

刑法上 明確性の 원칙

任 雄*

- I 죄형법정주의와 명확성의 원칙
- II 명확성의 원칙에 있어서 명확성의 정도와 판단기준
 - 1 명확성의 원칙에 있어서 명확성의 정도
 - 2 명확성의 정도에 있어서 비례성의 원칙
 - 3 명확성의 원칙에 있어서 명확성의 판단기준
- III. 명확성의 원칙의 적용범위
 - 1 범죄성립요건
 - 2 형벌
 - 3 보안처분
- IV 명확성의 원칙에 관한 약간의 판례평석
 - 1 형법상의 음란개념 대판 1995. 6. 16, 94 도 2413
 - 2 균형법상의 추행개념·헌재 2002 6 27, 2001 헌바 70—전원재판부
 - 3 불량만화의 정의 헌재 2002 2. 28, 99 헌가 8
 - 4. 선량한 풍속 및 사회질서에 반하는 행위와 관련한 외화유출의 처벌
· 대판 1998. 6. 18, 97 도 2231
 - 5. 청소년 상대의 풍기문란영업행위 대판 2003 12 26, 2003 도 5980

I. 죄형법정주의와 명확성의 원칙

“법을 없으면, 범죄 없고 형벌 없다”라고 간명히 표현되는 죄형법정주의에서의 법률은 행위시 이전에 ‘명확하게’ 제정된 성문의 법률을 의미한다. 가벌적 행위는 법률상 「명확하게」(bestimmt)·定型的으로 규정되어야 한다.¹⁾ 구성요건은 가벌적 행위를 가

* 성균관대학교 법과대학 교수

- 1) 명확성의 원칙에 있어서 ‘명확함’(bestimmt)이란 ‘단순해서 명료’하다든가 ‘본질적이어서 명백’하다는 의미가 아니고, ‘내용이 치밀·자세함’ 내지 ‘정확히 윤곽지워짐’(genau umrissen)이라는 의미이다

능한 한 ‘정확히’ 기술해야만 한다 내용상 윤곽이 모호한 개념, 달리 말하자면 애매하고 불분명하여 신축이 자유로운 개념의 사용을 피하고, 국가형벌권행사의 예측가능한 한계선이 지켜질 수 있는 표현을 하도록 해야 한다²⁾ 형벌법규의 내용이 불명확하고 추상적일 때에는 법관의 恣意的 解釋이 쉽게 개입해서 죄형법정주의가 위태롭게 된다 또 범죄가 명확하게 규정된 경우에만 국민의 입장에서 형법상 어떠한 행위가 금지되는가를 예측할 수 있게 되므로 법적 안정성을 기할 수 있다. 미국에서는 법의 일반원칙으로서 ‘불명확하기 때문에 무효’(void for vagueness)라는 이론이 판례에 의하여 형성되어 있다³⁾ 사실 죄형법정주의는 법의 유추적용보다는 불명확한 형벌규정을 통하여 무너지기 쉽다.⁴⁾

형법상 명확성의 원칙은 헌법 제12조 제1항과 제13조 제1항에서 규정된 처벌상의 법률주의에 내포되어 있다고 할 수 있다.⁵⁾ 그밖에 명확성의 원칙은 법치주의의 관점에서 다음과 같은 세 가지 근거를 갖는다⁶⁾

첫째로 법률이 범죄성립요건을 전적으로 법관의 판단에 맡겨 버린다면, 가벌성의 한계는 행위 ‘후에’ 확정될 것이고, 이는 ‘소급효금지의 원칙’에 위배될 것이다. 따라서 권력분립주의는 법관이 적용할 법률을 의회가 행위시 이전에 명확하게 규정해 둘 것을 요구한다. 이 점에 있어서 명확성의 원칙은 법관이 아니라 ‘입법자’가 준수해야 할 원칙이다 죄형법정주의의 파생원칙 중 법률주의는⁷⁾ 법관과 입법자에게, 유추적용금

2) 예컨대 “공공질서에 반하는 행위를 한 자는 처벌한다” 또는 “건전한 국민감정을 해하는 행위를 한 자는 처벌한다”는 식의 형벌규정은 국민으로 하여금 구체적인 경우에 과연 어떠한 행위가 금지되는 것인지를 예측할 수 없게 하므로 명확성의 원칙에 위배된다.

3) 이에 의하면, 법률이 너무 불명확하여 합리적인 인간이 그 법률이 명령 또는 금지하고자 의도하는 바를 해석으로부터 측정할 수 없는 경우에는 적정절차위반으로서 무효가 된다 (Black’s Law Dictionary, 5th ed., 1979, p 1412 참조)

4) Hans-H. Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allg Teil, 4 Aufl., 1988, S. 122, Hans Weizel, Das Deutsche Strafrecht, 11 Aufl., S. 23 그리고 1935년 나치시대의 독일형법 제2조 “... 건전한 국민감정에 비추어 처벌할 필요가 있다고 인정되는 행위는 처벌한다...”라는 규정에서도 “건전한 국민감정”이라는 불명확개념이 죄형법정주의를 결정적으로 유린하였다

5) 독일에 있어서 명확성의 원칙의 헌법적 근거는 기본법 제103조 제2항(“Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde”)이다

6) Albin Eser, Strafrecht I, 3 Aufl., 1980, S. 35.

지원칙은⁸⁾ 법관에게 요구되는 원칙이라는 것과 대조된다.

둘째로 범죄성립요건을 전적으로 법관이 판단한다면, 법관 개개인의 주관적 판단이 개재해서 법 앞의 평등이 깨어지고야 말 것이다 이 점에 있어서 명확성의 원칙은 평등원칙을 보장한다

셋째로 명확한 법률은 그 적용범위를 예측 가능하게 함으로써 법적 안정성을 담보하고, 의사결정규범으로서 기능할 수 있게 한다.

II. 명확성의 원칙에 있어서 명확성의 정도와 판단기준

1. 명확성의 원칙에 있어서 명확성의 정도

명확성의 원칙에 있어서 구성요건의 명확성은 최소한 어느 정도 지켜져야 하는가라는 것이 주요 논점이 된다. 형사입법에 있어서도 ‘개괄조항’(Generalklausel)과 ‘가치개념, 가치충전이 필요한 개념’(wertausfüllungsbedürftiger Begriff)을⁹⁾ 사용하는 것은 불가피하다. 구성요건의 규범적 요소와 기술적 요소의 구별도 상대적인 만큼, 구성요건에 사용된 개념은 해석상 평가(Wertung)를 요한다는 점에서 명확성의 원칙에는 속명적으로 일정한 한계가 있다. 법관을 법률에 구속시키고 법률 적용상의 정확을 기하기 위하여 법률을 명확하게 규정해야 한다는 요청을 어떻게 충족할 것인가는 ‘입법기술’에 의하여 크게 좌우된다.¹⁰⁾ 불문법에 대한 성문법의 장점은 법률관계를 최대한 투명하고도 정확하게 보여줌으로써 법적용의 일관성·통일성·평등성을 보장할 수 있다는 점에 있다. 그러므로 입법시에 법의 흠결이 발생하지 않도록 하는 남김 없는 규율, 또 법문의 추상성을 피하고 가급적 구체적으로 규정하도록 하는 입법기술상의 노력이 행해져야 한다. 법관은 법해석시에 입법자의 이러한 노력에 협조해야 할 것이다. 법문의 정확성에 못지 않게 정확하게 해석하고자 하는 법관의 협조의무가 있다고 말할 수 있다. 개괄조항도 생활관계의 다양성·차별성을 도의시키고 일반화하는 위험

7) 법률주의는 무엇보다도 ‘법관’이 법률 이외의 法源을 적용하지 않을 것을 요구한다.

8) 유추적용금지원칙은 법의 흠결시 ‘법관’이 법창조의 입법활동을 하지 않을 것을 요구한다.

9) 가치개념의 대표적인 것으로서는 형법상 음란물반포죄 등에 있어서의 ‘음란’개념이다 음란개념이 명확성의 원칙에 위배되지 않는다는 대법원판결(대판 1995 6 16, 94 도 2413)이 있다 이 판결의 당부에 관하여는 후술하기로 한다

10) Jescheck, aaO., S 115

성 때문에 형사입법기술상 최대한 회피해야 한다.¹¹⁾ 가치개념도 가급적 사용을 자제하고 記述的 概念으로 치환하거나 가치개념에 대한 定義規定을 둬으로써 법관의 자의적 해석의 폭을 최대한 줄여나가야 할 것이다.¹²⁾

상술한 노력에도 불구하고 입법상 피할 수 없는 가치개념과 개괄조항이 사용되는 경우라고 하더라도, 일반인이 형벌규정의 적용범위를 충분히 인식할 수 있을 정도, 즉 형법이 의사결정규범 행위규범으로서 기능할 수 있도록 어떠한 행위가 금지되어 있는가를 국민에게 확실히 해줄 수 있을 정도로 법문이 구체화되어야 한다.¹³⁾ 그러므로

11) Jescheck, aaO, S. 116

12) 이러한 목적을 입법적으로 해결하고자 한 적절한 예는 미국 모범형법전 제251.4조 제1항에 있는 ‘음란’(obscenity)개념에 대한 정의규정이다. 동 조항은 음란개념을 “전체적으로 판단하여 어떤 물건의 튀는 매력이 호색적인 관심, 즉 나체, 성교 또는 배설물에 관한 수치스러운 또는 병적인 관심에 대한 것이고 이에 추가하여 其 魅力이 그러한 소재를 기술·묘사함에 있어서 술적성의 통상적 한계를 실질적으로 초월하는 때에는 음란물이다 아동 기타 특별히 민감한 청중을 위하여 고안된 것임이 그 물건의 성격 또는 그 보급상황에서 명백하게 되지 아니하는 한, 튀는 매력은 일반 성인을 참작하여 판단하여야 한다 음란물을 표출 또는 보급하기 위하여 가공 기타의 행위가 필요함에도 불구하고 木現像寫眞, 鑄型, 印刷原版 등은 음란한 것으로 간주한다”라고 정의하고 있고, 동조 제4항에서는 음란의 판정을 위한 증거가 다음 각호의 1을 증명할 능력이 있어야 한다고 규정하고 있다.

1. 그 물건이 의도되었던 또는 지향되었던 청중의 성격
2. 그 물건이 지향되었던 일반 성인 또는 특정의 청중에 대한 튀는 매력이 무엇인가, 또 있다면 그것은 그러한 사람들의 행동에 어떠한 영향을 미칠 것인가.
3. 그 물건의 예술적, 문학적, 과학적, 교육적 또는 기타의 장점
4. 미합중국 내에서 그 물건의 公共收用의 정도
5. 그 물건의 광고 기타의 助長에 있어서, 好色的인 관심에 대한 매력 또는 이의 缺如.
6. 그 물건이 유래된 저자, 창작가, 발행자 기타의 者の 훌륭한 평판

우리나라에서 정의규정을 통하여 음란개념을 비교적 명백히 하고자 시도한 예는 ‘청소년의 성보호에 관한 법률’에서 찾아 볼 수 있다 동법 제8조는 청소년이용음란물의 제작·배포 등을 처벌하면서, 제2조 용어의 정의규정에서 “‘청소년이용음란물’이라 함은 청소년이 등장하여 제2호 각목(各目) 1에 해당하는 행위를 하거나, 청소년의 수치심을 야기시키는 신체의 전부 또는 일부 등을 노골적으로 노출하여 음란한 내용을 표현한 것으로서, 필름·비디오물·게임물 또는 컴퓨터 기타 통신매체를 통한 영상 등의 형태로 된 것을 말한다”고 하고(제3호), 제2호 각목의 해당행위를 “가) 청소년과의 성교행위, 나) 청소년과의 구강·항문 등 신체의 일부 또는 도구를 이용한 유사성교행위”로 규정해 놓고 있다

13) 同旨, 김일수/서보학, 형법총론, 박영사, 2002, 66면; 박상기, 형법총론, 박영사, 2002, 27면; 이형국, 형법총론, 법문사, 1997, 44-5면, 정성근/박광민, 형법총론, 삼지원, 2001, 26면, 차

불명확개념만으로 구성요건이 규정되어 있다든가 불명확개념이 중첩적으로 사용되어 있어서 구성요건상 금지된 행위의 윤곽을 파악하기 어려운 정도가 되면 구성요건명확화의 원칙에 반한다고 하겠다

명확성의 정도와 관련하여 실정법상의 좋은 예는 군형법 제92조의 추행죄이다. 이 조항은 “**鷄姦 기타 醜行을 한 자는 1년 이하의 징역에 처한다**”라고 규정하고 있다 이 조항에 대하여 헌법재판소는 다수의견으로 명확성의 원칙에 위배되지 않는다는 결정을 내린 바 있는데,¹⁴⁾ 이 결정이 과연 타당한가에 대하여는 후술하기로 한다

명확성의 정도와 관련된 또 다른 실정법상의 예는 국가보안법상의 국가기밀이라는 개념이다 국가보안법 제4조 제1항 제2호는 “국가기밀을 탐지 수집 누설·전달하거나 중개”한 행위를 처벌하고 있는데, 이 구성요건에서 범죄성립을 좌우하는 결정적 개념은 ‘**國家機密**’이다. 국가기밀이란 개념이 얼마나 불명확한 것인가 하는 점은 “상식에 속하는 公知의 사실이라고 하더라도 그것이 반국가단체에서는 유리한 자료가 되고 우리나라에게는 불이익을 초래할 수 있는 것이면 국가기밀에 속한다”라고 하는 우리 대법원판결에서 잘 드러나고 있다.¹⁵⁾ 개정 국가보안법은 同號를 가, 나,의 目으로 구별하여, 가에서는 “**군사상 기밀 또는 국가기밀이 국가안전에 대한 중대한 불이익을 회피하기 위하여 한정된 사람에게만 지득이 허용되고 적국 또는 반국가단체에 비밀로 하여야 할 사실, 물건 또는 지식인 경우에는**” 사형 또는 무기징역에 처하도록 함으로써 일견 국가기밀의 개념에 제한을 가하여 명확성의 원칙을 지키려는 것처럼 보인다. 그러나 문제는 同號의 나, “**가目 외의 군사상 기밀 또는 국가기밀의 경우에는 사형·무기 또는 7년 이상의 징역에 처한다**”라는 규정에 그대로 남게 되어, 가의 구성요건을 유명무실하게 만들고 있다. 특히 가, 나,의 법정형을 비교해 본다면, 국가기밀개념을 한정하지 않은 나目的 구성요건 이외에 개념한정을 한 가目的 구성요건을 만들 필요성이 어디에 있었는지 전혀 납득이 가지 않는다. 가目에서는 명확성의 원칙에 따른 ‘**展示用의**’ 구성요건을 두고, 나目에서는 불명확한 개념을 그대로 답습함으로써 국가기밀 개념의 무한정한 확대해석의 여지를 여전히 남기고 있다

용석, 형법총론강의 I, 고시연구사, 1984, 146면; Jescheck, aaO, S. 122; Maurach/Zipf, Strafrecht, Allg. Teil, 1. Bd., 8. Aufl., 1992, S. 123, Johannes Wessels, Strafrecht, Allg. Teil, 27. Aufl., 1997, S. 9.

14) 헌재 2002 6 27, 2001 헌바 70—전원재판부

15) 대판 1990 6 8, 90 도 646 이러한 해석은 우리나라 대법원의 일관된 견해라고 할 수 있다(기타 대판 87 11 8, 88 도 1630, 1987 6 23, 87 도 705; 1986 9 23, 86 도 1429 등).

그밖에 국가보안법상 문제가 되는 조항으로는 제7조 제1항이 있다. 동 조항은 “국가의 존립 안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 情을 알면서 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동을 찬양·고무·선전 또는 이에 동조하거나 국가변란을 선전·선동한 자는 7년 이하의 징역에 처한다”라고 규정하고 있다. 이 구성요건에서 찬양·고무·선전·동조·선동이라고 하는 행위유형은 애매모호한 개념으로서 명확성의 원칙에 반한다고 할 수 있다. 이러한 행위들은 어떠한 방법으로, 어느 정도까지 표현되어야 하는지—예컨대 박수를 치는 행위만으로도 찬양·고무·동조가 되는지—, 또 행위의 상대방이 있어야 하는지, 그 상대방은 어떠한 사람이어야 하는지 등등의 문제가 확정되어 있지 않으므로 법집행자의 恣意的인 해석과 판단에 따라 적용될 위험성이 있다. 반국가단체나 그 구성원의 범죄행위에 대한 ‘방조’와 단순한 ‘이념적 동조 지지’가 구별되기 어려운 본 조항과 행위유형은 불명확개념이라는 비판을 면하기 어렵다.¹⁶⁾

2. 명확성의 정도에 있어서 비례성의 원칙

구성요건의 명확성의 정도는 모든 범죄에 있어서 동일하게 요구되는 것이 아니고, 개개 범죄에 부과되는 형벌과 ‘비례’해서, 또 개개 범죄의 보호법익과 ‘비례’해서 요구될 성질의 것이다(비례성의 원칙)

당해 범죄에 부과되는 ‘형벌’이 중하면 중할수록 구성요건은 더욱 세밀히 규정되어야 할 것이다.¹⁷⁾ 그 반면, 매우 경미한 형벌이 부과되는 경범죄처벌법과 같은 경우에는¹⁸⁾ 구성요건의 명확성에 대한 시비는 별반 제기되지 않는다.

그리고 고도의 ‘법익보호’를 위하여 불가피한 경우에는 명확성의 정도에 대한 요구가 그 만큼 저하될 여지가 있다.¹⁹⁾ ‘국가의 존립’을 보호법익으로 하는 ‘일반이적죄’(형법 제99조)가 그 예가 될 것이다.

3. 명확성의 원칙에 있어서 명확성의 판단기준

16) 유엔인권이사회는 국가보안법 제7조가 「시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(B규약)」이 보장한 표현의 자유를 침해한 것이라는 의견을 보내온 바 있다

17) Eser, aaO, S 37

18) 예컨대 동법 제1조 제41호 파다노출

19) Eser, aaO, S 38

명확성의 원칙에 있어서 명확성의 정도를 지켰는가 하는 판단기준은 법관이 아니라 '사회일반인'이다

이 판단기준과 관련하여 헌법재판소는 '통상의 판단능력을 가진 사람이 그 의미를 이해할 수 있었는가'라는 기준을 제시하고 있다²⁰⁾ 한편 대법원은 처벌법규의 입법목적이나 전체적 내용 구조 등을 살펴본아 '사물의 변별능력을 제대로 갖춘 일반인의 이해와 판단'으로서 행위유형을 정형화하거나 한정할 합리적 해석기준을 찾을 수 있다면 명확성의 원칙에 반하는 것이 아니라고 한다²¹⁾

III. 명확성의 원칙의 적용범위

명확성의 원칙은 형법상 두 가지 측면에서 적용된다 그 하나는 범죄성립요건, 특히 '구성요건'이 명확해야 한다는 것이고, 다른 하나는 형벌과 보안처분 등 '형사제재'가 명확해야 한다는 것이다

1. 범죄성립요건

범죄성립요건의 명확화는 무엇보다도 범죄성립의 첫 단계를 좌우하는 '구성요건의 명확화'로 구현된다. 이에 관하여는 위 II에서 상론하였으므로, 이곳에서는 재론하지

20) "구 군사기밀보호법 제6조 소정의 '군사상의 기밀을 부당한 방법으로 탐지·수집한 자'라는 구성요건은 위에 적시한 관계법령이 정하고 있는 적법한 절차에 의하지 아니하고 군사기밀을 탐지·수집한 자를 의미하는 것임이 분명하며, 이러한 내용은 통상의 판단능력을 가진 사람이라면 누구나 충분히 그 의미를 이해할 수 있다고 사료되므로, '부당한 방법으로'라는 용어를 썼다는 이유만으로 구성요건의 구체성 내지 명확성을 결여하였다고 속단할 수는 없는 것이다"(헌재 1992 9 25, 89 헌가 104).

21) "외국환관리규정(재정경제원고시 제1996-13호) 제6-15조의 4 제2호 (나)목 소정의 '도박 기타 범죄 등 선량한 풍속 및 사회질서에 반하는 행위'라는 요건은, 이를 한정할 합리적인 기준이 없다면, 형벌법규의 구성요건 요소로서는 지나치게 광범위하고 불명확하다고 할 것인데, 외국환관리에 관한 법령의 입법 목적이나 그 전체적 내용, 구조 등을 살펴본아도 사물의 변별능력을 제대로 갖춘 일반인의 이해와 판단으로서도 그 구성요건 요소에 해당하는 행위유형을 정형화하거나 한정할 합리적 해석기준을 찾기 어려우므로, 죄형법정주의가 요구하는 형벌법규의 명확성의 원칙에 반한다"(대판 1998 6 18, 97 도 2231 同旨, 대판 2002. 7. 26, 2002 도 1855).

않기로 한다 다만 위법성조각사유에 관하여 다음과 같은 헌법재판소의 결정이 있기에 검토해보기로 한다.

“법 제21조 제1항은 구성요건에 해당하는 행위의 위법성을 배제하는 위법성 조각사유 중에서 정당방위에 관한 규정인바, 이는 범죄 구성요건을 직접적으로 정하고 있는 규정이 아니므로 죄형법정주의의 명확성 원칙이 적용되는지가 문제된다. 정당방위 규정은 법 각칙 전체의 구성요건 조항에 대한 소극적 한계를 정하고 있는 규정으로서, 한편으로는 위법성을 조각시켜 범죄의 성립을 부정하는 기능을 하지만, 다른 한편으로는 정당방위가 인정되지 않는 경우 위법한 행위로서 범죄의 성립을 인정하게 하는 기능을 하므로 적극적으로 범죄 성립을 정하는 구성요건 규정은 아니라 하더라도 죄형법정주의가 요구하는 명확성 원칙의 적용이 완전히 배제된다고는 할 수 없다. 따라서 범죄의 성립과 처벌은 법률에 의하여야 한다는 죄형법정주의 본래의 취지에 비추어 볼 때 정당방위와 같은 위법성 조각사유 규정에도 죄형법정주의의 명확성 원칙은 적용된다 할 것이다”(헌재 2001. 6. 28, 99 헌바 31).

위법성조각사유는 범죄성립의 첫 단계인 구성요건에 의하여 ‘범죄성립 여부가 윤곽 지워진 후에’, 이 범위 내에서 두 번째로 범죄성립을 부정할 것인가를 판단하는 사유이다. 명확성의 원칙이 기하고자 하는 예측가능성 및 형법의 보장적 기능은 구성요건이 명확한 한, 범죄성립의 첫 판단단계에서 이미 지켜지고 있다고 볼 것이고, 그렇다면 위법성조각사유의 명확성은 구성요건의 명확성과 같은 정도로 요구된다고 할 필요는 없을 것이다. 이러한 견지에서 위 헌법재판소의 결정이 구성요건이나 위법성조각사유나 동등하게 명확성의 원칙이 적용된다고 한 것은 지나친 감이 있다 필자의 견해로는 구성요건의 명확성이 지켜지는 한, 범죄성립을 ‘조각’하는 사유에는 명확성의 원칙이 적용되지 않는다고 생각한다.

2. 형벌

명확성의 원칙은 구성요건에서 뿐만 아니라 ‘형벌’에 있어서도 지켜져야 한다(형벌의 명확화). 형벌의 종류와 범위가 정해지지 않은 不定期刑의 규정, 예컨대 “사람의 신체를 상해한 자는 형벌에 처한다”라는 식의 막연한 처벌규정이 죄형법정주의에 위배된다는 것은 자명하다. 그런데 부정기형은 형의 종류 또는 형의 상한과 하한이 전혀 특정되어 있지 아니한 절대적 부정기형과 형의 종류 및 형의 상한·하한이 특정되어 있는 상대적 부정기형으로 나누어지고, 또 법률이 부정기형을 규정하고 있는 경우

인 부정기법정형과 형의 선고시에 부정기형을 부과하는 경우인 부정기선고형으로 구분해 볼 수 있다. 이때 절대적으로 부정기인 법정형과 선고형을 금지하는 죄형법정주의의 한 내용을 「절대적 부정기형금지의 원칙」이라고 한다. '상대적' 부정기형은 오늘날 목적형사상에 입각하여 필요한 제도의 하나로서 부분적으로 채택·활용되고 있다. 우리 나라에서는 소년법 제60조에서 상대적 부정기형을 인정하고 있다.

법률에 형벌의 종류가 정해져 있기는 하지만, 그 '범위'가 불명확하거나 지나치게 광범위한 경우에도 죄형법정주의의 관점에서 검토를 요한다. 무기징역은 정역형의 기간 자체로 볼 때 無期限으로서 불명확하므로 형벌의 명확성의 원칙에 반하는 것이 아닌가 하는 의문이 제기된다.²²⁾ 물론 추징이 아닌 이상, 지나치게 높은 벌금형도 형벌의 명확성의 원칙에 비추어 재고해 볼 필요가 있다.

3. 보안처분

절대적 부정기형금지라고 하는 형벌의 명확성의 원칙은 '보안처분'에도 적용되어야 한다(보안처분의 명확화).²³⁾ 따라서 우리나라의 사회보호법 제9조 제2항이 "치료감호 시설에의 수용은 피치료감호자가 감호의 필요가 없을 정도로 치유되어 사회보호위원회의 치료감호의 종료결정을 받거나 가중료결정을 받을 때까지로 한다"라고 규정함으로써, 치료감호기간에 관하여 절대적 부정기 처분주의를 채택하고 있는 것은 죄형법정주의에 위배된다고 보아야 한다. 사회보호법의 치료감호기간은 법원의 선고에 의하여 정기적으로 갱신할 수 있도록 하는 상대적 부정기처분주의로 개정하는 것이 옳다고 생각한다.²⁴⁾

22) Jescheck, aaO, S 117

23) 박상기, 앞의 책, 29면, 손해목, 형법총론, 법문사, 1998, 60면, 안동준, 형법총론, 학현사, 1998, 20면; 이형국, 앞의 책, 45면; 차용석, 앞의 책, 137면. 반대견해로서는 이재상, 형법총론, 박영사, 2002, 23면

24) 일본 개정형법초안(1974년 5월 法制審議會採擇) 제100조 제1항은 "치료처분에 의한 收容期間은 3년으로 한다. 단, 재판소는 필요하다고 인정한 때에는 2년마다 이를 갱신할 수 있다"라고 규정하고 있다.

IV. 명확성의 원칙에 관한 약간의 판례평석

1. 형법상의 음란개념: 대판 1995. 6. 16, 94 도 2413

가) 판결이유

“일반적으로 법규는 그 규정의 문언에 표현력의 한계가 있을 뿐만 아니라 그 성질 상 어느 정도의 추상성을 가지는 것은 불가피하고, 형법 제243조, 제244조에서 규정하는 ‘음란’은 평가적, 정서적 판단을 요하는 규범적 구성요건 요소이고, ‘음란’이란 개념이 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것이라고 풀이되고 있음은 앞서 본 바와 같으므로 이를 불명확하다고 볼 수는 없다 따라서 형법 제243조와 제244조의 규정 자체가 죄형법정주의에 반하는 것이라고 할 수 없을 뿐만 아니라”

나) 평석

‘음란’개념은 형법상 음란물죄(제243조, 제244조)에서는 행위의 객체로, 공연음란죄(제245조)에서는 행위의 태양으로서 규정되어 있고, 각각 구성요건해당성을 좌우하는 결정적 요소로 되어 있다.

음란개념은 규범적 구성요건요소이며, 불명확한 개념으로서 법관의 가치충전적 해석을 필요로 하는 대표적인 개념이다 음란물죄에 있어서 음란개념의 해석 여하에 따라 죄의 성립범위와 헌법상 보장된 표현의 자유 및 학문·예술의 자유가 큰 영향을 받게 된다. 법관은 음란개념의 해석을 통하여 성관념에 대한 시대적·사회적 변화에 융통성있게 적용할 수 있는 장점이 있는 반면에, 때로는 법관 개인의 보수적 청교도적인 또는 편협한 성윤리관에 입각하여 음란개념에 대하여 시대착오적인 해석을 내릴 여지도 적지 않다 우리나라에서 음란개념은 “그 내용이 성욕을 흥분 또는 자극케 하고 또한 보통인의 정상적인 성적 수치심을 해하고 선량한 성적 도의관념에 반하는 것을 말한다”라고 해석하는 것이 통설 및 판례의²⁵⁾ 입장으로 되어 있다. 이러한 해석은 ㉠

25) “형법 제243조에 규정된 ‘음란한 도화’라 함은 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것을 가리킨다고 할 것”(대판 1997. 8. 22, 97 도 937 同旨, 대판 1995. 6. 16, 94 도 1758, 1991. 9. 10, 91 도 1550, 1987. 12. 22, 87 도 2331, 1982. 2. 9, 81 도 2281) 그밖에 헌법재판소는 “‘음란’이란 인간존엄 내지 인간성을 왜곡하는 노골적이고 적나라한 성표현으로서 오로지 성적 흥미에만 호소할 뿐 전체적으로 보아 하등의 문학적, 예술적, 과학적 또는 정치적 가치를 지니지 않은 것으로서,

성욕을 자극 또는 흥분시키겠다는 행위자의 주관적 의도 내지 목적을 음란의 개념요소에서 배제하고 있으며, ⑤ 음란성 여부의 판단을 보통인의 객관적 기준에 두고 있는 점에 특징이 있다. 그러나 불명확한 개념인 음란의 해석에 있어서도 ‘성적 수치심’ 및 ‘선량한 성적 도의관념’ 등과 같은 불명확한 개념이 재차 사용되고 있어서 음란개념의 구체화에 아무런 도움이 되지 않으며, 음란개념의 불명확성은 여전히 남는다고 하겠다. 문제는 음란물죄에서 음란개념의 사용이 입법기술상 불가피한 것인가의 여부에 있고, 더욱 근본적으로는 음란개념의 불명확성·상대성 주관성에 비추어 음란물죄의 폐지가 타당한 것이 아닌가 하는 검토가 필요하다.

음란물죄의 보호법익은 ‘건전한 성도덕’이다. 그런데 음란물의 형법적 규제에 있어서 흔히 그 보호법익으로서 제시되는 건전한 성도덕이라고 하는 것은 내용 없는 공공식(空公式)에 불과하며,²⁶⁾ 그 자체로서는 형법적 보호의 대상이 될 수 없다고 보아야 한다. 음란물이 성인의 도덕적 수준을 저하시킬 것이라는 우려도 그 처벌의 근거가 되지 못한다.²⁷⁾ 형법전은 성인의 도덕적 품격을 유지하고자 하는 개인 수신서가 아니다. 무엇보다도 음란물죄는 ‘성표현의 자유’라는 관점에서 헌법상 보장된 ‘표현의 자유’(제21조) 및 ‘학문·예술의 자유’(제22조 제1항)와 충돌할 수 있으므로, 음란개념의 사용이 불가피한 것인가는 엄격하고도 신중한 검토를 요한다.

입법자는 성과학(性科學)의 연구성과를 고려하여 일정한 음란물·음란행위가 단순한 부도덕 이외에 ‘사회적 유해성’까지 구비하는가를 판단해야 하며, 형벌부과의 사회적 필요성을 이성적이고도 비판적인 검토가 가능한 토대 위에서 결정해야 한다. 근본적으로 단순음란물죄반포·제조 등의 행위를 형법적 규제의 대상으로 삼는 것은 형사정책상 재고해 볼 필요가 있다고 하겠다.²⁸⁾ 음란물·음란행위 처벌의 필요성은 다시금 ‘사회적 유해성’의 각도에서 일정한 침해 또는 침해위험성이 있느냐 없느냐로 판단되어야 한다. 이때 사회적 유해성을 구비하는 구성요건표지로서 고려될 수 있는 관점은 ‘미성년자의 보호’, ‘개인적 이익’,²⁹⁾ ‘영리의 목적’ 등을 열거할 수 있다. 그렇다면 제

사회의 건전한 성도덕을 크게 해칠 뿐만 아니라 사상의 경쟁매커니즘에 의해서도 그 해악이 해소되기 어렵다고 하지 않을 수 없다”라고 한다(헌재 1998. 4. 30, 95 헌가 16).

26) Ernst-Walter Hanack, “Zur verfassungsmaßigen Bestimmtheit und strafrechtlichen Auslegung des Begriffs <unzuchtige Schrift>”, Juristenzeitung, 1970, S. 43

27) Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil, Sexualdelikte, 1968, S. 41

28) Ernst-Walter Hanack, Empfiehlt es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen?, Gutachten zum 47. Deutschen Juristentag, 1968, S. 233f

243조의 단순음란물반포 등의 죄는 폐지하고, 영리목적을 띠거나 미성년자에 해를 끼칠 행위태양으로서의 음란물반포 등을 처벌하는 방향으로 전환하는 것이 타당하다고 생각한다. 음란물에 대한 ‘미성년자의 보호’는 현재 청소년보호법 제17조의 금지규정 및 제50-51조의 벌칙규정에 의하여 규제되고 있다

상술한 바와 같이 단순음란물죄는 폐지하는 것이 타당하다는 입법론의 논거에 유의한다면, 그리고 음란물죄에서 그 처벌의 결정적 계기가 국민감정 내지 국민정서—에 매하고도 비합리적인 계기로서 사회적 편견이나 법집행자의 자의(恣意)에 얼마든지 문을 열어놓고 있다고 볼 수 있는 개념—에 의하여 좌우될 음란개념에 두어진 것을 고려한다면, 음란물죄에 있어서의 음란개념은 명확성의 원칙에 반하는 것이라고 생각한다.

2. 균형법상의 추행개념: 현재 2002. 6. 27, 2001 헌바 70—전원재판부

가) 다수의견의 결정요지

“鶏姦 기타 醜行을 한 자는 1년 이하의 징역에 처한다”라고 규정한 균형법 제92조가 명확성의 원칙에 위배된 것인가 하는 점에 관하여 헌법재판소는 다수의견으로 다음과 같은 요지의 결정을 하였다.

“추행”이란 일반적으로 정상적인 성적만족행위에 대비되는 다양한 행위태양을 총칭하는 것이고, 그 구체적인 적용범위도 사회적 변화에 따라 변동되는 동태적 성격을 가지고 있기 때문에, 입법자가 이러한 변태성 성적만족행위의 모든 형태를 미리 예상한 다음, ‘추행’에 해당하는 행위를 일일이 구체적, 서술적으로 열거하는 방식으로 명확성의 원칙을 관철하는 것은 입법기술상 불가능하거나 현저히 곤란하다 따라서 이 사건 법률조항이 명확성의 원칙에 위배되는지 여부를 판단하기 위해서는 그 입법목적과 다른 법률조항과의 연관성 등을 고려하여 ‘추행’이라는 일반조항에 대한 합리적인 해석이 가능한지 여부를 우선적으로 검토해야 한다. 이 사건 법률조항의 범죄구성요건사실인 ‘추행’은 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 보호법익을 침해하는 동시에 일반인의 입장에서 추행행위로 평가될 수 있는 행위이고, 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 균형법 피적용자는 어떠한 행위가 이 사건 법률조항의 구성

29) 예컨대 음란물에 접하지 않을 개인의 자유도 있는 것이므로, 타인으로부터 요청을 받지 않고 그에게 음란물을 보내는 행위 또는 거리에서의 노골적인 음란물전시·배포행위 등은 처벌대상이 될 수 있다 전자에 관해서는 독일형법 제184조 제1항 제6호 참조.

요건에 해당되는지 여부를 어느 정도 쉽게 파악할 수 있으며, 법률적용자가 이 사건 법률조항 중 ‘기타 추행’ 부분을 자의적으로 확대하여 해석할 염려가 없기 때문에, 형벌법규의 명확성의 원칙에 위배되지 아니한다”라고 하고 있다.

나) 재판관 송인준, 재판관 주선회의 반대의견

“다수의견과 같이 ‘추행’의 의미에 대해서는 통상의 판단능력을 가진 균형법 피적용자가 이를 이해할 수 있어 명확성 여부는 문제되지 않는다. 다만, 이 사건 법률조항의 경우, 추행의 강제성을 요구하는지에 대해 그 구성요건이 불명확할 뿐만 아니라, 행위의 주체나 그 상대방 등에 대하여 명백하게 규정하지 않고 있기 때문에, 본죄에 해당하는 행위의 범위를 확정하기가 어려워 죄형법정주의의 내용인 형벌법규의 명확성원칙에 위배된다.”

다) 평석

필자의 생각으로는 헌법재판소의 ‘반대의견’이 명확성 원칙의 핵심을 논파한 것이라고 본다. 균형법 제92조의 추행죄가 형법상의 공연음란죄에 평행하는 범죄인지, 아니면 공연성 없는 은밀한 음란행위에도 적용되는 것인지, 그리고 균형법상의 추행죄가 형법상 강제추행죄에 평행되는 것인지, 아니면 강제성 없는, 즉 상대방의 동의하에 행해지는 경우에도 적용되는 것인지가 법문만으로는 불명확하다.

균형법상의 추행은 계간에 준하는 정도로 해석될 것이어서 명확하다는 반론이 있을 수 있으나, 그러한 해석은 법관에게 기대할 희망사항일 뿐, 건전한 상식을 가진 균형법 피적용자가 균형법 제92조의 적용범위를 충분히 인식할 수 있을 정도, 환언하자면 균형법이 의사결정규범·행위규범으로서 기능할 수 있도록 어떠한 행위가 금지되어 있는가를 확실히 해줄 수 있을 정도로 법문이 구체화되어 있다고 볼 수는 없다. 결론적으로 보아 균형법 제92조는 명확성의 원칙을 지키지 못한 것으로 판단된다.

3. 불량만화의 정의: 헌재 2002. 2. 28, 99 헌가 8

가) 결정요지

“불량만화를 ‘미성년자에게 음란성 또는 잔인성을 조장할 우려가 있거나 기타 미성년자로 하여금 범죄의 충동을 일으킬 수 있게 하는 만화’로 정의한 구 미성년자보호법 제2조의 2 [불량만화등의 판매금지등]는 모호하고 막연한 개념을 사용함으로써 적

용범위를 법 집행기관의 자의적 판단에 맡기고 있어 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배된다.”

나) 평석

문제된 구성요건은 음란성 또는 잔인성이라는 가치개념을 사용하고, '조장할 우려' 또는 '범죄의 충동'이라는 막연한 개념을 사용함으로써, 국가형벌권행사의 예측가능한 한계선이 지켜질 수 없다고 본다. 구 미성년자보호법상의 불량만화판매죄는 형법상 음란물판매죄에 대조되는 것인데, '음란한 도화'의 판매를 처벌하는 형법 제243조는 명확성의 원칙에 위배되지 않는다고 한 대법원판결(94 도 2413)과 '음란성을 조장할 우려가 있는 만화'의 판매를 처벌하는 구 미성년자보호법은 명확성의 원칙에 위배된다고 한 헌법재판소의 결정은 상반되는 것이라고 볼 여지가 크다. 위 1에서 상술한 필자의 소견으로는 헌법재판소의 판단이 타당하다고 생각한다.

4. 선량한 풍속 및 사회질서에 반하는 행위와 관련한 외화유출의 처벌

: 대판 1998. 6. 18, 97 도 2231

가) 판결이유

“외국환관리법 제17조 제1항에 의하면, 재정경제원장관은 국제수지의 균형을 위하여 필요한 경우, 같은 법의 실효성을 확보하기 위하여 필요한 경우, 조약 및 일반적으로 승인된 국제법규의 성실한 이행 또는 국제경제질서의 유지를 위하여 불가피한 경우 등에 해당한다고 인정되는 때에는, 국내로부터 외국에 지급하고자 하는 거주자 및 비거주자 또는 비거주자에게 지급하거나 비거주자로부터 영수하고자 하는 거주자로 하여금 당해 지급 또는 영수(이하 ‘지급 등’이라고 한다)를 함에 있어서 대통령령이 정하는 구분에 의하여 재정경제원장관에게 신고하도록 하거나 재정경제원장관의 허가를 받도록 할 수 있고, 같은 법 제30조 제1항 제7호에 의하면 위 허가를 받지 아니하거나 허위 기타 부정한 방법으로 허가를 받고 지급 등을 한 자는 5년 이하의 징역 또는 1억 원 이하의 벌금에 처하도록 되어 있다. 그리고 외국환관리법시행령 제26조 제1항에 의하면, 재정경제원장관은 거래가 정형화되어 있어 지급 등의 목적이 분명하고 자본의 불법유출·유입의 가능성이 적다고 인정되는 지급 등은 신고대상 지급 등으로, 과도한 외화유출 및 자본의 불법유출·유입의 가능성이 큰 지급 등으로서 외국환관리법의 목적을 달성하기 위하여 필요하다고 인정되는 지급 등은 허가대상 지급

등으로 구분하여, 신고를 하거나 허가를 받아야 할 지급 등의 종류와 범위를 정하여 고시하도록 되어 있고, 이에 따라 재정경제원장관이 고시한 외국환관리규정(재정경제원고시 제1996-13호) 제6-15조의4 제2호 (나)목에는 거주자가 범죄, 도박 등 선량한 풍속 및 사회질서에 반하는 행위와 관련한 지급 등을 하고자 하는 경우에는 재정경제원장관의 허가를 받아야 한다고 규정하고 있다 또한 외국환관리법시행령 제26조 제2항, 제3항 및 위 외국환관리규정 제6-2조 제1항에 의하면, 위 허가를 받고자 하는 자는 지급금액·지급사유와 상대방 등을 기재한 허가신청서에 지급 등의 사유와 금액을 입증하는 서류 등을 첨부하여 재정경제원장관에게 제출하여야 하고, 위 허가신청을 받은 재정경제원장관은 당해 지급 등이 허가대상인지의 여부, 당해 지급 등의 사유와 금액 등을 심사하여 그 허가 여부를 결정하도록 되어 있다. 위 규정 등을 종합하면, 도박 기타 범죄 등 선량한 풍속 및 사회질서에 반하는 행위와 관련하여 거주자가 국내로부터 외국에 지급하거나 비거주자에게 지급하거나 또는 비거주자로부터 영수하고자 하는 경우에는 그 지급 등의 사유로서 당해 도박 기타 범죄 등 선량한 풍속 및 사회질서에 반하는 행위를 기재한 허가신청서를 제출하여 그 허가를 받아야 하고, 만일 위 허가를 받지 아니하거나 허위 기타 부정한 방법으로 허가를 받고 위 행위 등과 관련한 지급 등을 하면 형사처벌을 받도록 규정되어 있다. 그러나, ‘도박 기타 범죄 등 선량한 풍속 및 사회질서에 반하는 행위’라는 요건은, 이를 한정할 합리적인 기준이 없다면, 형벌법규의 구성요건 요소로서는 지나치게 광범위하고 불명확하다고 할 것인데, 외국환관리에 관한 법령의 입법 목적이나 그 전체적 내용, 구조 등을 살펴봐도 사물의 변별능력을 제대로 갖춘 일반인의 이해와 판단으로서도 그 구성요건 요소에 해당하는 행위유형을 정형화하거나 한정할 합리적 해석기준을 찾기 어려우므로, 죄형법정주의가 요구하는 형벌법규의 명확성의 원칙에 반한다고 할 것이다.”

나) 평석

외국환관리법(현재 외국환거래법)상의 벌칙규정에 있어서 ‘선량한 풍속 및 사회질서에 반하는 행위’라는 구성요건이 명확성의 원칙에 위배되는가라는 것과 관련하여, 적절한 입법례로는 「집회 및 시위에 관한 법률」이 있다. 제5공화국 하의 舊 集示法은 제3조 제1항 제3호에서는 “공공의 안녕질서유지에 관한 단속법규에 위반하거나 위반할 우려가 있는 집회 또는 시위”, 同 제4호에서는 “현저히 사회적 불안을 야기시킬 우려가 있는 집회 또는 시위”, 동 제5호에서는 “헌법의 민주적 기본질서에 위배되는 집회 또는 시위”의 주관 혹은 개최를 금지하고, 제14조에 벌칙규정을 두고 있었다. 여

기에서 제3, 4, 5호의 구성요건은 명확성의 원칙을 명확히 위배한 것으로서 죄형법정주의를 침해하는 규정이라는 비판이 거세었다. 따라서 제6공화국은 1989년 3월 집시법을 개정하면서 위 제4호와 제5호에 해당하는 구성요건은 삭제하고, 제3호에 해당하는 구성요건은 “집단적인 폭행·협박·손괴 방화 등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 집회 또는 시위”라는 표현(제5조 제1항 제2호 참조)으로 바꿈으로써, 법문의 구체성·명확성을 높이는 규정으로 개정한 것이다

이러한 저간의 사정은 외국환관리법상 ‘선량한 풍속 및 사회질서에 반하는 행위’라는 구성요건에 그대로 적용된다고 생각한다. 대법원이 적절히 밝힌 바와 같이, 선량한 풍속 및 사회질서에 반하는 행위라는 요건은 지나치게 광범위하고 불명확하여 어떠한 행위가 금지되는가를 예측할 수 없다고 하겠으므로, 죄형법정주의에 위배된다고 할 것이다

5. 청소년 상대의 풍기문란영업행위: 대판 2003. 12. 26, 2003 도 5980

가) 판결이유

“청소년보호법 제26조의2 제8호는 누구든지 “청소년에 대하여 이성혼숙을 하게 하는 등 풍기를 문란하게 하는 영업행위를 하거나 그를 목적으로 장소를 제공하는 행위”를 하여서는 아니된다고 규정하고 있는바, . . . “풍기를 문란하게 하는 영업행위를 하거나 그를 목적으로 장소를 제공하는 행위”의 의미는 청소년보호법의 입법취지, 입법연혁, 규정형식에 비추어 볼 때 “청소년이 건전한 인격체로 성장하는 것을 침해하는 영업행위 또는 그를 목적으로 장소를 제공하는 행위”를 의미하는 것으로 보아야 할 것이고, 그 구체적인 예가 바로 위 규정에 열거된 “청소년에 대하여 이성혼숙을 하게 하거나 그를 목적으로 장소를 제공하는 행위” 등이라고 보이는데, 이는 건전한 상식과 통상적인 법감정을 통하여 판단할 수 있고, 구체적인 사건에서는 법관의 보충적인 해석을 통하여 그 규범내용이 확정될 수 있는 개념이라 할 것이다. 이와 같은 취지에서, 원심이 청소년보호법 제26조의2 제8호가 명확성의 원칙에 반하지 아니하여 실질적 죄형법정주의에도 반하지 아니한다고 판단한 것은 정당한 것.”

나) 평석

논점은 청소년보호법상 청소년에 대하여 “풍기를 문란하게 하는 영업행위”라는 요건이 명확성의 원칙에 위배되는 것인가 하는 점이다. 이 요건으로부터 어떠한 행위가

금지되는지 예측가능한 한계선이 지켜지는가를 검토해보아야 한다. 처벌되는 풍기문란행위, 즉 풍속사범은 관용적 어법상 ‘성도덕’과 관련하여 사용되는 용어이고, 청소년의 경우에는 청소년의 건전한 ‘성적’ 발육을 보호하고자 하는 취지로 이해된다. 그러나 ‘풍기문란’이 성적 행동에 대하여 구체적으로 어떠한 한계선을 그어주는 것인가, 풍기문란한 성적 행동과 풍기문란하지 않은 성적 행동의 경계는 어디에 있는가 하는 점은 막연하기 짝이 없다 더구나 성적 행동과 무관한 청소년의 도박행위, 음주행위, 흡연행위까지도 풍기문란행위에 포함되는 것인지도 법문으로부터 판단해내기 어렵다. 이러한 모호함은 “청소년에 대하여 풍기를 문란하게 하는 영업행위”라는 요건을 “청소년이 건전한 인격체로 성장하는 것을 침해하는 영업행위”라고 해석한 대법원판결에서도 드러난다. 청소년의 ‘부도덕한’ 행동에 대하여는 거의 무차별적으로 광범위하게 적용될 수 있는 “청소년이 건전한 인격체로 성장하는 것을 침해하는 영업행위”라고 한 표현은 ‘더욱 더 불명확’한 해석으로서, 원천적으로는 “풍기를 문란하게 하는 영업행위”라는 요건이 불명확하기 때문에 나온 것이 아닌가 한다. 결론적으로 보아 청소년보호법상의 위 요건은 명확성의 원칙에 위배된다고 생각한다.



● 인용

명확성의 원칙(Bestimmtheitsgebot)

죄형법정주의(Gesetzlichkeitsprinzip) 음란개념(Unzuchtbegriff)

개괄조항(Generalklausel) 가치개념(Wertungsbegriff)

[Zusammenfassung]

Bestimmtheitsgebot im Strafrecht

Prof. Dr. YIM, Woong

1. Das Gesetzlichkeitsprinzip erfordert, die Tatbestandsmerkmale so bestimmt zu umschreiben, daß Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände zu erkennen sind und durch Auslegung ermitteln lassen(Bestimmtheitsgebot). Das Bestimmtheitsgebot leistet die Garantiefunktion des Strafgesetzes.

2. Es fragt sich um den Grad der Bestimmtheit. Das Strafgesetz muß einen gewissen Bestimmtheitsgrad erreichen, damit sein Anwendungsbereich vorhersehbar ist und es so überhaupt erst eine determinierende Wirkung entfalten kann. Die Gefahren für die Rechtssicherheit können mit strafrechtlichen Generalklauseln und wertausfüllungsbedürftigen Begriffen verbunden sein, weil der Gesetzgeber bei der Strafgesetzgebung auf die Verwendung der Generalklauseln und wertausfüllungsbedürftiger Begriffen nicht verzichten kann.

3. Das Bestimmtheitsgebot gilt zum einen für die Tatbestandsvoraussetzungen, zum anderen für die Sanktionen.

4. Das Oberstgericht Koreas meint, daß der Unzuchtbegriff im Artikel 243 des Koreanischen Strafgesetzbuches gegen das Bestimmtheitsgebot nicht verstößt(1995. 6. 16, 94 도 2413). Der Verfassungsgerichtshof Koreas meint, daß der Unzuchtbegriff im Artikel 92 des Koreanischen Militärstrafgesetzbuches gegen das Bestimmtheitsgebot nicht verstößt(2002. 6. 27, 2001 헌바 70). Aber dazu meine ich, daß der Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot vorliege.