

## 오스트리아 법령심사제도\*

장 영 철\*\*

### 목 차

- I. 서 론
- II. 법령심사제의 의의와 세계 각국의 유형
  - 1. 의의와 종류
  - 2. 세계 각국의 법령심사유형
- III. 오스트리아 헌법의 특색과 법령심사의 내용
  - 1. 오스트리아 헌법의 특색
  - 2. 법령심사의 내용
- IV. 오스트리아 법령심사제도에서 나타난 헌법재판소와 대법원간 권한분배
  - 1. 일반법원과 현재의 헌법상 지위구분
  - 2. 대법원과 현재의 법령심사권한배분
- V. 결 론

### I. 서 론

제6공화국으로 탄생한 민주정권은 대법원과 분리하여 독립된 헌법재판소를 설치하였다. 현재는 국민의 기본권보호를 위하여 종래 대법원에서 사법권의 한계로 간주하며 자제하던 법령심사에 주력하였다. 법령해석과 적용을 임무로 하는 대법원과 현재의 갈등이 나타나게 된 것이다. 최초 위임입법의 한계를 일탈한 법무사법시행규칙에 대한 위헌결정(89헌마178)에서부터 한정위헌결정의 기속력을 부인한 재판소원 인용결정(96헌마172)을 거쳐 최근에는 확립된 대법원

\* 이 논문은 2009년도 서울시립대학교 연구년교수 연구지원에 의하여 연구되었음.

\*\* 서울시립대 법학전문대학원 교수, 법학박사.

판결에 대한 입법적 성격을 인정하여 법령해석에 대한 한정청구의 적법성을 인정(2004헌바81)한 것이 그것이다. 이에 대하여 위헌명령규칙심사는 헌법상 대법원의 관할사항이며, 합헌적 법률해석의 일종으로 한정결정은 대법원의 권한에 속하며, 재판소원은 입법적으로 금지된 청구대상이라는 주장으로 권위들의 충돌이 나타나고 있다. 국민의 기본권보호를 위하여 그 해결책을 시급히 강구할 필요가 있는 것이다.

우리 헌재는 오스트리아 헌재와 유사한 점이 많다. 헌재와 대법원을 독립된 헌법기관으로 규정하고, 재판소원의 금지, 위헌법률심사의 절차와 효력 등이 그렇다. 이는 오스트리아 헌재의 법령심사제도와 관련된 것으로 이를 분석하여 우리의 문제해결을 위한 시사점을 찾아 볼 수 있다고 판단된다. 따라서 본고에서는 오스트리아의 법령심사제도를 체계적으로 이해하는 것을 목적으로 법령심사의 의의와 각국의 법령심사유형(Ⅱ.)을 먼저 살펴보고, 오스트리아 법령심사의 기준인 헌법의 특색과 법령심사의 내용을 설명하며(Ⅲ.), 법령심사에 있어 권한분배를 통한 헌재와 대법원의 관계를 논하여(Ⅳ.), 이를 바탕으로 우리 문제해결의 시사점을 제시해(Ⅴ.) 보고자 한다.

## Ⅱ. 법령심사제의 의의와 세계 각국의 유형

### 1. 의의와 종류

법령심사제란 효력상 우열을 전제로 법령간 충돌을 해결하기 위한 제도로써 법치질서확립을 목적으로 하고 있다. 여기서 법령이란 헌법, 법률, 명령, 조례, 규칙 등 국내법은 물론 조약, 행정협정 등 국내법적 효력을 갖는 국제법을 포괄하는 것이다. 따라서 법령심사제는 심사기준과 대상에 따라 위헌법률심사제, 위헌위법명령규칙심사제, 위헌위법조약심사제 등과 법령심사의 시기 및 원인에 따라 사전적·사후적 규범통제와 구체적·추상적 규범통제, 심사기관이 헌재로 일원화된 집중심사제, 헌재와 법원 또는 대법원을 포함한 각급법원으로 분산된 분산심사제 등 다양하게 분류할 수 있다.

## 2. 세계 각국의 법령심사유형

헌법의 우위가 확보되어 있으나 법령심사를 위한 독립된 헌법재판소를 갖고 있지 않는 미국, 스위스<sup>1)</sup>, 일본 등 전통적인 사법국가는 구체적 사건에 임하여 법원이 부수적으로 법령심사를 하는 국가에 속한다. 단일한 사법 체계내에서 선례구속원칙에 의하여 법령해석의 통일성을 기하고 있으므로 법원간의 권한 갈등의 소지가 없다. 따라서 이하에서는 헌법규정상 현재와 대법원이 존재하는 국가에 한정하여 살펴보고자 한다.<sup>2)</sup> 양 기관간의 법령심사의 권한분배의 상황을 알아보기 위하여 동일한 사법 체계내에 위치하는 지 여부를 기준으로 하여 설명하고자 한다.

### (1) 사법 체계내에서 헌법재판소와 법원이 혼재하는 국가 (독일, 터키 등)

전통적으로 사법국가였던 독일, 터키 등은 헌법재판의 선도국인 오스트리아를 모방하여 독립된 헌법보장기관으로 헌법재판소를 설치하였다. 하지만 오스트리아와 달리 사법 체계내에서 현재와 법원을 동일하게 위치하여 양 기관간의 갈등을 예상할 수 있어 완충수단을 마련하고 있다.

우선 독일은 재판관임명에 있어 법원으로부터의 독립과 법령심사 등에 있어서 충돌을 추상적 규범통제와 재판소원 등의 제도를 통하여 조정한다. 법령심사에 있어서는 분산형·집중형, 부수적(구체적)·본안적(추상적) 법령심사제가 혼재되는 특색이 나타난다. 따라서 제도에 각각 고유의 기능을 부여하는 법령심사제를 마련함으로써 법치질서의 확립에 기여하고 있다. 즉 심사제청에 위헌

- 
- 1) 스위스는 개인이 연방과 주(Kanton)의 행정행위에 의한 기본권침해여부의 심사청구를 매개로 연방법원이 부수적으로 법령심사를 하여 위헌결정을 하는 특징이 있다. 하지만 위헌결정의 효력은 당해사건에 한하는 개별적 효력에 그치지 아니하고 폐지선언과 마찬가지로 사실상 유사사건에 장래효를 갖는다. Th. Fleiner/ A. Mistic/N. Töpperwien, *Swiss Constitutional Law*, Berne, 2005, pp. 88-99; H. P. Rill/ H. Schäffer, *Bundesverfassungsrecht Kommentar*, Wien, 2001, S. 16 f.
- 2) 법령심사제도가 아닌 헌법재판 일반에 관한 각국의 분류로는 이동흡, “세계 각국의 헌법재판제도 - 법원과 헌법재판소의 관계를 중심으로”, 『헌법재판제도의 이해』, 재판자료 제92집, 법원도서관, 2001, 149-188면; 박홍우, “헌법재판제도의 유형”, 『헌법재판제도의 이해』, 재판자료 제92집, 법원도서관, 2001, 97-148면.

의 의심으로 충분하여 헌법보장에 목적을 둔 추상적 규범통제, 제청에 위헌의 확신을 요구하여 입법자보호를 목적으로 한 구체적 규범통제, 고등법원에 행정입법에 대한 규범통제권을 부여하여 소송당사자의 권리구제의 효율성을 도모하는 행정소송상 규범통제<sup>3)</sup> 등을 들 수 있다. 그리고 합헌 및 위헌 등 현재결정의 주문에 기판력을 부여하고, 결정주문 및 중요한 결정이유<sup>4)</sup>에도 국가기관을 기속하는 기속력(연방헌재법 제31조 제1항), 법령심사에 관한 현재결정에 법규적(일반적) 효력(연방헌재법 제31조 제2항)을 부여하여 현재와 법원의 갈등을 조정하고 있다.<sup>5)</sup>

다음으로 터키도 현재와 법원을 동일한 사법체계(제3장)내에서 규정하고 법령심사에 관하여 법원에 합헌결정권을, 현재에는 합헌, 위헌 및 헌법불합치 등 변형결정의 권한을 부여하고 있다. 사법체계의 이원화로 인하여 헌법에서 현재결정의 대법원기속력을 규정(제152조)하고 있으나 법원의 합헌적 법률해석에 의한 개인의 기본권침해에 대한 방어수단으로 재판소원이 결여되어 있다. 따라서 유럽인권법원에 제소할 수 있는 방법 외에는 기본권구제수단이 없음을 인식하고 독일을 모방하여 재판소원제 도입을 위해 입법 중이라 한다. 터키 현재의 법령심사제에도 독일과 마찬가지로 법령에 대한 추상적·구체적 규범통제가 있다. 추상적 규범통제의 경우 헌법개정후 10일 이내에 대통령 또는 5분의 1 이상의 국회의원의 제청에 의해 헌법개정의 형식적 요건과 법률, 법규명령과 국회규칙 등을 대상으로 형식적 성립요건 및 내용의 실질적 위헌여부를 심사한다. 다만 전시, 사변 기타 이에 준하는 비상사태시에 선포된 법규명령은 심사대상에서 제외된다(제148조). 구체적 규범통제(법률 및 법규명령에 대한 위헌심사청구)의 경우 제청법원의 위헌의심만으로 제청 가능하여 입법자보호보다 헌법보호기능을 우선시하고 있다. 법원과 현재의 협력에 의해 합헌적 법질서를 확립하는 데 시간적 제한도 두고 있다. 즉 위헌제청된 법령에 대한 심사는 5개월 이내에 선고되어야 하며 만약 이 기간내에 선고되지 않는다면 제청법원은 제청

3) 장영철, “행정입법에 대한 추상적 규범통제제도의 도입방안에 관한 연구”, 『공법연구』, 제37집 제1호(2008. 10.), 155-180면 참조.

4) BVerfGE 36, 1(36); K. Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, S. 328, RN 452.

5) 장영철, “독일연방헌법재판소의 한정위헌결정”, 『판례실무연구IV』, 비교법실무연구회, 2000, 1-21면 참조.

된 법령을 적용하여 재판을 계속해야 한다. 다만 최종 판결에 이르기 전에 헌재가 법령심사를 마치고 결정을 선고하면 대법원은 이에 기속된다. 법령에 대한 위헌제청이 기각결정된 후 10년 이내에는 동일법령에 대한 위헌제청을 할 수 없다(제152조). 터키 헌재결정은 우리와 마찬가지로 원칙적으로 법령폐지효가 있고, 1년 이내의 범위에서 결정효력을 유예하는 헌법불합치결정도 가능하며 국회는 이에 기속되어 새로운 법안을 마련하도록 강제되고 있다(제153조).

(2) 사법체계와 구분하여 독립된 헌법재판소를 설치한 국가  
(이태리, 스페인, 오스트리아 등)

이태리(제6장-사법부, 제4장-헌재), 스페인(제9장, 제6장), 오스트리아(제3장 B, 제6장C)는 일반법원과 구분된 독립된 헌법보장기관으로서 헌재의 지위를 부여하고 있다. 이에 상응하게 이태리, 스페인, 오스트리아는 추상적, 구체적 규범통제를 매개로 법령심사권을 헌재에 집중하여 법질서의 통일성을 확보하고 있다.

이태리 헌재<sup>6)</sup>는 위헌제청법률과 전통적인 사법기관인 대법원의 확립된 판결에 나타난 법률해석에 대하여 ‘살아있는 법(*diritto vivente*)’으로서의 효력을 인정하여 함께 심사대상으로 삼아 법령해석의 통일성을 확보하고 있다. 이는 구체적 규범통제의 심사대상을 법률, 명령, 조약 등 실질적 법률로 확대하고 제청요건도 재판의 전제가 된 법령에 대한 위헌의 확신이 아닌 위헌의 의심으로도 제청의무를 부과하여 (독일과 달리) 구체적 규범통제에 헌법보장기능을 우선시한 것에서도 나타나고 있다. 따라서 ‘살아있는 법’으로서 대법원판결을 존중할 수 있는 것은 이러한 헌재의 우선적인 위헌법령심사권을 존중하는 법관들의 합헌적 법질서확립의지에 기인하고 있고 ‘살아있는 법’도 한정결정을 통하여 폐지될 수 있는 것은 법률해석도 헌재의 합헌적 법률해석을 전제로 하

6) 이태리 헌재의 판시는 다음과 같다: ‘살아있는 법’의 중요성을 간과해서는 안 된다는 것이 지배적인 것으로 이미 판례를 통해 확립되었다는 것은 사실이다. 헌재가 판결 시에 독자적인 원칙에 따라 침해된 헌법규정과 위헌 제청된 법률규정을 해석하는 것은 그의 권한이자 의무이다. 그럼에도 헌재는 법 생활에 있어 법률규정에 실질적인 가치를 부여해주는 ‘살아있는 법’을 판결 시에 고려하지 않으면 안 된다. 왜냐하면 사실 법률이란 추상적으로 제정된 것 그 자체가 아니라, 법률을 구체적이고 효과적이게 할 목적으로 법관이 법률을 재판 중에 적용되는 한에서 존재하는 것이기 때문이다.”

기 때문이다.<sup>7)</sup>

스페인 헌재도 이태리와 같이 추상적·구체적 규범통제를 하고 있다.<sup>8)</sup> 그 특색으로는 위헌의 의심만으로도 제청 가능하지만 일반법원에서의 위헌제청은 재판의 전제성을 완전히 파악할 수 있도록 당해소송의 종결 후 판결선고 전에 소송당사자와 검사의 의견을 들은 후 제청하도록 하고 있다(스페인 헌재법 제 35조 제2항). 따라서 일반법원에서의 위헌제청으로 당해사건은 정지되지 않는다(스페인 헌법 제163조). 그리고 규범통제결정은 소급효를 갖지만 형사판결을 제외하고 이미 종결된 기판력 있는 판결에 대하여는 영향을 미치지 않는다(헌재법 제40조 제1항). 따라서 소송당사자는 6인으로 구성된 현재의 재판부(Senat)에 판결소원을 제기하여 권리구제를 받는 방식을 택할 수밖에 없다. 다만 6인 재판부에서의 헌법소원결정의 효력은 당사자간의 대인적 효력에 한정되므로 위헌법률에 근거한 기본권침해의 판결에 대하여는 다시 규범통제를 담당하는 12인의 전원재판부(Plenum)에 회부의무를 부담하여 위헌법률에 대세적(일반적) 효력을 부여하는 방식으로 권리구제가 가능하다. 헌재와 법원간의 법령해석의 권한분배방식상 법원에 우선권을 주지만 당사자의 헌법소원제기<sup>9)</sup>를 기다려 최종적으로 헌재가 이종의 절차를 부담하여 권리구제를 하는 후진적인 면이 나타나고 있다. 이에 대하여 학자들의 비판과 함께 위헌제청법원은 사실상 판결 선고를 연기하여 당사자의 권리구제를 도모하고 있다.

이태리, 스페인 헌재의 모델로 오스트리아의 법령심사제도와 그에 나타나는 헌재와 대법원의 관계는 이하 별도로 구분하여 살펴보기로 한다.

### (3) 소결

헌재와 대법원이 형식상 동일한 사법 체계내에 위치하는 국가는 법령심사의

7) 장영철, “이탈리아 헌법상의 규범통제제도”, 『판례실무연구IV』, 비교법실무연구회, 2000, 22-39면 참조.

8) F. R. Llorente, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Spanien, in: Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa (Hrsg. Ch. Starck), Baden-Baden 1986, S. 255 f.

9) 스페인은 법령, 사실행위, 재판 등 헌법소원의 청구대상을 독일보다도 더 포괄적이고 명료하게 헌법상(열거하는 방식으로 공권력의 행사, 불행사 작용에 대해 개인, 인권옴브즈만, 검사 등의 헌법소원제도를 마련하고 있다. F. R. Llorente, aaO., S. 268 f.

분산도 가능하다. 따라서 권한충돌은 일반적으로 법령심사 전보다는 후에 발생할 수 있으므로 재판소원(독일) 또는 헌재결정의 헌법적 효력(터키)에 의하여 조정하는 장치를 마련하고 있다. 반면에 헌재와 대법원을 독립된 헌법기관으로 규정한 국가는 법령심사 후보다는 사전의 예방장치가 중요하다고 판단하고 있다. 법령심사에 헌재와 대법원의 협력관계 내지 동반자관계가 절실히 요구되는 것이다.

### III. 오스트리아 헌법의 특색과 법령심사의 내용

#### 1. 오스트리아 헌법의 특색

중세의 오스트리아는 합스부르크왕가의 지배하에 영예를 누리는 국가이었으나 근대에 이르러서는 양차 세계대전에서 패배하면서 주권을 국제기구에 이양한 영세중립국이 되었다. 이러한 역사적 맥락에서 오스트리아 헌법은 1920년의 연방헌법(B-VG, Bundes-Verfassungsgesetz)을 근간으로 삼고 있지만 ‘누더기 헌법’이라 일컬을 정도로 분산된 중층헌법의 특색을 나타내고 있다.<sup>10)</sup> 즉 이는 기본적 헌법원리(Baugesetzen) - 연방헌법(B-VG와 BVG) - 주 헌법의 다단계의 범규범으로 구성되어 있으며, 연방헌법(BVG)에는 1955년의 영세중립국에 관한 조약과 유럽인권협약(EMRK), Saint-Germain 조약 등<sup>11)</sup> 약 100개 이상의 국제조약, 60개 이상의 연방법률, 연방과 주의 조약(연방헌법 제15a조), 국가기본법(StGG, 1867년 12월 21일의 국민의 일반적 권리에 관한 내용), 1200여개의 연방 법률규정들이 있다. 이러한 형식적(B-VG)·실질적(BVG) 의미의 헌법이 헌법재판소의 위헌심사의 기준으로 기능하게 된다.<sup>12)</sup>

따라서 오스트리아는 국내 및 국제법규범에 대한 신뢰를 바탕으로 입법국가

10) 장영철, “오스트리아 헌법재판제도와 시사점”, 『공법학연구』, 제10권 제1호(2009. 2), 222면 이하 참조.

11) 약 100개 이상의 국제조약에서 헌법규정이 발견된다고 한다. Th. Öhlinger, Verfassungsrecht, 6. Aufl. Wien, 2005, S. 26.

12) 유럽연합조약은 위헌심사기준에서 제외된다. 그 이유는 헌법제정자가 1994년 EU가입에 즈음하여 규범통제제도도 개정하지 아니하였거니와 국내재판소가 유럽법을 기준으로 집중적인 규범통제를 하는 것도 적합하지 않기 때문이다.

의 특성을 나타내고 있다. 이는 통치구조에도 반영되어 입법부 우위의 의원내각제 정부형태, 법령심사기관으로서 헌법재판소의 사법부로부터의 분리와 대법원에서의 기본권소원의 심사기준으로 국내헌법인 유럽인권협약(EMRK)이 적용되고 있다.

## 2. 법령심사의 내용

전술한 바와 같이 오스트리아의 법률, 명령, 조약, 규칙 등에 관한 법령심사는 현재의 권한으로 집중되고 있다. 위헌법률심사(제140조), 위헌위법국제조약심사(제140a조), 위헌위법명령·규칙심사(제139조), 기술적 하자로 제공포하는 법률·명령의 위법심사(제139a조)가 그것이다. 또한 독립된 헌법기관으로서 헌재를 설치하고 있는 독일, 이태리, 스페인, 터키 등 다른 유럽국가와 마찬가지로 오스트리아 법령심사제는 추상적·구체적 심사를 포괄하고 있다.

### (1) 위헌법률심사

위헌법률심사는 살펴본 분산된 중층의 헌법을 기준으로 연방과 주의회제정의 법률과 헌법률,<sup>13)</sup> 연방의회규칙에 대하여 그 위반여부를 판단하는 것을 말한다. 헌법관습법, 자연법은 심사기준이 될 수 없고, (헌법규정 및 해석상 입법 의무를 부담하는) 입법자의 진정부작위도 심사대상에서 제외된다.<sup>14)</sup> 이는 오스트리아 헌법제정의 아버지인 한스 켈젠의 규범주의에 입각한 순수법학이론의 영향을 강하게 받고 있는 것을 입증<sup>15)</sup>하는 것이다.

구체적 규범통제의 경우 위헌제정은 대법원과 법관의 직무를 수행하는 법원(제2심법원, 행정재판소, 독립행정위원회, 연방사무관할분쟁조정청(Bundesvergabeamt)<sup>16)</sup>)

13) H. Schäffer, Bundesverfassungsrecht Kommentar, Wien, 2001, S. 34, RN 21.

14) VfSlg 14. 453.; H. Schäffer, aaO., S. 43, RN 31.

15) 1920년 헌법제정과정에 참여한 한스 켈젠의 이론적인 영향력은 크다. 그러나 그 외에도 국민의회 산하 헌법제정 소위원회에는 의장으로서 O. Bauer, 부의장 I. Seipel이 참여하였다. R. Walter/H. Meyer/ G. Kucsko-Stadlmayer, 『Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts』, S. 28.

16) <http://www.bva.gv.at/BVA/default.htm>

에서 재판의 전제된 법률에 대한 위헌의 의심이 있는 경우에 할 수 있다. 현재도 법원과 동일한 조건하에 직권으로 심사할 수 있다. 즉 모든 법원의 위헌제청은 현재의 위헌심사개시의 원인을 제공하는 것일 뿐만 아니라 직권에 의한 심사범위의 확장, 축소가 가능하다는 것을 말한다. 개인도 위헌법률에 의해 직접, 구체적으로 자신의 권리를 침해받았을 경우에는 보충성원칙을 준수하면 위헌제청을 할 수 있다.<sup>17)</sup> 따라서 처분법률을 대상을 하는 경우 외에 대부분의 일반 법률에 대한 위헌제청의 경우에는 법원의 재판을 거쳐야 하는 것으로 각 하되고 있다.<sup>18)</sup>

추상적 규범통제의 경우에 주법에 대한 위헌제청권은 위헌의 의심여부에 상관없이 완전히 자유재량으로 연방정부, 국민의회 또는 연방의회의원 3분 1이상에게 부여하고 있고, 연방 법률에 대한 위헌제청권은 주정부 및 주의회의원 3분 1이상이 행사할 수 있다. 1920년대 현재초기에는 위헌제청의 대부분을 연방 및 주정부가 했던 것은 정당간의 대립으로 인한 연방과 주의 쟁의를 규범통제의 객관적인 권리보호기능으로 해결하려는 배경을 갖고 있다. 따라서 추상적 규범통제는 -프랑스의 사전적 규범통제<sup>19)</sup>와 달리 정당간의 권력구조가 변화하면- 법령 공포 후 상당시간이 흐른 후에도 위헌제청이 가능한 것으로 정치적인 해결수단으로 변질될 위험이 있다. 따라서 (구체적 규범통제와 달리) 현재가 직권으로 추상적 규범통제를 기회로 심사범위를 조정할 수는 없다.<sup>20)</sup> 그러나 정부여당의 의회민주주의에 반하는 입법행태에 대해 저지하려는 소수국회의원의 위헌제청권은 -1928년의 한스 켈젠의 적확한 지적처럼- 헌법문제를 법문제로 보아 헌법재판의 테두리 내에서 해결하려는 헌법보호기능을 경시할 수 없다.

위헌제청으로 구체적 사건은 정지되고(헌재법 제62조 제3항) 현재의 폐지결정의 날(ex-nunc)로부터<sup>21)</sup> 기판력, 기속력이 발생하여(연방헌법 제140조 제6, 7항) 제청법원은 현재의 법적 견해(Rechtsanschauung)를 수용할 의무가 있다

17) VfSlg 8009, 8066, 8187; K. Korinek, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich, in:

Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa (Hrsg. Ch. Starck), Baden-Baden 1986, S. 163.

18) H. Schäffer, aaO., S. 77, RN 64,

19) 김철수, 『학설판례 헌법학(상)』, 박영사, 2010, 146면.

20) H. Schäffer, aaO., S

21) 법령폐지선고의 날 오전 0시로 소급하여 효력을 발생한다. H. Schäffer, aaO., S. 93, RN 84, FN 308.

(연방헌법 제89조 제5항, 헌재법 제60조 제1항-위헌명령규칙의 경우). 연방수상 또는 관할 주지사는 법률의 폐지공고의무를 부담한다(연방헌법 제140조 제6, 7항, 헌재법 제64조 제2항). 현재는 심판대상 법률의 전체 내용(der ganze Inhalt des Gesetzes) 또는 일정 부분(bestimmte Stelle)을 위헌으로 폐지할 수 있으므로(연방헌법재판소법 제62조-제청 및 제64조-폐지결정) 단순합헌, 전부폐지, 일부폐지, 헌법불합치,<sup>22)</sup> 합헌적 법률해석, 입법촉구<sup>23)</sup> 등 다양한 형태의 판단이 가능하다.<sup>24)</sup> 헌재결정의 장래효로 인하여 규범통제의 계기가 된 구체적인 당해사건에 대한 효력이 없는 것은 문제로 보아 제청자특례(연방헌법 제140조 제7항)도 마련하고 있다.

## (2) 위헌위법명령·규칙심사

위헌위법명령·규칙심사란 명령, 규칙 등 행정입법을 대상으로 그 보다 상위법인 헌법, 법률 및 명령을 기준으로 그 위반여부를 판단하는 것을 말한다. 여기서 행정입법이란 법규명령은 물론 우리의 경우 다수확설이 비법규로 파악하는 행정규칙도 포함된다.<sup>25)</sup> 규범통제대상인 법규명령에는 독립명령과 집행명령이 포함된다. 집행명령은 법률에 근거한 명령(연방헌법 제18조 제2항)을 말하며, 독립명령이란 헌법직접적 명령으로서 법률보충명령(연방헌법 제116조-지방자치단체의 지역경찰명령제정권 및 그 행정형벌권), 법률대위명령(연방헌법 제78c조 제2항-연방경찰본부의 창설과 관할권), 대통령의 긴급명령인 법률변경명령(연방헌법 제18조)을 말한다.<sup>26)</sup> 법률변경명령 및 법률대위명령의 경우에는

22) 법령폐지기간을 재량으로 부여하여 헌법불합치결정을 할 수 있고 이는 18개월 초과할 수 없다(연방헌법 제140조 제5항).

23) VfSlg 14992/1997; 8871/1980.

24) P. Oberndorfer, "Die Rechtsprechung im Rahmen der staatlichen Funktionen", EuGRZ 1988, 199 f.; Andras Jakob, Dogmatik des österreichischen Rechts aus deutschem Blickwinkel, in: Der Staat, Bd. 46, Heft 2, 2007, S. 288; H. Schäffer, aaO., S. 93, RN 79 ff.

25) 이는 법률이 국민의 의사표현이듯이 행정도 국민의 의사에 따른 법치행정이어야 한다는 점에 기인한다. 즉 켈젠의 법단계설에 따라 행정내부의 지시에도 법규성을 인정하여야 민주주의 특히 민주행정에 합치하는 공적 임무수행으로 정당성을 획득한다는 것이다. A. Jakob, aaO., S. 286; R. Walter/ H. Meyer/ G. Kucsko-Stadlmayer, aaO. S. 517 f.

26) 박영도, "법령입안기준개발에 관한 연구(III) - 오스트리아의 법령입안심사기준 -", 연구보고서, 한국법제연구원, 2005, 32면 이하 참조.

법률적 효력이 있으므로 헌법이 심사기준이 되고, 법률보충명령의 경우에는 명령적 효력이 있으므로 구체적인 위헌법률이 주된 심사기준이 된다.<sup>27)</sup> 폐지된 명령은 재판의 전제성이 있는 경우 즉 구체적 규범통제의 경우 심사대상이 된다(연방헌법 제139조 제4항).

제청권자는 추상적 규범통제의 경우 연방정부(주명령), 주정부(연방명령), 지방자치단체(상급지방자치단체의 명령), 인콰움브즈만<sup>28)</sup>(연방 및 주행정기관의 명령), 연방재무장관(지방자치단체의 재정명령)이, 구체적 규범통제의 경우에는 위헌법률심사와 달리 제1심을 포함한 모든 법원, 헌재, 독립행정위원회, 개인이 제청할 수 있다. 제청은 위헌의 의심만으로도 가능하며 당사자의 사망 등으로 당해소송이 종료되더라도 헌재의 법령심사는 계속할 수 있다(연방헌법 제139조 제2항).

심사범위는 원칙적으로 법원이 제청한 범위로 한정되지만, 심사범위를 너무 협소하게 한정할 경우 제청을 각하할 수 있다. 하지만 헌재가 이 경우 직권으로 심사범위를 확장하여 심사를 계속할 수도 있다. 심사범위를 넓게 제청한 경우에는 위헌심사를 할 수 있음에 문제가 되지 않는다. 이는 단어, 구절, 규정의 일부분은 물론 법령의 의미에 합당한 해석(*sinngebende Wendungen*)도 심사대상이 될 수 있음을 말한다.<sup>29)</sup> 심사대상과 불가분의 관계에 있는 경우 관련 법령도 폐지결정될 수 있다. 예컨대, 연방헌법에서는 명령·규칙의 근거법령의 위헌, 형식적 하자로서 권한 없는 기관에 의한 제정과 공포절차의 위법의 경우를 열거하고 있다(제139조 제3항).

명령규칙의 위헌·위법결정(*Erkenntnis*)<sup>30)</sup>의 효력은 선고의 날로부터 효력을 발생하며, 제청한 연방 및 주 행정관청은 명령, 규칙의 폐지공고의무를 부담한다. 이는 폐지된 명령, 규칙의 경우에도 의미에 맞게 적용된다(연방헌법 제139조 제5항). 또한 전술한 위헌법률심판과 마찬가지로 헌재의 위법결정은 모든 법원과 행정관청들을 기속하며, 제청자특례를 제외한 헌재결정 전의 사건에의

27) R. Walter/ H. Meyer/ G. Kucsko-Stadlmayer, aaO. S. 519.

28) 연방헌법 제148e조, 제148i조. 예 VfSlg 13.185.

29) 예, VfSlg 8004, 8155, 8410, 9811; H. P. Rill/ H. Schäffer, Bundesverfassungsrecht Kommentar, Wien, 2001, S. 26, RN 19.

30) 규범통제의 재판으로 형식적 소송판단에 대하여는 결정(*Beschluss*)으로 표시하고 실제적 본안판단에 대하여는 인식(*Erkenntnis*)으로 표시한다. 오스트리아는 제국법원이래로 전통적으로 규범통제의 종국결정에 대하여 인식(*Erkenntnis*)이라는 용어를 사용하였다고 한다. S. 79. 하지만 본고에서는 인식보다는 우리나라의 용례대로 결정(*Entscheidung*)으로 사용하고자 한다.

위헌명령의 적용과 6개월의 기간의 범위내에서 헌법불합치결정을 인정할 수 있다(연방헌법 제139조 제6항).

### (3) 위헌위법조약심사

조약의 위헌위법심사는 조약의 국내법적 효력단계에 따라 법률의 효력을 갖는 조약은 위헌법률심사를, 명령의 효력을 갖는 조약은 위법명령심사를 준용한다. 다만 법률, 명령과 달리 조약은 국제관계에서 상대국의 체면을 손상할 수 있으므로 조약의 위헌, 위법선언에 그칠 뿐 조약자체의 폐지는 불가능하다. 따라서 자기집행력 있는 조약의 국내법적 효력은 위헌위법선언한 날로부터 자동으로 발생하지만, 자기집행력 없는 조약은 유보조항의 효력이 상실됨으로써 국내적 효력이 발생하는 차이가 있다.

### (4) 위법재공포법령심사

위법재공포법령심사란 연방헌법 제49a조와 주헌법에 근거하여 입법의 내용이 아닌 문자, 표현 등 기술적인 오류로 인하여 재공포하게 된 법률 및 명령의 위법성을 심사하는 것을 말한다. 재공포도 법령심사의 일환으로 보아 현재가 최종적으로 심사하여 종전의 법령과 달리 근거 없는 위임입법 또는 위임한계를 일탈한 경우에는 위법결정을 하게 된다. 그 절차와 효과는 전술한 위헌위법명령·규칙심사에 관한 규정을 의미에 맞게 준용한다(연방헌법 제139a조).

## IV. 오스트리아 법령심사제도에서 나타난 헌법재판소와 대법원간 권한분배

### 1. 일반법원과 헌재의 헌법상 지위구분

오스트리아 헌법은 헌법재판소와 행정재판소를 헌법과 행정의 보장기관(제7장D와 C)으로, 일반법원은 민·형사를 담당하는 연방의 집행기관(제3장B)으로

구분하고 있다. 현재의 권한은 헌법상 적극적으로 열거하고 있으나 행정재판소의 권한은 적극 및 소극적으로 열거하는 방식을 취하여 행정처분에 대한 심사권을 부여하고, 현재의 권한에 속하는 것은 관할에서 배제(제133조)하고 있다. 법원의 권한은 연방 법률에서 규정하도록 위임하고 소극적으로 현재의 권한에 속하는 법령심사는 할 수 없도록 규정(제89조 제1항)하고 있다. 재판은 모든 심급에서 행정과 구분하고 있다(제94조). 이와 같이 헌법규정으로는 현재와 행정재판소 및 대법원의 지위를 구분하고 그에 상응하게 권한을 배분하고 있다. 이러한 점을 강조하여 기관간의 상호 독자적 기능을 역설하는 견해<sup>31)</sup>도 있다. 그러나 이는 단견이다. 이하에서 상론하는 바와 같이 헌법규정의 객관적·체계적 해석과 헌법현실을 동시에 고려하면 상호 협력관계 내지 동반자관계로 파악할 수 있기 때문이다.<sup>32)</sup>

## 2. 대법원과 현재의 법령심사권한배분

### (1) 헌법규정분석

헌법규정을 전체적으로 보면 첫째, 법원은 현재의 권한에 해당하는 법령심사권이 전혀 없어(연방헌법 제89조 제1항) 법률, 명령, 규칙 등 당해사건에 적용될 법령의 위헌, 즉 한정폐지의 권한이 없다는 점, 둘째, 사법을 집행의 한 유형으로 보는 점에서 입법과 집행의 2권 분립 또는 의회에서 임명되는 인권 옴브즈만(Volksanwalt)에 행정입법에 대한 위법명령규칙심사청구권을 부여하는 등 한스 쾰젠의 영향 하에 입법부 우위의 3권 분립 원리에 입각한 헌법보장기관을 중요

31) 유남석, “오스트리아의 헌법재판제도 -위헌법률심판을 중심으로-”, 『헌법재판제도의 이해』, 재판자료 제92집, 법원도서관, 2001, 149-188면; 유남석, “이른바 한정결정의 허용성 및 기속력 유무”, 『헌법재판제도의 이해』, 재판자료 제92집, 법원도서관, 2001, 407-491면.

32) 예컨대, 오스트리아의 정부형태를 일부 헌법규정인 직선의 대통령과 그의 수상면직권을 근거로 이원정부제로 보는 견해(성낙인, 헌법학, 법문사, 2009)도 있다. 하지만 헌법현실을 고려하면 오스트리아는 정당국가적 영향이 강하여 수상면직권은 형식적인 것으로 행사될 수밖에 없어 다수당의 지지를 받는 수상중심의 정부운영형식으로서 의원내각제 국가로 보는 것이 타당하다. 동지 VfSlg 3134/1956; 허 경, “오스트리아연방헌법에 관한 고찰”, 『연세행정논총』 제8권 제1호(1981).

하게 여기는 점, 셋째, 행정처분소원과 근래(2008. 7. 1.) 망명재판소의 판결에 대한 헌법소원을 현재의 권한으로 인정하여 행정의 보장도 헌법보장의 범위로 포섭하고 있는 점, 넷째, 제한적이기는 하지만 독일의 법규소원을 모방하여 개인의 규범통제청구권 인정(1975년)하여 일반법원의 법령해석권에 대한 통제를 할 수 있는 것은 대법원과 현재의 권한이 동등한 것으로만 보기 어려운 점이다.

다만 독일, 스페인과 달리 판결소원이 배제되어 있고, 형사판결 및 집행에 대한 기본권소원제도를 대법원의 관할(1992년 기본권소원에 관한 법률로 도입)로 하고, 법령해석에 있어 합헌 및 한정합헌의 결론을 내릴 수 있는 점, 개인의 규범통제에서 보충성을 강조하는 점에서 헌법규정만으로는 법률해석에 관한 한 대법원과 현재권한의 독자성을 존중하고 있는 점으로 볼 수 있다. 따라서 헌법현실을 분석할 필요가 있다.

## (2) 헌법현실

헌법현실면에서 보면 법령심사에 관한 한 현재 및 법원이 협동하여 자국 및 국제기관에 의뢰하여 국민의 기본권보호를 도모하고 있음을 확인할 수 있다.

첫째, 영세중립국으로 주권을 국제사회에 위양한 오스트리아는 국제법과 국내법의 일원주의에 입각한 분산된 중층 헌법을 기준으로 법령의 위헌성을 심사한다. 그러므로 일반법원의 판결에 대해서는 유럽인권협약(EMRK)을 기준으로 심사하는 유럽인권재판소(EGMR)에 제소할 수 있고, 현재는 자국의 소송을 유럽재판소(EuGH)에 먼저 의뢰하는 우선결정절차(Vorabentscheidung)를 이용하기도 한다.<sup>33)</sup>

둘째, 오스트리아를 모방하여 현재를 설치한 이태리, 스페인을 보더라도 구체적인 규범통제의 제청요건으로서 위헌의 확신(Überzeugung)이 아닌 의심(Bedenken)만으로도 족하다. 그리고 오스트리아는 당해소송에서의 당사자의 사망, 소송철회 등으로 소의 이익이 없더라도 법령심사는 계속되는 것으로 하

33) 유럽인권협약 제5조 및 제6조의 공정한 재판청구권침해에 대한 유럽인권재판소의 제소로 재판소원의 효과를 볼 수 있다고 한다. 이에는 공평한 법원구성청구권, 민사 및 형사재판에서의 무기평등권, 심리의 개인적 참여청구권 등을 내포하고 있기 때문이다. 이에 관하여는 Th. Öhlinger, aaO., S. 325 f.(X. 1. 5. 4.) u. 426 f. (2. 29).

고 있다. 이는 독일과 같이 구체적 규범통제는 입법자 보호기능, 추상적 규범통제는 헌법보호기능을 하는 제도로 구분하지 않고 모두 헌법보장기능을 하도록 하는 것이다. 이로써 일반법원에서는 사전적으로 재판의 전제된 법령의 위헌위법성이 조금이라도 있는 경우에는 제청을 통해 헌재결정에 나타난 헌법해석을 고려한 합헌 법령을 적용하여 정당한 재판을 하게 된다. 즉 헌재는 ‘살아있는 법’으로서 대법원의 확립된 판결을 고려하여 위헌 제청된 법령의 위헌여부를 심사하고 제청법원은 헌재의 법적 견해(Rechtsanschauung)에 기속<sup>34)</sup>되므로 이를 수용한다.

셋째, 법령심사를 헌재에 집중하고 위헌의심만으로도 제청의무를 지는 방법으로 재판소원의 흠결로 초래될 수 있는 기본권침해를 일정 수준은 예방할 수 있다. 그럼에도 불구하고 보다 철저한 기본권보호를 위하여 형사재판에서 나타날 수 있는 기본권침해에 대하여는 대법원에서의 소원제도(Grundrechtsbeschwerde)를 마련하고 있고, 행정재판에서의 기본권침해에 대하여는 헌재에서의 처분소원제도(Sonderverwaltungsgerichtsbarkeit)를 통해 구제할 수 있다. 다만 민사재판에서의 기본권침해에 대하여는 별도의 구제수단을 마련하지 않은 것은 기본권을 주관적 공권으로 보는 법실증주의의 영향, 평등한 사인간의 법률관계에서 나타나는 기본권침해는 사법상 일반조항을 매개로 구제할 수 있는 점, 유럽통합영향 하에 기본권의 국제화경향상 유럽연합기본권헌장에서 기본적 자유(Grundfreiheit)로서 기본권의 제3자적 효력을 인정하고 있는 점 등을 근거로 하고 있다.

넷째, 의회에서 임명되는 인권 옴브즈만(Volksanwalt)의 추상적인 위법명령 심사청구는 행정기관에 의한 기본권침해를 예방할 뿐만 아니라 법원에서 합헌적 행정입법의 적용을 보장하는 기능을 하고 있다. 이는 효력상 법률보다 열위에 있지만 구체적 사건에 임하는 법원의 법해석적용에서는 우위에 있는 행정입법의 기능을 고려한 헌재의 효과적인 헌법보호수단이기 때문이다.

### (3) 소결

살펴본 바와 같이 오스트리아 법령심사에서 나타난 대법원과 헌재는 상호 독

34) 연방헌법 제89조 제5항, 헌재법 제60조 제1항.

자적 기능을 존중하면서도 동반자관계에서 합헌적 법질서를 확립하여 사전적으로 권한충돌을 예방하고 국민의 기본권보호목적도 달성하는 지혜를 발휘하고 있다.<sup>35)</sup>

## V. 결 론

우리의 경우 오스트리아와 유사하게 대법원과 현재의 헌법상 지위도 구분되고, 재판소원제도가 없어 법령해석에 관한 대법원의 권한을 존중한다는 점, 개인의 법령심사청구도 허용된다는 점이 발견된다. 하지만 서론에서 제시한 바와 같이 오스트리아와 달리 불완전한 법령심사제도와 심사권의 제도적 분할, 합헌적 법률해석권 등을 둘러싼 대법원과 현재의 갈등양상으로 인해 기본권보호의 사각지대가 나타나고 있다. 따라서 법령심사에 관한 대법원과 현재의 권한분배를 기관중심이 아닌 기본권보호를 목적으로 상호 협력하는 관계로 재정립할 필요가 있다. 이러한 점에서 다음과 같은 제안을 해 보고자 한다.

첫째, 독자적인 헌법재판소가 설치된 유럽 국가들과 달리 추상적 규범통제제도가 없는 것을 우리는 구체적 규범통제의 절차운용을 통하여 보완하여야 한다. 독일을 제외하고 오스트리아 헌재를 모방한 스페인, 이태리의 구체적 규범통제도 헌법(기본권)보호기능을 하도록 재판의 전제성 요건을 완화하여 해석하고 있다. 이는 권한충돌을 사전적으로 예방하는 방법이기도 하다. 따라서 법원은 구체적 적용법령에 대한 위헌의 의심만으로도 제정의무를 이행해야 한다. 그렇지 않으면 소송당사자의 제청신청에 대한 법원의 기각결정으로 소원청구(헌바사건)를 하여 법령심사가 개시되는 것을 막을 수 없고<sup>36)</sup> 이로써 대법원판

35) 이는 국가와 주권을 입법에서 유래한다고 보는 한스 켈젠의 영향이기도 하다. 장영철, "오스트리아 헌법재판제도와 시사점", 『공법학연구』, 제10권 제1호(2009. 2), 225면 참조.

36) 이러한 점에서 오스트리아와 같이 우리도 개인의 법령소원의 보충성을 강조하는 것은 문제가 있다. 이에 관한 논문으로는 김우수, "개인의 위헌심판청구(Individualantrag) 및 이와 관련된 보충성 요건", 『헌법논총』, 제17집, 2006, 97-165면. 보충성 원칙이란 권리구제의 효율성을 강조하는 것으로 다른 권리구제수단의 유무가 중요한 것으로 이미 위헌청구를 기각한 법원에서의 권리구제는 기대할 수 없기 때문이다. 오스트리아는 위헌제청을 적극적으로 할 뿐만 아니라, 공법에 대한 구제는 처분소원, 망명재판소판결에 대한 소원을 헌재에 청구할 수 있고, 형사판결에 대한 소원이 제도적으로 가능하다. 다만 기본권의 양면성을 부인하는 입장에서 민사판결에 대한 소원은 국내적으로 허용되지 않지만 유럽인권협약, 유럽기본권헌장 등에 의한 유럽재판소,

결과 상반된 한정결정이 선고되면 권한충돌은 불가피해 지기 때문이다.

둘째, 헌법과 법률에 기속되는 법관의 의무를 고려하여 대법원은 합헌적 법률해석을 법률해석으로 보아 일반법원의 권한이라는 주장을 계속하는 것은 지양해야 한다. 독일이나 오스트리아의 일부 제한적인 사례를 들어 합헌적 법률해석은 구체적 사건을 지휘하는 것이므로 현재의 권한이 아니라는 것<sup>37)</sup>도 법령심사의 폐지를 주장하는 것이나 다름없다.<sup>38)</sup> 헌법의 우위가 확립된 헌법국가에서 합헌적 법률해석은 대법원은 물론 현재, 행정기관, 자치단체 등 모든 국가기관이 할 수 있다. 합헌적 법률해석에서 헌법은 해석기준인 동시에 통제기준이 되기 때문이다. 대법원은 오히려 위헌결정권이 없어 제한적인 합헌적 법률해석을 할 수 있을 뿐이다. 즉 헌법해석에 있어서 법률보충해석은 가능하나 법률변경해석 및 법률대위해석은 법률해석의 한계를 넘는 헌법해석으로 보아야 하기 때문이다. 그러나 그 구분의 기준이 분명하지 않아 신속한 권리구제의 필요로 (지방·고등법원을 포함하여) 대법원은 법률보충해석으로 간주하여 입법의 공백을 메우는 경향<sup>39)</sup>이 나타나고 있다. 이로써 일반법원에서의 빈번한 헌법해석으로 심급간의 헌법해석의 불안정성이 나타날 수 있고, 그로 인한 헌법의 권위상실과 입법의 태만을 초래할 수 있으므로 자제하는 것이 바람직하다. 따라서 예컨대, 대법원이 종래에 헌법을 기준으로 법률해석을 시도한 판결이 없는 경우에는 소송당사자의 신청 또는 직권으로 현재에 위헌제청을 하여 현재의 판단을 기다려 재판하는 것이 타당하다. 이는 사실심, 법률심, 헌법심으로 구분되는 법원, 대법원, 현재의 지위를 전문기능중심으로 구분한 것에도 부합하

유럽인권재판소의 결정을 예의주시하여 국내로 수용하는 법원의 태도로 보충할 수 있다.

- 37) 유남석, “오스트리아의 헌법재판제도 -위헌법률심판을 중심으로-”, 『헌법재판제도의 이해』, 재판자료 제92집, 법원도서관, 2001, 149-188면.
- 38) H. Schäffer도 오스트리아 현재는 폐지결과와 합헌결정으로 주문을 다른 국가기관과의 권한분배를 중시하는 오스트리아 헌법의 특성에 따라 현재의 결정방법은 소극적 입법자의 기능에 한정할 것을 요청하고 있다. 그러나 재판관에게 허용되는 합헌적 법률해석과 법관법형성의 한계를 정확히 설정할 수 없는 것이 문제라고 지적하고 현재의 합헌적 법률해석이 일반법원의 그것과 상충할 때 사법권독립에 의하여 현재의 결정을 따르지 않을 경우 판결의 모순저축은 피할 수 없는 것이라 하고 있다. aaO., S. 90. RN 79.
- 39) 예컨대, 최근의 김모할머니 연명치료중단사건은 대법원판결(2009. 5. 21. 선고 2009다17417)이후에도 202일이나 제1심판결(2008. 11. 28. 선고 2008가합6977)이후에는 무려 374일이나 더 생존하였다. 추정적 의사에 의한 법률보충해석으로 의제하여 권리를 구제할 급박성 내지 필요성이 있었다고 보기도 어렵다.

는 것이다. 이 경우 신속한 헌재결정이 요구되지만 제청법원에서 소송당사자의 권리구제가 급박하다고 판단한 경우에는 가구제를 활용하는 방안을 고려하면 된다(헌재법 제42조 제2항 단서).

셋째, 헌재는 구체적 사건에서의 당사자의 권리구제를 목적으로 하는 대법원과 달리 독립된 법령심사기관으로 합헌적 법질서 확립으로 기본권보호를 도모해야 한다. 헌재는 근래 태아의 생명권주체성을 인정하는 다수학설과 상반되는 정지조건설을 고수해 온 대법원판결에 대한 헌법소원(2004헌마81)<sup>40)</sup>을 기각하는가 하면 연명치료중단에 관한 자기결정권을 인정(2008헌마385)하면서도 대법원판결을 고려하여 기본권보호의무에 근거한 입법촉구의견도 제시하지 않는 소극적 자세를 견지하고 있다. 합헌적 법질서확립을 위한 위헌법률심사는 헌재의 권한이다. 대법원은 다만 합헌적 법률해석의 하나로서 법률보충해석을 하는 기관에 불과하다. 합헌적 법률해석의 한계를 넘어 기본권침해가능성을 인정하면서도 입법부작위의 위헌을 선언하는 적극적인 헌법보호의지가 요구된다. 합헌적 법질서확립에 의한 헌법국가의 실현은 모든 국가기관이 자발적 노력 없이는 불가능한 것이다.

마지막으로 행정국가지대에 행정기관에 의한 빈번한 기본권침해위험을 예방하기 위하여 (독일과 같은) 행정입법에 대한 추상적 규범통제의 도입과 (오스트리아와 같은) 국회에서 임명되는 인권옴브즈만제도를 신설하여 대법원과 헌재의 위헌위법명령규칙심사를 둘러싼 권한충돌을 예방할 필요도 있다. 시행령, 시행규칙 등 각종 행정입법에 의한 기본권침해사례를 줄이면서 법원과 헌재의 업무부담이 증대하는 원인도 동시에 제거할 수 있기 때문이다.

[논문투고일 : 2010. 5. 13, 논문심사일 : 2010. 6. 8, 게재확정일 : 2010. 6. 17]

▶ **주제어** 오스트리아, 법령심사제, 헌법재판소, 대법원, 권한분배

40) 이 결정에 대한 평식으로 장영철, “태아의 생명권에 대한 국가의 보호의무-헌재 2008. 7. 31. 2004헌마81결정에 대한 평석”, 『공법학연구』, 제10권 제2호(2009. 5), 129면 이하.

## ■ 참고문헌

### [국내문헌]

- 김우수, “개인의 위헌심판청구(Individualantrag) 및 이와 관련된 보충성 요건”, 『헌법논총』, 제17집, 2006, 97-165면.
- 김철수, 『학설판례 헌법학(상)』, 박영사, 2010.
- 박영도, “오스트리아의 문화예술진흥법”, 연구보고서, 한국법제연구원, 2005.
- \_\_\_\_\_, “법령입안기준개발에 관한 연구(Ⅲ) - 오스트리아의 법령입안심사기준 -”, 연구보고서, 한국법제연구원, 2005.
- 법원도서관, 『헌법재판제도의 이해』, 2002.
- 안대회, “헌법재판소법 제정 거론사항”, 『헌법재판제도』, 법무자료 제95집, 법무부, 1988.
- 오세혁, “오스트리아의 위헌법률심사제도”, 『인권과 정의』(1998. 4.), 32-47면.
- 유남석, “오스트리아의 헌법재판제도 -위헌법률심판을 중심으로-”, 『헌법재판제도의 이해』, 재판자료 제92집, 법원도서관, 2001, 149-188면.
- \_\_\_\_\_, “이른바 한정결정의 허용성 및 기속력 유무”, 『헌법재판제도의 이해』, 재판자료 제92집, 법원도서관, 2001, 407-491면.
- 장영수, “오스트리아의 헌법재판과 변형결정 - 합헌적 법률해석 및 이에 기초한 한정위헌(합헌)결정을 중심으로-“ 『판례실무연구Ⅳ』, 비교법실무연구회, 2000, 40-60면.
- 장영철, “행정입법에 대한 추상적 규범통제제도의 도입에 관한 연구”, 『공법연구』, 제37집 제1호(2008. 10.), 155-180면.
- \_\_\_\_\_, “이탈리아 헌법상의 규범통제제도”, 『판례실무연구Ⅳ』, 비교법실무연구회, 2000, 22-39면.
- \_\_\_\_\_, 『헌법소원에 관한 연구』, 석사학위논문(연세대), 1987.
- 정강찬, “기본권구제수단으로서의 법령소원에 있어서 보충성원칙의 재검토”, 『헌법학연구』 제13권 제4호(2007. 12.), 한국헌법학회, 91-125면.
- 정종섭, “주요국가 헌법재판제도에 대한 비교적 연구”, 『헌법재판연구』, 제2권, 헌법재판소, 1991, 9-110면.

허 경, “오스트리아연방헌법에 관한 고찰”, 『연세행정논총』 제8권 제1호 (1981), 293-303면.

허 영, 『한국헌법론』, 박영사, 2010.

\_\_\_\_\_, 『헌법소송법론』, 박영사, 2010.

헌법재판소, 『헌법재판실무제요』, 제1개정판, 2003.

[국외문헌]

L. K. Adamovich/ B.-Ch. Funk/ G. Holzinger, Österreichisches Bundesstaatsrecht, Bd. 2, Springer Wien, New York, 1998.

Braunder, Österreichische Verfassungsgeschichte, 10. Aufl. 2005, Wien.

P. Häberle, "Funktion und Bedeutung der Verfassungsgerichte in vergleichender Perspektive", EuGRZ 2005, S. 685 ff.

M. Hiesel, Verfassungsgesetzgeber und Verfassungsgerichtshof, Wien 1995.

Andras Jakob, Dogmatik des österreichischen Rechts aus deutschem Blickwinkel, in: Der Staat, Bd. 46, Heft 2, 2007, S. 268 ff.

K. Korinek, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich, in: Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa (Hrsg. Ch. Starck), Baden-Baden 1986, S. 149 ff.

H. Mayer, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht, 2. Aufl. Wien, 1997.

R. Walter/H. Mayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 7. Aufl. Wien, 1992.

R. Walter/ H. Meyer/ G. Kucsko-Stadlmayer, 『Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts』, 10. Aufl., Wien 2007.

P. Oberndorfer, "Die Rechtsprechung im Rahmen der staatlichen Funktionen", EuGRZ 1988, 193 ff.

Th. Öhlinger, Verfassungsrecht, 6. Aufl. Wien, 2005.

P. Pernthaler, Österreichisches Bundesstaatsrecht, 2004.

H. P. Rill/ H. Schäffer, Bundesverfassungsrecht Kommentar, Wien, 2001.

- E.-Ch. Schöpfer, "Volksanwaltschaft in Österreich/ Schwerpunkte Grund- und Menschenrechte aus den Jahresberichten 2001 bis 2003", EuGRZ 2005, S. 108 ff.
- Ch. Starck, "Die verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich", Verfassungsgerichtsbarkeit in West Europa, Baden-Baden, S. 149 ff.
- M. Stelzer, "Stand und Perspektiven des Grundrechtsschutzes", in: Festschrift aus Anlaß des 75. Jahrestages der Beschlussfassung über das Bundes-Verfassungsgesetz(hrsg. v. Österreichischen Parlamentarischen Gesellschaft), S. 585 ff.
- J. Wiktor, "Vom Wesen und Wert der Demokratie" von Hans Kelsen aus heutiger Sicht, in: Der Staat, Bd. 47, 2008, S. 108 ff.



## Zusammenfassung

Die Normenprüfung nach dem österreichischen Bundes-Verfassungsgesetz

Young-Chul Chang

(Prof. Dr. Universität Seoul Law School)

Die Normenprüfung findet im österreichischen Bundes-Verfassungsgesetz(B-VG) in vier Artikeln ihren Niederschlag. Die Prüfung von Gesetzen wird in Art. 140 B-VG geregelt, Staatsverträge in Art. 140a, Verordnungen in Art. 139, Wiederverlautbarungen in Art. 139a. Dazu noch zentralisiert B-VG die Normenprüfung beim Verfassungsgerichtshof(VfGH), der nicht im Zusammenhang mit der rechtsprechenden Gewalt, sondern in einem eigenen Kapitel VII, geregelt.

Der Oberste Gerichtshof(OGH) ist der oberste Instanz in Zivil- und Strafsachen und damit das oberste Organ der ordentlichen Gerichtsbarkeit. Demnach ist es verfassungsrechtlich unzulässig, in Zivil- und Strafsachen oberhalb des OGH ein weitere Instanz einzurichten. Also kennt B-VG die Verfassungsbeschwerde gegen Urteil nicht.

In dieser Situation sind einige Juristen der Meinung, dass der OGH als unabhängiges Verfassungsorgan Gesetzesauslegungsmonopol besitzt. Von daher gestalten VfGH keine Entscheidungsvariante anhand verfassungskonformer Gesetzesauslegung.

Jedoch ist m. E. diese Ansichten falsch. Um das 'Kooperationsverhältnis' zwischen dem VfGH und OGH bei der verfassungskonformen Gesetzesauslegung zu beweisen, befasst sich dieser Aufsatz mit der österreichischen Normenprüfung anhand der Analyse des B-VG, des Verfassungsgerichtshofgesetzes und der Verfassungswirklichkeit.



Key words

Österreich, Normenprüfung, Verfassungsgerichtshof,  
der Oberste Gerichtshof, Kompetenzverteilung.