

【제1주제】

미국에서의 방송통신융합법제의 현황과 전망

FCC 정책에 대한 법원의 제동과 오바마 정부의 당면과제*

안 정 민**

<국문초록>

미국의 연방통신위원회(FCC: Federal Communications Commission)는 방송과 통신의 융합에 따른 기술발전과 환경변화에 맞물려 그간의 방송통신정책을 재고해야 할 시점에 직면해 있다. 최근 부시 정부가 추진해오던 방송통신 규제관련정책이 법적 논쟁으로 비화되면서 일련의 파장을 일으키고 있다. 부시정권 이래 FCC의 방송통신정책의 변화는 미국 미디어 산업 전반에 상당한 혼선을 가져왔다. 다양한 미디어의 등장에 따라 소유규제의 문제는 더욱 복잡해지고 있으며, 망중립성정책과 관련하여 FCC의 초고속 인터넷 규제권한에 대한 분쟁의 소지도 커지고 있다.

더구나 독립적이고 정치중립적으로 운영되어야 할 FCC가 의사결정 과정에서 보여준 비민주성의 문제도 FCC의 개혁을 촉구하고 있다. 방송통신 산업에 대한 규제권한을 가지고 있는 FCC는 정치적 논리에 따라 저속물(indecency)에 대한 방송규제정책을 변경했을 뿐만 아니라, 유사 통신산업분야에 대해 일관성 없는 기준을 적용하여 미디어 산업 전반에 걸쳐 성장을 저해시켜 왔다.

특히 본 논문에서는 미국의 방송통신 정책 중에서도 가장 근본적이며 법적인 문제가 복잡하게 얽혀있는 FCC의 규제권한과 저속물규제에 관해 중점적으로 다루고자 했다. 먼저 통신정책에서는 망중립성, 인터넷 규제권한에 대한 법적 논쟁을 살펴보고, 미국의 새로운 국가브로드밴드계획에 대한 제반적인 문제점을 분석해보았다. 그리고 방송정책과 관련해서는 소유규제에 대한 완화 내지는 강화여부를 진단해보고, 저속물규제에 대한 FCC의 정책변화와 이와 관련된 일련의 판례를 분석해보았다. 이를 통해 이후 오바마 정부가 풀어가야 할 방송통신정책의 개혁과제를 찾아보는데 그 정책적 함의를 두었다.

핵심어: 망중립성, FCC 개혁, 미디어소유규제, 저속물규제, FCC의 보충적 관할권

* 이 논문은 2010년도 한림대학교 연구지원비에 의하여 연구되었음.

** 한림대학교 법행정학부 교수.

I. 서론

새로운 방송통신 기술과 환경의 변화는 전파의 희소성이나 지상파 방송의 영향력과 같은 우리에게 매우 익숙한 “방송의 특수성”이라는 의미를 희석시키고 있다. 유한(有限)한 전파를 통해서만 방송프로그램을 제공할 수 있었던 방송사업자도 지금은 디지털화와 함께 채널을 확장시키고 있으며 네트워크를 통해서 프로그램을 전달하기도 한다.

방송사업자도 이제는 인터넷이나 모바일 등의 다양한 네트워크를 통해 소비자에게 다가가고 있으며, 콘텐츠를 최종소비자에게 제공하는 YouTube나 Skype와 같은 인터넷기업도 그 사업의 전제로 네트워크를 필요로 한다. 이미 네트워크는 개인에게도 각종 애플리케이션이나 콘텐츠를 제공할 수 있는 수단이 되고 있다. 최근 고등학생이 수도권 지역 버스교통정보 애플리케이션인 ‘서울버스’를 제작, 제공한 사례는¹⁾ 더 이상 네트워크가 거대 미디어회사만의 전유물이 아님을 분명하게 보여준다.

이와 같이 디지털 시대의 방송통신은 ‘네트워크’에서 시작된다. 이러한 네트워크는 상호의존성이라는 특성으로 인하여 복잡 다양한 수익구조를 창출한다. 이렇게 창출된 수익은 크고 작은 네트워크 사업당사자들의 협상력에 따라 배분되고 있다. 네트워크의 이용 자체만 가지고 본다면 네트워크의 사용자, 즉 가진 자와 가지지 않은 자라는 사인간의 계약이라고 볼 수 있다. 그러나 일반적인 사인간의 계약대상과는 달리 네트워크는 그 속에 내재되어 있는 공익성으로 인하여 중립적인 조정을 위한 정부의 개입을 필요로 한다. 그러나 정부의 개입이 얼마만큼 필요하며 어디까지 정당한 것인가의 문제는 우리가 향후 네트워크산업의 정책결정방향을 결정하는데 있어서 반드시 짚고 넘어가야 할 과제라 하겠다. 미국의 방송통신 정책에 대한 논의과정과 결정내용은 우리에게 많은 시사점을 던져주고 있다.

¹⁾ http://www.dt.co.kr/contents.html?article_no=2009122102012151686001 (최종검색일 2010. 4. 30)

최근 몇 년간 미국의 FCC의 초고속 인터넷이나 방송규제에 대한 정책 변경이 미국 미디어 산업 전반에 상당한 혼선을 가져오고 있다. 1996년 획기적인 통신법의 마련으로 디지털 미래를 준비하고자 했던 미국은 현재 방송통신에 대한 규제강화와 완화를 반복하고 있는 실정에 놓여 있다. 장기적인 고려 없는 임기응변식의 규제, 기술의 발전과 세계적인 추세를 고려하지 못한 정치적인 정책결정 등이 정권의 변화와 함께 미디어정책에 대한 반복적인 수정을 요구하고 있는 것이다. 이러한 정치적 상황 속에서 미디어산업정책을 주도하고 있는 FCC는 새로운 방송환경 하에 더욱 복잡해진 소유규제의 문제, 저속물(indecency)²⁾에 대한 규제, 초고속 인터넷의 보편적 서비스로의 편입여부, 인터넷과 관련한 FCC의 규제권한의 설정, FCC의 의사결정 과정에서 보여준 위원장의 독선적 운영문제³⁾ 등 복잡하고 다양한 문제에 직면하고 있다.

특히 본 논문에서는 미국의 방송통신 정책 중에서도 가장 근본적이며 법적인 문제가 복잡하게 얽혀있는 FCC의 규제권한과 법적 공방이 끊이지 않는 ‘저속물’에 대한 규제에 관해 중점적으로 다루고자 했다. 먼저 통신정책에서는 망중립성, 인터넷 규제권한에 대한 법적 논쟁을 살펴보고, 미국의 새로운 국가브로드밴드계획에 대한 제반적인 문제점을 분석해 보았다. 그리고 방송정책과 관련해서는 소유규제에 대한 완화 내지는 강화 여부를 진단해보고, 저속물에 대한 FCC의 규제정책변화와 이와 관련된 일련의 판례를 분석해보았다. 이를 통해 본 논문은 미국 부시 정부부터 오바마 정부의 정권교체 과정 사이에 일어났던 정책결정자들 간의 혼돈과 갈등의 현주소를 규명해보고자 한다.

2) “indecency”는 “외설”로도 번역되고 있으나 우리 헌법재판소가 음란과 저속한 표현을 구분하는 것에 따라 여기서도 저속 내지는 저속물로 번역한다.

3) 2007년 소유규제에 관한 결정을 하는 과정에서 동료 위원과 자료를 공유하지 않은 문제, 판단의 근거로 삼았던 자료가 객관성이 없음을 알았음에도 불구하고 이를 감추고 인용하는 등의 절차상의 문제와 더불어 전문성 있는 직원을 효율적으로 활용하지 못한 마틴 위원장의 운영방식이 하원 상공에너지위원회에서 문제되었다; <http://energycommerce.house.gov/images/stories/Documents/PDF/Newsroom/fcc%20majority%20staff%20report%20081209.pdf> (최종검색일 2010. 4. 30); Kevin Werbach, Higher Standards Regulation in the Network Age, 23 Harv. J. L. & Tech. 179 참조.

II. 미국 방송통신 규제체제의 역사적 배경

연방제국가인 미국에서는 방송통신과 관련하여 연방과 주(州, state)가 각각 상이한 권한을 나누어 보유하고 있다. 방송통신에 대한 연방과 주의 관할은 서비스의 종류에 따라 분리되어 있는데, 이러한 서비스기반의 관할구분은 지역전화규제에 대한 주의 권한을 보장한 1934년 통신법⁴⁾에 따른 것이다. 1934년 통신법 체계는 1996년 이 법을 개정할 때에도 그대로 답습되었으며 그 결과 현재 연방은 주간(interstate)의 전화서비스, 무선통신 및 인터넷에 관한 관할권을 보유하고 각 주는 지역유선전화, 케이블 TV에 대한 주된 관할권을 행사하고 있다.

1996년 통신법이 개정될 당시의 미국은 유선전화회사와 케이블TV회사들이 방송통신산업의 주류를 이루고 있었다. 대부분의 인터넷접속도 다이얼업 모델을 통해서 이루어졌기 때문에 당시 법을 개정하는데 큰 고민 없이 지역전화나 케이블서비스는 각 주의 경계를 넘는 지역 간 서비스가 아니라 지역서비스(local service)라고 보았던 것이다. 당시만 해도 방송통신시장에서 케이블과 지역유선전화사의 독점이 상당기간 지속될 것이라고 보았기 때문에⁵⁾ 연방과 주 사이의 새로운 관할배분의 문제보다는 어떻게 지역전화에 경쟁을 도입할 것인가가 중점과제가 되었던 것이다. 따라서 상대적으로 사회기반시설에 대한 투자가 필요했던 무선통신이나 기술적인 지원이 필요했던 서비스는 연방정부가, 그리고 서비스가 최종 소비자에게 전달되는 최종접속(last mile)을 지원하는 케이블TV나 유선전화망 및 주내의 서비스(intrastate services)에 대해서는 각 주가 담당하도록 관할권을 단순하게 나누었던 것이다.

그러나 현행 규제체제의 근간이 되는 1996년 통신법은 당시로서는 ‘세계 최초’로 방송통신시장에 ‘경쟁을 도입’한 ‘혁신적’이었다는 역사적인 의미를 제외하고는 이제 별다른 의미가 없다고 해도 과언이 아닐 것이다.

4) Section 2 of the 1934 Act.

5) Lyons, Daniel A., “Technology Convergence and Federalism: Why Should Decide the Future of Telecommunications Regulation?”, 43 U. Mich. J. L. Reform 383, 2009, 395면.

이미 지역전화나 케이블회사는 지역을 초월하여 전국적으로 음성, 영상, 인터넷서비스의 융합서비스(“triple play”)를 제공하고 있다. 현 체제는 서비스의 종류에 따라 유사한 서비스를 각각 다른 규제체제 하에 놓고 있기 때문에 다음과 같은 문제들을 야기하고 있다.

먼저, 새롭게 제공되는 서비스의 형태가 법이 예상한 전통적인 틀에 맞지 않는 경우가 등장하기 시작한다. 이런 서비스형태는 방송과 인터넷이 결합된 IPTV, 통신망을 이용한 모바일콘텐츠의 제공 등 지속적으로 발전하며 제공되는 새로운 서비스를 어떻게 분류할 것인지, 무슨 서비스로 규정할 것인지, 그리고 이때 연방 또는 각 주중 어느 쪽의 규제를 받아야 할 것인지 등에 관한 불명확성의 문제를 야기하고 있다.

이러한 불명확성은 또한 소비자에게는 완벽한 대체재인 동일서비스를 각각 다른 규제를 받게 함으로써 부당하게 경쟁을 제한하는 파급적인 문제를 초래한다. 예를 들어, 케이블회사의 케이블모뎀을 통한 초고속 인터넷접속서비스와 통신회사(정확하게는 일반통신사업자, common carrier)의 전화망을 통한 초고속 인터넷접속서비스는 소비자에게는 동일한 서비스이다. 어느 네트워크를 이용하든 소비자는 인터넷에 접속할 수 있게 된다. 그러나 FCC는 케이블모뎀을 통한 서비스는 규제대상으로 보지 않는 반면에, 일반통신사업자의 인터넷접속서비스는 엄격한 규제대상으로 지정하여 1996년 통신법이 정하는 모든 의무를 부담하도록 하고 있다.

다시 말하면, 통신법상 FCC는 ‘정보서비스(information service)’를 제공하는 사업자와 통신서비스(telecommunications service)’를 제공하는 사업자로 구분한다.⁶⁾ 정보서비스는 통신법 Title II의 적용을 받지 않기 때문에 FCC의 규제로부터 자유로운 반면, 통신서비스는 통신법상의 일반 통신사업자(common carrier)의 지위가 인정되어 상호접속이나 보편적 서비스 기금의 출현과 같은 각종 규제 대상이 되는 것이다.⁷⁾ 이때 어떤 서비스가 통신서비스이고 어떤

6) 이러한 이분법적 접근방식의 역사는 1960년대로 거슬러 올라간다. 이에 대해 자세히는 안정민, “보편적 서비스의 법적 문제: 미국과 한국의 비교분석”, 방송통신연구 2009년 겨울호, 한국방송학회, 109-112면 참조.

7) 일반통신사업자에 대해서는 통신법 Title II에 그 의무가 규정되어 있기 때문에 이에 기한 FCC의 규제권한을 Title II Authority라고 하기도 한다,

서비스가 정보서비스인지를 정하는 것은 FCC의 권한이다.

정보서비스를 통신서비스로부터 구분하는 근본 배경은 본질적으로 경쟁이 존재하는 창조적인 시장에 대해서는 FCC의 규제가 필요 없다고 보는데서 나온다. 정보서비스와 같이 일단 기술적인 개발을 위한 사업자들의 주도권이 인정되어야 할 부분에 있어서는 최대한 자유를 보장하고 국가의 hand-off 정책을 통해 시장의 발전 정도를 살피는 반면, 전화와 같은 모든 국민에게 기본적으로 필요한 통신서비스는 보편적이고 균일하게 제공되어야 하기 때문에 국가가 엄격하게 규제해 불공정행위의 발생여지를 차단해야 할 의무가 있다고 보는 것이다. 1996년 통신법의 개정 전에는 통신과 정보서비스를 기본서비스와 연동서비스로 구분하였는데, 이때 기본서비스는 전화나 팩스를 의미했으며, 연동형 서비스는 이메일이나, WWW, 보이즈메일과 같은 데이터서비스를 의미했다.

이와 같은 구분에 따라 위에서 설명한 인터넷접속서비스도 케이블회사가 케이블을 통해 인터넷접속을 제공하는 경우에는 소비자에게 궁극적으로 정보서비스를 제공하는 것이므로 규제대상이 아니고, 전화사업자와 같은 일반통신사업자가 DSL(digital subscriber lines)로 제공하는 인터넷접속서비스는 엄격한 규제의 대상이 된다는 논리이다(2002년 “Cable Modem Declaratory Ruling”의 내용. 이후 ‘2002년 결정’이라 한다).

그러나 통신서비스제공자가 부담하여야 하는 각종 의무는 결국 소비자 가격에 포함되게 되므로 이러한 경우 상대적으로 규제가 적은 정보통신서비스제공자가 경쟁력을 갖게 되는 불합리가 발생한다는 것이다. 거의 완벽한 대체재로 볼 수 있는 케이블TV나 위성TV가 각각 다른 규제를 받는 것도 동일한 문제를 발생시키는데 이는 모두 1996년 통신법의 규제여부가 서비스의 종류를 기반으로 하고 있기 때문에 발생하는 결과이다.

1996년 통신법은 비록 방송과 통신을 같은 장에서 규율하고는 있으나 엄격한 의미에서 방송과 통신을 아우르는 융합법은 될 수 없다는 한계를 가진다. 결국 방송통신과 관련된 규제는 방송, 통신망, 케이블TV, 무선통신과 같은 각 영역을 규율하는 법제의 집합이라는 성격만 띠고 있는 것이다. 위에서 지적한 바와 같이 FCC가 규제권한을 가지는 대상 자체도 각각 방송, 통신 내에서 그 서비스의 종류에 따라 정해질 수밖에 없으며

로 통일적인 정책의 수립과 수행이 어려운 실정이다.

이와 같은 FCC의 정책결정상의 애로는 1934년 이후 지금까지의 모습을 이어온 FCC 조직 자체의 문제와 결합되면서 더욱 힘들어 지고 있다. 지난 몇 년간 FCC의 운영은 독립기관으로서의 기능을 발휘하지 못하고 부시정부의 정치적 시너라는 비난을 면치 못했다. 더구나 FCC의 케빈 마틴 위원장의 독선적인 운영은 하원 상공에너지위원으로부터의 지적 및 감사를 받기도 하였다.⁸⁾ 현재 이와 같은 일련의 상황들이 FCC에 대한 개혁의 당위성에 힘을 실어주고 있다.

Ⅲ. 통신정책 수립을 위한 FCC의 인터넷규제 권한

1. FCC의 망중립성 규제권한에 대한 법원 무효판결

1996년 통신법은 FCC에게 모든 주간(州間, interstate) 통신에 관한 관할권을 부여하고 있으며 이를 위해 규칙 또는 명령을 제정할 수 있는 권한을 주고 있다. 이와 같이 법이 명시적으로 규정하고 있는 권한 외에도 FCC는 “이 법에 저촉되지 않으면서 그 기능 수행에 필수적인 모든 조치를 취하고, 규칙과 규정을 제정하고, 명령을 발할 수 있다.”⁹⁾ 일반적으로 이 규정에 따른 FCC의 관할권을 Title I의 “보충적 관할권(ancillary jurisdiction)”이라고 한다. 이 규정의 입법의도에 대해서는 의회가 FCC에게 단순히 - 우리나라의 행정규칙과 같은 - 내부절차를 규정할 수 있도록 정한 것에 불과하다는 주장도 있으나¹⁰⁾ 이제까지 FCC는 성공적으로 보

8) House Launches FCC Investigation; Warns Against Destroying Documents, http://www.broadcastingcable.com/article/101409-House_Launches_FCC_Investigation_Warns_Against_Destroying_Documents.php (최종검색일 2010. 4. 30)

9) 47 U.S.C. § 154(i) Duties and powers

The Commission may perform any and all acts, make such rules and regulations, and issue such orders, not inconsistent with this chapter, as may be necessary in the execution of its functions.

10) Speta, James B., “FCC Authority to Regulate Internet: Creating it and Limiting It”, 35 Loy. U. Chi. L. J., 15, 2003, 23면.

충적 관할권을 확대하여 적용해왔다.

통신법은 Title II에서는 FCC에게 유선전화를 포함한 일반통신사업자 (common carrier)의 서비스를 규제할 권한을; Title III에서는 라디오, 텔레비전, 무선전화에 대한 규제권한을; Title VI에서는 케이블TV를 포함한 케이블 서비스에 대한 권한을 각각 명시적으로 부여하고 있다. 그러나 특히 인터넷에 대해서 명시적인 관할권을 가지지 못한 FCC는 관련 규제에 있어 주로 Title I의 보충적 관할권에 의한 규제권한을 내세우면서 인터넷 관련 각종 규제정책을 펴왔었다. 지난 2010년 4월 6일 연방순회항소법원이 FCC의 이 보충적 관할권에 의한 인터넷 규제권한을 부인하는 판결¹¹⁾을 내림으로써 판결대상이었던 망중립성의 문제뿐만 아니라 차후 FCC의 모든 인터넷정책의 대변화가 예상되고 있다. 이 판결과 관련된 사건개요와 내용을 간단히 살펴보면 다음과 같다.

(1) 절차적 하자

2009년 8월 1일 FCC는 미국 최대의 케이블사업자인 컴캐스트 (Comcast)가 의도적으로 P2P의 인터넷 트래픽을 차단한 것을 망중립성 위반행위로 보아 이에 대해 시정하라는 내용의 재결(adjudication)을 하였다.¹²⁾ 이에 대해 컴캐스트는 FCC에게는 인터넷을 규제할 권한이 없음을 확인하고, FCC의 규제방식에 있어서 행정절차법에 따른 행정입법(rulemaking)의 형식이 아닌 재결(adjudication)로서 결정을 내린 것이 위법함을 구하는 소송을 DC항소법원에 제기하였다.

일반적으로 행정기관의 결정이 개인에게 지대한 영향을 미치는 경우 또는 산업 전반에 걸친 보편적 기준이나 규칙인 경우 행정기관은 행정절차법(Administrative Procedure Act)에 따라서 행정입법(rulemaking)의 형식으로 규칙을 정하여야 한다. 왜냐하면 이와 같은 일반규칙이 제정되어야 그

¹¹⁾ Comcast Corp. v. FCC., Argued January 8, 2010. Decided April 6, 2010. No. 08-1291.

¹²⁾ In the Matters of Formal Complaint of Free Press and Public Knowledge Against Comcast Corporation for Secretly Degrading Peer-To-Peer Applications, 23 F.C.C.R. 13028.

영향을 받은 기업이나 개인이 통일적으로 이를 준수할 것이며 결과적으로 하나의 절차로 다수의 쟁점을 해결할 수 있도록 하기 때문이다.¹³⁾ 특히 행정절차법에 따른 행정입법의 제정은 법정절차를 준수하도록 하고 있어 내용뿐만 아니라 그 절차적인 면에서도 적정성이 담보될 수 있다. 반면에 보편적인 사안이 아닌 단순한 일회성 판단을 요구하는 경우라면 행정기관은 당해 사안에 관련된 특정인에 대해서만 재결로서 판단할 수 있다.

이러한 행정법상의 일반원칙으로 본다면 컴캐스트 명령의 내용은 인터넷접속서비스를 제공하는 사업자 모두를 대상으로 망중립성을 요구하는 사안이었으므로 재결이 아닌 행정입법의 형식으로 정하는 것이 타당했다고 본다.¹⁴⁾ 원칙은 그럼에도 불구하고 통상 법원은 행정기관, 특히 전문 규제기관인 FCC가 특정 사안에 대한 판단을 함에 있어 행정입법이나 재결이라는 어떤 형식으로 결정할 것인가에 대해서는 광범위한 재량을 인정하여 오곤 했다. 이번 사건도 그 예외는 아니었고 결국 FCC의 결정형식을 다룬 컴캐스트의 주장은 기각되었다.

(2) 권한상의 하자

그렇지만 법원은 FCC의 결정형식에 대한 인용과는 달리 컴캐스트의 망중립성 위반행위에 대한 FCC의 제재에 대해서는 만장일치로 권한 없는 행위로 보아 무효를 선언하였다. 법원에 따르면 FCC가 컴캐스트의 비합리적인 망관리관행(unreasonable network management)¹⁵⁾에 대해 가한 제재는 소위 FCC가 정한 망중립성원칙¹⁶⁾에 위반했다는 것인데 이는 법적 구속력을 가지지 않을 뿐만 아니라 이러한 인터넷 네트워크에 대한 규제권한을

13) 김남진, “위임입법과 행정입법절차의 비교법적 고찰”, 미국헌법연구 제18권 2호, 2007, 13면 참조.

14) 안정민, “미국 FCC 망중립성 규제의 허와 실”, 경제규제와 법, 2009년 11월호, 서울대학교 공익산업법센터, 144면 참조.

15) 컴캐스트는 본 사안의 트래픽차단 행위는 인터넷접속서비스 제공자들이 네트워크의 혼잡을 조절하기 위해 특정 사이트의 트래픽을 제한하는 행위를 해오고 있었으며 해당 P2P를 제한한 것도 네트워크의 혼잡을 막기 위한 합리적인 업계의 관행이었을 뿐이라고 주장하였다.

16) FCC, Policy Statement, http://fjallfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-05-151A1.pdf (최종검색일 2010. 4. 30).

의회가 명시적으로 위임하였다고 볼만한 근거가 없다는 것이다.

미국도서관연맹(American Library Association) 판결에 따라 FCC는 다음의 두 전제가 충족된 경우에만 보충적 관할권에 기한 규제권한을 주장할 수 있다. 먼저 i) 규제하고자 하는 대상이 Title I에서 수여된 일반적인 권한의 범위 내에 포함되어 있을 것과; ii) 이러한 규제는 FCC가 명시적으로 위임받은 임무를 효과적으로 수행하기 위해 합리적으로 수반되는 것이어야 한다.¹⁷⁾ 이와 같은 원칙에 입각해 본다면 이번 사건에서도 만약 FCC가 컴캐스트의 망관리관행에 관한 규제권한을 주장하고자 한다면 먼저 사건의 대상인 초고속 인터넷 서비스에 대한 제정법상의 관할이 있음이 인정되어야 하는 것이다.

그런데 앞서 간략하게 언급한 바와 같이 이미 FCC는 2002년 결정(Cable Modem Declaratory Ruling)에서 스스로 케이블 인터넷서비스는 Title II의 대상인 통신서비스도 아니며, Title VI의 케이블서비스로 아니라고 결정한 바 있다. 많은 반대와 비난에도 불구하고 FCC는 케이블모뎀을 통해 최종소비자에게 제공되는 것은 정보서비스(인터넷)이므로 설비를 가지지 않는 인터넷서비스제공자와 동일하게 규제대상이 되지 않는다고 결정하였던 것이다.

이와 같은 2002년 결정의 타당성 여부를 가장 먼저 심사했던 연방항소법원도 기존 판례에 따라 케이블모뎀 서비스는 통신서비스로 보아야 한다며 FCC의 2002년 결정은 1996년 통신법의 해석에 반하는 것으로 보았다.¹⁸⁾ 즉, 당시 연방항소법원은 초고속인터넷서비스가 FCC의 규제대상이라는 판단을 내린 것이다. 그러나 FCC는 이 사건을 연방대법원으로 가져가 결국 항소법원의 판결을 파기시킨 것이다.

연방대법원은 의회가 입법을 통해 FCC에게 통신법 집행에 관한 권한을 위임했다는 것과 위임받은 FCC의 판단이 근거 있는 합리적인 법의 해석이라면 법원은 FCC의 결정을 인용해야 한다며 FCC가 결정한 대로 케이블모뎀을 통한 서비스를 정보서비스로 인정해주었다.¹⁹⁾ 연방대법원의

17) American Library Ass' v. FCC, 406 F.3d 689, 691면 (D.C. Cir. 2005).

18) Brand X Internet Services v. FCC, 345 F.3d 1120 (2003).

19) National Cable & Telecommunications Assn. V. Brand X Internet Service 545 U.S.

지지를 얻은 FCC는 더 나아가 이전까지 통신서비스로 분류했던 DSL 서비스마저도 정보서비스로 재분류한 ‘과거’를 가지고 있는 셈이다.²⁰⁾

2010년 4월 선고된 연방항소법원의 컴캐스트 판결은 이토록 FCC가 관찰하고자 했던 2002년 결정에 따라 컴캐스트의 서비스는 규제대상이 아닌 ‘정보서비스’라는 전제에서 출발한 것이다. FCC에게는 컴캐스트의 망 관리관행을 규제할 명시적 권한도 부여받은 바 없으며, FCC의 여타 권한과도 실질적인 연결성을 가질 수 없기 때문에 - 즉, 주(i) 관찰이 없기 때문에 - 보충적 관찰권도 주장할 수 없다는 논리이다.

역으로 보았을 때, 만일 FCC가 2002년 결정을 다시 변경하여 초고속 인터넷 서비스를 규제대상인 통신서비스로 재분류한다면 미약한 보충적 관찰권에 의존할 필요 없이 통신법에 따라 정식으로 인터넷에 대한 규제 권한을 가지게 되는 것이다. 물론 이 경우에는 졸지에 규제대상이 된 초고속 인터넷서비스사업자들의 반발과 그에 따른 법적 분쟁은 FCC가 감수해야 할 것이다.

(3) 판결의 의미

지금까지 FCC의 초고속 인터넷 관련 규제는 보충적 관찰권에 근거해 왔기 때문에 이를 부정한 본 판결에 따라 FCC의 초고속인터넷정책이나 규제권한에 대해서는 근본적인 해결책이 요구되고 있다. 입법(立法)으로 구체화되지 않은 단순한 의회의 의도, FCC의 정책선언과 같이 구속력을 가지지 않는 망중립성이라는 원칙에 대해 행정기관에게 광범위한 자유를 부여할 수 없다는 판결이유는 타당한 법적 논리의 귀결이라 생각한다. 또한 이 판결이 망중립성 관련 법안수립을 위한 의회의 시도나 FCC의 정책자체를 금지하고자 한 것은 아니기 때문에 오히려 이번 판결로 의회는 FCC에게 명시적인 인터넷규제권한을 부여하거나 망중립성을 규정하는 새

967 (2005); 이에 관해 자세히는 안정민, “보편적 서비스의 법적 문제: 미국과 한국의 비교분석”, 방송통신연구 2009년 겨울호, 한국방송학회, 111면 참조.

20) Appropriate Framework for Broadband Access to the Internet over Wireline Facilities, Report and Order and Notice of Proposed Rulemaking, 20 F.C.C.R. 14853.

로운 법을 제정하는 계기로 삼을 수도 있을 것이다. 이미 망중립성이나 인터넷을 규제하기 위한 입법의 필요성이 주장되고 있으며, 곧 망중립성을 지지하는 의원들이 관련 법안을 제시할 것도 예상되고 있다.²¹⁾

2. 국가광대역통신망계획(National Broadband Plan)과 보편적서비스의 확대

(1) 국가광대역통신망계획

2009년 의회는 FCC에게 모든 미국인의 광대역망 접근을 보장하는 계획을 수립할 것을 명하였고, 2010년 3월 10일 제나초우스키 위원장이 이끄는 FCC는 국가광대역통신망계획을 제출하였다. 국가광대역통신망계획은 오바마 정부가 가장 우선시 하는 통신정책 중의 하나로 정부는 이를 통해 일자리 창출, 투자촉진은 물론 교육과 건강관리분야의 접근성까지 높여겠다는 국책사업의 일환이다.

국가광대역통신망계획은 네 가지 계획 및 이를 실현하기 위한 구체적인 방안, 6대 장기목표와 이에 대한 예산계획 및 실행방법 권고안을 제시하고 있다. 4가지 계획은 i) 활발한 경쟁을 통한 소비자복지, 기술혁신 및 투자정책의 설계; ii) 주파수, 전봇대나 사유지에 대한 물권(物權)과 같은 미국 정부가 관리하거나 영향을 미칠 수 있는 자산의 효율적인 재배치, 운영 및 경쟁 진입장벽의 완화; iii) 고비용지역에 광대역망과 음성서비스의 보편적 서비스를 지원하기 위한 개혁; iv) 공공교육, 의료보건이나 정부활동과 같이 정부의 영향이 미치는 부문에서의 광대역통신 사용의 효과를 최대화할 수 있는 법, 정책, 기준 및 인센티브의 개혁이 있으며 각 계획은 구체적인 실행방안을 담고 있다.

비록 대부분의 국가광대역통신망계획에 대해서는 FCC가 명백한 권한을 가지고 있기는 하나 계획의 큰 부분이 망중립성을 포함해 2020까지 미국가정 90%에 광대역통신망을 제공하는 것을 내용으로 하고 있어 컴캐스트 판결로 인한 적지 않은 진통이 예상된다. 특히, 국가광대역통신망계

²¹⁾ http://online.wsj.com/article/SB10001424052702303411604575167782845712768.html?mod=WSJ_hps_sections_tech#printMode (최종검색일 2010. 4. 25).

획중의 하나가 광대역망서비스를 보편적 서비스로서 모든 국민에게 제공하겠다는 것인데, 이를 위해서는 FCC의 인터넷서비스 사업관련 권한이 확정되어야 할 것이다.

(2) 보편적 서비스 대상의 확대

보편적 서비스란 국가 공공목적의 달성과 함께 국민의 기본적인 생활을 유지하기 위해 모든 이용자가 언제 어디서나 적정한 요금으로 양질의 기본적인 통신 서비스를 제공받을 수 있도록 하는 필수적인 서비스를 말한다. 기본적인 음성전화 서비스 이용 및 접속, 응급전화, 공중전화 등 여러 가지 통신서비스 중에서도 어떤 것을 보편적 서비스 대상으로 할 것인가는 국가의 필요에 따라 다르다. 위의 국가광대역통신망계획에서 보듯이 이제 는 광대역망서비스까지도 보편적 서비스로 제공해야 한다는 주장이 설득력을 얻어가면서 계획의 일부로 편입되었다. 보편적 서비스 제도는 연방과 주가 함께 운영하는 프로그램이다. 연방과 각 주 사이에 합동위원회가 설치되어 있어 이 위원회가 보편적 서비스의 대상이 될 서비스의 종류를 FCC에 제안하고 이에 따라 FCC는 보편적 서비스 대상을 결정하고 있다.

모든 국민에게 보편적으로 제공되어야 하는 서비스는 당시 기술의 발전과 제공가능성 여부에 따라 결정된다. 1996년 통신법은 보편적 서비스를 ‘진화하는(evolving) 통신서비스’로 보면서 FCC로 하여금 통신과 정보의 기술 및 서비스 발달을 고려하여 정기적으로 결정하도록 하고 있을 뿐 ‘보편적 서비스’가 무엇인지에 대해 구체적으로 정의하고 있지는 않다.²²⁾ 현재 미국은 고비용 지원제도(high-cost program), 저소득층 지원제

22) 미국 통신법상 보편적 서비스의 대상이 되기 위해서는 통신서비스 중에서도 (i) 교육, 의료, 공공의 안전에 필수적이고, (ii) 통신사업자가 전기통신망으로 일반 공중의 통신을 위해 제공하고 있는 것으로, (iii) 절대 다수의 국민들이 선택에 따라 사용(수신)하고 있는, 그 중에서도 (iv) 공익과 공공의 편의 및 필요에 합치하는 서비스이어야 한다(47 U.S.C. §254(c)).

보편적 서비스로 결정된 경우 이러한 서비스는 (i) 공정하고 합리적이며 지불 가능한 요금으로 제공되어야 하며; (ii) 첨단통신 및 정보서비스에 대한 접근은 전국 모든 지역에서 제공되어야 하며; (iii) 저소득소비자 및 지방, 도시지역 및 고비용 지역의 소비자를 포함하여 전국 모든 지역의 소비자들은 장거리 서비스, 첨단통신 및 정보서비스를 포함하여 통신 및 정보서비스를 도시지역에서 제공되는 서비스와 동등하고, 도시지역에서 제공되는 유사서비스와 동일한 요금으로 접속할 수 있어야

도(low income program), 학교 및 도서관 프로그램(E-rate program)과 시골의료기관 지원제도(rural health care program)의 네 가지 제도를 보편적 서비스로 제공하고 있으며, 부시 정부는 향후 10년 동안 모든 국민이 경제적으로 적당한 가격에 광대역통신망에 접근 할 수 있도록 하는 프로그램을 추가할 계획을 가지고 있다.

1996년 통신법상 ‘통신서비스 제공자’로 분류된 통신사업자는 보편적 서비스의 제공을 위해 매출이나 기여율을 기준으로 보편적 서비스 기금(Universal Service Fund)을 부담할 의무를 진다. 현재는 Title II의 일반통신사업자만 기금을 부담하고 있지만, 늘어나는 보편적 서비스 제공비용을 충당하기 위해서는 기금부담 의무를 앞서 보았던 광대역통신망 사업자(즉 정보서비스 제공자)에게까지 확대시켜야 한다는 주장이 끊임없이 제기되고 있다. 더군다나 국가광대역통신망계획에 따라 모든 국민에게 광대역서비스의 혜택을 누릴 수 있도록 하기 위해서 당장 커넥트아메리카펀드(Connect America Fund: CAF)를 조성하겠다는 계획까지 수립하고 있으나, 미국의 보편적 서비스 기금부족은 이미 심각한 상태이다.

지난 2006년 FCC는 인터넷전화(VoIP)서비스를 통신서비스로 분류하여 인터넷전화서비스 제공자에게도 보편적 서비스 기금의무를 부담하는 명령을 발표한 바 있다.²³⁾ 여지없이 인터넷전화사업자인 Vonage사는 자사는 전화통신서비스가 아닌 데이터서비스를 제공하는 정보서비스 제공자이므로 보편적 서비스 기금 부담의무가 없음을 확인하는 소송을 제기하였지만²⁴⁾ 패소하고 FCC의 결정은 인용되었다.

미국은 보편적 서비스를 제공함에 따르는 손실의 보전은 전국을 여러

하며; (iv) 모든 통신서비스 제공사업자들은 보편적 서비스의 유지 및 발전에 동등하고 비차별적 기여를 해야 하며; (v) 보편적인 서비스를 유지하고 촉진시킬 수 있는 구체적이고 예측가능하며 충분한 연방 및 주의 지원기구가 있어야 하며; (vi) 초등 및 중등학교, 강의실, 보건사업자 및 도서관은 첨단통신서비스에 접근할 수 있어야 한다. 그 외에 (vii) 합동위원회와 FCC가 정한 보편적 서비스에 관한 다른 원칙도 공공의 이익, 편의 및 필요를 보호함에 있어 필요하고 적절해야 하며, 무엇보다도 1996년 통신법과 일치하여야 한다(47 U.S.C. §254(b)).

23) Federal-State Joint Board on Universal Service; IP-Enabled Service, 71 Fed. Reg. 38781 (July 10, 2006).

24) Vonage Holdings Corp. v. Federal Communications Com'n, 489 F.3d 1232, (2007).

권역으로 나누어 각 지역에서 보편적 서비스를 제공하는데 발생하는 비용을 산정하여 전국평균비용을 산출한 뒤, 이후 각 지역에서 발생하는 비용과 비교하는 방식을 취하고 있다. 즉, 보전기준을 미리 정해놓은 뒤 전국 평균비용을 초과하는 지역에 대해서만 지원하는 방식이다.²⁵⁾ 최근 FCC는 모든 전화서비스 제공자에게 균일요금(flat fee)으로 보편적 서비스 기금을 충당하게 하는 방식 등 다른 기금산정방식을 검토 중이다.

IV. 방송정책수립을 위한 FCC의 권한

1. FCC 저속물 규제정책과 법원의 판결

정부와 의회의 지지를 받는 FCC와 같은 독립규제위원회들이 부시 정부의 집권동안 헌법적 한계를 넘는 경우가 빈번하게 발생 되면서 이들의 독립성이나 헌법을 수호하려는 법원의 역할은 더욱 주목을 받게 되었다. FCC의 경우 몇 십년동안 퍼시픽카판결에 따라 법원이 인정한 범위 내에서만 규제해오던 저속물에 대해 점점 그 규제범위를 확장시켜 나갔다. 이러한 FCC의 태도를 법원에서 다루는 건수도 많아지고, 급기야는 FCC의 모든 규제 정당성여부가 FCC 자체적인 권한에서가 아니라 사법부에 의존해야하는 모습을 보이기도 했다. 즉, 이전까지는 헌법적인 문제 때문에 규제하지 않았던 사항들에 대해서도 일단 규제하고 차후 이에 대한 법원의 판단을 지켜보려는 태도로 바뀌었다.

(1) 저속물 규제정책의 변경

2003년 1월 골든 글러브상을 수상한 그룹 U2의 보노(Bono)가 수상소

²⁵⁾ 미국의 경우 시골지역에서는 전국평균의 115% 초과하는 지역, 그 외의 지역은 135%를 초과하는 지역을 손실보전대상으로 정해놓고 있다. 이러한 방식은 비용만을 고려하여 손실금을 산정하기 때문에 보편적 서비스 손실보전금의 예측가능성과 투명성을 높일 수 있다는 장점이 있는 반면에 합리적인 기준을 결정하기가 어렵다는 것이 단점이다. 변재호, “편적서비스 지원제도 비교연구” 한국통신학회논문지 제33권 5호, 362면 참조.

감을 발표하면서 순간적인 욕설(fleeting expletives)을 사용한 것이 NBC를 통해 생방송 되어 문제된 바 있다.²⁶⁾ 이전까지 FCC는 저속어로 금지된 단어²⁷⁾가 포함된 일회성 욕설은 전체적인 문맥상 성적인 묘사가 없는 경우에는 저속하다고 보지 않고 규제하지 않았다.²⁸⁾ FCC는 ‘저속’을 ‘동시대의 사회기준으로 보았을 때 방송수단으로써 명백하게 저속하도록 생식기와 배설기관, 또는 그러한 행위를 서술하거나 묘사하는 언어 또는 물건’으로 정의하고 있다.

그러나 보노(Bono)사건 이후 의회와 국민의 FCC의 저속방송물 정책에 대한 비판이 거세지자 FCC는 기존 보노의 표현은 문제가 없다는 입장을 번복하여 일회성인 순간적인 욕설인 경우라도 특정 단어가 사용된 경우에는 방송사업자들에게 그 책임을 묻는 새로운 방침을 발표하게 된다.²⁹⁾ 이와 같은 FCC의 결정에 장래 영향을 받게 될 방송사들은(FOX를 포함) FCC의 결정의 효력집행정지를 구하는 소송을 제2순회 항소법원(The U.S. Court of Appeals for the 2nd Circuit)에 제기하였고, 이에 대해 연방항소법원은 FCC의 입장변화에 대한 질차적인 문제만을 대상으로 하여 FCC의 결정은 ‘자의적이고 변덕스럽다’(arbitrary and capricious)라는 이유로 효력정지를 인용한 바 있다.³⁰⁾

FCC는 저속어에 대한 규제정책의 급작스러운 변경은 어린이를 포함한 시청자들이 그러한 저속한 언어에 노출되어서는 안 되기 때문이라는 주장에 기초하였다. 그러나 항소법원은 FCC의 주장이나 정책을 변경할 근거로 삼을만한 기초적인 자료가 제시된 바 없으며, FCC가 단순히 저속한 언어노출을 방지하기 위한 규제를 가하는 것이라면, 뉴스나 보도에서 사

26) Bono는 그 자리에서 “[T]his is really, really, fucking brilliant. Really, really, great.”라고 했다.

27) 피시피카 판결이후에 FCC는 shit, fuck, piss, cunt, cocksucker, motherfucker, tits 와 같이 판결에서 인정된 7가지 단어만을 규제대상이 되는 저속어로 보았다.

28) 저속(indecency)이란 ‘성적 표현이지만 금지되어 있는 음란에까지는 이르지 않아 헌법적으로 보호받는 표현’을 말한다.

29) 안정민, “미국 방송매체의 음란의설 규제정책의 변화과정 분석”, 방송연구 2007년 겨울호, 125-127면 참조.

30) Fox Television Stations, Inc. v. FCC, 489 F.3d 444, 454 (2007); 본 판결에 관하여 안정민, “성표현에 대한 방송심의”, 언론과 법 제7권 2호, 2008, 75-76면 참조.

용되는 저속어에 대해서는 어떤 근거로 규제 하지 않는 것인지를 일관성 있게 구분하지 않았다고 보았다. 이에 따라 법원은 FCC가 제시한 이유는 시행하고자 하는 규제와 현실적으로 아무런 관련성이 없다는 것을 지적하였다. 비록 FCC는 재량으로 정책을 변경할 수는 있지만 본 사건의 명령에서는 문제에 대한 합리적인 분석이 전혀 없이 결론에 도달하였다는 것도 문제로 지적하였다. 아쉽게도 항소법원은 저속 자체에 대한 헌법적인 문제 - 위헌여부 - 에 대해서는 아무런 언급도 하지 않아 결국 어려운 문제를 회피했다는 비난을 면치 못했으며 사건은 연방대법원으로 이송되기 에 이른다(Fox Television Stations, Inc. v. FCC 사건).

이후 2004년 슈퍼볼 생중계 쇼 도중에 9/16초간 자넷 잭슨의 가슴노출 (일명 “wardrobe malfunction”)되는 사건이 발생한다. FCC는 이에 대해서도 55만불(한화 약 6억)의 벌금을 부과한다.³¹⁾ 그러자 CBS는 이전까지 FCC는 저속한 경우라 하더라도 단어(words)나 영상(images)을 따로 구별 하지 않고 동일한 것으로 간주하면서 일회적이거나 순간적인 저속물은 규제하지 않았다가 갑자기 이와 다른 엄격한 기준을 적용한 것은 위법이라는 이유로 법원에 FCC의 결정의 무효를 구하는 소송을 제기하였다. 이에 대해 2008년 제3순회 항소법원(The U.S. Court of Appeals for the 3rd Circuit)도 FOX판결과 마찬가지로 FCC가 기존의 규제정책을 변경하면서 합리적인 이유를 제시하지 않은 것은 ‘자의적이고 변덕스럽다(arbitrary and capricious)’고 보아 무효로 판단하였다. 법원은 FCC가 CBS사건에서 저속어와 저속한 영상을 다른 것이라고 구분하여 판단한 것은 그간의 언어와 영상을 동일하게 간주했던 관행에 비추어보아 변경되었다고 볼 수 있음에도 불구하고 이에 대한 적정한 통지나 이유를 제시하지 않았다고 보았다는 이유로 FCC의 정책변경은 효력이 없다고 본 것이다. 이후 본 사건(CBS Corp. v. FCC 사건)도 연방대법원으로 이송되었다(연방대법원은 2009년 5월 4일 이하 설명할 FOX판결의 취지에 따라 재심하도록 환송하여 본 사건은 항소법원에 계류 중이다).³²⁾

31) Complaints Against Various Television Licensees Concerning Their Feb. 1, 2004 Broadcast of the Super Bowl XXXVIII Halftime Show, 21 F.C.C.R. 2760, 2761 (2006).

(2) FCC의 저속물규제 강화에 대한 정치적 배경

저속물에 대해 FCC가 강경하게 대응을 보인 것은 비단 보노(Bono)나 자넷 잭슨(Janet Jackson) 두 사건 때문은 아니었다는 게 정설이다. 이미 2004년 미국 하원에는 방송품위시행법이 상정되어 있었고 다만 자넷 잭슨 사건 이후에는 이와 같은 규제의 필요성에 대해 의회 및 국민들의 지지를 얻게 되어 강경대응을 위한 기반이 마련된 것이다.³³⁾ 이 두 사건은 이전부터 저속한 방송에 대한 규제 강화를 주장하던 사람들 - 종교단체나 보수 공화주의자 - 에게 더 많은 힘을 실어준 계기가 되었다. 이 법안의 토의과정에서 위원들은 이제까지의 FCC의 저속물규제 위반에 대한 과징금이 충분하지 못하여 실질적인 규제효과가 없었다는 주장을 펼쳐 과징금의 상한을 올리기도 했다.

이런 방법으로 공화당 중심의 의회와 부시정부는 지속적으로 FCC로 하여금 헌법의 경계를 점점 침범하는 위협을 감수하도록 하면서 규제를 강화해 나간 것이다. 그 결과 2006년 6월 15일 부시 대통령은 “행정부의 수반으로서 또 FCC에 자신의 중요한 임무가 미국 가족을 보호하는 일이라는 것을 이해하는 자를 임명한 사람으로서 전적인 책임을 진다”라는 성명과 함께 방송품위시행법(The Broadcast Decency Enforcement Act)³⁴⁾에 서명하게 된다. 동법의 시행으로 부시정부와 의회는 FCC가 부과할 수 있는 과징금의 상한을 열배 넘게 올려 주었으며, 의회와 부시정부의 청신호를 받아들여 FCC는 2004년 저속한 방송에 대해 강력한 규제를 가하는 정책변화를 시도한 것이다.

이러한 정부와 의회의 규제강화 압력은 은밀하게만 진행될 수는 없었다. 당시 방송이나 통신회사에 대한 규제완화를 시도하고자 하였던 FCC 위원장 마이클 파웰(Michael Powell)은 FCC를 향한 의회와 정부의 정치적 압박을 느끼고 위원장직에서 사임하였다.³⁵⁾ FCC의 규제강화가 불충분

32) CBS Corp. v. FCC, 535 F.3d 167, 209 (3d Cir. 2008)

33) 동 시행법은 2004년 1월 21일에 미시건 하원의원인 Fred Upton에 의해 발의되었으나 상원에서 통과되지 못하였고, 그 다음해인 2005년 379:35로 통과하게 되었다.

34) Broadcast Decency Act of 2005, Pub. L. No. 109-235, 120 Stat. 491 (amending 47 U.S.C. §503(b)(2)).

35) 당시의 신문기사나 비평들을 살펴보면 파웰은 방송통신에 대한 규제를 완화하고자

하다고 생각했는지 부시 대통령은 파웰의 후임으로 FCC의 위원이면서
 번번히 파웰의 규제완화시도를 저지했던 자신의 최측근인 케빈 마틴
 (Kevin Martin)위원을 39세의 나이로 위원장으로 임명한다. 부시 정부는
 이미 파웰이 저속물에 대해 강력하게 대응하지 않았다고 공공연히 비판을
 해 온 마틴 위원을 위원장으로 임명하면서 저속물 규제강화라는 강력한
 메시지를 전달한 셈이다.

(3) 방송통신융합환경 하에서 저속물규제의 위헌가능성

FOX 사건에 대해 항소법원이 FCC의 정책변경은 행정절차법이 요구하
 고 있는 정당한 이유 제시가 없었다는 판결은 2009년 4월 28일 연방대법
 원에서 5대4 결정으로 파기되었다. 즉 연방대법원에서는 FCC의 저속방송
 에 대한 규제정책 변경이 행정절차법을 위반함이 없다고 보았고, 이에 따
 라 본 사건의 절차적 문제가 아닌 저속물 규제 자체의 위헌여부에 대해
 판단하라는 취지로 제2순회 항소법원으로 환송하였다. 같은 해 5월 4일에는
 CBS에 대한 FCC의 벌금부과처분에 대해서도 ‘순간적인 욕설에 대한
 규제정책을 변경함에 있어 절차상의 하자가 없다’는 FOX판결의 취지에
 따라 재심하도록 환송하였다.

연방대법원의 다수의견은 행정기관이 정책을 변경함에 있어서는 이유
 가 필요하기는 하지만 모든 행정기관의 정책변경행위가 반드시 실질적인
 근거로 정당화 될 필요는 없다고 보았다.³⁶⁾ 즉, 행정기관이 정책을 변경
 하는 경우 수권법이 허용하는 범위 내에서라면 적당한 이유(good
 reasons), 그리고 행정기관이 기존 정책보다 변경된 정책이 더 낫다고 판
 단하면 충분하다는 것이다.³⁷⁾

하는 소신을 가지고 있었으나 정부와 의회의 압력 때문에 타협해왔다고 논평하고
 있다. <http://www.nytimes.com/2005/01/22/politics/22powell.html> (최종검색일 2010. 4.
 25); 내지는 <http://query.nytimes.com/gst/fullpage.html?res=9B03EEDD1130F930A15751C1A9629C8B63&sec=&spon=&pagewanted=2> (최종검색일 2010. 4. 25).

36) Fox II, 129 S. Ct. at 1810.

37) “[i]t suffices that the new policy is permissible under the [agency’s governing]
 statute, that there are good reasons for it, and that the agency believes it to be
 better, which the conscious change adequately indicates.”; Fox II, 129 S. Ct. at
 1804.

그러나 연방대법원은 본 결정을 통해 저속물규제 자체에 대한 헌법적 문제를 살펴볼 것을 항소법원에 명령한 것이다. 사실 미국법원은 가능한 한 복잡한 헌법문제에 관한 판단은 회피하려는 경향을 보인다. 이는 클럭 대 마티네즈(*Clark v. Martinez*) 판결³⁸⁾에서 확인된 원칙이라고도 볼 수 있는데, 법원이 특정 사안을 심의함에 있어 여러 가지 채택 가능한 법원칙이 있다면 가능한 헌법적인 문제를 다루지 않는 하나를 선택하라는 것이다. 다시 말해 법원은 심사기준의 선택에 앞서 반드시 선택한 수단이 가져오는 필연적인 결과를 고려해야 하며, 만약 그 중 하나가 다양한 헌법적 문제를 야기한다면 소송당사자에게 미치는 영향여부를 떠나 헌법적 문제가 없는 쪽의 법원칙을 선택하도록 하라는 것이다. 이 원칙에 따라 FOX와 CBS를 담당할 항소법원도 교묘하게 행정절차법상의 문제만을 들어 헌법심사를 피하고자 하였고, 연방대법원도 헌법적인 고려를 제외한 채 단순히 FCC의 결정이 자의적이거나 변덕스럽지 않았다고만 결정했을 뿐이다.

이 판결과 관련하여 비록 연방대법원의 다수의 대법관들은 헌법적 문제의 언급을 회피하였으나, 토마스 대법관은 다수의견을 지지하면서도 현행 FCC의 저속물규제 정책은 위헌여지가 있음을 밝히고 있다. 방송환경이 변화한 상황에서도 방송에 대해 완화하여 적용하던 헌법수정조항의 원칙이 여전히 유효한가에 관한 의구심을 나타내면서³⁹⁾ 본 사건의 헌법문제가 항소법원의 재심의를 거쳐 다시 연방대법원에 올라와 심의될 경우 방송의 내용규제에 대한 근본적인 변화를 가져올 계기가 될 수도 있음을 시사 하였다. 또한 항소법원의 FOX 판결도 비록 구속력이 없는 판결이유(*dicta*)라는 한계는 있지만, 만약 FCC의 저속방송에 대한 규제가 헌법심사를 받게 되는 경우라면 위헌판결을 받을 수도 있음을 - 헌법심사를 통과하지 못할 것이라는 - 언급한 바 있다.

1978년 퍼시피카 판결 이후, 변화된 방송통신 융합환경 하에서 저속물규제 자체에 대한 위헌여부는 또 다시 FOX사건을 통해 연방대법원에서 다루어질 전망이다.

³⁸⁾ 543 U.S. 371, 380-381 (2005).

³⁹⁾ Fox II, 129 S. Ct. at 1819-1822.

2. 소유규제 완화정책과 오바마 정부의 딜레마

2002년 FCC는 1996년 통신법이 정한 바에 따라 방송소유제한에 대한 규칙의 타당성 여부에 관한 조사를 실시하였다. 그리고 그 결과를 토대로 2003년 1개의 회사가 미국 전역에 걸쳐 진출할 수 있는 방송 시장의 범위를 종래의 35%에서 45%로 확대하고, 신문과 방송 겸영을 금지했던 것을 대폭 완화한다.⁴⁰⁾ 신문/방송겸영금지규칙이란 1975년부터 FCC에 의해 실시되고 있는 소유규제의 하나로 경쟁과 다양성을 보장하기 위해 동일 시장에서의 신문과 방송국의 공동 소유를 금지하는 제도이다.⁴¹⁾

신문/방송 겸영금지에 대한 완화결정은 미국 미디어 시장에 엄청난 파장을 가져왔다. 적어도 75만 명의 일반인, 시민단체, 정치인들이 반대외사를 명백히 표명하는 반면, 미디어기업들은 새로운 미디어환경에 타당한 조치라며 대환영했다. 그러나 FCC의 변경된 소유규칙은 이듬해인 2004년 프로메테우스 라디오 프로젝트라는 비영리단체가 제3 항소법원에 그 타당성여부에 관한 소를 제기하면서 2010년 3월 23일까지 단 한 번도 그 효력을 발생하지 못했다(Prometheus v. FCC).⁴²⁾

프로메테우스 법원은 FCC에게 공개논의와 객관적인 자료를 기초로 소유규칙에 대해 재고할 것을 명령했고, FCC는 - 8차례의 공청회와 의견수렴절차를 걸쳐 - 2007년 12월 18일에 “2007년 결정(2007 decision)”을 채택하게 된다.⁴³⁾ 본 결정은 신문과 방송의 겸영은 미디어다양성을 훼손하

40) 방송서비스 지역에 3개 이하의 TV방송국이 있는 지역에서는 겸영이 금지되나, 4-8개의 TV방송국이 있는 지역에서는 하나의 신문사나 라디오, TV방송국의 50%를 겸영하든지, 하나의 신문사나 라디오방송국을 100% 겸영할 수 있는 등 여러 가지 조합에 의한 소유를 가능하게 하는 것을 내용으로 하였다.

41) 안정민, 『디지털 컨버전스와 방송규제』, 한국학술정보, 2006, 117면.

42) 프로메테우스 사건에서 법원은 FCC의 신문/방송겸영금지 완화가 헌법이나 1996년 통신법에는 위반되지는 않으나 지역시장 내에서 겸영을 허용하기 위해 선정한 기준들이 어떻게 도출되었는지 그 기준의 정당성이 충분히 제시되지 않았다고 보았다. 이에 따라 법원은 2004년 2월 FCC에게 연방대법원에 항고하든지 아니면 항소법원의 결정에 대한 효력집행정지를 받아들이고 재심의 할 것을 명령하게 된다. FCC는 항고하지 않고 관련 소유규칙의 재수립을 위한 절차를 개시하였고 이에 따라 동 규칙은 아직까지 효력이 정지되어 있는 상태이다; Prometheus Radio Project v. FCC, 373 F.3d 372 (3d Cir. 2004), cert. Denied, 545 U.S. 1123 (2005).

43) 이때에도 최소한 8개 이상의 독립된 미디어가 시장에 존재해야 하는 등의 부가적

지 않는다며 상위 4대 방송을 제외한 상위 20개 개별시장(DMA)에서의 신문과 방송의 겸영을 허용하는 것을 골자로 한다. 공화당과 민주당이 3대2로 갈린 의결로 32년간 동일지역에서 신문사의 방송겸영을 금지했던 규정이 대폭 완화되었다.

그러나 2007년 결정에 대해서도 많은 비판이 있었다. 특히 FCC의 민주당 의원인 콕스와 아텔스타인 위원이 제기한 케빈 마틴 위원장의 독선적인 FCC운영은 이후 FCC의 개혁논의의 중심으로 부상하기도 했다.⁴⁴⁾ 이와 같은 비판론에 동조하여 당시 상원의원이었던 오바마 대통령과 하원 상공에너지위원장을 포함한 양원에서 소유규제완화 저지를 위한 노력을 지속적으로 펼쳐왔다.⁴⁵⁾ FCC결정을 지지하는 부시 대통령의 거부권행사 협박에도 불구하고 상원에서는 2007년 12월 4일 2007년 미디어소유법(the Media Ownership Act of 2007 (S.B. 2332))을 통과시켜 FCC의 새로운 미디어소유규칙의 시행을 최소 180일간 지연시키는데 성공했으며, 하원에서도 같은 달 18일 FCC의 새로운 미디어소유규칙의 책정에 있어 투명성을 확보하는 내용의 법안(H.R. 4835)이 발의되기도 했다.⁴⁶⁾

이와 같은 공방 중에 2009년 3월 3일 FCC 위원장으로 제나초우스키가 임명되었다. 위원장은 FCC가 매4년 마다 실시해오는 정기적인 소유규칙 심사가 2010년인 만큼 이때까지만 2003년 소유규제완화 결정에 대한 효력집행정지를 유지시켜 줄 것을 법원에 요청하였다. 그러나 2010년 3월 23일 항소법원이 프로메우스 사건(Prometheus Radio Project v. FCC)의 심리를 재개하기로 결정하면서 2007년 소유규제완화 결정은 그 효력을

인 조건이 있으나 자세한 논의는 생략한다.

- 44) 각주 4) 참조. “Deception and Distrust: The Federal Communications Commission under Chairman Kevin J. Martin,” <http://energycommerce.house.gov/images/stories/Documents/PDF/Newsroom/fcc%20majority%20staff%20report%20081209.pdf>; Kevin Werbach, Higher Standards Regulation in the Network Age, 23 Harv. J. L. & Tech. 179 참조.
- 45) 오바마는 미디어의 집중이 결국 다양성을 해치고 뉴스와 정보원의 감소를 가져올 것이라며 FCC의 결정을 강력하게 비난하였다.
- 46) 한편, 커먼코즈(Common Cause)와 5개의 시민단체는 2008년 3월 24일 FCC의 결정을 취소해달라는 청원(petition)을 제기하기도 했으며, 반대로 미디어기업들은 그러한 청원을 폐기해달라는 요청하였다. 시민단체는 소유규제규칙이 지나치게 완화되었다고 보았지만, 미디어기업들은 충분하지 않다는 주장으로 맞선 것이다.

발생하게 되었다.

현재 오바마 정부는 미디어의 소유규제에 관해 두 가지 딜레마를 안고 있다. 우선 전통적인 미디어 시장에서 소비자의 감소와 함께 재정부담을 버텨내지 못하여 도산하거나 합병하는 미디어기업들이 속출하고 있다는 것이다. 그 결과 거대 미디어기업이 탄생하고 이들은 결국 지나친 미디어 집중을 초래해 소비자에게 중요한 정보의 전달이나 다양한 견해의 형성을 위협한다는 것이다.

오바마 대통령이나 제나초우스키 FCC 위원장은 여러 번 미디어다양성의 중요성을 언급해왔기 때문에⁴⁷⁾ 일부에서는 2010년 FCC가 미디어소유권규칙을 재심사할 경우 미디어다양성 - 특히 지역성(localism) - 에 대한 충분한 고려가 있을 것이라고 기대되고 있다. 더군다나 현재 FCC 위원들은 민주당 중심으로 구성되어 2003년이나 2007년 결정 당시와는 정반대되는 결정이 내려질 수도 있는 상황이다. 이러한 변화가능성에도 불구하고 법원이 다시 심리를 재개한 것은 계속되는 FCC의 권한분쟁이나 자체적인 해결보다 사법적 심사에 의지하려는 FCC에 대한 법원의 인내심이 한계에 다다른 것으로 해석할 수 있다.

V. 결론

부시정부에서는 상원과 하원을 포함한 양원에서 여당인 공화당이 다수당을 차지하고 있었다. 공화당이 의회를 장악한 부시정부 하에서 각종 독립규제위원회는 부시정부가 추진하는 정책을 만들어내는 도구에 불과했다는 비난을 받고 있다. 특히 보수적인 성향의 부시정부는 경제, 외교, 종교는 물론이고 사법부에까지 그 색채를 강하게 들어냈다.⁴⁸⁾

47) Sen. Barack Obama & Sen. John F. Kerry, Media Consolidation Silences Diverse Voices, Politico, Nov. 7, 2007, [http:// www.politico.com/news/stories/1107/6758.html](http://www.politico.com/news/stories/1107/6758.html) (최종검색일 2010. 4. 25)

48) Tiefer, Charles, 『Veering Right: How the Bush Administration Subverts the Law for Conservative Causes』, University of California Press, 2004, 제4장 Domestic Affairs Veer Right 참조.

방송통신정책에서 부시 정부의 대표적 산물은 바로 강화된 저속물 방송규제이다. FOX와 CBS 사건에서 연방항소법원이나 연방대법원 모두 저속물규제의 위헌여부에 대한 직접적인 언급은 회피하고 있다. 그러나 FCC의 변경된 규제정책에 반대한 브레이어(Breyer), 스티븐스(Stevens), 수터(Souter), 긴스버그(Ginburg) 대법관은 FCC의 저속방송 규제정책이 헌법적으로 의심스러운 법해석(constitutionally suspect interpretation of a statute)이라고 보고 있다. 토마스 대법관은 ‘분배할 수 있는 전파의 수보다 방송을 하고자 하는 사람이 더 많기 때문에’ 방송을 규제하는데 있어 다른 어느 미디어보다 완화된 헌법적 기준을 적용⁴⁹⁾한 레드 라이온 판결⁴⁹⁾이 더 이상 유효하지 않을 수도 있음을 내비쳤다.

이제 부시 정부가 고수해 오던 저속물규제에 대한 정책을 그대로 유지할 것인지, 아니면 완화할 것인지에 대한 결정은 제나초우스키 위원장의 과제로 넘겨졌다. 오바마 정부가 FCC의 새 위원장으로 제나초우스키를 임명할 것이라는 발표가 있자 이미 방송통신계에서는 FCC 정책에 대한 전반적인 변화를 예상한 바 있다. 이는 제나초우스키가 정책적으로는 인터넷 망중립성과 방송의 다양성을 촉진하는 미디어 소유권규제를 공개적으로 지지해온데다, 경력상으로도 연방대법관 중에서도 헌법 수정조항 제 1조와 표현의 자유 규제에 있어서 진보성향을 띤 윌리엄 브레넌(William Brennan) 대법관과 데이비드 수터(David Souter) 대법관 밑에서 클럭(clerk)으로 지냈기 때문이다.

FOX판결에 따라 FCC로서는 기존의 저속물 규제정책을 재점검하고 수정할 수 있는 좋은 기회를 가지게 되었다. FCC의 저속물 규제를 다시 다루게 될 이번 재판에서 만일 FCC가 2003년 이전의 완화된 저속기준으로 되돌아간다면 FCC나 법원 모두 큰 부담이 없는 결정이 될 것이다. 법원 으로서는 위헌여부를 다시 다루는 부담을 피할 수 있을 것이며, FCC로서도 기존의 강력한 저속물규제로부터 다소 규제를 완화하면서 동시에 규제에 대한 위헌시비로부터도 자유로울 수 있을 것이기 때문이다.

그러나 이 경우 토마스 대법관이 언급한대로 새롭게 변화된 방송환경 하

⁴⁹⁾ Red Lion Broad. Co. v. FCC, 395 US 367 (1969).

에서도 과연 저속물에 대한 규제가 여전히 유효하고 정당한 것인가에 대한 헌법의 심판을 다시 받아 볼 기회를 포기하고 말 것인가는 새삼 고려의 가치가 있다. 주지하다시피 지금까지 방송은 다른 어느 매체 보다 우리 생활에 밀접한 관련을 가지면서 전파의 희소성과 방송의 사회적 영향력이라는 특수성 때문에 상대적으로 많은 규제를 받는 것이 정당화되어 왔다. '70-'80년대에 연방대법원이 내린 일련의 판결들이 다양한 방송규제의 헌법적 타당성을 뒷받침해 왔다. 그러나 그간 연방대법원이 규제의 필요성을 인정해 왔던 논리적 근거와 기술적 한계는 방송통신의 융합이라는 새로운 환경으로 거의 극복되었다고 볼 수 있다. 따라서 새로운 미디어 환경에서도 여전히 저속물이 규제의 대상이 되어야 하는지에 대해 다시 한번 법원의 심사가 요구되는 시점이 아닌가도 고려해 볼 가치가 있을 것이다.

더불어 인터넷을 기반으로 하는 통신서비스에 대해서도 오바마 정부의 정책 변경은 필수적인 것으로 보인다. 왜냐하면 이제까지 초고속 인터넷을 기반으로 하는 서비스에 대해서 규제하지 않았던 기존의 정책으로는 오바마 정부가 야심차게 준비하고 있는 국가브로드밴드계획(National Broadband Policy)이나 망중립성을 강제할 수 있는 방법이 없기 때문이다.

이 이외에도 오바마 정부가 방송통신정책을 부시정부와 다른 방향으로 끌고 갈 수밖에 없는 또 다른 이유가 있다. 미국은 1934년 이후 FCC의 공익을 강조한 독점적 망산업의 허용, 1996년 발 빠른 통신경쟁체제로의 도입, 자유로운 인터넷 산업 성장을 보장한 인터넷정책의 실시로 정보화시대의 선두를 달리고 있었다. 그러나 2009년 OECD 순위에 따르면 미국은 국가 인구 100명당 초고속 인터넷 가입자수로 보았을 때 세계15위에 머무르고 있으며, 100인당 광통신망(Fiber/LAN)을 통한 인터넷 서비스 가입자순위로 6%로 8위에 머무르고 있는 등(한국은 46%로 2위) 미국 브로드밴드 경쟁력이 급격히 저하된 상태에 놓여있다는 것을 인식하고 있기 때문이다.⁵⁰⁾

기술발전이나 세계적 추세, 매체 자체의 특성에 기반을 두지 않고 보수와 진보라는 집권여당의 정치적 성향에 의한 방송통신정책의 결정은 미국 미디어 산업의 경쟁력을 추락시키고 있다. 최근 몇 년간 잦은 FCC의 정

50) http://www.oecd.org/document/54/0,3343,en_2649_34225_38690102_1_1_1_1,00.html
(최종검색일 2010. 4. 25)

26 언론과 법 제9권 제1호 2010

책변경이 미국 미디어 산업 전반에 혼란을 가져 왔다는데 이견이 없는 듯하다. 새로운 플랫폼의 등장과 함께 더욱 복잡해진 소유규제의 문제를 더 가중시킨 것도, 초고속 인터넷과 관련한 FCC의 규제권한에 대한 다툼의 여지를 남긴 문제, FCC의 의사결정 과정에서 보여준 3대2 정당입장을 대변하는 FCC 운영의 문제 등 향후 정책혼선을 가중시킬 과제들이 미국의 미디어 산업전반에 걸쳐 산적해있다. 미국 방송통신정책에서의 초미의 관심사는 오바마 정부가 부시 정부의 정책 실패의 전철을 밟지 않고 어떤 식으로 FCC에 대한 개혁을 이루어 갈수 있을 것인가에 쏠려있다.

[투고일: 2010.5.24; 심사완료일: 2010.6.10; 게재확정일: 2010.6.14]

참고문헌

- 김남진, “위임입법과 행정입법절차의 비교법적 고찰”, 미국헌법연구 제18권 2호, 2007.
- 방송위원회, 『방송통신의 법제적 개념 재정립방안』, 방송위원회, 2006.
- 변재호, “편적서비스 지원제도 비교연구” 한국통신학회논문지 제33권 5호.
- 안정민, 『디지털 컨버전스와 방송규제』, 한국학술정보, 2006.
- _____, “미국 방송매체의 음란/외설 규제정책의 변화과정 분석”, 방송연구 2007년 겨울호.
- _____, “성표현에 대한 방송심의”, 언론과 법, 제7권 2호 2008.
- _____, “보편적 서비스의 법적 문제: 미국과 한국의 비교분석”, 방송통신연구 2009년 겨울호, 한국방송학회.
- _____, “미국 FCC 망중립성 규제의 허와 실”, 경제규제와 법, 2009년 11월호, 서울대학교 공익산업법센터.
- 윤석민, 이현우, “이명박 정부하의 방송통신 정책결정체계 재편과 방송정책의 변화 방향”, 방송문화연구 제20권 1호, 2008.
- 이기현, 정윤식, 『디지털 융합시대 미디어 산업 및 정책 패러다임 전환 종합 연구 :디지털 시대 미디어 융합 정책의 현안과 과제』, 한국방송광고공사, 2006.
- Lyons, Daniel A., “Technology Convergence and Federalism: Why Should Decide the Future of Telecommunications Regulation?”, 43 U. Mich. J. L. Reform 383, 2009.
- Speta, James B., “FCC Authority to Regulate Internet: Creating it and Limiting It”, 35 Loy. U. Chi. L. J., 15, 2003.
- Stucke, Maurice E. & Grunes, Allen p., “Toward a Better Competition Policy for Media”, 42 Conn. L. Rev. 101, 2009.
- Tiefer, Charles, 『Veering Right: How the Bush Administration Subverts the Law for Conservative Causes 』, University of California

Press, 2004.

Werbach, Kevin, “Higher Standards Regulation in the Network Age”, 23 Harv. J. L. & Tech. 179.

Weiser, Philip J., “Future of Internet Regulation”, 43 U.C. Davis L. Rev. 529, 2009.

Whitt, Richard S., “Adaptive Policymaking : Evolving and Applying Emergent Solutions for U.S. Communications Policy”, 61 Fed. Comm. L. J. 483, 2009.

Appropriate Framework for Broadband Access to the Internet over Wireline Facilities, Report and Order and Notice of Proposed Rulemaking, 20 F.C.C.R. 14853.

Federal-State Joint Board on Universal Service; IP-Enabled Service, 71 Fed. Reg. 38781.

In the Matters of Formal Complaint of Free Press and Public Knowledge Against Comcast Corporation for Secretly Degrading Peer-To-Peer Applications, 23 F.C.C.R. 13028.

<Abstract>

Legal Challenges Facing FCC under the Obama Administration

Jungmihn Jamie Ahn

Division of Law and Public Administration of Hallym University

As Obama Administration kicks-off, the US telecommunications policies face sharper challenge. In April 2009, the Supreme Court reversed the 2nd circuit's decision invalidating FCC's fleeting expletives rule. Under the rule, even fleeting use of expletives came under the indecency regulation scope. However, made on narrow and procedural grounds, the Supreme Court decision has left FCC to reexamine its indecency rules. Justices have cast doubts on the validity of the current indecency rule on First Amendment grounds and already with new FCC's chairman, I expect when the Supreme Court revisit this issue, the regulation will not survive the constitutional challenge.

This is only one of the issues the FCC, now newly headed by Genachowski, faces. FCC's obscene regulation is to be put on constitutional test, the infamous Janet Jackson's 'wardrobe malfunction' fine is to be reconsidered, FCC can't stop Comcast from throttling traffic, its Broadband Plan might be in danger, and to make the matter worse, the Congress is geared for reform of FCC. Not to mention that the U.S. Court of Appeals for the 3rd Circuit has lifted the FCC's cross-ownership ban which had remained in effect under a stay issued by the court in 2003, meaning media ownership restriction must be reviewed.

This article focuses on some of the major issues on US telecommunications policies and how the new administration can solve the unsolved problems of its predecessor. It summarizes legal issues both in

telecommunications- and broadcast regulations and discusses policy implications. The article incorporates and expands comments of legal scholars on FCC's recent decisions and finally proposes alternative solutions on Obama Administration's policy choices and goals.

Key words: Network Neutrality, FCC Reform, Media Ownership Restriction, Indecency Regulation, Ancillary Jurisdiction