

요 약 문

본 연구는 방송통신위원회의 심결절차의 더욱 바람직한 모델을 모색하기 위해 유럽공동체(EU) 및 유럽의 주요국 (영국, 독일, 프랑스)의 방송통신규제집행을 위한 조직과 절차에 관해 고찰하고, 시사점을 도출하는 것이다. 아래에서는 EU, 영국, 독일, 프랑스의 순으로 연구내용을 요약하여 소개하기로 한다.

(1) EU의 행정처분절차와 당사자의 절차적 권리보호

EU 차원에서 방송통신분야에 대한 규제는 개별 사안에 대한 법적 집행력을 갖기 위해서는 각 회원국의 국내법화 과정이 필요한 지침(directive)을 발하는 형식으로 이루어지고, EU 집행부가 직접 방송통신규제를 집행하지는 않는다. 따라서 본 연구의 목적으로 위해 EU로부터 시사점을 얻기 위한 착안점은 아래 영국, 독일, 프랑스의 각국 사례에 대한 연구와는 다르다. 첫째, 'EU 행정법'이라는 영역이 점차 형성되고 있고, 특히 EU를 구성하는 회원국들은 독일, 프랑스와 같은 대륙법계 국가와 영국과 같은 영미법계 국가가 공존하고, EU 행정법 형성에도 이들이 공동으로 영향을 미친다. 따라서 EU 행정법 차원에서 형성된 행정처분절차모델은 상이한 법전통에서 공통적으로 인정되는 기본적인 원칙에 바탕하고, EU 집행부가 직면하는 현실적 제약에 부합하는 제3의 모델에 해당한다. 따라서 이는 우리 방송통신위원회의 절차를 구상하는데 도움이 된다. 둘째, 구체적으로는 EU의 행정처분절차는 직권주의를 기본으로 하면서 당사자의 절차적 권리를 보호하기 위해 대심주의적 요소를 부분적으로 접목하고 있다. 예컨대, EU 집행부인 위원회가 직접 규제집행권한을 가지는 일반경쟁규제의 경우 경쟁총국과 독립적인 청문주재관을 두지만, 청문주재관이 구두청문을 진행하는 경우에도 그 역할은 당사자의 절차적 권리 보장에 국한되고, 당해 사안의 실제적 결정에 대해서는 원칙적으로 관여하지 않고 매우 제한적인 역할만 수행한다는 점이 그러하다. 따라서 기본적으로 대심주의 구조를 갖고 있는 우리 행정절차법을 토대로 방송통신위원회의

심결절차의 개선방향을 모색해 볼 때에는 직권주의에 대심주의적 요소를 실용적인 견지에서 접목한 모델이 유용한 참고가 될 것이다. 아래에서는 그 구체적인 예로 EU의 집행부가 직접 규제집행을 하는 경쟁법에 대한 집행절차를 요약해 본다.

EU 위원회의 경쟁법 집행절차는 다음과 같다.

공동체조약 제81조(1)는 공동시장과 양립할 수 없는 다양한 유형의 반경쟁적 행위를 금지하고 있다. 제81조(3)은 위 제81조(1)에 해당되는 경쟁저해적 행위라도 경제적으로 유용하고 정당화될 수 있다고 판단되는 경우에는 제81조(1)의 적용제외를 결정할 수 있다고 규정하고 있다. 2004년에 발효한 ‘규정(regulation) 1/2003’에 따라, 위원회는 그러한 적용제외권한을 더 이상 독점하지 못하고, 회원국들에 의해서도 적용제외결정이 이루어질 수 있다. 회원국 법원은 조약의 경쟁법 규정을 공법적 방식과 사법적 방식으로 집행하는 사건의 관할권을 가진다. 당사자들에게 위원회에 반경쟁적 행위를 고지하도록 한 과거의 관행은 폐지되었다. 조약 제82조는 시장지배적 지위 남용을 금지하는 규정이고, 위원회는 공동체 차원의 쟁점이 있는 경우 합병에 대한 규제권한도 가지고 있다.

경쟁총국의 장은 직권, 회원국의 사건회부, 사인의 신고(complaint)에 의해 경쟁법 위반에 대한 조사를 개시한다. 경쟁총국의 사건관리관(case manager)과 복수의 사건조사관(case handlers)으로 구성된 팀이 조사를 실시한다. 조사에는 통상 현장 조사가 포함된다. 조사관들은 비정식적으로 또는 정보제공을 요구하는 정식결정을 통해 추가 정보를 조사한다. 필요한 경우에는 사업장 이외의 장소에 대한 수색이 이루어질 수 있다.

경쟁총국의 장이 이 사건을 계속 진행하기로 결정하면(이에 대해 Legal Service 부서와 Competition Commissioner의 동의가 있어야 하고, 경우에 따라서는 회원국의 경쟁규제기관의 자문위원회의 동의가 필요한 경우도 있다) “위법선언(statement of objections, SO)” 를 하는데, 이에는 문제된 행위의 사실관계와 법적 평가가 포함되어 있다. 이 시점에서 합의(compromise)가 성립되면, 위원회는 관계된 기업의 약정사항이 포함된 “사전평가(preliminary assessment)”를 발한다.

“위반혐의고지”는 조사대상기업에게 위원회가 자신에 대해 가지고 있는 혐의를 알려주고, 일정 기간 내에 그 문제에 대한 의견을 밝힐 것을 요구하는 것이다. 당사자들은 서면으로 항변을 제출하고, 관련 문서를 첨부하거나 청문을 요구할 수 있다. 위원회는 그 조사대상기업에 대해 가지고 있는 모든 문서에 -영업비밀 또는 그 밖의 공개해서는 안 되는 정보 또는 위원회 내부 자료를 제외하고- 접근할 수 있도록 해주어야 한다. 신고인(complainants)은 이 문서들의 공개자료(nonconfidential version)에만 접근할 수 있다.

청문권(right to be heard)은 1차적으로는 서면자료를 제출하는 형태로 행사될 수 있지만, 위원회는 반독점사건이나 합병사건에서는 신청이 있으면 구두청문을 제공하여야 한다. 청문에서는 조사대상기업(합병사건의 당사자) 자신에 대해 불리한 사실과 정황에 대한 의견을 밝힐 권리 및 자신이 조약을 위반하지 않았음을 입증할 근거를 제시할 권리를 가진다. 청문은 변론(의견제출)에 관한 상세한 순서(a detailed order of presentation)에 따라 진행되고, 증인과 전문가가 출석하여 증언을 할 수도 있다. 교호심문(cross-examination) 또는 대질심문(confrontation)에 대한 권리는 인정되지 않지만, 위원회의 관료들은 절차에 출석한 모든 증인에게 질문할 수 있다. 위법고지(Statement of Objection)의 내용에 중대한 수정사항이 있는 경우에는 추가적인 청문이 제공되어야 한다. 신고인은 청문에서 진술할 기회를 가질 수도 있지만, 그 여부는 위원회의 재량에 맡겨져 있다. 청문 주재관(hearing officer)은 사건조사관(case handlers)이 아니라 독립된 직이다. 청문주재관은 그 사건의 절차적 측면에 관한 보고서를 준비한다. 청문주재관 직은 위원회에서 경쟁법 사건처리절차의 불편부당함과 객관성을 강화하기 위해 1982년 처음으로 신설되었다. 청문주재관의 활용은 2001. 5. 23 위원회의 결정에 의해 공식화되었다.

그 다음으로 사건조사관들이 예비결정문의 초안을 작성한다. 위원회의 Legal Service가 예비결정을 검토하고 자문위원회(회원국의 대표자들로 구성됨)의 의견을 듣기 위해 송부한다. 최종 결정은 위원회의 위원들(College of Commissioner)이 내린다. 청문주재관은 실체적인(substantive) 결정은 할 권한이 없다. 그러나 청문주재관은 예비결정에 대해 의견을 이야기할 수 있다. 그 의견은 당사자들에게

는 공개되지 않는다.

최종 결정에는 충분한 이유가 제시되어 있어야 한다. 사후적으로 사법심사를 하는 법원이 감독기능을 원활하게 하고, 당사자들이 그 결정의 근거가 충분한지를 판단할수록 하기 위해서이다. 이유 제시에는 그 결정의 근거가 된 사실적, 법적 근거가 포함되어야 하고, 이에 증거에 대한 검토의견도 포함되어 있어야 한다. 특히 새로운 법령 해석을 제시하는 경우에는 더욱 완벽한 이유를 요한다.

(2) 영국의 방송통신규제 조직과 집행절차

Ofcom은 Ofcom 이사회(Ofcom Board) 및 개별 위원회(Board Committees), 집행부(Executive), 자문기구(Advisory Bodies)로 구성되어 있다. Ofcom 이사회는 최고 의결기관으로서 의장을 포함한 6명의 비상임이사와 CEO를 포함한 3명의 상임이사로 구성된다. 동 이사회는 Ofcom이 규제하는 회사들의 이사회를 모델로 한 것인데, 과거의 위원회(commission) 체제에서 진일보한 형태이다. Ofcom 이사회는 일정 범위의 권한을 개별 위원회와 집행부에 위임하고 있다. 개별 위원회로는 콘텐츠 이사회(Content Board), 집행위원회(Executive Committee), 방송 재심 위원회(The Broadcasting Review Committee), 방송 제재 위원회(The Broadcasting Sanctions Committee) 등이 있고, 집행부는 집행위원회를 필두로 정책집행부(Policy Executive)와 운영이사회(Operations Board)로 구성되어 있다.

Ofcom에서 법집행을 담당하는 부서는 방송, 경쟁 및 소비자, 주파수의 분야별로 각각 다르다. 먼저 방송 부문에는 콘텐츠 및 표준팀(Content and Standards Team)이 담당하는 '방송 게시판(Broadcast Bulletin)'이 있다. 이들은 라디오 및 텔레비전 방송과 관련된 민원을 처리한다. 그리고 방송 제재 위원회는 민원에 대한 최종결정 외에 추가적 제재가 더 필요하다고 판단되는 경우에 과징금 등의 성문법상의 제재조치를 취할 수 있다. 다음으로 경쟁 그룹 내의 경쟁 그룹 조사팀(Competition Group Investigations Team)과 전략 및 시장 개발 그룹 내의 소비자 문제팀(Consumer Affairs Team)은 '경쟁 및 소비자 집행 게시판(Competition and Consumer Enforcement Bulletin)'을 담당하고 있다. 마지막으로 주파수 집행은 간

섭(interference) 문제와 주파수 불법 사용 문제로 분류할 수 있는데 전자는 2010년 6월 30일부터 BBC가 담당하게 되었다.

Ofcom의 법집행절차를 보면 사건을 민원(complaint)과 분쟁(dispute)으로 구분하여 처리한다. 민원은 범위반이 있었다는 주장이 핵심인 반면, 분쟁은 당사자 간 상사협상이 결렬되었다는 것이 핵심이다. 민원(또는 직권인지사건) 처리절차와 분쟁 해결 절차는 몇 가지 차이점을 제외하고는 대체로 유사하다. 주요 차이점으로는 분쟁은 대안절차에 의한 해결이 더 적절하다는 이유로 해결을 거부할 권한이 있다는 점과 각각의 경우에 제출이 요구되는 증거의 유형이 다르다는 점 등이 있다.

이러한 점들을 제외하면 민원처리절차와 분쟁해결절차는 다음과 같은 유사한 단계를 거쳐 진행된다. 즉 i) 제기된 민원 및 분쟁은 담당자(case leader)에게 전달되고, 관리자(case director, 보통 조사팀장)의 감독하에 들어가게 된다. ii) 사건이 승인되면 15일간의 질의(enquiry) 단계에 들어가서 조사를 개시할 것인지 여부를 결정하고 분쟁의 범위, 조사의 성격 등을 규정한다. iii) 질의 단계를 거친 결과 조사개시를 결정한 경우, 세부사항을 적시한 게시판을 공개한다. iv) 조사 단계에서는 조사팀원이 이끄는 사건담당팀(case team)이 사건을 관리하고, 변호사, 경제학자, 기술고문, 회계금융 분석가 및 정책자문가 등의 전문가들이 포함되어 들어가며, 외부인사들이 들어가기도 한다. v) 조사 시작시에는 사건마다 목표 종료일이 포함된 일정표(timetable)이 마련되고, 당사자에게 진행과정을 통지한다. vi) 조사가 종료되면 게시판 게시를 종료하고 필요한 경우 결정 등의 관련 문서를 마련한다.

위의 내용에서 다음과 같은 시사점을 도출할 수 있다. 첫째, Ofcom은 분쟁해결 절차에서 제대로 해결될 수 있는 쟁점에 대해서는 민원을 접수하지 않는 것을 원칙으로 한다. 우리도 이러한 적용순위를 도입하여 우선 심결대상 사건수를 축소하고, 재정사건에 대해서는 재정신청 요건의 강화 및 대안분쟁해결제도의 도입 등을 통해 재정대상 사건수를 축소할 필요가 있다.

둘째, 한국 방송통신위원회의 정책기능 확대 경향에 비추어 보면 방송통신위원회의 규제기능이 정책기능에 늘려서 고도의 객관성과 독립성에 바탕을 둔 공정한 법적 판단을 내리기 어렵다는 비판이 제기될 수 있다. 따라서 현재보다는 규제 내

지 심결기능을 담당하는 조직과 인력을 분리하는 작업을 추진할 필요가 있다. 다만 분리의 정도와 방법은 방송통신위원회 전체의 법적 성격과 담당업무 및 권한 등과 직접 관련되는 사안이며, 후자에 대한 정책적 판단에 따라 달라질 수 있는 만큼 신중한 검토가 필요할 것이다.

셋째, 현재 방송통신위원회는 행정기관이기는 하지만 대규모 과징금과 불이익 처분을 부과하는 큰 규제권한을 행사하는 점에 비추어 상당한 수준의 준사법절차를 도입할 필요가 있다고 본다. 하지만 당장 한국 공정거래위원회 수준의 엄격한 절차를 채택하는 것은 과도할 수 있다는 점도 함께 고려할 필요가 있다. 따라서 적정수준이 무엇인지에 대한 고민이 필요하다. 그럼에도 불구하고 일단 현행 절차는 지나치게 간소하거나 기업의 방어권 보장에 크게 부족하다고 생각된다. 따라서 심판정에서의 구두변론권을 보다 적극적으로 보장하고 조사기능과 심판 기능을 분리하는 등의 대심주의 하에서 피규제자의 방어권과 절차적 공정성 및 객관성을 보장할 수 있는 요소들을 상당부분 도입할 필요가 있다.

넷째, Ofcom은 경쟁법 집행에 있어 OFT와 동일한 권한을 갖는다. 즉, 특정 사안에 관하여 누가 경쟁법 집행권한을 가질지에 대해 미리 결정해서 둘 중 어느 한 기관만 경쟁법을 집행하게 된다. 이러한 동시관할권은 동일한 사안에 대해 규제기관 간에 서로 다른 결론이 나올 가능성을 방지하는 한편, 규제기관들 중 해당 사안과 관련된 전문지식 및 경험을 가장 많이 가지고 있는 기관이 규제권한을 가짐으로써 좀 더 신속하고 효과적인 법집행을 가능하게 한다. 다만 영국에서 동시관할권 제도가 도입된 이후 규제기관이 경쟁법 적용 관할권을 행사했던 사안들 중 범위반 결정이 내려진 사례가 거의 없기 때문에 규제기관들이 정책목표 추구를 위해 경쟁법 적용에 소홀하다는 비판을 받고 있음을 감안하여, 동시관할권 도입에 있어 신중한 접근이 요청된다.

(3) 독일의 방송통신규제 조직과 집행절차

독일은 연방국가라는 특수성이 방송통신법제에 반영되어 통신은 연방의 권한으로 규정되어 있는 반면 방송은 주정부의 권한으로 규정되어 있다. 보다 구체적인

로 독일의 방송에 대한 관할권은 연방 각 주의 주미디어청에서 행사하며, 이러한 각 주의 방송관할권의 복잡성 때문에 연방차원에서의 대처가 필요한 사항에 관하여는 “방송국가협약(RfStV)”을 체결한다든지, “주미디어청협의회(ALM)”을 결성함으로써 연방 차원에서의 합의에 의하여 결정하고 있다. 한편 통신에 대해서는 정책부서인 연방경제기술성과 집행부서인 연방망규제청으로 이원화되어 IT분야를 관장하고 있다. 본 연구는 독일의 방송통신법제 중에서도 특히 IT 관련 규제기관의 조직 및 법집행절차를 분석·검토하여 국내 관련 법제도에 일정한 시사점을 도출하는 것을 목표로 한다.

우선 독일에서 IT에 관한 정책의 입안 및 집행에 관한 관할권은 원칙적으로 독일에서 모든 시민들의 광범위한 참여를 토대로 경제적 변형과 현대적 노동시스템의 형성을 위한 기초를 마련하는 것을 정책목표로 하는 “연방경제기술성”이 보유하고 있다. 연방경제기술성은 정보통신기술과 미디어 및 체신에 관한 규제권 및 IT에 관한 전반적인 정책권을 가지고 있다. 그리고 통신영역을 관장하는 전문규제기관으로서 연방망규제청을 별도로 두고 있는데, 연방망규제청은 통신법과 체신법을 법적 근거로 하여 자유화와 규제제를 통해 전기, 가스, 통신, 우편과 철도에 대한 사항을 관할하는 독립적인 연방기관의 위상을 가지고 있다. 연방망규제청은 전문화된 규제체계를 통해 체신과 통신 시장에서의 경쟁관계를 지속시킬 수 있도록 하는데 주안점을 두고 업무를 수행하고 있다. 또한 연방망규제청은 소비자들을 위한 중심적 상담기관으로 발전하였는바, 이곳에서는 소비자들에게 소비자를 위해 유익한 주제들에 대한 정보를 제공하고 있으며, 연방망규제청 내에 통신 및 체신에 관한 조정위원회를 두어, 통신관계법령과 소비자보호법 혹은 체신서비스법과 체신 일반적 서비스규정 사이의 법적 문제가 제기될 경우, 소비자들이 조정위원회에 조정을 청구할 수 있도록 하고 있다.

연방망규제청은 연방최고행정청의 형태로 도입되었는데, 하나의 장으로만 구성되는 전통적인 조직구성방식과 달리, 청장 1명과 부청장 2명으로 구성되는 일종의 위원회 방식으로 도입되었는바, 규제행정청으로 기능할 때에는 보통의 합의제행정

청과는 달리 독재적 행정청조직으로서의 면모를 띠는 경우도 있다. 연방망규제청의 중요한 기관은 일종의 합의제행정청인 결정위원회(Beschlusskammer)로서, 연방망규제청의 규제결정은 이러한 결정위원회의 주관 하에 준사법적 절차를 통하여 행정행위의 형식으로 결정이 이루어지게 된다. 이러한 결정위원회 구조는 독일 법상 전혀 새로운 것은 아니며, 1996년 통신법때부터 연방카르텔청을 모델로 삼아 형성된 것이다. 2004년 통신법이 발효한 이후로는 결정위원회 구성원 중 최소한 1명은 법관의 자격을 가지도록 하여 심결업무에 있어서 점차 증가하는 법적 이슈에 대해 적극적이고 능동적으로 대응하도록 하고 있는 것이 특징적이다. 또한 연방하원에서 16명의 의원과 연방상원에서 16명의 대표자들로 구성된 자문위원회(Beirat)를 두어 연방망규제청의 결정에 참여하도록 하고 있다. 이러한 자문위원회는 독자적으로 행정처분을 발령할 수도 없고 자기이름으로 공법상 계약을 체결할 주체도 될 수 없다. 또한 자문위원회와 그 구성원은 연방경제기술성이나 연방망규제청의 합목적성심사나 합법성심사 또는 직무상의 조치에도 구속되지 않는다.

독일 통신법상 법집행절차를 살펴보면, 우선 연방망규제청의 법집행절차는 독일 통신법 제134조 1항에 따라 결정위원회의 직권에 의하거나 당사자의 신청에 의하여 개시된다. 특정 절차가 개시되어야 하는지의 여부는 규정에 따라 결정위원회의 의무에 적합한 재량에 달려있으며, 직권으로 절차를 개시하는 경우에도 적용되어야 할 공적 준칙이 존재한다. 신청에 의하여 개시되는 경우에는 절차의 시작과 진행 그리고 절차대상은 참여자들에 의하여 정해지며, 그에 따른 처리준칙들이 적용되며 무엇보다도 특정한 행정절차를 개시하고 실현하기 위한 필수적인 전제조건인 절차행위가 중요하게 다루어진다. 이에 대하여 독일 통신법은 신청에 기반한 절차행위를 구체적으로 규정하고 있으며, 결정위원회의 결정이 정식적인 행정절차로서의 성격을 가진다는 점에서 연방행정절차법이 또한 적용된다. 절차가 개시되면, 청문과 구술심리절차가 이어진다. 즉 문서에 의한 의견제출이 이루어지도록 되어 있기 때문에 원칙적으로 공개적으로 진행되어야 하는 구술심리가 행하여지며, 또한 결정위원회의 활동에 대하여는 직권조사주의원칙이 적용된다. 이에 따르면 결정위원회는 직권으로 모든 주요결정사안을 포괄적·중립적으로 조사하여야 하

며, 관계인의 주장이나 자백에 구속되지 않아야 한다. 행정청은 법령에 의거하여 일정한 조사권한과 압류권 및 임시명령 등의 권능을 보유하고 있으며 이는 비례성원칙의 한계 내에서 행사되어야 한다. 이와 아울러 독일의 IT 규제실무에서는 결정위원회에 참가한 기업의 ‘영업 및 거래상의 비밀에 대한 처리’를 중요한 문제로 인식하고 이에 대한 구체적인 규정을 두고 있다. 위원회절차의 종료는 결정을 통하여 이루어지며, 이러한 결정은 규정에 따라 송달되어야 한다. 여기서 결정은 실제적 판단을 의미하며, 절차 관련된 결정들은 제외된다. 한편 연방망규제청의 결정에 대하여 불복이 있는 경우에는 행정법상의 권리구제수단을 통하여 구제를 받을 수 있는데, 특히 연방망규제청의 결정에 대한 제소에 대해서는 집행금지효를 부여하지 않아 정보통신시장의 신속한 법적 안정성을 확보하고 있는 것이 주요한 특징이다. 또한 결정위원회의 결정절차에서 중요성을 갖는 것과 마찬가지로 사법절차단계에서도 영업 및 직무상 비밀의 합당한 처리는 중요한 쟁점으로 다루어지고 있다. 입법자는 비밀공개와 관련한 제이익들의 합리적인 조정을 위하여 판사실 내부절차 등과 같은 형식을 거치도록 하고 있다. 마지막으로 독일 통신법은 민사법상의 권리분쟁에 대해서는 경쟁제한방지법상의 관련 규정을 준용하도록 하고 있다.

앞서 검토한 분석결과를 토대로 조직상 측면과 절차상 측면으로 구분하여 독일의 통신법 관련 규제기관의 조직과 법집행절차가 주는 시사점을 살펴본다. 우선 조직상 측면에서는 독일은 비록 정책부서와 집행부서로 이원화되어 있지만 유기적인 협조체계를 통하여 위원회 구조 하에서도 독립적 행정청으로서의 지위와 기능을 효과적으로 발휘하고 있다는 점이 두드러진다. 또한 연방망규제청의 법집행 결정을 주관하는 결정위원회를 적극적으로 활용하고 있는 점도 특기할 만 하다. 무엇보다도 결정위원회의 구성을 법조인 출신 1명, 경제학자 출신 1명 및 기술전문가 1명으로 선정함으로써 결정의 전문성을 고양시키고 있는 점은 참조하여야 할 것이다. 무엇보다도 별도의 독립된 지위가 보장되는 심결위원으로 구성된 독일식 결정위원회와 같은 전담 심사조직을 국내 심결제도에 도입하는 것을 검토해볼 필요가 있다. 절차상 측면의 시사점으로는 각종 규제결정이 준수법적 조직인 결정

위원회에 의하여 행정행위의 형식으로 이루어지고 있다는 점이며, 그 구체적인 진행과정과 관련하여 명시적인 법적 근거를 마련하고 있는 점을 우선 들 수 있다. 또한 독일은 조사권한 및 임시명령과 같이 소관 행정청이 공정한 결정을 내릴 수 있는 충분한 수단을 법적으로 보장하고 있다. 당사자가 수궁할 수 있는 합리적인 결론을 도출하는 과정에서 그 심결주체가 되는 방송통신위원회의 법적 수단이 미비하다면 그 결론의 타당성과 설득력마저 저하될 우려가 있다는 점에서, 이와 같은 독일의 사례를 면밀히 참고하여야 할 것이다. 이외에도 관련 대상자의 영업 및 거래상의 비밀에 대하여 충실한 보호 및 처리방식 등이 규정되어 있는 점, 집행정지효를 통신법 영역에 적용되지 않도록 하여 연방망규제청에 의한 행정행위의 실행가능성을 충실하게 확보하고 있는 점은 중요한 시사점으로 검토되어야 할 것이다. 마지막으로 연방행정절차법상의 규정들을 적극적으로 해석·적용하여 통신법상의 흠결을 보충하고 있는 점은 우리에게 매우 중요한 시사점을 주고 있다.

(4) 프랑스의 방송통신규제 조직과 집행절차

현재 프랑스의 방송·통신산업은 전통적인 공역부(service public)법제의 영향과 방송과 통신의 융합현상, 그리고 이러한 환경변화에 대하여 범유럽적으로 대응하기 위해 마련된 유럽법의 영향 하에서 공역부법제 유지를 통한 공익성과 수평적 규제를 통한 경쟁의 조화를 시도하는 방향으로 전개되고 있다. 프랑스의 방송·통신행정의 특징은 ‘업무 분장을 통한 전문성의 확보’라고 표현할 수 있다. 이러한 특징은 다음과 같은 방송·통신행정의 다차원적·다층적 분업 체계에서 비롯된다. 첫째, 방송·통신사업에 대한 정책과 규제가 분리되어 운영되고 있으며, 전자는 행정부처가 후자는 독립적 행정기구가 담당한다. 둘째, 방송과 통신 규제가 분리·운영되어 방송은 ‘커뮤니케이션의 자유에 관한 법(la Loi relative à la liberté de communication)’에 의하여 시청각고등위원회(Conseil supérieur de l’audiovisuel, CSA)에서, 통신은 ‘우편전자통신법전(Code des postes et des communications électroniques)’에 의하여 전자통신우편규제기구(Autorité de régulation des

communications électroniques et des postes. ARCEP)에서 관장하고 있다. ARCEP과 CSA의 상임위원회는 각각 7명과 9명의 위원으로 구성되며, 이들은 대통령, 상원·하원의장에 의해 임명된다. 의사결정은 다수결로 이루어지고, 가부동수의 경우 ARCEP은 의결안 부결, CSA는 위원장의 선택에 의해 결정된다. 셋째, 규제기구의 구조적인 면에서도 업무의 분장이 이루어지고 있다. 각 규제기관은 역무국 중 하나로 법무국을 설치하여 규제기관의 사무 중 법과 관련된 모든 사무를 관리·감독하도록 하고 있다. 특히 CSA는 다양한 실무그룹을 구성하여 위원들이 그들의 전문성에 따라 각 실무그룹의 위원장 또는 부위원장으로 기능하고 있으며, 이를 법집행절차에 효율적으로 활용하고 있다 마지막으로, 규제의 내용적인 면에서도 업무의 분장이 이루어지고 있다. 방송·통신관련규제와 경쟁규제, 이용자보호에 관한 규제를 분리하여 각각 고유한 규제기관에서 담당하고 있다.

프랑스 방송·통신규제기구의 법집행권한에 대한 위헌성 논란이 초기에 있었으나 프랑스 헌법위원회는 통신규제기구의 법집행권한의 범위가 제한적인 범위 내의 것이므로 합헌이라고 결정하였다. 방송·통신규제기구의 법집행절차도 다차원적·다층적으로 분업화되어 있다. 아울러 유럽인권협약(ECHR) 제6조에 의한 공정한 재판을 받을 권리(fair trial 원칙)를 구현하기 위해 철저한 대심주의에 입각한 “변론권의 보장”과 “영업비밀 보장”이라는 특징을 가진다. 이를 바탕으로 법집행절차의 객관성과 공정성 및 투명성을 확보하여 방송통신규제기구의 결정에 대한 전문성과 신뢰를 제고하고 있다.

ARCEP과 CSA의 법집행절차는 그 구조과 형식, 내용면에서 매우 유사하다. 그러나 산업의 특성과 실무의 관행과 필요에 차이에 따른 상이함이 존재한다. 법집행절차는 크게 제재처분절차와 분쟁해결절차로 구분된다. 먼저, 제재처분의 대상과 수단은 법률에 명시되어 있으며, 일반적으로 범위반행위가 확인된 사업자에게 허가 기간의 단축, 허가 및 권리의 정지·취소, 금전제재 등이 부과된다. 금전제재의 경우 상한기준이 법률에 규정되어 있다. 규제기구는 중대하고 급박한 침해가 있는 경우 보전조치를 명할 수 있으며, 국참사원(Conseil d'Etat)에 가처분 신청을 할

수 있다. 제재처분절차는 위반행위의 인지(요청 또는 직권) → 절차의 개시 → 이행촉구고지 → 불응 → 제재처분의 과정으로 이루어진다. 제재처분에 대한 불복은 국참사원에 제기할 수 있으며 집행부정지가 원칙이다. 국참사원은 신청 또는 직권으로 모든 보전조치와 보전명령의 집행을 위한 이행강제금을 부과할 수 있다. 우리나라 재정에 상응하는 분쟁해결절차는 제소 → 절차의 개시 → 상임위원회의 심리 및 심의 → 결정 및 통지의 과정으로 이루어진다. 규제기구는 분쟁해결의 경우에도 보전조치권한을 가진다. ARCEP의 분쟁해결결정에 대한 불복은 파리항소 법원에, CSA의 분쟁해결결정에 대한 불복은 국참사원에 제기하며 집행부정지가 원칙이다.

모든 법집행절차의 각 과정은 공정한 재판을 받은 권리를 보장하기 위하여 엄격한 대심주의에 입각하여 진행된다. 피고 내지 피요청인의 변론권이 충분히 보장되어야 하며, 법에서 보호하는 영업비밀에 해당하는 내용을 제외한 모든 자료, 증거, 의견서, 조사보고서 등이 모든 관계인들에게 전달되어야 하고, 현장조사의 경우에도 모든 관계인을 참석시켜야 한다. 각 규제기관은 내부규칙을 통해 법집행절차에 관한 규칙(rules of procedures)을 정하고 있으며, 이러한 규칙의 일반적인 내용, 형식 및 목표는 일반 민사소송법과 동일하다. 또한 모든 법집행절차에서 조사관제도를 활용하고 있다. 조사관은 ARCEP의 경우 법무국장이 CSA의 경우 상임위원회에서 정하며, 이들은 검찰과 유사한 역할을 한다.

ARCEP과 CSA는 다음과 같은 법집행절차의 차이점을 가진다. 먼저, 법집행절차는 일단 개시가 되면 ARCEP의 경우에는 절차가 개시되면 법무국장이 조사관의 임명을 시작으로 절차의 진행을 관리·감독한다. 반면 CSA의 경우에는 사무총장이나 상임위원회가 관리·감독한다. 특히 CSA는 상임위원회의 위원들이 위원장 또는 부위원장으로 담당하는 18개의 실무그룹이 관련 사건을 다루고, 해당 실무그룹의 위원장 또는 부위원장이 해결책을 상임위원회에 제시하고, 논의할 수 있으며, 조사관의 역할을 할 수 있다. 제재처분절차의 가장 두드러진 차이점은, ARCEP은 사무총장이 절차의 개시를 결정하고, 아무 때나 절차의 종료를 결정할 수 있는 반

면, CSA는 내부규칙을 통해 절차의 각 과정에서 절차의 진행 또는 종료여부를 의무적으로 고려하여 결정하도록 하고 있다. 또한 CSA는 ARCEP과는 달리 정식절차와 정식절차의 일부 절차를 생략한 약식절차(이행촉구고지, 조사관에 조사 및 청문 등 생략)를 법률에서 정하고 있다. 분쟁해결절차의 경우에는 법정 분쟁해결기간의 차이가 존재한다. ARCEP의 경우 4개월, 최대 6개월로 규정되어 있으며, CSA의 경우 2개월, 최대 4개월로 정하고 있다.

프랑스의 법집행절차가 우리나라 방송통신위원회의 법집행절차의 개선 또는 설계에 주는 시사점은 먼저 효율성 제고 차원에서 입체적 업무분장과 산업의 특성을 고려한 유연한 법집행절차의 설계를 할 필요가 있다는 점이다. 공정성 확보의 차원에서 프랑스의 적법절차와 공정한 재판 원칙의 적용 사례에 비추어 우리 법환경과 실무에 적절한 범위 내에서 피고 사업자의 변론권의 보장하는 법적 근거를 마련할 필요가 있으며, 마지막으로 실효성 확보의 관점에서 보전조치나 이행강제금제도의 도입을 고려해 볼 필요가 있다.

Abstract

The purpose of this research is to examine and compare the administrative organizations and enforcement procedures of telecommunication-broadcasting regulation of the European Union, the U.K., Germany and France for finding an ideal model of regulatory enforcement systems the Korea Communications Commission.

At the EU level, the regulation over telecommunication - broadcasting industries is not directly enforceable. The EU adopted multiple directives, which should be transposed into national law of Member States to be enforced by national regulatory agencies. It gives ideas of basic structure and principles of adjudication procedures to be followed by national regulatory agency. In addition there exists several other areas of regulation where the EU or independent agencies at the EU level directly investigate and make administrative adjudications. From these the "administrative law" of the EU has developed and recently the protection of procedural rights becomes one of the main theme of it,

The distinct features of adjudication procedure of the European Commission are first, the heterogeneity of process, second, inquisitorial rather than adversarial structure, and third, trends in favor of providing procedural rights. Among the members of the EU are Germany and France with continental laws tradition and the U.K. with common law traditions. The model of the EU adjudication is the mixture of influence from both of legal systems. In this context the EU model of adjudication can be a model for the KCC. Because the orientation of enforcement procedure reform of the KCC is also the introduction of adversarial elements under the inquisitorial adjudication model

of the Administrative Procedure Act of Korea. The hearing officer whose role is restricted to ensuring protection of procedural rights of parties, not solving substantive issue is a good example of introducing adversarial elements preserving inquisitorial structures.

In the U.K., the Office of Communications, Ofcom is a sectoral regulator for the communications industry including telecommunication and broadcasting. It has power to enforce the compliance with 2003 Communications Act and 2006 Broadcasting Act, etc.. According to various procedural guidelines which Ofcom has published, there exists separate organization and enforcement procedures for communication industry and broadcasting industry. They shows that Ofcom, a peculiar regulator, that is, an independent legal entity, is pursuing procedural efficiency as an essential goal as well as procedural fairness, which come from the organization. Ofcom also has concurrent power to enforce 1998 Competition Act, which provides a solution for building desirable relationship between sectoral regulator and general competition regulator.

In Germany, the Bundesnetzagentur(BNetzA), which has power to regulate the power and gas supply networks, telecommunications and posts, frequency regulation and number administration, enforces the Telekommunikationsgesetz(TKG) through administrative decision by three Beschußkammer. In principle, the general Administrative Procedure Act applies to the decision of Beschußkammer, but the TKG sets out necessary special rules. The Beschußkammer investigates cases in inquisitorial way. The arguments or admission of parties don't have binding effect on Beschußkammer even when a hearing is provided. Different from Administrative Procedure Act, the Beschußkammer cannot make decision in a form of public contract. There are also special rules for appeal from

Beschlußkammer's decision. When a party brings a judicial review suit against the decision, the fact itself does not affect the validity of the decision in contrast with general rule.

In France, communications industries are subject to bifurcated regulation, which is similar as the regulatory structure of Korea before the integration into the KCC. Telecommunication industries are regulated by Autorité de régulation des communications électroniques et des postes.(ARCEP) according to the Code des postes et des communications électroniques. Broadcasting industries are regulated by Conseil supérieur de l'audiovisuel.(CSA) according to la Loi relative à la liberté de communication. The ARCEP and the CSA have adopted adversary structures in enforcement procedures.

목 차

제1장 머리말	1
제1절 연구의 필요성	1
1. 국내 환경(방송통신의 융합에 대응한 새로운 규제체계의 요청)	1
2. 국제 환경 및 동향	2
제2절 연구의 목적(정책적 필요성)	4
제2장 EU의 행정규제 조직과 집행절차	8
제1절 서	8
1. 연구 대상 및 범위의 특수성	8
2. EU의 통신규제체계 개관	9
3. 유럽 전자커뮤니케이션규제기관연합 (BEREC)	11
제2절 EU의 행정처분절차 일반론	12
1. 개별적 다양성	12
2. 직권주의적 절차	12
3. 당사자의 절차적 권리보호를 지향하는 경향	15
제3절 EU의 경쟁법 집행절차	17
1. 개관	17
2. 조직	20
가. EC 주요 기관	20
나. EC의 경쟁법 집행 조직	23
3. 경쟁법 집행절차	25
가. 조사단계	25
나. 금지결정절차 (Procedures leadign to a Prohibition Decision)	34

4. 청문주재관의 역할	40
가. 청문주재관의 임무	40
나. 조사 단계 (The Investigative Phase)	42
다. 금지결정(처분)에 이를 수 있는 절차	43
라. 제3자의 절차참가의 허가	47
마. 구두청문 (Oral Hearing)	48
바. 구두청문 이후 (Post-Oral Hearing)	52
사. 그 밖의 절차 (Other Procedures)	53
아. 최종결정절차 (Decision-making Procedure)	54
제4절 시사점	55
1. 직권주의와 대심주의의 접목 모델	55
2. 당사자의 절차적 권리 보장 지향	56
3. 청문주재관의 절차에 제한된 기능	56

제3장 영국 Ofcom의 조직과 규제집행절차

제1절 서	58
제2절 Ofcom의 조직	59
1. 개요	59
2. Ofcom의 임무 및 규제원칙	60
3. 조직 구성	61
가. Ofcom 이사회	61
나. 개별 위원회	62
다. 집행부	63
라. 자문기구	64
4. 인적 구성	64
5. 예산 및 재원	65
6. 법집행 담당조직	65

제3절 Ofcom의 규제집행절차	66
1. 개관	66
가. 사후규제 근거법	66
나. 규제내용에 의한 분류	71
다. 집행기능과 정책개발 간의 관계	72
라. 집행성격의 변화	74
마. 집행절차 개관	74
2. 민원처리 절차	76
가. 개관	76
나. 통신관련 사안의 처리절차	77
다. 방송관련 사안의 처리절차	90
3. 분쟁(dispute)해결 절차	101
가. 분쟁해결 절차의 대상	101
나. 분쟁해결의 신청	103
다. 분쟁조사절차	103
라. 분쟁의 해결	104
제4절 시사점	106
1. 조직	106
가. 정책기능과 규제기능의 분리	106
나. 위원회 심결의 효율성 및 공정성 제고	107
2. 절차	111
가. 절차의 효율성 확보	111
나. 절차의 정당성 확보	114
3. 동시관할권 도입 문제	116
제4장 독일 BNetzA의 조직과 규제집행절차	117
제1절 서	117

제2절 독일 BNetzA의 조직	117
1. IT정책부서로서의 연방경제기술성(BMWi)	118
가. 목표와 임무	118
나. 조직과 업무분장	119
2. 연방망규제청(BNetzA)	120
가. 설립	120
나. 법적 지위	121
다. 관할	122
라. 구조	124
마. 직무	130
제3절 독일 BNetzA의 규제집행절차	132
1. 개관	132
가. 관련 근거 규정	132
나. 결정위원회의 절차주도(Verfahrensherrschaft)	134
다. 자문위원회의 관여	136
2. 절차의 개시	137
가. 직권개시절차(Amtsverfahren)	138
나. 신청에 의한 절차(Antragsverfahren)	139
3. 청문 및 구술심리	140
4. 절차의 종결	142
가. 결정 또는 그 밖의 방식에 따른 절차종결	142
나. 이유제시의 엄격성 및 규제의 투명성	144
다. 송 달	146
라. 결정의 효과	147
5. 연방망규제청의 결정에 대한 권리구제절차	147
가. 행정법상의 권리구제	147
나. 행정소송상 영업 및 직무비밀의 보호	149
다. 민사법상의 권리분쟁	151

제4절 시사점	152
1. 조직상 측면	152
2. 절차상 측면	156
제5장 프랑스 ARCEP·CSA의 조직과 규제집행절차	159
제1절 서	159
제2절 프랑스 ARCEP(통신규제청)의 조직과 법집행절차	161
1. 통신규제기구 - 전자통신우편규제청(ARCEP)	161
가. 전자통신우편규제청	161
나. 조직 구성	162
다. 상임위원회	163
라. 의사결정구조	165
마. 사무총장의 역할	165
바. 법무국의 역할	166
2. ARCEP의 법집행절차	166
가. ARCEP의 법집행권한의 합헌성	166
나. 제재처분절차	169
다. 분쟁해결절차	176
라. 행정조사	189
마. 기타 법집행 - 경쟁위원회에 제소 등	190
제3절 프랑스 CSA(방송규제기구)의 조직과 법집행절차	191
1. 방송규제기구 - 시청각고등위원회(CSA)	191
가. 시청각고등위원회(CSA)	191
나. 조직 구성	192
다. 상임위원회	192
라. 의사결정구조	195
마. 법무국의 역할	195

2. CSA의 법집행절차	195
가. 제재처분절차	195
나. 분쟁해결절차	203
다. 행정조사	208
제4절 시사점	212
제6장 비교법적 연구의 시사점	212
제1절 유럽의 비교법적 연구의 시사점	212
1. 조직	212
2. 절차	216
제2절 방송통신위원회의 법집행절차에 대한 시사점	222
1. 방송통신위원회의 심결절차 현황	222
2. 대심주의 요소의 점진적 도입	225
[참고자료 1 - EU 번역자료]	228
[참고자료 2 - 독일 번역자료]	237

Contents

Title 1. Purpose and Scope	1
Chapter 1. The Purpose of Study	1
Chapter 2. The Purpose of Comparative Study	4
Title 2. The Administrative Procedure of the European Union	8
Chapter 1. Introduction	8
Chapter 2. General Features of the EU Administrative Adjudication	12
Chapter 3. Enforcement Procedures of Competition Law by the EU	17
Chapter 4. Conclusions	55
Title 3. The U.K.: The Organization and Enforcement Procedure of the Ofcom	58
Chapter 1. Introduction	58
Chapter 2. Organization of the Ofcom	59
Chapter 3. Enforcement Procedures of the Ofcom	66
Chapter 4. Conclusions	106
Title 4. Germany: The Organization and Enforcement Procedure of BNetzA	117

Chapter 1. Introduction	117
Chapter 2. Organization of the BNetzA	117
Chapter 3. Enforcement Procedures of the BNetzA	132
Chapter 4. Conclusions	152

Title 5. France: The Organization and Enforcement Procedures of the ARCEP and the CSA

Chapter 1. Introduction	159
Chapter 2. The Organization and Enforcement Procedures of ARCEP	161
Chapter 3. The Organization and Enforcement Procedures of CSA	191
Chapter 4. Conclusions	212

Title 6. France: The Proposals for Better Enforcement of the KCC

Chapter 1. The Implications of Comparative Study	212
Chapter 2. The Proposals for Better Enforcement	222

표 목 차

[표1] 통신분야에 대한 규제기관의 규제집행 권한	68
[표2] 단계별 기한준수 실적(2009년 4월-2010년 3월)	81
[표3] 2009/10년도 과징금 부과 실적(2009년 4월~2010년 3월)	87
[표4] 부문별 과징금 부과 실적	88
[표5] ADR에 의한 해결 또는 Ofcom에 의한 분쟁해결이 더 적절한 예	102
[표6] 프랑스 방송통신행정기구	160
[표7] ARCEP 조직도	164
[표8] CSA 조직도	193
[표9] 상임위원회의 업무분장	194
[표10] CSA의 제재권한의 법적 근거와 내용	196

그림 목 차

[그림1] 집행부 조직도	63
[그림2] 집행과 정책개발의 공통부분(overlap)	73
[그림3] 정책과 집행의 순환모형	73
[그림4] 민원 및 분쟁의 처리절차	75
[그림5] 집행(enforcement) 절차 개관	77
[그림6] 경쟁법 사안의 기한준수 실적 (2004년 1월~2010년 9월)	83
[그림7] 사전규제조건위반에 관한 민원사건의 기한준수 실적(2004년 1월~2010년 9월) ...	83
[그림8] 사전규제조건위반에 관한 직권조사 사건의 기한준수 실적	84
[그림9] 조사활동의 결과 (2003년 12월~2010년 9월)	89
[그림10] 분쟁 사안의 기한준수 실적 (2004년 1월~2010년 9월)	106
[그림11] CSA의 제재처분절차	199
[그림12] CSA의 정식제재절차(제42-7조 및 제48-6조)	194
[그림13] CSA의 분쟁해결절차	206

제1장 머리말

제1절 연구의 필요성

1. 국내 환경(방송통신의 융합에 대응한 새로운 규제체계의 요청)

방송과 통신서비스는 국가가 그 보편적 제공의 책임을 부담하는 공공서비스로서, 전통적으로 대부분의 국가에서는 국가가 독점하여 이를 공급하였으나, 시장메커니즘을 통한 서비스 공급의 효율성 증대와 지식정보사회의 신 성장동력으로서 미디어산업의 중요성이 주목받으면서, 민영화(privatization)와 경쟁체제의 도입(liberalization)을 통한 방송통신서비스 공급이 대세를 이루게 되었다.

또한 방송통신 기술의 발전으로 방송과 통신의 융합화, 광대역화가 진행됨에 따라 선진 각국에서는 시장에 대한 진입장벽을 낮추어 새로운 기술 및 창의적인 미디어서비스의 출현을 촉진하는 동시에 경쟁이 치열해짐에 따라 예상되는 시장교란행위로부터 시장과 이용자를 보호할 수 있는 효과적인 규제체계의 대안을 모색하는 과정에서 활발한 규제개혁이 이루어지고 있다.

대안적 규제체계의 기본적 특징은 첫째, 방송통신서비스 시장에서의 경쟁을 촉진하고 규제기관의 일방적 개입을 통해 이루어지는 전통적 규제의 완화 내지 전환을 지향하고, 둘째, 전통적으로 네트워크와 플랫폼의 유형별로 분리 발전되어 온 수직적 규제체계를 네트워크서비스와 콘텐츠서비스(또는 플랫폼 서비스를 별도로 포함)로 통합하여 동일 서비스에 대해서는 동일한 규제를 적용하는 수평규제체계로 전환함으로써 신규융합서비스의 시장진입과 경쟁을 촉진하며, 셋째, 진입규제의 비중을 낮추고 공정한 경쟁환경조성과 이용자보호를 위한 사후적 행태규제(사전규제의 사후적 집행을 포함)의 비중이 강화되며, 넷째, 시장의 경쟁상황에 대한 전문적 분석에 기초한 정교한 사후규제집행절차를 요청한다는 점이다.

우리의 경우에도, IPTV 서비스의 지연이 극명하게 보여준 바와 같이 기존의 규제체계가 그 조직과 법제 양 측면에서 신규 융합서비스의 출현을 수용하기에 부적합하다고 평가되어, 2008년 종래 정보통신부와 방송위원회로 이원화되어있던 방송통신관련기능을 통합하여 방송통신위원회를 설치하였고, 2010년 3월 22일 통합법으로서 ‘방송통신발전기본법’이 제정되었으며, 이제 ‘방송통신사업법’의 제정이 주요 과제로 남아있는 현실이다.

방송통신위원회는 대통령이 임명하는 5인의 위원으로 구성되는 합의제 기관으로서, 위원장을 포함한 2인은 대통령이 지명하고 3인은 국회의 추천을 받아 임명하되 여당과 야당에 안분하는 구조이다. 방송통신위원회는 방송법상 정치적 성격의 쟁점에 대한 결정권한을 부여받은 동시에 구 정보통신부 하에서는 통신위원회가 담당하던 전기통신사업법상 규제집행에 관해서도 결정권을 부여받는다. 따라서 독립제 기관이 아닌 합의제 기관으로서 위원회에 의한 규제집행에 적절한 절차를 고안해야 할 필요성이 더욱 커지고 있다.

위에서 본 규제환경의 변화에 대응하기 위하여 방송통신위원회는 방송통신법의 집행을 위한 범위반행위에 대한 제재처분절차와 사업자 상호간, 사업자·이용자간 분쟁해결절차 등의 개선을 위한 노력을 다각적으로 수행하고 있다.

2. 국제 환경 및 동향

이러한 요청은 방송통신산업의 발전이 일정 수준 이상 진전된 선진 각국에서는 보편적인 것으로서, 이들 국가들은 방송통신서비스에 대한 시장경쟁도입과 융합환경에 대응하기 위하여 기존의 매체별 규제조직을 통합하고, 규제집행의 전문성과 공정성을 확보할 수 있도록 행정규제조직의 개편을 진행하고 있다.

EU의 경우 1996. 3. 「통신전면자유화지침(Full Competition Directive, 96/19/EC)」으로 통신시장이 자유화된 이후 정립된 통신법 체계를 2002년 통신시

장 규제체계에 관한 5개의 기본지침(Directive)으로 개혁하여, 기술적 중립성 및 서비스기반의 수평규제체계로 전환하고, 특허제를 통한 진입규제를 폐지하고 유효 경쟁이 존재하지 않는 경우에만 예외적으로 사전규제를 하고 기본적으로 사후적 경쟁규제의 비중이 높아지고 있으며, 이러한 EU 의 수평적 규제체계는 우리나라의 방송통신통합법 제정 추진 시에 많은 영향을 끼치는 참고모델이 되고 있다.

주요 EU 회원국들은 위와 같은 2002년 EU 통신법체계를 다양한 형태로 국내적으로 수용할 필요가 있는데, 영국의 경우 2003년 통신법(Communication Act)이 제정되고 방송통신에 대한 통합규제기관인 커뮤니케이션청(Ofcom)이 설치되었으며, 독일의 경우 1996년 통신법(Telekommunikationsgesetz)이 2004년 개정되고, 연방망규제청(Bundesnetzagentur)이 설치되었다. 프랑스의 경우 1997년 설치된 통신규제청(Autorité de regulation des télécommunications: ART)이 2004년 ‘전자통신우편규제청(Autorité de regulation des communications électronique et des postes: ARCEP)으로 변경되고, 같은 해 ‘통신공역무의 의무와 프랑스텔레콤에 관한 법률(la loi relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom)’ 및 ‘전자통신과 방송통신역무에 관한 법률(la loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle)이 제정되었다. EU 지침을 자국 국내법의 특징 속에서 다양한 방식으로 수용함으로써 EU 각국의 법제는 다양한 모델을 제공하고 있다.

미국의 경우에도 1996년 통신법 개정 시 각종 진입장벽 완화, 설비기반 경쟁 외에 세분화된 망요소(UNE)제공과 재판매 등을 통해 서비스기반 경쟁을 도입하였으며, 경쟁활성화를 위해 기존 시내전화사업자(ILECs)와 경쟁사업자(CLECs)에 대해 비대칭규제를 실시하는 등 FCC가 주도하는 새로운 규제체계로 전환하여 광범한 의미의 방송통신산업분야의 규제완화와 경쟁촉진에 근본적 전기를 마련하였다.

일본의 경우에도 2003년 전기통신사업법의 전면개정으로 종래의 전기통신사업

의 영역구분을 폐지하고, 종래 허가제를 등록제 또는 신고제로 바꾸어 시장진입을 활성화시키고자 하였으며, 전문통신규제기관으로서 총무성 내부의 정보통신정책국에서 사후규제집행을 담당하고 있다.

제2절 연구의 목적(정책적 필요성)

위에서 본 바와 같이 향후 방송통신산업이 공공서비스로서의 임무를 다하는 동시에 국가경쟁력을 강화시키는 산업분야로 발전하기 위해서는 공정한 경쟁촉진과 이용자보호를 위한 사후규제의 성공이 필수적이라 할 수 있다. 또한 향후 시장진입이 활발해지면 다양한 사업자들이 사후규제의 대상이 될 것이므로 이전보다 방송통신위원회의 결정에 대한 불복도 더 빈번해질 것이므로 이에 대비하여 실제적·절차적 적법성을 확보할 필요가 강화될 필요가 있으며, 사후규제가 최대한 시장 메카니즘의 작동을 왜곡하지 않으면서 공정경쟁의 촉진과 이용자보호라는 공익목적을 달성하려면, 그 집행의 전문성, 공정성, 실효성, 효율성이 확보되어야 한다.

최근 경쟁규제의 전문성은 경쟁상황에 대한 경제학적 분석을 주요 근거로 삼아 정치적 영향 등을 배제하고자 하는 것이 추세라 할 수 있다. 경제학적 분석 역시 다양한 불확실성이 내재해 있어서 완전히 객관성을 확보할 수 있는 것은 아니지만, 지금까지의 우리 규제현실을 보면 그 비중을 강화할 필요가 있다. 또한 방송통신시장에서 나타날 수 있는 특징적인 금지행위의 유형이나 복잡한 기술문제가 개입된 경우 등 사후규제에 특화하여 전문성을 갖춘 집행조직이 필요하다.

공정성 확보를 위해서는 사전에 금지행위의 유형을 확정적으로 명시해 둔 경우에 못지않게 법령에서 예정하지 않은 다양한 유형의 행위가 규제대상이 될 수 있어 피규제자에게 법령에 기한 예측가능성을 충분히 확보해 줄 수 없다는 점, 특정 사업자에 대한 규제집행은 시장메카니즘을 통해 경쟁사업자들과 이용자들의 이해

관계에 다양한 파급효과를 미치므로 규제의 정당성 확보를 위해서는 당사자들의 입장이 충분히 대표될 기회가 부여되어야 한다는 점 등이 고려되어야 한다.

실효성 확보를 위해서는 사건조사절차에서 흔히 피조사자가 독점적으로 보유한 정보들을 효과적이면서도 비례원칙에 합당한 범위에서 획득할 수 있도록 조사권이 사용되도록 해야 하고, 심결절차에서 당사자와 이해관계인들이 납득하여 내면적 구속성을 느낄 수 있도록 객관적이고 전문적인 절차 진행과 심결의 이유제시가 필요하다.

또한 효율성 확보를 위해서는 사건의 경중, 긴급성 등에 따라 선택할 수 있는 다양한 절차를 마련하고, 예컨대 적절한 시정조치의 설계에 있어서 당사자와 이해관계인들의 협조를 얻을 수 있는 유인을 포함한 절차로서 동의명령제의 도입 등을 고려할 수 있다.

현재 사후규제(금지행위규제)집행을 위한 방송통신위원회의 심결절차는 이용자 보호국에서 관할하며, 그 절차는 「방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률」, 「전기통신사업법」 및 동법 시행령, 시행규칙 그리고 더 세부적으로는 ‘방송통신위원회 회의운영에 관한 규칙(방송통신위원회규칙 제1호)’, ‘방송통신사업 금지행위에 대한 업무처리 규정(방송통신위원회 훈령 제9호)’ 등에 의해 규율되고 있는데, 사후규제의 전문성·공정성·실효성·효율성의 관점에서 볼 때, ‘방송통신위원회의 회의운영에 관한 규칙’에서는 제8조의 의견진술, 제14조의 서면결의제도, 제22-26조의 전문위원회와 특별위원회제도가 다양한 조직적, 절차적 시도의 근거가 될 가능성이 있으며, 한편 금지행위심결절차에 대한 세부사항을 정하고 있는 ‘방송통신사업 금지행위에 대한 업무처리 규정’은 금지행위의 신고부터 심결까지의 전 과정에 대한 규정을 포함하고 있다. 그러나 그 절차에 대해 충분한 규율을 포함한다고 보기 어렵고, 그 내용도 세부적으로 많은 보완과 개선의 여지가 있는 문제점은 여전하다. 나아가 이러한 규제집행절차에 대해서는 1990년대 말에 도입된 행정절차법, 정보공개법 등 일반적인 행정법제의 적용 내지 그 법원리의 실현이 요구되나,

현실화에는 여러 가지 제약이 있는 한계점 등을 극복하기 위한 방안으로서 본 연구는 진행된다.

또한 사후규제의 실제에 있어서도 경미한 이용자보호나 복잡한 경쟁상황분석이 필요한 규제에 이르기까지 다양한 금지행위의 유형에 효과적이고 효율적으로 대응하기 위해 행정조직과 행정절차를 정비할 필요성에 대해 방송통신위원회나 피규제자, 공익적 견지에서 보는 자들이 개선의 필요성에 대한 공감대를 형성하고 있다.

EU의 경우 방송통신분야에 있어서 사전규제를 완화하고 사후규제로 전환하는 것을 규제개혁의 대방향으로 설정하고 이에 필요한 제도적 요건들을 지침으로 표현하여 왔으므로, 그 사후규제의 집행을 위한 심결절차에 관해 EU가 제시하는 원칙과 기준은 우리에게도 시사점이 클 것으로 판단된다. 구체적으로 EU는 방송규제와 관련하여서는 1989년 ‘국경없는 텔레비전서비스 지침’, 2007년 ‘시청각미디어 서비스지침’ 등을 발하였고, 통신규제와 관련하여서는 2002년 ‘규제체계에 관한 지침’, ‘(통신산업)인가 관련 지침’, ‘접근 관련 지침’, ‘보편적 서비스 관련 지침’, ‘개인정보와 프라이버시 관련 지침’ 등이 존재하는데 이 지침이 각국의 국내법으로 전환되어 시행됨에 있어서 지켜야 할 조직적, 절차적 기준들을 살펴볼 필요가 있다.

영국의 경우, 관련 규제기관인 Ofcom의 법집행절차는 크게 2003년 통신법과 1998년 경쟁법 위반에 관한 신고(complaint) 절차와 통신법·경쟁법 위반과 관련된 분쟁해결절차(Dispute Resolution)로 구분하고 있으며, 이에 관해 다양한 조사권한과 ADR 등을 규정하고 있다.

독일의 경우, 관련 규제기관인 연방망관리청(Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen)이 1996년 통신법(TKG)을 집행하는 절차로서 접속규제절차, 요금규제절차, 시장지배력남용규제절차 등을 마련하

여 두고 있고, 이에 필요한 각종 정보수집권과 조사권 등이 부여되어 있다.

프랑스의 경우, 관련 규제기관인 전자통신우편규제청(Autorité de regulation des communications électronique et des postes, ARCEP)과 시청각최고위원회(Conseil Supérieur de L'Audiovisual) 등이 각종 조사 및 제재권한을 부여받아 그 집행절차가 있으며, 분쟁해결절차도 두고 있다.

따라서 이렇게 유럽 각국의 행정절차법적 특징, 독립성을 갖는 전문규제위원회의 특징을 반영하여 구성된 범위반행위에 대한 제재절차와 분쟁해결절차에 관한 법적 규율과 실제 관행을 파악하여 자료로 만드는 것은 향후 방송통신위원회의 심결절차의 보완 및 개선을 위한 필요불가결한 기초자료가 될 수 있다. 특히 유럽의 통신규제기관들은 미국의 독립규제위원회와 유사한 기능을 가졌다고 하지만, 기본적으로 행정법의 집행권한과 절차 등의 차이가 있으므로, 더욱 보편적 시사점을 얻기 위해서는 미국과 달리 우리와 같은 대륙법계 전통을 가진 유럽국가들의 제도를 검토하고자 한다.

제2장 EU의 행정규제 조직과 집행절차

- 경쟁법집행절차 중심으로 -

제1절 서

1. 연구 대상 및 범위의 특수성

EU의 경우 통신과 방송에 대한 규제체계를 지침(directive)으로 발령하고, 각 회원국이 이를 국내법으로 편입한 후 자국의 방송통신규제기관들이 이를 집행하도록 하고 있다. 따라서 EU자체의 차원에서 방송과 통신분야에 대해 직접 규제위반행위에 대한 제재처분권 등 집행권한을 행사하는 전문규제기관이나 집행권은 존재하지 않는다. 물론 통신과 방송에 대해 경쟁법이 집행되는 경우가 예외라 할 것이나, 이는 일반경쟁규제기관의 집행절차이고 전문규제기관의 그것은 아니라는 점에서 본 연구의 주된 대상이 되는 유럽 각국의 방송통신전문규제기관의 법집행절차와는 차이가 있다. 2009년 말 유럽연합은 산하 27개 회원국의 전자통신규제기관들의 협의체라 할 수 있는 BEREC(Body of European Regulators for Electronic Communications)을 설치하였다. 그러나 이는 직접적인 처분권을 가진 규제기관이 아니므로, 이 역시 본 연구의 목적상 주된 대상으로 삼을 수는 없다. 따라서 본 연구에서는 방송통신규제에 직접 관련되는 것은 아니지만, EU차원이 규제집행절차의 모델과 거기에 적용되는 절차법적 원리를 살펴본다는 차원에서 EU 위원회(Commission)가 직접 규제권한을 행사하여 금지명령과 벌금 등을 부과하는 경쟁법 집행절차를 살펴보기로 한다. 마지막으로 EU의 행정처분절차가 미국식 행정처분절차와 비교할 때 어떤 유사점과 차이점이 있는지를 비교연구한 선행연구를 살펴봄으로써 방송통신위원회의 심결절차모델을 형성함에 있어서 거시적 시사점 또한 도출해 보기로 한다.

2. EU의 통신규제체계 개관

유럽공동체(EU)에서는 1996. 3. 「통신전면자유화지침(Full Competition Directive, 96/19/EC)」에 의거하여 회원국들의 통신시장의 자유화가 단계적으로 진행되었고, 1998. 1. 1. 부터 EU의 통신서비스 시장은 공식적으로는 전면적인 자유화가 이루어졌다.¹⁾ 그러나 통신시장을 보다 경쟁적인 환경으로 조성하고 유럽 시장의 통합을 촉진할 수 있는 통신규제체계를 발전시키기 위해, 1999년 EU는 1987년 이래 형성되어 온 EU통신법을 재편·통합하는 새로운 규제체계를 제안하였다.²⁾ 이러한 제안은 의견수렴과정 등을 거쳐 2002년 5개의 지침과 기타 결정 등으로 성립되었다.³⁾ 그 결과 성립된 새로운 규제체계의 핵심은 두 가지로 말할 수 있다. 첫째 정보·통신·미디어기술융합에 대비한 규제체계의 통합이다. 즉, ‘전기통신’의 개념을 확장하여 통신규제의 대상을 전화, 유선 TV 네트워크와 서비스와 기타 방송망도 포함시키고 (단, 방송의 내용은 제외.), 통신규제체계를 가능한 한 최종 이용자에게 제공되는 서비스의 성질에 기초하여 설계하도록 하고 당해 서비스의 전송에 이용된 기술의 종류에 따라 달라지지 않도록 하는 기술적 중립성을 지향

-
- 1) EU의 통신산업자유화는 1987년 「통신서비스와 장비의 공동시장발전에 관한 녹색(the Green Paper on the development of the Common Market for telecommunications services and equipment of 1987)」에서 채택한 3가지 기본원칙, 즉 첫째, 독점분야의 자유화(Liberalization)(EC조약 제86조), 둘째 유럽시장의 통합(Harmonization) (EC조약 제95조), 셋째 경쟁법 원칙(Competition)의 적용(EC조약 제81조, 제82조)을 토대로 제정된 20여개의 다양한 지침(Directive)에 의거하여 녹색에서 제시한 10개년 계획에 따라 이루어졌다.; 유럽공동체 지침의 법적 효력에 대해서는 이재홍, 유럽공동체 지침(EC directive)의 규범력에 관한 연구 - 유럽법원(European Court of Justice)에 의한 규범력 보장을 중심으로 -, 서울대학교 석사학위논문, 2006. 8
 - 2) 이 내용은 유럽집행위원회(Commission)가 유럽의회, 유럽이사회 등에 제출한 「전기통신 설비 및 서비스에 대한 새로운 규제체계를 향하여: 1999 통신분야평가의견 (Towards a new framework for electronic communications infrastructure and associated services - the 1999 Communications Review)」에 포함되었다.
 - 3) 이는 아래와 같다:
 - 규제체계지침(Framework Directive (2002/21/EC))
 - 망 접근 및 상호접속지침(Access and Interconnection Directive (2002/19/EC))
 - (일반)수권지침(Authorisation Directive (2002/20/EC))
 - 보편적역무지침(Universal Service Directive (2002/22/EC))
 - 프라이버시지침(Privacy Directive (2002/58/EC))이 이에 해당된다. 그 밖에,
 - 무선주파수규제체계에 대한 결정(Radio Spectrum Decision (676/2002/EC))
 - 가입자선로세분화 규칙(Regulation on Local Loop Unbundling (2887/2000) 등이 있다.

하였다. 즉, 고정 또는 이동을 불문하고 모든 전화통신망에 대해, 그리고 유선, 위성, 지상파를 불문하고 모든 방송망에 대해 동일한 규제를 하도록 한다는 것이다. 둘째, 통신시장의 경쟁이 활성화되면 전문규제(sectoral regulation)의 필요성이 감소하고 일반경쟁규제에 접근하게 된다는 전제 하에 사전규제(ex ante regulation)를 경쟁상황평가의 결과에 근거하도록 하였다. 즉, 통신시장의 신규진입자에 대한 개별특혜를 폐지하고 누구라도 자유롭게 망을 설치하고 통신서비스를 제공할 수 있으며, 다만 모든 사업자들에게 공통적으로 적용되는 일반조건을 준수할 의무만을 부담하는 형태의 일반수권제(general authorization)로 전환하고, 사업자에게 이러한 일반조건 외의 추가적인 규제 의무를 부과하는 것은 경쟁상황평가의 결과 당해 사업자가 상당시장력(Significant Market Power)을 가진 자로 인정되는 경우에만 허용된다. 그 밖에 국내통신규제기관이 사업자의 수를 제한할 수 있는 예외적인 경우는 무선주파수나 번호자원과 같이 희소자원이 존재하는 시장으로 한정하였다.⁴⁾⁵⁾ 상당시장력을 가진 사업자를 별도의 사전규제 대상으로 하는 것은 이미 과거에도 이용되었지만,⁶⁾ 이를 좀 더 복잡하고 동적으로 변한 통신시장에 적합하게 정비한 것이 EU의 2002년 규제체계지침이다. 이와 관련하여 동 규제체계지침의 서문에서 강조되고 있는 점은 사전규제는 유효경쟁(effective competition)이 없는 경우에만 부과되어야 한다는 점이다. 유효경쟁이 없는 경우라 함은 곧 시장에 상당시장력을 가진 하나 이상의 기업이 존재하고, 국내 경쟁법 및 유럽공동체 경쟁법 상의 조치로는 이 문제를 해소하기에 충분하지 않은 경우를 말한다.

4) 이러한 내용은 규제체계지침 (그 정식명칭은 “Directive 2002/21/EC of the European Parliament and the Council of 7 March 2002 on a common regulatory framework for electronic communications networks and services”이다.)에 포함되어 있다.

5) 그 밖에 동 규제체계의 주요한 내용으로는 첫째, EU 회원국들의 국내법이 상호 일치(harmonization)되도록 하기 위해 유럽위원회(European Commission)에 더 큰 역할을 맡기고, 회원국의 통신규제기관들과 EC가 의견교환을 할 수 있는 제도적 장치를 강화하였다. 둘째, 회원국들에게 무선주파수 대역의 2차 거래제 도입 여부를 각각 결정할 수 있도록 최초로 허용하였다. 셋째, 회원국들의 규제기관의 결정에 의해 이해관계에 영향을 받은 모든 기업들이 그 실제적·절차적 쟁점에 대해 독립적인 기관(법원이 될 수도 있다)에 의한 불복심사를 받을 수 있는 기회를 보장하였다.

6) 'EU Directive 97/33/EC of the European Parliament and of the Council of 30 June 1997 on Interconnection in telecommunications'에서 보편적 의무제공과 상호호환성에 관해 상당시장력을 가진 사업자에게 사전규제를 부과하였다. Framework Directive, Office Journal of the European Communities, L 108/36 2004.4.24

3. 유럽 전자커뮤니케이션규제기관연합 (BEREC)

2009년 말 유럽연합은 산하 27개 회원국의 전자통신에 대한 규제기관의 협의체인 BEREC(Body of European Regulators for Electronic Communications)이 출범하였다. 그 설립의 근거법은 Regulation (EC) No. 1211/2009이다. BEREC은 유럽 회원국 간 의견교환의 장으로 기능하던 기존의 ERG(European Regulators' Group)를 대체하면서, 역내 디지털 단일시장을 구축하고 회원국 간 이견을 조율하는 역할을 목표로 하고 있다. BEREC은 2010년 1월 28일 브뤼셀 임시본부에서 의장단 선출 및 주요 안건 구체화 등을 위한 첫 공식회의를 개최하면서 본격적인 활동에 들어갔다. 그러나 BEREC은 현재 방송통신규제를 직접 집행할 권한은 갖고 있지 않으므로, 본 연구의 주제와 관련하여서는 직접 관련이 되는 사항은 없다. 따라서 이에 관하여 간략히 개관을 하고, 본격적인 연구의 대상으로 삼지는 않는다.

BEREC의 주요임무는 첫째, 시장획정, 시장지배적 사업자의 지정 및 규제 의무 부과와 관련한 회원국 규제당국의 1차 결정에 대하여 의견을 제시한다. 둘째, 관련 상품 및 서비스 시장에 대한 권고안에 대하여 자문을 제공한다. 셋째, 회원국 규제당국의 요청에 따라 국경을 초월하는 분쟁을 중재한다. 넷째, 통신시장에 대한 감독과 보고 및 연차보고서를 출간한다.

BEREC의 조직은 이사회와 사무국으로 구성된다. 이사회(Board of Regulators)는 27개 회원국의 규제당국의 대표로 구성되어 있다. 사무국(Office)은 운영위원회(Management Committee)와 행정관(Administrative Manager), 직원(Staff)들로 구성된다.

2010년도 BEREC의 주요 안건으로는 차세대 초고속통신망 NGA(Next Generation Access), 망 중립성(Network neutrality), 보편적 서비스 제공 의무, 구조 분리(시내 및 백홀 망 접속을 독립된 사업분야로 분리시킴으로써 통신시장의 경쟁을 활성화) 등이 있다. 또한 BEREC은 EU 회원국 내 이동통신망 접속료 단일화를 골자로 하는 “유럽이동통신접속(SEMA; Singular European Mobile Access)” 프로그램을 추진하기로 하였다.

제2절 EU의 행정처분절차 일반론

EU에는 EU Commission 외에도 직접 처분권을 행사하는 다수의 행정기관들이 있지만, 이들의 처분절차에 대해 일괄적으로 정하고 있는 행정절차법 같은 것은 존재하지 않는다. 여기에서 ‘처분절차’란 일반적인 규범을 특정한 사실에 적용하여 법적 결론에 이르는 것을 의미한다. 각 규제 영역의 처분절차는 영역별로 다르다. 전체적으로 사안의 조사와 청문에 관한 절차는 대심주의적이라기보다는 직권주의적(inquisitorial)이다. EU 법원은 이러한 행정처분구조에 대해 일정한 적정절차(due process)적 규범을 부여해 왔지만, 그러한 규범의 적용 또한 영역별로 다르다. 그러나 2009년 12월 1일 발효된 리스본 조약(Treaty of Lisbon)에서 “기본권에 관한 장(Charter of Fundamental Rights)”가 들어감으로써 행정처분절차에 있어서 당사자들의 절차적 권리가 강화되게 되었다. EU의 행정처분절차의 특징은 다음과 같이 말할 수 있다.⁷⁾

1. 개별적 다양성

EU 행정청의 처분절차는 개별 영역마다 매우 다양하게 형성되어 있다. 각각의 절차체계가 EU조약또는 법률에 별도의 근거를 갖고 있고, 상이한 관료조직에 의해 집행되고 있으며, 각각 자신의 절차규칙과 회원국 내의 의사결정구조와 상이한 관계를 가지고 있다. 그러나, 유럽법원의 판결들이 이들 분야에 공통적으로 적용되는 어느 정도의 통합적 절차규율을 발전시켜 왔다.

2. 직권주의적 절차

EU 행정청의 처분절차는 미국의 처분절차모델과는 달리 대심주의적 구조가 아

7) 이 특징은 Michael Asimow, *The Many Faces of Administrative Adjudication in the European Union*, 61 *Administrative Law Review* 131, 134-155 참조하여 작성함. Asimow는 미국의 행정처분절차(administrative adjudication)에 관한 단행본을 출간한 적이 있는데, 이는 그가 처분절차의 전문가로서의 관점을 가진다는 점과 더불어 미국 절차의 전문가의 관점에서 유럽 절차를 보았다는 점을 상기시킨다.

나라 직권주의적인 특징을 가진다. 미국의 행정처분모델에서는 조사단계(investigative stage)와 처분단계(adjudicative stage)가 분리되어 있다. 즉, 조사단계에서는 행정청의 담당공무원(staff)이 조사를 한 후 법 위반행위에 대한 제재사건인 경우에는 제재처분절차개시를 요청하는 문서(complaint, 일종의 소추기능을 하는 문서)를 작성하거나, 허가신청 또는 보조금신청사건에서는 신청에 대한 거부처분을 하기로 결정하고, 다음으로 처분단계에서는 제재처분이나 거부처분의 상대방이 이전에 동일 사건에 대해 관련하지 않은 중립적인 청문주재관에 의한 청문의 기회를 제공한 후, 행정기관의 장이나 합의제 기관인 경우 그 위원들이 최종결정을 한다. 대부분의 미국 행정처분절차의 청문은 대심주의적인 성질을 가지며, 법원에서 하는 민사사실심 재판과 유사하다. 통상 당사자들은 구두 또는 서면 증언을 제시함으로써 사건에 대한 자신의 주장을 제시하고, 자신에게 불리한 증인에 대해 교호신문을 할 권리를 가진다. 최종결정을 하는 자는 청문에서 제시된 증거(및 공식적으로 고지된 서류)만을 고려할 수 있다. 그 결정에는 (최초의 청문단계에서와 행정청의 장의 수준에서 모두) 근거사실과 이유를 포함하여야 한다. 사법심사는 거의 항상 이용가능하고 심사법원의 권한은 제한되어 있다. 영국에서는 행정처분을 받은 당사자가 처분청과는 독립된 기관인 행정심판소(tribunal)에 그 처분에 대한 쟁송을 제기하여 청문의 기회를 갖는다. 행정심판소는 당연히 그 처분에 관여하지 않은 자들로 구성되어 있다. 사법심사는 처분의 기록에 대해서 이루어지고, 사법권은 제한적이다. 미국의 모델은 일반적으로 ‘기능의 분리(separation of functions)’를 요구하는데, 이는 곧 동일 사건에서 대심적 역할(소추자, 조사자 또는 대변인)을 수행하는 자는 청문주재자 또는 행정청의 장처럼 결정을 내리는 역할을 하지 못하도록 하는 것이다. 외부인도 대심적 역할을 수행한 행정청의 공무원도 청문주재자 또는 행정청의 장과 편면적 접촉(ex parte communications)을 하도록 허용되지 않는다. 대부분의 사건에서 청문주재자가 조사를 수행한 행정청의 피고용인이므로, 기능의 분리는 완벽하지 않다. 그러나 청문주재자들은 내부조직적으로 조사자나 소추자와 분리되어 있고, 일반적으로 사실상 독립되어 있다고 간주된다.

EU의 행정처분절차는 이러한 대심주의 모델을 따르지 않지만, 그렇다고 대부분

의 대륙법계 국가들에서 사용되는 행정절차도 따르지 않는다.⁸⁾ EU의 행정처분 모델은 대륙법계 국가들에서 사용되는 '직권주의적인 형사소송시스템((inquisitorial criminal justice system)'과 유사하다. 직권주의적 형사소송시스템은 매우 다양하지만, 일반적으로 치안판사가(magistrate judge) 경찰과 검찰에 의한 조사를 감독하고, 문서를 모은다. 치안판사는 그 사건을 언제든지 종결할 수 있다. 사건이 종결되지 않고 재판이 열리면, 이는 통상 다른 법관이 주재한다. 재판은 주로 문서에 포함된 서면자료에 기초해서 이루어지고, 증인의 구술증언이 가능하나, 이에 대해 법관이 그 절차를 통제한다(절차에서 당사자의 주도권이 적음을 의미한다). 즉 이러한 절차에서 재판은 조사의 종결점으로 볼 수 있고, 조사와 분리되는 별개의 절차가 아니다. EU 행정처분절차에서는 범위반행위에 대한 제재처분을 하거나 어떤 수익적 행위의 신청에 대한 처분을 하고자 할 때, 위원회의 관계부서(diretorate)의 특화된 담당관료가 조사를 실시한다. 조사는 조사대사장 또는 신청인에 대한 위원회의 잠정적인 조사결과를 고지해 줌으로써 종결된다. 조사과정 중에 청문이 이루어질 수도 있으나, 그러한 청문의 본질은 미국이나 영국에서의 청문절차와는 다르다. 조사를 담당하는 자가 청문도 주재한다. 청문은 조사대상자가 자신의 의견을 전달하거나 다툼의 대상이 되는 상황을 명확히 하기 위한 기회로서의 의의를 가진다. 당사자들은 교호심문(cross-examination)을 할 기회가 없으며, 반대측 증인과 반대신문을 할 기회도 없다. 그러나 경쟁규제(competition)와 무역규제(trade) 관련 사건에서는 조사에는 관여하지 않고 청문주재에만 특화하고 있는 독립적인 주재관이 청문을 주재한다. 청문주재인의 임무는 조사대상자의 절차적 권리가 존중되도록 하는 것이지, 그 사건의 실체적 쟁점에 대한 사실발견을 하는 것이 아니다. 청문이 사건을 조사한 자에 의해 이루어지든, 독립적인 청문주재인에 의해 이루어지든, 청문의 결과 어떤 결정안이 제시되지는 않는다.

일반적으로 직권주의적인 의사결정구조에 대한 예외로 상표이의에 대한 처분이

8) 일부 유럽국가들은 행정절차 수준에서는 절차적 정식성을 거의 요구하지 않고, 행정사건에 특화된 행정법원(administrative court)이 일단 발하여진 행정처분에 대해 강도 높은 재심사를 하도록 하고 있다. 이러한 행정법원은 일반적으로 행정처분에 대한 새로운 증거, 새로운 반대사유를 제출받는다.(처분사유의 추가, 변경, 행정처분절차의 연장선상으로 볼 수 있는 가능성) 그러나, 행정법원은 행정청의 결정을 매우 존중하는 태도를 가진다. 이와 대조적으로 행정청 차원에서의 행정청문은 독일의 행정절차법 하에서 요구된다.

있다. 이를 담당한 행정청(OHIM)은 공동체에 대해 상표권등록을 신청한 자와 당해 상표가 기존의 상표권을 침해하는 것이라고 주장하는 기존 상표권자간의 분쟁에 대한 공정한 중재자로서 기능한다. 이러한 사건들에게 대부분의 조사는 당사자들에게 맡겨져 있고, 관할 행정청은 당사자들이 제출하는 자료에 기초해서 분쟁을 해결한다.

3. 당사자의 절차적 권리보호를 지향하는 경향

EU의 행정처분절차가 직권주의적이기는 하지만, 30년간 처분절차의 당사자인 사인이나 회원국의 절차적 권리보호가 점진적으로 개선되어 왔다. 이러한 권리에 대한 조사에 관한 것, 행정청의 기록에 대한 접근권, 적절한 고지를 받을 권리, (구두 또는 서면) 청문의 제공, 이유제시, 합리적인 처분기한에 관한 권리 등이 포함된다. 이러한 권리의 몇 가지 상이한 법원으로부터 도출되어 왔다. 첫째, 유럽공동체조약(Treaty)의 규정, 둘째 특정 영역에 적용되는 규정(regulations), 셋째, 유럽법원과 유럽 1심법원의 판례법이 절차적 규칙의 형성과정을 촉발하였다. 판례법은 미국의 절차적 적정절차법리, 영국의 자연적 정의의 발전과 마찬가지로 개별사건에 의해 구체적으로 전개되었다. 그 결과 EU의 처분을 규율하는 절차적 규범과 미국 및 영국의 절차적 규범이 융합되는 양상을 보인다. 이와 관련된 중요한 초기 판례들은 특히 경쟁법 사건에서 주로 이루어졌다.

행정처분의 대상자인 당사자의 “방어권(right of defense)”는 회원국 특히 프랑스의 법에서 오랫동안 인정되어 왔고, 유럽 공동체에서도 마찬가지이다. 그러나 초기에는 EU 행정처분절차에 있어서 방어권은 영국이나 미국법에 비하면 약한 것이었다. 예컨대, 경쟁법 사건에서 조사대상기업의 방어권에는 유럽위원회가 주장하는 처분사유와 위원회가 보유한 파일 내용의 요약문을 제공하는 것, 조사대상자의 주장과 반대증거를 알릴 수 있는 기회, 당사자와 사후심사를 하는 법원이 그 결정이 적법한지 여부를 이해할 수 있기에 충분한 정도의 이유제시를 받을 권리였다.

이러한 권리는 이후 (대부분) 경쟁법 사건에 대한 사법심사과정을 통해 점차 확대되었다. 이를 자연스러운 과정으로 보는 견해도 있지만, 일부에서는 이는

1973년 영국이 EU에 가입하면서, 자국의 행정절차에 대한 원리인 ‘자연적 정의(natural justice)’에 비추어 EU의 행정처분절차에 대해 비판을 제기한 것이 요인의 하나라고 보기도 한다. 영국의 자연적 정의에 따르면, 행정처분절차에도 중립적인 의사결정자가 있어야 하고, 고지를 받을 권리, 정부측의 주장을 알 수 있는 권리, 적절한 (통상적으로는 구두의) 청문의 기회를 가질 수 있는 권리가 포함된다. EU는 이러한 비판에 대응하여 일련의 판례를 통해 조사대상자의 권리를 확장시켰다.

1974년 *Transocean* 판결⁹⁾에서 유럽법원은 경쟁법을 집행하는 규칙의 해석을 통해 불이익 처분을 받는 당사자는 적절한 사전고지를 받고 자신의 반대의견을 알릴 기회를 보장받아야 한다는 취지의 판결을 하였다. 이 사건에서 원고인 해양 페인트제조업자협회는 부당한 공동행위(협회가 한 합의에 여러 유형의 반경쟁적 행위가 포함되어 있다고 봄)에 대해 유럽공동체조약(Treaty)의 5년간 적용면제를 받았다. 유럽위원회가 그 면제를 갱신해 주면서, 협회 구성원들에게 협회원인 페인트회사 상호간 또는 협회원인 페인트회사와 협회원이 아닌 페인트 회사 상호간에 공동 매니저나 임원이 있는 경우 이를 보고할 의무를 새롭게 부과하였다. 협회는 위원회가 이러한 새로운 조건을 사전고지나 청문의 기회를 부여하지 않고 부과하였다는 점에서 이 결정이 위법하다고 주장하였다. 유럽법원은 정확한 조건에 대해 사전고지를 하지 않은 것은 경쟁규제에 있어서 사전고지와 청문의 의무를 위반한 것이라고 판단하였다.

Transocean 판결은 경쟁규제의 해석에만 적용되는 것으로 좁게 볼 수도 있었지만, 이후 *Hoffmann-La Roche* 판결에서¹⁰⁾ 유럽법원은 *Transocean* 판결에서 제시한 절차적 공정성의 의무를 최소한 제재처분과 관련된 사안에서는 유럽공동체법상의 널리 적용되는 법원리로 일반화하였다. 판례의 관련부분을 보면 다음과 같다.

“제재처분 특히 벌금(fines) 또는 과징금(penalty payments)이 부과될 수 있는 모든 절차에서 청문을 받을 권리를 준수할 의무는 유럽공동체법의 기본적 원리이며 이 원리는 그 절차가 행정절차일 경우에도 마찬가지로 준수되어야 한다. 이 사

9) Case 17/74, *Transocean Marine Paint Assoc. v. Commission*, 1974 E.C.R. 1063

10) Case 85/76, *Hoffman-La Roche & Co. v. Commission*, 1979 E.C.R. 461

건에 관련된 기업들은 행정절차에서 위원회가 이 기업들이 공동체 조약 제86조를 위반했다는 주장의 근거로 삼은 사실과 정황의 진실성과 관련성, 문서의 진실성과 관련성에 대한 자신들의 의견을 알릴 수 있는 기회가 보장되어야 한다.

이후 유럽법원의 판결에서는 경쟁법 사건들에서 당사자가 행정청(위원회)이 보유한 자신의 사건과 관련된 파일에 포함된 모든 공개가능한 (즉, 비밀보호대상이 아닌, non-confidential) 문서들을 열람할 수 있는 권리를 인정하였다. EU의 행정처분절차가 기본적으로 직권주의적이고, 문서에 기초한 것이라는 점을 고려해볼 때 당사자가 위원회가 가진 파일에 접근할 수 있다는 것은 방어권의 핵심적인 내용이다. 예컨대, Hercules 판결에서¹¹⁾ 조사대상자는 청문 전에 위원회의 파일에 포함된 문서가 선택적으로만 공개된다는 점에 대해 이의를 제기하였다. 유럽 1심법원은 위원회는 위원회의 규칙 상 영업비밀이나 위원회 내부문서 또는 비공개를 약속하고 위원회에 공개된 정보 등을 제외하고 파일에 있는 모든 문서를 공개해야 할 의무가 있다고 판단하였다. 유사하게 Soda Ash 판결에서¹²⁾ 유럽 1심법원은 조사대상자가 파일에 포함된 문서로서 자신에게 유리한 (혐의를 벗을 수 있도록 해 줄 가능성이 있는) 문서에 대해 널리 접근할 필요가 있다는 점을 “무기대등의 원칙 (equality of arms)”으로 표현하고 있다.

제3절 EU의 경쟁법 집행절차

1. 개관

공동체조약 제81조(1)는 공동시장과 양립할 수 없는 다양한 유형의 반경쟁적 행위를 금지하고 있다. 제81조(3)은 위 제81조(1)에 해당되는 경쟁저해적 행위라도 경제적으로 유용하고 정당화될 수 있다고 판단되는 경우에는 제81조(1)의 적용제외를 결정할 수 있다고 규정하고 있다. 2004년에 발효한 ‘규정(regulation)

11) Case T-7/89, S.A. Hercules Chemicals N.V. v. Commission, 1991 E.C.R. II-1711, 1739-40, PP 53-54

12) Case T-30/91, Solvay SA v. Commission, 1995 E.C.R. II-1775

1/2003'에 따라, 위원회는 그러한 적용제외권한을 더 이상 독점하지 못하고, 회원국들에 의해서도 적용제외결정이 이루어질 수 있다. 회원국 법원은 조약의 경쟁법 규정을 공법적 방식과 사법적 방식으로 집행하는 사건의 관할권을 가진다. 당사자들에게 위원회에 반경쟁적 행위를 고지하도록 한 과거의 관행은 폐지되었다. 조약 제82조는 시장지배적 지위 남용을 금지하는 규정이고, 위원회는 공동체 차원의 쟁점이 있는 경우 합병에 대한 규제권한도 가지고 있다.

경쟁총국의 장은 직권, 회원국의 사건회부, 사인의 신고(complaint)에 의해 경쟁법 위반에 대한 조사를 개시한다. 경쟁총국의 사건관리관(case manager)과 복수의 사건조사관(case handlers)으로 구성된 팀이 조사를 실시한다. 조사에는 통상 현장 조사가 포함된다. 조사관들은 비정식적으로 또는 정보제공을 요구하는 정식결정을 통해 추가 정보를 조사한다. 필요한 경우에는 사업장 이외의 장소에 대한 수색이 이루어질 수 있다.

경쟁총국의 장이 이 사건을 계속 진행하기로 결정하면(이에 대해 Legal Service 부서와 Competition Commissioner의 동의가 있어야 하고, 경우에 따라서는 회원국의 경쟁규제기관의 자문위원회의 동의가 필요한 경우도 있다) “위법선언(statement of objections, SO)” 를 하는데, 이에 는 문제된 행위의 사실관계와 법적 평가가 포함되어 있다. 이 시점에서 합의(compromise)가 성립되면, 위원회는 관계된 기업의 약정사항이 포함된 “사전평가(preliminary assessment)”를 발한다.

합병 사건 절차는 당사자들이 위원회에 합병안을 사전고지하는 것으로 시작된다. 일반적으로 신청인과 위원회 직원간의 고지 전 접촉(prenotification contact)이 이루어진다. 위원회가 합병안에 대한 1단계 조사(Phase I investigation)를 하고, 그 단계에서 경쟁법 위반 문제가 없다고 확인해 줄 수도 있다. 합병안이 공동체 시장과 양립할 수 없는 심각한 문제를 일으킬 수 있다고 판단되는 경우에는 2단계 조사를 개시할 수 있고, 이 단계에서 ‘위법선언(Statement of Objection)’을 할 수 있다. 정보의 교환을 용이하게 하기 위해 제2단계 조사가 진행되는 동안 중간 점검회의(State of Play meetings)가 개최된다.

“위반혐의고지”는 조사대상기업에게 위원회가 자신에 대해 가지고 있는 혐의를 알려주고, 일정 기간 내에 그 문제에 대한 의견을 밝힐 것을 요구하는 것이다. 당

사자들은 서면으로 항변을 제출하고, 관련 문서를 첨부하거나 청문을 요구할 수 있다. 위원회는 그 조사대상기업에 대해 가지고 있는 모든 문서에 -영업비밀 또는 그 밖의 공개해서는 안 되는 정보 또는 위원회 내부 자료를 제외하고- 접근할 수 있도록 해주어야 한다. 신고인(complainants)은 이 문서들의 공개자료(nonconfidential version)에만 접근할 수 있다.

청문권(right to be heard)은 1차적으로는 서면자료를 제출하는 형태로 행사될 수 있지만, 위원회는 반독점사건이나 합병사건에서는 신청이 있으면 구두청문을 제공하여야 한다. 청문에서는 조사대상기업(합병사건의 당사자) 자신에 대해 불리한 사실과 정황에 대한 의견을 밝힐 권리 및 자신이 조약을 위반하지 않았음을 입증할 근거를 제시할 권리를 가진다. 청문은 변론(의견제출)에 관한 상세한 순서(a detailed order of presentation)에 따라 진행되고, 증인과 전문가가 출석하여 증언을 할 수도 있다. 교호신문(cross-examination)¹³⁾ 또는 대질신문(confrontation)¹⁴⁾에 대한 권리는 인정되지 않지만, 위원회의 관료들은 절차에 출석한 모든 증인에게 질문할 수 있다. 위법고지(Statement of Objection)의 내용에 중대한 수정 사항이 있는 경우에는 추가적인 청문이 제공되어야 한다. 신고인은 청문에서 진술할 기회를 가질 수도 있지만, 그 여부는 위원회의 재량에 맡겨져 있다. 청문 주재관(hearing officer)은 사건조사관(case handlers)이 아니라 독립된 직이다. 청문주재관은 그 사건의 절차적 측면에 관한 보고서를 준비한다. 청문주재관 직은 위원회에서 경쟁법 사건처리절차의 불편부당함과 객관성을 강화하기 위해 1982년 처음으로 신설되었다. 청문주재관의 활용은 2001. 5. 23 위원회의 결정에 의해 공식

13) 'cross-examination'은 좁은 의미로는 '반대신문' 자체를 가리키는 말이고, 넓은 의미로는 반대신문을 포함한 특정한 방식의 신문절차 전부를 의미한다. 전자의 의미에서는 'Cross-Examination'은 다음과 같이 정의된다.

“원고 또는 정부측 변호인이 증인에 대한 신문을 마치면, 피고측 변호인이 증인을 반대신문(cross-examine)할 수 있다. 반대신문은 일반적으로 앞서 이루어진 주신문(direct examination)에서 제기된 쟁점에 대한 질문으로 제한된다. 반대신문에서는 유도신문(leading question)도 허용된다. 왜냐하면 반대신문의 목적은 주신문에서 나온 증언의 신뢰성을 테스트하는 것이기 때문이다. 유도신문을 허용하는 또다른 이유는 증인은 통상 자신을 증인으로 신청하지 않은 측의 변호인이 질문을 하면, 자신이 앞서 한 진술이 사실이 아니라는 어떤 암시도 거부하게 되어 있다는 점 때문이다.

14) "confrontation" 이란 형사소송에서 피고가 법정에서 자신에게 불리한 진술을 하는 증인과 대면하여 증인의 증언에 반박할 공정한 기회를 갖고 그 증인을 교호신문할 기회를 갖는 것을 의미한다. <http://law.jrank.org/pages/5555/Confrontation.html#ixzz1CiKuPDQn>

화되었다.

그 다음으로 사건조사관들이 예비결정문의 초안을 작성한다. 위원회의 Legal Service가 예비결정을 검토하고 자문위원회(회원국의 대표자들로 구성됨)의 의견을 듣기 위해 송부한다. 최종 결정은 위원회의 위원들(College of Commissioner)이 내린다. 청문주재관은 실체적인(substantive) 결정은 할 권한이 없다. 그러나 청문주재관은 예비결정에 대해 의견을 이야기할 수 있다. 그 의견은 당사자들에게는 공개되지 않는다.

최종 결정에는 충분한 이유가 제시되어 있어야 한다. 사후적으로 사법심사를 하는 법원이 감독기능을 원활하게 하고, 당사자들이 그 결정의 근거가 충분한지를 판단할수록 하기 위해서이다. 이유 제시에는 그 결정의 근거가 된 사실적, 법적 근거가 포함되어야 하고, 이에는 증거에 대한 검토의견도 포함되어 있어야 한다. 특히 새로운 법령 해석을 제시하는 경우에는 더욱 완벽한 이유를 요한다.

이하에서는 위와 같은 절차에 대해 EU 위원회가 절차의 상세지침을 정한 것으로 볼 수 있는 “유럽공동체조약 제101조, 제102조에 관한 절차의 진행에 관한 모델 지침 (Best Practices on the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU)”을 토대로 하여, 각 절차적 요소의 전제가 된 원칙과 고려사항들에 대해서 살펴보기로 한다. 마지막으로 절차적 통제에만 특화되었다는 점에서 기능상 특이한 점을 찾을 수 있는 청문주재관의 역할에 대해서도 “유럽공동체조약 제101조, 제102조에 관한 절차에서 청문주재관의 절차에 관한 지침 (Guidance on procedures of the Hearing Officers in proceedings relating to Articles 101 and 102 TFEU(ex-articles 81 and 82 EC))”를 토대로 상세히 살펴보기로 한다.

2. 조직

가. EC 주요 기관

엄밀한 의미의 3권 분립체제를 갖추고 있지 않은 EC는 조약을 통해 5개의 주요 기관에 대한 규정을 두고 있다. 유럽의회(European Parliament), 이사회

(Council), 위원회(Commission), 유럽법원(European Court of Justice; ECJ), 감사원(Court of Auditors)이 그것이다.

1) 유럽의회(European Parliament)

유럽의회는 EC 주민들을 대표하도록 만들어진 기관으로, 회원국별 할당 인원을 선출하나 국내 입법부에 상응하는 입법적 권한을 갖고 있지는 못하다. 다만 자문적·감독적 권한을 보유하고 입법에 관한 일정한 권한을 보유하고 있는데, 입법참여 방식은 협의절차(cousultation procedure), 협력절차(cooperation procedure), 공동결정절차(codecision prodecure), 동의절차(assent) 4가지 방식으로 구분된다. 하지만 직접 법안을 만들어 제안할 권한은 없고, 필요한 경우 위원회가 법안을 제출해 줄 것을 요구할 수 있을 뿐이다.

2) 이사회(Council)

이사회는 회원국 대표들로 구성된 최고의 의사결정기구이다. 입법기능을 담당하고 있고, 위원회에 권한을 위임하여 EC의 활동을 수행하도록 한다. 또한 회원국의 각료급을 대표로 회원국 당 1명이 배정되며 임기는 5년이다.

의장직은 6개월 간격으로 회원국간 순차적으로 맡게 되고 이사회 모임은 비공개로 진행되며, 의사록도 공표하지 않는다. 결의는 과반수의 찬성이 되지만 중요한 사안은 가중다수결(qualified majority)에 의해 회원국별 차등 표결 방식 및 일정 회원국 이상의 찬성 등의 조건이 붙어 있다. 다만, 중요한 사안의 경우 만장일치로 결정된다.

3) 위원회(Commission)

위원회는 회원국별 1명 총 27명이 선임되며, 회원국 및 유럽의회의 동의를 필요로 한다. 위원장 및 5인의 부위원장이 있고 위원들의 임기는 5년이며, 위원장은

이사회에서 지명하고 유럽의회의 과반수 찬성을 얻어 인준된다. 특히 위원 모국이 아닌 EC의 이익을 위한 업무에 종사하여야 한다.

행정조직은 사무총국(Directorate General)이고 위원들은 전문가들로 구성된 사무국(Directorates) 및 법무실(Legal Service)의 협조를 얻어 직무를 수행한다. 위원회는 준사법적 권한으로 범위반 사건을 조사하고 소추하며 범위반행위에 대해 시정명령 및 과징금납부명령을 할 수 있다. 긴급한 경우에는 최종결정 전에 잠정적 조치명령을 할 수도 있다.

준사법적 권한으로는 조약이나 이사회 규칙(Council Regulation)을 집행하기 위한 위원회 규칙(Commission Regulation), 위원회 고시 등을 제정할 수 있다.

4) 유럽법원(European Court of Justice; ECJ)

EC의 사법조직은 2심이 원칙으로 1심 법원(Court of First Instance; CFI)과 유럽법원(ECJ)으로 구성된다. 1심 법원은 취소소송, 부작위소송, 손해배상청구소송, 공직소송 등에 대하여 1심으로서 관할권을 갖고, 유럽법원은 각각의 관할사항을 담당하는데 1심 법원의 관할사건은 1심 판결의 법률문제에 대해서만 유럽법원에 제소할 수 있다.

유럽법원은 1회원국 당 1인의 재판관으로 임기는 6년 연임가능하다. 재판관은 총 27명이며, 3년 마다 13~14명이 교체된다. 재판소장은 재판관들이 동료 중에 선출하며 임기는 3년으로 연임이 가능하다.

5) 감사원(Court of Auditors)

감사원은 EC기관들의 회계감사를 담당하며, 회원국 당 1인으로 구성된다. 유럽의회의 의견을 구한 뒤 이사회 가중다수결에 의해 선출하며, 6년 임기이며 직무수행에 관한 독립성을 보장받는다.

나. EC의 경쟁법 집행 조직

1) 개관

유럽공동체 위원회는 각 분야를 담당하는 26명의 위원들로 구성되며, 행정조직으로서 26개의 사무총국(DGs)가 있다. 경쟁부담 사무총국(DG Comp)은 경쟁법 담당위원과 함께 경쟁법의 집행을 담당한다.

2) 경쟁부담 위원(Commissioner)

경쟁담당 위원의 역할을 일반 국가의 경쟁법 집행기관의 위원의 역할과 비교하기는 어려운데 이는 유럽 공동체가 개별 국가와는 다른 속성을 지니고 있기 때문이다.

사건의 조사 및 소추의 역할은 경쟁총국이, 청문주재관은 청문을 주재한다. 청문주재관은 경쟁담당위원 직속이고 청문의 결과를 주로 피심인의 청문권이 보장되었는지의 측면에서 작성하여 경쟁당국 위원에 보고한다. 청문내용은 모두 기록되어 위원회의 최종결정에 참고자료가 된다. 공식적인 최종결정은 위원회의 단독 다수결에 의해 내려지나 절차적인 성격의 결정은 경쟁담당 위원이 단독으로 한다.

3) 청문주재관(Hearing Officer)

피조사인의 청문권 존중을 위해 1982년 이 제도가 도입되었는데, 이 제도는 미국의 행정법관사(ALJ)를 차용하였으나 그 권한에 있어서 독립성과 의결서 초안 작성권은 없다. 단지 청문을 공정하게 주재하고, 위원에 조언하는 역할을 담당한다. 청문을 주재하지만 독자적인 결정문을 작성하지는 않고 단지 경쟁법 담당 위원에게 청문권과 관련된 절차적인 부분에 관해 권고적인 의견을 제시하는 역할을 담당한다. 청문주재관의 역할은 「청문주재관에 관한 위원회 결정」(Commission Decision 2001/462)에 제시되어 있다.

EC 청문주재관은 경쟁법 담당 집행위원의 직접 통제를 받는데, 경쟁총국이 아니라 경쟁법 담당 위원 소속으로 되어 있어 조사직원으로부터 독립된 특징이 있다. 하지만 이런 장점은 인사적인 측면에서 투명성을 추구하는 선언적 의미라는 점에서 문제점이 제기된다.

4) 경쟁총국(DG Comp)

사무총국은 여러 개의 국으로 나누어지며, 다시 여러 개의 과(Units)로 나누어진다. 총국에는 700명이 넘는 직원이 EC 경쟁사건을 조사하고 정책을 입안하는 역할을 담당한다. 경쟁담당 총국에는 3명의 부총국장(Deputy Director-General)이 있다.

EC의 경쟁총국도 조사, 소추, 결정문 초안 마련 등의 역할을 동시에 수행한다. 그로 인해 절차가 공정성의 원칙을 위반한 것이 아닌지 문제가 된 사건이 있었다(Cimenteries CBR SA v. Commission). 그러나 1심 법원(CFI)은 최종결정은 사무총국이 아니라 위원회가 집단적으로 결정을 내리는 것이기 때문에 절차의 위반은 아니라고 판시하였다.

5) 자문위원회(Advisory Committee)

자문위원은 위원회와 회원국들의 의견을 소통하는 통로역할을 담당하는데, 이 제도는 각 회원국들의 이해관계를 무시할 수 없는 EC의 특성에서 비롯된 것이다. 자문위원회는 회원국들의 경쟁법 전문가들로 구성되고 위원회가 내리고자 하는 결정문의 초안을 검토하여 위원회와 서면으로 대면회의를 통해 의견을 취합한 후 그것을 위원회에 전달하는 것이 주된 임무이다. 다만 의견은 결정문 초안에 첨부되나 공개되지는 않는다.

3. 경쟁법 집행절차

가. 조사단계

1) 조사개시의 원인

TFEU 제101조와 제102조의 위반이 문제되는 사건은 기업, 개인 또는 드물게 회원국에 의한 신고(complaint)에 기초할 수 있다. 시민과 기업으로부터 전달되는 정보가 위원회의 조사권한 발동의 핵심적인 역할을 한다. 따라서 위원회는 이러한 정보제공을 권장하고 있다. 이는 ‘정식신고(formal complaint)’ 또는 위원회에 단순히 시장에 관한 정보를 제공하는 방식에 의해서 가능하다. 신고인(complainant)이 될 수 있는 정당한 이익이 있음을 보일 수 있고, 서식 C에 따라 신고서(complaint)를 접수한 자는 일정한 절차적 권리를 갖는다. 위원회는 직권으로 사건조사를 개시할 수 있다. 어떤 사실에 주목하게 된다거나, 시장에 대한 일반적인 조사, 산업계와의 비공식적인 접촉, 시장 모니터링 등을 하는 중에 수집된 정보에 주목하게 되거나, 유럽경쟁네트워크(European Competition Network("ECN") 내의 비공식적 정보교환에 기초하는 경우 등이 계기가 된다. 카르텔 사건의 경우 카르텔 구성원 중 1인의 면책신청(application of leniency)이 계기가 될 수도 있다.

2) 1차 평가와 사건 배당 (Initial assessment and case allocation)

모든 사건은 어떤 계기로 개시되는지에 상관없이 1차 평가 단계를 거친다. 이 단계에서 DG Competition은 그 사건이 조사를 계속 진행할 가치가 있는지 여부를 검토하고, 만약 가치가 있다면 예비적으로(preliminarily) 조사의 방향, 특히 조사의 대상이 될 당사자들, 시장, 행위 등을 결정한다. 이 단계에서 DG Competition은 Regulation 1/2003 제18조(2)에 따른 정보제공요청(request of information)와 같은 조사권한을 행사할 수 있다. 실제에 있어 1차 평가제도는 다수의 사건들이 더 이상의 조사를 할 가치가 없다고 판단되어 절차의 초기에 (각하)처리됨을 의미한다.

이러한 점에서 DG Competition은 그 집행자원을 경쟁법 위반으로 판단될 만한 사건, 특히 경쟁의 기능과 소비자에게 유해할 리스크에 대해 가장 심각한 영향을 가질 수 있는 사건, EU 경쟁정책을 규정짓거나, TFEU 제101조, 제102조의 일관된 적용을 공고히 하는데 관련된 사건들에 집중하게 된다.

1차 평가단계는 또한 초기에 ECN 내에서의 사건의 배당문제를 처리하고자 한다. Regulation 1/2003은 어떤 사건을 네트워크의 다른 구성원이 잘 처리할 수 있는 위치에 있다면, 그 다른 구성원에게 재할당할 수 있는 가능성을 마련하고 있다. 따라서 위원회는 회원국의 국내경쟁규제기관에게 사건을 재할당하거나 반대로도 할 수 있다.

기업들은 처음으로 조사조치(통상 정보제공요청 또는 검사(inspection))를 받을 때 그들이 예비조사(preliminary investigation)의 대상이 되었음과 그 조사의 대상과 목적에 대해 고지를 받는다. 정보제공요청이 이루어지는 경우에는 기업들은 자기에 불리한 정보를 제공하지 않아도 될 특권이 있음을 고지받을 것이고, 조사대상이 된 행위가 있었음이 확인되는 경우에는 이는 TFEU 제101조, 제102조 위반이 될 수 있음을 고지받는다. 이후의 단계에서 DG Competition은 요청이 있으면 예비조사 대상인 당사자들에게 사건의 진행상황을 알려준다. DG Competition이 어떤 단계에서 그 사건을 더 이상 조사하지 않기로 결정하는 경우, DG Competition은 조사대상 당사들에게 이를 통지한다.

신고로 개시된 사건에서, DG Competition은 신고인에게 신고를 받은 후 4개월 내에 신고에 대해 어떤 조치를 취할 예정인지를 알려주려고 할 것이다. 그러나 이는 개별 사건의 상황에 따라 다르며, 특히 DG Competition이 신고인 또는 제3자로부터 그 사건을 계속 조사할 것인지를 결정하기에 충분한 정보를 받았는지, (특히 정보제공요청에 대해 충분한 정보를 받았는지) 여부에 따라 다를 것이다.

3) 절차의 개시 (Opening of proceedings)

위원회는 1차 평가가 종료되고, 그 사건이 계속 조사를 할 이유가 있다고 판단되고 조사의 범위가 충분히 확정되면, Regulation 1/2003 제11조(6)에 따라 (법집

행)절차를 개시한다. 절차의 개시로 ECN 내의 사건의 배당문제와 당사자와 신고인이 명확하게 된다. 또한 이는 위원회가 그 사건을 적극적으로 조사하겠다는 결정을 하였음을 보여준다. DG Competition은 그러므로 그 사건에 자원을 할당하고, 시간에 맞추어 처리할 것이다. 절차를 개시하는 결정문에는 그 절차의 당사자들을 명시하고, 조사의 범위를 간략히 기술한다. 특히 그 결정은 제101조와 제102조 위반에 해당한다고 주장되는 행위로서 향후 조사 대상이 되는 행위가 무엇인지 밝히고, 통상 문제된 행위가 행해진 장소와 영역이 명시된다.

Implementing Regulation 제2조에 따라, 위원회는 절차의 개시를 공표할 수 있다. DG Competition의 방침은 공표로 인해 조사에 장애를 야기하지 않는 경우에는 절차의 개시사실을 웹사이트에 공표하고, 보도자료를 발행하는 것이다. 조사대상자는 절차개시가 공표되기 전에 서면으로 절차개시를 고지받는다. 절차의 개시는 어떤 의미로든 위반행위가 존재한다는 사전판단을 의미하지 않는다. 절차의 개시는 단지 DG Competition이 그 사건을 더 조사할 것이라는 점을 가리킨다. 이 중요한 구별은 당사자들에게 절차의 대상 사실을 알리는 편지 및 절차개시에 대한 공표에서 명확히 밝혀질 것이다. 절차의 개시는 위원회가 이후 (그러나 합당한) 시간 내에 조사의 범위나 대상자를 확대할 권한을 제한하지 않는다. 이러한 확대는 반드시 별도의 결정에 의해 하여야 하는 것은 아니며, 위반혐의고지(Statement of Objections)시에 할 수도 있다. 카르텔 사건에서 절차의 개시는 통상 위반혐의고지의 채택과 동시에 이루어진다.

4) 정보제공요청 (Information Requests)

Regulation 1/2003 제18조에 따라 위원회는 기업과 기업단체에게 모든 필요한 정보를 제공할 것을 요청할 권한이 있다. 요청의 방식은 요청문(letter)을 보내는 단순한 방식 또는 (행정)결정(decision)에 의하는 방식이 있다. 통상 정보요청은 조사대상기업뿐 아니라 그 사건에 관한 정보를 가지고 있는 다른 기업들에게도 이루어진다. 제18조에 따르면, 위원회는 모든 필요한 정보를 요청할 수 있다. 위원회가 위반행위가 있었음을 입증하는데 기여하는 정보는 특히 ‘필요성’이 인정되는 경

우이다. 이 점과 관련하여 위원회는 넓은 평가의 재량을 갖는다. (wide margin of appreciation)¹⁵⁾ 정보제공요청의 범위와 형식을 정하는 것은 DG Competition이다. 그러나 경우에 따라 DG Competition이 요청을 받은 기업과 그 범위와 형식에 관해 협의를 할 수도 있다. 이는 특히 양적인 데이터를 요청할 때 유용하다. 정보제공요청에 응하여 기업이 관련없는 정보(특히 조사의 대상과 명백하게 관련이 없는 문서)를 제공하면, DG Competition은 흔히 분량이 매우 많은 행정문서에 불필요한 부담을 가중하지 않게 하기 위해 요청을 받은 기업에게 이를 반환할 수 있다. 이것은 정보요청에 대한 답과 이 사실을 보고하는 간단한 고지문이 파일에 포함된 후 가능한 한 조기에 이루어져야 한다.

정보요청은 대상정보가 무엇인지 특정하고 제공의 기한을 명시한다. 그 기한은 요청에 응하기에 합리적인 시간이어야 하고, 정보요청의 분량과 복잡성에 따라 달라진다. 일반적으로 상당한 정도의 정보요청인 경우 요청을 받은 후 최소한 2주를 준다. 그러나 요청의 범위가 제한적이면, 예컨대, 과거에 제공된 정보의 간략한 명확화 작업이나 요청받은 자가 쉽게 제공할 수 있는 정보일 경우에는 기한은 단축될 것이다. (1주 이하로) 기간 내에 답하는 것이 가능하지 않을 것 같으면, 요청을 받은 자는 기한의 연장을 요청할 수 있다. 이는 요청을 받은 자의 현지 언어로 할 수 있고, 이유를 부기하여 통상 서면으로 기한의 만료일보다 충분히 앞선 시점에 이루어져야 한다. DG Competition은 이것이 이유있다고 생각하면 기간을 연장해 준다.

정보요청을 받는 자에게 그 요청에 따라 제공하는 정보가 비밀보호대상이라고 생각하는지 여부를 명시하도록 요구한다. 그러한 경우 Implementing Regulation 제16조(3)에 따라 정보제공자는 그 주장을 입증하고 공개버전의 정보를 제공하여야 한다. 그러한 공개버전은 비공개정보와 같은 형식으로 제공되는데, 삭제된 부분을 그 부분의 요약으로 대체하여야 한다. 달리 동의하지 않는 한, 공개버전은 원본의 제출과 같은 시간에 제공되어야 한다.

15) 조사의 범위 확정에 대한 위원회의 재량에 관하여서는, Case T-141/94 Thyssen Stahl v. Commission [1999] ECR II-347, paragraph 10; Case T-9/99 HFB and Others v Commission [2002] ECR II-1487, paragraph 384; Case T-48/00 Corus UK v Commission [2004] ECR II-2325, paragraph 212.

5) 당사자들 및 제3자들과의 회의와 기타 접촉

조사단계 중에 DG Competition은 조사대상자, 신고인 기타 제3자들과 함께 비공식회의를 열었다.(또는 전화통화를 할 수 있다) 또한 당사자들과 중간점검회의(State of Play)을 하거나, 제2.11 또는 제2.12에서 그 대강을 정하고 있는 3자회의(triangular meetings)를 개최할 수 있다. 당사자들, 신고인 또는 제3자의 요청으로 회의가 열릴 경우, 일반적인 원칙으로 요청자들이 회의의 의제 및 내용에 관한 간략한 메모를 사전에 제출해야 한다. DG Competition이 개최한 회의에 참석한 기업들이 준비한 공개용 서면자료들은 DG Competition이 준비한 개요와 함께 적정한 시간 내에 즉, 파일에 대한 접근이 허용되는 단계에서 조사대상자에게 접근 가능하도록 제공되어야 한다. 익명처리의 요청이 있는 경우를 제외하고, 이 개요서에는 회의에 참석한 기업(또는 실제적 쟁점에 관련된 전화통화에 참여한 기업)과 시간, 회의(또는 전화통화)의 안건 등이 포함되어야 한다. DG Competition은 당사자들, 신고인들, 제3자들과의 회의 또는 기타 비공식적 접촉 후에 그들에게 Regulation 1/2003 제18조에 따라 서면으로 정보를 제공하도록 요청하거나 제19조에 따라 진술을 하도록 요청할 수 있다.

6) 진술을 받을 권한 (Power to take statements, interviews)

Regulation 2003/1 과 Implementing Regulation은 제101조, 제102조의 위반 주장과 관련된 유용한 정보를 가지고 있는 자료부터 진술을 받을 수 있는 특별한 절차를 가지고 있다. (Regulation 1/2003 제19조와 Implementing Regulation 제3조 참조) 위원회는 이 절차 하에서 전화 또는 전자통신 수단을 포함한 어떤 방식으로든지 조사 대상문제와 관련된 정보수집의 목적으로 인터뷰하는 것에 동의한 자연인 또는 법인을 인터뷰할 수 있다. 그러한 진술을 받기 전에 DG Competition은 진술할 자에게 인터뷰의 법적 근거와 그것이 자발적인 성질의 것임을 알린다. DG Competition은 나아가 진술할 자에게 인터뷰의 목적과 인터뷰를 녹음할 예정임을 알려야 한다. 이것은 실제로 절차를 설명한 문서에 인터뷰 대상자의 서명을

받는 형식으로 이루어진다. 진술의 정확성을 강화하기 위해 인터뷰 직후에 녹취된 사본을 인터뷰대상자에게 제시하고 동의를 받는다.

Regulation 1/2003 제19조와 Implementing Regulation 제3조에 따라 진술을 받는 절차는 인터뷰대상자와 DG Competition이 그 대화가 제19조하의 공식 인터뷰로 녹취될 것이라는 명시적 합의가 있는 경우에만 적용된다. 언제 인터뷰를 제안할 것인가를 결정하는 것은 DG Competition의 재량이다. 그러나 당사자는 DG Competition에게 자신의 진술을 인터뷰로 녹취해 달라고 요청할 수 있다. 그러한 요청은 원칙적으로 수락되지만, 조사의 적정한 수행을 위한 필요성과 요청에 의해 결정된다.

7) 현장조사 (Inspections)

위원회는 조사를 위해 기업 또는 개인의 영업장이나 주거에 대한 현장조사를 할 권한을 갖는다. 이와 관련된 DG Competition의 지침은 그 웹사이트에 올라있는 설명고지(explanatory note)에 게재되어 있다.¹⁶⁾

8) 중간점검회의 (State of Play meetings)

DG Competition은 직권 또는 요청에 의해 집행절차의 대상이 된 당사자들에게 그 절차 전반에 걸쳐 개방적이고 솔직한 토론의 기회와 자신의 의견을 알릴 수 있는 기회를 충분히 주도록 노력한다. 이러한 목표를 위해 앞의 14에 따라 제공된 정보에 더하여 집행절차의 일정 시점에서 중간점검회의를 개최한다. 본질상 완전히 자발적인 회의인 중간점검회의의 목적은 결정을 내리는 과정의 질적 수준과 효율성을 제고하는데 기여하고, 투명성과 DG Competition과 당사자들간의 의사소통에 기여하는 것이다. 이는 특히 당사자들에게 당해 집행절차의 핵심쟁점에 대한 현상황이 어떠한가를 알려주는 것이다. 중간점검회의는 조사대상 당사자들에게만 제공되는 것이며, 신고인과 제3자에게는 제공되지 않는다. 조사대상자들이 복수이면,

16) <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/legislation.html>

중간점검회의는 각 대상자에 대해 별도로 제공된다.

중간점검회의는 위원회의 사무소 또는 적절한 경우 전화 또는 화상회의 방식으로 할 수 있다. Senior DG Competition management 가 흔히 그 회의를 주재한다.

DG Competition은 통상 그 사건의 몇몇 중요한 단계에서 중간점검회의를 개최한다. 원칙적으로 이는 절차의 다음과 같은 단계에 해당된다:

① 절차의 (공식) 개시 직후: DG Competition은 당사자들에게 이 단계에서 특정된 쟁점과 예상되는 조사의 범위를 알려준다. 이 단계에서의 중간점검회의는 당사자에게 특정된 쟁점에 대한 대응을 할 기회를 제공하고, DG Competition이 향후 조사를 위한 적절한 framework를 결정하는 데 도움이 된다. DG Competition은 이 회의에서 대강의 사건처리일정을 제시할 수도 있다.

② 조사가 충분히 진행된 단계: 이 시기의 회의는 당사자에게 DG Competition이 조사 후에 갖게 된 그 사건에 대한 사전적인 관점과 관련된 경쟁법적 우려를 이해할 기회를 준다. 또한 그 회의는 DG Competition과 당사자가 그 사건의 결과와 관련된 쟁점들과 사실들을 명확화하는 기회로 이용될 수도 있다.

위반혐의고지가 발해지면, 당사자들에게 그에 대한 답변을 보낸 후 또는 구두 청문 후에 중간점검회의가 제공되어야 한다: 당사자들은 이 회의는 통상 DG Competition이 향후 그 사건을 어떻게 진행하고자 의도하는지에 대한 사전적인 관점을 알려주는 기회가 된다. 나아가, 중간점검회의는 동의결정(commitment decisions)에 이르는 절차에서도 제공되어야 한다.

중간점검회의를 한다고 하여, 당사자들과 DG Competition 간에 절차 전체에 걸쳐 다른 기회에 실질적인 쟁점이나 시간적인 문제에 관해 적절히 의견을 교환하는 것을 배제하지 않는다. 마찬가지로 위에서 정의한 중간점검회의는 통상 카르텔 절차에서는 개최되지 않지만, senior management와 당사자들간에 사건에 관련된 중요 쟁점들을 토의하기 위한 회의는 카르텔 절차에서도 이루어질 수 있다.

9) 3자회의 (Triangular meetings)

DG Competition과 각 개별 당사자간의 양자간 회의 외에 DG Competition은

하나의 회의에서 모든 당사자들의 의견을 듣는 것이 사실발견을 위한 조사 (fact-finding investigation)에 도움이 된다고 판단하면, 예외적으로 관련되는 모든 당사자들이 참석하는 “3자 회의(triangular meeting)”를 갖기도 한다. 그러한 회의는 예컨대 핵심적인 데이터 또는 증거에 대해 둘 이상의 상반되는 의견이 제시되는 경우에 유용할 수 있다. 3자회의는 통상 위원회의 주도로 이루어지고, 당사자들의 참여는 자발적인 차원에서 이루어진다. 3자회의는 통상 Senior DG Competition management가 주재한다. 이는 정식청문절차를 대체하지 못한다. 3자회의는, 개최하는 경우에는, 조사단계(절차의 개시 이후 위반혐의고지 이전)에서 가능한 한 조기에 이루어져야 한다. 이는 위원회가 위반혐의고지를 발할지 여부를 결정하기 전에 DG Competition이 실질적 쟁점에 관해 더 많은 정보를 기반으로 결정할 수 있도록 하기 위함이다. 3자 회의는 DG Competition이 그 회의에 참석하기로 동의한 모든 당사자들의 의견을 들은 후에 설정한 의제에 기초하여 사전에 준비되어야 한다. 회의의 준비를 위해서는 출석하는 당사자들 간에 사전에 공개용 제출서면을 교환하는 것이 포함될 수 있다.

10) Commissioner 또는 Director General과의 회의

통상 조사대상인 당사자들의 요청이 있으면, 당사자들의 대표(executive officers)가 Director General of DG Competition, Deputy Director-General for antitrust, 또는 적절한 경우 경쟁담당 Commissioner와 이 사건에 대해 의견을 나눌 기회가 제공된다.

11) 핵심적인 제출문서의 검토 (Review of key submissions)

당사자들이 자신들의 주장의 요점을 적기에 제시할 수 있는 개방적인 의견교환이 이루어지도록 촉진한다는 취지에서 DG Competition은 정식신고로 개시된 사건에서는 당사자에게 늦어도 절차 개시 직후에는 공개용 버전의 신고서(complaint)를 제공하고 검토의견을 제출할 기회를 준다. 그러나, 신고서가 더 이상의 조사없

이 조기에 각하된 경우(예컨대 “공동체의 이익에 관련된 사항이 없음”등으로)에는 DG Competition은 예외를 인정할 수 있다. 당사자들에게 신고서를 조기에 보게 함으로써 절차의 초기에 유용한 정보를 제공하도록 하고, 사건의 평가를 도울 수 있다. DG Competition은 또한 조사를 위해 개별 사건별로 (신고에 의한 사건과 직권 조사사건 양자 모두의 경우에) 당사자에게 신고인 또는 다른 당사자들이 제출한 다른 핵심적인 문서들(예컨대, 당사자중 1인을 대표하는 경제학전문가에 의한 보고서 또는 이해관계있는 제3자가 제출한 문서) 또는 현장조사 시 발견된 문서에 대해 의견을 제출하도록 요청할 수 있다. 그러나 DG Competition이 사건의 평가를 용이하게 하고 조사단계를 부당하게 지연시킬 위험을 피하기 위해 필요하다고 판단하면, 그 문서들은 이 초기 단계에만 당사자들에게 제공된다. 핵심적인 제출문서의 검토는 카르텔에 관한 법집행절차에서는 제공되지 않는다.

12) 조사단계에서 나올 수 있는 결과의 유형 (Possible Outcomes of the Investigation Phase)

일단 조사절차를 통해 DG Competition이 이 사건의 주된 쟁점에 대한 사전적 의견이 형성되면, 몇 가지 다른 절차적 진행이 예상될 수 있다.

① 위원회는 절차의 개시 시점에 인식되었던 쟁점의 모두 또는 일부에 대해 금지결정(prohibition decision)을 채택하기 위해 위반혐의고지를 발하는 방향으로 절차를 진행하기로 결정할 수 있다.

② 조사대상 당사자들은 조사과정에서 제기된 경쟁관련 문제들을 해결할 수 있는 방안을 제안하거나, 또는 최소한 그 가능성을 논의해 보려는 의사를 표시할 것을 고려할 수 있다. 그러한 경우 위원회는 동의결정(commitment decision)에 이르는 절차에 들어갈 것인지를 결정해야 한다.

③ 위원회는 그 절차를 계속할 근거가 없다고 결정하고, 모든 당사자 또는 일부 당사자에 대해 절차를 종결할 수 있다. 사건이 신고로 시작된 경우 위원회는 사건을 종료하기 전에 신고인에게 그 견해를 표명할 기회를 주어야 한다.

절차가 공식적으로 개시된 후 사건을 종결할 때에는 DG Competition이 당사자들에게 알리는 외에 통상 그 종결사실을 웹사이트에 공시하고, 그와 동시에 또는 대안으로 그 사건을 더 이상 조사하지 않기로 하였다는 결정을 언론에 공표해야 한다. 절차가 공식적으로 개시되지 않았으나 DG Competition이 그 사건을 조사하고 있다는 사실을 이미 공표한 경우에도 마찬가지이다. (예컨대, 현장조사를 공개적으로 한 경우 등) 그 사건이 조사대상 당사자들 중 일부 당사자에 대해서만 종료된 경우에는(특히 카르텔 사건) DG Competition이 나머지 당사자들에 대한 최종결정의 채택 시에 제공하는 언론보도자료에 이 당사자들에 대한 사건의 종료를 알린다.

나. 금지결정절차 (Procedures leading to a Prohibition Decision)

금지결정에 이르는 절차의 핵심은 위반혐의의 고지(Statement of Objections)이다. 그러나 위반혐의의 고지가 이 절차의 최종결과에 대해 미리 판단하는 것은 아님을 주의하여야 한다. 이 절차는 금지결정을 채택하지 않고 종결되거나, 동의결정으로 종결될 수도 있다.

1) 청문권 (Right to be heard)

당사자들이 자신에게 영향을 미치는 최종 결정이 이루어지기 전에 자신의 의견을 제출할 권리는 EU법의 근본적인 법원리이다. 위원회는 그 절차에 있어 청문권의 보호를 지향한다. 청문주재관은 경쟁법 집행절차에서 청문권을 보장해 주는 기능을 한다. 청문주재관은 그 임무의 수행에 있어서 DG Competition와 완전히 독립되어 있다. DG Competition과 그 절차의 어떤 당사자간에 분쟁이 발생하면 청문주재관에게 그 해결을 요청할 수 있다. 분쟁해결 외에, 청문주재관은 경쟁법 집행절차의 일정 부분에 직접 관여하는데, 특히 구두청문의 조직과 진행에 관여한다. 구두청문 후에 위반혐의고지에 대한 당사자들의 서면답변을 고려하여 청문주재관은 경쟁담당 Commissioner에게 청문과 그로부터 도출된 결론에 대해 보고한

다. College of Commissioners가 최종 결정을 내리기에 앞서 청문주재관은 중요한 절차적 쟁점이 발생하였는지 여부와 특히 행정절차가 진행되는 동안 청문권이 존중되었는지에 대해서 보고하여야 한다. 청문주재관의 최종보고서는 위원회의 최종 결정과 함께 당사자들에게 송부되고, 유럽공동체 관보에 게재된다.

가) 위반혐의 고지 (Statement of Objections)

특히 위반혐의고지를 받는 당사자들에게 불리한 결정, 특히 제101조와 제102조를 위반했다는 결정과 그 중지를 명하는 결정 및 벌금을 부과하는 결정을 채택하기 전에 위원회는 당사자들에게 위원회가 위반행위라고 인정하는 문제들에 대한 의견을 진술할 기회를 주어야 한다. (Regulation 1/2003 제27조) 이는 중간처분 (interim measures, 제8조) 또는 정기분할과징금의 금액 확정시에도(제24조(2)) 적용된다. 따라서 위원회는 위반혐의고지를 하기로 결정하고 이를 각 당사자에게 보내야 한다.

위반혐의고지에는 위원회가 심층조사를 실시한 후 제101조와 제102위반이라는 주장에 대해 갖게된 예비적인 입장을 vaud하는 것이다. 그 목적은 당사자에게 위반혐의사실을 알리고, 서면 또는 구두로 방어권을 행사할 수 있도록 하는 것이다. 그러므로 이는 청문권이 보장되도록 하는 핵심적인 절차적 보호장치이다. 관련 기업은 스스로를 방어하는데 필요한 모든 정보를 제공받는다. 위반혐의고지는 위원회가 절차의 종료후에 기업에 벌금을 부과할 의사가 있는지 여부를 명확하게 알려야 한다 (Regulation 1/2003 제23조) 이러한 경우 위반혐의고지는 벌금액기준지침(Guidelines on setting fines)에 있는 관련 법원칙을 참조할 것이다. 위원회는 위반혐의고지에서 중요한 벌금부과의 근거가 되는 사실관계와 법적 근거, 특히 위반행위의 기간과 비중, 고의 과실 여부 등을 고지해야 한다. 가능한 한 위반혐의고지에서는 가중, 감경의 요소가 될 수 있는 정황도 기술해야 한다. 그러한 법적 의무는 없지만, 당사자들은 만약 위반혐의가 확정될 경우 이후의 벌금산정에서 고려될 수 있는 모든 중요한 요소들에(관련 매출액 등) 대해 의견을 제출할 수 있다.

위원회가 당사자에게 어떤 적극적 조치(remedy)를 요구하기로 의도한 경우 위반혐의고지에는 그 위반상태를 효과적으로 종료시키도록 구상된 구제수단을 포함하여야 한다. 주어진 정보는 당사자들이 그 조치의 필요성과 비례성에 관해 방어권을 행사하는데 충분할 정도로 세부적인 것이어야 한다. Regulation 1/2003 제7조(1)의 구조적 조치가 예상되는 경우 위반혐의고지는 동등한 효과를 가진 행태적 조치는 없는지 또는 동등한 효과를 가진 행태적 조치는 관련 기업에게 구조적 조치보다 더 부담이 클 것이라는 점 등을 명시하여야 한다.

절차의 투명성을 강화하기 위해 위원회는 당사자가 위반혐의고지를 받은 직후에 위반혐의고지의 핵심 쟁점을 포함하는 보도자료를 공표하여야 한다. 카르텔 사건에서 화해절차가 진행되는 경우는 예외로 한다. 이 보도자료는 위반혐의고지의 발급이 어떤 의미로든 위반행위의 존재를 먼저 판단하는 것은 아니라는 점을 명확히 밝혀야 한다.

나) 파일에 대한 접근

위반혐의고지를 받은 자는 Regulation 1/2003 제27조(2), Implementing Regulation 제15조, 제16조에 따라 위원회의 조사파일에 접근할 수 있다. 당사자는 그 증거에 기초하여 위원회가 위반혐의고지에서 이른 사전적인 결론에 대해 자신들의 견해를 효과적으로 밝힐 수 있게 된다. 파일에 대한 접근절차와 접근가능한 문서의 유형에 대한 세부적인 지침과 비밀유지 문제는 별도로 고시되어 있다.¹⁷⁾ 청문주재관은 당사자들, 정보제공자, DG Competition 사이의 정보보호에 관한 분쟁에 대해 이 Notice에 따라 결정을 내린다. 마지막으로 카르텔 사건에서 기업의 진술에 대한 접근과 화해절차에 대한 특별한 규칙이 존재한다.

파일에 대한 효율적인 접근이 이루어지려면, 파일에 포함된 정보를 제공하는 당사자들과 다른 기업들의 협조가 필요하다. 특정 사건에서 정보 제공하는 모든 기업들, 특히 당사자들은 정보를 제출할 때마다 그 정보가 비밀이라고 보는지 여부를 밝혀야 한다. 정보가 비밀이라고 판단되면 정보제공자는 Implementing

17) Notice on the Rules for access to the Commission file

Regulation 제16조(3)에 따라 그 주장을 입증하고, 공개용 버전의 정보를 제공하여야 한다. 공개용 버전은 비공개용 정보와 같은 형식이지만, 삭제된 부분을 요약으로 대체한다. 달리 합의되지 않으면 공개용 버전은 원리의 제출과 동시에 이루어져야 한다. 공개용 버전을 계속 제공하지 않고 있으면 그 문서는 비공개용 정보를 포함하지 않은 것으로 간주될 수 있다.

Notice에 규정된 것 이외에 당사자들이 제출문서에서 비공개정보를 편집하는 부담을 덜어주기 위한 2가지 절차적 관행이 있다. 이는 DG Competition이 적절하다고 판단할 경우에 사용되고, 관련기업이 제한된 숫자일 경우 적용된다. 이들은 파일에 접근하는 당사자 뿐 아니라 정보를 제출하는 자들에게도 유용하다. 문서의 양이 매우 많은 경우, DG Competition은 협의에 의한 공개절차(negotiated disclosure procedure)의 이용을 수락할 수 있다. 이 절차에서는 문서에 대한 접근을 허락받은 당사자는 이해관계있는 제3자는 양자간에 제3자가 위원회에 제공하여 위원회의 파일에 있는 정보 전체를 비공개정보를 포함하여 반기로 합의할 수 있다. 파일에 접근을 허락받은 당사자는 정보에 대한 접근을 제한된 일부의 자에게만 허용한다.(이는 개별사안마다 결정한다.) 이러한 방식의 접근이 당사자의 조사파일에 대한 완전한 접근권을 제한하는 만큼 당사자는 자신의 절차적 권리의 제한을 수락하는 것이고, 정보제공자 역시 정보의 비밀보호에 대한 자신의 권리의 제한을 수락하는 것이다.

다른 방식으로 DG Competition이 조직하는 “자료실 절차(data room procedure)”라는 것이 있다. 이 절차에서는 비공개정보를 포함하는 파일의 일부를 위원회 내의 한 방 즉, 자료실에 모아놓고, 파일에 대한 접근은 이 방에서 제한된 범위의 사람들, 통상 당사자의 외부변호사 또는 경제자문인 등에 의해 위원회 직원의 감시하에 이루어진다. 외부 변호사는 자료실에 있는 정보를 기록할 수는 있지만, 비공개 정보를 자신의 고객에게 공개할 수는 없다. 이러한 형식으로 파일에 접근하는 것은 당사자의 조사파일에 대한 완전한 접근권을 제한하는 것이니만큼 당사자가 이를 수락하여야 한다. 정보제공자의 경우에도 비밀보호에 대한 권리가 제한되므로 이를 수락하여야 한다. 양측 중 일방이 그 권리에 대한 포기를 부당하게 거절하면 이러한 권리의 포기는 Hearing Officer’s Mandate 제8조 또는 제9조

에 따른 결정으로 대체될 수 있다.

다) 위반혐의고지에 대한 서면답변

Regulation 1/2003 제27조(1)에 따라 위원회는 위반혐의고지를 받은 자에게 위원회가 위반행위로 인정한 사안에 대해 의견을 진술할 기회를 주어야 한다. 서면답변을 통해 당사자들은 위원회가 제기한 위반가능성에 대한 항변에 관해 사실들로서 자신들이 알고 있는 모든 사실들을 정리할 기회를 가진다. 위반혐의고지에 대한 답변의 기한은 제출할 답변서를 준비하는 데 걸리는 시간과 그 사안의 긴급성을 모두 고려한다. 위반혐의고지를 받은 자는 답변준비를 위해 최소한 4주의 기간을 보장받을 권리를 가진다. Implementing Regulation에 따르면, 그 사건의 상황에 따라서 이보다 긴 기간이 허용되는데, 특히 복잡한 사건이나 파일의 분량이 많은 경우, 공휴일 기간이 답변을 준비하는데 영향을 미칠 경우 등이다. 위반혐의고지를 받은 자는 최초의 답변기한 내에 이유가 부기된 신청서로 청문주재관에게 기간연장을 요청해야 한다.

위원회는 공정하고 실효적인 법집행을 위해 당사자들에게 다른 당사자의 위반혐의고지에 대한 서면답변의 공개버전을 전달하고, 그에 대한 의견을 제출할 기회를 준다. 위원회는 적절한 경우 신고인과 의견을 들어야 할 만큼 충분한 이해관계를 가진 제3자들에 관해 그렇게 결정해야 한다.

라) 신고인 및 이해관계있는 제3자의 권리

신고인들은 집행절차에 밀접하게 관여한다. Implementing Regulation 제6조(1)에 따르면, 이들은 위반혐의고지의 공개버전을 받을 권리가 있고, DG Competition은 신고인이 서면으로 의견을 진술할 시간을 정해야 한다.

위원회는 Implementign Regulation 제13조에 따라 신청이 있으면, 절차의 결과에 대해 충분한 이해관계가 있음을 입증할 수 있는 그 밖의 자연인이나 법인의 의견을 들어야 한다. 그러한 당사자의 청문권에 대한 결정은 청문주재관의 소관이

다. 제3자가 그 절차에 참가가 허가되면, 서면으로 그 절차의 성질과 대상에 대해 고지를 받고 서면의견제출을 위한 기한이 정해진다.

마) 구두청문

위반혐의고지를 받은 당사자들은 기한 내에 서면답변을 제출하면서, 구두청문을 신청할 수 있다. 구두청문은 당사자들에게 이미 서면으로 제출한 그들의 주장을 구두로 전개하고, 적절한 경우 서면 증거를 보강하거나 또는 위원회에 관련이 있을 수도 있는 다른 문제들을 알릴 수 있도록 한다. 청문은 비공개로 진행되므로, 모든 참석자들은 자유롭게 제약없이 의사표현을 할 수 있다. 구두청문의 중요성 때문에 통상 DG Competition은 경쟁법 사건의 구두청문에는 senior management(Director or Deputy Director)와 당해 사건의 조사를 담당하는 위원회의 직원들을 계속 참석하도록 하고 있다. 청문주재관은 구성국의 경쟁규제기관, 수석 이코노미스트의 팀, 관련된 위원회의 부서(Legal Service를 포함한 Commission services)등의 출석을 요청한다.

바) 보충적 위반혐의고지와 사실통지문 (Supplementary Statement of Objections and Letter of Facts)

위반혐의고지가 발해진 후, 새로운 증거가 발견되어 위원회가 이에 근거하고자 할 경우, 문제된 기업에게는 이 새로운 증거에 대한 의견을 제시할 기회가 부여되어야 한다. 새로운 증거가 추가적인 위반혐의 발령을 정당화하거나, 당해 기업이 조사받은 위반행위의 본질이 변경되는 경우 위원회는 보충적 위반혐의고지(supplementary Statement of Objections)를 통해 이를 당사자들에게 알려야 한다. 그렇게 하기 이전에 통상 당사자들과 중간점검회의를 갖는다. 이 경우에도 답변에 대한 기한이 설정되나, 통상 더 짧은 기한이 설정된다.

그러나 새로운 증거가 단지 이미 그 기업에 대한 위반혐의고지에서 제기된 위반행위에 대한 보강증거로서의 의미만 갖고, DG Competition이 이 새로운 증거에

근거하고자 한다면, 관계당사들에게 단순한 통지문("letter of facts")을 보냄으로써 알릴 수 있다. 사실통지문은 기업에게 정해진 기간 내에 새로운 증거에 대한 입장을 정할 가능성을 주고, 이 입장은 서면으로 기록될 것이다.¹⁸⁾ 이 기한의 연장신청은 이유를 부기한 신청서를 통해 청문주재관에게 한다.

최초의 위반혐의고지를 보냄으로써 발생한 절차적 권리는 보충적 위반혐의고지를 발생한 후에도 준용된다. 이에는 구두청문에 대한 권리도 포함된다. 최초의 위반혐의고지 이후부터 보충적 위반혐의고지 시까지 수집된 증거들에 대한 접근도 제공될 것이다. 사실통지문이 발해진 경우에는 일반적으로 위반혐의고지 시부터 사실통지문이 발해진 시점까지 수집된 증거에 대한 접근이 허용될 것이다. 그러나 위원회가 단지 하나 또는 제한된 수의 당사자들이나 개별적 쟁점(특히 벌금액수의 결정나 카르텔 사건에서 모회사의 책임 등)에 관한 특정 증거를 근거로 할 의도인 경우에는 접근은 직접 관련된 당사자들에게만 허용되고, 위원회가 근거하고자 하는 증거에 대해서만 허용된다.

2) 이 단계의 가능한 결과 (Possible Outcomes of this phase)

당사자의 답변이 서면 또는 구두청문을 통해 주어지고, 이 단계에 이르기까지 획득된 모든 정보의 완전한 평가의 근거 하에 위반행위가 입증된다면 위원회는 금지결정을 채택할 것이다. 그러나 이 단계에서 위반행위가 입증되지 않는다면 위원회는 이 사건을 종결할 것이다. 이 사건에서 위 62항에서 기술한 정보관련 조치들은 적용된다. 위원회는 또한 어떤 일부 위반행위는 철회하고, 나머지 부분에 대해서만 금지결정을 할 수도 있다.

4. 청문주재관의 역할

가. 청문주재관의 임무

18) Case T-340/03 France Telecom v Commission [2007] ECR II-107, paragraphs 28-37

위원회는 경쟁법집행절차를 공정하고 객관적으로 진행하여야 하며, 당사자들의 절차적 권리를 존중하여야 한다. 무엇보다도 청문주재관은 위원회에서 진행되는 절차의 공정성(fairness) 대한 수호자이다. 청문주재관은 제101조와 제102조 (구 제81조, 제82조)에 관련된 절차의 당사자가 된 기업들의 방어권과 신고인 및 그 절차의 다른 당사자들의 절차적 권리를 보호한다. 방어권은 주로 위원회가 경쟁법 위반이 있다는 주장의 근거로 주장한 사실과 문서의 진정성과 관련성에 관한 문제에 관련된다. 방어권은 예컨대 절차적 지위에 대해 고지받을 권리와 위원회가 의견을 청취해 줄 것을 요구할 권리가 있다. 위원회의 절차에 있어 다른 모든 당사자의 절차적 권리는 본질적으로 참여권(participation rights)으로서, 참여권 중 가장 중요한 권리가 위원회에 의견청취를 요구할 권리이다.

절차적 권리의 준수는 1차적으로 DG Competition의 소관이다. 그러나 DG Competition과 당사자 간에 이견이 있을 경우, 청문주재관이 독자적인 검토를 할 수 있도록 청문주재관에게 회부될 수 있다. 이를 위해 청문주재관에게 기한의 연장, 파일에 대한 접근, 비밀의 보호에 관련된 특정한 결정권한이 부여되어 있다. 이를 통해 절차가 진행되는 동안 분쟁이 효과적이고 효율적으로 해결될 수 있다. 만약 당사자가 어떤 분쟁을 유럽법원에서 처음으로 소송을 제기하고자 하면 먼저 위원회의 처분이 발해지길 기다려야 한다. 청문주재관이 내리는 결정의 성질에 따라 이 결정은 유럽법원에서 별도로 다투어질 수도 있고, 최종 결정에 대한 무효청구소송에서 다투어질 수도 있다.

분쟁해결권한 외에도, 청문주재관은 경쟁 사건에서 절차의 특정한 일부에 직접 관여한다. 특히 청문주재관은 당해 절차와 구두청문에 제3자를 참여시킬 것인가를 결정한다. 청문주재관은 또한 구두청문의 조직과 진행에 대해 책임을 지고, 청문에 관해 경쟁담당 Commissioner에 직접 결과를 보고한다. 또한 절차가 종료한 후에 청문주재관은 College of Commissioners 및 최종적으로는 그 결정의 상대방과 일반 공중에게 그 절차에서 절차적 보장제도와 청문권이 존중되었는지 여부에 관해 보고한다. 청문주재관은 절차적 문제를 감독하고, 절차 관련 문제에 대해 결정을 내릴 권한과 분쟁대상에 대한 판단을 내릴 권한을 보유하지만, Commissioner에게 실제적 쟁점(절차적 쟁점이 아닌, 역자추가)에 대해서도 Commissioner에게

의견을 전달할 수 있다. 청문주재관은 실제적 쟁점에 관해 전달할 의견이 있는 경우에는 통상 Commissioner에게 구두청문에 관해 보고할 때 이를 전달한다. 보다 일반적으로, 청문주재관은 그 집행절차가 진행되는 모든 기간 중에 그 집행절차에서 발생하는 어떠한 문제에 관해서건 Commissioner에게 의견을 전달할 수 있다.

청문주재관이 자신의 임무를 수행함에 있어서, 청문주재관은 Mandate(위원회의 청문주재관의 역할에 관한 결정을 의미함. 참고자료 2)에 규정된 절차를 적용할 것이다. 청문주재관은 주로 당사자의 요청에 따라 특정한 임무를 수행하게 되지만, 직권으로 임무를 수행하게 될 수도 있다. 그러나 청문주재관은 DG Competition에 의한 경쟁사건의 처리를 모니터하지 않으며, 행정의 건전성(sound administration) 원칙의 실현을 확보할 책임도 없다. 반대로 당사자들이 청문권과 같은 절차의 공정성(fairness)에 관한 쟁점으로서 DG Competition이 해결하지 않은 쟁점을 문제삼을 경우 이들은 경쟁법 집행절차의 어떤 시점에서나 청문주재관과 연락하도록 권장되고 있다. 청문주재관이 결정권을 가진 사항에 대한 DG Competition과의 분쟁을 청문주재관에게 제기하지 않은 경우 이는 DG Competition의 입장을 받아들인 것으로 간주될 수 있고, 위원회는 당사자가 이후 유럽법원에 그 절차적 문제를 제기할 때 비로소 이 문제에 대해 알게 되는 결과가 될 수 있다. 청문주재관은 그 기능을 적절히 수행하기 위해 DG Competition으로부터 완전히 독립해 있다. 청문주재관은 College of Commissioners에 의해 임명된다. 행정적인 차원에서 이들은 경쟁 담당 Commissioner에게 소속되어 있다. 현재 2인의 청문주재관이 임명되어 있다. 이들은 개별적으로 임무를 수행한다.

나. 조사 단계 (The Investigative Phase)

청문주재관은 제101조, 제102조에 관한 집행절차의 조사단계 - 즉, 1차적인 조사와 위반혐의에 대한 통지(Statement of Objections)가 이루어지기까지 사이의 단계-에서 제한적인 역할만을 수행한다. 이는 조사를 받는 당사자인 기업은 일단 위반혐의에 대한 통지를 받은 이후에야 그 방어권을 완전히 보장받을 수 있다는 사실에서 비롯된다. 이는 그 시점이 되어야 해당 기업이 경쟁법 위반에 대한

협의를 공식적으로 알게 되는 것이기 때문이다. 그럼에도 불구하고, 조사단계에서 어떤 쟁점이 청문주재관에게 제기될 경우도 있다. 조사단계에서 제기될 수 있는 방어권 문제의 예로는 기업이 (i) 조사의 목적과 대상에 대해 통지받을 권리, (ii) 자기부죄 금지, (iii) 변호사의 조력을 받을 권리 등이 포함된다. 나아가 비밀보호(confidentiality)에 관한 문제가 때로 Statement of Objections의 고지 이전에 청문주재관의 개입을 필요로 할 수 있다. 청문주재관은 기업의 요청에 따라 그러한 쟁점을 검토할 것이고, 특히 Statement of Objections에 대한 답변서에서 이러한 문제가 제기된 경우에는 이를 처리할 것이다.

다. 금지결정(처분)에 이를 수 있는 절차

기업은 일단 위반혐의의 통지를 받으면 그 방어권을 완전히 보호받을 권리를 가진다. DG Competition이 청문관리실(Hearing Office)에 위반혐의 고지를 하였음을 통보하면, 청문관리실은 당사자에게 이 사건을 담당할 청문주재관에 대해 고지한다. 다음과 쟁점들이 이러한 절차의 inter-partes 단계에서 흔히 제기되는 것이다.

1) 파일·정보에 대한 접근 (Access to file or other information)

위반혐의 통지의 수령인 (Addressees of a Statement of Objections)에게 위원회의 파일에 접근을 허락하는 것은 DG Competition의 책임이다. 이에 관한 원리와 실제 관행은 1차적으로 '파일접근에 대한 방침(Notice on Access to File)'에 담겨 있다. 위반혐의를 고지받은 기업이 자신에게 허용된 파일에 대한 접근이 자신의 방어권을 적절히 행사하기에 불충분한 것이라고 생각하면, 그 기업은 먼저 DG Competition에게 그 문제를 제기하여야 한다. 그 이후에 상대방이 허용된 접근의 범위에 대해 여전히 만족하지 못할 경우 청문주재관에게 서면으로 이유를 부기하여 신청서를 제출하여야 한다. 이를 제출하지 않는 것은 DG Competition의 입장을 수락한 것으로 간주될 수 있다. 청문주재관은 어떤 문서에 대해 완전한 또는

부분적인 접근이 이루어져야 한다고 결정하거나, 왜 접근이 허용되어서는 안되는지에 대한 이유를 부기한 결정을 할 수도 있다. 당사자는 가능한 빨리 파일에 대한 접근 이슈를 제기하도록 모든 노력을 기울여야 한다.

신고인과 기타 절차참가를 허락받은 제3자들 (Complainants and other admitted third parties)의 경우, 위반혐의를 통지받은 당사자와 달리 신고인 또는 그 밖의 절차참여를 허락받은 제3자들은 위원회의 조사파일에 접근할 권리가 없다. 신고인은 위반혐의고지의 공개 버전(non-confidential version)을 제공받고, 서면으로 의견을 제출할 권리를 갖는다. 그러나 신고인이 어떤 의미있는 comment를 제출할 위치에 놓여있지 않다고 생각하면 이 문제를 청문주재관에게 제기할 수 있다. 이해관계있는 제3자는 그 절차의 성질과 대상에 대해 고지받을 권리가 있고, 신고인과 유사하게 서면으로 의견을 제출할 권리가 있다. 이와 관련하여 제3자에게 고지하는 수단을 결정할 권한은 DG Competition에게 있다. 그러나 제3자가 그 정보가 의견을 제출하는데 부족한 것이라고 생각하면 이 문제를 청문주재관에게 제기할 수 있다.

2) 비밀 정보의 공개

위반혐의고지를 받은 당사자 또는 정보 제공자와 DG Competition 사이에 어떤 정보가 공개대상인지 비공개대상인지에 관해 분쟁이 발생하는 경우, 당사자 또는 정보제공자는 청문주재관에게 그 분쟁에 관한 결정을 신청할 수 있다. 청문주재관은 비밀이라고 주장된 정보를 공개하기 전에 Mandate 제9조를 적용하여 통상 “AKZO procedure”¹⁹⁾ 라고 불리는 절차를 개시하여야 한다. 청문주재관에게 (어떤 정보가) 비공개대상이라고 주장하는 경우 이는 정보의 공개요청과 마찬가지로 일반적인 용어로 표현되어서는 안 된다. 정보의 제공자는 어떤 문서 (또는 그 문서의 어떤 부분)가 접근이 허용되어서는 안 될 것인지를 세부적으로 적시하고, 그 이유를 부기하여야 한다. 마찬가지로 위반혐의고지를 받은 당사자도 접근을 요청하는 문서를 특정하여야 하고, 자신의 방어권 행사를 위해 왜 추가적인 공개가 필

19) Case 53/85, AKZO Chemie and AKZO Chemie UK v. Commission [1986] ECR 168

요한지를 설명하여야 한다. 청문주재관은 이러한 방식으로 세부적으로 적시되지 않은 일반적인 신청에 대해서는 거부할 것이다.

청문주재관은 관련있는 문서의 독립적인 심사를 수행하고, 당사자들과 DG Competition의 주장을 검토하여, 첫째 정보가 그 자체로서 비공개대상인지를 결정한다. 청문주재관이 비공개주장이 이유있다는 결론에 이르면, 둘째 기업이 그 정보의 비밀유지를 통해 얻는 정당한 이익이 위반혐의고지를 받은 당사자가 문제된 정보에 관해 효과적으로 의견을 제시함으로써 인해 얻는 이익에 비해 적지 않은지에 대한 형량 심사(balancing test)를 한다. 청문주재관이 형량심사결과에 따라 정보를 완전히 또는 부분적으로 공개해야 한다는 사전 결정에 이르는 경우, 정보제공자는 그 사전결정과 이유를 통지받는다. (이를 흔히 “pre-Article 9 letter” 라 한다.) 정보제공자는 청문주재관의 1차적인 판단에 대해 일정한 기간 내에 의견을 제출할 수 있다. 반면에 청문주재관이 정보의 비공개주장이 정당하며 정보가 공개될 수 없다고 판단하면, 이를 요청하는 당사자가 이에 관해 통보를 받게 된다. 실제로는 많은 정보공개관련분쟁이 절차의 이 단계에서 허용된다.

pre-Article 9 letter를 받은 후, 정보제공자가 공개에 계속 반대하고, 청문주재관은 그 주장을 검토한 후 그 정보가 공개되어야 한다고 주장하면, Mandate 제9조에 근거한 이유부기있는 결정이 발해진다.(“Article 9 decision”) 제9조의 결정은 정보 공개 시점을 특정하여야 하는데, 이 시점은 결정의 고지일로부터 1주일 이후라야 한다.

문제된 정보를 제공한 기업은 제9조의 결정에 대해 즉시 General Court of the European Union에 소를 제기할 수 있다. 그러나 청문주재관에게 특정 시점까지 General Court에 무효화소송을 제기할 것인지, 임시조치를 신청할 것인지 여부에 대해 고지하여야 한다. 정보 제공자가 불복의사와 임시조치 신청의사를 알리면, 그 대상이 된 정보는 President of General Court가 임시조치신청에 대한 결정을 내릴 때까지 공개되지 않는다.

3) 답변서 제출 기한 (Deadlines to Reply)

위반혐의고지의 상대방의 위반혐의고지에 대한 답변의 제출기한 연장신청은 가능한 한 신속하게 이루어져야 하며, 늦어도 DG Competition이 정한 원래의 기한 내에는 이루어져야 한다. 이는 이유와 답변을 제출하는 데 걸릴 시간을 세부적으로 알려야 한다. 청문주재관은 DG Competition의 의견을 들은 후, 당사자가 그 의견을 충분히 전달하고 그 절차적 권리를 효과적으로 행사하도록 하기 위해 필요한 추가적인 시간이 필요한지, 어느 정도의 시간이 필요한지를 결정한다. 연기가 되어야 하는지 여부를 평가함에 있어서 청문주재관은 다음과 같은 요소를 그 사안의 특별한 상황에 따라 고려해야 한다,

① 위반혐의고지를 받은 자가 DG Competition이 정한 기간 내에 의견을 제출하는 데 위원회가 초래한 장애사유, 예컨대 파일에 대한 접근문제로 분쟁이 일어나서 당사자가 위반혐의에 대한 답변을 하는 데 필요한 시간에 영향을 준 경우; 그리고/ 또는

② 당사자가 기한 내에 의견을 제출하는데 직면하는 그 밖의 장애사유

답변기한은 통상적으로 파일에 포함된 주요 문서에 대한 접근이 허용되어 당사자가 위반혐의에 대한 분석을 시작한 시점부터 진행한다. 당사자의 관점에서 전체 파일에 대한 접근이 허용되지 않았다는 사실이 DG Competition이 정한 기한의 진행을 자동적으로 차단하지는 않는다.²⁰⁾ 그러나 예외적인 경우에는 청문주재관은 당사자가 기한 내에 답변할 위치에 있지 않게 될 것이고 기한의 연장은 그 시점에서 적절한 해결책이 될 수 없음이 명백해지는 경우에는 파일에 대한 접근분쟁이 해결될 때까지 기한의 진행을 정지하기로 결정할 수 있다. 보충적인 위반혐의 고지 또는 사실관계통지문(Letter of Facts)이 당사자에게 고지된 경우, 일단 당사자의 의견제출기한을 정하는 것은 DG Competition의 권한이다. 그 기간의 연장신청은 청문주재관에게 하여야 하고, 신청에 대해 청문주재관은 위에서 본 기준에 의해 검토할 것이다.

신고인과 그 밖의 참여를 허락받은 제3자들의 경우, 신고인과 제3자들의 의견

20) Case T-44/00 Mannesmannröhren-Werke AG v. Commission [2004] ECR II-2223, para. 65

제출기한은 DG Competition이 정한다. 그 기한의 연장신청은 가능한 한 신속하게, 늦어도 원래의 의견제출기한 내에 청문주재관에게 하여야 한다. 신고인 및 제3자의 연장신청을 평가함에 있어서 청문주재관은 적용이 가능한 범위에서 위에서 위반혐의고지를 받은 당사자에 대해 규정한 일반원칙을 적용한다.

라. 제3자의 절차참가의 허가

32. 청문주재관은 위원회의 절차에 대해 충분한 이해관계를 가진 자연인 또는 법인의 참가를 허가할 책임을 진다. 참가신청에는 이유가 부기되어야 하며, 그 절차의 결과에 대한 신청인의 이해관계를 명확히 설명하여야 한다. 참가신청은 행정절차가 진행되는 중에 청문주재관에게 할 수 있다. 잠재적 이해관계가 있는 제3자는 그 절차적 권리의 가장 효과적인 행사를 위해 위반혐의고지가 이루어진 시점 근처에 정식신청서를 제출하는 것이 바람직하다.

33. 제3자의 참가신청에 대한 검토 시에 청문주재관은 특히 그 제3자가 당해 집행절차와 관련된 사실과 정황의 진정성과 관련성을 입증하는 데 기여할 수 있는 점을 고려한다. 제3자가 전적으로 사적 이익만 가지는 경우에는 이는 통상 충분한 이익이라고 평가되지 않는다. 필요한 경우 청문주재관은 신청인에게 추가 정보를 요구할 수 있다.

34. 단체(association)가 참가신청을 한 경우 청문주재관은 다음과 같은 요소를 개별 사안의 특징에 따라 고려하여야 한다.

- a. 단체의 목적 (특히 그 목적이 그 구성원들의 이익보호를 포함하는지 여부)
- b. 그 사건이 단체의 구성원들(또는 단체 그 자체)의 공통적인 이익에 영향을 줄 가능성이 있는 원리의 문제를 제기하는지 여부
- c. 단체의 임무가 그 사건의 대상에 충분히 밀접하게 연결되어 있는 것인지 여부

35. 청문주재관은 DG Competition의 의견을 구한 후 제3자의 참가신청에 대해 결

정한다.

36. 참가를 허가받으면, DG Competition은 이해관계있는 제3자에게 절차의 성질과 대상에 대해 통지하고 서면의견제출을 위한 기한을 정해준다. 공개 version의 위반혐의고지문을 제공받는 신고인과 달리 제3자에게 어떤 방식으로 위의 사항을 통지할 것인지는 DG Competition이 결정한다.

37. 위반혐의고지를 받는 당사자는 늦어도 구두청문 이전에는 제3자의 참가를 고지받는다. 예외적인 경우에만 청문주재관은 제3자의 신분을 공표하지 않기로 동의할 수 있다.

마. 구두청문 (Oral Hearing)

구두청문은 위반혐의고지를 받은 당사자 및 절차에 참가한 다른 당사자들에게 위원회의 사전적 사실발견(preliminary findings)에 대한 그들의 의견을 구두로 표현하고 진전시킬 기회를 제공한다. 당사자와 제3자가 그들이 위원회의 발견 사항에 대해 동의할 수 없는지 여부, 어느 정도까지 동의할 수 없는지를 설명하고, 자신들을 방어하거나 정당화할 수 있다면 청문의 목적은 가장 잘 달성된다. 청문은 또한 위원회가 그 다루어지는 사실에 대해 더 설명할 기회도 제공한다. 당사자는 위반혐의고지에 대한 서면의견제출기한 내에 구두청문을 신청할 권리를 가진다. 청문주재관은 청문 실시의 장소와 시기에 대해 결정한다. 그 신청이 기한 내에 이루어지지 않은 경우에는 청문주재관은 청문을 실시할 의무가 없고, 그 여부는 청문주재관의 재량에 맡겨진다.

1) 구두청문에 대한 참가허가 (Admission to Oral Hearings)

청문주재관은 구두청문에 누가 출석하도록 할 것인지를 결정한다. 회원국의 경

쟁규제기관은 예외로 하고, 청문에 출석통지를 받은 당사자들은 청문에서 구두진술을 하여야 한다. 따라서 일반적으로 구두청문에 observers로 출석하는 자는 없다.

2) 구두청문에 대한 출석신청 (Applications to attend the Oral Hearings)

위반혐의고지를 받은 당사자 이외의 참가인들은 청문주재관이 사전에 그들의 출석신청을 허가한 경우에만 출석할 수 있다. 신고인과 절차에 참가허가를 받은 이해관계있는 제3자는 자동적으로 구두청문에 출석할 권리를 갖는 것은 아니다. 일반적인 원칙으로서, 신청인들은 청문의 초점이 될 것으로 예상되는 사실과 정황의 진실성과 관련성의 입증에 기여할 수 있어야 한다. 구두청문에 참여허가를 받은 당사자들은 청문의 목적에 기여하여야 하며, 특히 구두 진술을 통해 기여하여야 한다. 효과성과 효율성 때문에 당사자들의 수를 제한할 필요가 있을 것이다. 이러한 경우 청문주재관은 그 사안에 대한 모든 관점이 공정하고 충분히 대표될 수 있도록 하면서, 참여허가를 제한해야 할 수 있을 것이다.

필요한 경우, 청문주재관은 신청인이 그 절차에 대해 갖는 이해관계를 평가하거나 쟁점과 사실을 명확히 하기 위해 신청인에게 추가적인 정보를 요청할 수 있다. 특히 신청인이 구두청문에 대한 기여에 관해 청문주재관을 명백히 만족시키지 못하였을 경우에 그러하다. 청문주재관은 통상 신청인이 계획하고 있는 진술에 관한 정보 - 진술의 개요, 진술예상시간, 진술을 할 자, 신청인이 근거하는 증거 등을 포함한다 - 를 요청한다.

구두청문에 출석하도록 통보받은 자들은 직접 출석하거나 정당한 권한을 부여받은 자로 하여금 대표로 출석하게 할 수 있다. 이들은 변호사의 조력을 받을 수 있다. 가능한 경우에는 기업들은 그 직원이나 사실에 관한 직접적인 지식을 가진 자를 포함하여 관련시장과 산업에 관한 전문성을 가진 자들에 의해 대리되어야 한다. 모든 대표자, 대리자, 참여자들은 청문주재관에 의해 사전에 참석을 허가받아야 한다.

3) 구두청문의 준비 (Preparation of the Oral Hearing)

청문주재관은 구두청문의 일시, 기간, 장소를 결정한다. 구두청문은 통상 의견 교환을 하도록 한 경우에는 구두청문에 출석을 허가받은 모든 당사자들간에 서면 의견교환이 끝나고 당사자들이 그러한 의견을 검토할 충분한 시간을 갖지 전에는 열리지 않는다. 구두청문에서는 청문주재관의 사전 허가가 없이는 새로운 문서를 제출할 수 없다. 청문주재관은 구두 청문의 실효성과 효율성을 확보하기 위해 모든 필요한 조치를 하여야 한다. 그러한 준비조치에는 그 사건에 직접 관련된 자 또는 관련시장과 산업에 관한 전문성을 가진 자, 그 밖의 유용한 방식으로 당해 사건의 쟁점을 명확히 하는데 기여할 자를 출석하도록 통지하는 것이 포함된다. 또한 당사자들에게 사전에 구두 청문에서 특정 쟁점에 관해 진술하거나, 청문주재관이 사전에 준비한 질문에 대해 청문회에서 그들의 견해를 밝히도록 요청할 수도 있다. 청문주재관은 당사자들이 구두 청문을 적절히 준비하도록 사전 회의를 열수도 있다. 구두청문에 앞서, 당사자들은 청문주재관으로부터 구두청문에 출석할 때 어떤 문서를 몇 부의 사본을 만들어 가지고 나와야 하는지에 대한 목록과 그 밖에 구두청문의 구성과 관련된 상세한 정보를 담은 정보목록(information memorandum)을 받는다.

투명성을 위해 청문주재관은 구두청문이 최종적으로 확정되고, 그 사건의 당사자들이 적정하게 통지를 받은 후에 향후 예정된 구두청문의 일시를 웹사이트에 공표하여야 한다. 그러한 공표는 순전히 정보제공의 목적만을 위한 것이다. 그러나 구두청문은 공개되지 않는다.

4) 구두청문의 조직 (Organization of the Oral Hearing)

청문주재관은 가능한 시점에 그러나 늦어도 구두청문일 3일전까지는 모든 출석 당사자들에게 잠정적인 참가자명단과 의제의 목록을 배포한다. 청문주재관에 의해 출석을 허가받은 자들만이 청문회장에 입장할 수 있다. 청문주재관은 출석자들의 수, 의견진술에 걸리는 예상시간, 사건의 복잡성 등을 고려하여 의제(agenda)를

정한다. 절차적 효율성을 위해 청문주재관은 의제에 할애되는 시간이 가능한한 엄격하게 지켜지도록 할 것이다. 참가자들은 그 집행절차에서 이용되는 언어 이외의 EU 공식언어로 진술하는 것을 허락해 달라고 신청할 수 있다. 그러한 경우 청문주재관에게 충분히 미리 고지가 되면, 그 언어를 당해 집행절차에서 사용되는 언어로 통역하는 서비스가 제공될 것이다.

구두청문에서 진술을 하는 자는 (i) 위원회, (ii) 위반혐의고지를 받은 당사자, (iii) 제3자이다. 위 43에서 언급한 바와 같이 청문주재관은 위원회, 당사자, 제3자에게 사전에 진술의 개요를 제출하도록 요구할 수 있다.

당사자와 구두청문에 출석을 통보받은 제3자는 자신들의 영업비밀 및 그 밖의 비밀유지가 필요한 정보를 보호하기 위해 그 진술 중 민감한 부분을 폐쇄회의로 진행해 줄 것을 요청할 수 있다. 그러한 요청은 청문 전에 이루어져야 하며, 폐쇄회의의 필요성에 대해 적절한 평가가 이루어질 수 있도록 정당한 동기가 있어야 한다. 당사자들이 폐쇄 회의를 남용하지 못하도록 하기 위해, 청문주재관은 폐쇄회의가 진행되는 동안에도 정보의 비밀성에 대해 재검토하여 어느 시점이라도 정보의 성질이 폐쇄회의를 정당화시킬 수 있는 것이 아님을 결정하고, 필요하면 폐쇄회의를 종료시킬 수 있다. 폐쇄회의가 허용되면, 그 회의에서 배제되는 참가자들은 그 진술의 주제에 관해서만 통보받을 수 있다. 폐쇄회의를 신청한 당사자는 폐쇄회의의 사전 또는 사후에 요약진술을 할 준비를 해야 한다.

청문주재관은 청문의 실효성과 효율성을 극대화하고, 필요한 경우 모든 관련 사실 - 관련 당사자에게 유리한 것이든 불리한 것이든, 주장된 침해사실의 심각성과 기간에 관한 사실적 요소를 포함하여 -이 가능한 한 명확해지도록 청문 중에 질문과 토론 시간을 예상하여야 한다. 청문주재관은 서면 또는 구두 진술에서 제기된 쟁점 중 어느 것에 대해서건 어떤 당사자가 어떤 당사자에 대해서건 질문하도록 허용할 수 있다. 원칙적으로 질문이 이루어지면 그에 대한 답변은 구두청문 중에 이루어져야 하는 것이다. 질문이 전체 또는 부분적으로 답변할 수 없는 것일 경우에는 청문주재관은 당사자에게 일정한 기한 내에 서면으로 답변하도록 허락할 수 있다. 그러한 서면 답변은 원칙적으로 구두청문의 모든 참여자들에게 배포된다.

구두청문은 일반에게 공개되지 않으며, 청문 중에 노출된 정보, 토론, 진술 및 문서 등은 모두 제81조, 제82조의 적용을 위한 사법 and/or 행정절차를 위해서만 이용될 수 있다. 청문참여자들은 청문 중에 노출된 이러한 정보들을 다른 목적을 위해 노출시키거나 이용해서는 안 된다. 위원회가 그 사건을 종결한 이후에도 마찬가지이다. 이러한 사용제한은 시청각 진술자료나 구두청문의 녹화물에도 적용된다.

예외적인 상황에서, 청문주재관은 당사자가 구두청문의 종료 후 일정 기한 내에 그 사건의 본안에 관한 서면의견 또는 문서를 제출하도록 허용할 수 있다. 이는 통상 구두청문 중에 추가적인 세부 설명이 필요한 쟁점이 제기된 경우에만 허용된다.

구두청문은 녹취될 것인데, 비밀유지를 위해 폐쇄회의는 별도로 녹화될 것이다. 참가한 당사자들이 청문이 종료된 후 가능한 한 빨리 신청을 하면 녹취자료를 이용할 수 있다.

바. 구두청문 이후 (Post-Oral Hearing)

1) 중간보고서

구두청문 이후, 청문주재관은 경쟁담당 commissioner에게 그 시점까지의 서면 절차와 구두절차에 대해 보고한다. (중간보고서) 특히 이 보고서에는 절차의 공정성과 관련하여 중요한 모든 절차적 쟁점 - 위반혐의고지를 받은 당사자의 방어권이 보호되었는지 등 -을 다룬다. 동 보고서는 또한 절차 진행 중에 당사자가 청문주재관에게 제기한 절차적 쟁점들에 관한 의견도 포함할 수 있다. 당해 사건의 절차적 측면에 관한 보고서에 더하여, 청문주재관은 통상 그 사건의 실질에 관한 의견도 Commissioner에게 전달한다. 그러한 의견은 당사자들이 다룬 위원회의 사실발견으로서 그 절차의 결과에 결정적인 중요성을 가질 수 있고, 어떤 혐의의 철회, 추가적인 혐의의 인정 또는 그 밖의 방법으로 그 절차적 향후 진행에 영향을 미치는 사항들에 초점을 맞춘다. 중간보고서 및 추가적인 의견은 위원회의 의

사결정과정에서 내부적인 자료이므로, 그 절차의 당사자들은 접근할 수 없다.

2) 보충적 위반혐의고지와 사실통지문 (Supplementary Statement of Objections and Letter of Facts)

보충적 위반혐의고지 또는 사실통보의 맥락에서 방어권과 관련된 쟁점으로서 DG Competition과 해결하지 못한 쟁점은 청문주재관이 다룰 수 있다.

사. 그 밖의 절차 (Other Procedures)

1) 신고의 각하 (Rejection of complaints)

위원회가 신고에 대해 이를 검토할 근거가 불충분하다고 판단하는 경우, 위원회는 신고인에게 서면으로 이를 알리고, 일정한 기한을 정하여 신고인이 서면의견을 제출할 수 있는 기회를 주어야 한다. 신고인이 주어진 시한이 너무 불충분하다고 생각하면, 청문주재관에게 이유를 붙여 그 연장을 신청할 수 있다. 위원회가 신고를 거부할 잠정적 의사가 있음을 통지받은 신고인은 위원회가 그러한 결정의 기초로 삼은 위원회의 조사파일에 포함된 문서에 접근을 요청하여 접근할 권리가 있다. 신고인이 접근을 허락받은 문서가 청문권을 효과적으로 행사하도록 하는데 불충분하다고 생각하고, 위원회가 공개하지 않은 추가적인 문서가 있다고 믿을 이유가 있는 경우, 추가적인 문서에 대한 이유를 부기한 접근신청서를 청문주재관에게 제출할 수 있다.

2) 동의결정 (Commitment Decisions)

위원회가 Regulation No. 1/2003의 제9조를 적용하여 동의결정을 발하고자 절차에서는, 청문주재관은 금지결정(prohibition decision)의 채택에 이르는 절차에서와 마찬가지로 기업의 방어권 측면을 보호할 것이다. 동의결정이 위반혐의고지의

형태를 택하지 않은 사전판단(Preliminary Assessment)에 근거하여 채택되는 경우에는 통상 기업의 방어권은 동의결정이 위반혐의고지 이후에 채택되는 경우보다 덜 광범하게(즉, 좁게) 인정된다. 이는 동의절차의 본질이 보다 합의적인 것이라는 점을 반영한다. 위원회가 동의결정을 채택한 경우, 청문주재관은 특히 그 관련 기업이 적정한 동의안을 제안하거나, 시장 테스트에 따라 이러한 동의안을 변경하거나, 위원회가 우려하는 경쟁상의 문제를 해결할 수 있는 위치에 놓여있는지를 고려하여 최종보고서를 만들어야 한다.

아. 최종결정절차 (Decision-making Procedure)²¹⁾

1) 최종보고서(Final Report)

구두청문 후에 청문주재관은 DG Competition에 의한 이후 절차의 진행에 대해 계속 정보를 제공받아야 하며, 적절한 경우 College of Commissioners에게 채택을 위해 결정초안(draft Decision)을 제출하는 단계까지 위원회의 추가적인 숙고과정에 직접 참여한다. 청문주재관은 위반혐의고지를 받은 당사자의 방어권과 그 절차에 참여한 모든 당사자들의 절차적 권리가 보호되었는지 여부를 결정한다는 관점에서 결정초안을 검토할 것이다. 청문주재관은 이러한 점에서 발견한 모든 점을 최종보고서에 기록할 것이다. 청문주재관은 결정초안이 어떤 주요한 측면에서든 위반혐의고지와 다른 정도를 고려하여야 한다.

최종보고서의 초안은 자문위원회(Advisory Committee)에 전달되어, 자문위원회가 그 사건을 평가함에 있어서 청문주재관의 의견을 고려할 수 있도록 해야 한다. 자문위원회를 거친 후, 청문주재관의 보고서는 최종적으로 확정되고, 결정초안과 함께 College of Commissioners에 제출되어, College of Commissioners가 그 사건에 대한 결정을 할 때 절차의 진행과 그 절차의 모든 당사자들의 절차적 권리에 관한 모든 관련 정보를 완전히 평가할 수 있도록 한다. 다음으로, 최종보고서는 위원회의 결정과 함께 위반혐의고지를 받은 당사자에게 송부된다.

21) 이 조문은 신고를 거부하면서 채택된 결정에 적용되지 않는다.

2) 공표 (Publication)

청문주재관의 최종보고서는 위원회의 결정의 요약문과 함께 유럽공동체 관보에 공표된다. 최종보고서는 또한 청문주재관의 웹사이트와 DG Competition의 웹사이트에 결정요약문과 이러한 결정의 공개 버전(non-confidential version)과 함께 게시되어야 한다. 사건의 결정문(Decision)에 언급된 자연인 또는 법인과 DG Competition 사이에 그 결정문의 공개 버전의 공표 중에 발생할 수 있는 개인정보 and/or 비밀정보의 보호에 관한 분쟁이 발생하는 경우 청문주재관이 이 분쟁을 결정한다.

제4절 시사점

EU 행정법 차원에서 이루어지는 행정처분절차에 대한 일반적 고찰과 EU의 집행기관인 위원회가 직접 법집행절차를 통해 행정처분을 하는 예로서 경쟁법집행절차를 고찰해 본 결과, 아래와 같은 시사점을 도출할 수 있다.

1. 직권주의와 대심주의의 접목 모델

EU 행정처분절차는 미국과는 달리 대심주의 구조보다는 직권주의 구조를 바탕으로 한다는 점이다. 절차의 효율성과 비용 문제도 대심주의 구조로 더 나아가는데 중요한 장애사유 중 하나이겠지만, 또 다른 중요한 원인은 EU를 구성하는 국가들에는 영국을 대표로 하는 영미법계 국가 외에 독일, 프랑스 등 대륙법적 전통을 가진 국가들이 있어, 이들 국가의 행정법적 전통이 EU 행정법 형성에 중대한 영향을 끼쳤을 것이라는 점이다. 이러한 점에서 EU 행정법은 행정처분절차의 대륙법적 전통과 영미법적 전통이 결합한 제3의 절차모델로서 의미를 가진다.

우리나라의 행정법, 행정절차법은 대륙법계의 전통적 사고와 구조를 계수한 것이고, 이로부터 나오는 직권주의적 구조가 실제 행정절차의 구조적 원리가 되어왔

다고 할 수 있다. 다른 한편 공정거래위원회와 방송통신위원회 등 새로운 합의제 기관을 도입하면서 그 집행절차의 구성에 있어서는 미국의 규제집행절차모델의 영향을 지향하려는 경향도 강하게 공존한다. 따라서 우리 방송통신위원회 집행절차의 개선방향도 이러한 상이한 전통, 상이한 구조원리를 어떻게 적정하게 결합할 것인가 하는 관점에서 접근해야 할 것이다. 이러한 맥락에서 EU의 행정처분절차 모델은 우리 방송통신위원회의 행정처분절차모델의 새로운 설계가능성을 열어주고, 무엇이 지향점으로 삼아야 할 기본원리이고, 무엇이 이를 구체화하는데 융통성을 가져야 할 점인가를 결정하는데 도움이 될 것으로 생각된다.

2. 당사자의 절차적 권리 보장 지향

EU 행정처분절차는 직권주의에 바탕하고 있다는 것이 미국 행정절차법의 전문가의 시선으로 본 분석이다. 그러나 이에 못지않게 중요한 점은 EU가 행정절차에 있어서 당사자의 절차적 권리보장을 강화하기 위해 지속적으로 제도적 노력을 하고 있다는 점이다. 또한 이러한 경향은 유럽법원의 판례에 의해 자극받기 시작했다는 점과, 그러한 판례의 영역이 주로 경쟁법 사건이었다는 점 역시 시사하는 바가 있다. 행정처분절차가 직권주의적 구조를 바탕으로 하면서도, 필요한 경우 당사자의 절차적 권리를 보장하기 위한 여러 가지 제도적 시도를 하고 있다는 점은 우리 방송통신위원회도 필요에 따라 다양하게 절차의 세부적인 부분을 다듬어 나가는 시도로부터 절차개선을 시작할 수 있다는 점을 보여준다.

3. 청문주재관의 절차에 제한된 기능

위와 같은 맥락에서 특히 주목되는 제도는 청문주재관이다. EU 위원회의 법집행절차에서 청문주재관은 구두청문을 비롯한 당사자의 절차적 권리보장을 위한 제도의 운영에 직접 책임을 지지만, 특이한 점은 미국 행정법판사와는 달리 실제적 쟁점에 대해서는 원칙적으로 소관으로 하지 않는다는 점이다. 이것이 EU의 행정처분절차가 직권주의에 바탕하고 있다는 표징이라 할 수 있겠다. 그러나 이렇게

당사자들의 청문을 주재한 자가 그 결론에 대해 원칙적으로 어떤 결정안도 내지 않지만, 절차적 권리보장에 필요한 세부적인 절차들을 전담하는 독립적인 기관으로서 청문주재관을 설치하였다는 점은 위에서 본 바와 같이 행정절차에 있어서 직권주의와 대심주의가 접목되는 하나의 유형을 제시한다는 점에서 우리 방송통신위원회 절차의 설계에 있어서 매우 고무적이다. 방송통신위원회도 우리 행정절차법상의 처분절차의 구조와 원리를 고수하면서도 당사자의 절차적 권리를 신장하는 장치를 신설할 수 있다는 점에서 그러하다.

제3장 영국 Ofcom의 조직과 규제집행절차

제1절 서

영국의 Ofcom(Office of Communications)은 2003년 통신법(Communication Act of 2003)에 의해서 TV, 라디오, 유무선 통신에 대한 규제정책을 담당하고 있으며, 사업자들이 규제의무를 이행하고 있는지에 대한 감독 및 법집행(enforcement) 역할을 부여받고 있다. 최근 시장에서 사업자 간 경쟁과 소비자들의 선택의 범위가 점차적으로 증가하고 있긴 하지만, Ofcom은 여전히 성실한 법집행을 통해 시장성과를 향상하고 소비자를 보호할 수 있다고 판단하고 있다.²²⁾

Ofcom의 법집행절차를 보면 사건을 민원(complaint)과 분쟁(dispute)으로 구분하여 처리한다. 민원은 범위반이 있었다는 주장이 핵심인 반면, 분쟁은 당사자 간 상사협상이 결렬되었다는 것이 핵심이다. 그러므로 하나의 사건이라도 어떻게 접근하느냐에 따라 Ofcom이 처리하는 절차가 달라질 수 있게 된다. 예를 들어 거래 거절사건의 경우 시장에 미치는 영향의 견지에서 본다면 민원이 될 수 있지만, 당사자 간 협상의 견지에서 본다면 분쟁이 될 수 있다.

이하에서는 먼저 Ofcom의 조직과 집행절차에 대해 개관하고, 집행절차를 민원(또는 직권인지 사건) 처리 절차와 분쟁해결 절차로 구분하여 살펴본 후, 이를 바탕으로 한국법예의 시사점을 도출하고자 한다.

22) Ofcom, "Enforcement report: A Report on Ofcom's Approach to Enforcement and Recent Activity," 2009, at 3.

제2절 Ofcom의 조직

1. 개요

영국의 방송통신 통합 규제기구인 Ofcom은 2003년 12월 29일 공식 출범하였다. 2003년 이전까지 영국은 방송과 통신 정책에 대한 정부 주관 부처가 별도로 존재했으며, 이를 위한 별도의 규제위원회가 업무를 보조하는 역할을 담당하였다. 즉 당시 통신산업에 있어서는, 통신정책은 통상산업부(Department for Trade and Industry, 현 기업혁신기술부(Department for Business, Innovation and Skills))가 담당하면서 통신관련 규제는 통신위원회(Office of Telecommunications)가 담당하는 체제였다. 그리고 방송 정책은 문화미디어스포츠부(Department for Culture, Media and Sport)의 방송정책부서가 담당하고, 방송관련 규제는 매체 내지 성격별로 별개의 규제위원회가 담당하였다. 즉 상업라디오 규제는 라디오국(Radio Authority)이, 주파수 규제정책은 라디오위원회(Radiocommunications Agency)가, 방송내용기준 규제는 방송표준위원회(Broadcasting Standards Commission)가, 상업방송 규제는 독립텔레비전위원회(Independent Television Commission)가 분담해 처리하는 방식이었다. 다만 내용 관련 규제 중 음란물과 관련된 규제는 HO가 전체 통신과 방송을 포괄해서 담당했으며, 통신 관련 프리미엄 서비스 자율규제는 ICSTIS(Independent Commission for the Supervision of Standard of Telephone Information Service, 산업계가 주도하는 전화정보서비스 산업 관련 규제 기관) 등이 복수 규제기관으로 등록되어 있었다.

이러한 분산형 규제체제는 2003년 방송통신 통합규제 기구인 Ofcom이 출범하면서 통신 및 방송에 대한 모든 규제 구조가 획기적으로 통합되는 방향으로 전면 정비되었다. 다만 Ofcom의 출범에 따라 통합된 것은 규제업무에 한하며, 정책 업무는 여전히 분담되어 있다. 즉 통신 정책은 기업혁신기술부(과거 통상산업부)가, 방송 정책은 문화미디어스포츠부가 각각 담당하고 있다.

2. Ofcom의 임무 및 규제원칙

통신법 제3조 제1항에 의하면, Ofcom의 주된 임무는 i) 통신 문제와 관련하여 시민들의 이익을 증진시키고, ii) 적절한 경우 경쟁을 촉진함으로써 관련 시장에서 소비자의 이익을 증진시키는 것이다.

통신법은 Ofcom의 구체적 역할에 대해 다음과 같이 명시하고 있다. 즉 i) 주파수의 효율적 이용, ii) 전자통신서비스의 국가적 확산 및 보급, iii) 다양한 관심사를 충족시킬 수 있는 양질의 다양한 텔레비전 및 라디오 서비스 확보, iv) 텔레비전 및 라디오 서비스 사업자의 다양성 확보, v) 서비스 이용자를 유해 프로그램으로부터 충분히 보호하기 위한 방송 규정의 적용, vi) 불공정한 대우나 사생활 침해 등으로부터 국민을 보호할 방송 규정의 집행, vii) 영국 내 공공서비스방송의 목적 수행을 진작하는데 필요한 업무 수행, viii) 어린이 또는 특별한 보호가 필요한 사회적 약자들이 관련된 커뮤니케이션 업무 수행, ix) 유럽의 미디어 시장에 공헌, x) 특정 플랫폼이나 서비스에 치우치지 않는 보편적 기능 수행, xi) 국제 기준에 부합하는 이용자의 선택성 보장 등과 같다.

Ofcom은 위와 같은 역할을 수행함에 있어서 적용해야 할 규제의 원칙(regulatory principles)을 다음과 같이 천명하고 있다.²³⁾ i) 명확히 규정되고 공개적인 자문을 구한 연간 계획서(annual plan)에 따라 규제를 시행한다. ii) 시장원리에 맡길 수 없는 공공 정책 목표 달성을 위해 노력해야 할 구체적인 성문법상의 의무가 있는 경우 시장에 개입한다. iii) 개입을 자제하되, 필요한 경우 단호하고도 신속하며 효과적으로 개입한다. iv) 개입 시 과정 및 결과에 있어 충분한 증거를 가지고 비례적이며 일관되고 투명성을 확보하도록 노력한다. v) 정책목표 달성을 위한 최소한의 규제를 시행한다. vi) 지속적으로 시장조사를 하고 기술이해에 앞서 나간다. vii) 규제를 시행하기 전에 모든 이해관계자들에게 광범위한 자

23) Ofcom, "What is Ofcom? Statutory Duties and Regulatory Principles", Ofcom 웹사이트 <Available at <http://www.ofcom.org.uk/about/what-is-ofcom/statutory-duties-and-regulatory-principles/>>

문을 구하고 규제조치의 영향을 평가한다.

3. 조직 구성

Ofcom은 Ofcom 이사회(Ofcom Board) 및 개별 위원회(Board Committees), 집행부(Executive), 자문기구(Advisory Bodies)로 구성되어 있다.

가. Ofcom 이사회

Ofcom 이사회는 최고 의결기관으로서 의장을 포함한 6명의 비상임이사와 CEO를 포함한 3명의 상임이사로 구성된다. 동 이사회는 Ofcom을 일종의 공법인(statutory corporation) 형태로 설립하면서 Ofcom이 규제하는 회사들의 이사회를 본따 도입한 것으로 과거의 위원회(commission) 체제와 비교된다. 비상임이사는 기업혁신기술부 장관과 문화미디어스포츠부 장관이 공동으로 임명하는데, Ofcom의 지명 위원회(Nominations Committee)가 그 선출과정에 함께 참여하여 돕는다. 상임이사는 의장과 비상임이사들이 임명한다.

Ofcom 이사회는 법집행활동과 관련하여 다음의 사항들을 제외한 사안에 있어 법집행권한을 개별 위원회 및 집행부에 위임하고 있다. 첫째, 콘텐츠 관련 사안 중 i) 경제적 영향이 상당한 경우, ii) 면허의 가치에 상당한 영향을 미치는 경우, iii) Ofcom의 지배구조와 관련이 있는 경우(예를 들어 예산배정이 필요한 경우), iv) 경쟁 이슈가 주된 사안인 경우 등과 둘째, i) 중대한 공익과 관련된 경우, ii) 광범위한 정책적 의미를 갖는 경우, iii) 업계 또는 소비자들에게 중대한 경제적 영향을 미치는 경우, iv) Ofcom 공식권한의 신규행사를 요하는 경우 등으로서 CEO가 의장에게 이사회에서 검토할 것을 권고하고 의장이 이에 동의한 사안 등이다.

나. 개별 위원회

개별 위원회로는 콘텐츠 이사회(Content Board), 집행위원회(Executive Committee), 위험관리 및 감사 위원회(Risk and Audit Committee), 보수 위원회(Remuneration Committee), 지명 위원회, 방송 재심 위원회(The Broadcasting Review Committee), 방송 제재 위원회(The Broadcasting Sanctions Committee), 선거 위원회(Election Committee), 라디오 인가 위원회(Radio Licensing Committee), 공동체 라디오 기금 패널(Community Radio Fund Panel), 영연방국 위원회(Nations Committee), 주파수 허가 재정 위원회(Spectrum Clearance Finance Committee), DTT 할당 위원회(DTT Allocation Committee) 등이 있다.

개별 위원회 중 법집행활동과 관련이 있는 위원회로는 집행위원회, 콘텐츠 이사회, 방송 재심 위원회 및 방송 제재 위원회 등이 있다.

집행위원회는 상급 집행팀으로서, 그 주된 역할은 Ofcom의 방향을 설정하고 재정적·행정적 의사결정을 내리며 조직 운영을 감독하는 것이다. 집행위원회의 정책수립기능은 조직운영에 관한 것으로 제한된다. 집행위원회의 위원장은 Ofcom 이사회의 상임이사 중에서 선임되며 CEO 역할을 한다.

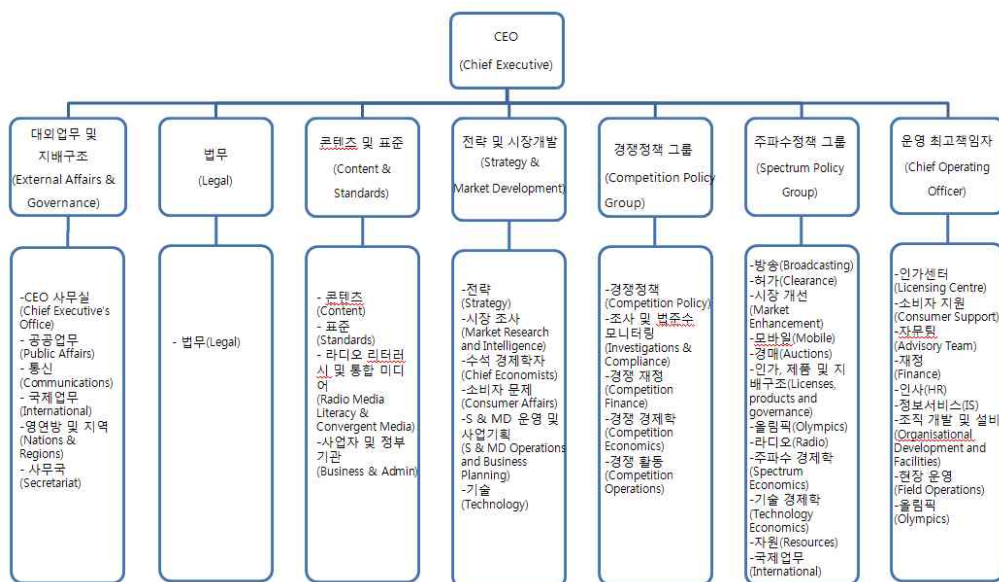
콘텐츠 이사회는 주로 방송을 대상으로 콘텐츠 문제와 관련된 광범위한 이슈들에 대한 권한을 위임받고 있다. Ofcom 이사회는 동 이사회가 결정권한을 갖고 있는 사항들에 있어 콘텐츠 관련 문제에 대해서는 콘텐츠 이사회의 조언 및 권고를 구하며, 그 외의 모든 콘텐츠 관련 문제에 대해서는 콘텐츠 이사회에 결정권을 위임하고 있다. 콘텐츠 이사회의 이사는 Ofcom 이사회가 임명한 10명 이내로 구성되며 Ofcom 이사회의 부의장이 콘텐츠 이사회의 의장이 된다. 그리고 콘텐츠 이사회의 이사 중 일부는 라디오 인가 위원회, 방송 제재 위원회 및 방송 재심 위원회의 위원이 된다.

방송 재심 위원회는 방송 콘텐츠 관련 사안, 즉 표준 관련 사안과 공정성 및 사생활침해 관련 사안에 있어 집행부가 내린 결정의 재심을 담당한다. 방송 제재 위원회는 민원에 대한 최종결정 외에 과징금 부과 등의 성문법상의 제재조치가 더 필요하다고 판단되는 경우 이러한 조치를 취할 권한이 있다. 방송 재심 위원회 및 방송 제재 위원회의 결정은 중국적인 것으로서 재심의 대상이 되지 않는다. 방송 재심 위원회는 콘텐츠 이사회 이사 중 선임된 3인 이상으로 구성되고, 방송 제재 위원회는 Ofcom 이사회 이사 중 선임된 2인 및 콘텐츠 이사회 이사 중 선임된 3인으로 구성된다.

다. 집행부

집행부는 집행위원회를 필두로 정책집행부(Policy Executive)와 운영이사회(Operations Board)로 구성되어 있다.

[그림 1] 집행부 조직도



정책집행부는 전반적인 규제 의제 개발을 담당한다. 정책집행부 산하의 주요 기능담당부서는 다음과 같다. i) 콘텐츠 및 표준 (Content and Standards), ii) 전략 및 시장개발 (Strategy and Market Developments), iii) 경쟁정책 그룹 (Competition Policy Group), iv) 주파수정책 그룹(Spectrum Policy Group). 콘텐츠 및 표준 그룹은 방송 표준 및 내용규제, 미디어 리터러시 문제 등과 관련된 정책 개발을 책임지고 있다. 전략 및 시장개발 그룹은 Ofcom의 전반적인 정책 전략 수립을 담당한다. 구체적으로 시장 조사, 매체 이용자 연구, 기술 연구 및 개발 등을 담당한다. 경쟁정책 그룹의 주요 역할은 범위반 조사활동과 경쟁정책 수립기능이다.

운영이사회는 Ofcom의 운영 업무를 총괄담당한다. 운영이사회 산하의 주요 기능담당 부서는 다음과 같다. i) 정보서비스(Information Service), ii) 인사 (Human Resources), iii) 재정(Finance), iv) 현장 운영(Field Operations) 등이다.

라. 자문기구

자문기구로는 통신소비자 패널(Communications Consumer Panel), 주파수 자문 이사회(Ofcom Spectrum Advisory Board), 노인·장애인 자문위원회(Advisory Committee on Older and Disabled People), 영연방 자문위원회(Advisory Committees for the Nations) 등이 존재한다.

4. 인적 구성

Ofcom 이사회는 의장을 포함한 6명의 비상임이사와 CEO를 포함한 3명의 상임 이사로 구성된다. 6명의 비상임이사는 기업혁신기술부 장관과 문화미디어스포츠부 장관이 공동으로 임명하며, 임기는 3~5년이다. CEO는 의장이 임명하고, 다른 상임이사들은 CEO의 추천을 받아 이사회가 임명한다.

Ofcom은 설립 당시 일반 기업체에서 대다수 인력을 영입하여, 이사의 85% 이상이 일반 기업체 출신이다. 의장도 규제경험이 풍부한 전문가가 임명되고 있다.²⁴⁾ 이와 같은 인적 구성의 특성으로 인하여 출범 당시 업무의 공정성에 대한 우려가 제기되었으나, 상당한 시간이 흐른 지금은 그러한 우려는 불식된 것으로 평가되고 있다. Ofcom에 근무하는 총 인원은 2010년 3월 기준으로 873명이다.

5. 예산 및 재원

Ofcom의 2009/10년도 예산집행은 약 130백만 파운드이었으며, 2010/11년도 예산은 약 142백만 파운드(한화 약 2,500억원)이다.²⁵⁾ Ofcom은 다양한 재원으로 운영되는데, 우선 텔레비전과 라디오 방송 인가비, 네트워크 및 시설 이용과 관련한 행정비 등이 있고, 전파 관리 비용 및 기타 운영 비용은 기업혁신기술부의 보조금으로 충당한다.

6. 법집행 담당조직

Ofcom에서 법집행을 담당하는 부서는 방송, 경쟁 및 소비자, 주파수의 분야별로 각각 다르다. 먼저 방송 부문에는 콘텐츠 및 표준팀(Content and Standards Team)이 담당하는 ‘방송 게시판(Broadcast Bulletin)’이 있다. 이들은 라디오 및 텔레비전 방송과 관련된 민원을 처리한다. 그리고 방송 제재 위원회는 민원에 대한 최종결정 외에 추가적 제재가 더 필요하다고 판단되는 경우에 과징금 부과 등의 성문법상의 제제조치를 취할 수 있다. 다음으로 경쟁 그룹 내의 경쟁 그룹 조사팀(Competition Group Investigations Team)과 전략 및 시장 개발 그룹 내의 소비자 문제팀(Consumer Affairs Team)은 ‘경쟁 및 소비자 집행 게시판

24) Ofcom의 초대 의장이었던 David Currie는 저명한 경제학자이다. 2대 의장이었던 Ed Richards는 Ofcom 운영최고책임자(Chief Operating Officer)에서 의장으로 승진하였는데, Ofcom에 들어 오기 전에 BBC 기업전략팀을 이끌었으며, 런던 이코노믹스(London Economics Ltd)에서 컨설턴트로 일하기도 했다.

25) 2010/11년도 예산이 증가한 것은 새로운 규제책임들이 부과되었기 때문이다. 특히 온라인상의 저작권 침해 금지 규정을 도입하고 집행할 책임이 부과되었다.

(Competition and Consumer Enforcement Bulletin)’을 담당하고 있다. 마지막으로 주파수 집행은 간섭(interference) 문제와 주파수 불법 사용 문제로 분류할 수 있는데 전자는 2010년 6월 30일부터 BBC가 담당하게 되었다.

제3절 Ofcom의 규제집행절차

1. 개관

가. 사후규제 근거법

1) 근거법의 유형

Ofcom의 사후규제 근거법으로는 통신법(Communications Act 2003), 방송법(Broadcasting Acts), 경쟁법(Competition Act 1998 및 유럽연합조약 제101조, 제102조), 기업법(Enterprise Act 2002), 소비자보호법(Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999 외 소비자 보호 관련 입법) 등이 있다.

우선 Ofcom은 통신법에 의해 사후규제를 집행하고 통신사업자 간의 분쟁을 해결할 책임이 있다. 또한 방송법에 의한 규제집행 책임도 지고 있다. 그리고 경쟁법 관련 사안으로서 i) 경쟁법 제1장과 제2장 및 유럽연합조약 제101조와 제102조에 근거해 경쟁제한적 합의와 시장지배적 지위 남용을 규제하거나, ii) 기업법에 근거해 시장을 조사하고 경쟁 위원회(Competition Commission)에 의견을 표명할 권한이 있다. 마지막으로 통신법, 기업법 제8부, 소비자계약의 불공정한 조건규칙(Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999) 등의 소비자보호법을 집행할 권한이 있는데, 이러한 집행활동은 개별 소비자의 민원을 해결하기 위한 것이 아니라 소비자 일반을 보호하기 위한 것이다.

2) 동시 관할(concurrency)

가) 동시 관할(concurrent power)

(1) 개관

영국 경쟁법은 공정거래청(Office of Fair Trading, 이하 'OFT'라 한다)과 각 전문규제기관에게 동시관할권을 부여하고 있다.²⁶⁾ 동시관할권을 가지고 있는 규제기관으로는 Ofcom, 가스전기시장국(the Gas and Electricity Markets Authority), 수도서비스규제국(the Water Services Regulation Authority), 민간항공국(the Civil Aviation Authority), 가스전기규제청(the Office for the Regulation of Gas and Electricity(Northern Ireland)), 철도규제청(the Office of Rail Regulation) 등이 있다. 영국의 동시관할권은 경쟁법에 근거한 규제에 있어 경쟁당국의 관할권만을 인정하는 미국과 한국에 비추어볼 때 다소 이질적으로 보일 수도 있다. 그러나 영국에서 종래 독점에 맡겨져 있던 통신이나 전기, 가스 등의 분야에 전문규제기관을 설립하게 된 계기가 각 분야에 경쟁을 도입하고자 하는 것이었기 때문에 이러한 역사적 맥락을 이해한다면 그러한 법집행 구조가 이해될 수 있을 것이다.²⁷⁾ 그럼에도 불구하고 동시관할에 의한 법집행에 대하여는 상당한 비판이 있으며, 이에 관하여는 후술한다.

(2) 동시관할 규칙 및 가이드라인의 내용

경쟁법 제54조에 근거해 제정된 「2004년 경쟁법 (동시관할) 규칙(the Competition Act (Concurrency) Regulations 2004)」²⁸⁾ 및 OFT가 각 규제기관과 협력하여 제정한 「규제산업의 동시관할에 관한 가이드라인(Guideline on

26) 각 규제 근거법에도 동시관할 규정이 있다. 예를 들어 통신법은 제371조에서 경쟁법 동시관할에 대해 규정하고 있다.

27) 박종훈, "사건조사 착수기준 및 조사방식 개선연구", 공정거래위원회 (2008), 39면.

28) SI 2004/1077.

Concurrent Application to Regulated Industries)」²⁹⁾은 동시관할 대상 및 절차에 대해 자세히 규정하고 있다.

규제기관들은 경쟁법 집행에 있어 OFT와 동일한 권한을 갖는다.³⁰⁾ 단 형벌 (penalties)을 부과하는 가이드라인을 제정하거나 OFT의 규칙을 제정 또는 개정할 수 있는 권한은 OFT에게만 있다.³¹⁾ 이 경우 OFT는 Ofcom과 사전에 협의를 하여야 한다.

동시관할 문제를 논의하기 위해 마련된 '동시관할 특별위원회(Concurrency Working Party)'는 OFT 및 각 규제기관들의 대표로 구성되며, OFT의 대표가 위원장을 맡는다.³²⁾ 동 위원회는 동시관할의 일반 원칙 및 정보 공유, 특정 사안에서 누가 관할권을 갖는지에 대해 논의한다.³³⁾ 위원회의 절차는 비공개이며, 회의록도 공개되지 않는다. 위원회에서 특정 사안의 관할권 문제가 해결되지 않으면 장관에게 결정권이 위임된다.³⁴⁾ 지금까지 위원회에서 문제가 해결되지 않아 장관에게 위임된 사례는 존재하지 않는다.

[표 1] 통신분야에 대한 규제기관의 규제집행 권한

구분	경쟁법	통신법	기업법
주요내용	<ul style="list-style-type: none"> • 개별기업의 경쟁 제한행위: 사후적 성격 • 제 I 장: 경쟁제한적 합의 • 제 II 장: 시장지배력 남용 금지 	<ul style="list-style-type: none"> • 경쟁법상의 금지행위는 통신법에서도 동일하게 금지행위(대개 인가조건에 포함) • 일반적으로 경쟁법과 인가조항을 동 	<ul style="list-style-type: none"> • 사전규제성격 • 시장의 독점여부(경쟁상황 평가) 및 합병 심사

29) OFT Guideline 405, 2004.

30) *Id.*, paras. 2.2-2.3.

31) *Id.*, para. 2.4.

32) *Id.*, paras. 3.9-3.11.

33) *Id.*, para. 3.10.

34) *Id.*, paras. 3.12-3.19.

			시에 위반하는 경우 경쟁법 우선 적용	
조사 및 규제집 행 권한(1 차)	일반 산업	OFT	-	OFT
	통신 산업	OFT와 Ofcom	Ofcom	OFT와 Ofcom
항소	Competition Appeal Tribunal	Competition Appeal Tribunal	Competition Appeal Tribunal	Competition Appeal Tribunal

* 출처: 강하연 외, “방송통신 규제기관 국제협력 방안 연구”, 정보통신정책연구원 (2008), 116면의 내용을 수정보완함.

(3) 동시관할의 실제 운용모습

Ofcom과 OFT는 경쟁법 및 동시관할 규칙의 절차에 따라, 조사개시 이전에 기관 간 합의하에 담당기관을 선정하게 되고, 합의가 이루어지 않으면 조사개시가 불가능하다. 또한 한 기관만이 공식조사가 가능하고, 공동 조사는 불가능하다. 즉, 담당기관 선정 합의를 통해 중복규제를 예방하고 있으며, 필요시 조사인력은 상호 파견 가능하다.

담당기관을 선정하는 기준은 규제기관의 해당분야에 대한 전문성과 지식, 당해 사안이 규제받는 부문을 넘어서서 영향을 미치는지 여부, 당사자 또는 민원인과 규제기관 또는 공정거래기관과의 사전접촉 여부, 유사쟁점을 처리한 최근의 경험 등이다.

일반적으로 방송통신분야의 경쟁관련 사안은 Ofcom이 우선적 규제관할권을 가진다. 그러나 방송통신관련 사안이라도 OFT가 담당하는 것이 소비자 권익보호에 기여한다고 판단되는 경우에는 OFT가 담당하게 된다. 형사사건이 될 수 있는 카르텔 사안이나 방송통신산업의 범위를 넘어 경쟁에 영향을 미치는 사안과 같은 경우로서 어느 규제기관 관할인지 불분명할 경우에는 국무성에 회부되어 장관이

결정하는 것이 정상이다. 그러나 실제 어떠한 경위로든 Ofcom이 조사를 수행하였다면, 이에 대하여 OFT가 맡았어야 했다는 이유로 이견이나 반대가 제기될 수는 없다.

동시관할제 하에서 문제되는 것은, 규제기관들이 경쟁법 집행에 있어서 지나치게 관용적이라는 지적에 관한 것이다. 실제 동시관할권 도입 이후 규제기관들이 경쟁법 관할권을 가진 사안들 중에서 범위반 결정이 내려졌던 사안은 거의 없다. 이 문제에 관하여 2006년 통상산업부(현 기업혁신기술부)는 「규제부문의 경쟁법 동시관할(Concurrent Competition Powers in Sectoral Regulation)」³⁵⁾에 관한 보고서를 발표하였다. 이 보고서는 특정 사안에서 누가 관할권을 가져야 하는가 하는 문제는 잘 해결되고 있지만, OFT와 각 규제기관들 간의 협력체계를 더 강화할 필요가 있다는 결론을 내렸다. 특히 이 보고서는 OFT와 규제기관의 접근법이 서로 다른 경우 동시관할 특별위원회가 그 접근법의 차이를 더 상세히 분석해야 하며, 기관들 간에 전문지식 및 경험 등을 공유하는 것을 확대해야 한다고 제안하였다.³⁶⁾ 다만 이 보고서는 규제기관들이 경쟁법 위반 결정을 내린 사안이 별로 없음에도 불구하고, 그렇다고 하여 동시관할권이 잘 작동하고 있지 않다고 볼 수는 없다고 하였다. 그 이유는 관련시장의 구조라든가 높은 수준의 경쟁법 준수율 등 때문이다.³⁷⁾ 상원 규제기구상임위원회(Select Committee on Regulators)는 2007년에 동시관할규정을 유지할 것을 권고하는 보고서³⁸⁾를 발표하였다. 그러나 이 보고서는 일부 사안들에서 규제기관들이 산업규제에 치중하여 유효경쟁을 확보하는 것에는 별로 관심을 기울이지 않는 경향이 있음을 지적하면서, 민원제기자에게 규제기관이 아니라 OFT에 민원을 제기할 수 있는 선택권을 부여할 것을 제안하였다.³⁹⁾

35) URN 06/1244, May 2006.

36) *Id.*, paras. 5-6.

37) *Id.*, para. 11.

38) UK Economic Regulators. <Available at http://www.parliament.uk/parliamentary_committees/lordsregulators.cfm>

39) URN 06/1244, May 2006, para. 6.41.

(4) 규제 근거법규의 선택

방송과 통신분야에서 특정 행위에 대하여 통신법과 경쟁법의 동시적용이 가능할 때, 어느 법을 우선적으로 적용할 것인지가 문제될 수 있다. 방송 분야에 관하여, 통신법 제317조는 방송관련 경쟁법 사안에서 경쟁법이 아니라 방송법상의 권한을 행사하기 위해서는 다음과 같은 접근법을 취해야 한다고 규정하고 있다. 첫째, 경쟁법에 더 적절한 절차가 존재하는지 고려해야 한다. 둘째, 경쟁법에 더 적절한 절차가 존재한다고 결정하는 경우에는 방송법상의 권한을 행사해서는 안 된다. 셋째, 방송법상의 권한을 행사하기로 결정하는 경우에는 그러한 결정에 대해 통지해야 한다.

그런데 통신법은 통신관련 사안에 대해서는 이와 유사한 규정을 두고 있지 않다. 그러나 Ofcom은 통신관련 사안에서도 위의 규정과 동일한 접근법을 택하기로 결정하였다. 따라서 Ofcom은 적절하다고 판단되는 경우에는 통신법이 아니라 경쟁법에 근거한 조사절차를 택하는 것을 일반 원칙으로 삼고 있다.⁴⁰⁾ Ofcom이 통신법/방송법과 경쟁법 중 어느 법을 근거법으로 이용할지 그리고 경쟁법이 아니라 통신법/방송법을 이용하기로 결정한 경우에는 그 이유에 대해 경쟁 및 소비자 집행 게시판에 공표하도록 되어 있다.

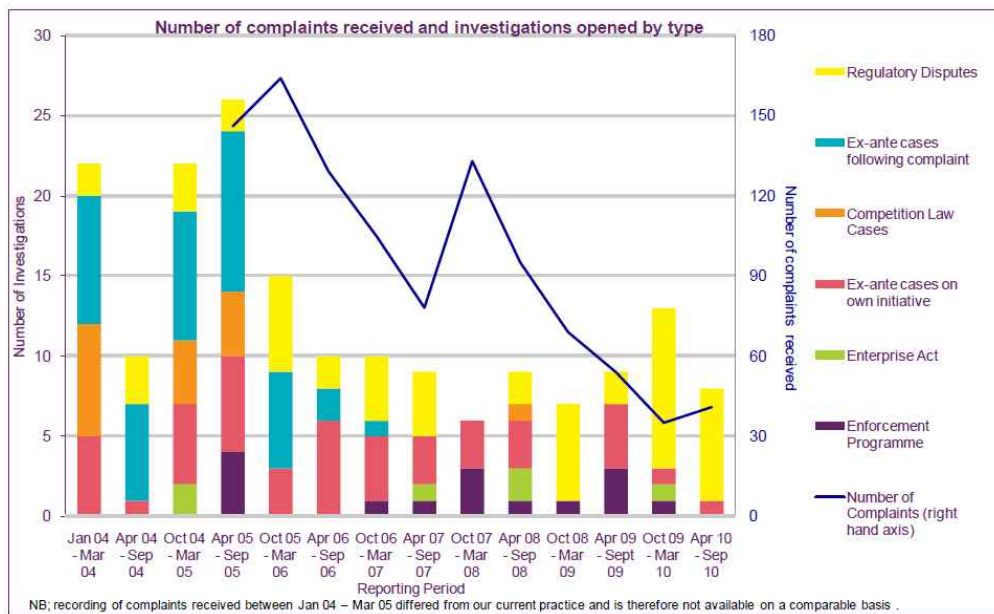
나. 규제내용에 의한 분류

Ofcom의 법집행절차를 내용에 의해 분류하면, i) 경쟁 및 소비자보호 관련 집행(Competition & Consumer enforcement), ii) 방송 관련 집행(Broadcasting enforcement), iii) 주파수 관련 집행(Spectrum enforcement)으로 나눌 수 있다. 이 중 경쟁 및 소비자보호 관련 집행을 다시 삼분하면, i) 경쟁법 사안(Competition law cases), ii) 규제 분쟁(regulatory disputes), iii) 소비자보호법 집행(Consumer law enforcement)으로 나눌 수 있다. 그리고 방송관련 집행에서는 방송 규정

40) Ofcom, "Guidelines for the Handling of Competition Complaints, and Complaints and Disputes about Breaches of Conditions Imposed under the EU Directives," 2004, at 5-6.

Broadcasting Code)에서 정한 표준을 준수하고 있는지 조사하고 위반 시 제재를 부과하며, 주파수 집행에서는 주파수 이용 시 침해적 간섭이 일어나는 경우를 해결한다.

[그림 1] 조사의 단서 유형 및 접수된 민원의 숫자 (2004년1월~2010년9월)

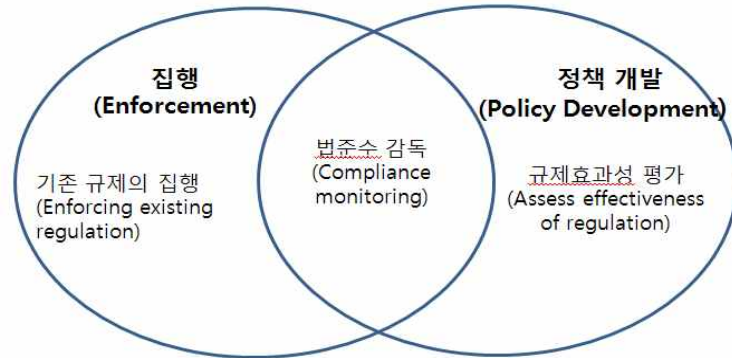


* 출처: Ofcom, "Ofcom's Investigations Activity: Report on activity between 1 April and 30 September 2010," 2010.11.12, at 11.

다. 집행기능과 정책개발 간의 관계

집행에 대한 이해를 높이기 위해서는 법준수(compliance) 모니터링에 대한 이해가 선행되어야 한다. 법준수 모니터링이란 어떤 이슈가 발생하면 관련정책의 이해를 바탕으로 집행이 필요한지 판단하는 행위로서, 기존의 규제를 집행하거나 규제의 효율성을 평가하는데 중요한 사항이 되기 때문에, 다음 <그림 5>에서 보듯이 법준수 모니터링은 정책의 개발과 집행이라는 두 가지 영역에 공통적으로 들어가는 절차로 이해될 수 있다.

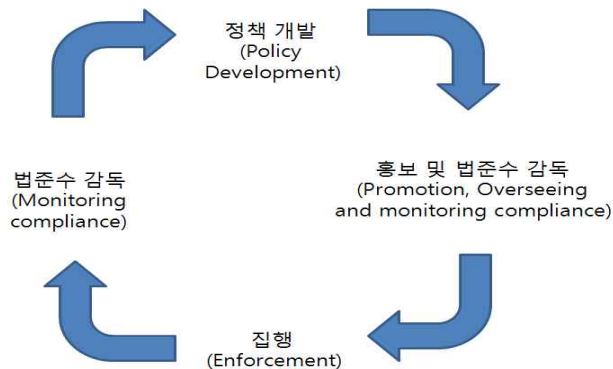
[그림 2] 집행과 정책개발의 공통부문(overlap)



* 출처: Ofcom, "Enforcement report: A Report on Ofcom's Approach to Enforcement and Recent Activity," 2009, at 6.

새로운 규제/정책이 시행되면 이해관계자들이 이에 대해 인지하게 되면서 법준수 정도가 높아지기 시작한다. 만약 새로운 규제/정책을 인지하고 이해했음에도 불구하고 법준수를 하지 않는 경우에는 집행으로 이어지며, 집행의 과정 및 법준수 모니터링에서 경험하거나 배운 교훈을 통해 정책의 목적을 재고하고 필요한 경우 새로운 정책 입안을 시도하게 된다. 결국 아래 <그림 6>에서 보듯이 이러한 제반사항들은 하나의 순환형태로 반복되는 것을 알 수 있다.

[그림 3] 정책과 집행의 순환모형



* 출처: Ofcom, "Enforcement report: A Report on Ofcom's Approach to Enforcement and Recent Activity," 2009, at 7.

라. 집행성격의 변화

경쟁 및 소비자보호관련 집행에서는 최근 들어 부실판매, 불법가입변경 (slamming), 브로드밴드 이동가입 관련사안 등이 급증하고 있으며, 특히 2008년 기준으로 소비자보호 관련 집행으로 실시하는 조사가 전체 조사의 절반이나 차지하여 2004년의 10%와 비교된다. 또한 규제 분쟁도 2004년 13%에서 2008년 41%로 증가하였다.

방송관련 집행에서는 상업적인 성격의 위반사태가 크게 증가하였고, 프리미엄 전화번호의 오용 및 퀴즈 프로그램 등의 사례를 포함하여 케이블 및 위성에서 방영되는 새로운 부티크 채널이 규정(Code)을 위반하는 사례들이 발생하고 있는데, 이러한 부티크 채널은 경험부족으로 거의 법준수한 사례가 없고 인터넷에서의 로비용 캠페인이 많아지면서 이에 대한 불만이 커지고 있다.

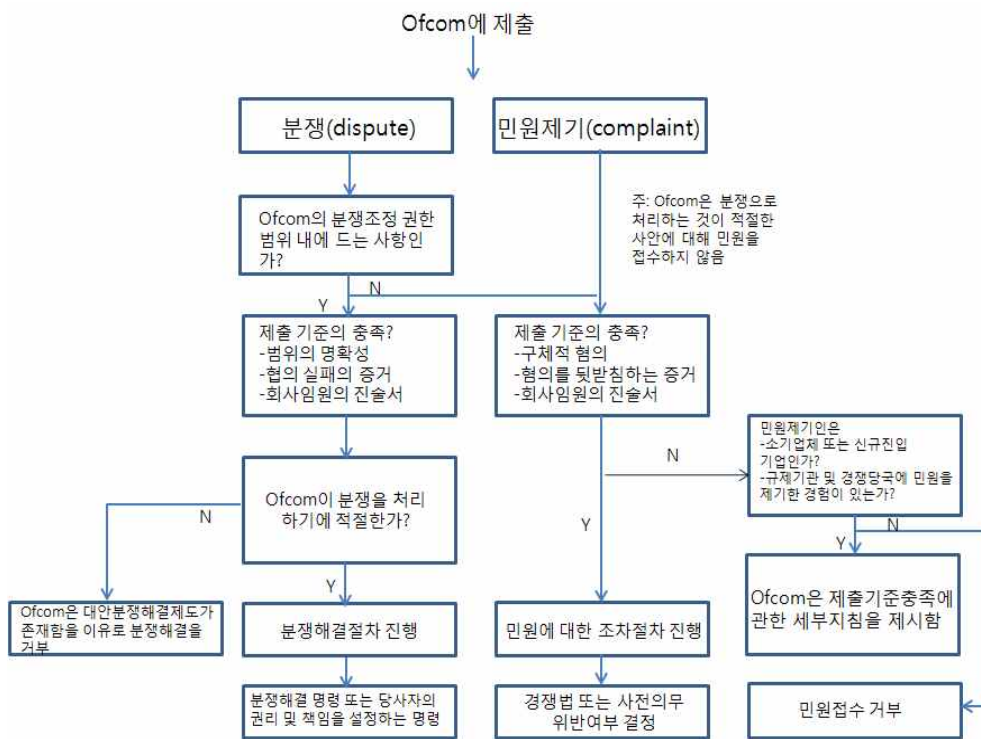
마. 집행절차 개관

민원(또는 직권인지사건) 처리절차와 분쟁해결절차는 몇 가지 차이점을 제외하고는 대체로 유사하다. 주요 차이점으로는 분쟁은 대안절차에 의한 해결이 더 적절하다는 이유로 해결을 거부할 권한이 있다는 점과 각각의 경우에 제출이 요구되는 증거의 유형이 다르다는 점 등이 있다.

이러한 점들을 제외하면 민원처리절차와 분쟁해결절차는 다음과 같은 유사한 단계를 거쳐 진행된다. 즉 i) 제기된 민원 및 분쟁은 담당자(case leader)에게 전달되고, 관리자(case director, 보통 조사팀장)의 감독하에 들어가게 된다. ii) 사건이 승인되면 15일간의 질의(enquiry) 단계에 들어가서 조사를 개시할 것인지 여부

를 결정하고 분쟁의 범위, 조사의 성격 등을 규정한다. iii) 질의 단계를 거친 결과 조사개시를 결정한 경우, 세부사항을 적시한 게시판을 공개한다. iv) 조사 단계에서는 조사팀원이 이끄는 사건담당팀(case team)이 사건을 관리하고, 변호사, 경제학자, 기술고문, 회계금융 분석가 및 정책자문가 등의 전문가들이 포함되어 들어가며, 외부인사들이 들어가기도 한다. v) 조사 시작시에는 사건마다 목표 종료일이 포함된 일정표(timetable)이 마련되고, 당사자에게 진행과정을 통지한다. vi) 조사가 종료되면 게시판 게시를 종료하고 필요한 경우 결정 등의 관련 문서를 마련한다.

[그림 4] 민원 및 분쟁의 처리절차



* 출처: Ofcom, "Guidelines for the Handling of Competition Complaints, and Complaints and Disputes about Breaches of Conditions Imposed under the EU Directives," 2004, at 7.

2. 민원처리 절차

가. 개관

Ofcom의 민원은 직권으로 또는 제3자(이용자, 통신 사업자 기타 관련 기구)의 제기에 의해 인지되어 처리가 개시된다.

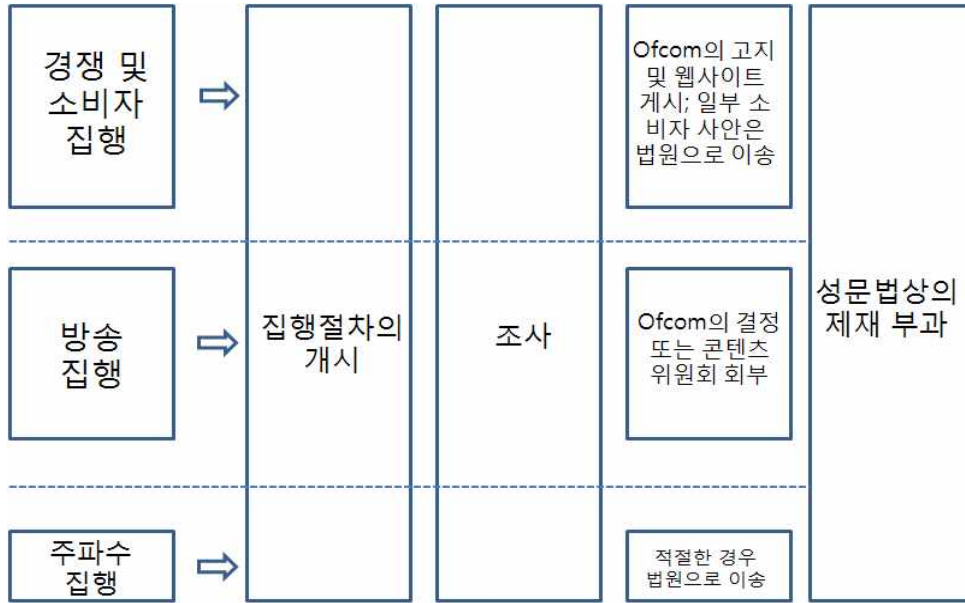
먼저 통신관련 사안에 있어, Ofcom은 ‘이용자’의 민원처리에 대해 사전절차를 두고 있다. 즉, Ofcom은 통신사업자가 작성한 ‘이용자 민원처리기준(Complaints Code of Practices)’을 검토·승인한 후, 이용자의 민원이 발생하였을 경우 일차적으로 이용자와 사업자 간에 동 기준에 의한 협의를 통해 해결하도록 하고 있다. 그리고 이들 간의 협의가 원만히 이루어지지 않을 경우 대안분쟁해결기구(Alternative Dispute Resolution; ADR)에 불만사항을 의뢰하게 된다. 이러한 모든 절차를 거쳤음에도 이용자가 만족하지 않는 경우에는 비로소 Ofcom에 불만사항을 접수할 수 있고 Ofcom에 의해 재조사가 이루어지게 된다.

반면, 방송관련 사안에 있어서는 다른 절차를 거치지 않고 Ofcom이 접수된 이용자 민원 전부를 직접 처리해야 한다.⁴¹⁾ Ofcom은 방송표준관련 사안과 공정성 및 사생활침해 사안을 구별하여 각각 절차지침을 두고 있는데, 그 내용은 대체로 유사하다.

Ofcom의 조사 결과 사업자의 조건 위반으로 판단되면 집행이 고지되며, 강제 집행 이외에 과징금이나 서비스 공급 정지명령 등을 부과할 수 있다.

41) 2009년 4월 1일부터 2010년 3월 31일까지 Ofcom이 처리한 방송관련 민원은 총 28,281건으로, 이 중 28,072건은 표준 관련 사건이고 209건이 불공정성 및 사생활침해 관련 사건이었다. 표준관련 사건은 10,679개의 사안으로 분류되어 처리되었는데, 범위반으로 결정된 152건 중 6건은 성문법상의 제재를 받았다. 불공정성 및 사생활침해 관련 사건 중 방송 재심 위원회에 회부된 사건은 8건으로, 이 중 5건은 일부위법결정이 내려졌고 3건은 합법결정이 내려졌다. 집행위원회가 처리한 나머지 201건 중 위법결정이 내려진 사건은 15건이고 55건은 합법결정이 내려졌다 (Ofcom, "Annual Report and Accounts 2009/10," 2010, at 41-43).

[그림 5] 집행(enforcement) 절차 개관



* 출처: Ofcom, "Enforcement report: A Report on Ofcom's Approach to Enforcement and Recent Activity," 2009, at 5.

이하에서는 통신관련 사안과 방송관련 사안을 구별하여 구체적인 집행절차의 내용 및 절차상의 Ofcom 권한에 대해 살펴본다.

나. 통신관련 사안의 처리절차

1) 통신사업자의 이용자 민원처리 기준(Complaints Code of Practices)

Ofcom은 통신법 제52조에 따라 통신사업자가 이용자의 불만을 처리하고 분쟁을 해결하는 절차를 확립하고 유지하도록 하는 이용자 민원처리 기준(Complaints Code of Practices)을 제시하고 인가받도록 의무화하고 있다. 그리고 이를 위해 통신사업자들이 제출하여야 하는 이용자 민원처리 기준에 대한 가이드라인을 제시하고 있다.

2) 대안분쟁해결기구(Alternative Dispute Resolution)

이용자들은 Ofcom이 승인한 대안분쟁해결기구를 통해 통신사업자와의 협의를 통해 해결되지 못한 불만을 제기하고 해결할 수 있다. 현재 Ofcom은 대안분쟁해결기구로 Office of Telecommunications Ombudsman(Otelo)과 the Communications and Internet Service Adjudication Scheme(CISAS)을 승인하고 있다. 두 기구는 성격과 절차가 상이하다. 우선 Otelo는 유선전화, 이동전화, 인터넷 사업자들을 회원사로 두고 있는 반면, CISAS는 인터넷과 인터넷 전화사업자를 회원사로 두고 있다. 또한 분쟁해결결정에서도 Otelo는 ombudsman의 단일체제인 반면, CISAS는 중재패널에 의한 집단체제에 중점을 두고 있다.

3) Ofcom의 민원처리 절차

가) 민원제기(Complaint)

통신사업자가 1998년 경쟁법을 위반하거나 2003년 통신법상의 사전규제의무를 위반하였다고 주장하는 민원이 있는 경우 Ofcom은 정식조사권을 발동하여 이에 대해 조사할 수 있다. 그러나 Ofcom은 이러한 경쟁저해행위 여부를 조사하는 경우 Ofcom 뿐만 아니라 조사대상사업자 및 Ofcom으로부터 증거 및 정보제공을 요구받게 되는 동 산업계의 다른 사업자들까지 상당한 비용을 부담해야 하는 점을 우려하고 있다. 따라서 민원제기된 사건 중에서 특히 심각한 문제를 초래하는 사건을 선별하여 이에 규제자원을 집중하겠다는 방침을 밝히고, 이를 위해 민원제기에 대한 특별한 요건을 부과하고 있다. 민원신청서에 포함되어야 할 중요한 사항을 보면 다음과 같다.

첫째, 민원인은 위반행위가 있었다고 주장하는 사전규제의무 또는 경쟁법상의 의무를 명확히 특정하여야 한다. 단지 경쟁법을 위반하였다는 일반적인 주장이나

넓은 범주의 사전조건을 위반하였다는 주장으로는 위반대상을 명확하게 특정하였다고 할 수 없다.

둘째, 사전규제의무 등을 위반하였다는 주장을 뒷받침할 수 있는 구체적이고 관련 있는 증거를 제출하여야 한다. 예를 들어 당해 사업자의 행위가 약탈가격에 해당한다고 주장하는 경우에는 당해 사업자의 비용·수익 구조와 시장가격의 분석 등에 의해 이를 뒷받침할 수 있어야 한다. 물론 상대방 사업자의 비용 정보 등에 접근하기는 어려움이 많으므로, 그러한 정보를 획득하기 어려운 경우 민원인은 특정 모델에 입각한 비용이나 민원인 자신의 비용 정보 등에 기초하여 이를 제공할 수 있다.

셋째, Ofcom에 제출한 정보가 정확하고 완전한 것이라는 민원제기회사의 임원(되도록이면 CEO)의 진술서를 첨부하여야 한다.

Ofcom은 자원이 풍부한 대기업에 대해서는 이러한 민원제기요건의 완비를 요구하지만, 중소기업이나 신규진입자, 과거에 경쟁규제기관이나 통신규제기관에 민원제기를 해 본 경험이 없는 기업 등에 대해서는 민원제기를 돕기 위해 지원을 해 주고, 특별한 경우, 예를 들어 개인소비가가 민원을 제기하는 경우 등에는 그러한 민원제기요건을 개별적으로 면제해 줄 수도 있다고 밝히고 있다.⁴²⁾

나) 질의(enquiry) 단계

질의 단계는 Ofcom이 민원의 본질 및 범위를 이해하고 조사를 개시할 것인지 아니면 다른 조치를 취할 것인지를 결정하는 단계이다. 질의 단계는 15일을 초과할 수 없지만, 타당한 이유가 있을 경우에는 기한 연장이 가능하다.

다) 조사(investigation) 절차

42) Ofcom, "Guidelines for the Handling of Competition Complaints, and Complaints and Disputes about Breaches of Conditions Imposed under the EU Directives," 2004, at 8.

(1) 조사 기관

Ofcom은 2009년 7월부터 민원의 내용에 따라 조사 기관을 이원화하여 운영하고 있다. 이들 조사 기관으로는 경쟁 그룹 내의 경쟁 그룹 조사팀과 전략 및 시장 개발 그룹 내의 소비자 문제 조사팀이 있다.

경쟁 그룹 조사팀이 다루는 조사대상은 다음과 같다. i) 경쟁법상의 경쟁제한 행위 또는 합의, ii) 통신사업자간의 분쟁 해결, iii) 지정 소비자 단체가 제기한 특별민원(super-complaint)으로서 소비자 이익을 상당히 저해하는 시장 특성에 관한 것, iv) 소비자 보호와 관련 없는 민원 내지 우려사항으로서, 사전규제조건 준수에 관한 것, v) 소비자 보호와 관련 없는 민원 내지 우려사항으로서, 기업법에 의해 회사가 Ofcom에 행해야 할 약정의 준수에 관한 것, vi) 방송 사업자에게 적용되는 규칙 일부의 준수에 관한 것 등이다.

소비자 문제 조사팀이 다루는 조사대상은 다음과 같다. i) 소비자 보호와 관련된 민원 내지 우려사항으로서, 사전규제조건 준수에 관한 것, ii) 기업법 제8부 및 불공정 거래로부터의 소비자 보호 규칙(Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008)상의 소비자 보호규정의 준수에 관한 것, iii) 소비자계약의 불공정한 조건 규칙(Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999) 상의 소비자계약의 불공정한 조건, iv) 통신법의 “지속적 오용 규정(persistent misuse provisions)”의 준수에 관한 것 등이다.

(2) 조사의 대상 및 범위

Ofcom이 조사 개시를 결정하면, 민원인 및 관련당사자에게 통지하고 경쟁 게시판(Competition Bulletin)을 만든다. Ofcom은 경쟁게시판을 만드는 목적을 조사 대상의 명확한 범위 설정으로 삼고 있다. 민원제기의 경우 조사 범위는 통상 민원

제기된 사항으로 제한되지만, Ofcom이 범위반행위의 징표를 발견하는 경우에는 더 이상 민원의 범위에 구속되지 않는다.

(3) 사건처리기한

경쟁법 위반에 대한 조사의 경우 “무혐의(no grounds for action)”결정의 경우에는 6개월, “범위반 결정(infringement decision)”을 하기 위해서는 12개월을 기한으로 한다. 그리고 통신법상 사전규제의무 위반의 경우에는 4개월 내에 위반혐의가 없어 “조사종료(closure)” 결정을 하거나 아래에서 보는 “조건위반의 고지(Notification of contravention of conditions)”를 하여야 한다.

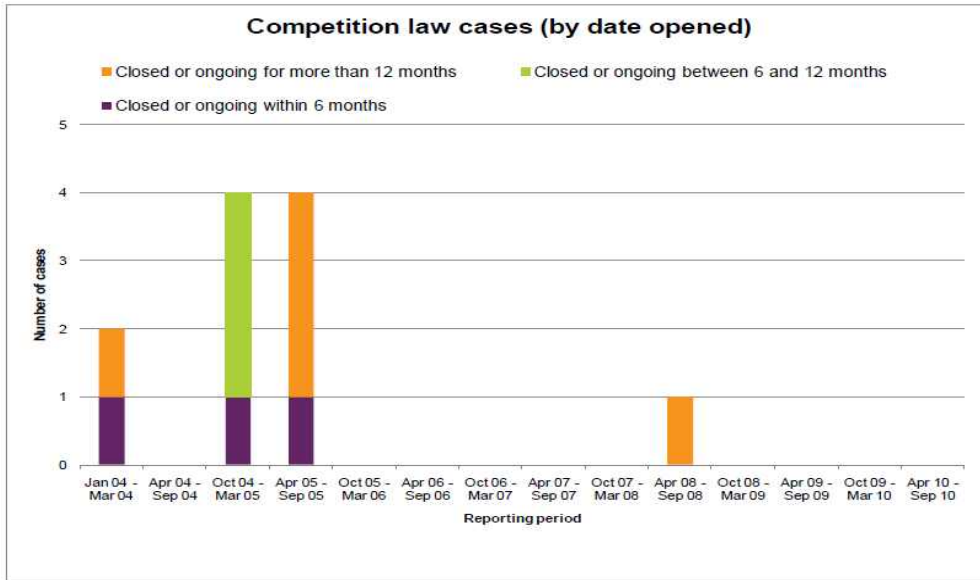
[표 2] 단계별 기한준수 실적(2009년 4월-2010년 3월)

단계별 기한	기한 준수 실적	진행 중인 활동
질의(Enquiries) <ul style="list-style-type: none"> • 15일 이내 • 경쟁법 사안은 8주 이내 	<ul style="list-style-type: none"> • 25개의 사안이 이번 회기에 종결됨(7개는 분쟁 해결절차로 가고, 4개는 다른 조사절차로 갔으며, 14개는 추가 조치를 취하지 않음). • 13개의 사안(52%)이 기한 내에 종결되고, 나머지는 단기간 연장됨. 	<ul style="list-style-type: none"> • 1개의 사안이 진행 중이며 기한을 연장하였음.
분쟁(Disputes) <ul style="list-style-type: none"> • 4개월 이내 	<ul style="list-style-type: none"> • 총 19개의 분쟁이 이번 회기에 처리됨. • 11개의 분쟁은 이번 회기에 해결됨. • 11개 중 8개(73%)가 기한 내에 종결됨. 	<ul style="list-style-type: none"> • 8개의 분쟁이 진행 중임. • 5개는 기한 내에 있음. • 3개는 예외적 상황이 적용됨.
경쟁법 조사 (Competition law)	<ul style="list-style-type: none"> • 이번 회기에 종결된 사안이 없음. 	<ul style="list-style-type: none"> • 2개의 사안이 조사 진행 중이며, 기한을 연장하

<p>investigations)</p> <ul style="list-style-type: none"> • 법위반 결정이 아닌 경우 6개월 이내/법위반 결정인 경우 12개월 이내 		<p>였음.</p>
<p>기타 조사 및 집행 프로그램 (Other investigations and enforcement programmes)</p> <ul style="list-style-type: none"> • 개별조사는 4개월 이내(기업법에서 6개월로 규정하거나 자발적인 기한 연장의 경우를 제외함) • 집행 프로그램은 기한제한이 없음 	<ul style="list-style-type: none"> • 4개의 사안이 종결되었음. • 4개의 사안 모두 (100%) 기한 내에 종결되었음. 	<ul style="list-style-type: none"> • 3개의 개별조사 사안이 진행 중임. • 위 3개의 사안 중 2개는 기한 내에 있음. • 집행 프로그램은 5개가 진행 중임.

* 출처: Ofcom, "Annual Report and Accounts 2009/10," 2010, at 44.

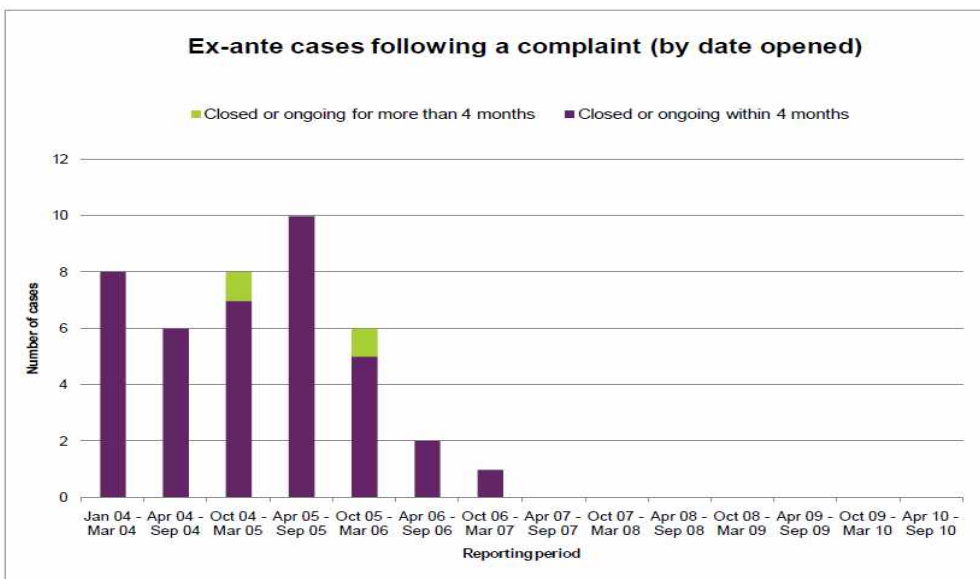
[그림 6] 경쟁법 사안의 기한준수 실적 (2004년 1월 ~2010년 9월)



* 출처: Ofcom, "Ofcom's Investigations Activity: Report on activity between 1 April and 30 September 2010," 2010, at 12.

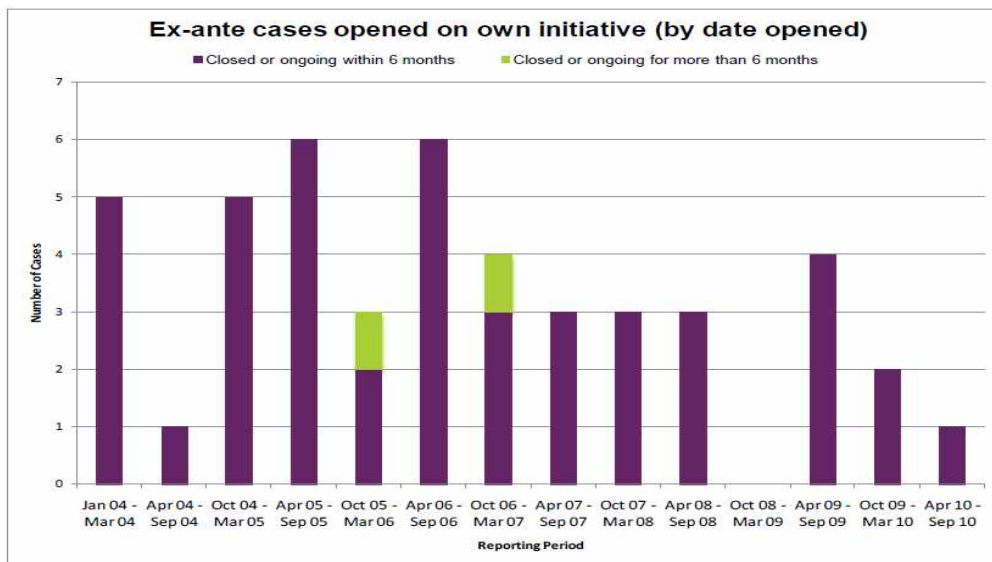
[그림 7] 사전규제조건위반에 관한 민원사건의 기한준수 실적

(2004년 1월 ~2010년 9월)



* 출처: Ofcom, "Ofcom's Investigations Activity: Report on activity between 1 April and 30 September 2010," 2010, at 13.

[그림 8] 사전규제조건위반에 관한 직권조사 사건의 기한준수 실적
(2004년 1월 ~ 2010년 9월)



* 출처: Ofcom, "Ofcom's Investigations Activity: Report on activity between 1 April and 30 September 2010," 2010, at 13.

(4) 정보조사권한

민원처리를 위해 Ofcom은 2003년 통신법 또는 1998년 경쟁법상 부여되어 있는 정식 정보조사권한을 이용할 수 있다.⁴³⁾ 정보조사권한에는 다음과 같은 것들이 있다. i) 개인에게 특정 문서 또는 특정 정보를 요구할 권한, ii) 영장 없이 사업자 건물에 출입하거나, 영장을 가지고 특정 사업장에 출입할 권한 등이다.

사업자가 정보제공을 지연하는 경우 전체적인 처리일정에 중대한 영향을 미칠

43) 통신법 제135조-제146조 및 경쟁법 제25조-제31조.

수 있고, 특히 경쟁저해적 행위에 대한 조사에 있어서는 일방 또는 기타 관련 당사자들에게 중대한 불이익을 줄 수도 있으므로, 정식 정보요구에 응하지 않는 사업자에 대해서는 강제권한을 행사할 수 있다.

(5) 절차진행의 공개

Ofcom의 조사는 개방적이고 투명한 진행을 원칙으로 한다. 조사대상사업자에게 비밀유지필요가 있지 않은 한, 모든 조사진행상황을 경쟁계시판에 공표한다. 공표사항에는 결정초안이나 조사진행일정의 변동사항, 절차적 쟁점 등이 포함된다.

라) 조건위반의 고지(Notification of contravention of conditions)

Ofcom은 사업자가 사전규제조건을 위반했거나 위반에 대한 합리적 근거가 있다고 결정하면, 위반여부에 대한 Ofcom의 판단 내용, 위반한 조건 및 위반내용, 이에 대한 의견 제출 기회 존재의 사실, 일정 기한 내에 위반으로 초래된 결과를 제거할 수 있다는 등의 내용을 고지하여야 한다.⁴⁴⁾ 그 기한은 고지를 받은 날로부터 1개월이지만, 필요한 경우 더 장기의 기간을 정하거나 사후에 연장할 수 있다. 또한 고지 받은 자와 Ofcom이 합의한 경우 또는 Ofcom이 그 위반행위가 반복되고 있다고 믿을 합리적 근거를 가지고 있고 그러한 상황에서는 더 단기의 기간이 적절하다고 판단할 경우에는 더 단기의 기간으로 정하는 것도 가능하다.

만약 위반행위에 대해 경쟁법 제41조에 의한 절차가 더 적절하다고 결정하고, 그러한 결정을 공표하는 경우에는 통신법상의 고지절차를 이용해서는 안 된다.

마) 조건위반에 대한 조치

(1) 집행의 고지((Enforcement notification for contravention of

44) 통신법 제94조.

conditions)

조건위반을 고지받은 자에게 의견제출 기회를 주고 기간이 만료된 경우, Ofcom은 사업자에게 조건준수를 위한 조치와 조건위반의 결과 제거를 위한 조치를 취할 의무를 부과하는 고지를 할 수 있다.⁴⁵⁾ 그리고 당해 고지에서 그 조치를 특정할 수 있다. 집행의 고지를 받은 자는 고지 내용을 준수할 법적 의무가 있으며, 이는 Ofcom에 의해 민사소송절차를 통한 금지명령(injunction)이나 기타 적절한 구제수단으로 강제집행될 수 있다. 위 제94조의 조건위반의 고지는 법적 의무로서의 효력을 발생시키지 않고, 조치의 내용도 특정할 수 없다는 언급이 없다는 점에서 집행의 고지와 차이가 있다.

(2) 과징금(penalties)의 부과

Ofcom은 위의 집행 고지와 함께 과징금을 부과할 수 있다.⁴⁶⁾ 과징금은 각 위반행위별로 부과될 수 있으나, 계속적 위반의 경우에는 고지된 위반기간에 대해 1회의 부과만 가능하다. 또한 제95조에 의한 집행의 고지로 부과된 의무의 위반에 대해서도 과징금을 부과할 수 있다.

과징금의 액수는 사업자의 관련매출액의 10%를 넘지 않는 범위에서 위반행위에 비례하는 금액으로 정한다. 과징금의 금액 결정시 Ofcom은 당사자가 제출한 의견, 당사자가 위반의 고지를 받은 조건을 준수하기 위해 취한 조치들 및 그 위반의 결과를 제거하기 위해 취한 조치들을 모두 고려하여야 한다.⁴⁷⁾

과징금의 기본금액(starting figure of any penalty)을 결정하는데 있어 고려할 주요 요소로는 위반행위의 심각성, 과거의 선례, 과징금 부과 위협이 법준수에 대

45) 통신법 제95조.

46) 통신법 제96조.

47) 과징금액 산정체계는 EC의 경쟁법 위반사건에 대한 과징금 부과체계나 이를 상당부분 본받은 우리나라 공정거래법 및 전기통신산업법의 예와 유사한 면이 있다.

한 충분한 유인으로 작용할 수 있도록 할 필요성 등이 있다.⁴⁸⁾

기본과징금액이 정해지면 위반행위의 유형에 따라 다음의 요소들을 고려하여 기본과징금액을 조정(adjust)한다. 즉 위반행위로 얻은 모든 이익, 소비자 또는 다른 시장 참여자에게 미친 유해성 또는 비용 증가의 정도, 위반사업자의 규모 및 매출액, 위반행위가 제3자 또는 위반사업자가 통제할 수 없는 모든 관련 정황에 의하여 야기된 정도, 위반행위의 지속기간, 과거에 Ofcom 또는 다른 기관이 동일한 행위에 대한 과징금을 부과한 적이 있는지 여부 등의 요소들이다. 방송국의 콘텐츠 관련 위반행위에 대해서는 시청자의 기대 및 방송일정 등을 추가적으로 고려한다.

최종과징금은 위의 조정과징금에 가중요소와 감경요소를 반영하여 결정된다. 가중요소로는 반복적 위반, 범위반을 인식하거나 Ofcom에 의해 범위반에 대한 통지를 받고 난 후 위반행위를 계속한 경우, 고위경영진이 위반행위에 대해 알고 있었거나 알아야 했었던 정도, 범위반을 예방하기 위한 내부적 제도/절차가 존재하지 않거나 비효과적이거나 이를 반복적으로 준수하지 않은 경우 등이 있다. 그리고 감경요소로는 범위반을 야기할 수 있는 외부적 요인들을 확인하고 약화시키기 위해 미리 취한 조치들, 위반행위를 종료하기 위해 취한 조치들과 위반행위로 인한 결과를 시정하기 위해 취한 조치들, Ofcom의 조사에 대한 협조 등이 있다.

[표 3] 2009/10년도 과징금 부과 실적(2009년 4월~2010년 3월)

(단위: £)

회사명	금액	날짜
Playboy TV	22,500	2009.4.2.
British Broadcasting Corporation	150,000	2009.4.7.
Portland Media Group	52,500	2009.5.19.
Lakeland Radio Ltd	15,000	2009.5.29.
Telephonics integrated Telephony Ltd	183,898	2009.8.25.
Channel TV Ltd	80,000	2009.10.2.

48) Ofcom, "Penalty Guidelines- Section 392 of the Communications Act 2003".

Springdoo Media Ltd	12,000	2010.2.26.
User Generated Broadcasting Ltd	12,000	2010.2.26.

* 출처: Ofcom, Financial Penalties imposed for the period 1/04/2009 to 31/03/2010.

[표 4] 부문별 과징금 부과 실적

(단위: £)

부문	2008년 4월-2009년 3월	2009년 4월-2010년 3월
방송	7910,000	362,000
라디오	-	15,000
네트워크 및 서비스	121,000	18,000
합계	8,031,000	395,000

* 출처: Ofcom, Section 400 License Fees and Penalties Accounts 2009/10, at 11.

(3) 서비스 공급 정지(Suspending service provision)

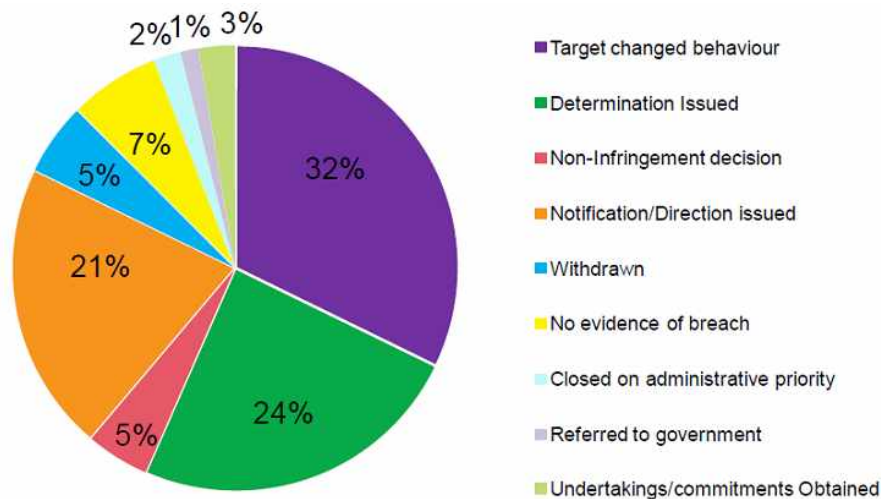
Ofcom은 사전규제조건을 반복적으로 위반하고 있는 자에 대해 집행 고지나 과징금 부과를 통해 조건의 충실한 준수 확보에 실패할 경우, 통신망 또는 서비스 공급 권리를 정지 또는 특정한 방식으로 제한하는 명령(direction)을 발할 수 있다.⁴⁹⁾ 이러한 서비스 공급 정지 명령은 달리 기한을 정하는 경우를 제외하고는 당해 사업자에게 고지된 시점으로부터 무기한으로 효력을 발생한다. 여기에서 ‘반복적 위반이 인정되는 경우’라 함은 Ofcom이 과징금의 부과 또는 집행고지의 요건이 되는 위반행위가 있다는 결정을 하고, 그 결정 후 12월 이내에 동일 조건에 대한 위반고지가 1회 이상 이루어진 경우를 의미한다.

다만 서비스공급정지명령을 하기 위해서는 반드시 당해 사업자에게 명령안 내용 고지 및 상황 개선을 위한 조치 제안 등의 의견제출기회를 부여하고, 의견제출기간 중에 제출된 모든 의견에 대해 고려해야 한다. 위 서비스공급정지명령을 위

49) 통신법 제100조.

반하여 통신망 또는 서비스를 공급하거나 관련시설을 이용에 제공하는 경우 이는 위법행위(guilty of offence)로서, 약식판결(summary conviction)에 의해 벌금을 부과하거나 기소하여 판결로 벌금형을 부과할 수 있다.⁵⁰⁾

[그림 9] 조사활동의 결과 (2003년 12월~2010년 9월)



* 출처: Ofcom, "Ofcom's Investigations Activity: Report on activity between 1 April and 30 September 2010," 2010, at 14.

바) 긴급사건의 처리권한

(1) 통신법에 근거한 긴급사건 처리권한

조건위반 고지를 할 대상으로서 당해 사안이 긴급한 사건이라고 의심할 만한 합리적 근거가 있고, 그러한 긴급성에 비추어 적절하다고 판단되는 경우 통신법 제98조에 의한 긴급사건 처리절차를 이용할 수 있다. 여기에서 '긴급한 사건'이란 위반행위가 i) 공공 안전 및 건강 또는 국가 안보에 대한 심각한 위협, ii) 통신사업자 또는 관련설비의 이용을 제공하는 자들에 대한 심각한 경제적 또는 운영

50) 통신법 제103조.

상의 문제, 또는 iii) 통신망·서비스·관련 설비를 이용하는 자들에 대한 경제적 또는 운영상의 문제를 초래하거나 그러한 위험이 높은 경우를 말한다.

긴급사건 처리권한과 관련하여 Ofcom은 제94조에 의한 고지기간을 1월 이하로 단축할 권한, 사업자에게 통신망, 서비스 또는 시설의 대여 등 사업권을 정지할 권한, 사업권의 제한을 명할 권한을 가진다.⁵¹⁾ 또한 Ofcom은 이러한 영업정지, 영업제한명령과 함께 고객보호를 위해 적절하다고 판단되는 조건을 부과할 수 있는데, 이는 위반사업자가 Ofcom의 명령을 따름으로 인해 그 고객들이 입을 손해의 전보 또는 그로 인한 불편과 우려에 대해 금전지급을 할 의무가 포함된다.

Ofcom은 이러한 지시를 한 후 현실적으로 가능한 한 빨리 당해 사업자에게 그 지시의 이유 및 효과에 대한 의견제출기회 및 그 상황을 시정하기 위한 조치를 취할 기회를 부여한다. 이러한 의견제출기간이 종료된 후 가능한 한 빨리 Ofcom은 그러한 위반이 실제로 일어났는지 그리고 그 상황이 긴급한 상황인지에 대해 결정하고, 이에 따라 그 지시의 유지를 확인하거나 취소하여야 한다. 위 금전지급 명령은 이 지시가 확인된 이후에야 효력을 발생한다.

(2) 경쟁법에 근거한 임시조치(interim measures)

Ofcom은 조사를 완료하기 전에 경쟁법 위반에 대한 합리적 의심이 있는 경우 경쟁법에 근거한 임시조치를 취할 권한을 가지고 있다. 경쟁법 제35조는 특정인 또는 특정 범주의 사람들에 대한 심각하고 회복하기 어려운 손해를 예방하거나 공익을 보호하기 위해 임시조치를 취할 수 있다고 규정하고 있다.

다. 방송관련 사안의 처리절차

1) 방송표준 관련 사안 등의 처리 절차⁵²⁾

51) 통신법 제98조 제2항.

가) 절차의 대상

이 절차가 적용되는 사안은 i) 콘텐츠 요건에 관한 사안, ii) Ofcom의 인가를 받은 자에 있어 인가 관련 요건에 관한 사안,⁵²⁾ iii) BBC 또는 S4C에 있어 강제 집행가능한 요건에 관한 사안이다(이하 ‘관련 요건’이라 함). 관련 요건에 관한 사안으로는 Ofcom의 방송 규정(Broadcasting Code), 상호 관촉 규정(Cross-promotion Code), 접속 서비스에 관한 규정(Code on Access Services), 텍스트 규격에 관한 규칙(Rules on Text Size), 텔레비전 광고 편성에 관한 규정(Code on Scheduling of Television Advertising), 전자 프로그램 가이드 규정(Electronic Programme Guide Code)이 적용되는 사안 등이 있다.

이 절차가 적용되는 사안으로는, 유해하거나 불쾌한 내용, 부정확하거나 편파적인 내용, 범죄 또는 무질서를 조장하는 내용, 18세 미만의 자의 보호에 관한 내용 등을 예로 들 수 있다.

나) 민원제기

방송국이 관련 요건을 준수하지 않았다고 생각하는 모든 개인·단체는 민원을 제기할 수 있다. 다만, 민원인은 Ofcom에 민원을 제기하기 전에 당해 방송국의 민원 처리절차를 이용하도록 권고받는다. 이 경우 민원인이 당해 방송국의 처리결과에 만족하지 못하는 경우 Ofcom에 민원을 제기할 수 있다. 그러나 통신사건에서와는 달리 방송국의 민원처리절차를 이용하는 것이 의무적인 것은 아니며 바로 Ofcom에 민원을 제기할 수도 있다.

Ofcom에 민원을 제기할 때에는 민원신청서에 프로그램 제목, 방송일시, 채널명,

52) Ofcom, "Procedures for the Handling of Broadcasting Standards or Other Licence-Related Cases," 2009.

53) 라이선스료의 미지급에 관한 사안을 제외함. “기타 인가 관련” 요건의 예로는 방송국이 동등한 기회 부여(equal opportunities) 준비에 관한 정보를 제공할 요건이 있다.

민원의 성격, 민원인의 인적사항 등을 기재하여야 한다. 익명의 민원은 접수하지 않는다. 그리고 방송날짜(방송국의 민원처리절차를 이용한 경우에는 방송국의 최종 결정일)로부터 20일 이내에 제출하여야 한다. 만약 20일 이후에 민원을 제기하는 경우에는 20일 이내에 제기하지 못한 이유를 설명해야 하며, Ofcom은 그 이유를 포함한 모든 관련요소들을 평가하여 당해 민원을 접수할 것인지 결정한다.

다) 민원의 평가

민원이 접수되면 Ofcom은 민원신청서의 사본을 당해 방송국에 전달하면서 5일 이내에 당해 프로그램의 녹화본을 제출하도록 요구한다. 이 단계에서는 방송국으로부터 서면 답변서를 받지 않는다.

만약 Ofcom이 당해 민원내용이 잠재적 문제를 제기하지 않아서 더 이상의 조사가 필요하지 않다고 판단하면 그러한 결정을 방송 게시판에 게시하기는 하지만, 민원인에게 서면으로 통지하지는 않는다.

라) 직접적으로 영향을 받는 제3자의 자료 제출

당해 민원에 의해 직접적으로 영향을 받을 수 있다고 생각하는 개인·단체는 조사기간 동안에 Ofcom에 자료를 제출할 수 있다. 조사가 시작되자마자 조사를 받는 프로그램에 대해 웹사이트에 공표하므로, 자료를 제출하려는 사람은 가능한 빨리 제출해야 한다. 대부분의 경우 방송국이 직접적으로 영향을 받는 제3자들(프로그램 진행자 또는 기타 프로그램 제작에 참여한 사람들)을 고려하여 자료를 제출하고 이 제3자들도 방송국의 대응을 도울 것으로 예상되긴 하지만, 경우에 따라서는 이들이 직접 자료를 제출하는 것이 필요할 수 있다.

필요한 경우 Ofcom은 이들에게 민원신청서의 요약본과 그들과 관련된 자료의 요약본을 제공한다. 그러나 이들에게 사건 자료 전부에 대한 접근이 허용되지는

않는다. 또한 이들은 이후의 조사활동에 더 이상 관여할 수 없다.

마) 조사(investigation)

민원내용이 잠재적 문제를 제기한다고 판단하면 조사를 개시한다. 조사 중에 민원 내용 이외의 문제로 조사 범위를 확대할 수 있다. 조사가 시작되면 방송국에 이를 알리고 10일 이내에 서면 답변서를 제출하도록 요구한다. 이 답변서를 보고 난 후 위반행위가 없었다고 결정하면 민원인과 방송국에게 통지한다. 민원인은 재심을 요청할 수 있다.

Ofcom이 위반행위가 있었다고 판단하는 경우에는 결정문을 작성한다. 위반행위가 없었거나 위반행위가 해결된 경우에도 Ofcom이 적절하다고 판단하는 경우 결정문을 작성할 수 있다. 결정문은 방송 게시판에 공표되기 전에 방송국에 전달되고, 사실관계의 부정확성 및 오탈자에 대해 의견을 제시할 기회를 부여받는다.

바) 결정의 공표

최종 결정은 방송 게시판에 공표된다. 민원제기자와 방송국은 결정에 대해 재심을 요청할 수 있다.

사) 재심

(1) 재심 신청

양 당사자는 최종 결정에 대해 재심을 요청할 수 있다. 재심요청은 i) 결정이 방송 게시판에 공표된 날, 또는 ii) 결정이 공표되지 않은 경우에는 민원인이 Ofcom으로부터 결정문의 통지를 받은 날로부터 10일 이내에 이루어져야 한다. 재심사유는 당해 결정에 중대한 오류가 있는 경우로 제한된다. 예를 들어 당해 결정

이 내용면에서 명백히 잘못되었다거나, 사실관계에 있어 상당한 오류를 포함하고 있다거나, 절차를 따르지 않았음을 주장해야 한다.

(2) 재심 허가

재심허가 결정은 이전에 당해 사안에 관여하지 않았던 Ofcom 직원에 의해 행해진다. 위에서 설명한 재심사유가 존재하고 i) 재심 시 승소가능성이 있거나, ii) 기타 재심이 허용되어야 할 강력한 이유가 있는 경우, 재심허가 결정이 내려질 것이다. 재심허가결정이 내려지면 Ofcom이 적절하다고 판단하는 경우 타방 당사자에게 의견제기회를 부여할 수 있다. 그러나 재심 청구 또는 이에 대한 답변서에서 사실관계에 관한 추가 자료를 제출하는 것은 허용되지 않는다.

(3) 방송 재심 위원회

재심은 방송 재심 위원회에 의해 행해진다. 재심은 보통 기 제출된 자료들에 근거해 이루어지지만, 청문을 개최할 수도 있다. 재심의 처리기한은 50일 이내이지만, 연장 가능하다.

방송 재심 위원회의 결정은 양 당사자에게 송부되고 방송 게시판에 공표된다. 위원회의 결정은 최종결정이 된다.

아) 비밀유지

양 당사자들은 당해 민원과 관련된 모든 서신, 서류 및 기타 자료들을 비밀로 유지해야 한다. 또한 Ofcom의 최종결정이 내려지기 전까지 민원인의 신원은 방송국 또는 민원과 직접적 이해관계가 있는 제3자에게만 공개된다.

더 나아가 일단 민원조사결정이 내려지면, Ofcom의 결정을 타협하기 위한 어

떠한 조치도 취해서는 안 된다. 그러한 경우는 절차의 남용(abuse of process)에 해당한다.

자) 절차의 미준수

민원인이 절차를 따르지 않는 경우 Ofcom은 민원조사를 중단하는 결정을 내릴 수 있으며, 방송국이 절차를 따르지 않는 경우에는 규제조치를 취할 수 있다.

차) 성문법상의 제재조치

민원에 대한 최종결정 외에 추가적 제재가 더 필요하다고 판단되는 경우, 방송 제재 위원회의 결정에 의해 과징금 부과, 면허 취소 등의 성문법상의 제재조치를 취할 수 있다.

2) 공정성 및 사생활 침해 관련 민원의 처리절차⁵⁴⁾

가) 민원제기

민원을 제기할 수 있는 사람은 방송 프로그램⁵⁵⁾에 의해 직접적으로 영향을 받은 개인·단체 또는 그를 대신하여 민원을 제기할 권한을 위임받은 사람이다. 예외적으로 Ofcom이 불공정한 대우 및 부당한 사생활 침해로부터 일반 대중을 보호할 필요가 있다고 판단하는 경우에는 직접 영향을 받은 당사자가 민원을 제기하지 않더라도 당해 사안을 조사할 수 있다.

민원인은 Ofcom에 민원을 제기하기 전에 당해 방송국의 민원 처리절차를 이용하도록 권고받는다. 이 경우 민원인이 당해 방송국의 처리결과에 만족하지 못하는

54) Ofcom, "Procedures for the Handling of Fairness and Privacy Complaints," 2009.

55) 이하에서 '프로그램'이라 함은 광고, 문자다중방송(teletext), 자막(subtitle) 및 텔레비전과 라디오 방송에 포함된 모든 내용을 일컫는다.

경우 Ofcom에 민원을 제기할 수 있다. 그러나 방송국의 민원처리절차를 이용하는 것이 의무적인 것은 아니며 바로 Ofcom에 민원을 제기할 수도 있다.

Ofcom에 민원을 제기할 때에는 민원신청서에 프로그램 제목, 방송일시, 채널명, 민원의 성격, 민원인의 인적사항 등을 기재하여야 한다. 그리고 방송날짜(방송국의 민원처리절차를 이용한 경우에는 방송국의 최종 결정일)로부터 20일 이내에 제출하여야 한다. 만약 20일 이후에 민원을 제기하는 경우에는 20일 이내에 제기하지 못한 이유를 설명해야 하며, Ofcom은 그 이유를 포함한 모든 관련요소들을 평가하여 당해 민원을 접수할 것인지 결정할 것이다.

나) 민원의 평가

민원이 접수되면 Ofcom은 민원신청서의 사본을 당해 방송국에 전달하면서 5일 이내에 당해 프로그램의 녹화본을 제출하도록 요구한다. 이 단계에서는 방송국으로부터 서면 답변서를 받지 않는다.

이후 Ofcom은 당해 민원을 조사할 것인지 결정하는데, 그 판단기준은 다음과 같다. i) 민원 내용이 사법절차의 대상이 되어야 하거나 사법 절차에 의해 더 적절히 해결될 수 있는 것이 아니어야 한다. ii) 민원이 사소한 것이 아니어야 한다. iii) 기타 다른 이유로 민원을 조사하는 것이 부적절하지 않아야 한다.

Ofcom의 민원조사결정문의 사본은 민원인과 방송국에 제공되며, 이들은 재심을 요청할 수 있다.

다) 직접적으로 영향을 받는 제3자의 자료 제출

당해 민원에 의해 직접적으로 영향을 받을 수 있다고 생각하는 개인·단체는 조사기간 동안에 Ofcom에 자료를 제출할 수 있다. 조사가 시작되자마자 조사를

받는 프로그램에 대해 웹사이트에 공표하므로, 자료를 제출하려는 사람은 가능한 빨리 제출해야 한다. 대부분의 경우 방송국이 직접적으로 영향을 받는 제3자들(프로그램 진행자 또는 기타 프로그램 제작에 관여한 사람들)을 고려하여 자료를 제출하고 이 제3자들도 방송국의 대응을 도울 것으로 예상되긴 하지만, 경우에 따라서는 이들이 직접 자료를 제출하는 것이 필요할 수 있다.

필요한 경우 Ofcom은 이들에게 민원신청서의 요약본과 그들과 관련된 자료의 요약본을 제공한다. 그러나 이들에게 사건 자료 전부에 대한 접근이 허용되지는 않는다. 또한 이들은 이후의 조사활동에 더 이상 관여할 수 없다.

라) 당사자의 자료 제출

민원에 대한 조사가 결정되면, 당해 방송국은 20일 이내에 “적절한 해결책(appropriate resolution)”을 제안하거나 답변서를 제출하도록 요구받는다. 방송국이 적절한 해결책을 제안하는 경우, 민원인은 10일 이내에 그 제안을 받아들일지 결정해야 한다. 적절한 해결책의 예로는 방송 내용을 설명하거나 추가하는 진술의 공표, 서면 또는 방송으로 사과 또는 정정, 장래에 방송할 프로그램의 편집, 당해 프로그램을 재방하지 않겠다는 약속 등이 있다.

민원인이 해결책을 받아들이지 않는 경우, 방송국은 민원인의 거절 통지 이후 20일 이내에 답변서를 제출해야 한다. Ofcom은 방송국의 답변서의 사본을 민원인에게 전달한다. 이후 Ofcom은 당사자들에게 서면자료를 더 제출하도록 요청할 것인지 결정한다. 그러한 결정을 내리면 민원인에게 10일 이내에 방송국의 답변서에 대한 의견서를 제출하게 한다. 이 의견서는 방송국에 전달되고, 방송국은 10일 이내에 재답변서를 제출할 수 있다.

일정한 경우에 Ofcom이 사안을 이해하는데 도움이 된다고 판단하거나 절차의 공정성을 확보할 필요가 있는 경우 청문(hearing)을 개최할 수 있다. Ofcom은 청

문일로부터 15일 전에 당사자에게 통지를 하며, 비공개로 진행되는 청문에서 양 당사자는 구술로 진술하게 된다.

마) 조사중단(disposal) 결정

민원 조사기간 동안 Ofcom은 다음과 같은 경우 조사중단 결정을 내릴 수 있다. 즉 i) 민원 내용이 사법절차의 대상이거나 사법 절차에 의해 더 적절히 해결될 수 있는 경우, ii) 민원이 사소한 경우, iii) 기타 다른 이유로 민원을 조사하는 것이 부적절한 경우 등이다.

조사중단 결정에 불만이 있는 민원인은 재심을 요청할 수 있다.

바) 임시 결정(provisional decision)

모든 증거자료가 수집된 이후, Ofcom은 임시 결정을 내림으로써 민원처리절차를 마치게 된다. 임시결정 및 그 이유는 양 당사자에게 전달되고, 양 당사자는 10일 이내에 임시 결정의 사실문제에 있어 부정확성 또는 오탈자에 대한 의견을 제출하거나 재심을 요청할 수 있다. 10일 이내에 어느 당사자도 재심을 요청하지 않으면 최종결정이 된다.

사) 재심(review)

(1) 재심 신청

양 당사자는 조사결정 또는 임시결정에 대해 재심을 요청할 수 있다. 또한 민원인은 조사중단결정에 대해 재심을 요청할 수 있다. 재심요청은 당해 결정이후 10일 이내에 이루어져야 한다. 재심사유는 당해 결정에 중대한 오류가 있는 경우로 제한된다. 예를 들어 당해 결정이 내용면에서 명백히 잘못되었다거나, 사실관계

에 있어 상당한 오류를 포함하고 있다거나, 절차를 따르지 않았음을 주장해야 한다.

재심신청서가 접수되면 Ofcom은 타방 당사자에게 그 사본을 전달하는데, 이때 타방 당사자는 의견서를 제출할 필요가 없다.

(2) 재심 허가

재심허가 결정은 이전에 당해 사안에 관여하지 않았던 Ofcom 직원에 의해 행해진다. 위에서 설명한 재심사유가 존재하고 i) 재심 시 승소가능성이 있거나, ii) 기타 재심이 허용되어야 할 강력한 이유가 있는 경우, 재심허가 결정이 내려질 것이다. 재심허가결정이 내려지면 타방 당사자는 그 결정이 있는 날로부터 10일 이내에 재심사유에 대한 답변서를 제출해야 한다. 그 이후 Ofcom은 통상적으로 추가 자료제출을 요구하지 않는다. 예외적으로 추가 자료 제출을 요구하는 경우에는 타방 당사자에게 추가 제출된 자료에 대한 의견 제출 기회를 주어야 한다.

(3) 방송 재심 위원회

재심은 방송 재심 위원회에 의해 행해진다. 재심은 보통 기 제출된 자료들에 근거해 이루어지지만, 청문을 개최할 수도 있다. 재심의 처리기한은 50일 이내이지만, 연장 가능하다.

방송 재심 위원회의 결정은 양 당사자에게 송부되는데, 임시결정에 대한 재심의 경우 위원회의 결정은 최종결정이 된다.

아) 최종 결정(adjudication)의 공표

최종결정은 방송 게시판에 공표된다. 민원이 받아들여진 경우 Ofcom은 방송국

에 대해 최종결정문의 요약본을 방송하도록 명령할 수 있다. 그러한 명령은, 민원인의 합법적 이익을 심각하게 저해하여 방송 게시판에의 공표 이상의 구제수단을 요하는 위반행위가 있는 경우에 내려진다.

자) 비밀유지

양 당사자들은 당해 민원과 관련된 모든 서신, 서류 및 기타 자료들을 비밀로 유지해야 한다. 또한 Ofcom의 최종결정이 내려지기 전까지 민원인의 신원은 방송국과 직접적 이해관계가 있는 제3자에게만 공개된다.

더 나아가 일단 민원조사결정이 내려지면, Ofcom의 결정을 타협하기 위한 어떠한 조치도 취해서는 안 된다. 그러한 경우는 절차의 남용(abuse of process)에 해당한다.

차) 절차의 미준수

민원인이 절차를 따르지 않는 경우 Ofcom은 민원조사를 중단하는 결정을 내릴 수 있으며, 방송국이 절차를 따르지 않는 경우에는 규제조치를 취할 수 있다.

카) 성문법상의 제재조치

민원에 대한 최종결정 외에 추가적 제재가 더 필요하다고 판단되는 경우, 방송 제재 위원회의 결정을 통해 과징금 부과, 면허 취소 등의 성문법상의 제재조치를 취할 수 있다.

3. 분쟁(dispute)해결 절차

가. 분쟁해결 절차의 대상

통신법 제190조의 규정에 의해 Ofcom에게 분쟁해결권한이 부여되어 있는 사안에 대해 당사자들 간의 상사협상이 실패한 경우 당사자들은 Ofcom의 분쟁해결절차에 그 해결을 의뢰할 수 있다. 이에 대하여 Ofcom은 당사자들의 권리·의무 등을 확인하여 주거나 분쟁을 해결할 수 있는 명령을 발하는 등으로 해결해 주어야 한다.

다만 이러한 분쟁해결의 대상에 Ofcom의 관할에 속하는 모든 사안을 포함되는 것은 아니고, 망접속의 제공, 서비스, 주파수와 관련하여 Ofcom이 부과한 규제 의무에 관한 것들로 제한된다. 방송법에 의해 부과되는 ‘공정하고 유효한 경쟁(fair and effective competition)’과 관련된 분쟁은 Ofcom에게 분쟁해결권한이 부여되어 있지 않다.

또한 Ofcom은 EU의 기준에 부합되고 분쟁의 신속하고 만족스러운 해결에 이를 것 같은 대안적 수단이 존재하지 않는 경우에만 분쟁을 해결할 의무를 진다. 또한 모든 분쟁에 있어서 이러한 분쟁해결절차가 적용되는 것은 아니어서 시장에 상당한 영향이 있거나 공공의 이익이 관계되는 경우에 한하여 이용이 가능하다. Ofcom에 의하면 일방당사자가 시장지배적 사업자이거나 당사자들의 합의의 실패로 경쟁 또는 소비자 이익을 저해할 경우가 아니면 분쟁해결을 거부할 것이라고 밝히고 있다.⁵⁶⁾ 그리고 특정 사안이 이러한 조건을 충족하는지 판단함에 있어, Ofcom은 특히 분쟁 당사자의 신청서에 기재된 분쟁의 역사를 고려한다. 그리고 타방 당사자나 당사자들이 제출한 쟁점에 대한 의견서도 고려한다.

56) Ofcom, "Guidelines for the Handling of Competition Complaints, and Complaints and Disputes about Breaches of Conditions Imposed under the EU Directives," 2004, at 3.

[표 5] ADR에 의한 해결 또는 Ofcom에 의한 분쟁해결이 더 적절한 예

	ADR에 의한 해결	Ofcom에 의한 해결
관련당사자의 숫자가 많음	X	O
일방 당사자가 관련시장에서 시장지배적 사업자임	X	O
양 당사자가 동일한 시장에서 시장지배적 사업자임	O	X
당사자 모두가 관련시장에서 시장지배적 사업자가 아님	O	X
다른 산업부문에서 이와 유사한 분쟁이 규제당국의 개입 없이 해결되고 있음	O	X
합의의 실패로 인해 소비자 후생이 저해되지 않음	O	X

* 출처: Ofcom, "Guidelines for the Handling of Competition Complaints, and Complaints and Disputes about Breaches of Conditions Imposed under the EU Directives," 2004, at 13.

한편 Ofcom이 대안분쟁해결기구(ADR)에 의한 해결이 더 적절하다는 이유로 다루지 않기로 결정한 경우라 하더라도, Ofcom의 결정이 있는 후 4개월 이내로 대안분쟁해결기구에 의한 해결이 이루어지지 않은 경우에는 당사자들은 다시 Ofcom에 분쟁해결을 신청할 수 있다. 이러한 재회부에는 대체수단에 의해 분쟁을 해결하고자 당사자들이 취한 단계의 모든 세부 내용, 이들 대체 수단에 의해 해결이 이루어지지 못한 이유에 관한 정보 및 분쟁 상태로 남아 있는 사항들에 대한 명확한 설명이 담겨 있어야 한다. 또한 원 분쟁에 포함된 정보들이 관련 있는 상태로 남아있는지 관한 확인도 포함되어야 한다.

Ofcom은 분쟁해결절차를 통해 해결되어야 할 쟁점에 대해서는 위에서 본 민원 제기를 받지 않는 것을 원칙으로 한다.

나. 분쟁해결의 신청

당사자들이 분쟁해결을 신청하려면 다음과 같은 사항들이 포함된 명확한 정보를 제공하여야 한다. 첫째, 관련되는 사전규제조건이 무엇인지 적시하여야 한다. 둘째, 분쟁의 범위에 대해 명확히 하여야 한다. 셋째, 원하는 구제수단을 상세히 밝히되, 그 이유도 밝혀야 한다. 넷째, 분쟁의 범위에 속하는 모든 쟁점들에 대해 상사협상을 하였다는 서면 증거를 제출해야 한다. 다섯째, 분쟁해결절차를 신청하는 사업자가 당해 분쟁을 상사협상을 통해 해결하고자 모든 노력을 다했음은 진술하는 임원(되도록이면 CEO)의 진술서를 첨부해야 한다.⁵⁷⁾

Ofcom은 분쟁해결신청서 중 ‘공개용 신청서(non-confidential submissions)’를 상대방에게 통지하여, 분쟁해결의 적절한 범위에 대한 입장표명을 요청할 것이다. 그리고 분쟁해결신청 후 15일 이내에 분쟁해결절차의 개시여부를 결정하여 신청자 및 상대방에게 통보한다. 분쟁해결절차를 개시하지 않기로 결정한 경우에는 신청자에게 그 이유를 함께 통지하여야 한다.

다. 분쟁조사절차

1) 분쟁 범위의 확정

분쟁조사절차의 초기에 Ofcom은 당해 분쟁의 범위를 규정하여 공표하고, 5일 동안 이해관계자들이 이 분쟁의 범위에 대해 의견을 제출하도록 한다. 신청서로 접수된 분쟁의 쟁점 중 상사협상의 대상이 되지 않았거나 상사협상을 해보고자 하는 합리적인 노력이 없었던 쟁점들은 분쟁의 범위에서 제외된다.

57) 물론 분쟁의 상대방인 통신사업자가 협상 시작을 거부하거나 협상을 정체를시키기 위해 불합리한 지연행위를 할 수도 있다. 그러한 경우에는 Ofcom에게 분쟁해결을 신청하는 당사자는 상대방과 협상을 하기 위해 합리적인 조치를 다 취했음을 보이면 된다.

2) 정식 조사권한

분쟁조사절차에서도 Ofcom은 위 민원제기의 경우와 마찬가지로 자신의 정식조사권한을 행사할 수 있다.

라. 분쟁의 해결

1) 분쟁해결안에 대한 의견수렴절차(consultation)

Ofcom은 분쟁의 쟁점이 다수의 이해관계자들에게 관계된 경우에는 그 해결안에 대해 정식으로 통상 10일간의 의견수렴절차를 거친다. 분쟁해결의 결과에 대해 당사자들만 이해관계를 가지는 경우에는 의견수렴절차는 당사자들에게로 제한된다. Ofcom은 10일이 촉박한 기간이라는 점을 알고 있기 때문에 가능한 한 사전경고를 빨리 한다. 그러나 이 기간을 늘리는 것은 4개월 내에 분쟁을 해결해야 하는 점을 감안할 때 가능하지도 않고 바람직하지도 않다.

2) 최종결정

Ofcom은 최종결정으로서 당사자들의 권리·의무 등을 확인하여 주거나 분쟁을 해결할 수 있는 명령(direction)을 발하는 등의 결정을 할 수 있다. 그러나 이러한 결정은 Ofcom이 부과하였던 사전규제조건과 일치해야 한다. 따라서 기존의 사전규제조건으로 부과되어 있는 내용이 아닌 새로운 형태의 분쟁이 발생한 경우, 분쟁해결절차를 통해 이에 관한 새로운 권리·의무를 부과할 수는 없다. 다만 드물기는 하지만, 이러한 계기를 통해 사전규제의무를 부과하지 않은 영역에서 중대한 규제의 쟁점이 제기된다는 것을 인식하고, 그 분쟁을 해결하기 전에 시장분석을 실시하여 새로이 사전규제의무로 부과할 필요성을 검토할 수는 있을 것이다.

분쟁 관련 Ofcom의 주요 결정 권한에 대해 구체적으로 살펴보면, 우선 주파수

관련 분쟁에서는 분쟁당사자의 권리·의무를 설정하는 선언에 국한된다. 그러나 주파수 관련 분쟁 이외의 분쟁 해결을 위한 결정에 있어서는 다음과 같은 주요 결정 권한이 있다. 즉 i) 분쟁 당사자의 권리·의무를 설정하는 선언, ii) 분쟁 당사자들 간의 기간이나 화해 조건을 확정하는 명령, iii) 분쟁 당사자가 행할 수 있는 의무를 부과하는 명령 및 Ofcom에 의해 확정된 기간과 조건에 구속되는 당사자들 간에 화해를 시도하는 것, iv) 일방 당사자가 타방 당사자에게 지불하는 불충분 지불이나 과다 지불을 조정하는 방식으로 총액을 정하는 명령 등이다.

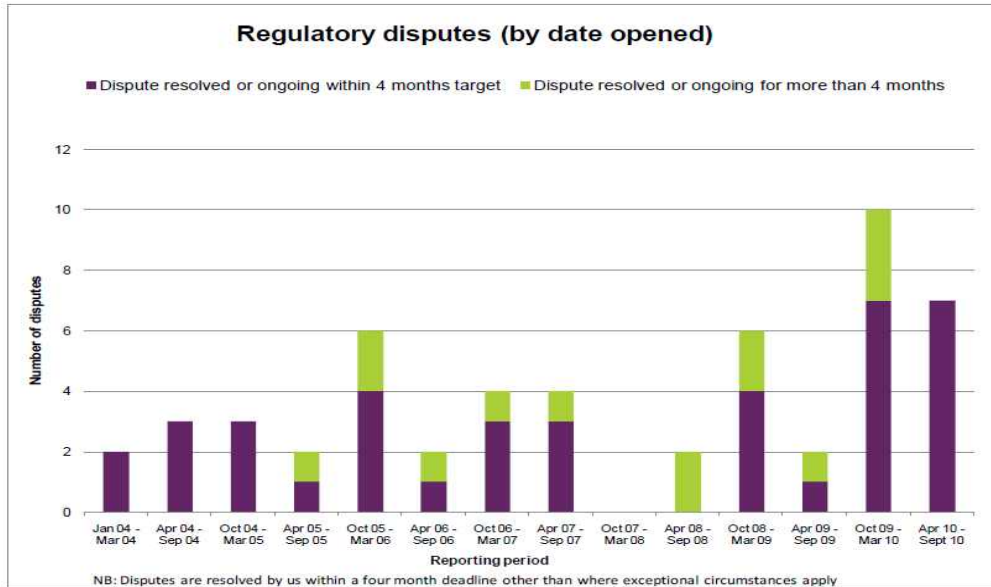
3) 최종결정 및 결정이유의 공표

모든 사건에 대해 최종 결정과 그 결정이유는 공표된다. Ofcom은 최종결정 외에도 절차의 모든 단계마다 그 이유를 제시하고 있다. 즉 조사의 거부, 시한의 연장, 연장기한의 도과, 분쟁의 범위와 결과에 대한 협의 등에 대해서도 이유를 제시하고 있다.

4) 분쟁해결기간

예외적인 상황 또는 법원이 Ofcom이 분쟁을 다루는 것을 중지시키는 경우를 제외하고, Ofcom은 분쟁을 다루기로 결정한 날로부터 4개월을 넘지 않는 기간 내에 결정을 내려야 한다. 분쟁 해결에 4개월 이상이 필요할 수 있는 예외적 상황에는 정책 프로젝트의 일환으로 Ofcom에 의해 고려되거나 고려되려고 하는 분쟁의 쟁점이 포함된다. 이러한 경우에 Ofcom은 정책 프로젝트가 완료되기 전까지는 분쟁을 해결하지 않았다.

[그림 10] 분쟁 사안의 기한준수 실적 (2004년 1월 ~ 2010년 9월)



* 출처: Ofcom, "Ofcom's Investigations Activity: Report on activity between 1 April and 30 September 2010," 2010, at 12.

제4절 시사점

1. 조직

가. 정책기능과 규제기능의 분리

영국은 2003년말 방송 및 통신분야에 대한 전면적 규제체계 개편작업을 통하여 정책기능과 규제기능을 구조적으로 분리하였다. 즉, 정책기능은 전과 같이 정부부처가 담당하도록 하되 규제기능은 반민반관의 전문규제기관인 Ofcom이 전적으로 담당하도록 하였다. 이와 같은 조치는 정책기능과 규제기능이 하나의 기관 안에 혼재하여 있을 때 나타날 수 있는 규제의 공정성 및 객관성에 대한 우려를 불식시키고 보다 효율적인 규제를 실현하기 위한 것으로 보인다.

한국에서도 이러한 입장은 계속되어 왔다. 즉, 과거 정보통신부가 통신정책을 담당하던 시기에 통신사업자에 대한 규제업무가 확대됨에 따라 규제기능을 전담하는 통신위원회를 설치하여 기능적 분리뿐만 아니라 어느 정도의 구조적 분리도 도모하였다. 이러한 방식은 과거 경제기획원 내에 하나의 실 조직으로 있었던 공정거래위원회가 점차 그 역할이 커지면서 하나의 차관급 위원회로 독립하고 결국에는 경제기획원과 전혀 관계없는 독립규제위원회로 자리잡은 것에 비견할 수 있다.

현재 한국 방송통신위원회는 지속적으로 정책기능을 확대하는 것으로 보인다. 이러한 경향에 비추어 보면 방송통신위원회의 규제기능이 정책기능에 눌러서 고도의 객관성과 독립성에 바탕을 둔 공정한 법적 판단을 내리기 어렵다는 비판이 제기될 수 있다. 따라서 현재보다는 규제 내지 심결기능을 담당하는 조직과 인력을 분리하는 작업을 추진할 필요가 있다. 다만 분리의 정도와 방법은 방송통신위원회 전체의 법적 성격과 담당업무 및 권한 등과 직접 관련되는 사안이며, 후자에 대한 정책적 판단에 따라 달라질 수 있는 만큼 신중한 검토가 필요할 것이다.

나. 위원회 심결의 효율성 및 공정성 제고

방송통신위원회는 정치적 안배를 고려하여 임명되는 5인의 상임위원들로 구성되어 있다. 5인의 위원들이 복잡하고 고도의 전문성을 요하는 모든 업무에 대한 전문지식을 갖추고 있을 것으로 기대하기는 매우 어려운 것이 현실이다. 또한 급증하는 방송통신위원회의 모든 업무를 위원회가 전부 처리하는 것도 물리적으로 쉽지 않은 일이다. 따라서 위원회 업무처리를 효율화하는 방안을 강구할 필요성이 매우 크다. 이와 같은 효율성 제고방안은 위원회 결정의 공정성과 대외적 설득력을 제고하여 위원회의 정책방향에 대한 순응도를 높이는 데에도 기여할 것으로 생각한다.

위와 같은 고려는 영국의 2003년말 규제체계 개편과 이후의 조직 및 절차 정비

에도 감안된 것으로 생각된다. 앞에서 살펴 본 Ofcom의 개별 위원회들이 바로 그러한 고민의 산물이다. 다만 한국 방송통신위원회와 영국 Ofcom은 조직의 법적 성격이 상이하기 때문에 영국에서의 경험을 우리나라에 그대로 도입하는 데에는 한계가 있다고 생각한다.

비슷한 예를 한국에서 찾는다면, 대표적인 독립규제위원회라 할 수 있는 공정거래위원회의 경우를 들 수 있다. 방송통신위원회의 규제기능과 매우 유사한 업무를 비교적 긴 기간 동안 맡아온 공정거래위원회는 상당한 정도의 개선을 이룬 것으로 보이고 이 중 상당수는 방송통신위원회에도 참고가 될 것으로 생각한다. 그 중 방송통신위원회에서 도입이 시급한 것으로 보이는 일부 제도들에 대해 아래에서 살펴본다.

1) 소회의 및 주심위원 제도의 도입

가) 소회의 제도

공정거래위원회의 소회의 제도는 대법원의 소부 제도를 참고하여, 전원회의의 안건부담이 커지면서 위원회 심의 효율화를 위하여 중요성이 떨어지는 사건을 소회의가 처리하도록 하기 위해 도입된 제도이다. 현재 3인의 상임위원 중 1인과 4인의 비상임위원 중 2인 등 총 3인의 위원으로 3개 소회의를 구성·운영하고 있다.

공정거래위원회의 사건국이 심사보고서를 작성하여 결재(사무처장)를 득한 후 회의안건으로 심판관리관실에 제출하면, 안건의 중요도에 따라 전원회의 또는 소회의로 구분하여 상정한다. 법규 등의 제·개정 및 해석·적용, 이의신청의 재결, 소회의에서 의결되지 아니한 사항, 기타 경제적 파급 효과가 중대한 사항은 전원회의에서 결정하고, 전원회의 소관이 아닌 일반 안건은 소회의에서 의결한다. 소회의 사건은 과징금, 전속고발 사건을 제외하고는 심사관이 안건 상정 전에 피심인에게 심사보고서에 기재된 심사관의 조치의견을 수락하는지 여부를 물어야 하며,

이를 수락한 경우 서면심의로 종결한다(약식절차).

나) 주심위원 제도

공정거래위원회는 대법원의 주심 대법관제도를 참고하여, 사건의 심도있는 검토와 절차진행을 위하여 공정거래위원장이 전원회의에 상정된 사건마다 상임위원 중 주심위원을 지정하고 있다. 원칙적으로 주심위원은 사건의 종류에 관계없이 사전에 정해진 순서대로 기계적으로 배정한다(단 특별한 사정이 있으면 위원장이 재량으로 배정). 소회의에서는 의장이 주심위원에 상응하는 권한을 행사한다.

주심위원은 사전준비절차 진행, 자료의 열람·복사 허부 등 절차진행을 주관하여 결정한다. 주심위원은 심사보고서의 위원회 상정 후 간사 및 의장과 함께 심의일을 확정하여 피심인에게 통보하고, 사건을 중점적으로 사전검토하여 필요한 경우 심사관에게 보완 등을 지시한다.

다) 검토

소회의 제도는 사건처리의 효율화를 위하여 도입되는 제도이므로, 방송통신위원회의 사건처리 부담 정도에 따라 도입 여부를 판단할 문제이다. 주심위원 제도는 심도있는 사건검토 및 절차진행을 위하여 개별 사건을 위원 1인이 책임지도록 하기 위한 제도이므로, 위원별 책임성 제고가 필요한 상황인지 여부에 대하여 판단할 문제이다. 현재로서는 주심위원 제도의 도입이 필요하다고 생각된다. 위원 1인이 책임지고 사건을 심도있게 검토하면서 심사관을 지휘할 필요가 있다. 또한 사건처리절차가 복잡해지면서 절차진행을 담당할 위원도 결정할 필요가 있다.

주심위원 제도가 도입되면, 늘어난 업무와 책임성에 걸맞게 심결보좌관 제도도 함께 도입하는 것이 바람직하다. 공정거래위원회의 경우 1 상임위원당 실질적으로 1개 과가 전담보좌하고 있다.

2) 심결보좌관 제도

가) 공정거래위원회의 심판관리관실 제도

공정거래위원회의 심판관리관실은 공정거래위원회 위원회(전원회의 및 소회의) 심결절차를 진행하고 위원을 보좌하는 것을 주된 임무로 한다. 구체적으로는 회의 진행, 심사보고서 및 의결서 검토, 위원 보좌 등이고, 동시에 위원회 내 법률사무 자문업무도 겸하고 있다. 위원회 심결 이후의 소송을 담당하는 송무업무는 전통적인 심판관리관실의 업무는 아니지만 현재 편의상 심판관리관실에 소속되어 있다(과거에는 별개 조직으로 있던 때도 있음).

심판관리관(국장)은 5개 과를 통솔한다(현재 총원 49명). 5개 과로는 심판총괄 담당관실(12명), 경쟁심판담당관실(5명), 협력심판담당관실(6명), 소비자거래심판담당관실(6명), 송무담당관실(10명)이 있다. 총괄담당관실은 위원회의 각 회의를 주관하고 절차의 개선 등을 맡는다. 나머지 3개 과는 원칙적으로 하나의 상임위원을 보좌하도록 되어 있다. 다만 전원회의 사건은 3개 과가 돌아가면서 주심위원을 보좌한다.

심판관리관은 전통적으로 외부 전문가(변호사, 교수)가 개방직 등의 방법으로 임용되거나 내부직원이라 하더라도 법적 지식이 충분한 국장급 간부를 임명하여 왔다. 심판관리관실 직원들은 사건조사를 담당하는 직원들을 비판하는 입장에 서게 되므로, 상당히 우수한 직원들을 배치하는 경향이 있다.⁵⁸⁾

나) 검토

위원회 조직에 설치된 심판관리의 주된 업무는 크게 위원회 심결절차 진행과 위원 심결보좌로 나눌 수 있다. 이 중 위원 심결보좌기구의 확대는 절차개선보다

58) 이러한 관행은 대법원도 마찬가지이다.

더욱 시급한 과제이다. 정치적 배려 속에 임명된 위원들이 모든 사안에 전문적 식견을 가질 수는 없으므로 실무적 차원에서 이를 보완하고 위원들이 고도의 정책적 내지 법적 판단에 집중할 수 있는 여건을 조성하여야 비로소 방송통신위원회의 의사결정의 품질이 향상될 것이다. 이를 위해서는 주심위원 제도와 함께 공정거래위원회의 심판관리관실과 비슷한 위원별 심결보좌관제도를 도입하고, 전문/특별위원회도 적극적으로 활용할 필요가 있다.

심판관리조직을 설치한다면, 이는 다른 부서와 상당한 정도로 독립성을 유지하여야 본연의 임무를 수행할 수 있을 것이다. 심결절차를 대심구조로 유지한다면 양 당사자들이 대등한 위치에서 무기평등의 원칙을 유지하는 것이 핵심적이기 때문이다.

2. 절차

가. 절차의 효율성 확보

1) 심결대상 사건수의 축소

한국 전기통신사업법상 재정절차의 대상과 금지행위 규제의 대상이 중첩되는 경우가 있다. 예를 들어 상호접속 등에 관한 임의의 협정 체결 시 정보통신부 장관이 고시한 관련기준을 준수하지 않은 경우 이는 금지행위에 해당할 뿐만 아니라, 만약 이를 원인으로 한 협정체결상의 분쟁이 발생하는 경우 재정대상이 되기도 한다. 협정의 불이행으로 인한 분쟁의 경우에도 마찬가지이다. 이 때 금지행위 규제절차와 재정 절차의 이용을 어떻게 조정할 것인가를 정하여야 한다.⁵⁹⁾

Ofcom은 분쟁해결절차에서 제대로 해결될 수 있는 쟁점에 대해서는 민원을 접

59) 이회정, “통신규제법 집행과정의 비교연구-통신위원회와 영국의 Ofcom-”, 법학논총 제24권 제3호 (2007), 24면.

수하지 않는 것을 원칙으로 한다. 우리도 이러한 적용순위를 도입하여 우선 심결 대상 사건수를 축소하고, 재정사건에 대해서는 아래의 (2)에서 설명하는 방법으로 재정대상 사건수를 축소할 필요가 있다.

2) 재정대상 사건수의 축소: 재정신청 요건의 강화 및 대안분쟁해결제도의 도입

영국에서는 이해당사자들이 Ofcom에 분쟁해결을 신청하기 위하여 갖추어야 할 법적 요건이 매우 엄격하여 당사자들 간의 소규모 단순분쟁 또는 불필요하고 소모적인 분쟁을 사전에 억제하는 효과를 갖고 있다. 즉, 분쟁해결의 대상이 망접속의 제공, 서비스, 주파수와 관련하여 Ofcom이 부과한 규제 의무에 관한 것들로 제한되며, 일방당사자가 시장지배적 사업자이거나 당사자들의 합의의 실패로 경쟁 또는 소비자 이익을 저해할 경우가 아니면 우선 대안분쟁해결기구에 의한 해결을 거치도록 하고 있다.

우리는 대안분쟁해결제도를 갖추고 있지 않을 뿐만 아니라, ‘이용자’와 사업자 간 ‘모든’ 분쟁을 재정의 대상으로 하는 것을 원칙으로 하되,⁶⁰⁾ “재정을 하기에 부적합하거나 기타 필요하다고 인정하는 때”에는 분과위원회를 구성하여 이에 관한 알선을 할 수 있게 하고 있다.⁶¹⁾ 그리고 이러한 알선대상으로는 1천만원 이하의 이용자와 사업자간 손해배상에 관한 사항, 이용자와 사업자간 이용계약, 요금조정 등에 관한 사항, 별정통신사업자 또는 부가통신사업자 관련 요금납부, 협정이행 등에 관한 사항 및 기타 알선분과위원회에서 알선을 통하여 분쟁을 해결하도록 위원회에서 위임한 사항을 들고 있다.⁶²⁾

이처럼 이용자와 사업자간의 모든 분쟁을 재정의 대상으로 하게 되면 재정절차의 대상과 이용자 민원처리절차의 대상이 중복될 수 있으며, 방송통신위원회의 업

60) 전기통신기본법 제40조의2 제1항.

61) 전기통신기본법 제40조의3.

62) 방송통신위원회 재정규정(방송통신위원회 훈령 제43호) 제21조 제1항.

무 부담이 증가하게 된다. 또한 방송통신위원회가 굳이 개입할만한 가치가 없는 사소한 사업자간 분쟁에까지 행정력을 동원하는 것은 효율성을 저해하는 결과를 빚을 우려가 크다. 그러므로 재정의 대상은 일정규모 이상의 사업자간 분쟁 또는 일정규모 이상의 이용자와 사업자간 분쟁으로 제한하는 것이 바람직할 것으로 판단된다. 또한 이러한 분쟁에 해당한다 하더라도 경쟁제한효과 또는 소비자이익저해효과가 상당히 클 것으로 예상되는 경우 외에는 우선 대안분쟁해결기구에 의한 해결을 거쳐야만 재정절차를 이용할 수 있도록 해야 한다.

3) 이용자 민원처리절차의 개선: 대안분쟁해결제도의 도입

통신관련 사안에 있어, Ofcom은 이용자의 민원을 바로 직접처리하지 않고 우선 통신사업자와 협의하게 하고 다음으로 대안분쟁해결기구를 이용한 이후에도 만족하지 않는 경우에만 Ofcom에 불만사항을 접수하게 하고 있다.

한국 방송통신위원회는 “사업자 관련 민원으로서 계약 당사자 간 분쟁 등 위원회가 직접 처리하기 어려운 민원”은 해당 사업자에게 통보하여 처리할 수 있도록 하고 있다.⁶³⁾ 이때 사업자에게 이송된 민원은 사업자가 사실관계 확인·조사 후 그 결과를 위원회에 통보하면 이를 담당자가 처리결과와 사실여부 및 적법여부를 검토한 후 민원인에게 최종 통지한다.⁶⁴⁾ 그리고 통신사업자 관련 민원의 경우, 해당 전기통신사업자가 회신한 처리결과가 사실과 다르거나 부적법한 것으로 판단되어 인지사건화 할 필요가 있는 경우에는 이를 조사 담당부서에 이첩하여 처리한다.⁶⁵⁾ 즉, 한국 방송통신위원회는 모든 이용자 민원에 대해 이용자와 사업자 간의 협의를 직접 중개하고 그 처리결과를 검토할 뿐만 아니라 대안분쟁해결기구가 아닌 해당사업자의 처리결과에 만족하지 않는 이용자가 많을 것이므로 이종의 업무 부담이 예상된다. 따라서 이용자 민원처리에 있어 민간기구를 대안분쟁해결기구로 적극 활용하는 방안을 검토할 필요가 있다.

63) 방송통신위원회 CS센터 민원처리지침(방송통신위원회 훈령 제44호) 제11조 제1항.

64) 방송통신위원회 CS센터 민원처리지침(방송통신위원회 훈령 제44호) 제11조 제3항.

65) 방송통신위원회 CS센터 민원처리지침(방송통신위원회 훈령 제44호) 제13조 제3항.

나. 절차의 정당성 확보

1) 절차공개정책의 도입

규제당국의 사전적 규제가 감소하고 시장 참여자의 수 및 경쟁이 활성화되면서 사후 규제에 있어 그 결정의 실제적 합리성뿐만 아니라 집행절차의 예측가능성 및 투명성을 확보할 필요성도 증가하고 있다. Ofcom은 이해관계자가 신청한 민원 또는 분쟁을 다루기로 결정한 순간부터 모든 절차 및 관련 논의를 웹사이트 등을 통해 공개함으로써 절차적 합리성을 확보하기 위해 노력하고 있다.⁶⁶⁾ 이는 Ofcom 출범 당시 민주적 정당성 보유 여부 및 거대 규제기관(super regulator)으로 군림할 가능성에 대한 문제제기⁶⁷⁾에서 비롯된 것이다. Ofcom은 절차 공개 및 투명성 확보를 통해 이러한 “민주적 정당성 결여” 문제를 해결하였다고 평가되고 있다.

위원회의 결정내용에 의해 큰 타격을 받는 사람들에게 결정의 합법성을 이해시키기 위해서는 무엇보다 위원회 의사결정과정의 정당성을 확보해야 한다. 이를 위해 각종 공개적인 토론자료, 자문기구 및 이용자 패널 등을 운영할 필요가 있다. 한국 방송통신위원회는 웹사이트에 심결 및 재정결정문만을 공개하고 있는데, 앞에서 논한 심결 및 재정 대상 사건수의 감소를 전제로 Ofcom의 절차 공개정책을 도입할 필요성이 있다.

2) 준사법절차 도입의 문제

미국 FCC는 절차적으로 당사자 대립구조 확보, 행정재판관(administrative law judge) 제도, 편면적 접촉(ex parte communication) 금지 원칙 등 대심주의 하에

66) Ofcom은 개별 사건의 처리과정뿐만 아니라, 모든 규제 조치(regulatory actions)를 취하기 전에 광범위한 자문을 구하며, 정책 시행의 이유에 대해 상세히 설명한다(Mike Feintuck and Mike Varney, *Media Regulation, Public Interest and the Law*, Edinburgh University Press, 2nd. ed., 2007, at 170-76).

67) See, for example, Thomas Crane, "OFCOM- A New Order for Communications Regulation or a Bureaucratic Nightmare?", 9(2) *Computer and Telecommunications Law Review* 37 (2003).

서 당사자의 방어권과 절차의 공정성 및 객관성을 보장할 수 있는 다양한 제도를 도입하여 결국은 사법절차에 준하여 운영하고 있다. 이러한 점은 우리나라 공정거래위원회의 경우도 마찬가지이다. 이러한 점을 근거로 이들과 유사하게 대규모 규제업무를 담당하는 위원회 조직인 방송통신위원회에 있어서도 그 심결절차에 위와 같은 요소를 적극적으로 도입하여 사법절차에 준하여 운영할 필요가 있는 견해들이 많이 제기되고 있다. 이러한 주장을 경청할 필요가 있는 것은 분명하다. 그러나 구체적으로 대심주의적 절차요소를 도입하는 데에는 고려하여야 하는 다른 요소들도 많음을 유의할 필요가 있다.

미국의 사법체계에 있어 FCC가 실질적으로 1심 역할을 하고 있을 뿐만 아니라, 미국은 2심부터가 법률심인 점, 상고허가제로 인해 대법원에서의 3심이 크게 제한되는 점 등으로 인해 FCC의 결정이 매우 중요한 역할을 하고 있다. 한국 공정거래위원회 역시 그 심결에 대한 불복은 서울고등법원의 전속관할이어서 사실상 1심의 기능을 하고 있을 뿐 아니라 법원과 헌법재판소 역시 이를 인정하고 있다. 그러나 한국 방송통신위원회는 그 심결에 대한 불복을 일반 행정청의 경우와 같이 행정법원에 한다는 점, 집행 기능 외에 정책 기능에도 상당한 비중을 두고 있다는 점 등을 감안할 때, FCC나 공정거래위원회의 심결절차와 한국 방송통신위원회의 심결절차를 동일선상에 놓고 비교하는 것은 무리가 있다.

방송통신위원회가 준사법기관으로서 고도의 법적 판단을 하여야 한다면 공정성, 객관성, 독립성 등의 면에서 엄격한 대심구조적 절차를 마련해야 할 것이나, 행정청으로서의 성격이 강조된다면 행정절차법 수준의 절차로 충분할 것이다.

위와 같은 배경을 염두에 두고 보면, 현재 방송통신위원회는 행정기관이기는 하지만 대규모 과징금과 불이익처분을 부과하는 큰 규제권한을 행사하는 점에 비추어 상당한 수준의 준사법절차를 도입할 필요가 있다고 본다. 하지만 당장 한국 공정거래위원회 수준의 엄격한 절차를 채택하는 것은 과도할 수 있다는 점도 함께 고려할 필요가 있다. 따라서 적정수준이 무엇인지에 대한 고민이 필요하다. 그

럼에도 불구하고 일단 현행 절차는 지나치게 간소하거나 기업의 방어권 보장에 크게 부족하다고 생각된다. 따라서 심판정에서의 구두변론권을 보다 적극적으로 보장하고 조사기능과 심판 기능을 분리하는 등의 대심주의 하에서 피규제자의 방어권과 절차적 공정성 및 객관성을 보장할 수 있는 요소들을 상당부분 도입할 필요가 있다.

3. 동시관할권 도입 문제

Ofcom은 경쟁법 집행에 있어 OFT와 동일한 권한을 갖는다. 즉, 특정 사안에 관하여 누가 경쟁법 집행권한을 가질지에 대해 미리 결정해서 둘 중 어느 한 기관만 경쟁법을 집행하게 된다. 이러한 동시관할권은 동일한 사안에 대해 규제기관 간에 서로 다른 결론이 나올 가능성을 방지하는 한편, 규제기관들 중 해당 사안과 관련된 전문지식 및 경험을 가장 많이 가지고 있는 기관이 규제권한을 가짐으로써 좀 더 신속하고 효과적인 법집행을 가능하게 한다. 다만 영국에서 동시관할권 제도가 도입된 이후 규제기관이 경쟁법 적용 관할권을 행사했던 사안들 중 범위 반 결정이 내려진 사례가 거의 없기 때문에 규제기관들이 정책목표 추구를 위해 경쟁법 적용에 소홀하다는 비판을 받고 있음을 감안하여, 동시관할권 도입에 있어 신중한 접근이 요청된다. 특히 동시관할권 도입을 논의하기 위한 전제조건으로서 방송통신위원회의 경쟁법 이해도를 제고하고 방송통신정책에 경쟁정책적 관점을 적극 도입할 필요가 있다. 공정거래위원회와의 인적교류를 활성화한다면 이에 큰 도움이 될 것이다.

제4장 독일 BNetzA의 조직과 규제집행절차

제1절 서

선진 주요국은 각국의 역사문화적 환경을 토대로 고유한 방송통신법제를 발전시켜왔다. 독일의 경우도 예외는 아니라고 할 것인데, 특히 연방국가라는 독일의 특수성은 방송통신법제에도 고스란히 반영되어 독일 기본법상 통신은 연방의 권한으로 규정되어 있는 반면 방송은 주정부의 권한으로 규정되어 있다. 즉 독일의 방송에 대한 관할권은 연방 각 주의 주미디어청에서 행사하며, 이러한 각 주의 방송관할권의 복잡성 때문에 연방차원에서의 대처가 필요한 사항에 관하여는 “방송국가협약(RfStV)”을 체결한다든지, “주미디어청협의회(ALM)”를 결성함으로써 연방차원에서의 합의에 의하여 결정하고 있다. 한편 통신에 대해서는 정책부서인 연방경제기술성과 집행부서인 연방망규제청으로 이원화되어 IT분야를 관장하고 있다. 독일의 방송통신법제는 방송과 통신의 융합이라는 변화하는 미디어환경에서 새로운 입법모델의 개발을 지속적으로 요구받고 있으며 이에 따라 정밀하고 치밀한 법제도를 형성시켜왔다. 독일의 IT 관련 규제기관의 조직 및 법집행절차는 유사한 방송통신법제를 가지고 있는 우리의 현실에서 제도 및 절차를 보완할 수 있는 유의미한 시사점을 줄 수 있다는 점에서 주목되고 있다. 이하에서는 특히 독일에서의 통신 규제 영역을 중심으로 하여 관련 규제기관의 조직과 법집행절차에 대하여 살펴보는 것을 주된 연구내용으로 하고자 한다.

제2절 독일 BNetzA의 조직

독일의 IT분야 중 우리의 관심사가 되는 것은 방송과 통신인데, 독일의 방송에 대한 관할권은 연방 각 주의 주미디어청에서 행사하며, 이러한 각 주의 방송관할권의 복잡성 때문에 연방차원에서의 대처가 필요한 사항에 관하여는 “방송국가협약(RfStV)”을 체결한다든지, “주미디어청협의회(ALM)”를 결성함으로써 연방 차원에

서의 합의에 의하여 결정하고 있다. 이하에서는 주로 통신 규제의 영역을 중심으로 관련 규제기관의 조직과 법집행절차에 대하여 살펴보는 것을 주된 연구내용으로 하고자 한다.

1. IT정책부서로서의 연방경제기술성(BMWi)

가. 목표와 임무

독일에서 IT에 관한 정책의 입안 및 집행에 관한 관할권은 원칙적으로 "연방경제기술성(BMWi: Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie)"이 가지고 있다.⁶⁸⁾ 독일의 연방경제기술성은 우리나라의 지식경제부가 수행하는 역할에 해당하는 경제관련 산업과 기술에 관한 정책을 입안하고 집행하는 기능을 수행하고 있다. 2010년 11월 현재 연방경제기술성(BMWi)은 경제와 기술에 대한 197개의 법률을 관장하고 있다.

연방경제기술성(BMWi)의 정책의 중심은 독일에서 모든 시민들의 광범위한 참여를 토대로 경제적 번영과 현대적 노동시스템의 형성을 위한 기초를 마련하는 것이다. 이러한 일반적인 목표에 기반을 두어 구체적이며 정치적인 수단을 위한 심판관으로서의 여러 가지 계획들이 수립된다. 여기에는 가령 높은 고용수준, 지속적인 성장과 경쟁의 기회, 사회보장, 노동계에서의 공정한 이익의 조절, 신기술의 후원과 경제적 경제력의 제고를 위한 투자, 광범위한 노동 분업과 자유로운 세계시장의 심화, 정보화 사회의 확대 등이 세부목표로 제시되어 있다.

이와 같은 목표를 달성하기 위하여 연방경제기술성(BMWi)은 개인과 기업의 자유, 경쟁 그리고 안정의 토대 위에서 경제적 행위를 위한 다양한 조건들을 창출해 내며, 노동자의 적합한 권익보호를 보장하며 노동자의 작업능력을 향상시켜야하는 임무가 있다. 연방경제기술성(BMWi)은 이러한 임무를 수행하기 위하여 경쟁정책, 지역정책, 노동정책, 중산층경제정책, 에너지정책 그리고 무역정책, 노동권과 노동

* 고려대학교 법학전문대학원 부교수, 법학박사.

68) "연방경제노동성(Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit : BMWA)"의 관할이었던 통신관할권은 현재 "연방경제기술성(BMWi)로 이관되었다.

자 보호 정책 등을 수립·시행하고 있다.

현재 연방경제기술성(BMWi)은 “현대적 관리방식”과 “권위주의적 장애의 제거”와 정보화기반사업을 역점사업으로 선정, 집중적으로 추진하고 있다. 이 중 중요한 업무로는 다음과 같은 영역을 들 수 있다.

- 지속적인 독일의 입장에서 성장기회와 경쟁기회 제고
- 높은 고용수준 달성 및 유지
- 소규모 산업의 강화
- 경제의 경쟁력의 고양을 위한 새로운 기술과 혁신의 지원
- 경제적·기술적 주요 목표의 결합 및 시너지 효과 달성
- 세계적인 노동분배와 자유로운 세계무역의 심화에 대한 고려
- 지식기반 정보화사회를 위한 경제사회의 변동에 대한 적극적 형성
- 적정 가격이 보장된 에너지공급

나. 조직과 업무분장

연방경제기술성(BMWi)에서는 정보통신기술과 미디어 및 체신에 관한 규제권을 담당하고 있으며, 여기에서 IT에 관한 전반적인 정책권을 행사하고 있다. 흔히 독일의 경우 연방 각주에서는 방송에 관한 관할권을, 연방에서는 통신에 관한 관할권을 행사한다고 설명하고 있는 바, 여기에서의 “연방의 정부부처” 중에서 IT에 관한 전반적·원칙적인 정책권은 “연방경제기술성(BMWi)”이 행사하고 있다. 연방경제기술성(BMWi)은 다음과 같이 부서의 관장업무가 분할되어 있다.

- 총무국(Zentralabteilung): Z
- 유럽정책국(Europapolitik): E
- 경제정책국(Wirtschaftspolitik): I
- 중산층정책(Mittelstandspolitik): II
- 에너지정책(Energiepolitik): III
- 산업정책(Industriepolitik): IV
- 외부경제정책(Außenwirtschaftspolitik): V

- 커뮤니케이션정책 및 우편정책(Kommunikations- und Postpolitik): VI
- 기술정책(Technologienpolitik): VII

2. 연방망규제청(BNetzA)

가. 설립

2005년 7월 13일 연방망규제청법에 의하여 과거 “통신 및 우편 규제청 (Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post: RegTP)”가 수행하던 권한을 이체는 “연방망규제청(Bundesnetsagentur)”이 행사하게 되었다. 특히 RegTP가 통신과 우편에 한정된 권한을 행사하여왔다면, BNetzA는 2006년 1월 1일부터 통신과 우편뿐 아니라 전기, 가스, 철도 등에 관한 권한을 포괄하는 종합적 망산업 규제기관으로 재탄생하였다는 점에서 큰 의미를 찾을 수 있다.⁶⁹⁾

체신과 통신 시장의 자유화 이후에도 이전의 독점기업인 “독일우편 주식회사 (Deutsch Post AG)”와 “독일통신 주식회사(Deutsch Telekom AG)”는 시장점유에 있어서 오랫동안 지배적인 위치를 유지하고 있었다. 따라서 통신시장에 있어 독일 정부의 국가적 규제의 중심적인 과제는 시장지배적 사업자의 시장지배를 규제하고 새로운 경쟁사업자들에게 필요한 기회의 균등을 제공하는 것이다. 그러므로 연방정부에서는 통신영역에서 단순히 시장지배적 사업자의 지위남용을 사후적(ex-post)으로 감독하는 차원에 머무는 것이 아니라 이를 적극적으로 예방할 필요가 있다고 판단하고 있는 것이다.

이와 같은 목적에 의하여 설립된 연방망규제청(Bundesnetsagentur)에서는 전문화된 규제체계를 통해 체신과 통신 시장에서의 경쟁관계를 지속시킬 수 있도록 하는데 주안점을 두고 업무를 수행하고 있다. 한편 연방망규제청은 소비자들을 위한 중심적 상담기관으로 발전하였는바, 이곳에서는 소비자들에게 소비자를 위해 유익한 주제들에 대한 정보를 제공하고 있으며, 연방망규제청 내에 통신 및 체신에 관한 조정위원회를 두어, 통신관계법령과 소비자보호법 혹은 체신서비스법과

69) Neuhaus, Regulierung in Deutschland und den USA, 2008, S. 95.

체신 일반적 서비스규정 사이의 법적 문제가 제기될 경우, 소비자들이 조정위원회에 조정을 청구할 수 있도록 하고 있다.

전문규제기관으로서의 연방망규제청의 설립과 관련해서는 1996년 통신법(TKG 1996) 입법절차중 많은 논란이 일어나기도 하였다. 왜냐하면 통신시장과 우편시장의 규제에 대해서는 일반 경쟁법의 수단을 통해 이미 연방카르텔청에 의한 관할이 일반적인 것으로 받아들여지고 있었기 때문이다. 즉, 예컨대 독일의회의 독점위원회(Monopolkommission)에서는 통신 등과 같은 망산업에 대한 연방카르텔청의 통일적 권한행사를 지지하였는데, 전문영역들을 모두 포괄하는 통일 규제기관이 오히려 더 합목적적이라고 보았기 때문이다. 즉, 모든 망산업에 대하여 하나의 규제기관에 의하여 통일적 규제가 이루어지면 규제의 시너지효과를 달성할 수 있고, 그렇지 않을 경우 오히려 더욱 심화되는 특별카르텔이 발생할 위험이 있다는 점, 피규제대상인 산업으로부터 일방적인 영향과 정치적 영향력이 전문영역만을 관할하는 규제기관을 압도할 수 있는 점 등을 지적하였다.⁷⁰⁾

그러나 그러한 지적에 대해서는 통신영역과 같은 전문영역에 특수한 규제기관을 설립하는 것이 이미 국제적 추세라는 점,⁷¹⁾ 과거 독점영역이었던 통신시장이 자유경쟁으로 이전함에 따라 연방카르텔청처럼 시장에서의 남용행위에 대하여 사후적으로만 대응할 것이 아니라 그와 같은 남용행위를 사전적 수단을 통해 경쟁영역으로 적극적으로 형성하여야 할 필요성이 강하게 대두하고 있는 점 등에서 통신 등 분야의 전문규제기관의 창설이 필요하다는 점에 다수의 견해를 모을 수 있었다.⁷²⁾

나. 법적 지위

위에서 언급한 바와 같이 연방망규제청의 전신은 “통신 및 체신규제청(RegTP)”이었다. 이 기관의 전신이 “체신과 통신을 위한 연방성(Bundesministerium für

70) Monopolkommission, Wettbewerbspolitik in Zeiten des Umbruchs, 11. Hauptgutachten, 1996, Ziff. 56.

71) 미국의 FCC를 보아도 그러하다.

72) 이에 대해서는 Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, 2004, S. 373.

Post und Telekommunikation: BMPT)”과 체신과 통신을 위한 연방관청 (Bundesamt für Post und Telekommunikation, BAPT)이었다. 1998년 1월에 설립된 “통신 및 체신규제청(RegTP)”는 이 두 기관이 병합되면서 확대·발전된 것이었다. 따라서 당시에는 양기관의 업무를 모두 관장하였다.

이 당시 독일에서는 통신과 우편에 관한 규제업무들은 조직적으로 독립적인 기관에 의해 수행되어야 한다고 판단했으며, 이를 위하여 연방망규제청을 통신법(TKG)의 규정에 의해 본(Bonn)에 소재한 연방경제노동성(BMWA)에 소속된 연방관청으로 설립하였다.

연방망규제청은 “자유화”와 “규제를 통한 통신 및 체신시장의 지속적인 발전도모”를 과제로 하고 있다. 이러한 정책목표를 달성하기 위하여 이 기관에는 여러 가지 권한들이 부여되고 있는데, 여기에는 조사권 및 단계적인 제재 가능성이 포함되어 있다. 한편 통신 및 체신규제청(RegTP)의 중요사안들에 대해서는 대부분 결정실(Beschlusskammern)에서 결정하고 있으며, 이러한 결정에 대해 이의가 있는 당사자는 행정법원에 소송을 제기할 수 있다. 행정법원의 결정에 대해서는 이의절차(Widerspruchsverfahren)가 허용되지 않는다.

다. 관할

연방망규제청은 통신법과 체신법을 법적 근거로 하여 자유화와 제규제를 통해 전기, 가스, 통신, 우편과 철도에 대한 사항을 관할하는 독립적인 연방기관(sebständige Bundesoberbehörde)이다. 지난 2005년 7월 12일 이후로 위에서 언급한 BMPT와 BAPT가 합쳐진 통신과 우편규제청이 연방망규제청으로 개칭한 것이다.

연방망규제청의 규제결정은 전기, 가스, 통신, 그리고 우편 등에 결정위원회(Beschlusskammer)에 의해 결정된다. 이러한 결정에 직접적으로 관계된 기업들은 결정절차에 참여할 수 있다.

연방망규제청에서 통신법(Telekommunikationsgesetz), 우편법(Postgesetz), 에너지관리법(Energiewirtschaftsgesetz) 등에 근거해서 내리는 결정들은 법률적 차원

에서 검토될 수 있다. 결정위원회의 결정은 감독기관, 연방경제기술성(BMWi)에 의해 법률적 문제가 제기된 경우에도 무효화되지 않는다. 이러한 결정위원회의 결정에 대하여는 우편과 통신의 경우에는 행정법원에 직접, 그리고 에너지 분야에서는 민사법원에 소를 제기할 수 있다. 이의절차(Widerspruchsverfahren)는 인정되지 않는다. 본안절차(Hauptsacheverfahren)에는 집행정지효(aufschiebende Wirkung)는 인정되지 않는다.

구체적으로 연방망규제청은 다음과 같은 임무를 수행하고 있다.

- 사용자, 특히 통신 영역에서 소비자 이익의 보호와 통신비밀의 보호
- 기회균등적 경쟁의 확보와 통신서비스와 통신망 그리고 거기에 속하는 설비와 서비스의 영역에서 지속적인 통신의 자유 경쟁적 시장의 지원
- 효율적인 기반시설투자의 지원과 개혁에 대한 지원
- 유럽연합의 내수시장 발전을 지원
- 지불할 수 있는 가격으로 통신서비스의 모든 영역을 망라한 기본적 공급의 확보
- 공공설비에 있어서 통신서비스의 지원
- 방송의 관심사를 고려하여, 전파의 효과적이고 장애 없는 사용에 대한 보증
- 번호의 자원(Nummerierungsressourcen)에 대한 효과적인 사용의 보증
- 공공의 안녕 보호
- 지불할 수 있는 가격으로 통신서비스와 체신서비스의 모든 영역을 망라한 기본적 공급의 확보

이러한 통신과 체신 시장에 대한 규제와 아울러 부수적으로 연방망규제청은 다음과 같은 역할도 수행하고 있다.

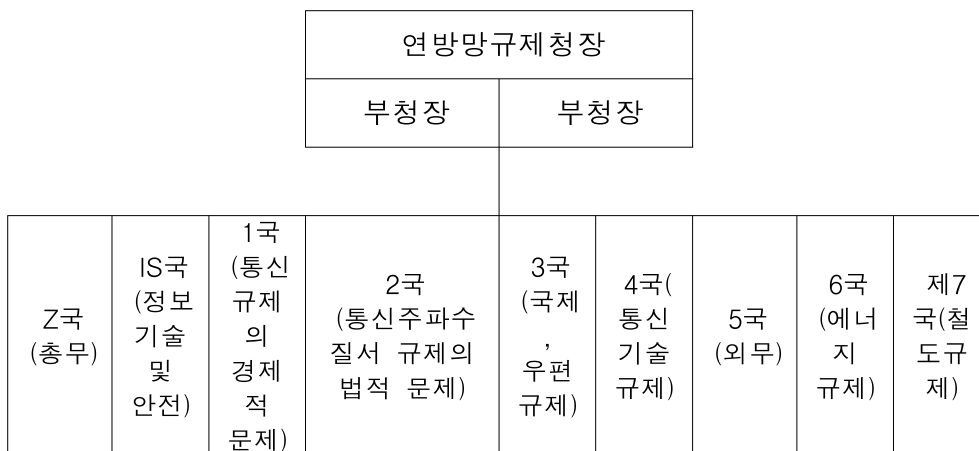
- 규제청은 규격화(Standardisierung)의 범위에서 문제들에 대한 해결
- 전파 관리
- 전화회사에 전화번호 분배, 전화번호 오용 방지
- 전파방해 해결
- 국민들에게 새로운 법규와 그 영향에 관해 설명함

연방망규제청에서 행하는 행정행위나 법규정의 개정 등에 대해서는 사용자와
 제공자 혹은 방송이나 통신기체들의 생산자나 수입자에게 중요한 사안이므로 이
 를 관보에 수록하여 고시하여야 한다.

라. 구조

1) 개 관

연방망규제청은 다음과 같은 구조로 구성되어 있다.



현재 연방망규제청은 2명의 부청장이 활동하고 있다. 그 중 한명은 정보기술
 및 안전국(Informationstechnik und Sicherheit, IS국), 제1국(통신규제의 경제적 문
 제), 제2국(통신주파수 질서 규제의 법적 문제), 제4국(통신기술규제), 제7국(철도
 규제)를 담당하며, 나머지 한명은 총무국(Zentralabteilung, Z국), 제3국(국제, 우표
 규제), 제5국(외부, 전화번호오용), 제6국(에너지규제) 등의 업무를 분장하고 있다.

2) 구체적인 구조

가) 조직의 지배구조

연방망규제청은 과거 RegTP처럼 연방최고행정청의 형태로 도입되었는데, 하나의 장으로만 구성되는 전통적인 조직구성방식과 달리, 청장 1명과 부청장 2명으로 구성되는 일종의 위원회(Direktorium) 방식으로 도입되었는바, 규제행정청으로 기능할 때에는 보통의 합의제행정청과는 달리 독재적 행정청조직(monokratische Behördenverfassung)으로서의 면모를 특징으로 한다. 왜냐하면 2명의 부청장에게는 법률⁷³⁾상 청장으로부터 독립된 어떠한 책임영역도 부여되어 있지 않기 때문이다. 연방망규제청법(BNAG) 제3조 제1항에 따르면 한편으로 대내적(사무집행) 및 대외적 대표권한은 청장에게 있으며, 다른 한편으로 청장은 사무의 배분과 집행을 사무규정(Geschäftsordnung)을 통해 규율한다. 또한 이러한 권한행사들은 연방경제기술성을 통해 뒷받침된다. 청장은 두 부청장과 함께 주결정위원회(Präsidialkammer)를 구성하고 특별한 사안에서만 심리한다.

청장과 두 부청장은 연방망규제청법 제3조 제3항 1문에 따라 자문위원회(Beirat)의 제청에 의해 연방정부에서 지명되며 연방대통령에 의해 임명된다. 이 경우 연방정부는 이러한 (협동적) 제청절차와는 독립적으로 최종결정권을 행사한다.⁷⁴⁾ 청장과 부청장의 의장단은 연방에 대하여 공법상 직무관계에 서며, 그 임기는 통상적으로 5년으로 한정되어 있으나 연임이 허용된다.⁷⁵⁾ 중대한 사유가 있을 때에는 연방경제기술성의 신청에 의하여, 자문위원회의 청문에 따라, 관련인의 의견진술의 기회를 보장하여, 연방정부의 결정에 의하여 그 직을 면할 수 있다.⁷⁶⁾

연방망규제청법 제3조나 통신법 제 규정을 보아도 청장이나 부청장이 임명되기 위한 인적 요건으로 고위공무원단의 자격(Befähigung für eine Laufbahn des höheren Dienstes) 등이 요구된다고 해석되지는 않는다. 그러나 결정위원회의 절차

73) 연방망규제청법을 말한다.

74) 연방망규제청법 제3조 제3항 4문.

75) 연방망규제청법 제4조 제1항.

76) 연방망규제청법 제4조 제5항 2문, 3문.

가 법원조직과 유사하게 형성되어 있는 점에서 최소한 청장이 속한 주결정위원회 (Präsidentenbeschlusskammer)의 구성원은 법관의 자격을 요한다고 해석된다고 한다.

나) 결정위원회(Beschlusskammer)

연방망규제청의 중요한 기관은 바로 결정위원회이다. 결정위원회는 합의제행정청에 속한다. 결정위원회는 행정절차를 통하여 행정행위의 형식으로 결정을 내리게 된다. 결정위원회는 행정법상 연방행정절차법 제88조에서 규정하는 위원회에 속한다. 연방망규제청의 결정위원회 구조는 1996년 통신법때부터 연방카르텔청의 그것을 모델로 삼아 형성되었고, 이는 다시 연방금융감독청의 결정위원회 구조의 모범이 되었다. 이미 RegTP가 설립되기 전인 BMTP시절에도 독립적인 결정위원회 구조가 존재하였었다. 그만큼 현재의 결정위원회 구조는 독일법상 전혀 새로운 것은 아닌 것이다. 총 9개의 결정위원회는 아래와 같은 권한을 갖는다.

- 제1결정위원회/주결정위원회 : 통신, 체신, 그리고 제한된 주과수 영역에서의 보편적 서비스
- 제2결정위원회 : 전화서비스에 있어서 최종시장, 전화선 임대에 대한 선행 그리고 최종시장, 공중전화에 대한 선행 그리고 최종시장의 결정
- 제3결정위원회 : 통신의 선불시장(Vorleistungsmärkte), 유선네트워크, 모바일
- 제4결정위원회 : 에너지관리법 제19조에 의한 전기분야 개별 망요금 및 가스분야 가스환경쟁절차
- 제5결정위원회 : 우편시장의 요금규제와 특별한 남용행위 감독
- 제6결정위원회 : 전기공급네트워크에 대한 규제
- 제7결정위원회 : 가스공급네트워크에 대한 규제
- 제8결정위원회 : 전기분야 망요금 규제
- 제9결정위원회 : 가스분야 망요금 규제

결정위원회의 구성과 임명은 주결정위원회(Präsidentenkammer)의 경우를 제외하면 통신법(2004) 제132조 제1항 3문에 따라 연방경제기술성의 결정에 따라 행해진다. 통신법 제132조 제2항 1문에 따라 각 결정위원회는 위원장 1명과 2명의 배석위원으로 구성되며 위원장과 배석위원 각자는 고위공무원단의 자격(Befähigung für eine Laufbahn des höheren Dienstes)을 획득하여야 한다.⁷⁷⁾ 2004년 통신법이 발효한 이후로는 결정위원회 구성원 중 최소한 1명은 법관의 자격을 가져야 한다.⁷⁸⁾ 이로써 입법자는 심결업무에 있어서 점차 증가하는 법적 이슈에 대해 적극적으로 능동적으로 대응할 수 있도록 배려한 취지이며, 그러한 의미에서 그 모범이 된 독일 부정경쟁방지법 제51조 4항의 경우보다 넓게 규정되었다고 한다.⁷⁹⁾ 후술하는 바와 같이 결정위원회에서의 절차진행도 사법절차에 준하게 마련된 것도 이러한 요청을 반영한 취지라고 한다. 이러한 배경에서 결정위원회는 통상적으로 법조인 출신 1명, 경제학자 출신 1명 및 기술전문가 1명으로 구성되고 있다. 이러한 면모에서 보는 바와 같이 결정위원회의 인적 구조는 전체적으로 매우 학제적으로 구축되어 있는 것이 특징이다. 그도 그러한 것이 흔히 대하는 복잡한 사건들은 경제학자와 법학자 및 다양한 전문분야의 기술전문가들의 심도 있는 협동작업을 요하는 경우가 많다. 그러한 점에서 2004년 전체 결정위원회 230명 구성원 중 고위직에서만 70명이 기술전문가였다.⁸⁰⁾

다) 자문위원회(Beirat)

전기, 가스, 통신, 우편과 철도에 대한 연방망규제청법 제5조 제1항에 의거하여 연방망규제청 내에 심의위원회를 둔다. 자문위원회는 연방하원(Bundestag)에서 16명의 의원과 연방상원(Bundesrat)에서 16명의 대표자들로 구성된다. 자문위원회의 구성원과 그 대행자는 각각 연방하원과 연방상원의 제청에 따라 연방정부에 의하여 임명된다.⁸¹⁾ 이로부터 도출되는 바와 같이 연방정부에는 연방하원과 연방상원

77) 통신법 제132조 제2항 2문.

78) 통신법 제132조 제2항 3문.

79) BT-Drs. 15/2316, S. 100.

80) Jahresbericht 2004 der RegTP, S. 133.

81) 연방망규제청법 제5조 제1항 2문.

의 임명제청에 따르지 아니할 결정재량이 존재하지 않는다. 자문위원회의 위원은 여러 번 임명되는 것이 허용된다.⁸²⁾ 연방하원에서 추천된 위원의 임기는 연방망규제청법 제5조 제2항 1문에 따라 의회의 임기동안으로 제한된다. 그러나 자문위원회의 기능을 유지할 수 있기 위하여 연방망규제청법 제5조 제2항 2문에 따라 새로운 위원이 임명될 때까지 위원직을 유지할 수 있다. 반면에 연방상원의 대표자는 최초 임명시 4년을 임기로 임명된다.⁸³⁾ 그런 다음 재차 임명할 때에는 기한 없이 임명한다. 다시말하면 재차 임명된 위원의 임기는 연방상원에서 다른 대표자를 제철할 때 끝난다. 자문위원회에 대한 규정은 무엇보다 규제기관의 결정에 각 주의 참여가 부족하다는 연방상원의 비판을 보상차원에서 수용하기 위해 법률에 포함되어졌다.

그러나 자문위원회는 단순히 각 주의 개별적 이해관계를 추구하기 위한 플랫폼은 아니다. 왜냐하면 각 주들은 연방상원의 대표자를 통해서만 영향력을 행사할 수 있으며 따라서 각 주의 종합적인 이해관계만이 주장될 수 있기 때문이다. 따라서 각 주의 대표자는 각 주정부의 지시로부터도 독립적이다.

한편 규제기관은 연방망규제청법 제5조 제1항에 따라 자문위원회를 ‘가진다’라고만 되어있기 때문에 이로부터 바로 자문위원회는 규제기관의 일부로서 ‘기관’이라고 말할 수는 없다. 자문위원회는 독자적으로 행정처분을 발령할 수도 없고 자기이름으로 공법상 계약을 체결할 주체도 될 수 없다. 게다가 자문위원회와 그 구성원은 연방경제기술성이나 연방망규제청의 합목적성심사나 합법성심사 또는 직무상의 조치에도 구속되지 않는다.

연방망규제청법 제6조 제1항에 따라 자문위원회는 사무규칙을 제정하여야 한다. 다만 사무규칙을 제정할 때에는 연방경제기술성의 허가를 받아야 한다. 자문위원회에서는 위원장 1인과 위원장 유고시의 대표자 1인을 선출하여야 한다. 위원장에게는 연방망규제청법 제6조 제4항의 규정에 의한 권한과 사무가 귀속된다.

자문위원회의 사무에 대해서는 통신영역에 대해서는 통신법 제120조 제2호 내지 제6호에서 열거적으로 규정하고 있고, 에너지영역에 대해서는 에너지관리법 제60조에서 그 밖의 사무에 대해서 규정하고 있다. 이에 따르면 자문위원회는 주결

82) 연방망규제청법 제5조 제2항 3문.

83) 연방망규제청법 제5조 제2항 4문.

정위원회가 내리는 결정에 대하여 참여하며(2004년 통신법 제61조 제4항 제2호 및 제4호, 제81조), 규제목적의 실현을 위한 조치 및 보편적 서비스의 보장과 관련한 형식적 주도권을 가지고, 연방망규제청에 대한 의무적 자료제공 및 의견제출권을 가진다. 자문위원회는 규제기관에 대하여 통신법 규정에 따른 계획을 수립하거나 시장관련 기본적 결정을 내릴 때에 자문을 하여야 하며, 주파수이용계획을 수립할 때에 연방망규제청에 대하여 청문을 요구할 수 있다.

이러한 의미의 자문위원회를 설치하는 것과 관련해서는 정치권에서의 영향력 행사가능성과 규제실무를 유해한 정치화·다원화의 문제 때문에 비판적으로 볼 수 있는 여지가 있다. 심지어 경쟁저해적인 영향을 완전히 배제할 수 없다. 그러나 이러한 영향을 과대평가할 필요는 없다고 한다. 왜냐하면 예컨대 결정위원회는 자문위원회의 협력에 대하여 2004년 통신법 제120조 제2호에 따라 그 결정실무에 있어서 고려할 수는 있지만 자문위원회의 견해에 법적 구속력이 발생하는 것은 아니다.

자문위원회는 최소한 분기당 1회의 전체모임을 가져야 하며, 각 관련법에 따라 다음과 같은 권한을 가진다.

- 연방망규제청의 대표나 대표의 대리 임용 제안
- 연방망규제청의 결정에 참여(공정하고 공간적으로 적합한 시장의 확립을 위한 주파수의 증여행위를 할 때 주파수의 사용과 그의 시간적 변화에 있어서 주파수 배분의 정도와 관련하여 주파수 사용 규정을 확립할 때 일반적 서비스에 대한 의무를 부여했을 경우 위원회의 합의가 이루어져야 한다)
- 규제목적을 전환시키고 일반적 서비스의 보장을 위한 조치들을 제안함(규제청은 6주내에 이 제안을 받아들여 결정해야 할 의무가 있다).
- 연방망규제청에 대해 정보와 의견들을 얻을 수 있는 권리가 있으며, 연방망규제청은 위원회에 대해 정보를 제공할 의무 있음
- 주파수 사용 계획에 대한 편성을 할 때 통신법에 의거 조언함

마. 직무

1) 통신에 대한 규제권

연방망규제청은 다음과 같이 통신에 대한 규제권을 행사하고 있다.

- 독일에서의 아마추어무선방송
- 아마추어무선방송의 허가, 아마추어무선방송의 내용심의
- 연결도선, 국내의 중계선, 광대역선,
- 지역선의 지역번호와 코멘트에 대한 고시
- 질문목록의 출판과 코멘트의 배상
- 디지털서버관리
- 정보보호
 - : 2004년 통신법에 의한 정보보호법의 정비
 - : 주파수요청에 대한 점검
 - : 주파수 영역 2010.0 - 2019.7 MHz에 대한 주파수요청의 점검
- 주파수의 정리
 - : 주파수사용계획, 일반적 분배, 주파수 분배를 위한 관리지시, 주파수대의 할당, UMTS, Wireless, Local Loop, GSM-1800-Standard, 주파수사용 계획, T-DAB, 디지털 텔레비전, 규제청의 주파수규제에 대한 전략점 등에 대한 정리
- 주파수분배
 - : 실험방송, 상업방송, 지향성안테나방송, 해양방송, CB방송, 원격방송, 음성방송, 중·장·단파방송
- 상호접속의 기초제공
- 국제 통신가격의 비교
- 안정성에 대한 지시
- 허가와 도로법에 관한 규정 정비
- 신고의무
- 전화선사업자의 규정

- 통신법상 방송연결의 규제의 관점에서 공공의 전화선과 중계선에 대한 규제적 행위에 관한 청문
- 전화번호에 있어서 비밀보장
- 사단과 교회 영역에 있어서 피상담자에 대한 전화번호의 비밀성 보장
- 번호관리
- 참여자 접속유도(Teilnehmeranschlussleitung)
- 통신 기술 규제 등

2) 우편에 대한 규제권

독일의 체신업무는 문서수발업무, 속달업무, 소포업무만 따져도 이미 1997년에 약 80억 유로의 시장규모를 가지고 있다. 독일정부에서는 체신법의 개정을 통하여 경쟁을 확대하고자 노력하고 있다. 체신서비스는 독일에서 2004년까지 약 230억 유로의 시장을 형성하고 있다. 체신법에 근거하여 체신 시장은 이미 현재 경쟁체제로 되어 있다. 또한 전체 체신시장의 경쟁체제로의 전환은 체신법 내에 이미 명시되어 있다. 현재까지는 특정부분에 있어 “독일체신주식회사(Deutsch Post AG)”의 독점적 지위가 체신법상 보장되고 있지만 2007년 12월 31일에는 이러한 독점적 지위가 만료된다. 이렇게 되면 체신업무에 있어서는 국가의 관여도가 급속히 떨어지고 경쟁이 활성화 될 것으로 기대되고 있다.

3) 전기와 가스의 규제

2004년 7월에 개정된 “에너지관리법(Energiewirtschaftsgesetz : EnWG)”의 정부초안에 전기와 가스 시장의 규제청을 신설하였다. 새로운 에너지법에 의거하여 연방망규제청은 공급망의 규제와 해체를 통해 전기와 가스 시장에 있어서 효과적인 경쟁의 전제들을 형성하는 임무를 부여받았다. 이를 위하여 연방망규제청에서는 공급망을 보증하고 사업자들이 제시한 공급망 사용에 대한 요금을 규제하게 된다.

따라서 연방망규제청은 전기와 가스공급자들의 경쟁을 촉진함으로써 모든 최종 소비자들이 전기와 가스의 공급망을 투명하고 싼 가격으로 공급받을 수 있도록 보장하여야만 한다. 이와 같은 정책목표를 실현함에 있어 과거 연방망규제청이 통신과 체신시장에서 얻었던 다양한 규제경험이 도움을 줄 수 있을 것으로 기대된다.

제3절 독일 BNetzA의 규제집행절차

1. 개관

가. 관련 근거 규정

독일 연방망규제청의 법집행절차는 독일 통신법(Telekommunikationsgesetz, 이하 TKG라 함)에 그 근거를 두고 있다. TKG는 제8장에서 연방망규제청의 조직적 근거, 권한, 절차 등에 관한 사항을 규정하고 있는데, 이 중에서 법집행절차와 깊은 관련성을 가지는 것으로는 정보제공의 요구(TKG 제127조), 조사(제128조), 압류(제129조), 임시명령(제130조) 등 연방망규제청이 절차상 행사할 수 있는 여러 권한의 근거를 명시한 제2절 부분과, 결정위원회⁸⁴⁾(Beschlusskammern)를 중심으로 한 법집행절차의 개시·진행 및 결정으로 종료되는 일련의 과정과 이에 대한 사법절차 등을 규정하고 있는 제3절 부분이다. 하지만 연방망규제청의 법집행절차에 TKG의 규정들만이 적용되는 것은 아니다. 우선 연방망규제청과 같은 연방직속행정기관의 행정활동에 대하여 통신법에서 달리 정하고 있지 않은 경우에는 행정절차에 관한 일반법인 독일 연방행정절차법(Verwaltungsverfahrensgesetz, 이하 VwVfG라 함)이 보충적으로 적용될 수 있다. 이는 VwVfG 제1조 1항 1호⁸⁵⁾에서

84) “Beschlusskammern”을 ‘의결 소위원회’로 번역하는 문헌(류지태 등, 독일통신법, 정보통신법포럼, 2007, 140면 참조)도 있으나 본 연구에서는 동 위원회가 행하는 결정(Entscheidungen)이라는 행위의 의미를 직접적으로 나타내는 표현인 ‘결정위원회’로 통일하여 서술하기로 한다.

85) **VwVfG § 1 Anwendungsbereich** (적용범위) (1) Dieses Gesetz gilt für die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit der Behörden(이 법률은 아래 행정청의 공법적 행정

명시하고 있는 행정절차법의 적용범위에 명시된 내용이다. 또한 TKG 제2조 3항은 “경쟁제한방지법의 규정은 통신법에 명시적으로 이를 적용배제하는 규정이 없는 이상, 적용할 수 있다. 연방카르텔청의 임무와 관할권은 통신법의 규정에도 불구하고 유효하게 유지된다⁸⁶⁾”라고 규정하여 경쟁제한방지법(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung, 이하 GWB라 함)이 연방망규제청의 법집행절차에 적용될 수 있는 가능성을 열어놓고 있다. 이와 관련하여 통신법과 일반경쟁법의 적용관계에 관하여 해석상 논란이 제기되고 있다⁸⁷⁾. 이는 크게 두 가지 입장으로 정리되는데, 우선 통신법의 우선적 관할권설은 입법자의 의사와 목적론적 해석에 의해 통신법상 전문규제가 일반경쟁법에 대해 특별법적 지위를 갖는다고 보는 입장으로서, 이에 따르면 TKG 제2조 3항의 문언 해석을 통하여 통신법에 특정한 의무가 보다 상세히 규율되어 있는 경우에는 제2조 3항의 특별법 취지에 따라서 TKG의 적용이 우선한다고 해석해야 하고, 다만 특별한 규정이 없는 경우에 한해 보충적으로 GWB가 적용될 수 있다고 한다. 반면 연방카르텔청과 연방망규제청의 병존적 관할권을 인정하는 병존적 관할권 인정설이 있다. 이는 TKG 제123조가 연방망규제청과 연방카르텔청의 상호 협력권을 규정하고 있으므로 이에 비추어 볼 때 연방카르텔청 역시 통신시장에서 규제권한을 가진다는 것이다. 다만 이러한 입장에서 양 기관 간의 모순된 결정의 가능성을 배제하기 위하여 연방망규제청이 일정한 사안에 대하여 결정을 내린 경우에는 행정행위로서 구성요건적 효력 내지 구속력을 인정하여 연방카르텔청이 이에 구속되는 것으로 이해하는 견해도 있다고 한다⁸⁸⁾. 하지만 일반경쟁규제에 비하여 경쟁규제에 있어 통신시장의 특수성을 반영하고 있는 통신법이 특별법의 지위에 있다고 보고, 따라서 일정 사안에 대하

작용에 대하여 적용된다)

1. des Bundes, der bundesunmittelbaren Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts,(연방행정청, 연방직속의 공법상의 사단, 재단 및 영조물)
- 86) **TKG § 2 Regulierung und Ziele** (규제와 목적) (3) Die Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen bleiben, soweit nicht durch dieses Gesetz ausdrücklich abschließende Regelungen getroffen werden, anwendbar. Die Aufgaben und Zuständigkeiten der Kartellbehörden bleiben unberührt.
- 87) 김태호, 방송통신시장 경쟁규제에서 일반경쟁규제기관과 전문규제기관 간의 권한 배분, 경제규제와 법 제1권 제2호, 2008. 11, 152면 이하 참조.
- 88) 이원우·조성규, 독일 통신시장에 있어서 전문통신규제기관과 일반경쟁규제기관의 관계, 이원우 편, 정보통신법연구 I, 2008, 535면 이하 참조.

여 연방망규제청이 관할권을 행사하는 한, 연방카르텔청은 규제권한을 사용할 수 없다고 보는 것이 바람직할 것으로 판단된다. 실제 독일에서 통신시장에 대한 경쟁규제는 거의 대부분 망규제청에 의해서 이루어지고 있는 실정이다.

그 밖에도 연방망규제청의 조사(Ermittlungen) 권한의 명시적 근거가 되는 TKG 제128조 2항⁸⁹⁾에 의하면, 직접 목격, 증인 및 감정인에 의한 증거제시의 경우에 있어서는 독일 민사소송법(Zivilprozessordnung, 이하 ZPO라 함)상의 규정이 적용되도록 하고 있다. 이러한 민사소송법상의 규정으로는 증인에 대한 증거의 경우에는 ZPO 제372조 1항(실지검증을 수용할 때의 전문가의 입회), 제376조(재판관과 관리의 심문), 제377조(증인소환), 제380조, 제381조(중단), 제382조(연방정부 소속인과 주정부 소속인의 심문), 제383조에서 제387조(증거거부권), 제390조(강제 증언), 제395조, 제396조(특정인과 사태에 관한 심문), 제397조(소송당사자의 식명권), 제398조 1항(반복심문과 추후심문) 그리고 제401조(증거의 훼손)를 준용하도록 선언하고 있다. 그리고 감정인 등의 전문가 입회의 경우에는 ZPO 제402조, 제404조(선택), 제406조(거부), 제407조(평가서 작성의 의무), 제408조(평가거부권), 제409조(제외의 결과 또는 평가거부의 결과), 제411조(문서로 작성된 평가), 제412조(새로운 평가), 제413조(손해배상)와 제414조(전문가의 증언)를 적용하도록 규정하고 있다. 이를 통하여 TKG상의 법집행절차에 있어서 증인 및 감정인 등 전문가의 협력의무의 근거가 마련된다고 할 수 있다.

나. 결정위원회의 절차주도(Verfahrensherrschaft)

TKG상 행정절차에서의 결정은 연방망규제청에 소속된 결정위원회가 행정행위의 형식으로 행한다(TKG 제132조⁹⁰⁾ 1항). 결정위원회는 사법(司法)에 준하는 형

89) **TKG § 128 Ermittlungen** (조사) (2) Für den Beweis durch Augenschein, Zeugen und Sachverständige sind § 372 Abs. 1, die §§ 376, 377, 380 bis 387, 390, 395 bis 397, 398 Abs. 1 und die §§ 401, 402, 404, 406 bis 409, 411 bis 414 der Zivilprozessordnung entsprechend anzuwenden; Haft darf nicht verhängt werden. Für die Entscheidung über die Beschwerde ist das Oberlandesgericht zuständig.

90) **TKG § 132 Beschlusskammerentscheidungen** (결정위원회의 결정)

(1) Die Bundesnetzagentur entscheidet durch Beschlusskammern in den Fällen des Teils 2,

식으로 형성되어 있으며, 1인의 위원장과 2인의 부위원장이 임명되어 있다(동조 제2항). 그 임명은 연방경제·기술부의 규정에 따르도록 하고 있다. 이미 1996년에 현재의 연방망규제청의 전신인 정보통신·우편규제청을 설치할 때부터 종래 연방 카르텔청에서 일상화되어있던 Kammer 형식의 위원회구조를 도입하고자 한 입법권자의 결정에 따라 연방망규제청은 제도적 및 구조적 ‘독립성’을 확실하게 보장받고 있다. 그러나 결정위원회의 결정은 ‘행정상의 결정’에 그친다는 점에서 결정위원회 위원들 역시 법관의 독립에 관한 규정의 적용에 따른 권한을 당연히 누리는 것은 아니라는 것이 통설적 입장이다. 결정위원회는 ① TKG 제2장에 의한 ‘시장규제’(그밖에 진입규제와 요금규제, 특별한 권한남용의 감독 및 그밖의 의무), ② ‘주파수부족시 그 교부절차’에 관한 결정(동법 제55조 제9항) 및 그 교부절차의 형성(동법 제61조), ③ ‘주파수거래’의 형성(동법 제62조) ④ ‘보편적 서비스의무’의 부과(동법 제81조), ⑤ 정보통신법 또는 동법에 따른 의무와 관련하여, 공적 정보통신망을 운영하거나 공공에 대한 정보통신서비스를 제공하는 “기업들간에 각종 분쟁”이 발생하는 경우(동법 제133조)의 사안에 대하여 결정하게 된다. 이처럼 독일 통신법상 연방망규제청의 법집행절차는 결정위원회가 주도적인 역할을 수행한다는 특징을 가진다.

연방망규제청이 결정위원회의 의결형식에 의하여 결정을 내리게 되는 영역들은 TKG 제2장에 의한 시장규제(Marktregulierung), 주파수 부족시 교부절차(동법 제55조 9항), 주파수 교부절차(동법 제61조), 주파수거래(동법 제62조) 및 보편적 서비스의무의 부과(동법 제81조)의 경우이다. 그리고 이러한 결정은 행정행위의 형식으로 발령되는데(TKG 제132조 1항 2문), 결국 연방망규제청의 법집행절차의 목적은 이러한 행정행위의 발령을 목적으로 하는 것이라 할 수 있다. 바로 이 점에서 일반적인 행정절차법과의 차이점이 존재하는데, 일반적인 행정절차법은, 실질적

des § 55 Abs. 9, der §§ 61, 62 und 81; Absatz 3 Satz 1 bleibt unberührt. **Die Entscheidung ergeht durch Verwaltungsakt.** Die Beschlusskammern werden mit Ausnahme des Absatzes 3 nach Bestimmung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie gebildet(연방망규제청은 제2장, 제55조 제9항, 제61조, 제62조 및 제81조의 경우에는 결정위원회의 의결형식에 의하여 결정한다. 이때에 제3항 제1문의 효력에는 영향이 없다. 결정은 행정행위의 형식으로 발령한다. 결정위원회는 제3항의 경우를 제외하고는 연방경제노동부의 결정에 의하여 구성된다).

인 권리를 실현할 수 있도록, 절차를 유도하는 관청에 기본적으로 두 가지의 행위 형식을 인정한다. 그리하여 행정행위를 통하여 결정이 되거나 또는 공법상의 계약이 체결된다. 비록 행정계약이 모든 영역들에서 적용되지는 않으며, 결과적으로 계약에 어울리지 않는 행정영역들이 있기는 하지만, 원칙적으로 두 가지의 행정도구들이 제공되어 있다. 이와는 달리 TKG 제132조 1항 2문은 행정행위를 통하여 결정을 하도록 규정하고 있다. 이러한 행위형식에 관한 원칙으로 인해 국가의 행동 조정을 목적으로 하는 공법상의 계약체결은 배제된다. TKG 제132조 1항에 따른 결정은 실체적 판단(Sachentscheidung)을 의미하는 것으로 이해될 수 있다. 하지만 이로 인하여 결정위원회의 다른 결정들이 VwVfG 제35조⁹¹⁾의 전제조건을 기준으로 삼는 것이 배제되는 것은 아니다.

다. 자문위원회의 관여

독일 통신법상의 규제절차가 지향하는 것은 결국 행정행위를 통한 결정이며, 이에 포함되어 있는 조정의 책임은 결정위원회에게 있다. 그리고 결정위원회가 결정을 내리는 경우에 부분적으로 조언자들이 관여할 수도 있다. TKG 제132조 1항에 상세히 설명된 영역들에서의 결정기관들인 결정위원회들은 특정한 경우들에서는 조언자를 참여시킴으로써만 결정을 내릴 수 있다. 이 때문에 TKG 제132조 3항 3문⁹²⁾은, TKG 제61조 4항 2호와 4호, 및 제81조의 경우에는 해당 결정에 대하

91) **VwVfG § 35 Begriff des Verwaltungsaktes** (행정행위의 개념)

Verwaltungsakt ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist. Allgemeinverfügung ist ein Verwaltungsakt, der sich an einen nach allgemeinen Merkmalen bestimmten oder bestimmaren Personenkreis richtet oder die öffentlich-rechtliche Eigenschaft einer Sache oder ihre Benutzung durch die Allgemeinheit betrifft(행정행위라 함은 행정청이 공법의 영역에서 개별적인 사항을 규율하기 위하여 행하는 모든 처분, 결정 또는 다른 고권적 조치이며 직접적인 법적 효력을 위하여 대외적으로 지향하는 것이다. 일반처분이라 함은, 일반적인 특성에 따라 정하여 지거나 또는 특정가능한 인적 범위를 대상으로 하거나 또는 어떤 사물의 공법적인 특성 또는 그의 일반인에 의한 이용에 관련된 행정행위를 말한다).

92) **TKG § 132 Beschlusskammerentscheidungen** (결정위원회의 결정) (3) (생략)..Die Entscheidung in den Fällen des § 61 Abs. 4 Nr. 2 und 4 und des § 81 erfolgt im Benehmen mit dem Beirat(제61조 4항 2호와 4호 및 제81조의 경우의 결정에 대해서는 자문위원회와의 협의 하에 행하게 된다).

여 자문위원회(Beirat)와의 협의를 거칠 것을 규정하고 있다. 그와 더불어 자문위원회의 업무에 대하여 규정하고 있는 TKG 제120조 2호⁹³⁾에 따르면, TKG 제61조 4항 2호와 4호, 및 제81조와 관련하여 연방망규제청이 행하는 결정에 대하여 자문위원회가 관여하여 협력하도록 규정하고 있다.

TKG 제120조 2호에는 근본적으로 협력(Mitwirkung)이 명령되어 있다. 이러한 협력은 TKG 제132조 3항 3문의 지침에 따라 형성되어야하는 협조(Benehmen)로 현실화된다⁹⁴⁾. 결정권한이 있는 관청에게 있어서 다른 행정행위기관들과의 절차법상의 협력명령은, 협력을 야기시키는 형식적인 필요조건이 된다. 결정위원회들은 협력이 잘 이루어지도록 해야 한다. 그러기 위해서는, 조연자와의 공동작업에 있어서 어떤 내용상의 요구사항들이 필요한지를 해명해야 한다. TKG 제120조 2호에 따른 결정위원회의 결정에 있어서의 협력은 이 법령에 언급되어 있는 다른 모든 조연자의 관할영역에 비해 가장 강력하면서도 가장 결과가 풍부한 협력권으로 평가되는데, 왜냐하면 이런 방식으로 규제실행이 실제적으로 각인될 수 있으며 또한 각 주들이 사실상(de facto) 규제에 참여하기 때문이다. 규제절차의 절차주도권은 규정에 따라 외부적으로 결정을 하게 되는 결정위원회에 있다.

2. 절차의 개시

독일 연방망규제청의 법집행절차의 개시와 관련한 명시적 규정은 TKG 제134조 1항이다. 이에 따르면 결정위원회는 직권에 의하거나 신청에 의하여 절차를 개

93) **TKG § 120 Aufgaben des Beirates** (자문위원회의 업무) Der Beirat nach § 5 des Gesetzes über die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen hat folgende Aufgaben(전력, 가스, 통신, 우편 및 철도에 관한 연방망규제청에 관한 법률 제5조에 따른 자문위원회는 다음 각 호의 업무를 수행한다) :

2. Der Beirat wirkt mit bei den Entscheidungen der Bundesnetzagentur in den Fällen des § 61 Abs. 4 Nr. 2 und 4 und des § 81(자문위원회는 이 법 제61조 4항 2호 및 4호, 그리고 제81조의 경우에 있어서 연방망규제청의 결정에 관여한다).

94) TKG 제120조 2호에 있는 명령은 조연자의 협력의 근거가 되고 있고, TKG 제132조 3항 2문에서 구체화되며, 협조에 제한되어 있다. 이러한 협력의 개념은 상위 개념으로, 그 개념에는 청문, 합의, 협조, 상의와 동의 등이 포괄될 수 있으며, 일반적인 행정절차법에서 이러한 협력가능성은 등급별로 설정된다. 통신법상 결정위원회절차와 관련해서 협의(Beratung) 행위 형성의 중점은 협조조성에 있다.

시하게 된다⁹⁵⁾.

가. 직권개시절차(Amtsverfahren)

행정청이 직권으로 절차를 개시하는 경우에는 공적 준칙(Offizialmaxime)이 적용된다. 이 경우 특정 절차가 개시되어야 하는지의 여부는 규정에 따라 결정위원회의 의무에 적합한 재량에 달려있다. VwVfG 1조 1항 1호⁹⁶⁾와 관련해서 이 점은 직접 VwVfG 22조 1문⁹⁷⁾으로부터 도출된다. 실질적인 토대들은 해당 법규정들의 규범적인 전제조건들로, 이 전제조건들에서 절차개시의 필연성이 추론될 수 있다. 게다가 그 배경은 행정을 통해서 그리고 GG 87조 이하로부터의 헌법상의 맥락을 정보통신에 맞게 살펴봄으로써 대중의 관심사를 우선적으로 지향하고 고려하는 것이다. 가령 TKG 81조 이하에 따른 보편적 서비스 의무 혹은 TKG 제37조 2항에 따른 허가되지 않은 요금적용에 관한 법률행위(Rechtsgeschäft)의 금지가 이루어져야 한다면, 직권으로 개시되어야 할 절차가 문제가 된다. 전체적으로 살펴보면, 공적 준칙들은, - 명령(Gebote), 금지(Verbote) 또는 그 밖의 의무사항들을 통해 행정청이 효과적으로 행해지게 되는 그리고 해당 절차가 특히 공익상 실행되어야 하는 - 그러한 절차대상들을 제어한다.

95) TKG § 134 Einleitung, Beteiligte (절차의 개시, 참가인) (1) Die Beschlusskammer leitet ein Verfahren von Amts wegen oder auf Antrag ein.

96) VwVfG § 1 Anwendungsbereich (적용범위) (1) Dieses Gesetz gilt für die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit der Behörden(이 법률은 아래 행정청의 공법적 행정작용에 대하여 적용된다)

1. des Bundes, der bundesunmittelbaren Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts,(연방행정청, 연방직속의 공법상의 사단, 재단 및 영조물)

97) VwVfG § 22 Beginn des Verfahrens (절차의 개시) Die Behörde entscheidet nach pflichtgemäßem Ermessen, ob und wann sie ein Verwaltungsverfahren durchführt. Dies gilt nicht, wenn die Behörde auf Grund von Rechtsvorschriften(행정청은 의무에 적합한 재량에 따라 행정절차를 할 것인지의 여부와 그 시기를 결정한다. 이는 행정청의 법률에 근거하는 다음 각 호의 경우에는 적용되지 아니한다)

1. von Amts wegen oder auf Antrag tätig werden muss(직권에 의하여 또는 신청에 의하여 행위를 하여야만 할 때);
2. nur auf Antrag tätig werden darf und ein Antrag nicht vorliegt(신청에 의하여서만 행위할 수 있는 사항에 대하여 신청이 없는 때).

나. 신청에 의한 절차(Antragsverfahren)

어떤 절차가 신청제기에 의존하게 되면, 절차의 시작과 진행 그리고 절차대상은 참여자들에 의하여 정해지며, 이에 따른 처리준칙들이 적용된다. 어느 누구도 신청제기를 강요할 수 없기 때문에, 신청이 되지 않는다면, 절차는 실행되지 않는다. 만일 신청이 제기되었다면, 우선 특정한 행정절차를 개시하고 실현하기 위한 필수적인 전제조건인 절차행위(Verfahrenshandlung)가 중요하게 다루어진다. 신청을 통한 절차의 시작은 주로, 사인의 행위 또는 행동방식이 행정적인 허가를 필요로 하는 영역에서 생긴다. 이러한 점에서 개인의 이해관계를 추구하는 것은 특별히 의미있다고 증명된다. 이는 직권개시절차와는 분명히 다른 것으로, 직권개시절차에서는 주로 예를 들면 위험의 방지, 질서유지와 감시임무 등과 같은 공적인 이해관계가 절차신청의 대상이다. 정보통신영역에서의 신청절차 허가는 TKG 자체에서 도출된다. 이는, -실질법상의 결정이 신청을 전제조건으로 하고 있는- 규제대상들을 기준으로 삼는다. TKG에서는 신청에 기반을 두고 있는 절차들은 가령 TKG 제30조에 따른 요금규제 그리고 TKG 제16조 이하에 따른 상호접속규제 등의 경우들에서 발생한다.

신청의 내용에 대해서는 충분한 해명이 요구된다. 이는, 해당 신청이 목표로 하는 행정행위의 내용을 확인해야 함을 의미한다. 그러나 만일 어떤 신청이 명백성의 측면에서 결함을 보인다면, 결정위원회는, 그 점에 대해 지적하고, 목적에 맞는 신청제기가 되도록 노력할 것을 요구한다. 이러한 안내의무는 VwVfG 제25조⁹⁸⁾로부터 직접 생겨나며, 규정에 맞는 절차를 보장한다. 이와 더불어 제기된 신청의 정확한 내용에 관하여 관청의 또 다른 불확실함이 존재한다면, 객관적인 설명내용은

98) **VwVfG § 25 Beratung, Auskunft** (조언 및 정보제공) (1) Die Behörde soll die Abgabe von Erklärungen, die Stellung von Anträgen oder die Berichtigung von Erklärungen oder Anträgen anregen, wenn diese offensichtlich nur versehentlich oder aus Unkenntnis unterblieben oder unrichtig abgegeben oder gestellt worden sind. Sie erteilt, soweit erforderlich, Auskunft über die den Beteiligten im Verwaltungsverfahren zustehenden Rechte und die ihnen obliegenden Pflichten(행정청은 명백한 과오로 또는 지식의 결여로 말미암아 제출하지 못하였거나 잘못 제출한 의견진술이나 신청서는 이를 보정하도록 하여야 한다. 행정청은 필요한 범위내에서 행정절차에서 참가인에게 귀속되는 권리와 그가 부담하고 있는 의무에 대하여 정보를 제공한다).

그 해석과 보다 정확한 규정을 위해 의미가 없게 되며, 수용자의 입장에서 해석도 충분하지 않게 된다. VwVfG 제24조⁹⁹⁾에 따라 분석의 기본원칙이 적용된다면, 해당 관청은 신청자의 실제 의도를 살펴보아야 할 의무가 있다. 만일 존재하고 있는 결함이 이러한 방식으로 제거된다면 그리고 결정위원회에 대한 허용된 유효한 신청이 문제가 된다면, 해당 절차는 추진되게 된다. TKG 제134조 1항에 의거한 절차개시신청의 형식에 대해서 TKG에서 구체적으로 규정하고 있지는 않다. 하지만 결정위원회절차를 보다 넓은 의미에서의 정식적인 행정절차(Förmliches Verwaltungsverfahren)로 이해한다고 할 때, VwVfG 제63조 이하의 규정들이 준용될 수 있을 것이다. 그리고 VwVfG 63조 이하에서 의미하는 절차에서의 형식성에 대한 본질적인 요소가 신청의 문서성(Schriftlichkeit)이라고 한다면, 이러한 범위에서 TKG 제134조에 따른 신청개시절차에서의 신청은 결정위원회에 서면 또는 조서를 통하여 제출되어야 한다.

3. 청문 및 구술심리

문서에 의한 의견제출이 이루어지도록 되어 있기 때문에 원칙적으로 공개적으로 진행되어야 하는 구술심리가 행하여진다. 결정위원회의 활동에 대하여는 직권 조사주의원칙(Untersuchungsgrundsatz)이 적용된다. 그에 따르면 결정위원회는 직권으로 모든 주요결정사안을 포괄적·중립적으로 조사하여야 하며, 관계인의 주장이나 자백에 구속되지 않아야 한다. 동법 제128조 1항의 일반규정에 따르면, 행정

99) **VwVfG § 24 Untersuchungsgrundsatz** (조사의 원칙) (1) Die Behörde ermittelt den Sachverhalt von Amts wegen. Sie bestimmt Art und Umfang der Ermittlungen; an das Vorbringen und an die Beweisanträge der Beteiligten ist sie nicht gebunden(행정청은 직권으로 사실관계를 조사한다. 행정청은 조사의 방법 및 범위를 결정한다; 참가인의 제의 및 증거신청에 구속되지 않는다)

(2) Die Behörde hat alle für den Einzelfall bedeutsamen, auch die für die Beteiligten günstigen Umstände zu berücksichtigen(행정청은 개별적인 경우의 중요한 모든 상황을, 참가인에 대하여도 유리한 상황까지 포함하여 모두 고려해야 한다).

(3) Die Behörde darf die Entgegennahme von Erklärungen oder Anträgen, die in ihren Zuständigkeitsbereich fallen, nicht deshalb verweigern, weil sie die Erklärung oder den Antrag in der Sache für unzulässig oder unbegründet hält(행정청은 당해 사건에 있어서 의견진술이나 신청이 허용되지 아니하거나 근거없다는 이유로 자신의 관할권내에 속한 의견진술이나 신청의 접수를 거부해서는 안된다).

청은 그 의무에 합당한 재량에 따라 그 사안의 조사를 위하여 필요하다고 판단하는 모든 입증자료를 제공할 수 있다. 그러나 이 조사권한은 동 조항 소정의 용어 표현에서 이미 “필요한” 조사만을 적법한 것으로 보고 있기 때문에 비례의 원칙에 의하여 제한을 받는다. 또한 이 규정은 결정위원회에 대하여 절차참가자로 하여금 자기 비용을 들여 당해 사안에 대하여 광범위하게 설명을 하도록 강제할 수 있는 권한까지 부여하고 있지는 않다. 연방망규제청은 동법 제129조¹⁰⁰⁾의 요건을 갖춘 경우에는 추가적으로 중요한 입증자료에 대한 압류권을 가진다. 연방망규제청은 최종결정에 이르기까지 혹시 발생할지도 모를 예기치 않은 손해를 제거하기 위하여 ‘임시명령’(vorläufige Anordnungen)을 할 수 있다(동법 제130조¹⁰¹⁾). 이 권능은 특히 매우 역동적이고 시간적 지연이 없는 경우에 수인해야 할 규제문제로서 현실적으로 대단히 큰 의미를 갖고 있다.

또한 규제실무에 있어서 대단히 중요한 문제 중 하나는 결정위원회에 참가한 기업의 ‘영업 및 거래상의 비밀에 대한 처리’이다. 특히 요금규제절차의 영역에 있어서 규제대상인 기업은 정례적으로 경제성평가, 사업모델, 가격전략, 이익상태 또는 그에 유사한 민감정보자료를 제출할 의무가 있다. 이러한 정보자료는 다른 절차참여자에 대하여 그 결정에 엄청난 도움이 되고, 개별사안에 있어서 혁신적인 서비스공급의 경제적 성과에 대하여 결정적인 것이 될 수 있다. 이러한 이유로 동법 제136조는 영업 및 거래상 비밀유지를 위하여 VwVfG 제30조의 일반규정에 대한 보충적 규정을 두고 있다. 동조에 따르면, 결정위원회절차의 모든 참여자는 근거서류를 제출한 후 영업 및 거래상 비밀을 포함하는 모든 경과과정을 밝혀야 한다. 각 참여자는 추가적으로 자신의 관점에서 그러한 종류의 일정한 비밀을 포함하여 그 열람 가능한 의견서를 제출하여야 한다. 결정위원회는 스스로의 결론적

100) **TKG § 129 Beschlagnahme** (압류) (1) Die Bundesnetzagentur kann Gegenstände, die als Beweismittel für die Ermittlung von Bedeutung sein können, beschlagnahmen. Die Beschlagnahme ist den davon Betroffenen unverzüglich bekannt zu geben(연방망규제청은 조사를 위한 증거자료로서 중요하다고 판단되는 목적물을 압류할 수 있다. 압류사실에 대해서는 당사자들에게 즉시 통지되어야 한다).

101) **TKG § 130 Vorläufige Anordnungen** (임시명령) Die Bundesnetzagentur kann bis zur endgültigen Entscheidung vorläufige Anordnungen treffen(연방망규제청은 최종적인 결정 이전까지 임시명령을 발령할 수 있다).

판정에 부적당한 면이 있다고 판단하는 경우에는 그 최종적인 ‘결정’을 내리기에 앞서 제3자에의 열람제공을 담보하기 위하여 그 제출자로부터 청문을 하여야 한다.

4. 절차의 종결

결정위원회의 절차가 어떠한 과정을 거쳐 종결되는지와 관련해서는 VwVfG에 따른 법적 요건들이 충족되었는지를 검토하는 것이 필요하다. 이 경우 특히 VwVfG 제63조 이하에서 규정하고 있는 형식적 행정절차의 내용이 중요한 의미를 가지게 된다. 그리고 더 나아가 이 결정으로부터 어떠한 효과들이 발생하는지, 그리고 해당 결정에 이의를 제기하거나 불복하는 절차를 통하여 관련자의 권리구제가 어떻게 이루어지는지를 검토하여야 할 것이다. 이하에서는 일단 결정위원회의 절차가 종료되기 전까지 충족시켜야 할 요건들과 이에 따른 위원회 결정의 효력에 대해서 살펴보고자 한다.

가. 결정 또는 그 밖의 방식에 따른 절차종결

결정위원회 절차의 종료에 관해서는 TKG 제131조¹⁰²⁾에서 규정하고 있다. 위원

102) TKG § 131 Abschluss des Verfahrens (절차의 종결)

(1) Entscheidungen der Bundesnetzagentur sind zu begründen. Sie sind mit der Begründung und einer Belehrung über das zulässige Rechtsmittel den Beteiligten nach den Vorschriften des Verwaltungszustellungsgesetzes zuzustellen. Entscheidungen, die gegenüber einem Unternehmen mit Sitz außerhalb des Geltungsbereiches dieses Gesetzes ergehen, stellt die Bundesnetzagentur denjenigen zu, die das Unternehmen der Bundesnetzagentur als Zustellungsbevollmächtigte benannt hat. Hat das Unternehmen keine Zustellungsbeauftragten benannt, so stellt die Bundesnetzagentur die Entscheidung durch Bekanntmachung im Bundesanzeiger zu(연방망규제청의 결정에는 이유가 부기되어야 한다. 결정은 이유 및 그 결정에 대한 이의제기 가능성에 대한 고지가 부기되어, 행정송달법의 규정에 따라 참가인들에게 송달되어야 한다. 연방망규제청은, 이 법의 적용영역 범위밖에 주소지를 갖는 기업을 대상으로 한 결정에 대해서는, 당해 기업이 연방망규제청에게 자신의 송달대리인으로 지정한 자에게 송달한다. 당해 기업이 송달대리인을 지정하지 않은 경우에는, 연방망규제청은 연방 관보에 공고의 형식으로 송달하게 된다).

(2) Soweit ein Verfahren nicht mit einer Entscheidung abgeschlossen wird, die den Beteiligten nach Absatz 1 Satz 2 bis 4 zugestellt wird, ist seine Beendigung den Beteiligten schriftlich mitzuteilen(당해 절차가 제1항 제2문에서 제4문까지의 규정에 의하여 참가자들에게

회절차의 종료는 결정을 통하여 이루어지며, 이러한 결정은 규정에 따라 송달되어야 한다. 여기서 결정은 TKG 제132조와 직접적으로 관련되는 것으로서 실체적 판단(Sachentscheidung)을 의미하며, 따라서 절차 관련된 결정들은 제외된다. TKG 제131조 2항은 “당해 절차가 제1항 제2문에서 제4문까지의 규정에 의하여 참가자들에게 송달된 결정에 의하여 종료되지 않은 경우에는...”라고 규정함으로써 결정위원회의 절차가 이러한 실체법적인 결정에 의하여 종료됨을 우회적으로 명시하고 있다고 할 수 있다. 이처럼 TKG 제131조가 절차종료의 시점에 대하여 분명한 규정을 제시하고 있지 않으나 TKG 제131조 2항을 통해서 위원회절차의 종료는 행정행위의 발령시에 이루어짐을 알 수 있다. VwVfG의 경우 절차의 종료와 관련하여 VwVfG 제29조 1항 2문에서 절차의 종결(Abschluss des Verwaltungsverfahrens)을 언급하고 있는 것 이외에는 명시적인 규정이 존재하지 않는다. 하지만 이에 대하여 VwVfG 제9조¹⁰³⁾를 참조하여 특정 행정절차는 행정행위의 발령 내지 공법상의 계약 체결과 더불어 종료된다는 점이 또한 인정되고 있다. 하지만 또한 TKG 제131조 2항은, 결정을 통한 절차의 종료는 유일한 종결 형식(Beendigungsform)이 아님을 나타내고 있다. 이는, 해당 절차가 결정을 통해서 종결되지 않는 경우 참여자들에게 그 종결을 문서로 전달해야 한다는 해당 조항의 규정으로부터 도출될 수 있다. 그 밖에 인정된 절차종결 형식으로 신청의 취소(Rücknahme)가 거론될 수 있으며, 이에 따른 절차의 종결은 모든 참여자들에게 문서로 전달되어야 한다. 따라서 해당 신청이 유효하게 진행된 경우에, 해당 절차를 결정 없이 종료하려면, 단지 신청을 취소하거나 또는 이의제기를 하는 방법 등

송달된 결정에 의하여 종료되지 않은 경우에는, 그 최종적 종료에 대해 참가인들에게 서면형식으로 통지되어야 한다).

(3) Die Bundesnetzagentur kann die Kosten einer Beweiserhebung den Beteiligten nach billigem Ermessen auferlegen(연방망규제청은 증거제시를 위하여 소요된 비용을 재량에 의하여 참가인들에게 부과할 수 있다).

103) VwVfG § 9 Begriff des Verwaltungsverfahrens (행정절차의 개념)

Das Verwaltungsverfahren im Sinne dieses Gesetzes ist die nach außen wirkende Tätigkeit der Behörden, die auf die Prüfung der Voraussetzungen, die Vorbereitung und den Erlass eines Verwaltungsaktes oder auf den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrags gerichtet ist; es schließt den Erlass des Verwaltungsaktes oder den Abschluss des öffentlich-rechtlichen Vertrags ein(이 법에서 말하는 행정절차는 대외적으로 효력을 미치는 행정청의 활동으로서, 행정행위의 요건심사, 준비 및 발동 또는 공법상의 계약체결을 위한 활동을 말한다; 이는 행정행위의 발동 및 공법상 계약의 체결을 포함한다).

이 가능할 것이다.

나. 이유제시의 엄격성 및 규제의 투명성

TKG 제131조 1문은, 결정위원회의 결정 이유가 제시되어야 함을 규정하고 있다. 이러한 이유제시의무는 행정작용과 관련하여 다양한 기능을 수행하게 되는데, 우선 행정기관은 이러한 의무를 통해 보다 신중하게 행정결정을 내리게 되므로 행정작용의 공정성이 보장되는 기능이 인정된다. 이를 행정의 자기통제기능이라고 한다. 또한 이유제시는 권리구제기능을 수행하는데, 이는 당해 처분의 당사자로 하여금 부기된 이유를 검토하여 당해 처분의 위법성 여부를 판단하고 이를 근거로 처분에 대한 행정쟁송 제기 여부를 결정하는데 도움을 주는 것을 말한다. 그 밖에도 당사자로 하여금 이유를 검토하여 당해 행정결정을 받아들일게 하는 당사자만족기능, 당해 행정결정을 명확하게 하는 기능 등이 인정되고 있다. TKG 제131조에 따른 결정위원회의 이유제시의무는 위원회의 모든 실체적 결정에 적용되는데, 바로 이 점에서 일반적인 연방행정절차법과의 차이가 드러난다. 후자의 경우 VwVfG 제39조 1항¹⁰⁴⁾를 기준으로 삼으며, 2항에는 예외목록이 제시되어 있다. 따

104) VwVfG § 39 Begründung des Verwaltungsaktes (행정행위의 이유제시)

- (1) Ein schriftlicher oder elektronischer sowie ein schriftlich oder elektronisch bestätigter Verwaltungsakt ist mit einer Begründung zu versehen. In der Begründung sind die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe mitzuteilen, die die Behörde zu ihrer Entscheidung bewogen haben. Die Begründung von Ermessensentscheidungen soll auch die Gesichtspunkte erkennen lassen, von denen die Behörde bei der Ausübung ihres Ermessens ausgegangen ist(서면 또는 전자적 방식에 의한 행정행위, 또는 서면 또는 전자적 방식으로 확인된 행정행위는 그 이유를 제시하여야 한다. 이유를 제시함에 있어서는 그와 같은 결정을 하게 된 주된 사실상 및 법률상의 이유가 통지되어야 한다. 재량결정의 이유제시에 있어 행정청은 그가 재량권을 행사할 때 의거한 관점을 분명히 표시하여야 한다).
- (2) Einer Begründung bedarf es nicht(다음 각 호의 경우에는 이유를 제시하지 아니할 수 있다).
 1. soweit die Behörde einem Antrag entspricht oder einer Erklärung folgt und der Verwaltungsakt nicht in Rechte eines anderen eingreift;(행정청이 신청을 받아들이거나 의사표시에 따르는 행정행위를 하고 그 행정행위가 타인의 권리를 침해하지 않는 경우)
 2. soweit demjenigen, für den der Verwaltungsakt bestimmt ist oder der von ihm betroffen wird, die Auffassung der Behörde über die Sach- und Rechtslage bereits bekannt oder auch ohne Begründung für ihn ohne weiteres erkennbar ist(행정행위의 상대방 또는 행정행위로 인하여 자신의 권리에 영향을 받는 자가 사실관계 및 법률관계에 대한 행정청의 의견을 이미 알고 있거나 또는 그 이유를 제시하지 않더라도 바로 알 수 있을 때);
 3. wenn die Behörde gleichartige Verwaltungsakte in größerer Zahl oder Verwaltungsakte mit Hilfe automatischer Einrichtungen erlässt und die Begründung nach den Umständen

라서 포괄적인 이유제시의 의무는 일반적인 행정절차의 경우에는 존재하지 않는다. 따라서 모든 실체적 판단에 대한 엄격한 이유제시의무는 TKG 131조의 특색이 된다.

이처럼 TKG 제131조 1항은 포괄적인 이유제시가 적용된다는 확인 이외에, 이유제시의 범위에 관해서는 규정하고 있지 않다. 따라서 이에 대하여 VwVfG 제39조 1항을 적용하는 것이 필요하다. VwVfG 제39조 1항에 따르면, 행정행위를 발령할 경우에는 그와 같은 결정을 하게 된 주된 사실상 및 법률상의 이유가 전달되어야 한다. 즉 법적인 가치판단 이외에 사실관계의 판단도 결정의 이유제시 자체에 속해야 한다는 것을 의미한다. 이러한 사실관계의 파악을 통하여 결정의 범위가 정해지게 되며, 이러한 사실관계의 해명을 기반으로 법적인 고려들이 이루어지게 된다. 이유제시의 내용과 범위에 대한 법적인 설명에 적용되는 구체적인 요구사항들은 일반적인 기준들을 따르는 것이 아니라, 그때마다의 개별 법적 영역의 특수성에 따라 정해진다. 또한 이유제시는 관련자들이 자신이 처한 상황과 그에 따른 권리를 적절하게 인지할 수 있을 정도까지 진행될 필요가 있다. 따라서 이유제시는 관계자에게 자신의 권리보호와 권리구제수단의 결과에 대한 판단을 위한 충분한 해명을 제공하는 방식으로 분명하게 나타나야 한다. 이러한 경우 이유제시의 주된 기능이라 할 수 있는 권리구제기능이 활성화될 수 있을 것이다.

이처럼 행정청의 결정에 대한 수용자의 입장에서는 이유제시에 덧붙여진 권리구제기능이 가장 중요할 것이다. 이에 반해 만일 법의 집행을 위한 행정의 의도에 주목해 본다면, 이유제시를 통해 달성될 수 있는 수용(Akzeptanz)은 이유제시의 또다른 주요한 기능이라고 할 수 있다. 즉 이유제시는 행정청의 결정에 이르는 수단일 뿐만 아니라, 당사자로 하여금 해당 행정결정의 이유를 검토하여 당해 행정결정을 받아들여야 하는 기능을 가진다. 그리고 이에 따르게 되면 시민은 단순히

des Einzelfalls nicht geboten ist(행정청이 동종의 행정행위를 대량으로 또는 자동장치에 의하여 발령함에 있어 개개의 사안에 따라 일일이 이유를 제시할 필요가 없다고 인정되는 경우);
4. wenn sich dies aus einer Rechtsvorschrift ergibt(법령의 규정에 의하여 직접 행정행위의 이유가 주어진 경우);
5. wenn eine Allgemeinverfügung öffentlich bekannt gegeben wird(일반처분이 공고된 경우).

행정의 대상인 것이 아니라, 행정작용의 동반자로서 간주될 수 있을 것이다. 따라서 TKG 제131조에 따라 결정위원회의 규제절차를 종결시키는 모든 결정들의 이유를 관련자들에게 제시하는 것은, 위원회가 결정에 이르게 된 사실적이면서도 법률적인 전제요건을 공개함으로써 행정절차의 명확성과 투명성을 확보하는 것을 의미한다. 사실적·법적인 규제의 전제요건에 관하여 이러한 방식으로 달성된 명료함은 독일 통신법의 경우 일반적인 행정절차법의 경우에서보다 더 강력하다. 그리고 이러한 이유제시의 법적 구속성과 결정의 정당성 확보를 통하여 위원회의 규제결정의 수용가능성이 더욱 증대될 수 있다.

다. 송 달

이유가 제시되어 있는 행정청의 결정은 VwVfG 제41조 및 제43조 등에 따라 당사자에게 고지되어야 한다. 이에 비하여 TKG는 행정절차법상의 ‘고지’가 아닌 결정의 ‘송달’로 규정되어 있다. 즉 연방망규제청의 규제결정은 원칙적으로 송달을 통하여 도달되어야 한다. TKG 제131조 1항 2문에서 4문에서 결정의 송달방법을 구체적으로 정하고 있는데, 이에 따르면 결정은 그 이유와 결정에 대한 이의제기 방법에 대한 정보(Rechtsmittelbelehrung)를 덧붙여서 연방행정송달법(Verwaltungszustellungsgesetz, 이하 VwZG)에 따라 이를 송달되어야 한다. 또한 TKG의 적용영역 범위 밖에 주소지를 갖는 기업을 대상으로 한 결정에 대해서는, 당해 기업이 연방망규제청에게 자신의 송달대리인으로 지정한 자에게 송달한다. 당해 기업이 송달대리인을 지정하지 않은 경우에는, 연방망규제청은 연방 관보에 공고의 형식으로 송달하게 된다. 이러한 송달은 통상적인 경우 절차를 종료시키는 결정들과 관련되며, 따라서 항상 적용되지는 않는다. 직접적으로 외부에 영향을 끼치지 않으며, 절차를 종결시키지 않는 결정의 경우에는 TKG 제131조 1항에 따른 송달도 이루어지지 않는다. 이와 관련하여 TKG 제131조 2항은, 규제결정들이 아닌, 따라서 통상적인 경우 최소한 특정 참여자의 권리를 침해하지 않는 절차의 종결들은 문서로 송달되어야만 함을 규정하고 있다. 신청의 종료는 이에 대한 전형적인 예라고 할 것이다.

라. 결정의 효과

TKG 제137조 1항에 의하면 연방망규제청의 결정에 대한 이의제기와 소송제기는 집행정지의 효력을 가지지 않는다고 규정하고 있다. 따라서 행정심판이나 취소소송의 제기에 있어서 집행정지효를 인정하는 연방행정법원법(Verwaltungsgerichtsordnung, 이하 VwGO) 제80조 1항¹⁰⁵⁾이 통신법 영역에는 적용되지 않게 된다¹⁰⁶⁾. 이처럼 집행정지효가 인정되지 않음으로써 연방망규제청에 의한 행정행위의 실행가능성은 강하게 담보되고 있다. 이러한 입법적 태도는 결정의 실행에서 사적 이익을 증가하는 공적인 이익이 존재한다는 것을 어느 정도 상정하고 있는 것으로 볼 수 있으며, 따라서 수범자들은 권리구제를 위한 불복수단을 제기하였다는 점만으로 자신의 책임들에서 즉시 벗어나지 못하게 된다. 입법적 결단을 통하여 TKG에 이러한 규정을 도입했다는 것은 연방망규제청의 행정작용에 있어서 적지 않은 의미를 가진다고 할 수 있다. 즉 당사자의 권리구제방법이 모두 소진될 때까지 정책의 집행을 늦출 수 없다는 취지에서 이러한 집행정지효의 예외를 인정함으로써 연방망규제청에 의한 행정작용의 유연성·효율성을 증가시키고 있다. 이러한 집행정지효의 예외규정은 TKG에 따른 연방망규제청의 모든 종결된 결정들과 연관된다.

5. 연방망규제청의 결정에 대한 권리구제절차

가. 행정법상의 권리구제

연방망규제청의 결정에 대하여 불복이 있는 경우에는 행정법상의 권리구제수단을 통하여 구제를 받을 수 있다. 상술한 것처럼 연방망규제청의 결정에 대한 제소는 집행정지효를 갖지 않는다(TKG 제137조 1항). 또한 결정위원회의 결정에 대한

105) VwGO § 80 (1) Widerspruch und Anfechtungsklage haben aufschiebende Wirkung(행정심판의 청구나 취소소송의 제기는 집행정지효를 가진다) 이하 생략.

106) VwGO § 80 2항 3호에서 집행정지효가 적용되지 않는 예외적인 경우 중의 하나로 연방법률에 의하여 다른 규정이 있는 경우를 규정하고 있으므로, 이에 의하여 TKG 제137조 1항에 따른 집행정지효의 예외가 인정된다고도 할 수 있다.

여는 VwGO 제68조 이하의 전심절차가 존재하지 않는다(TKG 제137조 3항). 다만, 행정청이 결정위원회에 의하여 결정을 하지 못하는 경우에 있어서는 예외적으로 전심절차가 허용될 수 있다. 이 경우에 있어서는 전심절차의 소요비용에 충당하기 위하여 동법 제146조 소정의 수수료 및 비용이 징수된다.

통신법 고유의 특수성은 행정재판상의 심급단계에 있어서도 존재한다. 이러한 심급단계는 일반 행정쟁송절차에 대하여는 그에 대한 사실심의 제한을 통하여 단축된다¹⁰⁷⁾. 따라서 결정위원회의 결정에 있어서 행정법원의 판결이나 기타 결정에 대하여는 원칙적으로 항소(Berufung) 및 항고(Beschwerde)가 진행되지 않는다(TKG 제137조 3항 제1문¹⁰⁸⁾). 현실적으로 볼 때, 연방망규제청의 관청소재지가 Bonn이기 때문에 결정위원회 결정에 대한 모든 제소절차에 대하여는 Köln행정법원이 지역관할권을 가지며, 이때 동 법원은 단일의 사실심에 해당한다. 따라서 Köln행정법원이 행한 당해 사건 사실관계에 대한 평가 및 본안재판에 대한 사법적 재심사는 연방행정법원에 유보되어 있다.

입법권자는 권리구제적 관점에서 이러한 사법적 구제절차의 단축이 허용된다는 입장에서 있다. 재판절차가 장기화되게 되면 투자의 불확실성을 초래하게 되고, 정보통신시장에서의 경제적 상황의 제약으로 나아가게 된다고 인식하고 있기 때문이다. 부분적으로 계절적인 영향을 받는다고나 단기적으로만 활동하는 영업모델과 판매경향 등과 같은 상황이 발생할 수 있다는 점을 고려하여 권리구제의 신속성을 확보함으로써 가능한 한 정보통신시장의 신속한 법적 안정성을 확보할 수 있도록 할 필요가 있다는 것이다. 또한 그 결과 법적으로 유효한 결정이 있을 때까지의 시간 즉 사법적 구제를 위한 쟁송이 구체적인 법률상의 근거 여부에 대한 논란으로 인해 일정한 정도 이상 지연되는 상황이 발생하는 때에는 종래 독점적

107) 그 적용사례의 구별에 대하여는 TKG 제137조 3항에서 개별적으로 규율되어 있다. 원칙적으로 그 제한은 동법 제132조 소정의 규제적 결정위원회의 결정(Beschlusskammerentscheidungen)에 뒤따르는 모든 사법절차(Gerichtsverfahren)에 적용된다.

108) **TKG §137 Rechtsmittel** (권리구제수단) (3) Im Falle des § 132 sind die Berufung gegen ein Urteil und die Beschwerde gegen eine andere Entscheidung des Verwaltungsgerichts ausgeschlossen(제132조의 경우에는 행정법원 판결에 대한 항소와 행정법원 결정에 대한 항고는 허용되지 않는다). 이하 생략.

지위를 누리고 있는 자들에 비하여 새로 진입하는 경쟁업자에게 그 존립의의의 문제가 발생하게 된다는 사실도 그러한 인식의 배경에 깔려있는 것으로 판단된다. 물론 재판실무적 관점에서 보면 많은 경우에 이미 재판절차가 제1심단계에서 1년을 넘어가고 있고, 그 결과 재판은 예컨대 그 합법적 정도를 넘어 너무 늦게 끝나게 됨으로써 제소절차는 정보통신의 급속한 발전이라는 관점에서 볼 때에는 그 의의가 상당히 축소되어버릴 수밖에 없는 경우가 종종 있게 된다는 사실을 인식하지 않을 수 없을 것이다. 이 점에서 가구제는 요금규제의 영역에서 그 비중이 증대되고 있다.

나. 행정소송상 영업 및 직무비밀의 보호

영업 및 직무상 비밀의 합당한 처리에 대한 문제는 앞에서 보았듯이 결정위원회의 결정절차에서 중요성을 갖는 것과 마찬가지로 그 절차 이후에 진행되는 후속적 사법절차단계에서도 중요한 쟁점이라고 할 수 있다. 관할법원인 당해 행정법원이 사안에 대한 조사를 정상적으로 하기 위해서는 우선 참여 행정청이 중요한 재판자료나 기록의 제출또는 정보의 제공을 해야 할 의무를 지게 됨으로써 가능해진다고 할 수 있다(VwGO 제99조 1항 1문). 그러나 행정소송에서 제출되고 재판에 기초가 된 총체적인 근거자료 즉 재판기록(Unterlagen)은 VwGO 제108조 2항에 의거 모든 참여자가 그에 대하여 진술할 기회를 가질 수 있도록 그 참여자들에게 제공되어야만 하도록 되어 있다. 따라서 연방통신망청에 제출된 근거자료에 영업 및 직무상 비밀이 포함되어 있는 경우에는, 연방통신망청은 이러한 비밀의 보호를 위하여 그 자료제출 및 그 정보제공을 거부할 수 있다(TKG 제138조 제1항, VwGO 제99조 1항 2문). 다만, 이와 관련하여 긴장관계가 발생할 소지가 있는바, 입법권자는 이에 대하여 통신법은 긴장관계가 발생할 수 있는 몇 가지 중요한 영역에 관하여 관련 기관간에 그 상충되는 이익의 조정을 도출해내도록 하는 규정을 두었다(동법 제138조 2항 내지 4항).

동법에서 규정하고 있는 이익조정 영역은 곧 ① 포괄적인 사법적 사안의 해

명, ② 기본법 제14조 제1항에 의하여 보호된 영업 및 직무비밀의 비밀유지에 대한 관련 참여기업의 정당한 이익, ③ 분쟁대상 사안의 완전한 인식에 기초한, 경제적 경합자를 포함한 기타 절차참여자의 포괄적 법적 청문권(기본법 제103조 1항) 등이다. 특기할만한 것은 입법권자가 이러한 이익조정의 과정을 이른바 “판사실내부절차”(Incamera-Verfahrens)¹⁰⁹⁾의 형식으로 결정하도록 하는 특별규정을 통신법에 규율하였다는 사실이다. 동 규정에 의하면 본안사건 법원은 참여자의 신청으로 현재 진행중인 재판절차에서 재판 당사자가 논란이 되는 영업 및 직무비밀에 관련된 일정한 재판근거자료를 제출하여야 하는지 하지 않아도 되는지에 대하여 재판한다(TKG 제138조 2항 1문¹¹⁰⁾). 다시 말해서 법원은 이에 대한 심사를 “판사실내에서”(in camera) 즉, 다른 당사자가 참여하지 않은 분리된 절차에서 결론을 내리도록 하고 있는 것이다. VwGO 제99조 2항에서 정하고 있는 일반재판과정상의 문건자료제출 절차가 일정한 시간을 요하는 것이 일반적임을 고려할 때에 이러한 이른바 판사실내부절차를 통하여 중간재판절차의 축진이 이루어질 것으로 기대되고 있다. 다만, 이 절차는 단순히 일정한 문건자료가 본안절차에서 제출되어야 하는지 여부에 관한 재판에만 관련이 있다는 점에서 그 특별한 의미를 갖는다고 할 수 있다. 이러한 특별한 경우를 제외하고는, 본안절차에서 제출되고 법원의 재판의 발견(Entscheidungsfindung)의 기초가 되는 모든 재판기록은 전체 참여자에게 접근이 가능하도록 하여야 한다. 또한 일반적인 본안재판 사건에 있어서는 이른바 판사실내부절차에 의하여 진행되는 것은 허용되지 않는다고 할 것이다. 이러한 이른바 판사실내부절차에 관한 상세한 사항은 TKG 제138조 3항¹¹¹⁾에서 상세하게

109) 신봉기, 독일 연방통신망청에 관한 연구, -망(罔) 관련 통합 규제관청으로서의 지위와 절차를 중심으로, 공법연구 제35집 제3호, 2007. 2. 353면 참조.

110) **TKG § 138 Vorlage- und Auskunftspflicht der Bundesnetzagentur** (연방망규제청의 자료 제출의무 및 정보제공의무) (2) Auf Antrag eines Beteiligten entscheidet das Gericht der Hauptsache durch Beschluss darüber, ob die Unterlagen vorzulegen sind oder nicht vorgelegt werden dürfen(주된 사건의 심리 법원은, 참가인의 신청에 기하여, 서류를 제출하는 내용의 또는 제출하지 않아도 좋다는 내용의 결정을 발령하게 된다). (이하 생략)

111) **TKG § 138 Vorlage- und Auskunftspflicht der Bundesnetzagentur** (연방망규제청의 자료 제출의무 및 정보제공의무) (3) Der Antrag ist innerhalb eines Monats zu stellen, nachdem das Gericht den Beteiligten die Entscheidung der Bundesnetzagentur über die Vorlage der Unterlagen bekannt gegeben hat. Die Bundesnetzagentur hat die Unterlagen auf Aufforderung des Gerichts vorzulegen; § 100 der Verwaltungsgerichtsordnung findet keine Anwendung. Die Mitglieder des Gerichts sind zur Geheimhaltung verpflichtet; die Entscheidungsgründe dürfen Art und Inhalt der geheim gehaltenen Unterlagen nicht

규정하고 있다. 법관을 포함한 법원의 구성원은 이러한 재판절차과정에서 지득한 사항에 대하여 비밀엄수의 의무를 지며, 또한 그 재판이유는 비밀로 유지되어진 재판기록의 종류와 내용을 인식할 수 없도록 하여야 한다. 한편 동법은 ‘소송절차 촉진’ 차원에서 그 신청기간을 비교적 단기간으로 규정하고 있는바, 당해 절차의 신청은 법원이 참여자에게 중요한 재판자료의 제출에 관한 연방통신망청의 결정이 공표된 후 1개월 이내에 제출되어야 한다고 규정하고 있다. 또한 동법 제138조 2항 2문은 판결주문과 관련되는 이익형량기준(Abwägungskriterien)도 명백히 규정해두고 있다¹¹²⁾. 그밖에 동 조항에서는 참여자가 영업 또는 직무비밀임을 내세워 재판기록 제출을 지지하도록 하는 것을 신청으로써 법원에 주장할 수 있는지 여부에 관한 것이 아직 논란이 되고 있는바, 이러한 문제도 향후 신속히 해결되어야 할 문제라 할 것이다.

다. 민사법상의 권리분쟁

TKG는 동법에서 규정하고 있는 민사법상의 권리분쟁에 대하여 GWB 제90조

erkennen lassen. Gegen eine Entscheidung des Gerichts, wonach die Unterlagen vorzulegen sind oder vorgelegt werden dürfen, ist die Beschwerde zum Bundesverwaltungsgericht gegeben. Über die Beschwerde entscheidet der für die Hauptsache zuständige Revisionssenat. Für das Beschwerdeverfahren gelten die Sätze 2 und 3 sinngemäß(이러한 신청은, 법원이 참가인들에게 규제기관의 서류제출 결정사실을 통지한 후 1개월 이내에 제출되어야 한다. 규제기관은 법원의 요청에 따라서 서류를 제출하여야 한다. 이 때에는 연방행정법원법(VwGO) 제100조는 적용되지 않는다. 법원의 구성원은 비밀엄수의무를 갖는다; 결정의 근거로부터는 비밀이 요청되는 서류의 유형 및 내용이 인식되도록 해서는 안된다. 서류제출을 명하거나 또는 서류제출을 허용하는 법원의 결정에 대해서는 연방행정법원에 대한 불복이 가능하다. 이러한 불복제기에 대해서는 주된 사안의 관할 상고부가 결정한다. 불복절차에 대해서는 2문과 3문이 유추적용된다).

112) TKG § 138 Vorlage- und Auskunftspflicht der Bundesnetzagentur (연방망규제청의 자료제출의무 및 정보제공의무) (2) (생략)...Werden durch die Vorlage von Unterlagen nach Absatz 1 Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse betroffen, verpflichtet das Gericht die Behörde zur Vorlage, soweit es für die Entscheidung darauf ankommt, andere Möglichkeiten der Sachaufklärung nicht bestehen und nach Abwägung aller Umstände des Einzelfalls das Interesse an der Vorlage der Unterlagen das Interesse des Betroffenen an der Geheimhaltung überwiegt(제1항에 따른 서류 제출에 의하여 업무상 비밀이나 영업비밀이 관련되는 경우에는, 법원은 사실관계 확정을 위한 다른 가능성이 존재하지 않고, 개별적인 경우의 모든 사정을 고려하여 볼 때에 서류제출로 인하여 얻어지는 이해관계가 비밀보호를 요청하는 당사자의 이해관계보다 우월하다고 인정되는 한, 당해 행정청으로 하여금 서류제출의 의무를 부여하게 된다).

1항 및 2항을 준용하도록 하고 있다(동법 제139조 1문¹¹³⁾). 그에 따르면 민사법원은 연방망규제청에게 모든 중요한 권리분쟁에 관하여 통지하여야 하고, 요청에 따라 동 행정청에게 모든 답변서, 기록조서, 처분 및 결정의 사본을 송달하여야 한다. 연방망규제청의 장은 공익의 보호를 위하여 상당하다고 판단하는 경우에는 자신의 대리인을 임명할 수 있다. 대리인은 법원에 서면설명서의 제출, 사실 및 입증방법의 제시, 기일에의 출석과 필요한 집행 및 당사자·증인·전문가에게 질문할 자격이 인정된다.

제4절 시사점

독일의 IT관련 규제기관의 조직과 법집행절차에 대한 내용을 살펴보았다. 통신법과 관련한 독일의 조직과 절차는 합의제행정청으로서 위원회를 주요 담당기관으로 하고 있는 우리나라에 시사하는 바가 적지 않다고 할 수 있다. 이하에서는 조직상 측면과 절차상 측면으로 구분하여 독일의 통신법 관련 규제기관의 조직과 법집행절차가 주는 시사점을 검토하여 보기로 한다.

1. 조직상 측면

독일의 IT관련 규제기관의 조직은 크게 정책부서(연방경제기술성)과 집행부서(연방망규제청)가 분리되어 IT분야를 관장하고 있는 체계를 갖추고 있다. 즉 연방경제기술성은 우리나라의 지식경제부와 그 조직적 위상이나 기능면에서 유사하다고 할 것인 바, IT에 관한 정책의 입안 및 집행에 관한 관할권을 담당하고 있다. 한편 연방망규제청은 통신법과 체신법을 법적 근거로 하여 자유화와 제규제를 통해 전기, 가스, 통신, 우편과 철도에 대한 사항을 관할하는 독립적인 연방기관

113) TKG § 139 Beteiligung der Bundesnetzagentur bei bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (민사상 분쟁에 대한 연방망규제청의 참여) Für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, die sich aus diesem Gesetz ergeben, gilt § 90 Abs. 1 und 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen entsprechend(이 법에 의하여 발생한 민사상 분쟁에 대해서는 경쟁제한방지법 제90조 1항과 2항이 적용된다). (이하 생략).

(sebständige Bundesoberbehörde)으로서 통신영역과 같은 전문영역에 특수한 규제 기관으로 법집행업무를 담당하고 있다. 특히 연방망규제청은 하나의 장으로만 구성되는 전통적인 조직구성방식과 달리, 청장 1명과 부청장 2명으로 구성되는 일종의 위원회 방식으로 도입되었지만, 규제행정청으로 기능할 때에는 보통의 합의제 행정청과는 달리 독재적 행정청조직으로서의 면모를 특징으로 한다는 것에 주목해야 할 것이다. 연방망규제청법(BNAG) 제3조 제1항에 따르면 한편으로 대내적(사무집행) 및 대외적 대표권한은 청장에게 있으며, 다른 한편으로 청장은 사무의 배분과 집행을 사무규정을 통해 규율한다. 또한 이러한 권한행사들은 연방경제기술성을 통해 뒷받침된다. 청장은 두 부청장과 함께 주결정위원회를 구성하고 특별한 사안에서만 심리하고 있다. 우리나라의 경우 현재 정보통신부가 폐지되고 위원회 체제로 되면서 정책부서로서의 기능이 대폭 줄어들어 IT분야 정책기능이 후퇴되었다는 지적이 제기되고 있다. IT 관련 정책기능을 강화할 수 있도록 방송통신위원회를 중심으로 한 조직강화가 필요한 대목이다. 무엇보다도 위원회 구조를 취하면서도 그 기능에 따라 독립적 행정청으로서 지위와 역할을 융통성 있게 부여하고 있는 독일식의 IT 조직체계를 참조할 만 하다. 또한 독일의 경우도 정책부서와 집행부서로 이원화되어 있지만, 각 기관간의 유기적인 협조와 명시적인 업무배분을 통하여 큰 마찰없이 효과적으로 IT 관련 정책과 법집행 업무를 시행하고 있는 점도 눈여겨 보아야 할 것이다. 우리나라의 경우 현재 방송통신위원회 중심으로 방송과 통신 전반을 아우르는 기관이 구축되었지만 법집행 기능에 치중되어 있는 부분들을 개선하여 정책기능도 함께 강화할 수 있는 조직적 차원의 개선방향이 검토되어야 할 것이다.

독일 연방망규제청이 주관하는 법집행절차에서 조직상 가장 특이할만한 점은 결정위원회의 활용일 것이다. 독일 통신법상 행정절차에서의 주요한 결정은 결정위원회에 의하여 수행되며, 결정의 공정성과 전문성을 기하기 위하여 결정위원회는 사법(司法)에 준하는 형식으로 형성되어 있다. 1인의 위원장과 2인의 부위원장으로 구성되는 결정위원회는 특히 법조인 출신 1명, 경제학자 출신 1명 및 기술전문가 1명으로 위원을 선정함으로써 결정의 전문성을 고양시키고 있다. 그리고 이

처럼 법조, 경제, 기술 등 각 분야를 대표하는 전문가들에 의하여 통신법상 법집행과 관련한 주요 사안을 합리적이면서도 효과적으로 다룰 수 있도록 한 부분은 우리에게도 많은 시사점을 준다고 할 것이다. 물론 우리나라도 「방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률」(이하 “방통위설치법”이라 한다)에서 전문위원회의 설치근거를 명시하고 있다. 동 법 제15조제1항에 따르면 위원회는 그 소관사무에 관하여 실무적인 자문이나 심의·의결사항에 관한 사전검토 또는 위원회로부터 위임받은 사무의 효율적 수행을 위하여 필요할 경우에는 위원회 소속으로 전문위원회 또는 특별위원회 등을 둘 수 있도록 하고, 그 구성 및 운영 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 하고 있다. 독일의 결정위원회와 가장 유사한 형태는 위원회의 심의·의결사항에 대한 사전검토를 위하여 설치되는 전문위원회라고 할 것인데, 방통위설치법 시행령 제5조에 따르면 이러한 전문위원회는 위원장 1명을 포함한 15명 이내의 위원으로 구성하되(제2항), 위원은 방송·통신에 관한 학식과 경험이 풍부한 자 중에서 위원회의 동의를 얻어 위원회 위원장이 위촉하고, 전문위원회 위원장은 위원회 위원장이 전문위원회의 위원 중에서 지명하도록 하고 있다. 전문위원회에 대해서는 「방송통신위원회 회의운영에 관한 규칙」(방송통신위원회 규칙 제2010-15호) 제22조에서 규정하고 있는데, 동법 시행령과 거의 유사한 내용이 담겨져 있다. 하지만 독일의 경우처럼 위원의 자격이나 구성에 있어서 전문성을 확보할 수 있도록 각 분야별 전문가를 명시하는 형태가 아니고 다소 모호한 내용으로 규정되어 있는 점으로 미루어 아직 국내의 심결절차상 위원회의 활용도는 크지 않다고 보아야 할 것이다. 무엇보다도 연방규제청의 각종 결정에 있어서 핵심적인 내용을 판단하고 있는 심사부로서의 기능을 수행하고 있는 독일의 결정위원회에 비하여 우리나라의 전문위원회는 방송통신위원회의 본격적인 심의 이전에 사전검토를 위한 소위원회 수준에 머물고 있는 점이 한계로 지적될 수 있을 것이다. 합의제행정청으로서 위원회 내에 별도의 결정위원회를 두는 구조가 바람직한지 여부에 대해서는 추후 보다 심도 깊은 검토와 연구가 필요할 것으로 보이지만, 확실한 시사점은 IT 관련한 주요한 법적 쟁점에 대하여 심의·의결기능을 수행하는 전담 심사조직을 마련하는 것이 필요하다는 것이다. 그리고 이러한 심사조직을 구성함에 있어서 공정성과 전문성을 기할 수 있도록 그 구성방법과

형태를 법령상에 명시하는 것이 또한 요구된다고 하겠다. 이에 더하여 심결을 담당하는 위원의 독립성을 제고할 수 있도록 하는 법제도적 장치의 마련이 있어야 할 것이다. 현재 방송통신위원회는 위원장 1인, 부위원장 1인을 포함한 5인의 상임인 위원으로 구성되는데, 그 임명은 위원 5인 중 위원장을 포함한 2인을 대통령이 지명하고 3인은 국회의 추천을 받아 임명을 하되, 이 경우 대통령이 소속되거나 소속되었던 정당의 교섭단체가 1인을 추천하고 그 외 교섭단체가 2인을 추천하도록 되어 있다. 이처럼 위원의 임명 과정에서 정당의 추천이 개입됨에 따라 정치적 영향이 심결에 반영되어 결정의 공정성을 훼손할 여지가 있을 수 있다. 그렇다면 독일의 결정위원회처럼 별도의 독립된 지위가 보장되는 심결위원으로 구성된 전담 심사조직을 설치하는 것이 이와 같은 비판을 최소화할 수 있는 효과적인 방안이 될 것이다. 독립성, 공정성, 전문성, 이 세 가지의 요소를 두루 갖춘 전담 심사조직의 설치에 대하여 보다 적극적인 검토가 필요하다고 하겠다.

마지막으로 결정위원회 이외에 각종 주요 심의사항에 대하여 자문위원회의 자문을 거치도록 하고 있는 것도 참고하여야 할 것이다. 물론 독일 통신법상의 규제 절차가 지향하는 것은 행정행위의 형식에 의한 결정위원회의 결정이지만, 이러한 결정에 앞서 전문가들로 구성된 자문위원회의 조언을 거치도록 함으로써 해당 결정의 공신력과 전문성을 담보하고 있는 것이다. 우리나라의 경우 방통위설치법에 따른 전문위원회가 이러한 기능을 수행하고 있는 것으로 볼 수 있지만, 앞서 상술한 것처럼 심결을 전담하는 독일의 결정위원회와 같은 조직이 도입될 경우, 그 결정의 전문성을 강화하기 위하여 이와 같은 자문위원회를 설치·운영하는 것도 검토해볼만 한 것이라고 판단된다. 이러한 구상이 현실화된다면 현행법상 전문위원회 제도를 단순한 사전검토조직이 아닌 심의·의결을 전담하는 심사조직과 이를 뒷받침하는 전문가그룹으로 구성된 자문조직으로 구체화하는 방향이 될 것으로 보인다.

2. 절차상 측면

독일 통신법상 법집행절차가 주는 시사점으로는 우선 앞서 살펴본 것처럼 각종 규제결정이 준사법적 조직인 결정위원회에 의하여 행정행위의 형식으로 이루어지고 있다는 점이며, 그 구체적인 진행과정과 관련하여 명시적인 법적 근거를 마련하고 있는 사실이다. 독일의 경우 결정위원회의 직권 또는 당사자의 신청에 의하여 절차가 개시되면 법령에 근거한 청문과 구술심리절차가 적용되며 특히 직권조사원칙에 의하여 결정위원회는 직권으로 모든 주요결정사안을 포괄적·중립적으로 조사할 수 있는 권한에 기반하여 심결절차를 진행하게 된다. 행정청은 그 의무에 합당한 재량에 따라 그 사안의 조사를 위하여 필요하다고 판단하는 모든 입증자료를 제공할 수 있으며, 연방망규제청은 일정한 요건을 갖춘 경우에 추가적으로 중요한 입증자료에 대한 압류권을 가진다. 또한 연방망규제청은 최종결정에 이르기까지 혹시 발생할지도 모를 예기치 않은 손해를 제거하기 위하여 '임시명령'을 발할 수 있는 권한까지 보유하고 있다. 특히 이러한 임시명령의 권한은 특히 매우 역동적이고 시간적 지연이 없는 경우에 수인해야 할 규제문제에 효과적으로 대응하는데 있어 현실적으로 대단히 큰 의미를 갖고 있다. 우리나라의 경우 심결 과정에서 방송통신위원회가 행사할 수 있는 법적 권한이나 조치 등에 대하여 명시적으로 구체적인 규정내용이 미흡하다는 점이 문제점으로 지적될 수 있다. 물론 헌법상 비례의 원칙에 근거한 일정한 제한과 한계가 적용되어야 할 것은 당연한 사실이지만, 당사자가 수긍할 수 있는 합리적인 결론을 도출하는 과정에서 그 심결주체가 되는 방송통신위원회의 법적 수단이 미비하다면 그 결론의 타당성과 설득력마저 상쇄될 우려가 있다는 점에서, 독일의 사례를 면밀히 참고하여야 할 것이다. 또한 준사법적 절차로서 청문과 심리의 방식 등에 대해서도 명시적으로 규정하여 심결절차를 보완하는 작업이 이루어져야 할 것이다.

또한 독일 통신법의 법집행절차에서는 관련 대상자의 영업 및 거래상의 비밀에 대하여 충실한 보호 및 처리방식 등이 규정되어 있다는 점도 시사하는 바가 적지 않다. 특히 요금규제절차의 영역에 있어서 규제대상인 기업은 정례적으로 경제성

평가, 사업모델, 가격전략, 이익상태 또는 그에 유사한 민감정보자료를 제출할 의무가 있다. 이러한 정보자료는 다른 절차참여자에 대하여 그 결정에 엄청난 도움이 되고, 개별사안에 있어서 혁신적인 서비스공급의 경제적 성과에 대하여 결정적인 것이 될 수 있다. 따라서 독일 통신법은 상술한 것처럼 영업 및 거래상 비밀유지를 위하여 연방행정절차법상의 일반규정에 대한 보충적 규정을 두고 이를 보다 확고하게 보호하고 있다. 더 나아가 연방망규제청의 결정에 대한 사후권리구제절차에 있어서도 이러한 영업 및 직무비밀의 보호원칙은 확고하게 유지되고 있다. 그리고 이러한 영업 및 직무비밀의 유지와 관련한 이익의 조정이 소위 판사실내부절차의 형식으로 결정되도록 하여, 진행 중인 재판절차에서 논란이 되는 영업 및 직무비밀과 관련된 자료들의 제출여부를 실무상으로 효율적으로 조정하고 있는 점도 특기할 만한 점이라고 하겠다. 그리고 연방망규제청의 결정에 대한 불복절차와 관련하여 해당 결정에 대한 이의제기와 소송제기가 집행정지의 효력을 가지지 않도록 하고 있는 것도 독일 통신법의 특징적인 사항이다. 행정심판이나 취소소송의 제기에 있어서 집행정지효를 인정하는 연방행정법원법 제80조 1항이 통신법 영역에 적용되지 않도록 하여 연방망규제청에 의한 행정행위의 실행가능성을 충실하게 확보하고 있는 점도 참고하여야 할 것이다. 이는 독일 통신법이 당사자의 사익보다는 일단 통신법상의 공익추구에 보다 큰 비중을 두고 있다는 사실을 간접적으로 증명하고 있다고 해도 무방하다. 당사자의 권리구제방법이 모두 소진될 때까지 정책의 집행을 늦출 수 없다는 취지에서 이러한 집행정지효의 예외를 인정함으로써 연방망규제청에 의한 행정작용의 유연성·효율성을 증가시키고 있는 것이다. 통신법상의 법집행절차의 효율성을 제고한다는 측면에서 이러한 규정의 취지는 일정한 시사점을 주고 있다고 하겠다.

무엇보다도 행정절차의 기본법이 되는 연방행정절차법상의 규정들을 적극적으로 해석·적용하여 통신법상의 흠결을 보충하고 있는 독일의 사례는 우리에게도 중요한 시사점을 주고 있다고 할 것이다. 절차개시에 있어서 지켜야 할 준칙들, 청문과 구술심리 과정에서의 기본적인 사항들, 절차를 종결하는 여러 행정행위 형식들에 대한 내용, 엄격한 이유제시의무를 부과하고 이에 따른 투명한 규제절차를

요구하는 등 통신법 이외에 관련되는 기본적인 법률들을 적극적으로 적용시킴으로써 통신법만으로 충족시키지 못하는 사항들을 포괄적으로 아우르고 있다. 우리나라의 경우 아직 방송통신분야에서의 심결절차와 관련한 근거법령의 정비가 미흡한 실정이라고 할 수 있는바, 독일의 경우처럼 관련 법률들의 규정 내용들을 적극적으로 검토·반영하여 법치주의원칙에 기반한 법집행절차가 체계적으로 자리잡을 수 있도록 하여야 할 것이다. 물론 독일의 통신법상 법집행절차가 완벽한 것이라고 할 수는 없지만, 이들이 추구하고 있는 통신법제의 추진 양상이 던져주는 이와 같은 여러 시사점들을 바탕으로 우리나라도 당사자의 권리를 최대한 보장하면서도, 통신법상 추구되어야 할 공익이 효과적으로 달성될 수 있도록 관련 절차를 보다 적극적으로 보완하고 개선해 나가야 할 것이다.

제5장 프랑스 ARCEP · CSA의 조직과 규제집행절차

제1절 서

프랑스의 방송통신산업은 전통적으로 공역무(service public)법제¹¹⁴⁾의 규율을 받아왔다. 공역무법제는 일반적으로 공익목적의 추구하고 독점을 결합하는 경향을 보여왔다. 공역무의 제공에 시장원리를 도입하는 것은 공익추구의 목적을 침해할 우려가 있다고 보았기 때문이다.¹¹⁵⁾ 그러나 2000년대 이르러 방송과 통신의 융합 현상과 유럽법의 영향으로 인해 방송통신 시장에 경쟁이 도입됨에 따라 공역무법제도 변화를 경험하고 있다. 현재 프랑스 방송통신행정은 새로운 환경변화에 대응하여 수평적 규제를 통한 공정경쟁과 공역무법제 유지를 통한 공익성의 조화를 시도하는 방향으로 전개되고 있다.

프랑스의 방송통신행정의 특징은 ‘업무 분장을 통한 전문성의 확보’라고 표현할 수 있다. 이러한 특징은 방송통신행정의 다차원적·다층적 분업 체계에서 비롯된다. 프랑스는 일차적으로 방송통신산업에 대한 정책과 규제를 분리하여 운영하고 있으며, 전자는 행정부처가 후자는 독립적 행정기구가 그 운영을 담당하고 있다. 2004년에는 방송과 통신의 융합현상에 대응하여 ‘전자통신과 방송통신역무에 관한 법률(la Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle)’과 ‘디지털 경제에서의 신뢰에 관한 법(la Loi pour la confiance dans l'économie numérique)’을 제정하여 기존의 ‘우편통신법전’(현 우편전자통신법전, Code des postes et des communications électroniques, 이하 CPCE 또는 ‘우편전자통신법’)과 ‘커뮤니케이션의 자유에 관한 법(la Loi relative à la liberté de communication, 이하 ‘방송법’)을 개정하였다. 방송통신융합환경에 따른 법 개정에도 불구하고, 규제의 영역에서는, 우리나라와는 달리, 방송과 통신

114) 공역무법제는 프랑스 특유의 것으로서 이에 의하면 공익목적을 위한 역무의 제공에 대해서는 계속성의 원리, 평등의 원리 및 적응의 원리 등과 같은 특수한 원리가 적용된다.

115) Colin, Frédéric, *Droit public économique*, Gualino éditeur, Paris, 2005, pp. 164~165.

이 별도의 규제기관과 법률에 의해 운영되고 있다. 규제의 내용적인 면에서도 업무의 분장이 이루어지고 있다. 방송·통신관련규제와 경쟁규제, 이용자보호에 관한 규제를 분리하여 각각 고유한 규제기관에서 담당하고 있다[표6 참조]. 이와 같은 분업체계를 통해 프랑스는 방송통신행정의 전문성과 실효성, 공정성 및 효율성을 확보하고 있으며, 특히 방송통신규제기구의 규제 집행에 대한 산업의 신뢰를 구축하고 있다.

[표 6] 프랑스 방송통신행정기구

	방 송	통 신
정 책 (정부기구)	문화커뮤니케이션부(MCC)	경제재정산업부(MEFI) ¹¹⁶⁾
규 제 (독립기구)	시청각최고위원회(CSA) 국립전파관리국(ANFR) 경쟁위원회(CC) ¹¹⁷⁾	전자통신우편규제청 (ARCEP) 국립전파관리국(ANFR) 경쟁위원회(CC)
기 타 (법률관계기구)	헌법위원회 국참사원(Conseil d'Etat) 의회	헌법위원회 국참사원 파리항소법원 의회

116) 경제재정산업부(Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie)는 예산부, 통상부, 산업부의 3개부를 합한 것으로, 각 부 별로 별도의 위임장관을 두고 있다. 이 중 산업부의 위임장관은 전자통신담당장관으로서 우편전자통신법상 여러 가지 권한을 가지고 있다. 경제재정산업부 산하에 통신정책을 전담하는 독립적인 부서는 없으며, 사무국 산하의 디지털 경제 담당국 및 정보기술위원회, 기업국에서 정책기능을 분산하여 담당하고 있다. 경제재정산업부 산하에는 경쟁정책 및 소비자보호정책을 담당하고 있는 '경쟁 및 소비자보호국(Direction Générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes: DGCCRF)이 있다. 이 기관과 독립규제기구인 경쟁위원회 간에 권한배분과 관련하여 긴장관계가 존재하였으나 2005년 1월 28일 양기관 사이에 협력에 관한 협정이 체결됨으로써 양자간의 긴장관계가 어느 정도 해소되었다. OECD, Regulatory Reform in France - The Role of Competition Policy in Regulatory Reform, 2003, p.44.

117) 경쟁위원회(Conseil de la concurrence)는 경제재정산업부 소속의 독립규제행정기구로서 일반 경쟁규제를 담당하고 있다. 동 위원회는 카르텔이나 시장지배적 지위의 남용과 같은 경쟁제한적 행위 및 기업결합 등과 같은 경제력 집중에 대한 규제권한을 가지고 있다. 업무 영역은 생산, 유통, 금융 등 경제 전반에 걸치며, 기업규모나 공기업의 여부를 막론하고 규제한다. OECD,

한편, 프랑스 방송통신규제기구의 법집행절차의 특징은 유럽인권협약(ECHR) 제6조에 의한 공정한 재판을 받을 권리(fair trial 원칙)를 구현하기 위한 “철저한 대심주의의 보장”과 “영업비밀 보장”이라고 할 수 있다. 이를 바탕으로 법집행절차의 객관성과 공정성 및 투명성을 확보하여 방송통신규제기구의 규제집행에 대한 전문성과 신뢰를 제고하고 있다.

이하에서는 프랑스의 통신규제기구(ARCEP)와 방송규제기구(CSA)의 법집행절차를 살펴보고자 한다. 이를 위하여 먼저 규제기구의 조직과 구성 및 의결방식을 개관하고, 이어서 제재처분절차, 분쟁해결절차, 행정조사절차를 차례로 검토할 것이다. 프랑스의 통신규제기구와 방송규제기구의 법집행절차는 일반적으로 유사하지만 산업의 특성과 실무에 따른 차이점도 존재한다. 따라서 마지막으로 법집행절차의 공통점과 차이점을 종합적으로 비교·분석하여 방송통신법집행절차의 개선과 관련하여 프랑스 사례가 우리나라에 주는 시사점을 도출하는 것으로 결론을 가름하고자 한다.

제2절 프랑스 ARCEP(통신규제청)의 조직과 법집행절차

1. 통신규제기구 - 전자통신우편규제청(ARCEP)

가. 전자통신우편규제기구

프랑스의 통신규제기구인 전자통신우편규제청(Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, 이하 'ARCEP')은 1996년 경쟁이 도입된 프랑스 통신 부문을 규율하고 경쟁도입으로 인해 형성된 통신시장을 규제하기 위하여 우편전자통신법 제36조에 의하여 1997년 1월 5일 통신규제청(Autorité

Regulatory Reform in France - The Role of Competition Policy in Regulatory Reform, 2003, p.9 참조.

de régulation des telecommunications, ART)¹¹⁸⁾이라는 명칭으로 출범한 독립행정 기관이다.¹¹⁹⁾ ART(현 ARCEP)는 프랑스 최초의 행정, 입법, 준사법적 권한을 가진 독립행정기관로도 의의를 가진다. ARCEP의 권한, 역할 및 법적 지위에 관하여는 우편전자통신법(CPCE)에서 규정하고 있다. ART의 권한은 다수의 법개정을 통해 지속적으로 확대되어 왔다. 대표적으로 2004년 7월 9일 법¹²⁰⁾은 2002년 전자통신 규제에 관한 유럽지침의 국내법 전환을 통해 ART의 권한을 확대하였고, 2005년 우편규제에 관한 법률¹²¹⁾은 통신에 국한되었던 ART의 관할권을 우편 부문까지 확장하였으며, ART(통신규제청)의 명칭도 우편을 포함한 ARCEP(전자통신우편규제청)으로 개명하여 오늘에 이르고 있다. ARCEP의 주요 역할은 전자통신시장의 공정하고 효과적인 경쟁을 보장하여 소비자의 이익을 증진하는 것이다.

나. 조직 구성

ARCEP은 7명의 위원으로 구성된 합의제 기관이다. 조직은 기본적으로 상임위원회(Collège), 사무총장(Directeur général) 및 8개의 역무국(Directorates)으로 구성된다([표7] ARCEP 조직도 참조). 상임위원회에는 4개의 자문위원회(상호접속과 액세스 위원회, 소비자 위원회¹²²⁾, ARCEP-지역당국-사업자 관계 위원회, 미래계획 위원회)와 상임위원회 활동에 대해 대외홍보를 담당하고 있는 대외홍보담당관 2명, 그리고 위원장을 보좌하는 보좌관 2명이 있다. 사무총장은 ARCEP의 실질적인 활동을 총괄하는데, 부사무총장과 사무총장을 보좌하는 보좌관 1명이 있다.

118) Loi n°96-659 de réglementation des télécommunications du 26 juillet 1996 publiée au JO le 27 juillet 1996.

119) ARCEP, Rapport public d'activité de l'ARCEP 2009, 2010. 6, p. 13.

120) Loi n°2004-669 du 9 juillet 2004 sur les communications électroniques et les services de communication audiovisuelle publiée au JO le 10 juillet 2004.

121) Loi n°2005-516 du 20 mai 2005 relative à la régulation des activités postales publiée au JO le 21 mai 2005.

122) ARCEP은 이용자(소비자) 보호에 미흡하다는 지적을 받아왔다. 이를 보완하기 위하여 2007년 소비자 자문위원회를 설치하여 소비자 협회와 ARCEP 간의 소통을 위하여 논의의 장을 만들었다. 소비자 자문위원회는 소비자와 관련된 분쟁해결 기관이 아니며, 통신분야에서 발생한 소비자 관련 분쟁해결은 국가소비자위원회(Conseil national de la consommation)나 가혹한(abusive) 계약조항 담당위원회 또는 법원에서 담당한다. 또한 동 위원회는 소비자 업무 담당 주무 장관(Secrétariat d'Etat à la Consommation)이 구성한 통신분야 원탁회의(roundtables)와도 별개로 운영된다.

ARCEP의 규제업무는 총 8개의 분야로 나누어지며 사무총장의 관리하에 각 역무국에서 담당하고 있다. 역무 분야를 살펴보면 인사·행정·재무, 법무, 유럽 및 국제 업무, 경제 및 미래계획, 주파수규제 및 장비 제조업자 관계, 브로드밴드·초고속 브로드밴드 시장 및 지역당국 관계, 유무선 시장 및 소비자 관계, 우편규제 등이다. 이 중 법무국은 ARCEP의 법집행절차에 있어서 중요한 역할을 한다.

2009년 프랑스 의회는 ARCEP의 예산으로 2280만 유로(€)(운영비 820만 유로, 인건비 1460만 유로)를 책정하였다. 2009년 12월 31일을 기준으로, ARCEP의 직원 수는 169명(평균연령 41.1세)이며, 이 중 74명이 정규직원(평균연령 47세)이고, 95명이 계약직 직원(평균연령 36세)이다.¹²³⁾

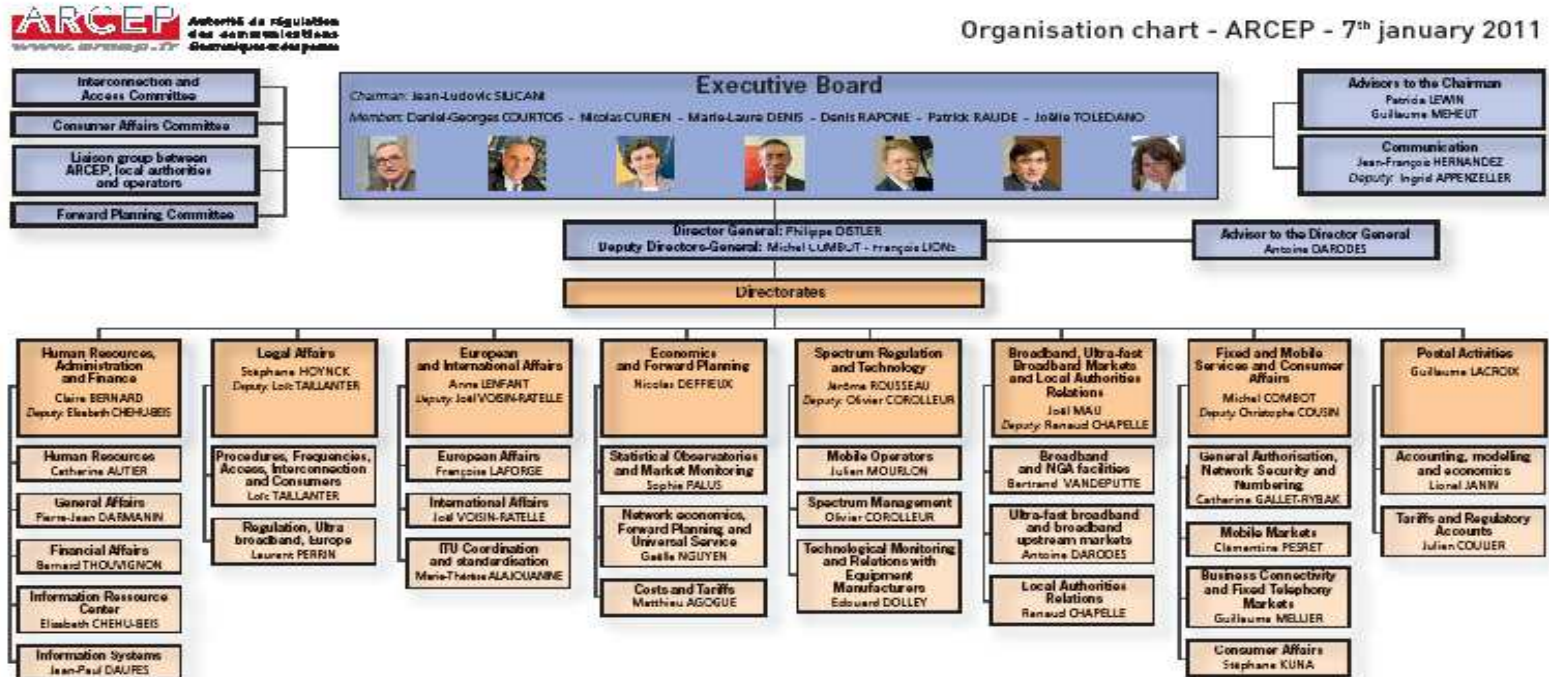
다. 상임위원회

ARCEP의 상임위원회는 전자통신 분야, 우편 분야, 국토경제 분야에서 경제적, 법적, 기술적 능력을 갖추었음을 근거로 임명된 7명의 위원으로 구성된다. 위원 중 3명은 대통령의 데크레로 임명되며, 위원장은 대통령이 국무총리가 지명한 후보자 중에서 의회의 의견¹²⁴⁾을 고려하여 임명한다. 나머지 4명의 위원은 상·하원의장이 각각 2명씩 임명한다. 임기는 6년이며, 데크레로 임명된 위원들은 매 2년 마다 3분의 1씩 개임된다. 위원은 해임될 수 없으며 중임될 수 있다. 다만 임명된 위원의 임기가 2년 이하인 경우에는 예외적으로 재임이 가능하다. 65세가 넘는 자는 위원으로 임명될 수 없다(우편전자통신법 제130조).

123) ARCEP, Rapport public d'activité de l'ARCEP 2009, 2010. 6, p. 28.

124) Loi n°2007-309 du 5 mars 2007 relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur publiée au JO le 7 mars 2007.

[표 7] ARCEP 조직도



상임위원회는 위원장에 의해 통상 한 주에 한 번씩 소집되며, 위원장은 필요한 경우 아무 때나 회의를 소집할 수 있다. 위원 중 2명이 소집 목적을 명시하고 소집을 요청하는 경우에도 소집이 가능하다(ARCEP 내부규칙¹²⁵⁾ 제2조). 상임위원회 회의 의제는 위원장이 사무총장과 협의하여 결정하며, 비상사태의 경우를 제외하고, 회의 의제와 사무총장이 작성한 의결안은 회의소집일 2일 전에 위원들에게 전달되어야 한다. 위원은 누구나 상임위원회 회의에서 다룰 안건을 상정할 수 있으며, 이 경우 회의소집일 3일 전에 위원장과 사무총장에게 이를 알리고 필요한 정보를 제공해야 한다. 상임위원회는 의결을 위하여 정보나 자료가 더 필요하다고 판단한 경우 충분한 자료를 획득할 때까지 사안에 대한 결정을 미룰 수 있다(내부규칙 제3조). 심의 안건은 위원 뿐 아니라 사무총장, 각 업무국장 및 기타 위원회 직원 등이 설명(present)할 수 있다. 사무총장과 지정된 직원은 상임위원회의 회의에 참석할 수 있으나 위원회의 심의과정에는 참석할 수 없다(내부규칙 제4조).

라. 의사결정구조

ARCEP은 위원 중 5명 이상이 출석해야만 심의할 수 있다. 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다(우편전자통신법 제130조). 위원장이나 위원 중 누구나 투표를 제청할 수 있으며, 위원 중 한명 이상이 비밀투표를 요청하지 않는 한 거수로 투표한다. 대리투표(proxy)는 불가능하며, 가부동수시 의결안은 채택되지 않는다(내부규칙 제4조).

마. 사무총장의 역할

법집행절차와 관련하여 사무총장은 상임위원회 회의의 의제를 결정하고, 위원회 의결안을 작성하며, 상임위원회 회의에 참석하여(심의과정에는 불참한다) 회의

125) Règlement intérieur de l'autorité de régulation des communications électroniques et des postes, Annexe à la décision 2009-0527 de l'autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 11 juin 2009 portant modification du règlement intérieur.

록을 작성하는 역할을 한다. 회의록에는 논의된 안건, 심의결과, 출석위원의 이름 등을 작성하고 상임위원회 회의에서 채택된 결정이나 의견을 첨부한다. 상임위원회 의결이나 의견은 위원장이 서명한다(내부규칙 제6조).

바. 법무국의 역할

법무국은 ARCEP의 활동 중 법과 관련된 모든 사항을 관장한다. 특히, ARCEP의 결정의 법적 안정성을 보장하고, 분쟁해결절차와 제재처분절차의 공정한 집행을 감독·보장한다. 소송 사건을 담당하며, 입법 및 규제 개선을 위하여 법안과 위원회의 의견안을 작성한다. 기타 위원회 업무에 관한 법적 자문과 지원활동을 한다.

2. ARCEP의 법집행절차

ARCEP의 법집행절차의 내용을 검토하기에 앞서 ARCEP의 법집행권한과 관련하여 초기에 제기되었던 위헌성 문제를 다루고자 한다. 이는 ARCEP과 같이 행정, 입법 및 사법권을 모두 가지는 독립규제기관에게 동일하게 적용되는 문제로서, 우리나라 방송통신위원회의 준사법적 권한에 대해서도 위헌소송 제기가가능성이 존재하므로 우리에게 적잖은 시사점을 줄 것이다.

가. ARCEP의 법집행권한의 합헌성

독립행정기관의 특징 중 하나는 일반적으로 권력분립 원칙에 의하여 분리되어 있는 행정, 입법, 사법권한을 모두 행사할 수 있다는 점이다.¹²⁶⁾ 독립행정기관에게 맡겨진 규제기능에는 규칙제정 권한부터 제재 및 분쟁해결권한까지 다양한 특권

126) M. Gentot, *Les autorités administratives indépendantes (The independent administrative authority)*, Montchrestien, Collection Clefs-Politique (Political Keys), 1991; *Les autorités administratives indépendantes (The independent administrative authority)*, EDCE 2001, p. 253 et seq.

이 포함되어 있다. ART(현 ARCEP)의 본래 설립의도는 첫째, 망산업을 규제를 위한 최초의 전문규제기관을 설립하여, 둘째, 규제권한, 제재권한 및 중재권한을 부여하는 것이었다고 한다. 통신부문에서 경쟁규제는 일반경쟁규제당국인 경쟁위원회(CC)가, 기술규제와 통신시장의 구조규제는 ART가 담당하게 되었다.¹²⁷⁾ 특히 ART는 우편전자통신법 제36-8-1조에 의하여 상호접속 거절, 상업적 협상 실패와 관련된 사건이나 통신망에 대한 상호접속이나 액세스 계약의 체결이나 이행과 관련하여 계약 당사자의 불이행에 의하여 발생한 분쟁 등을 다룰 수 있는 권한을 가졌다. 민간 통신사업자간에 발생하는 상호접속분쟁을 규제할 수 있는 권한으로 인해 ART는 기존의 독점사업자와 경쟁하는 신규사업자들을 보호하기 위하여 주관적인 상호접속규제를 할 수 있게 되었다. 이 새로운 형태의 법적 규제는 영구적으로 상호접속규제의 범위를 채택할 수 있는 가능성을 열었는데, ART가 개별적인 결정에 의해 통신시장의 발전을 도모하려는 전략을 세웠기 때문이다.

헌법위원회는 이 새로운 독립행정기구에게 부여된 이 권한의 위헌성을 다룬 사건에서 ART에 부여된 규제권한의 범위는 제한적인 범위 내의 것이므로 선례에 부합하며, 합헌이라고 결정하였다. 그러한 헌법재판소의 결정은 ART의 권한을 제한된 권한(repressive competence)으로 인정하고, ART의 분쟁해결에 관한 결정을 법원에게 이송하는 결정을 내려왔다.¹²⁸⁾

제한된 권한과 관련하여, 행정기구가 제재처분권한을 부여받은 것은 놀라운 일이라고 평가된다. 행정권, 입법권, 사법권은 고전적인 권력분립의 원칙에 따라 각 관할권의 범위 안에서 유지되어야 하기 때문이다. “입법부는 법을 (집행 또는 판단하는 것이 아니라) 제정해야 하고, 사법부는 (입법이나 집행을 하는 것이 아니라) 분쟁을 해결하고 벌칙과 제재를 부과하며, 행정부는 (입법이나 판단을 하는 것이 아니라) 집행과 관리를 해야 한다.”¹²⁹⁾ 그러나 헌법위원회는 국참사원

127) L. Boy, Les pouvoirs de the Authority de régulation des télécommunications (The powers of the Telecommunications Regulatory Authority), November 2000.

128) Ruling number 96-378 DC of 23rd July 1996 regarding the telecommunications regulatory law published in the Official Gazette dated 27th July 1996 p. 11400 and seq.

(Conseil d'Etat)의 판례를 인용하면서 지난 50여 년간 행정의 준수법권을 인정하는 방향으로 발전되어왔음을 인정하였다. 1989.1.17. 선고 88-248 DC 사건에서¹³⁰⁾, 헌법위원회는 명시적으로 법이 “방송통신부문에서 독립행정기구에 규제목적 달성을 위하여 필요한 범위 내에서 헌법 원칙의 준수 의무와 함께 재제권한을 부여할 수 있음”을 인정하였으며, 입법자는 “그러한 권한의 행사와 관련하여 헌법에서 보장하는 자유와 권리를 보호하기 위한 조치를 포함시켜야” 할 의무가 있다고 판시하였다. 요컨대, 헌법위원회는 ART에 우편전자통신법전에 규정된 범조항과 규제조항을 위반한 경우 제재할 수 있는 권한은 권력분립의 원칙에 위배되는 것이 아니며, 합헌임을 인정한 것이다.

분쟁해결권한과 관련하여, 1996년 7월 26일 법률 이전에는, 행정법원의 감독을 받는 프랑스 텔레콤의 정관 규정에 의하여¹³¹⁾ 통신부 장관에게 중재의무가 있었다. 따라서 프랑스 텔레콤에 대한 감독권한을 가진 파리행정법원이 정관에 규정된 규제절차에 의해 일방적으로 분쟁을 해결하기 위해 도입된 이 행정절차의 합법성에 대한 심사권한을 가질 수 있었다.¹³²⁾ 우편전자통신법 제36-8조는 유럽의회와 유럽위원회가 제정한 상호접속 지침안¹³³⁾을, 특히, “회원국 내에서 사업자간에 상호접속에 관한 분쟁이 발생한 경우, 당사자의 신청에 의하여, 해당 회원국의 규제당국은 신청일로부터 6개월의 기간 내에 분쟁을 해결하기 위한 수단을 마련해야 한다”고 규정한 동 지침 제9조 제5항을 직접적인 기초로 하고 있다. 그러나 준수법적 권한의 범위 내에서 ART가 의결한 결정의 법적 성질은 행정결정이라고 보았다. 실제로 헌법위원회는 “우편통신법전 제36-8조 제1항 및 제2항에 따라 통신

129) L. Favoreu and L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 10ème édit, Dalloz, 1999, number 42-27 (The important decisions adopted by the Constitutional Council).

130) Ruling number 88-248 DC, Rec. 18, RJC I-339.

131) Article 33 of decree number 90-1213 dated 29th December 1990 related to the conditions of France Télécom and the post and telecommunications code published in the Official Gazette dated 30th December 1990,

132) EC 2/1 France Télécom on 16th June 2000, number 202835, concl. B. Martin Laprade.

133) EC Directive number 97/33 of 30th June 1997 regarding interconnection in the telecommunications sector in order to ensure universal services and interoperability by application of the principles of open network provision (ONP).

규제기구가 동 기관에 제소된 사건을 의결한 결정은 공적 권한의 특권을 행사하여 내려진 행정결정에 해당한다”고 판시하였다. 따라서 ART의 분쟁해결 결정에 대하여 일반법원에 불복 신청을 할 수 있는지 여부가 명확하지 않았다. 헌법위원회는 1987. 1. 23. 선고 86-224 DC 사건¹³⁴⁾에서 “경쟁위원회는 우편전자통신법 제34-8조에 의하여 사법적 계약으로 여겨지는 상호접속계약의 협상이나 이행으로부터 발생하는 경쟁법 관련 또는 상업적, 기술적 분쟁을 해결할 수 있다. 이와 동일하게 ART는 기존 설비의 공유 가능성과 조건에 관하여 또는 동법 제34-4조의 적용을 받는 통신서비스의 제공과 관련된 계약의 준수 조건에 관하여 통신사업자간에 발생하는 분쟁을 해결할 수 있다. 분쟁의 당사자가 ART에 사건을 제소하는 것은 선택사항이다. 당사자가 ART에 사건을 제소하지 않기로 결정한 경우, 그 분쟁은, 사안에 따라, 경쟁위원회에 제소되거나 또는 경쟁위원회의 결정에 이의를 제기하는 경우 파리항소법원이나 관할 법원에 불복신청을 해야 한다. 따라서 위에서 언급한 법은 제36-8조 제1항과 제2항에서 규정한 모든 항소사건을 항소법원의 관할로 통합하고자 하는 목적을 가진다.” 따라서 헌법위원회는 “이러한 준사법권 규정의 제한적인 범위 내에서의 발전은 적절한 사법권의 집행의 필요에 의해 정당화될 수 있다. 따라서 이 규정은 법원에 사건을 제소하는 당사자의 주장과는 달리 주요한 헌법적 가치를 무시하지 않는다”고 판시하였다.

이 결정에 따라, ART는 준사법적 분쟁해결권한이 부여된 최초의 독립행정기관이 되었다. ARCEP의 준사법적 권한은 법원의 감독 하에, 공정한 재판 규칙에서 보장하고 있는 공정한 재판을 받을 권리를 보장하는 방식으로 행사되어야 한다.

나. 제재처분절차

1) 법적 근거

ARCEP의 제재권한의 법적 근거는 우편전자통신법 제36-11조에서 찾을 수 있

134) Ruling number 86-224 DC, Rec. 8, RJC I-303, G.D 41.

다. 동조에 의하여, ARCEP은 직권 또는 전자통신담당장관, 사업자단체, 이용자들이 승인한 단체, 관계 자연인 또는 법인의 요청으로 망이용자 또는 전자통신역무공급자가 법령의 규정 또는 이의 집행을 위한 결정에 위반한 것을 확인한 경우, 이를 제재할 수 있는 권한을 가진다. 다만, ARCEP이 조사, 확인, 제재를 위한 어떠한 행위도 하지 않은 경우, 3년이 지난 사실에 대하여는 제재조치를 할 수 없다(제36-11조 제4항).

2) 제재대상

법 제36-11조에 의한 제재권의 대상이 되는 자는 망이용자 또는 전자통신역무공급자로 법령의 규정 또는 이의 집행을 위한 결정을 위반한 자이다(제1항). 구체적으로 다음에 해당하는 자에게 제재처분을 할 수 있다(제2항).

- ① 망이용자 또는 전자통신역무제공자로서,
 - (i) 우편전자통신법을 위반하거나
 - (ii) 우편전자통신법의 적용을 위한 규정과 결정을 위반하거나 또는
 - (iii) 통신의 자유에 관한 1986년 9월 30일 86-1067호 법률 제26조에 따른 ARCEP의 주과수할당결정을 위반한 자로서 ARCEP의 이행촉구고지를 따르지 않은 자
- ② 망이용자 또는 전자통신역무제공자로서 정한기한 내에 제36-8조(접속·상호 접속과 관련된 분쟁에 대한 ARCEP의 결정)에 따라 내려진 결정을 이행하지 않은 자

3) 제재수단

ARCEP은 위의 2)에서 열거한 제재대상에 해당하는 망이용자 또는 전자통신역무자에게, 위반의 정도를 고려하여 다음과 같은 제재를 발령할 수 있다(법 제

36-11조 제2항).

① 위반의 정도에 따라

(i) 전자통신망의 설립권 내지 전자통신역무 제공권

- a. 1월 내의 범위에서 위 권리의 전부 또는 일부 정지
- b. 3년 내의 범위에서 위 권리의 취소

(ii) 허가

- a. 1월 내의 범위에서 전부 또는 일부 정지
- b. 1년 내의 범위에서 허가기간 단축

(iii) 제42-1조에 따른 주파수 할당 결정의 취소

(iv) 제44조에 따른 전화번호 할당 결정의 취소

② 위반행위가 형벌을 구성하지 않는 경우에 위반의 정도, 그로 인해 얻은 이익에 상응하는 액수의 금전제재

금전제재(과징금)의 상한기준이 법률에 명시되어있다.

(i) 마지막 회계연도의 세금을 제외한 총매출액의 3%를 넘지 않는 범위 내

(ii) 다만 추가 위반행위가 있는 경우 5%까지 가능

(iii) 이러한 상한을 정하는 기준이 되는 기존영업활동이 없는 경우,

a. 과징금의 상한선은 150,000 유로

b. 동일한 의무에 대한 추가 위반행위가 있는 경우, 과징금의 상한선은 375,000 유로

금전제재는 세금 또는 공공재산과 별개인 국가채권으로 징수된다.

4) 제재절차

ARCEP의 제재처분절차는 다음과 같은 순서로 진행된다.¹³⁵⁾

135) 망이용자 또는 전자통신역무제공자로서 정한기한 내에 제36-8조(접속·상호접속과 관련된 분쟁에 대한 ARCEP의 결정)에 따라 내려진 결정을 이행하지 않은 자에 대한 제제조치는 이행촉구고지 절차가 생략되고 바로 제재처분을 한다.

위반행위의 인지 → 절차개시 → 이행촉구고지 → 불응 → 제재처분

가) 위반행위의 인지

ARCEP은 직권조사에 의해 또는 전자통신담당장관, 사업자단체, 이용자들이 승인한 단체, 관계 자연인 또는 법인의 요청에 의해 망사업자나 전자통신역무제공자의 위반행위를 인지할 수 있다.

나) 절차개시

제재처분에 대한 요청이 있는 경우, 사무총장은 제재처분절차를 개시할지 여부를 결정하여야 한다(내부규칙 제19조). 직권으로 절차를 개시하거나 또는 사무총장이 제재 요청에 응하는 것이 적절하다고 판단한 경우, 사무총장은 그 사건을 법무국장이나 법무부국장에게 전달하여야 한다. 사건을 전달받은 법무국장(부국장)은 조사관 또는 부조사관을 임명하고 피고사업자에게 제재요청의 목적에 관하여 통지하여야 한다. 법무국장(부국장)은 제재처분절차가 진행되는 동안 관련 당사자들에게 자료전달, 사전고지, 기타 통지를 담당하며, 절차의 공정한 집행을 감독·보장하는 역할을 한다. 조사관 또는 부조사관은 ARCEP의 지원을 받아 사건을 조사하며, 필요한 경우 피고사업자를 비롯하여 기타 유용한 정보를 제공할 수 있는 사람은 누구든지 청문할 수 있다. 피고사업자는 자신이 원하는 자의 도움을 받거나 대리인을 선임할 수 있다(내부규칙 제19조).

사무총장은, 사실관계와 법을 고려하여, 언제든지 제재처분절차를 중단할 수 있다. 다만, 망이용자 또는 역무제공자가 정해진 기간 내에 제36-8조에 따라 내려진 ARCEP의 결정을 기한 내에 이행하지 않은 경우에 사무총장은 법무국장(부국장)이 당사자들에게 조사관이 작성한 조서에 대하여 서면 의견서를 작성하도록 한 이후에만 절차를 중단할 수 있다. 또한 직권으로 절차를 개시한 경우를 제외하고, 망이용자 또는 역무제공자가 제36-11조에 따라 내려진 이행촉구고지를 준수하지

않은 경우에도, 사무총장은 법무국장(부국장)이 당사자들에게 조사관이 작성한 조사보고서에 대하여 서면 의견서를 작성할 기회를 부여한 이후에만 절차를 중단할 수 있다. 사무총장의 절차중단 결정은 관계인 및 요청인에게 통지되어야 한다(내부규칙 제20조).

다) 이행촉구고지

우편전자통신법은 제36-11조에 의한 제재권 행사의 선행조건으로 ARCEP이 앞에 열거한 제재대상 중 ①에 해당하는 망이용자 또는 전자통신역무제공자에게 위반행위의 시정 혹은 의무의 이행을 촉구하는 공식고지를 발부하도록 규정하고 있다(동조 제1항). 이행촉구를 위한 공식고지는 사무총장이 조사관이 작성한 조사보고서를 바탕으로 망이용자 또는 역무제공자가 법을 위반하였거나 또는 그의 사업과 관련된 규정 또는 허가조건과 관련된 규정을 위반하였음을 확인한 경우 해당사업자에게 고지한다(내부규칙 제21조). 이행기간은 1개월 이상이어야 하고, 다만 중대하고 반복적인 위반행위인 경우에 또는 사업자가 동의하는 경우에는 그 기간을 단축할 수 있다(동조 제1항, 내부규칙 제21조). ARCEP은 이행촉구의 내용을 공표할 수 있다(동조 제1항).

라) 불응

사무총장은 피고사업자가 이행을 촉구하는 공식고지를 정해진 기간 내에 이행하였다고 판단한 경우, 제재절차를 중단하며 이러한 결정에 대한 이유를 제시하여야 한다(내부규칙 제22조). 피고사업자가 공식고지를 이행하지 않은 경우, 제재처분을 한다.

마) 제재처분

제재처분 발령시에는 관계인에게 처분통지를 하고, 관계인이 서류를 열람하고

필요한 경우 ARCEP에서 실시한 조사결과나 감정결과를 토대로 서면 및 구두로 자신의 견해를 제시할 수 있도록 한다(제36-11조 제2항).

구체적으로, 조사관(부조사관)은 사실관계에 대한 진술과 청구사항을 적시한 보고서를 작성하여야 한다. 법무국장(부국장)은 피고사업자에게 등기우편으로 동 보고서를 송부하여야 하며, 피고사업자는 모든 증거를 열람할 수 있다. 동 보고서는, 법에 의해 보호되는 영업비밀을 제외하고, 제재절차의 요청인에게도 송부된다(내부규칙 제23조). 제36-8조에 의하여 ARCEP이 내린 분쟁해결결정을 위반한 경우에, 법무장관은 사실관계에 대한 진술과 청구사항을 관련 당사자에게 송달하여야 하며, 관련 당사자는 모든 자료를 열람할 수 있다. 사실관계에 대한 진술과 청구사항은 법에 의하여 보호되는 영업비밀을 제외하고 기타 관계 당사자에게도 송부된다. 당사자들은 10일 이내에 서면으로 의견서를 제출하여야 한다. 자료 열람 기간 및 서면의견 제출 기간의 종료시 조사관(부조사관)은 그 파일을 상임위원회에 제출하여야 한다(내부규칙 제23조).

법무국장(부국장)은 적어도 상임위원회의 청문기일 7일전에 피고사업자와 요청인에게 청문에 관해 통지하여야 한다. 공개로 이루어지는 상임위원회 청문에서는 조사관(부조사관)이 조사내용을 진술한다. 상임위원회는 누구든지 유용하다고 인정된 사람을 청문할 수 있다. 조사관(부조사관)이 진술을 마친 후, 또는 제36-8조에 의해 내려진 분쟁해결결정을 위반한 경우에 관련 당사자에 대한 의견 진술을 마친 후, 피고사업자에게, 본인이 선택한 변호사의 도움을 받거나 변호사가 대리하는 경우, 상임위원회 위원의 질문에 답변하고 구두 변론을 할 기회가 제공되어야 한다(내부규칙 제24조).

상임위원회는 청문 후, 조사관(부조사관), 법무국장(부법무국장), 피고사업자 및 대리인 등 청문 관계인들 없이 사건을 심의하여야 한다(내부규칙 제25조).

ARCEP의 결정은 등기우편으로 관계인에게 통지되어야 하며, 관보에 게재된다. 통지문에는 결정의 이유가 제시되어야 하고, 행정소송법전 제421-1조의 규정에 따라 국참사원에 항소할 수 있는 기간을 명시하여야 한다(법 제36-11조 제5항 및 내부규칙 제26조).

5) 보전조치

제36-11조 제1항136)에서 언급된 규칙에 대한 중대하고 급박한 침해가 있는 경우, ARCEP은 사전이행촉구 없이 보전조치를 명할 수 있다(제36-11조 제3항). ARCEP은 필요한 경우 관계인에 대해 변명과 해결책을 제시할 기회를 준 이후에 보전조치를 확정할 수 있다. 이와 관련하여 ARCEP의 내부규칙은 제재처분절차를 준용하도록 규정하고 있다(내부규칙 제19조).

6) 불복절차

제재결정에 대한 불복은 국참사원에 신청할 수 있으며, 제재결정에 대해서 국참사원에 완전심판소송 및 행정소송법 제521-1조에 의한 집행정지신청이 가능하다(제36-11조 제5항). 우편전자통신법 제36-11조의 범위 내에서 확인된 위반행위가 사업자 또는 시장 전체에 중대한 손해를 야기할 가능성이 있는 경우, ARCEP의 위원장은 국참사원 소송부장(président de la section du contentieux du Conseil d'Etat)에게 위반책임을 지는 자에게 규칙 및 결정을 준수하고 위반으로 인한 결과의 제거를 명하는 가처분을 선고해 줄 것을 요청할 수 있다. 법원은 모든 보전조치를 할 수 있고, 보전명령의 집행을 위해 이행강제금(astreinte)을 부과할 수 있으며, 이는 직권으로도 가능하다(제36-11조 제6항).

7) 통계자료

ARCEP이 2010년 6월 발표한 2009년 연간보고서에 의하면 2009년 한 해 동안 제재처분절차가 개시된 사건의 수는 총 32건이며, 이 중에서 이행촉구를 명하는 공식고지가 발부된 사건은 모두 9건이다. SFR와 Orange에 2001년 8월 21일 허가 데크레에서 규정된 조건에 따라 3G망 rollout 의무를 이행할 것을 촉구하는 공식

136) 우편전자통신법, 동법의 적용을 위한 규정과 결정 및 통신의 자유에 관한 1986년 9월 30일 86-1067호 법률 제26조 등.

고지가 발부되었으며, Bouygues Telecom, Darty Telecom, France Telecom, Free SAS, Neuf Cegetel, Numéricable 및 SFR에게 유선전화번호보유와 관련된 법적 규제적 규정에서 정하고 있는 의무를 이행할 것을 촉구하는 공식고지가 발부되었다.¹³⁷⁾

다. 분쟁해결절차

1) 법적 근거 및 분쟁해결대상

우리나라의 재정절차에 대응되는 ARCEP의 분쟁해결권한의 법적 근거는 우편 전자통신법 제36-8조에서 찾을 수 있다. 먼저, 동조 제1항에서

- (i) 접속 또는 상호접속이 거절된 경우,
- (ii) 상업적 협상이 실패한 경우, 또는
- (iii) 상호접속 또는 접속에 대한 계약의 체결 또는 이행에 관한 상업적 협상의 실패 또는 불합의가 있는 경우

일방 당사자가 ARCEP에 이러한 분쟁에 대하여 제소할 수 있다고 규정함으로써 이와 같은 분쟁에 대한 ARCEP에 준사법적 권한을 부여하고 있다. 또한 같은 항 후단에서는 “전자통신영역을 규율하는 규칙들에 대한 중대하고 급박한 침해가 있는 경우” ARCEP은 관계인의 주장을 들은 후, 특히 망기능의 계속성을 유지하기 위한 보전조치를 명할 수 있다고 규정하고 있다. 다만, 이러한 조치는 긴급상황에서 불가피한 경우로 엄격히 제한된다.

마지막으로 제36-8조 제2항은 “상업적 협상이 실패한 경우”, 우편전자통신법 내 전자통신에 대한 규제에 관한 장에서 규정된 사업자의 의무이행 및 공역무상 의무에 관한 장에서 규정된 의무이행에 관한 분쟁 외에 다음에 관한 분쟁을 처리할 수 있는 권한을 ARCEP에게 부여하고 있다.

137) ARCEP, Rapport public d'activité de l'ARCEP 2009, 2010. 6, p. 17.

- (i) 제47조(공도점용허가에 관한 조항)에 규정된 사업자 간의 이용권분할가능성 및 이용권분할조건, 제48조(망설비의 설치 및 이용을 위한 지역권에 관한 조항)에 규정된 공공재산에 위치한 현존시설, 사(私)소유지에 위치한 현존시설
- (ii) 제34조(인명부(annuaire) 및 안내역무(service de renseignement)에 관한 조항)에 규정된 가입자 목록의 제공에 관한 기술조건 및 요금조건
- (iii) 제34-8-1조에 규정된 가입자선로 공동활용협정의 체결 또는 이행
- (iv) 전자통신역무의 제공을 배제하거나 제한하는 규정을 담고 있는 계약이 제 34-4조 제1항에 언급된 망상에서 호환성을 유지하기 위한 조건들로서 동조 마지막 항에 규정된 이행조건
- (v) 전자통신사업자의 활동에 관한, 그리고 지방자치법 제142조가 대상으로 하는 전자통신망 및 인프라시설의 설립, 이용 또는 배분에 관한 기술조건 및 요금 조건

ARCEP은 동조 제1항에서 규정된 형식에 따라 이러한 분쟁에 대하여 결정하며, (i)에 언급된 시설의 사업자들 간에 이용권을 분할하도록 하는 결정을 내리기 전에 항상 모든 관계인들로부터 공적 자문을 들어야한다.

2) 특징

ARCEP의 분쟁해결절차의 특징은 앞에서 지적한 바와 같이 엄격한 대심주의 보장과 영업비밀보호라고 할 수 있다. 우편전자통신법 제36-8조의 규정에 의하여, ARCEP은 국참사원이 정한 테크레의 규정에 따라 당사자들이 의견을 진술할 기회를 부여한 후에 제소된 분쟁에 대한 결정을 내려야 한다. 결정은 충분한 근거를 바탕으로 내려져야하며, 법에 의해 보호되는 영업비밀을 제외하고 공개되어야 한다(제36-8조 제1항). 국참사원의 테크레(우리나라의 시행령에 해당함)¹³⁸⁾ 제11-1조는 다음과 같이 규정하고 있다.

138) Décret no 97-264 du 19 mars 1997 relatif à la procédure suivie devant l'Autorité de régulation des télécommunications et la cour d'appel de Paris en cas de différend mentionné à l'article L. 36-8 du code des postes et télécommunications.

“ARCEP이 법 제36-8조 제1항에 언급된 결정을 내려야 하는 기간은 당사자 일방이 분쟁해결 신청한 날로부터 3개월¹³⁹⁾로 정한다. 그러나 조사를 위해 또는 필요한 전문가의 의견을 획득하기 위해 ARCEP은 이 기간을 6개월로 연장할 수 있다. ARCEP의 결정은 수령을 확인할 수 있는 등기우편이나 기타 수령날짜 확인이 가능한 방식으로 당사자들에게 통지되어야 한다. ARCEP은 각 당사자에게 타방 당사자가 제출한 의견 및 자료에 대한 정보를 제공하여야 하며, 그들이 답변할 수 있는 기간을 정해야 한다. 당사자들에 대한 구술심리도 개최될 수 있다.”

이 규정에서 ARCEP이 최대 6개월 기간 내에 대심주의와 영업비밀을 보호하며 분쟁을 해결해야 함을 추론할 수 있다. 뿐만 아니라, 분쟁 당사자들의 공정한 재판을 받을 권리는 법원에 취소소송 또는 집행정지신청을 제기할 수 있다는 가능성에 의해 더욱 강화된다. 1990년 6월 18일 ARCEP이 내부규칙에 관해 의결한 결정 제99-528호는 통신사업자를 위한 투명성 확보와 유럽인권협약(European Convention for Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR)) 제6조 제1항이 요구하는 공정한 재판을 받을 권리의 법적 보장이라는 목적을 실현하기 위해 대심주의와 영업비밀보호 원칙의 실행 방식을 규정하였다. 이와 같은 내부규칙의 내용은 후술하는 다양한 판례들에 의해 보완 및 발전되었다.

가) 대심주의 원칙의 실행 방식

우선, ARCEP은 분쟁해결 결정을 정해진 기간 안에 내려야 한다. 이를 위해 ARCEP의 내부규칙 제10조는 다음과 같은 절차를 규정하고 있다. “테크레 제11-1조에서 규정한 3개월의 기간과 대심주의 원칙을 준수하기 위하여, 분쟁해결신청의 접수시, 법무국장은 관련 당사자를 소집하여 당사자들의 상호 합의에 의하여 잠정적인 절차진행 스케줄을 정해야 한다. 만약 당사자들 사이에 잠정적인 절차진행 스케줄에 대한 합의가 이뤄지지 않는 경우, 법무국장이 타당 당사자의 답변서

139) 이 기간은 4개월로 개정되었다. 분쟁해결기간과 관련하여 ARCEP 내부규칙 제10조 등 참조.

작성 및 자료제출 기간을 정한다.” 일반적으로, 법무국장은 다음과 같이 평균적인 기간을 정한다.

- 피고의 답변서 작성 기간: 1개월
- 피고의 답변서에 대한 원고의 응답 제출 기간: 2주
- 피고가 원고에 응답에 대한 제2차 답변서 작성을 원하는 경우 제출 기간: 2주

주지하다시피 이와 같은 절차진행 스케줄링은 법원에서도 이뤄진다. 판사는 사건을 처리하기에 앞서 사전 작업으로 당사자들 간의 답변서 등 자료 교환 기간과 조사절차 종료 기간 등을 정한다. 그러나 내부규칙 제9조와 제10조는 테크레 제11-1조에서 규정한 기간은 청구사항(claims)과 관련된 모든 자료가 제출된 시점부터 시작된다고 규정하고 있다. 파리항소법원은 1998년 4월 28일 선고한 결정에서 이를 확인하였다. “미완성된 청구사항의 유일한 결과는 ARCEP이 해당 분쟁을 해결하기 위하여 결정을 내려야 하는 기간이 시작되지 않는다는 것이다.”

항소법원은 ARCEP의 분쟁해결절차 집행, 특히 우편전자통신법 제36-8조 제1항 제2문단¹⁴⁰⁾에 규정된 대심주의원칙에 관한 절차의 집행을 감독한다. 국참사원의 테크레 제11-1조에 의하여, ARCEP은 각 당사자에게 타당 당사자가 제출한 의견서 및 자료에 관한 정보를 제공하여야 한다. 내부규정 제10조는 청구사항이 완성된 경우(관련된 모든 서류가 완비된 경우), 법무국장(부국장)은 조사관과 부조사관을 임명하여야 한다. 의견서와 관련 자료를 ARCEP에 제출하는 당사자는 수령이 확인되는 등기우편으로 제출하거나 ARCEP 사무소에 직접 제출하여야 한다. 의견서와 관련 자료가 접수된 경우, 법무국장(부국장)은 이 자료를 수령이 확인되는 등기우편이나 기타 수령날짜 확인이 가능한 방식으로 타당 당사자에게 송부하

140) 제36-8조 제1항 제2문단은 다음과 같이 규정하고 있다. “ARCEP은 국참사원의 테크레에서 정한 기간 내에 각자의 주장을 제시하게 하고, 필요한 경우 당사자의 비밀을 지키면서 본법에 규정된 조건들 하에서 기술적, 경제적 또는 법적 자문이나 감정을 거친 후 결정한다. 이 결정에는 이유제시가 있어야 하고, 기술 및 재정 분야에 관한 공정한 조건을 명시하여 상호접속 또는 접속이 보장되도록 한다. 분쟁에서 비롯된 사실이 방송통신역무의 제공을 상당히 제한할 가능성이 있는 경우, ARCEP은 전항에서 규정한 국참사원의 테크레에서 정한 기간 내에 방송감독위원회의 의견을 듣는다. ARCEP은 영업비밀이 담긴 문서의 송부를 거절할 수 있다. 이러한 문서는 기록에서 제외된다.”

여야 하며, 송부시 그 자료에 대한 답변서 제출 기간을 명시하여야 한다.

2004년 2월 5일 파기원(프랑스 최고 법원)이 다룬 COB/Oury 사건¹⁴¹⁾을 통해 ARCEP은 대심주의 원칙을 강화하기 위하여 내부규칙을 개정할 필요성을 느끼게 되었다. 이 판결에서 파기원은 유럽인권협약 제6조 제1항 위반을 이유로 금전제재 처분을 취소한 파리항소법원의 결정을 확인하였다. 유럽인권협약 제6조 제1항에 의해 모든 사람은 민사상의 권리 및 의무, 또는 형사상의 죄의 결정을 위하여 법률에 의하여 설립된 독립적이고, 공평한 법원에 의하여 합리적인 기한 내에 공정한 공개심리를 받을 권리를 가진다. 파기원은 첫째, 제재조치가 관련 당사자에게 통지되지 않은 보고서를 기초로 내려졌기 때문에 대심주의 원칙이 처음부터 보장되지 않았으며, 둘째, 기관적 혼란(organic confusion)을 지적하였다. COB(Commission des Opérations de Bourse, 증권거래위원회)의 상임위원회가 사건을 조사하기로 결정하고, 위반행위가 있음을 확인하였는데 위원 중 한 명이 사건의 조사보고서를 작성하고 조사보고서를 작성한 그 위원이 심의에도 참여하였다.

이 판결을 통해 ARCEP은 조사 수행 및 청문에 관한 내부 규칙을 정하였다. 기관적 혼란을 피하기 위하여 ARCEP의 위원장은 절차진행 중에 당사자들에게 통지되는 고지서에 서명하지 않는다.

1994년 3월 23일 개최된 회의¹⁴²⁾에서, Guy Canviet은 왜 행정규제기관이 공정한 재판 원칙에 주의를 기울여야 하는지에 대해 의문을 제기하였다. 비록 의문을

141) Cass. Plenary, 5th February 1999, COB against Oury: Gaz Pal, 24-25 February 1999, concl. M. -A. Lafortune; JCP G 1999, II, 10060, note H. Matsopoulou. By the Competition Council, Cass. com., 5th October 1999, Campenon Bernard SGE : JCP G 2000, II, 10255, note E. Cadou ; Cahier Droit des affaires (Business Law Records)1999, number 40, legal procedures, p. 44. V. J. -F. Brisson, "Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation" (The sanctioning powers of the regulatory authority) and article 6-1ECHR: AJDA 1999, p. 847.

142) 이 회의는 "통신법: 평가와 전망"이라는 주제로 1999년 3월 23일에 ARCEP(당시 ART)이 개최한 회의이다.

제기하였지만 그가 보기에 이 질문에 대한 답은 단순하였다. “협약의 메커니즘은 법원이 분쟁, 민사상의 권리와 의무 또는 형사상의 죄에 대한 결정을 내릴 때 공정한 재판을 받을 권리가 있음을 선언하는 것이다. 국가가 법원과 같은 권한이 부여된 행정규제기관을 법원으로 분류하지 않을 만한 충분한 사유가 있다면, 협약에서 보장하는 공정한 재판을 받을 권리의 적용 또는 폐지를 결정할 수 있음은 자명한데, 이는 자신의 논리에 반하는 것이고 모든 내용을 박탈하는 것이다. 따라서 유럽인권재판소는 협약에 따라 민사 사건인지 형사 사건인지 구분하는 것은 별개라고 보았다. 이와 같은 판단은 독립행정규제기관이 민사상 권리와 의무에 대한 결정을 내릴 권한이 부여되었다면, 이 사실에 의해 동 기관은 반드시 공정한 재판을 받을 권리를 보장해야 한다는 것을 의미한다.”

이러한 분석은 유럽인권법원에서 내린 결정에 의해 뒷받침되는 법리에 의해 다소 완화되었다. 이 법리에 의하면 국가는 협약 제6조와 관련된 권한을 법원이 아닌 다른 기관에게 공정한 재판을 받을 권리의 보장을 요구하지 아니하고, 부여할 수 있다. 다만, 이 기관이 내린 결정에 대하여 제6조에서 보장하는 공정한 재판을 받을 권리를 보장하는 법원에 불복신청이 가능해야 한다.

그러나 2000년 6월 27일 파리항소법원 제1부에서 Télécom Développement사와 France Télécom사 간에 발생한 분쟁을 해결하기 위하여 당시 ART가 내린 결정의 근거를 보면 공정한 재판을 받을 권리 보장은 ARCEP의 입장에선 의문의 여지가 없으며 또한 이의를 제기할 수도 없는 것으로 보인다. 파리항소법원은 이 사건에서 ART가 유럽인권협약 제6조 제1항의 의미의 공정성(impartiality) 의무를 가진다고 보았다. 이러한 기본적인 이유를 근거로, 법원은 “공정성은 제반사정에서 판사에 의해 중요한 고려사항을 판단하기 위한 주관적인 절차와 이 단계에서 적법한 의심을 배제하기 위하여 공정한 재판 받을 권리를 충분히 보장하기 위한 객관적인 절차를 고려하여 판단되어야 한다.”고 판시하였다. 이 사건에서 France Télécom사는 ART 위원장의 서한에 대하여 이의를 제기하였다. 그 서한에는 분쟁 해결절차가 개시되기 전 ART가 알고자 한 상호접속 카탈로그 프로젝트에 포함된

모든 사항에 대한 구체적인 내용이 담겨있었다. 이에 대하여 항소법원은 “서한의 내용을 살펴보면 ART가 어느 한쪽의 편을 들거나 편견을 보이거나 또는 공정성에 대한 적법한 의심을 불러일으킬만한 증거가 없다”고 지적하였다.

이 사건은 또한 조사관의 주도로 이루어지는 행정조사방법에도 적용된다. 내부규칙 제12조에 의하여, 조사관(부조사관)은 유용하다고 인정된 모든 조사 방법을 대심주의 원칙에 따라 사용할 수 있다. 특히, 당사자들에게 분쟁을 해결하기 위하여 필요한 모든 진술을, 구두 또는 서면으로, 할 수 있는 기회가 제공되어야 한다. 법무국장(부국장)은 조사관의 조사 수행에 대한 감독과 분쟁 당사자들에게 통지서를 송달하는 책임을 진다. 조사관은 대부분 기술적인 질문서를 작성하며 법무국장은 이를 당사자들에게 송달한다. 행정제재에 관한 국참사원의 판례¹⁴³⁾에 의하면, 질문서의 내용은, 내려지는 결정의 불일치의 위험과 공정성 요구를 고려할 때 진술된 사실관계가 이미 정해진 것이라고 생각할 여지를 갖게 해서는 아니 된다. 이러한 이유로, 유럽인권협약 제6조 제1항에서 명시된 규정의 이행은 조사관이, 대심주의를 고려하여, ARCEP이 어떠한 결정을 선택하는 것이 가장 적절하고 공정한 것인지를 명확히 하기 위하여 필요한 자료를 획득하기 위한 모든 수단을 사용함에 있어서 방해가 되지 않는다.

아울러, 내부규칙 제12조에 의하여 조사관(부조사관)은 관련 당사자의 동의에 의해 ARCEP의 직원에게 현장을 방문하여 조사하도록 명령할 수 있다. 당사자들에게 그러한 현장조사에 참석할 기회가 부여된다. 조사권한과 관련하여 ARCEP의 상임위원회의 심의에는 조사관이 참여할 수 없으며, 이는 파리항소법원과 국참사원의 판례에 부합한다.¹⁴⁴⁾

143) EC, Section, 20th October 2000, the Company Habib Bank Limited.

144) EC, Section, 3rd December 1999, Didier, F. Sudre, La participation du rapporteur au délibéré de la formation disciplinaire du Conseil des marchés financiers n'est pas contraire à la CEDH (Involvement of the investigator in deliberation of the disciplinary formation by the Council of the financial markets is not against the ECHR) JCP, "la Semaine Juridique" EG, number 10 267, 8th March 2000, p. 422 et seq.

심리와 관련하여, 국참사원 테크레 제11-1조는 ARCEP이 당사자들의 심리를 감독하는 것으로 제한하고 있다. 그러나 ARCEP의 내부규칙¹⁴⁵⁾은 심리를 선택사항으로 정하고 있다. 절차의 공정성을 피력한 파기원의 COB c. Oury 사건 이후 내부규칙의 개정을 통해 제14조에서 심리를 공개하도록 규정하고 있다. 다만 양 당사자가 공동으로 비공개심리를 신청하는 경우에는 비공개로 진행될 수 있다. 비공개심리 신청이 공동으로 이루어지지 않은 경우, ARCEP의 상임위원회의 재량으로 정한다. 이 규정은 심리는 공개적이어야 한다는 유럽인권법원의 판례¹⁴⁶⁾에 부합하는 것이다. 이와 같은 방식에 의하면, 제6조 제1항의 문언이나 의도가 관련 당사자들이 의문의 여지가 없는 방식으로 자발적으로 공개성을 포기하려는 것을 막지 아니한다. 국참사원의 판례¹⁴⁷⁾와 파기원의 판례는 이 문제에 대하여 유럽법원과 같은 입장이다.

파기원은 또한 엄격하게 ARCEP에 의해 채택된 결정이 우편전자통신법 제36-8조의 적용에 의해 충분한 사실적 법적 이유를 근거로 내려진 것인지를 감독한다. 이 규정은 또한 법에 의해 보호되는 영업 비밀에 관해서도 실행되어야 한다.

나) 영업비밀보호의 실행방식

우편전자통신법에는 ARCEP이 분쟁해결절차 중에 영업비밀보호를 어떻게 감독해야 하는지에 관한 요건을 명시한 법 조항이나 규제 조항이 없다. 우편전자통신법 제36-8조와 ARCEP의 내부규칙 제16조, 제23조 등에서 ARCEP의 결정이 법에 의해 보호되는 영업비밀을 제외하고 공개되어야 한다는 내용의 영업비밀 보호 원칙만을 명시하고 있을 뿐이다. 당사자들에게 송달되는 결정통지문에서, 법무국장(부국장)은 당사자들에게 결정의 특정 부분이 영업비밀에 해당하는 지 여부를 수

145) Decision number 97-57 dated 26th March 1997; article 12: "If it is considered that the matter requires so, the president may summon the parties to a hearing"

146) ECHR, 28th June 1978, König against Germany; ECHR, 10th February 1983; Le Compte against Belgium; ECHR 26th September 1995, Diennet against France regarding disciplinary sanctions.

147) EC, Ass. 14th February 1996, M. Maubleu, concl. M. Sanson, RFDA Nov-Dec. 1996, page 1186 et seq.

일 내에 확인해 줄 것을 요청하여야 한다. ARCEP의 결정문은 관보와 ARCEP의 인터넷 사이트에 법에 의해 보호되는 영업비밀에 해당하는 부분을 제외하고 게재된다.

3) 절차

ARCEP의 분쟁해결절차는 다음과 같은 순서로 진행된다.¹⁴⁸⁾

제소 → 절차개시 → 상임위원회 심리 및 심의 → 결정 및 통지

가) 제소

우편전자통신법 제36-1조는 접속 또는 상호접속에 대한 계약에 관한 분쟁 등 동조에서 정하고 있는 분쟁(앞의 1) 법적 근거와 대상 참조)에 대하여 일방당사자가 ARCEP에 제소할 수 있다고 규정하고 있다. ARCEP 내부규칙 제9조에 의하면 ARCEP에 분쟁해결을 신청하는 자는 ARCEP에 신청서와 구비서류를 제출하여야 한다. 제출해야 하는 사본의 수는 관련 당사자 수 + 11이며, 신청서와 구비서류는 수령이 통지되는 등기 우편이나 ARCEP 본청에 직접 제출할 수 있다. 신청서에는 다음과 같은 사항을 기재하여야 한다.

- (i) 다툼이 있는 사실관계, 관련 증거와 주장 및 원하는 결론
- (ii) 신청인에 관한 사항
 - 신청인이 자연인인 경우: 이름, 주소, 국적, 생년월일 및 출생지
 - 신청인이 법인인 경우: 명칭, 형태, 본사, 법적 대리인 또는 신청서 및 신청서 첨부자료에 서명한 자의 자격
- (iii) 피고에 관한 사항

148) 망이용자 또는 전자통신역무제공자로서 정한기한 내에 제36-8조(접속·상호접속과 관련된 분쟁에 대한 ARCEP의 결정)에 따라 내려진 결정을 이행하지 않은 자에 대한 제재조치는 이행촉구고지 절차가 생략되고 바로 제재처분을 한다.

- 피고가 자연인인 경우: 이름 및 주소
- 피고가 법인인 경우: 명칭 및 등록 사무소

신청서가 위의 조건을 다 갖추지 못한 경우, 법무국장(부국장)은 신청인에게 이를 수령확인이 가능한 등기우편이나 기타 수령날짜 확인이 가능한 방식으로 고지해야 한다. 필요한 구비서류를 모두 수령할 때까지 분쟁해결 기간은 시작되지 않는다. 신청이 완성되면, 사건을 등록하고 등록일을 표시한 도장을 찍는다. 등록된 서류는 ARCEP의 조사팀에 보내지며, 조사팀에서도 수령일을 표시한 도장을 찍는다. ARCEP은 4개월 이내에 분쟁을 해결하여야 하고, 예외적인 경우 이 기간은 6개월로 연장될 수 있다(내부규칙 제10조).

나) 절차 개시

우편전자통신법에서 그리고 있는 분쟁해결의 기본 틀은 정한 기간 내에 당사자들에게 각자의 주장을 제시하게 하고, 필요한 경우 당사자의 비밀을 지키면서 본법에 규정된 조건들 하에서 기술적, 경제적 또는 법적 자문이나 감정을 거친 후 결정하는 것이다(법 제36-8조 제1항 제2문단). 이에 따라 ARCEP의 내부규칙은 엄격한 대심주의에 입각하여 공정한 재판을 받은 권리를 보장할 수 있는 절차적 수단과 영업비밀을 보호하기 위한 절차적 수단을 마련해 놓고 있다.

분쟁해결을 위한 신청이 완성되면, 먼저 법무국장(부국장)이 조사관과 부조사관을 임명하고, 신청서에 적힌 당사자들에게 신청서 사본과 신청서와 함께 제출된 구비서류의 사본을 수령확인이 가능한 등기우편이나 기타 수령날짜 확인이 가능한 방식으로 송달하고, 정해진 기간 내에 분쟁을 해결하기 위하여 관련 당사자들을 소집하여 당사자들간의 상호 합의하에 절차진행 스케줄을 정한다. 당사자들이 합의에 이르지 못한 경우 법무국장이 당사자 일방이 제출한 의견서에 대한 타당 당사자의 답변서 제출 기간을 정한다(내부규칙 제11조). 당사자들은 의견서와 관련 서류(당사자 수 +11부)를 수령 통지가 가능한 등기우편이나 ARCEP 사무소에

직접 제출하여야 한다. 팩스로 송부된 의견서는 이후 동 의견서 제출 기한 내에 서류로 작성하여 당사자 수 + 11부를 제출하여 진본임을 입증해야 한다(내부규칙 제11조).

의견서와 관련 자료의 수령시, 법무국장(부국장)은 이 서류를 수령확인이 가능한 등기우편이나 기타 수령날짜 확인이 가능한 방식으로 타당 당사자에게 송부해야 한다. 송부시 그 자료에 대한 답변서 제출 기간을 명시하여야 한다. 모든 통지서는 신청서에 기재된 당사자의 거주지 또는 사업장으로 보내진다. 신청서에 기재된 주소와 다른 주소로 통지를 받고자 하는 당사자는 수령 통지가 가능한 등기우편으로 이를 ARCEP에 알려야 한다(내부 규칙 제11조). 당사자들이 신청서나 의견서에 자료를 별첨한 경우에는, 목록을 작성하여 그 자료를 당사자 수 + 11부 작성하여 ARCEP에 제출하여야 한다. 자료의 수, 크기 또는 특성상 사본 제작이 어려운 경우에 법무국장(부국장)은 한 부의 사본만을 제작하는 것을 허락할 수 있으며, 다른 당사자들은 ARCEP 본청에 와서 이를 열람하고 사본을 자신의 비용으로 제작할 수 있다(내부규칙 제12조).

조사관(부조사관)은 대심주의 원칙에 입각하여 유용하다고 인정된 모든 조사 수단을 이용하여 조사를 수행할 수 있다(내부규칙 제13조). 당사자에게 구술 또는 서면으로 분쟁해결에 필요한 진술을 요구할 수 있으며, ARCEP의 직원을 현장조사원으로 임명하여 관련 당사자의 합의하에 현장조사를 할 수 있다. 현장조사에는 모든 관련 당사자들이 동행할 수 있다. 조사관, 부조사관 또는 현장조사원은 조사 결과를 기초로 조사보고서를 작성한다. 이 조사보고서는 의견을 위해 당사자들에게 송부되어야 하며, 보고서를 송부 받은 당사자들은 이 조사보고서에 서명해야 한다. 조사관(부조사관)은 ARCEP 인정한 기술적, 경제적, 법적 자문을 받을 수 있으며 조사사건의 비밀을 보장해야 한다. 법무국장(부국장)은 이와 같은 조사 수단의 이행을 감독하며, 이에 관하여 당사자들에게 통지할 의무를 가진다(내부규칙 제13조).

조사는 늦어도 상임위원회의 심리기일 5일전에 종결되어야 한다. 보전조치 사건의 경우에는 상임위원회의 심리기일 2일 전에는 종결되어야 한다. 그러나 상임위원회의 심리가 종결된 이후에, 새로운 법적 사실적 정황에 비추어 조사관(부조사관)이 필요하다고 판단한 경우에, 법무국장(부국장)은 조사를 재개시킬 수 있다(내부규칙 제13조).

다) 상임위원회의 심리 및 심의

조사관의 조사가 종결된 후 조사관(부조사관)은 조사기록을 상임위원회에 제출하여야 한다. 법무국장(부국장)은 상임위원회의 심리를 위해 당사자들을 소집하며 이에 심리에 관한 통지서는 늦어도 심리기일 7일전에 당사자들에게 수령확인이 가능한 등기우편이나 기타 수령날짜 확인이 가능한 방식으로 송부되어야 한다. 보전조치의 경우 적어도 심리기일 2일 전에 심리 통지서가 동일한 방식으로 송부되어야 한다(내부규칙 제16조).

심리는 모든 당사자들이 공동으로 비공개심리를 신청하지 않은 한 공개적으로 진행된다. 공동신청이 없는 경우에는 상임위원회가 심리방식을 결정한다. 심리에서는 조사관(부조사관)이, 검찰과 유사하게, 구술로 사건을 소개하고 원하는 결론을 제시한다. 당사자들은 변호사의 조력을 받을 수 있으며 상임위원회 위원들의 질문에 답변하고, 자신의 주장을 구술로 할 수 있다(내부규칙 제16조).

심리의 종결 후, 상임위원회는 조사관, 부조사관, 법무국장, 법무부국장 및 당사자들 없이 사건을 심의한다(내부규칙 제17조).

라) 결정 및 통지

상임위원회가 의결한 결정은 당사자들에게 수령확인이 가능한 등기우편이나 직접 통지되어야 한다. 결정통지문에는 법 제36-8조, 테크레 제11-2조에 따라 파리

항소법원에 불복신청을 제기할 수 있는 기간을 명시하여야 한다(내부규칙 제17조). 결정에는 이유제시가 있어야 하고, 기술 및 재정 분야에 관한 공정한 조건을 명시하여 상호접속 또는 접속이 보장되도록 한다. 분쟁에서 비롯된 사실이 방송통신역무의 제공을 상당히 제한할 가능성이 있는 경우, ARCEP은 전항에서 규정한 국참사원의 데크레에서 정한 기간 내에 방송감독위원회의 의견을 듣는다(법 제36-8조 제1항). 결정은 ARCEP의 웹사이트에 게재되며 게재된 결정문에는 법에서 보호하는 영업비밀에 관한 사항은 삭제된다(내부규칙 제17조). ARCEP은 영업비밀이 담긴 문서의 송부를 거절할 수 있다. 이러한 문서는 기록에서 제외된다(법 제36-8조 제1항).

4) 보전조치

우편전자통신법 제36-8조와 동법 데크레 제11-1조에 따라 동조에 의하여 분쟁 해결을 신청하는 경우 부수적인 보전조치를 요청할 수 있다. 보전조치는 전자통신 영역을 규율하는 규칙들에 대한 중대하고 급박한 침해가 있는 경우, 특히 망기능의 계속성을 유지하기 위해 발령될 수 있다. 다만, 이러한 조치는 긴급상황에서 불가피한 경우로 엄격히 제한된다. 보전조치는 분쟁해결절차 기간 중 아무 때나 내려질 수 있는데 중대하고 급박한 침해가 입증되어야 하고, 위의 절차를 준용하여 관계인의 주장을 들은 후에 내려질 수 있다(법 제36-8조 제1항, 내부규칙 제14조).

5) 불복절차

ARCEP이 내린 결정에 대해서는 결정통지를 받은 날로부터 1개월 이내에 파리 항소법원에 취소소송 또는 변경소송을 제기할 수 있다. 위 소송은 집행부정지를 원칙으로 한다. 그러나 법원은 ARCEP의 결정이 명백히 과도한 결과를 야기할 우려가 있거나 통지 후 중대한 예외상황이 새로이 발생한 경우 집행부정지를 발령할 수 있다. ARCEP이 취한 보전조치에 대해서는 통지 후 최대 10일내에 취소소송 또는 변경소송을 제기할 수 있으며, 이 소송은 1개월 내에 결정해야 한다(법 제

36-8조 제3항). 항소법원의 판결에 대하여는 판결을 통지 받은 후 1개월 이내에 상고 할 수 있다(법 제36-8조 제4항).

6) 통계자료

ARCEP이 2010년 6월 발표한 2009년 연간보고서에 의하면 2009년 한 해 동안 분쟁해결절차가 신청된 사건의 수는 총 2건이며, 이 중에서 1사건만이 결정되었다.

신청일	신청인	피고	분쟁의 대상	결정일/결정결과
2009. 3. 31.	118218 Le Numéro	SFR	SFR망 접근 관련 조건	의결번호 제2009-0528호 2009.6.16./기각

라. 행정조사

1) 법적 근거

우편전자통신법 제36-13조는 ARCEP이 제32-4조에 정해진 조건 및 제한 범위 내에서 임무수행에 필요한 정보를 수집하고 조사를 진행할 수 있는 권한을 부여하고 있다.

2) 행정조사의 주체, 조건, 내용 및 한계¹⁴⁹⁾

전자통신담당장관 및 ARCEP은 그들의 임무수행상 필요에 적합한 방법으로 이 유부결정에 기하여 다음을 할 수 있다.

- (i) 전자통신망을 이용하거나 전자통신역무를 공급하는 자연인 또는 법인이 제 32-1조, 제32-2조에 규정된 원칙들 및 본법 또는 본법의 적용을 위한 규정에 의해 부과된 의무를 준수하고 있는지를 밝히기 위해 이들로부터 정보

¹⁴⁹⁾ 우편전자통신법 제32-4조.

또는 서류를 수집할 수 있다.

(ii) 제1항에 규정된 자에 대해 조사를 할 수 있다.

조사는 전자통신담당부 및 ARCEP의 공무원 및 직원들로서, 이를 위해 전자통신담당장관으로부터 수권을 받고 국참사원의 데크레로 정한 조건에 따라 선서한 자가 담당한다. 조사시에는 조사보고서를 작성하여야 하고, 조사보고서의 부분은 관계인에게 5일 내에 송부되어야 한다.

조사관으로 임명된 공무원 및 직원들은 전자통신망을 이용하거나 전자통신역을 제공하는 자가 이용하는 것으로서 영업상 이용되는 모든 장소, 토지, 운송수단에 접근할 수 있고, 모든 영업상 필요한 서류 또는 문서를 요청하여 받을 수 있으며, 그 사본을 받을 수 있고, 소환을 통해서 또는 현장에서 필요한 자료나 증거를 수집할 수 있다. 이러한 장소에의 접근은 8시부터 20시 사이에, 또는 공중에 개방된 장소인 경우에는 개방시간 내에서 가능하다. 이들은 대배심재판장 또는 수탁판사의 허가 없이는 관계인의 주거지의 일부로 이용되는 장소에 들어갈 수 없다.

전자통신담당장관 및 ARCEP은 이와 같이 수집된 정보가 행정, 공중 및 다양한 행정, 사회, 재정 분야 규정 간의 관계에 대하여 법률로 보호되는 비밀에 속하는 경우 이 정보가 누설되지 않도록 감독하여야 한다.

마. 기타 법집행 - 경쟁위원회에 제소 등

ARCEP은 전자통신영역에서 지득한 우월적 지위의 남용, 자유로운 경쟁을 저해하는 행위에 대하여 경쟁위원회에 제소할 수 있다. 경쟁위원회에 긴급절차로 제소한 경우, 경쟁위원회는 접수한 날로부터 30일 내에 결정하며, 이 기간에 공휴일은 산입하지 않는다. ARCEP 위원장은 그 권한과 관련한 여타 모든 문제에 관하여 경쟁위원회의 의견을 구할 수 있다. 경쟁위원회는 ARCEP의 권한과 관련한 모든 사건에 대해 ARCEP에 통보하며, 전자통신영역과 관련하여 경쟁위원회에 제소

된 사건에 대해서 ARCEP의 의견을 구한다(법 제36-10조 1문). ARCEP 위원장은 형사적 성격을 가질 수 있는 행위에 대하여 검찰에 통보한다(동조 2문).

제3절 프랑스 CSA(방송규제기구)의 조직과 법집행절차

1. 방송규제기구 - 시청각고등위원회(CSA)

가. 시청각고등위원회(CSA)

프랑스의 방송규제기구인 시청각최고위원회(Conseil supérieur de l'audiovisuel 이하 'CSA')는 1986년 9월 30일 제정된 '커뮤니케이션 자유에 관한 법률(la loi relative à la liberté, 이하 '방송법')'에 의거 시청각 커뮤니케이션을 감독하기 위해 1989년 1월 17일 법에 의해 설립된 독립규제기구이다. CSA는 방송규제기구로서는 프랑스의 세 번째 규제기관이다. 이에 앞서 1982년 7월 29일의 법에 의해 설립된 방송통신고등청(Haute Autorité de la communication audiovisuelle)과 1986년 9월 30일의 법에 의해 설립된 통신과 자유에 관한 국가위원회(Commission nationale de la communication et des libertés)가 있었다.

CSA의 주요 임무는 방송의 자유를 보장하고, 방송산업의 자유로운 경쟁의 형성을 도모하며, 방송의 평등 원칙과 공공방송 부문의 독립성과 공정성을 보장하고, 국내 방송물 제작과 생산 부문의 발전을 위하여 프로그램의 질과 다양성 및 불어와 프랑스 문화의 보호 및 고양을 감독하는 것이다.

CSA 역시 통신규제기구인 ARCEP과 유사하게 규제권한, 규칙제정권한 및 준사법권을 가진다. 방송산업에 민영방송체계가 도입·발전되면서 법률이 새로 제·개정 되었고, 그 때마다 CSA의 권한은 확대되었다. 특히 법령, 규정 등을 위반하는 방송사업자에 대한 제재권한이 지속적으로 확대되어왔으며, 2004년에는 1986년

9월 30일의 법률의 개정으로 CSA에 방송사업자들 간의 분쟁해결권한이 부여되었다.

나. 조직 구성

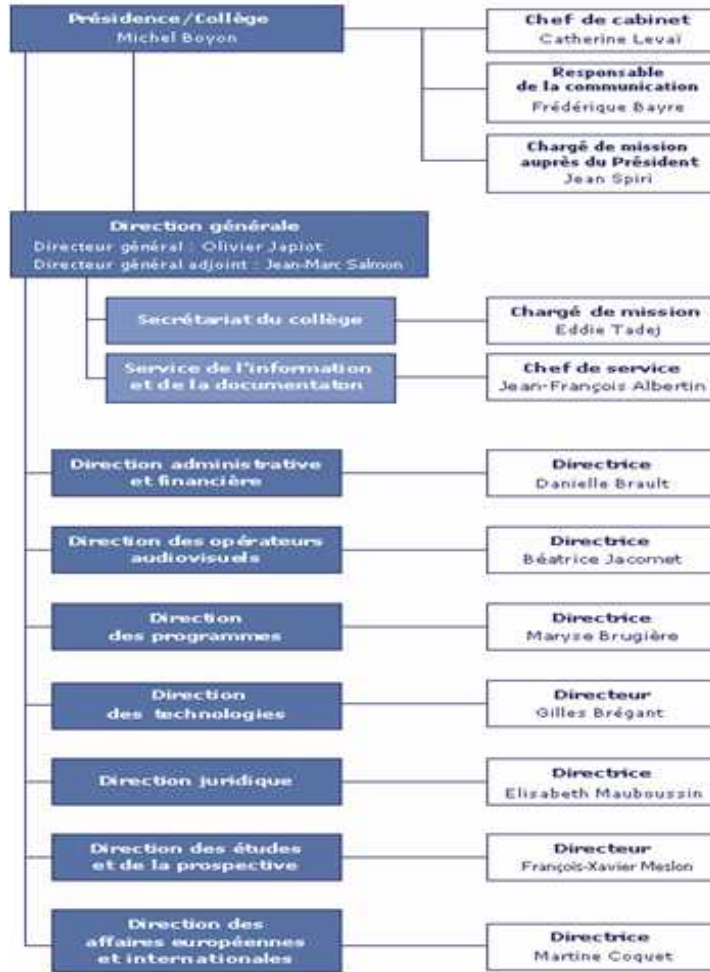
CSA도 합의제 형식의 위원회이다. 조직은 기본적으로 상임위원회(Collège), 사무총장(Directeur général) 및 8개의 역무국(Directorates)으로 구성된다([표8] CSA 조직도 참조). 상임위원회에는 위원장비서실, 대외홍보담당실 및 위원장 보좌관실이 있다.

사무총장은 CSA의 실질적인 활동을 총괄하는데, 위원회 사무국과 정보자료실로 구성되어 있다. CSA의 규제업무는 총 7개의 분야로 나누어지며 사무총장의 관리하에 각 역무국에서 담당하고 있다. 역무 분야를 살펴보면 행정·재무, 법무, 방송사업자, 프로그램, 기술, 연구 및 미래, 유럽 및 국제업무 등이다. 이 중 법무국은 ARCEP에서 살펴본바와 같이 법집행절차에 있어서 중요한 역할을 한다. 현재 약 300명의 직원이 파리에 위치한 CSA에서 업무에 종사하고 있다.

다. 상임위원회

CSA의 상임위원회는 프랑스 대통령의 테크레로 임명된 9명의 위원으로 구성되며 대통령, 하원의장 및 상원의장이 각각 3명의 위원을 지명한다. 위원장은 위원 중에서 대통령이 임명한다. 연령이 65세 이상인 자는 위원으로 임명될 수 없으나 직무수행은 가능하다. 임기는 6년이며, 매 2년 마다 3분의 1을 교체한다. 위원은 해임될 수 없으며 중임될 수 있다. 다만 임명된 위원의 임기가 2년 이하인 경우에는 예외적으로 재임이 가능하다(방송법 제4조).

[표 8] CSA 조직도



위원회의 위원장 및 위원은 각각 별정직으로 국가상위직에 해당하는 보수를 받는다. 그리고 임기가 만료된 위원은 최대 1년동안 보수를 받게 된다. 다만 위원 당사자가 보수를 받는 활동을 재개하거나 연금을 수급하거나 공무원 또는 법관으로 복직하는 경우에는 지급을 중단한다. 위원들은 재임기간 및 직무 정지일로부터 1년간 위원 직무 수행시 제기되었거나, 지득하였거나 또는 그의 직무수행시 제출된 사항에 대하여 공식적인 입장을 취하여서는 아니 된다(법 제5조).

CSA의 상임위원회도 위원장에 의해 통상 한 주에 한 번씩 소집되며, ARCEP

의 상임위원회 운영방식과 유사한 방식으로 운영된다.¹⁵⁰⁾

상임위원회의 위원들은 CSA의 주요 업무를 18개의 실무그룹(groupe de travail)과 1개의 위원회(commission), 5개의 임무(mission)로 구분하여 각자 소관 담당부서에서 위원장 또는 부위원장으로 업무를 관장하고 있다([표9] 상임위원회의 업무분장 참조). CSA는 이와 같이 업무를 분장하여 관장하는 목적이 총회 시 위원들이 담당 분야의 사안에 대해 설명하고, 해결책을 제시하며, 조사관의 역할을 하기 위한 것이라고 밝히고 있다.¹⁵¹⁾

[표 9] 상임위원회의 업무분장

실무그룹 (Groupe de travail)	위원회 (Commission)	임무 (Mission)
<ul style="list-style-type: none"> ▪ 장애인의 방송접근 ▪ 외국방송 및 국제협력 ▪ 경쟁 및 경제와 유럽 사안 ▪ 방송 콘텐츠 윤리 ▪ 다양성 ▪ 디지털TV 방송자원의 관리 및 이용 ▪ 신규방송서비스 ▪ 해외업무 ▪ 다원주의와 선거캠페인 ▪ 방송제작 ▪ 아동보호 ▪ 광고 및 소비자보호 ▪ 아날로그 라디오 방송 ▪ 디지털 라디오 방송 ▪ 지역방송 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 방송에 대한 미래지향적 사고 위원회 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 영화 ▪ 불어 및 불어사용자 ▪ 음악 ▪ 스포츠 ▪ 건강 및 지속가능한 발전

150) Règlement intérieur du CSA, Delibération du 12 février 2008 - JO du 22 mars 2008, 제1조~제13조 참조.

151) CSA 홈페이지 참조. http://www.csa.fr/conseil/composition/college_domaines.php.

실무그룹 (Groupe de travail)	위원회 (Commission)	임무 (Mission)
<ul style="list-style-type: none"> ▪ 전국무료민영방송 ▪ 전국유료방송 ▪ 전국공영방송 		

라. 의사결정구조

CSA는 6명 이상의 위원이 출석한 경우에 한해서만 심의를 할 수 있으며, 출석 위원 과반수의 찬성으로 의결한다. 만일 가부동수인 경우에는 위원장이 결정권을 가진다(방송법 제4조).

마. 법무국의 역할

CSA의 법무국은 매체에 상관없이 방송사업자에 관한 모든 법적 사안을 다룬다. 상임위원회의 결정 및 의견과 관련된 법해석에 필요한 연구를 하며, 위원회의 결정문곤, 권고, 임명, 의견, 사법당국의 제소, 이행고지 및 제재처분 등을 작성한다. 또한 법률안 및 정부의 행정입법안에 대한 의견서를 작성하며 진행중인 소송 사건을 관리(follow-up)한다. 아울러 EU법의 발전을 고려하여 또는 관련 주제에 대한 부서간의 회의에서 CSA의 역할에 대한 시사점을 연구하여 제공하는 역할을 한다. 물론 법령 개선안을 제안하는 역할도 법무국의 주요 업무 중에 하나이다. 한편, ARCEP의 경우와는 달리 CSA에서 법집행절차의 감독과 운영은 사무총장이 담당한다.

2. CSA의 법집행절차

가. 제재처분절차

1) 법적 근거, 제재의 대상 및 제재수단

CSA의 제재권한은 방송법 제42-1조, 제42-3조, 제42-4조 및 제48-1조와 제48-3조에서 찾을 수 있다([표10] CSA의 제재권한의 법적 근거와 내용 참조).

[표 10] CSA의 제재권한의 법적 근거와 내용

관련 조항	위반주체	위반내용	제재수단	절차
제 42-1조	편성사업자 방송제공사업자 위성방송사업자	법령상의 의무 및 법률에서 정한 원칙 이행촉구고지에 불응	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 1월 이상 프로그램 종류 전부·일부 또는 하나 이상의 광고의 편성, 방송, 서비스 제공정지 ▪ 1년의 범위 내 허가기간 단축 ▪ 서비스/프로그램 일부의 편성 제공정지 + 과징금 ▪ 허가취소 	제 42-7조 절차 (정식절차)
제 42-3조	방송법상 허가권자	허가발급당시의 소유구조, 경영구조 및 재정지원구조에 실질적인 변동이 있음	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 사전통지 없이 허가 철회 	약식절차
제 42-4조	편성사업자	의무 불이행	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 방송시간과 조건을 명시한 공식성명을 프로그램에 삽입 ▪ 과징금 	약식절차
제 48-1조	공영방송사업자	법령상의 의무 및 법률에서 정한 원칙 이행촉	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 1월 이상 프로그램 일부 방송정지 ▪ 과징금 	제 48-6조 절차 (정식절차)

관련 조항	위반주체	위반내용	제재수단	절차
		구고지 불응		
제 48-3조	공영방송 사업자	의무 불이행	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 방송시간과 조건을 명시한 공식성명을 프로그램에 삽입 ▪ 과징금 	약식절차

방송편성사업자, 방송제공사업자 또는 위성방송사업자 및 방송법에서 정한 공영방송사업자가 법령의 의무 및 법률에서 정한 원칙의 이행촉구고지에 불응하는 경우 CSA는 위반행위의 심각성을 고려하여 다음과 같은 제재조치를 할 수 있다고 규정하고 있다(제42-1조 및 제48-1조).

- (i) 1월 이상 프로그램 종류 전체 또는 일부 또는 하나 또는 그 이상의 광고의 편성, 방송, 서비스 제공의 정지
- (ii) 1년의 범위 내에서 허가 기간 또는 협의 기간의 단축
- (iii) 서비스 또는 프로그램 일부의 편성 및 제공(배포) 정지를 동반한 과징금
- (iv) 허가 취소 또는 협의의 일방적 종료

금전제재(과징금)는 위반행위의 심각성과 위반행위로 얻어진 이익을 고려하여 정한다. 그러나 다음과 같은 상한기준을 가진다.

- (i) 마지막 회계연도의 세금을 제외한 총매출액¹⁵²⁾의 3%를 초과할 수 없다.
- (ii) 다만 동일한 의무에 대한 추가 위반 행위가 있는 경우 5%까지 가능하다.
- (iii) 위반이 형사상 위반행위에 해당하는 경우 과징금액은 형사벌금을 초과할 수 없다.

CSA가 정한 과징금이 형사법원이 동일한 또는 유사한 사실관계에 대하여 결정을 내리기 전에 확정된 경우, CSA는 동 위원회가 정한 과징금을 형사법원에서 정한 벌금으로 상계할 것을 명할 수 있다. 금전제재는 국내외 세금과 같이 국가채권으

152) 총매출액 산정에는 광고수익도 포함된다.

로 징수된다(제42-2조).

제42-3조에 의해 CSA는 허가 발급 당시의 실질적인 여건에 변화가 있는 경우 즉, 허가 발급 후 허가권자의 자본금 구성, 경영구조 및 재정지원방식 등에 실질적인 변화가 있는 경우 당해 허가를 사전 통지 없이 철회될 수 있다. 이러한 변화를 허용하는 결정을 하는 경우 청문을 해야 하며, 요청이 있는 경우에도 청문을 해야 한다.

방송서비스 편성사업자 또는 공영방송사업자에게 부과된 의무를 위반한 모든 경우에, CSA는 방송조건을 명시한 공식성명을 프로그램에 삽입할 것을 명할 수 있다. 위원회는 관련 당사자에게 이에 대한 의견제시를 요청할 수 있으며, 당사자는 요청을 받은 후로부터 2일 이내에 의견을 제시하여야 한다. 이와 같은 제재처분결정은 제42-7조 또는 제48-6조에서 정한 공식제재절차(이하 '정식절차') 없이 결정된다. 이 결정에 불응하는 사업자에게는 금전제재가 부과된다(제42-4조 및 제48-3조).

ARCEP의 경우와 마찬가지로 제재처분에 대한 제척기간이 존재한다. CSA가 조사, 확인, 제재를 위한 어떠한 행위도 하지 않은 경우, 3년이 지난 사실에 대하여는 제재조치를 할 수 없다(제36-11조 제4항).

2) 제재처분절차

CSA의 공식제재처분절차(정식절차 법제42-7조 및 제48-6조)는 다음과 같은 순서로 이루어지며, ARCEP의 절차와 매우 유사하나 차이점도 존재한다.

위반행위의 인지 → 절차개시 → 이행촉구고지 → 불응 → 제재처분

[그림 11] CSA의 제재처분절차



가) CSA의 제재처분절차

공식제재처분절차는 내부규칙¹⁵³⁾에서 정하고 있으며, 이 절차는 방송법 제42-4조, 제42-7조, 제48-3조 및 제48-6조에 의한 제재처분과 위원회와 사업자 간의 계약 위반에 따른 처벌을 부과하는 경우에 준수되어야 한다(내부규칙 제19조).

제재절차는 CSA의 직권으로 또는 신청에 의해 개시된다. 방송사업자(공영방송사업자 포함)에 대한 제재절차개시의 신청은 방송부문을 대표하는 전문가 단체 및 조합, 전국의 지방언어문화위원회, 전국가족연합회, 여성권리옹호단체 및 시청자의 권익보호를 목적으로 하는 단체에 의해 이루어질 수 있다(법 제42조).

위원회가 편성사업자, 방송제공사업자 또는 위성방송사업자방송사업자 등 방송사업자에 대한 제재절차를 개시하기로 결정한 경우에, 이를 즉시 피규제자인 해당 방송사업자에게 수령확인이 가능한 등기우편으로 통지하여야 한다. 통지서에는 인지된 의심이 제기되는 사업자의 행위를 설명하고, 이 행위가 사실로 확인되는 경우, 관계 법률 또는 시행령 또는 계약을 위반하는 것임을 알리고, 이에 대하여 피규제자의 의견을 제출할 것을 명시하여야 한다(내부규칙 제20조 제1문). 방송법

153) Règlement intérieur du CSA - Délibération du 12 février 2008 - JO du 22 Mars 2008.

제42-7조 및 제48-6조에 따른 제재처분절차의 경우 의결제출기간은 1개월 이내로 정하고 있으며, 위급상황시 이 기간이 단축될 수 있으나 최소한 7일은 보장해주어야 한다(동조 제2문). 제42-4조 및 제48-3조에 따른 제재처분절차의 경우에는 의견제출기간을 2일로 정하고 있다(동조 제3문).

피규제자의 의견제출기간이 만료된 경우, CSA는 다음과 같은 세 가지 조치를 취할 수 있다. 첫째, 절차의 종료, 둘째, 정식절차로의 진행(조사관의 임명 및 조사 - 내부규칙 제21조), 셋째, 약식절차로의 진행(위원회의 청문 및 심의·의결 - 내부규칙 제22조).

방송법 제42-7조 및 제48-6조에 따른 제재처분절차의 경우에, CSA는 조사관을 임명할 수 있으며, CSA 외부인을 조사관으로 임명할 수 있다. 조사관은 상임위원회를 위하여 조사를 하고 조사보고서를 작성할 의무를 가진다. 이를 위하여 조사관은 유용한 정보를 제공할 수 있다고 인정된 모든 사람을 청문할 권한을 가진다. CSA는 조사관의 조사결과에 비추어 절차를 종료할지 또는 내부규칙 제22조에서 정한 다음 단계로 진행할 지 여부를 결정한다(내부규칙 제21조).

내부규칙 제22조에 따르면, 방송법 제42-7조 및 제48-6조에 따른 제재처분절차의 경우에, 위원회는 피규제자, 그의 대리인 및 기타 관계인을 청문하여야 한다(제1문). 조사관의 보고서는 피규제자에게 송부된 청문통지서에 첨부되어야 하며, 조사관은 상임위원회의 심의에는 참가하지 않는다(제2문). CSA는 유용한 정보를 제공할 수 있다고 인정된 모든 사람을 청문할 권한을 가진다(제3문).

법 제42-4조, 제42-7조, 제48-3조, 제48-6조에 의한 모든 절차의 경우, 관련 사건을 심사한 실무그룹의 위원장 또는 자문관으로 역할하는 상임위원이 해결안을 상임위원회에 제시할 수 있으며 상임위원회를 이에 관하여 논의하여야 한다(제4문).

위원회가 제재처분을 하기로 의결한 경우, 이는 해당 피규제자에게 통지되어야 하며, 관보에 게재되어야 한다(제5문).

나) ARCEP의 제재처분절차와의 차이점

이하에서는 ARCEP의 제재처분절차와 다른 점을 살펴보기로 한다.

우선, CSA의 제재절차를 정하고 있는 내부규칙은 ARCEP의 경우와는 달리 피규제자의 의견제출기간을 명시하고 있다. 이에 따르면 제재절차가 개시되면 피고사업자의 의견제출 기간을 1개월 이내로 정하고 있으며, 긴급 상황인 경우 제출기간을 단축할 수 있는데 이 경우 최소한 7일을 보장하도록 하고 있으며, 약식절차인 경우에는 의견제출기간을 2일로 정하고 있다.(제42-7조 및 내부규칙 제20조).

[그림 12] CSA의 정식제재절차(제42-7조 및 제48-6조)



둘째, ARCEP은 사무총장이 아무 때나 제재절차를 종료할 수 있는 반면, CSA는 절차의 각 단계별로 제재절차를 종료할지 진행시킬지 여부를 결정하도록 명시

적으로 규정하고 있다. 즉, 피고사업자가 의견을 제출한 이후, 상임위원회는 절차를 종료할 것인지, 조사관을 임명할 것인지, 또는 청문을 할 것인지를 여부를 결정하여야 하며(내부규칙 제20조), 조사관을 임명한 경우(정식절차를 진행한 경우), CSA는 조사관의 결론에 비추어 절차를 종료할 것인지 또는 청문단계로 진행할 것인지 여부를 결정하여야 한다(내부규칙 제21조).

셋째, 모든 제재절차에서 그 사건을 다룬 실무그룹의 장(위원)은 상임위원회에 해결책을 제시하고 이를 논의할 수 있다.

넷째, ARCEP과는 달리 CSA는 약식제재절차를 마련해 두고 있다. 약식절차란 정식절차에서 일부 절차를 생략한 절차를 의미한다. 사전통지 내지 이행촉구고지가 생략되거나(제42-3조에 의한 제재) 및/또는 조사관에 의한 조사 또는 청문이 생략될 수 있다(제42-4조 또는 제48-3조에 의한 제재).

마지막으로, 제재처분결정을 의결한 경우 이를 피고사업자 뿐만 아니라 그 결정에 의해 영향을 받게 되는 자에게도 통지하여야 한다. 통지에는 이유를 제시하여야 한다. 특히 방송서비스 중단 결정이 내려진 경우 프랑스 내에서 방송서비스를 제공하는 위성방송사업자가 조치를 취할 수 있도록 이를 통지하여야 한다(제42-6조).

3) 제재처분에 대한 불복절차

CSA의 제재결정에 대한 불복은 국참사원에 신청할 수 있다(제42-8조). 사전통지 없이 내린 허가철회 결정에 대한 불복신청은 정지의 효력을 가진다. 다만 공공질서, 안전 또는 공중보건을 해친다는 이유로 허가가 철회된 경우에는 그렇지 아니다. 법원은 3개월 이내에 판결을 내려야 한다(제42-9조). CSA 위원장은 방송법에서 정정한 원칙을 위반한 프로그램을 송신하는 TV방송서비스를 제공하는 위성방송사업자의 방송을 중지시키기 위하여, 국참사원 소송부장에게 위반의 책임을 지는 자에게 의무이행과 위반으로 인한 결과의 제거를 명하는 가처분 조치를 신청할 수 있다. 소송부장의 가처분명령은 즉시 집행력을 가진다. 법원은 모든 보전 조치를 할 수 있고, 보전명령의 집행을 위해 이행강제금(astreinte)을 부과할 수 있

으며, 이는 직권으로도 가능하다. 이행당사자는 CSA위원장이 제기한 소송에 참가할 수 있다(제42-10조).

4) 통계자료

CSA이 2010년 4월 발표한 2009년 연간보고서에 의하면 2009년 한 해 동안 총 73개의 이행촉구고지가 발부되었다. 이에 불응하여 제재절차가 개시된 사건의 수는 총 6건이며, 이 중에서 제재처분이 결정된 사건의 수는 모두 2건이다. 2009년 1월 20일, CSA는 유럽프로그램 방송의무를 위반한 NRJ 12사에 대하여 제재조치를 의결하였다. 또한 같은 달 6일, 허가받지 않은 사이트에서 Gold FM 라디오 방송을 편집하여 송신한 SARL TPA사에게 1,368.00 유로의 과징금을 부과하였다.¹⁵⁴⁾

나. 분쟁해결절차

1) 법적 근거

CSA의 분쟁해결 권한의 법적 근거는 “CSA는 편성사업자 또는 제공업자, 제95조에 언급된 자 (디지털 라디오 TV 방송사업자) 또는 서비스 제공업자 라디오 TV 서비스 제공과 관련하여 분쟁이 발생한 경우 이를 심사할 권한을 가진다”고 규정한 제17-1조에서 찾을 수 있다. 동 조항은 2004년 방송법의 개정으로 신설된 것이다. CSA의 분쟁해결 권한은 2006년 8월 29일 국참사원이 CSA의 준사법권 적용방식을 데크레 no. 2006-1084의 제정을 통해 확정함으로써 비로소 행사가능하게 되었다. 이 데크레가 제정된 직후인 2009년 9월부터 다수의 분쟁이 CSA에 제소되었다. CSA에 준사법권이 도입된 배경은 독립규제기관에 준사법권을 부여하는 경우 당사자를 구속하는 집행가능한 결정이 내려지고, 규제기관의 전문성과 신속성이 보장되며, 시장경제질서를 고려한 결정이 내려진다는 일반적인 장점에 대한 인식과 3층 구조적인 프랑스의 방송규제방식 - 다원주의 정책적 규제, 사회·문화

154) CSA, Rapport annuel 2009, 2010. 4, pp.151~154 참조.

적 규제 및 경제·기술적 규제 - 으로 발생하는 긍정적인 효과로 인해 산업에서 CSA의 준사법적 권한이 부여되기를 기대하였기 때문이다. CSA의 분쟁해결절차의 특징은 ARCEP의 절차와 동일하게 엄격한 대심주의를 통한 공정한 재판 받을 권리의 보장과 영업비밀의 보호이다.

제17-1조는 편성사업자, 서비스제공사업자 및 기타 방송사업자가 라디오·TV 방송서비스 제공과 관련하여 기술적, 재정적 조건 등에 관한 분쟁이 발생한 경우 (i) 헌법질서원칙 또는 (ii) 경제·경쟁질서원칙 침해 내지 훼손의 우려를 근거로 CSA에 이를 제소할 수 있다. 헌법질서원칙에는 다원주의·공역무 제공의무, 공공질서·미성년자 보호, 인간의 존엄성, 사상 및 표현의 다양성, 프로그램의 질 및 다양성 등이 포함되며, 경제·경쟁질서원칙에는 프로그램제공 조건, 편성사업자와 서비스제공사업자 간의 계약의 객관성·공정성·비차별성 등이 포함된다. 최근에는 경제·경쟁질서원칙을 근거로 한 분쟁이 많이 제소되고 있다고 한다.

2) 분쟁해결의 원칙

분쟁해결절차와 관련하여 제17-1조는 다음과 같이 규정하고 있다.

“CSA는 2달 안에 분쟁을 해결하여야 하며, 경우에 따라 그 기간은 4개월까지 연장될 수 있다. 위원회는 분쟁을 해결하기 위하여 당사자들에게 의견제시 기회를 제공하여야 하며, 법에서 요구하는 기밀보호를 준수하는 범위에서 분쟁을 해결하기 위해 필요하다고 인정된 이해관계자를 참여시킬 수 있다(동조 제2항). 분쟁의 사실관계가 전자통신서비스 공급을 제한할 우려가 있는 경우에 CSA는 1개월 이내에 ARCEP의 의견을 구하여야 한다. 이러한 사실관계가 상법전 제4권 제2편의 규정을 위반한 경우에 CSA는 이를 경쟁당국에 알려야 한다. 이 경우, 분쟁해결기간은 경쟁당국이 결정을 내릴 때까지 중지된다.”

위의 법문으로부터 분쟁해결절차에 적용될 수 있는 세 가지 분쟁해결의 원칙을 도출할 수 있다. 첫째, 분쟁의 범위를 확정해야 한다. 분쟁의 범위의 확정은 추가 당사자 및 이해관계인의 식별을 통해 가능하다. 이는 분쟁해결절차의 초기단계에

서 이루어져야 하는 작업이다. 둘째, 쟁점의 분리이다. 방송법은, 우편전자통신법과 마찬가지로 경쟁법적 쟁점, 통신법적 쟁점 등을 분리하여 담당 규제기관에게 회부하거나 의견을 구하도록 하고 있다. 경쟁법적 쟁점을 경쟁위원회에 회부하고 경쟁당국이 결정을 내릴때까지 CSA의 분쟁해결절차를 중지하도록 하고 있으며, 방송통신융합 관련 쟁점이나 통신역무제공 관련 쟁점의 경우 1개월 이내에 ARCEP의 의견을 구하도록 규정하고 있다. 셋째, 적법절차와 공정한 재판의 원칙이다. 전자 는 독립적인 조사관 제도를 활용하여 실현하고 있으며, 후자는 당사자 및 이해관계인들의 변론권을 존중함으로써 보장된다. 후자의 방식을 통해 대심주의 및 영업 비밀의 보호도 보장된다.

3) 분쟁해결절차

CSA의 분쟁해결절차도 ARCEP의 분쟁해결절차와 대동소이하다.

제소 → 절차개시 → 상임위원회 심리 및 심의 → 결정 및 통지

이하에서는 차이점을 중심으로 CSA의 분쟁해결절차를 살펴보도록 한다.

첫째, 신청인이 청구한 주장이 명백한 각하사유인 경우 이를 관련 당사자에게 통지하고 이에 대하여 의견을 제출할 기회를 부여하여야 한다(내부규칙 제24조).

둘째, CSA에 분쟁이 제소되면 CSA는 관련당사자와 이해관계인을 확인하여 분쟁의 범위를 확정하여야 한다. 관련당사자와 이해관계인으로 확인된 경우 CSA는 이들에게 분쟁해결 신청서와 관련 자료를 영업기밀에 해당하는 부분을 삭제하여 송부하여야 한다(내부규칙 제26조). 경쟁법적 쟁점이 있는지 여부를 확인하여 경쟁위원회에 이를 회부한다. 이 경우 CSA의 분쟁해결절차가 중지된다(내부규칙 제25조).

셋째, 절차진행 스케줄링, 조사관 임명 및 분쟁해결절차의 감독은 ARCEP과는 달리 법무국장이 아니라 사무국장이 담당한다(내부규칙 제26조).

넷째, 분쟁의 사실관계가 전자통신역무의 제공을 제한할 우려가 있는 경우, CSA는 ARCEP에 의견을 구하여야 하며, ARCEP은 1개월 이내에 결정을 내려 통보

하여야 한다. ARCEP의 결정은 관련 당사자들에게 통지되어야 한다(내부규칙 제 28조).

다섯째, 조사관은 담당 사건이 상임위원회의 심리로 진행되기 이전에 당사자가 제소를 취하하거나 또는 당사자들 간에 화해가 성립된 경우 상임위원회에게 절차의 종료를 제안할 수 있다(내부규칙 제29조).

여섯째, 분쟁해결기간은 2개월이며 경우에 따라 4개월까지 연장될 수 있다(법 제17-1조 및 내부규칙 제31조).

마지막으로, CSA가 의결한 결정을 정해진 기간 내에 이행하지 않은 경우 CSA는 금전제재를 부과할 수 있다. 금전제재처분의 결정은 관련 당사자에게 통지되어야 하며 결정문에는 이유를 제기하여야 한다(제42-15조).

[그림 13] CSA의 분쟁해결절차



4) 불복절차

CSA의 분쟁해결 결정에 대한 불복신청은 파리항소법원이 아니라 국참사원에 제기하여야 한다(제42-8조). 이 점 있어서도 ARCEP의 경우와의 차이가 존재한다. CSA의 분쟁해결 결정의 불이행으로 인한 금전제재조치에 대한 불복신청도 국참사원에 완전심판소송으로 제기할 수 있으며, 이 경우 집행정지의 효력을 가진다(제42-15조).

5) 통계자료

CSA의 2009년 연간보고서에 따르면 2009년 한 해 동안 CSA가 다룬 분쟁해결 사건은 총 7건이다.¹⁵⁵⁾ 사건의 소개는 아래의 표로 가름한다.

결정일	신청인	피고	분쟁의 내용	결과
2009. 1.29.	France Télécom	Canal+ 외 3인	위성방송의 무료방송채널 제공관련 분쟁	제소취하
2009. 6.16.	SYMVEP	NC Numérical	신호의 디지털전환 관련 가격의 객관성 및 공정성	제소취하
2009. 7.20.	TV Numéric	Canal J	유료지상파디지털TV에 채널 제공계약의 해제 방식의 객관성 및 공정성	기각
2009. 7.21.	Compagnie du numérique hertzien	Canal J	편성사업자간 서비스 제공 가격배분의 객관성, 공정성 및 비차별성	제소취하
2009. 11.19.	Saint-Quentin-en-Yvelin	Free	편성자로부터 전송되는 방송요금에 관한 분쟁	제소취하

155) CSA, Rapport annuel 2009, 2010. 4, pp. 157~160 참조.

결정일	신청인	피고	분쟁의 내용	결과
	es 케이블사 업자			
2009. 12.17.	BFM TV NRJ12	Canal + Distribut ion	채널번호할당에 관한 분쟁	일부승소

다. 행정조사

CSA는 방송법에 의하여 위임받은 직무를 수행하기 위해 헌법 제4조에서 보장하는 정당 및 정치 단체의 자유로운 활동을 제한하지 않는 범위 내에서 정보를 수집할 수 있으며, 편성사업자, 방송서비스제공사업자 및 관련 기관에 대한 행정조사를 할 수 있다(제19조). CSA는 행정기관으로부터 위원회의 의견 및 결정에 필요한 모든 정보를 수집할 수 있으며, 정부, 방송영화제작자, 방송법 제95조에서 정한 사업자 및 방송서비스의 편성사업자 및 제공업자로부터 이들에게 부여된 의무사항의 준수여부를 확인하기 위하여 필요한 모든 정보를 수집할 수 있다. 위성망사업자로부터는 그 망을 사용하는 텔레비전 서비스 편성사업자를 식별하기 위해 필요한 모든 정보를 수집할 수 있다. 아울러, 정치에 관련된 사항이나 일반 정보 프로그램을 제공하고나 편성하는 회사의 자본금이나 의결권의 10%를 가지는 개인이나 법인으로부터, 시장상황에 관한 정보 및 이들 개인이나 법인에게 할당되어 수행한 공역무를 담당하는 대표자들에 대한 지난 24개월간 모든 정보를 수집할 수 있다. CSA가 수집한 정보는 법률에 의하여 위임된 직무의 수행 이외의 목적으로 사용할 수 없으며, 정보공개는 금지된다(제19조).

제4절 시사점

이상으로 프랑스방송통신규제기구의 법집행절차를 살펴보았다. 프랑스의 법집

행절차가 우리나라 방송통신위원회의 법집행절차의 개선 내지 설계에 주는 시사점은 효율성 제고, 공정성 확보 및 실효성 확보의 관점에서 접근해 볼 수 있다.

먼저 효율성 제고의 관점에서 프랑스의 방송통신규제기구 내의 입체적 업무분장 방식에 주목할 필요가 있다고 본다. 국가마다 방송과 통신이 융합하는 환경에 대응하는 방식은 다르다. 우리나라의 경우에는 방송통신위원회라는 단일 조직을 출범시켜 방송통신산업에 관한 정책과 규제 업무 전반을 관장하게 하였으나 프랑스의 경우에는 방송과 통신, 정책과 규제, 방송통신법적 규제와 경쟁법적 규제를 각각 분리시켜 담당기관에서 관장하도록 하고 있다. 프랑스의 사례를 통해 얻을 수 있는 교훈은 첫째, 법집행절차의 효율성을 확보하기 위해서는 조직의 통합이나 분리가 중요한 것이 아니라 조직 내에서의 입체적 업무분장이 필요하다는 것이다. 구조적 업무분장이나 기능의 분업화가 필요하다는 점이다. 구조적 업무분장의 예로는 조직내 법무국을 설치하거나 독립적 조사관제도의 도입을 고려해 볼 수 있을 것이다. 기능적 업무 분장은 CSA의 예처럼 상임위원회에 실무그룹이나 소위원회를 구성하여 주요 업무 분야별로 분장하여 위원들이 담당하도록 하거나 또는 쟁점별 업무를 분장을 하는 방법을 고려해 볼 필요가 있다.

두 번째 교훈은 법집행권한, 즉 준사법권한은 규제기관의 사명과 목적, 임무 및 산업의 특성에 비추어 적절하게 행사되어야 한다는 것이다. ARCEP의 법집행절차와 CSA의 법집행절차는 매우 유사하나 앞에서 본 바와 같이 차이가 존재한다. 전반적으로 CSA의 법집행절차가 신속하게 진행된다. 방송법은 약식절차도 규정하고 있다. 조사관의 경우에도 CSA는 실무그룹의 장 또는 부위원장인 위원들이 조사관의 역할을 한다. 절차진행방식에도 차이가 존재한다. ARCEP의 법집행절차와는 달리 CSA의 제재절차나 분쟁해결절차에 관한 내부규칙을 자세히 살펴보면 각 단계별로 절차의 종료를 고려하도록 하는 장치를 마련해 두었다. 이와 같은 차이는 방송과 통신의 규제 실무와 산업적 특성을 반영한 것으로 이해된다. 따라서 우리 방송통신위원회의 경우에도 방송과 통신에 관한 법집행절차를 개선하거나 새로이 설계할 때 방송과 통신 모두에 적용되는 하나의 법집행절차를 설계하겠다고 하기 보다는 법집행절차의 기본 틀과 적용되는 원칙은 동일하나 산업과 시장의 특성

및 규제의 목적 등을 고려하여 비록 차이는 존재하지만 그 산업에 가장 적절한 법집행절차로 개선해 나가는 것이 바람직할 것이다.

세 번째 시사점은 절차를 유연하게 설계해야 한다는 것이다. 이는 두 번째 시사점과 맥을 같이한다. CSA의 법집행절차와 같이 법집행절차 각 단계별로 절차를 종료할지 또는 진행할지 또는 진행한다면 일부 절차를 생략할 필요가 있는지 여부를 고려하여 결정하도록 하는 장치를 마련하면 보다 효율적으로 법집행절차를 운영할 수 있을 것이라고 생각된다.

공정성 확보의 관점에서는 프랑스 사례가 우리에게 제공하는 가장 현실적인 시사점은 적법절차 및 공정한 재판 원칙의 적용이다. 프랑스의 방송통신규제기구는 유럽인권협약 제6조에 의거하여 공정한 재판 및 적법절차를 보장하기 위하여 엄격한 대심주의 원칙과 영업비밀보호원칙에 입각하여 법집행절차를 운영하고 있다. 법원과 거의 동일한 수준으로 공정한 재판을 받을 권리를 보장하고 있다. 또한 철저한 정보공개와 법집행절차의 감독을 통해 투명성과 공정성을 보장하고 있다. 우리 방송통신위원회의 법집행절차의 문제점으로 가장 많이 지적되는 사항은 변론권이 충분히 보장되지 않으며, 조사와 심판의 기능이 분리되어 있지 않다는 점이다. 이러한 점은 개선이 시급하다. 그러나 변론권이 충분히 보장되지 못하는 이유가 대심주의의 부재에서 기인한 것인지 아니면 방송통신위원회 내부적 문제(과도한 업무량 또는 인력, 자원 부족)인지는 면밀한 분석이 필요할 것이다. 우리의 실무현실과 문제의 원인, 적용 범위 등을 종합적으로 고려하여 공정성과 투명성 확보할 수 있는 수단을 모색하여야 할 것이다. 프랑스처럼 대심주의를 적용하는 것이 바람직하다면, 그 정도와 구현방법을 우리 현실에 비추어 강구하여야 할 것이다.

마지막으로 실효성 확보의 관점에서 프랑스 방송통신규제기구 법집행절차 사례가 우리에게 주는 시사점은 프랑스의 방송통신규제기구의 결정은 1심으로서의 효력과 구속력을 가지며, 결정의 실효성을 보장하기 위하여 보전조치 및 이행강제금 제도를 마련하고 있다는 점이다. 우리나라도 방송통신위원회 결정의 실효성을 확

보하기 위하여 보전조치나 이행강제금제도의 도입을 고려해 볼 필요가 있다.

제6장 비교법적 연구의 시사점

제1절 유럽의 비교법적 연구의 시사점

이 연구에 있어서 유럽국가의 사례들이 제공하는 시사점을 다음과 같이 정리할 수 있다.

1. 조직

첫째, 정책기능과 규제기능의 분리에 관한 사항이다. 영국은 2003년말 방송 및 통신분야에 대한 전면적 규제체계 개편작업을 통하여 정책기능과 규제기능을 구조적으로 분리하였다. 즉, 정책기능은 전과 같이 정부부처가 담당하도록 하되 규제기능은 반민반관의 전문규제기관인 Ofcom이 전적으로 담당하도록 하였다. 이와 같은 조치는 정책기능과 규제기능이 하나의 기관 안에 혼재하여 있을 때 나타날 수 있는 규제의 공정성 및 객관성에 대한 우려를 불식시키고 보다 효율적인 규제를 실현하기 위한 것으로 보인다.

한국에서도 이러한 입장은 계속되어 왔다. 즉, 과거 정보통신부가 통신정책을 담당하던 시기에 통신사업자에 대한 규제업무가 확대됨에 따라 규제기능을 전담하는 통신위원회를 설치하여 기능적 분리뿐만 아니라 어느 정도의 구조적 분리도 도모하였다. 이러한 방식은 과거 경제기획원 내에 하나의 실 조직으로 있었던 공정거래위원회가 점차 그 역할이 커지면서 하나의 차관급 위원회로 독립하고 결국에는 경제기획원과 전혀 관계없는 독립규제위원회로 자리잡은 것에 비견할 수 있다.

현재 한국 방송통신위원회는 지속적으로 정책기능을 확대하는 것으로 보인다. 이러한 경향에 비추어 보면 방송통신위원회의 규제기능이 정책기능에 눌러서 고도의 객관성과 독립성에 바탕을 둔 공정한 법적 판단을 내리기 어렵다는 비판이 제기될 수 있다. 따라서 현재보다는 규제 내지 심결기능을 담당하는 조직과 인력

을 분리하는 작업을 추진할 필요가 있다. 다만 분리의 정도와 방법은 방송통신위원회 전체의 법적 성격과 담당업무 및 권한 등과 직접 관련되는 사안이며, 후자에 대한 정책적 판단에 따라 달라질 수 있는 만큼, 신중한 검토가 필요할 것이다.

이는 독일에서도 유사한 시사점의 도출이 가능하다. 독일의 IT관련 규제기관의 조직은 크게 정책부서(연방경제기술성)와 집행부서(연방망규제청)가 분리되어 IT 분야를 관장하고 있는 체계를 갖추고 있다. 즉 연방경제기술성은 우리나라의 지식경제부와 그 조직적 위상이나 기능면에서 유사하다고 할 것인 바, IT에 관한 정책의 입안 및 집행에 관한 관할권을 담당하고 있다. 한편 연방망규제청은 통신법과 체신법을 법적 근거로 하여 자유화와 규제제를 통해 전기, 가스, 통신, 우편과 철도에 대한 사항을 관할하는 독립적인 연방기관(sebständige Bundesoberbehörde)으로서 통신영역과 같은 전문영역에 특수한 규제기관으로 법집행업무를 담당하고 있다. 특히 연방망규제청은 하나의 장으로만 구성되는 전통적인 조직구성방식과 달리, 청장 1명과 부청장 2명으로 구성되는 일종의 위원회 방식으로 도입되었지만, 규제행정청으로 기능할 때에는 보통의 합의제행정청과는 달리 독립적 행정청조직으로서의 면모를 특징으로 한다는 것에 주목해야 할 것이다. 연방망규제청법(BNAG) 제3조 제1항에 따르면 한편으로 대내적(사무집행) 및 대외적 대표권한은 청장에게 있으며, 다른 한편으로 청장은 사무의 배분과 집행을 사무규정을 통해 규율한다. 또한 이러한 권한행사들은 연방경제기술성을 통해 뒷받침된다. 청장은 두 부청장과 함께 주결정위원회를 구성하고 특별한 사안에서만 심리하고 있다. 우리나라의 경우 현재 정보통신부가 폐지되고 위원회 체제로 되면서 정책부서로서의 기능이 대폭 줄어들어 IT분야 정책기능이 후퇴되었다는 지적이 제기되고 있다. IT 관련 정책기능을 강화할 수 있도록 방송통신위원회를 중심으로 한 조직강화가 필요한 대목이다. 무엇보다도 위원회 구조를 취하면서도 그 기능에 따라 독립적 행정청으로서 지위와 역할을 융통성 있게 부여하고 있는 독일식의 IT 조직체계를 참조할 만 하다. 또한 독일의 경우도 정책부서와 집행부서로 이원화되어 있지만, 각 기관간의 유기적인 협조와 명시적인 업무배분을 통하여 큰 마찰없이 효과적으로 IT 관련 정책과 법집행 업무를 시행하고 있는 점도 눈여겨 보아야 할 것이다.

우리나라의 경우 현재 방송통신위원회 중심으로 방송과 통신 전반을 아우르는 기관이 구축되었지만 법집행 기능에 치중되어 있는 부분들을 개선하여 정책기능도 함께 강화할 수 있는 조직적 차원의 개선방향이 검토되어야 할 것이다.

독일 연방망규제청이 주관하는 법집행절차에서 조직상 가장 특이할만한 점은 결정위원회의 활용일 것이다. 독일 통신법상 행정절차에서의 주요한 결정은 결정위원회에 의하여 수행되며, 결정의 공정성과 전문성을 기하기 위하여 결정위원회는 사법(司法)에 준하는 형식으로 형성되어 있다. 1인의 위원장과 2인의 부위원장으로 구성되는 결정위원회는 특히 법조인 출신 1명, 경제학자 출신 1명 및 기술전문가 1명으로 위원을 선정함으로써 결정의 전문성을 고양시키고 있다. 그리고 이처럼 법조, 경제, 기술 등 각 분야를 대표하는 전문가들에 의하여 통신법상 법집행과 관련한 주요 사안을 합리적이면서도 효과적으로 다룰 수 있도록 한 부분은 우리에게도 많은 시사점을 준다고 할 것이다. 물론 우리나라도 「방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률」(이하 “방통위설치법”이라 한다)에서 전문위원회의 설치 근거를 명시하고 있다. 동 법 제15조제1항에 따르면 위원회는 그 소관사무에 관하여 실무적인 자문이나 심의·의결사항에 관한 사전검토 또는 위원회로부터 위임받은 사무의 효율적 수행을 위하여 필요할 경우에는 위원회 소속으로 전문위원회 또는 특별위원회 등을 둘 수 있도록 하고, 그 구성 및 운영 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 하고 있다. 독일의 결정위원회와 가장 유사한 형태는 위원회의 심의·의결사항에 대한 사전검토를 위하여 설치되는 전문위원회라고 할 것인데, 방통위설치법 시행령 제5조에 따르면 이러한 전문위원회는 위원장 1명을 포함한 15명 이내의 위원으로 구성하되(제2항), 위원은 방송·통신에 관한 학식과 경험이 풍부한 자 중에서 위원회의 동의를 얻어 위원회 위원장이 위촉하고, 전문위원회 위원장은 위원회 위원장이 전문위원회의 위원 중에서 지명하도록 하고 있다. 전문위원회에 대해서는 「방송통신위원회 회의운영에 관한 규칙」(방송통신위원회 규칙 제2010-15호) 제22조에서 규정하고 있는데, 동법 시행령과 거의 유사한 내용이 담겨져 있다. 하지만 독일의 경우처럼 위원의 자격이나 구성에 있어서 전문성을 확보할 수 있도록 각 분야별 전문가를 명시하는 형태가 아니고 다소 모

호한 내용으로 규정되어 있는 점으로 미루어 아직 국내의 심결절차상 위원회의 활용도는 크지 않다고 보아야 할 것이다. 무엇보다도 연방망규제청의 각종 결정에 있어서 핵심적인 내용을 판단하고 있는 심사부로서의 기능을 수행하고 있는 독일의 결정위원회에 비하여 우리나라의 전문위원회는 방송통신위원회의 본격적인 심의 이전에 사전검토를 위한 소위원회 수준에 머물고 있는 점이 한계로 지적될 수 있을 것이다. 합의제행정청으로서 위원회 내에 별도의 결정위원회를 두는 구조가 바람직한지 여부에 대해서는 추후 보다 심도 깊은 검토와 연구가 필요할 것으로 보이지만, 확실한 시사점은 IT 관련한 주요한 법적 쟁점에 대하여 심의·의결기능을 수행하는 전담 심사조직을 마련하는 것이 필요하다는 것이다. 그리고 이러한 심사조직을 구성함에 있어서 공정성과 전문성을 기할 수 있도록 그 구성방법과 형태를 법령상에 명시하는 것이 또한 요구된다고 하겠다. 이에 더하여 심결을 담당하는 위원의 독립성을 제고할 수 있도록 하는 법제도적 장치의 마련이 있어야 할 것이다. 현재 방송통신위원회는 위원장 1인, 부위원장 1인을 포함한 5인의 상임인 위원으로 구성되는데, 그 임명은 위원 5인 중 위원장을 포함한 2인을 대통령이 지명하고 3인은 국회의 추천을 받아 임명을 하되, 이 경우 대통령이 소속되거나 소속되었던 정당의 교섭단체가 1인을 추천하고 그 외 교섭단체가 2인을 추천하도록 되어 있다. 이처럼 위원의 임명 과정에서 정당의 추천이 개입됨에 따라 정치적 영향이 심결에 반영되어 결정의 공정성을 훼손할 여지가 있을 수 있다. 그렇다면 독일의 결정위원회처럼 별도의 독립된 지위가 보장되는 심결위원으로 구성된 전담 심사조직을 설치하는 것이 이와 같은 비판을 최소화할 수 있는 효과적인 방안이 될 것이다. 독립성, 공정성, 전문성, 이 세 가지의 요소를 두루 갖춘 전담 심사조직의 설치에 대하여 보다 적극적인 검토가 필요하다고 하겠다.

마지막으로 결정위원회 이외에 각종 주요 심의사항에 대하여 자문위원회의 자문을 거치도록 하고 있는 것도 참고하여야 할 것이다. 물론 독일 통신법상의 규제절차가 지향하는 것은 행정행위의 형식에 의한 결정위원회의 결정이지만, 이러한 결정에 앞서 전문가들로 구성된 자문위원회의 조언을 거치도록 함으로써 해당 결정의 공신력과 전문성을 담보하고 있는 것이다. 우리나라의 경우 방통위설치법에 따

른 전문위원회가 이러한 기능을 수행하고 있는 것으로 볼 수 있지만, 앞서 상술한 것처럼 심결을 전담하는 독일의 결정위원회와 같은 조직이 도입될 경우, 그 결정의 전문성을 강화하기 위하여 이와 같은 자문위원회를 설치·운영하는 것도 검토해볼만 한 것이라고 판단된다. 이러한 구상이 현실화된다면 현행법상 전문위원회 제도를 단순한 사전검토조직이 아닌 심의·의결을 전담하는 심사조직과 이를 뒷받침하는 전문가그룹으로 구성된 자문조직으로 구체화하는 방향이 될 것으로 보인다.

2. 절차

다음으로는 심결절차의 효율성 및 공정성의 제고에 관한 문제이다. 방송통신위원회는 정치적 안배를 고려하여 임명되는 5인의 상임위원들로 구성되어 있다. 5인의 위원들이 복잡하고 고도의 전문성을 요하는 모든 업무에 대한 전문지식을 갖추고 있을 것으로 기대하기는 매우 어려운 것이 현실이다. 또한 급증하는 방송통신위원회의 모든 업무를 위원회가 전부 처리하는 것도 물리적으로 쉽지 않은 일이다. 따라서 위원회 업무처리를 효율화하는 방안을 강구할 필요성이 매우 크다. 이와 같은 효율성 제고방안은 위원회 결정의 공정성과 대외적 설득력을 제고하여 위원회의 정책방향에 대한 순응도를 높이는 데에도 기여할 것으로 생각한다.

위와 같은 고려는 영국의 2003년말 규제체계 개편과 이후의 조직 및 절차 정비에도 감안된 것으로 생각된다. 앞에서 살펴 본 Ofcom의 개별 위원회들이 바로 그러한 고민의 산물이다. 다만 한국 방송통신위원회와 영국 Ofcom은 조직의 법적 성격이 상이하기 때문에 영국에서의 경험을 우리나라에 그대로 도입하는 데에는 한계가 있다고 생각한다.

비슷한 예를 한국에서 찾는다면, 대표적인 독립규제위원회라 할 수 있는 공정거래위원회의 경우를 들 수 있다. 방송통신위원회의 규제기능과 매우 유사한 업무를 비교적 긴 기간 동안 맡아온 공정거래위원회는 상당한 정도의 개선을 이룬 것

으로 보이고 이 중 상당수는 방송통신위원회에도 참고가 될 것으로 생각한다. 그 중 방송통신위원회에서 도입이 시급한 것으로 보이는데, 소회의 제도, 주심위원 제도, 심결보좌관제도 등은 우리의 방송통신위원회에서도 빠른 제도의 개선이 도입 및 개선이 필요하다고 할 수 있다.

프랑스의 경우를 살펴보면, 먼저 효율성 제고의 관점에서 프랑스의 방송통신규제 기구 내의 입체적 업무분장 방식에 주목할 필요가 있다고 본다. 국가마다 방송과 통신이 융합하는 환경에 대응하는 방식은 다르다. 우리나라의 경우에는 방송통신 위원회라는 단일 조직을 출범시켜 방송통신산업에 관한 정책과 규제 업무 전반을 관장하게 하였으나 프랑스의 경우에는 방송과 통신, 정책과 규제, 방송통신법적 규제와 경쟁법적 규제를 각각 분리시켜 담당기관에서 관장하도록 하고 있다. 프랑스의 사례를 통해 얻을 수 있는 교훈은 첫째, 법집행절차의 효율성을 확보하기 위해서는 조직의 통합이나 분리가 중요한 것이 아니라 조직 내에서의 입체적 업무분장이 필요하다는 것이다. 구조적 업무분장이나 기능의 분업화가 필요하다는 점이다. 구조적 업무분장의 예로는 조직내 법무국을 설치하거나 독립적 조사관제도의 도입을 고려해 볼 수 있을 것이다. 기능적 업무 분장은 CSA의 예처럼 상임위원회에 실무그룹이나 소위원회를 구성하여 주요 업무 분야별로 분장하여 위원들이 담당하도록 하거나 또는 쟁점별 업무를 분장을 하는 방법을 고려해 볼 필요가 있다.

또한 공정성 확보의 관점에서는 프랑스 사례가 우리에게 제공하는 가장 현실적인 시사점은 적법절차 및 공정한 재판 원칙의 적용이다. 프랑스의 방송통신규제 기구는 유럽인권협약 제6조에 의거하여 공정한 재판 및 적법절차를 보장하기 위하여 엄격한 대심주의 원칙과 영업비밀보호원칙에 입각하여 법집행절차를 운영하고 있다. 법원과 거의 동일한 수준으로 공정한 재판을 받을 권리를 보장하고 있다. 또한 철저한 정보공개와 법집행절차의 감독을 통해 투명성과 공정성을 보장하고 있다. 우리 방송통신위원회의 법집행절차의 문제점으로 가장 많이 지적되는 사항은 변론권이 충분히 보장되지 않으며, 조사와 심판의 기능이 분리되어 있지 않다는 점이다. 이러한 점은 개선이 시급하다. 그러나 변론권이 충분히 보장되지 못하는 이유가 대심주의의 부재에서 기인한 것인지 아니면 방송통신위원회 내부적 문

제(과도한 업무량 또는 인력, 자원 부족)인지는 면밀한 분석이 필요할 것이다. 우리의 실무현실과 문제의 원인, 적용 법리 등을 종합적으로 고려하여 공정성과 투명성 확보할 수 있는 수단을 모색하여야 할 것이다. 프랑스처럼 대심주의를 적용하는 것이 바람직하다면, 그 정도와 구현방법을 우리 현실에 비추어 강구하여야 할 것이다.

다음으로는 절차의 효율성 제고에 관한 문제이다. 심결대상의 사건수의 축소를 의미하는 것으로, 한국 전기통신사업법상 재정절차의 대상과 금지행위 규제 대상이 중첩되는 경우가 있다. 예를 들어 상호접속 등에 관한 임의의 협정 체결 시 정보통신부장관이 고시한 관련기준을 준수하지 않은 경우 이는 금지행위에 해당할 뿐만 아니라, 만약 이를 원인으로 한 협정체결상의 분쟁이 발생하는 경우 재정대상이 되기도 한다. 협정의 불이행으로 인한 분쟁의 경우에도 마찬가지이다. 이때 금지행위 규제절차와 재정 절차의 이용을 어떻게 조정할 것인가를 정하여야 한다.¹⁵⁶⁾

Ofcom은 분쟁해결절차에서 제대로 해결될 수 있는 쟁점에 대해서는 민원을 접수하지 않는 것을 원칙으로 한다. 우리도 이러한 적용순위를 도입하여 우선 심결대상 사건수를 축소하고, 재정사건에 대해서는 아래의 (2)에서 설명하는 방법으로 재정대상 사건수를 축소할 필요가 있다.

그리고 재정신청 요건의 강화 및 대안분쟁해결제도의 도입 등으로 인한 재정대상 사건수의 축소가 필요하다. 다시 말해, 영국에서는 이해당사자들이 Ofcom에 분쟁해결을 신청하기 위하여 갖추어야 할 법적 요건이 매우 엄격하여 당사자들 간의 소규모 단순분쟁 또는 불필요하고 소모적인 분쟁을 사전에 억제하는 효과를 갖고 있다. 즉, 분쟁해결의 대상이 망접속의 제공, 서비스, 주파수와 관련하여 Ofcom이 부과한 규제 의무에 관한 것들로 제한되며, 일방당사자가 시장지배적 사업자이거나 당사자들의 합의의 실패로 경쟁 또는 소비자 이익을 저해할 경우가 아니면 우선 대안분쟁해결기구에 의한 해결을 거치도록 하고 있다.

우리는 대안분쟁해결제도를 갖추고 있지 않을 뿐만 아니라, ‘이용자’와 사업자

156) 이희정, “통신규제법 집행과정의 비교연구-통신위원회와 영국의 Ofcom-”, 법학논총 제24권 제3호 (2007), 24면.

간 ‘모든’ 분쟁을 재정의 대상으로 하는 것을 원칙으로 하되,¹⁵⁷⁾ “재정을 하기에 부적합하거나 기타 필요하다고 인정하는 때”에는 분과위원회를 구성하여 이에 관한 알선을 할 수 있게 하고 있다.¹⁵⁸⁾ 그리고 이러한 알선대상으로는 1천만원 이하의 이용자와 사업자간 손해배상에 관한 사항, 이용자와 사업자간 이용계약, 요금조정 등에 관한 사항, 별정통신사업자 또는 부가통신사업자 관련 요금납부, 협정이행 등에 관한 사항 및 기타 알선분과위원회에서 알선을 통하여 분쟁을 해결하도록 위원회에서 위임한 사항을 들고 있다.¹⁵⁹⁾

이처럼 이용자와 사업자간의 모든 분쟁을 재정의 대상으로 하게 되면 재정절차의 대상과 이용자 민원처리절차의 대상이 중복될 수 있으며, 방송통신위원회의 업무 부담이 증가하게 된다. 또한 방송통신위원회가 굳이 개입할만한 가치가 없는 사소한 사업자간 분쟁에까지 행정력을 동원하는 것은 효율성을 저해하는 결과를 빚을 우려가 크다. 그러므로 재정의 대상은 일정규모 이상의 사업자간 분쟁 또는 일정규모 이상의 이용자와 사업자간 분쟁으로 제한하는 것이 바람직할 것으로 판단된다. 또한 이러한 분쟁에 해당한다 하더라도 경쟁제한효과 또는 소비자이익저해효과가 상당히 클 것으로 예상되는 경우 외에는 우선 대안분쟁해결기구에 의한 해결을 거쳐야만 재정절차를 이용할 수 있도록 해야 한다.

독일의 경우도 마찬가지이다. 독일 통신법상 법집행절차가 주는 시사점으로는 우선 앞서 살펴본 것처럼 각종 규제결정이 준사법적 조직인 결정위원회에 의하여 행정행위의 형식으로 이루어지고 있다는 점이며, 그 구체적인 진행과정과 관련하여 명시적인 법적 근거를 마련하고 있는 사실이다. 독일의 경우 결정위원회의 직권 또는 당사자의 신청에 의하여 절차가 개시되면 법령에 근거한 청문과 구술심리절차가 적용되며 특히 직권조사원칙에 의하여 결정위원회는 직권으로 모든 주요결정사안을 포괄적·중립적으로 조사할 수 있는 권한에 기반하여 심결절차를 진행하게 된다. 행정청은 그 의무에 합당한 재량에 따라 그 사안의 조사를 위하여 필요하다고 판단하는 모든 입증자료를 제공할 수 있으며, 연방망규제청은 일정한 요건을 갖춘 경우에 추가적으로 중요한 입증자료에 대한 압류권을 가진다. 또한

157) 전기통신기본법 제40조의2 제1항.

158) 전기통신기본법 제40조의3.

159) 방송통신위원회 재정규정(방송통신위원회 훈령 제43호) 제21조 제1항.

연방망규제청은 최종결정에 이르기까지 혹시 발생할지도 모를 예기치 않은 손해를 제거하기 위하여 ‘임시명령’을 발할 수 있는 권한까지 보유하고 있다. 특히 이러한 임시명령의 권한은 특히 매우 역동적이고 시간적 지연이 없는 경우에 수인해야 할 규제문제에 효과적으로 대응하는데 있어 현실적으로 대단히 큰 의미를 갖고 있다. 우리나라의 경우 심결 과정에서 방송통신위원회가 행사할 수 있는 법적 권한이나 조치 등에 대하여 명시적으로 구체적인 규정내용이 미흡하다는 점이 문제점으로 지적될 수 있다. 물론 헌법상 비례의 원칙에 근거한 일정한 제한과 한계가 적용되어야 할 것은 당연한 사실이지만, 당사자가 수궁할 수 있는 합리적인 결론을 도출하는 과정에서 그 심결주체가 되는 방송통신위원회의 법적 수단이 미비하다면 그 결론의 타당성과 설득력마저 상쇄될 우려가 있다는 점에서, 독일의 사례를 면밀히 참고하여야 할 것이다. 또한 준수법적 절차로서 청문과 심리의 방식 등에 대해서도 명시적으로 규정하여 심결절차를 보완하는 작업이 이루어져야 할 것이다.

또한 독일 통신법의 법집행절차에서는 관련 대상자의 영업 및 거래상의 비밀에 대하여 충실한 보호 및 처리방식 등이 규정되어 있다는 점도 시사하는 바가 적지 않다. 특히 요금규제절차의 영역에 있어서 규제대상인 기업은 정례적으로 경제성 평가, 사업모델, 가격전략, 이익상태 또는 그에 유사한 민감정보자료를 제출할 의무가 있다. 이러한 정보자료는 다른 절차참여자에 대하여 그 결정에 엄청난 도움이 되고, 개별사안에 있어서 혁신적인 서비스공급의 경제적 성과에 대하여 결정적인 것이 될 수 있다. 따라서 독일 통신법은 상술한 것처럼 영업 및 거래상 비밀유지를 위하여 연방행정절차법상의 일반규정에 대한 보충적 규정을 두고 이를 보다 확고하게 보호하고 있다. 더 나아가 연방망규제청의 결정에 대한 사후권리구제절차에 있어서도 이러한 영업 및 직무비밀의 보호원칙은 확고하게 유지되고 있다. 그리고 이러한 영업 및 직무비밀의 유지와 관련한 이익의 조정이 소위 관사실내부절차의 형식으로 결정되도록 하여, 진행 중인 재판절차에서 논란이 되는 영업 및 직무비밀과 관련된 자료들의 제출여부를 실무상으로 효율적으로 조정하고 있는 점도 특기할 만한 점이라고 하겠다. 그리고 연방망규제청의 결정에 대한 불복절차와 관련하여 해당 결정에 대한 이의제기와 소송제기가 집행정지의 효력을 가

지지 않도록 하고 있는 것도 독일 통신법의 특징적인 사항이다. 행정심판이나 취소소송의 제기에 있어서 집행정지효를 인정하는 연방행정법원법 제80조 1항이 통신법 영역에 적용되지 않도록 하여 연방망규제청에 의한 행정행위의 실행가능성을 충실하게 확보하고 있는 점도 참고하여야 할 것이다. 이는 독일 통신법이 당사자의 사익보다는 일단 통신법상의 공익추구에 보다 큰 비중을 두고 있다는 사실을 간접적으로 증명하고 있다고 해도 무방하다. 당사자의 권리구제방법이 모두 소진될 때까지 정책의 집행을 늦출 수 없다는 취지에서 이러한 집행정지효의 예외를 인정함으로써 연방망규제청에 의한 행정작용의 유연성·효율성을 증가시키고 있는 것이다. 통신법상의 법집행절차의 효율성을 제고한다는 측면에서 이러한 규정의 취지는 일정한 시사점을 주고 있다고 하겠다.

무엇보다도 행정절차의 기본법이 되는 연방행정절차법상의 규정들을 적극적으로 해석·적용하여 통신법상의 흠결을 보충하고 있는 독일의 사례는 우리에게도 중요한 시사점을 주고 있다고 할 것이다. 절차개시에 있어서 지켜야 할 준칙들, 청문과 구술심리 과정에서의 기본적인 사항들, 절차를 종결하는 여러 행정행위 형식들에 대한 내용, 엄격한 이유제시의무를 부과하고 이에 따른 투명한 규제절차를 요구하는 등 통신법 이외에 관련되는 기본적인 법률들을 적극적으로 적용시킴으로써 통신법만으로 충족시키지 못하는 사항들을 포괄적으로 아우르고 있다. 우리나라의 경우 아직 방송통신분야에서의 심결절차와 관련한 근거법령의 정비가 미흡한 실정이라고 할 수 있는바, 독일의 경우처럼 관련 법률들의 규정 내용들을 적극적으로 검토·반영하여 법치주의원칙에 기반한 법집행절차가 체계적으로 자리잡을 수 있도록 하여야 할 것이다. 물론 독일의 통신법상 법집행절차가 완벽한 것이라고 할 수는 없지만, 이들이 추구하고 있는 통신법제의 추진 양상이 던져주는 이와 같은 여러 시사점들을 바탕으로 우리나라도 당사자의 권리를 최대한 보장하면서도, 통신법상 추구되어야 할 공익이 효과적으로 달성될 수 있도록 관련 절차를 보다 적극적으로 보완하고 개선해 나가야 할 것이다.

이러한 측면에서 법집행권한, 즉 준사법권한은 규제기관의 사명과 목적, 임무 및 산업의 특성에 비추어 적절하게 행사되어야 한다는 것이다. ARCEP의 법집행

절차와 CSA의 법집행절차는 매우 유사하나 앞에서 본 바와 같이 차이가 존재한다. 전반적으로 CSA의 법집행절차가 신속하게 진행된다. 방송법은 약식절차도 규정하고 있다. 조사관의 경우에도 CSA는 실무그룹의 장 또는 부위원장인 위원들이 조사관의 역할을 한다. 절차진행방식에도 차이가 존재한다. ARCEP의 법집행절차와는 달리 CSA의 제재절차나 분쟁해결절차에 관한 내부규칙을 자세히 살펴보면 각 단계별로 절차의 종료를 고려하도록 하는 장치를 마련해 두었다. 이와 같은 차이는 방송과 통신의 규제 실무와 산업적 특성을 반영한 것으로 이해된다. 따라서 우리 방송통신위원회의 경우에도 방송과 통신에 관한 법집행절차를 개선하거나 새로이 설계할 때 방송과 통신 모두에 적용되는 하나의 법집행절차를 설계하겠다고 하기 보다는 법집행절차의 기본 틀과 적용되는 원칙은 동일하나 산업과 시장의 특성 및 규제의 목적 등을 고려하여 비록 차이는 존재하지만 그 산업에 가장 적절한 법집행절차로 개선해 나가는 것이 바람직할 것이다.

또한 이용자 민원처리절차의 개선, 절차의 공개를 통한 절차의 정당성 확보, 준사법절차의 도입, 동시관할권 도입의 문제, 연구기관과의 연계 확대 등도 심도있게 고려되어야 할 문제이다.

제2절 방송통신위원회의 법집행절차에 대한 시사점

1. 방송통신위원회의 심결절차 현황

현재의 방송통신위원회의 법집행모델을 방송통신관련법령의 규정과 방송통신위원회의 “방송통신사업 금지행위에 대한 업무처리 규정”을 중심으로 검토해 보기로 한다. 방송통신위원회의 법집행절차는 주로 전기통신사업법 제36조의3, 방송법 제76조의3, 인터넷멀티미디어방송사업법 제17조, 제20조에서 규정하고 있는 금지행위에 위반한 방송통신사업자들의 행위에 대한 것이다. 이러한 금지행위에 대한 제재처분이나 시정명령을 하는 절차에 관한 개별법상 규정으로 이 글의 주제와 직접 관련되는 것은 ‘청문’을 의무적 절차로 정하는 규정이 유일한 것으로 보인다. 이

규정들에 의해 청문이 의무적으로 요구되는 경우는 다른 법률에서와 마찬가지로 권리의 박탈에 해당되는 허가나 승인의 취소, 사업의 폐지에 한한다.¹⁶⁰⁾ 이 규정들은 청문절차 진행의 구체적인 내용에 대해서는 아무런 규정을 두고 있지 않으므로, 행정절차법의 규정에 따라야 할 것이다. 청문이 규정되지 않은 영업정지처분이나 시정명령처분의 경우에는 최소한 행정절차법상 비정식처분절차에 해당하는 의견제출절차를 거쳐야 하고, 방송통신위원회가 직권으로 필요하다고 판단하는 경우 청문을 실시할 수도 있다.

금지행위에 대한 법집행절차의 구체적인 사항은 “방송통신사업 금지행위에 대한 업무처리 규정(방송통신위원회 훈령 제9호)”에 규정되어 있다. 금지행위에 대한 조사는 신고 또는 방송통신위원회 실·국의 사실조사요청이 있는 경우 이용자네트워크국장(현재 명칭은 이용자보호국장, 이하 ‘국장’이라 함)이 소속공무원을 ‘조사관’으로 지정하여 실시한다. 조사관은 조사에 착수하는 경우 ‘심판관리담당공무원’에게 이 사실을 통보하고 사건번호등을 부여받아야 한다. 조사과정에서 위원회는 사업자에게 자료나 물건의 제출명령, 당사자 또는 이해관계인의 출석요구, 현장조사 등을 할 수 있다. 조사관은 조사를 마친 후에는 조사보고서를 작성하여 국장에게 보고한다. 국장은 조사보고서를 검토하여 증거 부존재, 시정조치 불필요, 시정조치의 이행 확보가 불가능한 사유의 존재 등이 있을 때는 조사절차를 종결할 수 있다. 그 밖의 경우에는 국장은 조사보고서를 근거로 시정조치안을 작성하는데, 이에는 증거자료를 첨부하여야 한다. 이 시정조치안에는 “이는 이용자네트워크국의 조치의견으로서 위원회를 기속하지 아니 한다”는 문구를 명백히 기재하도록 하고 있다.

위원회는 이렇게 작성된 시정조치안에 대하여 피심인의 의견을 들어야 한다. 위원회는 늦어도 의견진술지정일 10일 전까지 피심인에게 시정조치안과 증거자료 목록을 송부하여야 한다. 피심인은 위원회가 지정한 의견진술일에 출석하여 의견을 진술하거나 서면으로 의견을 제출할 수 있으며, 증거자료도 함께 제출할 수 있다. 국장이 시정조치안에 피심인의 의견진술내용을 첨부하여 위원회에 심의·의결안건으로 이를 보고하면, 위원회는 이를 의결하기 위하여 필요한 경우에는 국장의

160) 전기통신사업법 제89조, 방송법 제101조 (이에는 재허가 또는 재승인 거부가 포함됨), 인터넷 멀티미디어 방송사업법 제24조의2 참조

검토보고, 이해관계인들의 의견진술, 관련 전문가의 의견진술 등의 절차를 거칠 수 있다. 위원회는 재적위원 과반수의 찬성으로 시정조치안을 심의의결한다. 위원회는 사실의 오인, 법령의 해석이나 적용의 착오, 조사관의 조사종결이 있는 후 새로운 사실 또는 증거의 발견이 있는 경우 등에는 조사관에게 당해 사건에 대한 재조사를 명할 수 있다. 위원회의 과징금 부과조치에 대하여 불복이 있는 자는 그 처분의 통지를 받은 날부터 20일 이내에 위원회에 이의신청을 할 수 있고, 위원회는 이에 대해 60일 이내에 재결을 하여야 한다.

방송통신위원회의 법집행절차의 구조에 있어서 이용자보호국장의 역할을 어떻게 볼 것인가? 첫째, 국장은 범위반행위에 대한 조사부터 심의의결절차에 이르는 법집행절차를 총괄하는 역할을 하는 것으로 보인다. 둘째, 피심인의 의견진술은 시정조치안이 작성된 후 위원회가 듣도록 되어 있으므로, 국장이 청문주재자로서의 역할을 하는 것도 아니다. 셋째, 국장은 내부적 탄핵주의 구조를 만들 수 있는 소추자로서 기능을 가지는가? 국장이 조사절차를 총괄하고 시정조치안을 만들어서 위원회에 제공한다는 점은 소추자를 연상시키지만, 국장이 피심인과 대립하는 당사자로 역할하는 절차는 없으므로 소추자의 기능을 한다고 보기는 어렵다. 국장의 역할은 본질적으로 피심인과 대립하는 소추자로서의 역할이 아니라 위원회와 같은 편에서 위원회를 보좌하는 기능이라 할 수 있다. 따라서 국장 - 위원회 - 피심인의 3면구조가 아니라 국장 · 위원회 - 피심인의 2면구조로 보인다.

한편, 시정조치안의 작성에 있어서 국장은 직권주의적인 조사절차에서 얻은 정보를 기초로 피심인의 의견진술을 듣기 전에 작성된다. 따라서 미국 FCC의 정식 처분절차처럼 당사자의 반대신문권이 보장되어 있는 청문에서 나온 자료만을 기초로 작성되는 것과는 거리가 멀다. 그리고 일단 작성된 시정조치안에 대한 의견진술도 의사결정자인 위원회에 대한 피심인의 편면적 의견전달에 가깝고 대심적 절차와는 거리가 멀다. 위원회는 직권으로 필요하면 국장, 이해관계인, 관련전문가의 의견을 들을 수 있으나, 이 때 피심인을 참석시켜 반론·반증을 제출할 수 있도록 해야 한다는 규정은 없다. 따라서 위원회는 피심인과 관계없이 입수가능한 모든 자료를 처분의 근거로 삼을 수 있다.

사건에 대한 당사자의 처분권과 관련하여 업무처리지침 제17조를 보면, 위원회

는 “범위반의 정도가 경미하거나 피심인이 위반행위를 스스로 시정하는 등 시정조치의 실익이 없는 경우에는 경고를 의결할 수 있고, 경고를 의결한 후 동일한 위반행위가 반복되는 경우에는 과징금 부과시 가중사유로 참작할 수 있다”고 규정하고 있다. 이 규정은 형식적으로는 피심인인 당사자의 처분권을 인정하고 있다고 할 수 없다. 또한 행정청이 일방당사자의 지위를 갖지 않으므로, 이는 행정청의 직권주의적 재량권의 행사로서의 성질을 갖는 것이지, 당사자의 처분권을 인정하고 있다고 할 수 없다. 다만, 사실상 피심인과의 협의에 의해 운용되고 있을 가능성은 있으며, 이 경우 비공식적으로 당사자의 처분권이 인정되고 있다고 할 수 있다. 이를 ‘공식적 직권주의 하의 비공식적 대심주의적 요소’로 파악할 수도 있겠다.

종합하면, 방송통신위원회의 금지행위에 대한 업무처리절차는 규문주의와 직권주의적 구조를 가진 절차이다. 또한 시정조치안에 대한 의견진술절차 등은 FCC의 제재처분에 대한 비정식절차와 구조가 유사하다.

2. 대심주의 요소의 점진적 도입

방송통신위원회의 법집행절차를 준사법절차에 더 가깝게 구성하고자 하는 가장 중대한 이유는 ‘공정성’일 것이다. 공정성의 제고를 위해 필요한 범위에서 준사법절차적 요소를 도입하되, 법집행절차에 있어서는 정책적 전문성과 효율성, 그리고 위에서 본 절차적 문화 등과 조화되는 방식으로 도입해야 할 것이다. 그 단계로서 다음과 같은 것을 생각해 볼 수 있다.

첫째, 현행 행정절차법의 해석상 허용되는 절차를 최대한 이용한다. 우리 행정절차법에도 독립적인 청문주재자가 주재하는 청문절차가 있고, 당사자의 의견 및 증거제출에 관한 규정도 있다. 청문주재자의 ‘공정성’ 확보를 위해 내부에 국한되는 기능분리를 하는 것도 허용된다고 해석할 수도 있다. 그리고 청문절차가 직권주의에 의해 진행되어 당사자에게 충분한 질문이나 반대신문의 기회가 제공되지 못하는 경우, 처분의 이유제시를 상세히 함으로써 이후 그 처분에 대한 행정소송에서 처분의 이유에 대한 당사자간 공방이 충실히 이루어지도록 하여 그 기회를 보완할 수 있다.

둘째, 대심주의적 요소의 도입은 그 절차에서 당사자의 역할을 증가시키고 강화시키는 것을 의미한다. 대심주의적 요소 중 당사자의 역할은 절차에 대한 참여권과 그 사안에 대한 처분권 행사로 구분될 수 있다. 절차에 대한 참여는 다시 주장 및 증거제출과 상대방의 그것에 대한 반론과 반대신문 등으로 구분해 볼 수 있고, 후자가 전자보다 더 적극적인 형태의 참여라 할 수 있다. 그리고 당사자의 절차참여권보다는 처분권의 행사가 더 적극적인 당사자의 역할이라 할 수 있다. 그렇다면 대심주의적 요소의 도입에 있어서도 당사자의 주장·입증행위 → 당사자의 행정청에 대한 반대신문 → 당사자의 처분권 행사 등의 순으로 점진적으로 진행되는 방안을 생각해 볼 수 있다. 이를 통해 직권주의적 문화와 점진적으로 조화를 꾀할 수 있고, 당사자들의 참여 능력과 환경도 배양할 수 있다.

셋째, 방송통신위원회 내의 기능분리에 관해서는 처분절차에서 방송통신과 관련된 정책적 결정이 이루어져야 할 필요성이 하나의 중요한 기준이 될 수 있다. 만약 개별 처분절차에서 새로운 쟁점에 대한 정책적 결정이 이루어지는 경우가 많다면, 정책 문제에 대해 중립적인 청문주재자의 결정이 존중받아야 할 이유는 감소하고, 따라서 엄격한 기능분리를 지향할 이유도 없게 된다. 이에 반해 개별 금지행위에 관한 정책적 결정이 사전에(행정입법이나 그간의 심결례등을 통해) 대부분 이루어져 법집행절차에서는 그 기준을 중립적으로 적용하면 되는 경우에는 기능분리를 통한 공정성 확보가 가능하고 바람직하다. 따라서 기능분리를 지향할 이유가 커진다. 또한 방송통신위원회가 방송통신시장에 대해 얼마나 능동적 또는 적극적으로 개입할 것인가의 문제도 관련이 없지 않다. 민사소송절차처럼 시장의 문제에 대해 수동적으로 개입하게 되는 경우에는 기능분리를 통한 공정한 판정의 필요성이 크지만, 방송통신시장에서 규제를 통해 경쟁환경을 조성하는 등 적극적으로 개입하게 되는 경우에는 기능분리가 도리어 적절치 않게 될 수도 있다. 이러한 측면에서 모든 시장을 대상으로 상대적으로 소극적으로만 개입하는 공정거래위원회와 특히 방송통신시장만을 대상으로 방송통신서비스의 공익성 보장을 위해 적극 개입하는 방송통신위원회의 법집행절차는 다르게 보아야 할 필요가 있다. 방송통신위원회의 법집행절차 중에서도 사안이 사업자간 경쟁규제에 관한 것인지, 사업자와 이용자간의 이용자보호에 관한 것인지에 따라 공정성과 당사자의 능력

이 다를 것이므로 절차도 달라져야 할 것이다.

종합하면, 방송통신위원회의 법집행절차의 개선방향은 일률적으로 준사법절차적 요소의 도입을 지향하기 보다는 행정절차의 본질과 이를 둘러싼 문화에 대해 고려하면서 필요적절한 부분을 점진적으로 변화시켜 나가야 할 것이며, 우리 행정의 현실에서 법치주의를 구현해 나가는 방식, 다양한 상황과 필요에 대처하는 방식을 찾는 것이 그 핵심이 되어야 할 것이다.

[참고자료 1-번역자료]

EU Commission Decision of 23 May 2001
on the terms of reference of hearing officers in certain
competition proceedings

(notified under document number C(2001) 1461)
(2001/462/EC, ECSC)

유럽공동체 위원회(Commission of the European Communities)는,

유럽공동체를 설립하는 조약(Treaty establishing the European Community),
유럽석탄,철강공동체를 설립하는 조약(Treaty establishing European Coal and
Steel Community),

유럽경제지역공동체조약 (Agreement on the European Economic Area),

위원회의 절차규칙 (Rules of Procedure of the Commission), 특히 그 제20조를
고려하여

(1) 관계당사자들과 제3자가 그들의 이익에 영향을 미치는 결정이 이루어지기 전
에 의견을 전달할 수 있는 권리는 공동체 법의 기본원칙이다. 그 권리는 또한 ...

(2) 위원회는 그 권리가 경쟁법 집행절차에서 보장되도록 하여야 한다. 특히 유럽
공동체의 기본권 헌장(Charter of Fundamental Rights of the European Union)과
관련하여 그러하다.

(3) 그러므로 행정절차상의 행위는 경쟁법에 경험을 가진 자로서 그러한 절차의
객관성, 투명성, 효율성에 기여하기 위해 필요한 자격을 갖춘 자에게 맡겨져야 한
다.

(4) 위원회는 1982년 이러한 목적으로 청문주재관(hearing officer)의 직을 신설하였고, 그 직에 관한 세부 사항을 정하였다. 이것이 위원회 결정 94/810/ECSC, EC 1994년 12월 12일의 위원회의 경쟁법 집행절차에서 청문주재관의 역할을 정하고 있다.

(5) 청문주재관의 역할을 더 강화하고, 그 조건들을 경쟁법의 발전이라는 관점에서 응용하고 통합할 필요가 있다.

(6) 청문주재관의 독립을 확보하기 위하여 청문주재관은 행정적으로는 위원회의 경쟁담당 위원에 소속되도록 한다. 청문주재관의 임명, 해임, 전보에 관한 투명성이 증대되어야 한다.

(7) 청문주재관은 “Staff Regulations of Officials and the Conditions of Employment of Other Servants of the European Communities”에 포함된 규칙에 따라 임명되어야 한다. 그 규칙에 따라 위원회의 관료가 아닌 후보자도 대상으로 할 수 있다.

(8) 경쟁절차에서 청문주재관의 역할은 전체 절차를 통해 청문권을 보호할 수 있는 방식으로 정해져야 한다.

(9) 자연인에 대한 정보를 공개할 때에는 ‘EC 공공기관에 의한 개인정보보호에 관한 규정(Regulation (EC) No 45//2001 of the European Parliament and of the Council of 18 December 2000 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data by the Community institutions and bodies and on the free movement of such data)’에 대해 특별히 주의해야 한다.

(10) 이 결정은 위원회의 문서에 대한 접근을 허용하거나 배제하는 일반적인 규

칙을 변경하는 효력은 없다.

(11) 결정 94/810/ECSC 는 폐지한다.

제1조 위원회는 1 또는 그 이상의 청문주재관을 임명하여야 한다. 청문주재관은 EC 조약 제81조, 제82조, ECSC 조약 제65조 제66조, Regulation (EEC) No 4064/89 에 의거하여 위원회에서 열리는 경쟁법집행절차(competition proceedings)에서 청문권의 효과적인 실현이 이루어질 수 있도록 하기 위한 것이다.

제2조

1. 청문주재관의 임명은 유럽 공동체 관보에 공표되어야 한다. 임명에 대한 모든 중단, 종료, 또는 이전은 어떤 절차에 의하든 위원회의 이유를 제시한 결정으로 이루어져야 한다. 이 결정은 유럽 공동체 관보에 공표되어야 한다.

2. 청문주재관은 행정상으로는 위원회의 경쟁담당위원에게 소속된다.

3. 청문주재관이 활동할 수 없는 경우에는 위원회의 경쟁담당위원이, 필요한 경우 청문주재관의 의견을 들어, 다른 직원 중 당해 사건에 관여하지 않은 자로 하여금 청문주재관의 임무를 수행하도록 지명할 수 있다.

제3조

1. 청문주재관은 그 임무 수행에 있어서 경쟁법 규정을 현재 발효 중인 공동체 입법 및 유럽법원 이 선언한 법원리들에 부합하도록 효과적으로 적용할 필요를 고려하여야 한다.

2. 청문주재관은 그 사건을 조사할 책임이 있는 director로부터 결정의 초안이 경쟁담당 위원에게 제출되는 시점까지 그 절차의 진행에 대해 정보를 제공받아야 한다.

3. 청문주재관은 위원회의 경쟁법 집행절차에 발생하는 어떤 사안에 대해서도 경

쟁담당위원에게 의견을 제시할 수 있다.

제4조

1. 청문주재관은 EC 조약 제81조, 제82조, ECSC 조약 제65조 제66조, Regulation (EEC) 의No 4064/89를 집행하는 ‘규정’들에서 정한 청문을 이 결정 제5조에서 제 13조에 따라 조직하고 실시하여야 한다.

2. 그러한 ‘규정’들은 다음의 것을 말한다

- (a) ECSC 조약 제36조의 첫 번째 문단
- (b) Regulation (EC) No 2842/98
- (c) Regulation (EC) No 447/98

제5조

청문주재관은 청문이 올바르게 행해지고, 청문 자체 및 그에 따라 내려지는 모든 결정의 객관성에 기여하도록 할 의무가 있다. 청문주재관은 특히 위원회의 결정초안의 준비에 있어서 모든 관련 사실이 관련 당사자들에게 유리한가 불리한가를 떠나 적정하게 고려되도록 하여야 하고, 위반의 경중에 관련된 사실적 요소도 마찬가지이다.

제6조

1. 제3자가 청문을 신청하는 경우, 그가 자연인이건 기업이건 또는 자연이이나 기업의 단체이건 서면으로 제출되어야 하고, 신청서에는 신청인이 그 절차의 결과에 대해 갖는 이익을 서면으로 제시하여야 한다.

2. 제3자가 청문의 기회를 부여받아야 하는지 여부에 대한 결정은 책임있는 director의 의견을 물은 후에 내려져야 한다.

3. 신청인이 청문의 기회를 부여받아야 할 충분한 이익을 보이지 못한 경우에는 서면으로 그러한 판단의 이유를 제시받아야 한다. 그가 추가로 서면 의견을 제시할 수 있는 기한이 정해져야 한다.

제7조

1. 구두 청문에 대한 신청은 위원회가 신청인에게 보낸 통지문에 대한 신청인의 서면답변을 통해 이루어져야 한다.
2. 제1문에서 규정한 ‘통지문’은 다음과 같은 것을 말한다:
 - (a) 위반행위의 고지를 (communicating a statement of objections) 담은 통지문
 - (b) 청문에 대한 충분한 이익을 입증한 제3자의 서면 의견을 요청하는 통지문
 - (c) 신고인에게 위원회의 판단으로는 위반행위의 충분한 근거가 없다는 점을 알리며 신고인에게 추가 의견이 있으면 서면으로 제출하도록 하는 통지문
3. 신청인들이 구두청문의 기회를 부여받아야 하는가 여부에 대한 결정은 책임있는 director의 의견을 들은 후에 내려져야 한다.

제8조

1. 위 제7조(2)에서 열거한 통지문을 받은 기업 또는 자연인 협회나 기업 협회가 위원회가 보유한 문서 중에 자신에게 공개되지 않은 문서가 있고, 자신의 청문권의 적정한 행사를 위해 그 문서가 필요하다고 믿을 이유가 있는 경우에는 이유를 붙인 요청서에 의해 그 문서에 대한 접근을 요청할 수 있다.
2. 그러한 요청에 대해서는 이유를 부기한 결정이 이루어져야 하며, 그 결정은 신청인 외에 그 절차에 의해 영향을 받을 자에게도 통지되어야 한다.

제9조

기업의 영업 비밀에 해당하는 정보를 공개하고자 할 경우에는 이러한 의도와 그 이유가 서면으로 고지되어야 한다. 관련 기업이 서면으로 의견을 제출할 수 있는 기한이 고정되어야 한다.

관련 기업이 그 정보의 공개에 반대하고, 그러나 그 정보가 보호되지 않는 것으로 공개될 수 있다고 판단되는 경우 그 판단은 이유를 부기한 결정으로 이루어져야 하며 이 결정은 관련 기업에 통지되어야 한다. 그 결정은 그 정보가 공개될 날짜를 특정하여야 한다. 이 날짜는 고지일로부터 1주일 이상 이후라야 한다.

위 규정은 유럽 공동체 관보에 공표하여 정보를 공개하는 경우에 적용되어야

한다.

제10조

자연인, 기업 또는 자연인이나 기업의 단체가 제7조(2)에서 규정한 통지문에 대한 답변 기한이 지나치게 짧다고 생각하는 경우에는 그 기한 내에 이유를 부기하여 그 연장을 신청할 수 있다. 신청인은 그 신청의 결과에 대해 서면으로 고지받아야 한다.

제11조

청문주재관은 청문이 적정히 준비되도록 하고 특히 사실에 관한 쟁점이 가능한 명확히 되도록 하기 위해 적절한 경우에는 책임있는 director와 협의를 거쳐 청문에 출석을 통지받은 당사자에게 미리 청문주재관이 당사자들의 견해를 듣고자 하는 문제들의 목록을 전달할 수 있다.

이를 위해 청문주재관은 책임있는 director와 협의를 거쳐, 청문 자체를 준비하기 위해 청문에 출석을 통지받은 당사자들과 회의를 열 수 있고, 적절한 경우에는 위원회의 직원이 이 회의에 참석할 수 있다.

청문주재관은 또한 청문에 출석을 통지받은 당사자들이 청문을 위해 제안한(의견을 청한?) 사람들의 의견의 본질적인 내용을 사전에 서면으로 고지해 줄 것을 요구할 수 있다.

제12조

1. 청문주재관은 책임있는 director와 협의를 거쳐 청문의 날짜, 기간, 장소를 결정한다. 연기 신청이 있는 경우 청문주재관은 그 허가 여부를 결정한다.

2. 청문주재관은 청문의 진행에 대한 전적인 책임을 진다.

3. 청문주재관은 청문 중에 처음으로 제출된 문서가 수락되어야 하는지, 당사자들 대신하여 어떤 자의 의견을 들어야 하는지, 관계 당사자들의 의견을 별도로 청취하여야 하는지, 청문에 출석한 다른 자들이 참석한 자리에서 들어야 하는지를 결정하여야 한다.

4. 청문주재관은 적절한 경우 청문권의 보장을 위해 필요한 경우에는 책임있는 director와 협의를 거쳐 자연인, 기업, 자연인이나 기업의 단체에게 구두 청문 이후 추가적인 서면 의견을 제출할 기회를 부여할 수 있다. 청문주재관은 그러한 제출이 이루어질 수 있는 날짜를 정하여야 한다. 위원회는 그 날짜 이후에 접수된 서면의견에 대해서는 고려할 의무가 없다.

제13조

1. 청문주재관은 위원회의 권한있는 위원에게 청문권이라는 측면에 관해서 청문 및 그가 청문으로부터 도출한 결론에 대해 보고하여야 한다. 이 보고서상의 의견은 절차적 쟁점에 관한 것이어야 한다. 절차적 쟁점으로는 문서의 공개, 파일에 대한 접근, 위반혐의의견에 대한 답변의 기한, 청문의 적절한 진행 등이 포함된다.

보고서의 사본을 Director-General for Competition 및 담당 director에게 보내야 한다.

2. 제1문에 규정된 보고서에 더하여 청문주재관은 당해 절차의 향후 진행에 관한 의견도 포함할 수 있다. 이러한 의견들로는 추가적인 정보의 필요성, 어떤 혐의사실의 철회, 추가적인 혐의의 구성 등에 관한 사항들이 포함될 수 있다.

제14조

적절한 경우, 청문주재관은 위원회가 제1조에서 규정한 법령의 적용을 위해 개시

한 모든 절차에 관해 당사자가 제안한 약정(commitments)의 경쟁에 대한 효과를 평가하기 위해 실시한 조사(enquiry)의 객관성에 대해 보고할 수 있다. 이는 특히 답변자의 선택과 이용된 방법론에 관한 사항을 포함한다.

제15조

청문주재관은 당해 사건에서 자문위원회에 제출된 결정초안에 기초하여 제13조(1)에 규정된 청문권에 관해 서면으로 최종보고서를 준비하여야 한다. 이 보고서는 또한 결정초안이 당사자들이 의견을 제출할 기회를 가진 협의사항만을 다루고 있는지 여부에 대해, 그리고 적절한 경우에는 제14조의 의미 내에서 조사(enquiry)의 객관성을 검토할 수 있다.

최종보고서는 위원회의 담당 위원, Director-General for Competition, 담당 director에게 제출되어야 한다. 당해 보고서는 회원국의 관할기관에게 통지되어야 하며, EEA Agreement의 Protocol 23, Protocol 23에 따라 EFTA Surveillance Authority에게 전달되어야 한다.

제16조

1. 위원회가 개별 사건에 대한 결정을 하는 시점에 그 사건의 절차의 진행과 청문권 보장이라는 측면에서 모든 관련되는 정보를 완전히 알고 있는 상태에서 결정에 도달할 수 있도록, 청문주재관의 최종보고서는 위원회에 제출되는 결정초안에 첨부되어야 한다.

2. 청문주재관은 위원회가 그 결정을 채택할 때까지 결정초안에 대한 변경과 관련하여 최종보고서를 수정할 수 있다.

3. 위원회는 결정문과 함께 청문주재관의 최종보고서를 그 결정의 수령자에게 전달하여야 한다. 위원회는 유럽공동체관보에 그 결정문과 함께 청문주재관의 최종보고서를 공표하여야 한다. 이 때 기업이 영업비밀에 대해 가지는 정당한 이익이 고려되어야 한다.

제17조

결정 94/810/ECSC, EC는 폐지된다.

[참고자료 2-번역자료]

독일 BNetzA 절차의 구조와 세부사항

Christian Haupt, "Die Verfahren vor den Beschlusskammern der
Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post",
Wissenschaftlicher Verlag Berlin; Auflage: 1., Aufl. (1. Januar 2004)
발췌.

제 3부

결정위원회에 대한 절차의 구조와 진행

결정위원회절차에서의 규제기관과 규제대상들이 분석됨에 따라, 이제는 결정위원회를 통한 규제의 행정절차법상의 구성요소들에 초점이 맞춰지게 된다. 이 경우 대체로 어떤 기본적인 기능들과 요소들이 행정절차법의 특징이 되며, 이러한 기능들과 요소들이 어떤 방식으로 결정위원회의 절차에 영향을 미치는지가 설명되어야 한다. 따라서 의문시 되는 사항은, TKG 73조 이하의 절차규정들이 보장책임을 완수하기 위하여 어느 정도까지 행정절차법의 조직법(Systematik)에 삽입될 수 있는가 하는 점이다. 그러므로 중요한 것은, 통신법상의 보장행정(Gewährleistungsverwaltung)을 위한 절차규정들인, 정보통신법(TKG) 73조 이하를 분석하여 행정절차법(VwVfG) 제 9조 이하 그리고 VwVfG 제 63조 이하와 비교하는 것이다. 이 때 결정위원회절차가 어느 정도까지 법과 유사한 절차구상을 제시하는지를 확인하기 위해서, 경쟁제한금지법(GWB) 제 54조 이하에 따른 카르텔청의 결정분과에 대한 절차규정들과 행정소송의 절차규정들이 항목별로 고려된다.

이 규정들을 참고인용(Bezugnahme)하는 의미는, 행정절차법조직에서 TKG 73조

이하의 위치를 설정하는 문제가 TKG의 있을 수 있는 절차상 공백의 극복을 설명할 수 있다는 점에 있다.

A. VwVfG의 절차체계와 결정위원회절차에 대한 의미

결정위원회절차를 절차와 관련해서 분류할 수 있도록 하기 위해서는, 관청의 절차에 부여된 의미와 기본적인 특징들에 대한 확정이 필요하다. 그 의미와 기본적인 특징들은 결정위원회의 절차구조 역시 고려하고 있다.

I. 절차의 의미

절차의 의미를 확정하기 위한 토대는 -입법과 사법과 더불어서 실현되는 - 행정의 독립적인 기능 안에서 살펴볼 수 있다. 이러한 범위에서 행정에 부여되는 독립성은 본질적으로 법적 구속성(Rechtsbindung)을 통해서 안정된다. 행정행위(Verwaltungstätigkeit)에서는 단지 의회법의 실행만이 문제가 되는 것은 아니다. 행정에는 광범위하게 영향을 미치는 복합적인 법형성자격도 부여된다. 결정위원회가 내리는 결정은, 따라서 절차법에 이용되는 법 적용(Rechtsanwendung)의 결과이다. 이러한 법 적용의 목적은, 행정에 규정되어있는 법규를 개별 경우마다의 전제조건에 의거하여 구체화하는 것이다. 그러므로 행정절차를 통해서 이루어지는 자율적인 법형성은 구체적(gegenständlich)이다. 따라서 행정절차는 개념상으로 충분히 계획적으로 정리된 정보획득의 과정이자 정보가공의 과정이라고 이해될 수 있는데, 이 과정은 공권력(öffentliche Gewalt) 담당기관의 책임 하에 진행되며, 행정적인 결정들을 산출하는데 이용된다. 그러므로 행정행위는 특정한 사례들을 통제하기 위한 구체적인 조치들을 목표로 삼고 있다. 행정행위 안에 놓여 있는 법형성기능은 모든 행정적인 행위형식들을 포괄한다.

행정을 통한 법규의 구체화와 법형성이라는 키워드와 관련해서 행정절차법의 기본개념들도 파악될 수 있다. 그러나 이러한 책무요약(Aufgabenskizzierung)에 따라 행정절차법에 총괄적으로 부여된 기능들은 여러 방면으로 나타나며, 일부는

겹쳐져 있기도 하다. 고려되어야만 하는 절차의 진행이 투명하게 그리고 통일적으로 확정되어 있다는 점에서, 우선 행정의 적법성이라는 영역으로 분류된다. 이러한 방법으로 정리되어진 - 절차법의 질서기능(Ordnungsfunktion)을 보여주는- 절차의 진행은 법적 안정성(Rechtssicherheit)에도 도움이 된다. 관계자의 관점에서는 주관적인 권리구제기능이 생겨난다. 이와 더불어 행정절차법에 도움이 되는 기능이 실질법의 보호라는 책무로부터 도출된다. 이는 객관적인 기능이라고 생각할 수 있다. 이러한 점에 초점을 맞추면 절차를 통한 실질법의 완성과 이익의 인지가 중요한 자질들이 된다. 또한 이와 관련하여 행정절차의 수용(Akzeptanz)이 달성가능한 목표로 평가된다. 그러나 관청의 결정을 수용하는 것은 보충적인 기능으로 이해될 수 있다. 절차를 통한 적합한 결정의 발견과 이익의 인지가 매우 중요하다. 이 점에 있어서 행정절차법은 - 절차규정들에 나타나있는 질서목표의 결과로서의 - 실질적으로 적합한 실체적 판단(Sachentscheidung)을 위한 보장기능도 이행한다.

이미 언급된 행정절차법의 의의는 헌법과 관련해서도 살펴보아야 한다. 만일 - 절차법을 통해서 달성되어야 하는- 개개인의 효과적인 기본권보호가 중요하다면, 이는 우선 실질적인 관점에서 인정된다. 그 외에도 기본권들은 막대한 절차법적인 내용을 가지고 있으며, 이 경우 주로 참여자들의 지위를 규정하고 있다. 이 때 이러한 효과에 있어서 결정적인 것은, 자유권, 평등권과 민주적, 법치주의적 그리고 사회적인 기본법의 준칙들에 대한 요구사항이다. 절차법은 따라서 헌법상의 권리가 구체화되어진 것이라고 설명된다. 절차법의 본질적인 특징은 그와 관련된 질서기능이다.

II. 법치국가원리와 기본권의 절차관여성

I. 법치국가원리의 영역

GG 제 20조 3항에 근거를 두고 있는 법치국가원리는 모든 행정절차에 있어서 특히 중요한데, 이 원리는, 이른바 연방헌법재판소(BVerfG)의 판결에서처럼, 기본

법(GG)의 기본원리들 가운데 하나를 표시하고 있다. 이와 관련하여 법치국가원리의 특별한 구체화로서 행정법에서 절차사상의 확산이 나타난다. 이로부터 근본적으로, 절차들은 법치국가적 요구사항들을 충족시켜야만 하며, 그렇게 해서 고유의 법치국가적 의미를 가지게 된다는 점이 도출된다. 이는 두 종류의 관점에서 영향을 미친다: 하나는 실질적인 법률 관계에 대해서 예를 들어 이는 법률유보의 적용을 설명하고 있다는 점이며; 다른 하나는 절차행위를 위한 이러한 헌법규범의 표현으로부터 -절차행위들 역시 자의금지의 원칙, 비례성원칙과 신뢰보호원칙을 기준으로 삼게 되는 - 기본권들과 헌법상의 기본원칙들의 효과가 생겨난다는 점이다. 이 때 그 효과가 뚜렷하게 나타남으로 인해 게 된다. 따라서 법치국가원리에 포함된 행정의 적법성원칙은, -개별 절차규정들을 통해서 구체화될 수 있는- 공정한 절차의 절차법적인 효과로 이어지며, 무기평등성으로 그리고 행정절차를 상황에 맞게, 적합하게 그리고 추정가능하게 진행시킬 수 있도록 유도된다. 법치국가의 절차명백성이 실현될 수 있도록 해준다. 이러한 점에서 이를 확정하고 있는 작용의 기준은, 시민을 단순한 관청 결정의 대상으로 삼지 않는 것이다. 이는 절차법적인 견해에서 본다면, 법치주의적 요구사항들을 만족시키는 관련자들의 참여, 예를 들면 법적인 공청의 보장을 조건으로 한다. 이러한 입장에서 행정의 기능성과 효율성이라는 공익과 이에 대립하고 있는 참여자지위 간의 긴장관계가 드러나게 되는데, 이 두 가지 대립적 원리들에 대한 이해관계조정을 통해서만 법치국가적인 절차요구사항들이 유지될 수 있다.

이로써 모든 절차는 법치국가원칙을 기준으로 삼는다는 점이 제시된다. 그러므로 법치국가원칙은, 상황을 포괄적으로 해명하고, 참여자들의 참여를 보장하며, 그 결정을 고지하고, 설명해야할 책임이 있다.

2. 기본권의 절차참여성

법치국가원칙 자체로부터 직접 도출되는 절차요구사항들과 더불어 기본권의 절차참여성이 강력하게 드러나는데, 왜냐하면 특히 절차를 통한 기본권의 보호는 절차의 형성방식을 확정할 수 있게 되고, 따라서 혹시 있을지도 모르는 절차상의 공

백은 기본권 침해의 근거가 될 수 있기 때문이다. 주관적인 권리로서의 기본권은 특히 국가에 대한 시민의 방어권이기 때문에, 근본적으로 행정의 책임은, 개개인의 자유에 부당하게 개입하는 것을 중지시키고, 적법하지 않은 개입으로 인해 발생한 결과들을 제거하는 것을 목표로 하고 있다. 그러나 이러한 점으로 제한하여 이루어지는 기본권의 이해는 만족할만하지 않은 것으로 확인된다. 그 사이에 기본권에는 절차법적인 의미가 인정되었는데, 그 의미는, 가령 망명자피보호권에서 명시된 것과 마찬가지로 단지 절차를 통해서만 효력을 가지게 되는 그러한 기본권들에만 적용되는 것은 아니다. BVerfG의 판례가 이러한 진전에 결정적으로 도움이 되었다. 그 출발점은 법정 절차의 기본권관여성에 대한 BVerfG의 확인이었다. 이에 따라 효과적인 권리구제에 대한 청구권이 자유기본권에 부여되었으며, 이리하여 기본권이 법정 절차에 충분히 영향을 미치게 된다. 따라서 이 경우 전적으로 법정 절차의 경우에만 기본권의 관여성이 인정되고, 확정된다는 점은 포기된다. BVerfG는 기본권이 절차에 영향을 미친다는 이러한 이해를 행정절차에도 전용하였다. 이 경우 1979년 12월 20일의 Mühlheim-Kärlich-결정이 대단히 중요한데, 그 결정의 핵심은, 절차의 시작으로 인해 그 기본권이 제한될 수 있는 사람들에게 절차가 진행되는 동안에 -기본권보호에 해당되는- 법익들(Rechtsgüter)을 효과적으로 관철시키기 위하여 필요한 모든 절차권리를 보장한다는 법원의 견해이다.

그러나 기본권들에 절차법적인 의미가 인정되고, 관청의 결정과정에 중대한 의미가 부여된다는 점을 확인하는 것으로부터, 기본권의 절차법적인 의미가 개별 경우들을 구체화하고 있는 표현형(Ausprägung)에 포함되어 있다는 점을 포괄적으로 유도해낼 수는 없다. - 달리 말하자면 - 이로부터 개별 경우들에 적용될 수 있는 모든 표현형들을 일일이 열거하면서 그 적용을 확인하는 것은 불가능하다. 오히려 개별사안과 관련된 세분화가 실행되어야 하는데, 이러한 세분화는 위험해진 법익의 종류, 개입의 정도와 법익침해의 개연성을 기준으로 삼는다. 이에 대한 척도로써 그때마다의 법익의 보호가 원용될 수 있다. 따라서 화제가 되고 있는 기본법상으로 보호되어야할 법익이 중요해지는 만큼, 절차참여자의 입장은 강화된다.

포괄적으로 관찰해보면, 절차법적인 기본권이해를 통하여 또 다른 결론이 제시된다: 근본적으로 인정될 수 있는 기본권의 절차관여성은, 불리한 법적 결과를 가

지지 않는 절차권침해를 인정하는 것이 무제한으로 허용되지 않음을 의미한다. 이는 가령 VwVfG 45조, 46조에서 나타나는데, 헌법적인 관점에서 보면 이 법조항들에서는 제한적인 해석이 제의된 것으로 나타난다. 따라서 고려되어야 할 사항은, 만일 자유권의 허가가 절차법상의 최소보호를 제시하지 않는다면, 자유권의 허가는 공전(Leerlauf)의 위험에 처하게 된다는 점이다. 말하자면 절차법에 대한 기본권관련성을 인정하는 것은, 절차법의 침해에서 -헌법소원(Verfassungsbeschwerde)를 이용하여 공격받을 수 있는 - 기본권의 침해를 보게 될 가능성으로 이어진다. 규정에 맞는 행정절차들에 대한 요구들은 따라서 시종일관하게 헌법자체를 기준으로 삼는다. 이러한 점에서 행정절차법에 대한 헌법의 관련이 분명해진다.

3. 절차의 개념과 기본원칙

절차의미에 대한 분석에 이어서, 결정위원회의 행정행위를 절차와 관련하여 구조화하고, 그를 위해 행정절차의 포괄적인 개념을 정의하고자 시도해 볼 때 분명해지는 점은, 이러한 일들이 어렵다는 것이다. 그러나 판결과 문헌에서는 이에 대한 정의가 부족하지는 않다. 그럼에도 불구하고 기초가 되고 있는 것은, 행정절차에 대한 통일된 개념을 찾아낼 수는 없다는 점이다. 따라서 행정절차법상의 관점에서 결정위원회절차를 이해하기 위해서는, 우선 헌법상의 그리고 행정법상의 개념정립(Begriffsbildung)에 대한 모사가 필요하다.

a. 헌법상의 지칭

헌법에 설계되어 있는 절차개념에 대한 결합점으로는 단지 GG 제 84조 1항만이 있을 뿐이다. 이 규범을 통해서 주 고유의 행정에 관한 규칙이 구체화된다. 그러나 그 안에 포함된 행정절차의 개념을 헌법상의 관점에서 정의하려는 시도가 문제없지는 않은 것으로 증명된다. 헌법상의 행정절차개념은 넓게 해석되는데, 단축해서 표현하자면 행정관청들의 절차, 즉 행정작용의 방식으로 표현되며, 우선적

으로 구분의 특징으로써 행위기관에 맞추어진 것이다. 이에 대해 공식적으로 발표된 판례는 통일적이지 않은 것으로 드러나며, 개개의 절차규칙들을 행정절차의 구성요소들로 설명하고 있다. 게다가 판례는, 국가의 임무가 변하기 때문에 그리고 행정의 영역에서의 성취를 위한 수단이 변하기 때문에 일반적으로 통용되는 개념규정이 가능할 것이라고 간주하기는 어려우며, 따라서 그 해석에도 바로 이러한 제한이 부가되어야 한다고 지적하고 있다. 따라서 GG 제 84조 1항에서 말하는 행정절차에 관한 규정들은, 바로 그 행위형식을 포함하는 해당 법의 수행 방식, 관청의 의사결정의 형식, 결정을 준비하고 검증하는 방식, 해당 결정의 실현과 성취 및 결정이 진행되는 과정에서의 행정 내부의 협력과정과 관리과정을 고려하여 행정행위들을 조정하는 그러한 규범들이다.

따라서 헌법상의 지침을 고려하는 것은, 절차법적인 관점에서보다는 오히려 조직법적인 관점에서 행정절차의 개념을 정의하려는 시도를 보여준다. 이러한 점에서 개념규정을 목적으로 하는 절차법적인 단서에 대한 구체적인 기준은 유익하지 않다.

b. 행정법상의 지침들

행정법상의 관점에서의 행정절차의 개념규정은 이와는 다르게 나타난다. 이 경우에는 행위형식을 고려하여 절차개념에 윤곽을 부여하는 경향이 생겨난다. 외적으로 영향을 주는 행정의 행위형식들로는 통상적인 경우 행정행위(Verwaltungsakt)와 행정계약(Verwaltungsvertrag)이 있다. 행정행위를 기준으로 삼는 것이 행정절차의 개념규정에 있어서 우세하게 되었다. 이러한 점에서 우선 윤곽이 없는 광범위한 행정절차의 개념은 VwVfG 제 9조의 법률 정의에 의거하여 어느 정도 자세히 논해질 수 있다. 이에 따르면 행정절차는 외적으로 영향을 미치는 관청의 행위로 설명될 수 있는데, 이 경우 관청의 행위는 특정 행정행위의 전제조건에 대한 검증, 해당 행위의 준비와 발령(Erlass) 또는 공법상의 계약체결을 목표로 한다. 이 경우, 원문표현이 규정하고 있는 것처럼, 행정행위나 공법상의 계약이 발령되지 않을 수 있다. 이러한 한에서, 그러나 발령을 포함할 수도 있을

국가 작용의 목표가 규정적이다. 따라서 개념정립을 위해 구체적인 실체적 판단(Sachentscheidung)을 기준으로 삼게 된다.

행정행위의 발령이 가능한 행위형식과 관련하여 구체적이라면, 이러한 발령은 - 구체적인 경우들에 대한 통제에서 관찰되는 - 실질법상의 기능과 더불어 절차법상의 기능도 드러내 보이는데, 이는 절차행위로서의 해당 발령은 절차를 종결시키고, 존속력으로 나타날 수 있기 때문이다. 그러나 행정행위의 중점은 실질법상의 결정효과에 있다.

따라서 VwVfG 제 9조 이하에서의 규정은 행정절차에 대한 일반적이면서도 광범위한 개념을 사용하는 것이 아니라, 오히려 그 개념을 의도적인 결정의 방향으로 제한하고 있다. 이 경우 VwVfG의 적용영역이 확정되는 동시에, VwVfG의 절차기본원칙의 적용 역시 확정된다. 따라서 행정의 행정행위의 발령 또는 공법상의 계약의 체결에 맞추어지지 않은 모든 행위형식들은 VwVfG의 적용영역에서 제외된다. 따라서 행정사법상의 처리행위, 국가의 처리행위나 행정부의 입법(Rechtsetzung) 등은 VwVfG에서 의미하는 행정절차들이 아니다.

체계적인 관점에서 볼 때 이러한 법률적 지침들로부터, VwVfG의 적용영역 이외에서는 이 원문표현의 적용을 요구하지 않는다는 점이 도출된다. 이는, 이러한 정의에 기반을 두고 있는 일반적인 개념규정이 유익하지 않음을 의미한다. 따라서 구체화는 필연적으로 각 규정의 목적과 관련성에 의존하고 있다.

이는 행정절차에 대한 이러한 정의가 오히려 실질적인 관찰방식을 통해서 형성되어짐을 보여준다. 이러한 관찰방식은 행정작용의 결과에 의해 정해지며, 실질적으로 행정행위가 구체적인지에 주목한다. 이에 대한 연결점은 의도된 실체적 판단이다. 그러므로 VwVfG 제 9조와 관련해서, 보다 좁은 의미의 절차개념이 중요하게 다루어진다. 이는 이러한 정의가 전적으로 행정내부의 작용들을 제외하고 있다는 상황으로 인해 분명해진다.

이러한 유형들에 대한 -일반적인 규정들을 부분적으로 제한하고 보충해주는- 영역고유의 개별법령들이 존재하는 한 그리고 그와 더불어, 예를 들어 건축법의 경우에서와 마찬가지로, 완전한 절차규칙들이 마련되는 한에서, 그 밖의 VwVfG 적용영역 외부에서의 여러 차원의 행정절차를 포괄하는 법률 규칙은 존재하지 않

는다. 예를 들어 건축법과 더불어 BImSchG가 나타나는 경우처럼 특별한 절차규범이 존재한다면, 이 절차규범은 VwVfG의 적용영역을 제외하고, 우위를 요구한다는 점이 전체적으로 인정된다.

확인되어야 할 사항은, 포괄적인 행정절차개념은 존재하지 않는다는 점이다. 개념규정을 위한 헌법상의 출발점은 조직법상의 시각이다. 그에 반해 일반적인 행정절차법은 특정한 절차개념을 사용하는데, 이 개념은 외부영향력을 가진 국가의 행위형식을 기반으로 하고 있다. 따라서 이러한 개념정립은 관청작용의 목적에 의해 정해지는 것으로 증명된다.

4. 결정위원회절차에 대한 결론

행정절차는 우선, 실질적인 권리의 실현을 목적으로 하는 실제 과정이다. 이러한 한에서 절차권은 그 목적을 관철시키려는 수단이라고 할 수 있으며, 이를 통해서 질서기능이 충족되는데, 이 질서기능은 결정도출과정의 특징이다. 참여자의 시각이 강조된다면, 절차를 통한 이익의 인지가 실행된다.

결정위원회절차는 이러한 개념적인 지침들로 분류된다. 이러한 결정위원회절차들은 규제되어야 하는 영역들에 대한 정보절차와 결정절차이며, 행정행위를 통한 결정을 목표로 한다(TKG 정보통신법 제 73조 1항 2문). 따라서 행정절차가 단지 그 결과만을 찾아내는 것이 아니라, 정보처리를 통한 결정도출을 추구하는 것이라는 인식은, 결정위원회절차에도 적용된다. 외적으로 영향을 미치는 결정위원회의 행위는 전적으로 행정행위의 발령에 맞추어져 있다. 따라서 중요한 것은, 해당 행정절차의 행위형식이 중시되는 한에서 VwVfG 제 9조로부터 도출된 행정절차의 개념을 따르는 절차이다. 헌법상의 절차원칙들과 우선적으로 절차를 통한 범치국가원리와 절차를 통한 기본권보호 등은 결정위원회절차에도 관련되어 있다. TKG를 이러한 보장행정권으로써의 헌법원칙에 대한 단순법적인 해답으로 설명하고 있는, GG 제 87조와 관련해서 결정위원회의 절차법은 보장절차법으로 증명된다.

III. VwVfG의 절차종류와 TKG 73조 이하의 경우에 대한 결과들

1. VwVfG의 구조

행정절차에 대한 VwVfG 고유의 법령조직법은 바로, 상이한 유형의 행정절차들에 대한 규정과 형식을 추적하는 것이다. 따라서 행정에는, 실질적인 권리의 실현으로 유도되어야 하는, 다양한 절차법상의 도구들이 제공된다. VwVfG의 출발점은 이 경우 VwVfG 9조에 따른 일반적인 내지는 비형식적인 행정절차이다. 그 외에도 VwVfG 63조 이하에는 형식적인 행정절차가 규정되어 있는데, 이 절차는 한번 살펴보면 일반적인 행정절차에 비해 형식의 엄격성이 더 클 것이라고 추측할 수 있다.

VwVfG의 절차를 이렇게 두 가지로 나누는 것 이외에도 영역별로 독특한 특성들이 존재한다. VwVfG 71a조 이하와 72조 이하의 VwVfG 10조에서 생겨난 신속성법칙의 표현형(Ausprägung)이다. 그러나 이 경우 절차의 종류는 문제가 되지 않고 있다.

행정절차의 개념은 동시에 VwVfG의 본질적인 적용영역을 확정한다. 분명하게 무엇인가 다른 사항이 표명되지 않은 한, 행정행위를 발령(Erlass)할 때 행정은, VwVfG의 절차규정들을 준수해야 할 책임이 있다. 이는 당연히 모든 절차규정들과 관련된 것이기는 하지만, 행정행위의 실현이나 존속력과 관련하여 강제적인 절차기본원칙과 규정들에서도 분명하게 설명된다.

a. 비형식적인 행정절차

출발점은 VwVfG 9조의 규정이다. 범조항에 나타나 있는 바처럼, 행정절차에 관한 이러한 정의는 전적으로 VwVfG에서 의미하는 행정절차와 관련된다. 게다가 행정절차에 관한 포괄적이면서도 일반적으로 통용되는 정의가 가능하기는 어렵다.

행정절차의 상위 목적은 사전적(事前的 ex-ante)인 견해에서 규정된 절차를 통하여 실질적인 권리를 실현하는 것으로, 이는 법정의 절차와는 무관하게 진행된다. 그러나 그 출발점은 마찬가지로, 질서의 목적에도 불구하고 VwVfG가 근본적으로

행정작용에 특별한 형식들을 부과하지 않았다는 것이다. 이는 VwVfG 10조로부터 직접 도출되는데, 이 조항에 따르면 절차형식에 대한 특별한 법규정들이 없는 한, 행정절차는 특정한 형식들에 구속되지는 않는다. 그러나 VwVfG 10조 2문에는 행정절차의 단순성, 합목적성과 신속성의 유지에 관한 준칙이 마련되어있다. 이 경우 비형식성의 원칙을 추론해 낼 수 있는 것은 VwVfG 10조의 규정에 결정적인 의미가 부여되어 있기는 하지만, 결코 불규칙성을 의미하는 것은 아니다. 비형식성이 전체 행정절차법의 상위의 특징으로 이해되는 한, 이는 항상 행정작용에 대한 판단과 관련해서 해석을 할 때에도 추구되어야 한다.

제시된 바와 같이, 이러한 비형식성에 관한 규칙에도 불구하고 여러 종류의 행정절차들이 VwVfG에서 출발하고 있다. VwVfG은 비형식적인 행정절차들과 형식적인 행정절차를 구분한다. 그러나 이 경우에도 행정절차의 비형식성이라는 기본원칙이 준칙으로 간주된다. VwVfG 10조의 이 기본원칙은 이미 행정소송과의 외형적인 차이를 보여주고 있다: 이로부터 분명해지는 점은, 소송에서의 형식제약이 기능상의 관찰방식 하에서 행정절차에 영향을 미치거나 행정절차를 지배하지는 않는다는 것이다. 두 가지 형식의 절차들이 그 목표설정과 출발상황에 있어서 서로 뚜렷하게 구분되는 것으로 묘사되어야 한다는 점이, 해명으로 이용될 수 있다.

이미 VwVfG의 발령에 앞서 인정된 비형식이라는 기본원칙은 간단하면서도 효과적인 행정행위에 대한 필요조건과 법치주의원칙으로부터 도출된 요구사항들 사이에서 동요하고 있다. 이는, 예를 들어 VwVfG 11조 이하의 규정들이 설명하고 있는 것 처럼, 비형식성의 기본원칙이 포괄적인 자유로 이어지지 않는다는 점을 통해서도 고려되는데, 이 경우 포괄적인 자유란, 행정절차의 수행을 위해 행정에 절차와 연관된 포괄적인 형성자유(Gestaltungsfreiheit)를 부여할 수 있다는 의미로 이해된다. 이에 대해 법치국가적인 의구심이 생긴다. 이러한 법치국가적 의구심에 대한 예로 VwVfG 28조의 청문의 필요조건(Anhörungserfordernis)이 이용될 수 있다. 이 경우 문제가 되는 것은 형식적인 절차특징으로, 이는 행정행위들의 적법성의 문제에 있어서도 중요하다. 그 밖에 청문은 절차에 대한 기초적인 기본원칙이기도 한데, 청문은 법치주의원칙에 도움이 될 수 있으며, 법치주의의 작용에 대한 일반적인 생각에도 일치한다. 이러한 점은 EG의 법에 따른 행정절차의 경우에

도 적용된다. 헌법상의 법치국가원칙은 지배적인 견해에 따라, 행정절차에서 참여자들의 의견을 경청해야 할 의무의 근거가 된다.

VwVfG 10조에서 도출된 절차결정은 그 도입이나 실행과도 연관되지만, 일반적인 결정한계를 근거로 그리고 단순성, 합목적성과 신속성의 필요조건을 근거로 제한된다. VwVfG 11조 이하에서 찾아낼 수 있는 전제조건들은 객관적으로 연관될 수 있다. 이러한 필요조건들은 엄수되어야 할 형식성의 요소들을 설명한다. 안내와 경고기능을 수행하는 청문 이외에 VwVfG 29조에 따른 기록열람(Akteneinsicht)도 특히 중요하다. 행정절차가 간단하고, 목적에 맞으며 신속한 실행조건들을 기준으로 삼아야만 하기 때문에, 기록열람이라는 주관적이면서도 공적인 권리는, 비록 행정소송에 비해 단지 제한적으로만 적용되기는 하지만, 참여자들이 절차대상에게 관해 정보를 수집할 수 있도록 함을 목표로 삼고 있으며, 따라서 무기평등성과 명료성(Transparenz)의 생성에 도움이 된다. 게다가 그 기능은, 시민을 단순한 관청 작용의 대상으로 삼지 않는다는 점에 있다.

이러한 준거들에 의거하여 다음 사항들이 분명해진다: 행정절차가 법치국가의 기본원칙을 따라야 하는 한, 모든 행정절차는 형식적인 것이라고 부를 수 있다. 그러나 이는 단지 형식성이 절차요인들에 대한 각 요구사항들의 상위개념일 경우에만 적용된다. 달리 말하자면, 비형식적인 행정절차들이 바로 형식성을 내보이기도 하는데, 이러한 형식성을 무시한다면 행정작용들은 법을 위반하게 된다. 비형식적인 행정절차도 준수되어야 할 형식성을 제시하고 있다는 논리로, 비형식적인 행정절차를 형식적인 행정절차로 분류하는 것은, 더 이상 추구될 필요가 없는데, 그 이유는 만일 그렇다면 보다 더 높은 차원의 형식성을 가지는 절차와 보다 더 낮은 차원의 형식성을 가지는 행정절차에 대해서도 언급될 수 있을 것이기 때문이다. 이러한 방향에서 진행되는 세분화는 단순한 개념성에만 제한된 것으로, 실제로 이 두 종류의 절차유형들을 더 적합하게 구분하는 데에 도움이 되지 않는다. 그러나 이러한 구분은, 비형식성이라는 기본원칙이 어떠한 형식성도 내보이지 않음을 의미하는 것이 아니라, 이러한 기본원칙을 보다 강력한 형식성의 출현에 대한 제한으로 이해하고, 항상 단순하면서도 목적에 맞으며, 신속한 절차의 실행에 대한

요구와 관련해서 관찰해야 한다는 점을 분명히 설명하고 있다.

b. 형식적인 행정절차

aa. 기본사항들

비형식적인 행정절차들의 여러 가지 형식적인 요소들에도 불구하고 형식적인 행정절차와는 상당한 차이점들이 존재한다. 이러한 절차들의 경우에서 문제가 되는 것은, 절차형성과 절차의 진행이 준수될 수 있는 한에서 참여자들의 권리를 강화하려고 의도하는 절차유형으로, 이 유형은 법정절차법의 요소들과도 유사하다. 아직도 상세히 조사되어야 할 VwVfG 63조 이하에 나타나 있는 여러 규정 (Bestimmung)들을 통해서, - 일반적인 행정절차와 마찬가지로 행정행위의 발령 또는 공법상의 계약체결을 목적으로 하는 - 형식적인 행정절차는 근본적으로 VwVfG 9조에서 의미하는 행정절차이기는 하지만, 이에 비해 수정된 것이다. 참여자들의 법적지위(Rechtsstellung)를 강화하는 이러한 절차형성을 통하여 이에 연관된 소송유사성은, 그 외적인 현상상태(Erscheinungsbild)에 따라 VwVfG 63조 이하의 행정절차에 한편으로는 비형식적인 행정절차와 다른 한편에서는 행정소송 사이에 위치하는 지위를 인정하게 된다. 이는 그러나 단지 다음과만 관련된다. 올바른 결정발견에 대한 효율성의 원리(Prinzip der Effizienz)가 우선적이지 않은 것으로 판단된 경우에 한해서, 형식적인 행정절차와 관련해서 행정소송에 범례의 성격이 인정된다는 점에만 연관될 수 있다. 그러나 행정소송이 GG 19조 4항의 권리구제보장을 특징으로 가지는 한, 행정소송이 행정절차와는 달리 다른 차원에 위치하고 있다는 점이 고려되어야만 하기 때문에, 형식적인 행정절차의 위치를 정하는 일은 그 외적인 형성에서 인정되어야 하는 절차법을 배경으로 한 구분으로만 제한된다. 이는 포괄적이지 않다.

따라서 형식적인 행정절차는 단지 이러한 법률적인 형성을 토대로 하여 비형식적인 행정절차와 구분되는 것이지, 그 본질에 따라 구분되는 것이 아니다. VwVfG 63조의 규정에 따라서, 만일 법규를 통해서 명령되어 있다면, 형식적인 행정절차는

이 법규에 의거하여 실행된다. VwVfG 10조에 제시된 지침에 비하여 이 규범은 형식적인 행정절차의 예외적인 특성을 보여준다. VwVfG 64조 이하를 살펴보면, 이러한 규정들은 비형식적인 절차와 비교하여 절차진행의 형식엄격성을 보여주는 데, 이 형식엄격성으로 인해 법정절차법에 유사해지므로, 형식적인 행정절차들을 ‘법률의 형식을 가지는’ 것이라고 부를 수 있다. 법적 유사성이라는 개념은 이 경우 절차구조와 연관된 것으로 이해되며, 한편에서는 행정절차의 그리고 다른 한편에서는 행정소송의 상이한 기능달성에 관하여 바로 알게 만든다. 기본적인 기능상의 차이로써 기반이 될 수 있는 것은 다양한 목표설정들이다. 행정절차와 (행정-) 법적 절차는 실질적인 권리의 실현에 도움이 된다. 그러나 법적 절차의 절차관련적 특별한 의미는 권리구제기능의 승인에 있으며, 이렇게 해서 감독특성과 검증특성이 드러난다. 이에 비해 행정절차는 이미 설명된 행정권(Exekutive)을 통한 법형성(Rechtgestaltung)을 특징으로 가진다.

이 두 가지 절차유형의 절차진행과 연관된 유사성은 다음의 규정들에서 분명하게 드러난다: VwVfG 64조로부터 형식적인 행정절차의 실행을 신청 할 때는 문서로 작성해야 한다는 문서화원칙이 도출된다. 구술 심의에 대해서 기록이 작성되어야 한다.(VwVfG 68조 4항). 끝으로 문서형식은 종결된 결정에도 적용된다(VwVfG 69조 2항).

비형식적인 행정절차와는 달리 형식적인 행정절차는 증인과 전문가의 협력에 관한 규칙들에서도 역시 법정절차에 대한 준칙들과 유사하다. 이 경우 민사소송에 대한 연관점이 분명해진다. 비형식적인 행정절차에 있어서 참여자, 증인 그리고 전문가 등의 협력에 관한 중심 규정인 VwVfG 26조는 형식적인 행정절차에 적용되는 VwVfG 65조에 비해서 증인과 전문가에게 협력에 관한 의무를 훨씬 적게 부과하고 있다. VwVfG 26조는 증인의 진술과 전문가의 평가보고에 대한 의무를 법규를 통한 명령에 의존해서 부과한다(VwVfG 26조 3항). 이에 반해 형식적인 행정절차에서는 증인의 진술과 전문가의 평가보고에 대한 의무가 법규를 통한 분명한 명령에 의존하는 것이 아니라, VwVfG 65조 1항에서 근본적으로 형식적인 행정절차에 대하여 정하고 있다. 이에 대한 예외는 단지, 참조시시가 되는 ZPO의 전제조건이 존재하는 경우에만 가능하다. 이 점에서 -제한적이기는 하지만 - 형식적

인 행정절차의 법률 유사성이 나타난다. 이러한 제한은 VwVfG 65조 2항에서 5항까지와 관련해서 제시되고 있는데, 해당 조항들에서는 절차를 이끌어가는 관청들의 권한이 증인과 전문가의 입회와 관련해서 종결되고, 법정의 관할권이 확정된다.

그러나 VwVfG 67조에 근거를 두고 있는 법정절차법의 일반적인 기본원칙들에 대한 근접성은 더 뚜렷해진다. 이 규범은 원칙적으로 구술 심의를 규정하고 있는데, 구술 심의는 단지 VwVfG 67조 2항의 경우들에서만 무시될 수 있다. 구술 심의는 형식적인 절차의 핵심부분이며, 절차 집중에 도움이 되며, 특별하게 보증된 결정의 토대를 마련한다. 따라서 형식엄격성이라는 표현은, 구술 심의를 통한 논의가 관청의 결정에 앞서 진행되어야 함을 말한다. 그러나 구술 심의를 통하여 확인된 근접성이 법정절차법과의 일치로 이어지지 않는다. 왜냐하면 구술 심의의 결정근거만이 존재하지는 않기 때문이다. 관청은 구술 심의를 한 후에 결정을 한다(VwVfG 67조 1항 1문). 그러므로 구술 심의의 대상이 아니었던 인식들도 결정을 내릴 때 함께 포함될 수 있다. 이는 VwVfG 69조 1항과 일치하는데, 왜냐하면 그에 따르면 관청은 절차의 전체 결과들을 판단하여 결정하기 때문이다. VwVfG 69조는 전적으로 설명적인 기능을 가지며, 따라서 절차에 대한 지금까지의 조사로부터 얻어진 결과들도 역시 결정에 고려된다는 점도 분명해진다. 따라서 구술 심의에서 결정관계적인 모든 상황들이 대상화되어야 할 필요는 없다. 이에 반해 행정소송에서는 VwGO 101조로 인해 구술 심의를 토대로 결정해야만 한다. 이는 법적인 공청(Gehör)에 관한 청구권에도 부합된다. 그러나 헌법상의 시각에서 보면, 이 경우 구술 심의를 개최하는 것은 강제적이 아니고, 단지 단순한 소송법의 지침에 따라 적용된다.

구술 심의에 포함되어 있는 형식적인 행정절차의 법정절차에 대한 근접성은 이제 이러한 절차요소들에 덧붙여진 기능 내에서 관찰되어야 한다. 절차의 집중이외에 구술 심의 역시 VwVfG 66조의 의미에서 참여자들의 발언가능성을 제공한다. 형식적인 행정절차에서의 참여자들의 청문은 비형식적인 행정절차에서처럼 행정행위에만 제한되지는 않는다. 이러한 제한은 참여자들의 권리를 침해하게 되고, VwVfG 28조 2항과 3항의 예외목록이 적용되지 않을 수 있게 되는데, 왜냐하면 VwVfG 66조 1항은 이에 비해 특별한 법이기 때문이다. 참여자들의 권리를 확대

하는 것 역시 VwVfG 66조 2항에서 생겨난다. 참여자들은 따라서 비형식적인 행정절차에서와는 달리 증인과 전문가의 심문 그리고 실지검증의 실시에 참여할 수 있으며, 이 때 객관적인 의문들도 제기할 수 있다: 문서로 된 평가서 역시 참여자들에게 접근가능하도록 공개되어야 한다.

그러므로 형식적인 행정절차의 본질적인 요소들은 형식이 없는 행정절차에 비하여 절차요구사항들이 더 엄격하다는 점에서 찾을 수 있는데, 만일 구술 심의에 주목해 본다면, 이러한 절차상의 엄격성으로 인해 특히 참여자의 지위가 강화된다. VwVfG 68조 2항에 따른 논의규정과 VwVfG 69조 2항에 나타나 있는 문서성요구사항 역시 강화된 형식화(Formalisierung)를 분명하게 드러내고 있는데, 이러한 형식화는 그 성질상 주관적인 절차권의 확대로 이어진다. 절차진행에서 이렇게 확인된 절차상의 형식화는 비형식적인 행정절차의 경우와는 달리 절차를 형성하는 결정을 제한한다. 절차 그리고 -형식화된 절차진행의 결과인- 결정의 한층 증가된 의미는 VwVfG 70조에 의거한 명령에 따른 사전절차의 중단(Wegfall)에서 찾을 수 있다. 형식적인 행정절차의 절차에 맞는 형성은 따라서 제시된 형식성으로 인하여 법률 형식을 가지는 것으로 표시될 수 있다.

bb. 보다 좁은 의미에서의 행정절차

형식적인 행정절차가 그 근본적인 의미와 형성에 있어서 설명됨에 따라, 이제 VwVfG의 지침을 통하여 어떤 체계화가 생겨나는지에 대해 이해해야 한다.

형식적인 행정절차에 적용되는 규칙들은 VwVfG 63조 1항에 의거하여 단지 법규를 통한 명령이 존재하는 경우에 한해서만 적용된다. 법령(Verordnung)이나 정관(Satzung)을 포함하는 모든 법규범들은 넓은 의미에서의 법규의 개념에 속한다. 그러나 행정규칙들은 법규범에 속하지 않는다. 이런 류의 명령이 존재한다면, VwVfG 63조 이하가 적용된다. 이 경우들에서 문제가 되는 것은 보다 좁은 의미에서의 형식적인 행정절차이다. 그러나 VwVfG 63조 1항의 원문표현은 적용영역을 제한하는 표현(Formulierung)인 '이 법에 따라서'를 이용하여, VwVfG 외부에서 적용되는, 또 다른 형식적인 행정절차의 가능성을 보여준다.

cc. 보다 넓은 의미에서의 행정절차

VwVfG 63조 1항에서 사용된 '이 법에 따라서'라는 표현은, -비형식적인 행정절차와는 달리 절차진행의 강력한 형식화를 제시하는-, 또 다른 종류의 행정절차를 받아들이는 입법기관의 출발점을 보여준다. 그러나 VwVfG 63조 1항의 의미에서의 법규를 통한 명령이 없기 때문에 VwVfG의 형식적인 행정절차의 경우에는 이 규칙들을 적용할 수 없다. 이러한 절차에서 문제가 되는 것은 보다 넓은 의미에서의 형식적인 행정절차들이다. 보다 넓은 의미에서의 형식적인 행정절차에 대한 예들로는 가령 BauGB 104조 이하에 따르는 수용절차, WpflG 19조에 따르는 징병절차와 PBefG 11조 이하에 따르는 정기노선교통 위한 인가교체에 관한 절차 등이 언급될 수 있다.

보다 넓은 의미에서의 형식적인 행정절차들과 보다 좁은 의미에서의 형식적인 행정절차들을 구분하는 것은 따라서 VwVfG 63조 1항의 의미에서의 명령이 외형적으로 존재해야 함을 전제로 하고 있다. 그 밖에도 이러한 구분의 의미는 부분적으로 변형된 절차의 형식성에도 근거를 두고 있다.

2. TKG 73조 이하에 따른 절차를 VwVfG의 절차구조로 분류하기

a. 법률 지침

이미 밝혀졌듯이, 규제관청의 결정위원회 앞에서의 절차들은 합의체기관 앞에서의 행정절차들이다. 절차진행에 대해서는, 강력하게 형식화된 듯이 보이는 규칙들이 적용된다. 이는 다음의 절차규칙들에서 제시된다: 결정위원회는 TKG 75조 1항에 따라 참여자들에게 입장표명의 기회를 제공해야 한다. TKG 75조 3항 1문에 의거하여 공개적인 구술 심의를 토대로 결정이 내려져야 한다. 증거조사는 TKG 76조 2항에 의거하여 ZPO의 원칙을 기준으로 삼는다. TKG 76조 3항에서 5항까

지에 따라 증인진술과 전문가 심문의 기록에 대한 확실한 요구사항이 생긴다. 절차법상으로는 실질법상으로도 중요한 것은, - 결정위원회로 하여금 증명수단으로 중요할 수 있을 대상들을 압수할 수 있게 해주는 - TKG 77조와 TKG 78조에 따른 임시 명령에 대한 규정이다. TKG 79조 1항에는 마침내 결정에 대한 강제적인 근거제시가 일률적으로 규정되어있다. VwVfG 70조의 규정에 상응하는 TKG 80조 1항 8문에 따라 어떠한 사전절차도 요구되지 않는다는 점이, 권리구제의 경우에도 준수되어야 한다.

이미 이 자리에서 절차진행의 세부사항들을 분석하지 않고도, 다음의 양상이 나타난다:

결정위원회 앞에서의 절차들은, 비형식적인 행정절차의 경우에 적용되는 원칙들을 훨씬 능가하는 형식성을 특징으로 가진다. 그 밖에 법정절차 고유의 규칙들과 유사한 절차요구사항들도 요청된다. 게다가 ZPO의 규범들은 상황조사 범위에서 적용가능한 것으로 인정되며, 따라서 이러한 방식에서 법정절차법의 규칙들에 대한 근접성이 시작된다. 따라서 결정위원회절차에 있어서의 이러한 형식적인 요소들은, 이 절차를 형식적인 행정절차의 영역으로 옮기게 만든다. 형식적인 행정절차에 덧붙여진 절차진행의 법률유사성을 통하여 결정위원회의 절차 역시 이러한 특성을 이용하여 설명될 수 있다.

b. VwVfG 63조 1항에 따른 명령이 없는 경우

의문시 되는 사항은, 규제절차가 이렇게 구상된 형식성을 통해서 보다 좁은 의미에서의 형식적인 행정절차의 영역에 귀속될 수 있는가 하는 점이다. 이 경우 전제조건은 법규를 통한 명령이다(VwVfG 63조 1항). 이 때 최소한 해석과정에서 조사될 수 있는 명령이 필요하다. 이러한 류의 명령은 TKG에는 포함되어 있지 않으며, TKG 73조 이하의 해석을 통해서도 도출될 수 없다. 이 경우에는 각각의 규범적인 안내사항들이 부족하다. 특히 법령들과 정관들도 VwVfG 63조 이하의 적용가능성을 확정할 수는 있으나, TKG에는 명령이 없을 뿐만 아니라, 결정위원회절차를 법령의 발령을 통하여 더 자세하게 형성할 수 있을 가능성도 존재하지

않는다. 따라서 결정위원회절차를 VwVfG 63조 이하에서 의미하는 형식적인 행정절차로 분류하는 것은 현행법상으로도 고려되지 않는다.

c. 보다 넓은 의미에서의 형식적인 행정절차

TKG 73조 이하에 의거한 결정위원회절차의 절차구성요소들과 그 안에 포함되어 있는 형식성은 VwVfG 63조 이하를 적용할 수 있을 가능성에 대한 명령이 없다는 것과 관련해서 처음부터, 이 절차를 형식적인 행정절차로 분류할 수 없다는 결론을 가지지는 않는다. 이는 확정된 절차법상의 형식 엄격성에 위배되는 것이다. 게다가 만일 TKG 73조 이하에서, VwVfG 63조 이하의 적용을 통하여 채워질 수 있는 - 혹은 있을지도 모르는 - 규정의 공백에 주목한다면, 이는 유익하지도 않다. 특히 VwVfG 63조에 따르는 형식적인 행정절차와 TKG 73조에 의거하여 규제관청 앞에서 행해지는 절차 사이에는 부분적으로 절차법상의 차이들이 존재한다. 그러나 이러한 차이들로 인하여 이 두 유형들이 - 가령 구술 심의, 청문, 증인과 전문가의 협력 등과 같은 - 본질적인 부분들에서 동일한 형식성을 통하여 특징지워진다는 점이 잘못 알려지지 않는다. 결정위원회절차의 경우 통상적으로 형성되어 있는 공개주의의 성립을 통해서(TKG 75조 3항 1문), VwVfG의 의미에서의 형식적인 행정절차의 경우에 인식될 수 있는 것에 비해 더 강력한 법정절차에 대한 근접성이 발생하는데, 형식적인 행정절차에서는 VwVfG 68조 1항 1문에 따라 구술 심의가 공개적이지 않다.

TKG 73조 이하의 형식적인 절차요구사항들은 따라서 대략적인 형식성과 VwVfG 63조 이하에 대한 이 형식성 간의 상당한 유사성으로 인해, 결정위원회절차를 보다 넓은 의미에서의 형식적인 행정절차로 분류하게 된다.

3. 결론

행정절차에 대한 실질적인 관찰방식에 의해 각인된 행정절차법상의 개념을 이용해보면, 결정위원회의 절차는 이러한 체계화 속으로 삽입된다. 이 경우 형식적

인 행정절차로의 귀속이 이루어진다. 그러나 VwVfG 63조 1항의 의미에서의 형식적인 행정절차들이 문제가 되는 것은 아니다. 한편에서는 이 경우에 필요한 법규를 통한 명령이 없으며, 다른 한편에서는 언제나 비교(대조)가능성이 확인되지 않는다는 점을 인식할 수 있다. 이러한 점은 예를 들어, 결정위원회절차들은 원칙적으로 공개적이지만, 그에 반해 형식적인 행정절차들은 공개적이지 않다는 점에서도 나타난다. 결정위원회절차의 분류를 더 자세하게 구체화하기 위해서, 결정위원회절차를 근본적으로 VwVfG의 체계에 삽입시키는 것과 연관해서 더 자세하게 분석되어야 할 결정위원회의 절차법은 보장행정절차법으로 설명될 수 있다. 이에 대한 근거는 TKG를 보장행정절차법으로서 이해하는 것인데, TKG 73조 1항에 정해져있는 영역들에서의 절차에 맞는 실행은 결정위원회에 그 책임이 있다.

따라서 다음에서는, VwVfG의 의미에서의 형식적인 행정절차들과의 차이점으로부터 어떤 결과들이 생겨나는지가 밝혀져야만 한다. 이는, VwVfG 63조 이하의 개별 규정들이 유추적으로 또는 그 법사상에 따라 결정위원회절차에 적용될 수 있는지의 여부, 또는 이 규정들이 적용이 고려될 수 없을 정도로 그 본질상 법과 더 유사한지, 즉 더 분명하게 법정절차와 유사한지의 문제로 귀결된다. 분명하게 밝혀져야 할 사항은, 개별 경우에 관련된 유추는 단지 VwVfG 63조 이하와 TKG 73조 이하 간에 존재할 수 있는 항목별 차이들을 혼합하지 않을 정도로만 고려되어야 한다는 점이다.

B. 절차구조와 절차형성에서의 개별적인 문제들

규제관청의 책무는 TKG 73조 1항에 정해진 결정위원회를 통한 사례들에서 인지된다. 이 경우 일련의 특별한 절차규칙들이 적용된다. TKG 73조 이하를 VwVfG 63조 이하의 절차규칙들로 분류해 넣는 것에 관한 분석에서 출발하여 다음에서는, TKG를 통하여 규정되어 있는 절차진행이 어떻게 조직화될 수 있으며 또한 VwVfG의 적용으로 인해 어떤 있을 수 있는 공백들이 채워질 수 있을지의 문제를 조사해보아야 한다.

I. 결정위원회의 절차주도권(Verfahrensherrschaft)

1. TKG 73조 - 행정행위를 통한 실체적 판단의 목적

TKG 73조 1항 1문에 언급된 영역들에서는 결정위원회를 통해서 결정이 이루어진다. 이 절차의 목적은 행정행위의 발령이다(TKG 73조 1항 2문). 바로 이 점에서 일반적인 행정절차법과의 차이점이 존재하는데, 일반적인 행정절차법은, 실질적인 권리를 실현할 수 있도록, 절차를 유도하는 관청에 기본적으로 두 가지의 행위형식을 인정한다. 그리하여 행정행위를 통하여 결정이 되거나 또는 공법상의 계약이 체결된다. 비록 행정계약이 모든 영역들에서 적용되지는 않으며, 결과적으로 계약에 어울리지 않는 행정영역들이 있기는 하지만, 원칙적으로 두 가지의 행정도구들이 제공되어 있다.

이와는 달리 TKG 73조 1항 2문은 행정행위를 통하여 결정을 하도록 규정하고 있다. 이러한 행위형식에 관한 원칙으로 인해 국가의 행동조정을 목적으로 하는 공법상의 계약체결은 배제된다. 정보통신영역에서의 모든 행정조치들은 따라서 개별 경우의 규제개념과는 무관하게 규정에 따라 행정행위로 귀결된다. TKG는 이러한 한에서 영역별로 작성된 경쟁법이라고 할 수 있으며, 이는 행위형식과 관련하여 계약과는 맞지 않는 것으로 증명된다.

실체적 판단(Sachentscheidung)은 TKG 73조 1항의 의미에서의 결정으로 이해될 수 있다. 이 결정의 개념은 따라서 실질법적으로 정해진다. 그러나 이것이, 결정위원회의 다른 결정들도 VwVfG 35조의 전제조건을 기준으로 삼는다는 것을 배제하지는 않는다. 이는 TKG 73조 1항 2문과는 무관하게 규정될 수 있으며, 예를 들어 TKG 10조에 따른 면허의 수적 제한에 대한 결정에서도 나타나는데, 면허의 수적 제한에 대한 결정 역시 행정행위이다.

2. 조연자의 참여

규제절차의 목적은 행정행위를 통한 결정이다. 이 점에 포함되어 있는 행동조

정의 책임은 결정위원회에게 있다. 그러나 이미 언급했듯이, 결정위원회가 결정을 내리는 경우에 부분적으로 조언자들이 관여할 수도 있다.

a. 기본 사항

TKG 제 73조 1항에 상세히 설명된 영역들에서의 결정기관들인 결정위원회들은 특정한 경우들에서는 조언자를 참여시킴으로써만 결정을 내릴 수 있다. 이 때문에 TKG 73조 3항 3문은, TKG 11조 4항 2호와 3호, 6항 2호와 3호 그리고 7항과 TKG 19조의 경우들에서는 조언자와 협력하여 결정할 것을, 미리 정하고 있다. 그와 더불어 TKG 69조 2호는, TKG 73조 3항에 따른 결정을 할 때에 조언자가 함께 협력하도록 규정하고 있다. 만일 이 두 규칙들을 그 원문표현상으로 서로 비교해 본다면, 서로 다른 전문용어들을 사용하여 공동작업(Zusammenarbeit)을 요구하고 있다는 점이 주목을 끈다. TKG 69조 2호에는 근본적으로 협력(Mitwirkung)이 명령되어 있다. 이러한 협력은 TKG 73조 3항 3문의 지침에 따라 형성되어야하는 협조(Benehmen)로 현실화된다. 결정권한이 있는 관청에게 있어서 다른 행정행위기관들과의 절차법상의 협력명령은, 협력을 야기시키는 형식적인 필요조건이다. 협력필요조건이 엄수되는지에 대한 유념(Beachtung)은 따라서 결정위원회의 관할범위에 할당된다. 그러므로 결정위원회들은 협력이 잘 이루어지도록 해야 한다. 그러기 위해서는, 조언자와의 공동작업에 있어서 어떤 내용상의 요구사항들이 필요한지를 해명해야 한다. 따라서 의문시되는 점은, 협조와 협력의 개념들이 어떻게 내용상으로 실현될 수 있는지 이다.

제시된 바와 같이, 조언자의 활동영역들은 그 본질과 정도가 다르다. 이 경우 TKG 69조 2호에 따른 결정위원회의 결정에 있어서의 협력은 이 규범에 언급되어 있는 다른 모든 조언자의 관할영역에 비해 가장 강력하면서도 가장 결과가 풍부한 협력권으로 증명되는데, 왜냐하면 이런 방식으로 규제실행이 물질적으로 각인될 수 있으며 또한 각 주들이 사실상(de facto) 규제에 참여하기 때문이다. 그럼에도 불구하고 기본이 되어야 할 것은, 협력행위들이 외적으로만 영향을 미치는 것

이 아니라, 다른 행정부서들의 결정들과도 연관된다는 점이다. 그러므로 규제절차의 절차주도권은 규정에 따라 외부적으로 결정을 하게 되는 결정위원회에 있다.

이미 언급했듯이, TKG 69조 2호에 있는 명령은 조연자의 협력의 근거가 되고 있고, TKG 73조 3항 2문에서 구체화되며, 협조에 제한되어 있다. 협력의 개념은 상위 개념으로, 그 개념에는 청문, 합의, 협조, 상의와 동의 등이 포괄될 수 있다. 일반적인 행정절차법에서 이러한 협력가능성은 등급별로 설정된다. 이 경우 청문은 협력의 가장 약한 형식이다. 내용상으로 동일한 합의와 동의는 협력의 가장 강한 형식이다. 따라서 청문은 당연히 협력권에 포함되어야 하는데, 이는 화제로 삼았던 것들이 결정을 할 때 고려되어야만 하기 때문이다. 협조는 이러한 점에서 청문을 능가하며, 일반 행정절차법의 범위에서 일종의 청문으로 이해되는데, 이 청문에서는 반드시 의견의 일치를 달성하지 않고도, 기대되었던 조치에 대한 고유의 개념들이 제시될 수 있다. 그러나 이 경우 위원회의 협력은 최소한 의결 형식으로 이루어져야 한다. 이는, 협력을 조연자의 원칙적인 참여로 이해하고, 그 특별한 형식을 협조개념을 이용하여 규정하는 것을 보여준다. 따라서 결정위원회절차와 관련해서 협의(Beratung)행위 형성의 중점은 협조조성에 있다.

b. 협조필요조건의 전제조건

TKG 73조 3항에 따른 협조에 대해 어떤 요구사항들이 제기되는지에 관한 견해들은 매우 상이하다. 협조조성에 대한 가장 최소한의 전제조건은 Etling-Ernst가 제시하고 있는데, 왜냐하면 만일 조연자에게 입장표명의 기회가 제공된다면, 협조를 하기 위해서는 충분하기 때문이다. 체계상의 관점에서 보면 협조는, 청문과 협의 사이에 존재하는 협력으로 이해될 수 있다. 그러나 이러한 맥락에서 사용된 협의라는 용어를 어떻게 이해해야 하는지에 대해서는 논의되지 않았다.

그러나 만일 청문이 입장표명의 기회로 이해된다면, 이러한 견해로 인해 협조는 근본적으로 공청회와 동일시된다. 이에 대하여, 이러한 이해를 통하여 TKG 69조 2호에 대한 구체화된 규칙들인 TKG 73조 3항의 원문표현에 위배된다는 의의가 제기될 수 있다. 왜냐하면 이러한 구체화를 원용하는 경우에는, 협조로써의 청

문에서 시작하지 않는다고 보이기 때문이다. 이러한 의견은 이미 원문표현을 토대로 해서 확인될 수는 없다.

그 밖의 정보통신법상의 단서들은 행정절차법상으로 나타난 상이한 협력권의 등급별 상태를 따르고 있으며, 협조를 청문의 상위에 분류하며, 그 전제조건을 입장표명의 기회로만 제한하고 있지는 않다. Kerkhoff에 따르면 협조는, 상호 이해를 목적으로 연관되어야 할 부서들의 입장표명 기회로, 이 경우 상호이해라는 목표에 도달하지 않을 수도, 목표로 삼은 이해가 구속적인 것도 아니다. 만일 결정위원회가 필요한 협조 없이 결정을 내린다면, 법적 결과(Rechtsfolge)로써의 결정위원회의 견해에 따라 VwVfG 44조 3항 4호가 이용되어야 한다. 이에 따르면 규제결정이 사소하지는 않은데, 왜냐하면 다른 관청과의 필요한 협력이 중단되기 때문이다. 이러한 견해에 있어서 인상적이면서도 모순을 드러내는 것은 특히 관청이 조언자로 배치되는 경우이다. 이미 제시했듯이, 조언자는 규제관청의 조직구조에 근거를 두고 있는 부서로 간주될 수 있다. 이러한 점에서 그 대신 법결과들을 규정하기 위해서는 VwVfG 44조 3항 3호가 이용되어야 하고, 위원회로서의 절차법상의 입장이 강조되어야 한다.

Bosch의 경우 협조는, 조언자에게 결정위원회를 통하여 입장표명의 기회를 주고, 결코 동의일 수만은 없는 이러한 입장표명을 결정을 내릴 때 함께 포함시킨다는 것을 의미한다. 협력의 필요조건들이 침해되는 경우에 대해서는 VwVfG 44조 3항 3호를 참조하여 적용할 수 있으며, 따라서 조언자는 관청으로 이해되지 않는다.

Ulmen과 Trute에 따르면, 협조란 결정을 내릴 때 조언자의 분야(Belang)를 고려하려는 결정위원회의 노력을 의미한다.

마지막으로 Geppert는, 추가적으로 정보들과 입장표명의 교환을 목적으로 결정위원회가 의도적으로, 조언자의 요구를 고려하고 또한 조언자와 소통을 하도록 결정해야만 한다는 점을, 전제조건으로써 표현한다.

c. 결론

협조의 병행법적인(koordinationsrechtlich) 개념을 충족시키는 전제조건들을 더 자세하게 규정하기 위해 질문이 되어야 할 사항은, - 결국 다른 공공기관들을 통하여 고유의 결정담당자들에게 공동작업(협력)을 여러 등급의 형식으로 마련하고 있는 - 규정집(법령집 Regelungswerk)에서 이 해석방법이해(Auslegungsverständnis)가 어떻게 나타나 있는지 이다. 따라서 특별히 사회법을 살펴야 하는데, 왜냐하면 이 분야 역시 다른 부서와의 협력에 의해 형성되기 때문이다. 근본적으로 연방사회법원(BSG)은 1969년 1월 21일의 협조에 대한 결정에서 다음과 같이 설명하고 있다: 협조는 청문보다 더 강력하게, 의도적으로 받아들여진 그리고 다른 쪽의 입장에서의 이해도 고려해야 할 그리고 다른 쪽의 입장들과도 의사소통해야 할 접촉관계를 전제로 한다. 협조에 대한 이러한 판결(Rechtsprechung)은 나중에 계속해서 구체화되었는데, 참여자의 “중대한 이의제기 또는 의구심이 부주의하게 무시되어서는 않된다: 드러난 차이들은 쌍방의 공동작업(협력) 가능성에 따라 - 상황에 따라서는 특히 공동의 협의가능성에 따라 - 해결될 수 있다”. 협조 조성이 진행되는 경우 시간적인 관점에서, 협동이 전적으로 상황에 맞을 수 있으려면, 협조조성의 개별 절차에 대한 합당한 기간이 인정되어야만 한다는 점이 드러난다.

협조의 절차작용은 - 판결에서 나타나듯이 - 청문과 합의 사이에 위치하고 있다. 따라서 협조의 절차작용은 단순한 입장표명의 기회를 능가한다. 협조 조성의 목적은, 실제로 반드시 합의에 이르지 못하더라도, 타협과 합의를 얻는 것이다. 이것이 기대될 수 있다면, 화합에 대한 강력한 근접성이 우려될 수 있을 것이다. 그런 경우 협조와 화합을 내용상으로 분명하게 분리하는 것은 거의 불가능하다.

그러나 조언자가 주로, 본질적으로 인프라구조와 연관된 상황에서의 제안권, 조언권과 안내권 등이 부여된 기관으로 이해된다는 점을 고려하자면, BSG의 이러한 판결의 핵심이 준용될 수 있다. 따라서 결정위원회와 조언자 간에 상당한 차이가 드러나는 경우에는, 합의를 달성하려는 목적을 따르고자 그리고 이러한 차이들을 제거하고자 시도하는 것이 필요하다. 이 한도 내에서 협조는 조언자의 견해에 대한 고려를 의미할 뿐 아니라, 외적으로도 이러한 의미에서 조언자의 이해를 고려하고자 노력해야 한다. 그러나 이는 항상 가능한 한 가장 큰 효과에 대한 그리고

규제실행의 작용합리성에 대한 필요조건을 기준으로 삼는다. 이러한 점에서 합의에 대한 의무가 도출될 수 없다. 비록 이미 이에 대해 - 조연자는 연방참의원과 연방의회의 공동 기관으므로, 따라서 혼합행정으로 인한 비난은 생길 수 없다는- 형식적인 논증이 통용되고 있다고 할지라도, 만일 동의와 합의의 필요성이 생겨났거나 또는 협조의 개념이 더 자세하게 해석된다면, 한편에서는 TKG 73조 3항의 원문표현이 손상될 수 있으며, 다른 한편에서는 최소한 실질적인 관점에서 허용되지 않은 혼합행정의 경계에 더 접근하게 될 것이다. 따라서 갈등이 생긴 경우 결정위원회의 독자적인 결정 역시 조연자로 인해서 방해받지 않는다. 실제적인 관점에서도 협의행위과정에서의 서로 대립되는 각 주들의 이해관계로 인해 결정위원회의 결정을 방해하는 장벽이 생기지는 않는다. 행정상의 최종결정권은 따라서 결정위원회에 있게 된다. 그러므로 관청의 경우에는, 상황적인 이유들에서 다른 부서의 입장표명에서 벗어날 수 있는 가능성이 있다. 이러한 이유에서 조연자의 절차와 연관된 법적지위는, 어떤 경우에도 결정위원회의 절차관리에 개입할 수 없다.

이렇게 설명된 협조필요성이 고려되지 않고, 조연자와의 필요한 협력 없이 규제결정이 내려진다면, 법결과를 확정하기 위해 VwVfG 44조 3항 3호를 이용해야 한다. 이에 따르면 행정행위는 무가치하지 않다. 위원회의 특히 심각한 그리고 아주 명백한 협력회피가 나타나는 경우에도 이에 대해 변경할 수 없는데, 왜냐하면 VwVfG 44조 3항의 목록은 VwVfG 44조 1항에 비해 보조적이기 때문이다. 그러나 이런 경우 규제조치는 형식상으로 법에 위반된다. 이러한 류의 절차상 결함이 확인되었다면, VeVfG 46조와 대립하지 않는 한, VwVfG 45조 1항 2호와 2항을 기준으로 잠정적인 해결이 가능하다.

II. 절차의 시작과 종료

합의체기구인 결정위원회의 결정과 조연자의 참여에 관한 분석에 이어서, 이제 는 절차진행에 대해 더 자세하게 알아보아야 한다.

1. 절차의 시작

절차의 시작에 대한 관련 규칙은 TKG 74조 1항이다. 이 규칙에 따라 결정위원회는 직무상으로 그리고 신청을 근거로 절차를 이끌어간다.

a. 직무상의 절차(Amtsverfahren)

관청이 직무상으로 절차를 개시하는 경우에는 공적 준칙이 적용된다. 이 경우 특정 절차가 도입되어야 하는지의 여부는 규정에 따라 결정위원회의 의무에 따른 결정에 달려있다. VwVfG 1조 1항 1호와 관련해서 이 점은 직접 VwVfG 22조 1문으로부터 도출된다. 실질적인 토대들은 해당 법규정들의 규범적인 전제조건들로, 이 전제조건들에서 절차도입의 필연성이 추론될 수 있다. 게다가 그 배경은 행정을 통해서 그리고 GG 87조 이하로부터의 헌법상의 맥락을 정보통신에 맞게 살펴봄으로써 대중의 관심사를 우선적으로 지향하고 고려하는 것이다. 가령 TKG 19조 이하에 따른 보편적 봉사 의무 혹은 TKG 29조 2항에 따른 인가되지 않은 보상에 대한 법률행위(Rechtsgeschäft)의 금지가 성취되어야 한다면, 직무상으로 개시되어야 할 절차가 문제가 된다. 전체적으로 살펴보면, 공적 준칙들은, - 제안, 금지 또는 그 밖의 의무사항들을 통해 행정이 효과적으로 행해지게 되는 그리고 해당 절차가 특히 공익에 있어서 실행되어야 하는 - 그러한 절차대상들을 제어한다.

b. 신청에 의한 절차

aa. 절차대상들의 처리

어떤 절차가 신청제기에 의존하고 있는 한, 절차의 시작과 진행 그리고 절차대상은 참여자들에게 제공되어 있으며, 따라서 처리준칙들이 적용된다. 어떤 규제절차는 정해진 경우들에서 신청을 근거로 해서만 이루어진다. 어느 누구도 신청제기를 강요할 수 없기 때문에, 신청이 되지 않는다면, 절차는 실행되지 않는다. 만일

신청 제기되었다면, 우선 특정한 행정절차를 도입하고 실현하기 위한 필수적인 전제조건인 절차행위(Verfahrenshandlung)가 중요하게 다루어진다.

신청을 통해 충족될 개개의 기능들의 상태가 충분히 명확하게 기술되지는 못한다. 총체적으로 신청서에 제시된 두 가지의 기능들이 기록될 수 있다. 우선 관청들로 하여금 절차 도입을 하도록 유도해야 하고, 그에 덧붙여서 관련자의 의지에 의존하고 있는 행정행위를 발령하기 위한 실질법상의 전제조건들이 마련되어야 한다. 이 경우, 이러한 기능들이 서로 비교해서 어떻게 중요도가 관정되는지 내지는 신청절차들이 어떤 우선적인 기능을 가지는지가 논쟁이 되고 있다. 따라서 한편에서는, 이 기능은 공동작업을 필요로 하는 행정행위에 대한 전제조건으로써의 실질적인 신청에서가 아니라, 절차법상의 구성요소들에서 관찰될 수 있다고 드러난다. 다른 면에서는, 두 가지의 분리된 의사표시(Willenserklärung)가 문제가 되는데, 이 경우 절차법상의 설명에서도 역시 실질적인 신청이 존재할 수 있다는 점이 인용된다. 더 나아가 이중 기능의 의견도 존재한다. 이에 따르면 신청을 할 때 중요한 것은 단일적인 의사표시로, 이 의사표시는 절차법상의 요소분만 아니라 실질법상의 요소 역시 특징으로 가진다, 마지막으로 설명된 의견에는 동의할 수 있는데, 이 경우에 그 주요기능은 실질법상의 의사표시에서 관찰될 수 있다. 이 분석 결과는, 신청자의 관점에서 신청의 의미에 주목해볼 때에 생겨난다. 신청은 주로 관계자들에 의해 표현되고 규정된 실질법상의 의사로 절차를 개시하려고 하는 것이다. 신청은 우선 시민의 의사표시로, 해당 시민의 실제적인 의사는 분석의 기본 원칙과 관련해서 조사되어야 한다. 만일 이 과정에서 사인(Privat)이 공법의 영역에서 법률효과들을 야기할 수 있다는 점이 고려된다면, 신청의 의미는 높아진다. 신청자에게서 본질적으로 중요한 것은, 자신의 개인적인 이해관계를 추구하는 것이다. 그러므로 신청의 주요기능은 신청자 의사의 실질적인 측면에 속한다. 이러한 신청은, 어떤 절차를 토대로 삼아 신청자의 이익을 추구할 수 있는 수단으로 표현된다. 만일 이러한 신청이 특정 절차의 시작을 위한 강제적인 전제조건이라면, 직무상의 절차와는 달리 결정위원회에게는 절차도입에 관하여 결정을 해야 할 권리가 없다.

bb. 전제조건들

(1) 내용상의 전제조건

신청을 통한 절차의 시작은 주로, 사인의 행위 또는 행동방식이 행정적인 허가를 필요로 하는 영역에서 생긴다. 이러한 점에서 개인의 이해관계를 추구하는 것은 특별히 의미있다고 증명된다. 이는 직무상의 절차와는 분명히 다른 것으로, 직무상의 절차에서는 주로 가령 위협의 방지, 질서임무와 감시임무 등과 같은 공적인 이해관계가 절차신청의 대상이다. 정보통신영역에서의 신청절차 허가는 TKG 자체에서 도출된다. 이는, -실질법상의 결정이 신청을 전제조건으로 하고 있는- 규제대상들을 기준으로 삼는다. TKG에서는 신청에 기반을 두고 있는 절차법상태는 가령 TKG 8조에 따른 면허부여, TKG 28조에 따른 비용규제 그리고 TKG 37조에 따른 공동회로체계 등의 경우들에서 발생한다.

신청의 내용에 대해서는 충분한 해명이 요구된다. 이는, 해당 신청이 목표로 하는 행정행위의 내용을 확인해야 함을 의미한다. 그러나 만일 어떤 신청이 명백성의 측면에서 결함을 보인다면, 결정위원회는, 그 점에 대해 지적하고, 목적에 맞는 신청제기가 되도록 노력할 것을 요구한다. 이러한 안내의무는 VwVfG 25조로부터 직접 생겨나며, 규정에 맞는 절차를 보장한다. 이와 더불어 제기된 신청의 정확한 내용에 관하여 관청의 또 다른 불확실함이 존재한다면, 객관적인 설명내용은 그 해석과 보다 정확한 규정을 위해 의미가 없게 되며, 수용자의 입장에서 해석도 충분하지 않게 된다. VwVfG 24조에 따라 분석의 기본원칙이 적용된다면, 해당 관청은 신청자의 실제 의도를 살펴보아야 할 의무가 있다.

만일 존재하고 있는 결함이 이러한 방식으로 제거된다면 그리고 결정위원회에 대한 허용된 유효한 신청이 문제가 된다면, 해당 절차는 추진되게 된다.

(2) 형식

TKG 74조 1항에 의거한 절차도입신청의 정해진 형식에 대한 잠정적으로 가능

한 전제조건들은 TKG에서 모든 절차들의 경우에 포괄적으로 거론되지는 않는다. 따라서 우선 고려될 수 있는 점은, 무형식성에서 출발하는 것이다. 그러나 이러한 단서가 설득력 있는 것으로 증명되지는 않는다. 한편에서는 신청들에서의 형식적인 필요조건들이 부분적으로 TKG 자체로부터 발생하며, 다른 한편에서는 이러한 입장에서 결정위원회절차를 보다 넓은 의미에서의 형식적인 행정절차로 이해하는 것의 중요성이 제시된다. 이는 준수되어야 할 형식성을 직접적으로 지적하고 있다. VwVfG 63조 이하에서 의미하는 절차에서의 형식성에 대한 본질적인 요소는 신청의 문서성(Schriftlichkeit)이다. 이 분석의 범위에서, VwVfG 63조 이하를 유추 적용함으로써 TKG의 절차법에 존재하는 공백들이 극복되고, 채워질 수 있다는 점이 해명되었다. 만일 행정절차들의 형식성이 강조된다면, 결국 신청의 무형식성에서 출발할 수는 없을 것이다. 따라서 형식의 필요성은 VwVfG 64조로부터 유추하여 도출된다. 그러므로 신청은 규제관청에 문서나 기록으로 제출되어야 한다.

2. 절차의 종결

의문시 되는 사항은, 무엇을 통해서 결정위원회의 절차가 종결되는지 하는 점이다. 이 경우 행정절차법으로부터 발생한 전제조건들이 제시되어야 한다. 이 때 특히 VwVfG 63조 이하로부터 도출된 형식적인 행정절차에 대한 원칙이 이해되어야 한다. 그런 다음에 이 결정으로부터 어떤 효과들이 생기며, 그에 반하여 권리구제가 어떻게 드러나는지가 설명되어야 한다.

a. 전제조건들

aa. 결정과 그 밖의 종료

(1) 결정

절차 종료에 관한 중심 규범은 TKG 79조이다. 이 경우 1항에서 결정이라는 용

어가 사용되고 있으며, 결정을 통한 절차의 종료에서 출발하고 있다. 이러한 결정은 규정에 따라 송달되어야 한다. 결정이라는 개념은 TKG 73조와 직접 관련된다. 따라서 관련점은, 그 안에 규정되어있는 절차대상들에 관계된 결정들이다. 그러므로 TKG 73조와 관련해서 본다면 TKG 79조에서 말하는 결정이라는 표현은 실제적 판단(Sachentscheidung)을 의미하는 것이다. 따라서 절차 관련된 결정들은 결정에서 제외되어있다.

결정위원회가 행정절차를 시작하는 경우에 대해 TKG 74조 1항은 분명한 지침을 포함하고 있다. 그러나 결정위원회절차의 형식상의 끝맺음 역시 이러한 결정에서 찾을 수 있는지의 여부는, 단지 TKG 79조 2항에 포함되어있는 지적사항을 통해서만 추론될 수 있다. 해당 법조문에는 다음과 같이 표현되어 있다: “특정 절차가 결정과 더불어 종결되지 않는 한, ...”. 이러한 표현으로부터 역으로 도출될 수 있는 사항은, 절차의 종료를 실질법적인 결정에서 관찰하는 것이다.

이로 인해서 절차규정은 일반적인 행정절차법에 비해 보다 더 정확해야 함이 지적된다. VwVfG 29조 1항 2문에는 절차의 종결에 대해 언급되어 있는 반면에, VwVfG에는 이러한 점에 대한 분명한 규정이 없다. 따라서 행정법상의 관점에서 논쟁이 되고 있는 사항은, 어떤 시점에 행정절차가 완료된 것으로 간주될 수 있는가 하는 점이다. 이 경우 두 가지의 단서들이 기록되어 있다. 그 하나는 VwVfG 9조를 참조적용하여, 특정 행정절차는 행정행위의 발령 내지 공법상의 계약 체결과 더불어 종료된다는 점을 받아들이고 있다. 이러한 VwVfG 9조에 대한 초점맞추기 외에도 다른 견해에 따라 VwVfG 13조 1항 2호와 3호의 규정이 원용된다. 이 법조문에는, 특정 행정절차의 참여자들이 바로 행정행위를 발령한 사람들 내지는 함께 공법상의 계약을 체결한 사람들이라고 규정되어 있다. 이러한 점으로부터, 행정행위의 발령 내지 내지 공법상의 계약 체결을 넘어서는 절차법의 관계가 전제된다는 결론이 도출된다. 이를 근거로 절차의 종결에 있어서 행정행위와 관련해서는 발령의 시점이 아니라 논란의 여지가 없는 상태의 시작이 중요하며, 공법상의 계약과 관련해서는 그 유효성이 중요하다.

이러한 사실을 배경으로 하여, TKG 79조도 역시 절차종료의 시점에 대하여 분명한 안내를 제공하고 있지 않는 것으로 보인다. 그러나 TKG 79조 2항에 있는

지침을 통해서 행정행위의 발령에 중점이 놓이게 된다. 이로써 행정절차법내에 존재하는, 정보통신영역에 있어서의 절차의 종결시점을 정하는 것에 관한 논쟁은 행정행위의 발령을 우선적으로 고려하는 방향에 중점을 두게 된다. 그러므로 TKG 79조의 지침은, 절차의 종결을 행정행위의 발령과 관련된 것으로 이해할 수 있다.

(2) 그 밖의 방식에 따른 종료

TKG 79조 2항은, 결정을 통한 절차의 종료가 유일한 종결형식(Beendigungsform)이 아님을 추론할 수 있도록 해준다. 이는, 해당 절차가 결정을 통해서 종결되지 않는 경우 참여자들에게 그 종결을 문서로 전달해야 한다는 명령으로부터 도출된다. 그 밖에 인정된 절차종결 형식으로 신청의 취소(Rücknahme)가 거론될 수 있다. 이를 통하여 근거가 마련된 절차의 종결은 모든 참여자들에게 전달되어야 한다.

신청의 취소가 절차대상을 처리할 수 있는 한에서만 고려된다는 것은 당연하다. 그 한도 내에서 처리준칙은 신청의 취소이다. 이에 대한 예로써 TKG 37조에 따른 공동접속체계에 대한 신청이 도움이 될 수 있을 것이다. 취소는 철회(Widerruf)와 구분되어야 한다. 결정을 하는 관청에의 도달에 앞서 행해지는 신청의 취소는 철회로 이해될 수 있다. 해당 신청이 유효하게 진행된 경우에, 해당 절차를 결정 없이 종료하려면, 단지 신청을 취소하거나 또는 이의제기를 하는 방법만이 가능하다.

bb. 이유제시의 엄격성

TKG 79조 1문은, 결정위원회의 결정 이유가 제시되어야 함을 미리 규정하고 있다. 그 이유제시에 대한 원칙적인 명령은 우선, 내려진 결정에 안전장치를 하는 역할을 한다. 수용자와 관련해서 보자면, 이는, 행정행위의 내용과 유효범위를 이해해야 함을 의미한다. 상이한 규제결정들로의 분리는 이루어지지 않는다. 따라서 이 이유제시의 의무는 모든 실체적 결정에 적용된다. 바로 이 점에서 일반적인 행

정절차법과의 차이가 드러난다. 이 경우 이러한 이유제시는 VwVfG 39조를 기준으로 삼으며, 2항에는 예외목록이 제시되어 있다. 따라서 포괄적인 이유제시의 의무는 일반적인 행정절차의 경우에는 존재하지 않는다. VwVfG 39조 2항에 종결된 것으로 거론된 예외들의 경우에는 이유제시의 의무가 존재하지 않으나, 해당 관청이 결정의 이유를 설명할 수는 있다. 결코 이유제시 금지를 출발점으로 삼을 수는 없다. 만일 가령 그에 이어서 이의제기절차가 고려된다면, 합목적성을 참작하여 예외구성요인들에서 행정행위의 이유를 제시하는 것이 도움이 된다. 이는, VwGO 73조 3항에 따른 이의제기절차에서 제약 없이 국가의 조치를 설명해야 한다는 점을 배경으로 확인될 수 있다.

단지 정해진 행정행위에 관련해서만 그 이유를 제시하고 있는 VwVfG 39조에서와 같은 구분이, TKG에는 마련되어 있지 않다. 이로부터 도출된 모든 실제적 판단에 대한 엄격한 이유제시의무는 TKG 79조의 특색이 된다. VwVfG 39조 2항의 예외 목록에 대한 새로운 이해는 이 때문에 제외된다. 존재하지 않는 혹은 불충분한 이유제시는 따라서 우선 VwVfG 45조 1항 2호와 2항에 따른 오류결과를 기준으로 평가되어야 한다.

TKG 79조 1항은 포괄적인 이유제시가 적용된다는 확인 이외에, 이유제시의 범위에 관해서는 아무 진술도 하고 있지 않다. 이 때문에 이 경우에 VwVfG 39조 1항을 이용하는 것이 제안된다. 이에 따라 본질적으로 법적이고 실제적인 이유들이 전달되어야 한다. 이는, 법적인 가치인정 이외에 사실의 내용도 결정의 이유제시 자체에 속한다는 것을 의미한다. 사실내용을 통하여 결정의 범위가 정해진다. 따라서 사실내용의 확인은 해명기능을 충족시키는데, 이러한 해명을 기반으로 바로 다음 단계에서 법적인 숙고들을 이어진다. 이유제시의 내용과 범위에 대한 법적인 설명에 적용되는 구체적인 요구사항들은 일반적인 기준들을 따르는 것이 아니라, 그때마다의 법적 영역의 특별함에 따라 정해진다. 이유제시는 이 경우, 관련자들에게 자신의 권리에 대한 상황에 맞는 인지를 가능하게 할 정도로 까지만 진행될 필요가 있다. 따라서 동시에 최소필요조건들도 확인된다. 이유제시는 항상, 관계자에게 기본이 되는 상황에 관하여 자신의 권리보호와 권리구제수단의 결과에 대한 판단을 위한 충분한 해명을 제공하는 방식으로 분명하게 나타나야 한다. 따라서

이유제시의 필요성에는 동시에 권리구제기능이 속해있게 된다.

이는 평가판단의 경우에 특히 중요하다. 평가판단을 하는 경우들에서는 평가를 결정하는 관점들의 통지가 필요한데, 관청은 이 관점들을 출발점으로 삼을 수 있다. 이는 두 가지 사항을 필요로 한다: 우선 그 실행 여부가 인식될 수 있어야만 한다. 다시 말해 관청이 그들의 평가를 실행했다는 점이 추론될 수 있어야만 한다. 그 다음의 구성요소는 평가실행의 방법이다. 이 경우 관청은 그 찬성과 반대를 상세히 설명해야 한다. 이는, 이익교량과정을 인식가능한 방식으로 기록하고, 목적에 맞는 숙고를 상세히 설명한다는 것을 의미한다.

cc. TKG 79조 1항 1문을 통한 규제의 투명성

TKG 79조 1항 1문에서 분석된 이유제시의 엄격성을 통해서 이유제시의 기능들이 전체적으로 의미를 얻는다. 법치국가적 숙고로부터는 특히 GG 20조 3항에서 관련자들의 청구권이 파생될 수 있고, 무엇 때문에 행정을 통해서 관계자의 권리에 개입하게 되는지에 대한 이유가 제시될 수 있다. 게다가 이유제시에 대한 요구사항은 절차를 통한 기본권보호의 이해로 삽입된다. 개입의 정도를 판단할 수 있는 것도 역시 여기에 속한다. 이는 관청의 의견에 따라 객관적으로 올바른 결정을 내릴 수 있는 이유제시를 전제로 한다.

헌법상의 기본원칙의 직접적인 이용은 그러나 불리한 행정작용들에만 제한되지 않는다. 따라서 이유제시의 헌법상의 당위성(Gebotenheit)은 모든 행정행위들에도 적용되며, 현대의 민주적인 법치국가에 대한 요구사항들로부터 설명된다. 이러한 당위성은 경우에 따라 의심스럽기도 하지만, 이를 증명할 수는 없다. 만일 법치국가원리에 주목해보는다면 그리고 이로부터 도출된 절차요구사항들이 중시된다면, 특정한 수용자를 지시하며, 개인의 권리에 개입할 수 있는 특정 절차작용이 해결되어야 한다는 사실로부터 헌법상으로 제안된 이유제시의 요구사항들이 도출된다. 이는 그 자체로 받아들이기에는 이미 충분하다. 가령 수용자에게 관청의 사실적 견해와 법적견해가 알려져 있다고 해서 개입의 정도가 줄어들지는 않기 때문에 (VwVfG 39조 2항 2호 1Alt 참조), 법치국가적인 근거들로부터 그 어떤 동인도 생

겨나지 않을 뿐만 아니라, 오히려 반대로, 개입의 근거를 보다 덜 엄격하게 설명하고, 기록할 것이 요구된다. 헌법상으로 근거를 두고 있는 행정의 합법성원칙은 형식적인 결과효과에도 적용된다. 이러한 숙고는 이유제시를 이용하여 충족된 기능들을 통해서 증명된다. 이유제시에-포함되어있는 기능들은 모든 종류의 행정행위에도 영향을 미친다. 이유제시는 우선 - 결정을 내릴 수 있게 해 주고, 따라서 설명기능과 증명기능을 가지는 - 실제적이면서도 법적인 근거들이다. 분명함과 구체화는 다시금 필연적으로, 이러한 결정에 반하여 권리구제가 요청될 수 있는지, 없는지에 대해 더 나은 결정을 내리게 하고, 결국에는 권리구제기능으로 귀결된다. 게다가 관리기능을 통한 행정의 자체관리가 장려된다.

관청의 결정을 수용하는 수용자의 경우에는 아마 이유제시에 덧붙여진 권리구제기능이 가장 중요할 것이다. 이에 반해 만일 법의 실시를 위한 행정의 의도에 주목해 본다면, 이유제시를 통해 달성될 수 있는 수용(Akzeptanz)은 행정행위를 결정하는 특징으로 나타난다. 이에 따라 이러한 이유제시는 자의적 결정에 이르는 수단일 뿐만 아니라, 수용자의 입장에서 보자면 이유의 공개를 통하여 이에 대해 맞추어진 잠정적인 의심을 무효화할 수 있다. 이는 행정이해를 배경으로 유효한 것으로 확인되는데, 이에 따르면 시민은 단순히 행정의 대상인 것이 아니라, 행정에 의해 그 작용의 파트너로 간주된다.

결정위원회의 규제절차를 종결시키는 모든 결정들의 이유를 설명하기 위해 필요한 TKG 79조의 적용확대는 따라서 관련자들에게 있어서는 결정을 규정하게 되는 실제적이면서도 법률적인 전제조건에 관한 고도의 투명성을 의미한다. 다시 말하자면, 입법기관은 확고한 이유제시의 강제성을 이용하여, 특정 수단을 마련함으로써, 규제를 하고 있는 행정에, 모든 결정에 대해 자신들이 고려하고 있는 숙고를 명료하게 설명해야할 의무를 부과하고 있다. 이러한 이유제시에 덧붙여진 기능들은 따라서 모든 규제결정들에 영향을 미친다. 실제적이며 법적인 규제의 전제조건에 대하여 이러한 방식으로 달성된 명료함은 일반적인 행정절차법의 경우에서보다 더 강력하다. 따라서 이유제시의 법적 구속성과 이를 이용해 추구되는 객관적인 결정의 올바름으로 인해 규제결정의 수용이 증대될 수 있다.

dd. 송달

이유가 제시된 결정이 문제가 되는 경우, 그 유효성을 달성하기 위해서, 일반적인 행정절차법의 이해에 따라 공적인 고지가 이어진다(VwVfG 41조, 43조). TKG의 용어는 이와는 다르다. VwVfG 42조, 43조의 의미에서의 고지가 규정되어 있는 것이 아니라, 결정의 송달이 규정되어 있다. 규제결정들의 경우에 있어서 이는 이러한 의미에서의 고지가 결국 전적으로 송달을 통하여 도달되어야 함을 말하는 것이다.

TKG 79조 1항 2문에서 4문까지에 규정된 송달방법들에 관한 지침들은, 이유제시와 이의제기방법에 대한 정보(Rechtsmittelbelehrung)를 덧붙여서 VwZG에 따라 이를 송달하거나 내지는 특정 기업의 송달수권자에게 송달하거나 또는 연방계시판에 공개하는 것을 명령하고 있다는 점에서, 분명한 것으로 증명된다.

송달의 통상적인 경우는 절차를 종료시키는 결정들과도 관련되므로, 항상 적용되지 않는다. 이는 면허교부의 예에서 제시되고 있다. 만일 결정위원회에 의해 특정한 교부절차가 면허의 수를 제한하여 진행된다면, 우선 경매절차 또는 공모절차가 적용될 수 있는지가 결정되어야 한다. 이 결정은 관보에 공시되어야 한다. 결정이 이러한 방식으로 알려지게 되는 상황은, 결정의 특성을 참작하여 평가되어야 한다. 특정한 절차의 종류에 대한 판단을 통하여 확인되는 점은, 면허부여를 위한 특정한 절차조치들을 고려해야 한다는 것이다. 이 점에 포함된 규정의 내용은 면허의 수적 제한과는 달리 직접적인 외부영향력을 가지지 않으며, 대신 독자적으로는 논쟁의 여지가 없는 절차행동이 문제가 된다. 따라서 특히 개념적으로 특정한 결정이 중요하기는 하지만, 이러한 결정이 절차를 종결시키지 않는다. 그 때문에 TKG 79조 1항에 따른 송달도 이루어지지 않는다. 이 규범은 오직 절차를 종결시키는 결정에만 효력을 미친다.

TKG 79조 2항의 원문표현도 부정확한 것으로 증명된다. 이 범조항의 원문표현은, 결정이기는 하지만 참여자들에게는 송달될 수 없는 그러한 종결들에만 효력을 미치는 것으로 이해될 수 있다. 그러나 이는 어떠한 독립적인 의미도 드러내 보이지 않는데, 왜냐하면 모든 결정들은 송달되어야만 하기 때문이다. 이러한 한에서

TKG 79조 2항은, 규제결정들이 아닌, 따라서 통상적인 경우 최소한 특정 참여자의 권리를 침해하지 않는 절차의 종결들은 문서로 송달되어야만 함을 규정하고 있다. 신청의 종료는 이에 대한 전형적인 상태를 형성한다.

ee. 결론

결정의 이유제시들에 대한 요구사항들을 주시하는 것은, 그 이유를 제시하지 않고 각각의 수용자들에게 도달된 결정위원회의 규제결정은 결코 적법한 것으로 간주될 수 없다는 의도를 보여준다. 따라서 일반적인 행정절차법에 존재하는 느슨한 이유제시의무와는 달리 절차의 종결에는 보다 더 엄격한 조건들이 요구된다. 헌법상의 관점에서 볼 때 시종일관하게, 모든 행정결정에 대해 이유제시가 요구되고 있는데, 왜냐하면 그렇게 해서 수용자의 경우에 혹시 나타날 수도 있을 권리침해에 관한 정확함과 분명함이 높아지기 때문이다. 이런 방법으로 이유제시에 포함된 권리구제기능에 부합하게 된다.

규제절차에서 확실한 이유제시의 엄격함과 예외의 불허용은 재판절차법에 대한 근접성으로 이어진다. 이 경우에 적용되는 이유제시의 요구사항들은 모든 법정절차에서의 필수적인 구성요소들이다. 이에 비하여 일반적인 행정절차들에서의 느슨한 이유제시의무는 절차종결에 대한 요구사항들과 관련하여 결정위원회절차를 보다 더 사법과 유사해지도록 만든다.

b. 결정의 효과

TKG 80조 2항에는, 규제관청의 결정에 대한 소송들은 유예적인 효과를 가지지 않는다고 규정되어있다. 그러므로 VwGO 80조 1항의 법적상황에서 벗어나고 있다. 따라서 VwGO 80조 1항에 계획되어 있는 보호효과는 규제처분(Regulierungsverfügung)의 수용자들에게는 영향을 미치지 않는다.

TKG 80조 2항에 의거한 유예효과의 예외는 VwGO 80조 2항 3호의 경우이다.

이 규정의 의미는, 바로 유예 효과의 중단을 통해서 행정행위의 즉각적인 실행가능성이 선뜻 회피될 수는 없다는 점에 있다. 유예 효과가 더 이상 고려되지 않아야 할 경우들에서의 입법기관의 결정은, 규정에 따라 이 결정의 실행에서 개인의 이익을 능가하는 공적인 이익이 존재한다는 정도까지 진행된다. 수신인은, 법적 수단(Rechtsmittel)이 제기되어 있다는 점으로 인해, 자신의 책임들에서 즉시 벗어나지는 못한다. 이는 TKG로 소급될 수 있는 규제관청의 모든 종결된 결정들과 연관된다. 입법기관이 TKG에서 이러한 과정에 대해서 판단을 했다는 것은, 규제관청의 작용에 있어서 중대한 의미를 드러내는 것이다. 이러한 방식으로 행정작용의 유연성과 태도조종의 유효성이 증가하게 되는데, 왜냐하면 권리구제방법이 다 소진될 때까지 기다릴 수는 없기 때문이다.

3. 결정위원회의 결정에 항의하는 권리구제절차

a. 행정상의 권리구제절차

2002년 5월 7일의 TKG 변경안에 따라 규제결정에 대한 소송을 허용하기 위해서는 여러 가지 서로 다른 전제조건들이 준수되어야 한다. 여전히 TKG 80조 1항 a.F. (구 표현형식)이 원칙적으로 규제결정에 대하여 어떠한 사전절차도 필요로 하지 않는다고 정했다면, 이는 법적 변경안에 따라 세분되어야 한다. TKG 80조 1항 8문에 따라 이제는 단지 결정위원회의 결정들만이 사전절차에서 제외되었다. 규제관청의 결정이 논란이 될 수 있을 그 밖의 경우에는, 사전절차가 실시될 수 있다. 이러한 세분된 규정의 배경은, 사전절차가 결정위원회절차에서 질서정책상의 결정관여성을 토대로 포기될 수 있을 것이라는 견해이다. 결정위원회들의 결정에 반하는 사전절차의 확실한 제외는, 직접 규제관청의 결정에 항의하여 소송을 할 수 있다는 결과를 초래한다. 이는, 전통적으로 형식적인 행정절차들에서 제기되어 온 요구사항들과 연관되어있다. 형식적인 행정절차가 결정의 합법성과 합목적성에 대하여 제시하는 특별한 보장이 바로, 무엇 때문에 사전절차가 불필요한지를 보여주는 근거가 된다. 그러나 결정위원회결정에 항의하는 사전절차의 독립적인 제외

는 - 확실히 독립적으로 처리하는 -규제주무기관인 결정위원회의 강화를 옹호하는 또 다른 논거이다.

권리구제절차(Rechtsweg)를 정하기 위해 VwGO 40조 1항이 원용된다. 결정위원회의 결정의 근거가 되고 있는 분쟁에 결정적인 작용을 해주는 규범은, 때때로 TKG를 이용할 수 있다. 만일 전통적인 구분이론(종속설, 수정 주체설과 이익설)을 고려한다면, 이 모든 견해들에 따라 TKG는 공법으로 분류된다. 이러한 격렬한 논쟁은 규정에 따르면 비헌법적인 것이기도 하므로, VwGo 40조 1항에 의거하여 규제결정에 항의하는 행정상의 권리구제절차가 시작되었다. 이러한 분석결과를 TKG 80조 1항 8문과 2항을 통해 증명되는데, 이 법조항들은 VwGO 68조, 80조 1항이 수정된 것이다.

aa. 정식 재판권의 관할

행정상의 권리구제절차의 원칙적인 시작에도 불구하고, 그 독특성들이 고려되어야만 한다. 법원을 통하여 규제관청의 작용을 감독하기 위한 특별한 조치를 위해 정식 재판권의 관할이 지정된다. 그러므로 이러한 권리구제절차는 서로 상이하게 형성된다. TKG 76조 2항의 의미에서의 결정에 관한 감독의 관할은 OLG에 위임된다. TKG 77조 2항의 의미에서의 압수승인의 경우에는, 해당 압수가 실행되는 영역의 구법원(Amtgericht, 區法院)에 요청된다. 이에 대한 전제조건은, 이에 관련된 관계자들이나 성인의 소속인들이 참석하지 않았거나 또는 관련자들이 (성인 소속인이 출석하지 않은 경우) 압수에 대하여 분명하게 이의를 제기했어야 한다는 점이다. 게다가 관련자들은 TKG 77조 3항에 따라 이러한 압수에 항의하여 언제든 법원의 결정을 청구할 수 있다. 끝으로 TKG 77조 2항에서 의미하는 법원의 승인 그리고 TKG 77조 3항의 의미에서의 법원의 결정에 항의하여, TKG 77조 4항에 따라 항고가 허용된다. 항고는 주법원이 관할한다.

이것이 통일적인 법적용에 불리한지, 아닌지는 즉시 추측될 수 없다. 왜냐하면 정식 재판권의 일부 관할은 ZPO와 StPO의 해당 규정들에 대한 보다 큰 객관적 근접성(Sachnähe)으로부터 설명될 수 있으며, 최종적인 규제결정의 감독에 영향을

미치지 않기 때문이다. 이러한 한에서 행정재판권의 관할이 이로 인해서 침해되지 않는다.

bb. 연방카르텔청과 관련된 법적 적용의 구분

TKG 73조 1항의 의미에서의 결정위원회의 절차를 종결하는 결정에 관한 법원의 감독과 관련하여 법적용의 상이함을 우려할 필요는 없다. 이에 대항할 수 있는 권리구제절차 경우 행정재판권의 관할에는 변함이 없다. 그러나 규제관청의 결정에 대항하는 권리구제절차를 연방카르텔청의 결정에 대항하는 권리구제절차와 비교해 본다면, 법적용의 차이점들이 관찰될 수 있다. 만일 연방카르텔청의 결정에 항의하게 된다면, 이 경우에는 정식 재판권이 관할한다(GWB 63조 4항). 따라서 확인되어야 할 사항은, 경쟁법의 영역에서는 국가로부터의 조치에 항의하여 서로 상이한 권리구제절차들에 호소할 수 있다는 점이다. 일반적인 경쟁법은 민법의 재판권 속한다. 이에 반해 특별한 경쟁법으로서의 정보통신법은 행정재판권에 속하게 된다.

이러한 방식으로 설명된 상이한 관할권이 서로 상이한 법적용을 하게 되는지의 여부는, 결국 연방카르텔청 이외의 규제관청의 설치가 이러한 류의 법적용운용으로 이어지는지의 문제를 이어받은 것이다. 이미 밝혀졌듯이, 입법기관은 영역고유의 그리고 불균형적인 경쟁법인 정보통신법의 본질에서 독자적인 규제관청의 설치가 필요한 이유를 인식하고 있다. 이중관할로 인해 가능할 수 있는 모순을 드러내는 행정운용에서 유효함을 경험하기 위하여, TKG 82조의 규정이 삽입될 수 있다. 이 규범은 모순되지 않는 법률해석을 촉진한다.

상이하게 형성된 권리구제절차에 대한 이유제시는 관청영역의 경우에 설명된 것과 유사한 주장을 제시한다. 따라서 연방정부의 견해에 따르면, 규제를 통해 발생할 수 있는 기본권의 침해를 판단하기 위해서 행정행위의 적법성원칙과 비례성원칙이 어떤 관여성(Relevanz)을 가지고 있는가를 고려하는 경우, 규제관청의 국가적 조치에 항의하는 법적분쟁에 대한 행정재판의 관할은 행정법원판결이나 헌법재판소판결의 특별한 의미에 따라 정해진다. 그 때문에 GWB의 의미에서의 경

쟁법적인 문제범위를 지적하는 결정에 항의하는 특별한 권리구제수단 역시 제외된다.

이러한 이유제시에서 출발해보면, 행정재판권에 대한 관할지정의 배경은 - TKG의 분야별 특수성과 불균형적인 목표설정 안에 근거를 두고 있는 기본권의 침해를 합당하게 판단할 수 있기 위한 - 그 안에 있는 보다 큰 객관적 근접성(Sachnähe)이다. 결과적으로 국가의 생존배려의 변경과 경쟁법적인 구조로의 바뀜이라는 출발상황을 통하여 특별한 경쟁법으로서 TKG의 특성(Eigenheit)을 참조하도록 지시된다. 절차의 대상들이 남용에 대한 감시(Aufsicht)를 훨씬 증가하는 규제도와 관련하여 대부분 GWB의 경우보다 더 강력한 침해정도를 드러낼 수 있기 때문에, GWB를 이용한 상이한 해석은 덜 우려스럽다.

경우에 따라서는 전통적인 경쟁법상의 문제들이 제기되어 해결을 갈구하고 있는 영역들에서 특정한 차이도 상상가능하다. 이는 규제법령의 간소화(Rechtsvereinfachung)에 모순될 수 있다. 그러나 - 일반 경쟁법적인 문제 분야들이 생겨나는 - TKG의 영역에 부분적으로 다른 권리구제절차를 확정하는 것이 정보통신법을 복잡하게 만들 수도 있다는 사실에 직면하여, 규제관청의 결정에 항의하는 권리구제절차법과 연방카르텔청의 결정에 항의하는 권리구제절차법이 근본적으로 다르다는 점이 받아들여져야만 한다. 따라서 TKG 82조에 나타나 있는 상호간의 협력임무에 관한 규정에는, 잠정적인 법적용의 차이들을 완화시키기 위하여 이 두 관청들을 결합해주는 요소로서의 특별한 의미가 부여된다.

b. 규제절차에서의 제 3자 보호

aa. 소송권한이 있는 제 3자

실질적으로 이러한 규제를 결정하는 규범의 제 3자 보호와 관련하여, TKG 74조, 75조의 분석은 규제하고 있는 행정작용에 항의하는 권리구제에 있어서 상당히 중요하다. 만일 제 3자 보호가 긍정된다면, 이로부터 제 3자들이 규제절차에 참여함에 따라 아마도 이에 이어지는 행정소송에서도, 신청자의 열망을 방해하고자 시

도할 수 있는 사실상의 가능성을 얻게 된다는 결론이 도출된다. 사실적이면서도 법률적인 관여성은 따라서 경쟁자와의 관계 속에서 서로 뒤섞여있다. 만일 가령 의도적인 시장유입이 문제가 된다면, 이 경우 이미 시장에 존재하고 있는 기업들이 잠재적인 경쟁자의 시장유입을 저지하려는 것에 대해 관심을 가지는 상황도 생각할 수 있다. 이 경우 고려되어야 할 사항은, 개개인의 부담이 다른 권리주체들의 이익과 결부되어 있다는 점이다.

관련된 제 3자의 소송의 경우에 대해 TKG는 고유의 소송권한을 포함하고 있지 않다. 실질법상으로 결정된 규범들에서 제 3자 보호를 차용해올 수 있는 경우에만, 제 3자의 고유한 소송이 절차법상으로 가능하다. 만일 이러한 의미에서 이해될 수 있는 제 3자 관련성이 긍정을 받는다면, TKG 74조 2항 3호에 따라 이루어진 제 3자 소환의 결과는 규제관청의 결정에 항의하여 소송을 제기할 수 있는 권한일 수 있다. 만일 이에 반해 제 3자보호가 거부된다면, 특정 규제절차에서 피소환자들의 가능성은 이와 관련해서 이어지는 행정소송에서 다른 기준들을 근거로 삼아야 한다. 따라서 VwGO 65조에 따른 행정소송상의 제 3자 소환은 참여를 달성할 수 있는, 유일하게 남아있는 수단이다. 이 경우 법규에 의해 보호되어야 할 권리의 범위와 이해관계의 범위에서의 소환되어야 할 사람들의 지위가 고려되어야 한다. 그러나 그런 경우 고유의 소송 가능성은 허용되지 않은 채로 유지된다.

bb. 보호규범이론

규제절차에 대한 제 3자의 소환으로 인해 자동적으로 아마도 그 뒤에 이어지게 될 재판 절차에의 참여가 이루어지는 것은 아니다. 이는, TKG가 TKG 74조 2항 3호에 따른 절차참여자의 소송을 허용하기 위한 고유의 규정들을 포함하고 있지 않다는 상황에서 도출된다. 그에 따라 특정 규제절차의 피소환자가 규제결정에 항의하는 소송을 위해 노력한다면, 관할 행정법원은, VwGO 42조 2항에서 말하는 소송인의 고유 권리가 침해될 수 있는지의 문제를 다루게 된다. 이에 따라 소송과정에서 규제절차의 피소환자의 이익인지는, 관청의 결정의 기초가 되고 있는 규범들이 제 3자 보호를 가지고 있다는 것을 전제로 한다. 이러한 문제에 대한 해답은

보호규범이론에 따라서 이루어진다. 만일 행정에 특정한 의무를 부과하는 특정 규정이 단지 공익에만이 아니라, 그와 더불어 개인의 이익에도 도움이 되는 것이 확실하다면, 그에 따라 이 규범으로부터 주관적인 권리가 추론될 수 있다. 결정적인 것은 따라서 각 규범의 보호목적에 관한 의문이다. 기초가 되고 있는 규정의 보호방향은 이 경우 그 안에 삽입되어진 규정의 규범구조(Normgefüge)로부터 추론될 수 있다. 이 경우 특별히 중요한 점은, 개별 경우에 내려진 결정의 기초가 되고 있는 TKG 2조 2항에 따른 규제목적들이다. 이러한 규제목적들은 규범의 해석을 결정한다. 이렇게 해결된 규제결정으로부터 일반적으로 파생될 수 없는 제 3자 관련성은 Münster 고등행정법원(OVG)의 판결과 BVerwG의 판결을 통하여 증명된다. Münster OVG는 비용규제의 경우에 대해, 종합경제적인 이유들에서 해당 절차는 소비자보호 그리고 경쟁질서유지라는 공익에 우선적으로 도움이 되어야 한다고 설명한다. 이 경우 소비자보호는 일반적인 특성일 것이다. 피소환자의 주관적인 공적 권리의 보호는 이러한 방향에서의 규제절차를 따르지 않는다. 고객의 이익은 TKG 2조 2항 1호를 통하여 그 의미를 획득한다. 이는 법원의 경우에 신중하게 고려해야 할 문제로 설명된다. 그러나 이로부터 제 3자보호의 토대가 되는 독자적인 기능이 도출되지는 않는다. 비용규제규정의 제 3자 보호 특성은 따라서 거부된다. BVerwG 역시 제 3자 보호를 마찬가지로 거부한다. 특히 경쟁보호이외에 TKG의 본질적인 목표는 정보통신서비스수행의 최적의 공급과 관련된 소비자의 일반적인 이익이다; 그러나 이로부터 제 3자보호가 도출되지 않는다.

cc. 결론

규제절차의 기능들은 TKG 2조에 근거를 두고 있는 목표의 달성에 있다. 이러한 사실로부터 포괄적으로 규제절차의 절차대상들의 제 3자보호가 파생되지는 않는다. 헌법상으로 근거를 가지고 있는 보장책임은 규제결정들에도 영향을 미친다. 따라서 이를 통해서 조건 없이 고려되어야하는 - 그리고 단순법상으로 TKG 2조에 문서상으로 확정되어 있는- 고객의 이익들은, 규제절차가 전적으로 참여자의 이익만을 고려할 수 없도록 한다. 그러나 이는 역으로, 가능한 피소환자들, 즉 예

를 들어 소비자단체에게도 일반의 이익 역시 보호할 가치가 있다는 이유로 소송권을 허용하게 되는 결과를 초래하지는 않는다. 이 점에 있어서는 법적으로 이용가능한 제 3자의 당사자적 관련성(Drittbetroffenheit)은 존재하지 않는다.

그 외에도 이러한 분석결과는 GWB의 원용을 통해서 유효한 것으로 확인되는데, 왜냐하면 카르텔청의 결정분과 앞에서의 절차에서 참여자의 지위는, GWB 63조 2항과 67조 1항에 의거하여, 아마도 이와 관련해서 이어질 관할 고등법원(OLG) 앞에서의 이의제기절차에 참여하게 되는 결과를 초래한다. 이러한 방식으로 참여자들은 소송절차에서도 동일한 지위를 유지한다. 이렇게 표현된 규정이 TKG에 근거를 두고 있지 않기 때문에, 이러한 방향에서 제시된 TKG의 법해석은 의도적이지 않다는 결론이 이끌어진다. TKG의 이러한 해석은 게다가 필수적이지도 않은데, 왜냐하면 잠정적인 제 3자 보호는 이와는 무관하게 보호규범이론에서도 출되기 때문이다. 그에 따라 제 3자가 개별화할 수 있는 사실내용의 특징들을 통해서 자신들의 권리를 침해받을 수 있을 가능성이 존재한다면, VwGO 42조 2항의 의미에서의 소송권한이 생긴다.

따라서 소송과정에서의 규제결정에 항의하여 이루어지는 제3의 보호와 이로 인한 제 3자의 이익추구는 전적으로 보호규범이론에 따라 정해진다는 결론이 도출될 수 있다.

III. 절차참여자들

1. 법적인 지침

TKG 74조 2항에 의거하여 신청자(1호), - 절차가 비판적으로 향하고 있는- 공공을 위한 공개적인 정보통신망과 정보통신서비스를 제공하는 제공자(2호), 그리고 해당 결정으로 인해서 그 이익이 침해받게 되며 규제관청이 절차에 대한 신청을 근거로 소환했던 개인들과 인적단체들이(3호) 결정위원회 앞에서의 절차에 참여한다. 따라서 TKG 74조 2항의 규정내용에서는 법에 의한 참여자들과 소환신청이 이루어지는 경우에 비로소 참여자가 되는 그러한 사람들로 구분된다.

TKG 74조 2항 1호와 2호에 따른 참여자들의 경우에는 일반적으로 VwVfG 13조의 모델을 따르기는 하지만, TKG 74조 2항 2조의 경우에서의 수용자범위가 더 좁다. 절차의 시작을 통하여 특혜를 받은 사람들은 TKG 74조 2항 2호에서 말하는 참여자지위에서 제외되었다. 이러한 관련자들은 단지 소환을 통해서만 여전히 해당 절차의 참여자가 될 수 있을 뿐이다.

참여자지위의 의미는 특히 고유의 실질법상의 법적지위의 관철과 보장에 있다. 이러한 의미는 그러나 동시에, 참여자들이 자신에게 향한 관청의 작용을 인정해야만 하도록 만든다. 기능상의 관점에서 보자면, 질서가 잡힌 절차는 있을 수 있는 오류를 근원적으로 막기에 적합하며, 따라서 결정의 실질적인 공정성(Richtigkeit)에 더 가까이 접근하도록 해준다. - 자신의 이익을 실현하기 위해 절차를 준비하는 - 개인이 참여자로서 절차권을 사용하는 경우가, 이에 해당한다.

법치국가적인 관점에서 볼 때, 절차에서 자신의 이익을 실현할 수 있는 방법은 공정한 절차 그리고 무기평등의 원칙에 해당된다. 법치국가 절차의 본질적인 구성요소는, 시민을 단지 절차의 대상으로 간주하는 것이 아니라, 법치주의 기본원칙에 따라 체계화된 절차 내에서 의도적인 행정결정에 참여하게 함으로써 그로 하여금 자신의 권리와 법적으로 보호되어야 할 이익을 능동적으로 인지하도록 하는 것이다. 게다가 기본권에 대한 관찰은, 기본권보호가 절차를 통해서도 보장될 수 있다는 결론으로 이어진다. 만일 결정 자체에 초점을 맞춘다면, 특히 소환이라는 법제도(Rechtinstitut)는 투명성에 도움이 된다. 이는 TKG 74조 2항 3호의 폭넓은 규정에 앞서 강하게 적용된다.

만일 VwVfG 11조에 따르는 참여자권한의 전제조건이 충족되고 그와 더불어 관련자들이 TKG 74조 2항의 의미에서의 참여자로서 간주될 수 있다면, 절차법상의 결과들이 발생한다. 절차법상의 권리와 의무들이 근거를 가지게 된다. 따라서 특히 공청의 권리와 기록열람의 권리가 인정되며, 참여자들에게는 모든 절차행동들을 실행할 수 있는 가능성이 제공된다. 절차권과 절차의무의 효력 확인에 있어서의 또 다른 특별한 의미는 VwVfG 71조 3항의 규정에서 찾아 볼 수 있다. 이 규정에 따르면, 대안적으로 VwVfG 20조, 21조의 전제조건이 존재하는 한, 참여자는 위원회의 특정 구성원을 거부할 수 있다. 위원회 앞에서의 형식적인 절차가 문

체가 되는 경우, 이 규정이 적용된다. 이 규범의 직접적인 적용은 형식적인 절차로 인해 실패하는데, 형식적인 절차에는 우선 단지 VwVfG 63조에서 의미하는 절차만이 포함되기 때문이다. 위원회성원들에 대한 거부규정이 TKG에는 포함되어 있지 않으며, 결정위원회절차의 경우에 문제가 되는 것은 보다 넓은 의미에서의 형식적인 행정절차이다. 두 가지의 절차유형들의 기본적인 비교가능성은 이러한 특징적이면서도 강력한 유사성을 드러내는 절차요인(Elenment)들 속에 있다. 만일 이러한 도구를 이용하여 법치국가적인 행정행위의 본질적인 구성성분인 편견없음 원리가 효력을 가지게 된다는 점이 강조된다면, 이러한 비교가능성은 이익상황 역시 비교가능한 것으로 여기게 된다. 유추 적용은 따라서 보다 더 넓은 의미에서의 형식적인 행정절차의 경우에도 가능하다. 이에 따라 VwVfG 71조 3항은 결정위원회절차에 유추 적용되며, 그 참여자들에게 형식상의 거부권을 부여한다. 이러한 방법으로 위원회 구성원의 중립성이 강조된다. 이는 VwVfG의 비형식적인 행정절차와는 다른 중요한 차이들을 보여준다. 이 경우에는 단지 VwVfG 20조, 21조가 적용된다. 이로써 결정위원회절차의 의미는 아주 상당한 정도로 법원의 절차에 근접하게 되고, 법률과 유사한 절차구상의 개념에 대한 또 다른 요소를 암시한다.

이러한 이유에서 행정절차법상의 관점에서 볼 때 상당히 중요한 점은, 규제절차에 참여하는 개인들과 인적 단체들의 범위가 어떻게 정해질 수 있는가 하는 것이다.

2. 개인과 인적 단체의 소환

a. TKG 74조 2항 3호에 의거한 소환의 기능과 VwVfG 13조와 VwGO 65조의 규정들

TKG 74조 2항 3호의 원문표현으로부터 받아들여질 수 있는 사항은, 신청제기가 이루어진 이후에 해당 결정으로 인해서 자신들의 이익이 영향을 받게 되는, 개인과 인적 단체들의 소환을 통하여 절차참여자의 지위가 성립될 수 있다는 것이다. 따라서 소환은 제 3자가 법적분쟁에 참여하는 것이라고 정의할 수 있는데, 이

경우 제 3자는 소환을 통해서 독자적으로 행동하는 절차참여자가 된다. 이로써 규제결정의 투명성 역시 증가하는데, 이는 참여자의 범위가 확대되기 때문이다. 이러한 점에서 사실구성요건의 확대는, 규제관청의 결정이 시장의 역동성으로 인해 복합적인 성질을 가지며, 다층적인 정보와 판단을 요구한다는 점을 보여준다. 이러한 방식을 근거로 관청의 절차책임이 효과적으로 충족될 수 있다. 규제관청이 소환신청에 따를지의 여부는, 의무에 맞는 판단을 한 후에 결정한다. 신청자의 청구권은 단지 결정이 내려지는 것과만 관련되며, 결과적으로 결함 없는 판단의 행사에 관한 청구권의 근거가 된다.

소환이라는 용어를 고려하는 한에서, 개념상으로 이 규범의 원문표현은 VwVfG 13조 2항에 비해 VwGO 65조 1항의 규정에 더 근접하게 된다. 이러한 점에서 이것이 행정소송상의 소환의 전제조건을 기준으로 한다는 의미에서 내용상의 근접성 역시 얻어진다는 평가를 표현하는 것이라고는 생각할 수 없는데, 왜냐하면 예를 들어 GWB 54조 2항 3호의 카르텔절차법에도 역시 “소환된”이라는 말이 있기 때문이다. VwVfG 13조 2항은 “입회하는” 사람들에 대하여 언급한다. 이러한 개념상의 구분들은, 만일 제 3자의 참여 기능이 주목된다면, 그 의미를 상실하게 된다. 이 기능은 행정절차에 제 3자를 입회시키는 경우와 제 3자를 행정소송에 소환하는 경우에, 특히 그들의 법적인 이해관계를 지키려는 점에서 생긴다. 그러나 이 경우를 세분화한다면, 제 3자를 행정절차에 입회시키는 기능의 중점은, 제 3의 관련자에게 법적인 공청과 유효한 권리구제를 미리 관청 절차 안에서 허용하여, 이것이 행정소송의 국면으로 옮겨지지 않도록 하는 것에 있다. 이미 윤곽이 그려진 연방헌법재판소(BVerfG)의 Mühlheim-Kärlich-결정과 관련해서 결국 중요한 것은 역시 절차에의 참여를 통한 기본권의 인정이다.

b. VwVfG 13조와 VwGO 65조의 규정내용

aa. VwVfG 13조 2항

VwVfG 13조 2항은 제 3자를 행정절차에 입회시키는 것에 관한 중심 규정이

다. 이 규정안에서 단순한 입회(1문)과 필수적인 입회(2문)로 세분된다. VwVfG 13조 2항에 의거하여 입회가 실행된다면, 이들은 행정절차의 참여자(VwVfG 13조 1항 4호)가 된다. 단순한 입회는 관청의 판단에 있다. 이 경우에 적용되는 전제조건은 절차의 시작으로 인한 법익의 관련이다. 법익은 이러한 맥락에서, 개인의 권리범위로부터 생겨난 것이다. 그러나 법익은 단순 경제적인, 재정적인, 이념적인 또는 사회적인 이익과 구분되어야 하는데, 이 이익들은 VwVfG 13조 2항의 의미에서의 법익이 아니다. 이러한 한에서 단순한 실제적인 관련성만으로는 결국 단순한 입회를 위해 충분하지 않다. 그러나 공적인 권리 또는 사적인 권리에 따라 보호되어야 할 이익이 문제가 되고 있는지의 여부는 중요하지 않다. 이 경우 법익은 범규범으로부터 생겨날 수 있지만, 법적으로 보호되어야 할 지위의 표현일 수도 있다.

이와는 달리 VwVfG 13조 2항 2문에 따르는 필수적인 입회는 단순한 입회보다 더 엄격한 것으로 증명된다. 왜냐하면 이러한 입회는 항상, 해당 결정이 제 3자의 권리를 직접적으로 정당화하고, 변경시키고, 상쇄시키는 경우에만 이루어질 수 있기 때문이다. 이를 보호하기 위한 신청이 제기된 한에서, 입회가 이루어진다. 이에 대한 관청의 판단은 존재하지 않는다.

bb. VwGO 65조

소환과 입회라는 서로 구분되는 개념들을 무시한다면, VwVfG 13조와 VwGO 65조의 규정들간에는 큰 유사성이 존재한다. VwGO 65조는 단순한 소환과 필수적인 소환을 세분하고 있다. 이러한 개념의 사용은 역시 소환의 근거와 관련된다. 합목적적이기는 하지만, 필수적인 소환의 전제조건이 존재하지 않는다면 그리고 해당 제 3자가 보호의 가치가 있는 이득을 재판의 결정과 관련해서 내지는 참여자에 대해서 내보일 수 있는 경우라면, 단순한 소환이라고 한다. 이와는 달리 해당 분쟁이 단지 제 3자 입회의 경우에 한정되어서만 설명될 수 있다면, 이는 필수적인 소환이다. 단순 소환의 경우에도 역시 전제조건은, - 절차의 시작으로 인해 영향을 받게 되는 - 법익이 문제가 되어야 한다는 점이다. 이에 따라 VwGO 65조 1

항에서의 법익의 특징은 VwVfG 12조 2항 1문에서처럼 해석될 수 있다. 따라서 행정소송과정에서도 단지 실제적인 이득은 보호되지 않는다.

c. TKG 74조 2항 3호

TKG 74조 2항 3호가 VwVfG 13조 그리고 VwGO 65조와 비교해서 어떻게 설명될 수 있는지의 문제를 추적해 본다면, TKG 74조 2항 3호에 관한 분석에 있어서는 우선 어떤 인적범위가 고려되는지가 중요하며, 이와 관련해서 이익관계의 특징에 있어서의 가능한 특수성이 분석되어야 한다.

aa. 개인과 인적단체

(1) 견해들

이익관계가 생긴 경우 신청을 기반으로 하는 소환이 TKG 74조 2항 3호의 원문표현에 따라 개인들과 인적단체에 대해서 고려된다. 이로써 소환자격이 있는 집단은 우선 TKG 75조 2항에서 의미하는 개념적으로 절차에 의해 영향을 받는 경제집단과 구별되는데, 이 경제집단의 대리자들에게는 고유의 경우에 맞게 입장표명의 기회가 주어질 수 있다.

개인의 범위를 정하기 위한 전제조건으로서 일반적으로 법적 능력이 고려된다면, 너무 많은 수의 참여자들이 생겨나게 된다. 가령 소비자 역시 이 상위개념 하에 포함될 수 있으며, 규제절차에 의해 소환될 수 있는 것으로 간주될 수 있다. 아마도 이 경우 절차진행이 비용이 많이 들 수 있으며 그리고 비능률적이 될 수 있다는 점도 생각할 수 있는 결과일 것이다. 그러나 이러한 결과는 TKG 74조 2항 3호의 원문표현에 따라서도 가능하다. 물론 개인과 인적집단에 속해야 하는 사람들을 정하기 위해, 문헌상에서는 부분적으로 제한이 가해진다. 따라서 Kerkhoff는 개인으로서의 소비자, 소비자단체와 노동조합 등의 소환자격에 반대하고, 이에 대한 이유를 TKG의 목표설정을 이용하여 설명한다. Kerkhoff에 따르면, TKG는

GWB와 마찬가지로 대중의 이익에서 경쟁의 자유(Wettbewerbsfreiheit)를 보호해야 하는데, 그러나 이 경우 개인으로서의 소비자에게는 절차권이 허용되지 않는다는 것이다. 그 때문에 Kerkhoff는, 소비자와 소비단체의 일반적인 이익에 TKG 75조 2항에 의거한 입장표명의 기회를 이용하여 충분한 지위를 허용할 것을 제안한다. 그러나 이러한 견해에서 걱정스러운 점은, 이를 통해 곧 바로 참여자의 권리가 존재하게 되는 것은 아니라는 것이다. 그러나 이러한 의견에 따르면 특별한 이익관계가 있는 개별 경우들에서 예외가 가능할 수도 있다.

이에 대해서 개별 소비자도 똑같이 소환능력이 있는 것으로 간주될 수 없다는 Bosman의 견해는 또 다른 이유가 된다. TKG가 개별 소비자들에게 직접적인 권리를 인정하지 않고, 일반의 이익에서(Interesse der Allgemein) 단지 기업의 경쟁자유만을 보호하고 있음에 주의를 환기시키고 있다.

게다가 규범대조적인 관점에서 일반적인 카르텔법상의 문헌에 주목해보면, 이 문헌들에서 부분적으로 소환자격을 엄격하게 규정하려고 시도하고 있다는 점이 눈에 띈다. TKG 74조 2항 3호에 대한 유사규정인 GWB 54조 2항 3호에 따르면 개인과 인적 단체들이 똑같이 소환자격이 있다. 그러나 Schultz에 따르면 카르텔절차법에서 소비자는 소환자격이 있지만, 노동조합은 소환자격이 없다. 자신의 제한적인 해석에 대한 이유를 제시하기 위해 Schultz는, 이러한 점이 카르텔법의 목적으로부터 생기는데, 왜냐하면 기업의 경쟁자유 뿐만 아니라, 경제적인 삶에 참여하는 모든 개인들의 이익에서의 경쟁자유도 보호되어야 하지만, 이 경우 노동조합은 제외된다는 점을 인용하고 있다. 이에 비해 Kasten Schmidt의 견해는 제한이 덜한 것으로 증명된다. Schmidt에 따르면 소환자격이 있는 집단은 기업, 카르텔, 경제연맹 그리고 직업연맹으로 이루어질 뿐만 아니라, 단순히 소속되어야 할 사람들에게까지도 적용된다. 따라서 소비자, 소비자단체와 노동조합도 소환될 수 있다. 이러한 해석은 Schmidt에게 있어, 제한적인 규범해석을 위한 입법기관의 지침이 존재하지 않음으로 인해 생긴 결과이다.

(2) 결론

인적 범위의 상황특징과 결부되어 밝혀진 제한노력은 확인될 수 없다. 이는, 이러한 단서(Ansatz)에 대한 어떠한 규범상의 근거도 찾아낼 수 없다는 점에서 도출된 결론이다. 특별한 이익을 참조하도록 지시하는 제안은, TKG 74조 2항 3호에서는 고려되지 않고 있으며, 따라서 이를 무력하게 만드는 제한에는 이미 원문표현을 근거로 동의할 수 없다.

TKG 보호가 소비자를 통해서 분명하게 표현된 그러한 인적 범위에는 적용되지 않는다는 이유제시에 반하여 우선 제기될 수 있는 이의는, TKG의 보호목적이 포괄적으로 파악되며, 따라서 이러한 방향에서 제기되는 제한은 규정되어 있지 않다는 것이다. 왜냐하면 규제의 개념에 대해서 GG 87조 이하로부터 도출된 헌법상의 원칙이 영향을 미치는 것과 연관해서 경쟁확보는 동시에 국가의 보장책임을 내포하기 때문이다. 경쟁에 대한 독점적인 초점맞추기는 결과적으로 계획되어 있지 않으며, 이러한 한에서 보장행정법으로써의 TKG의 목적달성은 축소된다. 게다가 직접적이면서도 개인적인 권리에 대한 고려 역시 소홀한 것으로 보인다. 이러한 개념쌍은 분명히 VwVfG 13조 2항 1문과 VwGO 65조 1항을 상기시킨다. 이 규범들과 VwGO 74조 2항 3호 사이의 결정적인 차이는 특히, 피소환자인 개인에게 있어서의 법익을 고려하지 않는다는 점에 있다. 따라서 이러한 방향에서의 해석은 확인되지 않는다.

이러한 의미에서 제한된 해석이 제공되어 있지 않기 때문에, 오히려 확장된 개념의 이해가 전개된다고 추측할 수 있다. 그 때문에 가령 Schultz에 의해 주장된 GWB의 경우에 대한 단서 역시 TKG의 경우에는 지속될 수 없다. 입법기관은 대인과 인적 단체라는 개념의 사용을 결정했다. 법조문의 분명한 표현(Formulierung)은 따라서 입법기관의 의도가 무시되는 것을 막아준다. 원문표현에서 제시되고 있는 것처럼, 방법상의 이유에서 입법기관의 의도를 기준으로 삼을 것이 제안된다. 해당 원문표현 역시 제한적인 해석을 규정하고 있지 않다. 이에 대해 개인과 인적연합이라는 개념쌍은 너무 많은 구체화가능성을 허용하며, 이러한 개념쌍으로 분류되어야 할 어떠한 수용자 범위도 개별적으로 결정하기는 불가능하다. 이에 관해 즉시 관심을 가지지 않을 수는 없다. 이러한 배경에 따라 일부 문서들에는 소환가능성을 법정치학적인 숙고를 이용하여 제한하려는 경향이 존재

하는 것으로 보인다. 따라서 참여자의 범위를 소규모로 유지하려는 노력이 지속되는 것으로 여겨진다. 그러나 해석법리학적(rechtsdogmatisch) 관점에서 보자면 이러한 분석결과는 근거가 마련된 것이 아니라, 누가 소환규칙들의 수용자로 간주되어야 하는지를 묻는 평가문제의 결과로써 설명된다. 그러나 참여범위를 제한함으로써 나타날 수 있는 장점들을 무시하면, 정보통신법상의 영역의 경우 TKG 74조 3항 3호의 원문표현에 대한 모순이 여기에서 도출된다. 이는 특히 Kerkhoff의 견해에 대해 반론을 제기할 수 있는데, 왜냐하면 한편에서는 무엇 때문에 특별한 이익관계가 있을 때 특별한 경우에서 소비자의 소환이 허용되어야 하는지에 대한 논증이 빠져있으며, 다른 한편에서는 GWB의 경우에 대해 주장되는 논증의 일괄적인 원용은, 당연히 TKG의 목표에 따르는 것으로 언급된 집단들을 제외하기 위한 근거로써 설득력이 없기 때문이다. 왜냐하면 절차법내에 두 개의 법률집(Regelungswerk)이 대등하게 존재함에도 불구하고, 이 분석에서 논의되었던 것처럼, 절차법에도 두루 영향을 미치게 될 상이한 출발상황들과 목표설정이 제시되기 때문이다. 시장질서법으로써의 GWB는 보다 공공연한 경쟁의 영역에서 경쟁의 자유를 요구하며, 경쟁을 보장하고자 한다. 이에 반해 TKG의 분야별로 특징적인 경쟁법은 과거 국가의 독점을 폐지하기 시작하며, 우선 이 영역에서의 경쟁의 확보를, 그리고 난 후에는 보장을 추구한다. 이 경우 특히 분명해지는 것은, 자연스럽게 주민 보호에 맞추어 마련된 보편서비스책임기관은 이용자의 이익의 보호(TKG 2조 2항 1호)를 기준으로 한 목표설정과 지불가능한 비용으로 정보통신서비스를 이용할 수 있는 광범위한 기본공급(TKG 2조 2항 3호)을 목표로 삼고 있다는 것이다. 따라서 이러한 의미에서 보장행정법은 행정법에 두루 영향을 미치며, TKG 73조 이하의 절차법은 그러한 한에서 보장행정절차법으로 이해될 수 있다. TKG를 통하여 목표로 설정된 경쟁확보는 본질적으로 사용자의 이익에 속할 수 있다. 이는, 그 이익들을 특별하게 고려할 것을 조건으로 한다.

참여자범위를 제한하기 위한 이유를 제시하기 위해 실행된 GWB에 대한 참조는 충분하지 않다. GWB의 원용은 이로써, 경쟁의 보장이 중점적으로 지시되는 경우에만 고려된다. 게다가 규범의 보호목표에도 맞아야 한다: GWB에서와 마찬가지로 TKG에서도 경제적인 삶에 참여하는 모든 사람들이 보호되어야 한다면, 인

적범위를 정하는 일은, 기업 또는 직업단체로써 넓은 의미에서의 정보통신업무에 직접 참여하고 있는 사람들로만 한정되지 않고, 이러한 영역에서 경제적인 삶에 참여하는 사람들에게까지 확대되는데, 이 경우 이들이 반드시 기업일 필요는 없다. 소비자 역시 바로 포함될 수 있다. 이러한 파악으로 인해 개인과 인적단체라는 개념쌍에 부합하게 되는데, 왜냐하면 그 안에서 직접 경제적 생활에 참여하는 특정한 방향이 확정되지 않으며, 그러므로 전적으로 기업, 경제단체와 직업단체에만 해당되는 것은 아니기 때문이다.

이러한 점으로부터, 범위를 정하는 것이 필요한가의 문제는 소환자격에서가 아니라, 이익관계의 사실적 특성을 해석하는 범위에서 해답을 얻을 수 있다는 결론이 이끌어질 수 있다. 그렇지 않으면 이 두 가지의 전제조건들이 근거 없이 서로 혼합된다.

bb. 이익관계

소환에 대한 법률텍스트(Gesetztext)상의 전제조건은 이익관계이지, 법익관계가 아니다. 따라서 이 규정은 GWB, VwVfG와 VwGO와는 구분된다. VwVfG 13조 2항 1문과 VwGO 65조 1항에서는 법적 이익관계가 요구된다. 이에 반해 카르텔법상의 절차에서는 GWB 54조 2항 3호에 의거하여 중대한 이익관계가 고려된다. TKG 74조 2항 3호는 이 규정들과 비교해 볼 때 가장 사소한 전제조건을 갖는다.

이 점에서 제시되는 것은, 참여자의 범위가 다른 행정절차들에서보다 더 크다는 점이다. 바로 이러한 사실에 더 강화된 투명성이 근거하고 있다. 이제 제기되는 의문은, 이러한 이익관계에 대하여 어떤 요구사항들이 내세워질 수 있는가 하는 점이다. 법적인 이익관계가 문제되지 않음이 분명하기 때문에, 이러한 결정이 제 3자의 입장에 영향을 준다는 점만으로 충분하다. 이러한 이유에서 경제상의 이익은 소환가치가 있는 이익으로 간주될 수 있다. 그 밖에도 모든 사회적, 이념적 그리고 재정적인 이익 등도 처음부터 배제되지 않는다. 그러나 피소환자의 범위가 적당한 정도를 벗어날 수 있는 위험이 존재한다. 아마도 이러한 넓은 해석은 그 원문표현에 따라 배제되지 않을 것이다.

cc. 제한

TKG 74조 2항 3호의 원문표현이 잠재적으로 참여자들을 넓은 범위로 유도할 수 있다는 점이 확인된 이후에는, 제한을 고려해야 하는지의 문제가 제기된다. 그러나 이러한 단서에 앞서 항상 미리 언급되어야 하는 점은, 넓은 해석을 허용하는 원문표현과 관련해서 경우에 따라서는 이 원문표현을 제한적으로 검토해야 한다는 추정이 존재한다는 것이다. 따라서 제한은 단지 이익관계의 특징을 근거로 분석될 수 있는 것이지, 인적인 관찰 층위에서 미리 분석되는 것은 아니다. TKG에는 고유의 원칙이 없기 때문에, 그에 대한 해답을 위해 일반적인 경쟁법에 적용되는 GWB 54조 3항 3호의 지침을 주목하게 되는데, 왜냐하면 이 지침은 TKG 74조 2항 3호와 가장 빨리 연결될 수 있기 때문이다. 직접적인 원용은 처음부터 TKG 74조에 대한 GWB의 적용가능성이 없었기 때문에 제외된다. 그러나 TKG의 불균형적인 분야별로 특수한 단서들로 인하여 우선적으로 구분되어야 하는, 그러나 경쟁보장의 이행으로 인하여 그 한도 내에서 비교가능한 GWB와 TKG의 목표 설정이 고려되어야 한다: 이 두 법률집들의 경우 분명한 목표는 경쟁의 인정이다. 결국 이익관계의 전제조건을 좀 더 자세히 관찰하기 위해 상대적으로 GWB 54조 2항 3호에 더 관심을 쏟아야 하지만, 이 경우 GWB와 TKG의 차이점들이 혼합되는 말아야 한다.

GWB 54조 2항 3호에 따른 소환을 위한 전제조건은 중대한 이익관계이다. 따라서 이 이익은 결정을 통하여 관련되어야 하고, 동시에 이익이라는 용어의 사용은, 권리가 문제가 되고 있지 않음이 분명하다는 점을 명시하는 것이다. 만일 최소한 절차의 간접적인 영향이 고려될 수 있다면, 그리고 이익이 감지될 수 있다면, 즉 단순히 극히 적거나 또는 굉장히 사소하게 관련되지만 않는다면, 이익관계는 중대한 것이다.

이익관계의 이러한 특징을 원용하여 다시금 부분적으로 시도되는 점은, TKG 74조 2항 3호에서의 참여자의 범위를 제한시키는 일이다. 따라서 Bosch와 Kerkhoff는, 단지 TKG를 통해서만 보호되어진 이익만을 보호가치가 있는 것으로

간주하자고 제안한다. Etling-Ernst는 법익을 고려하고, 이러한 방식으로 TKG 74조 2항 3호의 원문표현을 무시한다.

이러한 의견들의 결과는 규범의 원문표현과는 달리 참여자집단을 상당히 제한한다는 점이다. 이러한 제한시도는 그러나 사실상 계속될 수 없다. TKG 74조 2항 3호의 원문표현은 이러한 점에서 분명하며, 이러한 방식으로 제시되는 모든 제한시도는 따라서 법률텍스트를 그 근거로 인용할 수 없다. 이 경우에도 역시 분명한 법률언어에 대한 그리고 그 안에 표현되어진 입법기관의 의도에 대한 전제가 중요하다. 비록 이와 더불어 해당 지침의 의의와 목적이 고려된다고 할지라도, 역시 아무것도 달라지지 않는다. 중요한 것은 제 3자가 규제절차에 참여하는 것이다. TKG 74조 2항 3호의 광의의 표현형식(Fassung)과 소환의 상위 기능, 다시 말해 TKG 1조와 2조로부터 도출된 규제목적에 배경으로 하는 고유 이익의 인지는, 최소한 두 가지 이유에서 제한이 가능하지 않음을 보여준다. 한편에서는 가장 투명한 규제라는 관점 앞에서, 소비자단체, 노동조합 등의 방향에서 수용자집단을 제한하는 분명한 근거가 없으며, 다른 한편에서는 입법자료들 역시 이 경우에 대해 어떠한 근거도 제공하고 있지 않다는 것이다. 분명한 원문표현도 그리고 원문표현을 통하여 제약된 규제의 분명함도 이에 따라 제한을 방해한다. 게다가 TKG의 본질적인 목적인 정보통신서비스의 최적의 제공과 관련하여 소비자보호를 달성하는 것에 주의해야 한다.

경우에 따라서는 - TKG 75조 2항에 의거하여 고유의 경우들에서 입장표명의 기회가 제공될 수 있는 - 절차에 의해 관련된 경제집단에 대한 구분이 필요하다. 이러한 필요성은 참여자들과 청문관련자들 간의 차이로부터 도출된다. 청문의 권한이 있는 사람은 해당 행정절차의 참여자가 아니다.

d. TKG 75조 2항에 따르는 절차에 관련된 경제집단의 청문을 위한 구분

TKG 75조 1항에는, 참여자들에게 입장표명의 기회를 주도록 규정되어 있다. VwVfG 28조와는 달리 청문은 따라서 강제적이다. 결과적으로 VwVfG 28조 2항과 3항으로부터의 예외 역시 적용되지 않는다. 참여자의 입장표명과는 별도로

TKG 75조 2항에서는 절차에 의해 관련된 경제집단에 대한 청문가능성이 규정되어 있다. 그러나 독자적인 경우들에서의 이러한 입장표명의 기회를 통하여 경제집단들은 참여자들이 되는 것이 아니라, 청문을 이용하여 단지 절차의 진행에 간접적으로 참가할 수 있다. 그러나 이러한 점에는 동시에 문제점도 있는데, 왜냐하면 참여자의 입장표명만이 역시 절차권으로 인정되기 때문이다. 그러므로 수용자의 범위를 정하는 것은 어렵다. 절차에 의해 관련된 경제집단들은 우선 직접적으로나 간접적으로 절차의 시작에 대해 경제적인 이해관계를 가지는 모든 집단이며, 따라서 TKG 75조 2항하에 뿐만 아니라 TKG 74조 2항 3호에도 역시 포함될 수 있다. 경제집단들은 시장참여자들 뿐만 아니라, 소비자이기도 하다. 이 사람들이 소환에 대한 신청을 제기하지 않는다면, 단지 청문만이 고려된다. 그러나 이로써 TKG 74조 2항 3호에서 의미하는 참여자들에 대한 이해가능한 구분공식이 얻어지지 않았다. 그러나 어떤 기준을 고안해야 할 필요성은, 이러한 집단에 입장표명의 기회가 주어지는지에 관한 결정위원회의 판단결정이 중요하다는 사실에 직면하여 분명해진다. 따라서 재판을 통한 검증가능성 역시 제한되어 있다. 그러므로 절차에 의해 관련된 경제집단의 구성요건상의 특징은 구체화가 필요하다. 그러나 이러한 구체화는, 참여자의 범주에 관여되지 않아야 할 개인들과 인적 단체들을 위한 수용규범으로 원용하는 데에는 이용될 수 없다. 예를 들어 소비자와 소비자단체 역시 TKG 74조 3항 3호의 참여자개념에 포함될 수 있는 한, 이러한 집단들이 TKG 75조 2항에서 의미하는 청문을 할 수 있는 제 3자로 간주될 수는 없는지 그리고 그 때문에 참여자들로 고려될 수 없는지는, 말하자면 참여자의 범위를 제한하기 위해 부정적으로 질문될 수는 없다. 다시 말하자면 이는, 참여자의 범위를 구분하려는 노력으로 유도된다. 그 때문에 반대로 원문표현에 따라서, 이 제 3자들을 참여자로 고려할지가 검증되어야 하며, 그리고 단지 이것이 거부되는 경우에만 계속해서 TKG 75조가 검증되어야 한다. 실제로 이익관계가 고려되는지는, 인적인 관찰과 관련해서 아직 관여적이지 않으며, TKG 74조의 틀에서 서로 연관된 전제조건으로써 분석되어야 한다. 이러한 원칙적인 소환자격은 따라서 단순한 이익관계와 무관하게 정해져야 한다. 평가를 결정하게 하는 동인으로써 관련된 이해관계의 중요성이 고려될 수 있다. 이러한 이해관계가 각각의 절차대상과 관련해서 더 의

미있게 분류될수록, 소환은 더 빨리 검토될 수 있다. 이러한 방식으로 참여자의 권리 내지 의무로 인한 참여와 이러한 지위 없이 이루어지는 청문 사이의 긴장의 장이 약해질 수 있다.

e, 판단과 필수적인 소환

TKG 74조 2항 3호의 의미에서 자신들의 이해에 있어서 서로 연관되어 있는 개인과 인적단체가 문제가 되는 한, 이는 사실상 참여자의 지위 역시 획득되는 결과를 초래하지는 않는다. 법으로 인한 참여와는 달리, 신청을 근거로 절차에 소환되어야 하는 청구권은 생기지 않는다. 원칙적으로 이에 관한 결정은 규제관청의 의무에 따른 판단에 있으며, 따라서 신청자에게는 결함이 없는 판단행사를 요청할 권리가 부여된다.

그러나 소환이 충분한 근거가 없음으로 인해 방해되고 있다면, 이러한 청구권은 소환에 대한 청구권으로 압축된다. 이는 필수적인 소환이라는 법제도와 조화를 이루고 있다. 만일 제 3자가, 해당 결정이 자신들에게 대하여도 확일적으로 영향을 미치는 방식으로, 분쟁이 되고 있는 법적 관계(Rechtsverhältnis)에 관여하고 있다면, 행정소송의 경우에는 VwGO 65조 2항의 기준에 따라서 이러한 사항이 적용된다. 그러므로 제 3자는 분쟁대상에 대하여 특히 밀접한 관계에 있어야 한다. 행정절차의 경우에 VwVfG 13조 2항 2문은, 만일 절차의 시작이 어떤 제 3자에 대하여 법형성의 효과를 가진다면, 신청을 근거로 한 필수적인 입회가 실행되어야 한다고 규정하고 있다. 법형성의 효과는, 실행가능한 결정이 직접적으로 제 3자의 권리를 정당화하거나 권리를 변경시킬 때 또는 권리를 상쇄시킬 때에 생성된다. 이러한 한에서 행정소송상의 필수적인 소환과 행정절차법상의 필수적인 입회 간의 본질적인 차이는, (먼저 거론된) 소환은 직무로 인해 이루어지는 것이고, (나중에 언급된) 입회는 신청을 근거로 이루어진다는 것이다. 필수적인 소환이라는 법제도는 TKG 74조의 경우에는 생소하지만, “소환된”이라는 문구에도 불구하고 VwGO 65조 보다는 VwVfG 13조의 기준을 이용하여 전용이 가능한데, 왜냐하면 행정절차가 문제가 되고 있고, 이러한 한에서 VwGO 65조를 기준으로 한 거부가 꼭 필

요하지는 않으며, 특히 카르텔법이 주목되는 경우에 고려될 수 있기 때문이다. GWB의 경우에도 TKG의 경우에서와 마찬가지로 필수적인 소환은 생소하다. 그러나 그 사이에 이러한 소환이 카르텔행정절차에서 인정되었고, 그에 따라 만일 특정인의 주관적인 권리가 의도된 처분을 통해서 침해받을 수 있다면, 필수적이기도 하다.

이러한 결정이 제 3자에 대해서도 확일적으로 영향을 미치게 되는 한에서, 카르텔절차에 적용되는 필수적인 소환을 이용하기 위한 근본원칙은 TKG 73조 이하의 규제절차에도 전용될 수 있다. 이에 대한 근거는, TKG 74조 2항 3호가 TKG 54조 2항 3호의 규정을 내용상으로 따르고 있으며, 이 두 규범이 경쟁법상의 절차 규칙들을 내포하고 있다는 점이다. TKG의 불균형성과 분야별 특수성으로 인해, 절차법상의 규칙들을 이용한 보완이 동일한 자구내용에도 불구하고 거부되지 않는다는 점이다. 그러므로 TKG 74조 2항 3호를 GWB 54조 2항 3호와 비교한 결과는 VwVfG 13조 2항 2문을 적용하는 것이다. 따라서 만일 절차의 시작이 제 3자에 대해 법형성의 효과를 가진다면, 일반적인 행정절차법에 해당하는 규정이 결정위원회절차에 적용된다.

3. 청문과 자료열람의 예들에 있어서의 참여자들의 법적 지위

a. 참여자들의 청문

참여자들이 정해진 이후에는 행정절차에의 참여와 관련해서 그들의 법적 지위가 이해되어야 한다. 이러한 이해의 의미는 각각의 규제절차의 목적에 있다. 이러한 규제절차는 행정행위의 발령을 목표로 삼는다. 행정절차들에서 결정위원회들은 자신들에게 제시된 임무와 권한을, 절차를 종결하기에 적합한 결정이 법적으로 보호되어야 할 참여자의 이익에 불리하거나 또는 유리하게 영향을 주는 방식으로 행사한다. 이 경우 법치국가원리를 적용하여, 참여자들이, - 절차, 그 절차의 대상, 압박해있는 결정과 그 결정과 결부된 사실상의 법적인 고려에 대하여 발언하는 정도로- 자신들의 권리를 실현할 수 있도록 해야 한다. 결정위원회절차에 관련되

는 법적 공청의 허용에 대한 해당 지침은 TKG 75조 1항이다. 바로 이 범조항에 참여자에게 입장표명의 기회를 제공해야 한다는, 규제관청의 의무가 포함되어 있다. 수용자에게 미치는 특정한 행정작용의 영향과 관련한 제한들은 포함되지 않는다. 이런 방식으로 일반적인 청문의 의무가 모든 결정위원회절차와 모든 참여자들의 경우에 생기게 되는데, 이 의무는 발령될 수 있는 모든 행정절차와 관련된다. 이는 일반적인 행정절차의 경우에 VwVfG 28조 1항에서 도출된 청문의 의무와 비슷한데, 이 청문의 의무는 TKG 75조 1항에 따른 청문의 목적설정과 관련되어 있다. 이 두 가지의 청문의 형식들에서는, 입장표명이 이루어져야만 한다는 점이 아니라, 결정적인 동인은 관청을 통하여 허가된 입장표명의 기회라는 점이 중요하다. 청문의 기초가 되고 있는 행정작용과 관련하여 TKG 75조 1항과 VwVfG 28조 사이에는 아주 중대한 차이들이 존재한다. VwVfG 28조 1항에서의 청문의 필요조건은 단지 -참여자의 권리에 개입하는- 행정행위와만 관련되며, 그 밖에도 VwVfG 28조 2항에는 더 넓게 파악된 예외목록이 포함되어 있다. 그러나 청문의 필요조건에 해당되지 않는 경우에 조차도, VwVfG 45조 1항 3호의 기준에 따른 처치가 가능하다. 이는, 청문의 의무가 일반적인 행정절차에서는 단지 제한적으로만 완성되어졌음을 나타낸다. VwVfG의 형식적인 행정절차에서의 참여자는 보다 강한 법적 지위를 가진다. VwVfG 66조 1항은, 참여자들에게 결정에 앞서 발언을 할 기회를 제공하도록 규정한다. 개입된 행정작용에 대한 제한은 VwVfG 28조와는 달리 TKG 75조 1항에는 존재하지 않으며, 게다가 VwVfG 28조 2항과 비교될 수 있는 예외목록도 존재하지 않는다. 이러한 점에서 TKG 75조 1항의 규정은 보다 특별하다. 이미 밝혀졌듯이, 결정위원회의 절차에서는 넓은 의미에서의 형식적인 행정절차가 문제가 된다. 따라서 TKG 75조 1항의 규정이 VwVfG 66조 1항의 규정과 어느 정도로 동일한지가 조사되어야 한다. 이제 VwVfG 66조 1항과 TKG 75조 1항을 규범비교적인 관찰방식으로 살펴본다면, 이 두 규범의 경우에는 발령될 수 있는 모든 행정행위를 목표로 겨냥하는 청문의무가 적용된다. 그러므로 그 차이점들은 원칙적인 청문의 의무와 관련해서 존재하는 것이 아니며, 특히 불리한 행정작용에 대한 제한도 이루어지지 않는다. 실질적으로 청문에 대한 절차법상의 청구권(Anspruch)은 법적으로 보호되어야 할 모든 이익과 그 뒤에 존재하는 결정

에 중대하게 고려되어야 할 사실들에게까지 적용된다. 청문에 이어지는 발언기회는 따라서 모든 실제적이며 법적인 관점에까지 적용되는데, 이 관점들은 아마도 공식적으로 발표되는 행정행위와의 관련을 보여주고 있다. 이는 결정위원회에게 있어서, 의견제시를 인지하고, 결정에 고려한다는 것을 의미한다. 그러나 참여자들이 모든 결정에 중대한 영향을 미치는 사실들에 대해 의견을 말할 수 있으려면, 결정위원회는, 다른 참여자의 의사표명, 전문가의 평가서 등에 그 밖의 참여자들이 접근할 수 있도록 해야 할 의무가 있다. 참여자들의 자료열람에 관한 권리는 이러한 국가적인 의무사항과 밀접하게 관련되어 있다. 이러한 사실에서 오래전부터 존재해온 - 법적인 청문을 위한 권리에서 도출된 - 자료열람에 관한 권리와 이러한 권리에 대립하고 있는 비밀보호 사이의 갈등이 나타난다. 행정절차에서의 입장표명을 위한 전제조건은 해당 절차의 기초가 되고 있는 상황을 인식하는 것이다.

b. 자료열람과 비밀보호

절차의 구성실체에 대한 필수적인 인식은 필연적으로, 참여자들에게 절차행위에 관한 열람을 제공하게 된다. 이러한 점에서 자료열람과 청문은 서로 밀접하게 연관되어 있는데, 왜냐하면 청문은 종종 자료를 잘 알고 있는 경우에만 이루어질 수 있기 때문이다. TKG 75a조에 이르기까지 결정위원회절차에서의 자료열람에 관한 권리를 구체화하는 것에 관한 고유 지침들은 존재하지 않는다. 이러한 점으로부터 생겨나는 다른 절차참여자들의 보호되어야 할 비밀유지이익과의 긴장의 장을 완화시키기 위해, VwVfG 29조, 30조의 적용이 제안된다. 이 분석이 이미 여러 번 제시했던 것처럼, TKG가 고유의 절차규칙들을 사용하지 않은 경우들에서는 VwVfG를 보충적으로 원용할 수 있다. 이는 직접적으로 VwVfG 1조 1항 1호로부터 도출된다. 따라서 VwVfG 29조, 30조를 이용할 수 있다. 근본적으로 이 경우에 결정위원회절차의 법률유사성(Justizähnlichkeit)은 Münster 행정고등법원(OVG)의 판결에 따라 비밀유지청구권소유자를 엄격하게 통제하는 기준들이 아니다.

VwVfG 29조 1항 1문은 참여자의 넓게 파악된 자료감시권을 확정하고 있는데,

이 권한은 법적인 이해관계가 있을 경우 진행되고 있는 행정절차의 참여자들에게 절차행위에 대한 기록열람 청구권을 허용하고 있다. VwVfG(VwVfG 1조, 2조)의 적용과는 무관하게 이러한 참여가능성의 경우에는 일반적인 법치국가의 절차요구 사항에 대한 표현이 중요하다. 참여자들이 행정절차에 효과적으로 참여하는 기능은 동시에 확산된 목적들을 지명한다: 자료열람권은 법적인 공청의 실현과 더불어 절차의 공정한 태도에 도움이 되며, 민주주의에 있어서 본질적인 구성요소인 공적인 행정에 대한 관리를 야기시킨다. 이는 결국 투명성을 높이려는 것을 목적으로 하고 있다. 이 투명성은 자료들을 진실되게 기록해야 할 관청의 의무를 통하여 보장된다. 이렇게 해서 -실행가능하지 않은 기본도대를 뒷받침해주는- 결정의 발령이 근본적으로 축소된다. 이 기능들은 결정위원회의 절차에도 영향을 미친다.

관련된 참여자들의 관점에서 자료열람권을 관찰해보면, 아마도 각각의 다른 관련자들이 자신들의 비밀을 보호할 가치가 있는 것으로 간주하는 것에 대해 중대한 이해관계를 가지고 있다는 점을 피할 수 없다. 이러한 사실은, - 경쟁이 아직 형성 중에 있거나 내지는 비교적 경쟁이 오래되지 않았기 때문에 지켜져야 할- 정보통신영역에 바로 적용된다. 이는 TKG 72조 자체에서도 분명히 나타나는데, 이 규정에서 규제관청의 정보안내요구는 필요조건들을 전제로 하고 있으며, 따라서 제한적으로 이해해야 한다. 만일 TKG 72조에 근거를 둔 관청의 권한들의 존립 필요성에 대한 근거설명을 주목해 본다면, 입법기관은 정보통신영역에서의 사업상의 비밀을 보호해야 할 근본적인 필요성을 확인한 것으로 보인다.

만일 결정위원회절차에서 자료열람이 고유의 법적인 이익을 실현하기 위해 필수적이라면, VwVfG 30조로부터 도출된 제한에 대한 절차법상의 청구권은 중단된다. 이 규범에서 표현되고 있는 목적은 비밀보호 이외에 관청에 대한 신뢰관계의 조성이기도 하다. 관련된 참여자의 경영상의 비밀과 사업상의 비밀을 보호하는 것은 결정위원회절차에 있어서 특히 중요하다. 특정한 권리주체자(Rechtsträger)와 - 단지 제한적인 인적범위에게만 알려져 있으며, 그것을 발설하지 않음에서 정당한 이해관계가 존립할 수 있는 - 그의 생활상태에 관련된 모든 사실들은 비밀이라고 이해될 수 있다. 가령 고객명단, 시장전략, 수익상태 등과 같은 많은 경영상의 문제(용무)들이 경영상의 비밀과 사업상의 비밀로 수용될 수 있다. 규제운동

(Praxis)에서 주장되는 견해에 따르면 사업경영과 관련되어 있으며, 그 비밀유지에서 기업가가 보호가치가 있는 경제적인 이해관계를 가지고 있는 사실들이 중요하게 관련되어야 한다. 그러나 그러한 류의 비밀이 지속적으로 보호되어야 할 가치가 있는지의 여부는 공개권한(Offenbarungsbefugnis)을 기준으로 정해진다. 따라서 절대적인 비밀유지의무는 결정위원회에 있는 것이 아니며, TKG 역시 특별한 공개권한을 포함하고 있지 않다. 따라서 자격이 있는 자의 동의를 받은 사례들과 실행된 이익교량에 따른 공개가 남는다. 실행된 이익교량에 따른 공개는 보다 강한 의미를 가지게 된다. 이 경우에 충돌하게 되는 법익들은 주관적인 비밀유지이익과 공익 내지 일반적인 법익이다. 보호되어야 할 영역이 점점 더 강하게 관련될수록, 규제절차를 통하여 보호되어야 할 참여자의 기업가로서의 지위가 한층 더 신중하게 고려되어야 한다는 점에서, 이익교량과정에 대하여 GG 14조는 규제절차에서 중대한 의미를 얻는다. 만일 이러한 이익교량이 보호되고 있는 일반적인 법익의 우위성(Höherrangigkeit)으로 이어진다면, 이에 따라 공개가 허가된다. 이러한 공개는 그러나 절대적으로 필요한 부분들로만 제한된다.

절대적으로 필요한 사항만으로 공개를 제한하는 것이 이익교량의 결과이기도 하지만, 비례성원칙의 영향이기도 하다. 그럼에도 불구하고 입법기관은 항목별 절차법변경과 관련해서, 다른 참여자에 의한 열람을 받아들이는 것에 대해 참여자의 가능한 동의 내지 거부와 관련된 분명한 지침을 공식화하기로 결정했다. 2002년 5월 7일의 우편-과 정보통신법상의 정화법으로 인해 TKG 75a조의 규정이 새로이 결정위원회의 절차법으로 삽입되었다. 이 규범은 경영비밀과 사업비밀에 관련된 지금까지의 규정을 보완하고 있으며, 1항에서는 참여자들이 이러한 비밀들을 포함하고 있는 그런 부분들을 표시해야만 한다고 정하고 있다. 이 경우 우선, 관련자들의 관점에서 이러한 비밀들의 누설 없이 조사될 수 있다는 표현형식(Fassung)이 제시되어야 한다. 이것이 실행되지 않는다면 그리고 결정위원회에 그 밖의 특별한 상황들이 알려져 있지 않다면, 결정위원회는 열람에 대한 동의에서 출발할 수 있다. - 특별한 비방이 없음에도 불구하고 공개에 대하여 반대하고 있는 - 특별한 상황에 대한 지식을 결정위원회는 특히 다른 절차로부터도 얻을 수 있다. 그러나 결정위원회가, 정당하지 않은 표시가 문제되고 있다는 견해에 도달하게 된다면, 결

정위원회는 제 3자를 통한 열람수용을 결정하기에 앞서 당사지의 의견을 듣는다. 이러한 법률의 변경은 따라서 정보들을 다른 경쟁자들에게 알려주지 않아도 되는지 그리고 어떤 정보들이 그런 경우에 해당되는지를 더욱 분명하게 결정할 수 있도록 해준다.

서류열람을 규정하고 있는 법률개정과 관련하여 동시에 절차와 연관된 규제관청의 독립성을 강조하고 있는 또 다른 지침이 채택되었다. TKG 75a조 2항에는 행정법상의 절차에서 VwGO 99조를 기준으로 적용하도록, 그리고 가장 상위의 감독기관의 자리에 규제관청을 앉히도록 정하고 있다. VwGO 99조 1항 2문에 따라 특정한 고객, 서류 또는 관청의 정보들을 법원에 제출해야 할 의무 내지 거부에 관한 결정은 TKG 75a조 2항에 의거하여 규제관청이 내리게 된다. 이러한 한에서, 본래 VwGO 99조 1항 2문에서 도출될 수 있었던듯이, 경제부처들의 차원에서 결정이 내려지는 것이 아니라, 관할설정은 출발관청으로서의 규제관청 스스로가 자신의 제출 의무를 판단할 수 있도록 유도된다. 규제관청을 위한 이러한 권한의 향상으로 인해 행정부들의 관청차원에 대한 위계관계에서 규제관청의 위치가 더욱 강해진다. 따라서 제출거부결정에 항의하는 권리구제의 문제에 있어서는 아무것도 달라지지 않는다. 규제관청의 결정에 반하여 조치를 취하게 되는 한, 이러한 결정은 VwGO 99조 2항에 따라 행정고등법원을 통하여 그 적법성을 검증받아야 한다. 이러한 방식으로 이 영역은 이 점에 있어서는 본안에 대한 법원의 관할권에서 벗어나 있다.

c. 결론

이러한 점에서 TKG 75조 1항에 따라 예외 없이 적용되는 청문의무가 확인될 수 있다. 비록 이와 결부된 참여자들 상호간의 정보가 고려된다고 할지라도, 이는 일반적인 행정절차에 비해서 더 높은 결정과정의 투명성과 결정위원회절차에의 참여를 조건으로 한다. 게다가 청문 없이는 포괄적이면서도 내용상으로 완전한 상황조사도 종종 불가능하다. 그러나 정확한 상황조사는 올바른 결정을 내리기 위한 필수적인 전제조건이기 때문에, TKG 75조 1항에 따른 참여자의 청문이 달성가능

한 행정효율성(Effizienz)을 방해하지는 않는다. 법적인 관점에서 보자면, 이러한 방식으로 고유의 실질적인 법적 지위가 보장될 수 있다는 점은 긍정적으로 평가되어야 한다.

청문은, -결정위원회를 통한 정보가 결부되어 있는- 절차의 실체적 요소(Stoff)들에 관한 지식을 전제로 하고 있다. 따라서 청문은 자료열람에 관한 권리와도 결부되어 있다. 이러한 권리에 대한 효율적이면서도 유효한 인지는 VwVfG 29조, 30조의 전제조건들을 기준으로 한다. 보호할 가치가 있는 비밀들이 문제가 된다면, 공개가 이루어져야 하는지에 관한 이익교량의 문제가 남는다. 비밀유지와 공개 사이의 갈등을 극복하기 위한 지원 또한 TKG 75a조 1항의 부언된 규정에 있을 수 있다. 총체적으로 관찰해 보면, 관청의 결정과정 역시 자료열람에 대한 권리로부터 이득을 얻게 되는데, 왜냐하면 이 만큼 강화된 참여자의 참여는 상황지식의 획득을 촉진할 수 있기 때문이다.

IV. 상황조사를 위한 절차준칙들

1. 조사와 분석원칙

관결부로서의 결정위원회들과 참여자들이 절차법상으로 분석되어진 이후에는, 규제절차에서 실질적인 지식들이 어떻게 얻어질 수 있는지의 문제가 추적되어야 한다. 따라서 이 경우 어떤 규범들이 결정위원회의 조사활동을 결정하는지 그리고 어떤 종류의 권리들과 협력의무가 참여자들에게 맡겨지는지가 검증되어야 한다.

a. 헌법상의 그리고 행정법상의 관점에서 본 분석원칙의 상위 기능과 관련된 TKG 76조

aa. TKG 76조의 규정

정보통신법상의 규제 영역에서 효과적인 책임의 인지는 결정행위기관의 충분한

정보를 전제로 한다. 결정위원회절차에서 진행되어야 할 조사들에 대한 중심 규범은 TKG 76조이다. TKG 76조 1항의 원문표현은 결정위원회에게, 필요한 모든 조사들을 진행할 수 있는 그리고 증거들을 검증할 수 있는 자격을 허용한다. 이 때 법률텍스트를 토대로 우선, 상황조사의 방식과 범위는 원칙적으로 그리고 포괄적으로 결정위원회의 판단에 따르도록 하는 규정이 문제일 것이라고 추정될 수 있을 것이다. 그러나 이러한 추정은 받아들여질 수 없다. 이는 이미 입법자료들을 통해서 입증되었다. 따라서 이 규범은 “결정위원회 앞에서의 절차는 분석의 기본 원칙에 의해서 지배되고 있다”는 점을 분명히 밝히고 있다고 표현된다. 결정위원회는, 참여자의 제출 또는 양도에 구속되지 않고, 직무상으로 결정에 중대한 영향을 미치는 사실들을 조사한다. 매우 중요한 증거방법의 경우에 대해 이 지침은 절차에 대한 간명한 표현을 내포한다. 결정위원회절차는 그러므로 - “직무상으로”라는 표현과 강조로부터 추론될 수 있는 - 입법기관의 의지에 따라 분석의 기본 원칙에 의해 형성되어야 한다. 상황조사는 따라서 결정행위기관의 관할범위 속하게 된다.

bb. 행정절차법상의 분석기본원칙에 대한 연관점

TKG 76조 1항의 원문표현이 상황조사를 위해 어떤 의미를 가지는지는, 설명이 필요하다. 결정위원회를 통하여 행정행위가 근본적으로 새롭게 인지된다. 행정의 전체 영역에서 규정에 따라 분석의 기본원칙이 적용된다. 그 적용은 행정절차의 경우 헌법상으로 근거를 가지고 있으며, 단순법상으로는 VwVfG 24조에 문헌상으로 확정되어 있다. 분석의 기본원칙은 헌법상의 관점에서 볼 때 무엇보다도 행정의 합법성의 원칙을 표현하는 것이지만, 그러나 행정작용의 효력원칙으로부터도 도출된다. 분석의 기본원칙은, 결정에 중대한 영향을 미치는 사실의 실체적요소들을 직무상으로 구하도록 정하고 있다. 따라서 참여자의 제출에 대한 구속성은 존재하지 않는다. 그러므로 법치국가적으로 보면, 공익은 합당한 상황조사를 기준으로 보장된다. 국가의 급부책임이 이제 기존의 보장책임으로 환원되는 것은, 이 경우 법치국가적으로 정해진 공익의 요인이다. 실질적인 공익은 결과적으로 행정절

차와 국가의 절차책임을 확정하는 배경이다. 바로 절차가 보장책임을 공익 관철에 도움이 되기 때문에, 상황조사(그리고 상황조사와 관련된 결정)는 법치국가적인 관점에서 참여자의 처리를 위해 내세워질 수는 없다. 왜냐하면 심의원칙을 적용함으로써, 실제적 판단은 참여자들의 긍정적인 구상에 의해서보다는 행정법상의 지침에 의해서 덜 한정되기 때문이다.

행정절차법상으로 고려되어야 할 분석의 원칙의 헌법상의 특징은 그러나 행정의 합법성원칙으로만 제한되지는 않는다. 만일 이미 분석된 재판을 BVerfG의 Mülheim-Kälich-결정과 관련해서 주목해 본다면, 상황조사는 단지 관계자들의 이익이나 그들의 기본권보호에 도움이 되는 경우에만 존립한다는 결과가 나타난다. 상황조사에서 기본권을 보장하는 의미는 이 경우 헌법상의 절차의미의 주요요인을 의미한다. 그러나 사회주의원리와 평등원칙의 헌법상의 고정은 행정법상의 사실분석의 영역에까지 영향을 미친다. 이는, 직무조사에서의 법치국가적인 그리고 사회주의적인 관점에서 동시에 임무를 살피는 것, 규정에 따라 보장되어지는 관청의 상황지식과 법지식을 특정한 방식으로 이용하는 것, 그리고 시민에게 유용한 상태(Umstand)를 조사하는 것을 의미한다. GG 3조 1항의 삽입은 법적용 평등성의 토대가 된다. 이 규범은 따라서 모든 참여자들과 관련해서 실질법을 동일하게 적용할 것을 요구하고 있다.

cc. 행정소송상의 분석기본원칙에 대한 관련

행정절차의 경우에서와 마찬가지로, 행정소송의 경우에도 역시 분석의 기본원칙의 적용이 법률상으로 규정되어 있다. 따라서 VwGO 86조 1항은 법적인 관점에서는 물론 실제적인 관점에서도 재판을 통한 관청조치에 대한 완전한 검증을 필요로 하고 있다. 분석의 기본원칙에 대한 행정소송상의 근거는 따라서 행정절차에서와는 다른 기능맥락에 있다. VwGO 86조 1항은 헌법상으로 GG 19조 4항의 권리구제방법의 보장을 특징으로 가지며, 따라서 전적으로 공익에만 이용되는 것은 아니다. 결국 행정소송에서의 분석기본원칙의 적용은 헌법상으로 오히려 GG 19조 4항을 이용할 수 있기는 하지만, 우선적으로 공익에만 도움이 되는 것은 아니다.

GG 19조 4항에 따른 효과적인 권리구제는, 단지 결정에 중대한 영향을 미치는 상황이 포괄적으로 해명되는 경우에만 보장된다. 따라서 행정절차법상의 분석기본원칙과 행정소송상의 분석기본원칙 간의 차이는 다음과 같은 영향을 미치게 된다: 통상적인 경우 앞서 발생한 관청의 행위(Tätigkeit)에 대한 합법성검증은 법원의 작용에 의해 확정되는 반면에, 행정절차에서는 관청의 조사들이 행정목표의 실질적인 가치와 가능한 법적 결과들을 확정하게 된다.

행정소송상으로 적용되는 분석기본원칙의 대조물(Gegenstück)은 민사소송에서 정해진 행동준칙들이다. 이 경우 사실의 입수는 거의 완전히 당사자들의 책임이며, 결정행위기관에 할당되지 않는다. 게다가 결정과정(Entscheidungsfinden)도 공익관철의 특징을 지니지는 않는다. 주로 특정한 규칙들을 토대로 절차에 삽입된 사실들이 고려되어야 한다. 이에 반해 상황조사를 행정 내지 - 권리구제기관으로서 인정된 제도인- 행정법원의 임무범위에 분류하는 것이 설득력이 있다. 근본적인 무기평등성이 추정될 수 있는 민사소송과는 달리, 이 무기평등성은 행정소송에 받아들여질 수 없다. 상황조사에 대한 근본적이면서도 모든 것을 포괄하는 제시는 따라서 권리구제를 요청하고 있는 시민에게는 부과될 수 없다. 이는 공정한 절차의 기본원칙을 필요로 한다.

b. 결론

분석의 기본원칙은, 행정절차에서뿐 아니라 행정소송에서도 적용되는 절차준칙이다: 그러나 이 준칙들에는, 각각의 행정절차 내지 행정소송의 본질에서 기인하는 기능상 특수한 차이들이 존재한다. 이에 따라 관청의 경우 구체적인 경우에서의 실질적인 행정법의 독자적인 개정이 매우 중요하며, 이러한 점에서 분석의 기본원칙은 미래지향적이다. 행정소송의 경우는 이와 달리 분쟁결정적인 공정성관리가 결정적인 특징이다.

결정위원회절차의 경우에는 이러한 근본적인 차이가 고려되어야 한다. 이러한 한에서 중요한 것은, 규제관청을 통하여 행정절차에 의한 행정행위가 행사되고, 그 때문에 분석의 기본원칙이 이미 그 헌법상의 근거로 인해 적용된다는 점이다. 이

점에 있어서, 결정위원회절차를 분석의 기본원칙에 의해 지배되는 것으로 분류하는 입법기관의 견해는 합당한 것으로 증명된다. 반대로 규제절차에서 분석의 기본원칙토대의 비적용(Nicht-geltung)은 헌법상의 그리고 행정법상의 관점에서 볼 때 존립할 수 없다는 점이 제시된다.

TKG 76조 1항의 해석 역시 이 정도로 예외 없는 분석기본원칙의 적용을 기준으로 삼아야 한다. 따라서 이 절차가 민사소송의 인식절차에 밀접하게 의지하고 있다는 Etling - Ernst의 의견은 제한된다. 왜냐하면 만일 이러한 단서(Ansatz)가 승계될 수 있다면(다른 경우로 전용될 수 있다면), 결국 규제관청의 조사는 심의준칙들을 기준으로 이루어지게 될 것이기 때문이다. 이러한 단서에 따라 공익의 성취는 더 이상 보장되지 않는다. 이는 법에 저촉될 뿐만 아니라, 그것을 넘어 헌법을 위반하는 것이기도 하다. 이러한 점에 있어 이들의 의견에 동의할 수 없다.

따라서 행정절차에서의 분석기본원칙의 확정된 적용은 결정위원회의 절차에도 해당된다. 이로써 이 결과는 규제관청에 앞서 진행되는 절차에 행정절차법상의 분석기본원칙을 적용하는 것이다. 이러한 원칙은 TKG 76조에 기록되어있다. 규제관청은 따라서, 결정에 중대한 영향을 미치는 상황을 직무상으로 조사해야 할 의무가 있다. 이 때 규제관청은 참여자의 제출에 구속되어 있지는 않다. 따라서 TKG 76조 1항의 규제내용의 자율적인 의미는 약화되고, 헌법상으로 제한된 그리고 VwVfG 24조를 기준으로 하는 분석의 기본원칙으로 인해 그와 관련된 해명기능과 설명기능이 상세히 논의된다. 이 의미는, 포괄적인 상황조사를 요구하는 시종일관된 규제행위의 필요성을 강조한다는 점에 있다. 이러한 방식으로 국가의 행동합리성을 기준으로 삼게 된다.

2. 분석의 기본토대와 조사의 유효범위

분석의 기본원칙이 결정위원회절차에 적용되는 것이 분명해짐에 따라, TKG 76조의 규정이 어느 정도의 유효범위를 가지며, 상황조사에 대하여 어느 정도의 영향력을 구체화할 수 있는가 하는 점이 조사되어야 한다.

a. 직무조사의 유효범위

직무조사의 유효범위를 정하기 위해서는 우선 헌법을 통해서 정해진 한계가 참조되어야 한다. 상황을 포괄적으로 조사하라는 행정절차법상의 일반적인 훈령들은 자유기본권을 통하여 제한된다. VwVfG 24조의 헌법구성적인 적용을 통하여 비례원칙의 의미는 높아진다. 특히 정보자기결정권이 고려된다면 그리고 이 밖에도 포괄적인 조사가 국가정보를 꼭 필요한 것 이상으로 요구하지 않아야 함을 기본으로 삼고 있다면, 비례원칙의 유지는 관청의 과도한 정보를 막아주는 것이다. 조사위임은 따라서 실질적인 결정을 위해 필요한 사실들만을 목표로 하고 있으며, 동시에 이를 통하여 제한된다. 이는 TKG 76조 2항의 해석을 기초로 삼고 있다.

aa. 증거방법의 비제한성

정보통신영역에서의 조사범위형성을 결정하는 것은 TKG 76조 2항에 따라서 이루어진다. 그에 따라 실지검증, 증인, 전문가를 통한 증명의 경우 민사소송에 해당되는 규정을 준용할 수 있다. 이는 우선 조사의 기본원칙과 대립하고 있지는 않는데, 왜냐하면 실지검증, 증인과 전문가 등의 증거방법의 열거가 끝난 것이 아니기 때문이다. 결정위원회들은 오히려 적합한 모든 증거방법들을 이용할 수 있다. 언급된 증거방법의 비제한성과 근본적인 증거방법의 공개주의는 입법기관의 의지와 부합하는데, 왜냐하면 TKG 76조 2항에 나타난 증거방법의 진술에 대한 본질적인 목적은 우선적으로 절차의 형식화의 의미를 강조하는 데에 있기 때문이다. 이는, 이미 입법기관이 언급된 증거방법들로만 한정하지 않으려 함을 표현하는 것이다.

이는 근본적으로 행정절차법상의 일반적인 규정들과 일치하기도 한다. VwVfG 26조 1항의 지침으로부터, 관청이 의무에 맞는 판단에 따라 상황을 조사하기 위해 필요한 것으로 간주하는 것들이 증거방법으로 이용될 수 있다는 결론이 도출된다. 절차법상의 관점에서 보면, 소수의 증거방법들에 대한 비제한성은 결정위원회의 강화를 의미한다.

bb. 정보절차로서의 상황조사를 통한 결정완성(Reife)

VwVfG 24조로부터, 관청에 의해서 상황설명의 방식과 범위가 확정되며, 그러한 점에서 VwVfG 40조에 따른 판단의 의무에 따라 행해져야 한다는 점이 도출된다. 이는 그러나 포괄적인 상황조사에 대한 의무에서 면제되지는 않는데, 이 경우 포괄적인 상황조사란 결정에 중대한 영향을 미치는 모든 사실들과 상황들이, 해당 행정절차를 종결하기 위한 전제조건들을 충족할 정도로 해명되어야 한다는 것을 의미한다. 이에 따라 고려되고 있는 조치들의 적법성을 검증할 수 있도록 하기 위해서 필요한 것은, 추구하는 행정행위에 대한 법적인 전제조건이 확정되어 있어야 하고, 관청은 이 경우에 필요한 상황을 조사해야만 한다는 점이다. 조사의 효율에 관하여 이 경우에 적용되는 요구사항들과 증거방법의 확정은 달성가능한 고도의 개연성의 정도를 기준으로 한다: 목표는 결정에 중요한 사실들의 존재 또는 비존재에 대하여 근거 있는 의심을 더 이상 갖지 않는 것이다. 단지 아주 명백하고 직무전문적인 사실들만이 증거를 필요로 하지 않는다.

이는 모든 행정절차에 적용된다. 따라서 조사요구사항들과 관련하여 문서로 제안된 세분화 역시 증명되는데, 이러한 조사요구사항들은 반박절차에서보다 출발절차에서 더 적을 수도 있고, 그렇지 않을 수도 있다. 왜냐하면 결정의 완성은 항상, 상황에 대해 근거가 있는 이성적인 의심이 더 이상 존재하지 않는 경우에 생기기 때문이다. 이는 규정에 따라 모든 행정담당기관과 모든 행정결정들에 적용된다: 보다 사소한 요구사항들은 단지 긴급결정을 할 때에만 받아들여질 수 있다. 그렇지 않을 경우 이는, 상이한 강도와 유효범위를 가진 분석의 기본원칙들이 있을 수 있음을 말해준다. 그에 항의하여 TKG 80조 1항 8문에 따른 어떠한 사전절차도 행해지지 않는 결정위원회의 규제결정에 있어서는. 이 경우 다음과 같은 양상이 나타난다: 그에 항의하여 어떠한 반박절차도 행해지지 않으며, 따라서 어떤 관계자도 이의제기를 할 수 없는 결정들은, 비록 결정의 완성이 가능한 사소한 증명효율에 근거하고 있다고 할지라도, 소송을 단념하는 경우에 지속력을 얻게 된다. 행정의 합법성과 법적용의 평등성이라는 기본원칙에는 그러나 이에 대해 단지, 매

번 - 달성될 것으로 간주되는- 동일한 개연성의 요구사항들이 적용되는 경우에만 부합하게 된다. 그러나 확인되어야 할 것은, 이에 대한 비용이 서로 다르다는 점이다.

VwVfG 26조에 의거하여 허용된 증거방법을 이용하여 필요한 결정의 완성이 달성된다. 관청은 이 때 의무에 맞는 판단에 따라서 필요하다고 간주되는 증거방법들을 사용한다. 따라서 개개의 증거방법의 적합성이 기준이 된다. 단지 그런 경우에만 올바른 법적용의 전제조건에 그리고 이와 더불어 GG 20조 3항에 포함된 행정의 적법성이라는 기본원칙의 지침에 부합하게 될 수 있다. 분석의 기본원칙을 준수할 때 문제가 되는 것은, 효율성, 투명성과 절차단순성의 법칙도 마찬가지로 준수되어야만 한다는 점이다. 그 배후에 있는 VwVfG 10조 2문에서 도출된 법의무(Gesetzwspflicht)는 분석의 기본원칙에 제한적으로 영향을 미친다. 만일 분석의 기본원칙이 이를 무력하게 만드는 조사행위를 필요로 한다면, 이러한 절차준칙들의 준수는 마찬가지로 절차를 주도하는 관청들에 지정되어 있으며, 기본원칙의 고려는 모순되는 절차지침으로 이어진다. 따라서 결정위원회는, 이 두 가지의 지침들을 서로 결합해야 할 의무가 있다. 이는 절차에 대한 판단으로부터 직접 도출되며, 해당 상황이 가능한 한 정확하게 분석되어야 한다는 결과로 이어진다. 그러나 중요하지 않은 그리고 모든 불필요한 조사들은 고려되지 않고 있으며, 명백한 사실들은 또 다른 분석을 필요로 하지 않는다. 만일 추구된 결정의 효과에 주목한다면, 개개인의 본질적인 법익과 일반의 법익이 심각하게 관련될수록 조사비용은 더 효과적이 된다. 단지 이렇게 해서만 이 두 원리간의 긴장의 장이 제거될 수 있고, 결정의 기반이 얻어질 수 있게 된다.

VwVfG 24조의 원문표현은, 그 내용에 따라 분명하게 요약된 그리고 미리 확정된 - 조사할 가치가 있는 - 상황이 해결을 갈구하고 있음을 추정할 수 있게 해준다. 만일 이것이 무제한으로 후원된다면, 이는 그 사이에 확대된 인식의 오해로 귀결되는데, 이에 따라 행정의 정보획득은 이미 행정절차의 결과에 영향을 미치게 되며, 그리하여 관청의 조사들의 실행과 범위가 중요한 가치를 가지게 된다. 따라서 상황조사에서는 정보획득과 정보가공의 과정이 중요하다. 관청과 참여자들은 이 점에 있어 서로 협력하고 있으며, 물론 이 경우 그 중심은 관청의 조사이다.

결정위원회의 절차와 관련해서 이는, 규제를 하고 있는 행정행위의 발령으로 이끌어지는 모든 전제조건들은 결정위원회의 증명에 따라 존재하게 됨을 말해주는 것이다. 목적은, 의심을 막아주는 고도의 개연성을 통해 결정의 완성을 이룩해 내는 것이다. 결정에 중대한 영향을 미치는 사실들은 실질법을 통해서 정해지고 제한된다. 그에 대한 연결점은 TKG 73조 1항에서 도출된 결정위원회에 의해서 규제되어야 할 영역에 대한 지침이다.

b. 협력의 부담

비록 행정절차에서 분석의 기본원칙을 통해서 법에 의한 입증책임이 존재하지는 않지만, 참여자들에게는 협력의 의무가 적용된다. 그러나 근본적으로 참여자들은 조사에 선행하는 의무의 의미에서, 증거방법을 알리거나 스스로 증명해야 할 의무를 가지지는 않는다. 증거방법에 대한 진술은, 참여자들이 이러한 증거방법에 대한 지식을 지니고 있는 경우로만 제한된다. 그러나 실제적인 관점에서 본다면, 만일 필요한 협력이 중단되고, 이러한 중단으로 인해 관청이 이로부터 결정에 중대한 영향을 미치는 중대한 결론들을 이끌어낼 수 있다면, 실질적인 입증책임이 된다. 그러나 이러한 문제는 절차법상의 성격을 덜 가지는 것이 아니라, 오히려 실질법의 대상인 것이며, 따라서 다음의 경우에서 제외된다.

협력의무의 원칙적인 적용은 VwVfG 26조 2항에서 도출된다. 참여자들은 따라서, 이러한 영역에서 상황조사에 협력해야 할 그리고 그들에게 알려진 사실들과 증거방법에 관해 진술해야 할 의무가 있다. 그 외에도 VwVfG 26조 2항 2문에 따른 협력의무들은 단지, 이 의무들이 법규를 통하여 명령되어 있을 경우에 한해서만 존재한다. 정보통신영역의 경우 이러한 종류의 특별한 협력의무는 TKG 31조, 34조에서 도출된다. 보수조정의 영역에서 규제관청은, 확실한 결정의 기반을 얻기 위하여, 가령 급부제공 또는 비용계산에 관한 세부적인 사항들을 요구할 수 있다. 이러한 권한규범에 대한 토대는 바로, 효과적인 보수조정은 해당 기업에 의한 관련 정보들의 제공에 의존하고 있다는 점이다. 개방된 통신망접근과 관련해서 TKG 34조 3항의 특정한 전제조건에 따라 시장을 지배하고 있는 정보통신서비스

제공자에게는, 이러한 제약조건의 준수를 입증할 의무가 부과된다.

이에 의해 고려되지 않은 그 밖의 경우들에서는 VwVfG 26조 2항의 적용이 유지된다. 이런 경우에는 단지 이 범조항에 따라서만 참여자들의 절차법상의 협력의 의무가 정해질 수 있다. 따라서 분석의 기본원칙은 참여자의 협력과 연관되어 있다.

3. TKG 76조 2항과 ZPO의 적용가능한 규칙- 분석의 기본원칙에 대한 관계

a. ZPO에 대한 개방

만일 규제절차들이 그 성질상 범치국가적인 공정성 요구사항들에 부합하고 있다면, 이 규제절차들은 경제감시의 범치국가원리와 경제감시법상의 결과의 공정함에 기여할 수 있다. 국가의 지식획득과 관련해서 조사권한을 관찰할 때의 주요주의사항은 따라서 그 안에 뿌리를 두고 있는 분석기본원칙의 영역에 있다. TKG 76조 2항의 실지검증, 증인 그리고 전문가 등을 통한 증거의 경우에는 ZPO를 참조하도록 단순법상으로 제시되어 있다. 이러한 참조지시는 세부적으로 다음에 해당된다:

증인에 대한 증거의 경우에는 ZPO 372조 1항(실지검증을 수용할 때의 전문가의 입회), 376조(재판관과 관리의 심문), 377조(증인소환), 380조, 381조(중단), 382조(연방정부 소속인과 주정부 소속인의 심문), 383조에서 387조(증거거부권), 390조(강제증언), 395조, 396조(특정인과 사태에 관한 심문), 397조(소송당사자의 석명권), 398조 1항(반복심문과 추후심문) 그리고 401조(증거의 훼손)를 준용하도록 선언하고 있다.

전문가 입회의 경우에는 ZPO 402조, 4042조(선택), 406조(거부), 407조(평가서 작성의 의무), 408조(평가거부권), 409조(제외의 결과 또는 평가거부의 결과), 411조(문서로 작성된 평가), 412조(새로운 평가), 413조(손해배상)와 414조(전문가의 증언)를 적용하도록 명령되어 있다. ZPO 대신 TKG 76조 2항의 참조지시를 통하여 증인과 전문가에 대한 절차법상의 협력의무에 대한 근거가 마련된다. 따라서 이러한 참조지시는 -법체계적으로 법규를 통해 명령되어 있는 VwVfG 26조 3항

1문의 의미에서의- 의무이다.

민사소송에서의 증인과 전문가에 관한 규정들은 결정위원회절차에 포괄적이지 않게 적용되어야 한다. 왜냐하면 해당 ZPO-규범들의 포괄적이지 않은 인용이 이루어져야 한다는 것은, 예를 들어 ZPO 372조 2항에 관한 참조지시가 존재하지 않음으로 인해서 추정되는 것이기 때문이다. 이러한 이유에서 실지검증을 통한 증거의 경우에 한 명의 전문가 또는 여러 명의 전문가를 입회시키는 명령은 단지 결정위원회를 통해서만 총괄적으로 내려질 수 있다(ZPO 372조 1항을 대신하는 TKG 76조 2항). 이러한 절차행위가 재판부의 개별 구성원에게도 위임될 수 있도록 해주는 ZPO 372조 2항에 대한 참조지시가 존재하지 않는다는 점은, 통상적인 경우 결정위원회가 합의체기관으로서만 결정할 수 있다는 것을 분명하게 설명해 준다. 따라서 특정한 절차행위에 대한 권한을 개별 구성원들에게로 위임하는 것은 이 범위에서는 고려되지 않는다. 바로 이점에서 효과적인(즉 시간상으로 빈틈없이 조직된) 행정작용의 축소가 관찰될 수 있다. 그러나 이러한 축소는 이러한 점에 있어서 합의기관인 결정위원회의 절차와 관련된 결정권만은 못하다. 이 점은 행정위원회로서의 결정위원회의 지위를 강화시키는 또 다른 요인이다.

b. VwVfG 65조와 GWB 57조와의 차이점

aa. VwVfG 65조와는 달리 좀 더 정확하게 규정된 지침

이미 밝혀졌듯이, 결정위원회 앞에서의 절차는 보다 넓은 의미에서의 형식적인 행정절차들이다. 보다 좁은 의미에서의 형식적인 행정절차들의 경우에 입법기관은 VwVfG 65조를 이용하여, 일반적인 행정절차에 비해 특별한 방식으로 관청의 결정근거를 달성하도록 하는 규정을 만들었다. VwVfG 24조 이하의 속행으로써의 증인과 전문가의 의미가 강조되어야 한다. VwVfG 65조는 진술에 대한 증인의 의무 그리고 평가서 작성에 대한 전문가의 의무를 설명하고, 구체화하고 있다. 이 점에서 확실하게 기술된 협력의무는 TKG 76조 2항과 마찬가지로 체계상의 관점에서 법규를 통해 마련된 VwVfG 26조 3항의 의미에서의 의무이다. 이 의무의 실행

과 진술선서는 법원의 판단에 의존한다(VwVfG 65조 2항에서 6항). 따라서 행정의 권한은 이 점에서 그 한계를 발견한다.

TKG 76조 2항에 대한 두드러진 차이점은, 증인의 진술의무, 전문가의 평가서 작성의무, 전문가의 거부에 관한 ZPO의 준용 및 공적인 근무에 소속된 사람들의 심문에 관한 ZPO 준용에 대하여 VwVfG 65조 1항 2문에 내포된 일괄적인 참조지시이다. 협력의무의 구체화는 이러한 방식으로 민사소송의 규정들로 분류되는데, 그에 반해 VwVfG에는 개별 규범들의 적용이 세부적으로 언급되지 않는다.

이러한 이유에서 ZPO에 대한 일괄적인 참조지시의 분석결과는 그 범위를 고려해 볼 때 문제가 없지는 않은데, 왜냐하면 이러한 점에서 포괄적으로 ZPO를 준용하는 것에 대해서 헌법상의 의구심이 생기기 때문이다. 이러한 헌법상의 의구심은 여러 방행에서 제시된다. 우선 법개정의 관점에서 동적인 참조지시는 그 법률유보로 인해 거부된다. 이와 더불어 이러한 의구심은 각 주들의 행정절차법과도 연관된다. 특히 BVerfG는 이러한 의구심을 관찰하고, 이 참조지시를 구체화할 것을 요구한다. 연방입법기관이 각 주의 법을 적용하도록 지시하는 한, BVerfG 경우처럼, 연방의 법치주의적이며 민주적인 관점에서 이러한 참조지시를 정적으로 이해할 필요성이 생겨난다. 이는, 단지 참조지시규범을 가결할 때 적용되는 주(Land) 법의 통용되고 있는 표현형식만이 효력을 가지게 된다는 것을 의미한다.

bb. GWB 57조와는 달리 ZPO 378조, 404a조의 비적용

TKG 76조 2항을 보다 자세히 관찰해보는 것은 더 나아가서 GWB 57조의 연관 없이 이루어질 수 없다. 이 규범은 TKG 76조에 대한 병행규정으로 입증된다. 만장일치의 의견에 따라 분석기본원칙은 카르텔청 앞에서의 절차에도 적용된다. 따라서 카르텔청은 통상적인 경우 참여자의 진술에 구속됨이 없이 결정에 중대한 영향을 미치는 사실을 조사해야 한다. GWB 57조 2항에는 증인과 전문가에 대하여 TKG 76조 2항에서와 마찬가지로 ZPO에 대한 포괄적인 참조가 포함되어 있다.

이 두 규정들을 규범비교학적인 관찰방식으로 관찰해보면, TKG 76조 2항에 비

해 TKG 57조 2항에서의 참조지시가 더 포괄적으로 보인다는 점이 주목을 끈다. 왜냐하면 이 두 규범 간의 결정적인 차이는, TKG 57조 2항에는 추가로 ZPO 378조, 404a조의 적용이 규정되어 있다는 점에 있기 때문이다. 이러한 이유에서 만일 관련 기록들과 자료들의 제출로 인하여 인지에 관한 진술이 쉬워질 수 있다면 그리고 이러한 제출이 허락되어 있으며 추측가능하다면, 증인들은 ZPO 378조 대신 GWB 57조 2항에 따라 카르텔절차에서, 기록과 자료들을 기일을 정하여 제출할 의무가 있다. 이를 목표로 하고 있지만 준수되지 않은 명령에는 강제증언(Zeugniszwang)을 이용하여 대처할 수 있다(ZPO 390를 대신하는 ZPO 378조 1항). 전문가의 활동의 경우 ZPO 404a조 대신 GWB 57조 2항으로부터 이에 관한 결정분과의 급부권한(Leistungskompetenz)이 도출된다.

어떤 이유에서 이 규정들이 결정위원회절차에 적용될 수 없는지는 명백하지 않다. 입법자료들은 TKG 76조에 대해 단지, 해당 절차의 진행의 형식화가 예정되어져 있다는 것만을 명시할 뿐, 더 이상의 도움을 주지 못하고 있다. 따라서 일부 문헌으로부터, 이와 연관된 비참조지시(Nichtverweisung)는 입법기관의 실수로 인한 것이라는 결론이 도출된다. 이러한 이유에서, 이 규범들은 그럼에도 불구하고 적용되어야 한다고 제안되는데, 이는 이에 대한 실제적인 필요가 있기 때문이다. 이러한 결론이 불가피하게 이끌어내어질 수 있는지는, 해당 규범의 원문표현(Wortlaut)에 따라 의심될 수 있다. ZPO 378조, 404a조의 적용은 결정위원회절차에서도 이를 목표로 하고 있는 규범상의 암시를 요구한다. 그러나 이러한 암시는 전적으로 존재하지 않는다. 그 때문에 이러한 규범의 원용은 현행법상으로 고려될 수 없다. 이러한 분석결과는 정보통신영역에서의 새로운 법개정을 배경으로 증명된다. 2002년 5월 7일의 우편-과 정보통신법상의 개정법으로 인해 새로운 TKG 75a조와 TKG 80조의 새로운 표현형식(신안 Neufassung)을 이용한 절차법의 변경이 초래되었다. 그러나 TKG 76조 2항의 변경은 이루어지지 않았다. 이에 반해 만일 입법기관이 결정위원회의 절차에서 ZPO 378조, 404a조의 적용을 선호하게 된다면, 법개정에서의 이러한 계획에 다가설 수 있을 것이라는 결론이 이끌어질 수 있는데, 왜냐하면 절차법의 변경은 지금까지의 실수를 제거하도록 할 것이기 때문이다. 이는, ZPO 378조, 404a조의 적용이 결정위원회절차에서 거부됨을 의미한다.

이로써 TKG 76조 2항에서의 참조범위가 GWB 57조 2항 2문에 비해 더 제한적으로 형성되어있음을 확인할 수 있다.

c. 참조지시(적용지시 Verweisung)의 특성

VwVfG 65조와 GWB 57조에 존재하는 법참조지시들은 TKG 76조 2항을 주목해서 관찰해보면, 정보통신법상의 참조지시들이 그 법적본질에 따라 어떻게 정리될 수 있는지의 문제를 제기한다. 이러한 참조지시는 특히 다른 규범들의 적용을 고려하도록 하는 다른 법이론과도 구분되어야 한다. 법참조지시들은 매우 다양한 방식으로 존재한다: 단지 몇 가지만을 거론해 보자면, 연방법에 의한 연방법의 참조, 연방법에 의한 주법의 참조, 법규들과 행정규정들의 참조 그리고 관세협약의 참조 등이 있다.

여기에서 화제가 되고 있는 참고인용(Bezugnahme)은 ZPO의 개별 규범들과 연관된다. 그 때문에 우선 특정 연방법에 의한 다른 연방법의 참조지시가 중요하며, 그 다음에는 규범의 참조지시 또는 더 정확하게 표현하자면: 규범적용지시가 중요하다.

이러한 종류의 참조지시는 우선 어떠한 원칙적인 의구심(Bedenken)도 불러일으키지 않는다. 이러한 의구심은, 입법의 과정에서 GG의 권한구조에 모순되는 그러한 적용지시가 문제되는 경우에 공식적-헌법적인 관점에서만 검토될 수 있다. 이는 현재, 특정한 연방법(TKG)에 의해 다른 연방법(ZPO)이 참조지시되기 때문에, 문제가 되지 않는다. 이 두 경우에 입법관할권은 연방이 가진다(TKG의 경우에는 GG 73조 7호, ZPO의 경우에는 GG 74조 1항 1호). 그러므로 매번 동일한 규범입법기관이 관련되는 것이며, 통일적인 입법관할영역이 포기되지 않는 것이다. 특정한 규범에 대한 요구사항과 관련하여 헌법에 마련되어 있는 준칙들에 관해서는, 법치국가원리에서 파생된 규범의 명확성법칙에 따르기 위해서, 적용의 유효범위가 충분히 정해져 있어야 한다, 즉 해당 규정의 수용자들에게 어떤 규범들이 적용되어야 하는지를 분명하게 설명해야 한다. 그러므로 이러한 점에서 다른 법에 대한 일괄적인 참조지시는 만족할만한 것이 아니다. TKG 76조 2항의 원문표현은, 수

적으로 열거함으로써, 그때 그때마다 적용가능한 규범들을 분명하게 확정하고 있다. TKG 76조 2항에서의 참조지시는 따라서, 규범을 확정할 수 있는 전제조건들을 충족시킨다. 바로 이점에 VwVfG 65조 1항 2문과의 중요한 차이가 있는데, 이 조항은 증인들과 전문가들의 협력과 관련해서 ZPO의 특정한 규정들이 준용될 수 있다고만 규정하고 있다. 이로써 TKG 76조 2항에 포함된 참조지시의 명확성과 투명성에 대해서는 의구심이 생기지 않는다. 헌법상의 의구심(Bedenkung) 역시 이러한 이유에서 제기될 수 없다. 따라서 만일 입법기관이 사실구성요건들을 각각의 법률 자체에서 규정하지 않고, 참조지시방법으로 다른 규정들을 참고인용한다면, 이의는 제기될 수 없다. 이점에 동시에 참조지시의 본질이 있다. 참조지시는 참조하고 있는 규범의 내용을 참조지시를 통하여 적용되어야 할 규범과 연결시키는 기능을 한다. 그 내용은 이러한 참고인용을 통해서 참조가 적용되어야 할 법의 구성요소가 된다. 이러한 참조지시에서는 두 개의 서로 다른 종류에 대한 유형학(Typologie)이 존재한다. 말하자면 정적인 참조지시와 동적인 참조지시가 고려된다. 정적인 참조지시는 - 법률의 가결 시점에 적용된- 그 표현형식을 참고인용하는 고정된 참조지시라고 특징지워진다. 이에 비해 동적인 참조지시는 참고인용된 규정들의 내용을 미래에 변경될 수 있는 가능성을 가지고 적용한다.

이 때문에, TKG 76조 2항의 경우 정적인 참조지시 혹은 동적인 참조지시가 문제가 되는지에 대한 해명이 필요하다. 이는 해석을 통하여 조사될 수 있다. 그 원문표현은 이에 대해 어떠한 암시도 제공하지 않는데, 왜냐하면 단지 언급된 ZPO-규범의 준용만이 확정되기 때문이다. 이러한 간명한 표현(Formulierung)을 통해서 우선, 유추가 문제가 되지는 않는데, 왜냐하면 ZPO의 개별 규정들을 준용하는 것은 계획에 맞지 않는 규정상의 빈틈의 결과가 아니라, 입법기관을 통하여 표현된 규정의 결과이기 때문이라는 점이 설명된다. 보다 자세하게 규정을 하기 위해 입법자료들은 더 이상 도움이 되지 못하는데, 이는 단지 해당 규범이 절차를 간명하게 표현하기 위한 규정들을 포함하고 있다고만 제시되어 있기 때문이다.

따라서 이 해석방법들이 어떠한 결론도 이끌어내지 못하기 때문에, 해당 규정의 의의와 목표를 상세히 조사해야 한다. 이 의의와 목표는 매번 가능한 결과들을 배경으로 하여 이해될 수 있다. 만일 TKG76조 2항을 정적인 참조지시로 이해한

다면, TKG의 효력발생 시점에 적용될 수 있었던 ZPO의 표현형식이 적용된다는 결론이 생길 것이다. 이에 반대하여 특히 참조지시에 필요한 규범명백성과 투명성이 언급된다. 참조지시를 통하여서는 이러한 규범명백성과 투명성이 달성되지 않는다. 이에 비해서 이러한 참조지시를 동적인 것으로 파악하는 것이 유리하다. 이에 대한 근거는 하나는, 이러한 방식으로 두 개의 규정집을 관할하는 연방에 인정된 법기술상의 단순화에 있으며, 다른 하나는 반복을 피하는 것에 있다. 이러한 목적론적인 속고는, TKG 76조 2항의 규범참조지시를 동적으로 이해하는 데에 찬성한다. 게다가 실질-법적인 단서도 제출될 수 있다. 전체 정보통신법은 실질적으로 규제의 역동성을 특징으로 지니며, 그 규제의 발단은 변화하고 있는 시장상황에 대한 지속적인 적응을 목표로 하고 있다.

VwVfG 65조와 관련해서 동적인 참조지시를 받아들이는 것에 반대하여 가끔씩 제기되는 의구심은, TKG 76조 2항에 대한 참조지시의 정확성(Bestimmtheit)과 관련해서는 나타나지 않는다.

만일 한편으로 정적인 적용지시가 추구된다면, 법률텍스트에 대한 설명이 필요하다. 이는 달성가능한 정확성(Bestimmtheit)를 요구한다. 그러나 TKG에서의 입법 수단으로써의 정적인 참조지시를 통한 투명성은 문제시될 수도 있다. 그 때문에 역시 동적인 참조지시가 더 가치있는 것으로 증명된다.

d. 원칙상의 참조지시의 유효범위

TKG 76조 2항에서의 규정이 동적인 규범참조지시로 이해되는 것으로 밝혀짐에 따라, 이러한 참조지시가 어느 정도로 영향을 미칠 수 있으며, ZPO-적용의 어떤 위치에 그 한계를 그을 수 있는지가 의문사항으로 나타난다. TKG 76조 2항 원문표현 자체는 과도하지 않은 적용이 아닌, 오히려 본질적인 제한을 규정하고 있다. 즉 그 원문표현에 언급되어 있는 규범들을 “적절하게” 적용하는 것이다. 이로부터, 각 규정들을 글자 그대로 인용할 수는 없다는 점이 추론된다. 그러나 특정 규범을 준용하기 위해서는, - 그때 그때마다 적용되어야 하는 규범의 기초가 되고 있는 - 법사상(Rechtsgedanke)이 공법과 사법의 분리를 고려하여 행정절차에 전

용될 수 있는지의 여부가 검증되어야 한다. 이미 밝혀졌듯이, 행정의 이익은 공익이자 행정의 합법성이라는 기본원칙의 준수이다. 따라서 행정은 그에 의존하지 않는 사유(私有)의 이익을 추구하는 것이 아니라, 구체적인 시민의 이익을 공익과 동일하게 보호해야 할 의무가 있다.

결정위원회절차의 절차법상의 특별함들은 그에 따라 규정적인 적용기준이어야 한다. ZPO의 적용은 따라서, 행정절차로써의 결정위원회절차의 상황에 적응하는 정도 만큼 이루어진다. 제시된 바처럼, 행정절차와 민사소송은 실질적인 관점에서 서로 다른 목적을 설정하고 있을 뿐 아니라, 이와 관련하여 절차법상의 방식에서도 서로 구별되는 규정적 원칙을 추구하고 있다. 이는 참조지시의 유효범위를 충족시킬 때에 기준이 된다.

행정절차에서는 민사소송에서와는 다른 원리들이 적용되기 때문에, 참조지시는 단지 적용가능한 규정들의 실질적인 법 내용의 핵심에만 관련된다. 따라서 만일 중요한 절차기본원칙들에 이의를 제기하기에 적합한 것으로 증명된 ZPO - 규범이 참조되어야 하는 경우에, 참조지시의 한계가 발견된다.

e. 규정적용의 개별적인 문제들

aa. 구체화의 문제성(Problematik)

이리하여 TKG 76조 2항에 명령된 증거조사를 위한 ZPO 규정의 적용이 개별 경우에서 분석의 기본원칙에 대한 침범으로 이어지지 않는지가 질문된다. 이러한 이유에서 다음에서는 TKG 76조 2항에 따라 준용되는 규정들 가운데 몇 가지가 보다 더 자세하게 관찰되어야 한다. 이에 대한 연결점은 행정절차를 규정하는 절차준칙으로서의 분석의 기본원칙이다. 게다가 행정에 의한 공익의 성취 역시 논증 과정에서 고려되어야 할 것이다.

그러므로, 개별적으로 적용가능한 ZPO의 규정들이 전통적으로 행정행위를 정하고 있는 규정들과 모순되지 않는지가 설명되어야 한다. 이를 목표로 하는 인식들을 얻기 위해서는, GWB 57조의 병행규정들에서 ZPO에 대한 적용지시가 어

떻게 평가되고 있는지를 해명해야 한다. 결정위원회절차를 보다 넓은 의미에서의 형식적인 행정절차로서 분류하는 것은 게다가 VwVfG의 분석을 전제로 한다. 아마도 VwVfG의 형식적인 행정절차에서 이 경우에 적용되는 준규들을 고려함으로써 또 다른 암시들이 얻어질 될 수도 있다. 따라서 VwVfG 65조 1항 2문에 따라서 VwVfG의 형식적인 행정절차에 적용되어야 할 ZPO의 규정들을 자세히 조사해야 한다.

bb. GWB 57조의 증인들과 전문가들에 관한 규정들

GWB 57조 2항에 따라 ZPO 387조, 404a조를 적용하는 경우에 나타나는 TKG 76조 2항과 GWB 57조 2항 간의 이미 제시된 바 있는 차이점이 처음에 언급될 수 있다. 이 점만 무시한다면, 이 두 규정들은 동일한 참조지시를 주제로 삼는다. 만일 ZPO에 대한 참고인용에 대해 절차법상의 의구심이 제기되고 있는지의 문제를 카르텔법상의 문헌에서 조사해보면, 그에 대한 언급을 찾을 수 없다. 대부분 법률 텍스트를 통하여 명령된 의미에 맞는 적용이 참조지시된다. 이 경우 의미에 맞는 적용이란, 재판관 내지 의장은 카르텔청이 대신하고, 소송당사자는 참여자가 대신 하며 그리고 잠정적 중간 판결은 카르텔청의 처리로 대신하는 것(ZPO 387조)을 의미한다. 따라서 문건에서는 이러한 적용에 관한 일관성(Einigkeit)이 존재하는 것으로 보이는데, 왜냐하면 행정절차에 있어서의 ZPO에 대한 원칙상의 참고인용에 대해서 카르텔절차법의 영역에서 이의가 제기되지는 않기 때문이다.

이러한 방식으로 TKG 76조 2항에서의 참조지시가, 민사소송상의 절차규정의 준용의 근거를 보다 자세하게 되묻지 않을 정도로 이해될 수 있는지의 여부는 이론의 여지가 있는 것으로 확인된다. 왜냐하면 VwVfG 65조 1항 2문에도 역시 ZPO에 대한 참조가 지시되어있기 때문이다. 물론 이러한 범위에서 참조지시가 의심의 여지가 없는 것으로 평가되지는 않는다.

cc. VwVfG의 형식적인 행정절차에서의 증인들과 전문가들에 관한 규정들

(1) 판례

TKG 76조 2항에 언급된 증인들에 관한 규정들을 분석하는 경우에 있어서의 연결점은 따라서 좁은 의미에서의 형식적인 절차들에 해당되는 VwVfG 65조 1항 2문의 규범이다. VwVfG 65조의 해석 문제에 대한 판례를 분석해보면, 이 안에 존재하는 개별적인 측면에 대한 제한이 나타난다. 분명한 점은, 지금까지 이에 대해 공식적으로 발표된 판례가 규범해석의 개별 문제들과 연관된다는 것이다. 따라서 BVerwG의 판례에서는 마침내 ZPO의 적용가능한 규정들에 대한 항목별 진술들이 다시 나타난다. 이 경우 판례에 의해서 검증되어야 할 규범의 근본적인 적용가능성이 의심되는 것이 아니라, 전문가 거부에 관한 규정(ZPO 406조)을 해명하는 것과 관련된다. 형식이 있는 절차에 전용해보면, 이 규정은, 전문가를 임명한 관청들에 거부신청이 제출되었음을 의미한다. 그 결과, 이와 관련해서 이어질 법원절차에서 이 거부신청은 재판에 대해서 더 이상 유효하게 쓰일 수 없다. 또 다른 결정에서 BVerwG는, VwVfG 65조가 증인진술에 대한 의무를 포함하고 있으며, 따라서 통상적인 경우 자유의사(Freiwilligkeit)에 대한 예외(참고 VwVfG 26조 3항 1문)를 의미한다고 강조하고 있다. 판례를 통하여 포괄적으로 설정된 중점들은 보고 알 수 있는 것이 아니다. VwVfG 65조 1항 2문의 참조지시내용의 구체화를 위한 근거는 따라서 판례로부터 얻어질 수 없다.

(2) 문헌에서의 구체화들

이에 반하여 문헌들에서는, VwVfG 65조 1항 2문에서의 참조지시가 어떻게 구체화될 수 있는지에 관한 문제에 대해 다양한 의견들이 존재한다. 이미 제시했듯이, 그 안에 포함되어있는 ZPO에 대한 적용지시는 TKG 76조 2항에 비해 훨씬 더 일괄적이며, 윤곽이 없다. 즉시 분명하지 않은 지침을 토대로 문헌에서 VwVfG 65조에서의 참조지시가 구체화되고, 무엇보다도 세분되어진 구분을 통하여 규범적용의 불명확성의 문제점들을 처리할 수 있게 된다. 대부분의 문헌에서 공통적인 점은, 근본적으로 적용가능한 모든 규범들이 아무런 의심 없이 적용될 수 있는 것

으로 간주되지는 않는다는 것이다. 이러한 견해들은 다음과 같이 모사된다:

(a) Kluth와 Sachs

Kluth와 Sachs는 이에 대해 상세하게 표현한다. 이 두 사람은 VwVfG 65조 1항 2문에서의 참조지시를 분석하여, 적용이 이루어지지 않아야 할 규정들의 목록을 제시한다.

Kluth의 경우, 적용제외에 대한 근거는 VwVfG 65조 1항 2문의 규정 자체로부터 생긴다. 그 규정안에 명령된 ZPO의 준용은, 행정절차법의 강제적인 기본원칙들과 조화를 이루지 못하는 규정들에는 적용되지 않는다. 이러한 이유에서 특히 ZPO 371조, 402조는 적용될 수 없다. 그 밖에 증인의 경우에 대해서는 ZPO 375조 1항, 1a항, 379조, 380조, 386조, 387조, 388조, 390조, 391조-393조, 397조, 398조 1항과 2항, 399조, 400조, 401조가 적용될 수 없으며, 전문가의 경우에 대해서는 ZPO 404조 4항, 405조, 409조, 410조, 411조 2항과 4항, 413조가 적용될 수 없다.

Sach 역시 아주 유사하게 동일한 결과에 도달했다. Kluth의 견해와 다른 점은, 적용에서 제외된 규범들에다 또 ZPO 403조를 적용할 수 없는 것으로 추가했다는 점에 있다. 비적용의 근거로 두 가지의 논증방향이 제시되고 있다. 적용은 VwVfG 63조 이하의 규정들에 대한 암시를 이용하거나 또는 VwVfG 24조, 26조에 의거하여 거부된다. 게다가 ZPO의 특정한 규정을 적용에서 제외하는 것은 다른 민사소송상의 절차규정에 대한 종속성으로 인하여 발생할 수 있다. 예를 들어 ZPO 380조는 VwVfG 65조 2항으로 인하여 적용이 불가능한데, 이는 이러한 과정에서 진술에 대한 간접적인 의무가 생성되기 때문이다. 게다가 ZPO 381조의 적용은, 이 규정이 ZPO 380조에 종속되어 있다는 이유로 거부된다.

(b) Kopp/Ramsauer와 Dürr

Duerr와 Kopp/Ramsauer는, 적용의 제외를 단지 개별적인 규정들로만 제한하는 것을 선호한다. 이들은, VwVfG 65조 1항 1문이 행정관청 앞에서의 증인들과 진문

가들의 진술의무와 평가서보고의무의 근거를 설명하고 있다는 점에서 출발한다. VwVfG 65조 1항 2문의 참조지시는 증인들과 전문가들의 실질적인 의무에 관한 규범과 관련될 뿐, 소환과 비용선불(Auslagenvorschuss)에 관한 규정들에 관련되지 않는다. 따라서 ZPO 377조 1항 1문, 2항 3호에서의 규정들은 적용될 수 없다. Duerr에 의하며, 게다가 VwVfG 26조 3항 2문에 따라 손해배상(Entschädigung)이 결정된다. 이는, ZPO 401조, 413조가 적용될 수 없다는 결론을 허용한다. Kopp/Ramsauer에 따르면, 전문가에 관한 규정들에 대해서는 ZPO 407조 이하가 적용된다.

(c) Seegmüller

Seegmueller는 VwVfG 65조 1항 2문에서의 참조지시의 구체화를, ZPO의 규정들만을 적용하는 것을 기준으로 삼아 분석하는데, 이 ZPO 규정들은 전적으로 법률상의 절차에 맞추어 마련된 것이 아니다. 그 때문에 예를 들어 ZPO 375조는 그의 견해에 따르면 적용될 수 없다. 게다가 적용은 VwVfG 65조 1항과 3항, 66조 2항을 통하여 제한된다. 이 법조항들은 특별규정들을 포함하고 있는데, 이를 통하여 예를 들어 ZPO 375조, 379조 - 381조, 409조의 비적용이 제약된다.

dd. 결론

카르텔법의 영역에서는 ZPO의 규정들 대한 적용의구심이 근본적으로 존재하지 않는데 비해, 형식적인 행정절차들의 경우에는 여러 가지 다양한 그리고 부분적으로 중대한 적용의구심이 생긴다.

VwVfG 65조 1항 2문의 경우에 문헌에 구체적으로 나타나고 있는 ZPO의 특정한 규정들에 대한 적용제외는 관청의 행정행위와 민사소송의 분쟁조정기능 간의 긴장의 장으로부터 발생하며, VwVfG에서 의미하는 형식적인 행정절차절차의 경우에는 이러한 적용제외가 적절한 것으로 확인된다. 그 근거는, VwVfG의 그때마다의 강제적인 규범상의 지침들 자체가 적용을 방해한다는 점이다. VwVfG에서

의미하는 형식적인 행정절차에 관한 규정들은 따라서 VwVfG 65조 2항, 66조 2항과 24항을 통하여 설명에 도움이 되는 지침을 포함한다. 그러나 TKG는 이 지침을 이러한 형식으로 제시하고 있지 않다. 더구나 TKG 76조 2항의 원문표현은 충분히 분명하며, 참조지시의 유효범위를 파악하기에 충분히 정확하기 때문에, 이에 대한 필요성이 존재하지도 않는다.

이는 TKG 76조의 경우에, 그 안에 포함되어 있는 ZPO에의 참조지시에 대해서는 근본적으로 VwVfG 65조 1항 2문에서와 동일한 의구심이 생기지 않는다는 것을 의미한다. 이로부터 절차법상으로 증대된 결정위원회절차의 사법유사성이 추정될 수 있다. 뿐만 아니라 VwVfG 65조 1항 2문의 범위에서의 원칙상의 의구심 역시 TKG 76조와 비교해 볼 때 불분명한 상태에 있는 참조지시를 통하여 설명된다. TKG 76조 2항의 분명한 원문표현은 따라서 이러한 근본적인 의구심에 어떠한 여지도 허용하지 않는다. 가령 VwVfG 65조 2항과 같은 규정은 TKG 73조 이하의 절차규정들에서는 익숙하지 않다. 이러한 이유에서 이러한 방향을 가리키는 입법기관의 평가는 결정위원회절차에서 존재하지 않는다. 따라서 있을 수 있는 적용의구심들은 단지, 행정절차법의 포괄적인 기본원칙에 대한 이의제기가 나타날 경우에만, 제기될 수 있다.

특히 Kluth와 Sachs에 의해 실행된 VwVfG 65조 1항 2문에서의 참조지시의 구체화를 주목해본다면, TKG 76조 2항에 따라 적용될 수 있는 규범은 단지 부분적으로만 그러한 구체화에 일치한다는 점이 두드러지게 되는데, 이러한 구체화의 근본적인 적용은 VwVfG 65조 1항 2문으로부터 도출될 수 있기는 하지만, 이에 대한 의구심이 드러나기도 한다. 이는 세부적으로 ZPO 380조, 386조, 387조, 390조, 397조, 398조 1항, 401조, 402조, 404조, 411조, 413조 등에 해당된다. 이 논문의 경우 이는 그러나, 이 규범들 모두를 행정절차법과의 일치가능성(Vereinbarkeit)의 측면에서 재검사한다는 것을 의미하지는 않는다. 왜냐하면 이러한 규정들 중의 일부는 문헌에 따라서는 적용이 이루어지지 않기도 하는데, 이는 VwVfG 65조, 66조가 특별규정들을 포함하고 있기 때문이다. 결정위원회절차의 경우 VwVfG 65조는 규정적이지 않은데, 이는 TKG 76조 2항이 이러한 점에서는 더 특별하기 때문이다. 이는, 단지 포괄적인 행정절차법상의 근본원칙들에 이의가 제기되는 한에서만,

ZPO의 개별 규정들의 근본적인 적용가능성에 대해 의심의 여지가 있을 수 있다는 것을 의미한다. 관청의 분석행위 범위에서 이는 절차준칙들으로써의 분석기본토대의 확산적인 기능에 관련된다.

그러므로 다음에서는, 강제적인 규정들과 VwVfG 24조, 26조의 지침들에 대한 위반을 통해서 문제가 되고 있는 적용의심이 발생하는지가 설명되어야 한다.

ee. 결정위원회절차에서의 증인들과 전문가들에 관한 규정들

이미 밝혀졌듯이, TKG 76조 2항에서의 규범참조지시는 VwVfG 65조 1항 2문과는 달리 충분히 분명한 것으로 입증된다. 따라서 단지 개별 규범들의 경우에, 이러한 참조지시에 대한 의구심이 생기는 한, 이를 목표로 하는 검증이 실시되어야 한다.

(1) 절차와 관련된 법률형식성(Justizförmigkeit)

앞서 진행된 VwVfG 65조 1항 2문에 관한 분석에 따라 TKG 76조 2항과 관련하여 -TKG 76조 2항에 의거하여 적용되어야 하지만, VwVfG 65조 1항 2문의 범위에서 적용의심이 생기게 된 - 몇 가지 규정들이 남는다. 이는 ZPO 380조, 386조, 387조, 390조, 397조, 401조, 402조, 404조, 411조 2항과 4항, 413조에도 해당된다. TKG 76조 2항에 언급된 그 밖의 규정들에 대해서는 따라서 어떠한 행정절차법상의 의구심도 생기지 않는다.

이와 연관해서 이러한 규정들에서는 다음의 사실들이 표시되어야 한다: ZPO 380조의 규정은 적용될 수 있어야 한다. 그러나 이는 구체화가 필요하다. TKG 76조 2항 두 번째 반문장 자체는 분명히, 어떠한 구류도 별로 규정될 수 없다고 제시하고 있다. 이러한 한에서 이 지침으로부터, 단지 ZPO 380조 1항과 3항만이 적용된다는 점이 추론될 수 있다. ZPO 387조의 적용으로부터 규제절차의 법률형식성에 대한 찬성 논거가 도출되는데, 이는 형식적인 행정절차에 있어서 이 규범은 VwVfG 65조 2항으로 인해 거부되기 때문이다. 그러나 TKG 76조가 이러한 류의

규정을 제시하지는 않는다. 이는 ZPO 390조의 경우에도 같은 방식으로 적용된다. 마지막으로 ZPO 397조의 경우 형식적인 행정절차에서의 적용을 거부하는 것은 VwVfG 66조 2항을 이용하여 설명된다.

동일한 논증구조가 우선 전문가들에 관한 규정들에도 원용될 수 있다. VwVfG 65조 2항에 대한 참조지시를 이용하여 ZPO 411조 2항의 적용이 거부된다. ZPO 411조 4항에 대해서는 VwVfG 66조 2항을 이용하여 반론이 펼쳐진다. ZPO 413조의 손해배상규정 대신에 VwVfG 26조 3항 2문의 적용이 선호된다. VwVfG 63조 이하의 경우에는 형식적인 행정절차의 절차법 자체에 놓여있는 근거들에 대한 암시가 유효한 것으로 확인된다. 절차법 자체는 이러한 방식으로 적용될 수 있는 ZPO 규정들의 구체화를 유도한다. 가령 VwVfG 65조 2항과 같은 결정위원회절차를 위한 규정들이 없기 때문에 이 범규범의 적용이 이러한 논거로 인해 거부될 수 없다. 따라서 ZPO의 광범위한 적용을 통해서 결정위원회 절차법의 법률형식성이 잘못 묘사될 수 있다. 적용이 되어야 할 몇몇 규정들의 경우에는, 이 규정들이 포괄적인 행정절차원칙들과 여전히 일치될 수 있는지가 의문시된다. 이에 대한 논의는 ZPO 401조, 402조, 404조 4항, 413조에서 고려된다.

(2) ZPO 401조, 413조

- 증인들과 전문가들이 증인들과 전문가들의 손해배상에 관한 법(ZSEG)에 따라 손해배상을 받도록 해주는 - ZPO 401조, 413조의 규정들은 처음 관찰해 보면 오히려 형식적으로 중요하다. 일반적인 행정절차법에서 VwVfG 26조 3항 2문에 의거하여 관청에 의해 선택된 증인들과 전문가들에 대한 손해배상 역시 이 법에 따라 이루어진다. 이러한 점에서, TKG 76조 2항에 포함된 ZPO 401조에 대한 참조지시는 불필요하다고 할 수 있다. VwVfG 26조 3항 2문의 참조지시를 통한 손해배상의 경우 그 전제조건으로써 신청을 요구한다. 이에 반해 ZPO 401조는 손해배상을 확실히 정하고 있으며, 손해배상청구권을 정당화하고 있다. 이를 근거로 ZPO 401조의 적용을 거쳐서 손해배상에 이르는 방법이 유리할 것으로 생각될 수 있는데, 이 규정에는 신청이 전제되어 있지 않기 때문이다. 그러나 이러한 생각은

설득력있는 것으로 확인되지는 않는다. 왜냐하면 ZSEG 15조 자체에는, 손해배상이 요청에 의해서만 이루어진다고 확정되어 있기 때문이다. 손해배상은 따라서 권리가 있는 사람의 신청에도 의존하고 있다. 신청(Antrag)과 요청(Verlangen)이라는 서로 상이한 개념들은 내용상으로 아무런 효과도 가지지 않는다. 말하자면 이 두 경우에는 모두 신청이 필요하다. 따라서 손해배상을 위한 형식적인 조건들은 동일하다. 그러나 이는, ZPO 401조에 대한 참조지시의 경우에 그 필요성에 있어서 의구심을 가질 수 있게 된다. 증인들과 전문가들의 손해배상은 ZSEG 대신 VwVfG 26조 3항 2문을 거쳐서도 이루어질 수 있다.

따라서 확인될 수 있는 사실은, ZPO 401조에 대한 참고인용(Bezugnahme)을 통하여 증인들과 전문가들에 유리한 법적 지위(Rechtsposition)가 형성되지는 않는다는 점이다.

행정절차에서 ZPO 401조의 적용이 불가피하게 결정위원회절차의 강화된 법률 유사성을 야기하지는 않지만, 이러한 형식상의 측면 역시 재판절차법에 대한 결정위원회절차의 근접성에 적용하게 된다.

(3) ZPO 402조

포괄적으로 모사된 분석의 기본토대의 기능과 관련해서 명령된 ZPO 402조의 적용을 통하여 의심이 생긴다. 이 규범은, ZPO 402조 이하로부터 무엇인가 다른 규정이 도출되지 않는 한, 전문가증거의 경우 증인에 대한 규정들을 준용하도록 정하고 있다. 전문가들의 사용에 대한 근본적인 의미는 바로, 전문지식을 계속 전달함으로써 당해 사항에 대한 법원의 부족한 지식을 극복할 수 있다는 점에 있다. 근본적으로, 구체화를 위해 증인에 관한 규정들을 참조지시하는 것도 역시 의미있는 것으로 증명된다. 그러나 이 규범을 결정위원회의 행정절차법에 전용하는 것은, 결국 증인에 관한 모든 규범들이 결정위원회절차에서 적용될 수는 없다는 점을 고려하지 않는다. 이러한 한에서 이 참조지시는 부정확하다. 따라서 ZPO 402조의 적용은 단지 -결정위원회절차에 적용될 수 있는 - 증인에 관한 규정들에만 해당된다. 이러한 구체화가 없다면 분석의 기본원칙에 대한 위반이 확인되어야 한다.

(4) ZPO 404조 4항

ZPO 404조에 따르면 판결을 내리는 법원(Gericht)이 전문가를 결정한다. 이를 TKG 76조 2항에의 전용해보면, 이는 결정위원회를 통한 전문가의 결정을 의미한다. 주의해야 할 사항은, 이러한 결정이 절차판단 범위에서 내려져야 한다는 점이다. 이러한 판단은 가능성의 여부와 방법에 관한 영역에 적용된다, 즉 한 사람의 전문가 혹은 다수의 전문가들로부터 도움을 받을 수 있는지의 여부 뿐 아니라 그 총인원 수까지 관련된다.

이를 규정하고 있는 결정은 이 경우 규정에 따라 합의기관으로서의 결정위원회를 통하여 공식적으로 발표된다. 이는, ZPO 404조 1항에서의 “소송재판을 통하여”라는 표현이, 합의재판의 경우 전문가들의 선택에 관한 총괄적인 합의체가 존재해야만 하는 것으로 이해되는 상황에서 도출된다.

결정위원회절차에서 ZPO 404조의 모든 규정내용을 준용하는 것은 그러나 문제가 있는 것으로 나타난다. 이러한 의심은 ZPO 404조 4항에서 현실화된다. 왜냐하면 민사소송과는 달리 규제절차에서는 전문가를 동원할 필요성이 우선적으로 결정위원회의 조사를 통하여 생기기 때문이다. 이는 우선 조사기본원칙의 적용을 통하여 실현된다. 그 효과는, 주로 전문가의 입회과 관련되지만, 그러나 전문가선택도 고려한다. 따라서 중요한 것은 결정위원회의 관할 영역에 속하는 절차행동이다.

ZPO 404조 4항은 소송당사자들에게 전문가에 관하여 합의를 보는 방법을 제공하는데, 이러한 의견의 합의는 판결에도 구속적이다. 만일 이것이 결정위원회절차에 관련된다면 그리고 참여자들이 전문가로서의 특정인에 관하여 합의를 한다면, 이러한 합의는 그 자체로 아직은 의심스럽지 않다. 그러나 문제가 되는 점은 이러한 합의의 결과로, 그 결과는 만일 이 규범이 적용된다면 ZPO 404조 4항에 따라 결정위원회 측에서 이 합의를 따라야 한다는 점에 있을 것이다. 참여자들이 전문가에 대하여 합의를 했지만, 결정위원회가 다른 사람을 예정하고 있다면, 아마도 다른 전문가를 선출할 방법은 차단된다. 민사소송의 경우 이 규정은 처리준칙들로

인해 그리고 증거방법제시를 근본적으로 소송 당사자들의 업무로 옮김으로 인해 분명해진다. 그러나 이는 행정절차의 경우에 대해서는 설득력이 없는데, 왜냐하면 ZPO에 대한 적용지시는 단지 해당 규정의 본질적인 내용에만 관련되며, 분석의 기본원칙에 모순되는 바로 그 경우에 그 한계가 있다는 점이, VwVfG의 분석 과정에서 확인되었기 때문이다.

이러한 분석결과는 행정절차에서 ZPO 404조의 이해를 위해서도 중요한 요소인 것으로 증명된다. 좁은 의미에서의 형식적인 행정절차의 경우 VwVfG 65조는 전문가의 선출에 관한 어떠한 규정도 포함하고 있지 않다. 이는 논리에 맞는데, 왜냐하면 분석의 기본원칙은 충분히 작용하고 있으며, 전문가를 정하는 일은 관청에 일임되어 있기 때문이다. 전문가 임무의 구체화와 참여자들과의 관계에 대해서 VwVfG 65조 1항 2문은 ZPO의 이에 해당되는 규정들에 대한 일괄적인 참조지시를 포함하고 있다. 제시되었듯이, 규범참조지시의 구체화는 그 세부적인 면에서는 이론이 분분하다. 전문가에 대하여 상론해보자면, 이와 관련하여 다음의 양상이 그려질 수 있다: 문헌에는, 이러한 참조가 형식적인 행정절차의 구조에 모순되지 않는 ZPO의 규정들에만 적용된다고 포괄적으로 언급되어 있다. Kluth와 Sachs는 이러한 기준에 따라 ZPO 404조 4항의 적용을 거부한다. 이것이 분석의 기본원칙에 모순된다는 것이다. Kopp/Ramsauer의 견해 역시 이러한 방향으로 제시되고 있는데, 이 견해에 따르면 ZPO 407조 이하가 적용될 수 있다. Sachs 와 Dürr는 이에 반해 ZPO 402조-414조를 적용한다. 이들 역시 참조지시를 단지 - 형식적인 절차의 재판유사성에 모순되지 않는- ZPO 규범들과만 연관시킨다. 이 경우 실질적인 법내용(Rechtsgehalt)의 핵심만이 적용된다. 따라서 ZPO의 해당 규정들의 포괄적인 인용은 거부되고, 제한된다.

이러한 항목별 차이들에도 불구하고 언급된 견해들은 결정적인 공통점을 보인다. 전문가에 대한 ZPO 규범의 적용은 포괄적으로 이루어지지 않으며, 그 한계는 특히 분석의 기본원칙에 있다. 이러한 단서에 동의할 수 있다. 만일 분석의 기본토대에 의해 한정된 행정행위가 부각된다면, 이를 참고하고 있는 ZPO의 적용만이 고려된다. 따라서 적용은 행정절차의 특성들과 이 특성을 결정하는 분석의 기본원칙을 기준으로 삼는다. 그리하여 분석의 기본토대를 무력하게 만들기에 적합한 그

러한 규정들은 적용되지 않게 된다. 이는 ZPO 404조 4항의 경우에도 고려될 수 있다. 결정위원회절차에서의 준용을 통하여 참여자와 합의된 경우 전문가를 결정하는 일은 행정의 권한에서 벗어나게 된다. 그러나 비록 결정된 전문가에 관해서 참여자들과의 합의할 권한이 관청에 있다고 할지라도, 이것은, 전문가를 결정하는 일이 근본적으로 합의라는 수단을 통하여 관청으로부터 벗어나게 됨을 의미하지는 않는다. 경우에 따라서는 전문가라는 증거방법이 확실히 참여자들의 관할 영역에 분류될 수도 있을 것이다. 그러나 이는 분석의 기본원칙과 조화를 이루기 어렵다. 결정적인 요인은 관청을 통한 상황조사의무이다. 따라서 참여자들의 협력의무가 분석의 기본원칙을 더 이상 보완하지 않고, 결정적으로 상황조사가 참여자들에 의해서 결정되는 경우에, 참조지시의 한계가 그어지게 된다. 왜냐하면 결정위원회는 참여자들의 제의에 구속되어 있지는 않기 때문이다. 이는 전문가들에 관한 합의도 함께 포함한다. 이에 따라 분석의 기본원칙이 무제한의 효력을 가지게 되는 한, ZPO 404조 4항은 규제절차에 적용될 수 없다. 그러나 절차경제성의 관점에서 정해진 전문가에 관한 참여자들의 합의가 장점이 될 수 있다는 점은 인정할 수 있다. 절차의 효율성은 이러한 방식으로 달성될 수 있다. 행정절차법상으로 관찰해보면 전문가의 선택은 그 대신에 결정위원회의 관할 영역에 속한다. 분석의 기본원칙의 유효범위는 따라서, 관청의무를 행정절차 참여자에게로 옮기는 것은 필연적으로, 민사소송에서의 심의준칙들과 관련하여 발생하는 정도 만큼도 가능하지 않은 것으로 평가하도록 만든다. TKG 76조 2항에서의 참조지시는 따라서 부정확하다. 결과적으로 결정위원회절차에 ZPO 404조 4항을 적용하는 것은 분석의 기본원칙에 위배되기에 적합하다.

ff. 결론

분석의 기본원칙은 TKG 76조 1항의 원문표현에도 불구하고 TKG 73조 이하에 따른 절차에 적용된다. 이 때 결정위원회는 분석의 방식과 범위를 결정한다. 분석의 기본원칙의 적용은 규제를 실행하기 위한 상황조사의 기본토대가 된다. 분석의 기본원칙의 적용은, 결정위원회에 상황조사에 대한 포괄적인 권한이 인정되도록

해준다. 비록 TKG 76조 1항으로부터 이러한 점이 도출되기는 하지만, TKG 76조 2항은 다시 한 번, 전문가의 입회를 통해 증거가 이루어질 수 있음을 분명히 하고 있다. 실지검증, 증인, 전문가 그리고 압수를 통한 증거의 수행이 분명하게 규정되어 있다(TKG 76조, 77조). 실지검증, 증인과 전문가를 통한 증거제시의 경우에는 TKG 76조 2항의 동적인 적용지시를 토대로 ZPO의 이에 해당되는 규정들이 준용된다.

이 규범들은 그러나 의심 없이 포괄적으로 적용될 수 없다. 의심은 - VwVfG 65조 1항 2문의 범위에서 부분적으로 그 적용이 거부된 - 모든 규정들에서 현실화되지는 않는다. TKG 76조 2항이 VwVfG 65조 1항 2문보다 더 분명하고 명백하게 이해되기 때문에 그리고 또한 VwVfG 65조 2항과 66조 2항과 같은 지침들을 포함하고 있지 않기 때문에, 이러한 의심은 단지 적용지시를 통하여 행정절차의 포괄적인 기본원칙들이 저촉되는 범위에서만 나타날 수 있다. 이러한 이유에서 ZPO 402조에 대한 참조지시는 의심스러운 것으로 확인된다. 이 규정의 참조지시 내용은 단지 제한적으로만 적용되는 ZPO의 증인규정들에 대한 한정이 없다면 분석의 기본원칙과 조화를 이루지는 못한다. 더 나아가 ZPO 404조 4항에 대한 참조지시도 설득력이 없다. 이러한 방식으로는 특정인을 전문가로 결정함으로써 절차를 조절할 수 있는 가능성이 결정위원회로부터 벗어나게 된다. 이 역시 전체 행정절차법을 결정하는 분석의 기본원칙에 위배되는 것이다.

4. 감시와 정보 - TKG 71조, 72조

a. 규정의 내용

TKG 76조의 경우, 정보통신영역에서의 관청의 조사를 위해 의미 있는 단 하나의 규범이 문제가 되지 않는다는 점이다. 규제관청은 효과적인 임무인지(Aufgabenwahrnehmung)를 위해 여러 가지의 개입권한을 가진다. 따라서 TKG 71조, 72조 역시 해명되어야 한다. TKG 10부의 2장에서 있는 이 규정들은 감시(TKG 71조)와 권한(TKG 72조)에 관하여 언급하고 있다. 질문이 되어야 할 사항

은, 감시와 정보요청에 관한 규범들이 어떻게 조사임무에 삽입될 수 있는가 하는 점이다. 이미 제시되었듯이, 상황조사의 범위에서 수용자들은 TKG 76조에 따라, 자신들에게 알려진 경제적인 관계들에 관한 정보들을 전달해야할 의무가 있다. 이는 VwVfG 26조로부터 생겨난 협력의무의 영향이다. 만일 규제관청의 독자적인 자료조사의 권한이 형식적인 정보요구를 통해서 정해지게 된다면, TKG 76조를 이용할 수 없다. 이 경우 TKG 72조가 고려되어야 하며, TKG 71조를 이용할 수 있는지를 설명해야 한다.

b. 임무지정규범과 권한부여

aa. TKG 71조 - 임무지정

TKG 71조는 규제관청의 임무와 관할에 관한 설명을 포함하고 있다. TKG 71조 1문에서 규제관청이, TKG의 준수 그리고 이 법에 의거하여 또는 이 법을 근거로 하여 발령된 법령들에 따라서 받아들여진 의무조건, 명령과 처리방식의 준수, 특히 면허소유자에게 부여된 조건 등의 준수에 대한 감시를 맡고 있다는 점에서, 이 규범은 규제의 경제감시적인 본질을 보여주고 있다. 이 원문표현은 이 경우 우선 잘못 유도된 것인데, 왜냐하면 TKG를 토대로 발령된 개개의 법규정들을 준수하는 것이 분명하게 언급되어있지 않기(express verbis) 때문이다. 법적 지시사항들에 대한 기본토대는 그러나 TKG이다. 따라서 이를 위해 받아들여진 법적 지시사항들의 감시 역시 감독의무의 영역에 속한다는 결론이 도출된다.

그러나 TKG 71조 1문에서의 이러한 임무지정으로부터 개입의 권한은 도출되지 않는다. 그 대신 임무규범과 권한규범이 분리될 수 있다. 면허의무가 있는 분야들의 제공자의 경우, 개입의 권한들은 TKG 71조 2문으로부터 도출되며, 이 법조항의 특징들은 동시에 행동을 조정하는 불리한 행정행위에 대해 비례원칙을 강조한다.

따라서 확인되어야 할 사항은, TKG 71조 1문이 일반적인 임무지정이기는 하지만, 개입권한으로 평가될 수는 없다는 점이다. 이 규범은 따라서 권한부여의 토대

로서의 조사규칙들의 분석으로부터 제외되어야 한다.

bb. TKG 72조 - 권한부여

TKG 72조의 원문표현에 따라 규제관청에는 포괄적인 정보권, 열람권, 조사권과 수색권이 인정된다. 이 규범은 따라서- 효과적인 정보통신시장의 감시와 경쟁의 촉진이라는 공익에 도움이 되는 - 권한부여의 토대가 된다. 이러한 권한들의 수용자들은 정보통신에서 활동하고 있는 기업들과 기업연맹이다. 규제관청의 권한들은 과태료라는 강제적 수단(TKG 72조 10항)을 이용해서도 실행될 수 있다. 입법기관의 의견에 따르면 이 규정은 규제관청의 조사권한에 관한 중심 규범이다. 이 규범은 따라서 규제관청의 효과적인 임무수행에도 도움이 된다.

c. TKG 76조에 대한 72조의 관계

TKG 72조뿐만 아니라 TKG 76조 역시 조사의 권한을 설명하고 있다. 따라서 이 두 규정들이 서로 어떤 관계에 있는지가 분석되어야 한다. 그러므로 결정적인 의문사항은, 결정위원회들 역시 업무행위를 할 때 TKG 72조를 근거로 삼을 수 있는가하는 점이다.

aa. 규범들의 관계에 대한 해석기준으로서의 분야별 규제

TKG 72조 1항의 원문표현을 통한 조사권한들이 결정위원회의 경우에도 적용되는지의 여부가 조사되어야 한다. 그 의미는 바로, TKG 72조 1항 1호에 따른 정보요구에서 경제적인 관계들에 관한 정보들도 그 대상이 되고 있으며, 그리고 2호에 의거해서는 사업상의 근거자료들도 열람되고, 조사될 수 있다는 점에 있다.

이러한 맥락에서 특히 우선 불확실한 법적 개념인 경제적인 관계라는 정확하지 않은 용어가 구체화 되어야 한다. 문헌과 판례에서의 좀 더 확실한 견해에 따라 이 원문표현은 이러한 특징을 넓게 해석하는 근거가 된다. 따라서 경제적인 관계

란, 수용자들의 실제적인 그리고 법적인 모든 관계로 이해될 수 있으며, 여기에는 경영상의 그리고 회사법적인 영역에서의 관계도 포함된다. 이로써 GWB 59조의 병행규정에 대한 h. M의 해석이 구분된다. 이 경우에는 더 한정적인 해석으로 인한 제한이 실행된다. 이에 반해 TKG 72조의 확대적인 해석은, 규제관청이 포괄적인 지식을 얻을 수 있도록 해준다. 이는, 정보권한에는 경제적인 관계에 대한 넓은 개념해석과 관련해서 경쟁마련의 고유특성으로 인한 제한이 허용되지 않는다는 점에서 뒷받침된다. 정보요청의 방식과 범위는 개별경우의 법률적인 임무지정을 근거로 조사되어야 한다. 이를 기반으로 하여, 규제관청은 자신들의 지위를 강화시키게 된다.

그러나 이로써 동시에 기본권에 관여적인 영역이 관련된다. TKG 72조로부터의 권한에 대한 포괄적인 헌법상의 평가는 이 경우에서 제외되기는 하지만, 그럼에도 불구하고 고려되어야 할 사항은, 사실내용에 관한 넓은 해석을 통하여 해당 기업들의 경우에 이와 결부된 기본권의 침해가 심화될 수 있다는 점이다. 이 때문에 우선은 정보권한의 제한이 고려되어야 하고, 이러한 점에서 유사하게 표현된 GWB 59조 1항 1호의 표현에 대한 참조지시를 이용하여 근거를 설명하고자 시도될 수 있다. 이에 찬성하여 TKG나 GWB는 상위개념으로써의 경쟁법에 속한다는 주장을 근거로 뒷받침될 수 있는 달성되어야 할 법적용의 유사성이 언급된다. 그러나 정보통신법의 체계내적인 분야별 특수성을 모순 없이 고려할 경우 이러한 점은 설득력이 없다. 그러나 이러한 상황은 반대로, 관계를 조정하고 있는 개입의 실행을 토대로 비로소 GWB에 따른 남용사례가 존재하는 경우에, GWB 59조의 제한을 선언한다. TKG의 규제목적의 분야별 특수성은 규제관청의 모든 행정행위의 대상이자 원칙이 되며, 그래서 규제는 어쩔 수 없이 이 점을 목표로 삼아야 한다. 따라서 규제하고 있는 시장개입을 통하여 경쟁이 비로소 시작되고, 이로써 새로운 제공자에게도 시장접근이 가능해질 수 있으려면, 포괄적인 관청의 지식수준이 요구된다. 이러한 목표의 달성은 GG 87조 2항 이하에 따라 헌법 자체에 근거를 두고 있으며, 넓은 개입권한의 필요성의 이유를 제시하고자 시도할 수 있다.

그럼에도 불구하고 또 하나의 지나친 해석을 발견할 수 있다. TKG 72조 1항 자체는 정보제공에 대한 제한을 포함한다. 이에 따르면 단지, 임무의 충족을 위해

필요한 경우에만, 정보요청이 이루어질 수 있다. 이 필요성이라는 사실요건의 특징은 이 경우 비례성의 기본원칙에 대한 암시라고 이해될 수 있다. 그 때문에 규제관청에 의해 개별사례중심으로, 좀 더 중립적인, 그러나 동일한 방식으로 효력을 가지는 수단이 제공되지 않는지가 조사되어야 한다. 이는 가령 예전(vormalig) 정보들일 수도 있다. 이것이 부정되는 경우에만, 정보의 요구는 TKG 72조를 근거로 성공적으로 뒷받침될 수 있다. 이러한 방식으로 경제적인 관계라는 상황요건의 특징에 대한 넓은 해석이 완화된다.

bb. TKG 76조와 나란히 사용되는 TKG 72조

정보통신법상의 규제의 분야별 특수성과 이와 관련된 규제관청의 광범위한 권한들의 필요성은 TKG 76조에 대한 TKG 72조 1항의 관계를 규정하는 경우에도 중요한 것으로 증명된다. TKG 72조 1항에서는 정보권한이 있는 기관으로써의 규제관청에 대하여 언급하고 있다. TKG 10 부의 3장에서 TKG 73조 이하의 체계상의 지위와 관련해서, 이로 인해 결정위원회에 대한 TKG 72조의 적용제외가 결과로 나타난다고 인용된다. 그러나 이러한 류의 결론은 얻어질 수 없으며, TKG가 이러한 방향으로 해석될 수도 없다. TKG 72조는 그 안에 포함되어있는 규제관청을 통한 임무실행을 위한 권한들을 확정한다. 관청들은 TKG 73조에 언급된 경우들에서의 규제를 결정위원회를 통하여 인지한다. 이 결정위원회들은 이러한 영역에서 규제관청의 결정기관들이다. 그러나 TKG 72조에 의거하여 TKG에 따른 임무실행이 규제관청을 통하여 이루어지기 때문에, TKG 72조의 적용하기 위해 결정위원회절차에서도 역시 결과적으로 원문표현의 주장이 인용될 수 있다. 이는 결정위원회를 규제관청으로 편입시키는 것으로부터 그리고 이와 더불어 조직법적인 시각으로부터 관찰해 볼 때 이론의 여지가 없다. 이러한 결과는 또한 체계상의 고려에 의해서도 증명된다. TKG 72조는 결정위원회절차에 관한 규정들에 앞서 TKG 고유의 절(Abschnitt)에 근거를 가지고 있다. 이는, TKG 72조를 결정위원회에도 적용함에 대해 찬성하고 있음을 말하는 것이다.

그렇지 않은 경우, 결정위원회는 TKG 76조와 관련해서 분석의 기본원칙을 고

려해야 하며, 압수를 실행할 수 있다는 결론이 나타나기도 한다. 그래서 일반적인 행정절차법상의 협력의무에 속하지 않는 정보들을 수집할 자격을 가지지는 않지만, 그러나 관련자들의 협력행위를 요구할 수는 있다. 이 경우 이러한 협력행위가 없다면 규제행위는 효과적이거나 유효하게 실행될 수 없다. TKG 72조, 76조는 그 때문에 서로 다른 출발점을 가진다. TKG 76조는 행정절차에서의 상황조사의 기본원칙과 증명의 실행을 간단하게 표현하고 있다. TKG 72조는 이 경우에도 전권 위임의 토대이며, TKG 76조가 이용될 수 없는 영역들을 포함한다. 여기에서 고려되어야 할 사항은 가령 - 행정절차로 귀결되어야 할 - 시기상으로 앞에 있는 영역이다. 그런 경우 비형식적인 행정작용을 통하여 TKG의 목표에 효과적으로 도움이 될 수 있다. 이러한 입장에서, 규제를 통하여 경쟁을 촉진하는 것 그리고 표면상으로 적합하면서도 충분한 업무서비스를 보장하는 것 및 주과수질서를 확인하는 것은, 이를 규정하는 요인들로 증명된다. 이 경우 목적은, 이용자의 이익보장과 기능을 수행할 수 있는 그리고 균등한 기회를 보장하는, 경쟁의 확보이다. 이미 제시되었듯이, 정보통신영역에서의 특별함은, 이를 고려하여 새로이 경쟁을 만드는 그리고 얼마 되지 않은 경쟁을 보호하려는 상황에 있다. 이는 또한 - 근본적으로 기존의 경쟁에서 시작하고 있는 - GWB와는 달리 광범위한 권한부여를 선언하고 있다. GWB는 단지 시장을 지배하고 있는 기업의 남용이 존재하는 경우에만 상태를 통제하는 개입과 지침을 마련하고 있다. 이러한 도구는 그러나 전통적으로 독점적으로 형성된 정보통신시장에서는 충분하지 않은 것으로 증명된다. 입법기관의 의도에 따라, 이로써 규제관청에는 - 일반적인 남용의 감시수준을 증가하는 - 효과적인 전권위임이 인정된다. 앞부분에서 자세히 언급한 사항들은, 이러한 관점에서 분야별로 특수한 규제는 광범위한 개입권한들을 요구한다는 점을 해명해 줄 수 있다. 규제목적들의 포괄적인 관철은 따라서 두 규범들간의 관계도 규정한다.

더 나아가 이는 참여자의 협력의무들과의 마찰로 이끌어지지 않는다. 협력의무들은 VwVfG 26조를 원용함으로써 도출된다: 특히 VwVfG 26조 2항에서 의미하는 협력의무들은 TKG 31조, 34조로부터 생긴다. TKG 31조는 비용규제의 범위에서 면허를 받은 자의 협력의무에 대한 근거를 설명하고 있다: TKG 34조 3항에 따라 규제관청은 특정한 전제조건하에서 시장을 지배하고 있는 정보통신서비스

제공자들에게, 개방된 망에의 접근을 위한 제약조건들을 준수했음을 입증할 책임을 부과할 수 있다. TKG 76조는 그러나, 규제관청이 어느 정도로 이를 초과하여 자율적인 자료조사를 할 권한을 가지는지의 문제를 설명하지 않고 있다. 그러므로 TKG 76조로부터는 - TKG 72조에 규정되어 있는 것과 같은 - 규제관청의 권리가 도출되지 않는다. 따라서 TKG 72조는 TKG 76조와 나란히 나타난다.

그러나 반대로, TKG 72조로부터 역시 결정위원회에 대한 적용가능성의 제한이 생겨나지도 않는다. 그러나 Kerkhoff의 견해는 이러한 방향으로 안내하고 있는데, 왜냐하면 그 견해에 따르면 TKG 72조는, 만일 이 결정위원회절차에 대한 정보 또는 분석결과들이 또 다른-조사를 위한 기본토대로써 필요한 경우에만 적용가능하다. 이는 입법기관의 의도를 배경으로 그리고 또 법체계상의 관점에서 증명될 수 없다. 이미 제시했듯이, 입법기관의 의도는 경쟁의 마련과 이용자의 이익 보장에 있다. 경쟁은 이 경우 기회균등적이며, 기능을 수행할 능력이라고 할 수 있다. 그러나 결정위원회는 전적으로 TKG 73조 이하에 따라 그들에게 지정된 영역에서만 결정을 하기 때문에, 그 결과로써 - 결정위원회에 의해서 결정되지 않은 - 그 밖의 영역들에서는 규제관청은 비교적 적은 권한만을 행사하게 될 것이다. 그 예로써 TKG 43조에 따른 식별번호부여가 인용될 수 있다. 단지 이러한 규제행위가 결정위원회의 관할에 속하지 않는다는 것 때문에, 이를 목표로 하는 규제행위가 덜 중요한 것은 아니다. 이러한 규제행위의 중요성증가와 경쟁관여성은, 정보통신망과 정보통신서비스에로의 접근 영역에서 그 식별번호들이 가지는 중요한 기능에 있다. 또한 TKG 81조에 따른 활동보고서의 작성도 참조지시되어야 한다. 활동보고서는 경쟁관계와 경쟁에 관여적인 과정들에 대한 설명과도 관련된다. 이 보고서는 그에 따라 규제관청의 정보의 토대를 필요로 하며, TKG 72조에 의해 뒷받침되는 행위가 규정에 맞지 않게 특정한 행정절차에서 실행되어야 할 뿐 아니라, 일반적인 행정행위에도 적용된다는 것을 보여준다. 따라서 TKG 72조의 적용을 결정위원회절차에만 제한하는 것은 - 특별한 개입을 필요로 하는 정보통신영역에서 경쟁을 마련하려는 - 입법기관의 의도에 위배된다.

TKG 10부(Teil)의 여러 절(Abschnitt)들에서 TKG 72조와 TKG 73조의 체계상의 지위(Stellung)와 관련해서 결정위원회를 통한 TKG 72조의 새로운 해석을

제외하는 것은, 따라서 부적절한 것으로 증명된다. 이는 그 반대로도 마찬가지로 적용되며, 이미 설명했듯이, 규제관청 역시 - 물론 전적으로는 아니지만- 결정위원회를 통해서 결정한다는 사실로부터 도출된다. 또한 하나의 규정집을 여러 절(Abschnitt)로 단순히 하위분할 함으로 인해 물론 다양한 절들로부터 도출된 규범들 서로 간의 적용이 불가능해지지 않는다. 이는 별도로 이유를 설명해야 할 것이다. 따라서 TKG 72조로부터 도출된 권한들이 단지 결정위원회에만 위임되는 것은 아니다.

cc. GWB와의 대조

GWB와의 대조를 통하여서도 다른 결과가 얻어질 수는 없다. 한편으로 이러한 대조는 이 두 법률들의 상이한 시작점들 때문에 이루어질 수 없으며, 다른 한편으로는 이 두 법률의 법적 상태가 이러한 관점에서 역시 서로 일치하지 않기 때문이다. GWB의 적용영역에서는 전적으로 GWB 51조 2항에 따라 결정분과를 통해서 결정되기 때문에, TKG에서와 같은 분할은 GWB의 경우에는 생소하다. 이러한 상황은 1998년 8월 26일의 GWB-Novelle 6를 통하여 행해진 일반적인 카르텔칭의 정보권을 관청에 관한 규정들 부분으로부터 분리하여 절차법 부분에 부가시키는 상황을 통하여 의미를 얻는다.

GWB에 대한 대조가능한 참고인용을 통해서도 역시 TKG 72조로부터의 얻어진 권리를 결정위원회에만 국한하는 것을 고려하지 않게 된다. 이 밖에도 이는 발생사적이며 목적론적인 근거들로부터도 추구할 가치가 없는 것으로 여겨진다. 정보통신영역을 국가의 실행책임으로부터 분리하여 보장책임영역으로 옮기려는 특별한 상황과 관련해서 경쟁의 마련이 부각된다. 이는 포괄적인 개입권한들을 요구하게 되며, 또한 이러한 개입권한을 전적으로 상이한 결정담당기관과 관련해서 상이한 개입강도별로 세분해야 할 필요성은 규제관청의 조직통일성(Organisationseinheit)에 있어서 설득력 있지 않음을 보여준다.

d. TKG 77조에 대한 TKG 72조의 관계

TKG 72조 6항 뿐만 아니라 TKG 77조에도, 대상들을 압수할 수 있는 권한이 포함되어 있다. TKG 77조에 규정된 - 조사에 중요할 수 있는 - 증거방법에 의한 압수가능성은 규제관청의 또 다른 조사권한이며, 증거서류와 사실검증을 통한 입증(Beweisführung)을 보장하는데 기여한다. 이 두 규정을 관찰해보면, 부분적으로 상당한 차이점이 있음이 제시된다. TKG 72조 6항에 따른 압수의 경우 통상적으로 사전의 법원 명령이 필수적이다. 규제관청은 자신들의 업무를 수행하는 범위에서 압수의 권한이 있다. 이 권한은 따라서 결정위원회의 경우에도 고려될 수 있다. 그러나 결정위원회절차에는 TKG 77조가 적용되는데, TKG 77조는 이러한 점에서 TKG 72조 6항에 대한 특별법이다. TKG 77조의 적용은, 압수실행에 제기될 수 있는 여러 가지 요구사항들로부터 도출된다. 결정위원회절차 동안에 대상들을 압수하기 위한 전제조건들은 TKG 72조 6항의 경우에서보다 덜 엄격하다. TKG 72조 6항은 규제관청에 대해 언급하고 있으며, 따라서 TKG 76조에 대한 TKG 72조의 관계에 관한 논증과 관련하여 TKG 72조 6항을 결정위원회절차의 경우에 적용하는 것도 고려될 수 있다. 그러나 TKG 72조 6항의 엄격한 전제조건들로 인하여 이에 대한 필요는 생기지 않는다. 위협이 임박해 있는 경우를 제외하면 TKG 72조는 법원의 명령을 요구한다. 이에 반해 TKG 77조에 따른 압수는 단지 형식상으로 관청의 압수명령을 전제로 하고는 있지만, 법원의 명령을 전제로 하지는 않는다. 실질적으로 문제가 되는 것은 조사를 위한 증거방법으로 중요할 수 있는 대상들이다. 사전적으로 관찰해서 충분히 확인된 실제 근거에 따라서 해당 대상들이 필수적이면서도 적합한 증거방법으로 설명되는 한, 압수는 이 모든 대상들과 관련된다. 이는 - 이 경우에 적용되는 - StPO 97조를 통해서 그리고 사법부(Judikatur)에 의해 전개된 압수금지에 대한 기본원칙을 통해서 제한된다. 또한 이러한 개입권한은 모든 다른 기본권개입의 경우와 마찬가지로 비례의 기본원칙에 따라야 하며, 그러므로 계속해서 제한된다.

법원의 명령은 전제조건이 아니며, 결정위원회는, 구법원에 법원의 확인을 요청할 의무가 있다. 그러나 이러한 사후적(nachträglich) 의무성(Obliegenheit)은, TKG 77조 2항에서 제시되었듯이, 단지 두 가지의 경우들에서만 적용된다. 그러나

관련자들은 TKG 77조 3항에 의거하여 언제나 압수에 항의하여 법원의 결정을 청할 수 있다. 이는, TKG 72조 6항과 TKG 77조로부터의 압수권한들과 비교하여, TKG 77조로부터의 확대된 권한이 실질적인 관점들 하에서 형사소송법에 의존함으로써 인해 결정위원회절차를 법률과 유사하게 보이도록 만든다는 점을 확인할 수 있게 해준다. 결정위원회의 압수권한은 입법기관에 의해 근본적으로 매우 넓게 작성되었으며, 법관유보하에 구속되지 않는다. 이는 압수권한을 - 규제관청의 결정 조직에서 결정위원회의 지위를 강화시키는 - 개입권한으로 만든다. 그 때문에 TKG 77조를 통해서 결정위원회절차는 실질적인 관점에서 보아도 보다 더 법률과 유사하게 된다. TKG 77조를 통해서 일단 정보통신영역의 규제를 위한 광범위한 개입 권한들에 대한 필요가 한층 더 인정된다. 또한 이를 통해서 그러한 점에서 결정위원회를 통한 종속되지 않은 규제가 강조된다. 이러한 방식으로 국가의 행동합리성과 실효성이 높아진다.

V. 투명하면서도 효율적인 절차형성

1. 투명성과 공개주의

TKG 75조 3항 원문표현의 지침에 따라, 심의는 구술상으로만 수행되는 것이 아니라, 공개적으로도 수행되어야 한다. 의문시 되는 사항은, 이 규범이 어떻게 행정절차와 행정소송의 경우에 이에 적용되는 규칙들과 관련될 수 있는가하는 점이다. 행정 - 법원의 관계에서의 위치설정(Verortung)은, 이를 이용해서 결정위원회 절차의 법률유사성 개념이 어느 정도로 구체화될 수 있는지를 분석하는 문제로부터 생겨난다. 이 경우 결정위원회에 대하여 어떤 효과들이 생겨나는지가 밝혀질 수 있게 된다.

a. TKG 75조 3항의 규정

TKG 75조 3항에 따라 결정위원회 앞에서의 절차에서는, 공개적인 구술 심의를

토대로 결정하도록 규정되어 있다. 이로부터 도출된 결정위원회절차의 공개주의 원칙은 전적으로 심의와 연관되어 있다. 이는, 그 뒤에 이어지는 결정의 공표가 GVG 173조 1항과는 달리 공개적이지 않아야 함을 의미하는 것이다. 공개주의의 허용에 기초하고 있는 장점은 결정위원회절차의 투명성이다. 이러한 방식으로 제 3자를 통한 심의 진행이 이용될 수 있다. 공개주의는 그러나 심의에 무제한적으로 관여할 수는 없는데, 왜냐하면 공개주의원칙의 적용은 TKG 75조 3항 2문에서의 제한하에 있기 때문이다. 공개주의의 제외를 야기시키는 두 가지의 사례집단들이 규정되어 있다. 만일 공개주의가 공적인 질서에 위협이 된다면, 특히 국가의 안전에 해가 된다면 또는 중요한 사업비밀이나 경영비밀에 해가 될 수 있다면, 이 공개주의는 제외될 수 있다. 이러한 제외는 직무상으로는나 신청을 토대로 이루어진다.

공개주의제외를 위해 법에 정해져있는 신청모델의 자율적인 의미는 그러나 보다 자세히 관찰해보면 중속적인 것으로 증명된다. 이러한 사실은, 결정위원회가 제외가능성의 형식을 통해서 직무상으로 전체 심의 기간 동안에 공개주의의 유지를 위한 전제조건들이 존재하는지에 대해 주의를 기울여야 한다는 점에서 생겨난다. 공개제외의 목적을 가진 신청은 그러나 참여자들에 의해 제기될 수 있으며, 공개주의의 전제조건에 대한 검증으로 이끌어진다. 그러나 전제조건들이 존재하는 경우 이러한 공개주의가 견지되어야 할지 아니면 견지되지 않아야 할지를 결정 할 때, 결정위원회는 이 결정에 관련된 어떠한 판단도 하지 않는다. 이로써 결정위원회는, 심의가 진행되는 동안에 전제조건들과 실제의 상황들을 지속적으로 고려해야 할 의무가 있다. 신청모델은, 참여자들 역시 공개주의의 제외로 유도될 수 있는 상황에 반응할 수 있도록 하는 기능을 갖는다. 따라서 결코 불필요하지 않다. 그러나 결정위원회에게는, 전체 절차진행과정에서 공개주의의 견지를 위한 전제조건이 존재하는 지에 주목을 하고, 경우에 따라서는 제외를 실행해야 할 주요주의사항이 있다.

b. 행정 - 법원 관계에서의 위치설정

규제절차의 확정된 공개주의가 행정절차와 행정소송의 경우에 적용되는 규정들로 어떻게 삽입될 수 있는지 그리고 이로부터 어떤 결과가 도출될 수 있는지가 설명되어야 한다.

aa. 행정절차에서의 의미와 적용

(1) VwVfG의 의미에서의 행정절차

공개주의와 관련해서, 행정절차법과 법원절차법(재판절차법) 사이에는 근본적인 차이점이 있다. 독일 행정법에는 무제한적인 공개주의에 대한 근본원칙이 없다. 오히려 국가작용의 근본적인 비공개주의에 대한 반대만이 제시되고 있다.

따라서 일반적인 행정절차의 경우 공개적인 구술 심의를 수행해야할 의무는 존재하지 않는다. 형식적인 행정절차에서는 이와는 달리 VwVfG 67조 1항 1문에 의거한 구술 심의의 실행이 규정되어 있다: 그러나 VwVfG 68조 1항 1문은 이 경우에 대해 비공개주의를 규정하고 있다. 이러한 비공개주의는 당연히 참여자들 및 그 밖의 대리인들과 소송보조인들에게는 적용되지 않는다. 이러한 점에서 소송당사자 공개주의에서 출발하게 된다. 그러나 형식적인 절차의 경우에도 예외적으로 지속적인 공개주의를 예정하고 있는 규정들도 있다. 따라서 우선 추정가능하기는 하지만 아직 존재하지는 않는, 절대적인 비공개주의의 적용이 VwVfG 68조 1항 2문과 3문에서 도출된다. VwVfG 68조 1항 2문에 따르면 감독관청의 대리인과 해당 관청에서 근무하고 있는 특정인이 참여할 수 있다. VwVfG 68조 1항 3문은 결국, 참여자들의 항의가 없는 한 다른 사람들의 참여가 심의의장을 통해서 행해질 수 있다는 점에서 개방조항(Klausel)을 포함하고 있는 것이다. 이 안에 존재하고 있는 인적 단체의 참여가능성은, 공개주의에 대한 무조건적인 제외가 강제적인 것이 아니라, 항목별로 개방될 수 있음을 보여준다. 그러나 입법기관은, 참여자들의 이익과 입법기관의 영향으로부터의 그들의 자유를 일반적인 정보필요성에 비하여 원칙적으로 더 높게 평가하기로 결정했다. 이는 통상적인 경우 단지 제한적인 제3자의 참여가능성을 설명하는 것이다. 또한 공개주의가 참여자의 중립성과 결정을

하는 결정기관의 객관성을 해치게 될 수 있다는 우려가 생긴다. 제한된 공개주의에 대한 논증의 토대로써 절차를 통해서 추구되는 결과에 대한 참조가 지시된다. 존속력을 목표로 하는 결정과정의 방향에 덜 주목함으로써, Meyer와 Borgs-Maciejewski는 근본적인 비공개주의를 단지 형식적인 절차의 과도한 소송 유사성에 대한 포기라고 평가한다. 이러한 이유에서 역으로, 형식적인 절차 역시 공개적으로 수행될 수 있을 것이라고 추론될 수 있을 것이다.

이러한 단서를 따라가 보면, 일반의 정보이익에 비해 더 우선시되는 것으로 분류된 참여자의 이익이 고려되지 않게 된다. 참여자들의 이익은 항상 결정기관의 영향으로부터의 자유를 보호하는 데에 도움이 된다. 참여자 입장에 유리한 가치판단으로 인해 행정절차법에서 일반의 정보이익은 뒤쳐지게 된다. 그 때문에 규범비교적인 관찰로부터 일반의 정보이익의 상승된 의미는 행정절차에서가 아니라, 기껏해야 법원절차에서 볼 수 있을 뿐 이다(이해될 수 있다). 따라서 확인될 수 있는 사항은, VwVfG의 의미에서의 형식적인 행정절차는 주로 소송당사자공개주의를 특징으로 가진다는 점이다.

(2) 카르텔법상의 행정절차

GWB 54조 이하에 대한 TKG 73조 이하의 구조적인 비교가능성이 처음으로 나타난 것은 아니다. 그러나 이러한 가능성은 역시 한계를 내보인다. TKG 75조 3항에 대한 병행규정은 GWB 56조 3항이다. 이 안에는 공개적인 구술 심의를 토대로 결정되어야 한다는 기본원칙이 근거를 두고 있기는 하다. 그러나 이는 GWB 19조, 42조의 경우로만 제한된다. 이제 GWB 19조는 시장을 지배하고 있는 지위의 남용에 대한 그 포괄적인 규정내용으로 인해 GWB의 중심 규정들 가운데 하나라는 주장이 적용된다. 그러나 TKG 75조 3항과의 아주 결정적인 차이점이 나타난다: 투명한 절차운용은 그 근본적인 형식에서 정보통신법상의 특별함을 유보하고 있다. TKG 73조 이하에 의거한 결정위원회의 정보절차와 결정절차의 개방성(Publizität)은 따라서 GWB 54조 이하에 의거한 카르텔절차에 비해 더 향상된다. 카르텔절차의 경우 GWB 19조에서 말하는 남용사례들에 대한 제한된 공개주의는

공개주의의 교훈을 목표로 한 것이기는 하지만, 또한 기대된 방지효과에 의해서도 뒷받침된다. 따라서 단순한 공개주의정보는 이러한 행정절차에서 종속적인 기능을 가질 뿐만 아니라, 동시에 경쟁자들에 대한 자극이기도 하다.

bb. 재판(법원)절차에서의 의미와 적용

(1) 의미

재판절차법에서 이러한 상황은 근본적으로 행정절차법에서와는 다른데, 왜냐하면 원칙적으로 공개주의라는 포괄적인 기본원칙에서 출발할 수 있기 때문이다. 이는 참여하지 않은 제 3자가 법원의 심의를 경청하고, 구경하면서 그 심의에 참여할 수 있다는 것으로 이해할 수 있다. 그러나 오늘날 GVG169조에 의거하여 재판절차에 공개주의의 기본원칙이 적용되고 있다는 사실은, 역사적인 관점에서 본다면 오랜 발전의 결과이다. 근본적으로 절차참여자들의 이익에서 공개적인 통제를 통한 비밀절차의 제외, 공권력의 은밀한 개입 또는 다른 이들의 개입에 대한 재판관의 독립성 보장과 국민을 통한 재판관의 통제가 추구되었다. 이는 오늘날의 이해에 따르자면 재판절차의 공개를 위한 중요한 요소이기도 하다. 공개원칙의 주요 목표는 따라서 대중에 의한 절차진행과정의 통제이다. 따라서 GVG 169조를 적용하는 경우, 공개 심의는 이러한 단순법상의 규범화를 넘어서 법치국가적인 절차의 필수적인 구성요소라는 점이 도출된다. 재판공개는 이에 따라 그 명시적인 표현이 분명히 헌법에서 빠져있기는 하지만 법치주의원칙의 형태로 이해될 수 있다. 그 밖에 국가의 힘의 행사는 국민의 정당성 부여(Legitimation)를 기준으로 평가될 수 있어야만 한다고 강조되는 한에서, 공개원칙은 추가로 민주주의원칙으로도 소급될 수 있다.

공개를 통한 판결의 목적에 맞는 통제는 절차의 구술원칙과 직접심리주의원칙에 밀접하게 관련되어 있다. 이는 구술주의를 통하여 제 3자에 대한 투명성이 보장되고, 직접심리주의의 준칙을 통하여 본질적인 절차단계들에 집중할 수 있다는 상황으로부터 도출된다. 그 결과는, 방청자들에게도 절차의 이러한 부분들을 통하

여 재판 행위에 대한 이해를 얻을 수 있도록 하는 것이다.

(2) 적용과 제한

EGGVG 2조의 규정에 따라 공개는 우선 정규 법원 앞에서의 절차에 적용된다. 그러나 절차공개가 재판의 이러한 부문(Zweig)에 국한되는 것이 아니라, 행정소송의 경우 공개의 적용은 GVG 169조 대신(i.V.m) VwGO 55조로부터 도출된다. GVG 169조 이하의 제외근거들 역시 VwGO 55조에 의거하여 적용된다.

공개원칙은 GVG 169조 2문 - 183조를 통해서 제한된다. 따라서 공개란 처음부터, 단지 이용가능한 여지를 기준으로 심의에로의 유입을 가능하게 한다는 것을 의미한다. GVG 169조 2문 - 175조는 제외의 이유에 대하여 상이한 출발점들을 가진다. 이 규정들은 강제적인 규정들(GVG 169조 2문, 170조, 171b조 2항)과 법원의 판단에 따라 제외를 인정하는 그러한 규정들(GVG 171a조, 171b조 1항, 172조, 173조 2항, 175조)로 구분될 수 있다. TKG 75조 3항 2문에 따른 제외는 GVG 172조 1호와 2호의 경우와 유사하다. 그러나 이러한 유사성은 역시 이 규범에서 언급된 근거들로만 제한되는데, 왜냐하면 TKG 75조 3항과는 달리 GVG 172조의 경우에는 판단규정이 중요하기 때문이다. GVG의 적용영역에서의 제외 이유들은 따라서 전체적으로 TKG의 제외이유들보다 더 넓게 파악된다. 이는 반대로 우선 - 규제절차에 참여할 수 있는 -포괄적인 공개의 권한을 보여준다. 이는 결정위원회 앞에서의 행정절차의 투명성의 고도의 효율을 근거로 한 결론을 허용한다.

c. TKG 75조 3항에의 영향

의문스러운 점은, 형식적인 행정절차와 재판절차에 관한 규정들이 결정위원회 앞에서의 절차들에 어떤 영향을 주는가 하는 것이다. 우선 확인될 수 있는 사항은, 공개 심의에 대한 결정을 통해서 이러한 결정위원회 앞에서의 행정절차들은, VwVfG의 개념구상에 따라 공개가 규정되지 않은 경우들에 비해 더 투명하다는 점이다. 더 높아진 절차 개방성은 또한 GWB 56조 3항과의 비교를 통해서도 도출

되는데, 이는 공개란 이와는 달리 근본적으로 결정위원회에 의해서 결정되어야 하는 모든 상황에 적용되기 때문이다. 그러한 점에서 재판절차법의 규정들에 한층 더 근접해진다. 규제절차들은 그 만큼 법률과 유사해진다. 따라서 결정위원회절차의 법률유사성의 개념은, 만일 절차에 공개가 허락된다면, 활성화 된다. 그러나 공개를 제외시키는 근거들과 관련해서 재판절차법과의 차이들이 생겨난다.

aa. 공공 질서의 위협

결정위원회절차의 공개(또는 일부 공개)가 제외되기 위해서는, TKG 75조 3항 2문에 의거하여 공공질서의 위협, 특히 국가안전의 위협 또는 사업비밀이나 경영비밀의 위협이 문제가 되어야 한다. 공공 질서에 대한 고유 정의는 TKG의 절차 규정에는 포함되어있지 않다. 공공 질서의 개념을 규정하기 위해서 TKG 172조를 살펴보면, 이 개념이 무엇보다도 법정에서의 질서와 관련되어 있으며, 이러한 의미에서 절차중심적으로 규정될 수 있음이 나타난다. 이러한 개념이해는 따라서 각 주들의 경찰법에서의 사용되는 경우보다 더 폭이 좁다. 방해되지 않는 심의의 진행, 진상규명의 무제한적인 가능성, 참여자들의 법적인 공청의 보장과 법적인 확신 조성의 독립성 등이 GVG 172조의 의미에서의 공공 질서의 구성요인으로 간주될 수 있다. 법원의 확신에 따라 실제의 지식상태 그리고 예정된 또 다른 심의발생에 따라 이러한 위협이 발생할 수 있는 확실한 개연성이 존재하는 경우에, 공공질서의 위협이 우려될 수 있다.

구성요건에 대한 이러한 해석이 근본적으로 새로운 행정절차법상의 지침들이 없기 때문에 그리고 이러한 의미에서 우연히 발견된 법률유사성을 근거로 결정위원회에 전용된다면, 다음의 양상이 생긴다: 공공 질서의 위협은 절차법상의 시각에서 볼 때, -행정행위의 유효성의 기본원칙 앞에서- 방해되지 않는 심의의 진행, 직무조사의 무제한적인 가능성, 법적인 방청의 보장 등이 더 이상 보장되지 않음이 우려되는 경우에 생긴다.

bb. 사업비밀 또는 경영비밀

공개제외의 또 다른 가능성은 보호해야 할 가치가 있는 사업비밀 또는 경영비밀의 위협에 대한 우려로부터 생긴다. 이러한 구성요건의 경우에는 실제적인 관점에서 공공질서에 비해서 더 이익이 되는 경우가 중요하다. 이는, 만일 경쟁자로서의 관련자들의 입장을 살펴보면, 더 분명해진다. 보호할 가치가 있는 사업상의 비밀 또는 경영비밀이 문제가 되고 있는지의 여부는, 우선 그 중요성의 특징에서 평가되어야 한다. 즉, 특별한 성질을 지니는 비밀들이 문제가 되어야 한다. 이에 반해 단순 이익, 즉 확실한 내부기밀을 누설하지 않는 것은, 따라서 즉시 파악될 수 없다. 중요한 사업비밀 또는 경영비밀이라는 특징은 그러므로 중립적인 시각에서 평가되어야 한다. 중요함에 대한 접합점은 따라서 객관적인 시각에서 볼 때 해당 기업에 있어서의 중요성이다.

공개제외를 통한 TKG 75조 3항 2문의 이러한 변형(Variante)에 의해서 보호되는 것은 오직 - 그 사업비밀 또는 경영비밀에 관련되어 있는- 해당 기업이다. 그 때문에, 비밀의 보호가 정보통신서비스제공을 위한 시장에 대해 어떤 영향을 미치는지를 검증할 수 없다. 따라서 관련 기업만이 중요하다.

cc. 질서의 유지

이로써 공개제외에 대한 이미 언급된 전제조건들 가운데 하나의 조건이 존재하고, 또한 특정 참여자의 신청이 제기되었거나 또는 결정위원회가 직무상으로 제외의 이유가 존재하는지에 대한 검증을 했다면, 심의의 공개(또는 그 일부의 공개)는 제외될 수 있다. 법정절차와는 달리 이러한 제외는 전제조건이 존재하는 경우에 실시될 수 있다. 판단결정은 중요하지 않다. 따라서 TKG 73조 이하에 따른 절차에서 GVG 172조의 제외근거들의 이용 역시 제외된다. 이러한 점에서 TKG 75조 3항은 “특별법”이다.

법정은 GVG 172조의 경우에 의무에 맞는 평가에 따라 결정한다. 이 경우 비례 원칙은 제한적으로만 영향을 준다. 공개제외는 그 때문에 단지, 법정절차이라는 조치(방책)가 더 관대한 수단으로 고려되지 않을 경우에만 제안된다. 공개제외의 경

우 판단결정은 중요하지 않다는 사실에도 불구하고, 비례원칙은 기본적으로 결정위원회의 절차결정에도 적용된다. 이는 비례원칙의 광범위한 효과 때문이다. 따라서 결정위원회에 의해서, 제외의 전제조건들이 존재함에도 불구하고 공개의 잠정적인(etwaig) 유지가 무엇보다도 보호가치가 있는 이익을 침해하게 되는지의 여부가 조사되어야 한다. 그러나 이 경우에도 법정경찰의 조치가 보다 관대한 수단일 수 있는지를 조사할 수 있는 다른 규정이 제시되어 있는지는, 결정위원회 내지는 의장들에게 법정경찰에 해당되는 권리가 인정될 수 있을 때에만 고려될 수 있다. 이는 TKG의 고유 규정이 없기 때문에 단지 VwVfG 68조 2항, 89조를 살펴봄으로써만 대답되어질 수 있다. 결과적으로 의장의 권한이 VwVfG 68조 또는 VwVfG 89조에서 도출되는지의 문제가 해결되어야 한다. VwVfG 68조 3항 1문에 따라 형식적인 행정절차에서는 심의의장이 질서에 대한 책임을 진다. VwVfG 89조에 의거하여, 의장은 특정 위원회의 회의를 열고, 이끌고, 끝마치며, 질서에 대한 책임을 진다. VwVfG 88조에 따라 VwVfG 89조 - 93조가 보조적으로 적용될 수 있기 때문에, 이 규범은 유보적으로 원용되어야 한다. VwVfG 88조는 일반적으로 위원회 앞에서의 행정절차에 대해 언급하고 있다. 일반적인 행정절차 또는 형식적인 행정절차에 대한 자세한 설명은 존재하지 않는다. 위원회가 함께 협력하는 일반적인 행정절차가 문제가 된다면, 회의의 권한을 규정하기 위해 VwVfG 89조의 적용이 장려된다. 결정위원회들이 위원회들이란 사실을 토대로 VwVfG 89조의 적용이 선호된다면, 형식적인 행정절차로 이해되기 때문에 어쩌면 VwVfG 68조 3항과 VwVfG 89조가 원용되는 결과가 생길 수 있다. 따라서 어떤 규범이 우선적으로 적용되어야 하는지의 문제를 해결하기 위해, 절차요소에서의 중점을 형식성에서 찾아야 하는지 혹은 오히려 행정위원회로서의 조직법적인 분류를 고려해야 하는지가 중심에 서게 된다.

이 때문에, 이 두 규범들을 보다 자세하게 조사할 필요가 있다. VwVfG 68조 3항으로부터의 질서권의 발원Ausfluß은, 자신의 명령을 따르지 않는 사람들을 배제할 수 있는 심의의장의 권한능력이다. 이를 목표로 하는 권한은 외부의 전제조건들과 방해되지 않는 심의 진행과 관련된다. 이러한 점에서 내적으로 심의를 목표로 삼게 되며, 그 때문에 일반적인 가택권(Hausrecht)에서 분리하여 평가되어야

한다. 이에 반해 일반적인 가택권은 방문자에 의해서 일반적인 행정행위가 방해받지 않도록 방어하는 데 이용된다. 따라서 일반적인 가택권은 결정위원회절차에서의 질서를 위해 유용한 법적 기본토대를 형성하지는 않는다. 구술 심의에서 심의 의장의 책임에 의한 질서 유지는, 결정위원회절차의 형식성이 강조되는 한에서, VwVfG 68조 3항의 절차법상의 질서규정을 이용하여 규정될 수 있다.

의장의 이러한 질서유지권을 통하여 심의는 배제된 사람들 없이 계속될 수 있다. 특히 심의가 배제된 사람들 없이도 계속될 수 있다는 설명적인 진술은, 다음에서 분명해진다: VwVfG 68조 3항은, 형식적인 행정절차가 근본적으로 공개의 기본원칙에 종속되지 않는다는 사실에 맞추어 만들어진 것이다. VwVfG 68조 3항은 우선 모든 참석자들, 즉 우선적으로 참여자들을 향한 것이다. 원칙적인 참여자 공개는 따라서 제한이 된다. 참여자들은 심의 진행에서 관여하지 못하게 될 수 있다. 또 다른 질서유지수단으로는 가령 심의의 중단 또는 연기, 발언시간제한과 발언금지 등이 있다. 이러한 조치들은 그러므로 제한되는 것이 아니라, 그 명령내용에서 GVG 176조를 기준으로 삼을 수 있다. GVG 176조에 의거한 법정결찰은, 방해받지 않는 회의진행을 보장하기 위해 필요한 모든 조치들을 포함한다. 이는 개별경우를 고려할 필요가 있음을 나타내는 것이다. 모든 질서유지행동들은 그러나 결국 비례원칙을 통해서 제한된다. 따라서 가장 최소한으로 제한된 조치들 이외의 광범위한 조치들이 취해져서는 않된다. VwVfG 89조의 규정내용 역시 이 정도로 제시된다. 의장에게는 질서유지를 위한 동일한 권리가 인정될 수 있다.

만일 이제 VwVfG 68조가 결정위원회절차에 연관되어야 한다면, 우선 VwVfG 63조 1항에서 의미하는 적용에 대한 명령이 결여되어 있기 때문에 직접적인 적용은 제외된다. 그러므로 아마도 유추적인 적용이 고려된다. 따라서 이에 대한 전제조건들이 제시되어 있는지를 설명할 필요가 있다.

유추란, 하나 혹은 여러 개의 정해진 구성요인들에 대해 법률로 정해져 있는 규정을, 법률로 규정되어 있지는 않지만, 법과 유사한 다른 구성요인들에 전용하는 것이다. VwVfG 63조 이하에 따른 형식적인 행정절차들에서와 TKG 73조 이하에 따른 행정절차들에서의 질서유지권(Ordnungsgewalt)에 대한 정의는 구체적(gegenständlich)이다. 따라서 근본적인 법유사성이 시인될 수 있다.

우선 유추는, - 규정 의도에 따라 어떤 규정을 필요로 하는 문제에 대한 규정이 법률상으로 존재하지 않을 때, 나타나게 되는 - 계획에 맞지 않은 규정의 빈틈을 요구한다. TKG 75조 3항은 질서유지권에 관한 자율적인 규정을 분명하게 포함하지 않고 있다. 따라서 특히 이 두 절차유형 간의 형식성에 주목하는 경우에, 규정의 빈틈에 대한 가정은 강화된다. 이는 유추에 대한 바로 다음의 조건으로 이어지는데, 왜냐하면 유추는 단지 유사성과 그 때문에 제공되는 동등한 처리(Gleichbehandlung)를 뒷받침해주는 상황들을 비교할 수 있을 때에만 고려되기 때문이다. 결정위원회절차들은 많은 영역에서 형식적인 행정절차들과 유사하다. 두 절차유형들은 형식적인 행정절차들로, 본질적으로 결정을 하는 과정에서의 형식엄격성을 그 특징으로 가진다. 이미 제시되었듯이, 본질적인 차이는 단지 VwVfG 63조 1항에서 의미하는 법규정을 통한 지시가 없다는 점에 있다. 따라서 원칙적인 비교가능성이 확인될 수 있다. 결국 유추의 필요성은, 형식성을 특징으로 하는 결정위원회절차의 경우 질서유지권을 단순법적으로 규정할 수 있다는 사실에서 생긴다. 이는 방해받지 않는 회의진행의 보장을 전제한다. 유추란 따라서 근본적으로 적법한 것으로 생각된다.

그러나, 이러한 원용이 TKG 75조 3항과는 반대로 VwVfG 68조 1항 1문에는 비공개주의가 확정되어 있기 때문에 제외되어야 하는지에 대해서는 문제가 있는 것으로 생각될 수 있다. 이러한 정도로 모순되는 규정의도는 그러므로 그 적용을 방해할 수 있다.

이 경우만이 설득력이 없을 수 있다. 이미 제시되었듯이, VwVfG 68조 3항 2문에 따른 질서조치들의 내용은 GVG 176조의 질서조치 내용을 기준으로 삼는다. 따라서 만일 수용자의 범위가 무시된다면, 실질적인 시각에서 본 이 두 규범의 차이점들은 오히려 사소하다. 그럼에도 불구하고 VwVfG 68조 3항은 결정위원회절차에의 적용을 배경으로 특별한 중요성을 얻고 있는데, 왜냐하면 참석자들을 향한 방향성은 본질적으로 참여자들에게로만 제한되지 않기 때문이다. 다른 사람들에게 심의에의 참여가 가능하게 되는 한(VwVfG 68조 3항) 그리고 공개와 비교할 수 있는 상황이 생기는 한, 이는 그 한도에서 제한적으로 존재하는 공개와도 관련된다. 게다가 모든 참여자들간의 동의가 존재한다면, 광범위한 공개가 형성될 수 있

다. 가령 언론 등이 생각될 수 있다. 그 때문에 비교가능성이 존재한다.

이를 겨냥한 그리고 부족하고 우려되는 이 두 규범의 비교가능성은 이렇게 해서 극복될 수 있을 것이다. 그 때문에 심의의장이 질서유지에 대해 책임을 지고 그리고 필요한 질서유지조치들을 취할 수 있다는 결과로 인해서, VwVfG 68조 3항이 결정위원회절차에 유추적으로 적용될 수 있음이 고려될 수 있다. GVG 176조의 새로운 해석은 이에 반해 고려되지 않는데, 왜냐하면 GVG 176조가 그 내용에 있어서 VwVfG 68조 3항과 광범위하게 동일하기는 하지만, 이 규정은 법정절차(재판절차)에 맞추어 마련된 것인 반면에, 결정위원회절차는 넓은 의미에서의 형식적인 행정절차로 분류되며, 따라서 VwVfG의 기존 규정들의 적용이 더 선호될 수 있기 때문이다.

그러나 법원절차에 대한 결정위원회절차의 근접성과 이러한 점에서 설명가능한 법률유사성이, 행정절차에 대한 규정들을 따르지 않는다는 것을 의미하지는 않는다. 우선적으로 중요한 점은 행정절차를 통한 행정작용이다. TKG에 대한 해석 역시 항상 이를 기준으로 삼는다. 따라서 공공질서에 대한 위협을 개념적으로 규정하는 경우에는 GVG에 대한 광범위한 새로운 해석이, VwVfG의 규정들의 적용이 받아들여지지 않는 경우에만 비로소 고려된다. GVG의 기본사상의 적용은 그런 경우 매우 유보적으로 실행되어야 하는데, 그렇지 않으면 법정절차와 행정절차 간의 차이점들이 뒤섞일 수 있기 때문이다. 따라서 해석법리학적인 시각에서 보면, 회의권한을 규정하는 경우에는 VwVfG 68조에 대한 새로운 해석이 GVG 176조에 비해 선호될 수 있는데, 왜냐하면 회의를 주관하는 것은 이 규범에 의해 포함되어 있기 때문이다.

이러한 확인은 개별적으로는 VwVfG 89조에 대한 VwVfG 68조 3항의 관계에 관하여 아무것도 말해주지 않는다. 결정위원회들의 형식성이 전면에 부각되는 한, 근본적으로 VwVfG 68조 3항의 유추 적용에 대한 근거를 설명하고자 시도될 수 있다. 이에 반해 조직법상의 관점에서 접근해 본다면, 회의가 진행되는 동안에 질서유지력을 규정하기 위한 VwVfG 89조의 직접적인 적용이 확인된다. 이는 방법론적인 시각에서 설득력 있다. 결정위원회절차의 형식성에 전적으로 초점을 맞추

는 것 그리고 이 형식성이 기반을 두고 있는 VwVfG 68조 3항을 새로 해석하는 것에는 방법론상으로 허점(虛點)이 있을 것인데, 왜냐하면 행정절차법에는 VwVfG 89조를 통하여 회의에서의 질서유지권을 규정하기 위한 분명한 지침이 포함되어 있기 때문이다. 이는, 결과적으로 규정의 공백을 부정하게 된다. 따라서 결정위원회에서의 VwVfG 89조의 직접적인 적용이 선호될 수 있다. 그러나 만일 결정위원회절차의 경우 VwVfG 63조 이하에서 말하는 형식적인 행정절차가 문제가 될 수 있다면, 다른 평가가 실시되어야 할 것이다. 이 경우 VwVfG 89조와 동시에 VwVfG 68조가 적용된다.

만일 이제 결정위원회절차에서 심의의장이 심의 진행 동안의 질서에 대한 책임을 지고 있고 그리고 그에게 VwVfG 89조의 권한의 근거가 주어진다면, 일부 공개의 제외 또는 전체 공개의 제외가 이루어지기에 앞서, 결과적으로 심의의장은 항상 비례원칙의 적용과 관련하여 보다 관대한 수단으로써의 다른 질서유지조치들이 고려되는지를 심사해야 한다. 결정위원회절차에서 VwVfG 89조의 적용은 따라서 공개에 대해서, 우선 이러한 공개가 회의를 이끌어가는 보다 관대한 수단들을 이용해서는 여전히 지속될 수 없는지가 조사되어야 한다는 점에서 결정위원회의 권리를 강화시키게 된다는 장점을 가진다. 이로 인해서 TKG 75조 3항 2문의 목표에 위배되지는 않는데, 왜냐하면 공개의 제외는 그 안에 규정되어 있는 전체 조건들이 존재하는 경우에는 실행되지 않기 때문이다.

d. 결론

결정위원회절차에 적용되는 공개원칙은 제 3자의 참여가능성을 통하여 절차의 투명성의 정도를 높이게 된다. 이러한 개방성으로 인해 행정결정의 수용이 높아질 수 있다.

TKG 75조 3항에 따른 공개는 우선 VwVfG 68조 1항에 의거한 형식적인 행정절차들의 경우에서의 비공개성에 위배된다. 이로부터 참여자들의 이익은 일반의 정보필요성에 비하여 우선적으로 요청되지 않는다는 결론이 도출된다. TKG 75조 3항에서의 근본적인 공개 명령을 통하여 결정위원회절차는 한층 더 법률과 유사해

진다. 이렇게 확인된 법률유사성은 따라서, 일반적인 행정절차에 비해 VwVfG 63조 이하에 의거한 형식적인 행정절차에 인정될 수 있는 그러한 유사성을 넘어서게 된다.

공개의 허용은 TKG 75조 3항에 의해 제한된다. 공공질서의 위협이라는 특징의 전제조건들을 정하기 위해서 GvG 172조 1호가 이용되어야 한다. 의장은 규정에 따른 절차 진행을 보장하기 위해 GvG 172조 1호에 의지한다. 행정위원회로서의 결정위원회들의 질서법적인 관찰을 통해서 그에 대해 VwVfG 68조 3항의 유추 적용이 거부될 수 있다. 게다가 GvG 176조의 직접적인 적용도 거부될 수 있는데, 왜냐하면 행정행위가 문제가 되고 있으며, 공개를 통하여 달성된 법률유사성에도 불구하고 결정위원회의 실질적인 행정행위는 중점을 유지한다는 점이 무시되기 때문이다. VwVfG 89조의 적용과 VwVfG 68조 3항과의 그 내용적인 결합 그리고 이로 인한 GvG 176조와의 유사성은, 이 경우에 비례원칙에 대하여 개진된 판결을 결정위원회에서도 적용하게 되는 결과를 초래한다: 의장은 그러므로 여전히 공개 제외에 앞서 혹은 공개의 일부에 대한 제외에 앞서 다소 덜 결정적이지만, 마찬가지로 효과적인 - 규정에 맞는 절차진행의 유지 내지 복구에 도움이 되는- 수단을 고려해야만 한다. 이러한 분석평가는 결국 TKG 75조 3항의 원문표현을 통해서도 증명된다. 따라서 “특별하게”라는 용어로부터 공개를 제한하기 위해 포함된 조치목록들을 그 안에 언급되어 있는 사실구성요인으로만 제한하지 않는다는 결론이 도출된다.

2. 심의의 유효성과 구술주의

상황조사를 위해 그리고 기준에 맞는 결정근거를 찾아내기 위한 절차진행의 중요한 기본토대인 공개의 원칙은 당연히 심의구술주의를 전제로 하고 있다. TKG 75조 3항 역시 이러한 점에서 출발한다. 결정위원회절차를 행정절차와 행정소송의 조직에 원칙적으로 분류하는 것과 관련해서 구술주의원칙이 분석되어야 한다. 설명되어야 할 사항은 결과적으로, 이러한 배경 앞에서 구술주의의 어떤 효과와 어떤 제한이 생기는가 하는 점이다. 따라서 TKG 75조 3항에 포함되어 있는 구술

주의에 대한 지침이 VwVfG 67조와 VwGO 101조의 규정들에 어떻게 삽입될 수 있는지가 조사되어야 한다. 이는 다시금, 이에 대해 찾아낸 결과들로부터 절차진행의 법률유사성이라는 용어에 대해 어떤 결론들을 끌어낼 수 있는지에 관한 의문으로 귀결된다.

a. TKG 75조 3항의 규정

TKG 75조 3항의 절차규정은, 구술 심의를 토대로 결정할 것을 정하고 있다. 이 규정은 결정에 있어서 중요한 모든 상황문제와 법적인 문제에 관한 논의를 목표로 추구하며, 이로써 강력한 의견개진의 가능성을 제공한다.

구술 심의의 특징인 법적 대화(Rechtsgespraech)를 통해서 이 절차는 한편에서는 혹시 있을지도 모르는 오해들이 광범위하게 저지될 수 있기 때문에, 훨씬 효율적이 되며, 또한 제 3자를 위한 절차의 투명성 역시 높아진다. 구술 심의는 따라서 두 가지의 기능을 충족시킨다: 한편으로는 규제를 하는 행정은 타협과 조정의 기본토대를 제시하며, 다른 한편으로는 참여자들과 비참여자들이 이러한 투명성을 통하여 상황조사와 결정에 계속해서 따를 수 있도록 해준다. 이러한 한에서 구술 심의의 실행을 이용하여 공개 역시 정확하게 알려진다.

결정위원회절차에서 구술 심의의 실행은 통상적인 경우로 규정되어 있다. 참여자들의 동의가 존재한다면, 구술 심의의 실행에서 벗어날 수 있다. 참여자들이 동의를 할 수 있는 사람들의 범위를 형성하므로, 피소환자들 역시 이 규정의 수용자들에 속한다. 가령 동의가 이루어졌다고 해서, 반드시 실제로 구술 심의가 행해지지 않는 결과가 나타나는 것은 아니다, 즉 이에 대한 결정은 결정위원회가 자신들의 절차평가과정에서 내리게 된다. 그러나 근심스러운 점은, 모든 참여자들이 승낙했음에도 불구하고 구술 심의를 고수하는 것은, 구술 심의를 형식적인 것(Förmelei)으로 만들 수 있다는 것이다. 이러한 점에서 참여자들의 승낙은 이에 대해 내려질 결정의 기준(Richtschnur)이 된다. 물론 절차평가의 실행은, 결정위원회 절차에서의 구술 심의의 실행이 통상적인 경우로 간주된다는 점에 의해서도 결정된다. 일부 특별한 경쟁법에 대한 절차법인 TKG 75조 3항 1문의 규정은 GWB

56조 3항과는 뚜렷하게 구분된다. 이 카르텔문제의 경우에 공개적인 구술 심의를 실행할 의무는 근본적으로 GWB 19조(시장을 지배하고 있는 기업의 남용)와 GWB 42조(장관의 허가)에 국한된다. 그 밖의 경우에는, GWB 56조 1항에 의거하여 단지 참여자의 신청을 근거로 해서만 구술 심의가 실시된다는 점이 적용된다. 이러한 경우의 구술 심의에는 공개원칙이 적용되지 않는다. 이 두 규범의 대립은 공개 원칙과 관련해서 연방카르텔청의 결정분과 앞에서의 절차의 투명성에 비해 규제관청 앞에서의 절차의 투명성이 더 상승되었음을 보여준다. 결정위원회는 구술 심의가 무시될 수 있는지의 문제에 대해 평가결정을 할 때, 절차형성의 이러한 근본적인 방향성을 고려해야 한다. 절차평가는 이러한 점에서 이에 의해 결정되기도 한다. 만일 게다가 - 그 지위와 이익이 조사되어질 - 여러 명의 참여자들이 대립하고 있음이 고려된다면, 효율적인 행정작용의 필요성에도 부합하게 된다.

b. 행정 - 법원 관계에서의 위치설정

TKG 75조 3항의 규정내용이 설명됨에 따라, 이제 이 규범들이 행정절차와 행정소송에 적용되는 규정들에 대한 관계에서 어떻게 위치가 정해지고, 그로부터 어떤 귀납적 추론이 생겨날 수 있는지가 명백해 질 수 있다.

aa. 행정절차에서의 의미와 적용

(1) VwVfG의 의미에서의 행정절차

VwVfG에 따른 행정절차의 경우 구술 심의가 모든 경우에 실행될 수는 없다. 일반적인 그리고 비형식적인 행정절차의 경우 구술 심의에 대한 명령은 존재하지 않는다. 이러한 절차유형에서는 특정한 절차작용에 대한 청구권이 없기 때문에, 구술 심의를 실행해야 하는지에 관한 문제는 절차를 주도하는 관청의 판단에 따라서 답이 정해진다. 이 경우 단순성, 합목적성 그리고 신속성 등의 절차기본원칙들의 유지가 판단의 방향을 정하는데 영향을 미친다. 이에 반해 형식적인 행정절차

의 경우에는 VwVfG 67조 1항에 따라, VwVfG 76조 2항에 따라 구술 심의 없이 결정될 수 없는 한에서, 관청은 구술 심의를 한 후에 결정을 내린다는 점이 적용된다. 따라서 이러한 절차에서의 구술 심의는 통상적인 경우로 확대된다. 구술 심의는, VwVfG 68조에 따라 절차를 이끌어가는 관청 앞에서 참여자들과 협력하여 VwVfG 69조에 따른 결정을 준비하기 위해 실행되는 그러한 심의이다. 이 경우 구술 심의는 형식적인 행정절차의 본질적인 요소들 가운데 하나로 설명되며, 참여자들에게 VwVfG 66조에서 말하는 논의의 기회를 제공한다. 상황에 대한 직접적인 논의를 통하여 특별하게 보장된 결정의 기반이 형성될 수 있다는 것은 하나의 장점이다. 구술 심의의 목표는 이러한 점을 겨냥하고 있다: 관청은, 어떠한 결정을 내리기에 앞서 확실한 결정의 기본토대를 찾기 위해, 참여자들의 실제적인 그리고 법적인 주장을 충분히 검토해야 할 의무가 있다.

이러한 준비와 실행을 위해 VwVfG 67조 3항은, 해당 절차가 가능한 한 그 심의기간 이내에 완료될 수 있도록 절차진행을 촉구해야 할 관청의 의무를 표현하고 있다. 이러한 방식으로 적용되는 집중준칙은 그러나 법적인 그리고 실제적인 가능성에 의해 제한된다. 이는 “가능한한”이라는 낱말의 사용에서 나타난다. 게다가 집중을 위한 노력이, VwVfG 66조에서 생긴 참여자의 권리를 축소시키는 것으로 유도될 수는 없다.

그러나 구술 심의를 통하여 얻어진 지식들만이 유일한 결정의 기본토대일 필요는 없다. 관청은 “구술 심의를 한 후에” 결정을 하기 때문에, 직접심리주의의 원칙은 생길 수 없다. 구술 심의 이외에서 획득된 또 다른 지식들도 결국 결정에 함께 삼입될 수 있다. 그 때문에 절차의 전체 결과를 평가하여 결정이 되어야 한다.

구술 심의 실행의 기본원칙은 VwVfG 67조 2항의 예외구성요인을 따른다. 구술 심의에서 제외될 수 있는 근거들은 다양하다: 1호 - 4호는 참여자의 이익과 관련되며, 반면에 5호는 참여자로부터 벗어난, 그보다 상위에 있는 이익들을 목표로 하고 있다. VwVfG 67조 2항 5호는 이 경우, 필요한 긴급결정을 가능하게 하는 목표를 추구하며, 그러한 점에서 VwVfG 28조 2항 1호에 근접하게 된다.

그러나 구술 심의에 대한 근본적인 포기가 반드시, 실제로도 구술 심의 없이 절차가 진행될 수 있음을 의미하는 것은 아니다. 왜냐하면 만일 이러한 상황요인

에 따라 참여자의 포기가 선언될지라도, 관청은 합목적성의 이유들에서 구술 심의 날짜를 정할 수 있기 때문이다. 따라서 구술 심의의 실행에 관한 문제는 완전히 참여자의 처분에 맡겨지는 것이 아니다. 이에 대한 최종적인 결정은 절차를 주도하는 관청의 관할 영역에 속한다.

(2) 카르텔법상의 행정절차

GWB 54조 이하에 따른 행정절차에는 GWB 56조 3항에 따른 구술 심의를 실행해야 할 의무가 규정되어 있다. 이미 제시되었듯이, 이러한 의무는 GWB 19조, 42조의 경우에도 적용된다. 그 밖의 절차대상들의 경우에, GWB 56조 1항에 따른 구술 심의의 실행은 참여자의 신청에 의존하고 있다. 이러한 신청이 제기된다면, 참여자를 구술 심의에 소환해야 할 의무가 카르텔청에 부과된다. 또한 신청이 없이 구술 심의에 소환하는 것도 배제되지 않는다. 만일 참여자들이 심의를 포기하는 경우에도, 의무에 맞는 평가에 따라 이것이 목적에 맞는 것으로 간주된다면, 카르텔청은 구술 심의를 실행할 날짜를 정할 수 있다. 이 경우 - 참여자들에게 있어 구술 심의를 통해서 생성될 수 있는 - 있을지도 모르는 불이익과 공공의 이익을 비교해야 한다. 그러나 카르텔청이 심의를 실행하기로 결정했다고 해서, 실제로 심의에 모습을 드러내야 할 의무가 생기지는 않는다. GWB 56조 1항의 규범적 내용은 단지 소환에만 적용된다.

bb. 재판절차에서의 의미와 적용

행정절차의 경우 구술 심의의 실행은 VwGO 101조에 근거를 두고 있다. 이 때 이 규정은 - 근본적으로 구술 심의를 한 후에 법원의 실체적 결정을 내리려는 - 행정소송법의 의도를 보여준다. 물론 이 경우 VwVfG 67조와 상당한 차이가 존재하는데, 왜냐하면 법원은 구술 심의를 “근거로 해서” 결정을 하기 때문이다. 따라서 구술주의의 원칙에는 동시에 직접심리주의의 원칙도 포함되어 있다. 구술주의 원칙과 직접심리주의 원칙의 기능들은 특히 행정절차법상의 결정의 공정함을 보

장하는 것, 절차의 투명성 그리고 특히 판결의 객관성에 대한 신뢰에 있다. 직접심리주의의 준칙은 두 가지 관점에서 영향을 미친다: 이 준칙은 소송과정에 대해서는 증거들을 구술 심의에서 제출할 것을 요구하고(VwGO 96조), 절차의 종료에 대해서는, 단지 구술 심의에 참여했었던 재판관들과 명예직의 재판관들만이 판결을 내릴 수 있다고(VwGO 112조) 확실하게 기술하고 있다.

행정소송상의 구술주의 원칙을 헌법상으로 해명하려고 시도해본다면, 이러한 원칙이 헌법상의 근거를 가지고 있지 않다는 점이 드러난다. 이에 대한 연결점은 법적인 공청의 보장이다. 그러나 이러한 보장은 문서에 의한 절차에서도 마찬가지로 가능하기 때문에, GG 103조 1항으로부터는 구술 심의에 대한 어떠한 의무도 추론될 수 없다. 이렇게 헌법상의 근거가 부족하다는 것은 GG 19조 4항을 살펴봄으로써도 제거되지 못하는데, 왜냐하면 입법기관은, 어떤 방식으로 권리구제보장에 부합할 수 있는지를 결정하기 때문이다. 이 경우 입법기관은 대단히 많은 융통성을 마음대로 처리할 수 있다. 따라서 구술주의준칙은 단지 단순 소송법의 기준에 따라서만 적용된다. 그러나 만일 구술 심의가 실시된다면, 법적인 공청에 대한 청구권은 구술 심의과정에서의 의견표출에 대한 권리의 근거가 된다. 따라서 VwGO 101조에 포함된 규정은 헌법으로부터 도출된 요구사항들을 벗어난 것임이 확인될 수 있다.

행정절차에 있어서 구술주의 원칙의 특별한 의미는 VwVfG에 비해서 구술 심의를 단념할 가능성이 제한적이라는 점에서 나타난다. 만일 참여자들이 이에 대해 승낙을 한다면, VwGO 101조 2항에 따라 구술 심의의 전제조건에서 벗어날 수 있다. 그러나 VwVfG 67조 5항에서처럼 이러한 범위에서 예를 들어 압박해있는 위험과 같은 상위의 이익이 고려될 수 없기 때문에, 이 두 규정집의 상이한 기능의 방향성(Ausrichtung)과 법원절차에서 구술 심의에 부여된 높은 의미 역시 드러난다. 형식적인 행정절차에서의 구술 심의가 법적인 공청의 보장에 도움이 되기는 하지만, 행정작용의 유효성의 준칙이 기준이 되기도 한다. 행정소송에서의 엄격한 적용은 이에 반해, 구체적인 경우에도 역시 집중과 신속성의 준칙들이 구술주의보다 높이 평가될 수 없다는 점이 나타난다.

c. TKG 75조 3항에 대한 효과들

aa. 법적대화로서의 심의

모든 구술 심의에 대한 본질적인 요소는 법적 대화로서의 형태이다. 이 논문에서 관심을 보인 영역에서는, 이러한 법적 대화가 행정절차의 경우에는 물론 행정소송의 경우에도 그때 그때마다의 절차법에 근거를 두고 있음이 확인될 수 있다. 따라서 VwVfG 68조 2항 1문은 심의의장에게, 이 문제를 참여자들과 논의해야 할 의무를 정하고 있다. 이러한 의무는 VwVfG 68조 2항 2문에서, 불분명한 신청의 설명, 상황에 맞는 신청의 제기, 불충분한 진술들의 보충과 상황확인을 위해 본질적인 모든 설명 등이 이루어지도록 노력하는 정도까지 구체화된다. 이러한 논의에 구술 심의의 우선적인 중요성이 있다. 이러한 논의는, 법률 문제 Rechtsfrage를 진술할 가능성도 포함한다. 행정소송에서 구술 심의의 내용상의 형식에 대해서는 VwGO 104조가 해당조항이다. 이 규범으로부터, 분쟁이 되고 있는 문제에 관한 논의는 실제적인 그리고 법적인 관점에서 주요특징으로 이해될 수 있다는 결론이 도출된다. 논의와 법적 대화는 개념상 동일하다. 그래서 법적 대화는 해당 사례의 실제적인 그리고 법적인 면과 연관된다. 이는 행정절차와 행정소송에 내재되어 있다. 법적 대화에 부여된 기능은 구술 심의의 목표를 달성하는 데에서 주로 관찰될 수 있다. 구술 심의는 해당 문제에 대한 논의를 목적으로 하며, 그러한 점에서 관청 절차의 또는 법정 앞에서 실시되는 분쟁에 대한 결정을 준비하는 기능을 보여준다. 어떤 결정을 준비하기 위한 조치는 이러한 점에서 분쟁을 조정하는 동인을 내포하고 있다. 그러므로 이러한 조정이 문제되는 한 그리고 이와 관련하여 각각 상이한 견해들과 이해관계들의 조절과 근접이 문제가 되는 한, 이로부터 법정 앞에서의 분쟁의 경우 특히 합의된 심의진행의 목적이 결과로써 나타난다. 결정위원회 앞에서 규정에 따라 다수의 참여자들이 대립하고 있으며, 결정위원회를 통하여 우선적으로 규제와 관련해서 조정기능이 행사되는 상황을 고려해 보면, 이러한 숙고는 결정위원회의 행정행위 경우에도 유익하게 될 수 있다. 왜냐하면 합의가 이

루어질 수 있다고 여겨지는 한, -어차피 참여자들의 협력에도 의지하고 있는 - 상황조사를 위한 순수한 정보의 획득과 더불어 절차와 결정의 수용을 증대시키기 위한 법적 대화의 적합성이 제시되기 때문이다. 결정위원회에 위임된 결정권한과 더불어 확인되어야 할 사항은, 행정의 법률구속성에도 불구하고 결정위원회는 자율적인 형식의 융통성을 사용할 수 있으며, 구체적인 경우에서 법률을 적용할 때 자율적인 기능을 이용한다는 점이다. 그러므로 행정이 오직 일종의 법률적용장치인 것만은 아니다. 따라서 자신들이 사용할 수 있는 형식의 융통성과 관련해서 도달가능한 합의에 대한 노력은 결정위원회의 행정작용에 있어서 상당히 중요하다. 이는 구술 심의의 본질에 뿌리를 두고 있는 법적 대화에 높은 가치가 부여됨을 말하는 것이다. 특히 결정위원회에 지정된 조정기능을 통해 구술 심의는 결정위원회절차의 법률유사성을 형성하는 또 다른 요인을 설명한다.

만일 구술 심의에 존재하는 법적 대화가 법정절차의 본질적 특징으로 이해된다면 그리고 결정위원회의 조정기능 때문에 이것이 그 행정행위에 적용된다면, 또 다른 결과가 이끌어내질 수 있다. 법적 대화란 내용상으로 심의의장 내지 대표자의 융통성을 전제로 한다. 이러한 융통성을 행사한다는 것은, 결정담당기관에게 절차법상의 그리고 실체법상의 재량(Freiraum)을 인정한다는 것을 말한다. 이는 결정위원회와 관련해서 지시를 내릴 권리에 관한 이미 언급된 문제로 이어진다. 이 논문에서 제시되었듯이, 자신들의 규제관청에서 행정조직상의 수직적 근거설정을 토대로 한 결정위원회의 원칙적인 지시의 자율성은 특히 헌법에 작성되어있는 이유들로 인해서 허용되지 않는다. 그러나 법적 대화의 논의준비기능과 결정준비기능을 달성할 수 있으려면, 이러한 지시들이 결정위원회의 행정행위에 영향을 미치는 한에서, 이 지시들은 결정을 내리는 과정에서 형성융통성을 제한하기에 적합한 방식으로 형태를 갖추는 없다. 구술 심의에 그 핵심을 두고 있는, 법률과 유사한 행정절차들은 이러한 점에서 결정담당기관의 토론과 관련된 재량을 요구한다.

bb. 투명성

결정위원회의 결정과정이, 법적 대화로써 형태를 갖추고 있는 심의를 특징으로 가진다는 점에서, 참여자의 시각에서는 투명한 행정행위가 도출된다, 결정위원회에 의해서 규제가 이루어지는 모든 영역에서 구술 심의의 실행이 규정되어 있기 때문에, 그 안에 포함된 투명성에 이러한 점에서 비교 가능한 GWB 56조 1항과 3항의 규정과의 원칙적인 차이가 존재하는데, GWB 56조 1항과 3항의 규정에서는 단지 그 안에 거론된 경우들에서만 구술 심의가 가능하다. 이 기능을 절차대상에 대한 보다 상세한 논의에서 관찰해보면, 정보통신법상 근본적으로 규정되어 있는 구술 심의는 이에 비해 장점으로 증명된다. 구술 심의의 실행과 그로 인한 관계자들의 참여는 따라서 효과적인 행정작용에 도움이 된다. 그럼에도 불구하고 고려되어야 할 사항은, 특정 절차의 형식화는 보다 상승된 시간소모를 의미할 수 있다는 점이다. 그러나 구술 심의의 중점은 절차 대상에 대한 광범위한 논의이다. 이로부터 절차의 투명성이 도출된다.

cc, 직접심리주의

TKG 75조 3항은, 구술 심의를 근거로 결정이 내려져야 한다고 정하고 있다. 이러한 원문표현의 지침을 통해서 VwVfG에서 의미하는 형식적인 행정절차에 대한 거부행태가 행해지는데, 이 절차의 경우 VwVfG 67조에 따라 구술 심의를 한 후에 결정을 하게 되며, 직접심리주의원칙이 일어나지 않는다. 이러한 입장에서 이 두 절차유형들의 매우 중요한 차이들 가운데 하나의 차이점이 나타난다. TKG 75조 3항의, 구술 심의를 토대로(근거로) 결정을 해야 한다는 규정으로부터, 보다 넓은 의미에서의 형식적인 행정절차로서의 결정위원회절차의 직접심리주의에 관한 암시가 파생될 수 있다. 그 대신에 전적으로 구술 심의의 단순한 실행이 필요한 것으로 간주된다면, 형식화는 VwVfG 67조 1항을 기준으로 삼을 수 있을 것이다. TKG 75조 3항의 원문표현을 통해서는 이에 반해 VwGO 101조의 규정에 근접하게 된다. 이러한 상황은 법률유사성의 개념규정을 위한 또 다른 요소를 의미한다.

이렇게 밝혀진 VwVfG에서 의미하는 형식적인 행정절차와의 차이는 그러나 VwVfG 71조 2항 1문의 규정을 배경으로 축소된다. - 위원회 앞에서의 형식적인

행정절차가 문제가 되는 경우에만 적용되는 - 이 규정에 따르면, 협의와 표결을 할 때는 단지 구술 심의에 참석했던 위원회의 성원들만이 출석할 수 있다. 이러한 규정으로부터 판결과 문헌은 직접심리주의를 - 위원회 앞에서 진행되는 - 형식적인 행정절차로 집어넣도록 만든다. 이는 VwVfG에서 의미하는 행정절차에서도 직접적인 결정을 내릴 수 있다는 가정으로 이끌어진다. 이로부터 재판절차법에 대한 근접성이라는 결론이 나온다. 행정위원회 앞에서의 형식적인 절차에 이 규정을 적용하는 것은, 이러한 사람관련 규정을 통하여 직접심리주의에 의한 근접성이 인정될 수 있음을 보여준다. 만일 이로써 위원회가 단지 전체로서만 결정을 한다면, 이러한 방식으로 그 중요성이 상승된다.

이 논문에서 제시되었듯이, 결정위원회들은 조직법상의 관찰로부터 넓은 의미에서의 형식적인 행정절차에서의 행정위원회로서 분류될 수 있다. 이는 절차법상으로, VwVfG 71조 역시 근본적으로 원용될 수 있다는 것을 조건으로 한다. 넓은 의미에서의 형식적인 행정절차가 문제가 되기 때문에, VwVfG 71조는 직접 적용되는 것이 아니라, 유추적으로 고려될 수 있다. 결정위원회에 있어서, 사람과 관련된 관점에서 이는, 단지 이미 구술 심의에 협력한 그런 구성원들만이 표결에 참여할 수 있음을 말하는 것이다. 이러한 방향에서 지시된 직접심리주의가 가지는 하나의 장점은, 직접심리주의로부터 추론되어질 수 있는 행정효율성인데, 왜냐하면 이 경우의 직접심리주의는 행정수행의 수용을 목적으로 하는 행정메카니즘을 요구하기 때문이다. 이러한 직접심리주의는, 구술 심의를 토대로 실질-법적인 결정을 하는 행정절차의 체계성(Organisation)을 통하여 상승될 수 있다. 게다가 관련자들에게는 이러한 결정의 기초가 되고 있는 상황들이 보다 잘 알려져 있다. 관청의 결정과정은 그 때문에 보다 투명하게 형성된다.

이와 더불어 TKG 75조 3항에 포함된 - 규정에 따라 구술 심의를 실행하고, 이를 토대로 결정을 내려야 할 - 의무를 통해서, GWB 54조 이하와 비교하여 결정을 내리는 것이 이러한 관점에서 분명하게 미리 확정되어있다. 이에 반해 카르텔청의 결정분과 앞에서의 절차에서는 이러한 상황이 보다 덜 분명한 것으로 증명된다. GWB 19조, 42조의 경우들이 관련되는 한에서 그리고 구술 심의를 토대로 결정을 해야 하는 한에서, VwVfG 71조를 통하여 찾아낸 결과가 전용될 수 있다.

그러나 카르텔청이 자신들의 절차평가를 통해서 어떤 명령을 목적에 맞는 것으로 간주했기 때문에 구술 심의를 개최하는 경우들에서 논쟁거리가 되고 있는 사항은, GWB 56조 3항에 포함되어있는 - 구술 심의를 근거로 결정하도록 한 - 지침이 적용되는지, 아니면 - 단지 구술 심의만을 지시하고 있는 - GWB 56조 1항이 이용되어야 하는지의 문제이다. 만일 마지막에 언급된 방법이 더 선호된다면, 구술 심의의 종결에 따라서 얻어지게 되는 새로운 인식들은 전적으로 결정과정에 함께 삽입될 수 있다.

결정위원회 앞에서의 절차의 경우에는 따라서 역으로, 직접심리주의가 결정과정의 토대가 될 수 있음이 확인될 수 있다. 이 직접심리주의는 TKG 75조 3항의 원문표현 이외에 VwVfG 71조로부터 유추적으로 도출된다. 개별 사례들에 대한 제한은 카르텔절차법에서와는 달리 허용되지 않는다.

dd. 구술 심의에 대한 포기

(1) 무형식성

이미 제시되었듯이, 참여자들이 구술심의를 포기한다면, 구술 심의는 무시될 수 있다. 구술 심의의 무시에 대한 전제조건은 참여자들의 동의이다. 구술 심의에 존재하는 행정절차의 형식화는 이러한 방식으로 느슨해진다. 그러나 동의의 선언에 대한 보다 상세하면서도 세부적인 요구사항들은 정해지지 않는다. 이러한 한에서 행정절차에서 그리고 행정소송에서 구술 심의를 포기하는 경우에 어떤 요구사항들이 고려되어야 하는지를 주의 깊게 관찰해야 한다.

행정절차의 경우 이러한 포기는 VwVfG 67조 2항 4호에서 도출된다: 행정소송의 경우에는 VwGO 101조 2항이 적용된다. 이 두 규정들은 서로 비슷하며, 이 두 경우 모두에서는 분명하고, 명확하며, 유보적인지 않은 포기가 요구된다. 이렇게 요구된 전제조건들은 포기선언 자체와 관련된다. 그러나 이 법률 조항에서 있을 수 있는 형식상의 필요조건들은 추론되지 않는다. VwVfG도 VwGO도, 특별한 필요조건들의 존재에 대해 설명이 필요하다는 주장을 제기하지 않는다. 이러한 근거

로부터 결정위원회의 절차법에 대해서도, 포기를 위한 어떠한 특별한 형식상의 필요조건도 요구되지 않는다는 결론이 도출된다.

(2) 포기의 철회

일단 참여자들이 동의를 하게 되면 의문으로 남는 것은, 이것이 각각의 절차에 대해서 시간상으로 아무 제한 없이 적용되는지 또는 철회가능한지의 여부이다. 그러므로 동의선언이 참여자들 중의 한 사람에 의해서 철회될 수 있는지 그리고 이와 관련해서 구술 심의가 실행되는지는 해명이 필요하다. 처음에 언급되어야 할 사항은, 구술 심의 없이 결정하기로 하는 동의가 선언됨에 따라 결정위원회의 결정 자체가 최종적인 것이 아님이 분명하다는 점이다. 결정위원회는 의무에 따른 평가를 한 후에 구술 심의의 포기에 대한 결정을 내린다(VwVfG 40조). 절차를 이끌어가는 합의제기관으로서 결정위원회는 구술 심의를 다시 명령할 수 있다. 그러나 포기선언이 철회되는 경우 행정작용의 효율성에 반하게 될 염려도 생긴다.

그러므로 참여자들이 자신들의 선언을 철회할 수 있는가의 문제는 이러한 선언의 기속력(내용적 기속력)에 관한 분석으로 귀결된다. 행정소송의 경우 VwGO 101조 2항의 영역에서, ZPO 128조 2항 1문이 포기의 소송행위에 적용될 수 있는지가 논의된다. ZPO 128조 2항 1문에 따라 소송당사자들은, 소송상황이 본질적으로 변하게 될 때 구술 심의에 관한 자신들의 포기를 철회할 수 있는 가능성을 가진다. 따라서 소송행위들은 철회할 수 없다는 근본적인 원칙은 변하게 된다. ZPO 128조 2항 1문을 행정소송에 적용할 수 있는 가능성은, VwGO 101조 2항이 끝맺음을 하는 것인지 혹은 하지 않는 것인지의 문제에 대한 대답을 기준으로 정해진다. 행정소송에서의 적용을 위하여 우선적으로 GG 19조 4항이 인용되고, 강조될 수 있다. 그렇지 않은 경우에는 효과적인 법의 실행이 침해될 수 있다. 이는, 소송상황의 변경이 참여자들의 작용필요성을 변화시킬 수 있다는 점을 고려해 본다면 분명해진다.

그러나 이러한 상황으로 인해 행정절차의 경우에도 그 적용이 선호되는지는 증명되지 않는다. GG 19조 4항의 인용은 의심을 불러일으킨다. 그 뒤에 있는 사고

(사상)의 전용은 이 두 절차유형들의 상이한 목표들과 기능들을 고려하지 않고, 이를 뒤섞는다. 행정절차는 우선 법치주의적인 지시사항들을 만족시키는 실질법의 관철에 도움이 되며, 행정의 효율성 등과 같은 기본원칙을 기준으로 삼는다. 이러한 점에서 행정절차의 경우에 GG 19조 4항은 이용될 수 없다. 행정소송에서의 적용에 대한 주요논증은 따라서 행정절차에서는 적용되지 않는다. 참여자들이 그 절차작용들을 아무 제한 없이 철회할 수 있다면, 거론된 행정의 유효성 역시 과도하게 제한될지도 모른다. 이에 반해 행정소송은 효과적인 권리구제의 보장을 특징으로 지닌다. 효율성의 기준은 이에 반해 후퇴된다. 효율성을 근거로 해서도 특정한 적용이 마찬가지로 거부될 수 있다.

만일 참여자들이 이에 따라 법률형식으로 진행되는 형식적인 행정절차에서 절차관여적인 선언을 철회하고자 한다면, 행정소송법을 살피는 것은 더 이상 도움이 되지 않는다. 이러한 근거로부터는 분명한 지침이 얻어질 수 없다. 따라서 여전히 행정절차법상의 문헌들에 나타나있는 단서들을 적용하게 된다. 이러한 단서들을 모사해 보면, 다음의 양상이 나타난다:

시간적인 관점에서 언제부터 참여자들의 선언이 구속력 있게 되는지 그리고 이로써 어느 순간까지 철회가 고려되는지의 문제에 대한 여러 가지의 견해들이 나타나게 된다. 예를 들어 Sachs는 구속력의 효과가 나타나는 초기의 시점을 받아들인다. 이에 따라 절차작용으로써의 선언은 관청에 들어서는 순간부터 구속력이 있다. Seegmueller와 Kopp/Ramsauer는 이에 반해 관청의 결정이 내려지는 순간에 맞추고 있다. 관청이 아직 결정을 하지 않은 한, 이러한 포기는 철회가능하다. 그 다음 기간 동안에는 불복의 방법이 남게 된다.

d. 결론

TKG 75조 3항에 따른 구술주의원칙의 적용은 투명한 심의진행을 장려한다. 이는 참여하고 있는 제 3자에게도 적용되는데, 이들에게는 전체 절차진행을 주의깊게 관찰할 수 있는 가능성이 주어져 있다. TKG 75조 3항은 게다가, 형식적인 행정절차의 경우에 통용되고 있는 VwVfG 67조 1항 1문의 규정보다는 VwGo 101조

를 더 밀접하게 따르고 있다. 이 경우에서의 결정적인 차이는, TKG 75조 3항의 원문표현인 “...토대로”를 통해서 직접심리주의에 대한 암시를 추론해올 수 있다는 점에 있다. 이는, 결정의 근본토대로 단지 역시 구술 심의의 대상이기도 했던 지식(Erkenntnis)만이 이용될 수 있다는 결과로 이어진다. 이를 무시한 결정은 따라서 VwVfG 63조에 따른 형식적인 행정절차와는 달리 법적 결함이 있는 것이다. 구술 심의가 갈등을 심화시키는 상황과 결정들에서의 이해관계조정에 도움이 된다는 점을 고려한다면, 통상적인 경우 구술 심의를 통해서 결정을 내림으로써, 행정행위는 보다 더 효과적으로 전개된다.

그러나 이러한 방향으로 안내하고 있는 구술주의준칙이 절대적으로 적용되는 것은 아니다. 참여자들의 동의선언이 가능한 사례집단의 경우, 구술 심의는 더 이상 고려되지 않을 수 있다. 결정위원회는 의무에 따른 판단을 한 후에 이에 관한 결정을 내리게 된다. 이러한 판단의 기준을 정하기 위해 당시에 구술 심의를 통하여 달성될 수 있는 목표를 참작해야 한다. 그러나 VwGO 101조에의 접근과 이로 인해 확인될 수 있는 법률유사성에도 불구하고 - 행정소송의 경우에 대부분 동의 선언의 철회와 관련해서 나타나는 - 규정들의 무조건적인 적용은 이루어지지 않는다. ZPO 128조의 적용은 행정절차와 행정소송의 규정들을 뒤섞게 된다. 이 경우 행정절차가 문제 되기 때문에, 규정의 빈틈이 존재하는 경우에도 우선적으로 VwVfG가 이용된다.

C. 실질적인 시각에서의 행정효율성: 임시 명령을 통한 규제

1. 기본토대

결정위원회들은 통상적인 경우 TKG 73조 이하의 절차규정들에 따라 실질법상의 결정을 내리는데, 이 규정들은 법률과 유사하게 형성된 절차진행의 특징을 가지고 있으며, 존속력있는(bestandkraeftig) 행정행위의 발령을 목표로 한다. 그러나 이와 더불어 결정위원회는 TKG 78조를 통해서, 임시 명령을 통해서도 결정할 수 있는 가능성을 가지고 있다. 이러한 규범들에 의해 뒷받침되고 있는 규제는 오직,

그 결정권한이 결정위원회들에 지정되어있는 영역들만을 포함한다. 이러한 점에서 주요안건의 절차대상과의 합치(일치, Entsprechung)가 존재해야만 한다. 이러한 규정의 발생사적인 배경은, 불리한 전개를 막기 위하여, 입법기관의 의지에 따라 종종 “ 최종적인 결정에 앞서 임시 규정들에 대한 실제적인 필요성이 존재한다”는 점이다.

이는 가령 비용규제 영역에서, 결정위원회가 아직 인가를 받아야만 하는 비용들의 최종 인가자격에 대하여 확고하게 확신을 가지지 않는 경우일 수 있다. 그러나 이러한 비용은 주요안건에 대한 결정이 날 때까지는 잠정적으로 인가된다. 이러한 점에서 사법을 형성하는 규제는 급부제공으로 나타나고, 시장은 최종 결정까지 자신의 행위방식과 기능능력에서 마비되지 않는다. 이러한 출발점 앞에서 다음에서 설명될 수 있는 - TKG 78조에 포함된 규정이 어떻게 행정절차법의 해석이론(Dogmatik)으로 분류될 수 있는지의 - 문제들이 제기된다. 그 다음에, 어떤 절차법상의 전제조건들이 임시 명령의 발령을 위해 적용되어야 하는지가 설명되어야 한다.

II. TKG 78조의 규정

TKG 10부 세 번째 절(Abschnitt)에 있는 그 밖의 규정들과 비교해서, TKG 78조의 경우에는 우선 표면적으로 절차규칙으로 이해될 수 있는 규정이 문제가 되지 않는다. TKG 78조는, 결정위원회들이 최종 결정까지 임시 명령을 내릴 권한을 가지게 된다는 점에서, 실질적인 내용을 제시하고 있다. 이러한 권한의 기본토대를 절차규칙으로 삽입하는 것은 이에 따라, 이런 방식으로 결정위원회에게 또 다른 실질적인 행위형식이 제공되는 것임을 바로 알아야 한다. 이 규제가 규정에 따라 최종 결정을 통하여 이루어지기는 한다: 그러나 이 시점까지 결정위원회들은 절차대상에 관한 잠정적인 규정들을 정할 수 있다. 이러한 류의 행정도구가 행정절차법상의 통상적인 경우는 아니지만, 반대로 특수한 경우도 아니다. 게다가 임시 명령이라는 개념은 VwGO 123조를 강하게 상기시킨다. 이 법조항의 경우 임시 명령의 본질은 주요안건에 대한 결정이 내려질 때 까지 그 명령 속에서 내려진 결

정의 보조수단(Überbrückung)을 마련하는 데에서 찾을 수 있다. 따라서 그때마다의 행정절차가 임시 명령을 통해서 최종적으로 완료되는 것은 아니다. 이러한 법적 도구는 따라서 임시적인 특성에 의해 한정된다.

III. 법의 성질(Rechtsnatur)

1. 행정행위의 행위형식

임시 명령의 개념이 VwGO 123조를 상기시키기 때문에, TKG 73조 이하에 따른 행정절차에서의 임시 명령이 어떻게 행정법상의 행위형식들의 조직법으로 분류될 수 있는지가 설명되어야 한다.

임시 명령은 행정행위의 행위형식과 일치할 수 있을 것이다. 이 경우에 적용되는 VwVfG 35조에 따른 전제조건들의 존재는 규정의 특징에 이르기까지 문제가 없는 것으로 증명된다. 일반적인 이해에 따르면 규정이란 - 법결과의 설정을 목표로 하는 - 법적구속력이 있는 명령으로 이해될 수 있다. 행정행위에 대한 규정의 본질적인 특징은 결국 특정한 상황을 토대로 범규범의 내용을 일방적이면서도 구속적으로 구체화하는 것에서 찾을 수 있다. 근본적으로 국가로부터의 형성방식은 이러한 의미에서 완료적인 성질을 나타냄이 분명하다. 이로 인해서 특정 행정행위만을 준비하는 조치들이 구분될 수 있다. 만일 그 분석을 위해 임시 명령의 실질적인 측면을 주목해 본다면, 중심을 이루고 있는 임시성이 나타난다. 허가, 금지, 중지 또는 거부를 통한 임시 명령에서 직접적으로 법적 결과가 마련된다. 임시 명령의 내용은 따라서 규정에 따라 절차대상에 관한 규정을 포함한다. 이러한 지시는 시간상으로 기한을 정하지 않고 적용되는 것이 아니라, 늦어도 대상에 관한 최종적 처리로서의 주요안건에서의 결정을 통하여 제한된다. 임시 명령은 이에 따라 시간상의 유보 하에 있다. 관청이 임시 규정을 정한다는 사실로부터 최종적인 결정이 동일한 규정내용을 나타내는 경우에 대해서도 역시, 이러한 결정이 결코 불필요한 것이 아니라, 아직 공식적으로 발표되어야 한다는 결론이 도출된다. 따라서 어떤 규정이 발생한 상황은, 임시 명령에 행정행위으로써의 자격을 부여하게 된다.

왜냐하면 이 규정은 시간상의 기한설정에도 불구하고 임시 명령에 포함되어있는 절차대상들을 종결시키기 때문이다. 따라서 만일 이미 주요안건에서 결정의 발령에 앞서 절차대상을 처리할 수 있는 가능성이 결정위원회들에게 주어진다면, 이러한 시간상으로 제한된 규정들로부터 규제행위의 유연성을 강화하는 동인이 도출된다. 이로 인해서 행정운용의 유효성이 증가된다.

따라서 임시 명령의 본질적인 특징으로써 임시성에 의해 한정되는 규정이 드러난다. 이 안에 포함되어 있는 기한설정의 요인을 통해서 처음부터 근본적으로 형성된 신뢰 보호 역시 제한된다. 그 때문에, 이러한 분석평가가 어떻게 행정법상의 행위형식에 관한 해석이론으로 분류될 수 있는지가 검증되어야 한다. 만일 이에 대해 임시성이라는 시간상의 제한의 본질적인 특징이 중시된다면, 이른바 임시 행정행위가 고려될 수 있다.

2. 임시 행정행위

임시 행정행위는 판결과 문헌에 의해 전개된 범형상물(Rechtsfigur)이다. 이에 관한 논쟁은 주로 판결에 의해 확정되었다. 1983년 4월 14일의 BVerwG의 Magermilch(탈지유)-판결은 이에 대한 방향을 지시해주는 것으로 증명된다. 지금까지는 어떤 규정의 임시성이 행정행위의 부관(Nebenbestimmung)과 관련되어 있었던 경우, 법원(Gericht)은 이 결정에서 이에 의해 밀려났었다. 임시 특별규정은 이제 행정행위로 분류되었다. BVerwG는 이 경우 임시적인 보조금승인을 즉시 행정행위로 간주하였다. - 개별 인가판결에서 아직 실행되어야할 경영조사에 대한 결과를 유보한 채로 주어졌었던 - 우유사업체를 경영하는 소송인에게 허용된 보조금이 그 안에 포함되어있는 임시적인 특성과 관련하여 법적으로 어떻게 평가되어야 하는지를 판단해야 했다. 법원은 이를 행정행위로 판단하기 위해서, 그 규정내용이, “수혜자들은 수용된 보조금을 단지 보조금에 대한 최종적인 결정이 선포될 때까지 임시적으로” 보유할 수 있다는 점에 있다고 설명한다. 재판부는 계속해서, 이 행정행위의 구속효과는, 보조금의 최종적인 수여를 위한 법적 근거를 의미하는데까지 이르지 않는 못한다고 설명한다. 그 때문에 BVerwG의 경우에, 보조

금의 최종적인 보유에 관해 나중에 결정을 할 때에도 유보적으로 발표된 승인의 무효화는 필요하지는 않은데, 이는 다른 종류의 규정내용과 대립되지 않기 때문이다.

3. 일반적인 행정절차법의 규정특성과 행위형식

이러한 판결은 문헌에 받아들여져서도 계속 논의되었다. 이 경우 -임시성을 결정하는- 불확실한 상황이 특징적인 자질로 간주된다. 하지만 부분적으로는 임시 조치들의 기본적인 규정내용 역시 의심스러워진다. 이러한 점에서 이러한 종류의 국가적인 작용의 직접적인 법효과(Rechtswirkung)에 대한 의문이 제기된다. 그러나 이에 대해서 임시 규정은 구속력과 관련되지 않는다는 결정적인 주장으로써 반론이 제기되었다. 달리 말하자면: 임시성은 자동적으로 구속력이 없다는 것을 의미하지는 않는다. 따라서 근본적으로 임시 행정행위들에도 직접적인 법의 효과가 존재한다. 임시 행정행위들은 그런 경우 최종적인 행정행위에서 유효하다고 확인될 수 있거나 또는 상대화될 수 있다.

따라서 임시 행정행위의 경우에 있어서 특징적인 것은, 전체 대상이 나중의 최종적인 결정의 유보 하에 있다는 점이다. 행정행위의 유연성과 신속성에 대한 필요성이 신속하면서도 효과적인 규정으로 이어진다는 점에서, 규정에 따라 법적으로 준비된 결정과정이 구체적인 상황에 적합하지 않다고 여겨진다면, 이 행정도구가 적용된다. 적법성을 검증할 수 있으려면, 해당관청에 의해 규정에 따라, VwVfG 24조에 근거를 두고 있는 분석의 기본원칙과 관련해서 행정행위의 의도적인 발령에 앞서 법적인 전제조건들을 현실화하고, 이를 위해 필요한 상황(Sachverhalt)을 조사할 것이 요구된다. 신속한 규정에 대한 근거들은 특히 아직 불확실한 상황이지만, 아직 불분명한 법적 상태일 수도 있다. 그럼에도 불구하고 관청의 시각에서 본다면 -비록 임시적이기는 하지만 - 어떤 규정에 대한 필요성이 생겨난다. 이러한 규정청구권은 그러나 시간적인 관점에서 제한된다. 이렇게 제한된 기간 동안에 수용자들에게는 법적지위가 보장된다. 이 법적지위는 그러나 임시성을 포괄하는 기간이 지남에 따라 종료된다. 만일 이에 이어서 최종적인 규

정이 생긴다면, 취소 또는 철회에 관한 규정들의 이용은 요구되지 않는데, 왜냐하면 임시규정은 최종적인 결정과 함께 종료되며, 이로 인해서 대상이 없게 되기 때문이다. 이러한 중지규정의 제외는 임시 행정행위의 주된 장점으로 설명된다. 이는 관청의 경우나 관계자의 경우에도 이득이 된다. 관청은, VwVfG 48조 2항 - 4항에 따른 신뢰관점과 예를 들어 VwVfG 49a조 2항에 따른 손실에 대한 항의를 고려해야 할 의무를 가지지 않는다. 관련자는, 필요성이 있는 한, 가령 실제적인 그리고 법적인 전제조건들에 대한 포괄적이면서도 최종적인 검증이 선행되지 않고도, 급부행정의 영역에서 급부를 요구할 수 있다, 임시 행정행위는 이를 겨냥하고 있다. 이러한 종류의 행정행위에서는 결과적으로 국가의 조치들이 문제가 되고 있는데, 이 국가적 조치들에는 VwVfG 48조, 49조에서 의미하는 신뢰보호생성의 회피가 내재해 있다. 규정의 내용이 시간상으로 제한되고, 이러한 점에서 행정행위가 임시적인 것으로 특징지워질 수 있기는 하지만, 그러나 이로 인해 행정행위로서의 그 법적 성질이 변하지는 않는다. 이러한 점에서 이른바 임시 행정행위는 전통적인 이해에 따른 행정행위이다. 제한된 시간상의 효력과 관련하여 문제가 되는 것은, VwVfG 43조 2항에 의거하여 그 밖의 방식으로 종결되는 행정행위이다.

그러나 이로부터 결국 여전히 이러한 종류의 행정행위들이 근본적으로 허용되는지에 관한 진술은 얻어지지 않았다. 그러나 만일 국가적 임시 규정이 실질적으로 허용된다는 점을 분석해 본다면, VwVfG는 원칙적으로 시간상으로 제약된 규정들을 허용하고 있는 것에서 출발하는 것으로 보인다. 이는 VwVfG 36조 2항 1호와 2호의 규정들에 의해 유효한 것으로 확인된다. 이 경우 해당되는 규정의 종결은 추가적인 전제조건들 없이 시작된다. 임시 행정행위를 VwVfG 36조 2항 3호에서 말하는 철회유보를 이용한 행정행위로서 이해하고자 시도한다면, 이는 실패로 돌아가게 된다. 이 경우 중요한 것은, 철회가 단지 미래에만 이루어질 수 있다는 점 그리고 갱신된 규정이 무조건 생기지는 않는다는 점이다. 그러나 만일 진행과정에서 어떠한 새로운 규정도 요구할 수 없는 상황이 생긴다면, 철회유보를 이용한 행정행위는 유지된다. 그러나 특정 대상에 대한 임시 규정은 - 수정이 되든 아니면 유효하다고 확인이 되든 간에 - 아직 최종적으로 결정되어야 할 필요성을 의미한다. 이는 결정적인 차이를 보여주는 것이며, 동시에 아직 다음에서 수정되거

나 유효한 것으로 확인되어질 이러한 결정에 임시 규정의 종결이 포함되어 있다. 이 때문에 법체계적인 시각에서 보면 VwVfG 43조 2항에 따른 그 밖의 방식에서의 종결이 중요하다. 이러한 한에서 내용상의 검사가 종결에도 영향을 주는데, 검사를 할 때는 임시 행정행위를 최종적인 행정행위가 대리하게 된다.

이는 일단, 임시 행정행위를 전통적인 이해에 따른 행정행위로 파악하는 것이 한층 더 유효한 것으로 확인된다. TKG 78조에서의 분명한 권한과 관련하여 이것은, 임시성을 특징적인 자질로 이해한다는 것을 의미한다. 이 경우 전형적인 국가의 행위형식으로써의 행정행위의 체계화에서 벗어나지 않아야 한다.

이는 행정법상으로 판단되어야 할 대상에 관한 임시적인, 즉 시간상으로 한정된 국가의 규정들에 대한 VwVfG 36조 2항 1호와 2호에 포함되어있는 근본적인 허가를 통하여 유효한 것으로 확인된다. 게다가 전체 행정절차법에 영향을 미치는 VwVfG 10조 2문의 규정은 결정적인 방향을 확정하고 있다. 이 규정 안에 포함된 단순한 그리고 효과적인 절차실행의 기본원칙은, 임시 규정을 정할 법적인 가능성이 허락될 수 있다는 점을 암시하는 것으로 보인다. 이러한 점에서 임시 명령은 절차를 종결하는 최종적인 결정에 대한 보장기능도 충족시킨다. 이 역시 제한된 규정청구권을 가지는 국가 작용의 원칙적인 가능성을 찬성하는 주장으로 평가될 수도 있다. 이러한 점에서 임시성은 규정 자체를 더 이상 고려하지 않도록 하거나 또는 규정을 약화시키지 않으며, 따라서 부관(Nebenbestimmung)이 아니라 주요구성요건이다. 임시 행정행위는 이 때문에 행정행위의 법적 속성(Rechtsqualität)을 가진다. 이러한 규정들의 수신인들에게 보호할 가치가 있는 신뢰를 승인하지 않는 점이 중요한 동인으로 이해할 수 있다. 이러한 신뢰는 보통 행정행위의 구성요인과 결합된다. 그러나 소위 임시 행정행위는 따라서 특수한(sui generis) 행정행위가 아니라, VwVfG 43조 2항에서 그 종결을 모색하는 VwVfG 35조에 따른 행정행위이다.

임시 행정행위를 원칙적으로 행정행위로서 분류하는 것은 그러나 아직 - 명백한 규정이 결여된 경우에 - 권한부여의 근본토대에 적용되는 요구사항들을 결정하는 것에 관한 해결 방법을 제시하지 않는다. 이는 판결에서 그리고 문헌에서 서

로 상이하게 판단된다. 이에 대한 이유는 바로, 권한부여의 기본토대에 대한 전제 조건들이 발령 시점에 아직 존재하지 않는다는 사실에 있다. 그러나 - 수용자들에게 불리한 효과를 가지는 - 권한부여규범 없는 모든 임시 규정들의 불허가와 관련하여서는 광범위한 합의가 형성되어 있다. 그렇지 않으면 이는 보통 법률 유보의 기본원칙에 위반됨을 의미하게 될 것이다. 이를 본질적인 요소로 인정함으로써, 개개인의 권리영역에 대한 행정의 개입은 법적인 기본토대에 구속된다. 분명한 권한부여가 없는 임시 행정행위의 허용에 관한 문제는 따라서 우선 불리한 것으로 분류되지 않아야 하는 국가의 조치들과 관련된다.

TKG 78조에 따른 임시 명령의 경우에는 그러나 이것이 계속 영향을 미치지 않는다. 권한부여의 기본토대에 있어서의 근본적인 요구사항에 관한 이러한 문제는 이 경우 해결되지 않은 채로 남을 수 있는데, 이는 정보통신법의 경우 TKG 78조에서, 주요사안의 결정까지는 임시 명령들을 내릴 수 있다는 점을 분명히 하고 있기 때문이다. 따라서 행정행위를 통한 임시 규정들은 TKG 78조에 포함되어 있는 권한부여의 기본토대와 관련하여 허용될 수 있다. 이로부터 불리한 행정행위들이 제외되지는 않는다. 이러한 임시 규정들은 단지 주요사안이 결정될 때 까지만 적용되며, 따라서 시간상으로 한정되어 있다. 따라서 행정행위로서의 임시 명령에서 나타나는 규정은 단지 임시적인 성질을 가진다. 이와 관련해서 TKG 78조에 의해 뒷받침되고 있는 조치들은 임시 행정행위들로 설명된다. 이러한 점에서 확인 가능한 사항은, 행정법의 다른 영역에서도 마찬가지로 존재하고 있는 이러한 도구가 규제 행정의 영역에서도 관철되었다는 점이다. TKG 78조에 따른 임시 명령의 시간적으로 한정된 규정효과는 따라서 규제 행정작용의 유연화(Flexibilisierung)로 이어지는데, 왜냐하면 이미 주요사안에 대한 결정이 내려지기 전에도 규제를 하면서 개입할 수 있기 때문이다. 이 안에 포함되어 있는 관청 작용의 촉진은 관청 작용의 효과상승으로 이어진다. 이는 우선 정보통신영역의 특별함과 이를 통하여 근거가 마련된 신속하면서도 효과적인 국가적 관여의 필요성을 훨씬 더 강조한다.

IV. 발령의 전제조건들

TKG 78조가 절차규정에서의 그 체계적인 위치에도 불구하고 실질적인 내용을 가지는 규정이며, 임시 명령을 행정행위의 근본적으로 허용된 작용형식으로 간주될 수 있다고 설명됨에 따라, 결정위원회를 통한 임시 명령의 발령으로 이어지는 전제조건들이 규정되어야 한다.

GWB 60조와는 달리 입법기관은 임시 명령에 대한 허용을 몇몇 경우들에만 국한하지 않는다. 이는 우선 귀납적으로 추론해보면, 연방카르텔청의 결정분과에 비하여 규제와 관련하여 규제관청의 결정위원회에 더 높은 수준의 유연성을 주게 되는 결과를 초래한다. 이는 그러나 말 그대로 분명히 어떠한 명백한 지침들도만 들어지지 않았다는 문제를 야기시키게 된다.

1. 형식상의 적법성

a. 관할

임시 명령을 발령할 권한은 규제관청 내에서 TKG 78조의 원문표현에 따라 결정위원회에 지정되어있다. 정보통신 영역에서의 규제에 대한 결정위원회의 관할은 TKG 73조 1항에서 생겨나며, 동시에 그 안에 언급되어있는 영역으로만 한정된다. 이러한 이유에서 전권을 가진 경우는 존재하지 않는다. 임시 명령의 절차대상들은 따라서 TKG 11조와 19조, 해당 규정들을 포함하는 TKG 3부와 4부 및 TKG 47조 5항 2문의 경우들만으로 이루어진다.

b. 절차법상의 시각에서 본 주요사안에 대한 관계

TKG 78조에 따른 임시 명령은, TKG 73조에 따른 주요사안에 대한 결정과 마찬가지로, VwVfG 35조에서 의미하는 행정행위이다. 그러나 이 국가적인 조치들 서로간의 관계는 불확실하다. 따라서 임시 명령의 발령에 있어서 주요사안에 이미 종속되어있는 절차가 그 전제조건인지 그리고 이러한 점에서 의존성이 존재하는지의 여부가 의문시된다. 이에 관한 견해들은 서로 엇갈린다. Weber/Rommersbach와 Kerkhoff는, 결정위원회 앞에서 주요사안절차는 이미 의존적임이 분명하다고 가정한다. Gramlich의 경우에도 역시 주요사안절차의 도입

(Einleitung)은 임시 명령의 발령을 위한 형식적인 전제조건이다. Hummel은 이를 TKG 78조의 입장에서부터 그리고 “최종적인 결정까지”라는 원문표현으로부터 추론해내고 있다. Mayen은 이에 반하는 입장을 보이는데, 임시 명령의 의존성을 단지 주요사안절차의 종결과 관련해서만 요구하며, 이 두 절차의 독립성을 강조한다.

주요사안절차에 대한 임시 명령의 관계에 관한 문제에 대답하기 위해서는 우선, 서로를 각각 분리하여 관찰해야 될 절차로 취급해야 한다는 점이 확인되어야 하는데, 왜냐하면 실질적으로 임시 명령에서도 규정이 정해지기 때문이다. 만일 카르텔법을 관찰해 본다면, 특히 K. Schmidt와 Schultz에 의해서 주장되었듯이, 임시 명령은 카르텔관청 앞에서의 주요사안에 이미 종속되어 있는 행정절차를 전제로 한다는 점이 제시된다.

의존적인 주요사안절차를 전제로 하고 있다는 문헌의 해당부분이 동의를 얻을 수 있다는 점은, 신청절차에서 분명해진다. 이 견해는 TKG에도 전용될 수 있는데, 왜냐하면 가령 TKG 28조 2항에 따른 비용규제에 관한 신청의 경우처럼, 주요사안의 절차시작이 신청에 의존하고 있는 경우들에서 관청은 신청 없이는 당연히 개입할 수 없기 때문이다. 그럼에도 불구하고 만일 이제 임시 명령의 발령이 고려된다면, 신청이 없다는 것과 관련해서 이를 허용하지 않는 실제적인 차단 효과(Sperrwirkung)가 발생한다. 그 때문에 신청 없이 임시 명령의 발령으로 귀결될 수 있는 상황은 이루어질 수 없다. 이를 고려한다는 것은, 주요사안절차와 임시 명령을 서로 완전히 독립적인 것으로 생각할 수 없다는 것을 의미한다. 이러한 점에서 주요사안절차와 임시 명령의 발령을 위한 절차는 서로 분리된 두 개의 절차로 설명된다. 그러나 근본적으로 임시 명령의 발령을 위한 절차는 주요사안에 의존하고 있다. 따라서 고정된 종속성은 존재하지 않지만, 어느 정도의 종속성은 존재한다.

중요한 절차법상의 결과를 주목해 본다면, 이 두 절차 서로간의 관계는 또 다른 의미를 가진다. 확인된 어느 정도의 종속성은, 갱신된 소환이 더 이상 필요하지 않다는 것을 의미한다. VwGO에 따라 이루어진 소환의 경우, 주요사안절차의 참여자들은 자신들의 참여자입장에서 역시 긴급절차의 참여자이기도 하다. 이는

카르텔법의 경우에 주장되는 견해와도 일치하며, 따라서 결정위원회절차에도 전용될 수 있다. 주요사안에서 이루어지는 소환은 따라서 긴급절차에 충분히 영향을 미친다.

c. 시간적인 관점에서의 적용

TKG 78조의 원문표현에 따라, 주요사안에서 최종적이 결정이 내려지기까지 임시 명령이 내려질 수 있다. 주요사안에서의 결정은 TKG 79조에서 말하는 절차의 종결이다. 문제가 되는 것은, 이러한 “최종적인 결정까지”라는 특징이 어떻게 이해될 수 있는가 하는 점이다. 이미 확인되었듯이, 주요사안의 결정은 임시 명령을 대신한다. 이에 대해 적용되는 시점이 결정되어야 한다. 따라서, 예를 들어 해당 결정의 고지와 더불어 선포된 임시 명령은 대상이 없게 된다고 설명할 수 있다. 그러나 동시에 결정의 개념을 확대해서 해석하고, 결정의 고지 대신에 그 존속력을 기준으로 고려하는 것도 생각할 수 있다. 이에 따르면 임시 명령은 행정행위의 존속력이 나타날 때까지 내려질 수 있을 것이다. 임시 명령은 따라서 시간적인 관점에서 보면, 주요사안에서의 결정과 함께 그리고 그 이후에도 공식적으로 발표될 수 있을 것이다.

그러나 넓은 개념이해와 존속력에 관한 고려에 반대하여 의심이 존재한다. 주요사안에서의 결정위원회의 결정에 항의하여 직접 가능한 소송들은 TKG 80조 2항에 따라 유예 효과를 가지지는 않는데, 이는 결정위원회절차의 의미를 상승시키며, 이러한 절차가 입법기관에 의해 전제된 것 보다 한층 더 높은 정당성을 보장하고 있음을 예상할 수 있도록 해준다. 그럼에도 불구하고 유예 효과가 존재한다는 것은, 단지 한 경우에서만 고려될 수 있다. 제소된 법정은 VwGO 80조 5항 1문에 의거하여 유예 효과를 명령할 수 있다. 그러나 유예 효과가 법적인 명령에 근거하여 존재하지는 않기 때문에, 이는 사익을 능가하는 공익이 존재한다는 점에 대한 예상으로써 원용될 수 있다. 이 때문에 단지, 보다 특별한 이유에서 사익이 공익을 능가하는 경우에만 연기가 가능하다. VwGO 80조 4항에 따라 근본적으로 관청에 의해 이용될 수 있도록 제공된 - 실행을 연기시킬 수 있는 - 가능성은,

규제관청의 임시 명령의 경우 독자적인 의미를 가지지는 않는데, TKG 78조의 목표는 신속하면서도 유연한 행정행위를 가능하도록 하는 것이기 때문이다. VwGO 80조 4항과 관련하여 그 실행(Vollziehung)이 정지된 임시 명령은 그 의의를 완전히 잃는다. 따라서 유예 효과를 얻을 가능성은 제한적이다.

그러나 만일 이제 최종적인 결정이 존속력을 얻게 될 때까지를 의미한다고 가정한다면, 상황에 따라서는 고지는 되었으나 아직은 존속력을 가지지 않는 주요사안결정에 이어 임시 명령이 나타나게 되는 경우도 가능하다. 근본적으로 이에 찬성해서는 규제에 대한 포괄적인 가능성에 관련된 이해관계가 언급되는 반면에, 이에 반대하여서는 특히 결국 두 가지의 측면, 즉 관청과 법원이 거의 동시에 규제대상을 다루게 될 수 있다는 점이 언급된다. 이는 특정한 참여자가 이미 관할 행정법원에 의뢰를 한 경우일 것이다. 법원은 VwGO 123조에 의거하여 임시 명령을 발령할 수 있기 때문에, 결정위원회에 대해 이러한 권한부여를 허가할 실제적인 필요성은 존재하지 않는다. 게다가 이 같은 이해는 특히 중복의 위험과 명백함에 대한 있을지도 모르는 모순 때문에 거부될 수 있다. 그러므로 최종적인 결정에 대한 개념쌍은 고지를 의미하는 것이지, 존속력을 의미하는 것은 아니다.

d. 절차법상의 요구사항들

TKG 73조-79조는 임시 명령을 발령하기 위한 절차법상의 지침들을 포함하고 있지 않다. 이에 따라 만일 임시 명령의 발령을 위한 절차에 윤곽을 부여하는 방법들이 탐구된다면, 우선은 긴급필요성의 본질적 특성이 고려될 수 있다. 이는 임시 절차규정들을 제한한다. 따라서 신속하면서도 효과적인 임시 규정의 목표에 부응하기 위해서는, 이를 무력하게 만들기에 적합한 절차요구사항들이 제시되지 않을 수 있거나 내지는 오히려 제한적으로 적용되어져야만 한다.

따라서 긴급필요성에 모순되지 않는 한, 주요사안절차를 임시 명령들과 절차대상적으로 비교할 수 있는 가능성과 관련하여 주요사안절차에 적용되는 절차규칙들을 이용할 수 있다. 이 경우 예를 들어 긴급필요성은, 조연자의 협력에 시간상으로 연장된 기간을 주는 것을 배제한다.

그 밖에도 예를 들자면 구술 심의에서는, 긴급필요성이 절차요구사항의 특색을

나타내기 위한 결정적인 동인이라는 점이 제시될 수 있다. 따라서 의문스러운 점은, 구술 심의가 임시 명령의 발령을 위해 필요한지의 여부이다. TKG 75조 3항 1문은 단지, 결정위원회는 구술 심의를 근거로 결정한다고 규정하고 있다. 이것이 전적으로 주요사안절차에만 관련되는지는, 해당 조항에서 추측될 수 없다. TKG 78조에 따른 절차에 대한 분명한 적용은 그 조항 안에 포함되어 있지 않다. 구술 심의의 실시에 반대해서 우선, 이 구술 심의가 필연적으로 시간상의 지체로 이어질 수 있으며, 또한 신속한 규제의 이해관계에 맞지 않는다는 이의가 제기될 수 있다. 이에 반하여 구술 심의의 실행에 대해서, 이러한 실행이 법적 공청의 보장과 관련해서 기초적인 법치주의의 효과를 나타낸다고 하는 긍정적인 면도 언급된다. 게다가 그 의미는 이러한 점에서 분쟁해결을 촉진하는 분명한 요인에 있으며, 그러므로 분쟁을 조정하는 기능을 한다. 만일 VwGO 123조에 따른 절차에 주목해본다면, 법적인 공청의 보장은 해당 사안이 특히 긴급을 요하는 경우에도 분명히 존재한다는 점이 제시된다. 이 경우 구술 심의가 없이도 결정될 수 있지만(ZPO 921조 1항을 대신하는 VwGO 123조 3항), 만일 사안의 상태와 분쟁의 상황에 대한 직접적인 논의와 해명이 필요하다면, 논의기간의 날짜를 정하게 된다. 그 신속한 회의날짜 정하기와 논의는, 해당 절차를 불합리하게 지연시키지 않고, 그 해명에 도움을 줄 수 있게 된다.

그러나 이 주장이 전적으로 특정 방향을 받아들이게 하고 이와 결부되어 다른 방향을 거부하도록 할 수는 없다. 이는 긴급필요성을 배경으로 제시된다. 이 긴급필요성은 임시 규정에 대한 유연하면서도 신속한 가능성을 요구한다. 그 때문에 가령 구술 심의가 실행되는지의 개별적인 문제가 남는다. VwGO 123조 3항을 규칙에 맞게 유추 적용하는 것은 고려되지 않는데, 왜냐하면 이는 행정절차와 행정소송간의 경계를 너무 심하게 혼합시키기 때문이다. 따라서 확인할 수 있는 것은, 구술 심의가 이러한 맥락에서 분명하게 요구될 수는 없다는 점이다. 그러나 만일 법적 공청의 보장이 부각된다면 그리고 아울러 긴급필요성의 정도가 이에 모순되지 않는다면, 구술 심의의 실행은 배제되지 않는다. 이에 대한 판단은 VwGO 123조 3항의 유보적인 유추 적용에서 추측할 수 있다. 긴급필요성에도 불구하고 구술 심의가 실행되지 않을 경우에는 규정에 따라 참여자들의 청문이 요구된다. 입장표

명의 기한이 짧은 경우에만 긴급필요성에 해당된다.

형식상의 적법성을 검증하는 것은 결국 행정행위들의 정확성에 대한 절차법적인 판단을 특징으로 가진다. VwVfG 37조 1항은 행정행위에 대해 내용상으로 충분한 정확성을 요구한다. 그러므로 행정행위들은, 이를 통해서 제약된 수용자들을 위한 조치들이 미리 고려될 수 있을 정도로 파악되어야 한다. 이러한 방식으로 행정의 적법성 원칙이 구체화된다. 따라서 법적안전을 달성하기 위한 정확성에 대한 요구사항은 법치주의원칙의 결과로 설명된다. 그 출발점은, 단지 충분히 확인된 행정행위를 통해서만 개체화기능과 해명기능이 충족될 수 있다는 점이다. 이 때 어떤 구체화요구사항들이 구체적인 경우에 적용되는지는, 행정행위의 규범적인 지침들에서 형성되어 나온다. 그 분명함의 정도는 그 전문분야와 변화될 수 있는 실질법의 특이성에 따라 그리고 그 법이 발령되는 구체적인 경우에 있어서의 조치 방식과 상황에 따라 정해진다. 이는, 임시성에 의해 한정되고 있는 임시 명령에 대한 규정과 관련해서, 임시적인 효력특성 역시 분명하게 표현되어야 함을 의미한다. 그러나, 행정행위에서만 그 임시성이 강조되는 것만으로는 충분하지 않으며, 추가적으로 아직은 해결되지 않았으므로 해명을 필요로 하는 내지는 그 결과를 통해서 종결(Beendigung)이 이루어지게 되는 관점이 인정될 수 있어야 한다. 필요한 정확함의 정도는 따라서 시간상으로 제한된 규정기간에 대한 토대를 분명하게 언급함으로써 달성된다.

2. 실질적인 적법성

실질적인 관점에서조차 역시 TKG 78조에는, 임시 명령의 발령에 대하여 어떤 전제조건들이 요구되는지에 대한 지침들이 포함되어 있지 않다. 단지 임시 명령의 내용이 주요사안에서 나중의 결정에 따른 내용을 능가할 수는 없으며, 마찬가지로 분석의 기본원칙이 적용된다는 것만이 확인된다. 긴급필요성이 중시되기는 하지만, 이 때문에 사실확정(Tatsachenfeststellung)의 경우가 단순한 종속성에 의해 뒷받침될 수는 없다. 권리구제가가능성 역시 상황조사를 등한시할 정도로 충분한 이유는 아니다.

그 때문에 실질적인 전제조건들이 형성될 수 있기 위해서는, 카르텔법 또는 행정소송으로부터 도출된 이에 해당하는 규정들이 어느 정도까지 고려되어야 하는지가 분석되어야 한다.

a. VwGO 123조의 원용

실질적인 결정의 전제조건들의 표현되지 않음(Nichtformulierung)에 대응하기 위해서 그리고 이 전제조건들을 확정하기 위하여, 일부 문헌들에 의해, VwGO 123조를 원용하여 공백을 채우는 일이 시도되었다.

Hummel은 VwGO 123조 1항의 규정명령과 보장명령 간의 구별을 TKG 78조에 전용한다. 그러나 명령의 청구와 명령의 근거에 대한 전제조건들과 관련해서는, 명령청구 대신에 TKG 73조에 열거된 영역들에 대하여 특정한 행정행위를 발령할 수 있는 규제관청의 권한이 중요시되는 정도로 수정이 이루어지게 된다.

VwGO 123조와의 연관을 분명하게 언급하지는 않지만, Spoerr의 경우에는 그와 관련된 결과가 유추될 수 있다. 포괄적인 이익교량을 통해서, 임시 명령의 선포에서 얻을 수 있는 이익들이 더 우위에 있는지가 검증되어야 할 것이다. 이 경우 신청자나 다른 실질적 관련자들의 사익과 효과적인 규제를 통해서 얻어지는 공익 및 시장의 상태가 서로 대립하고 있다. Spoerr의 경우 그러나 본질적으로 불리한 사항들을 적용하는 것은 발령에 있어서 중요하지 않다. Gramlich는 이를 넘어서 VwGO 123조와의 유사성을 강조한다. 임시 명령을 선포하기 위해서, 최소한 중대한 불이익들을 방지하려면, 공익에서나 또는 한명의 참여자 내지 여러 명의 참여자들의 -공익을 능가하는- 이익에 있어서 이 명령이 필요해야만 한다. Kerkhoff의 경우 역시 VwGO 123조의 이용을 고려한다. 이 법조항은 명령의 청구와 명령의 근거가 있어야 함을 요구하는데, 그러나 이 경우 TKG 80조 2항과 관련해서 실행되어질 이익교량에 대한 요구사항들이 강화된다. Kerkhoff는 TKG 78조를, 단지 특별한 경우들에서만 그리고 특별한 근거가 있을 때에만 임시 명령을 선포하도록 해 주는 규정으로 이해한다. Weber/Rommersbach 역시 발령을 위한 특별한 정당성(Rechtfertigung)을 찾아내려는 상황으로부터 그리고 실질적인 발령조건들을 거론하지 않는 것으로부터 VwGO 123조 1항의 준용을 추론해내고

그리고 이 준용을 이러한 점에서 마찬가지로 명령의 근거와 명령의 청구에 대한 전제조건에 연결한다.

b. GwB 65조의 원용

카르텔법의 영역에서도 유사한 구체화의 문제가 발생하지만, 이 영역에서의 임시 명령의 발령은 GWB 60조에 언급된 경우들로 제한된다. 임시 명령이 심각하게 기업의 활동(행위 Tätigkeit)을 침해할 수도 있다는 이유를 제시하여, 이러한 발령이 근본적으로 단지 예외적인 경우에만 허용된 것으로 인정된다. 카르텔법상의 관례에서는 전제조건들을 확정하기 위해 GWB 65조에 의거한 즉각적 실행에 대한 요구사항들이 참작되었으며, 즉각적인 성취와 관련해서 이를 위해 실행되어야 할 이익교량은 임시 명령의 발령에 전용되어진다. 이 문헌은 이러한 점을 받아들이고 있는 있으나, 이익교량이 보다 엄격한 기준에 의해 처리되어야 한다고 요구하고 있는데, 왜냐하면 중요한 것은 존재하고 있는 주요사안결정의 즉각적인 성취가 아니라, 주요사안 앞에 놓여있는 결정이기 때문이다, 따라서 임시 명령은, 이러한 선포가 공익이나 참여자의 중요한 이익에 있어서 보다 더 중대하거나 혹은 최소한 더 본질적인 불이익들을 방지하기 위해서 필요해야만 함을 전제로 하고 있다.

c. 임시 행정행위에 대한 이유제시요구

Mayen은 VwGO 123조의 원용에 대해 의심을 품고, 다른 단서를 선호한다. 임시 명령에서는 임시 행정행위가 문제가 된다는 확인의 결과로, 그 단서의 경우에는 GWB 65조를 원용할 필요성과 VwGO 123조를 유추 적용할 필요성이 제시되어있지 않다. Mayen에게 있어 임시 행정행위는 실질적으로 특별한 공익과 중요한 사익을 통한 특별한 정당성을 전제로 하는데, Mayen은 이러한 정당성이 행정절차법에서도 요구되는 것으로 이해한다. 따라서 임시 행정행위는 이러한 이유제시의 엄격함과 관련해서 예외로 취급될 수 있다. 이익교량으로 인하여 GWB 또는 VwGO에 대한 새로운 해석은 필요하지 않다. 중요한 것은 단지 이익교량 뿐으로, 이익교량을 할 때에는 주요사안절차의 예측가능한 결말에 유의해야 하며, 돌이킬

수 없는 상황이 만들어지지 않아야 한다. 공익과 사익을 교량할 때에는 구체적인 경우를 중심으로 처리해야 한다. 이 경우, 임시 명령이 일반의 이익이나 확실하지 않은 수의 정보통신서비스 제공자들 또는 정보통신서비스 이용자들의 이익에 있다면, 공익이 존재한다고 고려될 수 있다. 이에 반해 사익의 경우에는 절차 참여자들의 이익뿐만 아니라, 한 사람의 개인이나 확정된 수의 사람들로 존재할 수 있는 제 3자의 이익도 포함된다. 또한 임시 명령의 발령은 필요성과 적합성의 전제 조건들과 연관되며, 이러한 점에서 비례적이어야만 한다.

d. 결론

GWB 65조의 적용에 반대하여 의구심이 존재하는데, 이는 이 경우 즉각적인 실행의 명령에 대한 전제조건들이 중요하기 때문으로, 이 조건들은 절차를 종결하는 처분과 결합되어 있다. 이는 TKG에 전용될 수 없는데, 왜냐하면 TKG 78조에 의거한 임시 명령에는 주요사안에 대한 결정이 뒤따르기 때문이다. 따라서 절차를 종결하는 처리와의 결합은 임시 명령을 발령하기 위한 실질적인 전제조건들을 정하는 것에 역행한다. 게다가 GWB 65조 역시 그 근거가 더 넓다는 이유에서 TKG 73조 이하의 절차규정들에 삽입되지 않는다. TKG 80조 2항에 의거한 규제관청의 결정들에 항의하는 소송에는 유예 효과가 없기 때문에 다른 단서가 선택되었다. 이 단서의 특성은 규제관청의 결정의 즉각적인 실행가능성이 이에 반대되는 관련자들의 이익에 비하여 근본적으로 우세하다는 평가에 있다. 따라서 GWB 65조의 법사상의 전용은 TKG 80조 2항으로부터 도출된 예상에 맞지 않는다. 그러므로 GWB 65조의 적용은 고려되지 않는다.

그러나 VwGO 123조에 대한 직접적인 유추 역시 문제가 없지는 않은 것으로 보이는데, 왜냐하면 이 규범은 법정절차를 목표로 하고 있으며, 대부분 그 상황은 이미 시간적으로 앞서 있었던 관청의 판단의 대상이었다는 점과 연관되기 때문이다. 이는 고려해야 하는 검증특성을 드러낸다. 그 때문에 명령청구의 개념은 TKG 78조에 따른 임시 명령의 발령에 대한 전제조건들을 정하는 일에 이용될 수 없다. 이 규정은 TKG 2조 2항의 목적을 기준으로 하는데, 이 경우 주로 이용자의 이익이라는 목적을 기준으로 삼지, 우선적으로 제 3자의 요구실행을 기준으로 삼지는

않는다. 따라서 Hummel의 견해에 동의할 수 있으며, 명령청구가 아닌, TKG 73 조의 영역들에서도 임시 결정들을 통하여 규제하는 규제관청의 권한이 중시된다.

그럼에도 불구하고 의문시되는 점은, 근본적으로 설명될 수 있는 결합이 실제로 VwGO 123조를 이용하는 결과를 초래하는지의 여부이다. 이에 반해 한편에서는 VwGO 123조 그리고 다른 한편에서는 TKG 78조의 상이한 기능달성이 언급될 수 있다. VwGO 123조가 임시성을 특징으로 가지고 있으며, 법정절차를 근거로 형태가 형성되고, 이로써 GG 19조 4항을 기준으로 평가될 수 있는 반면에, TKG 78조의 경우에도 역시 임시성을 강조하는 규정이 문제가 되기는 하지만, 그러나 이 조항은 우선적으로는 행정도구이다. (임시) 행정행위로서 규격화(Typisierung)는 따라서, 이를 위해 존재하는 실질적 전제조건들이 TKG 78조 경우의 긴급필요성과 관련해서 유익할 수 있게 되는지의 문제를 제기한다. 임시 행정행위가 공식적으로 발표되는 사례형성방식들은 이질적인데, 예를 들어 규범의 목표나, 절차와 관련된 효과와 경제성에 있어서의 일반대중의 이익 또는 행정의 이익에 그 근거를 가질 수 있다. 사례형성방식들은 모두 우선적으로 불확실성을 특징으로 가지는데, 이 불확실성은 실제적인 이유에서이든 혹은 법적인 이유에서이든 간에, 신속한 규정에 대한 필요성으로 귀결된다. 아직 존재하고 있는 실제적인 혹은 법적인 불확실함을 통한 시간상으로 한정된 규정과 관련해서, 예외모델로서의 특성을 유지하는 것이 중요하다. 이 때문에 만일 임시성이 분명한 권한 부여를 허용하지 않는다면, 발령에 대한 보다 특별한 근거들이 필요하다. 이에 대한 견해들은 다양하지만, 이 경우에도 법률 유보가 적용된다는 점에 있어서는 합의가 이루어져 있다; 그러나 이로부터 이끌어내어진 결론들은 상이하다. 따라서 부분적으로, 행정행위의 발령을 위한 권한 부여로 표현되는 모든 규정들은 동시에 임시 행정행위를 발령할 수 있는 권한을 최소한으로(als minus) 포함하고 있다는 점이 인용된다. 이와 더불어 발령에 대한 권한부여는 특히 급부행정 영역에서의 판단결정과 관련되는데, 구속적인 행정행위와 제 3의 효과를 가지는 행정행위의 경우에는 거부되며, 더욱이 법률유보가 적용되지 않는 그리고 허용된 행정행위의 사용이 배제되지 않아야 할 경우들로만 국한된다.

그러나 TKG 78조가 분명한 권한 부여를 포함하고 있기 때문에, 이 단서들은

이러한 범위에서 더 자세하게 조사될 필요가 없다. 이는, TKG 78조에 의거한 임시 명령의 발령을 특별한 정당성 자체에 종속시키지 않을 것을 조건으로 한다. 만일 이 경우에서처럼 기본적인 발령권한이 존재한다면, 예외의 특성을 고려해야 하는 전제조건들은 그 대신에 임시 명령 자체를 조사해야 한다. 그 때문에 임시 규정들의 발령을 위한 특별한 정당성에 대해 Mayen에 의해서 설명된 단서를 따르게 될 수 없는데, 왜냐하면 이는 권한부여가 총체적으로 이론의 여지가 있는 것으로 설명된 경우들에 관련되기 때문이다. 따라서 TKG 78조 자체가 주목되어야 한다. 만일 최종적인 결정까지 기다려야 한다면, TKG 78조의 규정은 입법기관의 의사에 따라 불리한 전개가 피해지도록 해야 한다는 점에 반응해야 한다. 불리한 전개에 대한 입법기관의 고려는, 우려되고 있는 불리함을 저지해야 할 이유가 존재해야만 한다는 점으로 이끌어진다. 이는 TKG 80조 2항에 의거한 규제관청의 최종적인 결정에 대응하여 이루어지는 소송들이 규정에 따라 유예적 효과를 가지지 않으며, 따라서 이미 이러한 결정의 즉각적인 실행에 중대한 공익이 종속되어 있다는 점을 배경으로 강화된다. 임시 명령을 발령하기 위한 요구사항들은 이렇게 해서 강화된다. 따라서 이는 결코 VwVfG 10조의 의미에서의 충분하게, 신속하게 그리고 효과적으로 처리하기에는 그리고 해당 범조항 안에서 가능한 임시 규정의 허용된 실행(Vornahme)에 위임하기에는 불충분하다, 오히려 훨씬 더 신속한 국가 작용의 필요성이 받아들여진다. 이를 설명하는 특별한 상황에서 유지될 수 있는 예외특성이 실제적인 그리고 법적인 불확실함 때문에 함께 포함된다고 할지라도, 이 예외특성은 공익 또는 특정 관련자의 중요한 사익에서 중대한 불이익들이 방지되어야만 하고, 이를 위해서 임시 규정이 고려될 수 있을 때에만 유지된다.

이렇게 해서 VwGO 123조에 근접하게 된다. 이런 경우 이 규범이 준칙으로 이용되기는 하지만, 전제조건들을 보다 자세히 규정하기 위하여 유추를 필요로 하지는 않는다. VwGO 123조의 경우와 유사하게 그 내용과 초래된 영향을 이용하여 총체적인 검증에 대한 요구 효과와 긍정적으로 종결될 결정의 개연성이 평가될 수 있다. 그러므로 결정위원회는 단지 주요사안결정의 가능한 결과를 사정한 후에만 임시 명령을 발령할 수 있다. 따라서 그때마다의 구성요인적 특질들의 존재에 대한 높은 개연성이 인정되어야 한다. 그러나 모든 구성요인의 특질들을 남김없이

조사하려는 소정의 목표를 이루지는 못할 것이다. 이는, 가능한 발령이 항상 - 그
성질상 평가의 기준들을 통해서 보충되어지는 - 개별의문사항으로 설명된다는 것
을 분명하게 표현한다.

TKG 73조에 따른 규제대상들로부터 생겨난 요구권한과 더불어, 이익교량으로
부터 생겨난 요구의 근거를 요청하는 것 역시 이로부터 도출된 결과로써 표현된
다. 결정위원회가 총체적인 검증을 한 후에 이러한 결과에 도달한다면, 이는 임시
명령의 발령을 위한 상황으로 이어진다. 이 경우 총체적인 검증의 정확함과 효과
의 정도는 규정을 통해 드러난 개별경우에서의 조치의 중요성을 기준으로 삼는다.
다른 면에서는 임시 규정을 통해서 보장될 수 있는 제 3자의 권리에 주목해야 한
다. 발령으로 이어질 수 있는 상황에 대한 모든 검증은 이를 적당하게 조절해야
할 의무가 있다.

따라서 최종적인 규제결정과 비교하여 임시 명령에서는 규제에 따르는 행정행
위의 특별형식이 중요하다. 작용형식과 관련해서 중요한 것은 행정행위인데, 이
행정행위는 주요사안에 대한 결정과 더불어 종결되며, 이러한 점에서 시간상으로
제한된 규정을 포함한다. 따라서 실질적인 관점에서 보자면 임시 명령은 규제도구
로 묘사되는데, 이 규제도구는 시장의 상황과 시장작용방식에 대해 유연하면서도
효율적인 반응을 허가하고, 이러한 방식으로 보장기능을 실현한다. 이는 우선, 시
간제한에서 최종적인 신뢰의 관점의 형성에 대한 방해가 관찰되는 경우에, 훨씬
더 유효한 것으로 확인된다.

3. 주요사안의 선취금지

주요사안에 대한 선취의 허용에 관한 문제는 임시 명령의 전제조건들에 대한
검증과 관련해서 또 다른 중점이 된다. 먼저 언급되어야 하는 점은, 근본적으로
단지 임시 규정들만을 정한다는 것 그리고 통상적인 경우 주요사안에 앞질러 행
동할 수 없다는 것이 임시 명령의 본질과 목표에 해당한다는 것이다. 그럼에도 불
구하고 선취의 상황이 존재할 수 있다. 이 경우 선취에 관한 두 가지의 사례집단
이 구분될 수 있다. 즉 임시 선취와 최종 선취로 구분된다. 만일 신청과 소송의
목적이 동일하다면, 임시 선취가 언급된 것으로, 이 임시 선취는 임시 명령을 통

해서 선포될 수 있는 규정을 주요사안절차의 결말에 대한 완화된 제약하에 두고 있다. 임시선취의 본질적인 특징은 - 시간상의 관점에서 제한되어 있기는 하지만, 일종의 선취를 의미하는- 법적 지위의 마련인데. 왜냐하면 신청자는 마치 자신이 주요사안에서 승리를 한 듯 한 형식으로 법적 입장(Stellung)을 유지하고 있기 때문이다. 이에 반해 만일 명령신청과 소송신청이 일치하고 있으며, 발령된 규정이 소송절차의 결과에 대한 유보하에 있지 않다면, 최종적인 선취에서 출발하게 된다.

이러한 구분은 임시 규정들의 허용에 영향을 미친다. 이에 관해서, 근본적으로는 단지 임시적 선취만이 허용된 것으로 인정되며, 이에 반해 최종적인 선취는 단지 예외적 경우들에서만 허용된 것으로 인정된다는 점이 중요하다. 그러나 임시적 선취의 경우에서조차도, 선취금지의 침해가 통상적인 경우가 될 수는 없다는 점이 요구되어야 한다.

최종적인 선취를 허용하게 해주는 전제조건들은 임시적인 선취에 대한 전제조건들을 넘어선다. 우선 임시 규정들에 관한 이 두 유형의 경우에, 주요사안절차가 대기중 이라면, 추정하기 어려운, 다른 방법으로는 저지될 수 없는 불이익들이 발생하게 된다는 점이 전제되어야 한다. 이는 선취상황의 예외적인 특성을 강조하는 것이다. 최종적인 선취의 경우에는 그 밖에도, 이러한 선취가 제안된 권리구제의 유일한 가능성일 뿐만 아니라, 상당한 수준의 성공전망이 확인될 수 있어야만 함을 전제조건으로 한다. 이에 반해 임시적인 선취의 경우에는, 주요사안에 대한 상당한 성공전망들이 존재하는 것만으로도 충분하다.

임시 명령의 임시성의 본질이 부각된다면, 설명된 지침들은 결정위원회절차에 전용될 수 있다. 임시 명령은 주요사안의 절차목적에 보장하는 데에 도움이 된다. 따라서 선취의 기준은 신청자의 절차목적에 대한 훨씬 더 추정하기 어려운 그리고 다른 방식으로는 예방될 수 없는 불이익들의 생성이다. 즉, 예측불가능성검증에 따라 허용된 예외경우들이 존재하는지에 상관없이, 근본적으로 주요사안은 선취될 수 없다.

D. 요약과 결론

I. 절차조직법

TKG 73조 이하에 포함된 절차법이 어떻게 일반 행정절차법의 체계에 삽입될 수 있는지의 문제에 관한 TKG 73조 이하의 분석 결과로, 결정위원회는 넓은 의미에서의 형식적인 행정절차로 분류된다. 절차형성의 형식상의 요소들은 부분적으로는 VwVfG 63조 이하의 요소들을 능가한다. 이러한 한에서 결정위원회절차들은 VwVfG에서 의미하는 형식적인 행정절차에 비하여 훨씬 더 법률형식을 가지는 것으로 구상화되어 있다.

II. 절차의 구조와 진행

규제절차에 대한 참여자의 범위는 일반 행정절차법에서와 카르텔청의 결정분과 앞에서의 절차에서보다 더 넓은데, 이는 그 전제조건들을 정하기 위해서는 전적으로 이해관계들이 고려되어야 하기 때문이다. 결정위원회절차는 매번 행정행위로 귀결된다: 다른 작용형식들은 가능하지 않다. 이러한 의미에서 결정에 이르기까지의 절차는 분석의 기본원칙의 적용을 특징으로 한다. 이러한 적용은 TKG 76조 2항에 포함되어있는 ZPO에 대한 참조지시를 확정하며, ZPO 404조 4항과 관련된 동적인 적용지시에서는 분석의 기본원칙에 대한 위반이 관찰될 수 있음을 조건으로 한다. TKG 76조 2항에서의 참조지시는 GWB 57조의 근본적으로 유사한 규정이나 VwVfG 65조와는 다르다. TKG 76조 이외에 결정위원회는 TKG 72조로부터의 권한부여를 이용할 수 있다. 투명하면서도 효율적인 절차형성은 TKG 75조 3항으로부터 도출된다. 이 법조항에 포함되어있는 공개주의와 구술주의의 준칙들은 결정위원회에 승인되어야 하는 조정 기능을 설명해준다.

결정위원회절차는 그 형성에 있어서 부분적으로 VwVfG 63조 이하에 따른 형식적인 행정절차와는 상당히 다르다. 따라서 결정위원회절차가 넓은 의미에서의 형식적인 행정절차에서 출발할 수 있는 것은 단지 VwVfG 63조 1항의 의미에서의 명령이 없기 때문만은 아니다. 이는 특별히 규정에 따른 공개 심의에서 제시된다. 이는 동시에 결정분과 앞에서의 절차에 대한 결정위원회절차의 본질적인 차이점들 가운데 하나를 표명하는 것이다. 이 절차에서는 참여자들의 범위가 더 좁을

뿐만 아니라, 절차구조 역시 서로 구분된다. 이는 공개주의와 구술주의에 대한 그때마다의 정의들에서 제시된다. 공개주의를 통한 심의의 개방성은 카르텔행정절차에서 GWB 19조, 25조 2항, 42조의 경우들로 제한된다. TKG 75조 3항과는 반대로 GWB 56조 3항은, 결정분과를 통해 결정되어야 하는 모든 경우에 구술 심의를 실행해야 한다는 의무를 포함하고 있지 않다.

결정을 내리는 과정에서 결정위원회절차의 법률형식성을 확정해주는 또 다른 특징은, 공개적인 구술 심의를 “토대로” 결정을 내려야 한다는 지침에 포함되어 있다. 이러한 방식으로 직접심리주의 요소가 절차에 삽입된다. 이는 한편에서는 TKG 75조 3항 자체로부터 도출되며, 이 밖에도 VwVfG 71조 2항을 이용하여 유추적으로 설명될 수 있다. 이로써 카르텔청들의 결정분과들의 절차들과 구분되어진다. 이 경우들에서 직접심리주의는 단지 GWB 19조, 42조의 절차대상들과 관련해서 이유가 제시될 수 있다. 그러나 일반 행정절차법과의 차이는 훨씬 더 분명해진다. 일반절차법에서 직접심리주의는 제한적이며, 단지 위원회들과 관련해서만 확인될 수 있다. 결정위원회절차는 이와는 다르다, 그러므로 예외경우라고 할 수 있다.

임시 명령을 발령할 수 있는 TKG 78조로부터의 권한부여는 실질적인 시각에서의 행정효율성을 상승시킨다. 이 도구는 행정행위의 행위형식과 일치한다. 이 행위형식과 관련해서 법률유사성은 임시 명령을 발령할 수 있는 가능성을 의미한다. 시간상으로 제한된 규정과 관련해서 이 행정행위는 개념적으로 임시 행정행위로 구체화된다. 임시행정행위는 주요사안결정의 발령을 통해서 종료된다. 이 때 문제가 되는 것은 VwVfG 43조 2항에 의거하여 그 밖의 방식으로 종료되는 경우들이다. 보다 더 자세한 발령조건들은 언급되지 않는다. 형식적인 관점에서 절차요구사항들은 임시 명령들의 내재적인 긴급필요성을 기준으로 삼는다. 실질적인 관점에서는 명령권한과 더불어 명령의 근거도 역시 필요하다. 이 경우 이익교량이 실행되어야 한다. 임시 명령은 따라서, 이 명령이 관계자들에게 있어서 심각한 불이익의 방지를 의미한다면, 고려될 수 있다. 이 때 주요사안을 선취하지 않는 것이 통상적인 경우로 간주된다. 이러한 방식으로 임시 규정의 예외적 성격이 인정

된다. 임시 규정의 발령에 포함되어있는 행정효율성과 행정유연성(융통성)은, 특히 사임무화(Aufgabenprivatisierung)의 특징을 지니는 영역에서 결정위원회의 절차특유의 특별한 의미를 나타내는 또 다른 간접증거(Indiz)이다.

[참고문헌]

1. EU

Asimow, Michael & Dunlop, Lisl, The Many Faces of Administrative Adjudication in the European Union, *Administrative Law Review*, vol. 61, 132-168, 2009

Kagan, Robert A., Adversarial Legalism and American Government, *Journal of Policy Analysis and Management*, Vol. 10, No. 3, 369-406, 1991

Kagan, Robert A, Should Europe Worry About Adversarial Legalism?, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 17, 165-183, 1997

Langer, Maximo, From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure, *Harvard International Law Journal*, vol. 45, 1-64, 2004

Lenaerts, Koen & Vanhamme, Jan, Procedural Rights of Private Parties in the Community Administrative Process, *Common Market Law Review*, vol. 34, 531-569, 1997

2. 영국

(1) 국내문헌

강하연·서보현·김성웅·박민정, “방송통신 규제기관 국제협력 방안 연구”, 정보통신정책연구원 (2008).

곽동균, “영국의 OFCOM 설립 추진 과정과 시사점”, 정보통신정책 제13권 22호 (2001).

권오상, “방송통신분야 책임기관으로서의 FCC와 Ofcom의 비교분석”, 전파방송통신저널 통권 제13호, 한국전파진흥원 (2009).

김민호, “통신방송 융합 시대의 규제정책 조사 분석 및 효율적 조직의 운영방안 연구”, 정보통신 학술연구 04-학술-018, 정보통신부 (2005).

이상식, “방송통신 규제 기구 통합과 효과에 관한 연구: Ofcom 사례 분석”, 한국지역언론학회지 제8권 제2호, 한국지역언론학회 (2008).

임동민, “영국 Communication Act 2003의 통신·방송 융합서비스 관련 법령 분석”, 정보통신정책 제16권 3호 (2004).

박종훈, “사건조사 착수기준 및 조사방식 개선연구”, 공정거래위원회 (2008).

이희정, “통신규제법 집행과정의 비교연구-통신위원회와 영국의 Ofcom-”, 법학논총 제24권 제3호 (2007).

(2) 영국문헌

Brisby, Paul, “The Regulation of Telecommunications Networks and Services in the United Kingdom”, 12(4) Computer and Telecommunications Law Review 114 (2006).

Crane, Thomas, “OFCOM- A New Order for Communications Regulation or a Bureaucratic Nightmare?”, 9(2) Computer and Telecommunications Law Review 37 (2003).

Feintuck, Mike and Mike Varney, Media Regulation, Public Interest and the Law, Edinburgh University Press, 2006.

Livingstone, Sonia, “What is the citizen’s interest in communication regulation? Ofcom’s agenda for ‘Citizens, Communications and Convergence’”, unpublished paper presented at Media@lse Fifth Anniversary Conference, 21-23 Sep 2008, LSW London <available at <http://eprints.lse.ac.uk/21561>>.

Ofcom, “Enforcement Report: A Report on Ofcom’s Approach to Enforcement and Recent Activity,” 2009.

Ofcom, “Section 400 License Fees and Penalties Accounts 2009/10”, 2010.

Ofcom, “Financial Penalties imposed for the period 1/04/2009 to 31/03/2010”, 2010.

Ofcom, “Ofcom’s Investigations Activity: Report on activity between 1 April and 30 September 2010,” 2010.

Ofcom, “Ofcom’s Investigations Activity: Report on activity between 1 October 2009 and 31 March 2010,” 2010.

Ofcom, “Annual Report and Accounts 2009/10,” 2010.

Ofcom, “Guidelines for the Handling of Competition Complaints and Disputes,” 2004.

Ofcom, "Guidelines for the Handling of Competition Complaints and Disputes," 2004.

Ofcom, "Procedures for the Handling of Fairness and Privacy Complaints," 2009.

Ofcom, "Procedures for the Handling of Broadcasting Standards or Other Licence-Related Cases," 2009.

Ofcom, "Penalty Guidelines- Section 392 of the Communications Act 2003".
Whish, Richard, Competition Law, 6th ed., Oxford University Press, 2009.

2. 독일

(1) 국내문헌

길준규, 우리나라 통신이용자보호제도의 법적·정책적 검토, 한국법정책학회, 법과 정책연구 제9편 제2호, 2009. 12.

_____, 독일 통신법의 역사적 발전, 현대공법이론의 제문제(천봉석중헌박사회갑기념논문집), 2002. 10.

_____, 유럽법과 독일법에서의 미디어의 전환과 법의 규율", 토지공법연구 제25집, 2005. 2.

김성태, 통신법상의 행정조사 - 독일 통신법(TKG)상 행정조사와의 비교고찰 -, 행정법연구, 2007.

김태호, 방송통신시장 경쟁규제에서 일반경쟁규제기관과 전문규제기관 간의 권한배분, 경제규제와 법 제1권 제2호, 2008. 11.

김해룡, 우리나라 행정절차법과 독일연방 행정절차법, 고시계, 1997. 4.

김희수 외, 정보통신시장에서의 공정경쟁환경조성 및 이용자보호를 위한 법제도 개선방안 연구, 한국전산원, 2002.

류지태 등, 독일통신법, 정보통신법포럼, 법원사, 2007.

신봉기, 독일 연방통신망청에 관한 연구, 공법연구, 제35집 제3호, 2007. 2.

오준근, 독일연방행정절차법의 변혁, 한국법제연구원, 1997.

이원우·조성규, 독일 통신시장에 있어서 전문통신규제기관과 일반경쟁규제기관의 관계, 정보통신법연구 I, 2008.

최우정, 주요국가의 방송통신법제에 관한 비교법적 연구(독일), 한국법제연구원, 2009. 11.

현준원, 독일의 통신서비스 이용자보호에 대한 법적 검토, 한국법정책학회, 법과 정책연구 제9편 제2호, 2009. 12.

(2) 독일문헌

Arndt, Hans-Wolfgang/Fetzer, Thomas/Scherer, Joachim, Telekommunikationsgesetz Kommentar, Berlin: Erich Schmidt, 2008.

Bartosch, Andreas : Europäisches Telekommunikationsrecht in den 2000 und 2001, EuZW 2002, S. 389 ff.

Gersdorf, H. : Telekommunikationsrecht, 2002.

Heun, Sven-Erik (Hrsg.) : Handbuch Telekommunikationsrecht, 2. Aufl., Köln: Dr. Otto Schmidt, 2007.

Hoffmann-Riem, W. : Telekommunikationsrecht als europäisiertes Verwaltungsrecht, DVBl. 1999, S. 125 ff.

Holznagel/Enaux/Nienhaus : Telekommunikationsrecht, 2. Aufl., München: C. H. Beck, 2006.

Koenig/Loetz/Neumann : Telekommunikationsrecht, Heidelberg: Recht und Wirtschaft, 2004.

Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, 2004.

, Konvergenzen von Telekommunikation, Rundfunk und Mediendiensten als Herausforderung für die deutsche Kommunikationsregulierung, 「정보통신법연구IV」(이원우 편저), 경인문화사, 2008.

Schütz, Raimond : Kommunikationsrecht - Regulierung von Telekommunikation und elektronischen Medien, München: C. H. Beck, 2005.

Wissmann, Martin (Hrsg.) : Telekommunikationsrecht, 2. Aufl., Frankfurt am Main: Recht und Wirtschaft, 2006.

3. 프랑스

(1) 국내문헌

김정태, 디지털시대의 방송법해설, 커뮤니케이션북스, 2010.

방송위원회, 프랑스방송법, 방송조사자료 2003-3.

유대선, 프랑스 통신방송정책과 법·제도연구, 방송통신위원회, 2009.

이기현, 프랑스의 방송통신융합 법제 개편 및 규제 기구의 현황, 한국방송영상산업진흥원, 2005.

이원우 [편], 정보통신법연구 I - 통신시장에 있어서 전문규제기관과 일반경쟁규제기관의 관계, 경인문화사, 2008.

이원우 [편], 정보통신법연구 III - 통신법상 이용자보호 및 공정경쟁을위한 규제제도의 주요 쟁점과 개선방향, 경인문화사, 2008.

정보통신부, 통신방송 융합 시대의 규제정책 조사 분석 및 효율적 조직의 운영방안 연구, 정보통신 학술연구 지정조사 04-학술-018, 2005.4.

한국법제연구원 [편], 주요국가의 방송통신법제에 관한 비교법적 연구 - 프랑스 -, 한국법제연구원, 2009.

박성호, 프랑스 방송통신 융합 법제 및 정책 분석, 한국방송학회 2005 가을철 정기학술대회2005.11, pp. 320~335.

손금주, 방송통신위원회의 이용자보호절차 개관, 경제규제와법 제3권 제2호 (2010.11), pp.172-187.

이희정, 방송통신위원회의 재정제도에 관한 연구 :그 법적 성격과 기능을 중심으로, 행정법연구 통권24호 (2009.8), pp.23-54.

이희정, 방송통신위원회의 법집행절차 개선방향에 관한 연구: 행정절차에 대한 대심주의 접목의 의의와 방식을 중심으로, 경제규제와법 제3권 제1호 (2010.5), pp.184-227.

조성국, 방송통신위원회 심결절차 개선에 관한 연구: 시정조치 및 과징금 부과 절차를 중심으로, 통권24호 (2009. 8), pp.1-21.

(2) 국외문헌

ARCEP, Règlement intérieur de l'ARCEP Annexe à la décision n°2009-0527.

ARCEP, Rapport public d'activité de l'ARCEP 2009.

ARCEP, Droits et obligations des opérateurs et fournisseurs de services: Guide juridique pour les opérateurs locaux et les collectivités (15 mars 2007).

Elisabeth Rolin, Settlement of disputes brought before the Telecommunications Regulatory Authority, ARCEP, 2006. 2. 23.

CSA, Règlement intérieur du CSA, Délibération du 12 février 2008 - JO du 22 mars 2008.

CSA, Organisation et fonctionnement du CSA, Décret n° 89-518 du 26 juillet 1989 - JO du 27 juillet 1989.

CSA, Organisation des directions et des services du CSA, Décision n° 2005-P-08 du 4 octobre 2005 - JO du 20 octobre 2005.

CSA, Rapport annuel 2009.

Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication modifiée et complétée Le CODE des postes et des communications électroniques.

(3) 인터넷 자료

<http://www.csa.fr/>

<http://www.arcep.fr/>

<http://www.ddm.gouv.fr/>

<http://www.legifrance.com/>

<http://www.conseil-etat.fr/cde>

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/>