

## 2. 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원

### 가. 위헌제청신청 기각결정

헌법재판소법(이하 ‘법’이라 한다) 제 68조 제2항은 “법률의 위헌여부심판의 제청신청이 ‘기각’된 때에는” 그 신청을 한 당사자가 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 그런데 실제적으로는 당해 법원이 실질적으로 헌법문제에 관한 판단을 했으므로 기각결정을 해야 함에도 불구하고 당사자의 제청신청을 각하결정이라는 재판형식으로 배척한 경우에는 법 제68조 제2항의 규정에 따른 헌법소원심판의 청구는 허용된다(헌재 1989. 12. 18. 89헌마32등, 판례집 1, 343, 346). 그러나 헌법소원심판의 전제가 된 당해 사건의 항소심절차에서 위헌여부의 심판제청신청이 기각되었는데도 이에 대하여 헌법소원심판을 청구하지 아니하고 있다가 또다시 같은 항소심절차에서 같은 법률조항에 관하여 동일한 사유를 이유로 위헌여부의 심판제청을 하고 그것이 기각되자 헌법소원심판청구를 한 경우, 이는 법 제68조 제2항 후문의 규정에 위배되어 부적법하다(헌재 1994.4.28. 91헌바14, 판례집 6-1, 281, 294).

### 나. 재판의 전제성

재판의 전제성이라 함은 위헌법률심판의 제청(법 제41조)이나 위헌심사형 헌법소원심판청구(법 제68조 제2항)에는 법률이 헌법에 위반되는 여부가 법원(군사법원 포함)이 담당하는 당해 사건의 재판에 전제가 되어야 한다는 것이다. 그러므로 법 제68조 제2항에 따른 헌법소원에 있어서도 일반법원에 계속된 구체적 사건에 적용할 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 되어 있어야 하고, 이 경우 재판의 전제가 된다고 하려면 우선 그 법률이 당해 소송사건에 적용될 법률이어야 하고 그 위헌여부에 따라 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우를 말한다(헌재 1995. 7. 21. 93헌바46, 판례집 7-2, 48, 58).

### 다. 청구기간

법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판의 청구는 법률에 대한 위헌여부심판의 제청신청을 기각하는 결정을 통지 받은 날로부터 30일 이내에 제기하여야 한다(법 제 69조 제2항).

## 라. 기 타

그 밖에 변호사강제주의(법 제25조 제3항), 국선대리인(법 제70조), 일사불변(법 제39조) 등은 법 제68조 제1항에 의한 헌법소원의 경우와 같다.