼손된 피해자인 개인에게 금원을 지급할 것을 판시하였다. 이 판례는 유튜브가 개인에게 입힌 손해에 대하여 법적 책임을 부담한다고 결론지었다는 점에서 의미가 있다.

델리 고등법원은 유튜브 플랫폼에 업로드된 명예 훼손 자료를 전 세계적으로 게시 중단하도록 지시하였다¹⁷⁾. Geeta Shroff는 “Indian Money Hungry Dr. Geeta Shroff Must Watch”라는 태그가 붙은 게시물을 삭제

하고 해당 게시물을 업로드한 사람의 신원을 공개해 줄 것을 지방법원에 요청하였다. 이에 지방법원은 모욕적인 게시물은 개인의 명예를 훼손하는 것으로 간주되므로 전 세계적으로 유튜브 플랫폼에서 해당 게시물을 삭제하라고 명령하였고, 이에 따라 해당 게시물은 인도 도메인에서만 삭제되었다¹⁸⁾.

그러나, 고등법원은 인도 도메인에서 삭제되었다더라도 VPN의 사용자와 인도 외부의 사용자들이 여전히 해당 악성 콘텐츠에 접속할 수 있기 때문에 Geeta Shroff의 평판 및 인격권을 보호하기 위하여 전 세계적인 게시 중단이 필수적이라고 판결하였다. 유튜브는 해당 판결에 대하여 미국 통신품위법(Communications Decency Act) 230조 및 스피치법(SPEECH Act)에 따라 제공되는 보호를 기반으로 항소하였으나¹⁹⁾, 항소는 기각되

17) 이 쟁점은 위에서 간단히 소개한 국제 관할권 문제이다. 이 문제에 관하여 2001년 프랑스 법원이 야후에게 프랑스법에 따라 나치 문양을 프랑스뿐만 아니라 전 세계 서비스에서 삭제할 것을 명한 *Yahoo! Inc. v. LICRA* 판결(169 F. Supp. 2d 1181 (N.D. Cal. 2001))이 있다. 이 판례는 인터넷 회사들이 국경 없는 세계에서 마주할 수 있는 문제를 다루었다고 평가받는다(Duh, 2002, p.359). 해당 쟁점에 관하여 선행하는 판결이 이미 존재하기 때문에 인도 법원의 판결이 완전히 새로운 쟁점을 다루었다고 볼 수는 없으나 서론에서 설명한 바와 같이 동영상 편집행위를 하지 않는 유튜브에게도 명예훼손 게시물의 책임을 인정하고 피해자 중심주의의 입장에서 전세계적으로 게시 중단할 것을 지시하였다는 점에서 판결 소개의 의의가 있다고 생각한다.

18) 유럽사법재판소의 2014년 구글 스페인 판결 이후 잊혀질 권리와 관련하여 구글 또한 삭제요청자가 소재한 국가의 도메인에서만 검색결과를 삭제하면서 전 세계 국가의 도메인에서 검색결과를 삭제하게 되면 표현의 자유를 가장 적게 보호하는 국가의 법이 세계적으로 적용되는 결과가 된다고 주장하였다. 법리적으로는 구글의 주장이 타당한 측면도 있다(문재완, 2017, 15쪽). 그러나, 전 세계의 도메인에서 링크를 차단하거나 전세계적인 게시 중단을 하지 않은 경우 게시 중단의 실효성을 확보하는 유일한 방법은 전 세계에 적용하는 것이고 피해자 중심주의 입장에서 텔리도등법원의 입장을 지지한다. 위 같은 논문에서 인용한 캐나다 대법원의 결정도 이와 같이 판시하였다. (*Google Inc. v. Equustek Solutions Inc., et al*, 2015 BCCA 265).

19) 유튜브는 인도 법원의 판결이 효력이 없다는 것을 주장하기 위하여 첫째, 통신품위법 제230조에 따른 면책 조항이 적용된다고 주장하였다. 구글을 해당 비디오의 발행 당사자(publisher)로 본다면 유튜브는 제3자의 웹사이트에 해당하고 제230조는 제3자의 웹사이트와 관련한 서비스 제공자를 면책하는 조항이기 때문이다. 둘째, 유튜브에 업로드된 비디오는 인도에서 업로드 된 것이 아니고 SPEECH Act에

었다. 유튜브는 또한 해당 게시물이 실제로 인도에서 업로드 되지 않았으므로 인도 법원에 관할권이 없다고 주장하였으나 델리 항소 법원은 이 주장을 받아들이지 않았다. 이하에서는 이 사례에 관한 사실관계 및 델리지방법원의 판단, 델리고등법원의 판단 및 평가를 서술한다.

가. 사실관계 및 델리지방법원의 판단

Geeta Shroff는 의사로, 인터넷 검색을 하던 중 유튜브에 업로드된 게시물과 함께 “Indian Money Hungry Dr. Geeta Shroff Must Watch”.라는 태그를 발견하였다. 이 게시물은 세부 사항이 알려지지 않은 익명의 단체인 “Desh Ka Dushman(‘국가의 적’으로 번역됨)”의 채널에 의하여 업로드 되었으며 이 단체의 신원과 관련한 정보는 유튜브에 공개된 내용이 없었다. 자신을 비난하는 해당 게시물에 화가 난 Shroff는 게시물과 태그의 내용이 경멸적이라고 주장하며 해당 게시물 및 태그의 삭제와 유튜브 및 구글에 서면으로 해당 게시물을 업로드한 단체 또는 개인의 신원을 공개하도록 요청하였다. 유튜브는 Shroff의 항의를 거부하고 태그라인 및 게시물의 제거, 삭제 및 차단을 거부했으며 해당 게시물이 Shroff의 명예를 훼손하고 이미지를 손상시키며 피고인의 평판을 훼손했다는 주장을 무시하였다.

유튜브의 조치에 대한 응답으로 Shroff는 유튜브 및 구글(인도의 자회사인 미국 법인)에 해당 게시물을 삭제, 제거를 요청하는 신청서를 델리 지방법원에 제출하였다. 유튜브는 업로드된 콘텐츠가 서비스 약관을 위반하였다거나 법률 위반이라고 관할 법원에서 결정한 상황에서 업로드된 콘텐츠에 특정 지역에서 접근을 차단하는 것 이상으로 게시물을 삭제한다든지 사용자의 정보를 공개한다든지 하는 방법으로 사용자를

따라 업로드한 사용자의 정보를 공개하지 않아도 된다고 주장하였다. (The High Court of Delhi, *Youtube, LLC v. Geeta Shroff*, 2018 SCC OnLine Del 9439, 14-15.)

통제할 수는 없다고 주장하였다. 유튜브는 자신의 법적 성격을 중개자(intermediary)로 규정하면서, 전 세계 사용자가 그들의 재량과 통제 하에 해당 비디오를 업로드하고 시청할 수 있도록 정보와 엔터테인먼트에 대한 접근을 촉진하는 중개자로서의 역할만 할 뿐이라고 강조하였다(*YouTube v. Geeta Shroff*, 2015).

유튜브는 이렇듯 중개자로서의 역할을 강조하면서 유튜브 플랫폼에 업로드된 영상이나 콘텐츠를 선정하거나 조달하는 역할을 수행하지 않으며, 업로드된 콘텐츠와 관련하여 사전 모니터링이나 어떠한 편집 기능도 수행하지 않기 때문에 플랫폼에 업로드된 콘텐츠로 인하여 발생한 피해에 대하여 책임이 없다고 주장하였다. 업로드된 콘텐츠가 서비스 약관이나 가이드라인을 위반하는 경우에만 해당 동영상을 삭제할 수 있을 뿐이지 플랫폼에 동영상을 업로드 하는 과정에 어떤 방식으로든 영향을 행사하거나 제어하고 결정하는 위치에 있지 않다고 하였다. 유튜브는 게시물 내용의 진위 여부를 판단할 수 있는 위치에 있지 않기 때문에 해당 동영상 게시물을 삭제할 수 없으며, 삭제를 원한다면 Shroff가 직접 해당 동영상을 업로드한 사용자에게 유튜브 플랫폼에서 제공하는 메시지 기능을 사용하여 요청하여야 한다고 주장하였다. 유튜브는 다만 법원의 지시가 있는 경우에 한하여 자신들이 플랫폼에서 해당 동영상을 삭제할 수 있다고 하였다(*YouTube v. Geeta Shroff*, 2015).

2015년 6월 4일에 뉴델리 지방법원은 게시물이 명백히 Shroff의 명예를 훼손하고 일반 대중들에 대한 Shroff의 이미지를 훼손함으로써 회복할 수 없는 손해를 초래하였다고 판결하였다. 지방법원의 판결에서 법원은 명성은 돈으로 살 수 없는 것이고 오랜 세월 쌓아온 유일한 보석이며, 이를 빼앗긴 사람은 매우 곤궁한 위치에 놓이게 된다고 강조하였다(*YouTube v. Geeta Shroff*, 2015). 이러한 근거로, 법원은 유튜브에게 해당 게시물과 태그라인을 즉시 삭제할 것을 명령하였다. 2018년 1월 18일자 명령으로 지방 판사는 6월 4일의 명령을 재확인하고 유튜브에게 이를 따를 것을 지시하였지만, 유튜브는 지방법원의 결정에 불만을 품고

델리 고등법원에 항소하였다.

나. 델리고등법원의 판단 및 평가

쟁점은 유튜브에게 전 세계적으로 Shroff를 향한 공격적인 명예훼손적 게시물을 삭제하도록 명령하는 것이 정당한지 여부였다. 지방법원의 명령에 따라 유튜브는 태그라인은 삭제하였지만, 기술적 제약이 있다고 하면서 해당 게시물을 삭제하지 않았다. Shroff가 지방법원에서 유튜브의 인도 자회사가 아닌 전 세계적으로 운영을 통제하는 모회사인 미국 법인을 상대로 소송을 제기하였기 때문에 이를 근거로 지방법원은 2015년 6월 4일자 명령이 전 세계적으로 적용될 수 있다고 결론지었다. 그러나 유튜브는 한번 업로드된 데이터는 국제적으로 다른 데이터 센터로 전송되어 접속할 수 없기 때문에 기술적인 제약으로 해당 게시물을 삭제하는 것이 불가능하다고 주장하였다(*YouTube v. Geeta Shroff*, 2018).

이에 대하여 지방법원은 인도에서 업로드된 콘텐츠가 인도 영토 외부로 옮겨진 경우에도 동일한 경로를 따라가면 전 세계적으로 콘텐츠를 차단할 수 있다고 판단하였다. 고등 법원 절차에서 유튜브는 스피치법(SPEECH Act) 제2조에 따라 한 국가의 과도하게 제한적인 명예 훼손법이 전세계적인 표현의 자유에 영향을 미칠 수 있다고 하면서 미국 기업이 표현의 자유 보호에 대한 다른 기준으로 외국 관할권에서 소송을 당하지 않도록 보호된다는 점을 강조하였다(*YouTube v. Geeta Shroff*, 2018). 또한, 미국 통신품위법(Communications Decency Act) 230조에 따르면 미국 법원은 미국 법률을 준수하지 않는 외국 판결을 따를 의무가 없다고 덧붙였다. 마지막으로 업로더인 익명 단체에 대한 명령이 미국 법원에서 얻어지지 않았으므로 가해자의 신원에 관한 정보를 밝힐 수 없다고 주장하였다(*YouTube v. Geeta Shroff*, 2018).

고등법원은 유튜브의 주장을 받아들이지 않았고, 지방법원의 명령이 최종적이고 준수되어야 한다고 판단하였다. 우선, 2015년 6월 4일에 이

루어진 금지 명령에 대하여 유튜브가 이의를 제기하지 않았기 때문에 해당 금지 명령은 최종적으로 확정되었고 해당 게시물이 어디에서 업로드 되었건 간에 이전의 상태(status quo ante)로 회복시키기 위하여 유튜브와 구글은 그 게시물을 삭제할 의무가 있다고 판결하였다(*YouTube v. Geeta Shroff*, 2018).

델리 고등법원의 판결에 대하여 유튜브는 표현의 자유를 위축시킨다고 주장하였다. 그러나 표현의 자유는 아무 말이나 보호받아야 한다는 것이 아니고 보호할 가치가 있는 말이 보호받아야 한다는 의미를 지니며 보호할 가치 있는 말의 최대한의 범위는 해악이 없는 말이다(문재완, 2008). *Geeta Shroff*에 대한 근거 없는 비방의 콘텐츠는 *Shroff*의 인격권을 침해하는 해악이 있는 말로 보호할 가치 있는 말이 아니라고 생각된다. 인도 델리고등법원의 판결은 유튜브에 업로드된 콘텐츠로 인하여 개인이 인격권 침해로 입은 손해에 대하여 유튜브에게 법적 책임이 있다고 인정하였다는 점에서 의미 있는 판결이라고 생각된다.

3. 소결

퀵린 지방법원은 유튜브가 검열행위를 하고 이에 따라 업로드된 비디오를 삭제함에 있어서 사용자가 충분히 납득할 수 있을 만큼 투명하고 예측 가능한 가이드라인을 마련해야 한다고 결정하였다. 더불어 이를 위반하고 업로드된 비디오를 삭제하는 행위가 법원의 결정으로 금지될 수 있다는 점에서 표현의 자유를 위반하는 과도한 유튜브의 검열 행위를 제한한 결정이라고 생각된다. 이 사안에서도 법원은 하나의 가이드라인을 광범위하게 적용하면 안 된다고 하면서 비디오의 내용 및 길이와 같은 개별 사안의 특수사정을 고려하였다. 이는 유튜브의 이익과 사용자의 이익이 충돌하는 상황에서 이익 형량을 통하여 문제를 해결함에 있어서 중요한 점이라고 생각된다.

인도 델리고등법원의 판결은 유튜브에 업로드된 콘텐츠로 인하여 개

인이 인격권 침해로 입은 손해에 대하여 유튜브에게 법적 책임이 있다고 인정하였다는 점에서 의미 있는 판결이라고 생각된다. 또한 피해자에게 실질적인 해결책을 마련하기 위해서 인도 내뿐만 아니라 전 세계적으로 게시를 중단하고 차단할 것을 명령하였다는 점에서 피해자의 상황을 고려한 피해자 중심주의²⁰⁾의 판결이다. 아울러, 유튜브가 단순히 중개자의 역할을 하는 것이 아니라 유튜브에 업로드된 콘텐츠로 인하여 피해가 발생하였을 때 피해를 구제할 법적 위치에 있음을 확인하였다는 점에서 의의가 있다.

V. 결론

유튜브의 법적 책임과 관련한 여러 가지 쟁점 중에서 최근의 판례를 통하여 논의되고 있는 주제 중 유럽사법재판소의 최근 판례는 사용자가 업로드한 정보의 저작권침해에 대한 유튜브의 책임을 다루었다. 유럽사법재판소는 유튜브 플랫폼에 업로드된 저작권 위반 콘텐츠에 대하여 유튜브가 책임이 없다고 판단하였지만, 향후 사안에서 적용될 DSM 지침 제17조와 관련하여 유튜브가 면책받기 위해서는 불법 콘텐츠에 대처하기 위하여 ‘업로드 필터’와 같은 기술적인 조치를 도입하는 것을 포함하는 기준을 제시하였다. 이러한 기준에 대하여 표현의 자유와 양립가능한지에 관한 논의를 불러왔다. 이러한 필터링은 불법적인 콘텐츠뿐만 아니라 합법적인 콘텐츠까지 사전적으로 차단시킬 수 있기 때문이다.

두 번째 쟁점인 기본권 침해에 대한 유튜브의 책임을 다룬 미국 항소법원의 유튜브에 대한 판결은 유튜브가 그 대중적 영향력에도 불구하고 사적인 포럼에 해당하므로 수정헌법 제1조 표현의 자유를 준수할 의무

20) 최근 국제 인권법 특히 ‘전환기적 정의(Transitional Justice)’와 관련하여 피해자 중심주의(Victim-Centered Approach)가 강조되고 있다. (이현정(2022). 혐오표현: 표현의 자유와 차별 금지. <인권법평론>, 28호, 556-557).

를 부담하지 않는다고 하였다. 그러나, 사적 단체라고 하더라도 그가 제공하는 행위로 인하여 피해자의 헌법상 권리 및 인권이 중대하게 침해되는 경우에는 일정한 법적 책임을 부담해야 한다고 생각한다. 이는 우리 헌법의 기본권의 대사인적 효력 문제로 귀결된다. 기본권의 대사인적 효력에 관한 이론으로는 독일에서 발전된 사법의 일반조항을 통하여 기본권의 효력이 간접적으로 적용된다는 간접적용설이 다수의 지지를 받는다. 그러나 헌법규정이거나 헌법해석에 따라 기본권의 대사인적 효력이 직접 적용되는 기본권도 있고 더군다나 미국 항소법원의 유튜브에 대한 판결에서 문제가 된 언론출판의 자유와 같은 표현의 자유는 대사인적 효력이 직접 적용되는 기본권으로 인정된다(성낙인, 2020, 389면). 따라서, 기본권의 대사인적 효력 이론에 따르더라도 유튜브의 검열에 의하여 사용자의 표현의 자유가 과도하게 침해된 경우에는 유튜브에게 표현의 자유를 준수할 의무를 부담시킬 수 있다.

세 번째 쟁점인 검열의 근거를 명확하고 충분히 설명할 유튜브의 책임에 관하여 필른 지방법원의 최근 판결을 눈여겨 볼 필요가 있다. 비록 최고법원의 판결은 아니지만 검열의 근거에 대한 기준을 마련할 유튜브의 책임을 다루고 있기 때문이다. 유튜브의 검열행위에 의한 삭제가 정당화되기 위해서는 관련된 기준을 상세하고 투명하게 마련하여야 하고 그런 경우에 표현의 자유를 침해할 여지가 최소화할 수 있다고 하여 유튜브의 검열행위에 법적 제한을 두었다.

네 번째 쟁점인 명예훼손 게시물에 대한 유튜브의 책임과 관련하여 인도 델리항소법원에서 유튜브에 업로드된 콘텐츠로 인하여 개인의 인격권과 명예에 심한 훼손을 입은 피해자에 대하여 유튜브가 책임을 부담한다고 판결하였다. 우리나라의 대법원에서도 인터넷 종합 정보제공사업자에 대하여 불법행위책임을 진다고 판결한 바 있지만, 유사 편집행위를 하였다는 조건이 있었고 동영상 편집행위를 하지 않는 유튜브에게도 이러한 책임을 그대로 인정할 수 있을지 확실하지 않다는 점에서 유튜브의 책임을 다른 인도 법원의 판결을 참조할 만하다. 유튜브가 게시물

을 통하여 이익을 얻었고, 그 과정에서 피해자에게 피해가 발생했으므로 피해자의 피해 정도를 고려하여 그 피해가 중대한 경우 유튜브에게 책임을 지우는 델리항소법원의 결론이 타당하다고 생각한다²¹⁾. 최근 독일에서는 회사라고 하더라도 인권을 준수하고 예방할 의무를 부담한다는 내용을 담은 법²²⁾이 통과되었다. 이 법은 독일의 회사들에게 전 세계적인 공급망에서 인권을 존중할 책임이 있다고 천명한 최초의 법적 근거가 되었다.

표현의 자유와 유튜브의 법적 책임의 문제를 고찰함에 있어서 가장 중요한 원칙은 관련된 법적 주체들 간의 이익과 표현 및 정보의 자유 사이에 공정한 이익형량(Fair Balance)를 준수하고 유지하는 것이라고 생각된다. 저작권자, 유튜브, 가해자인 사용자, 피해자인 사용자 등 관련된 주체들 간 이러한 공정한 이익형량을 준수하기 위하여 개별 사안의 배경, 전후 사정, 기본권 침해의 정도 등과 관련된 여러 가지 요소들이 이익형량의 과정에 고려되어야 한다. 이러한 과정에는 문제가 되는 기본권이 더 중요하면 중요할수록, 그 기본권의 침해의 정도가 더 강할수록,

21) 문재완(2008)은 “인터넷포털은 댓글 또는 게시판을 통하여 이익을 얻었고, 그 이익을 얻는 과정에서 피해가 발생하였기 때문에 그 이익을 배상토록 하는 것이 공평할 뿐 아니라, 댓글 또는 게시판이 인격권 침해의 가능성을 상존하고 있기 때문에 그 관리자로서 위험으로부터 발생한 손해에 대하여 책임을 지는 것 역시 정당하다고 본다”(334쪽)고 주장했다. (문재완(2008). 인터넷에서의 표현의 자유와 그 한계 - 인터넷포털에서 발생하는 불법행위를 중심으로-. <외법논집> 31집) 인터넷포털의 댓글이나 게시판으로 인격권 침해가 발생하였을때 그 인터넷포털의 관리자가 책임을 지는 것이 정당하다는 논리는 플랫폼에 게시된 콘텐츠로 인하여 피해자의 인격권이 침해된 경우에 유튜브가 그 손해에 대하여 책임을 부담하여야 하므로 유튜브의 경우에도 같이 적용될 수 있다.

22) Act on Corporate Due Diligence Obligations for the Prevention of Human Rights Violations in Supply Chains (Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz - LkSG)가 2021년 3월 3일 법안 초안이 승인되었고, 2021년 6월 11일 독일 연방의회(Bundestag)에서 이 법안을 채택하였고 2021년 6월 25일 연방상원(Bundesrat)의 승인을 받아, 2021년 7월 22일 연방법률공보(The Federal Gazette, Bundesanzeiger)에 게재되었다. (Federal Ministry of Labour and Social Affairs(2021). Act on Corporate Due Diligence in Supply Chains. Retrieve from <https://www.bmas.de/EN/Services/Press/recent-publications/2021/act-on-corporate-due-diligence-in-supply-chains.html>, 2022년 3월 11일 방문)

논란이 되는 문제에 관한 공통 기반이 적게 형성되어 있을수록 비례하여 더 엄격한 심사 강도를 적용해야 한다는 이익형량의 원칙(Law of Balancing)을 적용할 수 있다(이현정, 2022). 이를 통하여 유튜브의 법적 책임과 관련된 문제를 보다 현명하게 해결할 수 있을 것이다. 표현의 자유와 인격권과 같은 개인의 헌법상 권리가 과도하게 침해하지 않도록 유튜브는 투명하고 예측 가능한 지침을 마련하고 보호조치를 마련해야 한다. 이와 동시에 유튜브에 대하여 과도한 책임을 부과하는 것도 지양하여 유튜브가 상세한 지침을 마련하는 등 상당한 노력을 기울였다면 그 책임을 일정 부분 면할 수도 있게 하여야 한다.

■ 참고 문헌

- 구경완 (2010). 가처분(TRO)과 금지명령(Injunction). URL: <http://kooattorneycpa.blogspot.com/2010/06/tro-injunction.html>
- 국회도서관 (2010). 유럽연합 기본권 헌장 한글번역본. URL: <http://dl.nane.t.go.kr/law/SearchDetailView.do?cn=TLAW1201400414#none>
- _____ (2010). 미합중국 헌법 (The Constitution of the United States of America) 한글번역본. URL: https://world.moleg.go.kr/web/wli/lgs/llInfoReadPage.do?1=1&AST_SEQ=1061&CTS_SEQ=28071
- 권태상 (2012). 인터넷상 명예훼손에 대한 인터넷 서비스 제공자의 민사책임 - 대법원 2009. 4. 16. 선고 2008다53812 전원합의체 판결 -. <이화여자대학교 법학논집>, 17권 2호, 271-305.
- 권형돈 (2019). 인격적 법익의 침해를 이유로 법원의 손해배상책임 판결에 대한 비판적 고찰-서울중앙지법 2014. 11. 4. 선고 2013나49885 판결 및 대법원 2016. 8. 17. 선고 2014다235080 판결을 중심으로-. <미디어와 인격권>, 5권 2호, 255-294.
- 김민정 (2008). Web2.0시대에 인터넷서비스제공자(ISP)의 법적 책임문제. <정보법학>, 12권 1호, 1-22.
- 김범준 (2017). 미국의 법률체계와 사법제도. <한국법제연구원 최신 외국법제정보>, 4권, 181-206.
- 문재완 (2008). 인터넷에서의 표현의 자유와 그 한계 - 인터넷포털에서 발생하는 불법행위를 중심으로-. <외법논집> 31집, 309-339.
- _____ (2017). 잊혀질 권리의 세계화와 국내 적용. <헌법재판연구>, 4권 2호, 3-39.
- 성낙인 (2020). <헌법학 입문 제10판>. 서울: 법문사.
- 신승남 (2013). 온라인 서비스 제공자의 미국저작권법(DMCA)상의 면책 규정과 이에 대한 최신 판례 동향 연구. <이화여자대학교 법학논집>, 17권 3호, 303-325.
- 이노홍 (2019). 미국 수정헌법 제1조 표현의 자유의 적용범위에 관한 고찰 - State Action 이론과 공적포럼이론에 관한 2019년 Halleck 판결을 중심으로-. <공법학 연구>, 20권 3호, 239-271.
- 이부하 (2014). 국가의 기본권보호의무와 과소보호금지원칙. <인하대학교

- 법학연구>, 17권 2호, 39-64.
- 이현정 (2022). 혐오표현: 표현의 자유와 차별 금지. <인권법평론>, 28호, 531-563.
- _____ (2022). 독일연방헌법재판소의 판결에 투영된 이익형량의 원리. <외법논집>, 46권 1호, 149-173.
- 정연주 (1991). (헌법)기본권의 대사인적 효력. <고시계>, 36권 7호, 73-82.
- 최승필 (2020). 가짜뉴스에 대한 규제법적 검토. <공법학연구> 21권 1호, 115-147.
- Affde (2021). 2021년에 얼마나 많은 사람들이 YouTube를 사용합니까? YouTube 통계. URL: <https://www.affde.com/ko/youtube-users.html>.
- 대법원 2009. 4. 16. 선고 2008다53812 전원합의체 판결
- 서울고등법원 2008. 7. 2. 선고 2007나60990 판결
- 헌법재판소 2008. 6. 26. 선고 2005헌마506 결정
- Bundesrat (2021). Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes - Drucksachen 19/2 7426, 19/28171. Retrieve from https://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2021/0401-0500/428-21.pdf?__blob=publicationFile&v=1
- Chandra, A. (2018). Book Review on Courting the People: Public Interest Litigation in Post-Emergency India. *16 International Journal of Constitutional Law*, 710-718.
- Directive 2000/31/EC (the E-Commerce Directive) (2000).
- Directive 2001/29/EC (the Copyright Directive) (2001).
- Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC (the DSM Directive) (2019)
- Duh C. (2002). YAHOO! INC. V. LICRA. *Berkey Technology Law Journal*, 17, 359-378.
- European Commission (2021). Communication from the Commission to the European Parliament and the Council. Guidance on Article 17 of Directive 2019/790 on copuright in the Digital Single Market.

- COM(2021) 288 final, Brussels, European Commission, 04. 06. 2021
- European Court of Human Rights (2017). Research Division, Article 2 The State's positive obligations under Article 2 of the Convention to protect an individual from self-harm.
- Federal Ministry of Labour and Social Affairs (2021). Act on Corporate Due Diligence in Supply Chains. Retrieve from <https://www.bmas.de/EN/Services/Press/recent-publications/2021/act-on-corporate-due-diligence-in-supply-chains.html>
- Keller P. (2020). CJEU hearing in the Polish challenge to Article 17: Not even the supporters of the provision agree on how it should work. Retrieve from <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2020/11/11/cjeu-hearing-in-the-polish-challenge-to-article-17-not-even-the-supporters-of-the-provision-agree-on-how-it-should-work/>
- Plutte N. (2021). LG Köln: YouTube durfte #allesaufdeutsch Videos nicht löschen. 2021, Retrieve from <https://www.ra-plutte.de/lg-koeln-youtube-allesaufdeutsch-videos-loeschung/>
- United States Courts for the Ninth Circuit, District & Bankruptcy Courts. Retrieve from <https://www.ca9.uscourts.gov/district/district-and-bankruptcy-courts/>
- Wallberg K. (2017). Notice and takedown of counterfeit goods in the Digital Single Market: a balancing of fundamental rights. *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 12(11), 922-936.
- Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501, 505-09 (1946).
- Lloyd Corp., Ltd. v. Tanner*, 407 U.S. 551 (1972).
- Hudgens v. NLRB*, 424 U.S. 507, 513 (1976).
- Rendell-Baker v. Kohn*, 457 U.S. 830, 842 (1982).
- Cornelius v. NAACP Legal Def. & Educ. Fund, Inc.*, 473 U.S. 788, 802 (1985).
- Howard v. America Online Inc*, 50 51 100 (2000).
- Lee v. Katz*, 276 F.3d 550, 555 (9th Cir. 2002).
- Prager University v. Google LLC*, et al., Case No. 17-CV-06064-LHK (Northern District of California San Jose Division Decision, 2018).
- Manhattan Community Access Corp. v. Halleck*, 139 S. Ct. 1921 (2019).

Prager University v. Google LLC; YOUTUBE, LLC, No. 18-15712
D.C.No. 5:17-cv-06064-LHK (Ninth Circuit, 2020).

The Court of Justice of the European Union (CJEU), Action brought on
24. 07. 2019, *Republic of Poland v. European Parliament and
Council of the European Union*, Case C-401/19 (2019).

_____, Joined cases C-682
/18 (*Frank Peterson v. Google LLC and YouTube LLC*) and
C-683/18 (*Elsevier Inc. v. Cyando AG*), Grand Chamber Judgment
of 22 June 2021 (2021).

Supreme Court of Canada, *Google Inc. v. Equustek Solutions Inc.*, et al,
2015 BCCA 265 (2015).

Delhi District Court, *Dr. Geeta Shroff vs. You Tube & Google* on 4 June,
2015, Suite No. 25/2015 (2015).

The High Court of Delhi at New Delhi, *YouTube LLC v. Geeta Shroff*,
2018 SCC OnLine Del 9439, decided on 17 May 2018 (2018).

Landgericht Köln v. 11.10.2021-28 O 351/21 und 28 O 350/21 (2021).

■ ABSTRACT

Analysis on Freedom of Expression and Legal Liability of YouTube

- From a Comparative Law Perspective -

Lee, Hyun Jung

Dr. jur. Attorney in Law, Wiss. Mitarbeiterin bei Prof. Dr. Jan Sieckmann,
Friedrich Alexander University

Among the various issues related to YouTube's legal liability, the topics discussed through relatively recent cases are the following. First is YouTube's liability for copyright infringement of videos uploaded by users, and second, YouTube's liability for infringement of fundamental rights. The third is YouTube's responsibility to clearly and fully explain the grounds for censorship, and the fourth is YouTube's liability for illegal, defamatory content posted by users.

Firstly, regarding YouTube's liability for copyright infringement, the Court of Justice of the European Union(CJEU) ruled that YouTube is not responsible for its users' copyright infringement of uploaded content. Nevertheless, the case provided guidelines on which cases YouTube will be liable for copyright infringement. Secondly, the constitutional issue related to YouTube's responsibility is that of the violation of its users' fundamental rights. The 9th Circuit Court of Appeals in the United States ruled that YouTube was not subject to the First Amendment because YouTube is a private forum. In consideration of the background and contexts of individual cases, it is essential to comply with a fair balance between the interests of YouTube and the

users' freedom of expression. Thirdly, concerning censorship, the Cologne District Court in Germany concluded that YouTube should be obliged to provide guidelines governing how uploaded videos are censored and removed in a more transparent, predictable, and understandable manner. Lastly, regarding defamation, the ruling of the Delhi High Court in India recognized that YouTube was legally liable for damages suffered by individuals caused by the content uploaded to the platform. This ruling is a judgment rooted in a victim-centered approach, confirming that YouTube is in a legal position to remedy any damage incurred by uploaded videos. In considering the issues of freedom of expression and the legal liability of Youtube, it is apparent that the most important principle is the maintenance of a fair balance between the interest of the relevant legal entities. In this case, it is crucial to consider contextual circumstances of individual cases in question.

Keywords: Freedom of expression, Legal Liability of YouTube, First Amendment, Public Forum Doctrine, Contextual Approach, Law of Balancing

[논문투고일 2022. 3. 13. 논문수정일 2022. 4. 6. 게재확정일 2022. 4. 7.]