

# 위챗 판결<sup>1)</sup>을 통해 본 미국 수정헌법 제1조 표현의 자유

최승재 법무법인 우리 대표변호사

## 1. 사건의 배경

위챗(Wechat)은 우리나라의 카카오톡과 같은 메신저 프로그램으로 미국 젊은이들이 많이 사용하는 프로그램이다. 세계적으로 12억명 이상이 사용하는 위챗은 중국에서 가장 많이 쓰이는 메신저 앱으로 모바일 결제에도 활용된다.<sup>2)</sup> 특히 중국이 점점 ‘현금

1) 이하 ‘이 사건 판결’ 또는 ‘판결문’이라고 한다.

2) 이들 사용자 중에서 1900만 명이 미국 내에 거주한다. Cohen Decl. - ECF No. 17-9 at 3 (¶ 6); Sun Decl. - ECF No. 17-11 at 10 (¶ 13), 11 (¶ 16); Maya Tribbitt (2020. 8. 11). WeChat Users in the U.S. Fear Losing Family Links with Ban, <BLOOMBERG>. URL : <https://www.bloombergquint.com/technology/wechat-users-in-the-u-s-fear-losing-family-links-withban>, Ex. TT to Bien Decl. - ECF No. 17-12 at 351. 판결문 4면.



없는 사회'로 진화하고 있다는 점에서 스타벅스나 맥도날드와 같은 미국 기업은 위챗의 존재로 인해 중국 현지 영업에 큰 타격을 받을 수 있다.<sup>3)</sup> 줌(Zoom)과 함께 중국계 프로그램으로 트럼프 정부에서는 이들 프로그램을 사용하는 것이 국가안보의 문제가 있다고 판단하고 그 사용을 금지하기 위해서 위챗 다운로드를 금지하는 행정명령을 내린 바 있다. 이와 같은 다운로드 금지명령이 표현의 자유라는 측면에서 허용되는 것인지 여부가 문제가 되었다.

2019년 5월 15일 트럼프 대통령은 외국의 적들이 지속적으로 정보기술을 이용하여 미국 내의 약점을 파고들어 국가적인 손해를 야기하고 있다고 지적하였다. 이와 함께 산업스파이 활동을 포함한 일련의 공격에 대응할 필요가 있다고 하면서 행정명령을 발령한 바 있다.<sup>4)</sup> 트럼프 대통령은 미국의 적들이 미국 내의 정보와 커뮤니케이션을 지속적으로 아무런 제약 없이 확보하는 것은 미국의 안보에 유례없는 위협을 가하고 있다고 하면서, 이와 같은 위협에 대응하기 위하여 대통령 행정명령을 발령한다고 하였다.

올해 9월 18일 미국 정부는 같은 달 20일부터 중국의 인터넷 사회연결망 서비스 '틱톡(TikTok)'과 '위챗(WeChat)'의 다운로드(내려받기)를 금지하는 대통령 행정명령을 발했다. 월버 로스 미 상무장관은 9월 18일 '폭스 비즈니스 뉴스'와의 인터뷰에서, 9월 20일부터 틱톡과 위챗의 다운로드가 금지된다고 밝혔다. 로스 장관은 구체적으로 위챗은 9월 20일부터 사용이 금지되며, 틱톡은 11

3) 강건택 (2020. 8. 27). 미 기업들 “트럼프의 위챗 금지명령으로 중국 내 사업 위기”. <연합뉴스>. URL : <https://www.yna.co.kr/view/AKR20200827000400072>

4) Executive Order 13873, Securing the Information and Communications Technology and Services Supply Chain, 84 Fed. Reg. 22,689, 22,689 (the “ICTS Executive Order”).

월 12일부터 금지된다고 말했다.<sup>5)</sup> 로스 장관은 별도의 성명에서, 이번 조치는 대통령의 지시에 따라 미국민의 개인정보에 대한 중국의 악의적 수집에 맞서고, 미국의 가치와 법, 민주적 규범을 수호하기 위한 것이라고 설명했다.

8월, 미국 트럼프 대통령은 국가 안보를 이유로 틱톡의 모기업인 바이트댄스(ByteDance)와 위챗의 모기업인 텐센트(Tencent)와 미국 간 거래를 금지하는 행정명령<sup>6)</sup>에 서명하고 미국 사업권 매각 마감 시한을 제시했다.

9월 20일 미국 연방법원은 중국 대화 앱 위챗 다운로드를 금지하는 트럼프 행정부의 금지 명령에 정지처분을 내렸다. 이 사건에서 연방법원은 미국 연방수정헌법 제1조 표현의 자유 침해를 이유로 이러한 판결을 내렸다. 이에 대해서 미국무부는 위챗을 통한 개인정보 유출이 국가안보에 위협을 가져온다는 입장을 피력했다.

본 고에서는 해당 판결을 통해 미국무부, 법원 각 주체의 입장을 살펴보고자 한다. 또한 이와 관련해 이번 판결뿐만 아니라 미국에서 항상 주요한 판결마다 등장하는 미국 수정헌법 제1조 '표현의 자유'의 의미를 분석하고, 다른 이익과 충돌했을 때 적용 범위 등을 검토해보고자 한다. 이 판결을 통해서 미국 법원은 '국가안보'와 '표현의 자유'를 두고 양자를 서로 조화하기 위한 노력을 하고 있다. 국가안보에 주를 두어야 하는 행정부의 입장과 이러한 행정부의 국가안보를 위한 필요에도 불구하고 표현의 자유를 과도하게 침해하여 그 본질적인 내용의 침해가 되지 않도록 하여야 하는 미국 법원의 입장을 같이 살펴본다면 우리에게도 주는 시사점을 발견할 수 있다고 본다.

## 2. '위챗' 판결 분석

### 가. 이 사건 대통령 행정명령<sup>7)</sup>

#### 1) 미국 행정부의 판단 근거

앞서 언급한 바와 같이 트럼프 대통령은 2019년 ICTS Executive Order를 통해서 미국 이외의 지역에 기반을 둔 정보통신기술서비스를 제공하는 회사들이 미국 내의 정보를 무차별적으로 수집하여 미국의 국가안보에 위협을 가하고 있다는 점을 지적하며 대통령 행정명령으로 대응하고자

5) VOA 뉴스 (2020. 9. 19). 미국, 20일부터 틱톡·위챗 내려받기 금지, (VOA). URL : <https://www.voakorea.com/world/us/us-bans-tiktok-wechat-download>

6) Executive Order 13943 (2020. 8. 6).

7) Executive Order 13943 of August 6, 2020(이를 본고에서 '이 사건 행정명령'이라고 한다.)



하였다.<sup>8)</sup> 2020년 트럼프 행정부는 2019년의 행정명령만으로는 이러한 역외에서부터 시작된 위협에 대응하기 부족하여 위챗에 의해서 시작된 위협에 대응하기 위한 추가적인 조치가 필요하다고 하였다. 연구결과, 중국에 있는 위챗의 데이터베이스에는 중국 내에서의 커뮤니케이션 내용뿐만 아니라 대한민국, 타이완, 미국, 오스트레일리아 등에서 이루어진 여러 정보들이 존재하였음을 확인할 수 있었다.<sup>9)</sup> 위챗은 이런 정보들을 취득하여 보관하고, 중국공산당이 정치적으로 민감하게 보는 정보들에 콘텐츠 내용을 기초로 한 검열을 실시하고 있다는 내용도 연구결과의 일부로 제시되었다.

미국 정부는 위챗의 사용으로 인해서 발생하는 국가안보의 위협에 대응하기 위하여 필요한 조치의 일환으로 위챗을 다운로드해서 사용하는 것을 금지하는 대통령 행정명령을 발령하였다. 트럼프 대통령은 헌법에 의해서 대통령에게 부여된 권한에 기초하여 대통령 행정명령의 형식으로 다운로드 금지를 명했다.<sup>10)</sup>

2020년 5월 15일 트럼프 대통령은 대통령 행정명령 13873호 행정명령에서 국가의 정보기술 및 서비스 공급체인을 보호하기 위하여 틱톡에 대해서 조치를 취했다고 하였다. 미국 내에서 모바일 폰을 통한 커뮤니케이션이 확대됨에 따라 틱톡과 위챗의 사용이 국가적으로 안보에 대한 중요한 위협을 야기하고 있다고 판단한 것이다. 위챗은 메시징 서비스 외에 소셜미디어, 전자결제 등의 역할을 하는 애플리케이션 프로그램으로서 중국회사인 텐센트 홀딩스가 소유하고 있다. 위챗은 전

8) Reply - ECF No. 28 at 12-13, 판결문 8면.

9) 앞의 판결문 8면.

10) the International Emergency Economic Powers Act (50 U.S.C. 1701 et seq.) (IEEPA), the National Emergencies Act (50 U.S.C. 1601 et seq.), and section 301 of title 3, United States Code,



세계적으로 10억 명 이상의 사용자가 있다고 알려져 있으며 틱톡과 함께 위챗은 자동적으로 많은 정보를 수집하고 있다. 이런 데이터 수집행위가 중국 공산당으로 하여금 미국민들의 개인정보를 확보하도록 하여 국가안보에 위협을 가하고 있다고 본 것이다. 미국 이외에 이미 인도와 오스트레일리아에서 위챗의 위협에 대한 조치를 취하고 있는 바, 미국이 위챗에 대해서 더 강력한 처분을 해야 할 필요성이 있다고 본 것이다.<sup>11)</sup> 행정명령의 구체적 내용은 아래와 같다.

## 2) 행정명령의 주요내용

행정명령 1조(Section 1)는 행정명령이 발해지면 45일 이후에 위챗을 통한 어떤 미국 내 거래도 이 행정명령의 적용대상이 된다고 규정한다.<sup>12)</sup>

행정명령 2조에 따르면 미국 내에서의 행정명령을 우회하려고 하는 행동은 금지되며, 회피하기 위한 행위를 공모하는 것도 금지된다.<sup>13)</sup>

---

11) A Presidential Document by the Executive Office of the President on 08/11/2020 URL : <https://www.federalregister.gov/documents/2020/08/11/2020-17700/addressing-the-threat-posed-by-wechat-and-taking-additional-steps-to-address-the-national-emergency>

12) Section 1. (a) The following actions shall be prohibited beginning 45 days after the date of this order, to the extent permitted under applicable law: any transaction that is related to WeChat by any person, or with respect to any property, subject to the jurisdiction of the United States, with Tencent Holdings Ltd. (a.k.a. Ténghùn Kònggǔ Yǒuxiàn Gōngsī), Shenzhen, China, Start Printed Page 48642or any subsidiary of that entity, as identified by the Secretary of Commerce (Secretary) under section 1(c) of this order.

13) Sec. 2. (a) Any transaction by a United States person or within the United States that evades or avoids, has the purpose of evading or avoiding, causes a violation of, or attempts to violate the prohibition set forth in this order is prohibited.

행정명령 5조는 국무장관이 이 행정명령에 의한 조치를 취할 수 있는 권한을 부여받게 된다는 점을 규정한다. 국무장관은 법에 위반되지 않는 범위권한을 가지게 되며, 미국 정부는 행정명령의 집행을 위하여 적절한 조치를 취할 의무를 부담한다.<sup>14)</sup>

이 판결이 있기 전 미국 상공회의소에서 실시한 설문조사에서 응답자 절반 이상은 위챗 금지가 중국 시장에서 경쟁력 손실을 초래할 것이라고 했고, 42%는 매출 감소로 이어질 것이라고 밝혔다. 이 조사에서 회원사 대다수는 트럼프 대통령이 서명한 위챗 금지 행정명령이 중국 현지에서 직원, 지방당국, 소비자들과 소통하는 데 지장을 초래할 수 있다고 우려했다. 트럼프 대통령은 행정명령의 구체적인 범위를 공개하지 않았으나, 미국을 넘어 중국에서도 사용을 금지할 경우 현지 영업에 큰 차질이 빚어질 수 있다는 것이다.<sup>15)</sup>

## 나. 법원의 판결

### 1) 판결의 개요

미국 캘리포니아주 연방북부지방법원(the United States District Court for the Northern District of California)은 중국 모바일 메신저 ‘위챗’의 사용을 금지하는 도널드 트럼프 미국 정부의 행정명령이 표현의 자유를 침해한다고 판결했다.<sup>16)</sup> 현지 시간으로 2020년 9월 20일 캘리포니아주 연방북부지방법원의 로럴 빌러 연방 판사는 미국 상무부의 위챗 사용금지 행정명령의 효력을 중단시켜달라는 위챗 사용자들의 가치분신청을 인용했다. 이 판결에서 로럴 판사는 “위챗은 중국계 커뮤니티에 속하는 많은 사람에게 사실상 유일한 의사소통 수단이며, 위챗 금지는 이들의 의사소통 수단을 제거하는 것”이라며 가치분신청 인용이 공익에 부합한다고 밝혔다. 또한 미국 상무부가 위챗이 국가 안보에 위협을 가하고 있다고 판단한 것에 대해 “안보 우려에 대한 구체적인 증거가 많지 않다”고 판시했다.<sup>17)</sup> 아래에서 구체적으로 살펴본다.

14) Sec. 5. The Secretary is hereby authorized to take such actions, including adopting rules and regulations, and to employ all powers granted to me by IEEPA as may be necessary to implement this order. The Secretary may, consistent with applicable law, redelegate any of these functions within the Department of Commerce. All departments and agencies of the United States shall take all appropriate measures within their authority to implement this order.

15) 앞의 강건택 (2020. 8. 27).

16) U.S. WeChat Users Alliance v. Trump, No. 20-cv-05910-LB, 2020 WL 5592848 (N.D. Cal, Sept. 9, 2020).

17) 객윤아 (2020. 9. 21). 美 법원 “트럼프의 ‘위챗 사용 금지’는 표현의 자유 침해”, 〈서울경제〉. URL : <https://www.sedaily.com/NewsView/1Z7XWHQACN>



## 2) 원고들

이 사건의 원고들은 미국 내에서 위챗을 사용하는 사람들이다. 이들은 메시징, 소셜미디어, 모바일 결제 등을 위해서 위챗을 사용하고 있다.<sup>18)</sup> 원고들은 국가안보를 위해 위챗을 이용한 거래를 2020년 9월 20일부터 사용하지 못하도록 하는 이 사건 행정명령(13943)이 위헌이라고 주장하였다.

전 세계적으로 보면 페이스북, 트위터 등의 수단이 존재하지만, 중국정부가 이들 플랫폼의 사용을 금지하고 중국에서 사용을 불허하고 있기 때문에 그 결과 미국에 거주하는 중국계 미국인이나 중국어를 사용하는 위챗 사용자들의 경우에는 위챗을 사용하지 않으면 미국과 전세계에 거주하는 가족이나 친구 등과의 의사소통이 불가능하다는 것이 원고들의 주장이었다.<sup>19)</sup> 이 점에 대해서 법원은 받아들였다.

## 3) 국무성의 시행령(Identification of Prohibited Transactions to Implement Executive Order 13943)

행정명령은 국무성이 위챗을 이용한 거래를 식별하고, 거래를 금지하는 행위를 하도록 하고 있다.

---

<sup>18)</sup> Compl. – ECF No. 1; First Am. Complaint (“FAC”) – ECF No. 49. The plaintiffs are U.S. WeChat Users Alliance, a nonprofit formed to challenge the WeChat Executive Order, and individual and business users. Id. at 7–9 (¶¶ 19–25). Citations refer to material in the Electronic Case File (“ECF”); pinpoint citations are to the ECF-generated page numbers at the top of documents. 판결문 1면.

<sup>19)</sup> Cohen Decl. – ECF No. 17–9 at 4 (¶ 6); Sun Decl. – ECF No. 17–11 at 9 (¶ 12).

이에 따라 국무성은 대통령 행정명령을 집행하기 위한 하위명령을 발표하였다.<sup>20)</sup> 국무성의 명령에 의하면 앱스토어(app store)를 통해서 위챗을 유통하거나 업데이트를 하는 행위, 인터넷-호스팅, 콘텐츠 딜리버리, 위챗을 사용할 수 있도록 하거나 최적화하기 위한 인터넷거래서비스를 제공하는 행위, 앱의 기능 및 서비스를 사용하는 행위, 위챗 앱을 통해서 계좌이체를 하도록 하는 행위를 금지행위로 규정하고 있다.

이와 같은 국무성의 명령에 의하여 미국 내에서는 어떤 소비자도 위챗 앱을 다운로드 받거나, 데이터를 공유하거나 콘텐츠를 사용하는 것이 금지되었다. 이에 따라 미국 소비자들은 사실상 위챗을 사용하는 것이 불가능하게 되었다. 미국 국무성은 2020년 9월 18일 발표에서 미국 시간으로 20일이 되면 위챗은 미국 내에서 서비스를 제공할 수 없게 된다고 하였다.<sup>21)</sup>

#### 4) 원고들의 주장

원고들은 대통령 행정명령이 미국 수정헌법 제1조의 표현의 자유를 침해하는 것이라고 주장했다. 그러면서 동시에 수정헌법 제5조 등도 위반하였다고 주장하였다.<sup>22)</sup> 원고들은 자신들의 권리를 보호하기 위하여 예비적 금지명령을 구했다. 예비적 금지명령(preliminary-injunction)은 미국법이 허용하는 가치분의 일종으로 급박한 권리침해의 위협에 놓인 신청인이 자신들의 권리침해를 막기 위하여 행할 수 있는 신청의 하나이다. 원고들은 자신들이 본안금지청구의 소에서 승소 가능성이 높고, 행정명령이 심각한 권리침해의 우려가 있다는 점을 주장하였다. 원고들은 특히 만일 대통령 긴급명령이 효력을 발하게 되면, 미국 내에 거주하는 중국어를 사용하는 커뮤니티의 구성원들의 경우에는 의사소통에서 심각한 위협을 받게 된다고 주장하였다. 그들은 위챗이 자신들이 사용할 수 있는 유일한 커뮤니케이션 수단이라고 주장하면서, 만일 위챗을 사용할 수 없도록 하면 이는 자신들에게는 커뮤니티 내에서의 자유로운 의사소통 수단을 빼앗기게 되는 것이라고 주장하였다. 그러므로 대통령 행정명령은 엄격한 심사를 받아야 한다고 주장하였다.

20) "Identification of Prohibited Transactions to Implement Executive Order 13943" 판결문 1면.

21) Ana Swanson & David McCabe (2020. 9. 18). Trump to Ban TikTok and WeChat from U.S. App. Stores, (N.Y. TIMES). URL : <https://www.nytimes.com/2020/09/18/business/trump-tik-tok-wechat-ban.html> ; Ex. C to Bien Decl. - ECF No. 45-1 at 23. At the September 18 and 19, 2020 hearings, the government did not contest that the court could consider — whether as a party admission or by judicial notice — the Secretary's statement or other public officials' statements.

22) The plaintiffs claim that the ban (1) violates the First Amendment to the U.S. Constitution, (2) violates the Fifth Amendment, (3) violates the Religious Freedom Restoration Act, 42 U.S.C. § 2000bb(1)(a), (4) was not a lawful exercise of the President's and the Secretary's authority under the International Economic Emergency Powers Act ("IEEPA") — which allows the President to prohibit "transactions" in the interest of national security — because the IEEPA, 50 U.S.C. § 1702(b)(1), does not allow them to regulate personal communications, and (5) violates the Administrative Procedures Act ("APA") because the Secretary exceeded his authority under the IEEPA and should have promulgated the rule through the notice-and-comment rulemaking procedures in 5 U.S.C. § 553(b).

## 5) 표현의 자유 침해 판단 기준으로서의 엄격심사(strict scrutiny test)

법령의 위헌성 여부를 심사할 때, 미국 법원은 두 가지 기준을 사용할 수 있다. 그 중에서 표현의 자유를 침해하는 것인지 여부가 문제가 될 때, 내용통제를 할 수 있게 된다면 그 경우에는 엄격한 심사를 하여야 한다고 보고 있다.

사법심사에서 엄격심사를 하게 되면, 다음과 같은 심사를 통과해야 합헌이 된다. 당해 법령이 국가의 중요한 이익을 지키기 위해서 필요한 것인지 여부(is necessary to a “compelling state interest”), 당해 법령이 국가의 중요한 목적을 달성하기 위해서 섬세하게 입법이 되었는지 여부(is “narrowly tailored” to achieving this compelling purpose), 그리고 당해 목적을 달성하기 위한 최소한의 침해를 하는 수단을 사용하고 있는지 여부(uses the “least restrictive means” to achieve the purpose)에 대한 질문에 대해서 긍정적인 답을 할 수 있어야 비로소 합헌이 된다는 것이다.<sup>23)</sup>

## 6) 원고들의 표현의 자유가 침해된다고 주장하는 근거들

원고들과 같은 중국계 미국인이나 중국어를 사용하는 위챗 사용자들에게는 페이스북이 중국에서 사용 금지되고 있음에 나아가 위챗이 중국인들에게 문화적으로 친숙한 서비스를 제공하고 있다는 점도 표현의 자유 침해의 근거로 사용되었다. 위챗은 예를 들어 선물을 할 때 빨간 봉투에 선물을 전자적으로 할 수 있도록 하여, 다른 플랫폼들과 구별되는 문화적인 일체감을 중국계 사회에 제공하는 서비스를 하고 있다는 것이다.<sup>24)</sup> 또 원고들은 자신들이 중국어 외에 영어가 익숙하지 않아서 건강의 문제, 특히 정신적인 건강문제가 위챗을 통해서 해결되고 있다고 주장하였다. 증인 중의 한 사람은 우울증, 정신분열증, 양극성 장애, 외상 후 스트레스 증후군과 같은 정신질환들을 가지고 있는 사람들이 위챗을 통해서 서로 연결되어 문제를 해결할 수 있도록 하는 도움을 받고 있다고 증언하였다.<sup>25)</sup> 이런 상황에서 위챗을 사용하지 못하게 하는 것은 단순한 인터넷

23) United States v. Carolene Products Co. (1938)에서 시작된 이런 심사는 일련의 미국 연방대법원의 판결을 통해서 구체화되었다. Skinner v. State of Oklahoma, ex. rel. Williamson, 316 U.S. 535 (1942), cf. Buck v. Bell 274 U.S. 200 (1927). 벨 사건은 불임수술을 하는 정부의 법령이 위헌이라는 판단에 대한 사건이다. Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954)은 분리하되, 평등하게 취급한다는 원칙이 위헌이라는 판단을 한 사건으로 이 사건에서도 인종간의 분리를 하는 정책이 위헌이라는 판단을 하면서 엄격심사가 사용되었다. 이후 여러 사건에서 이 기준이 사용되어 미국 헌법의 역사에서 주요한 선례를 남겼다. 그런 주요 판결로 One, Inc. v. Olesen, 301 U.S. 340 (1958), Sherbert v. Verner, 374 U.S. 398 (1963); Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965); Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967); Wisconsin v. Yoder, 406 U.S. 205 (1972); Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973); Employment Division v. Smith, 494 U.S. 872 (1990); Romer v. Evans, 380 U.S. 144 (1996); City of Boerne v. Flores, 521 U.S. 507 (1997); Gonzales v. O Centro Espirita Beneficente União do Vegetal, 546 U.S. 418 (2006); United States v. Windsor, 570 U.S. 744 (2013).

24) Cohen Decl. – ECF No. 17–9 at 7 (¶ 15); Sun Decl. – ECF No. 17–11 at 16–17 (¶¶ 32–33).

25) Peng Decl. – ECF No. 17–5 at 2–3 (¶¶ 1–4, 7–12); Peng Supp. Decl. – ECF No. 48–1 at 2 (¶ 3).



플랫폼을 사용하지 못하게 하는 것에서 그치는 것이 아니라 삶에 대한 중대한 위기를 야기하는 인권문제라는 것이 원고들의 주장이었다.

이런 점에서 위챗은 중국계 미국인이나 중국어를 사용하는 커뮤니티 구성원들의 입장에서 보면 페이스북과 같은 다른 플랫폼으로 대체할 수 있는 서비스가 아니라는 것이 원고들의 주장이었다.

또한, 위챗이 중국에서의 정보뿐만 아니라, 미국, 대한민국, 타이완 등의 국가의 의사소통과정에서 발생한 정보들도 수집하여 보관하고 있어 국가안보에 위협이 된다는 주장에 대해서 원고들은 이런 정보들을 미국 정보가 취득하고 있음을 확인한 것은 위법한 조사라고 주장하였다.

## 7) 정부의 국가안보에 대한 주장

미국 정부는 중국의 국가안보에 대한 위협에 대해서 법원에 일련의 주장을 하였다. 이에 따르면 미국 양당의 의원들은 연방통신위원회(FCC, Federal Communication Commission)에 미국의 정보통신네트워크에 대한 침해가 일어나는 점에 대해서 정보를 제공하라고 하였다. 화웨이와 ZTE와 같은 중국회사들은 중국정부와 밀접하게 연결되어 미국의 통신망에 정보민감도가 높은 장비들을 제공하고 있다고 회신을 받은 바 있으며,<sup>26)</sup> 2011년에도 이들 회사들에 의한 미국 통신

<sup>26)</sup> Congressional Leaders Cite Telecommunications Concerns With Firms That Have Ties With Chinese Government (Oct. 19, 2010), Ex. 1 to Orloff Decl. – ECF No. 22-1 at 3

망에 대한 사이버 공격 위협이 지속적으로 존재한다는 점을 확인하였다고 한다.<sup>27)</sup>

## 8) 예비적 금지명령이 인정되기 위한 판단기준

법원이 예비적 가처분을 인용하기 위하여, 신청인은 본안에서의 승소가능성(1요소), 가처분이 인용되지 않으면 발생할 수 있는 회복하기 어려운 손해의 존재(2요소), 신청인에 유리한 형평상의 영향(3요소), 가처분의 공익적 기여(4요소)를 증명하여야 한다.<sup>28)</sup> 이와 같은 기준은 법원의 판단에 의해서 정립된 판례법이다.<sup>29)</sup> 미국 법원은 이와 같은 판단에 있어서 회복하기 어려운 손해 기준의 충족을 위해서 문제가 되는 위협이 직면한 위협이라는 점을 증명하여야 한다고 한다.<sup>30)</sup>

### 가) 1요소의 판단

미국 정부는 1요소의 판단에 있어서 국가안보를 위해서 위챗 사용금지 조치를 하여야 한다는 점에 대한 충분한 증명을 하지 못한 반면, 이 사건의 경우 원고들이 주장하는 중국계 미국인 등에게 가해지는 침해, 즉 이들이 서로 의사소통을 위해 필요한 수단으로서의 위챗을 사용하지 못하게 될 경우에 발생하는 침해는 자유로운 의사소통(free speech)을 제한하는 것으로 엄격심사가 적용되어야 하는 점에서 보면 원고들에 대해서 발생하는 제한이 표현의 자유를 제한하는 것으로 보아 원고들이 본안에서 승소할 가능성이 있어야 한다는 1요소를 증명한 것으로 보았다.<sup>31)</sup>

### 나) 2 내지 4요소의 판단

다른 요소들이 충족하는 지에 대해서는 법원은 원고들의 주장을 받아들였다. 가처분이 없으면 회복하기 어려운 손해가 있으며, 영향에서도 원고들에게 금지청구를 하여야 할 필요성이 더 크고, 이러한 가처분을 인용하는 것이 공익에 부합하는 것으로 보았다. 이 사건 원고들은 당장 위챗을

---

27) Investigative Rep. on the U.S. Nat'l Sec. Issues Posed by Chinese Telecomms.Cos. Huawei and ZTE (Oct. 8, 2012), Ex. 2 to Orloff Decl. – ECF No. 22-2 at 6-8.

28) (1) a likelihood of success on the merits, (2) a likelihood of irreparable harm that would result if an injunction were not issued, (3) the balance of equities tips in favor of the plaintiff, and (4) an injunction is in the public interest.

29) *Stuhlberg Int'l Sales Co. v. John D. Brush & Co., Inc.*, 240 F.3d 832, 839 n.7 (9th Cir. 2001); *Winter v. Nat'l Res. Def. Council, Inc.*, 555 U.S. 7, 20 (2008).

30) "[A] plaintiff must demonstrate immediate threatened injury as a prerequisite to preliminary injunctive relief." *Caribbean Marine Serv. Co. v. Baldrige*, 844 F.2d 668, 674 (9th Cir. 1988).


31) The plaintiffs also have shown serious questions going to the merits of the First Amendment claim even if — as the government contends — the Secretary's identification of prohibited transactions (1) is a content-neutral regulation, (2) does not reflect the government's preference or aversion to the speech, and (3) is subject to intermediate scrutiny. A content-neutral, time-place-or-manner restriction survives intermediate scrutiny if it (1) is narrowly tailored, (2) serves a significant governmental interest unrelated to the content of the speech, and (3) leaves open adequate channels for communication. *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 781, 791 (1989); *Pac. Coast Horseshoeing Sch., Inc. v. Kirchmeyer*, 961 F.3d 1062, 1068 (9th Cir. 2020).

사용하지 못하면 아무런 다른 대체수단이 없다고 보았기 때문에 이들이 입게 될 손해는 회복하기 어려운 손해라고 본 것이다.<sup>32)</sup>

### 3. 시사점

이 사건 소송은 9월 18일 상무부가 20일부터 미국 구글 플레이스토어와 애플 앱스토어에서 위챗의 다운로드를 금지하겠다고 밝히자 위챗 사용자들이 문제를 제기하며 시작됐다. 이들은 위챗이 중국계 미국인들에게 유일한 의사소통 수단으로 위챗 사용 금지는 표현의 자유를 보장하는 수정 헌법 제1조를 침해한다고 주장했고 법원은 이를 받아들였다. 미국 법무부는 이에 대해서 법원이 국가 안보에 대한 위협을 가장 효과적으로 대응하기 위한 대통령의 결정을 좌절시키고 쫓아낸 것이라고 비판하였다. 법원의 판단도, 법무부의 우려도 충분히 이해되는 면이 있다.

이 사건에서 제기된 정보통신망을 이용한 국가안보에 대한 위협의 문제는 우리나라와 대만과 같은 국가들도 직면한 문제라는 점이 미국 정부의 보고서에서 확인된다. 결국 이 판결은 우리나라에서도 고민이 될 수 밖에 없는 문제점을 제기하고 있음을 알 수 있다.

표현의 자유의 보호는 미국 연방헌법이 보호하는 핵심적인 가치다. 미국 법원은 미국 내 중국인 내지 중국어 사용 커뮤니티의 의사소통을 보호하기 위하여 이들의 유일한 의사소통 수단으로 인정된 위챗 사용금지에 대한 가처분을 인용하여 일단 위챗을 계속 사용할 수 있도록 했다. 하지만 이 판결이 중국적인 결론을 내린 것은 아니라는 점, 우리나라의 경우에는 중국인 내지 중국어 사용 커뮤니티의 의사소통을 보호하기 위하여 위챗이 가지는 의미가 동일하지 않을 것으로 보인다는 점에서 만일 이와 같은 법령이 제정된다면 그 판단이 어떻게 될지는 사실관계에 의존한 판단이 이루어져야 할 점이 있다. 이 판결에 대해서는 향후 미국 정부 및 미국 법원의 태도를 살펴볼 필요가 있다고 본다. 

<sup>32)</sup> California v. Azar, 911 F.3d 558, 581 (9th Cir. 2018); see Elrod v. Burns, 427 U.S. 347, 373 (1976) (“The loss of First Amendment freedoms, even for minimal periods of time, unquestionably constitutes irreparable injury.”).