



청구서 : 법원의 제청서

청구서에는 증거나 참고가 되는 서류를 첨부 가능

청구서의 내용이 불분명하거나 내용에 부족함이 있으면 재판장이 이를 보충하여 제출하도록 명령하는데(이를 “보정명령”이라고 한다) 청구인은 이에 따라야 한다.

당사자가 개인인 경우에는 자신이 변호사가 아니면 반드시 변호사를 대리인으로 선임하여야만 심판청구를 하거나 심판을 수행할 수 있도록 되어 있다. 이를 변호사강제주의라고 한다.

헌법재판은 반드시 일정한 기간내에 청구하도록 되어 있는데, 이 기간을 청구기간이라고 한

다. 청구기간은 헌법재판의 유형에 따라 법으로 정하여져 있으므로

사전심사 :

전원재판부가 심리하기에 앞서 법률에서 정한 일정한 요건을 갖추지 못하였음이 명백한 사건을 미리 걸러내어 심리하지 않기로 하는 결정(각하결정)을 하고 그 외의 사건들은 전원재판부로 회부하는 역할

사건 배당 :

전원재판부든 지정재판부든 여러 명의 재판관이 심리에 참여하기 때문에 개개의 사건을 책임있게 처리하여야 할 재판관을 정할 필요가 있는데 그 재판관을 주심재판관이라고 하며, 사건에 관하여 주심재판관을 정하는 것

평의 :

주심재판관이 정하여지면 헌법연구관의 조사보고, 주심재판관의 검토, 지정재판부의 사전심사를 거친 후 전원재판부의 심리와 토의 결과에 따라 사건의 결론이 내려지게 된다. 사건의 쉽고 어려움에 따라 평의가 한 차례에 끝나는 경우와 여러 차례 되풀이되는 경우가 있다.

재판관의 제척·회피·기피제도 :

심판사건 자체나 그 사건의 당사자와 어떤 관련이 있어 심판을 공정하게 처리하기 어렵다고 여겨지는 재판관이 있는 경우에는 심판업무의 공정성을 위하여 그 재판관은 법률에 따라 당연히 그 심판절차에서 배제되거나 또는 스스로의 요구나 당사자의 신청에 따라 심판에 관여하지 않는다.

결정 :

전원재판부가 사건을 심리하기 위하여는 재판관 7명 이상이 출석하여야 하고 중국심리(평의를 여러차례 거치는 경우 마지막 심리)에 참여한 재판관만으로 결정을 한다.

심리방식 : 서면심리

위헌법률심판과 헌법소원심판은 당사자나 이해관계인이 낸 서류를 검토하는 방식.

다만 위헌법률 심판과 헌법소원심판이라도 재판부가 필요하다고 인정할 경우에는 구두변론을 열 수 있다. 구두변론은 공개하지만 서면심리와 평의는 공개하지 않는다.

심판에 관하여 이해관계가 있는 당사자나 국가기관 등은 헌법재판소에 의견서를 낼 수 있다.

중국결정

심리를 마치고 결론을 내리면 결정서를 작성하고 관여 재판관 전원이 서명과 날인을 하여 공개된 심판정에서 이를 선고한다. 결정서에는 사건번호와 사건명, 당사자와 심판수행자 또

는 대리인, 주문(결론), 이유, 결정일자를 기재한다.

종국결정이 선고되면 결정서 정본을 만들어 이를 당사자에게 보내주고 관보에 결정내용을 실어 일반에게 그 내용을 널리 알린다.

본안 전 결정(각하결정) : 심판청구의 내용에 대하여 실질적인 심사에 들어가기 전에 심판청구가 형식적인 요건을 갖추지 못한 경우 (합헌결정 또는 기각결정)

본안에 대한 결정 : 심판청구에 대하여 실질적인 심사

재판관 6명 이상의 찬성 :

위헌결정이나 헌법소원심판청구를 받아들이는 결정

헌법재판소의 종전의 견해를 변경하는 결정

(9명의 재판관 중 과반수인 5명이 위헌의 의견을 갖고 있다 할지라도 위헌결정이 선고되지 아니하는 경우가 생긴다)

헌법재판소의 위헌결정이나 심판청구를 인용하는 결정에 대하여는 모든 국가기관과 지방자치단체가 따라야 하며 이와 어긋나는 처분이나 법적용을 하여서는 아니된다. 예컨대 어느 법률이 위헌이라고 선고되면 그 법률은 효력을 상실하므로 법원은 재판에 그 법률을 적용하여서는 아니되고 행정부도 그 법률에 근거한 행위를 할 수 없는 것이다.

헌법소원심판

가. 기본권 구제형 헌법소원심판 : 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판절차

(1) 정의

국가권력이 국민의 기본권을 침해하는 경우에 기본권을 침해받은 국민이 헌법재판소에 자신의 기본권을 침해하는 국가 공권력작용이 헌법에 위반되는지를 가려내 그 효력을 없애줄 것을 요청하는 제도로서 국민의 기본권을 보호하기 위한 최후의 보루이다. 즉 모든 국민은 자신의 권리가 침해되었을 경우 우선 일반 소송절차를 통하여 그 권리를 구제받게 되나, 이러한 방법에 의하여 충분한 구제가 되지 못하거나 이러한 구제방법이 아예 없는 경우에 그 침해받은 권리가 헌법이 보장하는 기본권인 경우에 헌법재판소에 그 기본권을 침해하는 행위를 취소하거나 위헌임을 확인하여 주도록 헌법소원심판을 청구할 수 있는 것이다. 이와 같이 헌법소원심판은 국민의 기본권이 정당한 이유 없이 침해되는 것을 막아주는 방파제로서의 역할을 하고 있으며 이로써 헌법에 규정된 국민의 기본권은 진정한 권리로 살아 숨쉬게 되는 것이다. 우리가 헌법소원을 헌법재판의 꽃 또는 현대판 신문고라 부르는 이유가 여기에 있다.

(2) 심판대상

헌법소원심판의 대상이 되는 국가권력은 공권력의 행사 또는 불행사이다. 국가기관이나 지방자치단체는 법에 따라 국민이나 주민에게 일방적으로 어떤 의무를 부담시키거나 의무이행을 강제할 수 있는 힘을 가지는데 이러한 힘을 공권력이라 한다. 이러한 공권력에 의한 국민의 기본권침해는 국가나 지방자치단체가 국민에게 어떤 종류의 의무를 부담시키거나 의무이행을 강제하는 적극적 행위에 의하여 발생하는 것이 보통이나, 국가나 지방자치단체가 국민을 위하여 당연히 하여야 할 의무를 하지 않고 이를 방치함으로써 기본권이 침해되는 경우도 있으므로 이러한 공권력의 행사와 불행사 모두가 헌법소원심판의 대상이 된다. 예를 들면, 국회의 입법행위와 행정부의 행정행위 및 사법부의 공권력행사가 있다. 다만 헌법재판소법은 법원의 재판을 헌법소원의 심판대상에서 제외시키고 있으므로 법원의 재판에 대하여는 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법률을 적용한 재판이 아닌 경우에는 헌법소원심판을 청구할 수 없다.

국회가 제정한 법률에 의하여 직접 기본권을 침해받은 경우나 국회가 일정한 내용의 법률을 만들어야 할 의무가 있음에도 불구하고 이를 만들지 않고 이로 말미암아 기본권이 침해되는 경우에도 헌법소원을 심판청구할 수 있다.

다음 행정부의 공권력으로 중요한 것은 종래 재판에 의하여서는 사실상 구제를 받을 수 없었던 권력적 사실행위가 있다. 행정 각부의 장관이 국민에 대하여 한 권고나 조언들도 경우에 따라서는 행정부가 가지고 있는 공권력을 배경으로 하고 있어 국민이 사실상 그 권고나 조언에 따르지 않을 수 없는데 이 경우 그 권고나 조언은 실질적으로 공권력을 행사한 것이나 다름없으므로 이에 대하여 헌법소원을 청구할 수 있다. 제5공화국 시절에 있었던 국제그룹해체사건에서의 재무부장관의 해체지시가 대표적인 예이다. 또 금융실명제실시를 위한 대통령의 긴급재정경제명령과 같이 국민에게 일정한 의무를 과하는 대통령의 긴급명령에 대해서도 그로 인하여 기본권을 직접 침해받은 때에는 헌법소원을 청구할 수 있다. 마찬가지로

법률의 위임에 따라 행정부가 명령·규칙 등을 만든 경우에도 그 명령·규칙에 의하여 기본권을 직접 침해받았으면 헌법소원을 청구할 수 있다. 나아가 행정부 자체의 공권력의 행사는 아니라 하더라도 국립대학교와 같이 일정한 한도내에서 공권력을 행사할 수 있는 기관이나 단체가 대외적으로 국민의 기본권과 관련이 있는 공권력을 행사한 경우 이로 인하여 기본권을 침해받은 국민이 헌법소원을 청구할 수 있음은 물론이다. 국립대학교인 서울대학교가 발표한 대학입학고사 주요요강과 같은 것이 그 예이다.

그리고 행정부나 사법부가 일정한 내용의 공권력을 행사하여야 할 의무가 있는데도 이를 행사하지 않고 그로 인하여 기본권이 침해되는 경우도 그 공권력의 불행사가 위헌이라는 내용의 확인을 구하는 헌법소원을 청구할 수 있는데, 법원이 법무사법에 규정된 법무사시험을 시행하지 않아 직업선택의 자유를 침해하고 있었던 것이 그 한 예이다.

(3) 헌법소원심판을 청구할 수 있는 자-자기 자신의 기본권을 현재 직접적으로 침해받고 있는 자

헌법소원을 청구하기 위해서는 **공권력에 의하여 현재 자신의 기본권이 직접 침해**되어야 한다. 먼저 공권력에 의하여 자기 자신의 기본권이 침해되어야 한다. 따라서 남의 기본권이 침해되었다는 이유로는 헌법소원을 청구할 수 없다. (이러한 요건을 “자기관련성”이라 한다).

다음 원칙적으로 **기본권이 현재 침해**받고 있어야 한다. 그러므로 가까운 장래에 기본권이 침해될 우려가 거의 확실한 경우를 제외하고는 장래에 기본권의 침해가 있을 것으로 막연히 예상된다는 이유만으로 곧바로 헌법소원을 청구할 수 없다. 그리고 과거에는 기본권의 침해가 있었으나 현재에는 그 침해가 없어진 경우에도 원칙적으로 헌법소원을 청구할 수 없다 (이러한 요건을 “침해의 현재성”이라 한다). 다만 공권력에 의한 기본권의 침해가 일시적으로만 생기는 경우가 있는데, 헌법재판이 끝나기까지는 상당한 기간이 필요하므로 이러한 경우 최종재판을 하기 전에 기본권 침해의 상태가 이미 종료되었다는 이유로 헌법소원의 요건이 갖추어지지 않은 것으로 처리하면 국민의 기본권을 보장할 수 없는 사각지대가 생기게 된다. 따라서 헌법재판이 있기 전에 기본권 침해의 상태가 종료되었더라도 그러한 형태의 기본권 침해가 반복될 가능성이 있는 경우에는 예외적으로 헌법소원이 허용된다. 예를 들어 구속·수감중인 사람이 변호인의 도움을 받기 위하여 변호인 접견신청을 하였으나, 수사기관에 의하여 거부된 경우 그 침해행위 자체가 종료되었다 하더라도 그 후 이와 같은 행위는 반복될 가능성이 있고, 또 변호인의 도움을 받을 권리는 매우 중요한 기본권의 하나이므로 그와 같은 경우 헌법소원이 허용되는 것이다.

끝으로 **공권력에 의하여 기본권이 직접 침해**되어야 한다. 이는 특히 국회가 만든 법률이나 하위 법령인 행정부의 명령·규칙에 의하여 기본권을 침해받았다고 하여 헌법소원을 청구하려는 경우 중요한 요건이다. 예를 들어 어떤 법률이나 명령·규칙이 행정부 등의 처분행위에 의해 집행될 것을 예정하고 있고, 그 처분행위에 의하여 비로소 기본권이 침해된 경우에는, 기본권을 직접 침해한 행위는 행정부의 처분행위이지 법률이나 명령·규칙 자체는 아니므로, 그 법률이나 명령·규칙에 대하여는 직접 헌법소원을 청구할 수 없다(이러한 요건을 “침해의 직접성”이라 한다).

(4) 다른 법률에 정한 구체절차를 모두 거친 후일 것

헌법소원은 공권력에 의하여 기본권이 침해된 경우 구제받을 수 있는 좋은 방법이지만, 한편으로는 그 공권력에 의한 기본권 침해에 대하여 **다른 방법으로 구제받을 수 있는 법률적 절차가 있다면 그 모든 절차를 적법하게 거친 후가 아니면 청구할 수 없는 제약**이 있다.

다른 방법에 의한 구제절차로 가장 대표적인 것이 법원의 재판이다. 다만 위에서 설명한 것과 같이 법원의 재판에 대하여는 헌법소원을 청구할 수 없도록 되어 있으므로, 결국 우리 제도는 기본권을 침해받은 경우 우선 법원의 재판으로 구제받도록 하고, 그것이 불가능한 경우, 예를 들어 법률에 의하여 직접 기본권의 침해를 받은 경우와 같이 법원의 재판으로는 직접 권리구제를 받을 수 없는 때에는 헌법소원에 의하여 권리를 구제받도록 하고 있다고 할 수 있다.

이와 같이 헌법소원이 기본권 구제의 보충적 수단으로만 기능한다 하여도 헌법소원의 의미나 가치는 결코 가벼운 것이 아니다. 과거에는 국민의 기본권과 직접 관련이 있는 각종의 법령이나 국가가 공권력을 배경으로 사실상 강압적인 위치에서 행한 각종의 권력적 사실행위 등에 대하여는 법원의 재판을 통하여 효율적인 권리구제를 받기가 사실상 불가능하였으나 이제는 헌법소원제도에 의하여 이러한 분야에서도 국민의 기본권이 효율적으로 보장될 수 있게 되었기 때문이다. **법원의 재판이 허용되지 않는 경우에도 법령이 다른 구제절차를 마련해 놓고 있으면 그 구제절차를 모두 거친 후 헌법소원을 청구하여야 한다.**

법령에 위와 같은 구제절차가 마련되어 있지 않고 법원의 재판도 허용되지 않는 경우에는 곧바로 헌법소원을 청구할 수 있음은 물론이다. 결국 헌법소원은 국민의 기본권 보장을 위한 마지막 수단이라고 말할 수 있다.

(5) 청구기간 내의 청구일 것

기본권이 침해된 경우에 언제까지라도 헌법소원을 청구할 수 있다고 하면 법률관계가 매우 불안정해질 수가 있으므로, 헌법소원은 일정한 기간 내에 청구되어야 한다.

헌법재판소법은 **헌법소원을 청구할 수 있는 기간을 기본권 침해의 사유가 있음을 안 날로부터 90일 이내 또는 그 사유가 있는 날로부터 1년 이내로 제한**하였는데 이는 결코 긴 기간은 아니므로, 헌법소원을 청구하고자 하는 사람은 항상 그 기간에 신경을 써야 한다. 그리고 **법률에 의하여 직접 기본권이 침해되는 경우 보통 그 법률의 시행일로부터 기간을 계산하며, 다만 시행후에 해당 사유가 발생하여 비로소 기본권이 침해된 경우는 그 사유발생일로부터 기간을 계산**한다.

나. 위헌법률심판형 헌법소원심판 : 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판절차

헌법재판소법은 위와 같은 헌법소원 외에도 소송당사자가 법원에 재판의 전제가 되는 법률에 대하여 위헌법률심판의 제청신청을 하였음에도 법원이 이를 받아들이지 않은 경우 헌법재판소에 직접 문제된 법률의 위헌 여부에 대한 헌법소원심판을 청구할 수 있는 길을 열어 놓았다. 예를 들어 부모를 살해한 자에 대하여 법원이 사형을 선고하였고 이에 대하여 피고인이 항소를 하면서 형벌로서의 사형제도는 생명권을 침해하는 것으로 헌법에 위반된다는 내용으로 법원에 대하여 사형을 형벌의 하나로 규정하고 있는 형법조항에 대한 위헌법률심

관을 헌법재판소에 제청하여 줄 것을 신청하였으나 법원이 이를 받아들이지 않는 경우, 피고인은 직접 헌법재판소에 위 조항의 위헌여부에 대한 헌법소원심판을 청구할 수 있다.

즉 법원의 재판 자체는 헌법소원의 대상이 되지 않는 것이나, 재판에서 다루어지는 법률이 위헌인지의 여부에 관하여는 헌법재판소의 심판을 받아볼 수 있는 길이 열려 있는 것이다.

이러한 헌법소원은 그 형식과 이름만이 헌법소원일 뿐이지 그 실질은 위헌법률심판과 마찬가지로 규범통제에 그 목적이 있는 것이기 때문에 원칙적으로 위헌법률심판절차에 따라 심판하게 된다. 따라서 문제된 법률이 법원의 재판의 전제가 되기만 하면 헌법소원을 청구할 수 있으며, 이 경우에는 그 법률에 의하여 당사자의 기본권이 침해되었는지 여부가 문제되지 않는다.

그리고 이 헌법소원의 경우는 법원에서 위헌법률심판의 제청신청이 받아들여지지 않은 날, 더 엄밀히 말하면 법원의 기각결정문을 송달받은 날로부터 30일 이내에 청구하여야 한다.

다. 심리의 방식과 종국결정

헌법소원이 청구되면 위에서 말한 여러 가지 요건을 모두 갖추었는가를 심사한다. 위에서 설명한 요건을 모두 갖추지 못한 헌법소원 심판청구는 부적법한 것이므로 이를 각하하게 되는데 이는 3명의 재판관으로 구성된 지정재판부나 재판관 전원으로 구성된 전원재판부 모두가 할 수 있다.

헌법소원이 위와 같은 요건을 모두 갖추어 적법한 경우에는 헌법재판관 전원으로 구성된 전원재판부에서 청구인 및 관계된 국가기관 등으로부터 서면으로 의견이나 각종 자료를 제출 받은 후 문제된 공권력의 행사 또는 불행사가 위헌인지에 대하여 판단하게 된다. 심리 결과 문제된 공권력의 행사 또는 불행사가 위헌이라고 판단되면, 헌법재판소는 그 공권력의 행사를 취소하거나 공권력의 불행사에 대하여 위헌이라고 확인하게 된다. 그리고 필요한 경우에는 그 공권력 행위의 근거가 된 법률에 대하여도 위헌이라고 선언할 수 있다. 이와 같은 헌법재판소의 결정은 모든 국가기관을 기속하며, 경우에 따라 국가기관은 헌법재판소의 결정의 취지에 따라 새로운 행위를 하여야 하는 경우도 있다

그러나 문제된 공권력의 행사 또는 불행사가 위헌이 아니라고 판단되면 헌법재판소는 청구인의 심판청구를 이유없다고 하여 기각한다.