

국제학술세미나 자료집

비교법제 자료 07-

한국법제연구원 · 경상대학교 법학연구소 ·
프랑스 Paul Cézanne Aix Marseille III대학교 행정연구소
공동 주최 국제학술세미나

유럽법의 발전과 유럽연합회원국의
법질서 변화

**Le développement du droit européen et
le changement du droit de l'Etat membre**

일 시 : 2007년 5월 30일(수) 13:30~18:00

장 소 : 경상대학교 법과대학

일 정

■ 13:30~14:00 개회식

개 회 사 : 김 중 회 (경상대학교 법학연구소 소장)

참가자소개 : 전 훈 (경상대학교 교수, 법학연구소 간사)

- 제 1 부 -

○ 사 회 : 남공 술 (경상대학교 법과대학 교수)

■ 14:00~15:20 주제발표

- 제1주제 : 공동체법과 유럽법이 프랑스법에 미친 영향
- 공동체법과 공공서비스 -

발 표 : 장 마리 폰티에 (폴 세잔 엑스마르세이 III 대학교 교수)

통역 및 토론 : 전 훈 (경상대학교 법과대학 교수)

- 제2주제 : 독일 행정소송법의 유럽화 경향

발표 : 강 문 수 (한국법제연구원 부연구위원)

통역 및 토론 : 이 동 식 (경북대학교 법과대학 교수)

■ 15:20~15:40 Coffee Break

일 정

- 제 2 부 -

○ 사 회 : 변 해 철 (한국외국어대학교 법과대학 교수)

■ 15:40~17:00 주제발표

- 제3주제 : 유럽법과 프랑스 교육관련 법제도의 변화
발표 : 클레어 라조니 (영남대학교 외국인 초빙교수)
통역 및 토론 : 정하명 (경북대학교 법과대학 교수·미국변호사)
- 제4주제 : 유럽법과 프랑스 헌법개정
발표 : 피에르 앙리 프레로 (세르지 폰트와즈 대학교 교수)
통역 및 토론 : 박인수 (영남대학교 법과대학 교수)

■ 17:00~18:00 종합토론

■ 18:00~18:10 폐회

목 차

【제1주제】

■ L'INFLUENCE DU DROIT COMMUNAUTAIRE ET EUROPEEN SUR LE DROIT ADMINISTRATIF FRANÇAIS	11
I. Une opposition originelle att nu e	11
1. LE SERVICE PUBLIC, UNE CONCEPTION FRANÇAISE ANCREE DANS L'HISTOIRE	12
2. LA PROBLEMATIQUE DU SERVICE PUBLIC EN DROIT COMMUNAUTAIRE	17
II. Les convergences partielles	21
1. LES NOTIONS COMMUNAUTAIRES	22
2. L'EVOLUTION DE LA NOTION FRANÇAISE DE SERVICE PUBLIC	26
■ ‘공동체법과 유럽법이 프랑스 행정법에 미친 영향(번역문).....	31
I. 유연한 본질적인 대립	31
1. 공공서비스, 프랑스 역사 속에 닳을 내린 관념	31
2. 공동체법에서의 공공서비스에 대한 문제제기	36
II. 부분적인 일치	39
1. 공동체법상의 개념	40
2. 프랑스식 공공서비스 개념의 발전	43
■ ‘공동체법과 유럽법이 프랑스 행정법에 미친 영향’에 대한 토론요지	47

【제2주제】

▣ 독일 행정법원법의 유럽화 경향	53
I. 서 론	53
II. 독일 행정법원법상 가구제제도	55
1. 행정처분의 정지효	56
2. 가명령	61
III. 유럽공동체에 있어서의 공동체법상의 주관적 자격개념과 독일 행정법원법	62
IV. 독일 행정법원법상의 가구제제도의 유럽화 경향	65
V. 결 론	67
▣ ‘독일 행정법원법의 유럽화 경향’에 대한 토론요지	71
I. 시작하면서	71
II. 우리나라 행정소송법상 가구제제도	72
1. 현행 행정소송법상 가구제	72
2. 행정소송법개정안에 포함된 가구제 제도	72
III. 독일과 유럽의 행정소송법상의 가구제	73
1. 독일 행정소송법상 가구제	73
2. 유럽공동체법상의 가구제	73
IV. 몇 가지 논의되어야 할 점	73

【제3주제】

■ The changes in higher education in Europe	77
I . Education at the European Union level	80
1. Elements of cooperation appeared with the European Communities	80
2. A new range of declarations at the European level	84
II . The implementation of European Union policy in higher education	86
1. European Union policy tools	86
2. Implementation of the European policy tools : the French case ..	89
■ ‘유럽에서의 고등교육의 변화’(번역문)	93
I . 유럽연합차원에서의 교육	95
1. 유럽공동체에 관련된 협력의 요소들	96
2. 유럽공동체 차원 선언들의 새로운 범위	98
II . 유럽연합 고등교육정책의 이행	100
1. 유럽연합정책도구들	101
2. 유럽정책수단의 이행: 프랑스 사례	103
■ ‘유럽법에서의 고등교육의 변화’에 대한 토론요지	107

【제4주제】

■ LES RAPPORTS DU DROIT CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS ET DU DROIT EUROPEEN	113
--	-----

I . APERCU HISTORIQUE L'AUTONOMIE DU PROCESSUS D'INTEGRATION EUROPEENNE	113
II . LA CONSTITUTIONNALISATION DU PROCESSUS DE CONSTRUCTION COMMUNAUTAIRE	119
III. L’AFFIRMATION AMBIGUË DE LA SUPREMATIE DE LA CONSTITUTION DANS L’ORDRE INTERNE	122
IV. LA QUESTION DE LA PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX	125

제 1 주제

L'INFLUENCE DU DROIT COMMUNAUTAIRE
ET EUROPEEN SUR LE DROIT
ADMINISTRATIF FRANÇAIS

발 표 자 : 장 마리 퐁티에 (폴세잔엑스마르세이 III대학교교수)

토 론 자 : 전 훈 (경상대학교 법과대학 교수)

L'INFLUENCE DU DROIT COMMUNAUTAIRE ET EUROPEEN SUR LE DROIT ADMINISTRATIF FRANÇAIS

- DROIT COMMUNAUTAIRE ET SERVICE PUBLIC -

Jean-Marie Pontier

(Professeur à l'Université Paul Cézanne Aix-Marseille III)

On peut s'interroger particulièrement sur les relations entre le droit communautaire et une notion du droit administratif français, le service public. Le service public est en effet une notion essentielle en droit administratif français puisque à un moment même - vers le début du vingtième siècle - le service public a été considéré comme le critère du droit administratif et de la compétence du juge administratif. Il importe donc de savoir quelles ont été quelles sont les incidences du droit communautaire et, éventuellement, du droit européen, sur cette notion. On peut résumer la situation en disant que l'on est passé d'une opposition originelle atténuée à des convergences partielles impliquant une évolution des deux notions.

I . Une opposition originelle atténuée

Il est possible de parler d'une opposition originelle en ce sens que pendant de nombreuses années l'impression qui a prévalu, chez les juristes français, a été que le droit communautaire non seulement ignorait la tradition juridique française mais s'y opposait par ses principes comme par ses règles.

1. LE SERVICE PUBLIC, UNE CONCEPTION FRANÇAISE ANCRÉE DANS L'HISTOIRE

Le service public est le fruit d'une longue histoire et, après plus d'un siècle et demi de jurisprudence (de la part du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits) et de réflexion de la doctrine (les professeurs de droit) on peut parler d'un «*service public à la française*» ou d'une conception française du service public. Cette conception se caractérise par deux traits, l'importance du rôle de la puissance publique, l'extension du service public à travers l'intérêt général.

(1) L'importance du rôle de la puissance publique

Le service public est né et s'est développé, en droit, parce que la puissance publique, représentée par l'Etat, a depuis longtemps joué un rôle essentiel dans la vie du pays. Même lorsque l'on ne parlait pas encore d'interventionnisme et de droit administratif, sous l'Ancien régime, la notion de service public était déjà en germe dans la manière dont certaines activités étaient prises en charge ou contrôlées par l'Etat, et les historiens ont pu mettre en évidence l'importance d'une notion telle que celle d'intérêt général dans l'action du pouvoir royal. La consécration du service public n'est donc pas le fruit du hasard, elle tient à cette place très particulière qu'a tenu l'Etat dans les divers aspects de la vie du pays, y compris en matière de développement économique et social. Le «*libéralisme économique*» n'a jamais vraiment caractérisé la France tout au long de son histoire, l'intervention publique y a toujours été très forte, à travers les réglementations mais également la prise en charge plus ou moins forte que représente tout service public.

Le service public se définit donc nécessairement par une composante organique, même si celle-ci n'est pas la seule. Le service public signifie que la personne publique est présente d'une manière ou d'une autre. Deux précisions doivent être ici apportées. D'une part, cette présence de la personne publique n'implique pas obligatoirement que la puissance publique prend en charge directement une activité. Ce peut naturellement être le cas, et la plupart des activités directement gérées par la personne publique (on parle de la gestion en régie, que l'on oppose à la gestion déléguée) sont des services publics. Mais cette présence peut également se manifester par un contrôle, un «*droit de regard*», disent certains arrêts, exercé par la personne publique sur une activité assurée par une autre personne. On aurait pu concevoir un droit administratif qui ne soit que le droit applicable aux personnes publiques, avec, pour seul juge compétent, le juge administratif. D'autre part, en effet, le juge a reconnu très vite sans difficulté que le service public pouvait être l'activité poursuivie, non seulement par l'Etat, mais également par les autres personnes publiques, c'est-à-dire les collectivités territoriales et les établissements publics. Il fut un temps où le service public était une activité gérée par une personne publique soumise au droit administratif. Mais l'évolution historique s'est rapidement chargée de compliquer et de brouiller ce schéma.

(2) La finalité d'intérêt général

L'intérêt général est la composante fonctionnelle du service public. Tout service public est une activité conduite dans l'intérêt général. Cette notion d'intérêt général est tout à fait fondamentale dans la conception française du service public. Elle comporte deux présupposés. Le premier, parfaitement

indémontrable, est qu'il existe un intérêt général, et que cet intérêt général doit prévaloir sur les intérêts particuliers. Le second présupposé est que les personnes publiques sont les personnes qui peuvent le mieux réaliser cet intérêt général et que, plus spécialement, l'Etat a la charge de l'intérêt général parce que, seul, il peut dépasser les intérêts particuliers, seul il dispose de l'objectivité nécessaire pour définir et mettre en œuvre cet intérêt général. Cependant, une double dissociation, très compréhensible, va se produire.

La première dissociation est celle que l'on va relever entre la nature publique de la personne en cause et la nature de l'activité de cette personne. Car il est apparu très vite que les personnes publiques pouvaient se comporter comme des personnes privées, parce que elles y avaient intérêt et que toute activité d'une personne publique, notamment pour son fonctionnement, ne peut être considérée comme l'expression d'un service public. Dans l'affaire Terrier, de 1903, le juge se reconnaît compétent sur le fondement de l'existence d'un service public mais, en filigrane, on voit se dessiner l'idée selon laquelle il serait possible que la personne publique puisse agir comme une personne privée et, dans ce cas, soit soumise au droit privé. Cette conception va être consacrée dans l'affaire Sté des granits porphyroïdes des Vosges, de 1912: il est désormais acquis qu'une personne publique peut agir comme une personne privée et, dès lors, être soumise au droit privé.

La seconde dissociation est encore plus importante, car elle va consister à reconnaître que des personnes privées peuvent, elles aussi, poursuivre un intérêt général et gérer un service public. Au nom de quoi, d'ailleurs, pourrait-on affirmer que seules les personnes publiques gèrent des services publics? Selon une formule célèbre et ancienne, *«l'Etat n'a pas*

le monopole du bien public». Ce n'est pas là l'expression d'une préférence idéologique ou politique, c'est un simple constat historique: il suffit de jeter un regard sur le passé pour se rendre compte que certaines activités que le juge qualifie sans aucune hésitation de services publics étaient assurées, autrefois, par des personnes privées. L'un des meilleurs exemples en est représenté par les activités sociales, aide sociale sous toutes ses formes, actions en faveur des catégories défavorisées, etc. On en peut admettre que l'activité ne pourrait plus être analysée de la même manière simplement parce que la nature de la personne qui gère l'activité a changé. Si une activité peut être qualifiée de service public lorsque elle est assurée par une personne publique, elle ne peut perdre cette qualité lorsque elle est gérée par une personne privée.

Le juge a donc été amené à admettre que des personnes privées pouvaient gérer un service public, et ce service public n'est pas seulement le service public à caractère industriel et commercial, ce peut être également le service public administratif. La décision de 1938 Caisse primaire aide et protection est, de ce point de vue, à la fois la consécration d'une évolution et le point de départ d'une extension considérable et remarquable du service public. Il est admis, à compter de cette décision, que le service public peut tout aussi bien être pris en charge par une personne publique que par une personne privée.

Certes, dans ce cas, des conditions doivent être réunies, on ne peut admettre que, parce qu'une personne privée poursuit un intérêt général, il y a nécessairement service public. Ceci aurait conduit à une véritable absorption de la plupart des activités privées sous le «*label*» service public. Pendant de nombreuses années les auteurs, commentant les décisions de justice, ont fait valoir que, pour qu'il y ait service public,

lorsque l'activité était poursuivie par une personne privée, il ne suffisait pas que cette activité soit d'intérêt général, encore faut-il que la personne privée dispose de prérogatives de puissance publique. Ces prérogatives étaient considérées comme le signe, la marque, du service public. Depuis quelques années quelques arrêts, notamment un arrêt de 1990 Ville de Melun, avaient semé le trouble, le juge ayant reconnu l'existence d'un service public à propos d'une activité gérée par une personne privée alors que cette dernière ne disposait pas de prérogatives de puissance publique. Aucun doute n'est plus possible depuis une décision du Conseil d'Etat du 22 février 2007, Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (APREI): une personne privée peut gérer un service public sans pour autant disposer de prérogatives de puissance publique.

Ce qui est remarquable, dans cette évolution, c'est l'extension croissante des activités susceptibles d'être reconnues comme service public. Mais il est tout aussi intéressant d'observer que la notion de service public, dépassant toutes les espérances, a débordé en quelque sorte de son champ originel, le droit administratif. La notion de service public est devenue une notion politique, signifiant, pour les Français, une sorte de garantie. De manière un peu surprenante a priori, les syndicats se sont emparés de cette notion de service public, et, chaque fois que des réformes ont lieu, se traduisant par des suppressions de classes d'enseignement, de maternités, de postes, etc., des protestations ont lieu pour la «*défense du service public*». Et de telles protestations ont également eu lieu contre des décisions d'autorités communautaires que l'on a accusées de vouloir porter atteinte au service public. Le service public à la française est donc une conception, très largement répandue dans la population, selon laquelle la puissance publique doit être présente,

soit directement, soit indirectement, dans de nombreuses activités, en garantissant le maintien de ces activités, ce qui signifie d'ailleurs, dans l'esprit de la population, non point tant la continuité du service que le maintien des emplois.

2. LA PROBLEMATIQUE DU SERVICE PUBLIC EN DROIT COMMUNAUTAIRE

Le droit communautaire n'a évidemment pas l'ancienneté du droit administratif français et s'est construit avec des préoccupations assez largement étrangères à celles du juge administratif français et de la doctrine française. Mais, progressivement, une prise de conscience s'est opérée, qui a contribué à apporter des atténuations aux principes communautaires.

(1) L'absence originelle

Le fondement de l'Union européenne est le Traité de Rome, conclu le 25 mars 1957. Ce traité ne consacre pratiquement aucune place au service public, on peut même dire qu'il l'ignore presque totalement. La seule mention faite au service public dans le traité est en effet celle que l'on trouve à l'article 77 (devenu, dans la version que l'on appelle «*version consolidée*» issue de la signature du traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997, l'article 73). Cet article affirme la compatibilité avec le droit communautaire de «*certaines servitudes inhérentes à la notion de service public*» et était destiné à éviter la suppression par les Etats de certaines obligations en matière de transports.

En dehors de cet article on trouve des «*allusions*», comme l'ont dit certains auteurs. L'article 48 CEE (devenu 39 dans la version consolidée),

relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté exclut de son champ d'application les emplois dans «*l'administration publique*». Mais cette référence à l'administration publique paraît bien faible pour que l'on puisse y voir une allusion au service public, même avec la meilleure volonté. Un autre article, l'article 37.1 (devenu 31.1 dans la version consolidée) fait obligation aux Etats membres d'aménager progressivement «*les monopoles nationaux présentant un caractère commercial afin de supprimer les discriminations entre les nationaux des Etats membres de telle sorte que soit assurée, dans les conditions d'approvisionnement et de débouchés, l'exclusion de toute discrimination entre les ressortissants des Etats membres*» à la fin de la période de transition (soit le 31 décembre 1969). Là encore, même dans une interprétation très compréhensive du texte, on voit mal comment on pourrait y trouver la moindre référence au service public.

Le seul article qui peut véritablement prêter à une discussion de fond est l'article 90.2 (86.2 dans la version consolidée) qui concerne les services d'intérêt économique général et qui est ainsi rédigé: «*Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de concurrence dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur est impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la communauté*». Cet article montre que la préoccupation dominante des auteurs du traité, en 1957, est celle de la concurrence, les services publics ne sont pratiquement pas pris en considération, si ce n'est de manière accessoire.

(2) La prise de conscience progressive

La prise de conscience progressive de faire évoluer les conceptions en droit communautaire va provenir d'abord des institutions «*politiques*» que sont la Commission et le Parlement, ensuite de la Cour de justice des communautés européennes

Au début du Marché commun le service public pouvait apparaître comme un frein à l'établissement de la libre circulation des personnes, des biens et des services, d'où la méfiance des autorités communautaires à son égard. L'objectif de la Commission était de lutter contre les monopoles en matière d'électricité, de gaz, de transports, de postes et télécommunications, et d'ouvrir ces services à la concurrence. Plusieurs directives communautaires sont adoptées en ce sens, et ces directives ne font aucune référence au service public. La Commission découvre peu à peu la nécessité de concilier cette ouverture à la concurrence avec la défense des exigences d'intérêt général. En témoigne une communication de la Commission de 1996 évoquant les «*services d'intérêt général en Europe*» et déclarant que les services d'intérêt économique sont des «*activités de service marchand remplissant des missions d'intérêt général et soumises de ce fait par les Etats membres à des obligations spécifiques de service public. C'est le cas, en particulier, des services en réseaux de transport, d'énergie, de communication*».

Le Parlement européen s'est prononcé plus tôt et plus nettement que la Commission en faveur de la reconnaissance et de la protection des services publics. Dès 1993 une résolution du Parlement insistait sur le rôle du secteur public dans l'achèvement du marché intérieur, déclarant que le service public a la «*responsabilité d'assurer des services publics*

de haute qualité (énergie, eau, transport, etc.) pour répondre aux besoins de la population et à l'intérêt économique». Une résolution de 1995 affirmait: «La place du service public dans le cadre d'actions de l'Union européenne devrait être affirmée par l'introduction de nouveaux articles qui définiraient la notion et le champ d'application du "service universel" garantissant à chaque citoyen le droit à un accès égal aux services d'intérêt général, ainsi que par des dispositions ad hoc qui prendraient en compte la spécificité des entreprises de service public».

La Cour de justice des communautés européennes (CJCE) avait adopté, dans un premier temps, une jurisprudence méconnaissant le service public, en jugeant, notamment, que constituaient des entraves au commerce intracommunautaire les droits exclusifs d'importation et de commercialisation d'appareils terminaux de télécommunication. Le premier arrêt en la matière, assez tardif, est l'arrêt Paul Corbeau, du 19 mai 1993. Dans cet arrêt la Cour considère que les Etats membres peuvent *«conférer à des entreprises, qu'ils chargent de la gestion de services d'intérêt économique général, des droits exclusifs qui peuvent faire obstacle à l'application des règles du traité sur la concurrence, dans la mesure où des restrictions à la concurrence, voire une exclusion de toute concurrence, de la part d'autres opérateurs économiques, sont nécessaires pour assurer l'accomplissement de la mission particulière qui a été impartie aux entreprises titulaires des droits exclusifs»*. L'arrêt Commune d'Almelo, du 27 avril 1994, constitue une étape supplémentaire. A propos d'une entreprise de distribution d'électricité aux Pays-Bas qui bénéficiait d'une clause d'achat exclusif, la Cour admet la validité de la clause d'exclusivité en considérant que une telle entreprise *«doit assurer la fourniture ininterrompue d'énergie électrique sur l'intégralité du territoire concédé, à tous les consommateurs,*

distributeurs locaux ou utilisateurs finals, dans les quantités demandées à tout moment, à des tarifs uniformes et à des conditions qui ne peuvent varier que selon des critères objectifs applicables à tous les clients».

Une jurisprudence plus récente a confirmé cette évolution. Dans son arrêt Ferring, du 22 novembre 2001, la Cour de justice a fait référence à l'une de ses propres décisions, l'arrêt du 7 février 1985, Association des brûleurs d'huiles usagées, dans laquelle elle avait considéré que l'indemnité versée aux entreprises de ramassage ou d'élimination d'huiles usagées, financée au moyen d'une redevance perçue sur la base du principe pollueur-payeur et ne dépassant pas les coûts réels supportés, ne constituait pas une aide d'Etat. Dans le prolongement de l'arrêt Ferring la Cour de justice a posé en 2003 les conditions auxquelles le versement d'un prix représentant la contrepartie de prestations effectuées par l'entreprise bénéficiaire pour exécuter des obligations de service public ne constitue pas une aide. Elle a jugé, dans son arrêt Altmark du 24 juillet 2003, qu'il n'y a pas d'aide (donc l'intervention est justifiée) si la compensation est établie de façon objective et transparente, ne dépasse pas les coûts occasionnés en tenant compte d'un bénéfice raisonnable et est déterminée, soit dans le cadre d'une procédure de marché public, soit *«sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée supporterait»*

II. Les convergences partielles

Deux notions communautaires viennent désormais contrebalancer le principe de libre concurrence et ces notions semblent aller dans le sens du service public tel que nous le connaissons en France. Mais, en même

temps, ces notions s'en différencient, ce qui fait peser sur le service public à la française des exigences de transformation.

1. LES NOTIONS COMMUNAUTAIRES

Il résulte des traités communautaires et de la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) que deux notions distinctes sont consacrées à l'échelon communautaire, la notion de service universel et la notion de service économique d'intérêt général.

(1) Le service universel

La notion de service universel n'est pas française, elle est d'origine anglo-saxonne, et ce seul trait permet de comprendre qu'elle ne peut coïncider avec la notion de service public. Elle est apparue aux Etats-Unis dans le secteur des télécommunications, elle a ensuite été évoqué, non dans ce que l'on appelle le droit originaire mais dans le droit communautaire dérivé. La mention du service universel apparaît pour la première fois en 1987 dans le Livre vert établi par la Commission à propos des obligations que l'on qualifierait en droit français de service public, supportées par les opérateurs dans le secteur des télécommunications. Elle est reprise dans le Livre vert adopté en 1992 pour les services postaux: le service universel y est présenté comme celui qui doit donner *«des possibilités de collecte et de distribution en tous points de la Communauté à des prix abordables pour tous et avec une qualité de service satisfaisante»*. Dans ce même secteur, une résolution du Conseil des ministres (de l'Union) du 7 février 1994 relative au développement d'un service universel dans le secteur des

postes précise qu'il s'agit d'assurer, à l'échelon de la Communauté, *«un service universel correspondant à l'ensemble minimal des services de qualité devant être fournis dans chacun des Etats membres à un prix raisonnable pour tous les utilisateurs, les conditions d'accès au service universel devant être non discriminatoires»*. D'autres Livres communautaires (livre blanc ou vert) font également référence à la notion de service universel.

Mais on voit apparaître également des textes qui, dans leur formulation au moins, reprennent beaucoup plus directement l'expression de service public. Ainsi, les directives du 19 décembre 1996 sur l'électricité et du 22 juin 1998 sur le gaz naturel déclarent: *«Pour certains Etats membres, l'imposition d'obligations de service public peut être nécessaire pour assurer la sécurité d'approvisionnement, la protection du consommateur et la protection de l'environnement que, selon eux, la libre concurrence, à elle seule, ne peut pas garantir (...) la planification à long terme peut être un des moyens de remplir lesdites obligations de service public»*. Il apparaît ainsi que les autorités communautaires reconnaissent la notion de service public dans certains Etats membres - et c'est évidemment à la France que ces autorités pensent d'abord - sans reprendre à leur compte, sur le fond, cette notion. Le service universel est ici une sorte de service public minimum, c'est-à-dire le minimum de service que les citoyens, dans tous les pays de l'Union, peuvent revendiquer, et sans lequel il faudrait considérer que le service n'est pas rendu, ou pas rendu de manière satisfaisante.

La notion de service universel fait l'objet d'une double interprétation. Pour certains auteurs, qui se basent, pour leur raisonnement, sur le fait - constatable - que cette notion est une notion évolutive, ce service universel pourrait évoluer progressivement vers une notion plus proche,

ou très proche, du service public tel qu'il est entendu en France. On peut cependant éprouver un certain scepticisme à l'égard de cette interprétation. C'est plutôt une seconde interprétation qui peut être retenue, et selon laquelle le service universel n'est qu'une correction au principe de libre concurrence, un aménagement à ce principe pour le rendre plus acceptable.

(2) Le service d'intérêt économique général

La notion de service d'intérêt économique général est une notion textuelle et non jurisprudentielle, puisqu'elle figure dans le Traité de Rome instituant le Marché commun. Elle permet des dérogations au respect du principe de libre concurrence, mais ces dérogations sont strictement entendues. En premier lieu, les Etats membres qui accordent des droits spéciaux ou exclusifs à des entreprises ne doivent édicter ou maintenir aucune mesure qui soit contraire aux règles du traité. En deuxième lieu, les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal demeurent soumises aux règles du traité, notamment aux règles de la concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. En troisième lieu, enfin, la Commission veille à l'application des dispositions précédentes et adresse, en tant que de besoin, les directives ou décisions appropriées aux Etats membres.

Les auteurs ont vu dans plusieurs dispositions du traité de Maastricht des références à l'idée ou à la notion de service public. Mais ces références sont bien indirectes, et ce n'est qu'en sollicitant le texte que l'on peut y trouver une sorte d'écho de la notion de service public.

Ainsi, par exemple, on a fait valoir que les dispositions destinées à protéger les consommateurs, à l'article 129 A (devenu l'article 153 dans la version consolidée) légitimaient l'existence des services publics. Ou encore, les articles 130 A à E (158 à 162 dans la version consolidée) vont dans le même sens en fixant à la Communauté la mission de *«réduire l'écart entre les niveaux de développement des diverses régions et le retard des régions ou îles les moins favorisées, y compris les zones rurales»*. On peut citer, enfin, les articles A UE et B UE (1 et 2 de la version consolidée) qui évoquent l'objectif d'un progrès économique et social équilibré et durable, *«notamment par la création d'un espace sans frontières intérieures, par le renforcement de la cohésion économique et sociale»*. Le principe de subsidiarité, consacré par le traité de Maastricht, a également permis de poser les principes devant commander les services d'intérêt économique général: *«eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union, ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union, la Communauté et ses Etats membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application du présent traité, veillent à ce que les services fonctionnent sur la base de principes et dans les conditions qui leur permettent d'accomplir leurs missions»*. Une déclaration précise, dans l'acte final: *«Les dispositions de l'article 7D relatives au service public sont mises en œuvre dans le plein respect de la jurisprudence de la Cour de justice en ce qui concerne, entre autres, les principes d'égalité de traitement, ainsi que de qualité et de continuité de ces services»*. La France a proposé, par la suite, une Charte européenne des services publics, mais n'a pas été suivie par les autres Etats. C'est dire que les

notions européennes, marquées par une profonde ambiguïté, ne peuvent pas être ramenées à la notion française de service public. Cette notion française est dès lors interrogée, mise en question, par cette évolution.

2. L'EVOLUTION DE LA NOTION FRANÇAISE DE SERVICE PUBLIC

Le droit communautaire contraint à une réflexion sur le service public tel qu'il était conçu traditionnellement en France et à un renouvellement de ce service public. Ceci se traduit aussi bien dans les conceptions que dans la pratique du service public.

(1) Les conceptions du service public

Le droit communautaire a imposé de «revisiter» - ainsi que l'on dit aujourd'hui - la conception traditionnelle que l'on avait du service public. En particulier une double distinction, qui n'était pas inconnue du droit français, prend aujourd'hui beaucoup plus de force.

Une première distinction est celle entre le service public et le secteur public. Avec l'interventionnisme public et ce que l'on a appelé, historiquement, «l'*Etat providence*», non seulement le service public a gagné en étendue mais, du fait des nationalisations (notamment en 1936 mais, surtout, en 1946 puis, dernière vague qui s'est retirée, en 1981), un secteur public est né en France. Certes, en principe, service public et secteur public étaient très différentsil pouvait exister un service public sans que l'on parle de secteur public, le secteur public, de son côté, et parce que marqué par son caractère économique, pouvait fort bien ne pas être un service public (c'était le cas, en particulier, des entreprises publiques, qui appartenaient au secteur public, mais on ne voyait pas en

quoi elles auraient pu constituer un service public): par exemple l'entreprise Renault, qui appartenait au secteur public parce qu'elle avait été nationalisée (pour des raisons d'ailleurs purement politiques ou idéologiques, la collaboration du président directeur général de l'entreprise avec l'ennemi allemand) ne pouvait évidemment pas être considérée comme un service public, rien ne distinguant un véhicule fabriqué par Renault d'un véhicule fabriqué par Citroën ou Peugeot, ou n'importe quel autre constructeur étranger. Mais, en même temps, une ambiguïté subsistait en permanence, Renault était présentée comme une «*vitrine*» du progrès social (la troisième puis la quatrième semaine de congés payés ont été inaugurées dans cette entreprise).

Une seconde distinction doit être faite entre services marchands et services non marchands. On conçoit facilement que les premiers soient soumis à la concurrence, non les seconds où, par définition, celle-ci ne peut pas s'exercer. Mais cette distinction a toujours été faite avec difficultés en France et, par exemple, les personnels des chemins de fer (les cheminots), qui relèvent d'un service pouvant être soumis à la concurrence, sont facilement assimilés par les Français à des fonctionnaires, qui sont dans des services qui, en principe, ne sont pas soumis à la concurrence. L'extension considérable de la fonction publique - ou, plus exactement, du statut de fonctionnaire à des agents exerçant leurs fonctions dans des services qui ne sont pas, par nature, des services échappant à la concurrence - a contribué à accroître la confusion.

(2) La gestion des services publics

Si, comme on vient de le voir, le secteur public, théoriquement placé sous le régime de la concurrence, est imprégné des principes ou des

règles qui caractérisent le service public, inversement le service public n'est plus nécessairement géré par une personne publique dans le cadre des règles du droit public. Une première dissociation, historiquement, a été la distinction entre deux catégories de services publics, les services publics administratifs, et les services publics à caractère industriel et commercial (SPIC), normalement soumis au droit privé (sans pour autant exclure une partie de droit administratif). Une seconde dissociation a été la reconnaissance de la possibilité, pour une personne privée, de gérer un service public, qu'il s'agisse d'un service public administratif ou d'un service public à caractère industriel et commercial (SPIC).

De plus, un mode de gestion s'est considérablement développé, que l'on appelle aujourd'hui génériquement la gestion déléguée. Celle-ci recouvre aussi bien des modalités traditionnelles telle la concession, que d'autres possibilités, et la délégation de service public (DSP) est précisément caractérisée, en vertu des dispositions communautaires, par la nécessité de mise en concurrence. La propriété publique ne signifie pas, ou plus seulement, l'absence des principes du marché, ces derniers peuvent être appliqués. Plusieurs domaines manifestent d'ailleurs cette évolution des conceptions en la matière, notamment le domaine du transport aérien, le domaine des télécommunications, d'autres domaines vont suivre en matière d'énergie, de postes.

Le service public en est sans doute transformé, mais en même temps ce qui fait sa particularité en est accentué. Il est clair, par exemple, que le service public apparaît comme un instrument de cohésion sociale, et que ce rôle est plus important qu'il ne fut. De même les grands principes qui commandent le service public sont toujours d'actualité, ils

L'INFLUENCE DU DROIT COMMUNAUTAIRE
ET EUROPEEN SUR LE DROIT ADMINISTRATIF FRANÇAIS

se présentent simplement de manière différente et parfois plus complexe qu'autrefois. Le service public n'est pas une donnée figée, c'est une notion en constante évolution qui s'enrichit sans cesse de nouveaux aspects.

‘공동체법과 유럽법이 프랑스 행정법에 미친 영향 - 공동체법과 공공서비스 - ’¹⁾ (번역문)

번역: 전 훈
(경상대학교 교수)

공동체법과 프랑스 행정법상의 개념인 공공서비스와의 관계에 대한 의문이 제기될 수 있다. 사실 공공서비스는 프랑스행정법에 있어서 기본적인 개념이라 할 수 있고 실제로 20세기 초반만 해도 공공서비스는 행정법과 행정법원의 관할권 행사를 설명하는 하나의 기준이 되었다. 따라서 공공서비스에 관해서 어떤 공동체법 이어서 유럽법의 요소들인가 하는 것을 알아야만 한다. 상황을 요약한다면 엄격하지 않지만 본질적인 대립에서부터 두 개념의 변화를 내포하는 부분적인 일치로 진행되어 왔다고 할 수 있을 것이다.

I. 유연한 본질적인 대립

상당기간 동안 프랑스 법학자들에 있어서 공동체법은 프랑스법의 법적 전통을 무시할 뿐 아니라 공동체법의 규정을 통해 프랑스법상의 기본원칙들에 반한다는 인상이 지배적이었다고 말할 수 있을 것이다.

1. 공공서비스, 프랑스 역사 속에 닳을 내린 관념

공공서비스는 150여년의 관례(대부분은 국사원과 관할법원의 역할

1) 원문의 직역에 중점을 두었으나 표현이 어색한 부분은 의역하였다. 프랑스어 성수에 따른 (부)정관사 변화는 별도의 표기가 없는 한 생략하기로 한다. 원문에 각주는 없으나 이해를 돕기 위해 번역자가 임의로 부기하였다. 유럽공동체(연합)의 기관의 한국어 번역은 채형복, 유럽연합법, 한국학술정보, 2006의 설명에 따랐다.

이었다)와 법학자들의 학설을 통한 숙고를 거친 오랜 역사를 통한 결실이며 “프랑스 공공서비스” 내지는 공공서비스의 프랑스적 관념이라고 말할 수도 있다. 이러한 관념은 중요한 두 가지 요소로 특징지어질 수 있는데 하나는 공권력의 역할의 중요성과 다른 하나는 공익을 통한 공공서비스의 확장을 들 수 있다.

(1) 공권력의 역할의 중요성

공공서비스는 법을 통해 태어나고 발전해왔다. 왜냐하면 국가로 대표되는 공권력이 오랫동안 본질적인 역할을 했기 때문이다. 비록 개입주의와 행정법을 언급하기는 어렵겠지만 구체제(양상혜짐, *Ancien régime*)하에서도 공공서비스 개념은 국가가 담당하거나 통제하는 일정한 활동양식에서 그 싹을 가지고 있었다.

그리고 역사가들은 왕권의 행동에서 어떤 것들은 공익적 개념을 가진 중요성의 증거들을 제시하고 있다. 따라서 공공서비스의 인정은 우연한 결과는 아니며 경제적·사회적 발전 분야를 포함하는 국가의 존속(*vie du pays*)의 다양한 측면에서 매우 특별한 지위를 가진다고 할 수 있다.

프랑스의 오랜 역사동안 “경제적 자유주의”가 진정으로 구현되었다고 볼 수는 없으며, 공권력의 개입은 항상 강력했으며 규제화가 이루어지는 만큼 공공서비스가 대표하는 역할의 부담 또한 강력하였다.

따라서 공공서비스는 필연적으로 조직적 구성요소를 통해 - 비록 이러한 요소가 유일하다고 할 수는 없다고 하더라도 - 정의될 수 있다. 공공서비스는 이렇든 저렇든 간에 공법인을 의미한다. 다음의 2가지 구체적인 것들을 살펴볼 수 있다.

한편으로는 이러한 공법인의 등장은 반드시 공권력이 직접적으로 일정한 활동을 맡아 수행하는 것은 아니라는 점을 의미한다. 이러한 점은 대부분의 공권력이 직접 관리하는 활동의 경우에는 (공공서비

스의 위탁관하에 대비되는 직영 *en régie* 을 의미한다) 당연히 공공서비스가 된다. 그러나 이러한 등장은 공법인이 다른 사람에 의해 수행되는 활동에 대한 일부 관례가 말하는 “감시권(*droit de regard*)”에 해당하는 통제를 통해 표면화된다. 따라서 행정법은 공법인에 대해서만 적용되는 그리고 행정법원의 판사가 관할권을 가지는 법이라고 이해할 수 있게 된다.

다른 한편으로는 실체는 법관은 매우 빨리 별 어려움 없이 공공서비스는 국가 뿐 아니라 다른 공법인, 다시 말해 지방자치단체나 영조물(법인)이 수행할 수 있는 활동임을 인식할 수 있었다. 공공서비스가 공법인에 의해 행정법의 지배 하에서 수행되는 활동으로 인정되는 시절이 있는 적도 있었다. 그러나 역사의 발전은 빠르게 이러한 도식을 복잡하고 혼란스럽게 만들어 버렸다.

(2) 공익이라는 목적(표)(*finalité*)

공익은 공공서비스의 기능적 구성요소이다. 모든 공공서비스는 공익상 수행되는 활동이다. 이러한 공익개념은 전적으로 프랑스 공공서비스 관념을 의미한다. 이러한 프랑스식 공공서비스 개념은 두 가지 전제를 내포한다.

첫째는 완벽하게 증명할 수 없는 것으로서 공익이 존재하고, 이러한 공익은 개인적 이익에 우선해야만 한다는 점이다. 두 번째 전제는 공법인은 이러한 공익을 가장 잘 실현할 수 있고, 더 특별한 것은 국가가 이러한 공익실현의 부담을 진다는 점인데 왜냐하면 국가만이 개인의 이익에 우선할 수 있기 때문이며, 오직 국가만이 이러한 공익을 정하고 실현하는 필연적인 객관성을 가지고 있기 때문이다. 그렇지만 매우 이해 가능한 두 가지 분리가 나타난다.

첫 번째는 관련된 주체의 공적 성격과 이러한 주체가 수행하는 활동의 성질을 찾아 구별할 수 있는 분리가능성이다. 공법인이 사인처

럼 행동하는 모습이 매우 빨리 나타났는데 사인들도 이익을 가지고 있었고 공법인의 모든 활동을, 특히 기능상의 활동을, 공공서비스의 표현으로 볼 수는 없기 때문이다.

1903년의 *Terrier* 판결에서 판사는 공공서비스의 존재의 기초에 대해 자신이 관할권이 있다고 판단하지만 암암리에 공법인은 사인처럼 행동할 수 있으며 그러한 경우에는 사법의 적용을 받아야 한다는 연상을 가능하게 한다. 이러한 관념은 1912년 *Sté des granits porphyroïdes des Vosges* 사건에서 인정되었다: 이미 공법인이 사인처럼 행동할 수 있는 경우에는 그 때부터 사법의 적용을 받는다.

두 번째는 더욱 더 중요한데, 사인도 공익을 추구할 수 있고 공공서비스를 관리 할 수 있다는 것을 인정하게 되었다는 점이다. 그런데 어떤 명분으로 공법인만이 공공서비스를 관리해야 한다고 주장할 수 있는가?

이전의 유명한 논증형식에 의하면 “국가는 공공선(bien public)을 독점하지 않는다”고 한다. 이는 이데올로기적 혹은 정치적으로 선호되는 표현이 아니라 단순한 역사적인 주장이다: 단지 과거에 법관이 아무런 어려움 없이 사인에 의해 수행되었던 공공서비스라고 인정한 활동을 위해 들었던 시선을 던져버리는 것으로 충분하다. 가장 좋은 예 중 하나는 모든 구호활동이 요청되는 (사회적) 빈곤계층에 대한 형태의 각종 사회원조, 복지활동 등에서 나타난다. 따라서 그 활동을 담당하는 주체의 성질에 의해서 그 활동을 동일하게 분석될 수 없다고 인정해야 한다. 만일 어떤 활동이 공법인에 의해 수행되고 있을 때 이를 공공서비스라고 평가한다고 해도 비록 사인이 이러한 활동을 관리(경영)하더라도 이러한 (공공서비스라는) 질적인 평가를 상실하는 것은 아니라 할 수 있다.

법원은 사인도 공공서비스를 관리할 수 있다고 인정하게 되었으며 이러한 공공서비스는 상공업적 성격의 공공서비스 뿐 아니라 행정적

공공서비스의 경우도 동일하다. 1938년의 *Caisse primaire aide et protection* 판결은 이러한 점에서 공공서비스의 놀랄만한 발전인 동시에 확장의 시발점에 되는 경우이다. 동 판결이래로 공공서비스는 공법인 뿐 아니라 사인에 의해서도 담당되어 진다고 인정되게 되었다.

그런데, 위 사건에서는 공공서비스가 존재한다는 것은 사인이 공익을 추구하기 때문이라는 요건이 구비되어야만 했다. 이는 대부분의 사적활동이 공공서비스라는 “라벨”에 진정으로 흡수될 수 있어야 한다는 결론을 가져온다.

오랫동안 행정법원의 판결에 대한 평석을 통해 학자들은 사인이 활동을 하는 경우에 이를 공공서비스라고 평가하려면 공익의 존재만으로 충분하지 않고 사인이 공권력의 우월성을 가지고 있어야 한다고 주장했다. 이러한 공권력의 우월성은 공공서비스의 상징이나 표시로 간주되었다. 최근에 일련의 판례에서, 특히 1990년 *Ville de Melun* 판결에서 이러한 문제점을 제기했는데, 법원은 사인이 공권력의 우월성을 가지고 있지 않았지만 공공서비스가 존재한다고 인정하였다.

2007년 2월 22일 국사원은 *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés(APREI)* 판결에서 사인이 어떤 공권력의 우월성을 가지고 있지 않고 있다하더라도 공공서비스를 관리할 수 있다고 분명히 하였다. 이러한 변화 속에서 놀랄만한 것은 공공서비스에 속한다고 볼 수 있는 활동의 증가를 들 수 있다. 그러나 또한 공공서비스 개념이 그 고유한 적용 영역인 행정법을 혼란시키고 있다는 관찰을 하는 것도 흥미롭다. 공공서비스 개념은 하나의 정치적 개념이 되었는데 프랑스인에게 공공서비스는 일종의 보증을 의미한다. 처음에는 약간 놀랄 수도 있지만 프랑스에서 각종 개혁에 대한 사안이 생길 때마다 노동조합은 공공서비스 개념에 사로잡히게 되는데, 교육과 유치원 및 우편분야 등에 대한 개혁의 압력에 대해 반대론자들의 주장은 “공공서비스 사수(死守)”라는 명목을 내걸었다. 이러한 반대는 (유럽)공동체

기구의 결정에 대해서도 마찬가지로 나타났는데 공공서비스에 대한 침해를 가져온다고 강조하였다.

따라서 프랑스 공공서비스는 대중에게는 수많은 활동을 통해 공권력이 등장해야 하고 직접 혹은 간접적으로 이러한 활동의 유지를 보장해야 하는 널리 알려진 관념으로서 받아들여진다. 게다가 대중의 여망 속에는 서비스의 계속성만 아니라 그 직장의 유지도 함께 의미한다.

2. 공동체법에서의 공공서비스에 대한 문제제기

공동체법은 프랑스 행정법과 같은 유구성도 없으며 프랑스법의 학설이나 행정법원의 판례와는 아주 이질적인 관심사를 바탕으로 건설되어졌다. 그렇지만 점차적으로 이에 대한 인식이 있게 되었고 공동체법의 원칙에 대한 완화를 가져오는 데 기여를 하였다.

(1) 기원상의 (공공서비스 개념의) 부재

유럽연합의 기초는 1957년 3월 25일 체결된 로마협정에서 나타난다. 동 조약은 실제로는 공공서비스에 대한 어떠한 지위를 언급하지 않았고, 로마조약은 전혀 이에 대해 모른다고 말 할 수도 있다. 조약상 유일한 언급은 제77조(훗날 1997년 10월2일 암스테르담 조약에 따라 최종조약 제73조가 되었다)에서 찾을 수 있다. 동 조항은 “공공서비스 개념에서 나온 일정한 의무(servitudes)”와 공동체법과의 병존을 인정하고 운송 분야에서 일정한 의무를 국가가 폐지하는 것을 회피하는 것을 목적으로 했다.

동 규정 외에도 역내 노동자의 자유로운 이동에 관한 유럽경제공동체 조약 제48조(최종조약 제39조)조는 “공공행정”분야의 경우는 예외로 하였다. 그러나 공공행정에 관한 이러한 언급만으로는 공공서비스

에 대한 암시를 강조하기에는 아주 미약하다. 다른 규정인 제37-1조는 (최종규정 제31-1조) 회원국에게 점차적으로 “상업적 성격을 가지는 국내독점시장은 생필품 수급과 시장의 요건의 범위 안에서 회원국에서의 요소간의 모든 차별의 배제를 위해 국내법으로 바꾸는 기간(혹은 1969년 12월 31일) 동안 개선되어야 한다”고 규정하였다. 동 규정에서도 역시 아무리 이해가능한 쪽으로 본다고 하더라도 공공서비스에 언급은 약하다고 할 수 있다.

유일하게 그 논의의 기초를 찾을 수 있는 규정을 꼽는다면 경제적 공익서비스에 관한 제90-2조(최종규정 제86-2조)를 들 수 있다 : “경제적 공익서비스를 관리(경영)하거나 재정상 독점(monopole fiscal) 성격이 나타난 기업은 이들 기업에게 부여된 법적 혹은 사실상의 특별한 임무의 수행에 방해가 되지 않는 범위에서 공동체조약 규정, 특히 경쟁원칙에 관한 규정의 적용을 받는다. 교환의 증대는 공동체의 이익에 반하는 수단을 통해 행사될 수 없다”. 동 규정은 1957년 협정의 제정자들의 주된 관심인 경쟁에 대한 관심사를 보여주며 공공서비스는 실제로 고려되지 않았고 단지 장식적인 수단에 불과했다.

(2) 점차적인 (공공서비스의) 인식

(공공서비스 개념의) 점진적인 인식은 공동체법상 개념을 발전시키게 되는데 우선 “정치적” 기관에서 나오는데 이들 기관으로는 유럽공동체의 위원회(Commission)와 의회(Parlement) 에 이어 유럽공동체법원(Cour de justice des communautés européennes)가 설치되었다.

공동시장 초기에 공공서비스는 사람, 재화와 서비스의 자유로운 이동에 대한 제도장치처럼 나타나게 되었고 공동체의 기관들도 이러한 불신을 가지고 있었다.

유럽위원회의 목표는 전기, 가스, 수송, 우편 · 통신분야에서의 독점방지와 이러한 서비스에 경쟁을 도입하는 것을 내용으로 하고 있었

다. 수차례의 (공동체의) 디렉티브가 이러한 의미에서 채택되었고 이 디렉티브에는 공공서비스에 관한 어떤 언급도 없었다. 유럽위원회는 조금씩 이러한 경쟁을 위한 개방과 공익의 요청의 수호(방어)를 조정하는 필요성에 대해 발견하게 되었다. 그 증거로 1996년에 위원회의 보고(communication)에서 “유럽에서의 공익서비스”를 환기하고 공익적 서비스는 “공익적 임무를 만족시키는 회원국이 공공서비스의 특별한 의무를 부가하는 상업서비스 활동”이라고 하였다.

유럽의회는 위원회보다 더 먼저 그리고 분명하게 공공서비스의 인정과 보호에 대해 우호적 입장을 표명하였다. 1993년부터 유럽의회는 역내시장의 완성에서의 공적 섹터(secteur)의 역할을 지지하였고 공공서비스는 “대중의 요구에 부합하고 경제적 이익에 부응하는 높은 수준의 공공서비스(에너지, 물, 수송 등)를 보장하는 책임”을 가진다고 하였다. 1995년의 유럽의회의 해결안은 “공공서비스 기업의 특수성을 고려할 수 있는 특별한 규정(dispositions)과 같이 모든 (유럽)시민이 공익적 서비스에 대한 평등한 접근권을 가지는 보편적 서비스의 개념과 적용분야를 규정하는 새로운 규정의 도입을 통한 유럽연합의 행위차원의 공공서비스의 지위가 인정되어야 한다”고 하였다.

유럽공동체법원은(CJCE) 처음에는 공공서비스를 인정하지 않은 판결을 채택하였다. 특히 공동체내부의 통신 터미널 장치의 수입과 상업화의 독점권은 역내 거래에 대한 제약이 된다고 하였다.

첫 번째 판례인 1993년 5월 19일의 *Paul Corbeau* 판결은 매우 소극적인데 동 판결에서 법원은 “회원국은 경제적 공익서비스를 관리하는 기업에 대해 경쟁에 관한 협정의 규정에 장애가 되는 독점적 권리를 인정할 수 있으며, 경쟁을 제한 경우에 배타적 권리가 인정된 기업의 특별한 임무수행을 보장하기 위해 필요하다”고 하였다.

1994년 4월 27일의 *Commune d'Almero* 판결의 경우 네덜란드의 전력을 공급하는 회사 독점적 구매조항의 혜택을 누리고 있었는데 공동체

법원은 “어떤 기업이 (특허)계약지역 전체에서 모든 소비자, 지역의 배급자나 최종소비자에게 어느 시점에서든 요청에 따라 통일된 가격과 모든 고객들에 적용되는 객관적인 조건에서만 차별될 수 있는 조건에 따른 전기에너지의 중단 없는 제공을 보장해야만 하는” 경우를 고려하여 독점적 규정의 타당성을 인정하였다.

최근 판례도 이러한 발전을 확인하고 있다. 2001년 11월 22일 *Ferring* 판결에서 1985년의 *Association des brûleurs d'huiles usagées* 판결을 인용하고 있다. 1985년 판결에서 공동체법원은 폐유의 수집과 폐기를 하는 기업에 대한 보상은 오염자비용부담원칙(*principe de pollueur-payeur*)에 따라 징수한 부담금(*redevances*)을 통해 이루어져야 하고 부과된 실질금액을 초과하지 못하며 국가의 지원대상이 되지 않는다고 하였다.

Ferring 판결의 연장선에서 공동체법원은 2003년에 공공서비스의 의무를 실행하는 수혜기업에 의해 이루어지는 상대방 공급의 대표가격의 상환은 (국가)지원이 되지 않는다는 요건을 세웠다. 2003년 7월 24일 *Altmark* 판결에서 만일 보상이 객관적이고 투명한 방법으로 이루어지고 합리적인 지원을 고려하여 지불된 비용을 초과하지 않고 제한되었다면 지원이라고 보기는 어렵고 따라서 (국가)개입은 정당화된다고 하였다.

II. 부분적인 일치

두 가지 공동체법상의 개념들이 이제부터 (공동체법의) 자유경쟁 원칙과 균형을 맞추어 나가고 있으며 이러한 (두)개념은 프랑스가 알고 있는 공공서비스의 의미와 어울리는 것처럼 보인다. 그러나 동시에 이러한 개념들은 프랑스식 공공서비스에 대해 요구하는 변화의 요청과는 구별된다.

1. 공동체법상의 개념

공동체조약과 유럽공동체법원(C.J.C.E.)에서 공동체 차원에서 인정된 서로 구별되는 두 개념에는 보편적 서비스(service universel)와 경제적 공익서비스(service économique d'intérêt général)²⁾가 있다.

(1) 보편적 서비스

보편적 서비스 개념은 프랑스에서 나타난 것이 아니라 앵글로 색슨의 기원을 가지는 점에서 공공서비스 개념과는 일치하지 않는다고 이해될 수 있다. 보편적 서비스는 미국의 통신 분야에서 나타났는데 뒤이어 소위 본래의 법에서 보다 공동체법에서 주목을 받게 되었다.

보편적 서비스에 대한 최초의 언급은 공동체 위원회(Commision)가 1987년에 통신 분야에서, 프랑스법상 공공서비스로 평가할 수 있는, 이를 지원하는 운영자에 대한 의무사항에 관한 채택한 녹서(綠書 · Livre vert)에서 등장했다. 1992년의 우편서비스에 대한 녹서에서도 동 개념은 재차 나타나고 있는데 보편적 서비스는 다음의 가능성을 제공할 수 있어야 한다. : “공동체의 모든 지점에서 수집하고 배달되고 모든 사람이 저렴한 가격으로 만족할만한 수준의 서비스”라야 한다. 1994년 2월 7일 유럽연합 각료이사회(Conseil des ministres)는 같은 분야에서 보편적 서비스의 발전과 관련하여 보편적 서비스에 대해 다음과 같은 결론을 밝히고 있다 : 공동체 차원에서 “보편적 서비스는 각 회원국의 모든 이용자에게 합리적인 가격으로 제공되는 전체의 최소 수준을 갖추어야 하고 보편적 서비스에 대한 이용의 접근의 차별이 없어야 한다”. 다른 공동체의 녹서나 백서에서도 동일한 보편적서비스 개념을 언급하고 있다.

2) 직역하면 공익적 성격의 경제적 서비스라 할 수 있으나 경제적 공익서비스로 의역하기로 한다. 정확한 새로운 용어가 나타나면 대체하기로 한다.

그러나 적어도 그 규정방식에 있어서 공공서비스의 표현을 직접적으로 들고 있음을 발견하게 된다. 1996년 12월 19일의 전기, 1998년 6월 22일의 천연가스 분야에서 유럽공동체 디렉티브는 “일부 회원국에서 생필품의 공급의 안정, 소비자보호와 환경보호를 위해 공공서비스의 의무(제한) 부과가 필요한 경우에 자유경쟁은 보장되지 않을 수 있으며(...) 공공서비스에 대한 전기한 의무(제한)를 충족하는 수단의 하나로서 장기계획을 수립할 수 있다”고 규정하고 있음을 알 수 있다. 또한 공동체기관은 특정 회원국의 공공서비스 개념을 인식하고 있으며 - 이들은 우선 생각하는 것은 프랑스식 개념이다 - 그 내용에서 이러한 개념을 다시 들고 있지는 않다. 여기서 보편적 서비스는 일종의 최소 공공서비스, 다시 말해 유럽연합의 모든 국가의 시민들이 요구하는 공공서비스의 최소한을 뜻하며 보편적 서비스가 없다면 그 서비스가 없거나 만족할 수준으로 주어지지 않았다고 볼 수 있다.

보편적 서비스 개념은 두 가지 평가가 있다. 그 하나는 일부 저자의 경우 증명할 수 있는 사실에 기초하여 보편적 서비스는 발전중인 개념이며 점진적으로 프랑스에서 인정되는 공공서비스개념에 더 접근해서 나아가고 있다고 한다.

하지만 다른 일부에서는 이러한 해석에 대해 회의적인 태도를 보이고 있는데, 보편적 서비스는 단지 (유럽연합의) 자유경쟁 원칙의 수정에 불과하며 좀 더 경쟁원칙을 적용할 수 있도록 수정한 것에 불과한 것이라고 평가한다.

(2) 경제적 공익서비스

경제적 공익서비스의 경우 판례상의 개념이 아니라 공동시장을 형성한 로마협정의 규정상의 개념이다. 경제적 공익서비스는 자유경쟁 원칙에 대한 예외를 허용하지만 이러한 예외는 매우 엄격하게 해석되고 있다.

우선 기업에 대해 특별한 내지는 독점적인 권리를 인정하는 회원국은 조약규정에 반하는 어떤 조치를 취하거나 유지해서는 안 된다.

다음으로 경제적 공익서비스를 관리(경영)하거나 재정상 독점(monopole fiscal) 성격이 나타난 기업은 이들 기업에게 부여된 법적 혹은 사실상의 특별한 임무의 수행에 방해가 되지 않는 범위에서 공동체조약 규정, 특히 경쟁원칙에 관한 규정의 적용을 받는다.

마지막으로 공동체위원회는 전기한 조치의 실행에 유의하며 필요한 필요에 따라 회원국에 대한 디렉티브나 결정을 내리게 된다.

마스트리히트조약의 여러 규정에서 공공서비스의 사상이나 개념에 대한 언급을 발견할 수 있다. 그러나 이러한 언급은 매우 간접적이고 규정을 파헤치면서 다만 일종의 공공서비스 개념의 메아리만 발견하게 된다. 예를 들면 소비자보호에 관한 제129A조(최종조약의 제153조)는 공공서비스의 존재를 정당화하고 있다. 또한 제130A조에서 제130E조의 경우(최종조약의 제158조-제162조) “여러 지역에서의 개발지역과 농촌지역을 포함한 미개발지역이나 섬의 후진성의 격차를 줄이도록 하는” 공동체의 임무를 규정하고 있다. 마지막으로 유럽연합 A와 B 규정(최종조약의 제1조와 제2조)은 “특히 내부적 국경이 없는 공간의 창설과 경제적 사회적인 통합의 강화”를 통한 지속적이고 균형 있는 경제사회개발의 목표를 강조하고 있다.

마스트리히트 조약에서 규정된 보충성원칙은 경제적 공익서비스를 요구하기 전에 제 원칙을 둘 것을 허용하고 있다 : “경제적 공익서비스가 차지하는 입장을 고려해서 공동체와 회원국은 상호권한을 존중하고 현재의 조약이 적용되는 범위 안에서 연합의 사회적·지역(territoriale)적인 통합의 촉진에 기여하는 역할을 수행하며 이들의 임무를 수행하는 범위 내에서 원칙의 기초에 영향을 주는 서비스에 관심을 가져야 한다”. 최종 행동(acte final)에서 선언은 다음과 같이 규정한다 : “공공서비스에 관한 제7D조의 규정은 서비스의 질과 계속성 및

대우의 평등원칙에 관련된 공동체법원의 관례를 존중하여 집행된다”. 따라서 프랑스 정부는 공공서비스 유럽헌장을 제안하였지만 다른 국가의 지지를 받지 못하는 못하였다. 이는 유럽식 개념은 심각한 모호성으로 인해 프랑스식의 공공서비스개념에 이를 수는 없다는 것을 말한다. 이제부터는 프랑스식 개념이 변화에 대해 질문을 받게 되었다.

2. 프랑스식 공공서비스 개념의 발전

공동체법은 예전에 프랑스에서 전통적으로 인정되었던 공공서비스에 대한 숙고와는 이러한 공공서비스의 일신(renouvellement)을 강요한다. 이러한 것은 공공서비스의 관념(conception)에서 뿐 아니라 실제(pratique)에서 찾을 수 있다.

(1) 공공서비스의 관념

공동체법은 공공서비스에 관해 가지고 있던 전통적인 관념을 재방문하도록 하였다. 특히 프랑스 법에서 알려지지 않았던 두 가지 구별에 대해 현재 강하게 요청하고 있다.

첫 번째 구별은 공공서비스와 공적 섹터에 관한 구별이다. 공적부분에 대한 개입주의 이른바 “복지국가”의 영향으로 공공서비스의 확대라는 결과 외에도 1936년과 1946년 비교적 최근에는 1981년에 실시된 국영화 조치를 통해 프랑스에서도 이른바 공적 섹터가 탄생하였다. 그런데, 원칙적으로 공공서비스와 공적섹터는 매우 차이가 있다. 이른바 공적 섹터가 아닌 경우에도 공공서비스는 존재할 수 있고 공적섹터 편에서 본다면 그 경제적 성질로 인해 반드시 공공서비스라고 강조할 수도 없는 경우가 있다(특히 공기업의 경우를 들 수 있는데, 비록 공적 섹터에서 나타났지만 이들이 공공서비스를 구성할 수 있다고 보지는 않았다) : (자동차회사로 알려진) 르노(Renault)의 경우 국영화

되었기 때문에 공적섹터에 속한다고 할 수 있지만 (게다가 정치적 이념적으로 적국 독일기업의 대표이사과 제휴를 했기 때문에) 공공서비스로 명백히 인정할 수는 없었으며, 다른 자동차기업인 뿌조(*Peugeot*)나 시트로엥(*Citroën*)에서 만들어진 자동차와 르노의 자동차나 수입된 다른 외국 자동차와 구별할 수는 없었다. 그렇지만 모호함은 계속 상존하고 있는데 르노사가 사회적 진보의 창문으로 대변되었다(이 회사에서도 3주 후에는 4주의 유급휴가가 실시되었다).

두 번째 구별은 상업적 서비스와 그렇지 않은 서비스간의 구별이 있어야 한다는 것이다. 일반적으로 전자는 경쟁의 원칙하에 있고 후자는 그렇지 않다는 점이 개념 정의를 통해 이루어지고 있다. 그러나 이러한 구별도 프랑스에서는 매우 어려웠는데, 예를 들면 철로회사의 직원은 경쟁 속에 있는 서비스에 소속되었지만 프랑스에서는 대부분 원칙적으로 경쟁의 지배를 받지 않는 공무원과 유사해졌다. 공공직무부분 - 더 정확히 말하면 성질상 경쟁을 회피하는 서비스의 직업인 공무원의 지위를 가지는 - 의 놀랄만한 팽창은 이러한 혼동을 증가시키는 데 일조하였다.

(2) 공공서비스의 관리

살펴보았던 것처럼 공적부분이 이론상 경쟁체제하에 있게 된다면 공공서비스를 특징짓는 원칙이나 규정이 반드시 공법적 규율 하에서 공법인에 의해 관리되어야만 하는 것은 아니다. 첫 번째 분리는 역사적으로 행정적 공공서비스(*SPA*)와 일반적으로 사법의 규율 하에 있는 상공업적 공공서비스(*SPIC*)공공서비스의 두 가지 카테고리로 구별하는 것이었다. 두 번째 분리는 사인이 행정적 공공서비스나 상공업적 공공서비스를 관리(경영)하는 가능성을 인정하는 것이었다.

게다가 관리기법은 놀랄 정도로 발전하고 있는데 현재 이를 위탁관리(*gestion déléguée*)방식으로 유형화하고 있다. 위탁관리는 전통적인

기법인 (공익사업의) 특허(*concession*) 외에도 경쟁의 실행의 필요성에 따라 공동체의 규정에 따른 공공서비스의 위탁관리(SDP)와 같은 새로운 가능성을 포함하고 있다. 공유재산(*Propriété publique*)이 시장원칙이 개입할 수 없다는 것을 의미하는 것이 아니라 이제는 적용될 수 있다. 많은 분야에서 특히 항공운송 부분과 통신시장, 후속해서 에너지와 우편시장이 이러한 개념상의 변화의 도전을 받고 있다.

공공서비스는 의문의 여지없이 변화하고 있으며 동시에 그 (공공서비스가 가졌던) 특수성이 강조되고 있다. 공공서비스가 사회통합의 도구 받아들여지는 예는 분명하고 종전에 비해 그 역할의 중요성이 더 강조되고 있다. 마찬가지로 공공서비스에서 요구되었던 중요한 원칙들은 여전히 실천적이며 예전에 비해 다르고 더 복잡한 모습으로 나타난다. 공공서비스는 주어진 경직된 것이 아니라 새로운 관점에서 끊임없이 풍성해지는 지속적인 변화를 가진 개념이라 할 것이다.

‘독일행정법원법의 유럽화 경향’에 대한 토론요지

전 훈

(경상대학교 법과대학 교수)

존경하는 장 마리 폰티에 교수님,

먼저 이곳 충절과 예향의 도시 진주에 위치한 경상대학교 법과대학에서 한국법제연구원과 프랑스 엑스 마르세이 3대학 행정연구소와 경상대학교 법학연구소의 학술교류협정체결을 기념하는 국제학술대회에 옥고와 발제를 해주셔서 법학연구소의 구성원으로서 깊은 감사 말씀을 드립니다.

발제해주신 공공서비스 분야는 이미 제가 프랑스에서 공부할 적에 관심과 또한 의문점을 가졌던 프랑스 행정법을 설명하는 고유한 개념이라 할 것입니다.

아직은 우리나라에서 공공서비스에 대한 법적 접근이 이루어지지 않고 있습니다만 조만간 프랑스 행정법에 대한 관심만큼이나 공공서비스 법제에 대한 연구가 한층 성숙될 것으로 예상합니다.

발제하신 원고의 번역과 통역을 하는 입장에서 토론을 하게 되어 약간 어색한 감은 있습니다만 그래도 그 과정에서 가장 가깝게 그 내용을 이해하지 않나 하는 생각도 들고, 저 개인적으로도 프랑스 공공서비스에 대한 몇 가지 내용을 소개한 바도 있어 다시 새로운 내용을 공부하고 소개한다는 각오로 토론이라기보다는 몇 가지 궁금한 점을 문의드리고자 합니다.

먼저 말씀하신 바처럼 공공서비스(service public)는 공익이라는 측면과 공권력이라는 전통적 측면 외에도 2원적 재판질서의 산물인 행정재판이라는 제도적 요소와 함께 구체적으로 이에 대한 수행과정에서의 기능적 측면을 함께 검토되어 할 것으로 생각합니다. 특히 후자와

관련해 비록 용어는 다르지만 공공서비스의 위탁방식에 관한 논의는 이미 국내에서도 논의가 성숙되어 있으며, 공적 섹터에서의 사주체의 역할의 증가와 기법에 대해서는 이미 우리들의 일상생활 속에서 자주 그 특징을 발견할 수 있다고 봅니다.

먼저, 풍티에 교수님께서서는 프랑스의 공공서비스 개념이 경쟁과 자유로운 이동을 기본 원칙으로 하는 유럽(공동체)법의 영향을 받아 예전의 전통적 가치와 영향력에 수정을 받게 되었다고 말씀하셨습니다. 특히 공동체법을 통해 나타난 경제적 공익서비스개념과 보편적 서비스에 대해 설명을 하셨습니다.

저는 그 중 한국에서도 그 개념이 입법화 된 보편적 서비스에 대해 궁금한 점이 있습니다. 간단한 예를 들면 통신 분야에서 사업자가 (한국의 경우 한국통신) 긴급번호(119나 112 등)의 무료제공, 유상이긴 하지만 공중전화기 부스를 경제성이 없는 공공장소에서 비치하거나, 무료로 전화번호부를 보급 하는 것 등을 일종의 보편적 서비스의 내용의 일부로 볼 수 있다고 생각합니다. 제 경험상 프랑스의 경우도 이와 유사한 경우를 찾아 볼 수 있는데, 이러한 것은 이른바 보편적 서비스 개념을 수용해서 나온 결과물인지 아니면 이전부터 받아들여진 전통적 의미의 프랑스 공공서비스의 당연한 결과인지 알고 싶습니다. 일반적으로 프랑스 공공서비스의 기본원칙인 로랑의 원칙(Lois de Laurent)에 의하더라도 공공서비스의 평등성원칙 내지 계속성 원칙의 파생원칙으로 무상성을 들 수 있는데, 과연 그렇다면 통신사업과 같은 대량적이고 일상적인 서비스에 대한 지배사업자에게 일정한 의무(서비스에 대한 무상제공)부과는 공동체법(비록 그 뿌리는 영미적인 것이긴 하나)상의 개념의 수용인가에 대해 궁금합니다.

다음으로, 공동체법상의 개념인 경제적 공익서비스의 경우 프랑스 공공서비스이론과는 상당부분 거리가 있고, 특별한 의미를 부여하지는 않은 듯합니다.

물론 주제가 유럽법 혹은 공동체법의 영향에 따른 프랑스 국내 행정법 중 특히 공공서비스에 관한 변화와 양자 간의 관련성에 대한 논의이긴 합니다만 경제적 공익서비스 또한 이에 대한 일정한 연관성을 가진다고 생각합니다.

그리고 이러한 공동체법상의 두 개념이 구체적으로 일상생활 속 가운데 시민들이 피부로 접할 수 있는 부분에서 그 예를 찾을 수 있는가에 대해 말씀해주셨으면 합니다.

그리고 마지막으로 구체적으로 유럽공동체법원의 판례에 대해서도 말씀하셨는데, 실제로 이에 관한 의문은 공공서비스법 자체에 관한 질문 이라기보다는 유럽법의 회원국내법에 대한 우위에 관한 몇 가지 교과서에서 인용되는 판례의 경우와 동일한 차원에서 검토될 수 있는지에 대해 알고 싶습니다.

아직은 한국에서 유럽법에 대한 이해가 어렵다고 할 수 있고, 특히 공법영역에서는 회원국내법의 주권하의 법질서를 전제로 한 국제법과의 경계구별이 아직은 혼란스러운 점을 고려할 적에 잘 이해되지 않는 부분이 있습니다.

이하 짧은 제한 시간에 모든 답변을 듣기는 어려울 것으로 생각되나 궁금한 몇 가지에 대한 교수님의 설명을 부탁드립니다.

다시 한 번 발제를 해주신 퐁티에 교수께 감사를 드립니다.

제 2 주 제

독일행정법원법의 유럽화 경향

발 표 자 : 강 문 수 (한국법제연구원 부연구위원)

토 론 자 : 이 동 식 (경북대학교 법과대학 교수)

독일 행정법원법의 유럽화 경향

- 독일 행정법원법 제80조, 제80조a 및 제123조상의
가구제(einstweilig Rechtsschutz)를 중심으로 -

강 문 수

(한국법제연구원 부연구위원)

I. 서론

유럽국가간의 정치적·경제적 통일을 중국적인 목적으로 진행되어
지고 있는 유럽통합의 과정에 있어 나타나고 있는 유럽연합 제 회원
국 법률의 유럽화(Europäisierung)¹⁾ 현상은 독일 행정법 영역에 있어서
도 유럽연합 공동체기관의 실무를 통하여, 그리고 무엇보다 유럽연합
법원(EuGH)의 판례를 통하여 진행되어 지고 있다.²⁾ 이러한 독일 행정
법의 유럽화 현상에 있어 가장 활발한 논의가 전개되는 영역은 소위
주관적 공권론이라 할 것이며, 이를 통한 종래 국민의 권익보호의 확
대범위에 대한 독일의 법리적인 해석 역시 재차 논의의 대상이 되어
지고 있다. 이는 곧 최종적 권리구제 수단인 행정쟁송 영역에 있어
유럽화를 의미하게 되며, 종래의 쟁송제도에 있어 국민 권익보호

1) 상세히는, Schulze, in: ders.(Hrsg.), Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte, S.3.
2) 유럽연합법원의 판례발전에 과하여 상세히는, 홍준형, 유럽통합의 공법적 영향에
관한 연구, 국제 - 지역연구 10권 4호 (2001), 108면 - 유럽연합법원은 유럽의회가
자신의 권한을 확대해 나감에 발맞추어 그 관할권을 확대해 나아가고 있으며, 무엇
보다 “회원국에 있어 공동체법의 직접적용(die unmittelbare Anwendbarkeit des
Gemeinschaftsrechts in den Mitgliedstaaten)”과 “국내법에 대한 공동체의 우위(der
Vorrang des Gemeinschaftsrechts 꺾 dem nationalen Recht)”라고 하는 핵심 원칙을 확
립하여 유럽연합의 제 회원국을 하나의 법 공동체(Rechtsgemeinschaft)로 구성하는
결정적인 역할을 하고 있다.

의 확대를 목적으로 하는 가구제제도에 대한 유럽공동체법의 영향을 의미하게 되어진다.

독일의 경우 가구제라 함은 일반적으로 법률에 위배되는 행정처분에 따라 권리와 이익을 침해받은 경우에 그 행정처분을 취소해 줄 것을 청구하는 행정소송을 제기하더라도 판결이 확정되기까지는 오랜 기간이 소요된다. 그 결과, 소 제기시의 권리의무관계를 방치할 때, 기성사실(vollendete Tatsache)³⁾이 쌓임으로 인하여 원고승소판결이 무의미해질 수도 있다. 때문에 기성화된 사실이 발생하여 사후적인 권리구제수단의 실효성이 의문시되는 경우에는 소송이 제기되기 이전이라 하더라도 또는 소송이 제기되는 경우에는 가능한 한 초기단계에서 법원이 이에 개입하여 문제되는 행정처분 등의 적법성 여부에 대한 본안소송이 확정되기 이전까지 그 효력을 잠정적으로 중지시킴을 통하여 종국적으로 행정쟁송제도상 권리구제범위의 확대를 목적으로 하는 법제도적 장치로서 이해되어 지고 있다.⁴⁾ 또한 연방헌법재판소는 권리자에게 가해지는 불이익이 중대하면 할수록, 행정의 조치가 불가역적으로 작용하면 할수록 가구제의 필요성은 높아진다고 하여 그 제도적 가치를 높게 평가하고 있다고 할 것이다.⁵⁾

아래에서는,

① 현 독일 가구제제도에 대한 개괄적 내용을 검토하고, ② 행정법원법 제42조 제2항 및 제113조 제1, 4항, 재정법원법 (FGO) 제40조 제2항 등에서 규정하고 있는 사실심전제요건의 하나로서 소권의 인정여부를 결정하는 독일의 주관적 공권론에 대한 유럽공동체법의 영향을

3) 기성화된 사실을 방지하기 위한 소송의 형태로는 크게 가구제와 같은 잠정적 수단(vorläufiger Rechtsschutz)과 행정청의 부작위를 구하는 예방적 수단(vorbeugender Rechtsschutz)으로 구분되어 진다.

4) 김남진, 행정소송과 가구제의 확충, 고시연구 (2005, 9), 136면 이하; 김성수, 독일 행정소송법상 가구제 및 예방적 권리구제수단, 고시계 (1994, 11), 113면 이하.

5) BVerfGE 35, 382(402); 67, 43, 43(59).

고찰하여 이를 바탕으로 ③ 독일 가구제제도의 유럽화 경향을 설명해 보고자 한다.

II. 독일 행정법원법(Verwaltungsgerichtsordnung- VwGO)⁶⁾상 가구제제도

독일 행정법원법상의 가구제제도는 독일 기본법 제19조 제4항 (Art. 19 Abs. 4 GG)의 법원리와 법치국가의 원리를 근거로 하여 적극적인 권리보호의 보장을 실현하기 위한 법적 제도이다.⁷⁾ 이는 행정법원법 제80조 제1항에 근거한 “취소소송이나 전단계로서 불복절차(Widerspruch)가 발생하는 경우에 해당되어지는 집행정지제도와 취소소송 외에 일반적인 이행소송, 확인소송 및 의무화소송에 인정되는 행정법원법 제123조에 의한 가명령제도(einstweilige Anordnung)로 구분되어진다.⁸⁾

양자는 크게, ① 집행정지제도가 관계인의 신청과는 상관없이 소송의 제기와 동시에 당연히 발생하는 것이며, 정지효를 부인하고 행정처분의 즉시집행이 요구되는 경우에 행정청은 처분의 즉시집행이 공익상 필요하다는 증명을 하여야 하는데 반하여 가명령제도는 반드시 가명령을 원하는 당사자의 신청을 요건으로 하며 제도의 남용을 막기 위하여 가명령의 신청이 초기에 그 이유가 존재하지 않거나 가명령 신청 후에 일정 기간 이내에 본 소송을 제기하지 않는 경우에는 손해배상의 책임을 지도록 하고 있다는 점, ② 법원은 동법 제80조 제5항에 따라 정지효를 복원함에 있어 재량권을 가질 수 있음에 비해, 가명령은 법률상의 요건이 갖추어지면 반드시 발령하여야 하는 기속적 성격을 가진다는 점 등에서 구별되어진다.⁹⁾

6) BGBl. I S. 686.

7) BVerfGE 35, 263, 274; 35, 382, 401; 79, 69, 74.

8) 독일의 가명령에 관한 규정으로는, 행정법원법 제47조 제8항(규범통제절차에 의한 가명령)이 있다. 이는 규범통제사건의 본안이 계속된 고등행정법원은 신청인의 신청에 의하여 신청인에게 가해지는 심각한 위해를 방지하거나 기타 다른 사유에 의하여 긴급한 필요가 있는 경우에는 가명령을 발할 수 있다고 규정하고 있다.

1. 행정처분의 정지효

독일행정법원법 제80조는 크게 제1항에서는 집행정지효력의 원칙을, 제2항에서는 집행정지원칙에 대한 예외로서 즉시집행을, 제4항 및 제5항은 예외에 대한 재예외로서 집행정지효력의 복원과 즉시집행의 파기를 규정하는 구조로 구성되어 있다.

제80조(aufschiebende Wirkung)¹⁰⁾

- (1) 불복신청 및 취소소송의 제기는 정지효(aufschiebende Wirkung)를 가진다. 이는 법형성적 행정행위, 확인적 행정행위, 이중효과적 행정행위(제80조 a)에도 적용된다.
- (2) 정지효는 다음 각 호의 경우에는 적용되지 않는다.
 1. 공과 및 공비용의 부과징수
 2. 경찰집행관리에 의한 집행불능한 명령 및 조치
 3. 그 밖의 연방법률, 주법에 대해 주법률에 규정된 경우, 특히 투자나 고용창출과 관련된 행정행위에 대한 제3자의 불복신청 및 취소소송의 경우
 4. 행정행위를 한 행정청이나 불복신청에 대해 결정해야 하는 행정청이 공익이나 관계인의 중대한 이익을 위해 즉시집행을 명령하는 경우, 권리보호의 청구가 주의 연방법에 의한 행정상 강제집행상의 조치에 대한 것일 때, 주는 정지효를 가지지 아니한다는 취지를 규정할 수 있다.
- (3) 제2항 제4호의 경우, 행정행위를 즉시집행하는 것의 특별한 이익을 문서로써 증명하여야 한다. 위험이 급박하고, 특히 생명, 건강 또는 재산에 대한 불이익이 임박해 있고, 행정청이 사전에 공익을 위한 긴급조치임을 제시하고서 취하는 경

9) Sodan/ Ziekow, VwGO, 2.Aufl. 2006, §80, Rn. 6 ff.

우, 특별한 증빙은 불필요하다.

- (4) 행정행위를 한 행정청이나 불복신청에 대해 결정해야 하는 행정청은 제2항의 경우, 연방법률에 특별한 규정이 없는 한, 집행을 정지할 수 있다. 공과 및 공비용의 부과징수에 대해서는 보증과 교환적으로 집행을 정지할 수도 있다. 공과 및 공비용에 관해서는 문제시되는 행정행위의 적법성에 중대한 의문이 있는 경우나 집행이 공과 내지 비용의 부담의무자에 있어서 부당하게 가혹한 결과를 초래하고 그것이 중대한 공익에 의해 요청되지 않는 경우에 집행을 정지하는 것으로 한다.
- (5) 본안 재판소는 신청에 근거하여 정지효를 제2항 제1호 내지 제3호의 경우는 전부 혹은 일부에 대해 명령하고, 제2항 제4호의 경우는 전부 혹은 일부를 회복할 수 있다. 신청은 취소소송을 제기하기 전에 허용된다. 행정행위가 결정의 시점에 이미 집행되고 있는 경우, 재판소는 집행의 취소를 명령할 수 있다. 정지효의 회복은 보증의 제공이나 그 밖의 부담과 결부시킬 수 있다. 기한을 붙일 수도 있다.
- (6) 제2항 제1호의 경우, 제5항에 의한 신청은 행정청이 집행정지의 신청을 전부 혹은 일부 거부한 경우에만 허용된다. 다만, 다음의 경우는 제외된다.
 - 1. 행정청이 신청에 대해 충분한 이유를 제시하지 않은 채 상당한 기간을 경과하고서도 실체에 관한 결정을 하지 않았던 경우, 혹은
 - 2. 집행이 임박하고 있는 경우
- (7) 본안 재판소는 제5항에 근거한 신청에 관한 결정을 언제라도 변경하고 또는 취소할 수 있다. 모든 절차관계자는 사정의 변화, 혹은 원래의 절차에서 주장하지 않았던 것에 과실이 없는 사정을 이유로 변경 또는 취소를 신청할 수 있다.
- (8) 긴급한 경우는 재판장이 결정할 수 있다.

집행정지라 함은 취소소송이나 그 전심절차로서 불복이 제기되는 경우 행정처분의 집행이 정지된다는 것은 마치 부담적 효과를 갖는 행정처분이 처음부터 발령되지 않은 것과 같은 상태가 만들어지는 것을 의미하는 것이다.¹¹⁾ 아울러 종래 정지효와 관련하여 논의의 대상이었던 집행정지의 대상과 효력발생시기 그리고 집행정지와 본안소송과의 관계에 대하여서는, 우선 집행정지의 대상에 대하여 그것이 행정처분의 효력자체에 해당하는 것인지 또는 행정처분의 속행이나 강제집행을 의미하는 것인지에 관해서 일부는 단순한 처분속행의 집행정지로 이해하기도 하나, 명령적 행위와는 달리 형성적 행위나 확인적 행위에 있어서는 법률 또는 사실관계의 형성이나 확인 외에 별도의 처분의 속행이나 집행행위가 없으므로 집행정지의 대상은 행정처분 자체의 효력정지로 이해하는 것이 일반적 견해라 하겠다.¹²⁾ 아울러 집행정지의 효력은 원칙적으로 취소소송등의 제기와 동시에 발생하는 것이지만, 제3자효적 행정행위의 경우는 수익적 처분의 상대방이 제3자에 의한 소제기 사실을 알게 되는 때 발생한다고 보는 것이 보다 법치국가적 법해석에 상응하는 것이라 할 것이다. 끝으로 집행정지의 효력은 본안소송의 제기 이전에 발생하는 것이므로 만약 본안소송이 부적합한 것으로 되는 경우 집행정지의 효력도 이에 상응하여 부인되는 것인가에 관하여 의문이 제기될 수 있으나, 사안이 행정쟁송을 통하여 다룰 수 없는 것이라든지, 처분의 부존재, 원고적격의 결여 등 명백히 본안소송이 부적합하다고 판단되는 경우 외에는 집행정지의 효력이 발생한다고 보아야 할 것이다.¹³⁾

10) ‘aufschiebende Wirkung’을 “연기효과”로서 번역되어지기도 하며, 이는 협의의 집행정지(강제집행의 정지)만이 아니라 행정행위의 효력정지를 포함하는 광의의 개념으로 이해되어 짐이 일반적이라 하겠다.

11) Sodan/ Ziekow, VwGO, 2.Aufl. 2006, §80 a, Rn. 1 ff.; BVerwGE 13, 1, (5).

12) Sodan/ Ziekow, VwGO, 2.Aufl. 2006, §80 a, Rn. 19 ff.

13) 김성수, 독일행정소송법상 가구제 및 예방적 권리구제수단, 고시계 (94/11), 116면 - 117면.

집행정지의 예외는 행정법원법 제80조 제2항 제1문 제1, 2호에 규정되어 있다. 제1호는 예산이 지장없이 집행되는 것을 목적으로 한 규정이고, 금전의 징수에 관한 행정행위가 모두 제1호에 해당하는 것은 아니다. 그 밖에 집행정지원칙의 예외를 규정하는 개별 법률로는, 외국인의 재류허가(외국인법 제72조), 건설감독상의 건축허가에 대한 제3자의 불복신청, 취소소송(건설법전 제212a조), 구동독진흥에 관한 법률, 교통망정비에 관한 계획확정절차 등(일반 철도법 제20조 제5항, 연방고속도로법 제17조 제6a항, 여객운송법 제29조 제6항), 감염방지법 제16조 제8항, 제17조 제6항, 제26조 제1항, 제28조 제2항, 제39조 제2항, 병역의무법 제33조 제2항, 통상법 제30조 제3항, 국토정비법 제12조 제3항 등이 있다.

독일 행정법원법 제80조상의 집행정지제도에 관하여 중요한 것은 행정청에 의한 집행정지를 규정한 동법 제80조 제4항 보다는 법원에 의한 소위 “집행정지 절차”에 관한 규정인 동법 제80조 제5항이라 하겠다. 이에는 정지효의 명령, 회복 외에도, 이미 행해진 집행의 취소, 나아가 판례법에 의해 인정된 절차로서 행정청이 정지효를 무시하는 경우에 있어서의 정지효의 확인 또는 이미 행해진 집행의 취소, 법원에 의한 집행정지의 중간결정 (이는 신청만으로도 간이신속하게 할 수 있다) 등이 포함된다.

정지효의 명령·회복의 요건을 통설은 기본적으로 정지효에 의해 보전되는 관계인의 이익과 행정행위의 즉시집행에 의해 보호되는 공익 또는 관계인의 이익을 신중히 형량하여 판단한다.

제80조 a(Verwaltungsakte mit Doppelwirkung)

- (1) 제3자가 행정행위에 대해 권리를 요청하는 경우, 행정청은 다음에 정하는 것을 할 수 있다.

1. 수익자의 신청에 의해 제80조 제4항으로 즉시집행을 명령하는 것
 2. 제3자의 신청에 의해 제80조 제2항으로 집행을 정지하고 제3자의 권리를 보전하기 위한 임시조치를 취하는 것
- (2) 이해관계자가 자신에 대한 부담적 행정행위로 제3자에게 이익을 주는 것에 대해, 권리보호를 요청하는 경우, 제3자의 신청에 의해 제80조 제2항 제4호에 따라서 즉시집행을 명령할 수 있다.
- (3) 법원은 신청에 의해 제1항 및 제2항에 의한 조치를 변경하거나 취소하고 또는 그러한 조치를 취할 수 있다. 제80조 제5항 내지 제8항이 준용된다.

이 규정은 본래 과거 제3자 원고적격의 인정에 따라 과연 제3자의 쟁송제기로 인해 행정처분의 집행정지효가 발생할 수 있는가에 대한 법논리적 논쟁을 입법적으로 해결하기 위하여 신설된 조항으로서¹⁴⁾ 행정청 혹은 법원이 관계인의 신청에 의해 행정행위의 즉시집행명령을 발하는 제도, 행정청 혹은 법원이 제3자의 신청에 의해 행정행위의 집행이 연기되고 있는 경우에 제3자의 권리를 보호하기 위하여 행정행위의 상대방에 대해 가조치 (건축정지명령 등)를 취할 수 있음을 규정하고 있다. 이에 관하여 명문의 규정은 없을지라도 행정청은 처분의 상대방의 이익, 사업의 시행으로 인한 공익과 처분의 집행 및 정지로 인한 제3자의 이익을 면밀하게 형량하여야 하는 법적의무를 가지는 것으로 이해되고 있다.¹⁵⁾

14) Scholz, Die Kontrolle des Verwaltungshandelns, 4. Aufl. 1984, S. 72 f.

15) Sodan/Ziekow, VwGO, 2. Aufl. 2006, §80 a, Rn. 8 ff.; 김성수, 독일행정소송법상 가구제 및 예방적 권리구제수단, 고시계 (94/11), 119면.

2. 가명령

제123조(Erlass einstweiliger Anordnungen)

- (1) 법원은 현재의 상태가 변화됨으로써 신청인의 권리의 실현이 불가능하게 되거나 본질적으로 곤란하게 될 우려가 있다고 하는 위험이 존재하는 경우, 소송제기전이라도 신청으로 소송대상에 관한 가명령을 할 수 있다. 다투어지고 있는 법관계에 관해 가상태를 규율하기 위한 가명령도 이 규율이 특히 존속하는 법관계에 있어서 본질적인 불이익을 회피하기 위해, 혹은 절박하게 권력행사를 저지하기 위해, 혹은 그 밖의 이유로 필요하다고 생각되는 경우에는 허용된다.
- (2) 가명령의 발령은 수소법원이 관할한다. 본안이 항소절차 중에 있는 경우에는 항소법원에 있다. 제80조 제8항이 준용된다.
- (3) 가명령의 발령에 관해서는 민사소송법 제920조, 제921조, 제923조, 제926조, 제928조에서 제923조, 제938조, 제939조, 제941조 및 제945조가 준용된다.
- (4) 재판소는 결정에 의해 판단한다.
- (5) 제1항에서 제3항의 규정은 제80조 및 제80조 a의 경우에는 준용되지 않는다.

이 규정은 민사소송법 제935조(계쟁물에 관한 가처분) 및 제940조(가지위를 정하는 가처분)에 대응하는 형태로서,¹⁶⁾ 동법 제1항 제1문은 현재의 법적·사실적 상태의 변화로 인하여 가명령신청인의 권리

16) 행정법원법은 민사소송법 제916조, 제917조에 대응하는 물에 대한 가압류의 근거 규정을 두고 있지 않다. 그러나 행정법원법 제123조 제3항이 물의 가압류의 집행에 관한 민사소송법 제928조에서 제932조를 준용하기 때문에 보전명령과 관계되는 행정법원법 제123조 제1항 제1문이 급전채권을 보전하기 위한 가명령의 근거가 되는 것으로 이해되고 있다.

실현이 좌절되거나 어렵게 되는 경우에 법원은 본안소송 제기 이전이라도 소송물에 대하여 가명령을 발할 수 있는 보전명령(Sicherungsansordnung)¹⁷⁾과 보전명령이 침해의 위법성이 있는 신청인의 권리를 잠정적으로 보전하기 위한 제도라면 동법 제1항 제2문의 규정은 계속적 법률관계를 대상으로 법적분쟁이 제기된 경우에 신청인에게 가해지는 위해와 폭력의 방지, 기타 필요한 경우에 이와 같은 법률관계를 잠정적으로 규율하기 위하여 법원이 발하는 가명령으로써, 공법상 신분관계, 공법상 계약으로 인한 법률관계 등을 대상으로 하는 규율명령(Regelungsanordnung)으로 구분되어진다.

가명령제도의 운용에 있어 특기할 만한 것은 가명령신청의 남용을 방지하고 대립하는 이해당사자의 보호를 위해서 신청근거가 존재하지 않거나 법원에 의하여 가명령이 폐지된 경우에 동조 제3항이 민사소송법 제945조를 준용함에 따라 신청인에게 손해배상의 책임을 묻고 있다는 것이라 하겠다.¹⁸⁾

III. 유럽공동체에 있어서의 공동체법상의 주관적 자격개념과 독일행정법원법

독일행정법학 및 법제도에 있어 주관적 공권(subjektives Recht)은 과거와 달리 격상된 지위를 갖는 개인(mündiger Bürger)에게 행정법 영

17) 보전명령은 행정행위의 성격을 가지지 않는 침해행위(공공기관이 주체가 되는 건축공사 등)의 부작위를 구하는 경우, 예방적으로 행정행위 그 밖의 침해행위의 부작위를 구하는 경우, 제3자(사인)가 현상을 변경하고자 하는 상황에 있어서 반대 이해관계자가 행정청의 조치(건축정지명령 등)를 구하는 경우에 인정되며, 특히 침해행위에 대한 보전명령은 집행정지와 같은 기능을 가지고 있다고 고려된다.

18) Bender, Die einstweilige Anordnung (§ 123 VwGO), in: System des verwaltungsrechtlichen Rechtsschutzes, FS für Menger, 1985, S. 662.; 김성수, 독일행정소송법상 가구제 및 예방적 권리구제수단, 고시계 (1994, 11), 125면.- 이에 관하여 김성수 교수는 ‘일반적으로 가명령의 발령시에는 가명령신청인의 법적이익이 처분의 집행을 통하여 발생하는 이익보다도 크게 평가되는 경우가 많으므로 손해배상책임의 성질은 처분이 집행되지 못함으로써 처분청에 발생하는 손실을 보전한다는 점에서 일종의 희생보상청구권 (Aufopferungsanspruch)에 준하는 것’으로서 평가하고 있다.

역에 있어서도 그에 상응하는 권리를 부여하고 이를 보호하기 위한 틀을 마련하는 기능을 수행해 왔다. 그 개념은 일반적으로 주관적 권리는 법률관계의 당사자가 상대방에 대하여 직접 자신의 이익을 추구하기 위하여 작위·부작위·수인·급부 등 특정한 행위를 요구할 수 있는 법률상의 힘(Rechtsmacht)을 의미한다.¹⁹⁾ 이는 과거 엘리네크와 벨리에 의하여 성립, 완성된 것이라 하겠으며,²⁰⁾ 개인적 공권 성립의 3요소로서, ① 국가 기타의 행정주체에게 일정한 행위의무를 부과하는 법규범이 존재하여야 하며(강행규범성), ② 이러한 강행규범은 단순히 공익의 실현이라는 목적이외에도 특정한 개인의 이익도 보호하여야 하며(사익보호규범성), ③ 개인에게도 강행규범에 의하여 행정주체에게도 부여된 행위의무를 소구할 수 있는 법률상의 힘이 부여되어야 함을 (공법상 재판청구권) 강조하여 왔다.

그러나 주관적 공권에 관한 이와 같은 전통적 견해에 의할 경우 개별법규범이 내용상 어떠한 범위의 개인들이 법규범의 적정한 집행요구할 수 있는 법률상의 힘을 가지게 되는 지가 명시적으로 규정되지 않아 불분명한 경우, 그럼에도 불구하고 특정한 개인들의 이익보호가 절대로 간과되어서는 안되는 경우에는 해결을 위한 법리구성의 어려움이 있었다. 때문에 이러한 경우 명시적인 규범의 내용보다는

19) Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., S. 163 f.; Henke, Das subjektive Recht im System des öffentlichen Rechts, S. 622.; Bauer, Subjektive öffentliche Rechte des Staates, DVBl. 1986, S. 208.- 주관적 권리는 객관적 권리(objektive Recht)와 구별되는 개념이며, 객관적 권리란 법률관계 당사자 일방의 주관적 권리 실현의 근거가 되는 법규범의 총체를 말한다. 이와 같이 주관적·객관적 권리의 개념이 현행 행정법상 법률관계에 적용되어 국가 또는 개인이 상대방에 대하여 직접 자신의 이익을 실현할 수 있는 법적인 힘을 부여받은 것이 공법상 주관적 공권(subjektives öffentliches Recht)인 것이다. 따라서 공권도 국가가 개인에 대하여 일정한 권리를 행사하는 국가적 공권(subjektives öffentliches Recht des Staates)과 개인이 국가에 대하여 일정한 요건이 충족되어 권리를 갖는 개인적 공권(individuelles subjektives Recht)으로 구분되어진다.

20) Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, Neudruck, 1964; Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, 1914.

법규범의 보호목적으로부터 추론될 수 있는 사실상의 관련성을 강조하는 법리구성으로 변모되었다(보호규범설). 또한 공법상 재판청구권은 보호규범이 취한 개별적 보호방향의 당연한 결과(notwendige Folge der individuellen Schutzrichtung)라는 이유에서 개인적 공권의 요소에서 배제되었다. 나아가 강행규범의 존재에 대하여서도 무하자재량행사청구권이 주관적 공권으로서 인정된 이래 그 의미를 상실하게 되었다. 그 결과 ‘침해되었다고 주장하는 법규범이 적어도 사익도 아울러 보호하려는 목적을 지닌다고 인정되면 주관적 공권이 성립한다’는 일원적 정의가 실무상 통용되기에 이르게 되었다.²¹⁾

이와 같은 독일의 주관적 공권에 관한 내용은 유럽공동체에 있어, 유럽연합법원의 “공동체법상의 주관적 자격(subjektive Berechtigung des Gemeinschaftsrecht)”이란 개념을 통하여 제소권상에 중요하게 작용하고 있다.²²⁾ 즉, 일반적인 개인관련성이 인정되고, 특정한, 행정청의 재량이 인정되지 않는 조치를 요구할 수 있는 신청권이 내용적으로 구체화되어 있으며, 또한 당해 조치와 관련하여 신청인이 가지는 이해관계가 사실상 당해 규범의 적용영역에 속한다는 사실만으로도 법원에 직접 소송을 제기할 주관적 자격이 인정되는 것이다. 이에 따르면, 하나의 강행적 법규범에 의해 직접적이고 개인적으로 이해관계에 영향을 받은 자에게는 제소권이 인정된다. 이러한 제소권의 확장은 독일 행정법원에 제기되어 직접 또는 간접적으로 공동체의 위반여부를 다투는 소송에 대해서도 동일하게 준수되어야 한다고 이해되고 있다. 그러나 이러한 법리가 독일 행정법상의 주관적 공권 자체를 확장시키도록 강요하는 것은 아니며, 공동체법에 의해 요구되는 제소권은 독일 행정법원법 제42조 제2항에 규정된 “다른 법률에 특별한 규정이 없는 한”이라는 조건을 통해 적용될 수 있다.

21) 홍준형, 유럽통합의 공법적 영향에 관한 연구, 국제 - 지역연구 10권 4호 (2001), 116면.

22) 홍준형, 유럽통합의 공법적 영향에 관한 연구, 국제 - 지역연구 10권 4호 (2001), 116면-119면.

IV. 독일 행정법원법상의 가구제제도의 유럽화 경향

유럽연합법원은 회원국이 유럽공동체법에 근거한 행정행위를 하는 경우에, 회원국의 집행행위가 유럽공동체법에 반할 때, 또는 유럽공동체법 규정 자체가 법 목적에 상응하지 않을 때에 있어 개인이 회원국 법원에서 그 효력을 다투는 경우에 유럽공동체법 목적의 실질적인 실현을 위하여 가구제제도가 인정되어야 한다고 한다. 이를 위하여 집행행정지제도에 관해서는 유럽공동체법 제242조(Art. 242 EG²³)에서 “법원에 대한 소는 정지효를 가지지 않는다. 다만, 법원은 상황에 따라 필요하다고 판단되는 경우에 이의를 제기당한 행위의 실시를 정지할 수 있다”라고 하여 원칙적으로 집행부정지 원칙을 통하여, 그리고 동법 제243조 (Art. 243 EG²⁴)에서는 “법원은 계속되어 있는 사안에 있어서 필요한 가명령을 발할 수 있다”라고 하여 가명령제도를 규정하고 있다.

독일의 경우에 있어 유럽공동체법상의 가구제제도에 관한 논의가 활발히 진행된 것은 소위 “저가 와인의 강제증류를 위한 인도명령”에 관한 유럽연합법원의 판결을 통하여서이다.²⁵⁾

이와 같은 판결을 통하여 유럽연합법원은 독일의 경우에 있어서는 자동적인 정지효로 인하여 유럽공동체의 이익을 위한 집행이 저해됨을 인식하고, 유럽공동체법을 집행하는 독일의 행정청에게 독일 행정

23) Art. 185 EGV a.F.

24) Art. 186 EGV a.F.

25) EuGH Urt.v.9.11.1995, Slg.1990 I, 2899 (2905, 2908).- 당시 유럽연합위원회는 와인시장에 관한 규정 제41조를 근거로 하여 독일의 저가와인 생산자 또는 공급자에게 인도명령을 발하였으나, 당사자의 13%만이 이 명령에 따르고 나머지는 불복신청을 하여 행정법원법 제80조 제1항에 따라 자동적으로 집행정지효를 가지게 되었다. 이로 인해 중국적인 와인시장의 이익창출에 지장을 초래하게 되어짐에 따라, 위원회는 독일을 상대로 하여 유럽공동체법 제10조와 인도명령에 대한 즉시집행을 독일 자국법에 전환하지 않음을 이유로 유럽연합법원에 제소하게 되어졌다.

법원법 제80조 제2항 제4호에 따른 즉시집행명령을 하도록 의무지은 바 있다. 나아가 유럽연합법원은 유럽공동체법의 집행에 대하여 각 회원국 법원에 있어서의 가구체제도의 요건에 관한 통일성을 필요시 하게 되어졌고, 이는 집행정지에 관하여서는,²⁶⁾

- ▶ 회원국의 법원이 반드시 유럽공동체법의 규정의 유효성에 대한 중대한 이의를 가지고 있어야 하며,
- ▶ 이 유효성의 문제가 유럽연합재판소에 의해 아직 판단되고 있지 않은 경우에 유럽연합법원에 이송되어져 있고,
- ▶ 결정에 긴급을 요하고, 중대하고 회복 불가능한 손해가 신청인에게 임박해 있고,
- ▶ 회원국의 법원이 반드시 유럽공동체의 이익을 적절하게 고려하는 경우에 한하여 정지효를 인정한다는 것이다.

이와 같은 정지효허용 요건과 함께 유럽연합법원은 가명령제도에 관한 허용요건에 관하여서도,

- ▶ 유럽공동체법에 근거한 행정행위의 유효성에 중대한 이의가 있고, 이 유효성의 문제가 유럽재판소에 의해 아직 판단되고 있지 않은 경우에 유럽연방법원에 이송되어져 있고,
- ▶ 신청인에게 심히 중대하고 회복 불가능한 손해를 입는 것을 회피하기 위해 가명령이 필요하다고 하는 의미에서 결정에 긴급을 요하고,
- ▶ 유럽연합법원이 반드시 공동체의 이익을 적절하게 고려하여야 하며,
- ▶ 이와 같은 모든 요건을 심리하는 때에 유럽연합법원이 규정의 적법성에 대해 내린 결정, 또는 유럽공동체 차원에서의 동종의

26) EuGH, Slg. 1991, I- 415 (442)

가명령에 관한 절차에 있어서의 결정을 고려하고 있을 경우에 한하여 가명령의 발령을 허용할 수 있음을 요건으로서 제시하고 있다.

양자는 곧, 유럽연합법원은 유럽연합체의 이익의 고려 및 긴급 필요성의 요건을 제 회원국의 행정소송법제에 강하게 요구하고 있으며, 이는 또한 유럽법원절차규정 제83조 제2항(Art. 83 § 2VerfO EuGH)의 “가구제의 신청은 ... 긴급성이 생기는 상황을 설명하여야 한다. 나아가 신청된 명령의 필요성을 사실 및 법적 관점에서 소명하는 것이어야 한다”는 규정에서도 잘 나타나고 있다. 독일에서는 유럽공동체법에 있어서의 가구제의 이와 같은 엄격성에 관하여 비판적이기는 하나, 이를 계기로 주관적 공권론, 유럽내 집행정지원칙에 관하여 그 요건을 통일적 내지 정합적으로 규정할 필요성에 관한 논의가 활발히 진행되고 있다.

V. 결 론

이상에서 간략하게나마 독일의 가구제 제도의 운용에 있어서의 유럽화 경향에 관하여 설명해 보았다.

법리상 집행정지와 가명령으로 대변되어지는 가구제가 지향하는 궁극적인 목적은 적극적이며 실효적인 개인의 권리보호에 관한 보장에 있다고 하겠다. 이러한 법리적 목적은 유럽공동체법의 직접적 또는 간접인 적용에 있어서도 일반적 원리로서 기능하고 있음에 대하여서는 이론의 여지가 없다고 할 것이다.²⁷⁾

이와 같은 연방공동체법의 일반적 원리는 유럽연합법원의 제소권 확장을 지향한 소위 “공동체법상의 주관적 자격”에 근거한 제 판례를 통하여 구체화 되어져 왔다.²⁸⁾ 즉, 유럽공동체법을 위반한 조치에 의

27) Vgl. C.D. Classen, Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1996, S. 31 f.

하여 불이익을 받은 자는 누구나 재판상의 권리구제를 받을 수 있으며, 어떤 행정행위로 인하여 불이익을 받았다는 사실(Faktum nachteilige Betroffenheit)만으로도 제소권을 인정받을 수 있게 되었다.

독일의 경우 가구제는 기본법 제19조 제4항을 법원으로 하여, 행정법원법 제80조, 제80조 a 및 제123조를 통하여 구체화 되어지고 있다. 문제는 유럽연합법원의 제소권에 관한 “공동체법상의 주관적 자격”의 법리가 주관적 공권을 근거로 하는 독일 행정법원법상의 가구제의 요건에 부합하지 않는다는 것이다. 이는 위에서 예시한 “저가 와인의 강제증류를 위한 인도명령”에 관한 유럽연합법원의 판결에 대한 반론을 통해서 나타나고 있다. 즉, 독일의 행정법원법 제80조 제1항은 집행행정지원칙을 규정하고 있으며, 또한 즉시집행에 관한 요건인 동법 제80조 제2항의 4에 해당되지 않음으로 인해 유럽공동체법과 독일 행정법원법간의 충돌을 야기하게 되어진 것이다. 이와 같은 충돌에 관하여 독일의 법학자 및 실무가는 동법 제80조 제1항이 과연 이러한 유럽공동체의 규정에 종속하여야 하는 것인지 또는 새로운 집행정지에 관한 모델을 창안해야 하는 것인지에 관하여, 동법 제80조 제2항에 관하여서는 유럽공동체법에 정합하는 해석을 통하여 유럽공동체법의 계수를 심도 깊게 논의하였다. 또한 동법 제80조 제2항 제3호에 관하여서는 가능한 한 유럽공동체법을 연방법에 준하여 고려하고자 하는 노력을 행한 바 있으나, 종국적으로는 권리보장을 천명한 독일 기본법 제19조 제4항의 규정에 반한다는 거센 반대의견에 부딪혀 여전히 결론을

28) EuGH Slg. 1963, 1 (25f.); EuGH Slg. 1968. 216 (230); EuGH Slg. 1974, 631 (652); EuGH, Slg. 1988, 4689 (4722); EuGH, Slg. 1989, 1839 (1870).- 사실 유럽연합법원은 이미 1960년대부터 유럽공동체의 제1차적 법규범이 내용적으로 명확하게만 되어 있으며, 이를 근거로 소송을 제기할 수 있다는 판례를 견지해 왔다. 이후 유럽연합법원은 이 판례를 제2차적 법규범에 의한 의무들의 국내법적 이행, 특히 준칙의 국내법적 이행에 대해서도 적용하여, 준칙들이 내용상 명확하게 구체화 되어 있는 경우에는 그 적용대상자들이 해당 규정을 근거로 법원에 소송을 제기할 수 있게끔 국내법으로 전환되어야 하며, 그 경우 그를 통해 보호되는 자가 특정 개개인지 또는 일반 대중인지를 가리지 않고 판시하였다.

내리고 있지 못하고 있는 실정이다.²⁹⁾

유럽연합 제 회원국간의 정치적·경제적 통일을 중구적인 목적으로 진행되어지고 있는 유럽통합의 과정에 있어 그 필요성과 중대성이 증대하고 있는 유럽연합법원의 “회원국에 있어 공동체법의 직접적용(die unmittelbare Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts in den Mitgliedsstaaten)”과 “국내법에 대한 공동체의 우위(der Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor dem nationalen Recht)”라고 하는 핵심 원칙을 확립하여 유럽연합의 제 회원국을 하나의 법 공동체(Rechtsgemeinschaft)로 구성하고자 하는 노력은 기존의 독일법에 있어 유럽공동체법의 직접적 효력(Direktwirkung)과 법원리적 계수(prinzipiengeleitete Rezeption)라는 두 가지의 상이한 경로를 통하여 영향을 미치고 있으며 행정법상 타 영역에 비해 행정소송법의 영역에 있어 이 두 가지의 요소가 복합적으로 작용하고 있어 이에 대한 법리적 혼란으로 인한 해결방안의 도출이 매우 어렵다 할 것이다.

통일된 법체계라는 유럽연합의 목적에는 일치하나 법리적 조화와 절차에는 아직도 많은 이견을 드러내고 있는 독일 소송법상의 유럽화는 완결된 법리적 구성물이 아닌 진행 중인 법리적 요소들 간의 합치를 위한 움직임이라 사료되어진다.

29) D. Triantafyllou, NVwZ 1992, 129, (133); Vgl. Bay VGH, NJW 1977, 166; OVG Lüneburg, DVBl. 1983, 356 (357); Kopp/Schenke, VwGO, § 80 Rn.39.; Rengeling/Middeke/Gellermann, Rechtsschutz in der Europäischen Union, Rn. 1154.

‘독일 행정법원법의 유럽화 경향’에 대한 토론요지

- 가구제제도의 변화를 중심으로 -

이 동 식

(경북대학교 법과대학 부교수)

I. 시작하면서

강문수 박사님의 발제를 잘 들었습니다. 1957년에 현재 유럽공동체의 출발점이 되었던 로마조약이 체결되었으니 올해는 유럽공동체가 출발한지 50년이 되는 의미있는 해인 것 같습니다. 이러한 시점에 유럽의 최근 변화점, 특히 우리나라 행정법에 많은 영향을 주었던 독일의 행정법이 유럽화의 현상 속에서 어떤 변화를 겪고 있는가 하는 점은 우리에게 적지 않은 시사점을 줄 수 있다고 판단됩니다.

강문수 박사님은 그러한 변화 중에서 독일 행정소송법상의 가구제제도가 유럽화의 경향 속에서 어떤 영향을 받았는지를 소개해 주고 있습니다.

이와 관련하여 토론자는 먼저 우리나라의 행정소송법상 가구제제도를 간략하게 검토해 보고 우리의 제도와 독일의 행정소송법제도를 비교해 보면서 궁금한 점, 특히 유럽화의 경향 속에서 독일이 직면한 문제와 관련하여 어떤 식으로 문제해결이 되어져야 하는지 등 우리에게 궁금한 점을 토론을 통해 좀 더 세미나장에서 구체화할 수 있도록 노력해 보고자 합니다.

Ⅱ. 우리나라 행정소송법상 가구제제도

1. 현행 행정소송법상 가구제

현행 행정소송법 제23조 제1항은 “취소소송의 제기는 처분 등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행에 영향을 주지 아니한다”라고 규정하여 집행부정지가 원칙임을 규정하고 있고, 동조 제2항은 예외적으로 일정한 조건하에 당사자의 신청 또는 법원의 직권결정으로 집행정지가 가능하다는 것을 규정하고 있습니다.

2. 행정소송법개정안에 포함된 가구제 제도

현재 판례(62두9결정[국립학교불합격처분], 91두47결정[교도소장의 접견허가거부처분])와 학설은 거부처분은 행정소송법 제23조에 따른 집행정지대상이 아니라고 보고 있습니다. 그 이유는 거부처분의 경우에는 단순히 거부처분 자체의 효력·집행을 정지한다고 하여 가구제가 되지 않기 때문입니다. 거부처분의 경우에는 단순히 거부처분 자체를 정지시켜서는 안 되고 당사자가 신청한 처분을 적극적으로 해야만 가구제가 될 수 있습니다. 이에 따라 거부처분취소소송에 민사소송법상의 가처분규정을 준용할 수 있을 것인가 하는 논의가 생겨났고 이에 대해서 판례(92마54판결)와 학설은 불가하다는 입장입니다. 그렇다면 결국 입법자가 입법을 할 수 밖에 없는 상황이고 이에 따라 현재 국회에 계류중인 행정소송법개정안 제26조에는 가처분에 관한 규정이 포함되어 있습니다. 또한 동법개정안 제4조 3호는 가처분인정과 밀접한 연관이 있는 것으로 지금의 부작위위법확인소송을 의무이행소송으로 전환하는 규정도 포함하고 있습니다.

Ⅲ. 독일과 유럽의 행정소송법상의 가구제

1. 독일 행정소송법상 가구제

발표자의 발표문에 소개된 것처럼 독일행정법원법 제80조는 제1항에서 취소소송의 경우에 행정처분의 집행정지를 원칙으로 하고 있고, 제2항에서 공과금부과처분 등 처분의 종류에 따른 일정한 처분과 처분청이 즉시집행을 명한 경우에는 집행부정지가 된다고 규정하고 있고, 제123조에서는 취소소송이외의 소송(예, 의무이행소송)의 경우에 가명령제도를 규정하고 있습니다. 특이한 점은 후자의 경우에는 소송 제기 전에도 가명령을 신청할 수 있다는 점입니다.

2. 유럽공동체법상의 가구제

유럽공동체법 제242조는 집행부정지를 원칙으로 하고, 예외적으로 법원이 필요하다고 판단하면 집행정지를 결정할 수 있는 것으로 하고, 제243조에서는 계류된 사건에 대해 가명령을 발할 수 있는 것으로 규정을 하고 있습니다.

Ⅳ. 몇 가지 논의되어야 할 점

1. 우리의 경우와 달리 독일의 경우에는 원칙적으로 취소소송이 제기되면 처분의 효력 등이 집행정지 되는데 그렇게 하더라도 공익목적 달성에 지장이 없는지, 별지장이 없다면 그 원인은 어디서 찾을 수 있는지가 논의될 필요가 있다고 봅니다. 또한 독일의 경우에는 우리와 달리 가명령제도를 도입하고 있고, 가명령은 본소송이 제기되기 전에도 신청할 수 있도록 되어 있는데 우리나라의 행정소송법개정안에는 가명령제도를 도입하려고 명문의 규정안을 두고는 있지만 본소

송이 계류되는 것을 전제조건으로 하고 있는데 어느 것이 바람직한 형태인지에 대해 논의를 해 볼 필요가 있다고 봅니다.

2. 현재 유럽공동체법과 독일행정소송법상 가구제관련 내용이 달라 발생하는 문제에 대해서는 크게 두 가지 방안의 해법이 나올 수 있습니다. 하나는 각 국가의 법원에 소송이 제기되는 경우에는 각 국가의 법령에 따라 재판이 이루어지도록 하는 것이고, 또 다른 하나는 현재 유럽법원의 시도처럼 통일된 법령을 갖추도록 노력하는 것입니다. 전자에 따르면 하나의 법령을 통일적으로 집행할 수 없어서 근본적으로 통일된 공동체형성이 어렵다고 보입니다. 그렇다면 결국 후자의 방법인데 문제는 후자의 방법을 어떤 방식으로 달성할 수 있는가 하는 점입니다. 크게는 두 가지 방법이 있을 수가 있다고 봅니다. 첫 번째는 각 국가들이 의무적으로 입법조치를 하여 유럽법과 통일성을 갖도록 법개정을 하는 방안이고, 다른 방법은 기본적으로는 각 국가의 현행 법체계를 유지하면서 “가능한 한” 조화적으로 법집행이 될 수 있도록 제도운영방법을 수정해 나가는 것입니다. 양자 중 어느 것을 취할 것인가 하는 결정은 유럽공동체가 추구하는 목표와 방향이 어느 것에 있는가에 따라 달라질 수 있다고 봅니다.

제 3 주제

The changes in higher education in Europe

발 표 자 : 클래어 라조니 (영남대학교 외국인 초빙교수)

토 론 자 : 정 하 명 (경북대학교 법과대학 교수)

The changes in higher education in Europe

Claire Lajaunie

(Prof. Dr. Yeungnam University)

The first European medieval institutions generally considered to be universities were established in Italy, France, and England in the late 11th and the 12th centuries : they were largely self-governing. Newly forming universities which were absorbing and disseminating the new knowledge during the 12th Century Renaissance. Bologna, in Italy, has been the first university in Europe and was especially famous for the law studies at the time of the revival of Roman law and the rediscovery of the Justinian code.

By the end of the middle Ages, there were nearly 80 universities throughout Europe, not only in France, Italy, and Spain, but also in the empire - at Prague, Heidelberg, and Cologne - in Poland, and in Scandinavia.

The university was born out of a desire of masters to exercise quality control of students and students to defend their interests against the church or town authorities. As Latin was the language of higher education, it was the common language among the scholars and students all over Europe which increased the possibility to share knowledge directly without any consideration of language.

Scholars, teachers and students travelled from various places in Europe to work together within the university and attended one university after another. Even the earliest universities were international in character.

Though the specialities could be different depending on the universities, it is important to underline a certain unity concerning the curriculum and the degrees.

Those middle ages universities are the direct ancestors of European universities: free movement of people and ideas across political boundaries is one of the historic roots of the modern university.

That idea of movement and exchange in the world of higher education and research has been enhanced quite recently among different countries of Europe. Education in general and higher education in particular are not subjects of a «common European policy». Competence for the content and the organization of studies remains at national level.

The role of European Union is to create a system of genuine cooperation between the Member States by preserving the rights of each Member State in terms of content and organisation of its education and training systems.

Education was first enshrined in the Treaties in 1992, by Maastricht Treaty. According to the article 149 of the Treaty, the Community «shall contribute to the development of quality education by encouraging cooperation between Member States», through a wide range of actions, such as promoting the mobility of citizens, designing joint study programmes, establishing networks, exchanging information or teaching languages of the European Union.

Nevertheless, this European dimension supplements the action taken by the Member States. The article 149, §4 has made it very clear : “In order to contribute to the achievement of the objectives referred to in this Article, the Council (...) shall adopt incentive measures, excluding

any harmonisation of the laws and regulations of the Member States". Under the principle of subsidiarity every Member State of the European Union retains full responsibility for the content of teaching and the organisation of its own education system.

The article 150 provides that the Community must support and supplement the role of the Member State by a vocational training policy. The Treaty contains also a commitment to promote life-long learning for all citizens of the Union.

One of the fourth fundamental pillars of the European Community is the free movement of workers. It is laid down in article 39 of the European Communities Treaty and it entails:

- the right to look for a job in another Member State
- the right to work in another Member State
- the right to reside there for that purpose
- the right to remain there
- the right to equal treatment in respect of access to employment, working conditions and all other advantages which could help to facilitate the worker's integration in the host Member State

To go together with the free movement of workers, the Member States realized the necessity to foster and enhance the free movement of students. The effective mobility of students depends on their possibility to have their diploma recognized within the whole European Union and beyond (other States developed that system). At the same time, it appeared necessary to develop a competitive system of higher education in Europe in order to attract the students coming from all over the world and to create a dynamic movement among the universities and the research world.

To understand how the policy concerning higher education in Europe is implemented, we will first study what has been provided concerning education at the European level at the time of the European Community Treaty and the recent declarations in the higher education area. In a second time we will focus on the implementation of the European Union policy in that sector with the examination of the tools set up and the enforcement of those tools in the French case.

I. Education at the European Union level

The European Union has recently reformed the system for recognition of professional qualifications, in order to help labour markets being more flexible, further liberalise the provision of services, encourage more automatic recognition of qualifications, and simplify administrative procedures.

If higher education has been considered from the first step of the construction of the European Community, especially for cooperation, the elements put forward have evolved.

1. Elements of cooperation appeared with the European Communities

The idea of a European Institution complementing the construction of Europe in the field of higher education was put forward in the programmes of the pro-European movements Congress of the Hague³⁰⁾

30) On that point, see Corbett (A.), in 'Forces for the creation of international relationships between universities' paper presented to the First International Euredocs Conference Sciences Po, 'Transformations experienced by higher education and research institutions in European countries' Paris, June 24-26 2004 , p.7-8.

(May 1948) and during the European Cultural Conference (December 1949). The project however only took shape at governmental level on the occasion of the new step towards the European construction initiated by the Messina Conference (1955). During Messina conference, the six foreign Ministers of the European Coal and Steel community member States were meeting to discuss about the projects of the establishment of the European Economic Community on one hand and the European Atomic Energy Community on the other hand.

The representative of the German Federal Republic proposed the creation of a European university, or of an institution with university status, with the primary goal to the European awareness which seemed to be essential for the European integration³¹). The project has been abandoned mainly because of the opposition of national rectors.

A resolution of the Ministers of Education meeting within the Council, of 6 June 1974 insisted on the need to safeguard in Europe “an exceptional source of development, progress and culture”³²). It proposed to develop cooperation in education respecting “traditions of each country and the diversity of their respective educational policies and systems”. At this stage, the resolution considered that it was necessary to promote closer relations between educational systems in Europe, to increase cooperation between institutions of higher education. It also underlined

31) See also The European university, Martino (G.), Speech given on 12 May 1959 in Gaetano MARTINO “Ten years in the European Parliament (1957-1967), A scientist at the service of Europe Parliamentary- Speeches given during various periods of office”, Political Series POLI 118 EN, European Communities, 2001. In that speech G. Martino underlined that the idea of European university had been proposed earlier in London in 1942.

32) Referring to the final communiqué of the Conference of Heads of State or of Government held at The Hague on 1 and 2 December 1969, and in particular to point 4.

the importance of improving possibilities for academic recognition of diplomas and periods of study, and encouraging the freedom of movement and mobility of teachers, students and research workers³³).

Following that resolution, an action programme³⁴) in the field of education has been decided in 1976. It stressed the necessity to promote cooperation in the field of higher education by the encouragement of the development of links with and between organizations representing higher education institutions as well as the promotion of joint programmes of study or research between institutions in several Member States. That programme insisted on the development of a common policy on the admission of students from other Member States to higher education institutions, and on the interest to draw up proposals in order to eliminate obstacles to the mobility of students and of university teaching and research staff. For the implementation of that programme an Education Committee had been set up consisting of representatives of the Member States and of the Commission. That Committee had the duty to prepare the future developments in the field of higher education.

The case law started to give a concrete and legal importance to the free movement of students. For instance, a famous decision of the European Court of Justice, *Françoise Gravier v City of Liège*³⁵), 293/83, 13 February 1985 provided that “the imposition on students who are nationals of other Member States of a charge, a registration fee or the

33) Notably, by the removal of administrative and social obstacles to the free movement of such persons and by the improved teaching of foreign languages.

34) Resolution of the Council and of the Ministers of Education, meeting within the Council, of 9 February 1976 comprising an action programme in the field of education, Official Journal C 038 , 19/02/1976 P. 1-5.

35) Case 293/83, 13 February 1985.

so-called ‘minerval’ as a condition of access to vocational training, where the same fee is not imposed on students who are nationals of the host Member State, constitutes discrimination on grounds of nationality contrary to Article 7 of the EEC Treaty (now Article 12 of the EC Treaty).”³⁶⁾ At that occasion, the Court underlined that access to vocational training is in particular likely to promote free movement of persons throughout the community by enabling them to obtain a qualification in the Member State they intend to work.

Built on the 1981-1986 pilot student exchanges programme supported by the European Commission and in order to foster the mobility of students, the Erasmus programme has been adopted in 1987. The ERASMUS programme, which is one of the best-known Community actions, encourages students and teachers mobility, and promotes transnational cooperation projects among universities across Europe³⁷⁾. The Erasmus study period is an integral part of the programme of study of the home university. Full academic recognition must be given for the study period abroad.

In the past twenty years, over one-and-a-half million students have benefited from Erasmus grants and the European Commission aims to reach a total of three millions by 2012. 90% of the European Union’s universities participate in that programme.

Another programme called Erasmus-Mundus³⁸⁾ promotes the European Union as a centre of excellence in learning around the world. It supports European top-quality Masters Courses and enhances the visibility and

36) This article 12 concerns the prohibition of discrimination on the grounds of nationality.

37) The scheme currently covers nine out of every ten European higher education establishments.

38) The Erasmus Mundus programme Decision entered into force on 20 January 2004.

attractiveness of European higher education in third countries. It also provides scholarships for third country nationals participating in these Masters Courses, as well as scholarships for European Union nationals studying in third countries.

2. A new range of declarations at the European level

In May 1998, a report about reforms of the higher education system, entitled *For a European model of higher education*, was submitted to the Minister for National Education a committee chaired by Jacques Attali. The report proposes the creation of a simplified model for higher education studies “which could be a basis for harmonising European higher education systems at a time when Germany, the United Kingdom and Italy have also embarked upon reforms”. The greatest suggested reform concerns the curriculum. The Attali committee proposed that current undergraduate, graduate and postgraduate studies be replaced by a sequence of studies and degrees of 3-5-8 years and insisted on the emergence of a European model of higher education based on that model³⁹⁾.

Following that report, on the 800th anniversary of Sorbonne University in Paris, ministers in charge of higher education of France, Germany, Italy and United Kingdom signed the Sorbonne declaration on harmonisation of the architecture of the European Higher Education system. They insisted on the fact that the international recognition and attractive potential of European education systems are directly related to their external and internal readabilities. In that view they decided to

39) The GrandesEcoles- the prestigious higher education institutions with competitive entry examinations -could also be affected by this reform. The Attali committee recommended that their curriculum be “more coherent and synchronised with that of the universities”.

encourage a common frame of reference, aimed at improving external recognition and facilitating student mobility as well as employability⁴⁰).

They call on other Member States of the Union and other European countries to join them in this objective and one year later, in 1999 the Bologna declaration has been signed by twenty-nine countries⁴¹).

Those countries decided to “undertake to attain the objectives” of Bologna declaration and to that end, to pursue the intergovernmental cooperation. The main goal underlined by that text is to increase the international competitiveness of the European system of higher education. For that purpose they adopt a system of easily readable and comparable degrees based on two main cycles with a common system of credits, they choose to develop the cooperation in quality assurance (comparable criteria and methodology) and to promote a real mobility for students, teachers and researchers.

In March 2000, the Lisbon European Council set the European Union ambitious strategic goal to become by 2010 “the most competitive and dynamic knowledge-based economy in the world, capable of sustainable economic growth with more and better jobs and greater social cohesion”.

In 2001, European Ministers in charge of higher education, representing 32 signatories, met in Prague in order to review the progress achieved and to set directions and priorities for the coming years of the process.

40) They explicitly referred to the The Lisbon Recognition Convention, an international convention for the Europe area of UNESCO, recognising higher education qualifications in the academic field within Europe, 11 April 1997.

41) Austria, Belgium (French community), Belgium (Flemish community), Bulgaria, Czech Republic, Denmark, Estonia, Finland, France, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Ireland, Italy, Latvia, Lithuania, Luxembourg, Malta, the Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Romania, Slovak Republic, Slovenia, Spain, Sweden, Swiss Confederation, United Kingdom.

Ministers reaffirmed their commitment to the objective of establishing the European Higher Education Area by 2010. They reaffirmed the objectives of Bologna declaration, declared the necessity of lifelong learning and stressed the importance of enhancing attractiveness of European higher education to students from Europe and other parts of the world. They noticed that the different countries part of the project started to discuss or even to adopt a new degree structure based on two main cycles.

II. The implementation of European Union policy in higher education

The Prague summit shows that the idea of a common European Higher Education Area is shared all around Europe, not only at governmental level but also - thanks to the support of the academic community - at the level of institutions and international organizations.

The process has been expanded during Berlin summit in 2003 and Bergen summit in 2005. In Bergen the participants noticed from the stocktaking decided in Berlin that substantial progress has been made. It means that the points highlighted by the different summits of the Bologna process have been concretely implemented within the European Union and beyond. We will focus here on the tools created in order to respect the Bologna process and the establishment of the European higher education area by 2010.

1. European Union policy tools

In order to respect the different goals pointed out by the Bologna process, the Ministers of Education of European Union countries received the constructive assistance of the European Commission. Important tools

were created to implement the new objectives for higher education system.

(1) The new degree system

From the beginning of the Bologna process, with the Sorbonne declaration, the importance of a common or degree system to promote the mobility has been stressed. The introduction of a two or three cycle system makes it necessary to revise the existing study programmes because in a cycle system, each cycle being seen as an entity in itself.

At the Bergen summit, the Ministries of Education insisted on the necessity to establish generic descriptions for each cycle based on learning outcomes and competences, and credit ranges in the first and second cycles.

The terms of Bachelor and Master have been widely used to characterize both main cycles which are defined in terms of qualifications and ECTScredits:

- The first cycle requires typically between 180 to 240 European Credit Transfer Sytem credits, and usually awards a Bachelor's degree.
- The second cycle requires 90 to 120 European Credit Transfer Sytem credits (a minimum of 60 on second-cycle level) and it awards a Master's degree.

Those two main cycles are completed by the doctoral degree. We can notice that there is no credit range for that degree.

(2) The European Credit Transfer

The European Credit Transfer was introduced in 1989, within the framework of Erasmus. The definition of credits in higher education

systems may be based on different parameters, such as student workload, learning outcomes and contact hours. It is the only credit system which has been successfully tested and used across Europe. That system was initially set up for credit transfer to ensure that periods of study abroad are recognized by the students' home institutions. That system facilitates cooperation between institutions that the European Commission is trying to promote, giving transparency of the contents of courses offered by each participating institution. The goal of that system was to allow and develop a real mobility of students in Europe.

Credits are awarded to course units in accordance with their relative importance based on the principle that one year of study equals sixty credits. These credits represent the workload of a full-time student: lectures, assignments, seminars, independent study, examinations or other ways of assessment. Credits are allocated to all educational components that are part of a study programme, such as work placements or optional courses. Credits can be obtained after successful completion of the work required and appropriate assessment of the learning outcomes achieved.

Since Bologna declaration, that system has been completed with an accumulation system which is a way for the students to accumulate the credits by a recognition of periods of studies at a comparable level and content in a more flexible way.

(3) The diploma supplement

That system is completed by the diploma supplement, produced by national institutions⁴²⁾ according to a template that has been developed by

42) According to a template that has been developed by a Joint European Commission -

a Joint European Commission - Council of Europe - UNESCO. It is a document attached to a higher education diploma to facilitate the academic and professional recognition of qualifications (diplomas, degrees, certificates etc.) as well as to improve international “transparency”. It is designed to provide a description of the nature, level, context, content and status of the studies that were successfully completed by the individual named on the original qualification to which this supplement is appended. It should be free from any value-judgements, equivalence statements or suggestions about recognition. It protects national autonomy while offering a common frame which is accepted all over Europe and above all promotes informed judgements about qualifications that can be understood in another educational context.

2. Implementation of the European policy tools : the French case

In France, as in other Member States, national agencies were created in order to promote European Union initiatives. For instance, the French national agency for SOCRATES was set up in September 1996, “with the mission of promoting innovative projects in coherence with EU aims and principles in education, and the orientations of the national education policies”⁴³).

The European Commission in a report in 2000 described the French higher education as marked by “a great diversity of institutions, the organisation and admission requirements of which vary according to the nature of the institution and the purpose of the courses offered. There are

Council of Europe - UNESCO.

43) FR National Agency, 2002c, p. 1.

three types of institutions, each subject to different legal requirements: universities, state institutions, or schools for higher education, and private institutions or schools for higher education. Some technical schools in the private sector may, however, be recognized by the State [...]”⁴⁴).

In that report, the Commission underlined that “France decided to suggest the idea of a European semester to its European partners, so that second cycle university courses would systematically provide for the validation of one semester in another European university, or, failing this, in another university in the world. This project necessitates an organisation of the French university calendar, which would be compatible with that of every other university in the world”⁴⁵).

The definition of higher education institutions changes over time in every education system. In France, it includes university and non-university institutions⁴⁶).

In 2002, a reform of the French higher education system occurred in the perspective of the European higher education area promoted by Bologna process and to be built up by 2010. On this occasion, the decree (n°2002-482) of April 8th 2002 targets the implementation into the French higher education system of the European higher education area’s shaping.

For that purpose, it gives a definition of the core principles underlying the new system is to be set up :

44) European Commission, *The French educational system*, 2000a, p. 6.

45) European Commission, 2000a, p. 11.

46) For references and figures, see Branco da Cunha (P.), *Higher education student mobility and the interpretation of European Union educational policies in France*, p. 217-304 in Phillips (D.), Ertl (H.), “Implementing European Union education and training policy : a comparative study of issues in four Member States” Boston Kluwer Academic Publishers, 2003.

- degree structure in higher education based on the licence, the new master's degree⁴⁷⁾ (it splits into two alternate paths: professional and research) and the doctorate
- programme structure divided into semesters and modules ;
- general use of the European Credit Transfer System ;
- Diploma supplement or diploma's descriptive annex issued to any student wishing to do an international mobility.

The licence is after students have successfully completed 180 ECTS credits (three years full-time study) and the masteris awarded to students who have successfully completed five years (300 ECTS post-secondary education or 120 ECTS beyond the licence).

In 2005, a decree⁴⁸⁾ on the award of degrees in international partnership provides that in order to “strengthen the construction of the European higher education and research area and to develop international cooperation”, degrees mentioned in the 2002 decree can be awarded in the framework of international partnerships. Within the framework of the international partnership, the partner institutions can either jointly award a same degree, or simultaneously award a degree of their own on each part. The jointly awarded degree is fully and automatically recognized in France. It must also be recognized by the partner.

A wide range of grants is already existing for foreign students⁴⁹⁾ who

47) In order to link the national system with the degree structure pattern agreed on Europe-wide and essentially based on two main cycles, a second decree (n°2002-481) of April 8th 2002 legally creates a new diploma, the Master's diploma.

48) Decree n° 2005-450 of May 11th 2005.

49) According to estimated figures, the financial envelope awarded by the ministry of Foreign affairs to about 23,000 holders a year equals to nearly 91,5 millions euros a year, besides low tuition fees required in French universities, in Implementation of the ‘Sorbonne/Bologna’ Process objectives (1998-2003), French report, Ministry of Education, p. 9.

came to France to study but in order to analyze the grants and structures existing for those foreign students, a National Council for the development of the students international mobility is being created to improve the measures adopted in that area.

We focused on the organization of higher education but we must underline the necessary efforts to be done in further enhancing the competitiveness in research. The development of research in underpinning higher education is fundamental to strengthen the international attractiveness of the Europe of knowledge.

‘유럽에서의 고등교육의 변화’ (번역문)

번역: 정하명

(경북대학교 법과대학 교수)

유럽인들의 최초 대학으로 여겨지는 중세 교육기관들이 이탈리아, 프랑스, 영국에서 11세기 말과 12세기에 설립되었는데 그들은 대개 자치기구들이었다. 새롭게 만들어진 대학들은 12세기 르네상스 동안의 새로운 지식들을 흡수하고 보급하는 일을 담당하였다. 이탈리아의 볼로냐 대학은 유럽 최초의 대학으로 로마법의 부활과 유스티니아누스 법전의 재발견의 시대에 특히 법학교육으로 유명했다.

중세가 끝나갈 무렵 유럽에는 프랑스, 이탈리아, 스페인 이외에 동로마 제국이었던 프라하, 하이델베르크, 쾰른 그리고 폴란드와 스칸디나비아반도에 약 80개의 대학이 있었다.

학생교육의 질을 관리하겠다는 교육자들의 의지와 교회나 지방권력들로부터 자신들의 이익을 방어하겠다는 학생들의 의지에 의해서 대학들이 생겨났다. 라틴어가 고등교육의 언어였으므로 모든 유럽에서 학자들과 학생들 사이에서 공통언어가 되었고 이것은 언어에 대해 고려하지 않고 직접적으로 지식을 공유할 수 있는 가능성을 높였다.

학자들, 교사들, 학생들은 유럽의 많은 지역에서 여행을 하며 대학 내에서 함께 일을 하거나 이 대학 저 대학에 참가했다. 최초의 대학들도 국제적인 성격을 가지고 있었다. 비록 대학들에 따라 전문분야는 다르더라도 교과과목과 학위들에 대해 어떤 통일성을 명시하는 것이 중요했다.

이러한 중세 대학들은 유럽 대학들의 직접 조상들이고, 정치적 국경선을 뛰어 넘는 사람과 사상의 이동은 현대 대학의 역사적 뿌리 중의 하나이다.

고등교육과 연구의 세계에서 이동과 교환이라는 생각은 유럽의 많은 나라들에서 최근 더욱 증진되었다. 일반적으로 교육 특히 고등교육은 «통일유럽정책»의 대상은 아니다. 학습의 내용에 관한 능력이나 학습기구는 개별 국가에서 결정하는 사항이다.

유럽연합(EU)의 역할은 개별국가의 교육 훈련 체계의 조직이나 내용이라는 측면에서 개별 가입국가의 권리를 보전하면서 가입국들 사이에서 진정한 협력체계를 만드는 것이다.

교육분야는 1992년 마스트리히트 조약에서 최초로 다루어졌다. 이 조약 제149장에서는 유럽공동체는 시민들의 이동성 증진, 통합학습프로그램 개설, 네트워크 확립 및 유럽연합에서의 교육언어나 정보교환 등 광범위한 활동들을 통하여 가입국가들간의 협력을 증진함으로써 수준 높은 교육의 발전에 기여하여야 한다고 규정하고 있다.

그럼에도 불구하고 이 유럽의 국면은 가입국가들의 행동에 의해서 보충된다. “이 장에서 언급된 목적들을 달성하기 위해서 유럽연합이사회는 가입국가들의 법률과 규정들의 조화를 제외하는 동기부여 대책을 채택하여야 한다”라고 규정하여 제149조 제4항은 이것을 명백히 하고 있다.

제150조에서는 유럽공동체는 직업교육정책을 통해서 가입국가들의 역할을 대체하거나 지원해야 한다고 규정한다. 이 조약은 유럽연합 모든 시민들의 평생교육을 증진하는 것에 헌신해야 한다는 규정을 가지고 있다.

유럽연합의 4개 근본 기둥들 중의 하나는 근로자의 자유이동이다. 이것은 유럽연합협정 제39조에 규정되어 있다.

- 다른 가입국가에서 일자리를 찾을 수 있는 권리
- 다른 가입국가에서 일할 수 있는 권리
- 다른 가입국가에 근로목적으로 거주할 수 있는 권리
- 그 곳에서 머물 수 있는 권리

- 일자리에의 접근
- 근로환경, 그리고 정착한 국가에 근로자의 동화를 도와주는 다른 모든 혜택에 있어서의 평등대우의 원칙

근로자들의 자유로운 이동과 더불어 가입국가들은 학생들의 자유로운 이동을 권장해야 할 필요성도 인식하게 되었다. 효과적인 학생들의 이동성은 다른 국가가 개발한 체계를 넘는 모든 유럽연합 내에서 인정되는 학생들의 졸업증서를 인정받을 수 있는 가능성에 달려 있다. 동시에 전세계 각국으로부터의 학생들을 유치하기 위해서는 유럽의 고등교육에서 경쟁체계를 발전시키는 것과 대학과 연구세계에 활기찬 이동성을 확립하는 것이 필요한 것으로 나타났다.

유럽에서 고등교육과 관련된 정책들이 어떻게 집행되는 것인가를 이해하기 위해서는 우리는 먼저 유럽공동체조약이 체결될 때 유럽공동체차원에서 교육에 관하여 어떻게 규정하고 있는가와 고등교육에 분야에서의 최근의 선언들을 알아보는 것이 중요하다. 그 다음 우리는 교육부분에 대한 유럽연합의 정책의 집행에 초점을 맞추어 도입된 도구들을 분석하고 프랑스에서 도입된 정책도구에 대한 집행을 분석하기로 한다.

I. 유럽연합차원에서의 교육

유럽연합은 최근 직업요건 인정체제를 개혁하였다. 이것은 노동시장을 보다 유연하게 하기 위한 것으로 서비스 규정을 좀더 자유화하고 직업의 요건에 대한 자동적 인정을 향상하고 행정절차를 간소화하기 위한 것이었다. 만약 고등교육이 유럽연합을 건설하기 위한 첫 단계라고 간주된다면 특히 협력을 위하여 다음의 요소들이 관련이 된다.

1. 유럽공동체에 관련된 협력의 요소들

고등교육분야에서 유럽의 건설을 보완하는 유럽대학을 만들자는 사상은 헤이그 친유럽운동회의(1948년 5월)¹⁾와 유럽문화회의의 대책안(1949년 12월)에서 진전되었다. 이 계획은 1955년의 메시나 회의에서 시작된 유럽건설의 새로운 정책들에서 때때로 정부차원에서 구체화되기도 했다. 메시나 회의 동안에 유럽 석탄철광공동체 가입 6개국 외무부 장관들은 유럽경제공동체와 유럽핵에너지공동체의 건설을 위한 계획에 대해 논의하였다.

유럽통합에 필수적인 것으로 여겨졌던 유럽인의 인식의 제고를 주요목적으로 유럽대학이나 대학의 지위가 있는 단체의 설립을 독일의 대표가 제안하였다.²⁾ 이러한 계획은 보수주의자들의 반대로 인하여 거의 폐기되었다.

위원회 내 각국 교육부장관들의 1974년 6월 6일 결의안은 “발전과 진보 그리고 문화의 특별한 원천”으로 유럽내의 안전보호의 필요성을 주장하였다.³⁾ 이것은 교육에서 “개별국가의 전통과 자신들의 교육정책과 체계”와 관련된 방면에서 협력을 증진할 것을 주장하였다. 이 단계에서는 결의안은 고등교육기관들의 협력을 증진하기 위하여 유럽에서 교육체계 사이에 긴밀한 협력을 증진하는 것이 필요하다는 것을

1) On that point, see Corbett (A.), in ‘Forces for the creation of international relationships between universities’ paper presented to the First International Euredocs Conference Sciences Po, ‘Transformations experienced by higher education and research institutions in European countries’ Paris, June 24-26 2004, p.7-8.

2) See also The European university, Martino (G.), Speech given on 12 May 1959 in Gaetano MARTINO “Ten years in the European Parliament (1957-1967), A scientist at the service of Europe Parliamentary- Speeches given during various periods of office”, Political Series POLI 118 EN, European Communities, 2001. In that speech G. Martino underlined that the idea of European university had been proposed earlier in London in 1942.

3) Referring to the final communiqué of the Conference of Heads of State or of Government held at The Hague on 1 and 2 December 1969, and in particular to point 4.

고려하였다. 이것은 또한 졸업증서와 학습기간의 학문적 인정가능성을 제고하는 것이 중요하다는 것과 교사, 학생, 연구원들의 이동성 그리고 이주의 자유를 고양하는 것의 중요성을 강조하였다.⁴⁾

교육분야에서의 이 결의안에 따른 실천 프로그램⁵⁾은 1976년 결정되었다. 교육분야에서 고등교육기관들을 대표하는 기구들 사이의 교류의 발전을 증진하고 몇몇 회원국들의 기관들 사이의 합동연구 및 학습프로그램 개발 등을 통한 협력증진의 필요성이 강조되었다. 이 실천프로그램은 다른 회원국들에서 고등교육기관의 입학허가에 대한 공통정책의 개발을 주장하거나 학생이나 대학의 교육자나 연구원들의 이동성에 대한 방해요인들을 제거하는 결의안을 제출할 수 있는 이익의 중요성을 강조하였다. 이러한 실천프로그램의 실행을 위하여 회원국들과 위원회의 대표로 구성된 교육위원회가 만들어졌다. 교육위원회는 고등교육분야에서 미래의 발전을 준비하는 의무를 가지고 있었다.

판례법은 학생들의 자유로운 이동에 대한 구체적 법적 중요성을 주기 위한 것으로 시작하였다. 예를 들면, E C 司法裁判所의 유명한 결정인⁶⁾, 293/83에서 1985년 2월 13일에 “직업교육기관에 입학하는 조건으로 자국출신 국민에게는 부과하지 않은 ‘minerval’이라는 등록비를 다른 회원국가 출신의 등록자에게 부과하는 것은 유럽경제공동체협정 제7조(현재의 유럽공동체조약 제12조)⁷⁾에 위반한 국적에 근거한 차별에 해당한다”고 하였다. 이 사건에서 법원은 직업교육기관에의 입학은 일하고자 하는 국가의 직업자격을 취득하는 것을 가능하게 함으로써

4) Notably, by the removal of administrative and social obstacles to the free movement of such persons and by the improved teaching of foreign languages.

5) Resolution of the Council and of the Ministers of Education, meeting within the Council, of 9 February 1976 comprising an action programme in the field of education, Official Journal C 038 , 19/02/1976 P. 1-5.

6) *Françoise Gravier v City of Liège* Case 293/83, 13 February 1985.

7) This article 12 concerns the prohibition of discrimination on the grounds of nationality.

공동체 내의 사람의 자유로운 이동을 증진하기 위해서 특히 중요하다는 것을 강조하였다.

1981-1986년에 설립된 비행사 학생의 교환프로그램은 유럽공동체의 지원을 받았고 학생들의 이동을 촉진하기 위해서 Erasmus 프로그램이 1987년에 채택되었다. ERASMUS 프로그램은 공동체 이행행위들 중에 가장 많이 알려진 것으로 학생들과 교사들의 이동성을 돕고 유럽전역에 걸쳐 유럽대학교들 사이의 국제적 협력증진을 위한 정책 중의 하나이다.⁸⁾ Erasmus 수업기간은 대학교 학습프로그램의 하나를 이루는 것으로 외국에서 공부한 수업기간에 대한 학점 인정이 있어야만 했다. 외국에서의 학습에 대한 완전한 학점인정이 주어져야 했다.

지난 20년 동안 150만 이상의 학생들이 Erasmus 장학금의 혜택을 입었고 유럽공동체는 2012년까지 그 혜택을 받는 학생을 3백만 명으로 확대하고 유럽공동체의 대학들 중 90% 이상이 참가할 것을 목표로 하고 있다.

Erasmus-Mundus 프로그램⁹⁾이라고 불리는 다른 프로그램은 유럽공동체를 전세계에 걸쳐 훌륭한 연구의 중심으로 만들려고 한다. 이 프로그램은 유럽공동체의 우수한 석사과정을 지원하고 제3세계에 유럽의 고등교육을 널리 알리는 것에 목적을 두고 있다. 이 프로그램은 제3세계국가 출신의 학생들에게 우수 유럽석사과정에 참가할 수 있는 장학금을 지불하고 유럽공동체국가 출신 학자들이 제3세계에서 연구하는 경우에도 장학금을 지불한다.

2. 유럽공동체 차원 선언들의 새로운 범위

1998년 5월에 고등교육체계개혁에 관한 보고서 - 이름은 고등교육의 유럽공동체 모델 - 가 Jacques Attali 위원회에서 교육부장관에게 제

8) The scheme currently covers nine out of every ten European higher education establishments.

9) The Erasmus Mundus programme Decision entered into force on 20 January 2004.

출되었다. 이 보고서는 고등교육학습을 위한 보다 단순한 모델을 만들 것을 제안하였다. 이 모델은 독일, 영국, 이탈리아가 교육개혁을 시작할 때에 유럽공동체의 고등교육체계에서의 조화의 기초를 제공할 수도 있었다. 제안된 최대의 개혁들은 학위나 자격취득에 필요한 이수과정과 관련된 것들이었다. Attali위원회는 현재의 학부, 대학원과정, 박사후과정을 3-5-8년의 과정으로 대체하고 이 모델에 근거해서 유럽 고등교육의 모델을 만들 것을 주장하였다.¹⁰⁾

이 보고서에 따라 파리 소르본 대학의 800주년 기념일에 유럽공동체 고등교육체계의 구조를 조화시키는 소르본 선언서를 프랑스, 독일, 영국, 이탈리아의 교육부 장관들이 서명하였다. 그들은 유럽공동체의 교육체계에 대한 국제적 인식과 잠재적 유입력은 교육체계의 외적 혹은 내적 인식 가능성에 직접적 관련이 있다는 사실을 강조하였다. 이 견해에 따라 일반적 준거의 틀을 만들 것을 촉진하기로 하고 외부적 인식의 제고를 목적으로 학생의 이동성뿐만 아니라 취업가능성도 촉진하도록 했다.¹¹⁾

그들은 유럽연합의 다른 나라들과 다른 유럽국가들이 이러한 목적에 동참할 것을 촉구하고 1년 후인 1999년 볼로냐 선언에서는 29개 나라들이 서명하였다.¹²⁾

이들 국가들은 볼로냐 선언의 목적들을 달성하고 정부간의 협력을

10) The Grandes Ecoles- the prestigious higher education institutions with competitive entry examinations - could also be affected by this reform. The Attali committee recommended that their curriculum be “more coherent and synchronised with that of the universities”.

11) They explicitly referred to the The Lisbon Recognition Convention, an international convention for the Europe area of UNESCO, recognising higher education qualifications in the academic field within Europe, 11 April 1997.

12) Austria, Belgium (French community), Belgium (Flemish community), Bulgaria, Czech Republic, Denmark, Estonia, Finland, France, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Ireland, Italy, Latvia, Lithuania, Luxembourg, Malta, the Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Romania, Slovak Republic, Slovenia, Spain, Sweden, Swiss Confederation, United Kingdom.

강화할 것을 결정하였다. 그 문서에서 강조된 주요한 목적은 유럽 고등교육체계에 대한 국가간의 경쟁을 높이는 것이었다. 이러한 목적을 위해 그들은 일반적 학점에 의한 두 가지 주요 주기에 근거한 읽기 쉽고 비교할 수 있는 학위체계를 채택하였고, 교육의 질을 확보하기 위한 협력과 학생, 교사, 연구원들의 진정한 이전성 향상의 증진을 채택하였다.

2000년 3월에 리스본 유럽위원회에서는 유럽연합의 야심찬 전략적 목표를 채택하였는데 이는 2010년까지 “보다 강화된 사회적 연대와 지속가능한 경제성장이 가능한 전세계에서 가장 경쟁력 있고 역동적인 지식기반 경제”되는 것이었다.

2001년 32개 가입국들의 교육부장관들이 이미 달성된 진행상황을 점검하고 다가올 해의 우선순위와 지침을 설정하기 위해서 프라하에 모였다. 장관들은 2010년까지 고등교육분야의 목적들을 달성하기 위하여 헌신할 것을 재확인하였다. 그들은 볼로냐 선언의 목적들을 재확인하고 평생교육의 필요성을 천명하고 유럽이나 다른 지역국가들 출신의 학생들에게 유럽고등교육의 매력을 향상시키는 것이 중요하다는 것을 강조하였다. 그들은 이 프로그램의 다른 국가들이 토론을 시작하고 두 주요주기를 바탕으로 새로운 학위체계를 채택하는 경우도 목격하였다.

II. 유럽연합 고등교육정책의 이행

프라하 정상회담은 고등교육에 대해 모든 유럽이 같이 할 수 있는 즉 정부차원뿐만 아니라 교육공동체의 도움으로 기구들이나 국제적 기구들도 함께 할 수 있는 일반적 사상을 보여주었다.

이러한 진전은 2003년 베를린 정상회담과 2005년 베르겐 정상회담에서 확대되었다. 베르겐에서는 참가자들이 베를린에서 채택된 사항

들로부터 상당한 진전이 있었다는 것을 목격하게 되었다. 이것은 볼로냐 프로세스의 다른 정상회담에서 강조되었던 점들이 유럽연합의 안팎에서 구체적으로 이행되었다는 것을 의미한다. 우리는 볼로냐 프로세스를 존중하기 위하여 만들어진 정책수단과 2010년까지 유럽고등교육기관의 설립에 대해 여기서 논의하고자 한다.

1. 유럽연합정책도구들

볼로냐 프로세스에 의해 지적된 다른 목표들을 존중하기 위해서 유럽연합국가들의 교육부 장관들은 유럽위원회로부터 건설적인 도움을 받았다. 고등교육체계의 새로운 목표들을 시행하기 위해서 주요도구들이 채택되었다.

(1) 새로운 학위제도

볼로냐 프로세스의 시작부터 소로본 선언과 함께 이동성을 증진할 수 있는 공통 학위제도가 강조되었다. 둘이나 셋의 주기체계의 도입은 현존하는 학습 프로그램의 개정을 필요하게 만들었고, 개별주기는 그 자체가 하나의 체계로 여겨졌다.

베르겐 정상회담에서는 교육부 장관들이 첫째 혹은 둘째 주기들에서의 학점의 범위, 교육의 성과와 능력들에 근거한 일반적 기술을 만드는 것의 필요성을 주장하였다.

학사나 석사라는 용어는 자격이나 ECTS의 학점이라는 측면에서 규정되었고 두 주요주기를 특정하기 위해서 광범위하게 사용되었다.

- 첫째 주기는 180에서 240 유럽학점이전제학점(ECTS credits)을 이수하면 통상적으로 학사학위가 수여된다.
- 둘째 주기는 90에서 120 유럽학점이전제학점(최소한 둘째 수준에서는 60학점)을 취득하면 석사학위가 주어진다.

이러한 두 주요주기는 박사학위에 의하여 마무리된다. 박사학위를 위해서는 학점의 범위가 없다는 것을 목격하게 된다.

(2) 유럽학점이전제

Erasmus의 구조들 속에서 유럽학점이전제는 1989년에 도입되었다. 고등교육에 있어서 학점의 개념은 학생들의 작업량, 교육성과, 면담시간 등과 같은 다른 기준들에 근거해서 만들어진다. 이것은 유럽전역에 걸쳐 사용되고 성공적으로 시험된 유일한 학점제도이다. 이 체제는 처음에는 외국에서 공부한 기간을 그 학생의 모교에서 인정받는 것을 확실히 하기 위해서 시행되었다. 이 체제는 유럽공동체가 증진하려고 하는 대학들간의 협력을 강화하고 참가 개별학교들이 제공하는 교과목의 내용에 대한 투명성을 부여하게 되었다. 이 체제의 진정한 목적은 유럽에서 학생들의 진정한 이동성을 허용하고 발전시키기 위한 것이다.

학점은 1년의 학습은 6학점과 같다는 원칙 속에서 상대적 중요성에 비례하여 교과목단위로 주어진다. 이 학점들은 수업, 과제, 세미나, 개인공부, 시험이나 다른 평가방법 등의 업무량을 대표한다. 학점은 직업할당이나 선택과목 등과 같은 학습 프로그램의 일부분으로 모두 교육적 역량에 따라 분배된다.

볼로냐선언 이후 이 체제는 비교할 수 있는 수준이나 내용들을 보다 유연한 방법으로 학습한 기간들을 인식하여 학점을 집적하는 체제에 의해서 완성되었다.

(3) 졸업증서보충서

이 체제는 Joint유럽위원회-유럽의회-UNESCO에서 만든 원형에 따라 개별 국가기구¹³⁾에서 만든 졸업증서보충서에 의해서 완성된다.

졸업증서보충서란 고등교육학위에 부속문서로 자격증(졸업증, 학위

증, 인가증 등)에 대한 학문적이고 직업적인 인정을 촉진하고 국제적 투명성을 향상시키기 위한 것이다. 졸업증서보충서는 원자격증에 등재된 개인이 성공적으로 마친 학습의 성격, 수준, 정황, 내용, 그리고 상태 등에 대한 기술을 제공하기 위해서 고안된 것이다.

졸업증서보충서는 가치판단이나 인정에 대한 제안이나 동의어가 없어야 한다. 졸업증서보충서는 국가의 자치권을 보장하면서 모든 유럽에서 받아들일 수 있는 일반 틀을 제공하면서 무엇보다도 다른 교육적 틀에서 이해될 수 있는 자격증에 대한 정보에 기초한 판단을 제공한다.

2. 유럽정책수단의 이행: 프랑스 사례

프랑스에서는 다른 가입국가에서와 같이 유럽연합발의를 증진하기 위해서 정부기관을 만들었다. 예를 들면, 1996년 9월에 SOCRATES를 위한 프랑스 정부기관이 “교육부분에 있어서 유럽연합의 목표들과 원칙들, 국가적 교육정책의 방향에 일관성 있는 혁신적 계획들을 증진시킬 목적”으로 설립되었다.¹⁴⁾

유럽위원회의 2000년 보고서에서는 프랑스의 고등교육기관을 “교육기관, 교육기관의 성격과 해당교육기관에서 제공하는 교과과정의 목적에 따라 기구와 입학조건이 엄청나게 다양하다. 세 가지 교육기관들이 있는데 각각에 대한 법적 요구조건이 다르다. 대학들, 개별 주 교육기관들이나 고등교육학교, 그리고 사립 고등교육학교나 교육기관 등이 그들이다. 몇몇 사립기술학교들도 개별 주에 의하여 인정될 수 있다[...]”라고 기술하고 있다.¹⁵⁾

13) According to a template that has been developed by a Joint European Commission - Council of Europe - UNESCO.

14) FR National Agency, 2002c, p. 1.

15) European Commission, *The French educational system*, 2000a, p. 6.

이 보고서에서 유럽위원회는 “프랑스는 그들의 유럽인 상대방들에게 유럽인 학기제라는 생각을 제안할 것을 결심하고 그렇게 함으로써 둘째 대학의 교과과정은 유럽대학이나 이것이 실패한다면 세계의 다른 대학의 다른 학기에서 체계적 확인을 제공하게 된다. 이 사업은 프랑스대학 학사력의 조직을 필요로 하고 이 학사력은 세계의 다른 모든 대학의 학사력과 호환성을 가지는 것이어야 한다”고 하였다.¹⁶⁾

고등교육기관의 개념은 모든 교육체계에서 시간과 함께 바뀌었다. 프랑스에서는 고등교육기관에 대학과 대학이 아닌 교육기관을 포함한다.¹⁷⁾

2002년 볼로냐 프로세스에 의해 증진된 유럽의 고등교육분야의 관점에서 프랑스 고등교육체계에 개혁이 있었고 2010년까지 완성되도록 되어 있었다. 이 경우로 2002년 4월 8일의 법령(n°2002-482)은 프랑스의 고등교육체제를 유럽의 고등교육분야의 형태로 이행하기 위한 것을 목표로 하고 있었다.

이것을 목표로 만들어질 새로운 체제에 바탕이 되는 핵심 원칙들의 개념들이 이루어졌다:

- 허가에 기초한 고등교육의 학위구조, 새로운 석사학위¹⁸⁾(이것은 두 가지 대체 경로: 실무와 연구) 그리고 박사학위
- 학기와 모듈로 구분되는 프로그램구조
- 유럽학점이전제의 일반적 사용
- 국제적 이동을 원하는 어떤 학생에게나 발급되는 졸업증서보충서

16) European Commission, 2000a, p. 11.

17) For references and figures, see Branco da Cunha (P.), *Higher education student mobility and the interpretation of European Union educational policies in France*, p. 217-304 in Phillips (D.), Ertl (H.), “Implementing European Union education and training policy : a comparative study of issues in four Member States” Boston Kluwer Academic Publishers, 2003.

18) In order to link the national system with the degree structure pattern agreed on Europe-wide and essentially based on two main cycles, a second decree (n°2002-481) of April 8th 2002 legally creates a new diploma, the Master's diploma.

나 졸업증서부속설명서

허가증은 학생들이 180 유럽학점이전제 학점(3년의 전업학습)을 성공적으로 마친 경우에 주어지고 석사학위는 5년간의 학습을 마친 경우에 주어진다(중등교육 이후 300 유럽학점이전제 학점 혹은 허가증 이후 120 유럽학점이전제 학점)

2005년 국제적 협력에 있어 학위수여에 관한 법령¹⁹⁾은 “유럽의 고등교육과 연구분야의 구조를 강화하고 국제적 협력을 강화하기 위해서” 2002년 법령에서 언급된 학위는 국제적 협력의 구조 속에서 수여될 수 있다고 규정하고 있다. 국제적 협력의 구조 속에서 파트너 교육기관은 공동으로 같은 학위를 수여할 수 있거나, 동시에 각자 자기의 학위를 수여할 수도 있다. 공동수여 학위는 자동으로 완전히 프랑스에서 인정된다. 이것은 또한 파트너에 의해서도 인정되어야 한다.

프랑스에서 공부하기 위해 오는 외국학생들²⁰⁾에게 광범위한 보조금이 이미 존재하지만 이러한 외국학생들을 위한 보조금과 구조들을 분석하기 위해서 학생들의 국제적 이전성의 발전을 위한 국가위원회가 만들어졌다.

우리는 고등교육분야의 기구들에 초점을 맞추었지만 연구분야의 경쟁력을 높이기 위해서 필요한 노력들을 강조하여야 한다. 고등교육의 기반이 되는 연구의 발전은 유럽지식에 대한 국제적 매력을 강화하기 위해 반드시 필요하다.

19) Decree n° 2005-450 of May 11th 2005.

20) According to estimated figures, the financial envelope awarded by the ministry of Foreign affairs to about 23,000 holders a year equals to nearly 91,5 millions euros a year, besides low tuition fees required in French universities, in Implementation of the ‘Sorbonne/Bologna’ Process objectives (1998-2003), French report, Ministry of Education, p. 9.

‘유럽에서의 고등교육의 변화’에 대한 토론요지

Ha Myoung Jeong

(Prof. S.J.D. Kyungpook National University)

< 영 문 >

Thank you for your detail introduction of E.U's student and scholar exchange programs at the higher education level. I have a good chance to understand the historical backgrounds and current situation of those exchange programs. As you mentioned, the exchange programs is the best way to help the free movement of workers in the European Community. I do totally agree with the idea. The free movement of workers is one of the most important pillar of the European Union. It is needed to analyze carefully the measures, which were taken by the European Union, to improve the human resource exchange program for the integration of the European Community. The ERASMUS program is interesting to me, because it encourages students and teachers mobility, and promotes transnational cooperation projects among universities across Europe. According to the ERASMUS program, full academic recognition must be given for the study period abroad. The Erasmus-Mundus program is even more interesting to me, because it supports European top-quality Masters Courses and enhances the visibility and attractiveness of European higher education in third countries. You also touched the European Union policy tools such as the new degree system, the European Credit Transfer, and the diploma supplement. The French reform of higher education system of 2002, targeted the implementation

of the European higher education area's shaping into the French higher education system, is very impressive and also gives me a good chance to understand the individual nation's trial to improve student's mobility. My question is "does the E.U have any incentive system to increase student's and teacher's language skill?" I have several foreign students in my own class. One of my student came from Bangladesh and several came from France. They are not good at Korean, so I use English as a teaching language. We still have some difficulty to communicate each others.

< 국 문 >

고등교육분야에서 유럽연합의 학생·학자 교환프로그램에 대해 상세히 소개해주셔서 감사합니다. 교수님의 발제로 학생·학자 교환프로그램의 역사적 배경과 현 상황들에 대한 이해증진의 기회를 가졌습니다. 학생·학자 교환프로그램이 유럽공동체 내에서 공동체의 가장 중요한 기둥들 중에 하나라고 할 수 있는 근로자들의 자유로운 이동을 돕는 최선의 방법일 것이라고 교수님은 소개하고 계십니다. 교수님의 생각에 전적으로 동의합니다. 유럽공동체의 통합을 위해서 유럽공동체의 어떠한 인력교환정책을 채택하고 있는지에 대한 면밀한 검토가 필요하다하겠습니다.

교수님께서 소개하신 에라스무스 프로그램이 학생과 교수의 이동성을 돕고 유럽 전체의 대학들간 국경을 초월한 협력을 증진하고 있다는 측면에서 흥미롭다고 생각합니다. 에라스무스 프로그램에 따르면 외국에서 공부한 학점에 대해서 모교에서 완전 인정을 받게 됩니다. 에라스무스-문데스 프로그램은 유럽의 질 높은 석사과정을 지원하고 제3국들에서 유럽고등교육의 가시성과 매력을 증진하려고 한다는 측면에서 더욱 흥미롭다 하겠습니다. 교수님은 발제를 통해 유럽연합의

정책도구라고 할 수 있는 새로운 학위체계, 유럽학점이전제, 학위보충서 등에 대해서도 소개하였습니다.

고등교육분야에서 유럽공동체의 정책을 받아들이기 위한 프랑스가 2002년에 취한 개혁정책에 대한 소개는 개별국가들이 학생들의 이동성을 돕기 위해서 어떠한 정책들을 취하고 있는가를 보여주었던 좋은 사례를 제공하였다고 할 수 있습니다. 저의 질문은 “유럽공동체 차원에서 학생들과 교육자들의 언어능력을 향상시키기 위해서 어떤 장려정책을 취하고 있는가?”하는 것입니다. 개인적으로 제 학급에는 외국 학생들이 몇 명 있습니다. 한 학생은 방글라데시에서 왔고 나머지 몇 명은 프랑스에서 왔습니다. 그들은 모두 한국어를 못해 저는 영어를 강의언어로 사용하고 있습니다. 하지만 여전히 학생들과의 의사소통에 어려움을 겪고 있는 것은 사실입니다.

제 4 주제

LES RAPPORTS DU DROIT
CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS
ET DU DROIT EUROPEEN

발 표 자 : 피에르 앙리 프레로 (세르지 퐁트와즈 대학교 교수)

토 론 자 : 박 인 수 (영남대학교 법과대학 교수)

LES RAPPORTS DU DROIT CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS ET DU DROIT EUROPEEN

Pierre-Henri Prelot

(프랑스 Sergy Pontoise 대학교 교수)

Il est essentiel en préambule de l'exposé de faire un petit retour en arrière historique. La construction européenne est un processus récent. Il est le produit de la volonté des dirigeants européens de mettre fin, par l'union, aux conflits qui ont déchiré l'Europe entre 1914 et 1918 et entre 1940 et 1945. L'antagonisme entre la France et l'Allemagne ayant été une composante centrale de ce conflit depuis 1870, on comprend dans ces conditions pourquoi, dès l'origine et aujourd'hui encore, l'«*axe franco-allemand*» est considéré, au moins par les deux partenaires, comme le «*moteur*» de l'Europe.

I . APERCU HISTORIQUE L'AUTONOMIE DU PROCESSUS D'INTEGRATION EUROPEENNE

La construction européenne remonte donc aux lendemains de la seconde guerre mondiale. Elle comprend, pour résumer les choses, deux volets essentiels. Tout d'abord, l'union des nations démocratiques, soucieuses d'affirmer, notamment face à l'Est soviétique, l'attachement à un certain nombre de valeurs communes de liberté et de promotion des droits de l'Homme. Ce processus a donné naissance au Conseil de l'Europe, dont la création principale est la Convention européenne des droits de l'Homme, adoptée en 1950, et qui énonce, un peu à la manière de la

Déclaration universelle des droits de l'Homme qui a précédé (1948), mais qui n'a pas valeur obligatoire, un ensemble de droits que les Etats s'engagent à garantir au profit des individus. Bien que membre fondateur du Conseil de l'Europe, la France, attachée à préserver sa souveraineté, a mis assez longtemps avant de se rallier à cet instrument, puisqu'elle ne l'a fait qu'en 1974. Et ce n'est qu'en 1981 qu'elle a admis le droit pour les particuliers de saisir la Commission européenne des droits de l'Homme (aujourd'hui la Cour) de recours dirigés contre elle.

Aujourd'hui le Conseil de l'Europe accueille 45 Etats membres, incluant outre les démocraties occidentales de l'origine, les nations de l'Est européen. Il y a eu un débat important après la chute du mur de Berlin, quant à l'opportunité d'accueillir immédiatement des Etats dont le fonctionnement démocratique et le respect des Droits de l'Homme restait encore approximatif, mais il a été considéré que l'entrée au Conseil de l'Europe et la ratification de la Convention européenne serait un moyen d'aider ces Etats dans la progression vers la démocratie. C'est ainsi que la Russie, l'Ukraine, mais également la Turquie sont actuellement membres du Conseil de l'Europe. Une telle conception démocratique et droit-de-l'hommiste de la construction européenne est par définition ouverte et extensive, puisqu'elle s'attache à promouvoir des valeurs que nous occidentaux croyons universelles. On notera que les 27 Etats membres de l'Union européenne sont membres du Conseil de l'Europe et adhèrent à la Convention européenne des droits de l'Homme.

A la Convention européenne de 1950 se sont ajoutés un ensemble de protocoles additionnels, actuellement 14 protocoles additionnels ont été

ratifiés. Par exemple, le protocole additionnel n°13 porte interdiction de la peine de mort en toutes circonstances. Sur cette question on notera qu'un Etat comme la Turquie a renoncé à l'appliquer, et que sur 45 Etats seule la Russie ne l'a pas abrogée officiellement. La France, en ce qui la concerne, a aboli la peine de mort en 1981. Mais elle a également décidé, à l'initiative du Président Jacques Chirac, d'inscrire cette interdiction dans sa constitution, par une révision de février 2007, qui ajoute à l'article 66 un article 66-1 aux termes duquel «*Nul ne peut être condamné à la peine de mort*». On voit à travers cet exemple qu'il existe un lien très étroit entre les valeurs affirmées par les Etats, et le droit européen des droits de l'homme. Le rôle du Conseil de l'Europe est en quelque sorte de faire des valeurs énoncées au départ dans le cadre des Etats des valeurs communes universelles, de les renforcer en les généralisant. Une des techniques jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'Homme est précisément d'imposer la garantie d'un droit lorsqu'il est reconnu dans une majorité d'Etats (par exemple la reconnaissance au profit des personnes transsexuelles du droit à la conversion sexuelle, mais aussi du droit de se marier avec une personne de leur sexe d'origine, arrêt Goodwin de 2002).

Le second aspect de la construction européenne, c'est l'Union européenne. Le processus a démarré en 1950 avec la CECA (Communauté européenne du charbon et de l'acier), et il s'est matérialisé avec la signature solennelle, le 25 mars 1957, du Traité de Rome. Le processus est au départ économique mais la finalité est clairement politique. Ainsi que l'explique la fameuse déclaration Schuman à propos de la CECA «*l'Europe ne se fera pas d'un seul coup, ni dans*

une construction d'ensemble. Elle se fera par des constructions concrètes créant d'abord une solidarité de fait». Il faut bien voir que ce Traité de Rome instituant «*les communautés*» (Communauté économique européenne, Euratom, CECA) a été signé au départ à six, c'est-à-dire entre l'Allemagne, l'Italie, les deux puissances vaincues, et la France, la Belgique, les Pays-Bas et le Luxembourg. L'Europe est passée de 6 à 9 en 1972(Royaume Uni, Danemark, Irlande), puis à 10 (Grèce, 1979), à 12 (Espagne et Portugal, 1985), à 15 (1995, Autriche, Finlande, Suède), et depuis 2006 27 avec l'élargissement à l'Est (République Tchèque, Slovaquie, Slovénie, Pologne...).

L'adoption de la Constitution française est donc postérieure d'une année à la signature du traité de Rome. On sait que le général De Gaulle était très réticent à l'égard du Traité de Rome. Le texte de 1958 ne s'y réfère pas directement. Au reste les dispositions relatives au droit y international sont minimales. Le Titre VI de la Constitution, intitulé Des traités et accords internationaux, se contente d'énoncer quelques règles essentielles. D'une part, c'est le Président qui négocie et ratifie les traités, les traités les plus importants et notamment ceux relatifs à l'organisation internationale, devant être ratifiés sous forme de loi par le Parlement (art. 52). D'autre part elle affirme le principe moniste de la primauté de la règle de droit international (art. 55)«*Les traités ou accords internationaux régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie*».

Autrement dit, la Constitution appréhende la construction européenne qui s'ébauche dans le cadre du droit international commun, elle n'envisage absolument pas, et on ne peut guère le lui reprocher, l'émergence d'un ordre juridique européen spécifique. Il faut bien voir qu'au niveau de l'enseignement universitaire, la discipline du droit communautaire n'a pas été créée par les internationalistes, mais plutôt par des publicistes internistes (constitutionnalistes, administrativistes) qui se sont rendus compte à partir des années 1970 de l'influence croissante du droit européen sur le droit interne.

Si la signature du traité de Rome a pu influencer sur la rédaction de la constitution, c'est dans un autre sens, à l'article 11. Cet article prévoit pour le Président la possibilité d'organiser un référendum *«tendant à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnements des institutions»*. C'était une manière implicite de reconnaître, dès le départ, que la construction communautaire était susceptible d'avoir des incidences sur le fonctionnement institutionnel. Le recours au référendum devait permettre d'en appeler à l'arbitrage du peuple. En pratique cette disposition s'est avérée essentielle. Le *«référendum européen»* de l'article 11 a été utilisé en 1972, pour approuver l'élargissement, en 1992, pour le traité de Maastricht, et en 2005 à propos de la Constitution européenne, que les français ont rejetée au référendum du 29 mai 2005.

De fait, cet article 11 pourrait parfaitement être déplacé, et rattaché au Titre XV de la Constitution, intitulé Des communautés européennes et de l'Union européenne (art. 88). En effet, depuis le départ du Général De

Gaulle en 1969, il n'a plus servi pratiquement qu'à propos de la construction européenne. Surtout il existe un sentiment fort, en France, selon lequel le processus d'approfondissement de la construction européenne doit respecter la volonté démocratique du peuple, et donc qu'en la matière le référendum devrait être systématique. Lorsque la constitution a été révisée en 2005 (révision du 1er mars 2005) afin de permettre l'adoption de la Constitution européenne, une disposition nouvelle a été introduite dans la Constitution de 1958, indiquant (art. 88-5) que toute adhésion d'un nouvel Etat «*est soumise au référendum par le Président de la République*». Autrement dit on peut penser que l'élargissement est désormais fixé à 27 pour très longtemps, et surtout que la Turquie n'entrera jamais dans l'Union, compte tenu de l'opposition déterminée des Français. Précisons que toute nouvelle adhésion doit être approuvée par les Etats membres à l'unanimité et donc que chaque Etat dispose d'un véritable droit de veto en la matière.

Je ne suis pas sûr que la perception française soit bonne. L'histoire montre (voir par exemple les Etats-Unis) que le processus fédéral n'est pas à la base un processus démocratique, mais plutôt une construction volontariste. En revanche c'est la finalité du processus qui doit être démocratique, ce qui signifie qu'à partir d'un certain niveau d'intégration la décision populaire ne doit plus s'exprimer au niveau des Etats, sinon les peuples en viennent à s'opposer les uns aux autres, mais au niveau du peuple de l'Union. C'est exactement ce qui s'est passé au 19e siècle aux Etats-Unis, et c'est ce qu'aurait permis la Constitution européenne.

II. LA CONSTITUTIONNALISATION DU PROCESSUS DE CONSTRUCTION COMMUNAUTAIRE

Bien entendu la question s'est posée très tôt de la contradiction possible entre une norme de droit communautaire et le texte constitutionnel. Et ce, aussi bien de vue du point de vue de la construction communautaire que du point de vue de la souveraineté étatique. Pour résumer les choses un peu vite, l'ordre juridique communautaire a très vite compris, dès les années 1960, la nécessité d'affirmer la primauté de son droit, sur le droit interne des Etats, y compris leur propre constitution. Les Etats quant à eux ont longtemps considéré qu'en vertu du principe de leur souveraineté la Constitution nationale primait en tout état de cause sur le droit communautaire, et que ce droit n'était que le produit de la volonté commune des Etats.

En ce qui concerne les traités européens eux-mêmes, l'hypothèse d'une contrariété avec la constitution nationale s'est posée à partir des années 1980, avec le renforcement du processus d'intégration. D'abord, avec l'Acte unique, adopté en 1985, puis surtout en 1992 avec la ratification du Traité de Maastricht. Ce traité fondamental comprenait un certain nombre de dispositions transférant à l'Union un certain nombre de compétences régaliennes essentielles, qui remettaient en cause certains aspects essentiels de la souveraineté de l'Etat, et notamment sa monnaie. Afin de permettre la ratification de ce traité, il a donc été décidé de réviser la Constitution, pour y inscrire le principe même de la construction communautaire. Un nouveau titre, le Titre XV, Des

communautés européennes et de l'Union européenne, a été intégré dans la Constitution. L'article 88 qui figure sous ce titre indique que «*La république participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'Etats qui ont choisi librement, en vertu des Traités qui les ont instituées, d'exercer librement certaines de leurs attributions*».

Les autres dispositions de l'article 88 autorisent les transferts de compétences particuliers qu'implique la participation aux communautés: monnaie unique, droit de vote des étrangers aux élections nationales, politique de l'immigration et visas. La ratification du Traité d'Amsterdam étendant les compétences de l'Union a nécessité une nouvelle révision constitutionnelle, et celle de la Constitution européenne en 2005 également. Mais la révision de 2005 a été adoptée sous condition suspensive de la ratification de la Constitution européenne, et donc elle est caduque.

Cette prise en compte du processus communautaire par la Constitution, qui s'est opérée a minima, est en réalité ambiguë. Dans un sens positif, elle énonce que la participation de la République à l'Union européenne résulte de la volonté souveraine de la communauté nationale, attestée dans le Pacte fondamental. Mais dans le même temps, cette participation conduit à vider de sa substance le principe même de la souveraineté de la Nation, en sorte que c'est la Constitution elle-même, en tant qu'acte de souveraineté, qui se trouve finalement remise en cause.

Cet aspect des choses est particulièrement manifeste si l'on modifie la

perspective, et que l'on envisage le droit des Etats du point de vue de l'Union européenne. L'Union, ou les communautés, se gardent bien d'affirmer une quelconque légitimité démocratique ou institutionnelle propres, même si depuis le traité de Maastricht la citoyenneté européenne est inscrite dans les Traités. En revanche, dès les années 1960, la Cour de justice des communautés européennes s'est attachée à affirmer la primauté de la construction communautaire, qu'il s'agisse des traités constitutifs ou du droit dérivé, sur le droit interne des Etats, y compris leur constitution. Pour la Cour de justice les enjeux étaient très clairs, à savoir que si les Etats ne respectaient pas le droit européen, la construction européenne était irrémédiablement condamnée à l'échec. Elle a donc posé pour principe, dans un arrêt fameux du 15 juillet 1964, *Costa c/ Enel*, que *«le transfert opéré par les Etats, de leur ordre juridique interne au profit de l'ordre juridique communautaire... entraîne une limitation définitive de leurs droits souverains contre laquelle ne saurait prévaloir un acte unilatéral ultérieur incompatible avec la notion de Communauté...»*. Une telle affirmation vaut également, pour la CJCE, pour les dispositions inscrites dans les constitutions nationales. En résumé, pour l'Union européenne, la Constitution n'est en aucun cas un sanctuaire, où serait préservée la souveraineté inconditionnée des Etats.

Cette position européenne n'a pas forcément bien été accueillie par les Etats, qui ont tenu à réaffirmer la suprématie de la Constitution nationale dans l'ordre interne (III). Par ailleurs, la question s'est posée de la garantie des libertés fondamentales dès lors que les constitutions nationales qui en organisent la garantie se sont trouvées subordonnées à l'ordre juridique communautaire(IV).

III. L’AFFIRMATION AMBIGUË DE LA SUPREMATIE DE LA CONSTITUTION DANS L’ORDRE INTERNE

Longtemps le conseil constitutionnel a écarté l’ordre juridique européen du contrôle de constitutionnalité des lois qu’il opérait. Dans une décision du 15 janvier 1975 il avait indiqué que son rôle était d’apprécier la conformité des lois à la Constitution, mais qu’en revanche il n’entrait pas dans sa compétence d’apprécier si une loi violait ou non une norme internationale, européenne ou autre. Cette position n’était pas totalement dépourvue de cohérence en ce qui concerne les traités européens, à la condition que les traités en question lui soient soumis avant leur ratification, en vue d’apprécier leur éventuelle contrariété à la Constitution.

Mais la question s’est posée non seulement à propos des traités, mais également à propos des directives européennes. Les directives sont des textes imposant aux Etats d’intégrer dans leur droit interne, sous un certain délai, un ensemble de dispositions communes. La plupart du temps les directives sont transposées sous la forme d’une loi qui en recopie purement et simplement le texte. Or comme on le sait le rôle du Conseil constitutionnel est de statuer sur la conformité des lois à la Constitution. Et le jour a fini par arriver où il s’est trouvé saisi d’une loi dont le contenu transposait en toutes lettres le texte d’une directive, de telle sorte qu’il lui était demandé d’apprécier indirectement la constitutionnalité de la directive. Le problème s’est posé pour la première fois en 2004 (10 juin, loi pour la confiance dans l’économie numérique),

et à plusieurs reprises depuis.

La position du Conseil constitutionnel est la suivante. Tout d'abord la transposition des directives en droit interne est une obligation constitutionnelle qui résulte de l'article 88 de la constitution affirmant la participation de la France à l'Union européenne. Autrement dit le Conseil constitutionnel n'a pas à se préoccuper du contenu des lois de transposition des directives, puisque le principe même d'une telle transposition est inscrit dans la Constitution. Au contraire, son rôle est de vérifier que la directive est correctement transposée par le législateur. A ce niveau, la solution dégagée par le Conseil constitutionnel est une forme de reconnaissance de la primauté du droit européen sur le droit constitutionnel, puisque le fait de transposer le droit communautaire aboutit à neutraliser le contrôle de constitutionnalité de la loi.

Mais le Conseil constitutionnel va plus loin. Dans un deuxième temps, il indique en effet que *«la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti»* (27 juill. 2006, droits d'auteur). Ceci signifie en clair qu'il y a dans la constitution un certain nombre de principes supérieurs, que même les impératifs de la construction européenne ne doivent pas mettre en cause. Et si la loi s'affranchit de tels principes sous prétexte de transposition d'une directive, elle sera déclarée inconstitutionnelle. Ce qui signifie qu'indirectement le Conseil constitutionnel est conduit à apprécier la constitutionnalité des directives.

La doctrine s'interroge bien entendu sur la question de savoir quels sont les fameux «*principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France*», sachant que jusqu'ici la jurisprudence constitutionnelle n'en a dégagé aucun. On pense notamment aux principes inscrits dans la tradition républicaine de la France (article 89 de la Constitution), tels que le principe d'indivisibilité de la République, le principe démocratique, ou encore le principe de laïcité, qui a beaucoup été mis en avant lors du débat sur la Constitution européenne.

Cette position du Conseil constitutionnel a été relayée par le Conseil d'Etat, dans un arrêt récent du 26 janvier 2007 (Société Arcelor Atlantique et Lorraine), rendu à propos d'un recours qui mettait en cause la constitutionnalité d'un décret de transposition d'une directive. Il a considéré également que la transposition de la directive résultait d'un impératif constitutionnel, ajoutant que l'appréciation de sa constitutionnalité devait s'opérer à travers les principes généraux du droit communautaire qui garantissent l'effectivité du principe constitutionnel en cause (par exemple le principe d'égalité), quitte en cas de difficulté de saisir à titre préjudiciel la CJCE. Ce n'est que dans la mesure où de tels principes généraux équivalents n'existeraient pas que le Conseil d'Etat serait conduit à examiner directement la constitutionnalité des mesures réglementaires, et pourrait écarter ainsi les dispositions issues d'une directive contraires à la Constitution.

On peut résumer la position du juge français par cette idée qu'il existe d'une manière générale une présomption de conformité du droit de l'Union européenne à la Constitution. Cette présomption résulte

notamment du fait que les Etats sont représentés dans l'Union, et que la mise en cohérence des systèmes juridiques est réalisée en amont, par le «*processus politique*», lors de l'élaboration des normes communes.

Comme on l'a dit, la construction politique de l'Europe visait à réaliser un espace commun de liberté. Précisément, c'est en bonne partie à propos de la garantie des droits et des libertés fondamentales que la question des rapports entre ordre constitutionnel national et ordre juridique européen s'est posée.

IV. LA QUESTION DE LA PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX

Cette question de la garantie des droits fondamentaux, dans le cadre des Etats, ou bien au sein d'un ordre européen conventionnel unissant les Etats qui partagent un ensemble de valeurs communes, s'est posée dès les lendemains de la seconde guerre mondiale. Les Français, mais pas seulement nous, beaucoup d'autres nations européennes également, sont sur cette question très «*nationalistes*»? C'est-à-dire que nous affirmons le caractère universel des valeurs et des principes que nous proclamons, tout en estimant qu'ils participent de notre identité propre en tant que nation.

Comme on l'a dit l'affirmation des droits de l'Homme dans le cadre européen remonte à 1950 et à l'adoption de la Convention européenne des droits de l'Homme. Mais son application véritable, intensive, si l'on excepte quelque cas, remonte en réalité à la toute fin des années 1970. En réalité, les premières difficultés sur ce point ont surgi à la fin des années 1960, non pas à propos de la Convention européenne des droits

de l'Homme, mais dans le cadre communautaire, le Marché commun. Ce qui peu paraître étonnant si l'on considère qu'il s'agit d'une construction économique, a priori indifférente à la question des droits fondamentaux.

Dans la suite de sa jurisprudence *Costa c/ Enel* affirmant la primauté du droit communautaire sur le droit des Etats, y compris leurs constitution, certains Etats, et en premier lieu l'Allemagne, ont réagi violemment, en soulignant que cet énoncé aboutissait ni plus ni moins à subordonner les droits fondamentaux inscrits dans les constitutions démocratiques à des textes communautaires extrêmement techniques, et poursuivant une finalité essentiellement marchande (la libre circulation). La critique était parfaitement pertinente, et en réponse la Cour de Justice des communautés européennes s'est attachée à affirmer des Principes généraux du droit communautaire, qu'elle a dégagés de deux sources distinctes, d'une part les traditions constitutionnelles communes des Etats membres, d'autre part la Convention européenne des droits de l'Homme. Autrement dit les principes essentiels auxquels les Etats étaient attachés, et figurant dans leurs constitutions, se trouvaient intégrés par voie prétorienne dans l'ordre juridique communautaire, en tant que principes généraux. L'Union se trouvait ainsi contrainte de respecter elle aussi les droits de l'Homme.

Puis les choses se sont précisées avec le Traité de Maastricht de 1992, qui énonce expressément l'obligation pour l'Union de «*respecter les droits fondamentaux tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne des droits de l'Homme et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, en tant que principes généraux du droit communautaire*». L'étape suivante a consisté, pour

l'Union européenne, à élaborer sa propre charte des droits fondamentaux. Celle-ci a été adoptée en 2001, au moment du Traité de Nice. La Charte des droits fondamentaux reprend en bonne partie la Convention européenne des droits de l'Homme, qu'elle «*adapte*» à l'ère contemporaine. Mais cette charte n'a qu'une valeur indicative, elle n'est pas opposable aux Etats.

Le texte de la Charte a été incorporé dans la Constitution européenne, dans sa deuxième partie. Il est significatif en ce qui concerne la France que la question de la Charte des droits fondamentaux ait pu jouer un rôle dans le rejet de la Constitution. En effet les opposants à la Constitution européenne n'ont pas seulement soulevé la faiblesse de la dimension sociale de la Constitution, certains d'entre eux ont soulevé le risque que le Traité remette en cause les droits fondamentaux de la Constitution, et notamment le principe de laïcité, au nom de la liberté de religion garantie par le Traité. Ils ont également - de manière assez discutable- soulevé la crainte d'une remise en cause des droits des femmes, et notamment le droit de l'avortement.

Dans sa décision du 19 novembre 2004, rendue à propos du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, le Conseil constitutionnel a précisé les conditions de son contrôle. A savoir, que «*lorsque des engagements internationaux (...) remettent en cause les droits et libertés constitutionnellement garantis (...), l'autorisation de les ratifier appelle une réforme constitutionnelle*». Il a ainsi tenu à souligner l'attachement de la France à certains principes constitutionnels essentiels, en indiquant notamment que la conformité du Traité européen à la Constitution était

acquise sous réserve d'interprétation de ses dispositions conformément à la tradition constitutionnelle de la France. Par exemple, il a insisté sur le fait que la garantie de la liberté de religion inscrite à l'article II-70 de la Constitution européenne devait s'inscrire dans le cadre de laïcité constitutionnelle tel qu'il existe en France. Il l'a fait afin de rassurer l'opinion publique française, mais aussi en vue d'adresser des indications aux juges européens. Il a participé au «*dialogue des juges*», en énonçant à l'intention de la Cour européenne des droits de l'Homme et de la Cour de justice des communautés quelle était l'interprétation nationale des dispositions du traité, de laquelle les juridictions européennes ne devaient pas s'éloigner.

Mais plus généralement, en ce qui concerne cette question des droits de l'Homme, les Etats européens sont aujourd'hui placés sous le contrôle de la Cour européenne de Strasbourg, et c'est elle qui est en mesure d'imposer ses positions aux Etats dans ce domaine. Lorsque le juge civil ou le juge administratif rendent une décision, ils sont toujours très attentifs à la jurisprudence de la Cour européenne, et si elles n'est pas établie, ils s'attachent à prévoir les conséquences possibles de leur décision. Le Conseil constitutionnel fait exactement la même chose. En d'autres termes, la France reste, sous de nombreux aspects, une nation souveraine. Mais il est vrai que son ordre normatif a perdu aujourd'hui son autonomie, et que l'on ne peut plus parler aujourd'hui de l'ordre constitutionnel national comme d'un ordre autosuffisant et clos sur lui-même, comme on le faisait autrefois. Le processus de globalisation agit également au niveau du droit.