

[독일] 이용자의 저작권 침해와 온라인 마켓 운영자의 행위자 책임

독일 막스플랑크 국제형법연구소, 연구원, 법학박사
박희영

1. EU 및 독일의 판례 및 법적 상황

유럽사법재판소는 2021년 6월 22일 독일연방대법원이 선결재판을 제정한 비디오 공유 플랫폼인 유튜브(Youtube)와 파일 호스팅 플랫폼인 업로드드(Uploaded) 판결¹⁾에서 '이용자가 업로드한 위법한 콘텐츠에 대해서 플랫폼 제공자도 공중전달의 행위자로서 책임을 진다'는 플랫폼 제공자의 행위자책임 법리를 확립하였다. 사법재판소는 이 판결에서 행위자책임을 인정할 수 있는 세 가지 그룹의 기준을 제시하였다.²⁾ 그 후 EU 입법자는 이러한 행위자책임을 DSM 지침³⁾ 제17조에 반영하였다. 따라서 DSM 지침의 적용을 받는 일정한 규모의 플랫폼 제공자는 이용자의 저작권 침해행위에 대해서 엄격한 행위자책임을 지게 되었다.

독일연방대법원은 2022년 6월 2일 이러한 사법재판소의 판결에 따라 계류 중이던 원심법원의 판결들을 파기환송하였다.⁴⁾ 연방대법원은 이전의 판결에서 이용자의 위법행위에 대해서 행위자 책임이나 방조자책임도 인정하지 않고 방해자책임(Störerhaftung)만 인정하였다. 이는 형법의 공범 이론에 따라 고의방조만 인정하고 과실방조는 인정하지 않았기 때문이다. 따라서 플랫폼 제공자에게 고의가 없는 경우 방해자책임만 인정되었고, 이에 근거하여 침해제거 또는 침해예방과 경고 비용상환만 인정하고 손해배상은 인정하지 않았다.⁵⁾ 그러나 사법재판소의 판결을 계기로 공중 전달과 관련하여 이용자의 행위자책임 외에 플랫폼 제공자도 행위자책임을 지게 되었다. 한편 독일 입법자는 DSM 지침 제17조를 '저작권법상 서비스 제공자법'(UrhDaG)에서 이행하였다.

그런데 유럽사법재판소와 연방대법원의 공중전달과 관련한 플랫폼 제공자의 행위자책임 법리가 다른 온라인 서비스 제공자, 특히 DSM 지침 제17조에 해당되지 않는 제공자에게도 적용될 수 있는지 문제가 된다. 최근 독일 고등법원은 이러한 법리를 온라인 마켓 운영자에게도 적용하였다. 하지만 고등법원은 이 판결의 중요성을 고려하여 연방대법원에 상고를 허용하였다. 연방대법원의 법리에 따르면 온라인 마켓 운영자는 '저작권법상 서비스 제공자법'의 적용을 받는 다른 플랫폼 제공자보다 더 엄격한 책임을 질 수 있기 때문이다. 이러한 점에서 연방대법원이 유럽사법재판소의 법리를 제대로 이행하였는지 의문이 제기된다. 따라서 고등법원의 판례를 소개하고 문제점을 개관해 본다.

2. 독일 뉘른베르크 지방법원 판결

(1) 사실관계

1) 박희영, 유튜브 및 파일호스팅 플랫폼 제공자의 책임, 유럽사법재판소 판결(ECJ, Judgment of 22 June 2021, C-682/18 and C-683/18), 한국저작권위원회, COPYRIGHT ISSUE REPORT 2021-18.

2) 세 가지 그룹에 대해서는 이 글 '(5) 다. 거래안전의무 위반' 참조.

3) 디지털 단일 시장 저작권 지침(EU) 2019/790).

4) 유튜브 판결 : BGH, Urteil vom 02. June 2022, I ZR 140/15. 하지만 파기환송심은 유튜브 플랫폼 제공자의 행위자책임을 인정하지 않았다. 이에 대해 재상고되어 현재 연방대법원에 계류 중이다(BGH I ZR 105/23). 업로드드 판결 : BGH, Urteil vom 02. June 2022, I ZR 53/17, I ZR 54/17, I ZR 55/17, I ZR 56/17, I ZR 57/17, I ZR 135/18. 업로드드의 파기환송심은 아직 나오지 않았다.

5) 박희영, 앞의 글, 각주 6) 참조.

피고는 제삼자가 판매자로 등록하여 상품을 제공할 수 있는 온라인 거래 플랫폼(www.rakuten.de)을 운영한다. 이 플랫폼은 독일에서 인터넷으로 접속할 수 있다. 판매자 M은 이 온라인 거래 플랫폼에서 'I.-M.'이라는 판매자 이름으로 XORO 브랜드의 휴대용 TV를 제공했다. 판매자 M은 또한 피고의 플랫폼에서 'T'라는 판매자 이름으로 T. 유한회사(GmbH)에 동일한 TV를 제공했다. 판매자 M은 해당 TV 제품을 설명하는 페이지에서 소송 대상인 '맨해튼 다리(Manhattan Bridge)' 사진저작물을 첨부하여 게시하였다. 하지만 판매자 M은 이 사진저작물에 저작자인 원고의 이름을 표시하지 않았다. 원고의 인터넷사이트에도 이 사진에는 저작자 표시가 되어 있지 않았다. 소송 대상 사진저작물인 '맨해튼 다리'는 아래와 같다.



사진저작물의 저작자인 원고는 2018년 8월 21일 변호사를 통해서 서면으로 피고에게 침해를 경고하였다. 원고는 이 경고에서 해당 사진을 삭제하고 장래에 이러한 사진이 게시되지 않도록 예방조치를 취해줄 것을 요청하였다. 하지만 피고는 이에 응하지 않았다.

(2) 당사자의 주장

원고는 피고의 고객인 판매자가 플랫폼에서 TV 제품을 판매하기 위해서 설명 수단으로 원고의 사진을 이용하도록 방치하고, 피고 자신도 판매자가 업로드한 사진을 제3자의 웹사이트에 광고하여 적극적인 역할을 수행하였으므로 원고의 저작권을 침해하였다고 주장하였다. 그리하여 원고는 ① 사진저작물의 복제, 공중접근(=공중이용제공), 배포 금지 및 '자유로운 이용이 아닌 개작물'의 배포 금지, ② 저작물의 사본 및 해당 데이터 그리고 개작물의 파기 및 삭제, ③ 해당 플랫폼 및 다른 웹사이트에서 해당 저작물을 사용한 기간과 복제, 공중이용제공, 배포에 관한 정보 제공, 그리고 ④ 이자를 포함한 손해배상을 청구하였다.

피고는 원고가 독일에서 저작권 보호를 주장할 수 없을 뿐 아니라 자신의 원고적격과 관련하여 어떠한 설명이나 증거도 제시하지 않았으므로 원고적격이 없다고 주장했다. 따라서 지방법원이 피고에게 방해자책임이 있다고 한 것은 부당하다고 한다. 지금까지 판례에 따르면 방해자는 손해배상책임을 질 수 없기 때문이다. 손해배상액산정도 잘못되었다고 한다. 그리고 원고의 경고비용상환청구권은 인정되지 않는다고 한다.

(3) 뉘른베르크 지방법원 판결

지방법원은 원고의 저작자성과 원고적격을 인정하였다.⁶⁾ 피고가 인터넷 플랫폼 및 제3자 웹사이트의 광고에서 발생한 권리침해에 대해 방해자로서 책임이 있지만, 동일한 종류의 권리침해

6) LG Nürnberg-Fürth, Urteil vom 15.09.2022 - 19 O 8496/21.

를 방지하기 위한 기대할 수 있는 예방조치를 취하지 않았으므로 손해배상책임이 있다고 판결했다. 즉 지방법원은 피고의 '행위자책임'이 아니라 '방해자책임'을 인정하였고, 이에 따라 손해배상책임도 인정하였다. 피고는 지방법원의 판결에 대해 항소를 제기하였다.

3. 독일 뉘른베르크 고등법원 판결

고등법원은 피고의 항소는 적법하지만 일부에 대해서만 이유 있다고 판결하였다.⁷⁾ 원고에게 저작자로서 원고적격을 인정하고, 부작위청구권(=금지청구권), 정보공개 및 손해배상청구권을 일부 인정하였지만, 침해제거 및 경고비용상환청구권은 인정하지 않았다.

(1) 침해되는 권리

소송 대상인 사진은 저작권법 제2조 제1항 제5호 및 제2항에서 의미하는 저작물에 해당하며, 원고의 동의 없이 휴대용 텔레비전 제품을 설명하는 삽화로 사용됨으로써 원고의 저작권이 침해되었다는 지방법원의 판단은 적절하며, 피고도 이에 대해서 다투지 않았다.⁸⁾

인터넷에서 제품을 설명하기 위한 판매 제안과 관련하여 해당 사진을 사용한 것은 저작권법 제15조 제2항 제2호 및 제19a조에 따른 공중접근권(=공중이용제공권)의 침해에 해당한다. 또한 이 사안과 같이 사진의 전자 파일을 서버의 하드 디스크에 업로드하여 이러한 방식으로 인터넷에 게시하는 경우, 사진의 복제물이 생성되기 때문에 저작권법 제15조 제1항 제1호 및 제16조에 따른 복제권의 침해도 긍정된다.⁹⁾

이에 대해 원고는 저작권법 제15조 제1항 제2호 및 제17조에 따른 배포권 침해는 입증하지 못했다. 배포권은 저작물을 유형적 형태로 이용할 수 있는 권리이므로 배포는 저작물의 고정된 사본으로 제한된다.¹⁰⁾ 이 사안에서 유형적 저작물의 배포는 인정될 여지가 없다. 또한 이것은 원고가 제출한 자료에 따르면 사진저작물이 광고 목적으로 제3자 홈페이지에 공중 접근되었다는 사실도 명확하지 않다.¹¹⁾

(2) 행위자책임

피고는 인터넷 플랫폼 운영자로서 간접 침해자임에도 불구하고 거래안전의무(Verkehrspflichten)를 위반했으므로 이러한 저작권 침해에 대해 행위자로서 책임을 져야 한다.¹²⁾

가. '저작권법상 서비스 제공자 법'의 적용 여부

'저작권법상 서비스 제공자 법'(UrhDaG)이 새로 제정되어 2021년 8월 1일 시행되었다. 소송 대상인 저작권 침해행위는 이 법률이 시행되기 전에 발생했기 때문에 이 사안에 적용할 수 없다.¹³⁾

나. 불법행위법의 일반원칙에 따른 행위자책임

7) OLG Nürnberg, Urteil vom 1.8.2023 - 3 U 2910/22 (nicht rechtskräftig).

8) OLG Nürnberg, Urteil vom 1.8.2023 - 3 U 2910/22, Rn.33.

9) BGH GRUR 2015, 258 Rn. 35 - CT-Paradies; OLG Nürnberg, Urteil vom 1.8.2023 - 3 U 2910/22, Rn.34.

10) Vgl. BGH GRUR 1995, 673 (676) - Mauerbilder.

11) OLG Nürnberg, Urteil vom 1.8.2023 - 3 U 2910/22, Rn.35.

12) OLG Nürnberg, Urteil vom 1.8.2023 - 3 U 2910/22, Rn.36.

13) OLG Nürnberg, Urteil vom 1.8.2023 - 3 U 2910/22, Rn.37.

피고는 또한 온라인 거래 플랫폼을 제3자에게 제공하고 저작권을 침해하는 제공물이 게시될 수 있도록 하여 발생한 저작권 침해에 대해 불법행위법의 일반원칙에 따른 행위자 책임도 지지 않는다. 이는 문제의 텔레비전이 피고의 온라인 거래 플랫폼에서 제3자에 의해 'I.M.' 및 'T.'라는 판매자 이름으로 제공되었을 뿐, 피고 자신의 명의 및 계정으로 제공된 것이 아니기 때문이다. 또한 피고가 웹사이트에 게시된 콘텐츠에 대해 실제로 그리고 외부에서 보기에 콘텐츠에 대한 책임을 인수했거나 이로써 책임이 귀속될 수 있는 외관을 만든 근거도 존재하지 않는다.¹⁴⁾ 피고의 일반 약관에 따르면 최종 고객의 계약 파트너는 피고가 아닌 판매자이다.¹⁵⁾

다. 거래안전의무 위반

피고는 거래안전의무 위반으로 인한 저작권법상 중개자 책임에 관한 최근 판례에 근거하여 공중전달행위의 행위자로서 책임을 져야 한다.¹⁶⁾

유럽사법재판소는 그동안 판례에서 '공중전달'(=독일 저작권법 제15조 제2항의 '공중재현')의 개념을 일관되게 광범위하게 해석하고 있고, 직접적인 전달행위로서 업로드뿐만 아니라, 플랫폼 운영과 같은 간접적인 행위도 이에 포함시키고 있다.¹⁷⁾ 전달의 '공중성' 외에 '전달행위'가 있는지 여부를 개별적으로 평가할 때, 이용자의 '중심적 역할'뿐만 아니라, 특히 '행위의 고의성'에 특별한 비중을 부여했다. 이 경우 해당 상황을 특정짓고, 플랫폼 운영자가 해당 콘텐츠를 허락받지 않고 고의로 전달했는지 여부와 관련하여 직간접적으로 추론할 수 있는 모든 사안을 고려해야 한다.¹⁸⁾ 따라서 연방대법원도 저작권법상 거래안전의무를 위반한 경우 이러한 중개자의 행위자책임을 긍정하고 있다.¹⁹⁾ 이 영역에서는 행위자책임이 지금까지의 '방해자책임'을 대체한다.²⁰⁾ 플랫폼 운영자가 행위자로서 책임을 지게 되면, 전자상거래지침(2000/31/EC) 제14조 제1항을 이행한 텔레미디어법(TMG) 제10조에 규정된 책임면제를 주장할 수 없다.²¹⁾

유럽사법재판소는 특히 플랫폼 운영자의 행위자 책임을 성립시킬 수 있는 세 가지 사례 그룹을 기준으로 제시하였다:²²⁾

첫째, 플랫폼 운영자가, 일반적으로 자신의 플랫폼에서 보호되는 콘텐츠가 이용자를 통해서 위법하게 공중의 이용에 제공되고 있다는 사실을 알고 있거나 알 수 있어야 하며, 그 후 해당 플랫폼에서 저작권 침해에 신뢰할 수 있고 효과적으로 대처하기 위해 자신의 상황에서 통상적인 주의를 기울이는 경제참가자에게 기대할 수 있는 적합한 기술적 조치를 취하지 않는 경우(이 기준은 전형적인 거래안전의무위반에 해당된다).

둘째, 플랫폼 운영자가 위법하게 공중의 이용에 제공하는 보호 대상 콘텐츠의 선택에 관여하거나, 해당 콘텐츠의 불법 공유를 위해 특별히 만들어진 도구를 플랫폼에서 제공하거나, 플랫폼 이용자가 해당 플랫폼에서 보호 콘텐츠를 위법하게 공중의 이용에 제공하도록 자극하는 영업모델을 운영

14) OLG Nürnberg, Urteil vom 1.8.2023 - 3 U 2910/22, Rn.38.

15) OLG Nürnberg, Urteil vom 1.8.2023 - 3 U 2910/22, Rn.39.

16) OLG Nürnberg, Urteil vom 1.8.2023 - 3 U 2910/22, Rn.40.

17) EuGH, GRUR 2021, 1054 Rn. 77 ff. - YouTube und uploaded.

18) OLG Nürnberg, Urteil vom 1.8.2023 - 3 U 2910/22, Rn.41.

19) BGH GRUR 2022, 1308 Rn. 76 ff. - YouTube II.

20) BGH GRUR 2022, 1328 Rn. 42 - uploaded III.

21) BGH GRUR 2022, 1328 Rn. 50 - uploaded III; OLG Nürnberg, Urteil vom 1.8.2023 - 3 U 2910/22, Rn.42.

22) EuGH GRUR 2021, 1054 Rn. 84f. - YouTube und uploaded; BGH GRUR 2022, 1308 Rn. 77f., Rn. 119f. - YouTube II; OLG Nürnberg, Urteil vom 1.8.2023 - 3 U 2910/22, Rn.43.

자가 선택했다는 사정을 찬성할 수 있는 그러한 공유를 알면서 촉진하는 경우(이 기준은 종래의 방조자 또는 교사자 책임에 해당된다).

셋째, 운영자가 권리보유자로부터 보호 콘텐츠가 플랫폼을 통해 위법하게 공중에게 이용 제공되었다는 사실을 통지받고도 해당 콘텐츠에 대한 접근을 방지하기 위해 필요한 조치를 즉시 취하지 않는 경우. 이 경우 운영자는 기술적, 경제적으로 기대할 수 있는 범위 내에서 동일한 종류의 침해행위에 의해 침해 콘텐츠가 계속 공중의 이용에 제공되는 것을 방지할 의무가 있다(이 기준은 독일의 경우 방해자책임이 인정되었던 영역이다).

라. 온라인 마켓 적용 가능성

고등법원은 유튜브와 업로드에 관한 판례는 이 사안과 같이 플랫폼 운영자가 제공하는 숏시스템을 통해 제3자가 자신의 상품을 판매할 수 있는 온라인 마켓에도 전용될 수 있다²³⁾고 판단했다.

이에 대한 결정적인 요소는 특히 사용자가 저작권으로 보호되는 저작물을 업로드하고 접근할 수 있는 플랫폼 운영자의 중심적인 역할(the indispensable role, die zentrale Rolle)이다. 이러한 중심적 역할은 본 사안에서 긍정될 수 있다. 물론 온라인 마켓의 주요 업무는 판매자와 구매자를 연결하여 개별 판매를 처리하는 것이지, 동영상 공유 플랫폼이나 파일 호스팅 플랫폼과 달리 저작권이 있는 콘텐츠를 배포하는 것이 아니다. 그러나 이 분쟁에서 두 건의 텔레비전 판매에 저작권이 있는 사진이 포함된 제품 이미지가 제공되었고, 이 이미지가 피고의 웹사이트를 통해 공중의 이용에 제공되었다는 점이 결정적이다. 따라서 피고와 같은 온라인 판매 플랫폼의 제공 및 관리가 없었다면 저작권을 침해할 수 있는 이 콘텐츠를 인터넷에서 자유롭게 공유하는 것은 불가능하거나 적어도 더 복잡했을 것이다.²⁴⁾

사진저작물의 사용이 판매 제안의 주된 목적이 아니라, 설명 목적으로 사용되었다는 점은 이와 관련이 없다. 왜냐하면 사진저작물이 판매제안에 종속된 부수저작물(저작권법 제57조 비본질적 부수저작물)로 볼 수 없기 때문이다.²⁵⁾

피고의 플랫폼이 '저작권법상 서비스 제공자 법'(UrDaG)의 적용 범위에 해당하지 않는다 해도 법적 평가는 달라지지 않는다.²⁶⁾ 동법 제3조 제5호에 따르면, 이 법은 온라인 마켓에는 적용되지 않는다. 이는 동법 제2조 제1항 제1호에서 의미하는 온라인 마켓의 주된 목적이 일반적으로 온라인 소매업에 종사하는 것이지 저작권으로 보호되는 콘텐츠에 접근할 수 있도록 하는 것이 아니기 때문이다.²⁷⁾

그러나 이로부터 온라인 마켓이 저작권법상 중개자 책임에 관한 최근 판례의 적용을 받지 않는다고 단정할 수는 없다. 왜냐하면 온라인 마켓이 적용되지 않는다는 동법 제3조 제5호의 제한은 플랫폼 사업자의 행위자책임에 관한 유럽사법재판소 및 연방대법원의 판결에서 찾아볼 수 없기 때문이다. 또한 이 법률이 저작권 침해에 대한 플랫폼의 책임과 관련하여 종결 규정을 의도했다는 근거도 찾아볼 수 없다.²⁸⁾

23) OLG Nürnberg, Urteil vom 1.8.2023 - 3 U 2910/22, Rn.44.

24) EuGH GRUR 2021, 1054 Rn. 77 - YouTube und uploaded; OLG Nürnberg, Urteil vom 1.8.2023 - 3 U 2910/22, Rn.45.

25) OLG Nürnberg, Urteil vom 1.8.2023 - 3 U 2910/22, Rn.46.

26) OLG Nürnberg, Urteil vom 1.8.2023 - 3 U 2910/22, Rn.47.

27) DSM 지침(EU) 2019/790) 입법이유(전문 리사이트) (62); OLG Nürnberg, Urteil vom 1.8.2023 - 3 U 2910/22, Rn.48.

28) OLG Nürnberg, Urteil vom 1.8.2023 - 3 U 2910/22, Rn.49.

또한 플랫폼 운영자의 행위자책임을 근거지울 수 있는 첫 번째와 두 번째 사례 그룹은 그 성격상 일반적으로 피고와 같은 온라인 거래 플랫폼에 적용할 수 없다는 점도 판단에서 중요하지 않다. 왜냐하면 사법재판소는 이러한 사례그룹을 통해서 저작권 침해에 대한 호스트 제공자의 다양한 '위험 경향성'(Gefahrgeneigtheit)을 고려하는 중개자의 행위자책임에 대한 단계적 체계를 만들었기 때문이다.²⁹⁾

첫째, 플랫폼 운영자가, 자신의 플랫폼을 통하여 저작권으로 보호되는 콘텐츠가 일반적으로 이용자에 의해서 위법하게 공중의 이용에 제공되고 있다는 사실을 알고 있거나 과실로 알지 못했음에도 불구하고 필요한 보호 조치를 취하지 않는 경우에는 직접 행위자책임을 고려한다. 이는 운영자가 적극적으로 도움을 제공하거나 해당 플랫폼이 주로 저작권 침해에 사용되는 경우에는 더욱 엄격하게 적용된다.

둘째, 이에 대해 주로 저작권으로 보호되는 콘텐츠에 대한 접근을 제공하지 않는 온라인 마켓과 호스트 제공자는 저작권 침해의 동시행위자(Nebentäter)³⁰⁾로 간주될 수 있다. 즉 제공자는 명백한 저작권 침해에 대한 통지를 받아야 하고, 그런 다음 즉시 구체적인 요청을 차단하지 않거나 가능한 한 이러한 종류의 보호권이 추가로 침해되지 않도록 방지하기 위한 조치를 (의무를 위반하여) 취하지 않아야 한다. 따라서 피고와 같은 거래 플랫폼의 경우 충분한 통지를 받고도 조치를 하지 않은 것만으로 책임이 성립한다.

인터넷 플랫폼의 행위자 책임에 관한 판례를 이 사건 분쟁에 적용할 수 있는지에 관한 문제의 경우, 전자상거래지침 입법이유(=전문 리사이틀) (42) 및 (43)에 따르면, 이 지침 제14조를 이행한 독일 텔레미디어법(TMG) 제10조의 책임면제는 순전히 기술적이고 자동적이며 수동적인 성격의 활동에 적용되도록 되어 있다는 점을 무시할 수 없다. 유럽사법재판소 판례에 따르면, 운영자가 통제권을 행사할 수 있는 적극적인 역할을 수행하는 경우, 특히 해당 판매제안의 추천을 최적화하거나 광고하는 데 도움을 제공하는 경우 여기서 제외된다.³¹⁾³²⁾

이 판결의 사안에는 콘텐츠 유통 플랫폼인 O. 회사의 두 개의 광고가 존재한다. 이 광고는 '맨해튼 브리지' 사진이 있는 분쟁 대상 텔레비전을 제3자 웹사이트(www.b... .de 및 www.hde)에서 광고하고 있다. 스크린샷의 설명에 따르면, 각 스크린샷은 'R..de' 또는 'R.'로 표시되어 있으므로 피고의 거래 플랫폼을 광고한 것이다. 당시 피고의 일반거래약관에 따르면, 피고는 판매자 및/또는 판매자의 구체적 제안/상품을 구체적으로 언급하여 판매자를 광고할 수 있었다. 판매자는 이를 위해서 자신의 콘텐츠를 광고할 권리를 피고에게 허용했다.³³⁾

본 사안에서 피고는 통지를 받았음에도 이 콘텐츠에 대한 접근 및 핵심이 동일한 침해행위를 방지하기 위해 즉시 필요한 조치를 취하지 않은 사법재판소의 세 번째 그룹의 요건이 충족되므로 행위자로서 책임이 있다.³⁴⁾

원고는 2018년 8월 21일 변호인의 서면을 통하여 판매자 'I.-M.'이 플랫폼에서 판매 제안을 한 것이 소송 대상인 사진저작물에 대한 자신의 저작권을 침해했다고 피고에게 통지했다. 이 통지에 따라

29) OLG Nürnberg, Urteil vom 1.8.2023 - 3 U 2910/22, Rn.50.

30) Nebentäter는 형법상 동시범을 말한다. 독일 형법 공범론에서 사용되는 정범, 단독정범, 공동정범, 간접정범, 동시범, 교사범, 방조범 등의 용어는 독일 민법의 공동불법행위에서도 동일하게 사용된다. 하지만 우리 민법과 형법은 각각 다른 용어를 사용하므로 번역시 주의해야 한다.

31) EuGH GRUR 2011, 1025 Ls. 6 u. Rn. 113 - L'Oréal/eBay; BGH GRUR 2011, 1038 Rn. 24 - Stiftparfüm.

32) OLG Nürnberg, Urteil vom 1.8.2023 - 3 U 2910/22, Rn.54.

33) OLG Nürnberg, Urteil vom 1.8.2023 - 3 U 2910/22, Rn.53.

34) OLG Nürnberg, Urteil vom 1.8.2023 - 3 U 2910/22, Rn.57.

피고는 원고의 사진이 포함된 해당 제공물을 삭제하고 기술적, 경제적으로 합리적인 범위 내에서 동일한 종류의 침해행위(예를 들어 다른 판매자의 다른 제공물에서 이 사진이 게시된 경우)가 이 플랫폼에서 이루어지지 않도록 예방조치를 취했어야 한다.³⁵⁾

피고는 기존 또는 장래 제공물에 대한 검토가 불가능했던 이유에 대해 설명하지 않았다. 특히 피고는 가령 권리를 침해하는 사진파일에 관한 추가 정보를 얻기 위해 당해 판매자(I.-M.)에게 요청할 수 있었다. 그러나 피고는 이를 하지 않았다. 얼마 후 원고는 2018년 10월 5일, 2018년 10월 20일 피고의 플랫폼에서 다른 판매자가 게시한 권리를 침해하는 제품 이미지가 포함된 XORO 텔레비전의 판매 제안을 발견할 수 있었다. 이에 대해서는 다툼이 없다.³⁶⁾

마. 원고의 청구권

이러한 배경에서 원고는, 행위자책임이 있는 피고에게 다음과 같은 청구권을 가진다. 첫째, 원고는 저작권법 제97조 제1항 제1문에 따라 피고에게 사진저작물의 복제 및 공중이용제공행위를 금지할 것을 청구할 수 있다. 그러나 배포 행위와 관련하여 금지명령은 청구할 수 없다.³⁷⁾ 둘째, 피고가 소유하고 있는 해당 사진저작물의 각 사본 및 데이터를 파기 및 삭제하라는 원고의 청구권은 인정되지 않는다.³⁸⁾ 셋째, 원고는 피고에게 저작권법 제97조 제2항에 따라 손해배상청구권이 인정된다.³⁹⁾ 넷째, 원고에게 경고비용상환청구권은 인정되지 않는다.⁴⁰⁾ 다섯째, 정보제공청구권은 복제 및 공중접근 행위로 제한된다.⁴¹⁾

바. 연방대법원에 상고허용

피고에게 연방대법원의 상고를 허용한다. 중개자의 행위자책임에 관한 판례가 피고와 같은 거래 플랫폼에 적용될 수 있는지에 대한 질문은 개별 사건을 넘어 불특정 다수의 사건에서 발생할 수 있으므로 일반 공중에게 특히 중요한 문제이기 때문이다.⁴²⁾

4. 평가 및 전망

유럽사법재판소는 기본적으로 서비스 제공자는 자신의 서비스를 통하여 제3자가 저지른 저작권 침해에 대해 책임을 지지 않는다고 판결했다. 하지만 서비스제공자가 고의로 행위하고 정보사회저작권지침 제3조에서 의미하는 '공중전달행위'를 스스로 하는 경우에는 예외를 인정했다. 사법재판소는 이를 위해 세 가지 사례 그룹의 기준을 제시했다. 이들 중 세 번째 그룹의 기준이 이 사안에 적용되었다. 이에 따르면 서비스 제공자는 '구체적인' 저작권 침해 콘텐츠를 적극적으로 인식했음에도 불구하고 이를 삭제하거나 차단하지 않는 경우 책임을 져야 한다. 이러한 점에서 서비스제공자는 전자상거래지침 제14조의 책임제한을 주장할 수 없다.⁴³⁾

35) OLG Nürnberg, Urteil vom 1.8.2023 - 3 U 2910/22, Rn.58.

36) OLG Nürnberg, Urteil vom 1.8.2023 - 3 U 2910/22, Rn.59.

37) OLG Nürnberg, Urteil vom 1.8.2023 - 3 U 2910/22, Rn.61.

38) OLG Nürnberg, Urteil vom 1.8.2023 - 3 U 2910/22, Rn.65.

39) OLG Nürnberg, Urteil vom 1.8.2023 - 3 U 2910/22, Rn.68.

40) OLG Nürnberg, Urteil vom 1.8.2023 - 3 U 2910/22, Rn.95.

41) OLG Nürnberg, Urteil vom 1.8.2023 - 3 U 2910/22, Rn.99.

42) OLG Nürnberg, Urteil vom 1.8.2023 - 3 U 2910/22, Rn.104.

43) Conrad/Ampatziadis, Und täglich grüßt das Murmeltier, GRUR 2023, 1504, 1505.

연방대법원은 사법재판소 판례를 두 가지 측면에서 'YouTube II' 판결과 'Uploaded III' 판결에서 더욱 발전시켰다. 첫째, 연방대법원은 사법재판소에서 구체적인 위법한 콘텐츠의 차단(Notice and Takedown, 단순차단)에만 관련된 세 번째 사례 그룹을 동일한 콘텐츠의 재업로드 및 동종의 권리침해에 대한 예방조치(staydown, 가중차단)으로 확장하였다. 이로써 행위자책임이 방해자책임을 대신한다는 것이다.⁴⁴⁾

둘째, 연방대법원은 저작권 책임과 전자상거래지침의 책임규정 사이의 관계에 대한 사법재판소의 진술을 일반화하고 있다. 즉 사법재판소 판례에 따르면 기본적으로 저작권법 책임에서 전자상거래지침의 책임 규정의 적용 가능성이 추론될 수 없으며, 구체적인 사례에만 그 적용이 배제된다고 하는 반면, 연방대법원은 이것은 개별 사건에서 근거지울 필요가 없는 절대적 예외라고 한다. 그리하여 행위자로서 행위하는 제공자는 전자상거래지침 또는 독일 텔레미디어법의 책임 제한을 주장할 수 없다고 한다.⁴⁵⁾

이 사안에서 고등법원은 사법재판소와 연방대법원이 개발한 원칙을 온라인 마켓에 적용하고 있다. 이에 대한 책임은 '저작권법상 서비스 제공자 법'이 아니라 일반적인 판례 원칙에 따르고 있다. 이것은 관련 침해행위가 이 법이 발효되기 전에 발생했다는 사실보다는 온라인 마켓이 이 법의 적용을 받는 서비스에 속하지 않기 때문이다. 사법재판소의 세 번째 그룹의 기준에 따르면 침해통지는 서비스제공자에게 효과적으로 전달되어야 한다. 여기에는 저장 위치의 구체적인 정보 외에도 서비스제공자가 상세하게 법적 검토를 하지 않더라도 공중전달이 위법하며 삭제가 표현의 자유와 양립할 수 있다고 판단할 수 있는 충분한 정보가 필요하다. 그러나 판결 이유에 따르면 이러한 정보는 소송 진행 중에 비로소 제시되었다. 나아가서 고등법원은 연방대법원의 견해에 따라 행위자책임을 동종의 권리침해로 확장하고 있다. 행위자책임을 이렇게 확장하는 것은 과잉차단을 야기할 수 있다는 견해⁴⁶⁾가 있다. 따라서 이것은 전자상거래지침 제 14조와 유럽사법재판소의 판결에 부합하지 않는다. 이러한 결과는 DSM 제17조와 이를 이행한 '저작권법상 서비스 제공자법'의 적용을 받는 플랫폼 제공자보다 온라인 마켓 운영자에게 과도한 책임을 부과하게 된다고 한다. 따라서 이러한 결론은 타당하지 않다고 한다.

이제 전자상거래지침의 온라인 서비스 제공자의 면책조항은 폐지되었고, 새로 제정된 디지털 서비스법(DSA)에 다시 규정되었다. DSA는 규칙(Regulation)이므로 국내법의 이행 없이 곧바로 적용된다.⁴⁷⁾ 이 규칙은 2024년 2월 17일부터 모든 온라인 서비스 제공자에게 적용된다. 따라서 연방대법원의 법리를 온라인 마켓 운영자에게 적용한 고등법원 판결은 DSA로 전환된 온라인 플랫폼에 대한 유럽의 책임 체계를 약화시키고 있다.⁴⁸⁾ 이러한 점을 우려하여 고등법원은 연방대법원에 상고를 허용하였다. 따라서 연방대법원이 이와 관련한 판례를 변경할지 아니면 사법재판소에 선결재판을 제청할지 주목된다.

44) BGH GRUR 2022, 1328 Rn. 42 - Uploaded III.

45) BGH GRUR 2022, 1308 Rn. 122 - YouTube II.

46) Conrad/Ampatziadis, Und täglich grüßt das Murmeltier, GRUR 2023, 1504, 1506.

47) 이에 따라 독일 텔레미디어법(TMG)은 폐지된다.

48) Conrad/Ampatziadis, Und täglich grüßt das Murmeltier, GRUR 2023, 1504, 1507.

참고자료

박희영, 유튜브 및 파일호스팅 플랫폼 제공자의 책임, 유럽사법재판소 판결(ECJ, Judgment of 22 June 2021, C-682/18 and C-683/18), 한국저작권위원회, COPYRIGHT ISSUE REPORT 2021-18.

Conrad, Albrecht/Ampatziadis, Sophia, Und täglich grüßt das Murmeltier, GRUR 2023, 1504-1507.

EuGH, Urteil vom 22. June 2021 - C-682/18 und C-683/18 - YouTube und Cyando⁴⁹).

BGH, Urteil vom 02. June 2022 - I ZR 140/15 – YouTube II.

BGH, Urteil vom 02. June 2022 - I ZR 53/17 – uploaded II.

BGH, Urteil vom 02. June 2022 - I ZR 135/18 – uploaded III.

LG Nürnberg-Fürth, Urteil vom 15.09.2022 - 19 O 8496/21.

OLG Nürnberg, Urteil vom 1.8.2023 - 3 U 2910/22.

49) Cyando 업체가 운영한 파일 호스팅 서비스 제공자가 'uploaded.net' 이다. 연방대법원 판결 이후 폐업하였다.