

放送委員會의 法的 性質에 관한 解釋論

강현호* · 이민영**

I. 序 言	III 作用法的 特質
II 組織法的 特性	1 行政權限
1 法的 地位	2 準立法權
2 法的 位相	3 準司法權
3. 法的 性格	IV 結 語

I. 序 言

우리 헌법 제21조 제1항은 基本權으로서 言論의 自由를 보장하고 있으며, 同條 제3항은 통신·방송의 시설기준에 관한 法律留保를 규정하고 있다. 이러한 表現의 自由는 表現의 內容인 情報(information)에 接近하고 그 活用을 表現의 수단인 媒體(media)를 통하여 실현하게 된다.¹⁾ 그 중에서도 방송은 表現의 自由를 가능하게 하는 道具的 徵表로서, 또한 그 자체가 산업이자 문화로서, 그리고 사회적 여론형성의 機制이자 產物로서 기능하여, 자유로운 인격의 형성과 민주주의원리의 유지에 필수불가결한 요소로 자리매김하고 있다. 반면 주파수의 공공재원성·희소성 및 전파매체인 방송의 영향력 등 방송이 지닌 특수성을 논거로, 방송에 대하여 보다 엄격한 법적 규제가 정당화되어 왔다.

하지만 기술적 변화가 불러온 情報的 媒體의 변모는 매체산업의 능률성과 정보유통의 적정성이라는 公益目的을 위해 포괄적이고 통일적인 規制法理를 요구하고 있다. 즉 관련기술이 시시각각 급변하고 있는 현재의 상황에서는 방송통신이 분할가능한 영역

* 성균관대학교 법과대학 부교수, 법학박사

** 성균관대학교 법과대학 박사과정, 공법학전공

1) 그렇다면 내용(contents)의 측면에서는 인쇄(활자)매체 방송(전파)매체를 情報라는 하나의 용어로 칭할 수 있을 것이고, 言論이라는 기능적 매체특성으로 같은 범주에 묶을 수 있다고 하겠다. 다만 통신의 경우 전통적 개념에 따른다면 一對一의 정보 상호교환을 전제로 하고 있으므로 이를 언론의 범주에 포섭하기는 어려울 것으로 보인다. 그러한 연유에서 매체속성의 구분은 別論으로 하더라도 그 상위개념은 정보라는 용어가 적절할 것으로 판단된다

구분을 넘어서 重疊과 收斂의 態樣을 낳고 있으며, 이들 영역에서 그 融合(convergence)²⁾이 두드러지고 있는 情報社會의 頂點에 우리가 위치한다 더욱이 디지털멀티미디어방송(DMB)과 데이터방송 등 새로운 방송서비스 도입을 규정한 방송법 개정안이 이미 지난 3월 2일 임시국회 본회의에 상정되어 의결되었으므로, 이에 따라 위성 및 지상파 DMB 상용서비스가 본격적으로 시작되고 디지털화를 앞둔 케이블TV 산업에 대한 투자 활성화도 기대되는 등 방송통신의 융합이 가속화될 전망이다. 더불어 통신과 방송이 엄격히 분리될 수 있었던 과거의 규제논리를 새로운 서비스에 그대로 적용하는 데에는 문제가 있으므로 통신과 방송을 모두 담당하는 통합된 규제기관을 채택하려는 시도나 규제기관의 기능적 조직을 전환하려는 논의³⁾가 이어지고 있다. 이처럼 신규서비스의 도입을 이끄는 기술적 고려를 법제도적으로 수용하는 움직임이 중요한 시대적 소명이 된 현실에서, 현행 방송법구조 하에 활동하고 있는 放送委員會의 座標를 再定立하는 작업은 법제도적인 측면에서 규제패러다임(regulatory paradigm)의 변혁을 정착시키기 이전에 선행되어야 할 것으로 여겨진다. 이는 방송이 공정성과 객관성을 보유하는 언론기능을 수행할 수 있도록 하여 그 독립성 및 민주성을 확보하는 방송환경을 조성하게 하는 規範的 基盤이 될 것이기 때문이다.

本稿는 위와 같은 취지에서, 방송위원회의 법적 성질을 構造上의 行政組織法的 側面 및 機能上의 行政作用法的 側面을 對等局面에서 解釋論으로 함께 檢討함으로써 방송·통신 융합시대에 상응하는 규제기관의 구성에 端礎를 제공하려 한다. 이는 行政法學的 探索을 통하여, 방송이 국가로부터의 자유(Staatsfreiheit)를 보장받고 다양한 공적 의견을 형성할 수 있도록 憲法理論으로 부여된 立法者의 責任⁴⁾을 純然토록 할 것이라 감히 기대해 본다.

II. 組織法的 特性

- 2) 일반적으로 융합이란 독립하여 존재하는 두 가지가 화합하여 새로운 제3의 것을 탄생시키는 것을 말하며, 정보통신기술의 발전에 따라 전통적으로 각각 분리 규율되어온 음성·영상 및 데이터 서비스 등이 멀티미디어로 대표되는 서비스로 融合되는 현상에서 두드러진다. 이러한 방송·통신 융합은 통신 및 방송의 네트워크가 결합된 단일의 網을 통하여 兩서비스를 동시에 제공함으로써 기존의 기술적 경계가 불분명해지는 국면으로 정의할 수 있으며, 그밖에 기타 미디어와의 융합까지를 포함하는 용어인 '디지털 융합' 또는 '미디어 융합' 등으로도 쓰이고 있다.
- 3) 대표적으로 김동욱, 통신방송융합에 대응하는 방송통신위원회의 설계에 관한 연구, 한국정책학회보 제8권 제2호, 한국정책학회, 1999, 205~230쪽, 이상식, 방송과 통신의 융합에 대비한 정책 및 규제 기구의 변화 방향, 한국방송학회 제15권 제3호, 한국방송학회, 2001, 183~220쪽, 김창규, 방송·통신 융합에 따른 통합규제기구의 위상과 역할, 방송연구 제58호, 방송위원회, 2004, 57~85쪽 참조.
- 4) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2003, 465~466쪽, 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2003, 664~665쪽, 허영, 한국헌법론, 박영사, 2003, 523쪽

1. 法的 地位

(1) 國家機關

현행 방송위원회는 기존의 방송법·종합유선방송법·한국방송공사법·유선방송관리법을 폐지·통합하고 법률 제6139호로 전문개정된 放送法을 근거로 출범한 기구다. 방송법 제20조 이하에서는 방송위원회의 설치와 구성 등에 대하여 규정하고 있지만, 방송위원회는 헌법 제97조에 따라 대통령소속으로 설치되는 監査院이나 헌법 제114조 제2항 소정의 中央選舉管理委員會와 같이 헌법규정에 명시된 憲法機關은 아니다. 그럼에도 立憲主義原則에 따라 국회에서 제정한 법률에 의해 설립된 방송위원회가 국가사무인 국민의 자유와 방송사업자의 권리의무에 중대한 관계가 있는 방송행정을 담당하는 국가기관임이 부정되어서는 아니 될 것이다. 하지만 사무처 직원의 신분이 공무원이 아닌 관계로, 업무추진에 있어 실무자가 정책을 수행하는 데 책임성이 약화된 것은 물론 공적 결정과 집행의 효율성이 저하되어왔다는 비판이 가능할 뿐만 아니라 방송위원회의 國家機關性마저 불명확하다는 지적을 받고 있다.

그러나 ① 방송위원회가 방송법에 의해 설립되어 독립적으로 방송행정이라는 국가사무를 수행하는 기관인 점, ② 방송위원회는 방송의 공적 책임·공정성·공익성을 실현하고 방송내용의 질적 향상 및 방송사업에서의 공정한 경쟁을 도모하는 데 그 설립목적이 있다는 점, ③ 방송위원회 위원은 전문성 및 사회 각 분야의 대표성을 가진 자 중에서 국회 각 교섭단체대표의원과 협의하여 국회의장이 추천한 3인과 방송관련 전문성과 시청자대표성을 고려하여 국회 문화관광위원회의 추천의뢰를 받아 국회의장이 추천한 3인을 포함하여 대통령이 임명하는 9인으로 구성된다는 점, ④ 방송위원회 위원장의 국무회의 출석 및 발언의에 관한 권한이 방송법에 명시되어 있어 방송위원회가 국가행정의 최고결정기관과 연결되어 있다는 점 등은 後述하는 다른 직무권한사항인 ⑤ 행정처분권, ⑥ 규칙제정권, ⑦ 제재조치권 등과 더불어 방송위원회가 방송정책을 관장하는 국가기관임을 확인할 수 있게 한다.

(2) 關聯判例

방송위원회가 국가기관으로서 지방세법상 사업소세의 비과세대상인 까닭에 방송위원회에 대한 사업소세부과는 위법하므로, 原告인 방송위원회가 事業所稅賦課處分取消을 請求한 사건을 대상으로 한 判決⁵⁾에서, 재판부는 “三府에 의한 방송위원회의 구성,

5) 서울고등법원 1998.4.24. 선고 97구51256 판결

방송국에 대한 감독과 방송물에 대한 심의 의결 및 시정명령과 같은 직무의 공공성, 규칙제정권을 비롯한 권한행사의 방식, 그 결정 등의 행정처분성, 국민대표기관인 국회에의 보고의무 등을 종합하여 보면, 방송위원회는 합의제행정기관으로서 지방세법과 구 지방세법 소정의 사업소세의 비과세대상인 국가 내지는 국에 해당한다고 보아야 할 것이고, 따라서 원고가 국가기관이 아님을 전제로 한 피고의 이 사건 처분은 위법하다고 할 것이다"고 판시하였다. 이에 대하여 제기된 上告審⁶⁾에서 대법원은 "구 방송법상 방송위원회는 그 설치의 법적 근거, 법에 의하여 부여된 직무, 위원의 임명절차 등을 종합하여 볼 때 국가기관으로서 지방세법상 사업소세의 비과세대상에 해당된다"며 "상고를 기각하고 원심을 확정하는 판결을 한 바 있다.

이러한 판례의 태도는 방송법상 방송위원회의 설치근거·구성방법·직무권한 등을 종합하여 그 國家機關性을 인정하는 筆者의 見解를 뒷받침해주고 있다고 보인다. 다만 憲法機關이 아닌 방송위원회의 法律的 地位를 방송법이 명확히 규정하고 있지 않은 法現實은 立法政策의 考慮가 隨伴되어야 할 사항이라 하겠다.

2. 法的 位相

(1) 行政機關

방송행정을 담당하는 방송위원회가 국가기관이라 하면, 三權分立原則을 실질적으로 이해할 경우 방송위원회는 당연히 행정기구의 위치를 점하는 것으로 봄이 타당하다. 헌법원리가 상정하는 권력분립은 형식적인 것이므로 대통령·국무총리·행정각부와 같이 행정권의 수반인 대통령의 계층적 감독이 미치는 직제에 방송행정이 부여되지 않는다면 방송행정총괄기구인 방송위원회는 三府에 속하지 아니할 것이나, 국가권력의 機能遂行上 방송위원회는 독립적으로 국가의 행정사무를 담당하는 기관인 국가행정기관에 속하는 것이다.

行政機關의 개념은 一義的이지 아니하며, 대통령·국무총리와 같은 行政官廳 형식의 행정기관과 부처·청·행정위원회 등과 같은 事務配分的 행정기관이 있다.⁷⁾ 이렇게 행정기관이란 조직적 의미에 있어서는 행정사무의 배분의 단위를 의미하며, 작용적 의미에 있어서는 행정의 주체인 국가 또는 공공단체의 행정사무를 담당하고 그 사무에 관하여 국가 또는 공공단체가 그 기관을 手足으로 삼아 활동하게 된다 그리하여 일정한

6) 대법원 2000 8 22 선고 98두9295 판결

7) 예컨대 정보통신부장관은 행정관청이지만 대통령은 정보통신부와 같은 사무배분적 행정기관 개념을 동시에 지니고 있다고 봄이 상당하다.

권한의 귀속자인 행정청의 각종 행위의 효과는 궁극적으로 그의 주체, 즉 公法上 法人인 국가 또는 공공단체에 귀속하게 되므로 기관 그 자체로는 법인격을 가지지 않는다.⁸⁾ 행정기관 가운데 국가를 위하여 행정에 관한 일정한 관장사무에 대하여 스스로 국가의 의사를 결정하고 이를 외부에 대하여 표시하는 권한을 갖는 행정기관을 가리켜 行政官廳이라고 하고, 지방의 그것을 행정청이라고 하며 兩者를 합하여 行政廳이라고도 한다.

그런데 국가행정사무의 체계적이고 능률적인 수행을 위하여 국가행정기관의 설치·조직과 직무범위의 대강을 정함을 목적으로 하는 政府組織法⁹⁾은 제2조 제2항에서 ‘중앙행정기관은 이 법과 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 부처 및 청으로 한다’고 규정하고 있다. 또한 대통령령인 행정기관의조직과정원에관한통칙 제2조 제1호는 ‘중앙행정기관이라 함은 국가의 행정사무를 담당하기 위하여 설치된 행정기관으로서 그 관할권의 범위가 전국에 미치는 행정기관을 말한다’고 한다. 결국 여기서의 中央行政機關이란 대통령과 국무총리를 제외한 정부기관을 의미하게 된다. 그렇다면 방송위원회를 정부조직법 제2조 소정의 중앙행정기관으로 볼 수 있겠는가? 관련규정에 비추어 볼 때, 중앙행정기관은 최고감독기관인 大統領을 頂點으로 하는 垂直的 構造에 위치해 있으며 헌법 제66조 제4항 및 정부조직법 제11조 소정의 政府를 구성하여 그 관할범위를 전국에 미치는 행정기관으로서 여기에는 부처·청 및 合議制行政機關이 포함된다고 할 수 있다. 따라서 방송위원회가 합의제행정기관이 아닌 한, 중앙행정기관은 될 수 없다. 그런데 後述하는 바와 같이 방송위원회는 합의제행정기관이 아니므로, 중앙행정기관은 아니다. 방송위원회는 실질적으로 행정부를 구성하며 그 관할범위가 전국에 미치는 국가행정기관이나, 방송위원은 임기중 직무상 외부의 어떠한 지시나 간섭도 받지 아니 하는 독립성을 지니므로 방송위원회는 대통령과도 병렬관계에 있어 그의 계층적 감독을 받지 아니하기 때문이다. 결국 방송위원회는 형식적으로는 정부를 구성하지 않지만 국가행정사무를 담당하는 행정권의 실질적 주체인 것이다.

이와 관련해서 방송행정의 독립적 행정기관인 방송위원회에 중앙행정기관으로의 성격을 명확하게 부여하여 그 법률적 지위를 확고히 규정하기 위하여, 방송위원회는 ‘직

8) 강현호, 금융감독원의 법적 성격, JURIST 통권 제392호, 청림인터넷티브, 2003, 114쪽.

9) 政府組織法은 그 편제 및 내용에 따라 정부가 ‘대통령-국무총리-중앙행정기관(행정각부처 청 다른 법률에 특별한 규정이 있는 합의제행정기관)’으로 구성되며, 실제로 國家行政組織法인 알 수 있다. 그러나 헌법 제66조 제4항은 行政權이 大統領을 首班으로 하는 政府에 속한다고 하지만, 여기서의 정부는 實體를 지니는 機關이 아니라 虛構라는 점에 유의할 필요가 있다. 행정권의 주체로서 정부의 의미에 대한 詳細는 유진식, 행정조직법의 기초이론과 정부조직법, 법제연구 제17호, 한국법제연구원, 1999, 160~164쪽 참조.

무에 관하여 독립의 지위'를 가지는 것으로 규정하고 '중앙행정기관으로서 그 소관사무를 수행함'을 명시하는 방안을 담은 2003년 7월 방송법개정법률안이 제시된 바 있다.¹⁰⁾ 추측컨대, 이는 방송위원회가 외부로부터 제기되는 법적 정체성 논란에 대항하기 위한 형식적 방편만을 추구한 것으로 보인다. 오히려 국가인권위원회법 제3조 제2항과 같이 '위원회는 그 권한에 속하는 업무를 독립하여 수행한다'는 조항을 통해 방송위원회의 독립성을 보다 분명히 하는 방안이 더욱 실효성이 있으리라 여겨진다.¹¹⁾ 또한 방송위원회가 독립규제위원회¹²⁾로서 三權에 독립된 第四府인지도 불분명하며 명시적 헌법적 수권에 의하지 않은 창설이라는 점과 미국에서도 독립규제위원회의 違憲성을 지적하는 주장이 있다는 점¹³⁾을 감안하면, 방송과 방송위원회의 중립성과 공정성을 위해 최대한 행정부로부터의 독립성을 강화할 필요성은 있다 하더라도 현행법체제에서 그 국가행정기관성이 부인되지는 않는다고 본다.

(2) 關聯問題

前述한 바와 같이 중앙행정기관을 부처·청 및 다른 법률에 특별한 규정이 있는 합의제행정기관으로 본다면, '행정기관에는 그 소관사무의 일부를 독립하여 수행할 필요가 있는 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 행정위원회 등 합의제행정기관을 둘 수 있다'고 명시한 정부조직법 제5조를 어떻게 해석할 수 있을 것인가? 일반적으로 독립제 행정관청과 구별되는 합의제행정기관은 대통령·국무총리 및 각 행정부처에 소속되어 1973년 이래 설치되고 있는 바, 逆順으로 그 소속별 분류에 따라 기구현황을 살펴보면 다음과 같다.

우선 현재 行政各部에 부속되어 있는 정부조직법 제5조 소정의 합의제행정기관을

10) 방송법개정법률안 설명자료, 방송위원회, 2003, 12쪽

11) 정부조직법 제5조상의 '독립적 수행'은 행정부 내부에서의 대내적 독자성을 의미하는 반면, 개별법에서 위원회의 '적무상 독립'은 입법·사법·행정의 형식적 三權으로부터의 대외적·정치적 독립성을 의미하는 것으로 이해된다

12) 독립규제위원회는 제헌된 사회법위 내에서 적용되는 신속하고 유연한 행정을 위하여 분리된 정부의 기능들을 하나의 체제 중에 두어서 새로운 법규를 적용하거나 재결권을 행사하거나 법률과 법규를 집행하기도 하였다. 이렇게 신속하고 유연한 행정의 장점을 지닌 독립규제위원회는 1887년에 설립된 중간통상위원회(ICC)를 효시로 생겨나 1930년대의 대공황이라는 위기에 대응하기 위한 뉴딜정책의 실시로 그 수가 급격히 늘어났다 그리하여 의회는 독립규제위원회에 많은 권한을 특별한 제한 없이 위임하였고 1960년대와 1970년대의 이른바 권리혁명(rights revolution)도 엄청난 수의 새로운 독립규제위원회를 만들게 한 動因이 되었다, C. Sunstein, *Congress, Constitutional Moments, and the Cost-Benefit*, 48 Stanford L. Rev. 247, 256 (1996).

13) See E. Gellhorn & R. Levin, *Administrative Law and Process*, West Group, 1997, pp 54 ~ 55.

짧아 보면, 부처별로 심판청구에 대한 결정을 하기 위하여 국제기본법 제67조 제1항에 의해 설치되는 國稅審判院, 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률 제49조에 의해 건설교통부에 설치되는 中央土地收用委員會, 국가공무원법 제9조 제1항에 의해 행정자치부에 설치되는 訴請審査委員會, 전기통신기본법 제37조 제1항에 의해 정보통신부에 설치되는 通信委員會, 노동위원회법 제2조 제2항에 의해 노동부장관소속하에 설치되는 中央勞動委員會 등이 존재한다.¹⁴⁾ 그 가운데 통신위원회와 중앙노동위원회는 行政權限과 아울러 異義의 決定 등 裁決을 행할 수 있는 準司法的 機能을 행사한다.

다음으로 다른 법률의 특별한 규정에 의해 國務總理所屬으로 설치되는 중앙행정기관으로서 합의제행정기관을 살펴보면, 청소년보호법 제27조에 의해 설치되는 靑少年保護委員會,¹⁵⁾ 민원사무처리에관한법률 제14조에 의해 설치되는 國民苦衷處理委員會 등이 있다. 한편 행정심판법 제6조의2 제1항에 의해 설치되는 國務總理行政審判委員會는 合議制議決機構이다.

마지막으로 大統領所屬의 합의제행정기관을 보면, 국가공무원법 제7조 제1항에 의해 설치되는 中央人事委員會, 행정규제기본법 제23조에 의해 설치되는 規制改革委員會, 부패방지법 제10조에 의해 대통령소속하에 설치되는 腐敗防止委員會 등이 거론될 수 있다. 한편 헌법 제97조에 의해 설치되는 감사원은 대통령직속의 헌법기관으로, 행정부에 속하지만 합의제행정기관은 될 수 없음은 명백하다. 또한 대통령소속이지만 지속가능발전위원회규정 및 정부혁신지방분권위원회규정에 의하여 설치되는 자문기구인 持續可能發展委員會 및 政府革新地方分權委員會는 대통령령의 규율을 받으므로 합의제행정기관은 아니라 할 것이다.

위와 같다면 방송위원회는 행정위원회로서 정부조직법 제5조 소정의 합의제행정기관이 아니라고 함이 논리적으로 타당할 것이다. 방송행정이라는 국가사무의 일부가 아니라 정책전반을 총괄하며 당해 소관업무를 독립적으로 수행하는 까닭에서 그러하다. 결국 합의제행정기관에 해당하지 않는 방송위원회는 중앙행정기관이 아니므로 행정부에 해당하지는 않는다. 그럼에도 방송위원회는 국가행정기관일까?

14) 이들 규정에서 행정관청적 행정기관 개념과 사무배분적 행정기관 개념이 혼용되고 있음을 재차 확인할 수 있다.

15) 정부조직법 제35조 제1항은 문화관광부장관이 문화예술 영상 광고출판간행물 채육청소년 및 관광에 관한 사무를 掌理한다고 하고 있는 바, 청소년보호위원회는 문화관광부의 外局으로 소관사무의 전문성독립성 및 방대한 업무량 등을 이유로 당해행정기관의 외부에 설립된 것임을 알 수 있다.

3. 法的 性格

(1) 問題提起

앞에서 우리는 방송위원회가 방송에 관한 국가행정사무를 담당하는 행정기관이지만 정부조직법 제5조 소정의 합의제행정기관은 아님을 확인하였다. 그럼에도 학계일각에서는 방송위원회가 실정법상 행정위원회라는 견해가 제기되어 온 바, 대통령의 계층적 감독이 미치지 않는 독립성을 지닌 방송위원회는 다른 행정기관의 행정사무 일부를 독립적으로 수행하는 행정위원회는 아닌 것이다. 다만 방송위원회가 행정부처로부터 독립된 미국식 獨立規制委員會¹⁶⁾를 지향하여 창설되었다는 점에서 그 법적 성격의 규명이 요구되어진다.¹⁷⁾ 판단컨대, 위와 같은 논의는 정권안보차원에서 방송을 이용하고 통제했던 遺襲에서 벗어나기 위해 방송위원회를 중앙행정기관으로부터 분리시켜 합의제기구로 구성하고자 했던 의지만은 강렬했음에 반하여 行政組織法理論에 무관심한 소이에서 연유한 것으로 보인다.

독립규제위원회는 통상적으로 입법기관의 동의하에 대통령이 임명하는 다수의 委員 (com-missioner)으로 구성되며 이들의 超黨派性과 임기는 최대한으로 보장되고 있다. 이러한 조직형태가 미국에서 보편적으로 활용되는 이유는 전통적으로 경제적 이해관계를 조정하는 권한은 의회에 속하나 의회 스스로가 첨예하게 대립하는 이해관계 분쟁에 깊이 몰입되는 것을 꺼리는 한편, 규제업무에 대해서 대통령이 정치적 영향력을 행사하지 못하도록 하기 위한 이중적 요청에 부응하고자 하였기 때문이다. 물론 이들 규제업무의 지속성과 개별성을 중시하여 전문성을 강화해야 할 필요성에 부합하기 위한 목적도 있다. 미국에서 독립규제위원회는 보장된 독립성으로 인해 정치적 책임을 묻기 어렵고, 너무나도 경직적이어서 끊임없이 변화하는 경제사회환경에 잘 적응하지 못하며, 다수 위원이 合議制 방식으로 정책결정을 하기 때문에 정책결정이 더디게 이루어진다는 등의 비판을 받아왔다. 따라서 독립규제위원회의 정치적 책임성을 보다 강화하고 경제사회변화에 대한 적응력을 향상시키기 위해서는 그것이 행정부처 내부에

16) 미국의 독립규제위원회에 대한 詳細는 정하명, 미국 행정법상의 독립규제위원회의 법적 지위, 공법연구 제31집 제3호, 한국공법학회, 2003, 143~165쪽, 강승식, 미국에서의 독립규제위원회와 권력분립, 한양법학 제13집, 한양법학회, 2002, 287~321쪽, 김유환, 행정위원회제도에 관한 연구, 미국헌법연구 제5호, 미국헌법학회, 1994, 123~167쪽 참조

17) 그동안 방송위원회의 위상 정립을 놓고 많은 논란이 있어 왔으나, 야당 및 여당의 제정안 모두 사실상의 인허가권을 방송위원회에 부여하는 등 행정부로부터 분리된 독립규제위원회로서의 위상을 설정하고 위상확립에 초점을 맞추고 있다. 방송법안 검토보고, 국회 문화관광위원회, 1999, 9쪽

설치되어야 하고, 위원의 수를 줄이거나 獨任制(single administrator)로 전환시켜야 하며, 내부의사결정의 절차를 바꾸고 유사한 독립규제위원회는 통폐합함으로써 중복과 낭비 및 규제정책간의 상충을 방지하여야 한다는 주장이 제시되었다. 이에 대하여 강력한 반론도 제기되었는 바, ① 보다 많은 위원회는 민주적 방식으로 운영되고 있어 규제정책을 신중하게 이끌어나가고 있다는 점, ② 규제정책의 실패(regulatory failure) 현상은 독립규제위원회라는 조직형태나 준사법적 의사결정절차 때문에 야기되는 것이 아니라 규제정책 자체의 특성에서 비롯되거나 규제권한의 불충분성 혹은 의회에 의하여 위임된 규제정책 임무기준의 모호성 때문이라는 점 등을 논거로 하고 있다.¹⁸⁾ 이러한 독립규제위원회는 independent regulatory commission(or agency)을 직역한 것이고 독립행정청이라는 개념과 혼용되고 있다. 하지만 독립행정청의 주된 업무가 규제행정인 점에서는 독립규제위원회와 중첩될 수 있으나, 준입법적·준사법적 권한에 따른 직무를 규제라는 속성으로 포괄하기는 어렵다는 점과 미국에서는 독립규제위원회가 행정부처와의 특수한 상관관계에 놓여 있다는 점을 고려할 때 법률용어로는 독립행정청이 적절하다고 본다.

(2) 獨立行政廳

獨立行政廳이란 전통적 국가의 공평성과 독립성을 개선하기 위한 방안으로서 중재와 협상을 통한 객관적이고도 효율적인 해결책을 모색하는 과정에서 등장한 것으로, ① 계층적으로나 후견적으로도 감독기관이 없으며, ② 정부조직법이 아닌 다른 법률에 의하여 독립성이 부여되기는 하지만 법인격이 없으며, ③ 부·처에 소속되지 않는 행정청을 말한다. 이러한 점에서 독립행정청은 중앙의 국가기관이기는 하나 계층적 감독을 받는 직접행정기관인 中央行政機關이나 후견적 감독을 받는 간접행정기관인 營造物法人과는 다르다. 독립행정청은 대통령의 감독도 받지 않는다는 점에서 대통령과도 병렬관계에 있지만, 예산에 있어서는 국무총리나 정부부처에 의존한다.¹⁹⁾ 독립행정청은 공법상의 행정기구로 법인격은 없으나 행정입법권·행정처분권·행정재제권을 보유한다. 독립행정청 역시 헌법 제66조 제4항 소정 행정권의 주체이나, 헌법 제4장 제2절에 명시된 행정부에는 포함되지 않는다.

이와 같은 법제도적 의의를 대입해 보면, 방송위원회는 그 사무를 독립적으로 수행하기 때문에 감독기관이 없고, 행정기관으로서의 부·처가 아니며, 행정부의 수반으로

18) 최병선, 정부규제론, 법문사, 1992, 724~726쪽.

19) 이광운, 독립행정청의 법적 성격, 행정법연구 제9호, 행정법이론실무학회, 2003, 197~201쪽.

서의 대통령과 상하관계로서의 직렬관계에 놓여 있지도 않다는 점에서 그 법적 성격이 독립행정청임을 알 수 있다. 방송위원회 이외에도 독립행정청으로는 인권의 보호와 향상을 위한 관련 법령·제도·정책·관행의 조사와 연구 및 그 개선이 필요한 사항에 관한 권고 또는 의견의 표명 등에 관한 업무를 독립하여 수행하기 위하여 국가인권위원회법 제3조 제1항에 의해 설치되는 國家人權委員會, 금융감독행정에 관한 업무를 독립적으로 수행하기 위하여 금융감독기구의설치등에관한법률 제3조 제1항에 의해 설치된 金融監督委員會, 불공정거래행위의 규제라는 업무를 독립적으로 수행하기 위하여 독점규제및공정거래에관한법률 제35조 제1항에 의해 국무총리소속하에 설치되는 公正去來委員會 등이 있다.²⁰⁾ 한편 헌법 제114조에 의해 선거와 국민투표의 공정한 관리 및 정당에 관한 사무를 처리하기 위하여 설치되는 中央選舉管理委員會는 무소속의 헌법기관으로, 위원의 구성에 있어서도 대통령이 임명하는 3인·국회에서 선출하는 3인·대법원장이 지명하는 3인으로 정치적 독립성과 견제와 균형의 권력분립원칙을 충실히 반영하고 있다. 중앙선거관리위원회는 헌법기관이라는 점에서 방송위원회와 다르지만, 정부조직에 독립된 합의체기구로서 행정부를 구성한다는 점은 독립행정청으로서 방송위원회의 위상과 동일한 측면을 지닌다고 볼 수 있다. 결국 방송위원회는 정부에 속하지는 않으나 독립행정청인 까닭에 국가행정기관으로서 행정부에 해당한다.

문제는 법률에 근거하여 독립행정청이 설립된다 하더라도 이에 관한 어떠한 헌법조항이나 법률규정이 없다는 데 있다. 어떠한 국가기관을 독립행정청으로서 인정할 수 있는가 여부에 대해서 우리 헌법은 침묵하고 있을 뿐이다 이에 대한 위헌시비가 없는 것은 아니나 독립규제위원회의 설치에 관하여 명시적인 헌법적 수권이 없음으로 인해 위헌논란이 일어났던 미국의 예에서도 확인할 수 있는 것은, 현실적·정책적인 요청으로 제도적 고려를 통해 고안한 것이고 보면 헌법이 개정되기 전까지는 그 헌법위반 여부를 가려줄 존재는 국민의 대표기관인 憲法裁判所라는 점과 독립행정청의 존립이 권력분립원칙의 본질을 훼손하지 않으면서도 행정업무의 독립성을 보장할 수 있는 규범적 조화를 이루고 있다는 점이라 할 것이다. 이는 국가사무의 민주성·객관성을 신장하는 제도적 정착이 규범적으로 수렴되어짐을 독립행정청이 노정하는 까닭에 헌법적

20) 금융감독위원회 또는 공정거래위원회는 국무총리소속하에 둔다는 규정에도 불구하고 독립행정청이다. 국무총리소속하에 둔다고 하는 것은 위원장의 예우와 예산의 소속을 의미할 뿐이므로 국무총리는 금융감독위원회 혹은 공정거래위원회에 대하여 계층적 감독권은 물론 후견적 감독권도 보유하지 않는다. 이렇게 대통령과 국무총리의 감독을 받지 않음에도 불구하고 국무총리의 소속으로 하고 있어 입법적인 문제점을 노출하고 있다. 따라서 국가인권위원회법 제3조와 같이 소속을 명시하지 않는 입법정비가 바람직하다고 하겠다.

합치를 일구어낼 수 있는 부분이라 판단된다.

Ⅲ. 作用法的 特質

1. 行政權限

방송위원회가 중앙행정기관 혹은 합의제행정기관은 아니며, 헌법 제66조 제4항이 규정하고 있는 행정권의 귀속주체인 국가행정기관으로서 그 법적 성격은 독립행정청이라는 점은 위에서 살핀 바와 같다. 이러한 독립행정청의 성질은 방송위원회의 직무 권한으로 말미암아 더욱 뚜렷해지는데, 여기서는 우선 그 행정적 기능을 알아보기로 한다.

(1) 行政處分

방송법 제7조에 따르면 방송에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 방송법이 정하는 바에 의하므로, 방송법 규정을 중심으로 대표적인 방송위원회의 처분권능을 꼽아보면 첫째, 방송위원회는 신규 방송사업자 등에 대하여 방송국 허가의 실질적 권한인 許可推薦權을 갖는다. 방송법 제9조 제1항에 따르면 지상파방송사업 또는 위성방송사업을 하고자하는 자는 방송위원회의 추천을 받아 전파법이 정하는 바에 의하여 정보통신부장관의 방송국 허가를 받아야 하는데, 여기서 정보통신부장관의 허가처분은 방송설비에 관한 형식적인 행정행위이며 방송내용에 관한 실질적이고 세부적인 사업자 검토에 근거한 방송위원회의 추천에 羈束되기 때문이다.²¹⁾ 이렇게 방송국 허가를 단계적으로 이원화한 것은 방송법 및 전파법의 입법취지와 관련사무의 분배에 대한 적절한 고려를 바탕으로 하여²²⁾ 처분의 신중성을 기함으로써 사업자에 대한 행정규제를 완화하고 방송의 독립성을 확보하며 방송의 공정성을 꾀하려는 측면이 있는 것이다.²³⁾ 이와 같은 방송국 허가에 대한 추천에 있어서는 방송법 제10조에 의거 시청자의 의견을 공개적으로 청취하여 ① 방송의 공적 책임·공정성·공익성의

21) 방송국의 허가요건 등에 관하여 규정하고 있는 전파법 제21조 제1항 및 제34조 내지 제35조 등은 기술적 사항만을 언급하고 있을 뿐이다

22) 방송에 있어 하드웨어 측면의 설비에 대하여는 정보통신부 소관의 전파법이 기술적 규제를 규율하며, 소프트웨어 측면의 콘텐츠에 대하여는 방송위원회 소관의 방송법이 내용적 규제를 규율한다.

23) 다만 방송 인허가 주체에 관한 다른 나라의 예를 보면 대부분 정부로부터 독립된 방송총괄기구에서 독자적으로 행하고 있음은 방송정책과 관련하여 시사하는 바가 크다.

실행 가능성, ② 방송프로그램의 기획·편성 및 제작계획의 적절성, ③ 지역적·사회적 문화적 필요성과 타당성, ④ 조직 및 인력운영 등 경영계획의 적정성, ⑤ 재정 및 기술적 능력, ⑥ 방송발전을 위한 지원계획, ⑦ 기타 사업수행에 필요한 사항을 심사하고 그 의견의 반영 여부 및 심사 결과를 공표하여야 한다. 이처럼 방송위원회의 허가추천은 다른 개별법에서 규정하고 있듯이 별도의 심사규정이 마련되어 있지 않아 그 구속력이 미약할 따름인 일반적인 추천과는 현격한 차이를 보이고 있다. 이렇게 當該推薦의 與否가 許可의 適否를 결정한다는 점에서 방송위원회의 추천권은 실질적인 허가권이라 하겠다. 방송설비상의 문제점만 없다면 방송위원회가 추천한 자에 대하여 정보통신부장관이 방송국 허가처분을 하여야 하기 때문이다.

둘째, 방송위원회는 특정방송사업에 대한 登錄 및 承認 업무를 관장한다. 그런데 방송법 제9조 제5항 소정의 등록과 승인은 어떠한 성격을 갖는 것일까? 강학상의 등록은 일정한 사실이나 법률관계를 행정기관에 비치되어 있는 장부에 등재하고 그 存否를 공적으로 증명하는 것으로 준법률행위적 행정행위인 公證에 해당한다. 이러한 성질을 지니는 방송사업등록에 대한 거부행위는 방송의 자유 및 영업의 자유에 대한 제한을 가져오는 것으로 국민의 권리관계에 영향을 미치는 것이므로 처분성이 인정된다 할 것이다.²⁴⁾ 그러므로 방송위원회의 승인행위는 현행 방송채널사용사업자와 당해사업신청자간의 법률효력을 보충하여 특정방송사업의 향유라는 자유권적 경제적 기본권의 행사를 완성시켜주는 認可로서 授益의 行政處分의 성격을 지닌다.

셋째, 방송위원회는 방송사업 허가승인·등록의 取消 및 業務停止의 처분을 발할 수 있다. 방송법 제9조 제1항 내지 제10항에서는 방송위원회의 추천·허가승인·등록 등 처분권한에 관하여 규정하고 있는 바, 법 제18조 제1항은 정보통신부장관 또는 방송위원회가 방송사업자 등²⁵⁾에 대하여 허가승인 또는 등록을 취소하거나 6월 이내의 기간을 정하여 그 업무의 전부 또는 일부의 정지를 명할 수 있도록 규정하고 있기 때문이다. 한편 법 제101조 제2호에 따르면 법 제18조 소정의 허가승인 또는 등록의 취소를 할 경우 방송위원회는 聽聞을 실시하여야 하는 바, 행정절차법 제28조 내지 제37조가 적용되는 이러한 청문절차는 행정절차법에 따른 적법절차가 준수되어야 할 준사법적 작용을 구성한다. 이와 관련하여 이 조항이 정보통신부장관과 방송위원회가 방송법상의 모든 사업자에 대해 각자 경합적으로 허가 등의 취소·업무정지처분을 할 수 있는 권한을 가지는 것으로 해석되어서는 아니 되고, 각자 인·허가권을 가지는 사업자에 대

24) 同旨 대법원 1992 12 8 선고 92누7542 판결.

25) 방송사업자중계유선방송사업자음악유선방송사업자전광판방송사업자전송망사업자를 가리킨다.

해서만 非競合의으로 허가 등의 취소·업무정지처분을 할 수 있는 것으로 해석되어야 한다는 하급심 판결²⁶⁾이 있다.

넷째, 방송위원회는 방송사업자 등에 대하여 제재적 행정처분인 課徵金을 부과할 수 있다. 방송법 제19조 제2항은 과징금을 부과하는 위반행위의 종별과 그 금액 등 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 하고 있다. 이에 따라 방송법시행령 제18조 제1항 [별표 1의2] 위반행위의종별및과징금의금액에서 母法의 委任規程에 따라 과징금을 부과하는 위반행위의 종별에 따른 과징금 금액의 기준을 제시하고 있다. 법규정의 문언 및 관련판례의 태도를 좇으면 방송위원회의 과징금부과처분은 재량행위이며,²⁷⁾ 위 별표는 이른바 법규명령형식의 행정규칙에 해당되나 그 법적 성격은 법규명령이라 할 것이다.²⁸⁾

다섯째, 방송위원회는 방송법 제108조 제1항에 의거 행정질서벌인 過怠料의 賦課權者가 된다. 이와 관련하여 방송법시행령 제69조 제3항은 '부과권자는 과태료의 금액을 정함에 있어서는 당해위반행위의 동기와 그 결과 등을 고려하되, 그 부과기준은 별표 4와 같다'고 규정하고 있으며, [별표 4] 위반행위의종류별과태료의부과기준은 위반행위에 따른 부과금액을 제시하고는 비교 1에서 '부과권자는 그 위반행위의 동기와 결과 등을 고려하여 표에서 정한 금액의 2분의 1의 범위 안에서 이를 감경하거나, 2배의 범위 안에서 이를 가중할 수 있다 다만 가중하는 경우에도 과태료의 총액은 2천만원을 초과할 수 없다'라고 규정하고 있다. 따라서 여기서의 과태료부과금액은 법규명령인 위 별표에서 그 최고한도액의 기준이 제시되어 있으며, 고려사항이 참작되어 내려지는 당해 처분은 행위의 요건과 내용에 행정청의 독자적 판단이 인정되므로 裁量行爲로 보아야 할 것이다.

여섯째, 放送廣告의 審議와 관련하여 방송위원회는 放送與否를 議決하는 決定을 한다. 즉 방송법 제32조는 법 시행령이 정하는 방송광고에 대하여는 그 내용의 사전심의권을 부여하여 방송여부를 심의의결할 수 있도록 하고 있다. 그리고 방송광고에 대해서 방송위원회의 심의의결의 내용과 다르게 방송하거나 심의의결을 받지 않은 방송광고를 방송하여서는 아니 되며, 누구든지 위 방송광고에 대해서 거짓 그 밖의 부정한 방법으로 방송사업자가 방송위원회의 결정내용과 다르게 방송하도록 하거나 심의의결

26) 서울행정법원 2001.4.13. 선고 2000구42157 판결 참조, 다만 이 사건 항소심인 서울고등법원 2002.10.24. 선고 2001누7062 판결에서는 방송위원회가 중계유선방송사업자에 대해 업무정지처분을 할 권한이 있다고 전제하면서 다른 처분인 과태료부과로 전환할 것을 내용으로 합의조정하였다.

27) 同旨 대법원 2002.9.24. 선고 2000두1713 판결

28) 同旨 대법원 1997.12.26. 선고 97누15418 판결

을 받지 않은 방송광고를 방송하도록 하여서는 아니 되도록 하는 의무규정을 담고 있다. 그러므로 방송위원회가 하는 放送不可 등의 決定은 處分의 일종으로서 행정소송의 대상이 된다고 보아야 할 것이다.²⁹⁾

(2) 行政調査

방송위원회에게 부여된 법적 직무를 수행하기 위하여 여러 가지 정보와 자료가 필요하게 되며, 특히 준입법적 기능을 위해서 뿐만 아니라 준사법적 기능을 위해 더욱 강제적인 조사권이 필요하다. 자료제출과 관련하여 현행 방송법 제98조는 제1항에서 일반적인 행정상 직무수행의 하나로서 임의적인 조사권을 규정하고 있다. 한편 같은 조 제2항에서는 ‘방송사업자는 매년 말 당해 법인의 재산상황을 방송위원회에 제출하여야 하며 방송위원회는 이를 공표하여야 한다’고 하면서 법 제108조 제1항 제26호에서 이를 위반하여 재산상황을 제출하지 아니한 자에 대하여 의무불이행에 관한 제재수단으로 과태료부과를 규정하고 있는 바, 이는 자료제출을 요구받은 상대방에게 법적으로 의무가 부과되는 강제조사권에 해당한다. 이러한 성격의 자료제출의무로는 방송 실시결과의 제출에 관하여 법 제83조 제1항에서 규정하고 있으며, 이를 위반한 경우에는 법 제108조 제1항 제17호에 따라 과태료가 부과된다. 하지만 관계기관에 대한 자료제출요청권이 법규정에서 삭제된다 하더라도 일반 행정법상의 원칙에 따라 협조의 의무의 형식에 의한 資料蒐集은 가능하며, 규제대상인 방송사나 단체 등에 대하여는 일반적인 감독권의 수행으로서 필요한 자료의 제출을 명할 수 있다고 할 것이다.

(3) 行政指導

방송법시행령 제21조 제1항은 ‘법 제32조 제1항에서 대통령령이 정하는 정보라 함은 방송사업자중계유선방송사업자 및 전광판방송사업자가 전기통신회선을 통하여 방송, TV 또는 라디오 등의 명칭을 사용하면서 일정한 편성계획에 따라 유통시키는 정보를 말한다’고 하여 방송과 유사한 정보의 개념을 정의하고 있으며, 이에 대한 심의와 관련하여 같은 조 제2항은 시정권고의 규제적 행정지도를 규정하고 있다. 이는 ① 급속하게 변하는 행정현상에 신속적이고 탄력적으로 대응할 수 있고, ② 상대방의 임의적 동의를 전제로 하는 까닭에 마찰이나 저항을 방지할 수 있으며, ③ 고도화된 과학기술사회에서 국민들에게 신속하고 적절한 지식과 정보를 제공할 수 있다는 장점을 살리고 있는 것으로 평가된다.

29) 同註 서울고등법원 1998.4.24 선고 97구51256 판결 참조.

2. 準立法權

방송정책 및 방송규제에 관한 행정사무를 담당하는 행정부처는 정부조직법상 규율되지 않고 있다. 또한 방송에 관하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 방송법이 정하는 바에 의하므로 방송법에 따라 설치되는 방송위원회는 법체계상 국가방송사무의 主務機構가 된다. 그런 까닭에 방송의 독립성을 관철하기 위한 제도적 필요성에 따라 방송위원회는 다음과 같은 準立法的 權能(quasi-legislative power)을 지니고 있다. 이는 미국행정법상 행정청(administrative agency)이 갖는 규칙제정(rule making)의 권한을 뜻한다.

(1) 規則制定

방송법 제27조 제1항 제4호에 따르면 방송위원회의 직무로 위원회규칙의 제정·개정·폐지를 일괄적으로 위임하고 있음을 알 수 있다. 그리고 법 제42조는 '위원회가 위원회규칙을 제정 또는 개정하고자 할 때에는 20일 이상의 예고와 위원회의 의결을 거쳐야 한다. 이 경우 위원회는 이를 관보에 게재·공표하여야 한다'고 규정하고 있는데, 행정절차법 제3조 제1항은 '행정절차에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법이 정하는 바에 의한다'고 하므로 행정상 입법예고에 관하여 방송법에 규정되지 않은 사항은 행정절차법 제41조 내지 제45조조의 규정을 따라야 한다. 방송법의 관련조항과 위 규정에서 방송위원회의 규칙이 내부관계만을 규율하는 自治規範的 性質을 가지는 것이 아니라 대외적으로 모든 국민에게 직접 구속력을 발휘하는 법규성을 지닌다는 것을 읽어내기란 어렵지 않다. 前述한 判決³⁰⁾에서도 '방송위원회에 관한 방송법의 각 규정의 취지를 감안하면 방송위원회가 제정하는 규칙은 유관기관을 포함한 국민을 구속하는 법규명령의 효력을 가짐'을 인정하고 있다. 그 가운데 대표적인 것이 방송법 제33조 제1항을 근거로 방송의 공정성 및 공공성을 심의하기 위해 제정하는 방송심의에관한규정을 들 수 있다.

(2) 關聯事項

방송위원회규칙의 성질에 대하여 논란은 있으나, 법령의 직접적인 위임에 따라 행정기관이 법령을 시행하는 데 필요한 구체적인 사항을 정한 것이되 그 제정형식이 고

30) 서울고등법원 1998.4.24 선고 97구51256 판결.

사·훈령·예규·지침 등이라 하더라도 그것이 상위법령의 위임한계를 벗어난 것이 아니라면 상위법령과 결합하여 대외적 구속력을 갖는 법규명령으로 보아야 한다는 것이 판례의 입장이며,³¹⁾ 헌법 제95조 및 방송위원회가 지니는 독립행정청의 성격을 견주어 볼 때 방송위원회규칙을 행정입법의 제정주체에 따른 분류상 部습에 준하는 것으로 해석하여야 할 것이다. 방송위원회는 행정각부가 아니므로 부령을 발할 수 없지만 법령체계상 방송위원회규칙은 방송법의 시행규칙에 해당하는 것으로 봄이 타당할 것이기 때문이다³²⁾

3. 準司法權

(1) 裁決行爲

準司法的 權限(quasi-judicial authority)은 일반적으로 행정청이 하는 裁決(adjudication)을 의미하는 바, 이는 당해 준사법작용의 성질 및 역사적 배경에 바탕을 둔 것이라 할 수 있다. 재결이란 행정청이 중국적 처분을 내리기 위하여 행하는 절차를 말하는데, 미국의 행정절차법(Administrative Procedure Act)에 의하면 通知(notice)-聽聞(hearing)-決定(order)의 3단계로 나누어지며 이들 절차는 모두 서면에 의해 기록(record)으로 작성될 것이 요구된다. 행정청에 의한 재결행위를 인정하게 된 가장 중요한 이유는 사회적·경제적 상황의 변화에 부응하기 위한 것이라는 데 있으므로 문제는 행정청의 재결행위로부터 개인의 자유와 권리를 어떻게 보호할 것인지에 있는 바, 법원은 적법절차(due process of law)의 적용영역을 종래의 사법작용으로부터 행정청의 재결행위로 확장함으로써 전통적인 법의 지배(rule of law) 원리와 행정의 현실과의

31) 대법원 1996 4.12. 선고 95누7727 판결 참조.

32) 이에 대하여는 학계의 견해가 대립되는 감사원규칙을 援用하는 것이 유효할 것으로 보인다. 즉 감사원이 대통령소속의 헌법기관이라 독립행정청은 아니나, 방송위원회와 같이 정부에 해당하지만 정부에 속하지 않고 직무상 독립성이 인정되며 당해규칙의 제정에 대하여 헌법상 명시적인 위임이 없을 뿐만 아니라 兩者 모두 행정자치부소관의 대통령령인 사무관리규정의 적용을 받지 아니하여 각각 감사원사무처리규칙 및 방송위원회사무관리규정을 두고 있다는 데 기인한다. 감사원규칙을 법규명령으로 보는 입장에서는 ① 헌법이 일정한 범형식의 행정입법을 인정하고 있으나 법률에 의하여 그 이외의 범형식을 인정하는 것을 막는 뜻으로 해석할 것은 아니고, ② 법률의 위임에 의하여 또는 법률을 시행하기 위하여 실질적으로 법규적 내용을 정립하는 것은 국회입법원칙에 어긋나는 것으로 볼 수 없다고 하는 바, 행정입법의 제도적 취지와 국민권익의 효과적 보호를 위한 국회의 통제 그리고 감사원의 독립성 및 직무권한을 고려하여 감사원규칙을 법규명령으로 봄이 옳다고 생각한다. 법률이 인정한 범형식이라는 점에서 위와 같은 논리를 원용하여 방송위원회규칙을 법규명령의 일종으로 해석함에는 무리가 없을 것이다.

조화를 도모하게 된 것이다.³³⁾ 우리 행정심판법상 행정심판청구의 재결이란 심판청구에 대하여 행정심판위원회가 심리의결한 내용에 따라 裁決廳이 판단하는 행위를 말하며, 재결은 행정법상의 법률관계의 存否眞否에 관한 분쟁에 대하여 재결청이 일정한 절차를 거쳐 판단·확정하는 행위이기 때문에 준사법적인 확인행위이고 재결청에게 재량이 허용되지 아니하는 기속행위이다.³⁴⁾ 그렇다면 독립행정청인 방송위원회의 처분에 대한 행정심판과 재결은 누가 담당할 것인가?

행정심판법 제5조 제2항 제3호에 의하면 소관 감독행정기관이 없는 행정청의 처분 또는 부작위에 대하여는 당해 행정청이 재결청이 되며 같은 법 제6조 제1항에 따르면 행정심판의 청구를 심리의결하기 위하여 각 재결청 소속하에 행정심판위원회를 두도록 되어 있는 바, 방송위원회의 작용 가운데 위원회의 심의의결을 거쳐 행하는 처분에 대하여는 방송위원회가 재결청이 되며 위 처분에 대한 행정심판의 청구를 심리의결하기 위하여 방송위원회소속하에 행정심판위원회를 두도록 되어 있다.³⁵⁾ 이처럼 독립행정청인 방송위원회는 소관 감독행정기관이 없는 행정관청으로 방송위원회 처분에 대하여 방송위원회가 스스로 재결청이 되며 그 소속하에 행정심판위원회를 구성·운영하는 것이 적법하다는 유권해석을 얻은 것이다. 이로써 방송위원회가 독립행정청임은 분명해졌지만, 행정심판법 제6조 제7항 본문에 의거 행정심판위원회의 조직 및 운영과 위원의 임기신분보장 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정하여야 하므로 현재 방송위원회행정심판위원회에 관하여 조직내부규범인 내규로 정하고 있는 위법상태는 바로잡혀야 할 것이다. 다만 같은 항 단서규정을 원용한다면 독립행정청인 방송위원회 역시 그 행정심판위원회의 조직·운영 등에 대하여 법규명령인 방송위원회규칙으로 정할 수 있는 것으로 해석할 수 있다고 보겠다.³⁶⁾

(2) 是正命令

방송법 제99조 제1항에 따르면 방송위원회는 방송사업자중계유선방송사업자전광판 방송사업자 또는 음악유선방송사업자가 ① 시청자의 이익을 현저히 부당하게 저해하고 있다고 인정되거나 ② 방송법 또는 허가조건·승인조건·등록요건을 위반하고 있다고

33) 이상규, 영미행정법, 법문사, 2001, 61~62쪽

34) 이광윤·김민호, 최신행정법론, 법문사, 2002, 377쪽.

35) 행정심판 질의응답집, 법제처, 2003, 250쪽.

36) 이러한 관점에서는 독립행정청인 국가인권위원회가 기존 훈령 형식의 국가인권위원회행정심판위원회규정을 폐지하고 지난 3월 26일 국가인권위원회규칙 제24호로 국가인권위원회행정심판위원회규칙을 제정 공포한 것과 마찬가지로, 이 부문에 대한 방송위원회의 규칙제정권 행사가 적절히 요구된다 할 것이다

인정되는 때에 해당하는 경우 시정을 명할 수 있다

이러한 시정명령은 행정청인 방송위원회가 법에 기하여 발하는 행정행위의 일종이라는 점에서 행정행위 일반의 효력인 公定力을 갖는다 따라서 그 명령의 상대방은 물론 제3자나 다른 행정기관도 다같이 그의 구속력을 승인하고 그에 복종할 의무가 있다. 그리고 행정행위가 이렇게 공정력을 갖는다는 효력의 중요한 효과로서 방송위원회는 재판절차를 거침이 없이 자력으로 그 시정명령을 집행할 수 있는 이른바 自力執行力을 갖게 된다. 또 시정명령은 관계자의 참여하에 일정한 爭訟節次를 거쳐 권리의무 관계에 관하여 법을 판단·확정하는 준사법적 행위이기에 이를 행한 방송위원회는 사후적 司法統制에 의해 취소·변경되지 않는 한 자신도 이를 임의로 취소·변경할 수 없는, 실질적 확정력인 不可變力을 지닌다.³⁷⁾ 그리고 방송법 제99조 제1항을 위반하여 방송위원회가 명한 시정명령의 내용을 이행하지 아니한 방송사업자 등은 방송법 제18조 제1항 제6호 및 제19조 제1항에 따라 방송사업 허가·승인·등록의 취소 또는 업무정지 혹은 과징금처분 등 강제적 제재를 받을 수 있다.

(3) 制裁措置

방송법 제100조 제1항에서는 ① 시청자에 대한 사과, ② 해당방송프로그램의 정정·중지, ③ 방송편성책임자 또는 해당방송프로그램의 관계자에 대한 징계 등을 제재조치의 내용으로 삼고 있다. 그리고 같은 조 제2항 및 제3항에서는 방송사업자 등의 명령 이행·결과보고 의무와 함께 의견진술 권리를 부여하고 있다. 또한 같은 조 제4항 및 제5항에 따라 제재조치에 이의가 있는 자는 당해 제재조치명령을 받은 날부터 30일 이내에 방송위원회에 재심을 청구할 수 있으며, 방송위원회는 재심결과를 당사자 또는 그 대리인에게 통지하여야 하는 바, 이러한 이의신청과 같은 불복처리에 관한 특별한 절차보장은 준사법적 권한을 행사할 법적 구조를 갖추고 있는 것으로 평가되어진다.

(4) 不滿處理

방송법 제35조 제1항에 따라 방송위원회는 방송에 관한 시청자의 의견을 수렴하고 시청자불만처리 및 청원사항에 관한 심의를 효율적으로 수행하기 위하여 시청자불만처리위원회를 둘 수 있는데, 시청자불만처리위원회의 구성과 운영·시청자불만처리의 절차와 분쟁의 조정 등에 관하여 필요한 사항은 법규명령인 시청자불만처리등에 관한 규칙에 규정되어 있다. 이러한 시청자불만처리 및 청원은 사법적 구제를 보완하는 준

37) 박용상, 방송위원회의 법제론적 고찰, 방송위원회, 1990, 91~92쪽.

사법적 절차로서 시청자주권시대에 상응하는 제도적 장치라 할 것이며, 방송에 대한 불만을 제기하고 방송의 내용에 영향을 미칠 수 있도록 한다는 점에서 방송에 대한 공공참여원리를 실현함에 그 의의가 있다.

IV. 結 語

冒頭에서 언급한 바와 같이, 방송·통신의 융합현상이 가속화되면서 세계 각국에서는 방송과 통신에 대한 감독기구를 통합 정비하는 한편으로 방송통신법의 제정 및 융합 서비스에 대한 법규정 등과 관련한 법제정비를 신속하게 추진하고 있다.³⁸⁾ 이에 발맞추어 새로운 방송통신규제기구의 창설을 모색하는 이론적 구성 및 논의가 활발히 진행되고 있다. 이와 관련하여 앞에서 검토한 현행 방송위원회의 위상을 반추하여 재음미할 필요가 있다. 물론 방송정책권 귀속의 결정문제는 우리의 방송현실과 미래의 발전방향을 감안하면서 행정의 종합성·일관성·효율성 측면에서 접근하여 결정되어야 할 것이다. 이는 미국의 경우 정책과 집행을 통합하여 독립적 연방행정기관에서 총괄하고 있으며 영국·프랑스 등은 행정기구와 집행기구를 분리하여 법제도와 관련된 사항은 정부가 담당하고 규제·감독 등 집행기능은 독립된 행정기관에서 담당하고 있으나, 구체적인 내용은 그 나라의 역사·문화적 배경과 정치체제에 따라 모두 상이하게 나타나고 있다는 데서 확인할 수 있다.

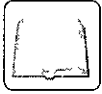
우리의 경우 재원의 공공성, 여론형성의 보루, 문화적 파급력, 기술적 전문성, 사회적 영향력 등과 같은 방송의 특수성으로 인해 정치적 중립성 및 직무상 독립성이 요구되어지는 바, 이를 위하여 행정기능뿐만 아니라 준입법적·준사법적 권한의 부여가 요청되었고, 헌법개정이 이루어지지 않으면 헌법기관이 될 수 없다는 전제에서 행정조직의 편성에는 국가기관이면서도 정부 및 국회로부터 직무독립성을 담보 받을 수 있는 독립행정청이 정책·규제·감독 등의 기능을 수행하는 데 행정부처보다 중립성을 배가할 수 있을 것이라는 취지에서 구성된 것이 방송위원회이다. 그리하여 창설된 방송위원회는 국가의 방송정책에 관한 모든 사항과 행정을 담당하는 유일한 총괄기구로서 방송정책의 수립 및 집행·방송평가위원회 규칙의 제정·방송의 공정성 및 공공성 심의

38) 그와 같은 사례로 미국의 FCC와 캐나다의 CRTC의 경우 이미 일원화된 방송통신위원회의 모습을 갖추고 있으며, 영국은 기존의 관련 규제감독기구인 ITC(Radio Authority·BSCOFTEL Radiocommunications Agency)를 통합하여 OFCOM을 설치하는 등 미디어융합 및 디지털시대에 상응하는 규제체계를 마련한 것을 꼽을 수 있다.

와 제재조치 등과 같은 권능을 행사할 수 있는 독립행정청임에도, 방송위원회의 법적 성질에 관한 논란이 불거져 그 정체성이 위협받아 온 것이 사실이다. 하지만 이러한 논란에 앞서 우리는 대부분의 국가에서 규제·감독기구는 허가업무를 동시에 관장하고 있다는 점과 필요한 정부의 역할과 권한에 관한 문제를 우선 생각하고 이를 수행할 바람직한 규제기구와 정책기구에 대한 논의가 수반되어야 한다는 점을 강조하는 목소리³⁹⁾에 귀를 기울여야 할 것이다.

살피건대, 근본적인 논란의 핵심은 행정고유사무를 정부가 아닌 별도의 기구에서 행하는 것이 우리 헌법체계에 부합할 것인지의 여부이며 이에 따라 방송위원회를 헌법기관화하는 것이 요청된다는 주장도 일응 설득력을 지닌다고 할 수 있다. 그러나 일부 제기되고 있는 헌법위반 문제는 방송의 독립 필요성에 대한 어느 정도 사회적 합의가 이루어져 있다는 점, 국민적 정당성을 가진 대통령과 국회가 조직구성에 관여한다는 점, 다른 나라에서도 이미 오래 전부터 독립행정기구를 창설하여 운용하고 있다는 점을 감안하면 헌법재판소가 위헌결정을 하지 않는 한 독립행정청의 정당성은 부인될 수 없다고 보아야 할 것이다. 여기에는 독립행정청으로서 방송위원회가 급격한 방송환경변화에 대응하고 종합적·체계적인 방송정책을 수행하며 방송의 독립성과 공정성을 확보하는 데 주춧돌이 되고 있기 때문이다. 그러므로 현행 방송위원회제도에서 드러난 문제점을 보완하고 방송의 독립성보장을 고려하여 독립행정청의 위상을 강화하는 측면에서 그 구성과 운영에 있어 다양성과 전문성을 견지하는 법제도적 정비를 구축하는 것이 중요하다고 사료된다. 예컨대 방송위원회 위원선임의 투명성 제고를 비롯한 예·결산 절차의 명확화 및 방송발전기금 보고의 의무화 등 국회에 의한 통제방안을 강화하고 시청자의 영향력을 대폭 증강하여 국민에 의한 방송 확립을 현실화시킬 수 있는 견제장치를 마련할 필요가 있다고 본다. 독립행정청에서는 구조상 독립성 및 기능상 전문성이 제도적 목표이자 실제적 장점인 까닭에, 이를 확보하면서 방송의 자유에 관한 최종적인 기본권주체이자 그 향유자인 국민의 감독을 전폭적으로 수용함이 방송위원회가 합목적적 규제정책에 이르는 첩경이라 할 수 있기 때문이다. 그런 측면에서 이를 바탕으로 정책적 시사점을 도출하고 새로운 규제기구의 정립에 대한 논의가 이루어져야 할 것임을 강조하면서 본고를 맺는다.

39) 방석호, 미디어법학, 법문사, 1995, 370쪽



강현호 · 이민영

방송위원회(Korean Broadcasting Commission)

방송법(Korean Broadcasting Act)

독립행정청(independent administrative agency)

국가기관(national institution) 정부조직법(Government Organization Act)

[ABSTRACT]

A Legal Interpretation on the Nature of Korean Broadcasting Commission

Prof. Dr. Kang, Hyun Ho · Lee, Min Yeong

Nowadays the convergence of broadcasting and communication makes progress in technical and industrial section, but not in the legislation is it fully reflected. So information society which we are living now asks for legislative revision to code with newly-coming informational surroundings which are concreted by boundary mixing services

This paper studied out the legal nature of Korean Broadcasting Commission(KBC) in the light that the institution of regulatory agency correspondent to digital convergence is based upon profound knowledge about the legislative system for broadcasting policy in existence. From this point of view we found that KBC is one of independent regulatory agency as a state organ founded upon the statute, *Korean Broadcasting Act* in the structural aspect. Besides in the functional aspect, the legal fact that KBC retains administrative, quasi-legislative, and quasi-judicial authority is established.

As much as it can, KBC must make the independence certain by diversity and specialty in its administration to reinforce broadcasting's fairness. One of that foothold will be this study, and both together should be the warp and woof of broadcasting environment in digital age That is why we made a legal discussion of the KBC's nature, in the long run.