

4. 사행행위처벌 포괄위임 사건

〈헌재 1991. 7. 8. 91헌가4 복표발행·현상기타사행행위단속법 제9조 및 제5조에 관한 위헌심판, 판례집 3, 336〉

가. 사건의 배경

이 사건은 위임입법의 형식으로 범죄구성요건을 규정한 형사처벌법규에 대하여 포괄위임 금지 원칙에 위배된다고 하여 위헌결정한 최초의 사건이다.

복표발행·현상기타사행행위단속법(1961. 11. 1. 법률 제762호) 제5조는 동법에 따라 허가를 받은 자의 당해행위실시에 관한 업무의 범위, 처리절차, 주최자와 참가자의 관계, 기타 실시상 필요한 규정과 단속상 필요한 규정은 본법에 규정한 것을 제외하고는 각령으로써 정한다고 규정하고, 동법 제9조는 제5조의 규정에 의한 각령의 규정에 위반한 행위로서 각령에서 본조의 벌칙을 적용할 것을 정한 조항에 해당하는 자는 1년이하의 징역, 15만원이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처하도록 규정하고 있었다.

제청신청인은 관광호텔의 오락실을 경영하는 자로서 내무부령에 규정된 특별시상물을 어겨 위 법률 제9조 및 제5조를 위반하였다고 하여 제1심과 항소심에서 벌금 15만원을 선고받고 상고하면서 위 법률조항에 대하여 위헌법률심판제청을 신청하였고 대법원이 이를 받아들여 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청하였다.

나. 결정의 주요내용

헌법재판소는 다음과 같이 복표발행·현상기타사행행위단속법 제9조 중 ‘제5조의 규정에 의한 각령의 규정에 위반한 행위로서 각령에서 본조의 벌칙을 적용할 것을 정한 조항에 해당하는 자’라는 부분은 죄형법정주의에 위반되고 위임입법의 헌법상 한계를 일탈하였다고 하여 위헌결정을 하였다.

법률이 없으면 범죄도 없고 형벌도 없다는 말로 표현되는 죄형법정주의는 이미 제정된 정의로운 법률에 의하지 아니하고는 처벌되지 아니한다는 원칙으로서 이는 무엇이 처벌될 행위인가를 국민이 예측가능한 형식으로 정하도록 하여 개인의 법적 안정성을 보호하고 성문의 형벌법규에 의한 실정법 질서를 확립하여 국가형벌권의 자의적 행사로부터 개인의 자유와 권리를 보장하려는 법치국가 형법의 기본원리이다.

법률의 위임이 일반적이고 포괄적으로 행하여 진다면 이는 사실상 입법권을 백지위임하는 것이나 다름없어 의회입법의 원칙이나 법치주의를 부인하는 것이 되고 행정권의 부당한 자의와 기본권 행사에 대한 무제한적 침해를 초래할 위험이 있게 되는 바, 법률의 위임은 구체적이고 개별적으로 한정된 사항에 대하여 행해져야 한다. 우리 헌법 제75조도 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항……에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.”라고 규정하여 위임입법의 근거와 아울러 그 범위와 한계를 제시하고 있는데 ‘법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항’이라 함은 법률에 이미 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미한다.

특히 처벌법규의 위임에 있어서는 헌법상 죄형법정주의와 적법절차원칙과 결부되어 긴급한 필

요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한정되어야 하고 이러한 경우에도 법률에서 범죄의 구성요건은 처벌대상인 행위가 어떠한 것일 것이라고 이를 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명백히 규정하여야 한다.

따라서 복표발행·현상기타사행행위단속법 제5조 중 ‘실시상 필요한 규정과 단속상 필요한 규정’이라고만 범위를 정하여 그것을 각령으로 정하도록 위임한 부분은 법률로써 미리 충분히 정할 수 있는 처벌대상 행위를 법률로써 정하지 아니하고 예측할 수 있는 어떠한 기준도 정함이 없이 포괄적으로 위임하는 것이어서 위임입법의 한계를 크게 일탈한 것이며 동시에 죄형법정주의에도 반하는 것이라고 아니할 수 없다.

또한 동법 제9조(제7조의 규정에 의한 처분에 위반한 자를 처벌한다는 부분제외, 이하같음)는 위와 같이 막연한 포괄적 위임법률에 의하여 제정된 ‘각령의 규정에 위반한 행위’를 범죄의 구성요건으로 하고 있을 뿐만 아니라 각령의 규정에 위반한 행위 가운데에서도 그 중 어떠한 것을 처벌할 것인가의 선택을 전적으로 각령에서 지정하도록 위임하고 있으니 이는 결국 벌칙규정이면서도 형벌만을 규정하고 범죄의 구성요건의 설정은 이것을 완전히 각령에 백지위임하고 있는 것이나 다름없다.

다만 제청법원이 벌칙규정과 함께 범죄의 구성요건규정까지 위헌여부의 제청을 하였더라도 범죄의 구성요건규정에 형사처벌규정 이외의 사항이 포함되어 있을 뿐만 아니라 위헌 제청된 당해 사건을 재판하는 데에 벌칙규정에 대한 위헌선고만으로써 충분한 경우에는 범죄의 구성요건규정에 대한 위헌선고까지 할 필요는 없다 할 것이므로 동법 제9조에 대하여만, 위임입법의 한계를 규정한 헌법 제75조와 죄형법정주의를 규정한 헌법 제12조 제1항, 제13조 제1항에 위반되는 위헌법률이라고 결정한다.

다. 사후경과

이 결정이 선고되자 일부 언론에서 이번 결정은 국민의 인신을 구속할 수도 있는 처벌법규에 대한 위임입법판단기준을 최고의 헌법해석기관이 처음으로 명확히 세웠다는데 큰 의미가 있다고 논평하고 아울러 범죄구성요건을 각령에 위임한 법률이 수두룩하다고 예시하면서 이번 결정에 비추어 볼 때 행정부, 입법부 등은 근원적으로 형벌법규의 위임은 안된다는 점을 주지하여야 할 것이라고 지적하였다(법률신문 1991. 7. 11., 7. 18.).

한편 이 사건 위헌여부심판이 제청되자 법무부는 이 사건 법률조항의 문제점을 인식하게 되어 문제의 시행령에 규정되었던 해당조문을 법률에 편입하는 개정작업을 추진하여 1991년 3월 8일 법률 제4339호로 사행행위등규제법으로 법률명칭을 변경하여 개정·공포하였고 이 사건 결정 후인 동년 9월 8일 시행되었다.

이 사건 결정은 형사처벌법규에 대한 위임입법의 헌법상 허용한계의 기준을 최초로 제시한 선도적인 것으로 후일의 헌법재판소의 결정에서도 여기서 제시한 기준을 원용하여 판시하고 있다. 이 결정에서 제시한 일반적인 위임입법의 헌법상 허용한계 기준은 후일 예측가능성의 유무판단과 관련하여 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니라 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 한다고 판시함으로써 구체적인 심사기준을 제시하였다(헌재 1991. 2. 11. 90헌가27; 1994. 7. 29. 93헌가12; 1995. 7. 21. 94헌마125; 1996. 3. 28. 94헌바42; 1997. 10. 30. 95헌바7; 1998. 7. 16. 96헌바52 등). 그리고 이 사건과 같은 처벌법규(헌재 1994. 6. 30. 93헌가15; 1994. 7. 29. 93헌가12; 1995. 9. 28.

93헌바50 ; 1997. 5. 29. 94헌바22 ; 1997. 9. 25. 96헌가16)와 조세법규(헌재 1994. 7. 29. 92헌바49 ; 1995. 11. 30. 91헌바1 ; 1995. 11. 30. 93헌바32 ; 1995. 11. 30. 94헌바40 ; 1997. 2. 20. 95헌바27 ; 1997. 9. 25. 96헌바18 ; 1998. 4. 30. 95헌바55 ; 1998. 4. 30. 96헌바78) 등 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 법규에 관한 위임입법의 헌법상 허용한계는 일반적인 허용한계보다 그 요건과 범위에 있어서 엄격하게 적용하는 판례가 확립되었다.

나아가 헌법재판소는 위임입법의 헌법상 허용한계를 판단함에 있어서 위임입법의 형식과 관련하여 법률이 위임입법을 할 때에는 대통령령, 총리령, 부령 등 법규명령에 위임함이 바람직하고 다만 '보건복지부장관이 정하는 바에 따라'와 같은 형식으로 입법위임을 함으로서 법규명령에 위임한 것인지 행정규칙에 위임한 것인지 분명하지 아니하도록 하여서는 아니되며 그렇게 위임한 경우에는 그 법률의 위임입법의 한계 이탈여부를 판단함에 있어 보다 엄격하게 심사하여야 할 것이라고 결정하기에 이르렀다(헌재 1998. 5. 28. 96헌가1).