

社會保護法 第5條의 違憲審判

(1989. 7. 14. 88헌가5,8,89헌가44(병합) 全員裁判部)

[판례집1권, 69~120]

【판시사항】

1. 구(舊) 사회보호법(社會保護法)(1989.3.25. 법률(法律) 제 4089호로 개정(改正)되기 전(前)의 것) 제5조의 위헌심판제청(違憲審判提請)의 적법여부(適法與否)
2. 같은 법(法) 제5조 제1항의 위헌여부(違憲與否)
3. 같은 법(法) 제5조 제2항의 위헌여부(違憲與否)

【결정요지】

1. 보호감호처분(保護監護處分)에 대하여는 소급입법(遡及立法)이 금지(禁止)되므로 비록 구법(舊法)이 개정(改正)되어 신법(新法)이 소급(遡及) 적용(適用)되도록 규정(規定)되었다고 하더라도 실제적인 규정에 관한 한 오로지 구법(舊法)이 합헌적(合憲的)이어서 유효(有效)하였고 다시 신법(新法)이 보다 더 유리하게 변경되었을 때에만 신법(新法)이 소급 적용(遡及適用)될 것이므로 폐지(廢止)된 구법(舊法)에 대한 위헌여부(違憲與否)의 문제는 신법(新法)이 소급적용(遡及適用)될 수 있기 위한 전제 문제(前提問題)로서 판단(判斷)의 이익이 있어 위헌제청(違憲提請)은 적법(適法)하다.
2. 구(舊) 사회보호법(社會保護法) 제5조 제1항은 전과(前科)나 감호처분(監護處分)을 선고(宣告)받은 사실(事實) 등 법정(法定)의 요건(要件)에 해당되면 재범(再犯)의 위험성 유무에도 불구하고 반드시 그에 정한 보호감호(保護監護)를 선고(宣告)하여야 할 의무(義務)를 법관(法官)에게 부과(賦課)하고 있으니 헌법(憲法) 제12조 제1항 후문(後文), 제37조 제2항 및 제27조 제1항에 위반(違反)된다.
3. 같은 법(法) 제5조 제2항의 보호감호처분(保護監護處分)은 재범(再犯)의 위험성을 보호감호(保護監護)의 요건(要件)으로 하고 있고, 감호기간(監護期間)에 관한 7년의 기한(期限)은

단순히 집행상의 상한(上限)으로 보아야 하므로 헌법(憲法) 제12조 제1항 후문(後文)에 정(定)한 적법절차(適法節次)에 위반(違反)되지 아니한다.

재판장 이시윤의 보충의견(補充意見)

헌법재판소(憲法裁判所)는 되도록 재판(裁判)의 전제성(前提性)에 관한 법원(法院)의 법률적(法律的) 견해(見解)를 존중해야 할 뿐만 아니라 구(舊) 사회보호법(社會保護法) 제5조 제1항의 위헌여부(違憲與否)는 이 사건 본안 판단(判斷)에 영향이 없는 문제이나 일반적이고도 중요한 의미가 있는 경우이므로 당해 사건 재판(裁判)의 전제성(前提性)의 예외(例外)에 해당(該當)된다.

재판관 한병채의 반대의견(反對意見)

1. 심판(審判)의 대상(對象)인 구법(舊法) 제5조 제1항의 규정(規定)이 신법(新法)에 의하여 개정(改正)되어 종전보다 유리한 신법(新法)을 소급적용(溯及適用) 하도록 되었다면 구법(舊法)에 대한 위헌심판(違憲審判)은 그 전제성(前提性)이 없어졌고 판단의 필요성이 없어 부적법(不適法)하다.

2. 구법(舊法)에는 재범(再犯)의 위험성을 법률(法律)로 의제(擬制) 하였던 것을 신법(新法)이 법관(法官)의 재량(裁量)으로 판단(判斷)하도록 소급개정(溯及改正)하였다면 이는 재범(再犯)의 위험성에 관한 판단절차(判斷節次)를 보충(補充) 개선(改善)하여 유리하게 한 것에 불과하므로 소급입법금지(溯及立法禁止)의 원칙(原則)에 해당되지 않는다.

재판관 김양균의 반대의견(反對意見)

제청법원(提請法院)은 위헌심판제청(違憲審判提請) 이후의 법률(法律)의 개정(改正)으로 인하여 본건 피감호청구인(被監護請求人)에 관한 구법(舊法)에 대한 위헌심판(違憲審判)을 기다릴 필요없이 신법(新法)에 따라 보호감호청구사건(保護監護請求事件)의 처리가 가능하므로 위헌판단(違憲判斷)의 필요성(必要性)이 없어 이견 위헌심판제청(違憲審判提請)은 부적법(不適法)하다.

재판관 최광률의 반대의견(反對意見)

법판단(憲法判斷)이 아니므로 이 사건 위헌심판제청(違憲審判提請) 중(中) 이 부분은 부적법(不適法)하다.

재판관 변정수, 김진우의 보충의견(補充意見) 및 반대의견(反對意見)

1. 구(舊) 사회보호법(社會保護法) 제5조 제1항의 보안처분(保安處分)도 처벌(處罰)에 해당되므로 형(刑)의 선고(宣告)와 함께 보호감호(保護監護)를 선고(宣告)하는 것은 헌법(憲法) 제13조 제1항, 제12조 제1항에 위반(違反)된다.

2. 구(舊) 사회보호법(社會保護法) 제5조 제2항은 형(刑)의 집행(執行)을 종료한 시점에서의 재범(再犯)의 위험성에 비례하여 감호기간(監護期間)을 선택할 수 있는 법관(法官)의 재량(裁量)을 배제(排除)한 점에서 헌법(憲法) 제12조 제1항에 위반(違反)된다.

제청법원 대법원(1988.12.14. 88감도110, 1988.12.22. 88감도143, 1989.2.14. 88감도164 보호감호)

피감호청구인 김○한 외2인

【참조조문】

헌법(憲法) 제12조 제1항, 제13조 제1항, 제37조 제2항

구(舊) 사회보호법(1989.3.25. 법률(法律) 제4089호로 개정(改正)되기 전(前)의 것) 제5조 (보호감호(保護監護)) ① 보호대상자(保護對象者)가 다음 각호(各號)의 1에 해당하는 때에는 10년(年)의 보호감호(保護監護)에 처(處)한다. 다만, 보호대상자(保護對象者)가 50세(歲) 이상인 때에는 7년(年)의 보호감호(保護監護)에 처(處)한다.

1. 동종(同種) 또는 유사(類似)한 죄(罪)로 3회(回)이상 금고(禁錮) 이상의 실형(實刑)을 받고 형기합계(刑期合計) 5년(年) 이상인 자(者)가 최종형(最終刑)의 전부(全部) 또는 일부(一部)의 집행(執行)을 받거나 면제(免除)를 받은 후 3년(年)내에 다시 사형(死刑)·무기(無期) 또는 장기(長期) 7년(年) 이상의 징역(懲役)이나 금고(禁錮)에 해당하는 동종(同種) 또는 유사(類似)한 죄(罪)를 범(犯)한 때

2. 보호감호(保護監護)의 선고(宣告)를 받은 자(者)가 그 감호(監護)의 전부(全部) 또는 일부(一部)의 집행(執行)을 받거나 면제(免除)를 받은 후 다시 사형(死刑)·무기(無期) 또는 장기(長期) 7년(年)이상의 징역(懲役)이나 금고(禁錮)에 해당하는 동종(同種) 또는 유사(類似)한 죄(罪)를 범(犯)한 때

② 보호대상자(保護對象者)가 다음 각호(各號)의 1에 해당하는 때에는 7년(年)의 보호감호(保護監護)에 처(處)

한다.

1. 동종(同種) 또는 유사(類似)한 죄(罪)로 2회(回)이상 금고(禁錮) 이상의 실형(實刑)을 받고 형기합계(刑期合計) 3년(年)이상인 자(者)가 최종형(最終刑)의 전부(全部) 또는 일부(一部)의 집행(執行)을 받거나 면제(免除)를 받은 후 다시 사형(死刑)·무기(無期) 또는 장기(長期) 5년(年)이상의 징역(懲役)이나 금고(禁錮)에 해당하는 동종(同種) 또는 유사(類似)한 죄(罪)를 범(犯)하고 재범(再犯)의 위험성(危險性)이 있다고 인정되는 때

2. 수개(數個)의 범죄사실(犯罪事實)로 인하여 상습성(常習性)이 인정되는 자(者) 또는 범죄(犯罪)를 목적(目的)으로하는 단체(團體) 또는 집단(集團)의 수괴(首魁) 및 간부(幹部)인 자(者)가 사형(死刑)·무기(無期) 또는 장기 5년(年)이상의 징역(懲役)이나 금고(禁錮)에 해당하는 죄(罪)를 범(犯)하고 재범(再犯)의 위험성(危險性)이 있다고 인정되는 때

② 생략

구(舊) 사회보호법(社會保護法)(1989.3.25. 법률(法律) 제4089호(號)로 개정(改正)되기 전(前)의 것) 제20조 (감호(監護)의 판결(判決)등) ① 법원(法院)은 감호청구(監護請求)된 사건(事件)을 심리(審理)하여 그 청구(請求)가 이유(理由)있다고 인정할 때에는 판결(判決)로써 감호(監護)를 선고(宣告)하여야 하고, 그 이유(理由)없다고 인정할 때 또는 피고사건(被告事件)에 대하여 심신상실(心神喪失)이외의 사유(事由)로 무죄(無罪)를 선고(宣告)하거나 사형(死刑) 또는 무기형(無期刑)을 선고(宣告)할 때에는 판결(判決)로써 청구기각(請求棄却)을 선고(宣告)하여야 한다. 다만, 피감호청구인(被監護請求人)이 제5조 제1항 또는 제8조 제1항 제1호에 규정(規定)한 요건(要件)에 해당하는 때에는 감호(監護)의 선고(宣告)를 하여야 한다.

②~⑧ 생략

구(舊) 사회보호법(社會保護法)(1989.3.25. 법률 제4089호로 개정(改正)되기 전(前)의 것) 제25조 (가출소(假出所), 감호(監護)등의 면제심사(免除審査)) ① 사회보호위원회(社會保護委員會)는 피보호감호자(被保護監護者)에 대하여 그 집행개시(執行開始)후 매(每) 2년(年) 가출소(假出所) 여부(與否)를, 가출소(假出所)한 피보호감호자(被保護監護者)에 대하여 매(每) 6월(月) 집행면제(執行免除) 여부(與否)를 심사(審査)·결정(決定)한다.

② 생략

사회보호법(社會保護法) 제5조 (보호감호(保護監護)) 보호대상자(保護對象者)가 다음 각호(各號)의 1에 해당하고 재범(再犯)의 위험성(危險性)이 있다고 인정되는 때에는 보호감호(保護監護)에 처(處)한다.

1. 동종(同種) 또는 유사(類似)한 죄(罪)로 2회(回) 이상 금고(禁錮) 이상의 실형(實刑)을 받고 형기합계(刑期合計) 3년(年) 이상인 자(者)가 최종형(最終刑)의 전부 또는 일부의 집행(執行)을 받거나 면제(免除)를 받은 후 다시 동종(同種) 또는 유사한 별표(別表)의 죄(罪)를 범한 때

2. 별표(別表)에 규정(規定)된 죄(罪)를 수회(數回) 범하여 상습성(常習性)이 인정될 때

3. 보호감호(保護監護)의 선고(宣告)를 받은 자(者)가 그 감호(監護)의 전부 또는 일부의 집행(執行)을 받거나 면제(免除)를 받은 후 다시 동종(同種) 또는 유사한 별표(別表)의 죄(罪)를 범한 때

사회보호법(社會保護法) 제7조 (보호감호(保護監護)의 내용(內容))

①~② 생략

③ 보호감호시설(保護監護施設)에의 수용(收容)은 7년(年)을 초과할 수 없다.

④ 생략

사회보호법(社會保護法) 제20조 (감호(監護)의 판결(判決)등) ① 법원(法院)은 감호청구(監護請求)된 사건(事件)을 심리(審理)하여 그 청구(請求)가 이유(理由)있다고 인정할 때에는 판결(判決)로써 감호(監護)를 선고(宣告)하여야 하고, 그 이유(理由)없다고 인정할 때 또는 피고사건(被告事件)에 대하여 심신상실(心神喪失)이외의 사유(事由)로 무죄(無罪)를 선고(宣告)하거나 사형(死刑) 또는 무기형(無期徒刑)을 선고(宣告)할 때에는 판결(判決)로써 청구기각(請求棄却)을 선고(宣告)하여야 한다.

②~⑧ 생략

사회보호법(社會保護法) 제25조 (가출소(假出所), 감호(監護)등의 면제심사(免除審査)) ① 사회보호위원회(社會保護委員會)는 피보호감호자(被保護監護者)에 대하여 그 집행개시(執行開始)후 매(每) 1년(年) 가출소(假出所) 여부(與否)를, 가출소(假出所)한 피보호감호자(被保護監護者)에 대하여 매(每) 6월(月) 집행면제(執行免除) 여부(與否)를 심사(審査)·결정(決定)한다.

② 생략

사회보호법(社會保護法) 부칙(附則) 제4조 (재판계속(裁判繫屬)중인 보호사건(保護事件)에 관한 경과조치(經過措置)) 이 법(法) 시행(施行) 당시 재판(裁判)이 계속(繫屬)중인 보호사건(保護事件)에 대하여는 이 법(法)을 적용(適用)한다.

【주 문】

1989.3.25. 개정전 사회보호법(1980.12.18. 법률 제3286호) 제5조 제1항은 헌법에 위반된다. 같은 법 제5조 제2항은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

이 사건 위헌심판제청의 전제가 된 당해 소송사건은 대법원에 계속중인 88감도110, 143, 164 보호감호청구사건이다.

위 보호감호청구사건의 피감호청구인 김○한(88헌가5)은 1984.3.2. 대구지방법원에서 사기죄로 징역 1년의 형을 선고받은 것을 비롯하여, 위 죄와 동종 또는 유사한 죄로 4회에 걸쳐 실형형기의 합계가 4년인 사람으로서 최종형의 집행을 마친 뒤 다시 1987.12.20.부터 1988.1.17.까지 사이에 상습으로 사기죄를 범하

였다 하여 1988.3.30. 대구지방법원 안동지원에서 개정전 사회보호법 제 5조 제2항 제1호에 의한 보호감호 7년을 선고받고 항소하였으나 보호감 호사건부분에 대한 항소가 기각되어서 다시 대법원에 상고를 제기하였 다. 같은 윤주일(88헌가8)은 1965.6.26. 대구지방법원에서 절도죄로 징역 6월의 형을 선고받은 것을 비롯하여 위 죄와 동종 또는 유사한 죄로 10 회에 걸쳐 실형형기의 합계가 20년 4월인 사람으로 최종형의 집행을 마 친 뒤 3년이내인 1987.9.부터 1988.2.2.까지 사이에 상습으로 절도죄를 범하였다 하여 1988.5.18. 대구지방법원에서 같은 법 제5조 제1항 제1호 에 의한 보호감호 10년을 선고받고 항소하였으나 항소기각이 되자 다시 대법원에 상고를 제기하였다. 같은 이○옥(89헌가44)은 1981.10.28. 대전 지방법원 홍성지원에서 폭력행위등처벌에관한법률 위반죄로 징역 2년에 보호감호 7년을 선고받고 감호처분집행중 1987.5.29. 가출소하였다가 1987.9.15.부터 1988.1.10.까지 사이에 상습으로 폭행 및 상해죄를 범하였 다 하여 1988.6.24. 대전지방법원 홍성지원에서 같은 법 제5조 제1항 제 2호에 의한 보호감호 10년을 선고받고 항소하였으나 항소기각이 되자 다시 대법원에 상고를 제기하였다.

이에 대법원은 헌법재판소법 제41조 제1항에 따라 사회보호법 제5 조의 위헌여부에 대한 심판을 제청하였다.

나. 심판의 대상

(1) 따라서 이 사건 심판의 대상은 보호감호처분의 근거 법률의 조항인 1989.3.25. 개정전 사회보호법 제5조의 내용이 헌법에 위반되는 지의 여부이다.

개정전 사회보호법(1980.12.18. 법률 제3286호, 이하 “법”이라 한 다.)은 재범의 위험성이 있고, 특수한 교육·개선 및 치료가 필요하다고 인정되는 자에 대하여 보호처분을 함으로써 사회복지를 촉

진하고 사회를 보호함을 목적으로 하여 제정되었다(법 제1조).

법이 정하는 보호처분(보안처분)에는 보호감호·치료감호 및 보호관찰의 세 종류가 있다. 보호감호는 상습범죄자와 특별히 위험한 범죄자에 대한, 치료감호는 심신장애자와 중독자에 대한, 보호관찰은 보호감호와 치료감호로부터 가출소된 자에 대한 각 보안처분이다.

(2) 이 사건에서 문제의 대상이 된 상습범죄자와 특별히 위험한 범죄자에 대한 보호감호의 근거 법률의 조항인 법 제5조의 규정은 다음과 같다.

제1항, 보호대상자가 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 10년의 보호감호에 처한다. 다만, 보호대상자가 50세이상인 때에는 7년의 보호감호에 처한다.

1. 동종 또는 유사한 죄로 3회이상 금고이상의 실형을 받고 형기 합계 5년이상인 자가 최종형의 전부 또는 일부의 집행을 받거나 면제를 받은 후 3년내에 다시 사형·무기 또는 장기 7년이상의 징역이나 금고에 해당하는 동종 또는 유사한 죄를 범한 때

2. 보호감호의 선고를 받은 자가 그 감호의 전부 또는 일부의 집행을 받거나 면제를 받은 후 다시 사형·무기 또는 장기 7년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 동종 또는 유사한 죄를 범한 때

제2항, 보호대상자가 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 7년의 보호감호에 처한다.

1. 동종 또는 유사한 죄로 2회이상 금고이상의 실형을 받고 형기 합계 3년이상인 자가 최종형의 전부 또는 일부의 집행을 받거나 면제를 받은 후 다시 사형·무기 또는 장기 5년이상의 징역이나 금고에 해당하는 동종 또는 유사한 죄를 범하고 재범의 위험성이 있다고 인정되는 때

2. 수개의 범죄사실로 인하여 상습성이 인정되는 자 또는 범죄

를 목적으로 하는 단체 또는 집단의 수괴 및 간부인 자가 사형·무기 또는 장기 5년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범하고 재범의 위험성이 있다고 인정되는 때

(3) 한편, 법이 정한 보호감호처분의 절차와 보호감호처분의 집행에 관한 중요한 규정을 보면, 법 제20조 제1항에 “법원은 감호청구된 사건을 심리하여 그 청구가 이유있다고 인정할 때에는 판결로써 감호를 선고하여야 하고, 그 이유없다고 인정할 때 또는 피고사건에 대하여 심신상실 이외의 사유로 무죄를 선고하거나 사형 또는 무기형을 선고할 때에는 판결로써 청구기간을 선고하여야 한다. 다만, 피감호청구인이 법 제5조 제1항 또는 법 제8조 제1항 제1호에 규정한 요건에 해당하는 때에는 감호의 선고를 하여야 한다” 라고 규정하고 있으며, 법 제25조 제1항에는 “사회보호위원회는 피보호감호자에 대하여 그 집행개시후 매 2년 가출소 여부를, 가출소한 피보호감호자에 대하여 매 6월 집행면제 여부를 심사·결정한다” 라고 규정하고 있다.

(4) 사회보호법의 개정

(가) 헌법재판소가 이 사건 위헌법률심판사건을 심리하던 도중, 심판의 대상인 법 제5조의 규정이 다음과 같이 일부 개정(법률 제4089호, 이하 신법이라 한다)되어 1989.3.25.부터 시행되게 되었다.

신법 제5조의 규정은 다음과 같다.

보호대상자가 다음 각호의 1에 해당하고 재범의 위험성이 있다고 인정되는 때에는 보호감호에 처한다.

1. 동종 또는 유사한 죄로 2회이상 금고이상의 실형을 받고 형기합계 3년이상인 자가 최종형의 전부 또는 일부의 집행을 받거나 면제를 받은 후 다시 동종 또는 유사한 별표의 죄를 범한 때

2. 별표에 규정된 죄를 수회 범하여 상습성이 인정될 때

3. 보호감호의 선고를 받은 자가 그 감호의 전부 또는 일부의 집행을 받거나 면제를 받은 후 다시 동종 또는 유사한 범죄의 죄를 범한 때

(나) 법 제5조의 개정과 함께 다른 규정도 일부 개정되었는 바, 그 개정내용을 보면 제7조 제3항을 신설하여 “보호감호시설에의 수용은 7년을 초과할 수 없다” 라고 규정하고 있고, 제20조 제1항에서 종전의 단서규정을 삭제하였으며, 제25조 제1항을 개정하여 매 1년마다 가출소여부를 심사하도록 각 개정하였다.

2. 위헌심판의 제청이유와 관계인들의 의견

가. 제청법원의 제청이유의 요지

헌법 제12조 제1항 후문은 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 보안처분을 과할 수 없도록 규정하고 있다. 따라서 보안처분의 하나인 보호감호처분 또한 헌법의 규정에 맞게 적법절차에 따라서 과해져야 할 것이다. 헌법에서 규정하고 있는 적법절차란 법률이 정한 절차이어야 함은 물론 그 실체적 내용이 또한 적정하여야 함을 말하는 것이다. 적정하다고 함은 공정하고 합리적이며 상당성이 있어 정의관념에 합치되는 것을 뜻한다. 보호감호처분은 사회적 위험성이 있는 자를 사회방위 및 교화를 위하여 일정기간 격리수용하는 처분이므로, 행위자의 위험성과 사회방위 및 교화를 위한 격리의 필요성을 비교, 교량하여 균형의 원칙에 따라 위험성의 정도에 상응한 감호조치가 이루어질 때 비로소 그 적정성을 인정받을 수 있다고 할 것이다.

그런데 법 제5조는 위와같이 위험성의 정도에 비례한 감호기간을 정할 수 있는 재량을 법원에 주지 아니하였고, 또 법원이 아닌 사회보호위원회의 가출소심사만으로는 보호감호처분의 균형성을 보완하여 보호감호처분의 적정성을 부여하기 미흡하므로 결국 법 제5조의 규정은 위헌적 규정이라고 해석될 여지가 있다는

것이다.

나. 법무부장관의 의견

(1) 보호감호의 일사부재리원칙 위반 여부

첫째, 형벌은 주로 응보를 목적으로 하는 과거의 범죄에 대한 사후적 처분이고, 보호감호는 보안처분으로서 사회방위와 교화를 위한 장래의 재범의 위험성에 대한 예방적 처분이므로 서로 본질이 달라 형벌과 보호감호를 병과한다고 하더라도 헌법상의 일사부재리의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.

둘째, 현재 보호감호집행의 실태를 보면, 감호집행자와 형집행자를 분리수용하고 있고, 감호집행자에게는 집견·서신수발의 완화·사회견학·직업훈련실시와 1일 500원 내지, 1,500원의 근로보상금지급 등 형집행자보다 처우를 완화하여 보호감호의 목적달성에 주력하고 있으므로 형벌과 보호감호의 집행에 차이가 없다고는 할 수 없다. 다만, 보호감호와 형벌은 다같이 신체의 자유를 박탈하는 수용처분이라는 점에서는 같으므로 절대적인 구분은 사실상 불가능하다고 할 것이나, 위와같은 본질적인 차이점을 도외시한 채 형벌과 보호감호가 다같이 신체의 자유를 제한하는 처분이라는 것에 치우쳐 서로 동일하다고 단정하는 것은 잘못이다.

(2) 보호감호의 적법절차 위반 여부

첫째, 법 제5조 제1항은 재범의 위험성이 없어도 위 법률의 조항의 요건에 해당하기만 하면 반드시 보호감호를 선고하도록 규정한 것으로는 볼 수 없다. 왜냐하면, 동조항은 그 요건에 해당되면 재범의 위험성을 의제한다는 취지에 불과하기 때문이다. 따라서 법원은 동조항의 요건에 해당되는 경우에도 재범의 위험성이 없다고 인정되는 때에는 보호감호청구를 기각할 수 있다고 보아야 할 것이므로 동조항에 정한 요건이 충족되면 반드시 보호감호선고를 하여야 한다는 전제에 선 주장은 부당하다.

둘째, 보호감호기간은 보안처분제도의 특성상 선고 때에 부정기로 선고할 수 밖에 없고(각국의 입법례도 장기 또는 단기의 제한만을 규정하고 있는 것이 보통임), 집행시에 위험성의 완화 여부에 따라 특정될 수 밖에 없는 것이므로 법이 보호감호기간을 7년 또는 10년으로 규정하고 있는 것은 단지 그 집행기간의 상한을 정한 것에 불과한 것으로 보아야 하고, 이는 보호감호처분의 보안처분으로서의 본질에 합치하는 것이므로 이로써 적법절차에 위배된다고 할 수 없다.

셋째, 헌법상의 적법절차조항은 미국 헌법상의 적정절차조항과 그 의미가 반드시 동일하다고는 할 수 없으나, 실체의 적정, 절차의 적정을 내포하는 것이라고 볼 때, 법은 형사소송법에 따른 엄격한 심리를 보장하여 절차의 적정에 합치될 뿐만 아니라, 법 제5조에서 감호의 요건을 엄격히 규정하고 기간의 상한을 규정하였으며, 판사 2명이 포함된 7명의 사회보호위원회에 의한 매 2년마다의 가출소심사 등의 규정으로 목적·수단의 상당성을 확보하였으므로 실체의 적정에도 합치된다. 따라서 법 제5조가 적법절차에 위배된다는 주장은 잘못이다.

(3) 상습범에 대한 대책

종래 상습범에 대한 대책으로 상습범의 가중처벌에 관한 규정만 있던 때에는 법원의 선고형량이 대체로 가벼워 운영에 미흡한 점이 있었던 것으로 보아야 할 것이다. 그러나 사회보호법에 따른 보호감호제도가 시행된 뒤에는 보호감호의 주 대상 범죄라고 할 절도범죄의 증가율은 1980년부터 1987년까지 5.7% 증가에 그친데 비하여 전체범죄는 같은 기간에 57.4% 증가하여 절도범죄의 증가율이 대폭 둔화되었음을 알 수 있고, 특히 전체 피보호감호자의 5분의 1을 점하고 있는 소매치기 범죄는 오히려 23.5%나 감소하는 등 보호감호제도는 이미 상습범죄에 대한 대

책으로 그 효과를 발휘하고 있다.

보호감호제도는 검사가 감호청구를 신중하게 함에 따라 청구인원이 연평균 14.5% 감소하고, 사회보호위원회가 가출소제도를 활발하게 운용하여 현재 정착단계에 이르렀다.

만약, 보호감호제도가 위헌으로 결정되면 현재 보호감호집행중에 있는 전과평균 6, 7범 약 4,500여명이 일시에 석방되게 되고, 이에 따라 민생치안이 우려될 뿐 아니라 법집행에 대한 국민의 신뢰마저 손상될 우려가 있다.

(4) 법률의 개정으로 인한 심판의 전제성의 상실

사회보호법은 헌법재판소의 심리도중 개정되어 신법이 1989.3.25.부터 시행되게 되었고, 신법은 개정법률 시행당시 재판이 계속 중인 감호사건에 대해서도 소급적용하게 되었으므로 구법은 재판의 전제성이 흠결되어 심판의 대상이 되지 아니한다.

다. 검찰총장의 의견

당해 사건의 당사자인 검찰총장의 의견은 법무부장관의 의견과 거의 같다.

3. 판단

가. 헌법재판소의 심판의 대상인 법률

(1) 법 제5조에 대한 위헌여부의 심판이 제청되어 헌법재판소에서 심리하던 중 법이 일부개정되어 심사대상이 되었던 법 제5조의 규정은 위1의 나의 (4)에 기재한 바와 같이 변경되었고, 신법 부칙 제1조에 따르면 신법은 공포한 날로부터 효력을 발생하고, 부칙 제4조에는 개정 법률 시행당시 재판이 계속 중인 감호사건에 대하여는 개정법률 규정을 적용하도록 되어 있다.

(2) 사회보호법이 규정하고 있는 보호감호처분이 보안처분의 하나이고, 보안처분은 행위자의 사회적 위험성에 근거하여 부과되는 것으로써 행위자의 책임에 근거하여 부과되는 형벌과 구

별되는 것이기는 하지만, 상습범에 대한 보안처분인 보호감호처분은 그 처분이 행위자의 범죄행위를 요건으로 하여 형사소송절차에 따라 비로소 과해질 수 있는 것이고, 신체에 대한 자유의 박탈을 그 본질적 내용으로 하고 있는 점에서 역시 형사적 제재의 한 태양이라고 볼 수 밖에 없다.

헌법이 제12조 제1항 후문에서 “……법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다” 라고 규정하여 처벌과 보안처분을 나란히 열거하고 있는 점을 생각해 보면, 상습범등에 대한 보안처분의 하나로서 신체에 대한 자유의 박탈을 그 내용으로 하는 보호감호처분은 형벌과 같은 차원에서의 적법한 절차와 헌법 제13조 제1항에 정한 죄형법정주의의 원칙에 따라 비로소 과해질 수 있는 것이라 할 수 있고, 따라서 그 요건이 되는 범죄에 관한 한 소급입법에 의한 보호감호처분은 허용될 수 없다고 할 것이다.

그렇다면 비록 신법이 그 부칙 제4조에서 신법시행 당시 이미 재판이 계속중인 감호사건에 대하여는 신법을 적용하여 처리하도록 규정하고 있지만, 이와 같이 신법이 구법당시 재판이 계속중이었던 사건에까지 소급하여 적용될 수 있는 것은 실체적인 규정에 관한 한 오로지 구법이 합헌적이어서 유효하였다는 것을 전제로 하고 다시 그 위에 신법이 보다 더 피감호청구인에게 유리하게 변경되었을 경우에 한하는 것이다.

신체의 자유는 자유민주주의 헌법 아래에서 가장 근본적인 국민의 기본권이기 때문에 이와같은 자유권을 현저히 침해하는 법률에 대한 해석은 엄격히 하여야 할 것이며, 만일 이와같은 법률에 위헌성이 있다고 인정된다면 비록 그 법률이 합헌적으로 개정되었다고 하더라도 이로써 종전의 위헌성이 치유되는 것은 아니라고 봄이 법치주의의 원칙상 마땅하다 하겠다.

(3) 헌법재판소는 법률의 위헌여부가 재판의 전제가 된 때에 법원의 제청에 따라 법률에 대한 위헌여부를 심판하게 된다.

그런데 법률이 개정된 결과 신법이 소급적용됨으로써 구법이 더 이상 적용될 소지가 없는 경우에는 구법에 대한 위헌제청은 제청대상의 소멸로 말미암아 부적법하게 되었다고 할 수 있다.

그러나 이 사건의 경우와 같이 비록 구법이 개정되었다고 하더라도 법원이 당해 소송사건을 재판함에 있어서는 행위시에도 처분의 적법한 근거 법률이 있어야 하므로, 구법이 위헌이었느냐의 문제와 신·구법중 어느 법률의 조항이 더 피감호청구인에게 유리하느냐의 문제가 판단된 뒤에 비로소 결정될 수 있는 것이다. 따라서 이러한 경우에는 구법에 대한 위헌여부의 문제는 신법이 소급적용될 수 있기 위한 전제 문제이기도 하거니와, 제청법원인 대법원이 신법이 시행된 1989. 3. 25.부터 상당한 기간이 경과한 지금까지 위 법률의 조항의 위헌제청에 대하여 철회의 의사를 밝히지 아니하고 제청신청을 계속 유지함으로써 아직도 심판을 구하고 있는 것으로 볼 수밖에 없는 이 사건에서 헌법재판소로서는 위 법률의 조항에 대한 위헌여부를 심판하지 않을 수 없는 것이다.

나. 보호감호처분의 일사부재리원칙 위반 여부

(1) 사회보호법 제5조에 정한 보호감호처분은 피감호자의 신체의 자유를 박탈하는 수용처분이라는 점에서 자유형과 다름이 없기 때문에, 먼저 “모든 국민은 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다”라고 규정한 헌법 제13조 제1항에 위배되는 것이 아니냐는 의문이 제기된다.

형벌의 본질이나 목적 또는 기능을 둘러싸고 아직도 학설상의 다름이 있기는 하나, 형법은 본질적으로 과거의 범죄행위에 대한 윤리적·도의적·규범적 비난의 체현이므로 반대의 책임을 전제

로 하며, 책임의 양을 넘을 수 없는 제약을 받게 된다.

보안처분 특히 보호감호처분은 형벌의 이러한 책임중속성으로 인하여 책임능력이 없어서 형벌을 과함이 불가능하거나, 책임의 비례에 따른 제약 때문에 형벌만으로는 행위자의 장래의 재범에 대한 위험성을 제거하기에 충분하지 못한 경우에 사회방위와 행위자의 사회복귀의 목적을 달성하기 위하여 특별히 고안된 것으로써 20세기 전반부터 구라파 대륙의 여러나라에서 채택하고 있는 제도이다.

(2) 한편, 보안처분이 보안처분의 대상자들에게는 범죄에 대한 형벌과 다른없는 자유의 박탈 또는 제한으로 인식되고, 형벌 역시 행위자에 대한 교육개선의 효과를 위한 예방적 성격도 가지고 있는 것이어서 보안처분과 형벌은 그 목적에 있어서도 명확한 구분이 될 수 없다는 등의 이유를 들어 보호감호처분제도 자체의 의의를 부인하는 의견이 끊이지 않았다.

그러나, 헌법은 1972.12.27. 개정헌법 이래 보안처분제도를 헌법상의 제도로 수용하여 왔으므로 헌법의 규정에 따라 어떠한 형태의 보안처분제도를 마련하느냐의 문제는 헌법에 위반되지 아니하는 한 오로지 입법권자의 형성의 자유에 속한다 할 것이다.

따라서 사회보호법 제5조에 정한 보호감호처분은 헌법 제12조 제1항에 근거한 보안처분으로서 형벌과는 그 본질과 추구하는 목적 및 기능이 다른 별개의 독자적 의의를 가진 형사적 제재로 볼 수밖에 없다.

(3) 그렇다면, 보호감호와 형벌은 비록 다같이 신체의 자유를 박탈하는 수용처분이라는 점에서 집행상 뚜렷한 구분이 되지 않는다고 하더라도 그 본질, 추구하는 목적과 기능이 전혀 다른 별개의 제도이므로 형벌과 보호감호를 서로 병과하여 선고한다 하여 헌법 제13조 제1항에 정한 이중처벌금지의 원칙에 위반

되는 것은 아니라 할 것이다.

다. 법 제5조 제1항의 위헌여부

(1) 법 제5조 제1항의 의의

보안처분은 재범의 위험성이 있는 자를 치료·보호·개선·격리하여 피감호자의 “재범의 위험성”을 방지하거나 예방하고, 이로써 공공의 안전과 이익을 보호하고자 하는 특별예방적 목적처분이다. 즉, 보안처분은 죄를 범한 자중 “재범의 위험성”이 있는 사람에 한하여 그의 위험성에 대하여 부과하는 제재조치이다.

그런데 법 제5조 제1항은 “보호대상자가 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 10년의 보호감호에 처한다. 다만, 보호대상자가 50세이상인 때에는 7년의 보호감호에 처한다”라고 규정하고 있고, 법 제20조 제1항 다만 이하 부분에서는 “다만, 피감호청구인이 제5조 제1항 또는 제8조 제1항 제1호에 규정한 요건에 해당하는 때에는 감호의 선고를 하여야 한다”라고 규정하고 있다.

따라서 법원은 법 제5조 제1항 각호의 1에 해당하는 소정의 법정요건이 충족될 경우에는 반드시 보호감호를 선고하여야만 된다는 것이 입법자의 의지임을 알 수 있다.

(2) 법 제5조 제1항의 위헌성

(가) 행위자에 재범의 위험성은 보안처분의 핵심이며, 헌법 제12조 제1항이 규정한 “누구든지……법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다”라는 조항에서 구현된 죄형법정주의의 보안처분적 요청은 “재범의 위험성이 없으면 보안처분은 없다”는 뜻을 내포한다고 하겠다.

보안처분은 대상자의 “재범의 위험성”을 교육·개선을 통해 완화하여 사회방위를 도모하고자 하는 공공의 필요에서 그 대상자의 기본권을 제한하는 국가공권력의 행사이고, 한편, 국민의 기본권의 제한은 공공의 필요와 기본권제한 사이의 비례, 균형이 이

투어져야 한다는 것이 헌법 제37조 제2항에 규정된 헌법상의 요청이다. 특히, 그 대상자에 대한 수용처분을 내용으로 하는 보호감호의 경우에는 보안처분은 바로 대상자의 입장에서 보면 신체의 자유를 박탈당하는 고통이요 해악이기 때문에 보안처분의 본질인 재범의 위험성은 보안처분으로 인한 신체의 자유박탈이라는 인권제한과의 비례(균형)원칙상 단순한 재범의 가능성만으로는 부족하고 상당한 개연성을 요구하며, 그 판단은 전과 이외에도 범행의 의의와 행위자의 연령·성격·가족관계·교육정도·직업·환경·당해 범행 이전의 행적·범행의 동기·수단·범행후의 정황과 개전의 정 등을 총체적으로 평가하여 인정되어야 하는 것이다.

보호감호처분이 가진 신체의 자유를 박탈한다는 내용에 따라 재범의 위험성을 위에서 본 바와 같이 엄격히 해석하여야 할 헌법상의 요청에 비추어 볼 때 법 제5조 제1항 각호의 1의 요건에 해당된다는 것만으로 바로 재범의 위험성이 증명된다고 볼 수 없다 할 것이다.

(나) 따라서 법 제5조 제1항은 법 제20조 제1항 다만 이하 부분과 종합하여 해석할 때, 법 제5조 제1항에 정한 전과나 감호처분을 선고받은 사실등 법정의 요건에 해당되면 재범의 위험성 유무에도 불구하고 반드시 그에 정한 보호감호를 선고하여야 할 의무를 법관에게 부과하여 법관의 판단재량을 박탈하고 있는 것으로 볼 수 밖에 없다.

(다) 결국 법 제5조 제1항은 헌법 제12조 제1항 후문에 정한 적법절차에 위반됨은 물론 헌법 제37조 제2항에 정한 과잉금지원칙에 위반된다고 할 것이며, 나아가 법원의 판단재량의 기능을 형해화(形骸化)시켜 헌법 제27조 제1항에 정한 국민의 법관에 의한 정당한 재판을 받을 권리를 침해하였다 할 것이다.

따라서, 법 제5조 제1항은 헌법 제12조 제1항, 제27조 제1항, 제37조 제2항에 각 위반된다.

(3) 법 제5조 제1항의 합헌적 해석의 가능성 여부

법무부장관은 법 제5조 제1항의 규정취지는 재범의 위험성 없이도 동조항의 요건에 해당하면 반드시 보호감호를 선고하도록 한 것으로는 볼 수 없고, 동조항의 요건에 해당되면 일응 재범의 위험성이 의제된다는 것에 불과하므로 법원은 동조항의 요건에 해당된다고 하더라도 재범의 위험성이 인정되지 아니한 때에는 감호청구를 기각할 수 있다고 하는 합헌적 해석이 가능한 것이라고 주장한다.

법률의 합헌적 해석은 헌법의 최고규범성에서 나오는 법질서의 통일성에 바탕을 두고, 법률이 헌법에 조화하여 해석될 수 있는 경우에는 위헌으로 판단하여서는 아니된다는 것을 뜻하는 것으로서 권력분립과 입법권을 존중하는 정신에 그 뿌리를 두고 있다.

따라서, 법률 또는 법률의 위 조항은 원칙적으로 가능한 범위안에서 합헌적으로 해석함이 마땅하나 그 해석은 법의 문구와 목적에 따른 한계가 있다. 즉, 법률의 조항의 문구가 간직하고 있는 말의 뜻을 넘어서 말의 뜻이 완전히 다른 의미로 변질되지 아니하는 범위내이어야 한다는 문의적 한계와 입법권자가 그 법률의 제정으로써 추구하고자 하는 입법자의 명백한 의지와 입법의 목적을 헛되게 하는 내용으로 해석할 수 없다는 범목적에 따른 한계가 바로 그것이다.

왜냐하면, 그러한 범위를 벗어난 합헌적 해석은 그것이 바로 실질적 의미에서의 입법작용을 뜻하게 되어 결과적으로 입법권자의 입법권을 침해하는 것이 되기 때문이다.

그런데 법 제5조 제1항은 재범의 위험성을 보호감호의 명문의 요건으로 하지 않는 보호감호를 규정하고 있고, 법 제20조 제

1항 다만 이하 부분은 법원에게 법 제5조 제1항 각호의 요건에 해당하는 한 보호감호를 선고하도록 규정하고 있다.

이에 반하여, 법 제5조 제2항은 재범의 위험성을 보호감호의 법정요건으로 명문화하고 있고, 법 제20조 제1항 본문에서는 이유없다고 인정할 때에는 판결로써 청구기각을 선고하여야 한다고 규정하고 있을 뿐이다.

따라서 법 제5조 제1항의 요건에 해당되는 경우에는 법원으로 하여금 감호청구의 이유 유무 즉, 재범의 위험성의 유무를 불문하고 반드시 감호의 선고를 하도록 강제한 것임이 위 법률의 조항의 문의임은 물론 입법권자의 의지임을 알 수 있으므로 위 조항에 대한 합헌적 해석은 문의의 한계를 벗어난 것이라 할 것이다.

(4) 소급효 제한 결정의 타당 여부

법 제5조 제1항에 대한 위헌판결이 있게되어 동 규정이 소급적으로 효력을 상실하게 되면 극심한 혼란이 초래될 우려가 있으므로 소급무효의 효력을 제한하는 형태의 결정을 하는 것이 바람직하다는 취지로 법무부장관은 주장하고 있다.

그러나 법 제5조 제1항이 당초 위헌이었다면, 이로 인해 보호감호처분을 받은 자에게는 재범의 위험성 유무에 대한 심사의 기회를 보장해 주는 것이 정의에 합치되는 것이며 이와같은 기회조차 박탈하는 것은 현저히 부당하다 아니할 수 없는 것이다.

법 제5조 제1항이 위헌이라 하더라도 법 제5조 제1항 해당자중 재범의 위험성이 인정되는 자는 합헌규정인 법 제5조 제2항과 신법의 해당규정에 따라 다시 보호감호처분을 과할 수 있으므로, 법무부장관이 주장하는 바와 같은 혼란이 초래된다고 단정할 수 없고, 오히려 법원에 의하여 재범의 위험성을 다시 심사하는 것이어서 적법절차의 원칙을 규정한 헌법정신에도 부응하는 것

이 된다 하겠다.

라. 법 제5조 제2항의 위헌여부

(1) 법 제5조 제2항의 의의

법 제5조 제2항은 “보호대상자가 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 7년의 보호감호에 처한다.” 라고 규정하고, 나아가 각항에는 “……죄를 범하고 재범의 위험성이 있다고 인정되는 때” 라고 규정하고 있다.

즉, 법 제5조 제2항의 규정내용은 법 제5조 제1항의 경우와는 달리 재범의 위험성이 있다고 인정되는 때에만 보호감호에 처하도록 하는 한편, 법 제20조 제1항 다만 이하 부분과 같이 그 요건에 해당되는 때에는 반드시 보호감호를 선고하여야 하는 강제적 규정도 두고 있지 않다.

이 점에서 법 제5조 제2항은 비록 법 제5조 제1항과 처분의 목적과 처분의 기능은 같다고 하더라도 위 두 조항 사이에는 규범으로서의 체계에 질적 차이가 있음을 알 수 있다.

(2) 보안처분의 기간

재청법원인 대법원은 법 제5조 제2항은 보호대상자를 “7년의 보호감호에 처한다” 라고 규정하여 7년의 정기감호만을 선고하도록 강제함으로써 재범의 위험성에 비례한 감호기간을 선고할 수 있는 범위의 재량을 배제하여, 결국 법원에 의한 재판을 받을 권리를 침해한 위헌의 의심이 있는 규정이라고 밝히고 있다.

보안처분의 본질적 요소인 행위자의 재범의 위험성은 그가 장래에 다시 범죄를 범할 개연성을 의미하는 것으로서 장래의 예측에 따른 불확실성을 가지고 있음을 부정할 수 없으므로, 보안처분을 선고하는 때에 미리 재범의 위험성의 소멸시기를 예측한다는 것은 거의 불가능한 것이어서 보안처분은 그 본질상 집행단계에서 기간이 확정되는 부정기임을 면할 수 없다.

다만, 각국의 입법례는 보안처분이 그 대상자에게는 기본권의 제한을 의미하는 것이므로 기본적 인권을 보장한다는 뜻에서 집행기간의 상한을 규정하고 있음을 원칙으로 하고 있다.

이렇게 볼 때, 법 제5조에 정한 보호감호는 보안처분으로서의 본질상 재범의 위험성이 소멸되면 더 이상 계속될 수 없는 성질의 것이므로 명백하고, 법 제25조 제1항에서 매 2년마다의 가출소심사를 통하여 보호감호의 부정기성을 구현하고자 하는 입법자의 의지가 명백히 나타나 있으므로 위 법률의 조항에 정한 7년의 기간은 규범의 규정형식상 비록 7년의 정기보호감호의 형식으로 되어있다 하더라도 이는 단지 보호감호 집행상의 상한을 정한 것으로 해석할 수 밖에 없다 할 것이다.

(3) 법 제5조 제2항의 합헌성

법 제5조 제2항에 규정된 보호감호처분은 보호감호의 요건을 재범의 위험성이 인정되는 때로 규정하고 있고, 감호의 기간에 관하여 위에서 본 바와 같이 7년의 기한을 단순히 집행상의 상한으로 볼 때에는 헌법 제12조 제1항 후문에 정한 적법절차에 위반된다고 할 수 없고, 달리 헌법의 다른 조항에도 위반된다고 볼 수 없다.

4. 결론

이 결정은 재판관 이시윤의 5와 같은 다수의견에 대한 보충의견이, 재판관 한병채, 재판관 김양균, 재판관 최광률의 법 제5조에 대한 위헌법률심판의 전제요건등에 관하여 6의 1,2,3과 같은 반대의견이, 재판관 변정수, 재판관 김진우의 7과 같은 법 제5조 제1항에 관한 다수의견에 대한 보충의견과 법 제5조 제2항에 대한 반대의견이 있는 외에는 관여재판관의 의견이 일치되었으므로 주문과 같이 결정한다.

5. 재판관 이시윤의 보충의견

이 사건 위헌제청의 적법성에 관한 의견은 다음과 같다.

원래 제청법원은 일단 제청한 뒤에는 제청결정의 기속력때문에 제청요건을 갖추지 못했다는 확신에 이른다 하여도 제청결정을 변경할 권한은 없다고 할 것이다. 그러나 법률이 변경되는 경우나 본안소송에서 소의 취하 등으로 적법하게 사건이 종료된 경우에는 예외적으로 제청법원은 재판의 전제성이 없는 것으로 보고 제청결정을 변경하거나 또는 철회할 수 있다고 할 것이다. 그런데 대법원에 의하여 제청된 개정 전 사회보호법 제5조의 규정은 이에 대한 당 재판소의 위헌 여부에 대한 심리도중에 1989.3.25. 법률 제4089호로서 개정을 보았는데 제청법원인 대법원은 개정 전 사회보호법 제5조에 대한 위헌제청을 여지껏 철회하지 않고 그대로 유지하고 있다.

위헌법률 심판에 있어서 제청한 법률이 재판의 전제가 되느냐의 문제 즉 재판의 전제성은 헌법재판소가 별도로 독자적인 심사를 하기 보다는 되도록 법원의 이에 관한 법률적 견해를 존중해야 할 것이며, 다만 그 전제성에 관한 법률적 견해가 명백히 유지될 수 없을 때만 헌법재판소는 예외적으로 이를 직권으로 조사하여 위헌제청을 각하할 수 있다고 할 것이다. 왜냐하면 문제되는 법률의 위헌여부가 재판의 전제가 되느냐 않느냐는 사건기록없이 위헌여부의 쟁점만 판단하게 되어 있는 헌법재판소보다는 기록을 갖고 당해 사건의 중국적 해결을 하는 일반법원이 더 잘 알 것이며, 또 헌법재판소가 위헌여부의 실체판단보다도 위헌심판청구의 형식적 요건인 재판의 전제성에 관하여 치중하여 나름대로 철저히 규명하려고 든다면 결과적으로 본안사건의 중국적 해결에 커다란 지연요인이 될 것이기 때문이다. 따라서 다수의견이 제청법원인 대법원의 제청신청을 유지하는 입장을 존중하여 위헌여부의 본안판단에 들어서려는 것은 위에서 본 위헌재판제도의 본지에 합치

되는 바 있고 수궁할 바 있어 이에 찬성하면서 여기에 이 사건 위헌 제청의 적법성의 또 하나 근거를 새로 첨가하고자 한다.

가. 위헌법률 심판에 있어서 문제된 법률이 재판의 전제(재판의 필요성)가 된다 함은 우선 그 법률이 당해 본안사건에 적용될 법률이어야 하고 또 그 법률이 위헌무효일 때는 합헌유효일 때와는 본안사건 담당법원이 다른 판단을 하여야 할 경우 즉 판결결론인 주문이 달라질 경우를 뜻하는 것이 원칙이다.

개정된 사회보호법 부칙 제4조를 보면 신법 시행당시 이미 재판이 계속중인 감호사건에 대해서는 신법을 적용하도록 규정되어 있어서 문득 이제 구법은 이 사건 위헌제청한 본안사건의 재판의 전제성을 상실한 것이 아닌가 생각되지만, 한편 구법 제5조 위헌여부의 판단이 제청된 본안사건의 결론에 아무런 영향을 준 바 없다 하여도 이 사건을 떠나 일반적 의미가 있다면 문제는 달라진다 할 것인데, 이제 이를 살펴본다.

현재 당 재판소에는 일찍이 89헌마 17 사건으로 개정된 사회보호법 부칙 제2조에 대한 헌법소원이 제기되어 계속중이다. 그 주장의 요지는 부칙 제2조에서는 “이 법 시행전에 종전의 규정에 의하여 보호감호……의 판결을 받은 자는 이 법에 의하여 보호감호……의 판결을 받은 것으로 본다”고 규정되어 있는데 이는 곧 개정전 법률 제5조 제1항 제1호에 의하여 보호감호처분을 받음으로써 재범의 위험성에 대한 구체적인 판단을 받지 못한 자임에도 재범의 위험성을 그 구성요건으로 한 개정법률 제5조에 의하여 판결을 받은 것으로 본다는 것을 뜻하므로 이는 죄형법정주의에 어긋난 위헌규정이며 이에 의하여 청구인의 기본권이 침해되었다는 것인 바, 이 헌법소원사건에 대해 당 재판소가 심판하고자 하면 보호감호처분을 함에 있어서 재범의 위험성을 구성요건으로 하지 않은 개정전 법률 제5조 제1항의 규정의 위헌성

여부는 반드시 집고 넘어갈 선결적인 판단사항이 될 것이다. 이러한 유형의 사건은 비단 위의 89현마 17 사건 뿐만 아니라 이외에도 현재 4건이 접수되어 있음은 당 재판소의 현저한 사실이며 계속 속출될 전망이다. 그렇다면 개정전 법률 제5조 제1항의 위헌여부는 이 사건 본안판단에 영향이 없는 문제라 하여도 당 재판소에 현재 계류중이고 나아가 앞으로 계류될 것으로 예상되는 여러 사건의 재판의 전제가 될 것으로 이에 대한 판단은 이들 사건 해결의 확실적인 지침을 제시해 줄 수 있다는 점에서 일반적이고도 중요한 의미를 지녔다고 할 것이다.

나. 나아가 개정전 사회보호법 제5조 제1항의 위헌여부에 대한 실체판단을 하는 것이 또 다른 의의가 있음을 간과할 수 없다. 물론 구법 제5조 제1항에 대하여 당 재판소가 위헌판단을 하여도 구법 제5조 제1항에 의하여 그 즉시 보호감호처분을 받은 피감호보호자의 감호집행이 면제되거나 정지되는 것은 결코 아니며, 사회보호법을 널리 형벌에 관한 법률로 보는 한 위헌판단을 재심사유로 삼아 재심청구를 할 수 있을 뿐이다. 생각컨대 재심의 길이 열린다 하여도 구법에 따른 재판을 받을 때 실질적 심사를 받지 못하였던 재범의 위험성에 대하여 새로 심사받을 이익을 향유하게 될 뿐이지 재심청구만 하면 검사의 감호청구가 당연히 기각되어 감호소에서 모두가 풀려나오게 될 수는 없다 할 것이다. 구법 제5조 제1항에 정해진 동종의 죄로 3회 이상 실행선고를 받고 형기합계 5년이상인 자가 최종형의 집행을 받은 후 3년이내에 동종의 범죄를 저지른 경우나 일찍이 보호감호선고를 받은 자가 집행을 받은 뒤 다시 동종의 범죄를 저지른 정도의 사정이라면 예외없이 재범의 위험성이 있는 것으로 간주할 정황은 못되어도 특단의 사정이 없는 한 재범의 위험성이 있다고 추단할 중요 징표는 된다 할 것이므로 구법 제5조 제1항에 대한 위헌

판단이 난 뒤 동 조항에 의한 피보호감호자가 재심청구를 한다하여도 고령자, 병약자 등 동종의 범죄를 다시 저지를 생리적 능력이 의심될 자 그리고 제반사정을 고려하여 개전의 정이 있음에 의심없는 자 정도가 재범의 위험성이 없다 하여 풀려 나갈 수 있는 데 그칠 것이다. 또 피감호자중에서 재심과정에서 풀려나간다 하여도 국가배상책임에 관하여 제한설에 의하는 현재의 학설, 판례하에서도 국가배상책임의 문제는 생길 수 없다고 할 것이다.

이렇듯 재심과정에서 극히 한정적으로 일부의 기결의 피보호감호자가 혜택을 받는데 그치고 파급효는 크지 않게 되어도 차제에 구법 제5조 제1항이 위헌임을 명백히 해 두는 것은 앞으로의 우리나라의 보안처분에 관한 정책에 중요한 의미를 지닌다고 할 것이다. 우리나라에 있어서는 상습범임에도 선고형량이 비교적 가벼운데다가 사면권 행사의 빈도 또한 높아 일반 형벌에 의하여는 상습범으로부터 사회방위가 효과적으로 이루어지고 있지 않은 실정이며 이와 같은 실무관행은 쉽게 시정될 전망이다 서지 않는다. 따라서 재범의 위험성이 있는 상습범에 대하여는 일반형벌과 함께 보안처분을 병행하면서 대처하여야 할 현실적 요청이 있음을 부인할 수 없다. 한편, 보안처분제도 운영의 역사는 극히 일천하다.

실정이 이와 같다면 구법 시대에 대표적인 보안처분이라고 할 수 있고 오래전부터 논란되어 왔던 구법 제5조 제1항에 대한 위헌문제가 현안이 된 이제 그 점을 명백히 밝혀 판단해 두는 것은 과거처럼 “전과 있으면 보안처분 있다.”가 아니라, “재범의 위험성이 있으면 보안처분이 있다.”로 죄형법정주의에 입각한 합헌적 방향으로 보안처분 제도가 뿌리를 내리게 하는데 기여될 뿐더러 전과있는 사람들에게 인간다운 처우를 함에 진일보가 될 것이다.

다. 결론적으로 구법 제5조 제1항의 위헌여부의 판단은 개

별사건을 떠나 일반적인 의미가 있으며 또 공공복리를 위하여 중요한 의미가 있어 당해 사건 재판의 전제성 즉 재판의 필요성의 예외에 해당되어 이 사건 위헌제청의 적법성은 인정된다.

6-1. 재판관 한병채의 반대의견

가. 먼저 헌법재판의 목적과 기능 측면에서 살펴본다.

(1) 헌법재판제도는 국가의 최고 가치규범인 헌법을 보장하고, 자유민주주의의 기본질서를 확립하며, 법치주의의 실현을 원칙으로 하는 헌법규범을 수호하는데 그 목적이 있다.

헌법소원제도로써 국민의 기본권을 보호하고, 위헌법률심판제도로써 권력의 남용이나, 법관의 자의로부터 국민의 대표기관인 의회의 입법권을 보장하며, 나아가 국가의 통치질서와 법치주의의 정착을 위한, 법적 안정성과 법적 실효성을 확보해 가는데 있다.

그러므로 헌법재판은 우리의 헌정사를 뒤돌아 보면서 우리 헌법을 수호하는 길을 가야하고, 그 위헌결정이 법적 안정성을 해쳐 사회적 충격과 정치적 혼란을 자초해서는 안되는 것을 원칙으로 하여야 한다.

헌법은 다양한 사회의 구성세력을 하나의 사회공동체로 정치적으로 통합시키는 근원이며 그 시대의 정치체제의 정당성을 부여하는 조직규범인 동시에, 사회 각계각층의 다양한 이해관계를 민주적인 방식으로 수렴하여 국민적 합의를 이루어감으로써 사회적 정통성을 유지하는 가치규범이다.

헌법재판소는 이러한 헌법규범을 실현시키고 민주사회의 도덕성과 헌정질서를 지키는데 하나의 결정적인 힘이 되어야 한다. 국가권력을 견제하고 상호간의 균형을 이루어 나가는 국가기관일 뿐만 아니라, 사회적 갈등과 대립을 융화시키고 사회적 혼란이나 무질서로부터 국가와 사회를 보호하는 기능도 함께 수행하는데 있

다.

따라서 헌법재판은 구체적 사건을 통하여 법의 안정과 질서를 유지하고, 나아가 사회 각계각층의 문제들을 수용하고 조화를 이루어 그 국가의 조직과 사회의 여러가지 문제들을 평화적으로 합헌적 차원에서 통합을 이룩하여 법의 권위와 신뢰가 확립되도록 헌법규범을 적용, 해석해야 한다.

그러므로 헌법재판의 목적과 기능은 국민주권주의, 의회민주주의, 권력분립주의원칙에 위배되어서는 아니되며, 법과 정치가 조화를 이루어 가도록 법의 권위와 신뢰를 조성하여 정치적, 사회적 불안을 해소하고, 모든 국민에게 자유와 번영을 약속하는 자유민주주의를 이 땅에 정착시키는데 있다.

그래서 위헌심사제도의 전통이 있는 국가에서도 위헌법률심사는 정치, 경제, 사회적인 모든 면을 두루 살펴 신중하게 다루고, 가급적 헌법해석은 합헌적으로 하여야 한다는 원칙(합헌추정의 원칙)을 지켜가고 있다. 우리의 위헌법률심판제도가 구체적 규범통제를 기본으로 하는 것도 여기에서 유래된다.

(2) 이러한 차원과 원칙에서 본건 다수의견에 반대하는 이유는 다음과 같다.

본건 사회보호법에 대한 위헌여부가 논의되자 국회에서 1989.3.25.(법률 제4089호) 위헌의 시비가 되어온 구법 제5조를 비롯한 관계 각 조문들을 정리하여 새롭게 개정하였다. 이 법개정으로 구법 제5조 제1항은 폐지되고 이 법 시행당시 재판이 계속중인 감호사건에 대하여는 개정된 신법을 적용한다고 하여 그로인한 감호자의 일시적 석방 등으로 기존 법 질서를 뒤흔드는 사회적 혼란과 법집행상의 부작용이 없도록 경과규정(부칙 제2조, 제3조, 제4조)을 두어 국회가 스스로 위헌성의 문제를 새로운 입법으로 개정하여 해결을 하였다.

이는 헌법재판소의 위헌결정만으로는 해결할 수 없는 혼란과 부작용을 막고, 법적 안정성과 사회적 평화를 유지하기 위하여 필요하고도 적절한 조치를 입법적으로 해결한 것이다. 이러한 조치는 입법기관만이 가지는 고유한 권한과 입법기능으로 입법형성권을 합헌적으로 행사한 것이며, 국민적 요구를 수용한 합당한 입법을 한 것이라고 아니할 수 없다.

위헌성에 의심이 있는 법률을 입법권자가 스스로 개정하여 위헌성을 해소하였다면 헌법재판소로서도 입법권자의 의사를 존중하지 아니할 수 없는 것이다.

이와같은 법률개정으로 인하여 재판의 전제성이 흠결되었음에도 불구하고 헌법재판소가 구태여 과거의 법률에 대한 위헌판단을 하는 것은 법적 안정성을 해하고 나아가 입법권자의 입법형성권을 침해하여 권력분립주의의 원칙을 문란케 하는 결과를 초래한 것이다.

더구나 국회에서 경과규정을 두어 폐지된 구법 제5조 제1항을 다시 등장시켜, 이해할 수 없는 가정을 설정하고 상호 모순되는 주장과 형식적인 논리로 위헌을 선언하는 것은, 이는 법관의 자의로부터 입법권을 보호하고 권력분립주의를 민주적으로 확립하고 보장해야 할 헌법재판의 본래적 기능을 스스로 위배하는 모순을 저지른 잘못된 판단이라 지적하지 아니할 수 없다.

(3) 그러므로 본건에 대한 위헌결정은 이와같은 이유로 헌법재판의 목적과 기능에 반하는 것으로 생각되어 다수의견에 반대한다.

나. 다음은 헌법재판의 요건인 전제성과 필요성 문제를 가지고 살펴본다.

(1) 우리 헌법재판소의 법률에 대한 위헌법률심판은 구체적 규범통제의 권한과 절차를 원칙으로 하고 있다(헌법 제107조

제1항, 동 제111조 제1항, 헌법재판소법 제41조 제1항). 이는 법률 또는 법률조항에 대하여 위헌결정을 하려면, 첫째, 제청법원이 위헌법률 심판을 제청하는 재판의 전제성이 있어야 하고, 둘째, 위헌결정을 할 때에는 직접적이고 절대적인 필요성이 있어야 하고, 셋째, 위헌여부가 제청된 법률이 명백하고도 현저하게 위헌성이 있어야 한다는 것이다. 즉 법률이 형식적인 논리로 위헌성이 있다고 하더라도, 그 위헌성이 현저하고 명백하지 않거나, 절대적인 필요성이 없거나, 재판의 전제성이 없을 때에는 위헌선언의 결정을 할 수 있다는 것이다.

(2) 이러한 헌법재판의 기본요건을 가지고 살펴보면 본건 심판의 대상인 구법 제5조 제1항의 규정을 신법에서 전문 삭제하고, 제법의 위헌성이 있다고 인정되는 때에는 신법 제5조에 흡수하고, 나아가 법 제7조 제3항(수용은 7년을 초과할 수 없다)을 신설하고, 법 제20조 제1항 단서를 삭제하고, 부칙 제4조에 개정법률 시행당시 재판 계속중인 사건은 신법을 소급적용하도록 하였으므로, 본건은 헌법재판의 제청요건이며 존속요건인 그 전제성이 없어졌고 재판상 판단의 필요성이 없어 그 위헌여부를 심판할 수 없다고 할 것이다.

위헌심판을 할 재판의 필요성과 전제성이 없다는 법체계상의 구체적인 논지는 재판관 최광률의 반대의견과 같으므로 이를 원용하기로 하고 여기에서는 생략한다.

다만, 그 논지중 구법 제5조 제1항 제1호와 제2호를 구분하여, 제1호는 반대하고, 제2호에 대한 위헌결정에 대하여는 다수의견에 찬성한다는 결론에 대한 부분은 원용하지 않는다.

재판관 최광률은 구법 제5조 제1항과 제2항을 구별하고 다시 제5조 제1항을 제1호와 제2호로 구분하여 제5조 제1항 제1호에 대해서만 전제성과 필요성이 없다고 하고, 제5조 제1

항 제2호, 제5조 제2항의 전제성에 대해서는 아무런 의견을 제시함이 없이 다수의견에 찬성하고 있으므로 이 점에 관하여 본 재판관의 의견을 첨가하고자 한다.

(3) 구법 제5조 제1항 제2호와 신법 제5조 제3호는 다같이 보호감호 전과자에 대한 보호감호 규정으로 그 요건을 대비해 보면, 재범의 위험성 요건이 신법에 추가된 점과, 재범의 종류가 구법에서는 법정형이 사형, 무기 또는 장기 7년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 동종 또는 유사한 범죄인데 반하여, 신법에서는 별표에 정한 동종 또는 유사한 범죄로 제한된 점만 다르다.

그런데 신법의 별표에 정한 범죄중 형법 제302조(미성년자 등에 대한 간음), 제303조(업무상 위력 등에 의한 간음)의 범죄를 제외한 나머지 범죄는 모두 법정형이 장기 7년 이상의 징역형으로 규정된 범죄들이다.

그러므로 신법은 보호감호 전과자에 대한 보호감호요건에도 재범의 위험성을 추가하였고, 재범대상범죄를 별표에 정한 범죄로 한정하였다는 점에서 구법의 규정을 훨씬 완화된 법률이라 할 수 있다.

그와 마찬가지로 구법 제5조 제2항 제1호 또한 신법 제5조 제1호와 대비하여 보면 재범의 종류만 전보다 축소된 점을 제외하고 그 요건이 동일하다. 더구나 이 경우에는 구법 당시에도 장기 5년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 동종 또는 유사한 범죄를 재범할 것을 요건으로 하였으므로 신법의 규정이 모든 점에서 구법보다 유리하게 되었다.

이와같이 구법 제5조 제1항 제2호와 동 제5조 제2항 모두 신법에 의해 개정되어 종전 규정보다 유리한 신법이 소급적용되게 되었다면, 구법의 규정은 이제 더 이상 당해사건에 적용될 여

지가 없게 되었으므로 재판의 전제성을 상실하게 되었다 할 것이다.

구법에 대한 위헌제청이 법률의 개정으로 인하여 전제성을 상실하였다고 판단되는 이상 헌법재판소로서는 구법의 위헌 여부를 판단할 실익이 없다고 하여 모두 각하하여야 할 것이다. 본 재판소가 집회 및시위에관한법률에 대한 위헌법률심판에서 이와같은 취지로 구법에 대한 위헌심판제청을 각하하는 결정을 선고한 바 있다(헌재 1989.5.24. 선고, 88헌가12).

그러므로 본 재판관은 헌법재판의 전제성과 필요성이 없다는 논지가 구법 제5조 제1항, 제2항에 모두 적용되어야 한다고 판단되므로 이에 대하여 위헌여부의 결정을 한 다수의견에 찬성할 수 없다.

(4) 본 결정의 논지는 구법이 개정되었다 하더라도 행위에 처벌의 적법한 근거법률이 있어야 하는데 그 법률인 구법이 위헌이어서 무효이므로 행위시에는 실재상 법률이 존재하지 않았던 것과 같아서 구법 당시 재판이 계속중인 사건에 신법을 적용하는 것은 소급입법금지원칙에 위반된다는 취지로 구법 제5조 제1항의 위헌심판을 논급하고 있다.

그러나 소급입법이란 행위당시에는 죄를 구성하지 않던 행위를 범죄로 처벌하거나, 범행 후 그 범죄에 대해 무거운 형벌을 정하거나, 불리한 증거법을 제정하거나 적용하는 것을 말하며, 재판절차만을 변경하는 것은 소급입법에 해당하지 않는다. 그리고 법률의 부존재와 무효와 효력상실은 엄연히 구별되는 것인데 본 결정의 논지는 이를 혼동하고 있다. 더구나 구법은 제정된 이래 수년간 과거 헌법재판기관(대법원)에서 합헌이라는 최종적 판단을 받아 적용되어 왔다는 사실도 알아야 한다.

이와같이 행위당시에 구법 제5조 제1항이 분명히 존재하였고,

신법개정시까지 위헌으로 선언되지 않았기 때문에 행위시에도 처벌의 적법한 근거법률이 합헌적으로 존재한다고 추정되는 것이 원칙이다(합헌추정의 원칙).

본건 논지에서 재범의 위험성을 입법으로 정하는 것은 위헌이라고 단정하고 그 법률이 무효라고 전제한 것은, 죄의 요건(罪)과 형벌(刑)은 입법부가 법으로 정한다. 사법부는 그 범위 내에서 재판한다(죄형법정주의 원칙)는 헌법의 기본원칙을 부정하는 독단적 판단이라 아니할 수 없다.

본건에서 다수의견은 신구법 모두 보호감호처분 자체는 헌법에 규정한 보안처분으로 합헌이며 그 처분자체가 위헌이어서가 아니라, 그 처분을 과하는 절차에서 구법은 재범의 위험성을 법으로 의제한 것이 위헌이라는 것이다.

즉 본 결정의 논지는 구법 제5조 제1항은 감호처분의 요건으로 전과와 재범사실만을 규정하고 있었는데 신법은 재범의 위험성을 추가하였으므로 구법과 신법간에는 실체적 요건의 변경이 있었다는 것을 전제로 하고 있다. 그러나 재범의 위험성이나 상습성등은 본질적으로 추상적인 것이어서 이를 판단하는데는 전과 및 재범사실이 가장 중요한 자료임은 누구도 부인하지 못한다.

그렇기 때문에 구법에서는 피감호청구인에게 일정한 전과사실이 있고 재범사실이 인정된다면 위험성이 존재하는 것으로 법률로 의제했던 것을 신법은 법관이 판단하도록 재량을 준 것에 불과한 것이다. 구법에서도 재범의 위험성을 요건으로 하고 있었지만 이를 법관이 판단하게 하지 아니하고 입법기관에서 법률로 정하였던 것이다.

피감호청구인이 갖추고 있는 재범의 위험성을 누가 판단하느냐는 결국 절차의 문제이지 실체적 요건의 변경이라고 할 수 없는 것이다. 그렇다면 이는 보호감호처분의 실질적인 요건이 불리하

게 변경된 것이 아니고 절차상의 문제에 불과한 것으로 소급입법금지의 원칙에 해당하는 사항이 아니다.

더구나 구법에 의한 피감호청구인에게 신법 부칙 제4조에 의하여 신법을 적용하여 재판할 하는 것은, 감호처분요건상의 새로운 불이익을 과하는 것이 아니고, 재범의 위험성에 관한 판단절차도 보충 개선하여 유리하게 한 것에 불과하므로 이른바 소급입법금지원칙에 위배되지 않는다는 것이 명백하다 할 것이다.

나아가 행위시와 재판시 사이에 개정된 사회보호법 제5조 등은 전체적으로 피감호청구인에게 유리하게 개선되는 것이라 소급입법금지에 반하는 입법이라고도 할 수 없다.

따라서 다수의견과 같이 구법 제5조 제1항은 보호감호처분을 과하는 절차에서 법관의 재량이 배제되어 있어 위헌성이 있다 하더라도 입법권을 가진 국회에서 이를 모두 보완 개선하였으며, 재판이 계속중인 감호처분은 신법 부칙 제4조에 따라 신법을 적용하게 되어 있으므로 결국 위 구법의 위헌여부는 판단의 필요성이 없게 되며, 재판의 전제가 될 수 없다. 즉 본건은 재판의 전제성과 필요성을 상실하게 되어 판단할 실익이 없는 것을 가지고 위헌여부를 선언한 것이라 이 논지 또한 반대하지 않을 수 없다.

다. 결론

본건은 헌법재판소에 위헌법률심판의 제청이 있는 후에 국회에서 위헌성이 있는 법조항들을 삭제 또는 정리하여 피감호청구인에 대하여 유리하게 법이 개정되었고, 법개정이나 위헌결정으로 인하여 생기는 여러가지 부작용과 사회적 충격을 감안하여 국회가 입법과정에서 경과규정을 두어 구법보다 완화된 신법을 적용하게 되어 있으므로 위헌판단의 전제성과 필요성이 없어진 것이다. 이러한 국회의 입법형성은 합당하며 국민적 합의에 부합하는

것이라고 아니할 수 없다. 국민의 대표기관인 국회에서 여야 만장일치로 이와같이 위헌성이 있는 법조항들을 삭제 정리하여 새로운 법으로 본건 법률을 개정할 마당에 어느 의견도 과반수의 지지를 얻지 못하는 이론을 가지고 폐지된 법조항에 대하여 다시 위헌을 선언하는 것은 국회의 입법기능을 침해하는 것으로써 바람직한 헌법재판이라 할 수 없다.

그렇다면 구법 제5조에 해당하는 사건에 대하여는 법 제5조 제1항과 제2항을 구별할 필요없이 모두 법개정으로 위헌재판의 전제성이 상실되었고 그 판단의 필요성이 없다고 하여 본건의 위헌법률심판제청은 모두 각하하여야 하는 것이 당연하고 헌법재판의 목적과 기능에 합치한다고 생각된다. 그래서 다수의견에 반대하는 것이다.

6-2. 재판관 김양균의 반대의견

다수의견은 헌법재판 계속중에 사회보호법이 개정되었고 법원의 심리중인 사건에는 신법을 적용한다는 경과규정이 마련되어 있더라도 죄형법정주의의 원칙에 비추어 행위시의 법률인 구법 제5조가 합헌이고 동시에 신법보다 더 무거운 것임이 전제될 때 비로소 신법이 소급 적용될 수 있는 이치이기 때문에 구법 제5조에 대한 위헌여부에 관한 실질심사가 불가피하다고 전제하고 결국 구법 제5조 제1항은 보안처분의 본질적 요건인 재범의 위험성을 따지지 않고 보호감호를 선고하도록 법관에게 강제하고 있기 때문에 위헌이고 같은 제5조 제2항은 그렇지 않으므로 위헌이 아니라고 판단하고 있다.

그러나 본 재판관은 그 판단의 당부를 따지기에 앞서 위헌판단의 전제인 “판단의 이익” 또는 “판단의 필요성”이 법의 개정에도 불구하고 본건에서 존재하는지의 여부에 대하여 우선 의문을 제기 하지 않을 수 없어 다음과 같은 반대의견을 제시한다.

헌법 제107조 제1항, 제111조 제1항 제1호의 규정과 헌법재판소 법 제41조 제1항, 제45조의 규정을 종합해 보면 헌법재판소의 위헌심판에 있어서 우리나라는 소위 구체적 규범통제제도를 채택하고 있음을 알 수 있다. 헌법재판소의 위헌심판은 구체적 사건을 전제로 하며 형사사건에 있어서는 일정한 피고인에 대한 일정한 공소사실 및 적용법조를(기재한 공소장을) 토대로 하여 그 적용법조의 위헌여부를 심사하는 것으로서 구체적인 사건은 위헌심판의 제1의 전제이다.

다음에 위헌심판은 법률 또는 그 조항의 위헌여부의 판단이 제청법원에서 심리중인 사건의 재판을 수행하는데 있어서 직접적이고 절대적으로 필요한 경우에 한하며 그것이 위헌심판의 제2의 전제인 것이다. 그리고 이상의 전제를 함하여(또는 후자만을) 헌법재판의 이익 또는 필요성이라 할 수 있고 그것은 위헌심판 제청시는 물론 심판절차 진행 중에도 존속해야 하며 사정의 변경으로 헌법재판의 이익이 소멸하면 위헌심판의 적격성도 소멸한다고 할 것이다.

그러면 우선 당 재판소 88헌가 5, 8 및 89헌가44로 각 접수된 대법원에서 제청한 보호감호 청구사건에 관하여 살펴보기로 한다.

먼저 피감호청구인 김충한(88헌가5)은 사기등 죄로 4회에 걸쳐 실행 형기합계 4년을 선고받고 그 형의 집행을 종료한 후 3년내에 상습으로 사기죄를 범하였다 하여 1심에서 징역 2년 및 보호감호 7년을 선고받고, 피감호청구인 윤주일(88헌가8)은 절도죄 등으로 10회에 걸쳐 실행 형기합계 20년 4월을 선고받고 그 형의 집행을 종료한 후 3년내에 상습으로 절도죄를 범하였다 하여 1심에서 징역 1년 6월 및 보호감호 10년을 선고받고, 피감호청구인 이승옥(89헌가44)은 폭력행위등처벌에관한법을 위반

죄로 징역 2년에 보호감호 7년을 선고받고 감호처분집행중 가출소하였다가 상습으로 폭행 및 상해죄를 범하였다 하여 1심에서 징역 2년 및 보호감호 10년을 선고받고 각 항소(기각되자) 상고하여 현재 대법원에 계속중에 있는 자이다.

한편, 동 사건들은 대법원에 계속중 법이 개정되었고 검찰에선 종래 적용법률이었던 구사회보호법을 변경키 위하여 대법원에 파기환송을 요청하였고 대법원의 조치를 기다리고 있다.

개정된 신사회보호법은 필요적 보호감호규정을 삭제하고 임의적 보호감호규정을 보다 합리적으로 개정하고 신법 시행당시 법원에 재판계속중인 사건에 대하여는 신법을 적용한다고 규정하고 있다(부칙 제4조). 그런데 국회는 입법재량권이 있고 모든 법률은 그것이 위헌선고되기까지는 합헌임이 일용 추정되고(합헌추정의원칙), 법원의 위헌심판제청 등 전제절차가 있어야 비로소 헌법심판이 개시되는 바(불고불리의원칙), 위 각 보호감호청구사건에서 적용이 논의되고 있는 각 조항(피감호청구인 윤주일의 경우 구법 제5조 제1항 제1호, 신법 제5조 제1호, 동 이승옥의 경우 구법 제5조 제1항 제2호, 신법 제5조 제2호, 동 김충한의 경우 구법 제5조 제2항 제1호, 신법 제5조 제1호)을 중심으로 각 신구법을 비교할 때 피감호청구인 등은 모두 신구법 양법에 다 해당되고, 신법은 재범의 위험성을 추가하여 요건을 강화함과 동시에 법관의 재량권을 인정하거나(동 윤주일, 동 이승옥의 경우) 감호처분량에 있어서도 구법의 10년 또는 7년에 비하여 7년으로 상한선을 긋는(각 피감호청구인의 경우)등 신법은 전체적으로 감호처분대상자에게 유리하게 개정되고 있어 만일 그들에게 재범의 위험성이(있다고 인정될 때에는 신, 구법 어디에 의하든지 문제될 것이 없고) 없다고 인정된다면 신법 제5조 제1호 및 동 경과규정인 부칙 제4조에 의하여 보호감호청구기간선고가 가능하며 위 각 보호감호청구사건의 판단이 구법의 위

헌여부를 가려서 비로소 이를 할 수 있는 것은 아니다. 위와 같은 심판과정에서 신법의 제규정의 위헌여부가 문제로 된다면 이를 별도로 논할 것이나 본건에서 신법의 제규정은 위헌심판의 제청이 없고 외견상 명백한 하자도 발견되지 않아 위헌심판대상이 아니므로 더이상 논할 여지가 없다고 할 것이다. 아울러 구법에서 위헌의 의심이 있는 법조항은 전부 삭제 폐지되었는 바, 폐지된 법률은 원칙적으로 위헌심판의 대상이 될 수 없고 다만 그 법률 또는 법조 때문에 현재도 기본권의 침해가 계속되고 있는 등 심판의 이익이 있을 때에 한하여 예외적으로 그 대상이 될 뿐이라 할 것인데 본건은 위의 예외에 해당한다고 볼 사유도 없다. 따라서 구법에 대한 위헌여부의 판단을 기다릴 필요도 없이 법원이 당해사건을 재판함이 가능하며 헌법재판의 필요성을 결여한 적법요건 불비의 경우에 해당한다고 할 것이다. 위 각 보호감호청구사건에는 공소장에 구법이 기재되어 있고 절차상 상고심에서는 검사가 공소장 변경을 할 수 없는 점과 관련하여 혹 의문을 제기할 수도 있겠으나 법률의 적용은 법원의 전속적 권한으로서 공소장에 기재되어 있는 법조에 구애됨이 없이 적정한 법을 적용할 수 있다고 보기 때문에 대법원에서 신법을 스스로 적용해서 파기자판하거나 법개정에 따른 공소장변경을 위하여 파기환송하거나 하등장애가 없다고 보는 것이다. 아마도 다수의견은 본건 구법의 위헌선언을 해두면 위 각 피감호청구인에게는 직접적인 이해관계가 없더라도 보호감호재판이 확정되어 집행중에 있는 일부 기결수 중에 재범의 “위험성 유무”에 대한 재판관의 재량권 박탈로 인하여 보호감호 선고된 자에게 재심의 기회를 줄 수 있다는 기대를 갖고 있는지 모르겠다. 다수의견중 재판관 이시윤의 보충의견은 명시적으로 이를 지적하고 있다.

이러나 이러한 것은 당해 관련된 사람의 사건을 통하여 비로소

그 위헌여부를 가리는 것이 구체적 규범통제의 목적 및 이를 규정한 헌법정신에 비추어 온당하다고 사료된다. 즉, 구체적 규범통제절차는 법원이 특정한 사건 그 자체를 재판함에 있어서 선결되는 문제를 해결해주는 것이지 특정사건과 유사한 사건이나 여타 사건의 헌법상 문제를 다루는 절차는 아니다. 따라서 법률의 위헌여부가 현재 계속중인 사건의 선결문제가 되지 않는 이상 법률이 위헌인 경우를 가정하여 이에 대한 해결책을 이 사건에서 함께 다루고자 하는 것은 구체적 규범통제의 본래의 목적을 벗어난 견해라 아니할 수 없다.

무릇 헌법재판소가 모든 법률에서 위헌요소를 적극적으로 색출해내는 것이 최고의 이상이라고 한다면 구체적 사건에 대한 법원의 제청을 기다릴 필요도 없이 헌법재판소가 직권으로라도 행하는 것이 합당할 것이다. 그러나 구체적 사건처리와 관계없이 일반적인 위헌판단을 금하고 있는 이유는 삼권의 분립주의에 기초를 둔 헌법재판의 자기제한이라 할 수 있다.

또 어떤 법률이 헌법재판소에서 위헌 판단이 내려질 때까지는 “합헌인 것으로 추정된다” 든가 “합헌적 해석을 통하여 법률을 존속시킨다” 든다 “다른 사유로 사건처결이 가능할 때는 그에 의하고 헌법판단은 최후 불가피할 때 한해서 하라는 헌법판단유보의 원칙”과 같은 것은 모두 미·일등 선진국 최고재판소가 확립해 놓은 판례인 바, 이는 국민의 대의기관인 국회의 정직성, 성실성, 전문성에 대한 예우이고 존경이라 할 것이다. 즉, 국회에서 제정한 법률에 대한 위헌판단은 국회의 입법권에 대한 중대한 제한인만큼 구체적인 사건해결에 불가피한 전제가 되고 명백한 위헌요소가 있을 때 한하여 위헌선고를 할 수 있는 것이다.

이상과 같은 이유로 본건 위헌심판청구는 법률의 개정으로 인하여 헌법재판을 기다릴 필요없이 보호감호청구사건의 처리가 가능

하여 위헌판단의 필요성의 요건을 충족시키지 않고 있는 경우에 해당하므로 이를 각하함이 상당하다고 사료된다.

6-3. 재판관 최광률의 반대의견

가. 반대의견의 제시이유

다수의견은 이 사건에서 문제된 사회보호법 제5조가 이 사건 심리중에 개정되었고 그 개정법률 부칙 제4조에서 개정법률 시행당시 재판계속중인 사건에 대하여도 개정법률을 적용한다는 경과규정을 두었더라도, 죄형법정주의의 원칙에 비추어 제청법원에 계속중인 당해사건에서 개정법률인 신법이 소급적용되려면, 행위시의 법률인 구법 제5조가 합헌이어야 하고 신법이 구법보다 피감호청구인에게 더 유리하여야 하므로, 헌법재판소로서는 구법 제5조에 대한 위헌여부에 관한 심판을 하지 않을 수 없다고 판시하고 있다. 또한 다수의견은 위와 같은 전제하에 구법 제5조의 위헌여부에 관한 실질적 심사를 행하여, 구법 제5조 제1항은 보안처분의 본질적 요건인 재범의 위험성을 그 요건으로 규정하고 있지 않을 뿐만아니라 다른 요건만 충족하면 재범의 위험성에 불구하고 법관에게 보호감호를 선고할 의무를 부과하고 있으므로 헌법에 위반되고, 같은 제5조 제2항은 재범의 위험성을 그 요건으로 규정하고 있으므로 헌법에 위반되지 않는다고 판단하고 있다.

그러나 다수의견의 위와 같은 판단은 그 일부판단에 있어서 위헌법률심판의 전제조건이라고 할 수 있는 “심판의 필요성”을 간과하여 불필요한 헌법판단을 하고 있다고 생각한다. 즉 다수의견이 구법 제5조 제1항 제1호와 제2호를 나누어 판단하지 아니하고 싸잡아 판단하고 있는 것은 잘못이고, 그 제1호에 대한 위헌판단은 제청법원에 계속중인 당해 사건의 재판을 위하여 직접적이고 절대적으로 필요한 헌법판단이 아니라고 생각하므로 이 부

분에 대한 다수의견에는 도저히 찬성할 수 없다. 따라서 다수의견중 구법 제5조 제1항 제1호에 대한 위헌결정부분에 대하여는 다음과 같이 반대의견을 제시한다. 다만, 구법 제5조 제1항 제2호에 의한 위헌판단부분과 같은 제5조 제2항에 대한 합헌판단부분에 대하여는 찬성한다.

나. 위헌법률심판의 요건

헌법 제107조 제1항 및 제111조 제1항 제1호에 의한 위헌법률심판은, 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에 그 재판사건을 심리하는 법원의 제청에 의하여 헌법재판소가 법률의 헌법위반 여부에 관하여 심판하는 이른바 구체적 규범통제절차이다. 이러한 구체적 규범통제절차에 있어서 제청법원이 위헌법률심판을 제청하거나 헌법재판소가 제청된 법률 또는 법률조항에 대한 실질적 심사를 하려면, (1) 당해 법률 또는 법률조항의 위헌여부가 제청법원에 계속중이고 당해사건의 재판의 전제문제가 되어야 하고, (2) 당해법률 또는 법률조항에 대한 헌법위반 여부의 판단이 제청법원에 계속중인 당해사건의 주문판단(主文判斷)을 위하여 직접적이고 절대적으로 필요한 경우이어야 한다.

다시 말하자면 위헌법률심판절차에 있어서 재판의 전제성과 심판의 필요성은 법원의 헌법재판소에 대한 제청요건인 동시에 존속요건이며, 헌법재판소의 결정요건이 된다. 따라서 이러한 요건의 어느 하나라도 결여하는 때에는 제청법원의 제청행위 자체가 부적법한 것이 되고 이에 대한 헌법재판소의 위헌심사가 불가능하게 된다.

특히 위에 든 2가지 요건 중 후자의 “심판의 필요성”은, 서독형의 헌법재판소제도를 채택하는 나라에 있어서는 “재판상의 필요성”이라고 하여 제청법원의 제청은 물론 헌법재판소의 결정에 있어서 반드시 요구되는 절차요건으로 강조되고 있으며, 미국형

의 사법심사제도를 채택하는 나라에 있어서도 “필요의 원칙”이라고 하여 헌법판단의 기본원칙중 하나로써 인정되고 있다. 따라서 위헌 법률심판에 있어서는 이러한 심판의 필요성이 전제요건이 되기 때문에, 아무리 헌법재판소라고 할지라도 제청법원에 계속중인 구체적 쟁송사건을 처리하는데 직접적이고 절대적으로 필요한 법률 또는 법률조항이 아니면 그 위헌여부를 심판할 수 없다. 그 결과 제청법원에서 제청한 심판대상인 법률 또는 법률조항이 가분적일 때에는 되도록 조·항·호로 나누어서 판단의 범위를 좁혀 위헌여부를 심판하여야 하고, 그 심판대상이 폐지법률인 경우에는 더욱 심판의 필요성 유무를 살펴 최소한의 범위안에서 심판하여야 한다.

다. 심판대상에 대한 검토

이 사건에서 심판대상으로서 문제가 된 사회보호법 제5조는 이 사건 심리중에 개정되었는 바, 그 개정내용을 살펴보면 신법은 “재범의 위험성”을 보호감호의 요건으로 삼지 아니하여 논란의 대상이 되던 구법 제5조 제1항을 전문 삭제(全文削除)하였고, 재범의 위험성을 보호감호의 요건으로 삼았던 구법 제2항도 그 대상범죄를 대폭 축소하는 방향으로 개정하였다. 또한 신법에서는 재범의 위험성에 대한 법원의 심사권을 배제하는 것으로 이해되던 구법 제20조 제1항 단서를 삭제하였고, 경과조치로서 부칙 제4조를 두어 개정법률 시행당시 재판계속중인 사건에 대하여도 신법을 소급적용하도록 규정하였다.

그렇다면 신법은 재범의 위험성을 보호감호의 요건으로 규정하지 않고 있던 구법 제5조 제1항과 재범의 위험성에 불구하고 보호감호의 선고를 의무화하였던 구법 제20조 제1항 단서를 모두 삭제함으로써 위헌적 요소를 말끔히 배제하였다고 볼 수 있다. 더구나 신법은 부칙 제4조에서 신법시행당시 재판계속중인 사건에

대하여도 신법을 적용하도록 규정하였으므로, 신법시행당시 구법 제5조 제1항으로 보호감호청구된 자에 대하여도 제법의 위헌성이 없으면 보호감호를 선고할 수 없게 하였다.

여기서 문제가 되는 것은 다수의견이 지적하는 바와 같이 죄형법정주의의 원칙상 형사제재적인 법령이 소급적용될수 있느냐 하는 것이다. 다수의견은 이점에 착안하여 굳이 개정법률에 의하여 폐지된 구법 제5조 제1항에 대하여 헌법위반 여부에 대한 실질적 심사를 시도하고 있는 것으로 짐작된다. 그러나 그러한 경우에도 한걸음 더 나아가 굳이 폐지된 법률에 대하여 위헌심사를 하려면, 그 대상되는 법률조항의 내용을 면밀히 분석하여 그 법률조항이 위헌심사의 대상으로서 가분적인 것인지 여부를 살피고, 가분적인 것이라면 이를 조·항·호로 세분하고 각 대상별로 합헌적인 다른 조·항·호와 대비하여 심판의 필요성 유무를 살펴야 할 것이다.

라. 구법 제5조 제1항 제1호의 대비분석

이 사건에서 문제가 된 구법 제5조 제1항은 제1호와 제2호로 나누어지는데, 제1호는 실행전과자에 대한 보호감호규정이고, 제2호는 보호감호전과자에 대한 보호감호규정이다. 또한 구법 제5조 제2항도 제1호와 제2호로 나누어지는데, 제1호는 실행전과자에 대한 보호감호규정이고, 제2호는 상습범등 특수범죄자에 대한 보호감호규정이다. 한편 신법 제5조는 제1호 내지 제3호로 나누어지는데, 제1호는 역시 실행전과자에 대한 보호감호규정이고, 제2호는 상습범에 대한 보호감호규정이며, 제3호는 보호감호전과자에 대한 보호감호규정이다. 결국 구법 제5조 제1항 제1호, 구법 제5조 제2항 제1호 및 신법 제5조 제1호는 모두 실행전과자에 대한 보호감호규정으로서 서로 밀접한 관련성이 있는 같은 맥락의 규정들이다.

먼저 구법 제5조 제1항 제1호와 구법 제5조 제2항 제1호를 대비하여 보면, 재범의 위험성을 보호감호의 요건으로 하느냐 여부의 점을 제외한 나머지 요건에서는 모두 겹쳐진다. 즉 나머지 요건으로써는 전과의 회수, 전과의 형기, 재범의 기간 및 재범의 종류의 4가지가 규정되어 있는 바, (1) 전과의 회수에 있어 전자는 3범이상이고 후자는 2범이상이며, (2) 전과의 형기에 있어 전자는 합계 5년이상이고 후자는 합계 3년이상이며, (3) 재범의 기간에 있어 전자는 3년 이내에 다시 재범한 것이고 후자는 언제든지 다시 재범한 것이며, (4) 재범의 종류에 있어 전자는 장기 7년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 동종 또는 유사한 범죄이고 후자는 장기 5년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 동종 또는 유사한 범죄이다.

그렇다면 전자에 해당하는 자라면 누구나 후자에도 해당하게 될 것은 논리상 당연하다고 할 것이다. 따라서 전자와 후자는 재범의 위험성 요건을 제외한 나머지 요건에 있어서는 전혀 별개의 유형이 아니라, 전자가 후자보다 구성요건을 다소 가중한 유형이라고 보아야 할 것이다.

다음, 구법 제5조 제2항 제1호와 신법 제5조 제1호를 대비하여 보면, 재범의 종류가 대폭 축소된 점을 제외하고는 전혀 다를 바 없다. 즉 양자는 재범의 위험성을 요건으로 하는 점에서 동일함은 물론, 위에는 4가지 구별표준 중 전과의 회수, 전과의 형기 및 재범의 기간의 점에서는 전혀 동일하다. 다만 재범의 종류에 있어 전자는 장기 5년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 동종 또는 유사한 범죄인데 반하여 후자는 신법 별표에 정한 동종 또는 유사한 범죄인 점이 다르다. 그렇다면 구법 제5조 제1항 제1호와 신법 제5조 제1호와의 관계도 앞에 적시한 구법 제5조 제2항 제1호와의 관계와 다를 바 없다고 할 것이다.

마. 심판의 필요성 유무

구법 제5조 제1항 제1호, 구법 제5조 제2항 제1호 및 신법 제5조 제1호와의 3자관계가 위에 살펴본 바와 같이 재범의 위험성 및 종류를 제외한 나머지 요건에 있어서 완전히 겹쳐지는 가중요건관계에 불과하다고 한다면, 재범의 위험성 요건을 누락하였던 구법 제5조 제1항 제1호가 폐지된 현시점에서 굳이 폐지된 위 법조에 대하여 위헌판단을 할 필요성이 있는지 의문이다.

헌법 제13조 제1항에 정한 죄형법정주의의 원칙과 형법 제1조 제1항 및 제2항에 정한 형벌법령의 적용원칙을 모두어 살펴보면, 구법 제5조 제1항 제1호를 적용법조로 하여 보호감호의 청구를 받아 제청법원의 재판에 계속중인 당해사건의 피감호청구인들에 대한 재판결과는 다수의견과 같이 위헌결정을 하지 않더라도 전혀 동일한 결과가 된다고 하지 않을 수 없다. 즉 당해사건의 피감호청구인 중 재범의 위험성이 없다고 인정되는 자에 대하여는 구법에 대한 위헌결정을 하지 아니하고 신법 제5조 제1호를 적용하더라도 재범의 위험성 요건 때문에 어차피 보호감호청구기각의 선고를 하게 될 것이다. 반면 당해사건의 피감호청구인중 재범의 위험성이 있다고 인정되는 자에 대하여는 행위시법으로 구법 제5조 제1항 제1호를 적용하든, 보호감호청구서 변경절차를 거쳐 구법 제5조 제2항 제1호를 적용하든, 재판시법으로 신법 제5조 제1호를 적용하여 집행상의 상한이 7년인 보호감호의 선고를 하게될 것이다. 그것은 앞서 설명한 바와 같이 구법 제5조 제1항 제1호에 해당하는 자이면 재범의 위험성이 인정되는 한 누구나 제5조 제2항 제1호에 해당하지 않을 수 없고, 구법 제5조 제2항 제1호에 해당하는 자이면 신법의 별표에 정한 범죄유형에 해당하는 한 누구나 신법 제5조 제1호에 해

당하지 않을 수 없기 때문이다.

그렇다면 이 사건의 경우에 있어서 제범의 위험성 요건을 누락하였던 구법 제5조 제1항 제1호가 폐지된 현시점에서는, 그 법조에 대한 위헌판단은 제청법원에 계속중인 당해사건의 재판에 있어서 직접적이고 절대적으로 필요한 헌법판단이 아니라고 생각된다. 오히려 이처럼 불필요한 위헌판단을 하는 것은 여러가지 면에서 번잡과 혼란을 초래할 염려가 있을 뿐이다.

다수의견은 제청법원이 신법이 시행된지 상당한 기간이 경과한 지금까지 위 법조에 대한 제청신청을 철회하는 의사를 밝히지 아니하고 제청신청을 계속 유지하고 있으므로 위 법조에 대한 위헌여부심판이 불가피하다는 취지로 판시하고 있다. 그러나 위에 실시한 바와 같은 심판의 필요성은 법원의 헌법재판소에 대한 위헌법률심판의 제청요건인 동시에 존속요건이며, 헌법재판소의 결정요건이라고 할 것이다. 그렇다면 제청 이후에 생긴 사정 즉 법개정으로 심판의 필요성이 없어진 경우에는 헌법재판소는 헌법판단을 할 수 없다고 하여야 할 것이므로, 이에 관한 다수의견의 판시에도 쉽사리 찬성할 수 없다.

바. 종전 결정례와의 관계

우리 헌법재판소는 1989.4.17. 당시 헌법재판소에 계속중인 구법 제5조에 대한 100여건의 위헌법률심판사건 중 13건(헌법소원심판사건은 제외)에 대하여 심판제청을 각하하는 결정을 선고한 바가 있다. 그 결정 이유는 모두 사회보호법은 제청후인 1989.3.25. 개정되었는 바, 개정법률에 의하면 신법 별표에 규정된 죄를 범한 때에 한하여 보호감호에 처하도록 하였고, 그 부칙 제4조의 규정에 의하면 신법 시행당시 재판계속중인 사건에 대하여는 신법을 적용하도록 하였으니, 당해사건에서의 적용법조가 구법 제5조 제1항인 경우이든, 같은 제2항인 경우이든 불문하고 그 대

상범죄의 종류가 신법 별표에 규정된 죄에 해당되지 아니하면 위헌 법률심판의 대상이 된 구법 제5조 제1항 또는 제2항은 더이상 재판의 전제가 될 수 없고, 달리 그 법조에 대하여 위헌여부에 관한 판단을 할 이익이 없다는 취지이다(헌재 1989.4.17. 88헌가4 결정 및 같은날 선고 같은 취지 결정 12건 참조). 결국 위 결정의 취지는 법이 개정되어 재판의 전제성 또는 위헌판단이나 위헌제청의 이익이 없으면 위헌법률심판을 할 수 없고 그 제청신청을 각하하여야 한다는 것이다.

종전 결정례에서 말하는 위헌판단의 이익 또는 위헌제청의 이익이라는 것도 여기서 말하는 심판의 필요성과 같은 것으로 제청법원에 계속중인 당해사건의 주문판단에 영향이 없는 헌법문제는 판단을 회피하여야 한다는 뜻으로 이해된다. 다시 말하자면 심판의 대상이 된 사회보호법이 개정되어 처벌대상에서 제외되었으므로 굳이 위헌여부에 대한 판단을 하지 않더라도 어차피 보호감호청구가 기각될 운명에 있는 경우에는 위헌판단을 할 필요가 없다는 취지인 것이다. 종전 결정례에서 제청신청각하결정을 한 13건의 위헌법률심판사건 중에는 구법 제5조 제1항 제1호 해당사건도 다수 포함되어 있는 바, 다수의견의 논리대로 한다면 이들에 대하여도 제청신청각하결정을 할 것이 아니라 굳이 위헌여부심사를 하여 위헌결정을 하여야 한다는 결론에 이르게 된다.

그렇다면 이 사건의 다수의견은 위에 든 종전 결정례의 취지에도 반하는 결과가 된다고 할 수 밖에 없다.

사. 반대의견의 요지

이상과 같은 이유로 구법 제5조 제1항 제1호에 해당하는 사건에 대하여는 위헌결정을 할 것이 아니라 법개정으로 심판의 필요성이 없어졌으므로 그 심판제청을 각하하여야 한다고 생각한다.

다만 구법 제5조 제1항 제2호에 대한 위헌결정 및 구법 제5조 제2항에 대한 합헌결정에 대하여는 다수의견에 찬성한다.

7. 재판관 변정수, 재판관 김진우의 의견

가. 우리는 다수의견과 견해를 달리하여, 사회보호법(1989.3.25.자 법률 제4089호로 개정되기 전의 법률, 이하 같음) 제5조 제1항 및 제2항 소정의 보호감호제도는 어느 것이나 다 헌법에 위반되어 무효이며 보호감호제도는 폐지되어야 한다고 생각한다. 원래 상습범죄자와 특별히 위험성있는 범죄자에 대한 보호감호제도는 응보형제도의 결함을 보충하기 위한 것이었다. 즉 19세기의 형벌제도의 근본원리인 응보형사상의 이념에 따르면 형벌은 범죄행위의 피해정도에 비례하여야 하고 아무리 행위자가 사회적으로 위험한 경우라도 또 아무리 형벌이 행위자의 개선에 부적당한 제도라도 그러한 것은 고려하지 아니하고, 범죄의 피해정도에 따라 형량을 선고하는 것이 정의에 합당하다고 보는 것이기 때문에, 이러한 원리 아래에서는 범죄자의 반사회성에 맞지 않는 양형(量刑)과 행형제도의 결합등으로 인하여 누범등 상습범죄자가 증가하게 됨으로써 형벌제도만으로써는 사회방위를 다할 수 없어 이러한 범죄자들로부터 사회를 방위하기 위하여 교육형적인 보호감호제도가 필요하였던 것이다.

그런데, 오늘에 있어서의 형벌사상은 형벌은 응보가 아니라 범인의 개선·교육 및 그를 통한 사회방위를 목적으로 하여야 한다는 것이고, 우리의 형벌제도도 형벌의 목적을 응보에 두지 않고 교육을 통한 사회방위에 두고 있음은, 양형의 조건을 규정한 형법 제51조에 피해자에 대한 관계나 범행의 결과보다는 오히려 범인의 연령, 성행, 지능과 환경을 보다 중요한 참작사유로 규정하고 있는 점이나, 행형의 목적을 규정한 행형법 제1조에 징역형 등 자유형의 선고를 받은 자를 격리하여 교정·교화하며, 건전한

국민사상과 근로정신을 함양하고 기술교육을 실시하여 사회에 복귀하게 하는 것을 목적으로 한다고 규정하고 있는 점 등으로 보아 명백하니, 이러한 이념 아래에서는 형벌과 보호감호는 이를 구별할 아무런 필요가 없고, 본질에 있어 똑같은 교육형이므로 응보형제도의 결함을 보충하기 위한 필요성에서 생겨난 보호감호제도는 더 이상 이것을 두어야 할 필요가 없는 것이다.

나. 그럼에도 불구하고 사회보호법은 제5조 제1항과 제2항에 보호감호제도를 두어 상습성있는 범죄인과 특히 위험성있는 범죄인에 대하여 형의 선고와 함께 법원으로 하여금 일정한 요건 아래 10년 또는 7년의 보호감호를 선고하게 하고, 보호감호는 형을 집행한 다음 중첩적으로 집행하도록 하고 있는 바(법 제23조), 보호감호의 주된 내용은 보호감호의 선고를 받은 자를 보호감호시설에 격리 수용하여 감호·교화하고 사회복귀에 필요한 심신단련과 기술교육 및 직업훈련을 과하는 것이어서(법 제7조 제1항 및 법시행령 제3조 제1항) 행형법상의 자유형의 내용과 실질적으로 차이가 없으니, 결국 형의 선고와 함께 보호감호의 선고를 받은 자는, 과거의 전과때문에, 동일한 범죄에 대하여, 형벌(누범가중 또는 상습범가중을 한)이라는 이름으로 자유형을 복역하고 다시 보호감호라는 이름으로 자유형을 복역하는 것에 다름없어 이는 결국 헌법 제13조 제1항에 규정된 “동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다”라는 거듭처벌금지의 원칙에 위반되는 것이라고 아니할 수 없다.

다. 다수의견은, 헌법 제12조 제1항에 “적법절차에 의한 보안처분”이 허용되고 있고, 보호감호는 형벌이 아니라 보안처분이므로 형벌과 보안처분을 병과하여 선고하고 중첩적으로 집행하더라도 거듭처벌금지의 원칙에는 위배되지 아니한다. 다만 필요적 보호감호를 규정한 제5조 제1항은 적법절차를 갖춘 것이라고 볼

수 없으므로 헌법에 위반되고 임의적 보호감호를 규정한 제5조 제2항은 적법절차를 갖춘 것이기 때문에 헌법에 위반되지 아니한다는 견해를 펴고 있다. 그러나 헌법 제13조 제1항에 규정된 거듭처벌금지의 원칙은, 형벌이건 보안처분이건 그 명칭에 관계없이 동일범죄에 대하여 2중으로 고통을 가하는 것을 금지하는 취지이므로 비록 이름이 보안처분이라 하더라도 그 내용이 범죄인에 대하여 고통을 가하는 것이면 이는 여기에서 말하는 처벌에 해당하며, 적법절차란, 헌법상의 규정을 기다릴 것도 없이, 법치주의의 본질적 내용으로서 국민의 권리·의무에 관한 법률은 그 성립절차가 합법적일 뿐아니라 법률의 목적이나 내용에 있어서도 인간의 존엄과 가치를 존중하는 헌법이념과 개인의 권리를 보호하고 실현하기 위하여 확립되어온 여러원칙은 물론 자연적 정의에도 합치되어야 한다는 원리이므로 거듭처벌금지의 헌법규정에 반하는 보호감호는 그점만으로도 헌법 제12조 제1항에 규정된 적법절차에 의한 보안처분에 해당될 수 없는 것이다.

그리고 누범이나 상습성 있는 범죄인등에 대하여는 형법과 특별법등에 누범가중 및 상습범가중규정등이 있어 법원이 그러한 법률에 따라 범죄인의 교육·개선에 부족함이 없는 매우 무거운 형을 선고할 수 있도록 되어 있는데 그것도 모자라서 다시 교육·개선을 위한 보호감호라는 미명아래, 아름만 다를뿐 자유형과 같은 내용의 처벌에 다른 없는 보호감호제도를 두어 형집행후 중첩적으로 집행하도록 하는 것은 너무 가혹하고 위협적이어서 인간의 존엄과 가치를 존중하는 헌법의 이념(헌법 제10조)에 반하는 것이다. 따라서 사회보호법상의 보호감호제도는 어느 것이나 헌법 제12조 제1항이 허용하고 있는 적법절차에 의한 보안처분에 해당될 수 없는 것이다. 상습성 있는 범죄인들에 대하여 법원이 선고하는 형량이 범죄인의 교육·개선에 필요한 기간에 너무 못미

치기 때문에 형벌 이외로 보호감호제도가 필요하다는 이론도 있는 듯하나 사실이 그렇다면 그러한 점은 법원이 형사재판의 운영에 있어서 고려해야 할 필요가 있는 문제일 따름이지 그렇다고 해서 헌법의 인권 보장이념에 반하는 보호감호제도를 두어야 할 이유가 될 수 없다.

라. 다수의견은 사회보호법 제5조 제1,2항의 보호감호가 거듭처벌금지에 반하는 것이냐의 여부에 관하여는 우리와 견해를 달리하면서도 필요적 보호감호를 규정한 제5조 제1항이 적법절차에 위배된 위헌법률이라는 점에 관하여는 결론을 같이 하였으나 임의적 보호감호를 규정한 제5조 제2항에 관하여서는 결론을 달리하여 제5조 제2항은 제5조 제1항과는 달리 재범의 위험성 유무에 관한 판단재량권을 법관에게 주어 재범의 위험성이 있다고 인정되는 때에만 보호감호에 처하도록 하였을 뿐더러 거기에 정해진 7년의 보호감호기간이 규정의 형식상으로는 정기 보호감호기간의 형식으로 되어 있어 비례의 원칙에 반하는 것이 아니냐 하는 의문이 있기는 하나 법 제25조 제1항의 규정에 비추어 이는 단순히 보호감호집행상의 상한을 정한 것으로 해석되기 때문에 적법절차에 위배된다고 볼 수 없고 따라서 이는 헌법에 위배되지 아니한다고 하였다.

그런데 보호감호가 거듭처벌금지에 위배되지 아니한다는 다수의견의 입장에서 보더라도 제5조 제2항이 보호감호의 요건으로서의 재범의 위험성에 관한 판단재량권을 법관에게 주고 있다는 점에서는 법 제5조 제1항보다 적법절차위배의 점이 약한 것은 사실이나 정도에 차이가 있을 뿐이지 제5조 제2항 또한 적법절차에 위배된 법률이고 따라서 헌법에 위반되는 것이다. 그 이유인즉,

첫째, 제5조 제2항은 “보호대상자가 다음 각호의 1에 해당하

는 때에는 7년의 보호감호에 처한다” 라고 규정하여 법원으로 하여금 7년의 정기보호감호만을 선고하도록 강제하고 있는 것이 명백하고 그렇다면 이는 재범의 위험성에 비례한 감호기간을 선택할 수 있는 법원의 재량을 배제하는 것이므로 결국 법관에 의한 재판을 받을 권리를 침해하는 것이 되어 그 점에서 위헌적인 규정이다. 법 제25조 제1항에 의하면 사회보호위원회가 피보호감호자에 대하여 그 집행개시후 매 2년마다 가출소 여부를 심사할 수 있도록 되어 있고 다수의견은 이점을 내세워 법원이 선고하는 7년의 보호감호기간을 보호감호집행상의 상한을 정하는 것으로 해석할 수 있다는 것이나 법원이 가출소 여부를 심사하는 것이 아니라 법무부장관이 임명 또는 위촉하는 위원으로 구성된 사회보호위원회가 가출소 여부를 심사하는 것은 결국 감호집행기관 자신이 가출소 여부를 심사하는 것에 다름없으므로 7년의 보호감호기간을 단순히 집행상의 상한기간을 정한 것에 불과하다고 볼 수는 없는 것이다.

둘째 이 점은 제5조 제1, 2항의 보호감호에 공통된 문제점이지만, 사회보호법에 의하면 보호감호는 형의 선고와 동시에 선고하고 보호감호와 형이 병과된 경우 그 집행은 형의 집행을 종료한 다음에 하도록 되어 있다. 그렇다면 형의 선고시에 판단해야 할 재범의 위험성은 판결선고시가 기준으로 되어야 할 것이 아니라 형의 집행을 종료한 시점이 기준으로 되어야 할 것은 당연한 이치인데 법관에게 집행종료시라는 장래의 시점에서의 재범의 위험성 유무를 판결시에 미리 점치도록 하는 것은 무리한 요구이고 그 결과는 필경 형의 집행으로 인하여 재범의 위험성이 이미 교정되었을 수도 있는 사람을 무고하게 보호감호시설에 수용하여 불필요한 고통을 주게 될 가능성이 충분히 있다고 생각된다(집행개시 2년 후에야 가출소 여부를 심사받게 되어 있으므로 최소한 2년

간은 수용되어야 한다).

인권이 침해될 우려있는 위 두가지 점만으로도 법 제5조 제2항 또한 적법절차에 의한 보안처분으로는 볼 수 없을 것이다.

법치주의 아래에서는 국민의 자유와 권리를 제한하는 법률 특히 인신구속에 관한 법률의 해석은 엄격하여야 하고 그 법률에 위헌적인 요소가 있다면 비록 작은 것으로 보이는 것이라도 그것을 합헌적으로 편리하게 해석하거나 그대로 묵인하여서는 아니되는 것이다.

그럼에도 불구하고 다수의견이 법 제5조 제2항을 그중 위헌적인 것을 합헌적으로 해석하거나 또는 위헌적인 요소를 간과한 채 위헌 법률이 아니라고 해석하는 것은 법치주의의 원리에 어긋나는 일이다.

1989. 7. 14

재판장 재판관 조규광

재판장 이성렬

재판장 변정수

재판장 김진우

재판장 한병채

재판장 이시운

재판장 최광률

재판장 김양균

재판장 김문희