

03

‘플랫폼 내 팩트체크’의 표현의 자유 침해 논란에 대한 헌법적 쟁점

– 미국의 표현의 자유 법리와 사례에 있어서

조영승 부산대학교 법학전문대학원 법학과 연구교수



I. 들어가며

리서치 기관인 스탯리스타(Statista) 통계에 따르면, 2020년 기준 전 세계 국가 중 42%만이 표현의 자유를 누리고 있고, 전 세계 인구 중 표현의 자유를 누리는 사람은 20%에 불과하다.¹⁾ 그러나 표현의 자유가 보장되는 오늘날 민주국가에서 ‘진실된 정보를 바탕으로 시민들이 과연 표현의 자유를 행사하고 있는가?’라는 질문에 대하여 답하기는 쉽지 않다. 현재 미국을 포함하여 전 세계적으로 허위정보로 인한 문제는 민주주의에 대한 커다란 위협으로 인식되고 있다. 2020년 대선 실패 이후 도널드 트럼프 미 대통령이 제기한 수십 건의 선거무효소송에 대해 미연방대법원은 기각(또는 각하) 결정을 내린 바 있다. 이와 유사하게 그동안 트럼프와 공화당이 버락 오바마, 빌 클린턴 등 정치 반대 세력에게 문제 삼았던 수많은 문제제기들이 허위인 것으로 밝혀지기도 하였다.²⁾ 이와 같은 허위정보는 미국에서 사회적 반향을 가져왔고, 2024년 11월 트럼프는 대통령으로 재선되었다. 한편 트럼프 대통령 취임 직전인 2025년 1월에 메타(Meta)의 CEO 마크 저커버그는 페이스북 등에서 표현의 자유를 강화하겠다고면서 팩트체크(Fact-checking) 서비스 중단을 발표하였다.³⁾ 이에 대해 메타는 표현의 자유를 강화한다는 명분을 내세우지만 표현의 자유에 대한 기술기업의 책임과 역할에 대한 의문이 제기되고 있다.

인공지능 등 과학기술의 발달과 함께 가짜뉴스(허위정보) 문제가 보다 정교해진 타겟팅과 플랫폼을 매개로 확산력이 점점 가속화됨에 따라 민주적 의사형성을 왜곡하는 것으로 나타난다. 그러나 이에 대한 팩트체크는 쉽지 않고 특히 팩트체크의 대상인 가짜뉴스의 본질과 정당성에 대한 많은 질문은 아직도 해소되지 않고 있다. 즉 이러한 질문은 ‘무엇이 가짜뉴스인가? 사회적으로 허용되는 가짜뉴스와 허용될 수 없는 가짜뉴스는 무엇인가? 팩트체크자는 누가 담당하는가? 팩트체크자가 중립성을 견지할 수 있는가?’에서부터 ‘과연 팩트체크가 표현의 자유를 보장하는가?’에 이르기까지 다양한 질문으로 이어질 수 있다. 규범적으로 표현의 자유의 가치 측면만을 고려한다면 표현의 자유는 사상의 자유시장에서 자유로운 대화와 토론을 통하여 궁극적으로 진리를 발견하는 것이며 ‘나쁜 표현’은 존재하지 않을 수도 있다. 반면, 사상의 자유시장에서 자정작용을 기다릴 필요도 없이 큰 사

1) <https://www.statista.com/statistics/263143/degree-of-press-freedom-worldwide/>

2) https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_conspiracy_theories_promoted_by_Donald_Trump

3) <https://www.donga.com/news/article/all/20250108/130815382/1>

회적 해악을 가진 표현들은 진리 발견에 전혀 기여하지 못할 뿐만 아니라 처음부터 해소될 수 없는 표현이기 때문에 보호할 필요가 없다는 규범 또한 성립한다. 생각건대 이러한 점에서 그 핵심은 팩트체크가 표현의 자유를 침해한다는 논란 및 그 양면성이 서로 연계된다는 점이라 할 수 있을 것이다.

이 글은 “플랫폼 내 팩트체크가 표현의 자유를 침해하는가?”라는 물음에서부터 시작되었다. 그러나 이러한 질문은 복합적인 의미를 내포하고 있으며 상당히 다양한 양태로 존재할 수 있으므로 그 질문에 답하기는 쉽지 않다. 이 글은 미국에서의 표현의 자유 논의를 중심으로 다음과 같이 2가지 유형으로 나누어 살펴보기로 한다. 첫 번째 유형은 “공동규제 또는 규제된 자율규제”로서, 정부가 팩트체크를 유도하거나 이를 의무화하는 법을 만들고 플랫폼사업자는 이에 따라 팩트체크를 진행한 경우(이하 “정부의 개입에 따른 플랫폼 내 팩트체크”라 한다)이다. 이처럼 정부의 개입에 따른 플랫폼 내 팩트체크의 경우 플랫폼사업자와 플랫폼소비자 양자 모두가 정부에 대하여 표현의 자유 침해를 주장할 가능성이 있다. 두 번째 유형은 “자발적 자율규제”로서, 플랫폼사업자가 자발적으로 팩트체크를 진행하는 경우(이하 “자발적인 플랫폼 내 팩트체크”라 한다)이다. 자발적인 플랫폼 내 팩트체크의 경우에 플랫폼사업자는 국가(정부)가 아닌 개인에 불과하므로 기본권의 대사인적 효력(미국의 state action 이론 등)이 적용될 수 있는지 검토가 필요하다. 만약 제공된 플랫폼이 공적광장에 해당한다면 공적광장 이론(public forum theory)도 적용될 수 있는지 살펴보아야 할 것이다.

II. 정부의 개입에 따른 플랫폼 내 팩트체크

여기에서 최근 미국에서 정부의 팩트체크 유도, 강제 또는 금지규정을 둔 주(州)법이 연방헌법에 위반되는지와 관련된 미연방대법원의 2가지 판결을 살펴보고자 한다. 첫 번째 판결은 정부가 팩트체크를 유도 내지 강제한 것과 관련된 2024. 6. 26. 선고된 머시 사건(Murthy v. Missouri, 603 U.S. 43)이고 두 번째 판결은 정부가 팩트체크를 하지 못하도록 금지한 2024. 7. 1. 선고된 넷초이스 사건(Moody v. NetChoice, LLC, 603 U.S. 707)이다.

1. 머시 사건

이 사건은 미주리주와 루이지애나주 및 소셜 미디어 사용자 5명이 조 바이든 대통령 집권 당시 연방정부를 상대로 제기되었으며 당시 연방정



부가 메타, 트위터, 유튜브와 같은 소셜 미디어사와 연계하여 ‘잘못된 정보’(misinformation)(사건에서는 COVID-19 허위정보에 관한 문제)에 대하여 일정한 조치를 할 수 있도록 한 것이 수정헌법 제1조의 표현의 자유를 침해하는 것인지가 문제된 사건이다.

주와 소셜 미디어 사용자들은, 연방의 기관과 공무원들이 소셜 미디어 플랫폼에 압력을 가해 특정 소셜 미디어 콘텐츠를 검열하도록 했으며 따라서 연방정부가 주와 소셜 미디어 사용자의 표현의 자유를 침해한 것이라고 주장하였다. 연방지방법원은 표현의 자유 침해 주장을 받아들였고, 연방정부가 소셜 미디어 플랫폼에 게시된 보호되는 표현에 대하여 콘텐츠를 삭제하도록 고무 혹은 강제할 수 없도록 하는 가처분 및 명령을 발부하였다.⁴⁾ 연방정부와 공무원들은 항소하였고, 이를 담당한 제5순회 연방항소법원은 (연방정부의 강요 아래 플랫폼사업자의 검열로 인하여 발생하는 위축 효과로 발생하는) 플랫폼소비자의 자체검열(self-censorship)은 그가 “이 전에 소셜 미디어에서 한 발언에 대하여 (연방정부의 관여로 연계된 플랫폼 사업자의 검열로 인해) 입었던 매우 현실적인 검열 피해에 근거하고 있으며, 이것은 미래의 피해 가능성에 대한 증거이며, … (가상의 미래 피해에 대한

4) Missouri v. Biden, 680 F. Supp. 3d 630 (W.D. La.)

막연한 두려움이 아니라) 실제적인 피해를 구성”하므로 가처분을 신청할 수 있는 당사자가 될 수 있음을 인정하고 있다.⁵⁾ 다만, 가처분 명령은 피해를 구제하는 데 필요한 것보다 광범위하게, 즉 연방정부가 소셜 미디어 플랫폼에 관여하는 모든 행위 유형을 금지하고 있으므로 지나치게 광범위한 것이고 필요한 정도로 수정이 필요하다고 판시하였다. 특히 콘텐츠 검열을 “촉구, 격려, 압력 또는 유도”하는 정부 행위 유형은 이것이 “강압 혹은 결정적인 고무(significant encouragement)”로 작용하는 것이 아니라면 위험에 이르지 않는다는 점을 밝히고 있다.⁶⁾

그러나 연방대법원은 결론적으로 청구인이 “실제적인 손해를 입었거나 입을 것임을 제시”하여 연방법원의 관할권을 주장할 만큼 (법적으로) “개인적인 이해관계”를 주장하지 못한다는 점에서 청구인적격을 부정하였다. 특히 법정의견을 집필한 배럿(Amy Coney Barrett) 대법관은 청구인들이 “소셜 미디어에서 다른 연설자의 콘텐츠를 읽고 참여하기 위한 이익”을 주장함에 대하여 이것은 표현의 수령자가 연설자와 구체적이고 세부적인 연결이 있는 경우에 주장할 수 있는 수정헌법 제1조의 ‘정보수령권’(right to receive information and ideas)과는 구별된다는 점을 확인하고 있다. 나아가 가처분 명령과 같은 장래 지향적인 청구가 임박하지 않은 가상의 미래 피해에 대한 두려움에 근거하여 단순히 자신에게 피해를 입히는 것만으로는 청구인적격이 없다고 하고,⁷⁾ 가처분 또한 역시 지나치게 모호하고 광범위하다는 것을 이유로 파기환송 결정(Reversed and remanded)을 내렸다.

이 사건에 대해 연방지방법원과 연방항소법원은 일부 혹은 대체로 청구인의 주장을 지지하여 팩트체크가 표현의 자유를 침해할 수 있는 것으로 보는 반면 연방대법원은 소송요건을 충족하지 않아 환송하는 것으로 판단해, 팩트체크가 표현의 자유를 침해하는 것인가에 대한 대답을 일단 보류한 것으로 평가된다.⁸⁾

5) *Missouri v. Biden*, 83 F.4th 350, 368~369 (5th Cir.) (팔호 안의 내용은 표현은 이해를 돕기 위한 글쓴이의 보충설명임).

6) *Missouri v. Biden*, 83 F.4th 350, 395 (5th Cir.). 나아가 어떻게 위험에 이르지 않는 유형의 정부행위는 정부언론 이론이 적용되는 영역임을 인용하고 있다. *Ibid.*

7) *Murthy v. Missouri*, 603 U.S. 43, 73 (2024).

8) 이후에 동일한 유형의 사건이 반복 제기되는 경우에도 청구인 적격이 문제될 수 있을 것이다. 머시 사건에서 청구인 적격이 부정된 것을 입증의 부족 문제로 본다면, 이후 사건에서 청구인 혹은 추가 구체적이고 강력한 입증을 한다면 불안에서 표현의 자유 침해 문제를 다룰 여지는 충분히 열려 있다고 할 것이다. 이에 관한 제1 연방항소법원 판결로는 *New Jersey v. Trump*, No. 25-1170, 2025 WL 759612, at *7 (1st Cir. Mar. 11, 2025) 참조.

그러나 3인의 반대의견을 작성한 알리토(Samuel Anthony Alito) 대법관은 이 사건이 수년간 이 법원에 도달한 가장 중요한 언론의 자유 사건 중의 하나라고 언급하고 있다. 그는 적어도 청구인 중 1인의 소송당사자 지위를 긍정하는 동시에 표현의 자유에서 사상의 자유시장의 중요성을 강조하는 것으로 다음과 같은 이유로 팩트체크에 대한 정부 개입의 위험성을 언급하고 있다.⁹⁾

첫째, 소셜 미디어는 많은 미국인에게 주요 뉴스 소스가 되었고, 다른 미디어의 쇠퇴와 함께 그 중요성이 커질 수 있다.

둘째, 인터넷 플랫폼은 부유하고 강력하지만 동시에 다른 뉴스에서보다 정부의 압력에 훨씬 취약하다. 대통령이 특정 신문을 싫어하더라도 신문사 영업을 중단시킬 수 없으나, 페이스북과 다른 많은 소셜 미디어 플랫폼의 경우 상황은 근본적으로 다르다. 이들 플랫폼은 1996년 통신품위법¹⁰⁾ 제230조의 보호에 크게 의존하는 것에 불과하며, 정부의 반독점 조치에 취약하고¹¹⁾, 나아가 이들의 상당한 해외 사업이 유럽연합 및 기타 외국 관할권에서 엄격한 규제를 받을 수 있기 때문에 연방정부의 외교적 노력에 의존한다. 이러한 이유 등으로 인터넷 플랫폼은 영향력 있는 연방 공무원을 만족시키기 위한 강력한 인센티브를 가지고 있는데, 이 사건의 기록이 그러한 내용을 보여주고 있다는 것이다.

2. 넷초이스 사건¹²⁾

이 사건은 넷초이스사(NetChoice LLC)가 대형 소셜 미디어 기업 등 인터넷 플랫폼의 관리 및 검열과 같은 콘텐츠 모더레이션(content moderation)을 금지하도록 하는 플로리다주법(Senate Bill 7072)과 텍사스주법(House

9) Murthy., 603 U.S. 43, 76~109.

10) 소셜 미디어 플랫폼은 정부 기관이 아니기 때문에 수정헌법 제1조의 직접적인 적용을 받지 않으며, 현재 1996년 통신품위법의 적용을 받는다.

11) 예를 들어 페이스북 CEO인 마크 저커버그는 잠재적인 반독점 소송이 페이스북의 “실존하는”(existential) 위협으로 묘사하기도 하였다는 점을 들고 있다.

<https://www.theverge.com/2019/10/1/20892354/mark-zuckerberg-full-transcript-leaked-facebook-meetings>

12) 이 사례는 정부가 플랫폼 내 팩트체크를 금지하고 있는 것으로, 서론에서 언급한 플랫폼 내 팩트체크의 분류에서 자율규제 형식의 팩트체크가 아니다. 따라서 서론에서 언급한 공동규제의 형태는 아니라고 할 수 있지만, 편의상 이 항목에서 기술되고 있음을 밝힌다.



Bill 20)이 표현의 자유를 침해하여 위헌이라고 주장하며 손해배상을 청구한 병합사건이다. 플로리다 및 텍사스 연방지방법원은 넷초이스사의 가처분 신청을 허가하였고, 제11순회 연방항소법원은 가처분을 대체로 지지한 반면,¹³⁾ 제5순회 연방항소법원은 지방법원의 가처분 명령을 취소하고 환송하였다.^{14) 15)}

많은 사람들이 이 2개의 주법이 위헌일 것이라고 예상한 반면 정부의 규제 권한을 어느 정도 인정하여야 한다는 입장이 혼재하는 중에¹⁶⁾ 법정의견을 작성한 카간(Elena Kagan) 대법관은 2개의 항소법원 판결을 모두 취소하고 환송하였다. 연방대법원이 항소법원에 관한 실체적 판단을 진행하지 않은 것은 넷초이스사가 대형 소셜 미디어 기업 모두를 구성원으로 하면

¹³⁾ NetChoice, LLC v. Att'y Gen., Fla., 34 F.4th 1196 (11th Cir. 2022).

¹⁴⁾ NetChoice, L.L.C. v. Paxton, 49 F.4th 439 (5th Cir. 2022).

¹⁵⁾ 제5순회 항소법원의 결정은 결과적으로 플랫폼 팩트체크를 금지하는 정부 규제를 지지하게 된 것인데, 이와 같은 정부 규제는 빅테크 사업자의 자유주의적 편향성에 대한 보복형식으로 공화당이 통과시킨 것이며 나아가 표현의 자유에 대한 중대한 위축이라는 논란이 제기되기도 하였다.

<https://slate.com/technology/2022/05/texas-internet-censorship-social-media-first-amendment-fifth-circuit.html>

¹⁶⁾ 뉴욕타임즈, AP 뉴스의 보도를 참조.

<https://www.nytimes.com/2024/02/26/us/politics/supreme-court-social-media-texas-florida.html>
<https://apnews.com/article/supreme-court-social-media-florida-texas-19180ad0a9bdf48ddb77f14a5e335545>

서 구성원 모두의 이익을 위해 플랫폼의 편집권에 영향을 미칠 수 있는 주 법률이 전면적으로 위헌(문면상 위헌 facial challenge)임을 주장한 것에 기인한 것으로 보인다.¹⁷⁾ 법률의 전면적 위헌 주장에 대한 판단은 적용상 위헌 판단의 경우보다 광범위한 사례에서 위헌적 적용을 주장하여야 한다는 기존 법리를 고려하여야 하기 때문이다. 즉, 법정의견은 “하급법원에서 플로리다와 텍사스 법이 적용되는 행위의 모든 범주를 다루고 있지 못하며 (Facebook의 피드와 같이 한정된 사례에서 위헌적으로 적용되는 것을 주장하고 있음), 이 사건에서 제기된 수정헌법 제1조의 표현의 자유가 ‘문면상 위헌’인지 여부에 있어서 법률의 위헌적 적용이 합헌적 적용과 비교하여 실질적인 것인가를 법률의 모든 적용을 결정하여 비교하여야 한다고 언급하고 있다.”¹⁸⁾ 이는 구체적인 경우에 법률이 위헌으로 적용되는 상당한 케이스를 입증하는 방법으로 검토하여야 한다는 것을 하급심으로 미룬 것으로 이해될 수 있다. 한편 이 판결에서 연방대법원은 소셜 미디어 플랫폼이 표현 행위와 관련된 제품을 만드는 경우라면 수정헌법 제1조 표현의 자유의 주체가 될 수 있다는 태도를 확인하고 있다.¹⁹⁾

III. 자발적인 플랫폼 내 팩트체크

연방대법원의 입장과 마찬가지로 플랫폼사업자 또한 표현의 자유의 주체로 상정하기 때문에 플랫폼사업자가 마치 언론기관과 마찬가지로 자체적인 팩트체크로 콘텐츠를 조정하게 된다면, 플랫폼소비자의 표현의 자유와의 관계에서 어떻게 해결하여야 할 것인가의 문제가 남는다. 만약 플랫폼이 현대판 공론장이라고 한다면, 온라인플랫폼이 헌법상의 공적광장 이론(public forum doctrine)이 적용되는 영역인 것인지, 만약 그렇다면 플랫폼사업자의 팩트체크로 플랫폼소비자의 표현을 침해하는 경우 책임소재 등에 관련한 일련의 쟁점들이 논의될 수 있을 것으로 보인다.

¹⁷⁾ 넷초이스(NetChoice LLC)는 구글, 아마존, 메타, 틱톡 등의 기업을 회원으로 두고 있는 무역협회로, 자유 기업 체제와 표현의 자유를 위하여 인터넷 안전 추구를 목적으로 하고 있다.
<https://netchoice.org/about/#association-members>

¹⁸⁾ Moody v. NetChoice, LLC, 603 U.S. 707, 707 (2024).

¹⁹⁾ Ibid., 716, 717. 당해 사건에서 제5순회 항소법원은 플랫폼의 편집권 및 수정헌법 제1조상의 권리를 부정적으로 바라보고 있었다.

1. 공적광장 이론

미국의 공적광장 이론은 1939년 정립된 이래로 지금까지 미국 표현의 자유 제한 법리로 정립되어 온 이론이다. 이는 ‘공적광장’에서 표현의 자유를 강하게 보호하기 위해 연방대법원이 확립한 이론으로,²⁰⁾ 공적광장에서 행해지는 표현에 대하여 ‘정부의 중립성’을 강조하는 것으로 나타난다. 즉, ‘공적광장 이론’은 거리, 보도, 공원 등 역사적으로 표현행위와 관련되었던 장소나 그밖에 의사소통의 핵심적 역할로 기능하는 장소에서 개인의 표현에 대한 정부의 규제에 대하여 강화된 심사기준이 적용된다는 이론이다.²¹⁾ 초기에 공적광장은 거리, 보도, 공원 등과 같은 곳으로 인식되었는데, 이러한 지역은 비용이 많이 들고 더 효과적인 다른 표현방법을 선택할 수 없는 경제적 약자에 있어서 의사소통을 위한 필수적인 장소이기 때문이다.²²⁾ 현재 이와 같은 공적광장은 초기와 같은 ‘장소적’ 개념을 벗어나 인터넷 게시판과 같은 상대적으로 형이상학적(metaphysical) 장소에서도 적용되고 있다.²³⁾ 요컨대, ‘공적광장’은 전통적으로 공개토론을 위한 장소로 사용되어 왔거나 그밖에 의사소통을 위한 핵심적 역할을 하는 장소로서 정부가 표현의 자유를 위하여 국민에 개방한 ‘정부재산’(public property)이라고 할 수 있다.²⁴⁾

2. 그렇다면 플랫폼은 공적광장인가?

연방대법원은 원칙적으로 어떤 ‘재산’에서 표현의 자유를 누릴 수 있는지 여부는 재산 소유자의 동의나 허가가 있는지에 따라 판단해 왔고, 사적 재산에서의 표현 행위는 원칙적으로 재산 소유자의 동의나 허가가 없는 경우 표현의 자유를 행사할 수 없다는 점을 명확히 해왔다.²⁵⁾ 플랫폼은 사적 재산임이 분명하고 연방대법원은 이 원칙을 비교적 엄격하게 해석해오고

²⁰⁾ Hague v. C.I.O., 307 U.S. 496, 496 (1939).

²¹⁾ LAURENCE H. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 987 (1988).

²²⁾ Martin v. City of Struthers, Ohio, 319 U.S. 141, 145-46 (1943).

²³⁾ Rosenberger v. Rector & Visitors of Univ. of Virginia, 515 U.S. 819, 830 (1995).

²⁴⁾ 조영승, 미국헌법상 정부언론 이론에 관한 고찰 : 미연방법원의 판례를 중심으로, 부산대학교 대학원, 2017. 2.

²⁵⁾ Lloyd Corp. v. Tanner, 407 U.S. 551, 551 (1972); Hudgens v. National Labor Relations Board, 424 U.S. 507, 507 (1976); Ralphs Grocery Co. v. United Food & Commercial Workers Union Local 8, 55 Cal. 4th 1083, 1098 (2012).

있기 때문에, 플랫폼이 공적광장인지 여부에서 출발하기로 한다. 플랫폼이 공적광장인지에 관한 문제는 플랫폼사업자 스스로의 팩트체크가 (플랫폼소비자의) ‘표현의 자유를 침해’한다는 명제에서 공적광장 이론이 적용될 가능성을 타진하는 선결과제라고 할 수 있다.

오늘날 소셜 미디어는 사회적 의미로 공적광장(public square)으로 일반적으로 이야기되고 있다.²⁶⁾ 한편 제9순회 연방항소법원이 유튜브가 헌법적 제한을 받는 공적광장이 아니라고 판시한 바 있는데 반해,²⁷⁾ 연방대법원은 소셜 미디어에 법적·규범적 의미에서 ‘공적광장(public forum) 이론’이 적용되는지 여부에 대하여는 명시적으로 언급한 바 없는 것으로 파악된다. 플랫폼에 공적광장 이론이 적용되는지 여부는 플랫폼사업자의 팩트체크가 정당화되는지 여부와 연계될 수 있다. 이를 반대하는 견해는 소셜 미디어를 운영하는 플랫폼사업자와 같은 개인(사인)에 의한 (플랫폼소비자에 대한) 표현의 자유 제한 문제들은 정부에 의한 제한에서의 그것보다 민주적 속의에 동등하거나 더 해롭다는 점을 강조한다.²⁸⁾ 반면 플랫폼이 공적광장이라면 정부가 내용중립성, 나아가 관점중립성의 원칙을 견지하여야 하고 강화된 심사기준이 적용될 것이지만, 일단은 정부가 표현의 자유에 대한 개입 통로를 열어둔 것이라는 관점에서도 고찰될 수 있을 것이다. 다만 이러한 해석론은 플랫폼사업자의 반대를 동반할 수 있고 특히 소셜 미디어상 표현의 자유에 대한 정부의 부당한 개입 및 위축효과를 감안한다면, 플랫폼에 규범적 의미의 공적광장 이론을 일반적으로 적용하기 힘든 부분이 동시에 존재한다는 점에 대한 인식도 필요하다. 이러한 견지에서 소셜 미디어와 전통적인 공적광장이 점유하는 차이점을 외면하고 유사점만을 가지고 공적광장으로 인정하는 것이 적절하지 않다는 견해가 제기된다. 이러한 견해 중 하나는 특히 미국에서 공적 광장은 폭력적인 백인 남성 우월주의를 주장하는 장소로 이용되어 왔으며 인종·성별·능력에 따른 법적 사회적 지위를 강화하는 경향이 있다는 점을 강조하고 있다.²⁹⁾ 다른 한편, 플랫폼을 공적광장으로 보게 된다면 정부가 아니라 플랫폼사업체에 일정한 법적 책임을 지

26) *Packingham v. North Carolina*, 582 U.S. 98, 107 (2017).

27) *Prager Univ. v. Google LLC*, 951 F.3d 991 (9th Cir. 2020).

28) <https://lpeproject.org/blog/after-the-great-deplatforming-reconsidering-the-shape-of-the-first-amendment/>

29) Mary Anne Franks, *Beyond the Public Square: Imagining Digital Democracy*, 131 Yale L.J. Forum 427, 428 (2021).

IV. 쟁점 정리 및 남은 과제

올 수 있어야 한다는 주장도 제기되고 있다.³⁰⁾

1) 연방대법원은 언론의 자유를 억제하는 것을 정당화하려면 언론의 자유가 실행될 경우 심각한 해악이 초래될 것이라는 두려움을 가질 만한 합리적인 근거가 있어야 하며, 위협이 임박했다고 믿을 만한 합리적인 근거가 있어야 함을 오랜 법칙으로 확인해 오고 있다. 즉 연방대법원이 표현의 자유에 있어서 정부의 개입을 경계해 온 것은 주지의 사실이다. 그러나 본문에서 살펴본 정부의 개입에 따른 플랫폼 내 팩트체크에 관한 2가지 상반된 유형의 사건에서, 팩트체크가 플랫폼사업자 혹은 플랫폼소비자의 표현의 자유를 침해하여 위헌인지 여부에 대하여 연방대법원은 정부의 개입 상황에 대한 헌법적 평가에 조심스럽게 접근하고 있는 것으로 평가될 수 있다. 이는 플랫폼 기업의 자율적 규제(팩트체크)가 잠재적으로 가지고 있는 위험성과 정부규제의 위험성을 쉽게 비교형량하기 힘들다는 관점에서 보다 숙고하고 있는 것으로 이해될 수 있다. 즉, 당장 미치는 실질적인 해악이 발생할 가능성이 아무리 크다고 하더라도, 그 자체로 표현의 자유에 대한 제한을 정당화할 수 없다는 것이다.³¹⁾ 팩트체크를 지지하거나 혹은 부정하는 양자 모두에게 연방대법원의 결론이 만족스럽지 않을 수 있음에도 불구하고 아래의 법적 시사점과 과제를 남긴 것으로 평가된다.

2) 자율적인 플랫폼 내 팩트체크는 가짜뉴스로 인한 사회적 해악을 제거하고,³²⁾³³⁾ 표현의 자유를 제대로 행사하기 위한 전제로 진실한 정보 전

30) NetChoice, L.L.C. v. Paxton, 49 F.4th 439, 454–55 (5th Cir. 2022);

https://www.wakeforestlawreview.com/2024/01/a-private-public-forum-the-oxymoron-of-free-speech-on-social-media/#_ftn54

31) Bridges v. State of Cal., 314 U.S. 252, 261 (1941).

32) 심지어 가짜뉴스가 가지는 해악성을 고려하여 이를 표현의 자유에서 배제하자는 입장에 대하여는 다음을 참조, Wes Henricksen, Disinformation and the First Amendment: Fraud on the Public, 96 St. John's L. Rev. 543, 552~554 (2022) / 한편 모든 가짜뉴스에 대한 것은 아니지만 사상의 자유시장에서 토론과 대화를 거쳐 진리발견에 이르게 하는 가치와 무관하게 시간을 지나서도 해소될 수 없는 심각한 해악성을 가진 표현을 보호되지 않는 표현으로 고려될 수 있다는 저자의 글은 다음을 참조, 조영승, 가짜뉴스의 개념과 헌법적 한계에 관한 고찰 – 표현의 자유의 보호영역을 중심으로 -, 공법학연구 제21권 제1호, 한국비교공법학회, 2020, 102쪽.

33) 한편 가짜뉴스의 해악성은 미디어 리터러시나 및 지역미디어의 활성화로 완화시켜야 한다는 일반적 내용은 거의 모든 주장에서 나타난다. 그 밖에 연방선거에 있어서 딥페이크 등 기반적인 AI로부터의 선거보호법(Protect Elections from Deceptive AI Act)에 관한 합헌성 검토에 관한 논문에서는 결과적으로 당해 법을 합헌으로 보면서도 법안의 적용범위를 축소시켜야 한다는 주장과 같이 가짜뉴스의 해악을 제거할 필요성에 공감하면서 점진적으로 나아가야 한다는 입장을 보인다. 이러한 입장은 다음을 참조, Sophie Loewenstein, Make America Fake Again?: Banning Deepfakes of Federal Candidates in Political Advertisements Under the First Amendment, 93 Fordham L. Rev. 273, 283 (2024).



달의 중요성을 강조하는 것으로 나타난다. 이러한 논리에 대응하여 생각해 볼 때 반대론의 주요 논증은 자율적인 팩트체크를 수행하는 거대 플랫폼 사업자가 마치 국가의 개입에 비견될 만큼 편향될 수 있다는 것이고(넷초이스 사건에서 제5순회 연방항소법원의 입장) 이러한 팩트체크로 인하여 다시 사상의 자유시장의 왜곡이 발생할 수 있다는 것으로 연결된다. 그러나 연방대법원은 플랫폼사업자 또한 단순히 공급자와 수요자를 이어주는 중개체가 아니라 표현행위와 관련한 편집권자로서의 지위 즉, 수정헌법 제1조의 표현의 자유의 주체임을 확인하고 있다. 이에 따라 정부와 플랫폼사업자 간 표현의 자유 분쟁, 플랫폼사업자와 플랫폼소비자 간 표현의 자유 분쟁에 어떠한 법리가 적용될 것인가 하는 문제를 남겨두고 있다.³⁴⁾ 이는 거대

34) 이에 관한 내용이 쉽지 않고 지면의 제약도 있어 본문에서 다루지 못하였으나 간단히 살펴보면 다음과 같다. 미연방대법원은 적어도 정부에 대한 관계에서 플랫폼사업자는 사적 표현의 주체로 인정되고 있다. 플랫폼사업자와 플랫폼소비자 간의 관계는 사인 vs. 사인의 관계로 기본권의 제3자적 효력의 문제로 연결된다. 미국에서 대사인적 효력 문제는 원칙적으로 발생하지 않는다. 다만 타인의 기본권을 침해하는 한 개인의 행위에 대하여 그 개인이 국가와 일정한 법적 관련이 있는 경우 개인의 행위를 국가의 행위로 의제하여 해결하는 것으로 전환시키고 있다. 플랫폼사업자가 플랫폼소비자의 표현의 자유를 침해하는 경우 이러한 이론이 적용될 수 있을 것인가, 어떠한 논리를 적용할 수 있을 것인가에 대하여 밝힌 바는 없으나, 어떤 개인의 사적 재산에서 제3자가 표현의 자유를 누릴 수 있다고 판시한 사례는 극히 한정적이다(이에 관해서는 조영승, 앞의 논문 <각주 24>, 22~23쪽). 한편 우리의 경우를 살펴보면, 기본권의 대사인적 효력은 사법상의 일반조항을 통해 간접적으로 적용되는 것이 다수설인데, 결과적이고 사후적으로 일반법원에서 손해배상청구의 위법성 요건을 충족시키기 위한 도구로 사용되고 있다는 점을 고려한다면, 해악성이 심각한 허위정보를 사전적으로 차단하고 예방하기 위하여 진행되는 플랫폼 내 팩트체크의 '본질적인' 목적이나 효과와는 구별되는 점이 있을 것이다.



플랫폼을 공적광장으로 볼 수 있는지, 공적광장 이론이 적용되는 것인지에 대한 판단, 나아가 정부언론 이론의 적용 가능성³⁵⁾ 등이 헌법적 쟁점이라고 할 것이다.

3) 가짜뉴스는 진실 여부를 판단하기 어려운 경우도 많고 대량 양산되고 있어 그것을 검토하기 위해서는 시간이 소요되므로 결과적으로 가짜뉴스로 밝혀진다고 하더라도 이미 커다란 사회적 해악이 발생한 이후가 되어버린다. 특히 과학기술의 발달은 논쟁이 되는 정보가 허위로 밝혀진다고 하더라도 양극화와 진영논리에 따른 확증편향, 이를 중첩하여 가속화하는 필터버블 현상들이 겹쳐 무엇이 진실인 것인지의 문제는 등한시되고 상당한 정도로 상당한 기간 노출되는 상황에서 마치 신앙과도 같은 사실이 될 수 있다. 생각건대 가짜뉴스가 가지는 사회적 해악성이 팩트체크로 인한 부작용을 압도하는 상황에서는 ‘플랫폼 내 팩트체크’를 ‘누가’ ‘어떤 기준으로’ ‘어느 정도’의 차원에서 하는 것이 표현의 자유의 헌법적 가치에 부합하는가의 문제에 보다 집중할 필요가 있다. 이 글에서 살펴본 미연방대법원의 사례는 팩트체크를 둘러싼 규범적 판단이 쉽지 않음을 보여주고 나아가 보다 섬세

35) 이에 관하여 본문에서 언급한 바는 없으나, 머시 사건에서 제5순회 형소법원은 이를 직접 적용하고 있다. <각주 6> 참조.

한 결정을 내리기 위한 과정 중으로 파악된다. 규범 제고의 차원에서 팩트 체크는 표현의 자유에 대한 침해 가능성이 낮은 단계에서 높은 단계로, 일반적 규율보다는 구체적 규율의 형태로 진행하고, 규율 주체와 대상, 방법이 중립적일 수 있도록 섬세하게 조율되어야 할 것이다. 🏛️