

독일·오스트리아의 공법상 쟁송에서의 위헌·위법 통제* **

최 계 영

서울대학교 법과대학·법학전문대학원 교수

< 목 차 >

- I. 서론
- II. 독일 공법상 쟁송에서의 위헌·위법 통제
- III. 오스트리아 공법상 쟁송에서의 위헌·위법 통제
- IV. 결론 - 우리나라에의 시사점

I. 서론

우리나라는 공법상 쟁송에 관한 재판권이 헌법재판소(헌법재판권)와 대법원을 정점으로 하는 각급 법원(행정재판권)에 나뉘어 있고, 양자 사이의 관계는 끊임없는 논란의 대상이 되고 있다. 구체적으로 살펴보면 다음과 같다. 규범적 차원에서 보면, 헌법소원의 보충성 원칙과 재판소원 금지로 인해 행정작용의 통제는 법원과 헌법재판소에 양분되어 있다. 즉, 행정소송의 대상이 되는 처분은 대법원을 정점으로 하는 법원에서 통제하게 되고, 처분이 아니어서 행정소송의 대상이 되지 않는 행정작용은 헌법재판소에서 통제한다. 상호배타적으로 통제가 이루어지게 되는 것이다.

그러나 현실을 들여다보면, 법원과 헌법재판소가 각각 심사권의 범위를 넓혀 가

* 투고일 : 2011.06.08, 심사완료일 : 2011.06.21, 게재확정일 : 2011.06.24

** 이 논문은 2010년 대법원 연구용역 “대법원과 헌법재판소 사이의 이상적인 관계설정 방안-재판소원제도를 중심으로-” 중 필자가 작성한 부분에 기초한 것이다. 함께 연구용역을 수행하며 귀중한 조언을 해 주신 광운대 이상경 교수님, 영남대 이부하 교수님, 영산대 박규환 교수님, 고려대 유병현 교수님께 감사드린다.

면서 관할이 경합하여 법원과 헌법재판소에서 모두 심사받을 수 있는 행정작용이 점점 증가하고 있다. 행정입법의 경우 처분적 행정입법에 대한 항고소송과 기본권 침해의 직접성이 인정되는 행정입법에 대한 헌법소원이 경합하고 있을 뿐만 아니라, 법원의 부수적 규범통제와 행정입법에 대한 헌법소원이 충돌하게 될 가능성까지 발생하고 있다.¹⁾ 또한, 권력적 사실행위의 통제에 있어서도, 헌법재판소는 그동안 권력성을 넓게 이해하여 행정지도의 외형을 가지고 있더라도 사실상 강제를 받게 되면 헌법소원의 대상이 될 수 있으며, 법원에서는 권고 내지 지도행위라 하여 항고소송의 대상이 되지 않는 것으로 인정될 여지가 많아 보충성의 원칙이 적용되지 않는다는 입장을 취해 왔었다.²⁾ 그런데 최근 대법원에서도 법령상 강제되지 않는다고 하더라도 행정청의 지시를 이행하는 것이 사실상 강제되어 있으면 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라는 판결이 등장하였다.³⁾ 보충성에 관한 헌법재판소의 판단이 바뀌지 아니하면 이 영역에서도 심사권한의 경합과 충돌은 불가피하다.⁴⁾

우리나라와 같이 헌법재판권을 일반법원과 분리된 독립된 헌법재판소에 맡기는 체계는, 1920년 오스트리아에서 처음 시작되었고,⁵⁾ 1945년 이후 독일도 이를 채택하였다. 두 나라에서의 오랜 경험은 현재 우리나라의 헌법재판소와 대법원의 관계

-
- 1) 예컨대, 사법시험법 시행규칙에 대한 헌법소원(헌법재판소 2008.10.30. 선고 2007헌마1281 결정)의 경우가 그러하다. 이 사건에서는 불합격처분의 전제가 된 시행규칙에 대해 직접성의 예외를 인정하여 헌법소원의 대상이 된다고 판단하였다. 소수의견은 헌법 제107조 제2항의 취지에 비추어 집행행위가 전형적인 행정행위로서 일반법원의 소를 제기할 방법이 충분히 열려 있다면 직접성의 예외를 인정해서는 안된다고 판시하였다.
 - 2) 대표적인 예로 학칙시정요구에 대한 헌법소원(헌법재판소 2003.6.26. 2002헌마337, 2003헌마7·8 결정) 참조.
 - 3) 감사결과처리지시에 대한 취소소송(대법원 2008.9.11. 선고 2006두18362 판결) 참조.
 - 4) 지목변경신청 반려행위의 경우에는 대법원이 그 처분성을 인정하지 않고 있었던 시기에는 보충성 요건에 반하지 않는다고 하였으나(헌법재판소 1999.6.24. 선고 97헌마315 결정; 2001.1.18. 선고 99헌마703 결정), 대법원이 판례를 변경하여 처분성을 공정한 이후에는(대법원 2004.4.22. 선고 2003두9015 판결) 보충성 요건에 반한다는 이유로 헌법소원 청구를 각하하였다(헌법재판소 2005.9.13. 선고 2005헌마829 결정). 이와 같이 대법원에서 처분성을 인정한 특정한 행정작용에 대해서는 보충성에 관한 판단이 바뀔 가능성이 높을 것이나, '사실상 강제가 수반되는 규제적 행정지도'와 같은 일반적인 범주의 행정작용 전체에 대해 보충성 판단이 바뀔 가능성은 그다지 높지 않을 것으로 보인다.
 - 5) 우리나라에서의 헌법재판소에 의한 행정작용의 통제에 관해서는 최계영, "헌법소원에 의한 행정작용의 통제 - 기능과 한계 -", 공법연구 제37집 제2호, 2008.12. 참조.
 - 6) 체코슬로바키아에 헌법재판소가 먼저 설립되었지만 실질적인 의미는 없었다고 한다. Machacek(Hrsg.), Verfahren vor dem VfGH und VwGH, 6. Aufl, Manz, 2008, S.11.

를 바라보는 데 있어서도 많은 시사점을 던져 줄 수 있을 것이라고 생각된다. 이 글에서는 특히 심사대상(행정입법과 같은 일반적 행정작용인지, 처분과 같은 개별적 행정작용인지)과 심사척도(헌법위반을 다투는지, 법률위반을 다투는지)를 기준으로 하여 비교법적 연구를 수행하고자 한다. 독일(Ⅱ.)과 오스트리아(Ⅲ.)의 제도를 차례로 살펴본 후, 우리나라에의 시사점을 검토할 것이다.

Ⅱ. 독일 공법상 쟁송에서의 위헌·위법 통제

1. 법원의 체계와 관할

독일 기본법은 사법부를 5개의 재판권으로 나누어 규정하고 있다. 민·형사재판을 담당하는 통상재판권(ordentliche Gerichtsbarkeit), 행정재판권, 노동재판권, 사회재판권, 재정재판권이 그것이다. 각 재판권에는 최고법원으로 연방통상법원(BGH), 연방행정법원, 연방노동법원, 연방사회법원, 연방재정법원이 설치되어 있으며, 그 아래에 하급심 법원이 설치되어 있는데, 재판권에 따라 조금씩 다르지만 대체로 3심의 구조이다. 그리고 이러한 5개의 재판권의 상위에 연방헌법재판소를 설치하여 헌법재판권을 맡기고 있다. 그러므로 공법상 쟁송에 대한 판단은 연방행정법원을 정점으로 하는 각급의 행정법원과 연방헌법재판소가 담당하게 된다.⁷⁾ 이하에서는 행정법원에 의한 통제와 연방헌법재판소에 의한 통제로 나누어 차례로 살펴보도록 하겠다.



7) 사회재판권과 재정재판권도 실질적으로는 공법재판권에 속하나, 이 논문에서는 논의의 편의상 행정법원과 헌법재판소만을 대상으로 삼기로 한다.

2. 행정법원에 의한 통제

1) 모든 행정작용에 대한 행정법원의 통제

독일 행정법원법(VwGO)은 행정행위, 사실행위, 행정입법 등 행정작용의 유형에 대응하여 소송유형을 구별하여 마련하고 있다. 행정행위에 대해서는 행정법원법에서 명시적으로 취소소송과 의무이행소송을 규정하고 있다(행정법원법 제42조 제1항). 사실행위에 대해서는 행정법원법에 명시적인 규정은 없지만 금지소송과 일반이행소송이 인정된다.⁸⁾ 그리고 그 밖의 다툼이 있는 법률관계의 존재 또는 부존재의 확인에 대해서는 행정법원법상 확인소송이 가능하다(행정법원법 제43조).⁹⁾ 그러므로 위와 같은 행정작용에 대한 위헌·위법 통제는 일차적으로 행정법원에 맡겨져 있고, 뒤에서 보게 될 바와 같이 이차적으로 다시 헌법소원을 통해 제한적인 범위에서 위헌성 통제가 이루어진다.

8) 확인소송의 보충성을 규정하고 있는 행정법원법 제43조 제2항은 “형성소송 또는 이행소송에 의해 권리를 실현시킬 수 있거나 실현시킬 수 있었던 경우”라고 규정하고 있고, 그 밖의 다른 규정에서도 금지소송과 일반이행소송을 전제로 삼고 있으므로, 금지소송과 일반이행소송이 허용된다는 것은 자명한 것이라고 한다. Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 6.Aufl., 2005, S. 310.

9) 독일의 제도에 관한 일반적인 설명은, Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 6.Aufl., 2005; Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 13.Aufl., 2003; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15.Aufl., 2004를 참조한 것이다.

	작위 (방어소송, Abwehrklage)	거부 또는 부작위 (이행소송, Leistungsklage)
행정행위	취소소송Anfechtungsklage (행정법원법 제42조 제1항 전단)	의무이행소송Verpflichtungsklage (행정법원법 제42조 제1항 후단)
사실행위	금지소송Unterlassungsklage (해석상)	일반이행소송 allgemeine Leistungsklage (해석상)
행정입법	규범통제절차 Normenkontrollverfahren (행정법원법 제47조)	규범제정소송 Normenerlaßklage : 확인소송
	그 밖의 행정입법 : 확인소송	
다툼이 있는 법률관계	확인소송Feststellungsklage (행정법원법 제43조)	확인소송 (행정법원법 제43조)

행정입법에 대해서는 보다 세밀한 검토가 필요하다. 행정법원법에서 명시적으로 규정하고 있는 행정입법의 통제 장치로는 규범통제절차가 있으나, ① 재판의 전제가 되지 아니하는 경우에 대한 주위적 규범통제 제도이고, ② 대상이 한정되어 있으며, ③ 행정입법의 부작위는 규율대상이 아니다. 그러므로 규범통제절차에 의하여 위헌·위법 통제가 이루어질 수 없는 다음과 같은 경우, 즉 ① 행정입법의 위헌·위법 여부가 재판의 전제가 된 경우의 부수적 규범통제, ② 규범통제절차의 대상이 되지 아니하는 행정입법에 대한 통제, ③ 행정입법 부작위에 대한 통제를 살펴볼 필요가 있다. 특히, 이에 관한 논의에서는 행정입법에 대한 규범통제를 헌법재판소가 담당해야 하는지 아니면 행정법원이 담당해야 하는지에 관한 논의가 전개될 것이다.

2) 행정입법의 위헌·위법 통제

(1) 재판의 전제가 된 경우 - 부수적 규범통제

법률의 경우에는, 재판의 전제가 되는 법률이 위헌이라고 판단되면, 법원은 스스로 위헌성을 판단하여 적용을 배제할 수는 없고, 헌법재판소에 위헌 여부에 대한 판단을 제청해야 한다(기본법 제100조 제1항). 즉, 법률이 위헌임을 이유로 적용을 거부할 수 있는 권한은 헌법재판소만이 독점하고 있고, 행정법원을 포함한 일반법원은 위헌법률심사를 헌법재판소에 제청할 권한만을 갖는다.

그런데 법규명령(Rechtsverordnung), 자치법규(Satzung) 등 행정입법에 대해서도 위와 같이 헌법재판소의 판단을 거쳐야 하는지가 헌법재판소 설립 초기에 논란이 되었다. 법원의 제청의무를 정하고 있는 기본법 제100조 제1항은 법률(Gesetz)로 적용 대상을 한정하고 있지만, 여기에서의 법률은 의회가 제정한 형식적 의미의 법률에 한정되지 않고, 법률 하위의 규범을 포함한 실질적 의미의 법률을 의미한다고 보아야 한다는 견해가 주장된 것이다. 이 입장은 법적 명확성을 위해서는 행정입법도 연방헌법재판소에 심사권한을 독점시켜야 한다고 한다.¹⁰⁾ 그리고 행정입법이 전체 법규 중에 차지하는 비중이 크고 실질적인 내용을 담고 있으므로, 심사권한을 연방헌법재판소에 집중시키지 않으면 법률의 심사를 연방헌법재판소에 독점시킨 취지도 퇴색하게 된다는 논거도 제시된다.¹¹⁾

그러나 연방헌법재판소는 초기부터 일관되게, 행정입법은 기본법 제100조 제1항의 제청의무의 대상이 아니라고 하고 있다. 이는 기본적으로는 위 조항의 문언에 근거한 것이다.¹²⁾ 그리고 위 관례에 따라 수십 년 동안 운용되어 온 실제 경험에 비추어 볼 때에도, 행정입법을 연방헌법재판소의 폐지독점에서 배제한 것으로 인해, 법적 안정성이나 법적 통일성이 훼손되었거나 법관에 따라 서로 다른 결론을 내릴 위험이 있다고 볼 수는 없다고 한다.¹³⁾ 그러므로 법률에 대해서는 연방헌법재판소가 폐지권한을 독점하지만(집중형), 행정입법에 대해서는 각급 법원이 독

10) Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik, Neudruck der 20. Aufl, 1999. Rn.686. 이 견해는 추상적 규범통제(연방헌법재판소법 제93조 제1항 제1호)는 규범의 종류에 상관없이 모든 규범을 대상으로 하고 있다는 점도 근거로 들고 있다.

11) Rädcl; Stern, in: BK, Art. 100 Rdnr. 60에서 재인용.

12) BVerfGE 1, 184 (189 ff.); 17, 208 (210).

13) Sigloch; Stern, in: BK, Art. 100 Rdnr. 60에서 재인용.

자적으로 위헌·위법 여부를 심사하여 적용을 배제한다(분산형). 다만, 행정입법에 있어서도 상소와 (뒤에서 볼) 재판소원을 통해 규범통제의 통일성은 어느 정도 확보될 수 있을 것이다.

(2) 재판의 전제가 되지 아니한 경우 - 주위적 규범통제

재판의 전제가 되지 아니한 경우에도, 집행행위가 예정되어 있지 아니하거나 직접 권리·의무를 변동시키는 등 일정한 상황에서는 행정입법의 위헌·위법 여부를 바로 다룰 수 있다. 행정법원법에서는 규범통제절차만을 규정하고 있으나, 연방헌법재판소와 연방행정법원은 판례를 통해 그 밖의 행정입법이나 행정입법의 부작위를 직접 다룰 수 있도록 하였다.

a. 규범통제절차(Normenkontrollverfahren)

aa. 개관

행정법원법 제47조는 [규범통제에 있어 고등행정법원의 관할]이라는 표제 하에, 제1항에서 고등행정법원은 그 재판권의 범위 내에서 신청에 따라 각 호에 열거된 법규명령, 조례 등의 효력을 판단한다고 규정하고 있다. 이는 확인소송의 특수한 형태로서 신청인의 규범통제신청이 이유 있는 경우 법원은 행정입법이 무효임을 확인하는 판결을 하게 된다. 이 판결은 당사자 사이에서만 효력을 미치는 것이 아니라, 전체 법공동체 내에서 대세적(inter omnes) 효력을 갖는다.¹⁴⁾

bb. 성격

이와 같은 규범통제절차가 본래 행정재판권(Verwaltungsrechtsweg)에 속하는 것인지는 논란이 있다. 행정법원법 제40조 제1항 1문은 행정재판권에 속하기 위해서는 ① 공법상의 분쟁이어야 하고, ② 헌법적 성격을 갖지 않아야 한다고 규정한다. 이 중에서 두 번째 요건, 즉 규범통제절차가 헌법적 성격을 갖는지에 대하여 다툼이 있는 것이다. 규범통제절차는 행정법원법 제47조에서 명시적으로 규정하고 있으므로, 규범통제절차의 대상이 되는 행정입법을 행정소송을 다룰 수 있다는 점에는 異論이 없으나, 이를 원래 행정재판권에 속하는 사항으로 보는지에 따라,

14) BVerwGE 56, 172, 174.

다른 행정입법을 어느 법원에서 다투어야 하는지에 관한 입장이 달라지게 되는 것이다. 보통의 행정작용에 대한 재판통제와 다를 바 없으므로 헌법적 분쟁이 아니라는 입장에서는 행정법원법 제47조의 규범통제는 본래 행정재판권에 속하는 것이다.¹⁵⁾ 반면 헌법적 분쟁이라는 입장에서는 규범통제는 본래 행정재판권에 속하지 않는 것이나 행정법원법 제47조에 의해 같은 법 제40조의 행정재판권이 확장된 것으로 본다.¹⁶⁾ 통설은 ① 직접 헌법적 삶(Verfassungsleben)에 참여하는 법적 주체 사이에서, ② 헌법에서 직접 그리고 배타적으로 규율하는 권리와 의무에 관한 분쟁이어야 헌법적 분쟁이라고 한다. 즉, 분쟁의 주체와 대상이 모두 헌법의 영역에 속해야만 헌법적 분쟁에 해당한다(이른바 이중의 헌법직접성). 예컨대 최상급의 연방기관 사이의 또는 연방과 州 사이의 기본법에서 유래한 권리와 의무에 관한 분쟁이 여기에 해당한다. 이에 따르면 행정입법에 대한 통제는 헌법적 분쟁이 아니다. 이에 대한 반대견해는 분쟁이 (헌법에 근거하든 법률에 근거하든 상관없이) 오로지 헌법재판소에 유보되어 있으면 헌법적 분쟁이라고 한다.¹⁷⁾ 이에 따르면 행정입법에 대한 규범통제도 헌법적 분쟁이라고 한다.

cc. 대상

규범통제절차의 대상은 행정법원법 제47조 제1항 각 호에서 열거된 아래의 행정입법에 한정된다.

- 연방건설법전(BauGB)에 의거하여 제정된 조례 또는 연방건설법전 제246조 제2항에 의거한 법규명령(제1호)

- 州法이 규정하는 한도에서, 州法律 하위에 있는 법규정(Rechtsvorschrift)(제2호)
제2호에 따라 규범통제의 대상이 되려면 i) 외부효를 갖는 일반적·추상적 규율이어야 하고, ii) 州法律의 하위에 있어야 하며, iii) 州法이 고등행정법원에 의한 심사를 규정하고 있어야 한다. 제2호에 따른 규범통제절차는 대부분의 州에서 도입되었다. 그러나 Berlin, Hamburg, Nordrhein-Westfalen에서는 도입하지 않았고, Rheinland-Pfalz, Sachsen-Anhalt는 제한적으로만 도입했다.

15) Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 6.Aufl., 2005, S. 358.

16) Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 13.Aufl., 2003, §40, Rn. 32a.

17) Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 13.Aufl., 2003, §40, Rn. 32a.

dd. 신청인적격

규범통제의 신청인적격은 다음의 두 가지 경우에 인정된다(행정법원법 제47조 제2항 1문).

- 법규정 또는 그 적용에 의하여 권리를 침해받았다고 또는 가까운 시일 내에 권리를 침해받을 것이라고 주장하는 자연인 또는 법인

- 행정청

먼저, 권리침해를 주장하는 자연인 또는 법인은 신청인적격이 있다. 권리침해는 법규정 또는 그 적용에 의해 직접 발생해야 한다. 즉, 권리침해의 직접성이 요구된다. 그러나 이는 법률에 대한 헌법소원의 경우에 요구되는 기본권 침해의 직접성보다 넓은 개념이다. 법률에 대한 헌법소원의 경우 매개하는 집행행위(dazwischende Vollzugsakt)가 있으면 기본권 침해의 직접성이 부정된다. 그러나 규범통제의 신청인적격은 법규정의 '적용'에 의하여 권리를 침해받은 경우도 명시적으로 포함하고 있다. 따라서 권리침해가 독립적인 추가적 결정에 의해 비로소 발생하는 경우에도 신청인적격은 인정된다. 예컨대, 연방행정법원은 도시상세계획에 근거하여 차량진입금지가 폐지된 경우에도 도시상세계획에 대한 규범통제신청이 적법하다고 판단하였다.¹⁸⁾ 사인뿐만 아니라, 게마인데와 그 밖의 공공단체도 권리의 주체로서 신청인적격을 갖는다. 이는 행정청의 지위에서 신청인적격을 갖는 것과는 구별된다. 계획고권, 자치행정임무의 보장 등 게마인데에 직접 귀속될 수 있는 지위를 근거로 하는 것이다.¹⁹⁾ 그러나 게마인데 주민의 권리, 위임사무와 같은 게마인데에 직접 귀속시킬 수 없는 지위에 근거하여서는 규범통제신청을 할 수 없다.

다음으로 행정청도 신청인적격을 갖는다. 행정법원법 제47조 제2항 1문 후단은 행정청이라고만 규정하고 있을 뿐 그 밖의 요건을 규정하고 있지 않다. 단지 전단과의 관계에서 주관적 권리를 주장할 필요가 없다는 것만이 명확할 뿐이다. 그러나 위 규정의 취지를 고려할 때 신청인적격을 갖는 행정청의 범위가 한정된다고 보는 것이 일반적이다. 법원과 달리 규범을 적용하는 행정청은 규범의 적용을 거부할 권한이 없으므로, 행정청이 위법하다고 판단되는 규범을 적용하지 않으려면 규범통제신청을 할 수밖에 없다는 것이다. 따라서 후단의 행정청은 법규정을 집행

18) BVerwG, NVwZ 1997, 682.

19) 게마인데가 인근 게마인데의 조례에 대하여 규범통제신청을 하는 형태가 대표적이다. 이를 "게마인데 隣人訴訟(Gemeindenachbarklge)"이라고 한다.

해야 하는 행정청을 의미한다.

ee. 신청기간

규범통제절차의 실질은 행정입법의 무효를 확인하는 것이지만, 법적 안정성을 위해 신청기간이 제한되고 있다. 처음부터 기간의 제한이 있었던 것은 아니었고, 1997년에 도입된 것이다. 도입 당시에는 공포시부터 2년이었으나, 최근 「2006.12.21. 개정 법률」 20)에 의해 1년으로 단축되었다. 그리하여 2007.1.1. 이후에 공포되는 행정입법의 경우에는 1년의 기간이 적용된다.

b. 그 밖의 행정입법에 대한 통제 - 확인소송(Feststellungsklage)

앞서 본 바와 같이 규범통제절차의 대상은 제한적이다. 연방의 행정입법은 처음부터 제외되어 있고, 州의 행정입법에 대해서는 도입 여부가 각 州에 맡겨져 있다. 그리하여 빠짐없는 권리구제를 규정하고 있는 기본법 제19조 제4항의 요청을 충족시키기 위해서는 규범통제절차의 대상이 되지 않는 행정입법에 대해서 어떠한 방식으로든지 간에 다룰 수 있어야 하는 것이 아닌가라는 문제가 제기된다.

기본법 제19조 제4항이 행정입법에 대한 주위적 통제를 요구하는 것은 아니라는 것이 전통적인 입장이다.²¹⁾ 따라서 행정법원법 제47조의 대상이 되지 않는 행정입법에 대해 기본법 제19조 제4항에 근거하여 또는 행정법원법 제47조를 유추 적용하여 규범통제신청을 하는 것은 부적법하다고 한다.²²⁾ 행정입법에 대한 부수적 통제만으로도 기본법 제19조 제4항의 요청은 충족된다는 것이다. 그러므로 집행행위를 예정하고 있는 규범의 경우에는, 통상 규범을 집행하는 행정행위에 대한 취소소송을 제기하면서 선결문제로 행정입법의 무효를 주장하면 된다. 문제는 집행행위를 예정하고 있지 않은 규범(소위 자기집행적 규범, self-executing Normen)이다.

이에 대해서는 행정법원법 제43조의 확인소송이 “은밀한 규범통제”(heimliche Normenkontrolle)의 역할을 하고 있다. 예컨대, 행정입법이 공법상 법인에 강제적으로 가입하도록 규정하고 있다면, 공법상 법인에 가입하지 않을 권리가 존재한다

20) Gesetz vom 21. 12. 2006(BGBl I 3316).

21) BVerfG 31, 364, 370.

22) BVerfG 31, 368 등.

는 확인을 구하고, 일정한 태양의 영업활동을 금지한다면, 그러한 태양의 영업활동을 할 권리가 존재한다는 확인을 구하면서, 각각 선결문제로 그러한 행정입법이 위법하여 무효라고 주장하는 것이다.

이러한 형태의 확인소송은 연방헌법재판소의 결정에서 비롯되었다. 행정입법에 대하여 직접 헌법소원을 제기한 사안에서, 위와 같은 형태의 확인소송을 거치지 아니하면 헌법소원의 보충성 요건을 충족시키지 못한다고 판시한 것이다.²³⁾ 연방행정법원은 이러한 법리를 받아들여 공항을 설치하는 연방의 법규명령에 관하여 확인소송이 허용된다고 판시한 이래 같은 입장을 유지하고 있다.²⁴⁾

그러나 법률관계의 존부에 관한 확인소송을 제기하여 그 선결문제로 행정입법의 위법·무효를 주장하는 방식은 어디까지나 부수적 통제에 불과하다는 한계가 있다. 즉, 행정입법이 위법·무효로 판단되더라도 그 효과는 당해 사건에서 적용이 배제되는 데 그치고 판결의 효력은 행정입법이 무효라는 점에 미치지 아니한다. 규범통제절차에서와 같은 대세효과 발생할 수 없음은 물론이다.

그리하여 예외적으로 일정한 행정입법의 경우²⁵⁾에는 주위적 규범통제만이 기본법 제19조 제4항의 요청을 충족하므로 행정입법에 대한 헌법소원이 허용되어야 한다는 반론이 있다.²⁶⁾ 이러한 견해는 앞서 본 바와 같이 행정입법에 대한 규범통제가 헌법적 분쟁임을 전제로 한 것이다.

또한, 해석론이 아니라 입법론의 차원에서, “확인소송을 통한 은밀한 규범통제”는 미봉책에 불과하고, 직접 시민의 권리를 침해하는 규범은 기본법 제19조 제4항의 “공권력”이므로, 규범통제절차의 대상을 모든 법률 하위의 규범에 확대하여야 한다는 견해가 있다.²⁷⁾ 행정법원법 제47조가 규범통제의 대상을 한정한 것은 법률 하위의 규범에 대한 포괄적인 재판통제는 권력분립의 원칙에 반한다는 우려에서 비롯된 것이다. 그러나 권력분립의 원칙(또는 민주주의)과의 충돌은 의회가 제정한 형식적 법률에 대해 법원의 재판통제를 인정할 경우에만 문제가 된다. 법규명령과 조례를 “실질적 의미의 법률”이라고 부른다고 해서 그것이 의회가 제정한 규

23) BVerfG, NVwZ 1997, 673; NVwZ 1998, 169; NVwZ-RR 2001, 209; NVwZ-RR 2002, 1; NVwZ 2005, 79.

24) BVerwG, NJW 2000, 3584.

25) 계획규범을 대표적인 예로 들고 있다.

26) Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 13.Aufl., 2003, §47, Rn. 9-12.

27) Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 6.Aufl., 2005, S. 329, 356; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15.Aufl., 2004, S. 356.

범이 아니라는 사실을 감출 수는 없다. 따라서 행정입법은 (일반·추상적인 성격의) 행정작용일 뿐이고, 이에 대한 법원의 재판통제를 인정한다고 해서 권력분립의 원칙에 위반되는 것은 아니라고 한다.²⁸⁾

c. 행정입법 부작위에 대한 통제 - 규범제정소송(확인소송)

행정법원법은 행정입법의 거부 또는 부작위에 대하여 행정입법의 제정을 구할 수 있는 별도의 소송유형을 마련하고 있지 않다. 그러나 연방행정법원은 1980년대 후반부터 규범제정소송이 원칙적으로 허용된다는 입장을 취하고 있다. 최초의 판례는 ‘단체협약의 일반적 구속력 선언’(Allgemeinverbindlicherklärung)에 관한 것이다.²⁹⁾ 피고 행정청이 단체협약 중 휴가수당과 교육수당을 제외한 임금 부분에 대해서만 일반적 구속력이 있다고 선언한 데 대해 원고 노동조합이 휴가수당과 교육수당에 대해서도 일반적 구속력을 선언해 줄 것을 요구한 사건이다. 연방행정법원은 소의 허용성은 긍정하였으나, 본안에서는 행정청이 입법재량을 정당하게 행사하였다는 이유로 청구를 기각하였다. 한편, 이에 대해서도 헌법적 분쟁이므로 헌법소원으로 구해야 한다는 반론이 제시된다.³⁰⁾

구체적인 소송유형과 관련하여 연방행정법원은 확인소송(행정법원법 제43조)으로 구해야 한다는 입장이다.³¹⁾ 즉, 피고에게 행정입법을 제정할 의무가 있음을 확인하는 판결을 구하는 것이다. 확인소송의 형태로 인정된다는 연방행정법원의 입장에 의하면, 원고의 청구가 이유 있을 경우 피고에게 행정입법 제정의무가 있음을 확인한다는 판결이 선고된다. 이러한 판결은 - 규범통제절차와 같이 대세적 효력을 인정하는 규정이 없으므로 - 당사자 사이에서만 효력을 미친다. 또한 확인판결이므로 간접강제와 같은 집행의 문제도 발생하지 아니한다.

3. 헌법재판소에 의한 통제

1) 헌법소원의 대상인 행정작용

28) Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 6.Aufl., 2005, S. 355, 356, 358.

29) BVerwGE 80, 355, 361.

30) Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 13.Aufl., 2003, §47, Rn. 13ff.

31) BVerwGE 80, 355, 361; BVerwG, NVwZ 1990, 162; BVerwG, NVwZ 2002, 1506.

헌법소원은 모든 공권력 행사에 대해서 가능하므로 행정작용은 헌법소원의 대상이 된다. 행정행위가 아니라고 할지라도³²⁾ 헌법소원의 대상이 된다. 공권력의 조치가 시민에 대하여 구속력이 있고 외부효가 있는가 하는 것만이 기준이 된다.³³⁾ 법규명령³⁴⁾과 자치법규³⁵⁾ 등 행정입법에 대한 헌법소원도 허용된다.³⁶⁾

1945년 이전 독일의 여러 주에서 인정되던 헌법소원의 주된 대상은 행정작용이었고, 헌법소원은 행정재판을 대신하는 역할을 수행하였다. 바이에른을 제외한 주에서는 행정재판의 발전과 함께 헌법소원은 축소되거나 폐지되게 된다.³⁷⁾ 그러나 기본법 제정 이후 새로이 연방헌법재판소가 설립되는 과정에서 헌법소원을 도입할 것인지 논란이 있었으나, 기본권 보호를 위해 필요하다는 의견이 관철되었다.³⁸⁾ 다만, 사전에 일반법원의 권리구제절차를 거쳐야 한다는 보충성의 원칙이 적용됨에 따라 헌법소원의 주된 대상은 행정작용에서 법원의 재판으로 이동하게 된다. 2008년의 통계에 의하면 전체 헌법소원 중 약 93%가 재판에 대한 헌법소원이다.³⁹⁾

2) 행정작용과 보충성 원칙

보충성의 원칙에 따르면 행정작용에 대해 곧바로 헌법소원을 제기할 수는 없고, 우선 행정법원의 소송절차를 거쳐야 한다. 앞서 본 바와 같이 모든 행정작용에 대해 행정소송으로 다룰 수 있는 가능성이 보장되므로 행정작용에 대해 처음부터 헌법소원이 제기될 수는 없다. 따라서 행정행위 등 행정작용에 대해서만 독립적으로 헌법소원이 제기되는 경우는 드물다.⁴⁰⁾ 대부분 먼저 행정법원의 절차를 거쳐야만 한다.

32) 행정행위에 대하여 헌법소원 대상성을 인정한 결정으로는 BVerfGE 3, 377 (379); 6, 386 (388); 52, 233 (234); 56, 249 (259) 등이, 그 중 특히 일반처분에 대하여 인정한 결정으로는 BVerfGE 41, 231 (240) 등이 있다.

33) Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 3. Aufl, 2006, Rn.565.

34) BVerfGE 62, 117 (119, 153); 65, 248 (249).

35) BVerfGE 65, 325 (326).

36) Schlaich/Korioth, Bundesverfassungsgericht, 7. Auflage 2007, Rn.213.

37) 상세한 내용은 정태호, “헌법소원의 역사적 발전 - 그 비교법적 검토”, 안암법학 Vol.4, 1996, 121-130면 참조.

38) 반대견해의 주된 논거는 행정재판제도가 완비되었다는 점이었다고 한다. 정태호, “헌법소원의 역사적 발전 - 그 비교법적 검토”, 안암법학 Vol.4, 1996, 136-142면 참조.

39) Papier, Verhältnis des Bundesverfassungsgerichts zu den Fachgerichtsbarkeit, DVBl. 2009, S. 474.

40) Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 3. Aufl, 2006, Rn.566.

행정법원의 소송절차를 거친 후에는 청구인은 행정법원의 판결과 원래의 행정작용을 함께 헌법소원으로 다투게 된다. 이러한 상황에서는 행정작용을 다투는 부분은 부차적이고, 재판소원이 전면에 나서게 된다.⁴¹⁾ 그리하여 행정작용에 대한 헌법재판소의 통제는 재판소원의 형태로 간접적으로 이루어지는 것이 통상적이다.⁴²⁾ 헌법소원에서 승소하면, 경우에 따라서는 행정법원의 판결뿐만 아니라, 행정작용도 함께 취소될 수 있다.⁴³⁾ 그러나 반드시 행정작용도 함께 취소하게 되는 것은 아니고 판결만 취소할지 행정작용도 취소할지는 상황에 따라 다르다. 만약 최초의 소송절차에서 확정되거나 고려되지 아니한 사실적·법적 상황에 대하여 법원이 다시 심사한 결과 행정작용이 적법하거나 유효한 것으로 승인될 여지가 있다면 판결만 취소하여 다시 소송절차로 되돌려 보내야 한다. 그러나 그러한 가능성이 없는 경우에는 연방헌법재판소는 판결뿐만 아니라, 행정작용도 함께 취소해야 하고, 그 경우 행정법원은 소송비용만 다시 결정하게 된다.⁴⁴⁾

다만, 보충성의 예외인 경우에는 행정작용만 독립적으로 취소를 구할 수도 있다. 헌법소원이 일반적인 중요성을 갖거나 권리구제절차를 거치게 하면 청구인에게 중대하고 회복하기 어려운 손해가 발생하게 되는 경우에 보충성의 예외가 인정된다(기본법 제90조 제2항 2문). 예컨대, 선거운동 기간에 공영라디오 방송으로부터 동등한 기회를 보장받지 못한 정당은 일반법원의 권리구제절차를 먼저 거치지 않아도 된다.⁴⁵⁾

행정입법을 다투는 경우에도 보충성은 적용된다. 그러므로 헌법소원을 제기하기에 앞서 규범통제절차⁴⁶⁾ 또는 규범통제절차의 대상이 되지 않는 행정입법에 대해서는 확인소송⁴⁷⁾을 거쳐야 한다. 앞서 본 바와 같이 후자의 형태의 확인소송은 보충성에 관한 연방헌법재판소의 결정에서 처음으로 인정된 것이다. 그러나 연

41) Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 29. Auflage 2009, Rn.184.

42) Schoch, Gerichtliche Verwaltungskontrollen in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlage des Verwaltungsrechts Bd.III, C.H.Beck, 2009, Rn.104.

43) BVerfGE 6, 386 (388).

44) BVerfGE 84, 1 (4).

45) Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 29. Auflage 2009, Rn.184a.

46) BVerfGE 70, 35, 53.

47) BVerfG, NVwZ 1997, 673; NVwZ 1998, 169; NVwZ-RR 2001, 209; NVwZ-RR 2002, 1; NVwZ 2005, 79.

방헌법재판소는 여기에 머무르지 않는다. 연방헌법재판소는 청구인으로 하여금 이 용가능하고 수인가능한 모든 일반법원의 권리구제수단을 거칠 것을 요구하는데,⁴⁸⁾ 여기에서 행정입법에 대한 부수적 규범통제도 포함된다고 한다.⁴⁹⁾ 따라서 선결문제로 행정입법의 위헌성을 주장할 수 있다면 헌법소원을 제기하기 전에 이를 거쳐야 한다. 이러한 판례는 업무부담 경감을 위한 것임과 동시에 구체적인 사안과의 관련 속에서 일반법원이 합헌성을 평가할 수 있도록 하기 위한 것이다.⁵⁰⁾⁵¹⁾

결국, 행정작용에 대해서는 행정소송을 거친 후 행정법원의 판결과 함께 헌법소원을 제기하게 되는 것이 일반적이다. 그러므로 행정작용의 통제에 있어 헌법소원은 다음의 두 가지 기능을 수행한다. 첫째, 통상적인 권리구제절차를 경료한 후에 추가적인 구제수단을 이용할 수 있게 함으로서 행정에 대한 권리구제를 보완한다. 둘째, 행정소송절차 중에 기본법 제101조 제2항, 제103조 제1항 위반 등으로 인하여 발생한 절차적 기본권 침해로부터의 보호수단을 제공한다.⁵²⁾

3) 재판소원

보충성 원칙의 적용결과 행정작용에 대한 헌법재판소의 통제는 일반적으로 재판소원의 형태로 간접적으로 이루어지게 된다. 재판소원에 있어서는 심사적도의 문제가 중요한 문제로 떠오르게 된다. 심사강도를 강하게 인정할 경우 연방헌법재판소가 다른 일반법원에 대한 초상고심(Superrevisionsinstanz)의 역할을 하게 될 우려가 있기 때문이다. 이는 헌법위반과 법률위반의 경계가 모호하고 양자가 혼재된 중간영역이 있기 때문에 발생하는 문제이다. 예컨대, 법률에 반하여 조세의무를 인정하는 일반법원의 재판은 법적용의 평등을 보장하는 기본법 제3조 제1항 때문에 법률에 위반한 것일 뿐만 아니라, 기본권을 침해한 것으로 볼 수 있다고 한다.⁵³⁾

48) BVerfGE 69, 122 (125 f.); 71, 305 (334 ff.); 74, 69 (74 ff.); 75, 246 (263); 79, 1 (19 ff.); 79, 29 (35 ff.); 85, 80 (85 f.); 97, 157 (165); 102, 26 (32); 102, 197 (208).

49) BVerfGE 71, 305 (335) - Milchmengenverordnung.

50) Schlaich/Korioth, Bundesverfassungsgericht, 7. Auflage 2007, Rn. 252-253.

51) 행정입법 부작위에 대한 헌법소원도 행정소송으로 규범제정소송을 먼저 거친 후 제기되어야 한다. Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 29. Auflage 2009, Rn.191. 헌법적 성격을 갖지 않는 공법적 분쟁이기 때문이다. 다만, 헌법적 성격을 갖는다는 견해에 따르면 바로 헌법소원을 제기하여야 할 것이다. Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 13.Aufl., 2003, §47, Rn. 13ff..

52) Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, 18. Aufl, 2009, Rn.223.

그리하여 단순한 법률(einfaches Recht)의 위반과 고유한 헌법(spezifisches Verfassungsrecht)의 위반을 구별하여 후자의 경우에만 재판소원이 가능하다는 법리가 정립되게 된다. 이것이 이른바 Heck 공식이다. 나아가 연방헌법재판소의 판례는 기본권 침해의 강도에 따라 심사강도를 단계화하는 것으로 발전하였다. 현재는 심사강도가 3단계로 구성되어 있다고 설명된다. 이하에서 차례로 살펴보겠다.

(1) 고유한 헌법(spezifisches Verfassungsrecht) - Heck 공식

연방헌법재판소는 아래와 같이 법률의 해석·적용은 일반법원의 권한에 속하고 연방헌법재판소가 이를 심사할 수 없다고 하였다. 고유한 헌법 위반이 있어야만 재판소원이 가능하다는 것이다.

“개별 사안에서의 법률의 해석과 적용은 오로지 이에 대해 일반적으로 관할이 있는 법원에게 맡겨져 있고 연방헌법재판소에 의한 심사는 배제된다. 법원에 의한 고유한 헌법 위반이 있는 경우에만 연방헌법재판소는 헌법소원을 인용할 수 있다… 법률을 그대로 할 때 재판에 객관적으로 흠이 있다는 것만으로는 고유한 헌법위반이 있다고 할 수 없다. 흠은 바로 기본권의 침해여야만 한다. 일반적으로 법률의 통상적인 포섭과정에 대해서는 연방헌법재판소의 심사가 배제된다. 다만, 해석의 흠이 기본권의 의미, 특히 보호영역의 범위에 대한 원칙적으로(grundsätzlich) 정당하지 않은 관점에 기인한 것이고 그것이 구체적인 사안에 있어서의 실제적 의미에 대해서도 일정한 영향을 미친 경우에는 그렇지 아니하다.”⁵⁴⁾

다만, 고유한 헌법이라는 개념은 일반법원과 헌법재판소 사이의 관계 설정이라는 문제의식은 잘 설명해 주지만, 추상적이기 때문에 이로부터 구체적인 기준을 인식하기는 어렵다. 그러므로 연방헌법재판소의 판례를 유형화하여 구체화하는 것이 실용적인 이해에 도움이 될 것이다. 독일의 학자들이 유형화한 것을 소개하면 아래와 같다.⁵⁵⁾

53) Papier, Verhältnis des Bundesverfassungsgerichts zu den Fachgerichtsbarkeit, DVBl. 2009, S.478.

54) BVerfGE 18, 85(92f.)

55) 이하에서는 기본적으로 Schlaich/Korioth, Bundesverfassungsgericht, 7. Auflage 2007, Rn.293-309의 기준에 따라 정리하였고, Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 29. Auflage 2009, Rn.316a를 참고하였다.

a. 사실관계의 확정과 평가

사실관계의 확정과 평가는 원칙적으로 일반법원의 임무이고, 연방헌법재판소의 심사가 미치지 않는다. 다만 뒤에서 볼 바와 같이 3단계의 심사강도에서는 연방헌법재판소가 법원에 의한 사실관계의 확정과 평가를 자신의 것으로 대체할 수 있다.

b. 법률의 해석 · 적용

법률의 해석과 적용에 대해서는 연방헌법재판소의 심사가 미칠 수 있다. 법률은 기본권에 부합하도록 해석되고 적용되어야 하기 때문이다. 두 단계로 심사가 이루어지는데, 첫 번째 단계에서는 (추상적으로) 규범의 해석이 헌법에 합치하는지 심사되고, 두 번째 단계에서는 (구체적으로) 규범의 개별 사안에의 적용이 헌법에 합치하는지 심사된다.⁵⁶⁾ 법률의 해석·적용의 심사에 관하여 심사강도를 제한하기 위해 등장한 것이 바로 고유한 헌법의 기준이다. 아래와 같은 경우에 고유한 헌법 위반이 있는 것이다.

aa. 기본권 관련성을 고려하지 않은 경우

법률의 해석·적용에 있어서 기본권이 영향을 미친다는 점 또는 충돌하는 기본권을 형량해야 한다는 점을 간과한 경우이다. 법원이 기본권 영역에 속한다는 점을 간과하여 판단과정에서 기본권에 대한 고려가 전혀 이루어지 않은 유형이다.

bb. 기본권의 의미를 잘못 평가한 경우

법률의 해석·적용이 “기본권의 의미, 특히 보호영역에 관하여 원칙적으로(grundsätzlich) 정당하지 않은 관점”에 근거한 경우이다. “원칙적으로”라는 문구가 한정적인 역할을 하게 된다. 만약, 법원이 기본권을 완전하게 모든 세부적인 점에 있어서 실현하였는지를 심사한다면, 판결이 법률에 적합한지를 전면적으로 심사하는 결과를 초래하기 때문이다. 그러나 “원칙적으로”가 무엇을 뜻하는지 자체가 불확정적이라는 비판이 제기된다.

56) Schlaich/Korioth, Bundesverfassungsgericht, 7. Auflage 2007, Rn.289.

cc. 객관적인 근거 없는 자의적인 판결의 경우

법률의 해석·적용의 결과가 합리적인 평가에 의하면 수긍할 수 없는 것이어서 판결이 사안과 무관한 고려에 기초하고 있을 것이라고 추론되는 경우이다. 기본법 제3조 제1항(평등원칙)의 자의금지를 심사적으로 삼는 것이다. 원래는 단순한 법률의 위반만 있음에도 불구하고, 기본법 제3조 제1항을 매개로 하여 법원의 재판을 통제하는 것이다. 실질적으로 법률의 해석·적용에 중대한 하자가 있는 경우에 해당한다. 그리하여 이 유형은 연방헌법재판소가 고유한 헌법이라는 스스로가 정한 기준을 넘어선 것이라고 평가되기도 한다.

dd. 법관의 법형성의 헌법적 한계를 넘어선 경우

법률의 적용범위 또는 법률유보의 적용범위를 잘못 판단하여 법치국가 원리에 위반한 경우이다. 앞의 자의적인 판결과 경계선은 불명확하다. 해석과 법형성을 명확하게 구별하기 어렵기 때문이다. 법관의 해석 또는 법형성으로 인하여 결과적으로 법률의 새로운 적용사례가 나타나거나 명시적인 법률의 근거가 있어야만 하는 기본권 제한 요건이 만들어진 경우이다. 헌법상 법원이 해석을 통해서 입법적 결단을 내리거나 입법자가 예정한 범위를 넘어서서 기본권을 제한하는 것은 허용될 수 없기 때문이다.

c. 위헌적인 법률을 적용하거나 합헌적 법률해석의 가능성을 간과한 경우

법률의 해석·적용에 있어서 기본권을 침해한 것뿐만 아니라 위헌적인 법률을 적용하였거나, 위헌적인 법률에 있어서 합헌적 법률해석의 가능성을 간과한 경우도 통제의 대상이 된다. 전자의 경우는 법률이 위헌임에도 불구하고, 법원이 위헌 법률심판을 제청하지 아니하고 위헌인 법률을 적용한 경우이다. 우리나라의 경우에 이러한 상황은 헌법재판소법 제68조 제2항의 위헌심사형 헌법소원으로 통제된다.

(2) 단계화된 심사강도

첫 번째의 단계에서는 고유한 헌법을 기준으로 하여 제한적으로 심사가 이루어진다. 앞서 본 Heck 공식이다. 두 번째의 단계에서는 “개별적인 해석의 하자”도 심사될 수 있다.⁵⁷⁾ 이는 “법원의 판결이 기본권 영역을 지속적으로 제한하면 할수

록, 제한의 정당화에 대해서는 더욱 엄격한 요건이 적용되고 따라서 심사가능성이 더욱 넓어진다.”⁵⁸⁾고 표현된다. 마지막으로, “최고도의 제한강도의 사례에서는 법원에 의한 평가를 자신의 것으로 대체할 수 있다.”⁵⁹⁾고 한다. 특히 망명권과 표현의 자유에 관하여 연방헌법재판소는 사실확정과 법적 평가를 통제할 수 있다고 하고 있다.⁶⁰⁾ 그리고 사법절차적 기본권에 관해서도 실제적 결정에 대한 심사보다 높은 심사강도를 적용하고 있다. 그러나 고유한 헌법이라는 기준을 포기한 것은 아니다.⁶¹⁾

(3) 기준의 불명확성 문제

일반법원의 권한을 존중하기 위해 고유한 헌법이라는 기준이 마련되었지만, 이 기준은 추상적이고 불명확하며 예측가능한 기준이 정립되지 않았다는 비판이 제기된다.⁶²⁾ 연방헌법재판소도 심사강도가 고정적이지 않다는 점을 인정한다. 다만 개별사안의 특수한 상황을 고려할 여지가 있어야 한다는 이유로 이를 정당화한다.⁶³⁾ 3단계의 심사강도도 실제에 있어서는 전면적 심사와 가장 약한 심사라는 양극단으로 수렴되고 중간 단계에서의 심사는 잘 나타나지 않는다고 한다.⁶⁴⁾

이 문제를 해결하기 위해 제안된 공식이 이른바 슈만 공식(Schumann-Fomel)이다. 이에 따르면 “법관의 판결이 입법자가 규범으로 정할 수 없는 법적 효과를 담고 있을 때”, 기본권 침해가 있고 연방헌법재판소가 개입할 수 있다고 한다. 법원의 해석과 그것이 인정하고 있는 법적 효과를 마치 법률에서 명시적으로 그렇

57) Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 3. Aufl, 2006, Rn.585.

58) BVerfGE 42, 143(149).

59) BVerfGE 42, 143(149).

60) 표현의 자유에 관하여 BVerfGE 85, 1(14), 망명권에 관하여 BVerfGE 76, 143(162). “따라서 연방헌법재판소는 ‘정치적으로 박해받는 자’ 요건과 관련하여 사실관계 확정뿐만 아니라, 법적 평가에 대해서도 심사할 수 있다.”

61) BVerfGE 75, 302(“법적 청문권을 제한하는 규정에 대한 일반법원의 해석과 적용은 보통의 법률적용에서보다 더 강한 헌법재판소의 통제를 받는다. 따라서 헌법재판소의 심사는 자의통제를 넘어서는 것이어야 한다. …다른 법률의 적용과 마찬가지로 개개의 법적용의 헌법에 위반되는지가 심사되어야만 한다. 헌법적으로 요구되는 청문이 이루어지지 않은 경우에만 실권규정의 잘못된 적용으로 인해 법적 청문권이 침해된 것이다”).

62) Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, 18. Aufl, 2009, Rn.225.

63) BVerfGE 18, 85 (93); 61, 1 (6).

64) Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, 2. Aufl, 2001, Rn. 651-679.

게 규정하고 있는 것처럼 바꾸어 생각을 해 보는 것이다. 법관이 잘못된 해석을 한 결과가 입법자가 그렇게 규정할 수 것이라면 해석이 잘못되었다고 할지라도 기본권의 차원에는 영향이 없다는 것이다. 슈만이 제안한 이 공식은 연방헌법재판소의 실무에 일정한 영향을 미쳤다.⁶⁵⁾ 그러나 이에 대해서도 권력분립 원칙상 입법자에게 가능한 일과 법원에게 가능한 일이 다르다는 점을 간과하였고, 여전히 추상적이고 구체적인 기준을 제시해 주지는 못한다는 비판이 제기된다.⁶⁶⁾

결국, 재판소원의 심사강도는 법논리상 명확하고 필연적인 문제가 아니라 일종의 사법재량적·헌법정책적 성격을 갖는 것으로 보아야 한다는 견해까지 나오게 되었다. 이 견해는 미국 연방대법원의 certiorari와 같은 관념을 도입하여 헌법재판소 스스로가 심사가 필요하다고 판단하는 문제를 심사하는 방식으로 사법재량의 성격을 정면으로 인정하는 것이 바람직하다는 것이다.⁶⁷⁾

(4) 그 밖의 문제

재판소원에 대해서는 앞서 본 불명확한 심사기준의 문제 외에도 다음과 같은 문제점이 지적된다. 먼저 재판소원의 인용율이 매우 낮다는 점이다. 2008년 통계에 의하면 제기된 헌법소원 사건 중 약 2.5%만이 승소하였다.⁶⁸⁾ 이러한 낮은 인용율로 인해 과연 재판소원이 실질적으로 권리구제수단으로서 의미가 있는가라는 회의적인 시각이 등장하게 되었다.⁶⁹⁾

다음으로 소송절차상의 기본권 침해를 주장하는 사건의 비중이 매우 높다는 점이 지적되고 있다. 단순한 법률위반인 소송절차의 문제가 재판소원으로 다루어지고 있다는 것이다.⁷⁰⁾ 대략 40% 이상이 오로지 절차적 기본권 침해, 특히 기본법 제103조 제2항의 심문의의권(Gehörsrüge)을 근거로 한다. 약 20% 정도는 절차적 기본권 침해와 함께 실체적 기본권 침해가 주장되고, 나머지만이 실체적 기본권 침해에 근거하고 있다. 심문의의권의 비중이 높은 이유는 소송절차에 관한 통상적

65) Schlaich/Korioth, Bundesverfassungsgericht, 7. Auflage 2007, Rn.319.

66) Lindeiner, Willkür im Rechtsstaat?, 2002, S.190-191.

67) Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, 2. Aufl, 2001, Rn. 651-679.

68) Papier, Verhältnis des Bundesverfassungsgerichts zu den Fachgerichtsbarkeit, DVBl. 2009, S.475.

69) Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 3. Aufl, 2006, S.110.

70) Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 3. Aufl, 2006, S.111-112.

인 구제수단이 매우 제한되어 있기 때문이다. 내부 통계에 의하면, 민사법원 재판에 대한 헌법소원 중 약 15%가 민사재판의 1심법원인 구법원(Amtsgericht)의 항소가 허용되지 않는 최종적인 판결에 대한 것이라고 한다. 이러한 양상은 매우 걱정스러운 것이다. 하급심 판결에 대한 절차적 통제는 일반법원의 통상적인 권리구제절차를 통하여 수행되는 것이 바람직하기 때문이다.⁷¹⁾

4) 행정입법의 법률적합성 통제 문제

심사강도는 주로 재판에 대한 헌법소원을 중심으로 논의되지만, 행정입법에 대한 헌법소원에 있어서도 문제가 된다. 행정입법의 위헌 여부는 당연히 헌법소원에서 주장할 수 있는 것이지만, 행정입법이 법률에 적합한지까지 헌법소원으로 다룰 수 있겠는가 하는 것이다. 행정입법에 대해 수권 근거가 없거나 수권 규범을 넘어선 경우(법률유보의 위반) 또는 다른 법률 규정에 위반한 경우(법률우위의 위반)에는, 직접적으로는 법률에 위반한 것이지만, 간접적으로는 헌법상 원칙인 법률적합성 원칙에 반하는 것이기 때문이다.

통설은 이 경우에도 연방헌법재판소의 심사권을 인정하여 헌법소원이 가능하다고 한다. 개별적 행위와 규범의 법률적합성 통제를 달리 취급하는 것에 대해, 법규범의 전체 체계를 통제하고 법규의 효력에 대해 대세효를 가지고 판단을 내리는 것은 헌법재판권의 전형적인 임무에 속한다는 것을 근거로 든다. 고유한 헌법 위반이 문제되든 단순히 법률 위반이 문제되든 상관없이 규범통제는 실질적인 헌법재판으로 보는 것이다.

이에 대하여 법률적합성 원칙의 위반으로 인한 간접적 헌법 위반은 오로지 일반법원에서만 주장할 수 있다는 반론이 제기된다. 고유한 헌법의 기준은 판결이나 행정의 개별적 행위에 대해서 뿐만 아니라, 행정의 규범제정행위에 대해서도 마찬가지로 적용되어야 한다고 한다. 규범통제라고 해서 언제나 그리고 무조건적으로 실질적인 헌법재판인 것은 아니라는 것이다.⁷²⁾

71) 그리하여 2005년 심문의의법(Anhörungsgesetz)이 제정되어 시행되고 있다. 심문의의가 기각되면 비로소 재판소원을 청구할 수 있다.

72) 이상의 논의는 Papier, H.-J., "Spezifisches Verfassungsrecht" und "einfaches Recht" als Argumentationsformel des Bundesverfassungsgerichts, in: Starck, Chr. (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz: Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Band I, 1976, S.439-442.

4. 소결

이상의 논의를 도표로 정리하면 다음과 같다.

심사대상 \ 심사척도	법률위반	헌법위반
법률	-	헌법재판소
행정입법	행정법원	행정법원
		→헌법재판소 ※ 고유한 헌법 위반에 한정되는지 논란
행정행위 기타 개별적 행정작용	행정법원	행정법원
		→헌법재판소 ※ 고유한 헌법 위반에 한정

일반적인 성격을 갖는 행정입법이든, 행정행위와 같은 개별적인 행정작용이든 간에, 그리고 헌법위반의 문제이든 법률위반의 문제이든 간에, 모든 행정작용에 대한 통제는 일차적으로 연방행정법원을 정점으로 하는 행정법원에서 이루어진다. 그리고 재판소원을 통하여 제한적인 범위 내에서 위헌성 통제가 행해진다. 행정입법의 경우에는 위헌성 통제가 고유한 헌법 위반에 한정되는지 논란이 있으나, 행정행위와 같은 개별적 행정작용의 경우에는 원칙적으로 고유한 헌법 위반이 있는 경우에만 위헌성을 통제할 수 있다.

독일의 특징은 재판소원을 통해 최종적으로 위헌성 통제가 행해진다는 점에 있다. 법원이 법률이 위헌임을 간과하고 적용한 경우뿐만 아니라(즉, 위헌법률심사를 수반하는 경우뿐만 아니라), 합헌적인 법률의 해석·적용 과정에 대해서도(즉, 위

헌법률심사를 수반하지 않는 경우에도) 제한적으로나마 기본권 침해가 있는지 여부가 심사된다. 이와 같은 상황을 ‘법률의 헌법의존성’(Verfassungsbhängigkeit des Gesetzesrecht)이라 부르는데, 유럽의 대부분의 다른 국가에서 찾아보기 힘든 독일에 특유한 것임을 독일의 학자들도 인정한다.⁷³⁾ 다만, 그 평가를 둘러싸고는 견해가 엇갈린다. 긍정적으로 평가하는 입장에서는 일상적인 법적 생활에서의 기본권의 실효성을 확보하는 데 기여하였다고 평가한다. 반면 부정적으로 평가하는 입장에서는 기본권 내용의 불명확성으로 인해 법적 안정성, 예측가능성, 합리성이 저해된다고 평가한다.⁷⁴⁾

III. 오스트리아 공법상 쟁송에서의 위헌·위법 통제

1. 법원의 체계와 관할

오스트리아 헌법은 민·형사재판은 최고법원(Oberste Gerichtshof; OGH)을 정점으로 하는 통상재판권(ordentliche Gerichtsbarkeit)의 권한으로 규정하면서, 공법 영역의 법원으로 헌법재판소(Verfassungsgerichtshof; VfGH), 행정법원(Verwaltungsgerichtshof; VwGH) 그리고 망명재판소(Asylgerichtshof)를 규정하고 있다(B-VG Art 82 이하). 망명재판소는 2008년에 신설된 법원이다. 그리고 사법부 소속은 아니지만, 헌법재판소와 행정법원에 대한 전심으로 독립행정위원회(Unabhängige Verwaltungssenate; UVS)가 규정되어 있다. 독립행정위원회는 조

73) Schoch, Gerichtliche Verwaltungskontrollen in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlage des Verwaltungsrechts Bd.III, C.H.Beck, 2009, Rn.106.

74) 이상의 논의의 내용은 Papier, Verhältnis des Bundesverfassungsgerichts zu den Fachgerichtsbarkeit, DVBl. 2009, S. 478; Schoch, Gerichtliche Verwaltungskontrollen in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlage des Verwaltungsrechts Bd.III, C.H.Beck, 2009, Rn.104-106; Zuck, Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, JZ 2007, S.1036 등을 참조하여 정리하였음. 특히, Schoch는 위의 논문에서 다른 나라에서 헌법과 행정법을 분리하여 사고하는 방식이 후진적인 것으로 평가되어야 한다고 하면서, 유럽공동체법의 발전양상을 보면 구조적으로 행정법의 헌법의존성과 일치한다는 주장을 펼치고 있다. 유럽공동체법은 회원국의 행정법에 영향을 미치고, 경우에 따라서는 공동체법 합치적으로 국내법을 해석·적용하도록 강제하며, 유럽공동체법원이 회원국 행정정에 대하여 행하는 행정통제도 행정에 대한 연방헌법재판소의 통제작용과 유사하다는 것이다.

직상으로는 행정부 소속이지만, 헌법상 독립성을 보장받고 법원에 유사한 권리구제기능을 수행한다.

오스트리아에서는 행정입법에 대한 통제권한은 헌법재판소가 독점하고 있는 반면, 처분에 대한 통제권한은 헌법위반인지 법률위반인지를 기준으로 하여 헌법재판소와 행정법원이 분점하고 있다. 이하에서는 행정입법에 대한 통제와 처분에 대한 통제로 나누어 살펴보도록 하겠다.⁷⁵⁾

2. 행정입법(Verordnung)에 대한 통제

1) 헌법재판소에 의한 독점적 통제

오스트리아에서는 법률(Art. 140 B-VG) 뿐만 아니라, 행정입법(Art. 139 B-VG)도 헌법재판소에 의한 규범통제의 대상이 된다. 이는 오스트리아의 제도를, 분산형 규범통제 시스템을 채택한 미국뿐만 아니라, 같은 집중형 국가로 분류되는 독일과도 구별 짓게 만드는 독특한 지점이다. 행정입법의 심사권한은 헌법재판소만이 독점하고 있으므로 헌법위반뿐만 아니라, 법률위반 등 모든 상위법 위반을 심사한다.⁷⁶⁾ 그리하여 규범통제에 대해서는 집중의 원칙과 폐지의 원칙이라는 두 가지 원칙이 적용된다고 설명된다.

(1) 집중의 원칙(Grundsatz der Monopolisierung)⁷⁷⁾

헌법재판소만이 법률, 행정입법 등 일반적인 법규정을 상위법 위반을 이유로 하여 폐지하거나 위법성을 확인할 수 있는 권한을 갖는다.⁷⁸⁾ 규범통제의 권한은 헌법재판소에 집중되어 있다.

75) 오스트리아의 헌법소원 제도를 우리나라에 소개한 문헌으로는 박일환, “오스트리아의 헌법소원제도”, 헌법재판연구 제1권, 1989, 257-296면; 정태호, “헌법소원의 역사적 발전 - 그 비교법적 검토”, 안암법학 Vol.4, 1996, 145-150면; 장영철, “오스트리아 헌법재판제도와 시사점”, 공법학연구 제10권 제1호, 2009, 221-243면 등이 있다.

76) Grabenwarter/Holoubek, Verfassungsrecht • Allgemeines Verwaltungsrecht, facultas.wuv, 2009. S.272.

77) Adamovich/Funk, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl, SpringerWienNewYork, 1987, S.236.

78) Machacek(Hrsg.), Verfahren vor dem VfGH und VwGH, 6. Aufl, Manz, 2008, S.22.

오스트리아에서도 행정입법에 대한 심사권한은 본질적으로 행정재판권에 속하는 것이라는 점은 인정한다. 헌법재판소의 행정입법의 심사·폐지권한은 행정재판권의 특별한 형태라는 것이다. 그러나 행정법원에게는 개별적 행정작용인 처분의 심사권한만을 맡기고 있다. 헌법재판소와 행정법원의 관할을 입법과 행정 사이의 권력분립이 아니라 일반적 규범인지에 초점을 맞추어 구별한 것은 오스트리아 법에 특유한 것이라고 스스로도 설명한다.⁷⁹⁾ 헌법재판소는 나아가 헌법재판소의 심사독점권을 인정하여, 상급 또는 감독행정청이 하급 행정청의 행정입법을 폐지할 수 있도록 한 법률 규정을 위헌이라고 판단하였다(Slg 18.221/2007).

(2) 폐지의 원칙(Aufhebungsgrundsatz)

집중의 원칙과 밀접한 관련이 있는 것이 규범통제의 효력 문제이다. 오스트리아에서는 행정입법도 위법하더라도 무효가 아니라고 한다. 행정입법을 포함하여 하자 있는 규범은 헌법재판소의 결정이 있을 때까지는 유효하고 구속력이 있다. 각급 법원의 개별적인 무효 판단을 허용하지 않고 헌법재판소에 규범통제를 집중시킨 결과라고 할 수 있을 것이다.

다만, 예외적으로 무효로 보게 되는 경우가 있다. 첫째, 정당하게 공포되지 않은 경우는 무효로서 통상법원이나 행정법원이 이를 적용하지 않고 무효인 것으로 취급할 수 있다. 둘째, 헌법재판소는 규범통제의 계기가 된 당해 사건에 대해서는 처음부터 존재하지 않았던 것처럼 무효로 의제한다. 헌법재판소는 이 법리를 당해 사건 이외의 다른 사건에까지 확장하였다. 셋째, 법률·행정입법 이외의 공법상의 일반적 규율은 위법하면 무효이다.

(3) 위와 같은 원칙을 채택한 이유

오스트리아에서 위와 같이 규범통제에 관하여 집중의 원칙과 폐지의 원칙을 채택한 것은 법적 안정성의 이익을 위하여 적법성의 원칙을 제한한 것이라고 설명된다. 위법한 행정입법을 무효로 보고 각급 법원이 개별적으로 효력을 부인할 수 있는 분산형 모델과 무효 모델이 적법성의 원칙에 부응하지만, 법적 안정성을 위해 이를 희생한 선택의 결과라는 것이다.⁸⁰⁾

79) Theo Öhlinger, Verfassungsrecht, 8. Aufl, facultas.wuv, 2009, S.461.

역사적으로 보면, 행정입법의 규범통제를 헌법재판소에 집중시킨 것은 켈젠의 영향으로 생각된다.⁸¹⁾ 켈젠은 1928년⁸²⁾의 독일 국법학자 대회에서 행정입법의 통제권한은 헌법재판소의 관할로 하는 것이 타당하다는 견해를 피력한 바 있다. 켈젠은 순수하게 이론적으로만 보면 헌법재판소가 모든 헌법직접적인 행위의 적법성에 대하여 판단할 수 있도록 하여야 할 것이지만, 헌법재판소의 권한을 정함에 있어서는 이미 존재하는 행정법원의 권한도 고려해야 한다고 하면서, 개별적인 처분의 적법성은 그대로 행정법원의 권한으로 두지만, 행정법원의 권한에 속하지 않는 행정입법의 통제권한은 헌법재판소의 관할로 하는 것이 타당하다고 하였다.⁸³⁾ 또한 법률의 합헌성 판단과 행정입법의 법률적합성 판단은 심사대상이 되는 행위가 일반적 성격을 가진다는 점에서 내적 유사성이 있다는 점도 근거로 덧붙이고 있다.⁸⁴⁾

2) 구체적 모습

법원이 제청하는 사인이 신청하는 관계없이 B-VG 제139조의 단일한 규범통제 절차 안에서 다루고 있다. 법원(행정법원, 망명재판소, 최고법원, 그 밖의 모든 통상법원)이 제청할 수 있을 뿐만 아니라, 행정입법을 적용해야 하는 일정한 행정청 [독립행정위원회, 연방발주청(Bundesvergabeamt)]에게도 신청권이 인정되고 있고, 1975년부터 사인도 신청할 수 있도록 하고 있다(Individualantrag). 또한, 헌법재판소가 직권으로 규범통제절차를 개시하는 경우도 있다. 처분소원에 있어 적용해야 하는 규범에 헌법위반 또는 법률위반의 의심이 있으면 헌법재판소는 직권으로 규범통제절차를 개시한다(Art. 144 B-VG). 실제로 가장 다수를 차지하는 것은 헌법재판소의 직권에 의한 경우이고, 사인이 신청하는 경우와 법원이 제청하는 경우가 실무상 그 다음으로 많은 비중을 차지한다고 한다.⁸⁵⁾

80) Adamovich/Funk, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl, SpringerWienNewYork, 1987, S.236.

81) 오스트리아의 헌법 제정 과정에서 켈젠의 영향력에 대해서는 장영철, “오스트리아 헌법 재판제도와 시사점”, 공법학연구 제10권 제1호, 2009, 221-243면 참조.

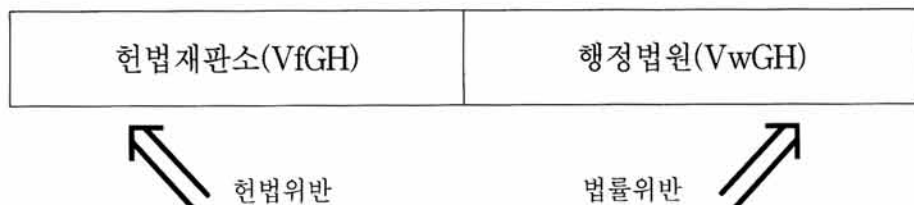
82) 행정법원과 최고법원의 규범통제심사 제청권한이 신설된 것이 1929년 B-VG-Novelle에 서이다.

83) Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL 5, 1929, S.59-60.

84) Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL 5, 1929, S.60.

헌법재판소가 직권으로 개시하거나 법원이나 행정청이 제청하는 경우에는 재판의 전제성(Präjudizialität)이 필요하다.⁸⁵⁾ 사인이 신청하는 경우에는 직접성을 요건으로 한다. 행정입법에 의해 자신의 권리가 직접 침해되었다고 주장하고 법원의 재판이나 처분의 발급 없이 청구인에게 효력을 미쳐야 한다. 또한, 직접성의 요건으로 일종의 보충성이 요구되는데, 다른 방법을 통해 헌법재판소의 규범통제를 받는 것이 수인한도를 넘어서야 한다는 요건도 추가된다. 따라서 처분이 이미 발급된 경우라면 처분소원에서 규범의 위법성을 주장할 수 있으므로 수인가능하고 규범통제신청은 부적법하다는 것이 판례이다(VfGH 26.2.2009, V 22/07).⁸⁷⁾

3. 처분(Bescheid)에 대한 통제



※헌법위반과 법률위반이 중첩되는 경우, 헌법재판소는 심리를 거부할 수 있고, 당사자의 신청에 따라 행정법원으로 이송할 수 있음

최종 심급의 행정결정
독립행정위원회(UVS) 등

* 행정부 소속이지만 독립성 보장되므로 유럽인권협약 제6조의 법원(tribunal)임
 ** 사실심 법원의 기능 수행

85) Machacek(Hrsg.), Verfahren vor dem VfGH und VwGH, 6. Aufl, Manz, 2008, S.67.
 86) Grabenwarter/Holoubek, Verfassungsrecht · Allgemeines Verwaltungsrecht, facultas.wuv, 2009, S.273.
 87) Grabenwarter/Holoubek, Verfassungsrecht · Allgemeines Verwaltungsrecht, facultas.wuv, 2009, S.275.

1) 행정법원과 헌법재판소에 의한 통제

오스트리아에서 처분(Bescheid)은 단순히 법률 차원이 아니라, 헌법에 규정되어 있는 개념으로서, 헌법은 처분에 대하여 특별한 보호장치를 마련하고 있다(Art. 144, 144a B-VG). 헌법 차원에서 처분을 행정법원과 헌법재판소에서 다룰 수 있는 가능성이 보장되고 있다.⁸⁸⁾ 양 절차의 명칭은 처분소원(Bescheidbeschwerde)으로 동일하다.

처분을 통제할 수 있는 헌법재판소의 권한은 실질적으로 행정재판권에 속하는 것이므로, 헌법재판소가 특별행정법원의 기능을 수행한다고 표현된다. 헌법재판소의 前身인 제국법원(Reichsgericht)에 헌법에 의해 보장되는 시민의 정치적 권리 침해에 대한 소원에 관하여 결정할 권한이 부여되어 있었고(1867년), 이러한 권한이 헌법재판소가 설립되면서 헌법재판소의 처분소원 심판권한으로 승계된 것이다.⁸⁹⁾ 그러므로 헌법재판소의 특별행정재판권은 1875년 행정법원 설립 이전부터 존재하였던 것이고, 행정법원의 행정재판권은 처음부터 헌법재판소의 특별행정재판권과 함께 나란히 존재하였다.⁹⁰⁾

2) 행정재판의 체계

처분이라는 동일한 대상에 대하여 헌법위반인지 법률위반인지, 즉 심사척도를 기준으로 헌법재판소와 행정법원의 관할이 구별되는데, 처분 통제의 전체적인 모습을 그리기 위해서는 오스트리아의 독특한 행정재판 체계에 대한 이해가 필요하다. 행정재판권의 영역에서는 오로지 하나의 행정법원만이 설치되어 있고, 행정재판은 단심으로 이루어진다. 행정법원은 최종심급으로서 법률심이다. 사실심은 사법부 내에서 이루어지는 것이 아니라, 독립행정위원회 등 행정부 소속의 기관에서 이루어지게 된다. 즉, 행정재판의 사실심은 행정부 소속 기관에 맡겨져 있다. 다만, 이들 기관은 형식적으로는 행정부 소속이지만 독립성이 보장되므로 유럽인권협약 제6조의 법원(tribunal)에 해당한다고 한다. 따라서 독립행정위원회 등을 통해 실

88) Rauschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl, SpringerWienNewYork, 2009, S.287.

89) Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 3. Aufl, 2006, Rn. 174.

90) Jabloner, Die Rolle des Verwaltungsgerichtshofes im neuen System in: Holoubek/Lang(Hrsg.), Die Schaffung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz, Linde, 2008, S.17-18.

질적인 사실심을 거친 행정부 내에서의 최종적인 결정에 대해, 헌법위반을 주장하고자 하면 헌법재판소에, 법률위반을 주장하고자 하면 행정법원에 처분소원을 제기하게 되는 것이다. 이 경우 헌법재판소와 행정법원의 관계는 상하관계가 아니다. 헌법재판소의 처분소원 심판권한은 행정법원의 행정재판권에 대한 예외를 이루기는 하지만,⁹¹⁾ 그로 인해 다단계의 심급구조가 되는 것은 아니라고 한다.⁹²⁾

3) 행정법원 관할과 헌법재판소 관할의 구별⁹³⁾

오스트리아에서는 행정법원과 헌법재판소가 함께 처분을 통제하게 된다. 원칙적으로 모든 최종적인 행정청의 처분은 두 개의 공법 법원에서 모두 다룰 수 있다. 소송상 주장이 무엇인가에 따라 구별될 뿐이다. 그러나 관할의 경합을 막기 위해 헌법재판소의 관할에 속하는 사건은 행정법원의 관할에서 제외하도록 하고 있다(Art 133 Z1 B-BG).

헌법재판소의 관할은 소송상 주장에 의해 결정된다. 처분으로 인해 ① 헌법에 의해 보장되는 권리가 침해되었거나 ② 위법한 행정입법, 위헌적인 법률 등의 적용으로 인해 자신의 권리가 침해되었다고 주장하면, 헌법재판소의 관할이 성립하고 행정법원의 관할은 배제된다.

이러한 구별은 여러 측면에서 문제가 없지 않다고 설명된다. 헌법재판소와 행정법원의 판례의 차이로 인해 양 법원 모두에서 관할이 부정되는 사례도 있었다. 절차상 하자과 관련하여, 헌법재판소는 절차의 하자가 자의금지에 위반한 정도에 이른 때에만 취소할 수 있고 하였고, 행정법원은 절차의 하자가 실체적 결정에 영향을 미친 경우에만 취소할 수 있다고 하였기 때문에, 자의금지에 이르지 아니하고 실체적 결정에 영향을 미치지 아니한 절차상 하자는 어느 법원에도 관할이 성립할 수 없게 되었다는 것이다.⁹⁴⁾

91) Adamovich/Funk, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl, SpringerWienNewYork, 1987, S.445-446.

92) Adamovich/Funk, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl, SpringerWienNewYork, 1987, S.447.

93) Machacek(Hrsg.), Verfahren vor dem VfGH und VwGH, 6. Aufl, Manz, 2008, S.140-141.

94) Machacek(Hrsg.), Verfahren vor dem VfGH und VwGH, 6. Aufl, Manz, 2008, S.140 참조.

4) 헌법재판소의 심리거부 권한

처분소원은 헌법재판소 관할사건 중 가장 큰 비중을 차지하는데 대략 연간 2,000건이다.⁹⁵⁾ 이와 같이 처분소원이 헌법재판소의 업무부담을 과중하게 하고 있고, 또한 행정재판권을 양분하는 것이 법정책적으로도 바람직하지 않으므로 헌법재판소의 처분소원을 폐지해야 한다는 주장이 종종 제기되어 왔다.⁹⁶⁾

그러나 처분소원을 폐지하는 대신에 헌법재판소가 심리거부(Ablehnung der Behandlung)를 할 수 있게 함으로써 과도한 사건부담에 대처하고 있다. 즉, ① 충분한 승소의 전망이 없거나 ② 헌법적 문제 해명을 기대할 수 없는 경우에는 심리를 거부할 수 있다. 그러나 행정법원의 관할이 배제되는 예외적인 경우에는 심리거부가 허용되지 않는다.

②의 사유는 문제 해결을 위해 “헌법에 고유한 고려”(spezifisch verfassungsrechtliche Überlegungen)가 필요 없는 경우에 충족된다(또한, 헌법에 고유한 고려가 필요한 경우라고 할지라도 ①의 사유에 의거하여서는 심리를 거부할 수 있다). 헌법상 보장된 권리의 침해가 바로 법률상 보장되는 권리의 침해를 가져오게 되는 경우가 이에 해당한다.⁹⁷⁾ 그러므로 심리거부를 통해 공법 영역의 두 법원이 내용상 중복되는 심사를 할 가능성이 줄어들게 된다.

실제로 헌법재판소는 ㉠ 법원이 처분의 법적 기초의 법률적합성 및 헌법적합성에 대한 우려가 없거나, ㉡ 행정청이 합헌적 법률해석의 요청을 무시하지 않은 이상에는, 심리 거부 권한을 적극적으로 활용하고 있다.⁹⁸⁾ 즉, 법률의 위헌성 또는 행정입법의 위법성 문제와 같은 규범통제의 문제가 없는 경우에는 대개 심리를 거부하는 것이다. 처분소원의 90% 이상이 심리 거부된다고 한다.⁹⁹⁾ 고유한 헌법이라는 독일의 Heck 공식과 유사한 표현을 사용하고 있지만, 법률의 해석·적용 문제까지 일부 포함하는 Heck 공식과 비교하면 헌법재판소가 실제 심사하는 범위

95) Grabenwarter/Holoubek, Verfassungsrecht · Allgemeines Verwaltungsrecht, facultas.wuv, 2009, S.280.

96) Adamovich/Funk, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl, SpringerWienNewYork, 1987, S.462.

97) Machacek(Hrsg.), Verfahren vor dem VfGH und VwGH, 6. Aufl, Manz, 2008, S.60.

98) Machacek(Hrsg.), Verfahren vor dem VfGH und VwGH, 6. Aufl, Manz, 2008, S.60.

99) Grabenwarter/Holoubek, Verfassungsrecht · Allgemeines Verwaltungsrecht, facultas.wuv, 2009, S.281.

가 보다 좁은 것으로 보인다.

헌법소원심판 청구가 기각되거나 심리거부된 경우에는 신청에 따라 소원을 행정법원에 이송할 수 있다. 단, 행정법원의 관할이 없는 경우가 아니어야 한다. 그러므로 청구인은 헌법재판소의 심리가 거부될 경우에 대비하여 처음부터 헌법재판소와 행정법원에 동시에 처분소원을 제기할 필요는 없다.¹⁰⁰⁾ 실제로도 헌법재판소에 제기한 후에 행정법원에 제기하는 경우가 대부분이다.¹⁰¹⁾

4. 소결

이상의 논의를 도표로 정리하면 다음과 같다.

심사대상 \ 심사척도	법률위반	헌법위반
법률	-	헌법재판소
행정입법	헌법재판소	헌법재판소
처분	행정법원	헌법재판소 ※단, 헌법위반과 법률위반이 중첩되는 경우에는 심리 거부 가능

독일과 비교할 때 오스트리아의 특징은 두 가지이다. 첫째, 행정입법에 대한 심사권한도 법률과 마찬가지로 헌법재판소에 집중되어 있다는 점이다. 이는 법적 안정성과 법적 통일성을 중시한 결과이다.

둘째, 재판에 대한 헌법소원이 인정되지 않고¹⁰²⁾ 행정작용인 처분에 대해서만

100) Machacek(Hrsg.), Verfahren vor dem VfGH und VwGH, 6. Aufl, Manz, 2008, S.141.

101) Korinek, Grundrechtsverwicklung und Grundrechtsdurchsetzung in: Merten(hrsg.), Verfassungsgerechtigbarkeit in Deutschland und Österreich, Dunkler & Humblot, 2008, S.215.

헌법소원이 인정된다는 점이다. 그 결과 통상재판(민·형사재판)과 행정재판의 영역에서 위헌성 통제 방식이 달라진다. 통상재판의 관할영역에서는 헌법소원이 인정되지 않는다. 그러므로 기본권 침해 주장에 대해서는 통상법원이 판단한다. 다만, 통상법원이 법률의 합헌성 또는 행정입법의 적법성에 관하여 의심이 있을 때에는, 위헌성의 문제를 헌법재판소에 제청하여 위헌이라고 여겨지는 규정의 폐지를 구해야 한다. 그러나 통상법원이 제청을 하지 않으면, 국내법상으로는 아무런 일도 일어나지 않는다. 단지 유럽인권법원에 제소하는 길만이 남을 뿐이다.¹⁰³⁾ 그리고 법률의 해석·적용의 문제에 대해서는 애당초 헌법재판소가 관여할 여지는 전혀 없다. 이 영역에서는 통상법원이 기본권 실현의 임무를 맡는다.¹⁰⁴⁾ 최근의 판결에서도 최고법원은 사법작용으로부터의 기본권 보호에 있어 스스로가 최종심임을 확인하였다.¹⁰⁵⁾

이와 달리 행정재판의 관할영역에서는 헌법소원(처분소원)을 통해 위헌성 통제가 이루어진다. 다만, 독일과 달리 헌법소원의 대상은 행정법원의 판결이 아니라, 최종 심급의 행정기관의 결정이다. 헌법재판소에서 먼저 소원을 제기하는 것이 보통의 경우이므로 헌법재판소의 헌법위반 여부의 통제가 먼저 이루어지고, 헌법재판소에 의해 청구가 기각되거나 심리가 거부되면 행정법원으로 이송되어 법률위

102) 다만, 2008년에 망명재판소가 설치되었는데, 예외적으로 망명재판소의 재판은 헌법소원의 대상이 된다(B-VG Art 144a).

103) 유럽인권협약에 따르면 유럽인권법원은 법원의 판결을 기본권 침해를 이유로 취소할 수 있다. 유럽인권법원에 오스트리아가 제소된 사건의 상당수는 법원의 판결에 대한 것이라고 한다. Theo Öhlinger, Verfassungsrecht, 8. Aufl, facultas.wuv, 2009, S.327.

104) Korinek, Grundrechtsverwicklung und Grundrechtsdurchsetzung in: Merten(hrsg.), Verfassungsgerechtigbarkeit in Deutschland und Österreich, Dunkler & Humblot, 2008, S.214~215. 위헌심사형 헌법소원(헌법재판소법 제68조 제2항)이 인정되는 우리나라와 달리 법원이 제청신청을 받아들이지 않은 경우에 헌법재판소에 규범통제를 구할 수 있는 방법이 없다. 그리하여 헌법정책적 관점에서 기본권 보호의 실효성을 높이기 위해 당사자에게 보충적인 신청권을 주는 방안이 논의된다. 독일의 예에 따라 재판에 대한 헌법소원을 도입하기보다는, 최고법원의 판결을 거친 후에 법원의 판결이 위헌적인 법적 상태에 기초하고 있는지 헌법재판소에 판단을 구할 수 있도록 하는 방안이 고려된다. 재판소원의 도입을 고려하지 않는 이유는 일반법원과 헌법재판소 사이의 갈등이 초래되는 상황을 우려하기 때문으로 보인다.

105) OGH 1. 8. 2007, 13 Os 135/06m(Theo Öhlinger, Verfassungsrecht, 8. Aufl, facultas.wuv, 2009, S.327에서 인용). 형사처분이나 재판으로 인한 인신의 자유 침해에 대하여는 1992년 기본권소원(Grundrechtsbeschwerde)이라는 특별한 권리구제절차가 마련되었는데, 이 역시 헌법재판소가 아닌 최고법원의 관할에 속한다. Theo Öhlinger, Verfassungsrecht, 8. Aufl, facultas.wuv, 2009, S.492.

반 여부를 통제받게 된다. 앞서 본 바와 같이 양자가 중첩되는 경우에 헌법재판소는 심리를 거부할 수 있고 과중한 업무분담으로 인해 헌법재판소는 이 권한을 적극적으로 활용하고 있으므로, 헌법재판소는 주로 헌법에 고유한 문제의 심리를 맡게 된다. 앞서 본 바와 같이 규범통제의 문제, 즉 처분의 근거 법률 또는 행정입법의 상위법 위반 여부가 그것이다. 이 영역에서는 기본권 실현의 임무가 헌법재판소에 맡겨져 있으므로 법원이 규범통제를 제청하지 않는 경우에 생기는 통상재판에서와 같은 문제가 발생하지 아니한다. 다만, 처분소원으로 인한 과중한 업무분담으로 인하여 기본권 심사 강도가 사실상 후퇴하게 되는 문제는 있다고 한다.¹⁰⁶⁾

IV. 결론 - 우리나라에의 시사점

이상의 논의를 표로 정리하여 우리나라의 경우와 비교하면 아래와 같다. 이를 토대로 아래에서는 몇 가지 시사점을 도출하고자 한다.

심사척도 심사대상	독일		오스트리아	
	법률위반	헌법위반	법률위반	헌법위반
법률	-	현재	-	현재
행정입법	행정법원	행정법원 →현재	현재	현재
처분	행정법원	행정법원 →현재	행정법원	현재

106) Korinek, Grundrechtsverwicklung und Grundrechtsdurchsetzung in: Merten(hrsg.), Verfassungsgereichtbarkeit in Deutschland und Österreich, Dunkler & Humblot, 2008, S.216.

(1) 첫째, 행정입법의 부수적 규범통제에 관한 것이다. 독일과 오스트리아는 전체적으로는 비교적 유사한 법제도를 가지고 있지만, 이 문제에 대해서는 완전히 상반된 태도를 보이고 있다. 독일은 각급 법원이 선결문제로 심리하여 적용을 배제할 수 있는 분산형 모델을 채택하고 있는 반면, 오스트리아는 헌법재판소만이 심사하여 효력을 배제할 수 있는 집중형 모델을 채택하고 있다.¹⁰⁷⁾ 전자는 행정작용의 적법성 통제와 권리구제의 실효성에 보다 중점을 두는 입장인 반면, 후자는 법적 안정성과 법적 통일성의 확보에 보다 중점을 두는 입장이라고 평가할 수 있을 것이다. 양자 모두 중요한 가치이지만, 다음과 같은 이유에서 행정입법에 대해서는 분산형 모델을 채택하는 것이 더 바람직하다고 여겨진다.

우선, 집중형 모델을 택하고 있는 오스트리아에서도 Verordnung의 형식이 아닌 일반적 성격의 규정에 대해서는 각급 법원이 개별적으로 무효를 판단할 수 있다는 점에서 알 수 있듯이 집중형 모델을 택하더라도 그 대상은 행정입법의 형식을 기준으로 정할 수밖에 없다. 일반·추상적 실질을 가지는가를 기준으로 정한다면 일반·추상성과 개별·구체성이 연속적인 개념이고 그 경계선이 유동적이기 때문에 판단이 매우 곤란할 것이다. 그렇다면 우리나라의 상황에서는 그 기준을 헌법에 형식이 규정되어 있는 대통령령, 부령 등인지 아니면 헌법에 예정되어 있지 않은 고시, 예규, 훈령 등인지에 따라 구별할 수밖에 없을 것이다. 그런데 실질적으로 중요한 사항들이 이른바 고시 등의 형식을 띤 법령보충적 행정규칙에 정해져 있다는 점을 고려하면 집중형의 통제가 큰 실효성을 갖기 어려울 것이다.

다음으로, 법적 통일성은 분산형 모델에서도 상소 제도를 통해 간접적으로 확보될 수 있다. 독일의 경우에도 상소와 재판소원을 통해 법적 통일성이 확보되는 것으로 설명된다. 특히, 독일에서는 재판권이 5개로 분리되어 있기 때문에 재판소원을 통한 통일성 확보가 필요하겠지만, 우리나라의 경우 일반법원의 사법권은 대법원을 정점으로 하여 통일되어 있으므로 상소만으로도 통일성은 충분히 확보될 수 있다고 생각된다.

마지막으로, 지금까지의 운용 경험에 비추어 볼 때, 행정입법에 대한 분산형 규범통제로 인해 법적 안정성이나 법적 통일성이 저해되었다고 볼만한 근거가 없다

107) 단, 일반적으로 생각하듯이 집중형 모델을 채택하면 헌법재판소에, 분산형 모델을 채택하면 일반법원에 권한을 부여해야 하는 것은 아니라고 생각된다. 집중형 모델을 채택하더라도 대법원에 제청하여 그 판단을 거치도록 하는 방법도 가능할 것이기 때문이다. 헌법 제107조 제2항은 대법원이 최종적으로 심사한다고만 규정하고 있으므로, 헌법 차원에서는 집중형과 분산형 사이의 선택은 이루어지지 않았다.

는 것이다. 집중형의 규범통제 제도는 적법성 통제와 권리구제의 실효성을 희생시킬 수밖에 없는 것이므로 이를 도입하고자 한다면 경험에 비추어 그 필요성이 입증되어야 할 것이다.

(2) 둘째, 행정입법에 주위적 통제에 관한 것이다. 주위적 통제의 권한을 어느 기관에 부여할 것인지는 부수적 통제 권한의 소재와 일치시켜야 한다는 것이다. 독일은 일반법원에서 주위적 통제와 부수적 통제를, 오스트리아는 헌법재판소에서 주위적 통제와 부수적 통제를 모두 실행한다. 주위적 통제와 부수적 통제는 상호 배타적인 것이 아니고, 하나의 행정입법에 대해서도 주위적 통제와 부수적 통제가 모두 가능한 경우가 발생할 수 있다. 예컨대, 독일의 규범통제절차의 대상이 되는 행정입법은 집행행위가 없는 자기집행적 규범에 한정되지 아니하고, 우리나라의 경우에도 처분적 행정입법¹⁰⁸⁾이나 직접성이 인정되는 행정입법¹⁰⁹⁾ 중에서 집행행위가 예정되어 있는 것이 있다. 서로 모순되는 판단을 피하기 위해서는 주위적 통제 권한과 부수적 통제 권한의 소재를 일치시킬 필요가 있다.

(3) 셋째, 적어도 개별적 행정작용의 통제에 있어서는 사실문제에 대한 통제의 기회가 반드시 부여되어야 한다는 것이다. 우리나라의 경우 처분이 아니어서 헌법소원의 대상이 되는 행정작용¹¹⁰⁾은 헌법재판소에 의한 심리 기회 밖에 보장받지 못한다. 그러나 독일은 각급 행정법원을 통해, 오스트리아는 독립행정위원회 등을 통해 사실심리의 기회를 보장받는다.¹¹¹⁾ 특히, 사실행위의 경우에는 대상적격의 단계에서부터, 즉 공권력 행사의 성격을 가지느냐의 판단에서부터 본안판단의 단계에 이르기까지, 즉 위법하거나 기본권을 침해하는가의 판단에 이르기까지 개별 사안의 사실관계 확정과 평가가 가장 중요한 문제가 될 수밖에 없다. 그러므로 이에 관한 충분한 사실심리가 보장되어야 한다.

108) 예컨대, 대법원 2003.10.9. 자 2003무23 결정이나 대법원 2006.9.22. 선고 2005두2506 판결에서 문제가 된 건강보험의 요양급여 기준을 정한 고시는 건강보험공단의 지급거부 처분이라는 집행행위가 있음에도 불구하고 처분성이 인정되었다.

109) 서두에서 본 바와 같이 헌법재판소 2008.10.30. 선고 2007헌마1281 결정은 불합격처분을 다투면서 선결문제로 시행규칙의 위헌성을 다툴 수 있음에도 불구하고, 시행규칙이 헌법소원의 대상이 된다고 하였다.

110) 규제적 행정지도 등 권력적 사실행위에 해당하는 행정작용이 대표적인 예이다.

111) 앞서 보았듯이, 독립행정위원회 등도 실질적인 법원이지만, 최근에는 사법부 소속으로 사실심을 담당하는 1심 행정법원을 만들자는 제안이 진지하게 고려되고 있다고 한다. Holoubek/Lang(Hrsg.), Die Schaffung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz, Linde, 2008.

(4) 마지막으로, 심사척도를 기준으로, 즉 헌법위반인가 아니면 법률위반인가를 기준으로 관할을 구별할 경우 적지 않은 법적 불안정성과 불명확성이 초래되는 것은 불가피하다는 점이다. 독일의 재판소원과 오스트리아의 처분소원이 그러한데, 양자 모두 헌법에 특유한 문제일 경우에만 헌법재판소가 심리한다.¹¹²⁾ 법치국가 원칙, 평등원칙, 비례원칙 등을 매개로 하면 법률위반 문제는 대부분 헌법위반 문제로 환원될 수 있기 때문이다. 물론, 기본권 등 헌법적 판단에 전문성을 갖는 헌법재판소에 의한 통제가 필요할 수도 있기는 하다. 그러나 다른 한편, 규범통제의 문제(당해 행정작용이 기초로 삼고 있는 규범의 상위법 위반 문제)를 넘어서서, 사실관계의 확정이나 법률의 해석·적용의 문제에까지 헌법재판소가 심사를 하게 되면 독일의 예에서 보듯이 일관되고 예측가능한 경계 설정은 어렵다는 점 또한 고려되어야 할 것이다. 나아가 독일의 재판소원과 오스트리아의 처분소원은 공히 헌법재판소의 업무부담을 과중하게 하는 주된 요인으로 지목되고 있고, 이는 헌법재판 전체의 심사강도의 약화로 이어진다고 지적되고 있다. 그리하여 독일은 수리절차(Annahmeverfahren), 오스트리아는 심리 거부를 통해, 상당수의 사건을 실질적으로 심사하지 않음으로써 업무부담을 줄이고 있다는 점 또한 염두에 둘 필요가 있을 것이다.

주제어 : 위헌성 통제, 위법성 통제, 규범통제, 헌법소원, 처분소원(오스트리아)

112) 물론, 맥락은 조금 다르다. 독일의 경우에는 일반법원의 권한을 존중하기 위해 헌법재판소가 제한적으로만 심사를 하는 것이고, 오스트리아의 경우에는 과중한 업무부담을 경감하기 위해 헌법재판소가 심리를 거부하고 행정법원으로 이송하는 것이다.

참 고 문 헌

- 박일환, “오스트리아의 헌법소원제도”, 헌법재판연구 제1권, 1989.
- 장영철, “오스트리아 헌법재판제도와 시사점”, 공법학연구 제10권 제1호, 2009.
- 정태호, “헌법소원의 역사적 발전 - 그 비교법적 검토”, 안암법학 Vol.4, 1996.
- 최계영, “헌법소원에 의한 행정작용의 통제 - 기능과 한계 -”, 공법연구 제37집 제2호, 2008.
- Adamovich/Funk, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl, SpringerWienNewYork, 1987.
- Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, 2. Aufl, 2001.
- Grabenwarter/Holoubek, Verfassungsrecht · Allgemeines Verwaltungsrecht, facultas.wuv, 2009.
- Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik, Neudruck der 20. Aufl, 1999.
- Holoubek/Lang(Hrsg.), Die Schaffung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz, Linde, 2008.
- Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 6.Aufl., 2005.
- Jabloner, Die Rolle des Verwaltungsgerichtshofes im neuen System in: Holoubek /Lang(Hrsg.), Die Schaffung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz, Linde, 2008.
- Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL 5, 1929.
- Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 13.Aufl., 2003.
- Korinek, Grundrechtsverwirklichung und Grundrechtsdurchsetzung in: Merten(hrsg.), Verfassungsgerechtsbarkeit in Deutschland und Österreich, Dunkler & Humblot, 2008.
- Lindeiner, Willkür im Rechtsstaat?, 2002.
- Machacek(Hrsg.), Verfahren vor dem VfGH und VwGH, 6. Aufl, Manz, 2008.
- Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 29. Auflage 2009.
- Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15.Aufl., 2004.

- Papier, H.-J., „Spezifisches Verfassungsrecht“ und „einfaches Recht“ als Argumentationsformel des Bundesverfassungsgerichts, in: Starck, Chr. (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz: Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Band I, 1976.
- Papier, Verhältnis des Bundesverfassungsgerichts zu den Fachgerichtsbarkeit, DVBl. 2009.
- Rauschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl, SpringerWienNewYork, 2009.
- Schlaich/Korioth, Bundesverfassungsgericht, 7. Auflage 2007.
- Schoch, Gerichtliche Verwaltungskontrollen in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlage des Verwaltungsrechts Bd.III, C.H.Beck, 2009.
- Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, 18. Aufl, 2009.
- Theo Öhlinger, Verfassungsrecht, 8. Aufl, facultas.wuv, 2009.
- Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 3. Aufl, 2006.

[Zusammenfassung]

Verfassungswidrigkeits- und Gesetzeswidrigkeitskontrolle in der öffentlichrechtlichen Streitigkeit in Deutschland und Österreich

Choi, Kae-Young

Assistant Professor, College of Law/School of Law,
Seoul National University

In diesem Aufsatz geht es um die Verfassungswidrigkeits- und Gesetzeswidrigkeitskontrolle in der öffentlichrechtlichen Streitigkeit in Deutschland und Österreich. Der Aufsatz vergliedert sich in zwei Teile.

Im ersten Teil wird über Rechtsinstituten Deutschlands(inzidente Prüfung, Normenkontrolle, allgemeine Feststellungsklage, Normerlaßklage, Verfassungsbeschwerde etc.) und Österreichs(Verordnungsbeschwerde, Bescheidbeschwerden durch VfGH und VwGH etc.) geschildert. Im zweiten Teil, auf Grund dieser Rechtsvergleichung, wird ihre Bedeutung auf die koreanisches Rechstinstitut erforscht. Insbesondere wird hier die Auffassung vertreten, daß die Verteilung von den Zuständigkeiten beider Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts nach dem Kriterium der Verfassungswidrigkeit oder der Gesetzeswidrigkeit wegen der Unklarheit nicht wünschenswert sei.

Stichwort : Verfassungswidrigkeitskontrolle, Gesetzeswidrigkeitskontrolle, Normenkontrolle, Verfassungsbeschwerde, Verordnungsbeschwerde, Bescheidbeschwerde