

성범죄에 관한 독일 입법례

- 지위를 이용한 성적 남용(Sexueller Mißbrauch)을 중심으로-

2015. 11

I. 들어가며

II. 성범죄 관련 독일 입법례에 대한 기본적 토대

1. 성범죄 관련 가해자 처벌
2. 성범죄 관련 피해자 보호

III. 성적 자기결정에 반하는 성적 남용에 대한 주요 범죄

1. 성행위의 개념
2. 피보호자에 대한 성적 남용
3. 피구금자·관청에 감호된 자·시설 내 환자 및 도움이 필요한 자에 대한 성적 남용
4. 관청직위를 이용한 성적 남용
5. 상담관계·치료관계 또는 돌봄관계를 이용한 성적 남용
6. 저항 불능자에 대한 성적 남용

IV. 특징 및 시사점



「입법현안 법률정보」는 국회의원의 입법활동을 지원하기 위해 입법현안과 관련된 국내·외 법률 정보를 발간하여 제공하고 있습니다.

국회전자도서관 홈페이지(dl.nanet.go.kr) 및 국회 법률도서관 홈페이지(law.nanet.go.kr)에서도 보실 수 있습니다.

성범죄에 관한 독일 입법례

- 지위를 이용한 성적 남용(Sexueller Mißbrauch)을 중심으로-

2015. 11

작성자 : 김완태 법률자료조사관



국회도서관
NATIONAL ASSEMBLY LIBRARY
법률정보실

목 차

I. 들어가며	1
II. 성범죄 관련 독일 입법례에 대한 기본적 토대	5
1. 성범죄 관련 가해자 처벌	5
2. 성범죄 관련 피해자 보호	11
III. 성적 자기결정에 반하는 성적 남용에 대한 주요 범죄	20
1. 성행위의 개념	20
2. 피보호자에 대한 성적 남용	21
3. 피구금자관청에 감호된 자시설 내 환자 및 도움이 필요한 자에 대한 성적 남용	25
4. 관청직위를 이용한 성적 남용	28
5. 상담관계·치료관계 또는 돌봄관계를 이용한 성적 남용	29
6. 저항 불능자에 대한 성적 남용	38
IV. 특징 및 시사점	48
1. 가해자 처벌	48
2. 피해자 보호	49
3. 가해자 처벌과 피해자 보호를 위한 입법논의의 필요성	51
4. 지위를 이용한 성적 남용	51
5. 마치며	52
〈참고문헌〉	57
【부록 1】 독일 연방 형법 제174조, 제179조	61
【부록 2】 우리나라 형법 제32장(강간과 추행의 죄)	70

I. 들어가며

독일은 성범죄에 관한 가해자 처벌과 피해자 보호에 대한 입법례가 발달되어 있다. 그 입법례로 독일의 성범죄 가해자 처벌 관련법은 독일 연방 형법(StGB)¹⁾을 토대로 거세법(KastrG)과 연방중앙등록부법(BZRG)이 있으며 피해자 보호 관련법으로 성적학대 피해자 권리 강화법(StORMG), 범죄피해자보호법(OEG), 일반적 평등대우법(AGG), 폭력보호법(GewSchG)이 있다. 이러한 입법례 가운데 형법은 성범죄와 관련하여 전반적인 처벌 행위의 조건과 법적결과를 규정하고 있으며 형법은 성적 자기 결정에 반하는 범죄 행위와 괴롭힘 행위의 발생 전에 이를 예방하기 위한 공동사회의 사회적 규범을 보호할 의무를 규정하고 있다.²⁾

1973년 11월 23일³⁾의 제4차 형법은 중대한 사회적 행위에 대한 가벌성의 범위를 제한하고자 하였다.⁴⁾ 그러나 1997년 7월 1일의 제33차 형법개정, 1998년 1월 26일의 제6차 형법(StGB)과 2003년 12월 27일에 개정되어 2004년 4월 1일에 발효된 형법은 성적 자기결정에 반하는 범죄 행위에 대한 구성요건들이 확대 개정되어 처벌범위가 확대되었다.⁵⁾ 그러나 성적 자기결정에 반하는 범죄행위에 관한 형법개정을 통해서도

1) 이하에서는 독일 연방 형법을 독일 형법 또는 형법으로 지칭함.

2) BGH 23, 40 (43).

3) BGBl. I, 1725.

4) Dreher, JR 1974, 45 (45).

5) BGBl. I, 1607; BGBl. I, 164; Lenckner, NJW 1997, 2801 (2801); Duttge/Hörnle/Renzikowski, NJW 2004, 1065 (1065).

성적 남용 행위에 대한 해석상의 모든 문제들이 해결된 것은 아니다.

성적 자기결정에 반하는 범죄행위에 관한 구성요건들이 형법 개정에 따른 수정으로 어느 정도 명확성이 확보되었다 할지라도 처벌과 관련된 법 적용의 일관성의 문제는 여전히 남아 있다. 동시에 성범죄 관련 구성요건들이 형법의 보호 목적과 형법 규정의 실효성에 대한 보호법익을 충분히 고려하였는지에 대해서도 의문이 있다. 성적 자기결정은 인간의 존엄성과 인격권 영역과 관련 있는 일반성의 일부분에 속하므로 성적 자기결정권에 대한 침해는 사회적으로 지속적으로 피해를 야기 시킬 수 있다. 따라서 성적 자기결정에 반하는 범죄행위에 대한 구성요건들은 상이한 목적으로 가해자를 처벌하고 피해자를 보호하고 있다.⁶⁾

형법 제13장의 성적 자기결정에 반하는 구성요건들은 강제행위⁷⁾와 남용행위⁸⁾ 사이에서 구별된다. 그 밖에도 경계부분 영역에서의 구성요건인 성적 강제상황을 교묘하게 이용하는 행위가 있다.⁹⁾

지위를 이용한 성적 남용의 경우는 성적 자기결정에 반하는 범죄 행위 가운데 특별히 사회적으로 문제가 되고 있다. 그러므로 성적 남용 구성요건들은 개인보호 구성요건으로만 제한될 수 없다.¹⁰⁾ 성적 남용의 개념은 기본적 성적 자기결정에 대한 권한으로부터 각각의 경우에 따라 허용될 수 없는 사용(남용)으로 이해된다. 가해자는 잘못된 사용(남용)을 통해 신체적, 정신적 또는 사회적 우월성 또는 행위 실행을 위한

6) Bottke, FS für Otto 2007, 535 (541); Hörnle, FS für Eisenberg 2009, 321 (334).

7) §§ 177, 178, 181; 240 Abs. 4 Nr. 1 StGB.

8) §§ 174 Abs. 1 Nr. 3; 176; 176a Abs. 1 und 2; 180 Abs. 1 und 2; 181a StGB.

9) §§ 174 Abs. 1 Nr. 2; 174a; 174b; 174c; 177 Abs. 1 Nr. 3; 179; 180b; 182 StGB.

10) §§ 174a-174c StGB.

성적 접근 가능성을 남용한다. 그렇기 때문에 이러한 가해자들은 개인의 잘못된 사용으로 특별한 지위를 이용해서 법적 조치를 교묘하게 회피하기도 한다. 이러한 관점에서 의존관계 또는 제한적 보호 상황에 대한 남용¹¹⁾과 성적 실행을 위한 강요된 강제¹²⁾ 사이의 경계부분에 대한 구분에는 의문이 있다. 그와 동시에 자유 제한적 상황 또는 규정의 경계로 인해 어떠한 범위 내에서 제한이 이루어질 경우 성행위와 관련해서 그 가벌성에 대한 구성요건에 대한 문제가 없는 지에도 문제가 제기된다.¹³⁾

본 입법현안 법률정보에서는 독일 입법례에 나타난 특별한 지위를 이용한 성적 남용에 대한 구성요건을 분석해보고자 한다. 이를 위해 우선 성범죄 관련 독일 규정에 대한 정보를 얻고 독일의 성범죄 관련 입법례에 대한 경향을 알기 위해 성범죄와 관련된 독일 입법례에 대해 기본적으로 고찰하고자 한다. 그리고 성범죄 관련 독일 입법례를 통해 독일이 성범죄 관련 가해자 처벌과 피해자 보호를 어떻게 하고 있는 지를 살펴본다. 이를 토대로 성적 자기결정에 반하는 형법상의 범죄행위 가운데 피보호자에 대한 성적 남용, 관청직위를 이용한 성적 남용, 상담관계/피구금자/관청에 감호된 자/시설 내 환자 및 도움이 필요한 자에 대한 성적 남용, 치료관계 또는 돌봄관계를 이용한 성적 남용에 대한 구성요건들이 어떻게 규정되어 있는지, 그 구성요건들은 어떤 문제를 가지고 있는지에 대해 면밀히 검토하고자 한다. 마지막으로 이러한 분석을

11) §§ 174 Abs. 1 Nr. 2, 174a-174c, 179, 180 Abs. 3, 182 Abs. 1 und 2 StGB.

12) §§ 177 Abs. 1, 240 Abs. 1 und 4 Nr. 1 StGB.

13) Amelung, GA 1999, 182, 185 (200).

토대로 성적 자기결정에 반하는 범죄 행위와 관련된 지위를 이용한 성적 남용에 대한 독일 입법례에서 도출할 수 있는 특징과 시사점이 무엇인지에 대해 알아보하고자 한다.

II. 성범죄 관련 독일 입법례에 대한 기본적 토대

1. 성범죄 관련 가해자 처벌

가. 개요

독일의 경우 성범죄는 기본적으로 형법(StGB)에 의해 규율되고 있으며 성범죄처벌 관련 특별법으로는 거세법(KastrG)과 연방중앙등록부법(BZRG)이 있다.

독일은 연방중앙등록부법(BZRG)에 따라 성폭력범죄자의 신상을 등록부에 등록하여 관리하고 있으나 기본법(GG)에 반한다는 이유로 신상공개는 하지 않는다.¹⁴⁾

나. 입법례

(1) 독일 연방 형법¹⁵⁾(Strafgesetzbuch: StGB)

독일 형법에서는 성적 자기결정(sexuelle Selbstbestimmung)에 반하는 행위를 성범죄로 보고 제13장 성적 자기결정에 대한 범죄(Straftaten

14) 주 정부들은 성폭력 범죄의 재발방지를 위해 주 단위로 관계기관 간 성폭력 범죄자 신상을 공유하고 협력을 강화하여 성폭력범죄자의 위험정도를 정하고 위험수위에 따라 감독을 강화하는 정책을 실시하고 있음.

15) Ausfertigungsdatum: 15.05.1871, "Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das durch Artikel 5 Absatz 18 des Gesetzes vom 10. Oktober 2013 (BGBl. I S. 3799) geändert worden ist" 동법은 2013년 10월 10일 최종 개정됨.

gegen die sexuelle Selbstbestimmung) 제174조에서 184g조를 통해 성적 남용, 성적강요 및 강간, 음부노출 행위, 외설, 성매매 관련 위법 행위를 처벌하고 보호관찰에 대해 규정하고 있다.¹⁶⁾

동법에서 강간(Vergewaltigung)이란 타인에게 폭력, 신체상 또는 삶에 대한 위협을 가하거나 가해자의 영향력에 피해자가 저항할 수 없는 상황에서 가해자 혹은 제3자와의 성적 행위를 참거나 행하도록 하는 것이다. 해당 가해자는 1년 이상의 자유형에 처하며 가해정도에 따라 10년까지 자유형에 처할 수 있다.¹⁷⁾

가해자의 성적 강요나 강간으로 인해 피해자가 사망에 이른 경우 독일 형법 제178조 성적 강요 및 강간에 의한 치사에 따라 가해자를 무기자유형 또는 10년 이상의 자유형에 처한다.¹⁸⁾

14세 미만자를 대상으로 성적행동을 하거나 아동이 자기에 대하여 성적행동을 하도록 한자는 6개월 이상 10년 이하의 자유형에 처하고 아동을 교사하여 제3자에게 성적 행위를 하도록 하거나 제3자의 성적 행위를 유발하도록 한 경우도 동일하게 처벌한다. 범죄의 중한 정도에 따라 1년 이상 또는 2년 이상의 자유형에 처하며¹⁹⁾ 성적 남용으로 아동이 사망에 이른 경우 무기자유형이나 10년 이상의 자유형에 처한다.²⁰⁾

16) §§ 174, 174a, 174b, 174c und 179 StGB. 지위를 이용한 성적 남용과 관련된 해당 구성요건에 대한 내용은 10면 이하에서 서술됨.

17) §§ 177 Abs. 1~5 StGB.

18) § 178 StGB (Sexuelle Nötigung und Vergewaltigung mit Todesfolge): “Verursacht der Täter durch die sexuelle Nötigung oder Vergewaltigung (§ 177) wenigstens leichtfertig den Tod des Opfers, so ist die Strafe lebenslange Freiheitsstrafe oder Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren.”

19) § 176 und § 176a StGB.

20) § 176b StGB.

16세 미만 청소년 대상으로 교육, 직업교육, 생활 돌봄의 지도관계에 있는 자가 성적 행위를 한 경우, 18세 미만자에게 교육, 직업교육, 생활 돌봄, 공무 또는 고용관계에 있는 자가 지위를 이용하여 성적 행동을 한 경우 가해자에게 3개월 이상 5년 이하 자유형으로 처벌한다.²¹⁾

18세 미만을 대상으로 불가피한 상태를 이용하거나 대가를 지급하고 성적행위를 하거나 자기에게 성적행위를 하도록 한 경우 또는 제3자에게 성적행위를 하도록 하거나 제3자로 하여금 18세 미만을 대상으로 성적 행위를 하도록 한 자는 5년 이하의 자유형이나 벌금형으로 처벌한다.²²⁾

(2) 거세법²³⁾(Gesetz über die freiwillige Kastration und andere Behandlungsmethoden: KastrG)

자발적 거세와 기타 치료방안에 관한 법(Gesetz über die freiwillige Kastration und andere Behandlungsmethoden)은 연방법으로 형법에 속한다.

거세법은 제1조 개념정의, 제2조 거세의 전제조건, 제3조 동의, 제4조 기타 치료방안, 제5조 전문기관, 제6조 감독법원의 승인, 제7조 처벌규정, 제 8~10조 내용 없음(삭제됨), 제11조 베를린에서의 유효, 제12조 효력 발생의 12조항으로 구성되어 있다.

21) § 174 Abs. 1 StGB.

22) § 182 Abs. 1 StGB.

23) 이하에서는 거세법으로 칭함. "Gesetz über die freiwillige Kastration und andere Behandlungsmethoden vom 15. August 1969 (BGBl. I S. 1143), das zuletzt durch Artikel 85 des Gesetzes vom 17. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2586) geändert worden ist" 동법은 2008년 12월 17일 최종 개정됨.

동법에서 거세란 남자 생식선의 고의적 제거나 영구적 기능 상실을 위한 방안을 통해 비정상적인 성욕의 영향을 없애기 위한 치료방안의 하나를 의미한다.

거세법²⁴⁾에서는 다음의 거세의 전제조건을 충족한 의사를 통한 거세는 상해로 처벌받지 않는다고 명시하고 있다:

1. 당사자가 동의할 경우(제3조),
2. 치료가 당사자의 비정상적인 성욕과 관련한 심각한 병, 정신적 장애 또는 고통을 예방, 치료, 완화할 것으로 의학적 소견이 보일 때,
3. 당사자가 만 25세 이상인 경우,
4. 거세를 통해 당사자에게 치료를 목적으로 하는 육체적 또는 정신적으로 전혀 불이익이 초래되지 않을 것으로 판단될 경우,
5. 의학적 지식에 의해 치료가 행해질 때.

거세법²⁵⁾에 따라 동법 제2조 제1항 제1, 제3에서 제5호의 전제조건 하에서 당사자에게 자신의 인격과 지금까지 생활태도에 따라 비정상 성욕이 나타나고, 독일 형법(StGB) 제176조(아동에 대한 성적남용), 제176a조(아동에 대한 중한 성적남용), 제176b조(아동에 대한 성적남용에 의한 치사), 제177조(성적 강요; 강간), 제178조(성적 강요와 강간에 의한 치사), 제179조(저항 불능자에 대한 성적 남용), 제183조(음부노출행위), 제211조(모살), 제212조(고살), 제223조(상해), 제224조(위험한 상해), 제225조(피보호자에 대한 학대), 제226조(중상해),

24) § 2 Abs. 1 KastrG.

25) § 2 Abs. 2 KastrG.

제226a조(여성 성기 절단)과 제227조(상해치사)의 범죄가 예상되며 거세가 이러한 위협에 대처할 수 있고 이를 통해 당사자의 미래 생활태도에 도움이 된다는 의학적 소견이 있으면 의사에 의한 거세는 상해로 처벌받지 않는다.

(3) 연방중앙등록부법²⁶⁾ (Gesetz über das Zentralregister und das Erziehungsregister: BZRG)

중앙등록부와 교육등록부법²⁷⁾(Gesetz über das Zentralregister und das Erziehungsregister-Bundeszentralregistergesetz)은 연방법으로 소송법, 행정법에 속함과 동시에 연방정보보호법(Bundesdatengesetz)에 속한 특별법이다.

연방중앙등록부법은 연방 법무청(das Bundesamt für Justiz)이 관할하며 세부규정은 연방 법무부(das Bundesministerium der Justiz)에서 정하고 자료 취득, 평가, 알림, 정보공개와 관련된 규정은 연방 상원의회의 동의하에 연방정부에서 결정한다.²⁸⁾

연방중앙등록부법은 국가와 국가기관의 이해를 규정하고 국가의 독단으로부터 시민을 보호하기 위한 법으로 연방중앙등록부에 수집하고 등록할 자료를 규율하는 법이다.

26) "Bundeszentralregistergesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. September 1984 (BGBl. I S. 1229, 1985 I S. 195), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 6. September 2013 (BGBl. I S. 3556) geändert worden ist" 동법은 2013년 9월 6일 최종 개정됨.

27) 이하에서는 연방중앙등록부법으로 칭함.

28) § 1 Abs. 1 und 2 BZRG.

연방중앙등록부에는 독일 내 거주하는 모든 형사재판과 유죄판결에 대한 내용을 등록하고 있어 성범죄자의 신상정보도 동법에서 관리하고 있다. 특히 성범죄자나 아동과 청소년 관련 범죄에 관해서는 보다 광범위한 정보를 등록하고 있다.

동법은 제1편 등록부 관청, 제2편 중앙등록부, 제3편 교육등록부, 제4편 독일민주공화국(구동독) 검찰총장관할 범죄기록부 인수, 제5편 전환 및 종결규정의 총 5편 71조로 구성되어 있다.

중앙등록부의 내용과 운영방안, 자료수집, 활용방안, 정보제공 등에 관한 상세규정은 제2편 제1장 내용과 운영, 제2장 검색기입(승인), 제3장 등록부에 의한 정보제공, 제4장 삭제, 제5장 삭제에 따른 법적 영향, 제6장 유죄판결의 공시의무 제한, 제7장 등록정보의 국제교류에서 상세히 규율하고 있다.²⁹⁾

특별히 범죄사건의 증인보호를 위해 제2편 제3장 제4번 증인보호 목적의 정보제공 거부에서 증인의 신상정보 거부에 대해 세부적으로 규율하고 있다.³⁰⁾

연방중앙등록부 내용은 형사법원의 유죄판결(제4에서 8조), 행정관청과 법원의 결정(제10조), 책임 무능력에 관한 기록(제11조), 동법 제17조 2항과 제18조에 따른 법원의 사실 확정, 제3조 제1~4항에 따른 등록과 관련된 사후 결정과 사실(제12조에서 16조, 제17조 제1항)을 포함하고 있다.³¹⁾ 동법에는 불법적 사건에 대한 처벌, 개선과 보호를 위한 방안,

29) §§ 2~58 BZRG.

30) § 44a BZRG.

31) § 3 BZRG.

독일 형법 제59조에 따른 처벌유보에 대한 경고, 청소년법원법 제27조에 따른 청소년과 청년에 대상 범죄 확정 내용에 관한 독일 법원의 결정에 대한 모든 내용이 등록되어 있다.³²⁾

확실한 목적을 위해 정보가 반드시 필요한 특정기관에는 제한 없이 정보를 제공한다.³³⁾

2. 성범죄 관련 피해자 보호

가. 개요

독일 성폭력 피해자 보호 및 지원관련법으로는 성적학대 피해자 권리 강화법(StORMG), 범죄피해자보호법(OEG), 일반적 평등대우법(AGG), 폭력 보호법(GewSchG)이 있다.

직장 내 성적 모욕과 관련하여서는 일반적 평등대우법이 보호하고 있으며 가정 내 성폭력에 관련하여서는 가정 폭력 방지를 위한 폭력 보호법의 보호를 받는다.

성폭력 피해자 가족 지원만을 위한 법은 별도로 존재하지 않으나 전체 폭력범죄 피해자를 대상으로 하는 범죄피해자 보호법과 가정폭력과 관련된 폭력 보호법이 이를 지원하고 있다.

32) § 4 BZRG.

33) § 41 BZRG.

나. 입법례

(1) 성적학대 피해자 권리 강화법³⁴⁾(Gesetz zur Stärkung der Rechte von Opfern sexuellen Missbrauchs: StORMG)

성적학대 피해자 권리 강화법(StORMG)은 성범죄 피해자 권리 강화를 위해 성범죄 형사소송과 관련되어 이미 존재하는 여러 법의 일부 또는 여러 조항을 개정하여 하나의 특정 법으로 만든 개정법³⁵⁾이다. 동법의 제정으로 특히 미성년 성폭력 피해자의 권리가 대폭 강화되었다. 동법은 연방법으로 형사소송법(StPO) 관련이며 2010년 12월 7일 법무부에서 초안을 발의하여 2013년 6월 26일 제정되었으며 2013년 9월부터 효력이 발생하였다.³⁶⁾

성적학대 피해자 권리 강화법은 제1조 형사소송법 개정, 제2조 법원 조직법 개정, 제3조 청소년 법원법 개정, 제4조 민법 개정, 제5조 민법 입문법 개정, 제6조 형법 개정, 제7조 후속 개정, 제8조 효력 발생으로 구성되어 있다. 동법은 개정법으로 법의 원문이 내용보다는 주로 각 법 조항의 개정상황을 명시하고 있다. 따라서 동법은 개정한 각 법 조항을 연관시켜 적용하여야 한다.

동법에 따라 성범죄피해자의 심문 부담을 감소시키기 위해 미성년 성범죄피해자를 대상으로는 불필요한 심문이 없도록 하며³⁷⁾ 심문은 가능한

34) StORMG vom 26.06.2013 동법은 2013년 6월 26일 개정됨.

35) §§ 1 Abs. 1 Nr. 1~5 GewSchG.

36) §§ 8 Absatz 1, 2 und 3 StORMG.

37) § 2 Abs. 1 StORMG.

판사가 하도록 한다.³⁸⁾ 또한 미성년자의 경우 가능한 청소년 전문법원인 청소년법원에서 심문이 진행될 수 있도록 한다.³⁹⁾

동법 이전에는 가해자의 형 집행이 최초로 완화된거나 복역 중 휴가를 받았을 경우에만 피해자가 신청에 의해 가해자의 정보를 알 권리가 있었으나 동법의 제정으로 특정사건의 피해자는 피해자가 교도소 외부에 있거나 형 집행이 완화된 경우 최신 정보를 제공받을 권리를 가진다.⁴⁰⁾

고소인이 미성년자의 경우에만 국가가 무조건 변호사를 무상 지원하였으나 성적학대 피해자 권리 강화법의 제정으로 고소인이 미성년 연령에 피해를 입은 성범죄를 이후 성인이 되어 소를 제기할 경우에도 무상으로 변호사를 지원한다.⁴¹⁾

성폭력에 의한 민법상 피해보상 청구 시효를 3년에서 30년으로 현저히 확대하였으며 미성년자의 경우 피해자가 21세가 되고 난 후부터 시효가 시작되는 것으로 한다.⁴²⁾ 형법상의 시효도 피해자가 21세가 된 후부터 시작되는 것으로 한다.⁴³⁾

(2) 폭력범죄피해자 보상법⁴⁴⁾(Gesetz über die Entschädigung für Opfer von Gewalttaten-Opferentschädigungsgesetz: OEG)

38) § 1 Abs. 1 StORMG.

39) § 2 Abs. 2 StORMG

40) § 1 Abs. 11 StORMG.

41) §§ 1 Abs. 3a bb, 3b. StORMG.

42) § 4 Abs. 1. StORMG.

43) § 6 StORMG.

44) "Opferentschädigungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. Januar 1985 (BGBl. I S. 1), das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 20. Juni 2011 (BGBl. I S. 1114) geändert worden ist" 동법은 2011년 6월 20일 최종 개정되었음.

폭력범죄피해자 보상법(OEG)은 1976년 국가가 폭력범죄피해자를 보호하고 국가의 책임을 강화하려는 목적에서 제정하였다.

전체 폭력의 피해자가 보상의 대상이 되므로 성폭력 피해자에 대한 보상도 포함하고 있다. 폭력피해로 피해자가 건강상의 손상을 입어 생계가 근본적으로 침해받거나 삶이 심각하게 파괴되어 도움이 필요한 경우 국가가 보상해야 한다는 것이 근본취지이다.⁴⁵⁾

독일에 규칙적으로 거주하는 모든 시민을 대상으로 하며 또한 일정기간 독일 내 거주하고 있는 외국인에게도 적용되고 독일 거주인이 외국에서 피해를 입은 경우도 보상한다.⁴⁶⁾

동법은 고의와 위법에 의한 실질적 폭력으로 인한 건강상의 손상으로 건강과 경제적 피해를 입은 피해자와 유가족을 신청에 따라 보상한다.⁴⁷⁾

구체적 피해보상의 청구는 연방부양법(Bundesversorgungsgesetz)과 여러 법을 고려하도록 하며⁴⁸⁾ 폭력범죄피해자보상법의 보상대상은 고의적 상해와 살인행위, 모든 성범죄, 아동학대, 피해자 가족에게 충격손실을 유발한 사건, 고의적 방화와 관련하여 고의적, 실제적 폭력의 피해를 입은 피해자이다.

폭력범죄피해자보상법은 연방부양법에 따라 세부적으로 피해보상을 하도록 명시하고 있으며⁴⁹⁾ 동법은 의료, 심리치료, 연금, 재활, 장례, 사망보상금 관련 보상을 한다.⁵⁰⁾

45) Sozialstaatsprinzips nach § 20 Abs. 1 GG.

46) § 1 Abs. 1 Satz 1, § 1 Abs. 4, 5 OEG.

47) § 1 Abs. 8 OEG.

48) §§ 3 Abs. 1, 2 und 3 OEG.

49) § 1 Abs. 1 Satz 1, OEG.

50) § 10 Abs. 1 BVG.

폭력범죄피해자의 보상에 관한 법은 연방법이며 관할 부서는 연방 사회 노동부(Bundesministerium für Arbeit und Soziales)이다.⁵¹⁾ 범죄 피해자 손해보상 비용은 연방이 40%, 범죄가 발생한 주가 60%를 부담한다.⁵²⁾

해당법이 형사절차와 관련하여 피해자의 법적지위 향상을 위해 실현하고자 하는 목표는 “폭력범죄 피해자 보호 강화, 형사소송절차에서 피해자의 참여권 인정, 손해배상청구권 강화”라 할 수 있다.

(3) 일반 평등대우법⁵³⁾(Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz: AGG)

일반 평등대우법(AGG)은 연방법의 하나로 인종, 인종적 출신(인종 가운데 더 구체적 출신을 의미함), 성, 세계관, 종교, 장애, 연령, 성 정체성으로 인한 차별과 불리함을 방지하거나 제거하기 위해 제정되었다.⁵⁴⁾ 따라서 동법은 민간부문과 공적기관 근로자를 직장 내 성적 괴롭힘으로부터 보호하고자 하는데도 적용되고 있다. 관할 주관부처는 연방 가족, 노인, 여성과 청소년부(Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend: BMFSFJ)이다.

일반 평등대우법 제3조 개념정의 제4항에서 성적 괴롭힘은 “성적인 특정 신체적 접촉, 성적 내용의 발언이나 평가, 음란물을 보여주는 것 등 원하지 않는 성적인 행동이나 요구를 목적으로 원치 않는 태도를 취하여

51) § 6 OEG.

52) § 4 Abs. 3 OEG.

53) "Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz vom 14. August 2006 (BGBl. I S. 1897), das zuletzt durch Artikel 8 des Gesetzes vom 3. April 2013 (BGBl. I S. 610) geändert worden ist" 동법은 2013년 4월 3일 최종 개정됨.

54) § 1 AGG: “Ziel des Gesetzes ist, Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen”.

당사자의 존엄성에 침해를 가한 경우, 특히 피해 당사자의 해당 환경에서 위협, 적대감, 굴욕감, 품위를 실추시키거나 모욕감을 조성한 경우를 뜻한다.⁵⁵⁾

사용자는 동법 제1조에서 명시한 인종, 인종적 출신, 성, 세계관, 종교, 장애, 연령, 성 정체성으로 인한 차별로부터 근로자를 보호하기 위해 필요한 조치를 할 의무가 있다. 이러한 보호는 예방적 조치도 포함되며⁵⁶⁾ 사용자는 직업교육과 연수를 통해 직원들에게 차별금지를 위한 교육을 실시할 의무가 있다.⁵⁷⁾

사용자는 동법 제1조에서 명시한 차별금지를 위반한 근로자에게 경고, 이동, 해고 등 합당하고 필요한 조치를 할 의무가 있다.⁵⁸⁾

동법 제1조에서 명시한 이유로 근로자가 사용자, 상사, 동료 또는 제3자에게 근로관계에 있어 차별을 당한 경우 당사자는 자신의 근무지 관련담당부서에 이의를 제기할 권리가 있다. 이의제기는 관련담당부서가 점검하여 이에 대한 결과를 당사자에게 알려야 한다.⁵⁹⁾ 또한 이의제기에 대한 조치를 공고하여야 한다.⁶⁰⁾

55) § 3 Abs. 4 AGG: “Eine sexuelle Belästigung ist eine Benachteiligung in Bezug auf § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 4, wenn ein unerwünschtes, sexuell bestimmtes Verhalten, wozu auch unerwünschte sexuelle Handlungen und Aufforderungen zu diesen, sexuell bestimmte körperliche Berührungen, Bemerkungen sexuellen Inhalts sowie unerwünschtes Zeigen und sichtbares Anbringen von pornographischen Darstellungen gehören, bezweckt oder bewirkt, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird, insbesondere wenn ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird”.

56) § 12 Abs. 1 AGG.

57) § 12 Abs. 2 AGG.

58) § 12 Abs. 3 AGG.

59) § 13 Abs. 1 AGG.

60) § 12 Abs. 5 AGG.

사용자가 근로지에서 발생한 모욕 또는 성적 괴롭힘에 대해 적합하지 않거나 전혀 조치를 취하지 않을 경우 해당 근로자는 자신의 보호를 위해 임금의 손실 없이 업무를 중단할 수 있다.⁶¹⁾

사용자는 성적 모욕 및 차별에 대해 이의를 제기한 근로자나 이의를 지원한 근로자, 증인이 된 자에게 불이익을 행사해서는 안 되며 근로자가 차별을 거부하거나 참을 경우 또한 이를 해당근로자와 관련된 결정에 영향을 미쳐서는 안 된다.⁶²⁾

(4) 폭력보호법⁶³⁾(Gesetz zum zivilrechtlichen Schutz vor Gewalttaten und Nachstellungen - Gewaltschutzgesetz: GewSchG)

폭력과 스토킹에 대한 민법적 보호법⁶⁴⁾(GewSchG)은 정신적, 신체적 폭력, 성폭력 등 가정 내 발생할 수 있는 모든 폭력에 대한 보호를 목적으로 가정폭력의 피해자를 가해자로부터 보호하여 일상생활이 가능하도록 지원하기 위해 제정되었다.

폭력보호법은 동법 제1조 폭력과 스토킹에 대한 보호를 위한 법원 조치, 제2조 공동의 거주지 양도, 제3조 적용범위, 제4조 처벌규정으로 구성되어 있다.

가해자가 피해자를 대상으로 육체, 건강, 자유에 위법으로 해를 가했을

61) § 14 AGG.

62) § 16 Abs. 1, 2 AGG.

63) Das G wurde als Artikel 1 d. G v. 11.12.2001 I 3513 vom Bundestag beschlossen. Es ist gem. Art. 13 Abs. 2 dieses G am 1.1.2002 in Kraft getreten. 2001년 12월 11일 연방하원의회의에서 의결되어 2002년 1월1일부터 효력이 발생함.

64) 이하에서는 폭력보호법으로 칭함.

때, 피해자에게 육체, 건강, 자유의 불법적인 상해에 대한 위협을 가했을 때, 위법으로 고의적으로 피해자의 거주지를 침입하거나, 확실한 의지를 가진 반복적 스토킹과 통신수단 이용을 통해 부당하게 괴롭힐 경우 법원은 피해자의 신청에 따라 추가 상해로부터 피해자를 보호하기 위해 필요한 조치를 할 수 있다. 조치의 기한은 정해져 있으며 기한은 연장할 수 있다.⁶⁵⁾

법원은 가해자에게 1. 상해를 가한 피해자의 주거지 출입금지, 2. 피해자 거주지 주변 접근금지, 3. 피해자가 정기적으로 방문하는 지역의 접근금지, 4. 통신 등 다양한 방법을 통한 피해자와의 연락 금지, 5. 피해자와의 만남이 시도될 경우는 금지의 조치를 취할 수 있다.⁶⁶⁾

피해자는 신청에 따라 가해자와의 공동 거주지를 최대 6개월까지 일정기간 단독으로 사용할 수 있다.⁶⁷⁾ 가해자는 피해자가 거주지 이용에 필요한 모든 것을 양도해야 하며 정당한 경우 가해자는 피해자에게 거주지 사용에 대한 보수를 요구할 수 있다.⁶⁸⁾

육체, 건강, 자유의 불법적인 상해에 대한 위협 관련사건 발생 당시 가해자나 피해자가 자녀양육, 후견인, 간병의 관계에 있을 때, 이와 관련된 규정의 지시를 따르도록 한다.⁶⁹⁾

공동 주거가 시간적으로 제한되거나 지속적인 주거지 단독 사용을 위해서는 긴급 명령조치가 소송 전에 이루어 질 수 있으며 동법 제1조

65) §§ 1 Abs. 1 und 2 GewSchG.

66) §§ 1 Abs. 1 Nr. 1~5 GewSchG.

67) §§ 2 Abs. 1, 2 GewSchG.

68) §§ 2 Abs. 4, 5 GewSchG.

69) § 3 Abs. 1 GewSchG.

제1항 제1문 “고의와 위법으로 타인의, 신체, 건강, 자유를 침해한자는 법원이 피해자의 신청에 따라 피해자 보호를 위해 필요한 조치를 취한다” 또는 제3문⁷⁰⁾과 제2항 제1문 “가해자의 폭력 때문에 피해자는 공동주택으로 부터 가해자의 퇴거를 요구할 수 있다”와 관련해서 위반할 경우는 1년 이하의 자유형 또는 벌금에 처한다.⁷¹⁾

70) §§ 1 Abs. 1 Nr. 1~5 GewSchG.

71) §§ 2 und 4 GewSchG.

Ⅲ. 성적 자기결정에 반하는 지위이용에 의한 성적 남용에 대한 주요 범죄

1. 성행위의 개념

성적 자기결정에 반하는 성범죄 관련 행위는 성행위의 개념에 따라 성범죄 구성요건이 상이하다. 성행위는 인간을 직접 성적 대상으로 하는 행위이다. 성행위와 관련이 있는 대화 또는 음란물 관찰 행위는 성행위에서 제외되나 성행위에 대한 관찰, 묘사 또는 소리 자체는 성행위로 볼 수 있다. 외형상으로 성행위에 속한 것인지 아닌지는 객관적으로 인지가 가능해야 한다.⁷²⁾ 파트너와 관련된 행위의 경우 당사자가 성행위로 인식할 경우는 대부분 성행위로 간주된다. 하지만 객관적 관찰자의 판단에 의해서 성행위에 속하지 않는 행위도 있다.⁷³⁾

성행위는 성적 자극(흥분) 또는 행위자의 동기 또는 타인을 자극(흥분)하는 직접적 주관성을 전제로 하지 않는다. 그렇기 때문에 아동에 대한 성행위에서 가해자가 객관적으로 성의 관련성을 인식할 경우는 객관적으로 성행위의 관련성이 존재하는 것으로 간주된다.⁷⁴⁾ 아동에 대한 성행위의 경우 아동이 그러한 행위에 대해 성 관련성을 이해했는지는 중요하지 않으며 아동 앞에서 행하는 성행위의 경우에는 성범죄에 대한 구성요건에 속한다.⁷⁵⁾

72) StV 2009, 29 (29).

73) NStZ 2002, 47 (47).

74) NStZ 2009, 29 (29).

75) BGH 29, 339 (339).

성행위 판단을 위해서 성행위는 어느 정도 현저한 수준과 정도에 도달해야한다. 성행위의 현저함은 규범적으로, 의미에 따라, 양적으로, 침해의 강도와 지속성, 동반되는 상황, 인격 및 당사자와의 관계 등의 사회 윤리적 기준에 근거해서 판단된다. 현저한 성범죄 행위의 경우 사회적으로 더 이상 방치할 수 없는 보호법익의 침해가 있어야 한다.⁷⁶⁾ 따라서 성행위는 각각의 보호법익 관점에서 어느 정도 현저한 수준과 정도를 침해한 성 관련 행위를 의미한다.

2. 피보호자에 대한 성적 남용⁷⁷⁾

가. 보호법익

독일 형법 제174조는 성적 자기결정과 성적 이용의 위험성이 있는

76) NStZ 2012, 269 (269).

77) 독일 연방 형법 제174조 (1) 1. 교육, 직업교육, 생활지도상 돌봄을 위해 위탁된 16세 미만의 사람 2. 교육, 직업교육 또는 생활지도상 돌봄을 위해 위탁된 또는 고용관계 또는 근로관계의 종속구조 하에서, 교육, 직업교육, 돌봄관계, 고용관계 또는 근로관계와 의존성의 남용과 결부된 18세 미만의 사람 3. 18세 미만의 친자, 양자 또는 결혼, 삶을 위한 동반자의 자 또는 결혼과 유사한 또는 삶을 위한 동반 공동체에 살고 있는 사람에 대해 성적 행동을 하거나 또는 피보호자들로 하여금 자기에 대하여 성적 행동을 하도록 시키는 자는 3월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다. (2) 교육, 직업교육, 생활지도상 돌봄을 위해 위탁된 18세 미만의 사람에 대해 이하와 같이 행한 자는 3월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다. 1. 교육, 직업교육 또는 생활지도상 돌봄을 위해 법적관계에 놓여 있는 시설에 위탁된 16세 미만의 사람에 대해 성적 행동을 하거나 또는 그들로 하여금 자기에 대하여 성적 행동을 하도록 시키는 자 2. 교육, 직업교육 또는 생활지도상 돌봄을 위해 법적관계에 놓여 있는 시설에 위탁된 18세 미만의 사람에 대해 그들의 지위를 이용해서 성적 행동을 하거나 또는 그들로 하여금 자기에 대하여 성적 행동을 하도록 시키는 자 (3) 제1항과 제2항의 조건하에서 자기 또는 피보호자를 성적으로 흥분시키기 위해 이하의 행위를 행한 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금에 처한다. 1. 피보호자 앞에서 성행위를 하는 행위 2. 피보호자로 하여금 자신 앞에서 성행위를 하게 하는 행위 (4) 미수는 처벌된다. (5) 제1항 제1호의 경우와 제2항 제1호의 경우 또는 제1항 제1호의 경우와 제2항 제1호의 경우와 관련된 제3항의 경우 불법성이 경미하다면 법원은 이러한 규정에 따라 형을 면제할 수 있다.

확실한 의존관계 내에서 아동·청소년의 방해받지 않는 성적 성숙을 보호한다.⁷⁸⁾

나. 구성요건에 대한 분석

(1) 16세 미만자에 대한 남용

16세 미만이 교육, 교양교육 또는 생활 돌봄에서 보호관계자를 신뢰할 경우 독일 형법 제174조 제1항 제1호에 의해 보호관계가 성립된다.⁷⁹⁾ 가정에서의 공동생활만으로는 그 구성요건을 충족하지 않는다.⁸⁰⁾ 미성년자의 경우는 교사, 법률상 부모, 부양권자 및 돌봄 관련자를 신뢰한다. 이와 관련된 성 행위는 비밀이 유지될 수 있는 특징이 있으며 미성년자에 의해서도 발생할 수 있기 때문에⁸¹⁾ 독일 형법 제174조 제1항 제1호는 성적 자기결정을 보호한다.

(2) 아동에 대한 남용

교육과 밀접한 신뢰 관계에 놓여 있는 보호관계자의 경우인 부모, 그 밖의 부양권자, 돌봄 관계에 놓여 있는 부모, 양부모는 독일 형법 제174조 제1항 제3호에 의해 피보호자에 대한 성적 남용 구성요건에 포함

78) Lackner/Kühl, StGB, 1.

79) BGH 41, 137 (137).

80) StV 1997, 520 (520).

81) NStZ 1995, 496 (496).

된다.⁸²⁾ 하지만 가정의 공동생활은 이별 또는 이사로 종결될 수도 있으므로 구성요건의 충족을 위해 돌봄 관계가 반드시 오래 동안 지속될 필요는 없다.⁸³⁾

직업교육법⁸⁴⁾(Berufsbildungsgesetz: BBiG)에 따라 전문성과 지식 습득을 위해 필수적으로 직업경험교육을 받아야 하는 미성년자는 훈련교사를 신뢰할 수 있다. 가해자가 피해자와 확실한 보호관계를 형성할 경우는 교육 외 상황에서 일어나는 행위도 피보호자에 대한 성적 남용 구성요건에 해당된다.⁸⁵⁾

(3) 18세 미만자의 의존관계에 대한 남용

독일 형법 제174조 제1항 제2호는 교육, 직업교육, 돌봄, 업무, 고용관계로 인한 의존성을 이용하여 교육, 직업교육, 생활상 돌봄을 위해 위탁되거나 업무 또는 고용관계에 속하는 18세 미만 자에 대한 성적 남용을 규정하고 있다. 의존관계는 보호와 돌봄으로 형성되는데 이는 보호자가 보호, 의존, 종속 관계에 놓여 있는 피보호자의 신체적, 정신적 건강에 대한 책임을 가진다는 것을 전제조건으로 한다.⁸⁶⁾ 따라서 18세 미만의 의존관계 또는 18세 미만의 복무관계 또는 근로관계에 의해 상하관계가 성립할 경우 독일 형법 제174조 제1항과 제2항의 피보호자에 대한

82) Vgl. NStZ 1989, 21 (21).

83) Lackner/Kühl, StGB, 6.

84) §§ 1, 6, 20 BBiG.

85) BGH 17, 191 (191).

86) BGH 33, 340 (344).

성적 남용 구성요건을 충족한다. 그러나 일시적 직업 보조 활동자에 대한 상·하 관계는 구성요건에서 배제한다.⁸⁷⁾

독일 형법 제174조 제1항 제3호에 의해 가해자가 미성년자의 부모가 될 수 있으며 그 가벌성의 긍정을 위해 가해자에게 부양권이 있는지는 중요하지 않다.

다. 독일 연방 형법(StGB) 제174조에 의한 행위

독일 형법 제174조 제1항에 따라 신체 접촉을 가진 행위란 가해자가 보호·의존·종속 관계를 이용해서 당사자 앞에서 성 행위를 직접 실행하거나 당사자로 하여금 성 행위를 실행하도록 하는 것을 의미한다. 이러한 경우는 신체적 맞닿음을 전제조건으로 한다.⁸⁸⁾ 독일 형법 제174조 제2항의 신체 접촉이 없는 행위는 가해자가 보호·의존 관계자 앞에서 성 행위를 직접 하거나 가해자 앞에서 성행위를 하도록 하는 것을 뜻한다.

의존관계에 의한 성적 남용은 성적 행위 실행에 있어 피해자가 가해자에 대해 구체적 의존성 및 정신적으로 의존하고 있음을 전제조건으로 하며 가해자와 당사자는 이를 인식해야 한다.⁸⁹⁾ 가해자가 성적 목적 실현을 위해 그의 범행수단인 힘과 우월성을 이용할 경우 의존관계에 대한 남용이 인정된다.⁹⁰⁾ 이는 적어도 성적 행위의 완성을 위해 영향을 미치는 요소로 작용할 경우이다. 가해자가 성 행위에서 의존관계를

87) Vgl. NStZ-RR 2001, 201 (201).

88) LK, StGB, 6; Sch/Sch, StGB, 12; Matt/Renzikowski, StGB, 24.

89) Matt/Renzikowski, StGB, 31.

90) NStZ-RR 1997, 293 (293).

이용할 경우 강요가 동시에 남용이 될 수 있다.⁹¹⁾

3. 피구금자관청에 감호된 자시설 내 환자 및 도움이 필요한 자에 대한 성적 남용⁹²⁾

가. 보호법익

시설 내 평화와 불가침을 원칙으로 일반적 신뢰가 필요한 당사자에 대한 성적 자기결정이 보호된다.⁹³⁾

나. 구성요건에 대한 분석

(1) 피구금자와 관청에 감호된 자에 대한 성적 남용

독일 형법 제174a조는 가해자와 당사자 사이의 시설 내 의존관계를 전제조건으로 하고 있다. 당사자는 일반적으로 시설 내 교사·사회 복지 사·감시복무자 등과 의존 관계를 형성하고 있으며 보호관계가 부재한 단순 임명직의 경우는 그 구성요건이 부정된다.⁹⁴⁾

91) NStZ 1997, 337 (337).

92) 독일 연방 형법 제174a조 (1) 교육, 직업교육, 감독 또는 돌봄을 위해 위탁된 피구금자 또는 피 감호자에 대해 그 지위를 남용하여 성적 행동을 하거나 또는 피구금자 또는 피감호자로 하여금 자기에 대해 성행위를 하게 한 자는 3월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다. (2) 치료 또는 도움을 필요로 하는 사람을 위한 시설에 수용된 자 및 감독 또는 돌봄을 위해 위탁된 자에 대해 질병 또는 도움이 필요한 상태를 이용하여 성행위를 하거나 또는 그들로 하여금 자기에 대해 성행위를 하게한 자도 동일하게 처벌된다. (3) 미수는 처벌된다.

93) Laubenthal, FS für Otto 2007, 659 (670).

94) Laubenthal, FS für Gössel 2002, 359 (363).

시설 내 환자 및 도움이 필요한 자에 대한 그 성적 남용은 가해 장소와 밀접한 관련이 있으므로 병원 또는 돌봄 시설에서 성적 남용이 발생할 수 있다.⁹⁵⁾ 가해자와 당사자가 24시간 동안 지속적으로 시설에서 함께 있을 경우 성적 남용과 관련된 의존관계로 볼 수 있으나 일시적 체류 또는 집에서 돌봄은 그 구성요건으로 충분하지 않다.⁹⁶⁾ 하지만 근무시간 외 또는 시설외부에서도 피구금자 관청에 감호된 자 시설 내 환자 및 도움이 필요한 자에 대한 성적 남용이 발생할 수 있음을 고려하고 있다.

(2) 시설 내 환자와 도움이 필요한 자에 대한 성적 남용

독일 형법 제174a조 제2항에 의해 시설 내 환자 및 도움이 필요한 자와 관련해서 가해자는 당사자와 관리감독 또는 돌봄 관계 하에서 신뢰 관계를 형성한 자로 규정한다. 시설의 기술 인력과 행정 인력은 그 구성요건에서 배제된다.⁹⁷⁾ 가해자가 시설과 당사자 사이에서 관계를 형성하고 있을 경우 성적 남용이 외부 치료행위와 유사한 의존관계 상황을 통해서도 발생할 수 있다.⁹⁸⁾

다. 독일 연방 형법(StGB) 제174a조에 의한 행위

독일 형법 제174a조에서 객관적 구성요건은 가해자가 피보호자 앞에서

95) BGH 1, 122 (122); 19, 131 (131).

96) S/S/Eisele, StGB, 8; Matt/Renzikowski, StGB, 21.

97) SK, StGB, 15.

98) LK, StGB, 44.

성행위를 직접 실행하거나 가해자 앞에서 성행위를 하도록 하는 것이다.

동법 동조 제1항은 가해자가 지위를 이용해서 법으로 허용되지 않는 성적 남용을 할 경우에 대해 규정하고 있다.⁹⁹⁾ 동법 동조의 경우 각각의 상황에 따라 예외가 발생할 수 있다. 종속 관계에 놓여 있더라도 상호 동의가 있으면 이를 성적 남용으로 인정하지 않는다.¹⁰⁰⁾ 이와 관련해서 개인적 관계 형성에 의한 시설 의존의 영향이 배제될 수 있을지가 관건이며 연인관계 성립 인정문제와 같은 특별한 상황 하에서는 성적 남용에 대한 근거제시가 논리적으로 명확해야한다.¹⁰¹⁾

독일 형법 제174a조 제2항은 시설 내 환자 및 도움이 필요한 자에 대해 가해자가 이들을 이용하고 이를 통해 이들에 대해 성적 남용을 할 경우를 규정한다. 성적 남용과 관련하여 시설 내 가해자가 당사자를 이용해서 당사자와의 긴밀한 관계 상태를 유지해야 하지만¹⁰²⁾ 이는 피해자의 저항력 감소 상태를 전제로 하지 않는다.¹⁰³⁾ 환자 및 도움이 필요한 자의 이용과 관련해서 가해자가 당사자에게 치료목적의 성적 동기 부여 행위의 필요성을 강조해서 그들을 속일 경우는 가벌성이 긍정된다.¹⁰⁴⁾

동법 제174a조 제2항(치료 또는 도움을 필요로 하는 사람을 위한 시설에 수용된 자 및 감독 또는 돌봄을 위해 위탁된 자에 대해 질병 또는 도움이 필요한 상태를 이용하여 성행위를 하거나 또는 그들로 하여금 자기에 대해 성행위를 하게함으로써 그로 인해 남용하는 경우)에 의해

99) BGH 28, 365, 366 (366).

100) LK, StGB, 29.

101) NStZ 1999, 349 (349).

102) Matt/Renzikowski, StGB, 28.

103) Lackner/Kühl, StGB, 8.

104) NStZ 2004, 630 (631).

피해자가 동의해도 그 동의가 무효일 경우 의존관계를 이용한 가벌성이 인정된다. 그러나 동법 동조 동항은 성적 남용의 구성요건에 가해자에 의한 기회의 이용 및 강제 행위 및 피해자 의지에 반하여 보호 받을 수 없는 상황에서의 가해자의 강제적 영향력 행사를 규정하고 있지 않다. 따라서 가해자가 가해자의 성행위를 위해 피해자에게 이를 통한 장점을 보장하거나 약속할 경우 가해자의 행위는 독일 형법 제174a조 제2항에 의해 피해자를 위한 돌봄 과제 의무를 위반한 성적 남용으로 인정되지 않는다.

4. 관청직위를 이용한 성적 남용¹⁰⁵⁾

피해자가 소송과 관련한 불리함에 대한 두려움 또는 가해자의 이익제공 약속 또는 가해자가 피해자의 불리함을 제거해준다는 이유로 가해자의 성적 남용을 참아야 하는 경우 피해자는 독일 형법 관청 직위를 이용한 성적 남용 규정에 의해 보호 받을 수 있다.

독일 형법 제174b조는 지위를 이용한 가해자의 부당한 요구로부터 피해자를 보호하고 있다.¹⁰⁶⁾ 동시에 동법 동조는 법 집행 가운데 피해자의 의존상황 관계를 이용한 가해자의 성적남용으로부터 피해자의 성적 자기결정을 보호한다.¹⁰⁷⁾

105) 독일 연방 형법 제174b조 (1) 형사소송절차 또는 자유박탈의 개선과 안전 조치 선고절차 또는 관청의 감호절차에 수행하는 공무원으로서 그 절차에 근거한 의존성을 남용하여 그 절차의 대상자에 대해 성행위를 하거나 그들로 하여금 자기에 대해 성행위를 하게 한 자는 3월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다. (2) 미수는 처벌 된다.

106) Matt/Renzikowski, StGB, 1.

107) LK, StGB, 1; Matt/Renzikowski, StGB, 2.

가해자는 공권력 행사의 불가침 영역에 속하는 판사·검사·경찰 등 관련 공무원이 될 수 있으므로 가해자와 피해자 사이의 성적 관계가 있을 경우 규정에 부합하는 법 집행이 이루어 지지 않을 수도 있다. 구체적인 사례가 있을 경우 관청 직위를 이용한 성적 남용에 의한 자유형 또는 벌금 부과에 관한 형평성 문제가 제기 되기도 한다.¹⁰⁸⁾ 또한 피해자에게 압력을 행사하기 위해 가해자가 위장 소송을 제기하는 경향도 있으나 이는 유효하지 않다.¹⁰⁹⁾

5. 상담관계·치료관계 또는 돌봄 관계를 이용한 성적 남용¹¹⁰⁾

가. 보호법익

신뢰관계에 따른 치료 행위를 통해서는 특별한 의존관계가 성립되므로 이를 기반으로 성적남용이 발생할 경우 독일 형법 제174c조가 구체적인 치료관계와 돌봄 관계에서 성적남용을 보호한다. 정신적, 심리적 질병, 중독에 의한 장애 또는 신체적 질병과 장애로 인해 치료 의존관계 내에서 성적 침해 위험에 노출된 자들의 성적 자기결정이 동법 동조에 의해 보호된다. 치료관계와 돌봄 관계를 통한 불가침 영역의 가해자와

108) Sch/Sch, StGB, 1 und 2.

109) SK, StGB, 3.

110) 독일 연방 형법 제174c조 (1) 정신적, 심적 질병 또는 중독을 포함한 장애 또는 신체적 질병 또는 장애 때문에 상담, 치료 또는 돌봄을 위해 위탁받은 자에 대해 상담, 치료 또는 돌봄 관계를 남용하여 성행위를 하거나 또는 그들로 하여금 자기에 대해 성행위를 하도록 한 자는 3월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다. (2) 심리 치료를 위해 위탁된 자에게 치료관계를 남용하여 성행위를 하거나 또는 그들로 하여금 자기에 대해 하도록 한 자도 동일하게 처벌된다. (3) 미수는 처벌된다.

피해자 사이의 신뢰의 경우도 피해자의 심리적 질병 때문에 치료(테라피: Therapie) 의존관계 내에서 피해자가 성적 남용에 대한 위험에 방치될 수 있다.¹¹¹⁾ 외래환자의 치료와 돌봄 관계에서도 이들은 성적 본능에 반하여 저하된 인지능력으로 인해 정신적 의존성이 있다고 볼 수 있으므로 독일 형법 제174c조는 지위 이용을 통한 가해자의 성적 남용으로부터 피해자를 보호하고 있다.

신체적 질병으로 인한 치료관계는 환자의 성적 자기결정에 대한 침해를 용이하게 할 수 있는 의존관계로 발전하지 않을 수 있으나 장애를 가진 환자의 경우는 신체적 그리고 정신적 질병을 동반할 수 있으므로 성적 남용에 대한 가해자의 접근 가능성이 어렵지 않다.¹¹²⁾ 이러한 보호 흠결을 신중히 고려할 경우 치료 관계를 이용한 성적 남용은 독일 형법 제174c조에 의해 반드시 처벌되어야 하는 경우로 제한될 수도 있으나 그렇지 않을 경우 상담관계, 치료관계 또는 돌봄 관계를 이용한 성적 남용에 대한 구성요건이 확대되어 처벌에 어려움이 있을 수 있다.¹¹³⁾

또한 피해자의 명확하고 구체적 동의가 있어도 피해자의 특별한 사정을 가해자가 이용하면 성적 남용이 인정되므로 피해자의 동의가 구성요건에 대한 충족성을 제거하지 않는다.¹¹⁴⁾

111) Sch/Sch, StGB, 1.

112) BT-Drucks. 15/530, 16 (16).

113) Vgl. NStZ-RR 2011, 274 (274).

114) Renzikowski, StV 2012, 663 (663).

나. 구성요건에 대한 분석

(1) 정신적 또는 심리적 질병 또는 장애에 대한 상담관계·치료관계·돌봄관계

독일 형법은 제174c조 제1항에 정신적 또는 심리적 질병 또는 장애로 인한 의존 관계를 규정하고 있다. 여기에서 질병의 개념은 심신장애 또는 지능의 저하 또는 인격 장애를 포함한다. 이 가운데 중독 질병의 경우는 정신적 의존성과 밀접하게 관련되어 있다고 본다.¹¹⁵⁾

(2) 신체적 질병 또는 장애에 대한 상담관계·치료관계·돌봄관계

신체적 질병 또는 장애로 인한 상담관계·치료관계·보호관계의 경우 입법부는 정신적, 신체적 침해와 다수의 장애 사이에 대한 경계부분을 그 구성요건에 포함하고자 노력하였다.¹¹⁶⁾ 그 결과 구성요건은 신체적 질병 또는 신체적 장애를 전제조건으로 하고 있다. 따라서 신체적 건강 관련 모든 영역이 잠재적으로 상담관계, 치료관계 또는 돌봄 관계를 이용한 성적 남용에 대한 구성요건에 해당된다.

이러한 구성요건적 확장은 비판적 시사점을 가진다.¹¹⁷⁾ 사회적 변화로 인해 다양한 의존성의 존재 가능성 때문에 독일 연방 기본법(GG) 제103조 제2항 명확성의 원칙에 따라 독일 형법¹¹⁸⁾은 성적 목적을 위한 임의적 의존관계에 따른 성적 남용을 처벌하지 않는다. 이런 이유에서

115) Sch/Sch, StGB, 4.

116) BT-Drucks. 15/350, 16 (16).

117) Sch/Sch, StGB, 5.

118) §§ 174ff. StGB.

독일 형법 제174조~174c조는 각각의 경우에 따라 성적 남용 구성요건을 다양한 방법으로 규정하고 있다. 그러나 동법 제174조~174c조의 구성요건에서 규정하고 있는 지위를 이용한 성적 남용에 관한 위험상황은 치료 또는 상담의 관계에서 신체적 질병 또는 장애 때문에 인식될 수 없으며¹¹⁹⁾ 치료 또는 상담의 관계에서는 신체적 질병 또는 장애로 인해 인간에 대한 의존관계가 빈번히 나타난다. 이러한 의존관계는 사건에 따라 남용에 대한 해석을 통해 구체화될 수 있으나 사회변화를 통한 다양한 직업군의 발달로 인해 성적 목적을 위해 특별한 의존 관계를 사실상 이용할 경우 처벌 여부에 대한 논리 근거가 명확하지 않을 수 있다.

(3) 심리적 테라피(Therapie)를 통한 치료 관계

독일 형법 제174c조 제2항에 따른 심리적 테라피(Therapie) 치료관계는 심리적 장애 영역에서 질병과 건강 사이의 경계가 명확하지 않아 당사자들 스스로 의존관계를 증명해야 한다.

심리적 테라피(Therapie) 치료는 병원에서의 심리 및 심신장애 질병 관련 치료수단의 모든 형태를 포함한다.¹²⁰⁾ 이러한 치료수단의 모든 형태가 적용이 된다면 이 분야의 종사자들은 그 가운데 인정받고 있는 자들만 심리치료를 진행해야 하므로 이와 관련해서 독일 형법 제174c조의 구성요건 안에 이 분야의 종사자 관련 직업군표시에 대한 제안이 있었으나 직업군표시에 의한 심리 및 심신장애 질병 치료에 대한 경계부분이

119) Sick/Renzikowski, FS f r Schroeder 2006, 603 (610).

120) BGH 54, 169 (172).

모호해서 부결되었다.¹²¹⁾ 따라서 그 구성요건에 대한 흠결이 나타날 수도 있다. 여기에서 중요한 것은 구성요건 내에서 특정 직업군에 대해 세부적으로 규정할 경우 이는 오히려 확실한 처벌과 성범죄 예방에도 도움을 줄 수 있다는 것이다. 또한 민간요법 치료사는 심리 및 심신장애 질병 관련 전문가에 속하므로 해당 분야 종사자들이 인정할 수 없는 질병관련 전문가로 분류되는 것은 타당하지 않다. 그 분야 종사자들 가운데 민간요법 치료사를 통한 성적 남용의 사례도 적지 않았으며 지금까지는 그 가별성이 인정되지 않았으나 그 가별성의 필요성이 제기되고 있다.

독일 형법 제174c조 제1항에 있는 신체적 질병에 대한 치료 또는 심신 질병에 대한 상담이라는 표현의 명확성과 관련해서 심리적 테라피(Therapie) 치료가 어떤 기준으로 구별되는지도 명확하지 않다. 의사·민간요법 치료사·간호사·노인 돌봄 조무사·재활치료사·중독 테라피 치료사와 그 밖의 심리 치료사들은 모두 심신 질병, 중독 또는 신체적 질병 관련 직업 활동을 하고 있다는 점이 고려되어야 하며 경우에 따라 이러한 직업군에 속하는 치료사도 환자들로부터 신뢰를 받아 의존관계를 형성할 수 있다. 하지만 독일 형법 제174c조 제1항은 특정 치료 분야에 관한 어떠한 제한적 규정도 포함하고 있지 않으며 동법 제174c조 제2항은 기본적으로 심리 치료 영역에서 제한적으로 적용되고 있다.¹²²⁾

민간요법 치료사가 심각한 인격 장애가 있는 여성에 대해 치료의

121) BR-Drucks. 656/93.

122) Renzikowski, NSTZ 2010, 694 (696).

목적으로 가슴과 음부 마사지 및 성 교제를 실시한 경우 그는 민간요법 치료사에 속하기 때문에 동법 제174c조에 의해서는 가별성이 인정되지 않는다.¹²³⁾

독일 형법 제174c조 제2항의 심리테라피는 기본적으로 테라피에 속하고 일반적으로 그 분야 직업 전문가의 관점에서 인정받을 수 있는 테라피에 속한다. 그렇다면 이는 하나로 정해진 방법의 테라피가 아닌 전문가의 관점에서 인정받을 수 있는 대안 테라피와 관련성이 있는 것으로 보아야 할 것이다.¹²⁴⁾ 정신적 또는 심리적 침해 때문에 당사자가 테라피 유형의 치료 상황을 선택했을 때 해당 치료가 하나의 대안적 방법으로 외부에서는 회복 치료로 간주하지 않을 경우 동법 제174c조 제2항의 구성요건에 속해 테라피 치료사가 불이익을 당할 수도 있다.¹²⁵⁾ 하지만 사회적 경쟁력 강화 및 갈등해결을 위한 심리 분야 행사는 예외로 한다.

(4) 상담, 치료 또는 돌봄을 위한 위탁 관계

피해자가 가해자와 상담, 치료 또는 돌봄 위탁 관계에 있을 경우 의존 관계에 의한 성적남용 구성요건을 충족시키려면 그들은 사실상 관계를 증명하여야 한다. 계약에 의한 관계는 구성요건으로 충분하지 않다.¹²⁶⁾ 환자의 자발성에 의한 가해자 또는 제3자와의 관계도 그 구성요건에 속하지

123) BGH 54, 169 (173).

124) Matt/Renzikowski, StGB, 21.

125) Duttge/Weber, JZ 2012, 210 (210).

126) NSTZ 2012, 440 (441).

않는다. 상담, 치료 또는 돌봄을 위한 위탁은 조건적 질병 또는 장애 관련 관계가 아니면 성립하지 않는다.¹²⁷⁾ 상담, 치료 또는 돌봄을 위한 위탁 관계는 가해자의 요구에 반항하고 피해자에게 치료관계를 어렵게 하는 의존관계는 아니므로¹²⁸⁾ 당사자들 사이의 상하 관계가 반드시 존재할 필요는 없다. 돌봄 위탁관계의 증명은 일시적 성격의 사실상의 보호관계일 경우이면 충분하다.

당사자는 독일 형법 제174c조 제1항에 의한 침해 또는 동법 동조 제2항에 의한 치료 또는 진단으로 인해 가해자에게 위탁되어야 한다. 동법 동조 제1항에 의한 침해 또는 심리 테라피 치료 목적상의 관계가 이루어질 경우 이러한 정신적 또는 심리적인 침해와 관련된 구체적 상담 또는 치료가 반드시 성공적일 필요는 없다.¹²⁹⁾ 따라서 구성요건상의 당사자들의 관계는 피해자 입장만을 고려해서도 안 될 뿐만 아니라 가해자의 입장만을 옹호해서도 안 된다. 당사자가 상담, 치료 또는 돌봄 가운데 무언가를 선택하고 가해자는 이를 받아들이거나 이와 관련해서 의무가 성립할 경우 이는 상담, 치료 또는 돌봄에 대한 위탁관계로 볼 수 있다.¹³⁰⁾ 당사자가 주관적으로 치료의 필요성과 상담의 필요성을 느낄 경우 질병 또는 장애가 사실상 존재하는 지는 중요하지 않다.¹³¹⁾ 성 행위에 도달하기 전 상담관계, 치료관계 및 돌봄 관계가 종결될 경우 감정적 의존관계가 지속된다 하더라도 사실상 관계의 종료 후 그 구성요건은

127) Vgl. NStZ-RR 2009, 14 (15).

128) NStZ 2012, 440 (440).

129) Sch/Sch, StGB, 5.

130) Matt/Renzikowski, StGB, 22.

131) SK, StGB, 3.

더 이상 충족되지 않는다.¹³²⁾

다. 독일 연방 형법(StGB) 제174c조에 의한 행위

독일 형법 제174c조 제1항과 제2항에 의한 행위는 동법 제174a조 제1항과 동일하다. 신체적 접촉을 동반한 성적 행위는 구성요건에서 고려된다. 동법 제184g조 제1호 성적 행위에 대한 개념규정에 의해 현저함의 경계는 모든 관계에서 일관되게 규율할 수는 없다. 이는 당사자와 가해자의 구체적 침해, 상담관계, 치료관계 및 돌봄 관계 내에서 가해자의 지위 및 개별 경우에 따른 상담관계, 치료관계 및 돌봄 관계의 형태가 고려된다. 현저함은 가해자의 판단이 아니라 명확한 근거 제시에 따른 객관적 기준에 따른다.¹³³⁾

치료 행위는 독일 형법 제174c조 제1항과 제2항의 구성요건에 속한다. 치료 행위는 강요행위를 전제로 하지는 않으며 오히려 이는 피해자의 동의에 의해 발생한다.¹³⁴⁾ 하지만 치료 관계 가운데서 발생하는 성행위는 피해자가 성 행위에 동의했다 할지라도 동법 제174c조에 의해 가벌성은 조각되지 않는다.¹³⁵⁾ 피해자가 동의 하여도 정해진 의존 관계 상황에서는 이러한 동의가 유효하지 않으며 피해자가 자발적일 경우에도 동법 제174c조가 적용되며 사이버 테라피, 사기 및 약속을 통한 가해자의 압력 행사의 경우도 이는 동일하게 적용된다. 특별한 의존상황 및

132) NStZ-RR 2005, 74 (74).

133) Vgl. Wan-Tae Kim, Diss. 2013, S. 100-103.

134) Lackner/Kühl, StGB, 5.

135) NStZ 11, 694 (694).

신뢰상황에 대한 이용의 경우 남용에 대한 구성요건으로 인정된다. 여기에서는 동법 제174c조에 의해 구체적인 의존관계는 전제로 하고 있지 않다. 당사자들의 동의가 있을 경우 독일 형법 제174c조는 직업군의 신뢰를 보호한다.¹³⁶⁾

가해자가 성적 목표를 위해 그의 능력으로 상황을 이용할 경우 또는 성행위의 조건을 피해자로 하여금 의존하게 만들 경우 성적 남용 관계가 성립한다.¹³⁷⁾ 예를 들어 가해자가 성적 접촉을 치료의 부분으로 간주할 경우, 가해자가 피해자의 성행위에 반하는 혐오를 질병에 대한 증상으로 간주하거나 또는 피해자에 대한 동의가 그러한 증상 치유에 반드시 필요한 부분이라고 주장할 경우는 성적남용에 속한다. 그렇다면 테라피 관계 내에서 성적행위도 예외 없이 성적 남용에 속한다.¹³⁸⁾ 상담관계 또는 돌봄 관계 내에서는 개별 사건에 따라 성적남용이 적용된다. 임상 전문가와 환자 사이 대안적 테라피 방안으로 성적관계가 이루어졌을 경우 이와 관련 가해자가 권위적 지위 또는 신뢰적 지위를 이용하지 않았으면 성적 남용을 적용할 수 없다. 하지만 하나의 가능한 동의는 사실에 대한 총체적 존엄성과 관련되어 있기 때문에 성적 남용에 대한 개별적 심사가 이루어 져야한다. 예를 들어 파트너 관계 또는 연인관계가 여기에 해당된다. 이는 신체적 질병 때문에 치료관계에 의한 성적 남용으로 간주될 수 있으나 일반적으로 허위 연인관계 또는 위장 연인관계 때문에 성적 남용에 대한 구성요건을 엄격하게 심사할 필요가 있다.

136) NK, StGB, 10.

137) SSW, StGB, 8.

138) NStZ 2011, 695 (696).

6. 저항 불능자에 대한 성적 남용¹³⁹⁾

가. 보호법익

독일 형법 제179조는 심리적 또는 신체적으로 저항 불능자에 대한 성적 자기결정을 보호법익으로 한다.¹⁴⁰⁾ 이러한 보호는 저항 불능상태인 당사자의 성적 자기결정을 전제로 하지는 않는다. 정신적으로 장애를 가지고 있는 피해자의 동의는 유효하지 않고 이러한 유효하지 않은 동의가 개인 존엄성 보호를 침해해서는 안 되기 때문이다. 독일 연방 기본법(GG) 제3조 제3항에 의한 차별(불리한 대우)금지 규정에 따라 독일 형법 제179조는 장애인의 성적 활동 관련 일반적 이익만을 보호하지 않으므로 동법 동조는 저항 불능자와 특별한 이유인 정신적, 심리적 질병 또는 중독과 관련된 장애 또는 심한 의식 장애의 저항 불능자를 보호한다.

139) 독일 연방 형법 제179조 (1) 이하에 해당하는 자의 저항불능인 상태를 이용하여 타인에 대해 성행위를 하거나 또는 타인으로 하여금 자기에 대해 성행위를 하도록 한 자는 6월 이상 10년 이하의 자유형에 처한다. 1. 정신적, 심리적 질병 또는 중독을 포함한 장애 또는 심각한 의식장애로 저항불능인 자 2. 신체적으로 저항 불능인 자 (2) 저항불능 상태의 이용 하에 제3자에 대해 성행위를 하거나 또는 제3자로 하여금 자신에게 하도록 하는 것을 통해 저항불능상태인 자(제1항)를 남용한 자도 동일하게 처벌된다. (3) 특히 중한 경우에는 1년 이상의 자유형에 처한다. (4) 미수는 처벌된다. (5) 다음에 해당하는 경우는 2년 이상의 자유형에 처한다. 1. 가해자가 피해자와 함께 성교하거나 또는 피해자에 대해 신체 삽입과 관련된 유사 성행위를 하거나 또는 피해자로 하여금 자신에 대해 유사 성행위를 하게 한 경우 2. 다수에 의해 행위가 공동으로 행해지는 경우 3. 가해자가 피해자에 대해 행위를 통해 중한 건강상의 손실위험 또는 신체적 또는 심적 발전에 현저한 손실을 야기한 경우 (6) 제5항의 중하지 아니한 경우에 대해서는 1년 이상 10년 이하의 자유형에 처한다. (7) 제177조 제4항 제2호 및 제178조는 동일하게 적용된다.

140) SK, StGB, 2; Matt/Renzikowski, StGB, 1; LK, StGB, 2.

나. 구성요건에 대한 분석

(1) 적용범위와 경계 관련 기본적 토대

독일 형법 제179조에 의한 적용범위는 당사자의 유효하지 않은 동의에 대한 가해자의 이용측면에서 남용 또는 피해자의 의사결정의 부재와 피해자 의지에 반한 강요 사이에서 결정된다. 이를 위해 동법 제179조 제1항은 신체적, 심리적 조건부 저항 불능자를 구별하고 있다. 피해자가 의사 결정에 결핍이 있을 경우는 당사자의 의지에 영향력을 행사할 수 없기 때문에 강요에 속하지 않고 성적남용으로 규정한다.¹⁴¹⁾

심리적으로 조건부 저항 불능자가 성행위에 동의를 하였어도 동법 제179조 제1항 제1호는 이러한 동의를 무효로 보고 가벌성을 인정한다. 그렇기 때문에 이러한 동의에 대한 이용은 남용으로 이해될 수 있다.

신체적 저항불능인 장애는 성행위에 대한 성적 자기 결정에 영향을 미치지 않으므로 신체적으로 조건부 저항 불능자의 동의는 독일 형법 제177조(성적 강요와 강간)와 동법 제179조에 따라 동의 무효로 적용되지 않는다. 이를 토대로 신체적 저항 불능자 또는 장애가 있는 자가 자기결정에 따라 성적 행위를 허락한 경우 신체적으로 저항 불능자에게 행한 성행위는 가벌성이 인정되지 않는다.

당사자가 폭력의 두려움으로 인해 보호 부재상황에서 저항을 포기할 경우는 독일 형법 제177조 제1항¹⁴²⁾ 제3호에 의해 보호된다. 이와 관련해서

141) BGH 50, 359 (365).

142) 독일 연방 형법 제177조 (1)타인에게 가해자 또는 제3자의 성적 행동을 참도록 하거나 또는 가해자나 제3자에 대해 성행위를 하도록 1. 폭행과 함께 2. 신체 또는 생명에 대한

구체적 상황에서 당사자 보호와 관련된 다른 상황들이 제시되지 않을 경우 이는 심리적 압박 및 당사자 의지에 반하는 보호 부재상황으로 간주되므로 여기에서는 강요가 성립된다.¹⁴³⁾ 동법 제179조의 경우 두려움에 의한 상황은 객관적 보호부재 상황과는 관련성이 없어 당사자의 반대의를 관철할 수도 있다고 본다.¹⁴⁴⁾

당사자가 성행위에 반하고 있었음에도 불구하고 강요 또는 강제에 의해 성행위를 행한 경우는 독일 형법 제177조에 의해 성적 강요, 강간이 적용된다. 이 경우 동법 제179조에 의한 저항불능에 의한 성적 남용은 적용되지 않는다. 이러한 저항불능이 가해자의 강제행위를 통해 실현되었을 경우와 피해자 의지에 반해 성행위를 하기 위해 가해자가 성적 동기로 당사자의 저항불능상태를 단순히 기회로 이용하지 않았을 경우 동법 제179조에 의한 저항불능에 의한 성적 남용은 적용되지 않는다. 신체적 상태로 인해 당사자가 신체적으로 방어할 수 없는 경우는 독일 형법 제177조 제1항 제3호에 의해 성적 강요에 속한다.¹⁴⁵⁾ 이러한 가해자의 성행위는 강요와 참을성 사이에서 기력이 소진될 정도로 존재해야한다.¹⁴⁶⁾ 강요와 참을성 사이에서 기력이 소진될 정도의 표현은 주관적 판단기준에 의해 좌우될 수 있어 해석상의 오류가 발생할 수 있다.

저항 불능자가 제3자에 의해 보호받을 수 있을 경우 또는 도움을 기대할 수 있을 경우 동법 제177조 제1항 제3호는 저항불능과 보호부재의

현재의 위험을 동반한 협박을 통해 3. 피해자가 보호부재로 가해자의 영향에 방치되어 있는 상황을 이용하여 강요한 자는 1년 이상의 자유형에 처한다.

143) Vgl. NStZ 2003, 533 (533).

144) Vgl. LK, StGB, 7.

145) BGH 45, 253 (255).

146) BGH 45, 253 (257).

개념을 동시에 적용하지 않는다.¹⁴⁷⁾

가해자는 피해자와 신체적 접촉을 해야 하므로 피해자의 심신 장애를 알 수 없을 경우 독일 형법 제177조 제1항에 의한 간접정범은 그 구성요건에 포함되지 않는다. 동법 동조 제2항은 제3자에 대한 성행위 관련 가벌성을 확대하고 있다. 신체 또는 생명에 대한 협박 행위와 피해자가 보호부재로 가해자의 영향에 방치되어 있는 상황을 이용하는 행위는 신체적 저항불능의 행위와 관련하여 의미가 동일하지 않다.¹⁴⁸⁾ 저항불능과 보호부재는 명확한 개념에 속하지 않으므로 신체적 저항불능의 행위의 경우 동법 제177조 제1항 제3호가 적용되지 않고 오히려 동법 제179조 제1항 제2호가 적용된다. 따라서 동법 제179조에 의해 신체적 저항불능의 행위가 동법 제177조 제1항에 의해 신체적 저항 불능에 대한 이용 행위로 대체될 경우 개념적 모순이 개선될 것으로 보인다.

(2) 저항불능

연령과 상관없이 모든 사람이 피해자가 될 수 있으며 저항불능이 전제조건이다. 저항불능에 대한 규명은 구성요건에 대한 심사에 의해 결정된다. 법원은 전문가의 감정심사 없이 저항불능에 대해 판단할 수 없다.¹⁴⁹⁾

가해자의 부당한 성적요구에 대항하여 당사자가 의지표명을 한다

147) Vgl. NJW 1999, 369 (369).

148) BGH 50, 359 (363).

149) Matt/Renzikowski, StGB, 25.

하더라도 그가 직면하고 있는 상황에서 대처할 능력이 불가능하다면 저항불능이 성립된다.¹⁵⁰⁾ 인간의 성생활은 공격과 방어 또는 부당한 요구와 저항으로 구성되어 있지 않으므로 이는 그 문제를 축소시킬 수도 있다. 독일 형법 제179조는 성을 보호하는 것이 아니라 피해자의 성적 자기결정을 보호한다. 또한 동법 동조는 피해자의 동의와 성적으로 부당한 요구에 대한 구성요건을 포함하고 있으므로 저항 불능자에 대한 성적 남용의 규정은 동법 동조 제1항 제2호에 의한 강요의 요소와 동법 동조 제1항 제1호에 의한 가해자의 다양한 형태의 잘못된 의지형성의 요소를 동시에 포함하고 있다.

저항능력에 대한 단순한 제한 또는 독일 형법 제174a조 제2항에 의한 도움이 필요한 경우는 저항불능으로 충분하지 않다. 이성적이지 않은 사유로 의식적으로 스스로 성행위를 결정해서 부당한 요구에 따를 경우 그 자체의 행위는 저항불능이라고 간주될 수 없으나 의지형성이 불가능한 경우(의지가 없거나 또는 의식이 없는 상태)는 저항불능이 성립된다. 따라서 당사자의 동의와 관련한 당사자의 의지형성은 규범적 판단에 따른다.¹⁵¹⁾

독일 형법 제179조 제1항 제2호에 의한 신체적 저항불능은 의지형성 부재와 신체적 사유로서 의지 관철의 불가능성을 구별해야 한다. 신체적 저항 불능자는 자신의 동의에 의해 성적 남용이 이루어질 수 없다. 그렇기 때문에 저항불능은 독일 형법 제179조 제1항의 경우에 다양한

150) Sch/Sch, StGB, 3.

151) Fischer, ZStW 112, 87 (87).

구성요건적 내용을 포함하고 있다. 동법 동조 제1항 제2호에 의한 신체적 저항 불능의 경우에서 피해자의 동의는 구성요건을 배제한다.

1) 심리적 조건

독일 형법 제179조 제1항 제1호는 정신적, 심리적 질병 또는 장애, 중독, 또는 심각한 의식 장애를 전제조건으로 한다. 저항 장애와 심리 장애는 다른 의미이므로 동법 제20조에 의한 심리 장애에 대한 증명만으로는 논리근거 제시에 설득력이 없어 저항불능으로 보기에 충분하지 않다.¹⁵²⁾ 존재의 두려움으로 인한 심리적 장애자가 성행위에 동의할 경우는 의사형성이 가능하기 때문에 저항능력이 있는 것으로 간주된다.

중독은 신체적 의존성에서 오는 것이 아니라 심리적 영향력에 좌우되므로 의식부재, 심각한 환각 상태, 쇼크상태는 저항 불능을 충족하는 심각한 의식 장애에 속한다. 또한 무감각증 상태의 경우는 동법 제179조 제1항 제1호와 제2호에 의한 정신적, 심리적 질병 또는 중독과 관련된 장애 또는 심각한 의식장애로 저항불능과 신체적 저항불능에 속한다.¹⁵³⁾ 수면상태는 동법 제177조 제1항 제3호에 의한 피해자가 보호부재 상태로 가해자의 영향에 방치되어 있는 상황을 이용할 수 있는 경우이므로 이는 심각한 의식 장애에 의한 저항불능이 아닌 의식부재에 속한다.¹⁵⁴⁾

152) NStZ 11, 210 (210).

153) Sch/Sch, StGB, 5.

154) Vgl. Hillenkamp, NStZ 1989, 529 (529).

2) 신체적 조건

독일 형법 제179조 제1항 제2호(신체적으로 저항불능인 자)에 의한 신체적 저항 불능은 질병, 장애, 마비 또는 묶여 있는 상태처럼 심리 장애와 관련이 없는 신체적 장애를 의미한다.¹⁵⁵⁾ 이러한 신체적 장애는 동법 제177조 제1항 제1호에 의한 폭력사용을 통한 저항불능에 속하지 않아야 동법 제179조 제1항 제2호에 의한 구성요건이 충족된다. 동시에 제3자를 통한 성적 동기가 부재해야 한다. 피해자는 모든 방어행위와 관련해서 불능 상태를 유지해야 한다.¹⁵⁶⁾ 저항으로 인한 폭력에 대한 두려움 앞에서 피해자가 취할 수 있는 방법과 수단을 포기한 경우 저항 불능에 대한 성적 남용이 아닌 동법 제177조 제1항 제3호(피해자가 보호부재로 가해자의 영향에 방치되어 있는 상황을 이용하여)에 의한 성적 강요와 강간이라고 볼 수 있다. 아동에 대한 성적 남용이 동법 제176조에 특별히 규정되어 있으므로 저항능력이 없는 아동의 경우는 동법 제179조를 통해 보호하지 않는다.¹⁵⁷⁾ 의식 부재와 같은 의지형성의 불가능의 경우는 동법 제179조 제1항 제1호의 구성요건을 충족한다.

다. 독일 연방 형법(StGB) 제179조에 의한 행위

독일 형법 제179조 제1항의 구성요건은 가해자의 성적 목적과 관련하여 피해자의 저항불능에 대한 남용적 이용을 전제조건으로 한다. 가해

155) BGH 30, 145 (145).

156) Geerds, JR 1983, 254 (254).

157) NJW 1986, 1053 (1053).

자가 피해자에게 성행위를 행하거나 피해자로 하여금 자신에게 행하도록 하여야하는데 피해자의 성적 행위가 가해자로 인해 야기됨이 필수적이다. 이러한 행위들은 신체접촉을 전제조건으로 한다.¹⁵⁸⁾

성행위를 실행하기 위해 가해자는 당사자의 저항불능을 의식적으로 이용해야한다. 독일 형법 제179조 제1항 제2호의 경우 당사자가 동의한 경우 또는 동법 동조 동항 제1호의 경우 저항불능 상태 진입 전

동의를 한 경우는 저항불능 상태를 이용했다고 판단하지 않는다. 동법 제179조는 정신적으로 장애를 가진 사람의 성적 절제를 강요하지 않는다.¹⁵⁹⁾ 관계의 지속성은 이러한 성적 관계에 대한 죄의식을 제거하는 경향이 있는데 구체적 관계가 저항 불능자에 대한 이용 또는 타인을 성적 동기 파트너로 간주하여 인간의 존엄성 침해가 있었는지가 여기에서는 관건이다.

저항불능을 이용한 성적 남용의 구성요건은 성적 남용을 요구하고 있으나 이는 이용을 통해 발생하며 저항불능에 대한 가능성을 전제로 하고 있다. 가해자가 질병적, 심리적 장애 또는 심각한 의식장애를 이용한 경우 성적 남용이 성립된다.¹⁶⁰⁾ 가해자가 강요수단인 폭력과 협박을 행사할 경우 가해자는 피해자를 적어도 저항불능으로 간주하지 않는다.¹⁶¹⁾ 피해자의 자발성이 있을 경우 독일 형법 제179조 제1항 제1호에 의한 남용 여부는 상황에 따라 좌우된다. 저항 불능을 이용한 남용으로써의 성적 접촉에 대한 판단기준은 피해자에 행한 가해자의 내면적 태도에

158) NStZ-RR 2009, 14 (14).

159) SK, StGB, 10.

160) Sch/Sch, StGB, 11.

161) NStZ 1981, 23 (23).

있다.¹⁶²⁾ 하지만 실제로 이러한 일반적 논리로는 이를 판단할 수 없다.¹⁶³⁾ 동법 제179조는 진정한 사랑과 성적 탐욕사이의 경계를 규정하고 있지 않다. 성관계 파트너의 선택 또는 성적 활동의 형태에 대한 경계와 관련하여 저항 불능자에 대한 이용의 경우 가해자의 당사자에 대한 사랑은 인정되지 않는다.

저항불능 상태의 당사자에 대한 성적남용은 구성요건에서 명확하게 규정하고 있지는 않다. 피해자의 성적 자기결정 능력과 관련해서 성관계 파트너로 고려될 수 없을 정도로 현실성이 부재할 경우 또는 성적 활동이 자기 결정 부재로 인해서만 가능할 경우 법에 근거한 일반적 가치판단이 허용된다.

신체적 저항 불능에 대한 남용적 이용은 구별하는데 어려움이 있으며 독일 형법 제179조에 의한 저항 불능에 대한 이용가능성은 흔히 동법 제177조 제1항 제3호(피해자가 보호부재 상태로 가해자의 영향에 방치되어 있는 상황을 이용하여)에 의해 보호받을 수 없는 상황을 전제로 한다.¹⁶⁴⁾ 동법 동조 동항 동호는 강요 행위를 요구하지 않는다고 판시하였으므로 신체저항 불능의 피해자가 폭력에 대한 두려움으로 인해 저항을 포기했는지 또는 그러하지 않았는지에 대한 구분이 가능하지 않다.

동법 제177조(성적 강요와 강간) 제1항 제3호에 의한 범죄 행위에 있어서 일반적 이용 및 동법 동조 동항 제2호(신체 또는 생명에 대한

162) Matt/Renzikowski, StGB, 37 (39).

163) LK, StGB, 56.

164) Vgl. BGH 50, 359 (362).

현재의 위험에 대한 협박을 통해)에 의한 이용은 불법성을 가진 피해자가 보호받을 수 없는 상황의 실현이라 볼 수 있다.

동법 제179조(저항 불능자에 대한 성적 남용) 제2항¹⁶⁵⁾은 제3자가 포함된 행위에 적용된다. 이러한 구성요건은 동법 제176조(아동에 대한 성적 남용) 제2항 아동을 교사하여 제3자에게 성행위를 하게 하거나 아동에 대해 제3자의 성행위를 용인 또는 유발하도록 하게 한 경우와 동일한 구조를 가지고 있다. 가해자가 이러한 성행위를 실현하기 위해서는 피해자와 소통이 필요하다. 하지만 동법 제179조 제1항 제1호(정신적, 심리적 질병 또는 중독을 포함한 장애 또는 심각한 의식장애로 저항불능인 자)의 경우는 피해자의 의식부재 상황에 속한다. 또한 의지에 반하는 상황 극복과 관련하여 협박이 있을 경우 저항 불능이 아닌 성적 강요, 강간 또는 강요라 볼 수 있다. 피해자와 성행위를 실행하기 위해 가해자가 제3자를 유발시킬 경우도 동일하다. 하지만 여기에서는 동법 제179조 제1항과 관련된 교사 행위로 볼 수 있다. 제3자가 저항불능을 인지하지 않았으며 가해자에 의해 그가 투입되었을 경우 동법 동조 제2항¹⁶⁶⁾과 관련된 공동정범이 가능하다. 따라서 제3자는 저항 불능자에 대한 가해자가 될 수 있다.

165) 저항불능 상태의 이용 하에 제3자에 대해 성행위를 하거나 또는 제3자로 하여금 자신에게 하도록 하는 것을 통해 저항불능상태인 자(제1항)를 남용한 자도 동일하게 처벌된다.

166) 165번 각주 참조.

IV. 특징 및 시사점

독일은 성범죄와 관련하여 다양한 법을 통해 처벌뿐만 아니라 피해자 보호를 위해 상세히 이를 규정하고 있다. 독일 성범죄 관련 입법례와 그 가운데 특히 지위를 이용한 성적 남용에 대한 구성요건을 분석하여 도출한 특징과 시사점은 아래와 같다.

1. 가해자 처벌

▶ 독일 형법은 성적 자기결정에 반하는 행위를 성범죄로 규정하고 있으므로 동법은 기본법(GG) 제1조 제1항에 의한 인간의 존엄성 보호와 제2조 제2항 제1문과 제2문에 따른 생명 및 신체의 보호, 인간의 자유권 보호와 인권보호협약(Konvention zum Schutz der Menschenrechte) 제5조 제1항 제1문에 의한 자유와 안전성 보호에 기여할 것으로 기대되나 구성요건 내용의 복잡성으로 인해 가벌성 관련 일관성 유지문제에 대한 비판적 시사점이 있다.

▶ 거세법(KastrG)에 따라 거세는 당사자에게 비정상 성욕이 나타나고, 아동에 대한 성적 남용, 저항불능자에 대한 성적 남용, 음부노출 행위, 성욕만족을 위한 모살, 피보호자에 대한 학대, 중상해, 상해치사의 범죄 등이 예상될 때, 이러한 위험에 대처할 수 있고 이를 통해 당사자의 미래 생활태도에 도움이 된다는 의학적 소견이 있을 경우, 비정상적인

성욕을 제거하기 위해 제한적으로 실시되므로 이는 성범죄자에 대한 치료방안과 피해자 보호에 그 의미가 있다. 그러나 이는 인간의 존엄성과 인권 문제와 밀접한 관련이 있어 거세에 대한 조건, 당사자 동의, 거세 외 다른 대안 치료의 필요성, 의사 소견서에 대한 신뢰성, 관할 법원의 허락, 형사법 규정 등의 절차상의 어려움이 존재한다.

▶ 연방중앙등록부법(BZRG)은 성범죄자의 신상기록 정보를 등록하여 성범죄자로부터 시민을 보호하기 위한 법이며 정보가 반드시 필요한 특정기관에는 성범죄자의 신상기록 정보를 제한 없이 제공하므로 동법은 성범죄에 대한 처벌, 개선 및 보호를 위한 방안이지만 성범죄자나 아동 및 청소년 범죄에 대해서만 광범위한 정보를 등록하도록 제한하는 것은 시민의 안전을 충분히 보호하지 못하는 단점이 있다.

2. 피해자 보호

▶ 성적학대 피해자 권리 강화법(StORMG)은 성범죄피해자의 심문 부담의 감소, 미성년 성범죄피해자의 불필요한 심문 제거, 성폭력에 의한 민법상 피해보상 청구 시효의 현저한 확대(3년에서 30년), 미성년자와 형법상의 시효의 경우 피해자가 21세가 된 후부터 시효 시작, 가해자가 교도소 외부에 있거나 형 집행이 완화된 경우 피해자에게 가해자에 대한 최신 정보 제공 등의 규정을 통해 일반적 성범죄 피해자와 미성년 피해자의 권리 확대 강화에 기여할 것으로 예상된다.

▶ 범죄피해자보호법(OEG)은 전체 폭력의 피해자를 대상으로 하고 있어 성폭력 피해자에 대한 보상도 포함하고 있다. 이에 국가가 성폭력 및 전체 폭력범죄피해자를 보호하고 국가의 책임을 강화하는데 그 의의가 있다. 또한 폭력피해로 피해자가 건강상의 손상을 입어 생계가 근본적으로 침해받거나 삶이 심각하게 파괴되어 도움이 필요한 경우 국가가 의료, 심리치료, 연금, 재활, 장례, 사망보험금 관련 보상을 하므로 이는 폭력범죄 피해자의 개선된 권리 및 보호와 손해배상 청구권 강화에 주목할 필요성이 있다.

▶ 일반적 평등대우법(AGG)은 인종, 인종적 출신, 성, 세계관, 종교, 장애, 연령, 성 정체성으로 인한 차별과 불리함을 방지하거나 제거하기 위한 법으로 직장 내 성적 모욕과 괴롭힘을 보다 상세히 규정하고 있다. 동법에 따라 성적인 특정 신체적 접촉, 성적 내용에 대한 발언이나 평가, 음란물을 보여주는 것 등 원하지 않는 성적인 행동이나 요구를 목적으로 원치 않는 태도를 취하여 당사자의 존엄성에 훼손을 가한 경우 또는 특히 피해자의 해당 환경에서 위협, 적대감, 굴욕감, 품위를 실추시키거나 모욕감을 조성한 경우에 대하여 근로자를 직장 내 성적 괴롭힘으로부터 보호하고 있다.

▶ 폭력 보호법(GewSchG)은 정신적, 신체적 폭력, 성폭력 등 가정 내에서 발생할 수 있는 모든 폭력에 대한 보호를 목적으로 가정폭력의 피해자를 가해자로부터 보호하여 일상생활이 가능하도록 지원한다. 따라서 동법은 상해를 가한 가해자로부터 성폭력 피해자 및 전체 가정 폭력 피해자를

보호하고 그들의 실질적 생활 기본권 보장, 인권 보호 및 민법적 보호에 그 의의를 두고 있다.

3. 가해자 처벌과 피해자 보호를 위한 입법논의의 필요성

성범죄는 우리나라에서도 중대한 범죄 가운데 하나이다. 따라서 증명 이 어려운 성범죄를 확실하게 처벌하고 신체적, 정신적 피해가 큰 성범죄 피해자를 보호하기 위해 성범죄 피해자 권리 강화와 미성년 피해자의 권리 확대, 직장 내 성적 모욕과 괴롭힘 방지 및 제거, 가정 성폭력의 피해자 방지 및 지원 등 다양한 맥락을 고려한 법의 제정이 고려되어야 할 것이다.

4. 지위를 이용한 성적 남용

▶ 독일 형법에서 지위를 이용한 성적 남용에 대한 가별성은 가해자와 피해자 사이에서 정해진 의존관계에 대한 남용 유무에 달려 있다. 하지만 동법 제174조에 의한 16세 미만의 아동 및 청소년과 18세 미만의 아동 및 청소년을 위해 교육, 직업교육, 생활 속의 돌봄, 업무 및 고용관계로 인한 의존성 이용을 통한 피보호자에 대한 성적 남용·동법 제174a조에 의한 특별한 업무상 위법 또는 권한 없는 행위로 인한 피구급자, 관청에 감호된 자, 시설 내 환자 및 도움이 필요한 자에 대한 성적 남용·동법 제174b조에 의한 특별한 업무상 위법 또는 권한 없는 행위로

인한 관청직위를 이용한 성적 남용·동법 제174c조에 의한 상담관계, 치료관계 또는 돌봄 관계를 이용한 성적 남용·동법 제179조에 의한 저항불능 자에 대한 성적 남용에 관해 분석한 결과 성적남용은 다양한 형태로 존재하므로 동법에 의한 언어적 표현만으로는 구성요건에 대한 내용 전체를 규정할 수 없음을 보여주고 있다.

▶ 동법 제174조~174c조는 지위를 이용한 성적 남용을 규정하고 있어 생명과 신체 보호, 피해자의 자유권 보호 및 자유와 안전성 보호 등 기본권 보호에 긍정적으로 작용하고 있고, 성적 남용에 대해 객관성에 근거한 피해자의 존엄성을 보호하고 있지만 해당 법에 의한 가해자 형량이 3월 이상 5년 이하의 자유형으로 동일하여 처벌에 문제의 여지가 있다. 또한 독일 형법 제179조는 정신적, 심리적 질병 또는 중독과 관련된 장애 또는 심각한 의식장애 또는 신체적 저항불능자의 상태를 이용한 성적 남용 근절을 위해 필요한 입법례이며 그들의 인권 및 기본권 보호에 개선된 기회를 제공하고 있으나 형량체계¹⁶⁷⁾가 다양하므로 다른 성범죄 구성요건들의 처벌규정과 비교하여 법집행의 형평성에 문제가 제기되고 있다.

5. 마치며

▶ 독일 형법 제174조~174c조의 구성요건에서 규정하고 있는 치료

167) 동법 동조 제1항의 경우 6월 이상 10년 이하의 자유형, 제3항과 제5항의 경우 2년 이상의 자유형, 제6항의 경우 1년 이상 10년 이하의 자유형.

또는 상담의 관계에서 지위를 이용한 성적 남용에 관한 위험상황은 치료 또는 상담의 관계에서는 피해자가 자신의 신체적 질병 또는 장애 때문에 인식할 수 없을 경우도 있다. 또 치료 또는 상담의 관계에서는 신체적 질병 또는 장애로 인해 인간에 대한 의존관계가 빈번히 나타난다. 이러한 의존관계는 남용에 대한 다양한 개별 사례 해석을 통해 구체화될 가능성이 존재할 수 있으나, 동법은 급변하는 사회변화를 통한 치료 또는 상담관련 다양한 직업군의 발달로 특별한 의존 관계를 성적 목적을 위해 사실상 이용할 경우 처벌 여부에 대한 논리 근거가 명확하지 않을 수도 있음을 시사하고 있다.

▶ 치료(Therapie)관계에 놓여 있는 환자 또는 정신적 장애인의 경우 피해자가 성적 자기결정을 하고 동의에 의해 행위가 성립되었을지라도 성적 남용의 구성요건으로 충족되지만 가해자가 지위를 이용해서 겉으로 보기에 위장한 의존적 연인관계를 유지할 경우는 동법 제174c조에 의해 성적 남용의 구성요건에 속하지 않는다. 따라서 성적 남용의 가별성 확대에 있어 당사자 성적 자기결정의 유효성 판단에 문제가 제기된다. 한편 동법 제174c조에 의한 가별성의 인정과 관련해서 치료의 개념이 피해자의 시각에서 접근할 수 없다 할지라도 치료는 객관적으로 인정할 수 있는 방법이 적용되어야 하고 이러한 상황을 교묘하게 이용할 수 있는 가해자의 행위는 근절해야 할 것이다. 또한 성적 남용의 위험이 있는 그 밖의 상담 및 치료관계에도 대비하여 할 것이므로 치료(Therapie)관계를 이용한 성적남용 규정에 사이버 테라피 또는 자극

의료행위 및 유혹 의료행위 관련 내용도 포함되어야 할 것으로 전망된다.

▶ 저항불능과 보호부재는 명확하게 개념 정의가 되어 있지 않아 신체적 저항불능의 행위의 경우 독일 형법 제177조 제1항 제3호(피해자가 보호부재 상태로 가해자의 영향에 방치되어 있는 상황을 이용하여)가 적용되지 않고 오히려 동법 제179조 제1항 제2호(신체적으로 저항불능인 자)가 적용되므로 동법 제179조에 의해 신체적 저항불능의 행위가 동법 제177조 제1항에 의해 신체적 저항 불능에 대한 이용 행위로 대체될 경우 개념적 모순이 개선될 것으로 보인다.

▶ 독일 성범죄 관련 입법례와 지위를 이용한 성적 남용에 대한 구성요건에 관한 분석에 의하면 독일은 성범죄 입법례와 형법에 의한 구성요건에 대한 내용이 다양함에도 불구하고 그 구성요건에 대한 해석상의 어려움이 여전히 존재하고 있음을 보여주고 있다. 그렇다면 지위를 이용한 성적 남용과 관련해서 우리나라 형법은 어떻게 기능할지에 대해 주목할 필요성이 있다. 우리나라의 형법은 제32장 강간과 추행¹⁶⁸⁾에 속하는

168) 제32장 강간과 추행의 죄: 제297조(강간) 폭행 또는 협박으로 사람을 강간한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다. 제297조의2(유사강간) 폭행 또는 협박으로 사람에 대하여 구강, 항문 등 신체(성기는 제외한다)의 내부에 성기를 넣거나 성기, 항문에 손가락 등 신체(성기는 제외한다)의 일부 또는 도구를 넣는 행위를 한 사람은 2년 이상의 유기징역에 처한다. 제298조(강제추행) 폭행 또는 협박으로 사람에 대하여 추행을 한 자는 10년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다. 제299조(준강간, 준강제추행) 사람의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 간음 또는 추행을 한 자는 제297조, 제297조의2 및 제298조의 예에 의한다. 제300조(미수범) 제297조, 제297조의2, 제298조 및 제299조의 미수범은 처벌한다. 제301조(강간 등 상해·치상) 제297조, 제297조의2 및 제298조부터 제300조까지의 죄를 범한 자가 사람을 상해하거나 상해에 이르게 한 때에는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다. 제301조의2(강간등 살인·치사) 제297조, 제297조의2 및 제298조부터 제300조까지의 죄를 범한 자가 사람을 살해한 때에는 사형 또는 무기징역에 처한다. 사망에 이르게 한 때에는 무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다. 제302조(미성년자

제297조부터 305조의 2까지의 추상적 규정을 두고 있으나 구성요건에 대한 내용이 풍부하지 않다. 따라서 성행위 가벌성 판단과 관련해서 사법부에게 부담을 줄 수도 있으므로 가해자를 처벌하고 피해자를 보호하기 위해 성행위의 개념이 무엇인지에 대해 면밀히 규정하는 한편 성적 자기결정에 반하는 성범죄 행위에 대한 처벌의 문제가 없도록 가해자 처벌을 위한 공정한 형량이 고려되어야 할 것이다.

▶ 독일 형법은 성행위에 있어 자신이 직접 행한 성행위와 타인 앞에서 성행위를 구별하고 있다. 타인에게 행한 행위는 타인의 신체에 맞닿음을 요구한다. 옷을 만지는 것도 성행위로 간주될 수 있으며¹⁶⁹⁾ 타인 앞에서 행한 경우 신체적 맞닿음이 없을 수도 있다. 이와 관련해서 타인이 이러한 일을 성행위로 인지하는 경우도 있다. 그렇기 때문에 이러한 행위를 판단하기 위해서는 제3자가 행위가 일어나는 장소로부터 가까운 곳에서 사실관계를 인지하고 진술해야 하며¹⁷⁰⁾ 자신의 관점에서 사건의 과정을 이해해서는 안 된다. 피해자 외 지각하는 제3자 앞에서 가해자의 행위는 처벌의 근거가 될 수 있는 중요한 요소가 될 수도

등에 대한 간음) 미성년자 또는 심신미약자에 대하여 위계 또는 위력으로써 간음 또는 추행을 한 자는 5년 이하의 징역에 처한다. **제303조**(업무상위력 등에 의한 간음) ① 업무, 고용 기타 관계로 인하여 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람에 대하여 위계 또는 위력으로써 간음한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다. ②법률에 의하여 구금된 사람을 감호하는 자가 그 사람을 간음한 때에는 7년 이하의 징역에 처한다. **제304조** 삭제 **제305조**(미성년자에 대한 간음, 추행) 13세 미만의 사람에 대하여 간음 또는 추행을 한 자는 제297조, 제297조의2, 제298조, 제301조 또는 제301조의2의 예에 의한다. **제305조의2**(상습범) 상습으로 제297조, 제297조의2, 제298조부터 제300조까지, 제302조, 제303조 또는 제305조의 죄를 범한 자는 그 죄에 정한 형의 2분의 1까지 가중한다.

169) NStZ 1992, 433 (433).

170) BGH 41, 286.

있다.¹⁷¹⁾ 따라서 성 행위와 관련된 고의는 외부에서 성행위에 대해 인지할 수 있을 정도로 적어도 사실상의 상황이 고려되어야 할 것이며 성행위로 인한 침해 관련 현저함의 수준과 정도에 대한 판단을 제32장 강간과 추행에 속하는 제297조부터 305조의 2까지의 우리나라 형법이 포함해야 함을 시사한다.

171) NStZ 2002, 34 (34).

〈참 고 문 헌〉

I. 독일 연방 법원 판례

- BGH 1; 17; 19; 23; 28; 29; 30; 33; 41; 45; 50; 54; 56;
- NJW 2010, 453 (453); 1999, 369 (369); 1986, 1053 (1053);
- NStZ 2012, 269 (269); 2012, 440 (441); 2011, 695 (696); 2004, 630 (631);
2003, 533 (533); 2002, 47 (47); 2002, 34 (34); 1999, 349 (349);
1997, 337 (337); 1995, 496 (496); 1992, 433 (433); 1989, 21 (21);
1981, 23 (23);
- NStZ-RR 2011, 274 (274); 2009, 14 (15); 2005, 172 (172); 2005, 74 (74);
2001, 201 (201); 1997, 293 (293);
- StV 2009, 29 (29); 1997, 520 (520).

II. 독일연방 하원의회와 정부 자료(BT-Drucks.&BR-Drucks.)

- BT-Drucks. 15/530; 15/350.
- BR-Drucks. 656/93.

III. 독일 로스쿨 법학 정기간행물

- Amelung, Knut: Über Freiheit und Freiwilligkeit auf der Opferseite der Strafnorm, in: GA 1999, S. 182, 185 (200) (zit.: Amelung, GA 1999, S.).
- Dreher, Eduard: Die Neuregelung des Sexualstrafrechts eine geglückte Reform? in: JR 1974, S. 45 (zit.: Dreher, JR 1974, S.).

- Duttge, Gunnar/Hörnle, Tatjana/Renzikowski, Joachim: Das Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung, in: NJW 2004, S. 1065. (zit.: Duttge/Hörnle/Renzikowski, NJW 2004, S.).
- Duttge, Gunnar/Weber, Alexandra K.: Anmerkung zu BGH, in: JZ 2012, S. 210 (210) (zit.: Duttge/Weber, JZ 2012, S.).
- Hillenkamp, Thomas: Anmerkung zu BGH, Beleidigung durch sexuelle Handlung, in: NStZ 1989, S. 529 (529) (zit.: Hillenkamp, NStZ 1989, S.).
- Fischer, Thomas: Sexuelle Selbstbestimmung in schutzloser Lage, in: ZStW 109, (zit.: Fischer, ZStW 109, S.).
- Geerds, F.: Anmerkung zu BGH, in: JR 1983, S. 254. (zit.: Geerds, JR 1983, S.).
- Lenckner, Theodor: Das 33. Strafrechtsänderungsgesetz – das Ende einer langen Geschichte, in: NJW 1997, S. 2801. (zit.: Lenckner, NJW 1997, S.).
- Renzikowski, Joachim: Anmerkung zu BGH, in: StV 2012, S. 663 (663) (zit.: Renzikowski, StV 2012, S.).

IV. 독일 로스쿨 법학 주석서

- Jähne(Hrsg)/Laufhütte/Odersky: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Großkommentar, 11. Aufl. Berlin 2006ff (zit.: LK- Bearbeiter, StGB.).
- Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ullrich(Hrsg.): Nomoskommentar, StGB, Strafgesetzbuch, Bd. 2, §§ 146-358, 3. Aufl., Baden Baden 2010 (zit.: NK, StGB.).
- Lackner, Karl/Kühl, Kristian: Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, Kommentar, StGB, 28. Aufl., München 2011 (zit.: Lackner/Kühl, StGB.).
- Matt, Holger/Renzikowski, Joachim: Strafgesetzbuch, Kommentar, München

2013 (zit.: Matt/Renzikowski, StGB.).

- Rudolphi, Hans-Joachim/Wolter, Jürgen u.a.: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Loseblattsammlung, Bd. 4, § 174 - 241a, München 2015 (zit.: SK, StGB.).
- Satzger, Helmut/Schluckebier, Wilhelm, Widmaier, Gunter: StGB, Strafgesetzbuch, Kommentar, 1. Aufl., 2009 (zit.: SSW, StGB.).
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst (Hrsg.): Strafgesetzbuch, StGB, Kommentar, 28. Aufl., München 2010 (zit.: Sch/Sch, StGB.).

V. 독일 전문분야 저서

- Bottke, Wilfried: Zum Rechtsgut der §§ 174ff. StGB, in: FS für Otto, Harro 2007 (zit.: Bottke, FS für Otto 2007, S.).
- Hörnle, Tatjana, Sexueller Missbrauch von Kindern: Reges Interesse in der Politik und den Sozialwissenschaften; unzureichende Schutzzweckdiskussion in der Strafrechtswissenschaft, in: Müller, Henning Ernst/Sander, Günther M./Válková, Helena (Hrsg.), FS für Ulrich Eisenberg, München (zit.: Hörnle, FS für Eisenberg 2009, S.).
- Laubenthal, Klaus: Schutz des Strafvollzugs durch das Strafrecht, in: FS für Otto, Harro 2007 (zit.: Laubenthal, FS für Otto 2007, S.).
- ders.: Der strafrechtlich Schutz Gefangener und Verwahrter vor sexuellen Übergriffen, in: FS für Gössel 2002 (zit.: Laubenthal, FS für Gössel 2002, S.).
- Sick, Brigitte/Renzikowski, Joachim: Der Schutz der sexuellen Selbstbestimmung, in: Schroeder FS 2006 (zit.: Sick/Renzikowski, FS für Schroeder, Friedlich-Christian 2006, S.).

- Wan-Tae Kim: Graffiti - eine Herausforderung für das Strafrecht Zugleich eine kritische Würdigung des Tatbestands der Sachbeschädigung, Frankfurt am Main 2013, (Wan-Tae Kim, Diss. 2013, S.).

【부록 1】 독일 연방 형법

원 문	번 역 문
<p>§ 174 Sexueller Mißbrauch von Schutzbefohlenen</p> <p>(1) Wer sexuelle Handlungen</p> <p>1. an einer Person unter sechzehn Jahren, die ihm zur Erziehung, zur Ausbildung oder zur Betreuung in der Lebensführung anvertraut ist,</p> <p>2. an einer Person unter achtzehn Jahren, die ihm zur Erziehung, zur Ausbildung oder zur Betreuung in der Lebensführung anvertraut oder im Rahmen eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses untergeordnet ist, unter Mißbrauch einer mit dem Erziehungs-, Ausbildungs-, Betreuungs-, Dienst- oder Arbeitsverhältnis verbundenen Abhängigkeit oder</p> <p>3. an einer Person unter achtzehn Jahren, die sein leiblicher oder rechtlicher Abkömmling ist oder der seines Ehegatten, seines Lebenspartners oder</p>	<p>독일 연방 형법 제174조</p> <p>(1) 1. 교육, 직업교육, 생활지도상 돌봄을 위해 위탁된 16세 미만의 사람</p> <p>2. 교육, 직업교육 또는 생활지도상 돌봄 을 위해 위탁된 또는 고용관계 또는 근로관계의 종속구조 하에서, 교육, 직 업교육, 돌봄관계, 고용관계 또는 근로 관계와 의존성의 남용과 결부된 18세 미만의 사람</p> <p>3. 18세 미만의 친자, 양자 또는 결혼, 삶을 위한 동반자의 자 또는 결혼과 유사한 또는 삶을 위한 동반 공동체에 살고 있는 사람에 대해 성적 행동을</p>

원 문	번 역 문
<p>einer Person, mit der er in eheähnlicher oder lebenspartnerschaftsähnlicher Gemeinschaft lebt, vornimmt oder an sich von dem Schutzbefohlenen vornehmen läßt, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.</p> <p>(2) Mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren wird eine Person bestraft, der in einer dazu bestimmten Einrichtung die Erziehung, Ausbildung oder Betreuung in der Lebensführung von Personen unter achtzehn Jahren anvertraut ist, und die sexuelle Handlungen</p> <p>1. an einer Person unter sechzehn Jahren, die zu dieser Einrichtung in einem Rechtsverhältnis steht, das ihrer Erziehung, Ausbildung oder Betreuung in der Lebensführung dient, vornimmt oder an sich von ihr vornehmen läßt oder</p> <p>2. unter Ausnutzung ihrer Stellung an</p>	<p>하거나 또는 피보호자들로 하여금 자기에 대하여 성적 행동을 하도록 시키는 자는 3월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다.</p> <p>(2) 교육, 직업교육, 생활지도상 돌봄을 위해 위탁된 18세 미만의 사람에 대해 이하와 같이 행한 자는 3월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다.</p> <p>1. 교육, 직업교육 또는 생활지도상 돌봄을 위해 법적관계에 놓여 있는 시설에 위탁된 16세 미만의 사람에 대해 성적 행동을 하거나 또는 그들로 하여금 자기에 대하여 성적 행동을 하도록 시키는 자</p> <p>2. 교육, 직업교육 또는 생활지도상 돌봄</p>

원 문	번 역 문
einer Person unter achtzehn Jahren, die zu dieser Einrichtung in einem Rechtsverhältnis steht, das ihrer Erziehung, Ausbildung oder Betreuung in der Lebensführung dient, vornimmt oder an sich von ihr vornehmen lässt.	을 위해 법적관계에 놓여 있는 시설에 위탁된 18세 미만의 사람에 대해 그들의 지위를 이용해서 성적 행동을 하거나 또는 그들로 하여금 자기에 대하여 성적 행동을 하도록 시키는 자
(3) Wer unter den Voraussetzungen des Absatzes 1 oder 2	(3) 제1항과 제2항의 조건하에서 자기 또는 피보호자를 성적으로 흥분시키기 위해 이하의 행위를 행한 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금에 처한다.
1. sexuelle Handlungen vor dem Schutzbefohlenen vornimmt oder	1. 피보호자 앞에서 성행위를 하는 행위
2. den Schutzbefohlenen dazu bestimmt, daß er sexuelle Handlungen vor ihm vornimmt, um sich oder den Schutzbefohlenen hierdurch sexuell zu erregen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.	2. 피보호자로 하여금 자신 앞에서 성행위를 하게 하는 행위
(4) Der Versuch ist strafbar.	(4) 미수는 처벌된다.
(5) In den Fällen des Absatzes 1 Nummer	(5) 제1항 제1호의 경우와 제2항 제1호의

원 문	번 역 문
<p>1, des Absatzes 2 Nummer 1 oder des Absatzes 3 in Verbindung mit Absatz 1 Nummer 1 oder mit Absatz 2 Nummer 1 kann das Gericht von einer Bestrafung nach dieser Vorschrift absehen, wenn das Unrecht der Tat gering ist.</p> <p>§ 174a Sexueller Mißbrauch von Gefangenen, behördlich Verwahrten oder Kranken und Hilfsbedürftigen in Einrichtungen</p> <p>(1) Wer sexuelle Handlungen an einer gefangenen oder auf behördliche Anordnung verwahrten Person, die ihm zur Erziehung, Ausbildung, Beaufsichtigung oder Betreuung anvertraut ist, unter Mißbrauch seiner Stellung vornimmt oder an sich von der gefangenen oder verwahrten Person vornehmen läßt, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.</p>	<p>경우 또는 제1항 제1호의 경우와 제2항 제1호의 경우와 관련된 제3항의 경우 불법성이 경미하다면 법원은 이러한 규정에 따라 형을 면제할 수 있다.</p> <p>독일 연방 형법 제174a조</p> <p>(1) 교육, 직업교육, 감독 또는 돌봄을 위해 위탁된 피구금자 또는 피 감호자에 대해 그 지위를 남용하여 성적 행동을 하거나 또는 피구금자 또는 피감호자로 하여금 자기에 대해 성행위를 하게 한 자는 3월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다.</p>

원 문	번 역 문
<p>(2) Ebenso wird bestraft, wer eine Person, die in einer Einrichtung für kranke oder hilfsbedürftige Menschen aufgenommen und ihm zur Beaufsichtigung oder Betreuung anvertraut ist, dadurch mißbraucht, daß er unter Ausnutzung der Krankheit oder Hilfsbedürftigkeit dieser Person sexuelle Handlungen an ihr vornimmt oder an sich von ihr vornehmen läßt.</p> <p>(3) Der Versuch ist strafbar.</p>	<p>(2) 치료 또는 도움을 필요로 하는 사람을 위한 시설에 수용된 자 및 감독 또는 돌봄을 위해 위탁된 자에 대해 질병 또는 도움이 필요한 상태를 이용하여 성행위를 하거나 또는 그들로 하여금 자기에 대해 성행위를 하게한 자도 동일하게 처벌된다.</p> <p>(3) 미수는 처벌된다.</p>
<p>§ 174b Sexueller Mißbrauch unter Ausnutzung einer Amtsstellung</p> <p>(1) Wer als Amtsträger, der zur Mitwirkung an einem Strafverfahren oder an einem Verfahren zur Anordnung einer freiheitsentziehenden Maßregel der Besserung und Sicherung oder einer behördlichen Verwahrung berufen ist, unter Mißbrauch der</p>	<p>독일 연방 형법 제174b조</p> <p>(1) 형사소송절차 또는 자유박탈의 개선 과 안전 조치 선고절차 또는 관청의 감호절차에 수행하는 공무원으로서 그 절차에 근거한 의존성을 남용하여 그 절차의 대상자에 대해 성행위를 하거나 그들로 하여금 자기에 대해 성행위를 하게 한 자는 3월 이상 5년</p>

원 문	번 역 문
<p>durch das Verfahren begründeten Abhängigkeit sexuelle Handlungen an demjenigen, gegen den sich das Verfahren richtet, vornimmt oder an sich von dem anderen vornehmen läßt, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.</p> <p>(2) Der Versuch ist strafbar.</p> <p>§ 174c Sexueller Mißbrauch unter Ausnutzung eines Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses</p> <p>(1) Wer sexuelle Handlungen an einer Person, die ihm wegen einer geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung einschließlich einer Suchtkrankheit oder wegen einer körperlichen Krankheit oder Behinderung zur Beratung, Behandlung oder Betreuung anvertraut ist, unter Mißbrauch des</p>	<p>이하의 자유형에 처한다.</p> <p>(2) 미수는 처벌 된다.</p> <p>독일 연방 형법 제174c조</p> <p>(1) 정신적, 심적 질병 또는 중독을 포함한 장애 또는 신체적 질병 또는 장애 때문에 상담, 치료 또는 돌봄을 위해 위탁받은 자에 대해 상담, 치료 또는 돌봄 관계를 남용하여 성행위를 하거나 또는 그들로 하여금 자기에 대해 성행위를 하도록 한 자는 3월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다.</p>

원 문	번 역 문
<p>Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses vornimmt oder an sich von ihr vornehmen läßt, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.</p> <p>(2) Ebenso wird bestraft, wer sexuelle Handlungen an einer Person, die ihm zur psychotherapeutischen Behandlung anvertraut ist, unter Mißbrauch des Behandlungsverhältnisses vornimmt oder an sich von ihr vornehmen läßt.</p> <p>(3) Der Versuch ist strafbar.</p>	<p>(2) 심리치료를 위해 위탁된 자에게 치료 관계를 남용하여 성행위를 하거나 또는 그들로 하여금 자기에 대해 하도록 한 자도 동일하게 처벌된다.</p> <p>(3) 미수는 처벌된다.</p>
<p>§ 179 Sexueller Mißbrauch widerstandsunfähiger Personen</p> <p>(1) Wer eine andere Person, die</p> <p>1. wegen einer geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung einschließlich einer Suchtkrankheit oder wegen einer tiefgreifenden Bewußtseinsstörung oder</p>	<p>독일 연방 형법 제179조</p> <p>(1) 이하에 해당하는 자의 저항불능인 상태를 이용하여 타인에 대해 성행위를 하거나 또는 타인으로 하여금 자기에 대해 성행위를 하도록 한 자는 6월 이상 10년 이하의 자유형에 처한다.</p> <p>1. 정신적, 심리적 질병 또는 중독을 포함</p>

원 문	번 역 문
<p>2. körperlich zum Widerstand unfähig ist, dadurch mißbraucht, daß er unter Ausnutzung der Widerstandsunfähigkeit sexuelle Handlungen an ihr vornimmt oder an sich von ihr vornehmen läßt, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren bestraft.</p> <p>(2) Ebenso wird bestraft, wer eine widerstandsunfähige Person (Absatz 1) dadurch mißbraucht, daß er sie unter Ausnutzung der Widerstandsunfähigkeit dazu bestimmt, sexuelle Handlungen an einem Dritten vorzunehmen oder von einem Dritten an sich vornehmen zu lassen.</p> <p>(3) In besonders schweren Fällen ist auf Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr zu erkennen.</p> <p>(4) Der Versuch ist strafbar.</p>	<p>한 장애 또는 심각한 의식장애로 저항 불능인 자</p> <p>2. 신체적으로 저항 불능인 자</p> <p>(2) 저항불능 상태의 이용 하에 제3자에 대해 성행위를 하거나 또는 제3자로 하여금 자신에게 하도록 하는 것을 통해 저항불능상태인 자(제1항)를 남용한 자도 동일하게 처벌된다.</p> <p>(3) 특히 중한 경우에는 1년 이상의 자유 형에 처한다.</p> <p>(4) 미수는 처벌된다.</p>

원 문	번 역 문
<p>(5) Auf Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren ist zu erkennen, wenn</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. der Täter mit dem Opfer den Beischlaf vollzieht oder ähnliche sexuelle Handlungen an ihm vornimmt oder an sich von ihm vornehmen läßt, die mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind, 2. die Tat von mehreren gemeinschaftlich begangen wird oder 3. der Täter das Opfer durch die Tat in die Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung oder einer erheblichen Schädigung der körperlichen oder seelischen Entwicklung bringt. 	<p>(5) 다음에 해당하는 경우는 2년 이상의 자유형에 처한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 가해자가 피해자와 함께 성교하거나 또는 피해자에 대해 신체 삽입과 관련된 유사 성행위를 하거나 또는 피해자로 하여금 자신에 대해 유사 성행위를 하게 한 경우 2. 다수에 의해 행위가 공동으로 행해지는 경우 3. 가해자가 피해자에 대해 행위를 통해 중한 건강상의 손실위험 또는 신체적 또는 심적 발전에 현저한 손실을 야기한 경우
<p>(6) In minder schweren Fällen des Absatzes 5 ist auf Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren zu erkennen.</p>	<p>(6) 제5항의 중하지 아니한 경우에 대해서는 1년 이상 10년 이하의 자유형에 처한다.</p>
<p>(7) § 177 Abs. 4 Nr. 2 und § 178 gelten entsprechend.</p>	<p>(7) 제177조 제4항 제2호 및 제178조는 동일하게 적용된다.</p>

【부록 2】 우리나라 형법

제32장 강간과 추행의 죄

제297조(강간) 폭행 또는 협박으로 사람을 강간한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.

제297조의2(유사강간) 폭행 또는 협박으로 사람에 대하여 구강, 항문 등 신체(성기는 제외한다)의 내부에 성기를 넣거나 성기, 항문에 손가락 등 신체(성기는 제외한다)의 일부 또는 도구를 넣는 행위를 한 사람은 2년 이상의 유기징역에 처한다.

제298조(강제추행) 폭행 또는 협박으로 사람에 대하여 추행을 한 자는 10년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다.

제299조(준강간, 준강제추행) 사람의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 간음 또는 추행을 한 자는 제297조, 제297조의2 및 제298조의 예에 의한다.

제300조(미수범) 제297조, 제297조의2, 제298조 및 제299조의 미수범은 처벌한다.

제301조(강간 등 상해·치상) 제297조, 제297조의2 및 제298조부터 제300조까지의 죄를 범한 자가 사람을 상해하거나 상해에 이르게 한 때에는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.

제301조의2(강간등 살인·치사) 제297조, 제297조의2 및 제298조부터 제300조까지의 죄를 범한 자가 사람을 살해한 때에는 사형 또는 무기징역에 처한다. 사망에 이르게 한 때에는 무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다.

제302조(미성년자 등에 대한 간음) 미성년자 또는 심신미약자에 대하여 위계 또는 위력으로써 간음 또는 추행을 한 자는 5년 이하의 징역에 처한다.

제303조(업무상위력 등에 의한 간음) ① 업무, 고용 기타 관계로 인하여 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람에 대하여 위계 또는 위력으로써 간음한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다. ② 법률에 의하여 구금된 사람을 감호하는 자가 그 사람을 간음한 때에는 7년 이하의 징역에 처한다.

제304조 삭제

제305조(미성년자에 대한 간음, 추행) 13세 미만의 사람에 대하여 간음 또는 추행을 한 자는 제297조, 제297조의2, 제298조, 제301조 또는 제301조의2의 예에 의한다.

제305조의2(상습범) 상습으로 제297조, 제297조의2, 제298조부터 제300조까지, 제302조, 제303조 또는 제305조의 죄를 범한 자는 그 죄에 정한 형의 2분의 1까지 가중한다.

「입법현안 법률정보」 발간목록

【2012】

- 1 대규모점포로부터 골목상권 보호 (2012. 7)
- 2 주요국 아동에 대한 성적 학대 방지 입법례 (2012. 8)
- 3 독도와 국제사법재판소 관련 국제규범 (2012. 8)
- 4 농업재해보험 관련 외국입법례 (2012. 9)
- 5 민생치안 관련 외국입법례 (2012. 10)
- 6 유해화학물질 관리에 대한 외국입법례 (2012. 10)
- 7 투자자와 국가 간의 분쟁해결(ISD)에서 공정하고 공평한 대우의 적용 (2012. 11)

【2013】

- 8 원자력발전 안전 감시체계와 개선 과제 (2013. 1)
- 9 4대 중증질환의 비급여대상에 관한 외국의 사례 (2013. 4)
- 10 북한의 개성공단 폐쇄에 관련된 법제와 외국 분단 국가의 사례 (2013. 5)
- 11 기초연금의 수급대상 : 호주와 캐나다의 사례 (2013. 6)
- 12 미국의 징벌적 손해배상에 관한 입법례 : 징벌적 손해배상 vs 배액배상 (2013. 6)
- 13 공공갈등의 해결에 관한 외국의 입법례 (2013. 8)
- 14 기업 경영진의 고액연봉제한을 위한 스위스 헌법 개정 (2013. 9)
- 15 일본의 줄기세포 재생의료 실용화 지원 법률 (2013. 10)
- 16 국회선진화법 중 안전 신속처리에 관한 외국의 입법례와 시사점 (2013. 11)
- 17 전자적 개인정보 파기 위탁에 관한 외국의 입법례 (2013. 12)

【2014】

- 18 공직자 뇌물수수 처벌의 직무관련성 및 대가성에 관한 외국 입법례 (2014. 2)
- 19 민간기업의 개인정보 유출 책임에 관한 외국의 입법례와 시사점 (2014. 2)
- 20 일본의 국가비밀 유출방지를 위한 「특정비밀보호법」 (2014. 3)
- 21 주택임대소득 과세에 관한 외국의 입법례와 시사점 (2014. 4)
- 22 개인식별번호(주민등록번호)에 관한 외국 입법례 (2014. 4)
- 23 카페리어객선 안전에 관한 국제적 기준과 개선과제 (2014. 5)

「입법현안 법률정보」 발간목록

- 24 고아저작물(Orphan Works)에 관한 각국의 입법례 (2014. 5)
- 25 해양경찰조직에 관한 외국의 입법례와 시사점 (2014. 7)
- 26 금융투자업 진입규제 완화에 관한 외국의 입법례와 시사점 (2014. 8)
- 27 이혼 시 퇴직연금의 재산분할에 관한 영·미 입법례 및 시사점 (2014. 8)
- 28 주민소환의 대상 및 절차에 관한 외국 입법례 (2014. 9)
- 29 인터넷 피싱사기 방지를 위한 미국의 연방법제 (2014. 9)
- 30 국회의원 불체포특권에 관한 독일 연방의회의 의사규칙과 시사점 (2014. 11)
- 31 국회의원선거구획정위원회에 관한 외국의 입법례와 시사점 (2014. 12)
- 32 영상정보처리기기에 의한 공공장소 감시 관련 독일 입법례 (2014. 12)
- 33 그라피티(Graffiti)와 사물(실존체) 손상에 관한 독일 입법례 (2014. 12)

【2015】

- 34 비정규직(기간제근로자) 차별 개선에 관한 외국의 입법례와 시사점 (2015. 1)
- 35 일본 국선번호제도의 현황과 과제 (2015. 2)
- 36 직장 내 괴롭힘에 관한 외국의 입법례와 시사점 (2015. 2)
- 37 감염병 대유행(에볼라) 및 생물테러감염병 대비 관련 미국의 입법례와 시사점 (2015. 3)
- 38 독일의 근로시간계좌제 관련 입법례 (2015. 3)
- 39 단말기유통법 개정에 관한 외국의 입법례와 시사점 (2015. 4)
- 40 모성보호 관련 독일 입법례 (2015. 5)
- 41 ‘혐오표현(Hate Speech)’의 규제에 관한 외국 입법례 (2015. 5)
- 42 공직 후보자의 사전 검증에 관한 미국의 입법례와 시사점 (2015. 6)
- 43 감염병 관리 개선방안 및 미국 캘리포니아주 입법례 (2015. 8)
- 44 유전자변형농수산물(GMO) 표시제도 관련 독일 입법례 (2015. 9)
- 45 경영권 방어 중 차등의결권에 관한 외국의 입법례와 시사점 (2015. 9)
- 46 보험 사기에 관한 외국의 입법례와 시사점 (2015. 11)

입법현안 법률정보 제47호


발 행 인 이은철 국회도서관장
편 집 인 김광진 법률정보실장
집 필 자 김완태 법률자료조사관
발 행 처 국회도서관 외국법률정보과
(07233) 서울특별시 영등포구 의사당대로 1
발 행 일 2015년 11월 23일
인 쇄 동서문화사 (02-2266-8179)
발간등록번호 : 31-9720109-001325-14

〈비매품〉

국회도서관 2015



이 저작물은 크리에이티브 커먼즈 저작자표시-비영리-변경금지
2.0 대한민국 저작권에 따라 이용하실 수 있습니다.



지식과 정보가
나비처럼 자유로운 세상

발 간 등 록 번 호
31-9720109-001325-14



대한민국국회도서관



국회도서관
NATIONAL ASSEMBLY LIBRARY

국회법률도서관 <http://law.nanet.go.kr>