

독일 연방 형법상의 상담·치료 또는 돌봄 관계 지위를 이용한 성적 남용

김완태 | 법학박사, 한국외국어대학교 초빙교수(한독 법률&교육연구원 원장)

I 들어가며

독일 연방 형법(StGB)은 성적 자기결정에 반하는 범죄행위의 발생 전에 이를 예방하기 위한 공동사회의 사회적 규범을 보호할 의무를 수행하고 있다.¹⁾ 동법에서의 성적 자기결정은 인간의 존엄성과 인격권 영역과 관련 있는 일반성의 일부분에 속하므로 성적 자기결정권에 대한 침해는 사회적으로 지속적 피해 결과를 야기 시킬 수 있다. 따라서 성적 자기결정에 반하는 범죄행위에 대한 동법의 구성요건들은 상이한 목적으로 가해자를 처벌하고 있다.²⁾ 독일 연방 형법 제13장의 성적 자기결정에 반하는 구성요건들은 강제행위³⁾와 남용행위⁴⁾ 사이에서 구별된다. 그 밖에도 경계부분 영역에서의 구성요건인 성적 강제상황을 교묘하게 이용하는 행위가 있다.⁵⁾

지위를 이용한 성적 남용의 경우는 성적 자기결정에 반하는 범죄행위 가운데 특별히 사회적으로 문제가 되고 있다. 그러므로 성적 남용의 구성요건들은 개인보호 구성요건으로만 제한될 수 없다.⁶⁾ 성적 남용의 개념은 기본적으로 성적 자기결정에 대한 권한으로부터 각각의 경우에 따라 허용될 수 없는 남용으로 이해된다. 가해자는 잘못된 사용을 통해 신체적, 정신적 또는 사회적 우월성 또는 행위 실행을 위한 성적 접근 가능성을 남용한다. 이는 성적 접근을 위해 신체적, 정신적 또는 사회적 우월성을 사용으로 이해될 수 있는데 이러한 가해자들은 개인의 잘못된 사용으로 특별한 지위를 이용해서 법적 조치를 교묘하게 회피하기도 한다. 이러한 관점에서 의존관계 또는 제한적 보호 상황에 대한 남용⁷⁾과 성적 실행을 위한 강요된 강제⁸⁾ 사이의 경계부분에 대한 구분에는 의문이 있다. 그와 동시에

1 BGH 23, 40 (43).

2 Sick, ZStW 103, 49 (49); Bottke, Otto FS 2007, 535 (541).

3 §§ 177, 178; 240 Abs. 4 Nr. 1 StGB.

4 §§ 174 Abs. 1 Nr. 3; 176; 176a Abs. 1 und 2; 180 Abs. 1 und 2 StGB.

5 §§ 174 Abs. 1 Nr. 2; 174a; 174b; 174c; 177 Abs. 1; 182 StGB.

6 §§ 174a-174c StGB.

7 §§ 174 Abs. 1 Nr. 2, 174a-174c, 180 Abs. 3, 182 Abs. 1 und 2 StGB.

8 §§ 177 Abs. 1, 240 Abs. 1 und 4 Nr. 1 StGB.

자유 제한적 상황 또는 규정의 경계로 인해 어떠한 범위 내에서 제한이 이루어 질 경우 성행위와 관련해서 그 가벌성에 대한 구성요건에 대한 문제가 없는 지에도 문제가 제기 된다.⁹⁾

본고에서는 우선 성범죄 관련 독일 연방 형법 제174c조 규정에 대한 보호법익을 알아보고 동법에 규정된 상담·치료 또는 돌봄 관계 지위를 이용한 성적 남용에 대해 살펴보고자 한다. 독일 연방 형법을 토대로 성적 자기결정에 반하는 범죄행위 가운데 피보호자에 대한 상담·치료 또는 돌봄 관계 지위를 이용한 성적 남용에 대한 독일 연방 형법의 구성요건들이 어떻게 규정되어 있는지, 그 구성요건들은 어떤 문제를 가지고 있는지에 대해 면밀히 검토하고자 한다. 마지막으로 이러한 분석을 통해 독일 연방 형법 제174c조에 나타난 성행위의 개념이 무엇인지에 대해 살펴보고 독일 연방 형법상의 상담·치료 또는 돌봄 관계 지위를 이용한 성적 남용에 대한 독일 연방 형법에서 도출할 수 있는 시사점이 무엇인지에 대해 알아보고자 한다.

II 독일 연방 형법 제174c조에 대한 주요 내용

1. 독일 연방 형법 제174c조

- (1) 정신적, 심리적 질병 또는 중독을 포함한 장애 또는 신체적 질병 또는 장애 때문에 상담·치료 또는 돌봄을 위해 위탁받은 자에 대해 상담·치료 또는 돌봄 관계를 이용하여 성행위를 하거나 또는 그들로 하여금 자기에 대해 성행위를 하도록 한 자는 3월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다.
- (2) 심리치료를 위해 위탁된 자에게 치료관계를 이용하여 성행위를 하거나 또는 그들로 하여금 자기에 대해 하도록 한 자도 전항과 동일하게 처벌된다.
- (3) 미수범은 처벌된다.

신뢰관계에 따른 치료행위를 통해서 특별한 의존관계가 성립되므로 이를 기반으로 성적 남용이 발생할 경우 독일 연방 형법 제174c조가 구체적 치료와 돌봄 관계에서 성적 남용을 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. 치료와 돌봄 관계를 통한 불가침 영역의 가해자와 피해자 사이의 신뢰의 경우도 피해자의 심리적 질병 때문에 테라피(Therapie) 의존관계 내에서 피해자가 성적 남용에 대한 위험에 방치될 수 있다.¹⁰⁾ 외래환자의 치료와 돌봄 관계에서도 이들은 성적 본능에 반하여 저하된 인지능력으로 인해 정신적 의존성이 있다고 볼 수 있으므로 독일 연방 형법 제174c조는 지위 이용을 통한 가해자의 성적 남용으로부터 피해자를 보호하고 있다.

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

10 S/S/Eisele, StGB, 1.

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.¹¹⁾ 이러한 보호 흡결을 신중히 고려할 경우 치료관계를 이용한 성적 남용은 독일 연방 형법 제174c조에 의해 반드시 처벌되어야 하는 경우로 제한될 수도 있으나 그렇지 않을 경우 상담·치료 또는 돌봄 관계를 이용한 성적 남용에 대한 구성요건이 확대되어 처벌에 어려움이 있을 수 있다.¹²⁾

또한 피해자의 명확하고 구체적 동의가 있어도 피해자의 특별한 사정을 가해자가 이용하면 성적 남용이 인정되므로 피해자의 동의가 구성요건에 대한 충족성을 제거하지 않는다.¹³⁾

2. 구성요건에 대한 분석

(1) 정신적 또는 심리적 질병 또는 장애에 대한 상담·치료·돌봄 관계

독일 연방 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 있다.¹⁴⁾

(2) 신체적 질병 또는 장애에 대한 상담·치료·돌봄 관계

신체적 질병 또는 장애로 인한 상담·치료·보호관계의 경우 입법부는 정신적, 신체적 침해와 다수의 장애 사이에 대한 경계부분을 그 구성요건에 포함하고자 노력하였다.¹⁵⁾ 그 결과 구성요건은 신체적 질병 또는 신체적 장애를 전제조건으로 하고 있다. 따라서 신체적 건강 관련 모든 영역이 잠재적으로 상담·치료 또는 돌봄 관계를 이용한 성적 남용에 대한 구성요건에 해당된다.

이러한 독일 연방 형법의 구성요건적 확장은 비판적 시사점을 가진다.¹⁶⁾ 사회적 변화로 인해 다양한 의존성의 존재 가능성 때문에 독일 연방 기본법(GG) 제103조 제2항 명확성의 원칙에 따라 독일 연방 형법¹⁷⁾은 성적 목적을 위한 임의적 의존관계에 따른 성적 남용을 처벌하지 않는다.

이런 이유에서 독일 연방 형법 제174조 이하에서는 각각의 경우에 따라 성적 남용 구성요건을 다양한 방법으로 규정하고 있다. 그러나 동법 제174c조의 구성요건에서 규정하고 있는 상담·치료 또는 돌봄 관계 지위를 이용한

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

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

13 BGH 56, 226 (226).

14 Lackner/Kühl, StGB, 2.

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

16 S/S/Eisele, StGB, 5.

17 §§ 174ff. StGB.

성적 남용에 관한 위험상황은 치료 또는 상담의 관계에서 신체적 질병 또는 장애 때문에 인식될 수 없으며¹⁸⁾ 치료 또는 상담의 관계에서는 신체적 질병 또는 장애로 인해 인간에 대한 의존관계가 빈번히 나타난다. 이러한 의존관계는 사건에 따라 성적 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 치료관계

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

심리적 테라피 치료는 병원에서의 심리 및 심신장애 질병 관련 치료수단의 모든 형태를 포함한다.¹⁹⁾ 이러한 치료수단의 모든 형태가 적용이 된다면 이 분야의 종사자들은 그 가운데 인정받고 있는 자들만 심리치료를 진행해야 하므로 이와 관련해서 독일 연방 형법 제174c조의 구성요건 안에 이 분야의 종사자 관련 직업군표시에 대한 제안이 있었으나 직업군표시에 의한 심리 및 심신장애 질병 치료에 대한 경계부분이 모호해서 부결되었다.²⁰⁾ 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 질병 관련 전문가로 분류되는 것은 타당하지 않다. 그 분야 종사자들 가운데 민간요법 치료사를 통한 성적 남용의 사례도 적지 않았으며 지금까지는 그 가벌성이 인정되지 않았으나 그 가벌성의 필요성이 제기되고 있다.

독일 연방 형법 제174c조 제1항에 있는 신체적 질병에 대한 치료 또는 심신 질병에 대한 상담이라는 표현의 명확성과 관련해서 심리적 테라피 치료가 어떤 기준으로 구별되는지도 명확하지 않다. 의사, 민간요법 치료사, 간호사, 노인 돌봄 조무사, 재활치료사, 중독 테라피 치료사 및 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 연방 형법 제174c조 제1항은 특정 치료 분야에 관한 어떠한 제한적 규정도 포함하고 있지 않으며 동법 제174c조 제2항은 기본적으로 심리치료 영역에서 제한적으로 적용되고 있다.²¹⁾

독일연방대법원에서는 민간요법 치료사가 심각한 인격 장애가 있는 여성에 대해 치료의 목적으로 가슴과 음부 마사지 및 성관계를 한 경우 민간요법 치료사로서 행한 행위이므로 독일 연방 형법 제174c조에 의해 가벌성이 인정되지 않는다고 판시하였다.²²⁾

18 Sick/Renzikowski, FS Schroeder, 603 (610).

19 BGH, NJW 2010, 453 (453).

20 BR-Drucks. 656/93.

21 Renzikowski, NSTZ 2010, 694 (696).

22 BGH 54, 169 (173).

독일 연방 형법 제174c조 제2항의 심리적 테라피는 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.²³⁾ 정신적 또는 심리적 침해 때문에 당사자가 테라피 유형의 치료 상황을 선택했을 때 해당 치료가 하나의 대안적 방법으로 외부에서는 회복 치료로 간주하지 않을 경우 독일 연방 형법 제174c조 제2항의 구성요건에 속해 테라피 치료사가 불이익을 당할 수도 있다.²⁴⁾ 하지만 사회적 경쟁력 강화 및 갈등해결을 위한 심리 분야 행사는 예외로 한다.

(4) 상담·치료 또는 돌봄을 위한 위탁관계

피해자가 가해자와 상담·치료 또는 돌봄·위탁관계에 있을 경우 의존관계에 의한 성적 남용 구성요건을 충족시키려면 그들은 사실상 관계를 증명하여야 한다. 계약에 의한 관계는 구성요건으로 충분하지 않다.²⁵⁾ 환자의 자발성에 의한 가해자 또는 제3자와의 관계도 그 구성요건에 속하지 않는다. 상담·치료 또는 돌봄을 위한 위탁은 조건적 질병 또는 장애 관련 관계가 아니면 성립하지 않는다.²⁶⁾ 상담·치료 또는 돌봄을 위한 위탁관계는 가해자의 요구에 반항하고 피해자에게 치료관계를 어렵게 하는 의존관계는 아니므로²⁷⁾ 당사자들 사이의 상하 관계가 반드시 존재할 필요는 없다. 돌봄·위탁관계의 증명은 일시적 성격의 사실상의 보호관계일 경우이면 충분하다.

당사자는 독일 연방 형법 제174c조 제1항에 의한 침해 또는 동법 동조 제2항에 의한 치료 또는 진단으로 인해 가해자에게 위탁되어야 한다. 동법 동조 제1항에 의한 침해 또는 심리적 테라피에 의해 치료 목적상의 관계가 이루어질 경우 이러한 정신적 또는 심리적인 침해와 관련된 구체적 상담 또는 치료가 반드시 성공적일 필요는 없다.²⁸⁾ 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.²⁹⁾ 당사자가 주관적으로 치료의 필요성과 상담의 필요성을 느낄 경우 질병 또는 장애가 사실상 존재하는 지는 중요하지 않다.³⁰⁾ 성행위에 도달하기 전 상담·치료 및 돌봄 관계가 종결될 경우 감정적 의존관계가 지속된다 하더라도 사실상 관계의 종료 후 그 구성요건은 더 이상 충족되지 않는다.³¹⁾

23 MK, StGB, 21.

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

25 NSTZ 2012, 440 (441).

26 Vgl. NSTZ-RR 2009, 14 (15).

27 NSTZ 2012, 440 (440).

28 S/S/Eisele, StGB, 5.

29 MK, StGB, 22.

30 SK, StGB, 3.

31 NSTZ-RR 2005, 74 (74).

3. 독일 연방 형법 제174c조 행위에 대한 세부심사

독일 연방 형법 제174c조 제1항과 제2항에 의한 행위는 동법 제174a조³²⁾ 제1항³³⁾과 동일하다. 신체적 접촉을 동반한 성행위는 구성요건에서 고려된다. 동법 제184g조 제1호 성적 행위에 대한 개념규정에 의해 현저함의 경계는 모든 관계에서 일관되게 규율할 수는 없다. 이는 당사자와 가해자의 구체적 침해, 상담·치료 및 돌봄 관계 내에서 가해자의 지위 및 개별 경우에 따른 상담·치료 및 돌봄 관계의 형태가 고려된다. 현저함은 가해자의 판단이 아니라 명확한 근거 제시에 따른 객관적 기준에 따른다.³⁴⁾

치료행위는 독일 연방 형법 제174c조 제1항과 제2항의 구성요건에 속한다. 치료행위는 강요행위를 전제로 하지는 않으며 오히려 이는 피해자의 동의에 의해 발생한다.³⁵⁾ 하지만 치료관계 가운데서 발생하는 성행위는 피해자가 성행위에 동의했다 할지라도 독일 연방 형법 제174c조에 의해 가벌성은 조각되지 않는다.³⁶⁾ 피해자가 동의하여도 정해진 의존관계 상황에서는 이러한 동의가 유효하지 않으며 피해자가 자발적일 경우에도 독일 연방 형법 제174c조가 적용되며 사이비 테라피, 사기 및 약속을 통한 가해자의 압력행사의 경우도 이는 동일하게 적용된다. 특별한 의존 및 신뢰상황에 대한 이용의 경우 남용에 대한 구성요건으로 인정된다. 여기에서는 동법 제174c조에 의해 구체적인 의존관계는 전제로 하고 있지 않다. 당사자들의 동의가 있을 경우 독일 연방 형법 제174c조는 직업군의 신뢰를 보호한다.³⁷⁾

가해자가 성적 목표를 위해 그의 능력으로 상황을 이용할 경우 또는 성행위의 조건을 피해자로 하여금 의존하게 만들 경우 성적 남용관계가 성립한다.³⁸⁾ 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 성적 남용에 속한다. 테라피 관계 내에서 성적 행위도 예외 없이 성적 남용에 속한다.³⁹⁾ 상담 또는 돌봄 관계 내에서는 개별 사건에 따라 성적 남용이 적용된다. 임상전문가와 환자 사이 대안적 테라피 방안으로 성적 관계가 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 이루어져야 한다. 예를 들어 파트너관계 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.

32 피구금자·관청에 감호된 자·시설 내 환자 및 도움이 필요한 자에 대한 성적 남용.

33 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.

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

35 Lackner/Kühl, StGB, 5.

36 BGH 56, 226 (226).

37 NK, StGB, 10.

38 SSW, StGB, 8.

39 NStZ 2011, 695 (696).

III 독일 연방 형법 제174c에 나타난 성행위

1. 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 제외되거나 성행위에 대한 관찰, 묘사 또는 소리 자체는 성행위로 볼 수 있다. 외형상으로 성행위에 속한 것인지 아닌지는 객관적으로 인지가 가능해야 한다.⁴⁰⁾ 파트너와 관련된 행위의 경우 당사자가 성행위로 인식할 경우는 대부분 성행위로 간주된다. 하지만 객관적 관찰자의 판단에 의해서 성행위에 속하지 않은 행위도 있다.⁴¹⁾

2. 구성요건에 대한 충족성 여부

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.⁴²⁾ 아동에 대한 성행위의 경우 아동이 그러한 행위에 대해 성 관련성을 이해했는지는 중요하지 않으며 아동 앞에서 행하는 성행위의 경우에는 성범죄에 대한 구성요건에 속한다.⁴³⁾

3. 침해 판단 기준

성행위 판단을 위해서 성행위는 어느 정도 현저한 수준과 정도에 도달해야 한다. 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.⁴⁴⁾ 따라서 성행위는 각각의 보호법익 관점에서 어느 정도 현저한 수준과 정도를 침해한 성 관련 행위를 의미한다.

40 StV 2009, 29 (29).

41 NSz 2002, 47 (47).

42 NSz 2009, 29 (29).

43 BGH 29, 339 (339).

44 NSz 2012, 269 (269).

IV 특징 및 시사점

독일 연방 형법은 상담·치료 또는 돌봄 관계 지위를 이용한 성적 남용에 관한 규정을 통해 처벌뿐만 아니라 피해자 보호를 위해 상세히 이를 규정하고 있다. 성적 남용에 관한 독일 연방 형법의 일반적 유형 가운데 특히 상담·치료 또는 돌봄 관계 지위를 이용한 성적 남용에 대한 구성요건을 분석하여 도출한 시사점은 아래와 같다.

1. 가벌성

독일 연방 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 보호 및 인권보호협약(Konvention zum Schutz der Menschenrechte) 제5조 제1항 제1문에 의한 자유와 안전성 보호에 기여할 것으로 기대되나 독일 연방 형법 제174조 이하 구성요건 내용의 복잡성으로 인해 동법 제174조 가벌성 관련 일관성 유지문제에 대한 비판적 시사점이 있다.

2. 지위를 이용한 성적 남용

독일 연방 형법에서 지위를 이용한 성적 남용에 대한 가벌성은 가해자와 피해자 사이에서 정해진 의존관계에 대한 남용 유무에 달려 있다. 하지만 독일 연방 형법 제174조에 의한 상담·치료 또는 돌봄 관계를 이용한 성적 남용에 대한 성적 남용에 관해 분석한 결과 성적남용은 다양한 형태로 존재하므로 동법에 의한 언어적 표현만으로는 구성요건에 대한 내용전체를 규정할 수 없음을 보여주고 있다.

동법 제174조는 지위를 이용한 성적 남용을 구체적으로 규정하고 있어 생명과 신체보호, 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 형량에 해당하는 3월 이상 5년 이하의 자유형이 적절한지 여부에 대한 처벌의 문제의 여지가 있다.

3. 나가며

독일 연방 형법 제174조의 구성요건에서 규정하고 있는 치료 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 수 있는 가능성이 있으나, 동법은 사회변화를 통한 치료 또는 상담 관련 다양한 직업군의 발달로 특별한 의존관계를 성적 목적을 위해 사실상 이용할 경우 처벌 여부에 대한 논리 근거가 명확하지 않을 수도 있음을 시사하고 있다.

치료관계에 놓여 있는 환자 또는 정신적 장애인의 경우 피해자가 성적 자기결정을 하고 동의에 의해 성행위가 성립되었을지라도 성적 남용의 구성요건으로 충족되지만 가해자가 지위를 이용해서 겉으로 보기에 위장한 의존적 연인관계를 유지할 경우는 독일 연방 형법 제174c조에 의해 성적 남용의 구성요건에 속하지 않는다.

따라서 성적 남용의 가벌성 확대에 있어 당사자 성적 자기결정의 유효성 판단에 문제가 제기된다. 한편 독일 연방 형법 제174c조에 의한 가벌성의 인정과 관련하여 치료의 개념이 피해자의 시각에 접근할 수 없다 할지라도 치료는 객관적으로 인정할 수 있는 방법이 적용되어야 하고 이러한 상황을 영리하게 이용할 수 있는 가해자의 행위는 근절해야 할 것이다. 또한 성적 남용의 위험이 있는 그 밖의 상담 및 치료관계에도 대비하여 할 것이므로 치료관계를 이용한 성적 남용 규정에 사이비 테라피 또는 자극 의료행위 및 유혹 의료행위 관련 내용도 포함되어야 할 것으로 사료된다.

성범죄 관련 지위를 이용한 성적 남용에 대한 독일 연방 형법 제174c조의 구성요건에 관한 분석에 의하면 독일은 형법에 의한 구성요건에 대한 내용이 사회적 현실을 반영함에도 불구하고 그 구성요건에 대한 해석상의 어려움이 여전히 존재하고 있음을 보여주고 있다. 그렇다면 상담·치료 또는 돌봄 관계 지위를 이용한 성적 남용과 관련하여 우리나라 형법은 어떻게 기능할지에 대해 주목할 필요성이 있다. 우리나라의 형법은 제32장 강간과 추행에 속하는 제297조부터 제305조의2까지의 추상적 규정을 두고 있으나 구성요건에 대한 내용이 풍부하지 않다. 따라서 성행위 가벌성 판단과 관련하여 사법부에게 부담을 줄 수도 있으므로 가해자를 처벌하기 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 연방 형법은 성행위에 있어 자신이 직접 행한 성행위와 타인 앞에서의 성행위를 구별하고 있다. 타인에게 행한 행위는 타인의 신체에 맞닿음을 요구한다. 옷을 만지는 것도 성행위로 간주될 수 있으며⁴⁵⁾ 타인 앞에서 행한 경우 신체적 맞닿음이 없을 수도 있다. 이와 관련하여 타인이 이러한 일을 성행위로 인지하는 경우도 있다. 그렇기 때문에 이러한 행위를 판단하기 위해서는 제3자가 행위가 일어나는 장소로부터 가까운 곳에서 사실관계를 인지하고 진술해야 하며⁴⁶⁾ 자신의 관점에서 사건의 과정을 이해해서는 안 된다. 피해자 외에 지각하는 제3자 앞에서 가해자의 행위는 처벌의 근거가 될 수 있는 중요한 요소가 될 수도 있다.⁴⁷⁾ 따라서 상담·치료 또는 돌봄 관계 지위를 이용한 성행위와 관련된 고의는 외부에서 성행위에 대해 인지할 수 있을 정도로 적어도 사실상의 상황이 고려되어야 할 것이며 독일 연방 형법 제174c조에 규정된 성행위로 인한 침해 관련 현저함의 수준과 정도에 대한 기준을 우리나라 형법 제32장 강간과 추행에 속하는 규정이 포함해야 함을 시사한다.

45 NStZ 1992, 433 (433).

46 BGH 41, 286.

47 NStZ 2002, 34 (34).

참고문헌

I. 독일 법학 정기학술간행물

Amelung, Knut: Über Freiheit und Freiwilligkeit auf der Opferseite der Strafnorm, in: GA 1999, 182, 185(200) (zit.: Amelung, GA 1999, S.).

Duttge, Gunnar/Weber, Alexandra K.: Anmerkung zu BGH, in: JZ 2012, 210(210) (zit.: Duttge/Weber, JZ 2012, S.).

Renzikowski, Joachim: Anmerkung zum Beschluss des BGH v.29.09.2009, in: NStZ 2010, 694(696) (zit.: Renzikowski, NStZ 2010, S.).

Sick, Brigitte: Zweierlei Recht für zweierlei Geschlecht, in: ZStW 103, 49(49) (zit.: Sick, ZStW 103, S.).

II. 독일 형법(StGB) 주석서

Jähne(Hrsg)/Laufhütte/Odersky: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Großkommentar, 11. Aufl. Berlin 2006 (zit.: LK-Bearbeiter, StGB).

Joecks, Wolfgang/Miebach, Klaus: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3 (§§ 80~184f) 2 Aufl. 2012 (zit.: MK-Bearbeiter, StGB).

Lackner, Karl/Kühl, Kristian: Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, Kommentar, StGB, 28. Aufl., München 2011 (zit.: Lackner/Kühl, StGB).

Rudolphi, Hans-Joachim/Wolter, Jürgen u.a.: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Loseblattsammlung, Bd. 4, §§ 174~241a, München 2015 (zit.: SK, Bearbeiter, 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, Bearbeiter, StGB).

III. 독일 법학분야 저서

Bottke, Wilfried: Zum Rechtsgut der §§ 174ff. StGB, in: FS für Otto, Harro 2007 (zit.: Bottke, FS für Otto 2007, S.).

Sick, Brigitte/Renzikowski, Joachim: Der Schutz der sexuellen Selbstbestimmung, in: Schroeder FS 2006 (zit.: Sick/Renzikowski, FS für Schroeder, Friedrich-Christian 2006, S.).

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