

01

미디어 플랫폼이 언론자유 법리에 던지는 도전과 과제

이인호 중앙대학교 법학전문대학원 교수



문제의 제기

오늘날 소셜미디어 플랫폼(포털, SNS, 유튜브 등)은 사기업이 형성한 것이지만, 이를 통해 수많은 이용자들(개인과 기업)이 자신의 생각과 의견을 생성해서 교환하고 뉴스 정보를 소통하며 필요한 정보를 얻는 거대한 공론장(公論場)으로 기능하고 있다. 과거 초기 인쇄시대 활판인쇄와 값싼 종이의 보급으로 언론자유(freedom of speech)가 꽃필 수 있는 커뮤니케이션 환경이 만들어졌던 것처럼, 또 한 번 언론자유가 만개(滿開)할 수 있는 새로운 미디어 환경이 펼쳐지고 있다.

그러나 빛이 있으면 그림자가 있는 법이다. 소셜미디어 플랫폼에서 성폭력 물 혹은 성착취물을 비롯한 불법 콘텐츠는 물론이고 국가사회에 해악의 위험을 지닌 거짓정보(misinformation)나 혐오표현이 난무하여 언론자유를 훼손하고 있다.

여기서 불법 혹은 해악의 정보 또는 콘텐츠를 누가 어떤 방식으로 해소할 것인가, 자칫 그 방식은 언론자유를 침해하는 것은 아닌가 하는 헌법적 쟁점이 제기되고 있다. 구체적으로, 국가(정부)는 사기업 운영자에게 그의 플랫폼에서 유통되는 콘텐츠를 특정한 방식으로 관리하라고 강제할 수 있는가? 미디어 플랫폼을 운영하는 사기업은 이용자의 언론자유를 보호해야 할 의무가 있는가? 미디어 플랫폼에서 유통되는 이용자의 표현행위에 대해 플랫폼 운영자는 책임을 져야 하는가 아니면 면책되어야 하는가? 플랫폼 운영자는 자신의 관점에서 배제하고자 하는 콘텐츠에 대해 삭제 혹은 계정의 차단이나 폐쇄 등의 조치를 취할 수 있는 이른바 콘텐츠 관리권(content moderation right)을 가지는가?

이 쟁점들은 법리적으로 서로 얽혀서 연결되어 있다. 그러나 한국에서는 이 쟁점들을 풀 수 있는 언론자유 법리가 깔끔하게 정리되지 못한 상태로 있다. 오히려 정보통신망법의 규제가 법리의 형성과 정리를 더욱 어렵게 만든다. 현재 정보통신망법은 미디어 플랫폼에서 불법정보의 유통을 금지하고, 방송통신위원회는 운영자에게 불법정보의 삭제 혹은 차단을 명령한다(제44조의7). 또 이용자는 플랫폼에서 다른 이용자의 콘텐츠로 인해 권리 침해를 받았다고 주장하여 운영자에게 삭제 혹은 임시조치를 요구할 수 있고, 운영자는 필요한 조치를 취해야 할 의무를 진다(제44조의2). 그리하여 한국에서는 정부가 미디어 플랫폼 운영자에게 특정한 방식으로 콘텐츠 관리(content moderation)를 하라고 명령하는 것이 자연스러운 일이다. 헌법재판소도 「헌법의 언론자유조항(제21조) 위반이 아니라고 결정하였다.

그런데 한국의 이런 규범 현실을 유사한 언론자유조항(First Amendment)을 가진 미국과 비교하면 두 국가 사이에는 상당히 큰 격차가 있다. 아래에서는 미국 연방대법원의 관련 판결을 분석하여 미디어 플랫폼에 적용되는 언론 자유의 법리가 미국에서는 어떻게 전개되고 있는지를 살펴보고자 한다. 다만, 그에 앞서 살펴야 하는 언론자유 법리가 하나 있다. 사기업으로서 미디어 플랫폼 운영자는 국민의 언론의 자유를 보장하는 「헌법」의 구속을 받는가 하는 문제이다. 다시 말해서, 미디어 플랫폼 운영자는 이용자의 언론의 자유를 보장해 주어야 하는 의무를 지는가 하는 것이다. 먼저 이 논점을 해명하고, 미연방대법원의 판결을 분석하기로 한다.

미디어 플랫폼을 운영하는 사기업은 헌법의 구속을 받는가

우리 「헌법」 제21조는 언론·출판의 자유를 보장하고 있다. “모든 국민은 언론·출판의 자유...를 가진다.”라고 규정한다. 여기서 언론(言論)의 자유(freedom of speech)는 한 마디로 개인의 ‘말할 자유’를 뜻한다. 국민이면 누구든지 자신의 생각과 의견을 자유롭게 형성하고 또 그것을 타인에게 전달할 자유를 가지며, 국가(정부)는 이를 존중해야 하고 정당한 근거 없이 함부로 제한해서는 안 된다. 생각과 의견을 전달하는 매개체는 무엇이든 상관이 없다. 그림이든 영상이든 인터넷이든 온라인이든 ‘말할 자유’가 보장된다. 그리고 출판(出版)의 자유(freedom of press)는 대중미디어를 발행할 자유이다. 신문, 방송, 도서, 정기간행물을 발행할 자유이다. 흔히 말하는 ‘언론기관’의 말할 자유이다. 양자의 보호내용은 동일하지 않다.

미국의 「연방헌법」도 증보 제1조(the First Amendment)¹⁾에서 ‘언론·출판의 자유’를 보장한다. “연방의회는 언론의 자유(the freedom of speech) 또는 출판의 자유(the freedom of the press)를 침해하는 법률을 제정하여서는 아니 된다.”라고 규정한다. 헌법적 보장의 방식이 우리와 다르지만, 보호되는 대상은 동일하다.

여기서 한 가지 유의해야 할 점이 있다. 한국이든 미국이든 헌법이 보호하는 자유와 권리(기본권)는 개인 혹은 언론기관이 갖는 권리지만, 다른 개인에게 주장할 수 있는 권리가 아니라는 점이다. 전적으로 국가기관 혹은 정부(왕의)에

¹⁾ 흔히 우리나라에서 「수정헌법 제1조」라고 번역하나, 정확한 언어사용은 아니다. 바로잡아 고친다는 의미의 ‘수정(修正)’이 아니라, 원래의 헌법에 추가하여 증보(增補)된 것이다. 1787년 헌법제정회의에서 성립된 「연방헌법」(Original Constitution)은 연방의회·대통령·사법부의 권한을 규정한 국가조직에 관한 것이고, 1791년에 10개의 자유권 조항(Bill of Rights; 권리장전)이 추가되었다. 그래서 「연방헌법 제1조」와 「연방헌법 증보 제1조」는 전혀 다른 조항이다.



대해 주장하는 권리라는 것이다. 이러한 기본권의 성격을 흔히 '주관적 공권(公權)'이라고 표현한다. 다른 개인에게 주장하는 '사권(私權)'이 아니라는 뜻이다.

오늘날 사기업이 운영하는 미디어 플랫폼은 사기업이 형성한 표현의 광장이다. 만일 정부가 형성한 표현의 광장(미디어 플랫폼)이 있다면, 그리하여 그 운영자인 정부가 특정 내용의 표현을 배제하거나 불이익을 가한다면, 그 광장을 이용하는 개인은 국민으로서 헌법이 보장하는 언론의 자유를 주장해서 문제의 부당한 조치를 다룰 수 있고 사법부의 판단에 따라 금지시킬 수 있다.

여기서 한 가지 쟁점이 제기된다. 그렇다면 사기업이 운영하는 미디어 플랫폼에서 이용자는 언론의 자유(말할 권리)를 운영자에 대해 주장할 수 없는가? 또 운영자는 이용자의 언론의 자유를 보장해 줄 의무는 없는가? 원칙적으로 대답은 '없다'이다. 헌법상의 기본권인 언론의 자유는 국가에 대해 주장하는 권리지 개인 혹은 사인(私人)에게 주장할 수 있는 권리가 아니기 때문이다. 그리고 운영자인 사기업은 다른 사인의 기본권을 존중해야 할 의무를 지지 않는다. 만일 사기업이 다른 사람의 기본권을 존중해야 할 의무를 부담한다면, 그것은 사인 간에 적용되는 '사적자치(私的自治)'의 원리가 부정되는 결과를 낳는다. 각 개인(기업 포함)은 자율적으로 자기 결정에 따라 생활을 형성해 나가도록 보장하는 것이 자유민주적 기본질서의 핵심 원리이기 때문이다.

이상의 법리를 기본 전제로 이해해야만, 사기업이 운영하는 미디어 플랫폼에서 언론자유 법리가 어떻게 전개되는지를 이해할 수 있고 또 여러 쟁점을 어떻게 풀어나가야 할 것인지를 분석할 수 있다.

미디어 플랫폼의 콘텐츠 관리권

소셜미디어 회사는 사기업이기 때문에, 미연방대법원의 선례에 따르면, 소셜미디어 회사는 자신의 플랫폼에서 어떤 표현이 허용될 것인지 여부를 결정할 수 있는 권능, 즉 콘텐츠 관리권(content moderation right)을 가진다.

미연방대법원은 2019년의 판결에서, “연방헌법의 언론자유조항은 오직 국가기관에 의한 언론 침해만(only governmental abridgment of speech)을 금지한다. 이 조항은 사인(私人)에 의한 언론 침해(private abridgment of speech)를 금지하지 않는다.”라고 분명히 밝혔다.²⁾ 현재까지 이 법리는 유효하다. 그러니까 「연방헌법」의 언론자유조항(First Amendment)은 소셜미디어 기업을 구속하지 않는다. 그러므로 소셜미디어 플랫폼 이용자는 플랫폼의 이용약관과 관련 정책을 잘 살펴야 한다.

오히려 소셜미디어 회사는 표현의 공론장을 개설한 자로서 언론의 자유의 주체로서 헌법상 정부의 침해로부터 보호를 받는다. 미연방대법원은 2017년의 한 판결에서 오늘날 소셜미디어(social media)가 사상과 의견의 자유로운 교환(the free exchange of ideas)을 위한 민주적 공론장(democratic forum)으로서 중요한 기능을 수행한다는 점을 인정하였다. 그러면서 연방대법원은, 등록된 성범죄자가 소셜미디어 사용을 못하도록 금지하는 주(North Carolina) 법률이 언론의 자유(freedom of speech)를 보호하는 「연방헌법 증보 제1조」(First Amendment)를 위반하여 위헌이라고 판단하였다.³⁾

미디어 플랫폼에 대한 바이든 행정부의 콘텐츠 관리 요청 사건

2024년 6월 26일 미연방대법원은 Murthy v. Missouri 사건⁴⁾에서 「연방헌법」의 언론자유조항(First Amendment), 연방정부, 그리고 소셜미디어가 관련된 쟁점을 다루었다. 이 사건에서 쟁점은, 사기업인 소셜미디어 회사(페이스북(Facebook), 유튜브(YouTube), X 등)가 갖는 콘텐츠 관리권에 영향을 미치려는 연방정부의 시도가 언론자유조항을 위반하여 플랫폼 이용자들의 언론의 자유를 침해했는가 하는 것이었다. 또한 이 사건에서는 적법요건의 쟁점이 있었는데, 이용자인 원고가 연방법원에 소송을 제기할 헌법상의 자격요건, 즉 원고적격(standing)을 갖기 위해 요구되는 이른바 ‘정부의 행위로 인해 실질적인 피해’를 입었는지 여부가 또 다른 쟁점이었다. 결론적으로, 연방

2) Manhattan Community Access Corp. v. Halleck, 587 U.S. ____ (2019).

3) Packingham v. North Carolina, 582 U.S. 98 (2017).

4) Murthy v. Missouri, 603 U.S. ____ (2024).

대법원은 원고(플랫폼 이용자들)가 연방정부 행위를 금지시켜 달라는 소송을 제기할 원고적격이 없다고 판단하였다.

가. 사건의 전개 과정과 쟁점

이 사건이 제기된 배경은 이러하다. 이 사건의 원고들(전염병 예방의사, 뉴스사이트, 인권운동가 등)은 피고들(연방정부 기관과 공무원들이 2020년 대통령 선거, COVID-19의 기원, 마스크 및 백신의 효능, 선거의 공정성과 같은 주제에 대해 보수적 성향의 발언을 겨냥하여 검열(censorship)을 시행했다고 주장했다. 원고들은, 피고들이 공적 발언을 통해 그리고 「통신품위법」(Communications Decency Act) 제230조(플랫폼 면책조항)를 개정하여 규제를 하겠다는 위협을 통해 소셜미디어 플랫폼이 콘텐츠를 억압하도록 유도했으며, 이로 인해 원고들의 헌법상의 언론자유의 권리가 침해되었다고 주장하였다.

이 주장에 대해 연방지방법원은 원고들의 손을 들어주면서, 연방정부가 소셜미디어 회사들과 미팅을 하거나 회사들의 콘텐츠 관리 정책에 영향을 미치려고 시도하는 것을 금지하는 임시적 금지명령(preliminary injunction)을 내렸다. 제5연방항소법원도 동일하게 인정하였다. 연방정부는 즉시 연방대법원에 긴급 효력정지(emergency stay)를 구하는 신청을 했고, 연방대법원은 이 신청을 받아들였다. 즉 연방정부가 소셜미디어 회사들과 접촉하는 것을 일단 허용한 것이다. 그리고 연방대법원은 상고신청을 허가하여 심리에 들어갔다.

이 사건에서 연방대법원이 판단해야 할 구체적인 헌법 쟁점은 헌법의 구속을 받는 국가행위(state action)가 과연 있었는가, 그래서 플랫폼 이용자의 언론자유를 침해했는가 하는 것이었다. 「연방헌법」의 언론자유조항은 ‘국가행위’가 있는 경우에만 적용이 되고 따라서 사기업에는 일반적으로 적용되지 않기 때문이다.⁵⁾ 만일 국가행위가 없는 상태에서 사기업인 플랫폼 회사가 이용자의 콘텐츠를 관리한 것이라면, 이용자의 언론자유가 침해될 여지가 없다. 여기서 연방정부가 사기업인 소셜미디어 회사들에게 거짓정보(misinformation)의 확산을 막는 조치를 취하도록 요청(request)했고, 그 요청으로 인해 소셜미디어가 취한 콘텐츠 관리 결정이 ‘국가행위’로 전환되어야만 비로소 그에 대

5) 미국에서는 이것을 ‘국가행위의 법리(State Action Doctrine)’라고 부른다. 한국에서도 다르지 않다.



한 헌법적 평가(언론자유 침해 판단)를 할 수 있는 것이다.

이 논점과 관련해서 연방항소법원은 연방공무원들이 플랫폼의 결정 과정에 관여를 했기 때문에 소셜미디어 회사의 콘텐츠 관리 결정은 국가행위로 의제된다고 판단했고, 이에 기초해서 연방공무원들에 대한 연방지방법원의 임시적 금지명령을 승인했다. 이 판단에 대해 연방정부는 세 가지 점에서 반박

을 했다. 첫째, 언론자유조항 하에서 연방정부는 일반대중에게 정보를 제공하고 또 자신의 정책을 옹호하고 방어할 수 있는 권리가 있는데, 연방항소법원의 판단은 이 기본원칙과 충돌한다. 둘째, 임시적 금지명령은 연방공무원들이 국가안보와 공중보건에 관한 문제에 대응하는 능력을 전혀 없이 제약한다. 셋째, 행정부가 사기업과 커뮤니케이션을 하는 것을 사법부가 감독하는 꼴이 되는데 이는 권력분립 원칙에 위배된다. 이에 추가하여 연방정부는 원고들이 원고적격(standing)을 갖추지 못했다고 공격하였다.

나. 연방대법원의 판단 요지

연방대법원은 6 대 3의 의견으로 소셜미디어 이용자들은 '실질적 피해'를 입증하지 못해 금지명령을 구할 원고적격이 없다고 판단하였다. 법정의견(6인 다수의견)이 제시한 주된 이유는 두 가지였다.

첫째, 원고(이용자들)는 자신들이 과거에 소셜미디어에서 표현을 억제당한 것과 피고(연방공무원들)의 요청 행위 사이에 명백한 인과관계(a clear causal link)가 있음을 입증하지 못했다. 즉, 원고들은 플랫폼의 독자적인 콘

텐츠 관리 정책 때문이 아니라 연방정부의 압력 때문에 자신들의 콘텐츠가 억제되었다는 점을 입증하지 못했다는 것이다.

둘째, 원고(이용자들)는 피고(연방공무원들)의 행위로 인해서 장래의 피해가 발생할 것이라는 실질적 위험을 입증하지 못했다. 즉, 소를 제기하는 시점에는, 이미 COVID-19와 선거 관련 허위정보에 관해 소셜미디어 플랫폼에 대한 연방정부의 요청이 현저히 줄어들었다는 것이다. 정부의 압력이 계속되고 있다는 증거가 없는 이상, 장래의 콘텐츠 관리 결정이 자체 결정이 아니라 피고(연방공무원들)의 행위로 인한 것이라는 주장은 추측에 지나지 않는다는 것이다.

이에 반해 3인의 반대의견(dissenting opinion)은 연방공무원들이 지속적으로 끈질기게 페이스북에 대해 거짓정보를 차단하도록 압박했다는 점을 기록으로 알 수 있다고 주장하였다. 또한 반대의견은 원고적격의 결여를 이유로 각하하는 것은 향후의 정부공무원으로 하여금 “사람들이 말하고, 듣고, 생각하는 것을 통제하려는 시도”를 허용하는 것이라고 반박하였다.

미디어 플랫폼의 콘텐츠 관리권 제한 법률에 대한 위헌성 판결

2024년 7월 1일 미연방대법원은 ‘소셜미디어 플랫폼 검열 제한 사건’(Moody v. NetChoice)⁶⁾에서 「통신품위법」 제230조에 따라 보호를 받는 미디어 플랫폼의 콘텐츠 관리권(contents moderation)을 옹호하는 판단을 내렸다. 이 판결은 Moody 사건과 Paxton 사건이 병합된 것인데, 이들 사건은 각각 플로리다 주와 텍사스 주에서 제정한 두 개의 주 법률에 대해 ‘전부 위헌’(facial challenge)을 다툰 사건이다. 이들 주 법률은 미디어 플랫폼이 갖는 콘텐츠 관리권을 제한하는 내용을 담고 있었다. 연방대법원은 9인 모두 하급심 판결을 파기환송했는데, 원고의 ‘전부 위헌’ 주장을 심리함에 있어서 필요한 법률의 적용범위에 관한 분석을 충분히 수행하지 않았다는 이유로 사건을 하급심으로 돌려보내 재검토하도록 결정하였다. 그러나 이 판결에서 6인의 법정의견은 하급심에게 지침이 되는 언론자유와 관련한 중요한 법리를 제시하고 있다.

6) Moody v. NetChoice, LLC 및 NetChoice, LLC v. Paxton, 603 U.S. 707 (2024).

가. 사건의 배경

1996년에 제정된 연방법률인 「통신품위법」 제230조(Section 230)는 인터넷과 소셜미디어 플랫폼의 발전과 성공에 필수적인 제도적 요소로 간주되는 두 가지 중요한 조항을 담고 있다. 하나는 ‘면책조항’이고, 다른 하나는 이른바 ‘착한 사마리아인(Good Samaritan) 조항’이다.

면책조항은 소셜미디어 플랫폼과 같은 상호작용서비스 제공자에게 이용자가 게시한 콘텐츠에 대해 법적 책임을 일부 면제해 주는 조항이다. 그리고 착한 사마리아인 조항은 플랫폼의 콘텐츠 관리권을 허용하는 조항이다. 즉, 플랫폼이 볼 때 “음란하거나(obscene), 외설적이거나(lewd), 선정적이거나(lascivious), 더럽거나(filthy), 지나치게 폭력적이거나(excessively violent), 남을 괴롭히거나(harassing), 그밖에 반감을 일으키는(objectionable) 콘텐츠를, 그것이 헌법의 보호를 받는지 여부와 상관없이” 관리권(moderation)을 행사할 수 있도록 허용하는 조항이다. 헌법상의 비보호표현뿐만 아니라 보호표현도 콘텐츠 관리의 대상이 되도록 한 것이다.

2020년 선거를 앞두고, 소셜미디어 플랫폼에서는 선거 조작(election fraud) 주장과 COVID-19와 관련한 거짓 정보(misinformation)가 급격히 증가했다. 이에 유튜브, 트위터, 페이스북과 같은 서비스는 이러한 이용자 생성 게시물을 ‘거짓 정보’(misinformation)로 태그를 붙이거나 아예 삭제하는 방식으로 콘텐츠 관리 조치를 취하였다. 일부 조치 대상이 된 콘텐츠는 공화당원, 특히 당시 도널드 트럼프(Donald Trump) 대통령에 의해 게시된 것이었다. 그래서 공화당은 통신품위법 제230조 때문에 소셜미디어 콘텐츠에 대해 정치적 동기에 의한 억압이 허용되고 있다고 믿었다. 이런 논란 속에서 플로리다 주와 텍사스 주는 소셜미디어 플랫폼의 콘텐츠 관리권을 제한하는 법률을 제정했다.

나. 콘텐츠 관리권 제한 법률의 내용

주의 두 법률은 규율의 대상 기업과 제한 행위에 있어서 차이가 있지만, 기본적으로 소셜미디어 플랫폼의 콘텐츠 관리권, 즉 다양한 제3자의 메시지나 비디오 및 기타 이용자들이 게시하고자 하는 콘텐츠를 걸러내고 우선순위를 매기며 라벨을 붙일 수 있는 권능을 제한하는 점에서 동일하다.

텍사스 주 법률은 이와 관련하여 세 가지 규율을 담고 있다. 첫째, 이용자가 게시한 콘텐츠를 플랫폼이 자신의 견해(viewpoint)에 따라 “검열(censoring)”하는 것(콘텐츠를 삭제하거나 숨기는 모든 메커니즘으로 정의함)을 금지하고, 둘째, 이메일서비스 제공자가 이메일 전송을 방해하지 못하도록 하며(다만, 그 내용이 음란하거나 불법적인 경우 또는 악성코드가 담긴 경우에는 제외함), 셋째 플랫폼이 콘텐츠 관리 정책(content moderation policy) 및 투명성 보고서를 상세히 공개하도록 요구했다.

또한 두 법률은 플랫폼이 이용자의 게시물을 삭제하거나 변경하고자 할 때 이용자에게 그 이유를 설명하도록 요구하는 개별적 설명조항(individualized explanation provision)을 포함하고 있다.

다. 연방 하급심의 엇갈린 판단

법률이 제정되자, 페이스북과 유튜브가 회원으로 있는 협회(NetChoice)는 두 법률이 연방헌법의 언론자유조항을 전면적으로 위반한다고 주장하면서 법률의 전부 무효를 구하는 위헌 소송(facial First Amendment challenge)을 각 주에서 제기하였다. 각 주를 관할하는 연방지방법원은 둘 다 법률의 집행을 일시 정지하는 임시적 금지명령(preliminary injunction)을 내렸다. 플로리다 주 관할 연방지방법원은 “사적(私的) 발언자들 간의 의견 교환을 정부가 조율하는 것(balancing the exchange of ideas among private speakers)은 정당한 정부 이익(legitimate governmental interest)이 아니다.”라고 판시했다.

연방제11항소법원(Eleventh Circuit)은 플로리다 주의 법률에 대한 임시적 금지명령을 승인하였다. 제11항소법원은 ‘편집 재량’(editorial discretion)을 보호하는 연방대법원의 선례를 인용하면서 주의 콘텐츠 관리권 제한이 연방헌법의 언론자유조항(First Amendment)을 위반했다고 판단하였다.

그런데 이와 달리 연방제5항소법원(Fifth Circuit)은 텍사스 주 법률에 대한 임시적 금지명령을 파기하였다. 제5항소법원은 플랫폼이 행하는 콘텐츠 관리 조치(censorship)는 헌법의 보호를 받는 “말(speech)이 아니다”라고 보고 언론자유조항 위반 문제가 없다고 보았다. 나아가, 설령 콘텐츠 관리 조치가 표현적 행위(expressive activity)라고 하더라도, 주(州)는 “견해의 다양성을 보호”하기 위해 콘텐츠 관리 행위를 규제할 수 있다고 판단하였다. 같은 헌법

쟁점에 대해 두 연방항소법원의 판단이 갈린 것이다.

라. 연방대법원 법정의견의 판단 요지

(1) 연방대법원은 두 연방항소법원의 판결을 모두 파기 환송했는데, 그 이유는 인터넷 미디어 플랫폼을 규제하는 두 법률에 대한 전부 위헌 주장(facial First Amendment challenge)에 대해 적절한 분석을 제대로 하지 않았다는 것이다.

우선, 연방대법원은 원고가 전부 위헌 주장을 한 것에 대해 주목했다. 그동안 연방대법원의 선례에 의하면, 언론자유조항 위반과 관련해서 전부 위헌 소송(facial challenge)이 승소하기 위해서는 원고는 “법률의 적용을 받는 대부분의 사안이 위헌”임을 입증해야 한다. 그런데 이 사건에서 지금까지 연방항소법원들은 이 쟁점에 주의를 기울이지 않았다는 것이다. 그저 연방항소법원들은 법률이 페이스북의 뉴스피드와 유튜브 홈페이지에 어떻게 적용되는지에만 초점을 맞추었다고 질책하였다. 이는 ‘전부 위헌’을 주장하는 본 사건에서 법률의 적용 범위를 완전히 검토하지 못한 것이라고 평가하였다.

(2) 그러나 여기에 그치지 않고, 연방대법원은 법률의 콘텐츠 관리 조항(content-moderation provisions)이 연방헌법의 언론자유조항의 관점에서 어떻게 이해되어야 하는지를 추가적으로 설명하였다. 연방대법원은 특히 제5항소법원이 내린 판단[콘텐츠 관리 행위는 헌법의 보호를 받는 말(speech)이 아니다]은 언론자유조항의 선례와 원칙을 심각하게 잘못 이해한 결과라고 평가하였다. 그러면서 플랫폼 사업자의 콘텐츠 관리 조치와 관련한 언론자유의 법리를 아래와 같이 설명하였다.

그동안 우리 연방대법원이 반복해서 판시해 온 법리는 이러하다. 즉, 다른 사람의 의견을 위한 공론장(forum)을 제공해 주도록 정부가 강제하는 것은, 만일 그 규제 대상자가 자기 자신의 표현행위를 하고 있고 그래서 다른 사람의 의견으로 인해 자신의 표현행위가 변경되거나 방해 받는다면, 헌법이 보호하는 언론의 자유를 제한하는(implicate) 것이 된다.

그 첫 번째 선례로, 1974년의 ‘신문 반론권 사건’⁷⁾에서 연방대법원은 선거 입후

7) Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo, 418 U.S. 241 (1974).



보자에게 반론권(right to reply)을 주도록 요구하는 플로리다 주 법률을 위헌이라고 판단하였다. 신문의 비판적 기사에 대해 선거 입후보자가 반론권을 행사할 수 있게 하라고 민간 신문사에 요구하는 것은 그 신문사의 “편집권 행사”를 방해하는 것이다. 주정부는 “신문의 내용” 및 “기사 선택권”에 관한 신문사의 결정을 바꿀 수 없다. 왜냐하면 그것은 편집의 선택이라는 “중요한 과정”을 정부의 규제로 대체하는 것이기 때문이다.

두 번째 선례는 1986년의 ‘전기회사 뉴스레터 사건’⁸⁾이다. 이 사건에서는 사기업인 전기회사가 자신의 고객들에게 보내는 요금청구서에 첨부하는 뉴스레터가 문제되었다. 한 시민단체가 뉴스레터의 내용이 정치적 표현에 해당한다고 문제삼아 이의를 제기했고, 주 전기위원회는 뉴스레터에 시민단체의 반박글을 실어주어야 한다고 결정했다. 그러나 연방대법원은 전기위원회의 결정을 위헌이라고 판단했다. 연방대법원은, “보다 다양한 견해를 대중에게 제공한다”는 주정부의 이익은 사기업인 전기회사를 강제하여 “그가 동의하지 않는 표현을 싣고 그래서 그 자신의 메시지를 변경하라”는 주의 요구를 정당화하지는 못한다고 판시하였다.

세 번째 선례는 1995년의 ‘보스톤 시가행진 사건’⁹⁾이다. 이 사건에서 연방대법원은, 매사추세츠 주가 시가행진을 조직하는 민간단체를 강제하여 그 단체가 동의하지 않는 메시지를 주장하는 동성애 단체를 시가행진에 참여시키라고 요

8) Pacific Gas & Elec. Co. v. Public Util. Comm'n of Cal., 475 U. S. 1 (1986).

9) Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston, Inc., 515 U. S. 557 (1995).

구하는 것은 연방헌법의 언론자유조항을 위반하는 것이라고 판단하였다. 즉, 동성애 단체의 참여를 명령하는 것은 “시가행진이 표현하고자 하는 내용을 변경”하는 것으로서 동성애 단체의 메시지를 배제할 것인지에 관한 결정은 시가행진을 조직하는 자만의 몫이라고 판시했다.

연방대법원은 이들 선례로부터 다음의 세 가지 일반 원칙을 도출해내고 있다.

첫째, 다른 사람의 말(speech)을 선별하고 편집해서 자신의 표현물로 재생산하는 기본권 주체가 자신이 배제하고자 하는 메시지를 수용하라고 정부로부터 강요받는 경우, 연방헌법 언론자유조항(First Amendment)은 그를 보호한다. 둘째, 설령 그 편집자가 통상 다른 사람의 말을 대부분 수용하고 극히 일부만 배제한다고 해서 이 원칙이 달라지지 않는다. 편집자가 가장 선호하지 않는 아주 소수의 메시지만을 배제하는 것만으로도 충분하다. 셋째, 정부는 사상의 경쟁 시장(the marketplace of ideas)에 균형을 더 잘 맞추려고 하는 이익을 주장하는 것만으로 자신이 원하는 바를 강요할 수 없다. 그동안의 선례 속에서 우리 연방대법원은, 정부가 민간의 발언자(a private speaker)를 강제하여 그가 배제하고자 하는 견해를 억지로 드러내게 해서 표현의 공간을 재구성하려는 시도를 금지해 왔다.

(3) 이러한 일반 원칙을 제시한 다음, 연방대법원은 주 법률의 플랫폼 규제에 대한 헌법적 평가를 구체적으로 내렸다. 연방대법원은 “계속 발전해 가는 기술에 헌법을 적용하는 데에 어떤 어려움이 있더라도, 헌법의 언론자유조항이 갖는 기본원칙에는 변함이 없다.”라고 강조하였다. 그러면서 연방대법원은 위 제시한 헌법원칙에 비추어 볼 때, 텍사스 주 법률을 집행하는 것이 어렵다고 보면서, 플랫폼이 행하는 콘텐츠 관리 조치가 연방헌법이 보호하는 말(speech)에 해당한다는 점을 다음과 같이 밝히고 있다.

페이스북 뉴스피드와 유튜브 홈 화면은 사용자의 관심사와 과거 활동, 플랫폼의 선호도 등을 바탕으로 알고리즘을 통해 콘텐츠를 우선순위로 선정하여 개인화된 스트림을 제공한다. 이 과정에서 커뮤니티 기준(Facebook’s Community Standards)과 커뮤니티 가이드라인(YouTube’s Community Guidelines)에 따라 신뢰도가 높은 콘텐츠를 선호하거나 허위 정보를 억제하

는 방식으로 콘텐츠를 관리한다. 또한, 특정 주제나 메시지(예: 음란물, 혐오 발언, 거짓 정보)가 포함된 게시물을 삭제하거나 추가 정보를 제공하는 라벨을 부착하여 콘텐츠 노출을 통제한다. 이를 통해 플랫폼은 사용자에게 표시될 콘텐츠를 적극적으로 통제하고 있다.

이처럼 소셜미디어 플랫폼은 “다양한 목소리”(multifarious voices)를 조합해서 독특한 표현적 특성을 지닌 자신의 피드(feed)를 구성해 낸다. 그리고 어떤 메시지가 적절한지 선택하는 과정은 그러한 피드가 특수한 표현적 특성(particular expressive quality)을 갖게 하는데, 이는 헌법이 보호하는 “편집권”(editorial control)을 행사하는 것이 된다.

그런데 텍사스 주 법률은 플랫폼이 특정 관점(viewpoint)에 기반한 이용자의 표현을 검열(censor)하지 못하도록 제한한다. 이에 따라 플랫폼은 메인 피드에서 부적절하다고 판단한 게시물을 관점에 따라 강등, 라벨 부착, 삭제 등의 조치를 할 수 없게 된다. 이러한 제한은 플랫폼이 전달하는 관점의 선택에 중대한 변경을 초래한다. 이는 플랫폼의 표현에 대한 선택을 겨냥해서 플랫폼이 반대하는 콘텐츠를 피드에 강제로 나타나게 만든다.

(4) 연방대법원은 플랫폼이 이용자가 게시한 표현물을 대부분 그대로 전달한다는 사실은 언론자유조항의 기본원칙의 적용에 있어서 차이를 만들지 않는다고 말했다. ‘보스톤 시가행진 사건’에서 판시한 대로, 시가행진을 조직하는 단체가 ‘관대한’(lenient) 참가자 정책을 가지고 있다고 해서 자신이 해롭거나 불쾌하다고 여기는 메시지를 거부할 권리를 ‘포기’(forfeit)한 것은 아니다. 이 법리는 본 사건에서도 플랫폼에 그대로 적용된다는 것이다.

(5) 마지막으로, 연방대법원은 텍사스 주정부가 플랫폼 규제를 통해 달성하고자 하는 주의 이익은 그 규제를 정당화하지 못한다는 점을 분명히 하였다. 비례심사에서 목적의 정당성 자체가 없다는 것이다.

연방대법원은 텍사스 주가 주장하는 목적은 플랫폼이 특정 관점에 치우치지 않도록 다양한 관점을 균형 있게 보여주려 하는 것이라고 지적하면서, 그러나 정부는 민간의 개인이나 단체(private actor)의 말(speech)에 간섭하여 자신이 생각하는 이념적 균형(ideological balance)을 추구할 수는 없다고 분명하게 말했다. 연방대법원은 이렇게 설명했다: “주정부가 어떤 표현의 공간에서 일반대중이 다양한 관점에 접하기를 원하는 것은 정당한 일이다. 그렇지만 언론자유조항이 그 목적을 달성하는 방법은, 민간의 행위자(private actors)

가 원하는 대로 말하지 못하게 하고 특정 관점을 다른 관점보다 우선시하지 못하게 하는 방식이 아니라, 정부가 공적인 토론을 특정 방향으로 몰아가지 못하게 막는 방식이어야 한다.” 그러니까, 정부는 말의 시장(the speech market)에서 균형을 재조정한다는 이유로 말(speech)을 금지할 수는 없다는 것이다. 결국 연방대법원은, 텍사스 주가 그러한 목적을 추구하는 것은 연방헌법의 언론자유조항과 양립할 수 없다고 결론을 맺었다.

시사점

세계를 장악하는 미디어 플랫폼 기업(Meta, X, Snap, Pinterest, Reddit, YouTube, Netflix, Amazon, Spotify, LinkedIn 등)이 미국에 집중되어 있는 것은 여러 요인이 있겠지만 그 기저에는 위에서 살핀 언론자유 법리와 원칙이 자리하고 있기 때문이라고 말한다면 무리한 주장일까? 오늘날 한국의 영화가 세계에서 경쟁력을 갖게 된 것은 1996년에 헌법재판소가 영화검열 제도에 대해 위헌 결정을 내린 것이 계기가 되었다고 말한다. 틀린 말은 아닐 것이다.

미디어 플랫폼 관련해서 미연방대법원이 형성하고 있는 언론자유 법리와 기본원칙을 정리해 본다. 장차 한국에서의 법리 형성과 정비에 참고가 될 수 있을 것으로 보인다.

첫째, 사기업으로서 미디어 플랫폼 운영자는 자신의 플랫폼에서 어떤 표현이 허용될 것인지 여부를 결정할 수 있는 콘텐츠 관리권(content moderation right)을 가진다. 둘째, 연방헌법의 언론자유조항은 미디어 플랫폼 기업을 구속하지 않는다. 정부만이 구속을 받을 뿐이다. 셋째, 오히려 미디어 플랫폼 회사는 표현의 공론장을 개설한 자로서 언론의 자유의 주체로서 헌법상 정부의 침해로부터 보호를 받는다.

넷째, 다른 사람의 의견을 위한 공론장을 제공해 주도록 정부가 강제하는 것은, 만일 그 규제 대상자가 자기 자신의 표현행위를 하고 있고 그래서 다른 사람의 의견으로 인해 자신의 표현행위가 변경되거나 방해를 받는다면, 헌법이 보호하는 언론의 자유를 제한하는 것이 된다.

다섯째, 다른 사람의 말(speech)을 선별하고 편집해서 자신의 표현물로 재생산하는 미디어 플랫폼 운영자의 경우 그 자신이 배제하고자 하는 메시지를 수용하라고 정부로부터 강요받는다면, 연방헌법의 언론자유조항은 그를 보호한다. 설령 운영자가 통상 다른 사람의 말을 대부분 수용하고 극히 일부만 배제한다고 해서 이 원칙이 달라지지 않는다.

여섯째, 정부는 사상의 경쟁시장에 균형을 더 잘 맞추려고 하는 이익을 주장하는 것만으로 자신이 원하는 바를 강요할 수 없다. 정부가 민간의 발언자를 강제하여 그가 배제하고자 하는 견해를 억지로 드러내게 해서 표현의 공간을 재구성하려는 시도는 허용되지 않는다.

일곱째, 정부가 어떤 표현의 공간에서 일반대중이 다양한 관점에 접하기를 원하는 것은 정당한 일이다. 그렇지만 언론자유조항이 그 목적을 달성하는 방법은, 민간의 행위자가 원하는 대로 말하지 못하게 하고 특정 관점을 다른 관점보다 우선시하지 못하게 하는 방식이 아니라, 정부가 공적인 토론을 특정 방향으로 몰아가지 못하게 막는 방식이어야 한다. 요컨대, 정부는 말의 시장(the speech market)에서 균형을 재조정한다는 이유로 말(speech)을 금지할 수는 없다. 