

성적 행위의 범죄화 : 한국, 독일, 일본 비교

Criminalization of Sexual Acts : The Comparison of South Korea with Germany and Japan

김 영 현* · 이 유 태*
Kim, Young-Hyun · Yi, Yu-Taek

목 차

- I. 서 론
- II. 우리 형법상 범죄화 되어 있는 성적 행위의 종류와 정의
- III. 독일, 일본 형법의 성적 행위의 범죄화
- IV. 성적 행위의 범죄화에 대한 한국, 독일, 일본 형법의 비교
- V. 한국, 독일, 일본의 성적 행위 범죄화 방법의 비교를 통해 바라본
우리 형법의 문제점과 나아갈 방향
- VI. 결 어

국문초록

성적 행위와 관련된 범죄를 예방하기 위해서 우리 형법은 지속적으로 관련 법규를 정비하고 특별법을 제정하고 있다. 그럼에도 불구하고 성적 행위와 관련된 범죄는 지속적으로 증가하고 있다. 특히 성적 행위와 관련하여 성적 자기결정권을 중대하게 침해하는 강간·추행의 죄와, 성 풍속·성 도덕을 침해하는 성매매 범죄의 발생 빈도가 가장 많이 증가하고 있다. 법률이 제정되고 개정되고 있음에도 실효성을 거두지 못하는 이유는 성적 행위 관련 범죄들의

논문접수일 : 2012.03.30

심사완료일 : 2012.04.18

게재확정일 : 2012.04.24

* 법학전문석사과정 · 제주대학교 법학전문대학원

진화 속도가 대단히 빠르고 음성적이기 때문이다.

이 논문에서는 성적 행위 관련 범죄의 증가를 막고 이를 효과적으로 예방하기 위한 방안을 찾아보고자 한다. 먼저 우리 형법상 처벌의 대상이 되는 성적 행위를 정의하고, 우리 형법이 어떤 식으로 성적 행위를 범죄화 하는지 살펴본다. 다음으로 독일과 일본의 형법은 성적 행위를 어떤 방법으로 범죄화 하고 있는지 살펴본다. 우리나라 법제 형성에 가장 큰 영향을 준 독일과 일본의 형법과의 비교를 통해 우리 형법이 가지고 있는 문제점을 찾아본다. 마지막으로 우리 형법이 가지고 있는 문제점에 대한 해결방안을 고찰해보고자 한다.

주제어 : 성적 행위의 범죄화, 성적 자기결정권, 성 풍속, 강간과 추행, 성매매

1. 서론

1. 연구의 배경

우리 형법은 많은 법익을 보호하기 위해 존재하고 있다. 우리 형법 각칙은 크게 개인적 법익과 사회적 법익 수호를 위한 규정들을 마련하고 있고, 세부적으로는 내란, 외환의 죄부터 살인, 상해, 폭행, 방화나 실화, 장물의 죄까지 다양한 범죄를 규정하고 이를 통해 법익을 보호하고 있다. 이처럼 다양한 형법의 보호법익 중에서도 특히 성적 행위¹⁾에 관한 보호법익과 그와 관련된 성범죄는 가장 중요한 범죄형태의 하나로서 오늘날 가장 보호할 필요가 있는 법익에 속한다.

우리 형법은 성적 행위로 인한 범죄를 형법²⁾, 성폭력특별법³⁾, 아동·청소년보호법상의 강간과 추행의 죄, 아동·청소년보호법상의 성매매죄나 청소년

1) 성교를 포함한 인간의 성적욕구와 관련되 모든 행위

2) 우리 형법은 제 22장과 제32장에서 성적 행위와 관련된 범죄를 규율하고 있다.

3) 성매매방지 및 피해자 보호 등에 관한 법률과 성매매알선등 행위의 처벌에 관한 법률을 말한다.

유해매체 관련 범죄, 성풍속에 관한 죄나 성매매처벌법상의 범죄 등으로 구분하여 이를 규정하고 처벌하고 있다.

2004년 3월 22일에는 성매매알선 등 행위와 성매매의 근절을 위한 제도적 장치 마련을 위해 법률 제7196호에 의거 성매매 알선 등 행위의 처벌에 관한 법률이 제정되었고, 2011년 8월 4일에는 법률 제10997호에 의거 성매매방지 및 피해자보호 등에 관한 법률이 일부 개정되어 시행중에 있다. 하지만 이러한 신설 혹은 개정되고 시행되고 있는 법률들과 우리 형법상의 성 범죄에 대한 규정들이 성범죄의 발생을 근본적으로 억제하고 이를 해결하는데 효과가 있는지는 다소 의문이 제기된다.

2. 연구의 필요성

앞서 살펴본바와 같이 우리 형법은 형법 각칙이나 특별법 등을 통해 강간, 추행의 죄와 성매매관련 범죄들을 처벌하고 이를 통해 개인적 혹은 사회적 법익을 수호하고자 하고 있다.

하지만 우리 형법이나 특별법이 성 범죄를 근절하고 이를 통해 법익보호를 효과적으로 수행하고 있다고 보기는 어렵다. 단적인 예로 성매매를 방지하는 법률이 제정, 시행되고 있음에도 불구하고 지방의 중소도시 등에서는 여전히 집창촌이 성행하고 있고, 해가 갈수록 범망을 교묘하게 피해 영업을 하는 변종 성매매업소가 늘어가고 있다.

법률이 제정, 개정되고 시행되고 있음에도 불구하고 그 실효성을 거두지 못하는 이유는 무엇인가? 해답은 성적 행위와 관련된 범죄들이 그 어느 범죄형태 보다도 빠른 속도로 진화, 확산되고 있기 때문이다. 제정 시점을 기준으로 만들어진 법률이 개정이라는 방법만으로는 범죄의 진화 속도를 따라잡지 못하는 것이다.

이러한 추세는 비단 성매매방지법 상의 범죄형태 뿐만이 아니라 강간, 추행의 죄 등 우리 형법상 규율되고 있는 범죄형태에 대해서도 동일하게 나타나고 있다. 법 제정당시와 상황이 많이 달라진 지금 성적 행위와 관련된 범죄를 효과적으로 근절하고 이를 통해 개인과 사회의 법익을 수호하기 위해서는 보

다 구체적으로 현재 나타나고 진화해 가고 있는 성적 행위와 관련된 범죄의 형태와 그에 대응하여 적용되는 우리 법률의 효력을 살펴보고 문제점이 무엇 인지를 찾아내야 한다.

이 연구에서는 성 범죄를 성적 행위의 형태로 나누어 어떠한 성적 행위가 범죄화 되고 있는지 살펴보고 성적 행위의 범죄화에 대한 문제점과 개선방안을 제시해보고자 한다.

3. 연구의 범위와 방법

이 연구의 범위와 방법은 다음과 같다.

서론에서는 이 연구의 배경과 필요성, 연구의 범위와 방법을 설명한다.

다음으로는 우리 형법과 특별법에서 처벌하고 있는 성적 행위의 종류를 정의하고 성적 행위들에 범죄화 과정을 살펴본다. 특정한 성적 행위를 어떤 방식으로 처벌하고 있는지 살펴보고 그 이유와 처벌 방식 등을 살펴본다.

세 번째로 독일, 일본의 형법에서 성적 행위의 범죄화에 대해 살펴본다. 우리 법제 형성에 가장 큰 영향을 준 독일과 일본의 형법은 어떠한 방식으로 성적 행위를 범죄화 하고 있는지 알아본다.

네 번째로는 앞서 살펴본 성적 행위의 범죄화에 대하여 우리 형법과 독일, 일본의 형법은 어떻게 다른지를 비교, 분석해본다.

다섯 번째로는 살펴본 내용을 토대로 우리 형법이 취하고 있는 성적 행위의 범죄화의 문제점을 살펴보고 그 개선방안을 제시해보고자 한다.

이 연구에서는 성적 행위나 성범죄, 성풍속 범죄를 우리 형법이 어떻게 범죄화 했는지 살펴보고 관련된 논문이나 검찰청, 법무부 등 국가기관의 자료를 분석하는 것을 기본 연구방법으로 한다.

다음으로는 독일과 일본의 형법에서 각 국의 성적 행위의 범죄화를 살펴보고, 특정한 성적 행위를 범죄화 하는 기준이나 처벌기준 등을 살펴본다.

이를 바탕으로 우리 형법 상 성적 행위의 범죄화 과정에서 문제점을 찾고 그 개선방안을 고찰한다.

II. 우리 형법상 범죄화 되어 있는 성적 행위의 종류와 정의

이 연구에서 다루고자 하는 성적 행위의 종류는 크게 개인의 성적 자유나 성적 자기결정권을 침해 또는 위태화 하는 행위와 성 풍속이나 도덕을 침해, 위태화 하는 행위로 나눌 수 있다. 형법 상 문제가 되는 성적 행위의 가장 기본적인 형태는 간음과 추행으로서 이러한 행위가 침해, 위태화 하는 가치는 개인의 성적 자유나 성적 자기결정권에 해당한다. 따라서 여기서는 기본적인 형태에 속하는 성적 자유나 성적 자기결정권을 침해하는 행위부터 먼저 살펴보기로 한다.

1. 개인의 성적 자유나 성적 자기결정권을 침해 또는 위태화 하는 행위

개인의 성적 자유나 성적 자기결정권을 침해 또는 위태화 하는 행위란 그 개인의 인격적 자유라 할 수 있는 성적 자유나 성적 자기결정권을 해하는 행위를 말한다. 다시 말해 인간이 가지고 있는 인격적 자유 중 성과 관련하여 스스로 선택할 수 있는 부분에 대한 자유나 자유로운 성 생활을 할 자유를 넘어 이를 강제하고 침해하는 행위를 말한다. 가장 기본적인 행위로는 간음과 추행을 들 수 있고, 이를 세부적으로 본다면 강간, 추행, 강제추행 등이 이에 속한다.

강간, 강제추행은 모두 추행을 그 행위의 기본적인 형태로 한다. 추행이라 함은 성욕의 흥분, 자극 또는 만족을 목적으로 하는 행위로서 건전한 상식 있는 일반인의 성적 수치나 혐오의 감정을 느끼게 하는 일체의 행위를 의미한다. 우리 형법상 규정하고 있는 구체적인 유형을 살펴보면 다음과 같다.

가. 현행 형법상의 성적 자유나 성적 자기결정권을 침해하는 죄

(1) 강간죄

우리 형법에서는 제297조에서 강간죄⁴⁾를 규정하고 있다. 강간죄의 보호법

익은 부녀의 성적 자유와 성적 자기결정권이다.

강간죄와 관련하여 우리 형법은 미수범도 처벌하도록 하는 미수범처벌규정⁵⁾을 두고 있다. 강간죄는 친고죄로서 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다.⁶⁾

우리 형법은 강간죄의 결과적 가중범도 처벌하도록 규정하고 있는데 이는 제301조와 제301조의2에서 규정하고 있다. 제301조는 강간등 상해·치상죄⁷⁾이고 제301조의2는 강간등 살인·치사죄⁸⁾이다.

(2) 강제추행죄

우리 형법은 제298조에서 강제추행죄⁹⁾를 규정하고 있다. 강제추행죄의 보호법익도 부녀의 성적 자유와 성적 자기결정권에 해당한다. 강제추행죄의 보호법익이 강간죄와 같은 것은 강간죄의 고유한 범죄 형태가 강제추행죄라고 할 수 있기 때문이다.¹⁰⁾ 강간죄는 폭행 또는 협박으로 부녀를 강간하는 경우 성립하는 죄를 말하며, 강제추행죄는 폭행 또는 협박으로 사람에게 대하여 추행을 하는 경우 성립하는 죄를 말한다.

우리 형법은 제300조에서 강제추행죄에 관해서도 미수범처벌규정¹¹⁾을 두고 있다.

(3) 준강간, 준강제추행죄

우리 형법은 강간죄와 강제추행죄를 다시 준강간죄와 준강제추행죄¹²⁾로 나

-
- 4) 제297조 [강간] 폭행 또는 협박으로 부녀를 강간하는 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.
 - 5) 제300조 [미수범] 전3조의 미수범은 처벌한다.
 - 6) 제306조 [고소] 제297조 내지 제300조와 제302조 내지 제305조의 죄는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다.
 - 7) 제301조 [강간등 상해·치사] 제297조 내지 제300조의 죄를 범한 자가 사람을 상해하거나 상해에 이르게 한 때에는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.
 - 8) 제301조의2 [강간등 살인·치사] 제297조 내지 제300조의 죄를 범한 자가 사람을 살해한 때에는 사형 또는 무기징역에 처한다. 사망에 이르게 한 때에는 무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다.
 - 9) 제298조 [강제추행] 폭행 또는 협박으로 사람에게 대하여 추행을 한 자는 10년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다.
 - 10) 이재상, 「형법각론」, 박영사, 2004, 159면
 - 11) 제300조 [미수범] 전3조의 미수범은 처벌한다.

누고 이를 처벌하고 있다. 이들 죄는 전술한 강간죄와 강제추행죄의 행위를 이미 심신상실 또는 항거불능상태에 빠진 사람에게 행하는 경우 성립하는 죄를 말한다.

준강간죄, 준강제추행죄의 보호법의 또한 성적 자기결정권과 성적 자유이다. 다만 앞서 서술한 죄들과 다른 점이 있다면 제299조는 그 객체를 부녀가 아닌 사람이라고 표현한 점을 들 수 있다.

(4) 미성년자등에 대한 간음죄

우리형법은 제302조에서 미성년자등에 대한 간음죄¹³⁾를 규정하고 있다. 미성년자등에 대한 간음죄의 보호법익은 미성년자 또는 심신미약자의 성적 자유와 성적 자기결정권이다.

미성년자등에 대한 간음죄는 강간죄와 마찬가지로 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다.¹⁴⁾

(5) 업무상위력등에 의한 간음죄

우리형법은 제303조에서 업무상위력등에 의한 간음죄¹⁵⁾를 규정하고 있다. 업무상위력등에 의한 간음죄의 보호법익은 보호, 감독을 받는 자의 성적 자유와 성적자기결정권이다.

(6) 미성년자에 대한 간음, 추행죄

- 12) 제299조 [준강간, 준강제추행] 사람의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 간음 또는 추행을 한 자는 전2조의 예에 의한다.
- 13) 제302조 [미성년자등에 대한 간음] 미성년자 또는 심신미약자에 대하여 위계 또는 위력으로써 간음 또는 추행을 한 자는 5년 이하의 징역에 처한다.
- 14) 제306조 [고소] 제297조 내지 제300조와 제302조 내지 제305조의 죄는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다.
- 15) 제303조 [업무상위력등에 의한 간음] ①업무, 고용 기타 관계로 인하여 자기의 보호 또는 감독을 받는 부녀에 대하여 위계 또는 위력으로써 간음한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천 500만원 이하의 벌금에 처한다. ②법률에 의하여 구금된 부녀를 감호하는 자가 그 부녀를 간음한 때에는 7년이하의 징역에 처한다.

우리형법은 제305조에서 미성년자에 대한 간음, 추행죄¹⁶⁾를 규정하고 있다. 제305조의 보호법익은 13세 미만의 부녀, 사람의 성적 자유와 성적 자기결정권이다.

미성년자에 대한 간음, 추행죄는 강간죄나 미성년자등에 대한 간음죄와 마찬가지로 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다.¹⁷⁾

나. 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(이하 성폭력특례법)

성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법은 성폭력범죄의 처벌 및 그 절차에 관한 특례를 규정함으로써 성폭력범죄 피해자의 생명과 신체의 안전을 보장하고 건강한 사회질서의 확립에 이바지함을 목적으로 하는 법률로서¹⁸⁾ 특수강도강간, 특수강간, 친족관계에 의한 강간, 장애인에 대한 강간, 강제추행, 13세 미만 미성년자에 대한 강간, 강제추행, 강간 등 상해치상, 강간 등 살인치사, 업무상 위력 등에 의한 추행, 공중 밀집장소에서의 추행, 통신매체를 이용한 음란행위, 카메라 등을 이용한 촬영죄 등을 규정하고 있다. 동법에서 규정하고 있는 범죄들의 보호법익은 개인적 법익을 포함하는 것이 많으나 주된 보호법익은 피해자의 성적자유와 성적 자기결정권이다.

(1) 특수강도강간죄

성폭력 특례법 제3조는 특수강도강간죄¹⁹⁾를 규정하고 있다. 특수강도강간죄

16) 제305조 [미성년자에 대한 간음, 추행] 13세 미만의 부녀를 간음하거나 13세 미만의 사람에게 추행을 한 자는 제297조, 제298조, 제301조 또는 제301조의2의 예에 의한다.

17) 제306조 [고소] 제297조 내지 제300조와 제302조 내지 제305조의 죄는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다.

18) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제1조

19) 제3조 [특수강도강간 등]

① 「형법」 제319조제1항(주거침입), 제330조(야간주거침입절도), 제331조(특수절도) 또는 제342조(미수범, 다만, 제330조 및 제331조의 미수범으로 한정한다)의 죄를 범한 사람이 같은 법 제297조(강간)부터 제299조(준강간, 준강제추행)까지의 죄를 범한 경우에는 무기징역 또는 5년 이상의 징역에 처한다.

② 「형법」 제334조(특수강도) 또는 제342조(미수범, 다만, 제334조의 미수범으로 한정한다)의 죄를 범한 사람이 같은 법 제297조(강간)부터 제299조(준강간, 준강제추행)까지의 죄를

의 보호법익은 주거침입으로 인해 침해되는 주거의 평온과 성적 행위로 인해 침해되는 성적 자유, 성적 자기결정권이다.

(2) 특수강간죄

성폭력 특례법 제4조는 특수강간죄²⁰⁾를 규정하고 있다. 특수강간죄에 있어서의 보호법익은 피해자의 성적 자유, 성적 자기결정권이다. 특수강간죄는 형법상의 간음, 추행의 죄를 흉기 기타 위험한 물건을 지닌 채 또는 2인 이상이 합동하여 행한 경우 이를 가중처벌하도록 규정하고 있다.

(3) 친족관계에 의한 강간죄

성폭력 특례법 제5조는 친족등에 의한 강간죄²¹⁾를 규정하고 있다. 친족관계에 의한 강간죄의 보호법익은 피해자의 성적 자유, 성적 자기결정권이다. 친족관계에 의한 강간죄는 친족관계에서 강간, 강제추행, 준강간, 준강제추행이 발생한 경우 이를 처벌하도록 규정하고 있다.

(4) 장애인에 대한 강간·강제추행죄

성폭력 특례법 제6조는 장애인에 대한 강간, 강제추행죄²²⁾를 규정하고 있

법한 경우에는 사형, 무기징역 또는 10년 이상의 징역에 처한다.

20) 제4조 [특수강간 등]

- ① 흉기나 그 밖의 위험한 물건을 지닌 채 또는 2명 이상이 합동하여 「형법」 제297조(강간)의 죄를 범한 사람은 무기징역 또는 5년 이상의 징역에 처한다.
- ② 제1항의 방법으로 「형법」 제298조(강제추행)의 죄를 범한 사람은 3년 이상의 유기징역에 처한다.
- ③ 제1항의 방법으로 「형법」 제299조(준강간, 준강제추행)의 죄를 범한 사람은 제1항 또는 제2항의 예에 따라 처벌한다.

21) 제5조 [친족관계에 의한 강간 등]

- ① 친족관계인 사람이 「형법」 제297조(강간)의 죄를 범한 경우에는 7년 이상의 유기징역에 처한다.
- ② 친족관계인 사람이 「형법」 제298조(강제추행)의 죄를 범한 경우에는 5년 이상의 유기징역에 처한다.
- ③ 친족관계인 사람이 「형법」 제299조(준강간, 준강제추행)의 죄를 범한 경우에는 제1항 또는 제2항의 예에 따라 처벌한다.
- ④ 제1항부터 제3항까지의 친족의 범위는 4촌 이내의 혈족 및 인척으로 한다.
- ⑤ 제1항부터 제3항까지의 친족은 사실상의 관계에 의한 친족을 포함한다.

다. 장애인에 대한 강간, 강제추행죄의 보호법익은 장애인의 성적 자유, 성적 자기결정권이다. 장애인에 대한 강간, 강제추행죄는 신체적, 정신적 장애가 있는 사람을 대상으로 강간, 강제추행 등을 한 경우 이를 처벌하도록 규정하고 있다.

(5) 13세 미만의 미성년자에 대한 강간, 강제추행죄

성폭력 특별법 제7조는 13세 미만의 미성년자에 대한 강간, 강제추행죄²³⁾를 규정하고 있다. 13세 미만의 미성년자에 대한 강간, 강제추행죄의 보호법익은

22) 제6조 [장애인에 대한 강간·강제추행 등]

- ① 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 여자에 대하여 「형법」 제297조(강간)의 죄를 범한 사람은 무기 또는 7년 이상의 징역에 처한다.
- ② 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 사람에 대하여 폭행이나 협박으로 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 사람은 5년 이상의 유기징역에 처한다.
 - 1. 구강·항문 등 신체(성기는 제외한다)의 내부에 성기를 넣는 행위
 - 2. 성기·항문에 손가락 등 신체(성기는 제외한다)의 일부나 도구를 넣는 행위
- ③ 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 사람에 대하여 「형법」 제298조(강제추행)의 죄를 범한 사람은 3년 이상의 유기징역 또는 2천만원 이상 5천만원 이하의 벌금에 처한다.
- ④ 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 사람에 대하여 「형법」 제299조(준강간, 준강제추행)의 죄를 범한 사람은 제1항부터 제3항까지의 예에 따라 처벌한다.
- ⑤ 위계(偽計) 또는 위력(위력)으로써 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 여자를 간음한 사람은 5년 이상의 유기징역에 처한다.
- ⑥ 위계 또는 위력으로써 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 사람을 추행한 사람은 1년 이상의 유기징역 또는 1천만원 이상 3천만원 이하의 벌금에 처한다.
- ⑦ 장애인의 보호, 교육 등을 목적으로 하는 시설의 장 또는 종사자가 보호, 감독의 대상인 장애인에 대하여 제1항부터 제6항까지의 죄를 범한 경우에는 그 죄에 정한 형의 2분의 1까지 가중한다.

23) 제7조 [13세 미만의 미성년자에 대한 강간, 강제추행 등]

- ① 13세 미만의 여자에 대하여 「형법」 제297조(강간)의 죄를 범한 사람은 무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다.
- ② 13세 미만의 사람에 대하여 폭행이나 협박으로 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 사람은 7년 이상의 유기징역에 처한다.
 - 1. 구강·항문 등 신체(성기는 제외한다)의 내부에 성기를 넣는 행위
 - 2. 성기, 항문에 손가락 등 신체(성기는 제외한다)의 일부나 도구를 넣는 행위
- ③ 13세 미만의 사람에 대하여 「형법」 제298조(강제추행)의 죄를 범한 사람은 5년 이상의 유기징역 또는 3천만원 이상 5천만원 이하의 벌금에 처한다. ④ 13세 미만의 사람에 대하여 「형법」 제299조(준강간, 준강제추행)의 죄를 범한 사람은 제1항부터 제3항까지의 예에 따라 처벌한다.
- ⑤ 위계 또는 위력으로써 13세 미만의 여자를 간음하거나 13세 미만의 사람에 대하여 추행한 사람은 제1항부터 제3항까지의 예에 따라 처벌 한다.

13세 미만 미성년자의 성적 자유, 성적 자기결정권이다.

(6) 강간 등 상해·치상죄

성폭력 특례법 제8조는 강간 등 상해, 치상죄²⁴⁾를 규정하고 있다. 성폭력 특례법상의 강간 등 상해·치상죄는 동법의 죄를 범한 자가 사람을 상해에 이르게 하거나 상해를 입힌 경우 이를 가중하여 처벌하는 규정이다.

(7) 강간 등 살인·치사죄

성폭력 특례법 제9조는 강간 등 살인·치사죄²⁵⁾를 규정하고 있다. 이는 제8조와 마찬가지로 동법의 죄를 범한 자가 사람을 사망에 이르게 하거나 살인한 경우 이를 가중하여 처벌하는 규정이다.

(8) 업무상위력등에 의한 추행죄

성폭력 특례법 제10조는 업무상위력등에 의한 추행죄²⁶⁾를 규정하고 있다. 성폭력특례법상의 업무상위력등에 의한 추행죄는 형법의 업무상위력등에 의

24) 제8조 [강간 등 상해·치상]

- ① 제3조제1항, 제4조, 제6조, 제7조 또는 제14조(제3조제1항, 제4조, 제6조 또는 제7조의 미수범으로 한정한다)의 죄를 범한 사람이 다른 사람을 상해하거나 상해에 이르게 한 때에는 무기징역 또는 10년 이상의 징역에 처한다.
- ② 제5조 또는 제14조(제5조의 미수범으로 한정한다)의 죄를 범한 사람이 다른 사람을 상해하거나 상해에 이르게 한 때에는 무기 또는 7년 이상의 징역에 처한다.

25) 제9조 [강간 등 살인·치사]

- ① 제3조부터 제7조까지, 제14조(제3조부터 제7조까지의 미수범으로 한정한다)의 죄 또는 「형법」 제297조(강간)부터 제300조(미수범)까지의 죄를 범한 사람이 다른 사람을 살해한 때에는 사형 또는 무기징역에 처한다.
- ② 제4조, 제5조 또는 제14조(제4조 또는 제5조의 미수범으로 한정한다)의 죄를 범한 사람이 다른 사람을 사망에 이르게 한 때에는 무기징역 또는 10년 이상의 징역에 처한다.
- ③ 제6조, 제7조 또는 제14조(제6조 또는 제7조의 미수범으로 한정한다)의 죄를 범한 사람이 다른 사람을 사망에 이르게 한 때에는 사형, 무기징역 또는 10년 이상의 징역에 처한다.

26) 제10조 [업무상위력등에 의한 추행]

- ① 업무, 고용이나 그 밖의 관계로 인하여 자기의 보호, 감독을 받는 사람에 대하여 위계 또는 위력으로 추행한 사람은 2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.
- ② 법률에 따라 구금된 사람을 감호하는 사람이 그 사람을 추행한 때에는 3년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다.

한 추행죄가 그 객체를 부녀로 지칭하고 있는 것과 달리 그 객체를 사람으로 하고 있다.

(9) 공중 밀집 장소에서의 추행죄

성폭력 특례법 제11조는 공중 밀집 장소에서의 추행죄²⁷⁾를 규정하고 있다. 공중 밀집 장소에서의 추행죄는 공중이 밀집할 수 있는 장소에서 추행할 경우 이를 처벌하는 규정이다.

(10) 통신매체를 이용한 음란행위죄

성폭력 특례법 제12조는 통신매체를 이용한 음란행위죄²⁸⁾를 규정하고 있다. 통신매체를 이용한 음란행위죄는 통신매체의 특수성을 고려하여 규정한 죄이다.

(11) 카메라 등을 이용한 촬영죄

성폭력 특례법 제13조는 카메라 등을 이용한 촬영죄²⁹⁾를 규정하고 있다. 카메라 등을 이용한 촬영죄는 카메라 기타 유사한 성능을 갖춘 기계장치로 상대방의 의사에 반하여 그 신체를 촬영하거나 이를 영리 목적으로 유포하는 경우 이를 처벌하는 죄이다.

-
- 27) 제11조 [공중 밀집 장소에서의 추행] 대중교통수단, 공연·집회 장소, 그 밖에 공중(公衆)이 밀집하는 장소에서 사람을 추행한 사람은 1년 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금에 처한다.
- 28) 제12조 [통신매체를 이용한 음란행위] 자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적으로 전화, 우편, 컴퓨터, 그 밖의 통신매체를 통하여 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 말, 음향, 글, 그림, 영상 또는 물건을 상대방에게 도달하게 한 사람은 2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.
- 29) 제13조 [카메라 등을 이용한 촬영]
- ① 카메라나 그 밖에 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체를 그 의사에 반하여 촬영하거나 그 촬영물을 반포·판매·임대 또는 공공연하게 전시·상영한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.
 - ② 영리를 목적으로 제1항의 촬영물을 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조제1항제1호의 정보통신망(이하 "정보통신망"이라 한다)을 이용하여 유포한 자는 7년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

(12) 미수범처벌규정

성폭력 특례법 제3조부터 제9조까지 및 제13조의 미수범은 처벌한다. 30)

2. 성품속이나 도덕을 침해, 위태화하는 행위

성 품속이나 도덕을 침해, 위태화하는 행위는 우리 형법 제2편 제22장 성품 속에 관한 죄, 아동·청소년의 성보호에 관한법률³¹⁾상의 성매매죄나 청소년유 해매체관련 범죄와 성매매알선등 행위의 처벌에 관한 법률³²⁾상에서 규정하고 있다.

가. 현행 형법상의 성품속에 관한 죄

우리 형법은 제241조 간통죄내지 제245조 공연음란죄를 성품속에 관한 죄로 분류 하고 있다.

(1) 간통죄

형법 제241조는 간통죄³³⁾를 규정하고 있다. 간통죄의 보호법익에 대해서는 여러 가지의 견해³⁴⁾가 있으나 현행 형법은 '성품속에 관한 죄'라는 제목 하에

30) 제14조 [미수범] 제3조부터 제9조까지 및 제13조의 미수범은 처벌한다.

31) 이하 청소년성보호법이라 한다.

32) 이하 성매매처벌법이라 한다.

33) 제241조 [간통]

① 배우자있는 자가 간통한 때에는 2년이하의 징역에 처한다. 그와 상간한 자도 같다.

② 전항의 죄는 배우자의 고소가 있어야 논한다. 단 배우자가 간통을 종용 또는 유사한 때에는 고소할 수 없다.

34) ① 건전한 성도덕·성품속이라는 견해, 서일교, 형법각론, 206면; 유기천, 형법각론, 92면; 정영석, 형법각론, 196면.

② 부부간의 성적성실의무라는 견해, 백형구, 「형법각론」, 549면.

③ 성적 성실의무와 제도로서의 가정이라는 견해, 김일수 / 서보화, 형법각론, 621면; 김종원, 주석형법, 411면; 진계호, 형법각론, 436면.

④ 가족의 기초가 되는 제도로서의 혼인이라는 견해, 이재상, 형법각론, 36/5.

⑤ 주된 보호법익은 건전한 성도덕·성품속이고 부차적 보호법익은 성적 성실의무라는 견해, 임응, 형법각론, 711면.

사회적 법익을 해하는 죄의 일종으로서 간통죄를 규정하고 있으므로 간통죄의 주된 보호법익이 건전한 성풍속임은 분명하다.³⁵⁾

그러나 간통죄의 고소권자로 배우자만을 형법이 정하고 있고 이를 이혼을 전제로 하고 있으므로 성적 성실의 의무도 일부분 보호법익으로 볼 수 있을 것이다. 따라서 현행 형법의 간통죄에 관한 존폐문제는 간통죄의 보호법익을 무엇으로 파악할 것인지, 즉 사회적 법익에 대한 죄로 이해할 것인지 개인적 법익에 관한 죄로 편입시킬 것인지에 전제로 고려해 보아야 한다.³⁶⁾

(2) 음행매개죄

형법 제242조는 음행매개죄³⁷⁾를 규정하고 있다. 음행매개죄는 단순히 그 자체만으로는 범죄가 되지 않을 수 있고 영리의 목적으로 음행을 매개하는 행위의 사회적 해악성에 의하여 독립적 범죄로 규정한 것이다. 음행매개죄의 보호법익은 선량한 성풍속이나 성도덕 이외에 미성년자의 건전한 성적 발육이나 음행의 상습 없는 부녀의 성적 자유도 부차적 보호법익이라고 한다.³⁸⁾ 따라서 형법 이외에 성매매처벌법과 청소년 보호법에서도 규정하고 있다.

(3) 음화반포등죄 / 음란물건제조등 죄

형법 제243조는 음화반포등죄³⁹⁾를, 제244조는 음란물건제조등죄⁴⁰⁾를 규정하고 있다. 위 두 범죄의 보호법익 역시 선량한 성풍속 내지 성도덕이다.

35) 오영근, “성풍속에 관한 죄의 개정방안”, 『형사법 개정 연구 자료집』법무부, 2008, 648면.

36) 헌법재판소 2001. 10. 25. 자 2000헌바60 결정: 헌법재판소 2008. 10. 30. 자 2007헌가17 결정 참조.

37) 제242조 [음행매개] 영리의 목적으로 미성년 또는 음행의 상습 없는 부녀를 매개하여 간음하게 한자는 3년 이하의 징역 또는 1천500만원이하의 벌금에 처한다.

38) 배종대, 『형법각론』, 홍문사, 2005, 129면 : 이재상, 『형법각론』, 박영사, 36면 : 임용, 『형법각론』법문사, 2003, 718면.

39) 제243조 [음화반포등] 음란한 문서, 도화, 필름 기타 물건을 반포, 판매 또는 임대하거나 공연히 전시 또는 상영한 자는 1년 이하의 징역 또는 500만원이하의 벌금에 처한다.

40) 제244조 [음란물건제조등] 제243조의 행위에 공할 목적으로 음란한 물건을 제조, 소지, 수입 또는 수출한 자는 1년 이하의 징역 또는 500만원이하의 벌금에 처한다.

(4) 공연음란죄

형법 제245조는 공연음란죄⁴¹⁾를 규정하고 있다. 공연음란죄의 성립에 관하여 행위의 수위, 경향성 등 그 해석상 논란이 분분하다. 그러나 그 보호법익이 건전한 성도덕 내지 성풍속이라는 것은 분명하다.

나. 특별법상의 범죄

(1) 성매매처벌법상의 범죄

(가) 성매매행위

성매매처벌법은 제2조 제1항 제1호에서 성매매행위⁴²⁾에 대해 규정하고 있다. 성매매행위는 확정되는 피해자를 대상으로 하는 것이 아니라 사회의 일반적 도덕성과 성풍속이 피해의 대상이라 할 수 있다. 따라서 성매매행위 관한 보호법익은 건전한 성도덕 혹은 성풍속이다.

(나) 성매매알선등 행위

성매매처벌법은 제2조 제1항 제2호에서 성매매알선등 행위⁴³⁾를 규정하고 성매매알선등 행위를 한 자를 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다.

성매매알선등 행위는 성매매처벌법의 다른 범죄와는 달리 개인적 법익에

41) 제245조 [공연음란] 공연히 음란한 행위를 한자는 1년 이하의 징역, 500만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처한다.

42) 제2조 [정의]

① 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “성매매”란 불특정인을 상대로 금품이나 그 밖의 재산상의 이익을 수수(收受)하거나 수수하기로 약속하고 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 하거나 그 상대방이 되는 것을 말한다.

가. 성교행위

나. 구강, 항문 등 신체의 일부 또는 도구를 이용한 유사 성교행위

43) “성매매알선 등 행위”란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 하는 것을 말한다.

가. 성매매를 알선, 권유, 유인 또는 강요하는 행위

나. 성매매의 장소를 제공하는 행위

다. 성매매에 제공되는 사실을 알면서 자금, 토지 또는 건물을 제공하는 행위

관한 죄의 성격을 가지고 있다. 제2조 제1항 제2호 가목에서 '강요하는 행위'를 규정함으로써, 개인의 의사결정의 자유를 침해하는 개인적 법익의 성격을 나타내며, 나목과 다목은 보호법익이 건전한 성도덕 혹은 성풍속이지만 성매매 범죄보다 무겁게 처벌하기 위하여 독립된 범죄로 규정하고 있다.

(다) 성매매목적으로 고용·모집행위, 직업소개·알선등행위 및 광고행위
성매매처벌법은 제4조 제4호 및 제5호에서 성매매목적의 고용, 모집행위, 직업소개, 알선행위와 그 광고행위를 하는 경우 이를 처벌하도록 규정하고 있다.⁴⁴⁾ 또한 제19조 제2항, 제20조 제2항 및 제3항에서는 이들 행위를 영업적으로 하거나 대가를 받은 사람들에게 대해서는 가중처벌도 규정하고 있다.

위 범죄들 역시 피해자를 특정할 수 없는 범죄로서 그 보호법익은 건전한 성도덕 혹은 성풍속이라 할 수 있겠으며, 성매매 또는 알선 등 행위의 예비·음모나 방조범적 성격을 가지지만, 성매매 범죄보다 무겁게 처벌하기 위하여 독립된 범죄로 규정 한다 볼 수 있다.

(라) 성매수 권유 또는 유인 내용의 광고행위

성매매처벌법 제20조 제1항 제3호⁴⁵⁾는 성매매 권유, 유인을 내용으로 하는

-
- 44) 제4조 [금지행위] 누구든지 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.
1. 성매매
 2. 성매매알선 등 행위
 3. 성매매 목적의 인신매매
 4. 성을 파는 행위를 하게 할 목적으로 다른 사람을 고용·모집하거나 성매매가 행하여진다는 사실을 알고 직업을 소개·알선하는 행위
 5. 제1호, 제2호 및 제4호의 행위 및 그 행위가 행하여지는 업소에 대한 광고행위
- 45) 제20조(벌칙)
- ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.
 1. 성을 파는 행위 또는 「형법」 제245조에 따른 음란행위 등을 하도록 직업을 소개·알선할 목적으로 광고(각종 간행물, 유인물, 전화, 인터넷, 그 밖의 매체를 통한 행위를포함한다. 이하 같다)를 한 사람
 2. 성매매 또는 성매매알선 등 행위가 행하여지는 업소에 대한 광고를 한 사람
 3. 성을 사는 행위를 권유하거나 유인하는 광고를 한 사람
 - ② 영업으로 제1항에 따른 광고물을 제작·공급하거나 광고를 게재한 사람은 2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

광고행위를 처벌하도록 규정하고 있다. 위의 범죄 역시 건전한 성도덕 혹은 성풍속이라는 보호법익을 가지며 성매매 범죄보다 무겁게 처벌하기 위하여 독립된 범죄로 규정하고 있다.

(2) 청소년성보호법상의 범죄

청소년성보호법은 제1조에서 “이 법은 아동·청소년대상 성범죄의 처벌과 절차에 관한 특례를 규정하고 피해아동·청소년을 위한 구제 및 지원절차를 마련하며 아동·청소년대상 성범죄자를 체계적으로 관리함으로써 아동·청소년을 성범죄로부터 보호하고 아동·청소년이 건강한 사회구성원으로 성장할 수 있도록 함을 목적으로 한다.”라고 이 법의 목적을 규정하고 있다.

즉, 청소년의 성에 관한 의사결정을 자유로운 의사결정으로 보지 않고 사회나 부모의 관심사로 돌려, 청소년의 성에 관한 의사결정을 침해하는 행위는 청소년의 개인적 법익을 해하는 행위가 아닌 사회적 법익을 침해하는 행위로 보는 것이다. 따라서, 이 법의 목적은 아동·청소년의 개인적 법익을 보호하기 보다는 청소년의 성적 건전육성이라는 사회적 법익을 보호하는 것이라 할 수 있다.

(가) 아동·청소년이용음란물의 제작·배포

청소년성보호법 제8조는 아동·청소년을 이용하여 음란물을 제작, 수입, 배포하는 경우 이를 처벌하도록 규정하고 있다.⁴⁶⁾ 이들 범죄는 형법의 음란물죄

③ 영업으로 제1항에 따른 광고물이나 광고가 게재된 출판물을 배포한 사람은 1년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

46) 제8조 [아동·청소년이용음란물의 제작·배포 등]

- ① 아동·청소년이용음란물을 제작·수입 또는 수출한 자는 5년 이상의 유기징역에 처한다.
- ② 영리를 목적으로 아동·청소년이용음란물을 판매·대여·배포하거나 이를 목적으로 소지·운반하거나 공연히 전시 또는 상영한 자는 7년 이하의 징역에 처한다.
- ③ 자신이 관리하는 정보통신망에서 아동·청소년이용음란물을 발견하기 위하여 대통령령으로 정하는 조치를 취하지 아니하거나 발견된 아동·청소년이용음란물을 즉시 삭제하고, 전송을 방지 또는 중단하는 기술적인 조치를 취하지 아니한 온라인서비스제공자는 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 온라인서비스제공자가 정보통신망에서 아동·청소년이용음란물을 발견하기 위하여 상당한 주의를 기울이지 아니하였거나 발견된 아동·청소년이용음란물의 전송을 방지하거나 중단시키고자 하였으나 기술적으로 현저히 곤

와 유사하지만, 청소년을 매개로한 음란물이라는 점에서 형벌을 가중하고 있으며, 이들 범죄의 보호법익은 협의로 아동·청소년의 성적 건전 육성이며 광의로 건전한 성풍속과 성도덕이라 할 수 있다.

(나) 아동·청소년 성매수죄

청소년성보호법 제10조는 아동·청소년 성매수죄⁴⁷⁾를 규정하고 있다. 이는 성매매법상의 매매죄에도 해당하지만, 그 대상이 청소년이라는 점에서 형벌의 가중되는 것이다. 아동·청소년성매수죄의 보호법익은 협의로는 아동·청소년의 성적 건전 육성을 보호법익으로 하고, 광의로는 건전한 성풍속과 성도덕을 보호법익으로 한다.

(다) 아동·청소년 성매수 강요·유인·권유행위

청소년성보호법은 아동·청소년의 성을 사기 위하여 유인 하거나 팔도록 권유하는자(제10조 제2항), 폭행이나 협박, 위계나 선불금·그 밖의 채무를 이용, 업무 고용이나 그 밖의 관계로 자신의 지배력을 이용 아동·청소년을 성을 사는 행위의 상대방이 되게 하는 자(제11조 제1항 제1호, 제2호, 제3호), 영업으로 아동·청소년을 성을 사게하는 행위의 상대방이 되도록 유인·권유한 자(제11조 제1항 제4호) 등의 처벌을 규정하고 있다. 위의 법들 역시 성매매처벌법 상의 범죄와 같지만 그 대상이 아동·청소년이라는 점에서 가중 처벌하고 있다.

란한 경우에는 그러하지 아니하다.

④ 아동·청소년이용음란물을 배포하거나 공연히 전시 또는 상영한 자는 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

⑤ 아동·청소년이용음란물을 소지한 자는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

⑥ 아동·청소년이용음란물을 제작할 것이라는 정황을 알면서 아동·청소년을 아동·청소년이용음란물의 제작자에게 알선한 자는 1년 이상 10년 이하의 징역에 처한다.

⑦ 제1항의 미수범은 처벌한다.

47) 제10조 [아동·청소년의 성을 사는 행위 등]

① 아동·청소년의 성을 사는 행위를 한 자는 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

② 아동·청소년의 성을 사기 위하여 아동·청소년을 유인하거나 성을 팔도록 권유한 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

위 법의 규정들 중 협박·위계·채무의 이용 등은 강요죄로서 개인적 보호 법익의 필요성이 있다 하겠으나 이 역시 앞의 성매매처벌법상의 강요죄와 같이 광의적으로는 건전한 성풍속과 성도덕이라는 사회적 보호 법익에 내포 될 수 있을 것이다. 나머지 법규들은 청소년성보호법의 규정들과 같이 아동·청소년 성적 건전 육성과 성풍속과 성도덕을 보호법익으로 한다 할 수 있다.

(라) 알선영업행위 등

청소년성보호법은 아동·청소년의 성을 사는 행위의 장소를 제공하는 행위를 업으로 하는 자, 성을 사는 행위를 알선하거나 정보통신망에서 알선정보를 제공하는 행위를 업으로 하는 자, 위 두 가지의 행위 사실을 알면서 자금·토지 또는 건물을 제공하는 자, 영업으로 아동·청소년의 성을 사는 행위의 장소를 제공·알선하는 업소에 아동·청소년을 고용하도록 한 자를 7년 이상의 유기 징역에 처하며(제11조 제1항), 영업으로 아동·청소년의 성을 사는 행위를 하도록 유인·권유 또는 강요한 자, 성을 사는 행위의 장소를 제공한자, 성을 사는 행위를 알선하거나 정보통신망에서 알선정보를 제공한 자, 장소를 제공하거나 알선을 약속한 자는 7년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다(제11조 제2항)고 규정하고 있다.

이들 범죄 역시 성매매처벌법에 내포되어 있으나 대상이 아동·청소년으로 처벌이 가중된다. 이 범죄들의 역시 아동·청소년 성적 건전 육성과 성풍속과 성도덕을 보호법익으로 한다 할 수 있겠다.

III. 독일, 일본 형법의 성적 행위의 범죄화⁴⁸⁾

앞에서는 우리 형법이 개인의 성적 자기결정권을 침해하거나 성도덕을 침해, 위태화하는 행위를 어떻게 범죄화하고 있는지 살펴보았다. 여기에서는 우리 법제 형성에 많은 영향을 준 일본과 독일은 성적 행위를 어떠한 방식으로

48) 독일, 일본 형법과의 비교는 오영근, “성풍속에 관한 죄의 개선방안”, 『형사법 개정 연구자료집』, 법무부와 법무부에서 배부한 독일형법, 일본형법 번역본을 참조하였음을 밝힌다.

범죄화 하는지 살펴보고 이를 우리 형법과 비교해보고자 한다.

1. 독일의 성적 행위에 관한 범죄화

독일형법은 제3편 각칙 제12장과 제13장에서 성적 행위와 관련된 죄들을 규정하고 있다. 우리 형법상의 성적 행위에 대한 처벌규정과 유사한 내용을 담고 있는 부분은 각칙 제12장 신분, 혼인 및 가정에 대한 죄, 제13장 성적 자기결정에 대한 죄가 있다. 특징적인 것이라면 성적 행위에 관한 죄를 규율하는 장의 이름이 '성적 자기결정에 관한 죄' 라고 하여 보호법의 자체로 되어있다는 점을 들 수 있다. 제13장의 '성적 자기결정에 관한 죄'에 규정된 범죄들은 장의 제목과 같이 모두 피해자의 성적 자기 결정권을 그 보호법익으로 한다. 독일형법은 특히 1996년 이후 아동에 대한 성범죄가 증가하면서 그 영향으로 1998년 형법 개정에서 성범죄와 관련된 규정의 처벌정도를 상향조정 하였다.

가. 중혼죄

독일형법 제172조는 중혼죄⁴⁹⁾를 규정하고 있다. 중혼죄는 국가의 혼인질서를 그 보호법익으로 한다.

나. 근친상간죄

독일형법 제173조는 근친상간죄⁵⁰⁾를 규정하고 있다. 근친상간죄는 혼인과 가정의 질서 및 배우자의 통일성을 그 보호법익으로 한다.

49) 제172조 [중혼] 혼인 중에 있는 자로서 혼인한 자 또는 기혼자와 혼인한 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

50) 제173조 [근친상간]

- ① 혈연관계에 있는 비속과 성교한 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.
- ② 직계존속과 성교한 자는 2년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다. 친족관계가 소멸한 경우에도 또한 같다. 상간한 친형제자매도 제1문과 동일하게 처벌한다.
- ③ 행위 당시 18세에 이르지 아니한 비속 및 형제자매는 동 조항에 따라 처벌하지 아니한다.

다. 피보호자에 대한 성적남용죄

독일형법 제174조는 피보호자에 대한 성적남용죄를 규정하고 있다. 51) 제 174조의 '성적남용'을 간음으로 번역하는 경우도 있으나 여기서는 간음뿐 아니라 유사 성행위나 추행행위까지 더 넓은 성적 행위를 포함하는 개념으로 봐야하므로 성적남용으로 보는 것이 타당하다. 52) 피보호자에 대한 성적남용죄의 보호법익은 피보호자의 성적 자기결정권이다.

라. 피구금자, 관청에 감호된자, 시설 내 피치료자와 요부조자에 대한 성적 남용죄

독일형법 제174a조는 피구금자, 관청에 감호된자, 시설 내 피치료자와 요부조자에 대한 성적 남용죄⁵³⁾를 규정하고 있다. 이 범죄의 보호법익은 피구금

51) 제174조 [피보호자에 대한 성적 남용]

- ① 다음 각호의 1에 해당하는 사람에 대하여 성적 행동을 하거나 또는 피보호자들로 하여금 자기에 대하여 성적 행동을 하도록 시키는 자는 3월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다.
 1. 교육, 직업교육, 생활보호를 위하여 위탁된 15세 미만자.
 2. 교육, 직업교육, 보호·업무·고용관계로 인한 종속성을 남용하여 교육·직업교육, 생활보호를 위하여 위탁되거나 업무 또는 고용관계에 속하는 18세 미만자
 3. 18세에 이르지 아니한 친자 또는 양자
- ② 전항 제1호 내지 제3호의 조건 하에서 자기 또는 피보호자를 성적으로 흥분시키기 위하여 다음 각호의 1과 같이 행한 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.
 1. 피보호자 앞에서 성적 행동을 하는 행위
 2. 피보호자로 하여금 자신 앞에서 성적 행동을 하게 하는 행위
- ③ 미수범은 처벌한다.
- ④ 제1항 제1호의 경우 또는 이와 관련된 제2항의 경우에서 법원은 피보호자의 행동을 고려할 때 그 불법이 경미한 경우에는 동조에 의한 형을 면제할 수 있다.

52) 법무부, 「독일형법번역」, 법무부 2008, 140면

53) 제174조a[피구금자, 관청에 감호된자, 시설 내 피치료자와 요부조자에 대한 성적 남용]

- ① 교육, 직업교육, 감독 또는 보호를 위하여 위탁된 피구금자 또는 피감호자에 대하여 그 지위를 남용하여 성적 행동을 하거나, 또는 피구금자 또는 피감호자로 하여금 자기에 대하여 성적 행동을 하게한 자는 3월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다.
- ② 치료 또는 도움을 요하는 사람을 위한 시설에 수용된 자 및 감독 또는 보호를 위하여 위탁된 자에 대하여 질병 또는 요구호 상태를 악용하여 성적 행동을 하거나 또는 그들로 하여금 자기에 대하여 성적 행동을 하게 함으로써 그들을 남용한 자도 전항과 동일하게 처벌한다.

자, 감호된자, 피치료자 등의 성적 자기결정권이다.

마. 공무원 직위를 악용한 성적 남용죄

독일형법 제174b조는 공무원 직위를 악용한 성적 남용죄⁵⁴⁾를 규정하고 있다. 공무원 직위를 악용한 성적 남용죄는 공무원이 그 직위를 이용하여 성적 남용을 행할 경우 이를 처벌하기 위하여 규정된 죄이다.

바. 자문관계, 치료관계 또는 보호관계를 악용한 성적 남용죄

독일형법 제174c조는 자문관계, 치료관계 또는 보호관계를 악용한 성적 남용죄⁵⁵⁾를 규정하고 있다. 제174c조는 자문관계 등의 특별한 보호관계에 있어서 보호받을 필요 있는 자가 이를 악용하는 자에 의하여 성적 자기결정권을 침해하는 것을 막기 위하여 규정된 죄이다.

사. 아동에 대한 성적 남용죄

독일형법 제176조는 아동에 대한 성적 남용죄⁵⁶⁾를 규정하고 있다. 아동에

③ 미수범은 처벌한다.

54) 제174조b [공무원 직위를 악용한 성적 남용]

① 형사소송절차 또는 자유 박탈적 보안처분의 신고절차 또는 관청의 감호절차에 참여하는 공무원으로서 그 절차에 근거한 종속관계를 악용하여 그 절차의 대상자에 대하여 성적 행동을 하거나 그들로 하여금 자기에 대하여 성적 행동을 하거나 그들로 하여금 자기에 대하여 성적 행동을 하게 한 자는 3월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다.

55) 제174조c [자문관계, 치료관계 또는 보호관계를 악용한 성적 남용]

① 정신적·심적 질병 또는 중독에 의한 장애 또는 신체적 질병 또는 장애 때문에 자문, 치료 또는 보호를 위하여 위탁받은 자에 대하여 자문, 치료 또는 보호관계를 악용하여 성적 행동을 하거나 또는 그들로 하여금 자기결정에 대하여 성적 행동을 하게 한 자는 3월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다.

② 정신치료를 위하여 위탁된 자에게 치료관계를 악용하여 성적 행위를 하거나 또는 그들로 하여금 자기에 대하여 하게 한 자도 전항과 동일하게 처벌한다.

③ 미수범은 처벌한다.

56) 제176조 [아동에 대한 성적 남용]

대한 성적 남용죄의 보호법익은 아동의 성적 자기결정권이다.

아. 아동에 대한 중한 성적 남용죄

독일형법은 제176a조에서 아동에 대한 중한 성적 남용죄⁵⁷⁾를 규정하고 있

- ① 14세 미만자(아동)에 대하여 성적 행동을 하거나 아동으로 하여금 자기에 대하여 성적 행동을 하게 한 자는 6월 이상 10년 이하의 자유형에 처한다.
 - ② 아동을 교사하여 제3자에 대하여 성적 행동을 하게 하거나 그에 대한 제3자의 성적 행동을 용인·유발하도록 하게 한 자도 전항과 동일하게 처벌한다.
 - ③ 특히 중한 경우에는 1년 이상의 자유형에 처한다.
 - ④ 다음 각호에 해당하는 자는 3월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다.
 1. 아동에 대하여 성적 행동을 한 자
 2. 아동으로 하여금 자기에 대하여 성적 행동을 하게 한 자
 3. 행위자 또는 제3자에 대하여 또는 그들 앞에서 성적 행동을 하거나 또는 행위자 또는 제3자로 하여금 아동에 대하여 성적 행동을 하게 하기 위하여 문서(독일 형법제11조 제3항)를 통해 아동에게 영향을 미친 자
 4. 음란도화나 음란표현물의 게시, 음란한 내용의 테이프의 상연 또는 그에 준하는 대화를 통해 아동에게 영향을 미친 자
 - ⑤ 제1항 내지 제4항에 따른 행동을 아동에게 제안하거나 또는 알선을 약속한 자 또는 다른 사람과 함께 그러한 행동을 약속한 자는 3월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다.
 - ⑥ 미수범은 처벌한다. 이는 제4항 제3호 제4호 그리고 제5항에 의한 행위에는 적용되지 아니한다.
- 57) 제176조a [아동에 대한 중한 성적 남용]
- ① 제176조 제1항 및 제2항의 경우에 해당하는 아동에 대한 성적 남용은 행위자가 지난 5년 사이에 그러한 범죄로 유죄판결을 받았던 경우, 1년 이상의 자유형에 처한다.
 - ② 제176조 제1항 및 제2항의 경우에서 다음 각호의 1에 해당하는 아동에 대한 성적 남용은 2년 이상의 자유형에 처한다.
 1. 18세 이상인 자가 아동과 성교하거나 또는 신체 침입과 관련된 유사 성행위를 하거나 또는 아동으로 하여금 자기에 대하여 유사 성행위를 하게 한 경우
 2. 다수에 의해 범죄가 공동으로 범해지는 경우
 3. 행위자가 아동에게 범죄를 통하여 중대한 건강상의 훼손위험 또는 신체적 또는 정신적 성장에 현저한 훼손을 가져온 경우
 - ③ 제176조 제1항 내지 제3항, 제4항 제1호 또는 제2호 또는 제176조 제6항의 경우에서 정범 또는 다른 공범으로서 고의로 제184조b 제1항 내지 제3항에 따라 유폐될 음란문서(제11조 제3항)의 대상물을 위한 행위를 한 자는 2년 이상의 자유형에 처한다.
 - ④ 제1항의 중하지 아니한 경우에 대하여는 3월 이상 5년 이하의 자유형, 제2항의 중하지 아니한 경우에 대하여는 1년 이상 10년 이하의 자유형에 처한다.
 - ⑤ 제176조 제1항 내지 제3항의 경우에서 행위 중에 아동에게 신체적으로 중한 남용을 하거나 또는 행위를 통해 사망의 위험을 야기한 자는 5년 이상의 자유형에 처한다.
 - ⑥ 제1항의 기간에 행위자가 당국의 선고로 시설에 감호 된 기간은 산입하지 아니한다. 외

자. 제176조의 아동에 대한 중한 성적 남용죄는 아동에 대한 성적 남용죄에 대한 가중처벌규정에 해당한다.

차. 아동에 대한 성적 남용에 의한 치사죄

독일형법은 제176b조에서 아동에 대한 성적 남용에 의한 치사죄⁵⁸⁾를 규정하고 있다. 아동에 대한 성적 남용에 의한 치사죄는 아동에 대한 성적남용죄를 범한 자가 아동을 사망에 이르게 한 경우 이를 가중처벌하는 규정이다.

카. 성적강요, 강간죄

독일형법은 제177조에서 성적강요, 강간죄⁵⁹⁾를 규정하고 있다. 성적강요, 강

국에서 판결 받은 행위는 독일 형법에 따라 제176조 제1항 또는 제2항에 의한 행위라면 제1항의 경우에서 국내에서 판결 받은 행위와 동등하다.

58) 제176조b [아동에 대한 성적 남용에 의한 치사] 행위자가 성적 남용(제176조 및 제176조a)을 통해 중과실로 아동의 죽음을 야기한 경우에는 무기 또는 10년 이상의 자유형에 처한다.

59) 제177조 [성적 강요, 강간]

① 타인에게 자신 또는 제3자의 성적 행동을 참도록 하거나 또는 자신이나 제3자에 대하여 성적 행동을 하도록 다음 각호의 1과 같이 강요한 자는 1년 이상의 자유형에 처한다.

1. 폭행과 함께
2. 신체 또는 생명에 대한 현재의 위협에 대한 협박을 통해
3. 피해자가 무방비 상태로 행위자의 영향에 방치되어 있는 상황을 악용하여

② 특히 중한 경우에는 2년 이상의 자유형에 처한다. 특별한 사정이 없는 한 다음 각호의 1에 해당하면 특히 중한 경우로 본다.

1. 행위자가 피해자와 함께 성교하거나 또는 피해자에 대하여 상당히 수치스러운, 특히 신체 침입과 관련된 유사 성행위를 하거나 또는 피해자로 하여금 자기에 대하여 유사 성행위를 하게 한 경우(강간)
2. 다수에 의해 범죄가 공동으로 범해지는 경우

③ 다음 각호의 1에 해당하는 자는 3년 이상의 자유형에 처한다.

1. 무기 또는 다른 위험한 물건을 지닌 자
2. 폭행 또는 폭력을 고지한 협박을 통해 다른 사람의 반항을 폭력으로 저해하거나 또는 극복하기 위하여 그 밖의 물건 또는 도구를 지닌 자
3. 행위를 통해 피해자를 중한 건강상 훼손의 위협에 빠뜨린 자

④ 다음 각호의 1에 해당하는 자는 5년 이상의 자유형에 처한다.

1. 행위 중에 무기 또는 다른 위험한 물건을 사용한 자
2. 피해자를
 - a) 행위 중에 신체적으로 중하게 남용한 자

간죄의 보호법익은 피해자의 성적 자기결정권이다.

타. 성적 강요 및 강간에 의한 치사죄

독일형법 제178조는 성적 강요 및 강간에 의한 치사죄⁶⁰⁾를 규정하고 있다. 성적 강요 및 강간에 의한 치사죄는 성적 강요 및 강간죄를 범한 자가 그 행위로 사람을 사망에 이르게 한 때 이를 가중처벌하는 규정이다.

파. 항거불능자에 대한 성적 남용죄

독일형법 제179조는 항거불능자에 대한 성적 남용죄⁶¹⁾를 규정하고 있다. 항거불능자에 대한 성적 남용죄의 보호법익은 항거불능자의 성적 자기결정권이다.

b) 행위를 통해 사망의 위험에 빠뜨린 자

- ⑤ 제1항의 중하지 아니한 경우에 대해서는 6월 이상 5년 이하의 자유형에 처하고, 제3항과 제4항의 중하지 아니한 경우에 대해서는 1년 이상 10년 이하의 자유형에 처한다.
- 60) 제178조 [성적 강요 및 강간에 의한 치사] 행위자가 성적 강요 또는 강간 (177조)을 통해 중과실로 피해자의 사망을 야기한 자는 무기 또는 10년 이상의 자유형에 처한다.
- 61) 제179조 [항거불능자에 대한 성적 남용] ① 다음 각호의 1에 해당하는 타인의 항거 불능인 상태를 남용하여 타인에 대하여 성적 행동을 하거나 또는 타인으로 하여금 자기에 대하여 성적 행동을 하게 한 자는 6월 이상 10년 이하의 자유형에 처한다.
1. 정신적·심리적 질병 또는 중독과 관련된 장애 또는 심한 의식장애로 항거불능인 자
 2. 신체적으로 항거불능인 자
- ② 항거불능상태의 남용 하에 제3자에 대하여 성적 행동하게 하거나 또는 제3자로 하여금 자신에게 하도록 하는 것을 통해 항거불능상태인 자(제1항)를 남용한 자도 동일하게 처벌한다.
- ③ 특히 중한 경우에 대해서는 1년 이상의 자유형에 처한다.
- ④ 미수범은 처벌한다.
- ⑤ 다음 각호의 1에 해당하는 경우 2년 이상의 자유형에 처한다.
1. 행위자가 피해자와 함께 성교하거나 또는 피해자에 대하여 신체 침입과 관련된(강간) 유사 성행위를 하거나 또는 피해자로 하여금 자신에 대하여 유사 성행위를 하게 한 경우
 2. 다수에 의해 범죄가 공동으로 범해지는 경우
 3. 행위자가 피해자에 대한 행위로 중한 건강상의 훼손위험 또는 신체적·정신적 발전에 현저한 훼손을 야기하는 경우
- ⑥ 제5항의 중하지 아니한 경우에 대하여는 1년 이상 10년 이하의 자유형에 처한다.
- ⑦ 제177조 제4항 2호 및 제178조는 동일하게 적용된다.

하. 미성년자의 성적 행위 조장죄

독일형법 제180조는 미성년자의 성적 행위 조장죄⁶²⁾를 규정하고 있다. 미성년자의 성적 행위 조장죄의 보호법익은 미성년자의 성적 자기결정권이다.

거. 매춘자착취죄

독일형법 제180a조는 매춘자착취죄⁶³⁾를 규정하고 있다.

너. 음행매개죄

독일형법 제181a조는 음행매개죄⁶⁴⁾를 규정하고 있다. 이 범죄의 보호법익은

62) 제180조 [미성년자의 성적 행위 조장]

① 제3자에 대하여 또는 제3자 앞에서 16세 미만자의 성적 행위 또는 제3자로 하여금 16세 미만자에게 성적 행위를 다음 각호의 1에 해당하는 것을 통해 조장한 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

1. 중개를 통해
2. 보증 또는 기회 마련을 통해

제1문 제2호는 미성년자를 보호할 권리가 있는 자가 행위한 경우에는 이를 준용하지 아니한다. 보호할 권리가 있는 자가 (성적 행위의) 조장을 통해 교육의무를 상당히 침해한 경우에는 이를 적용하지 아니한다.

② 18세 미만자가 대가를 받고 제3자 앞에서 성적 행위를 하거나, 제3자로 하여금 자신에게 성적 행위를 하도록 하거나 또는 중개를 통해 그러한 행위를 조장한 자는 5년이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

③ 교육, 직업교육 또는 보호를 위하여 생활을 위탁하고 있거나 또는 임무 또는 노동 관계의 범위 내에서 따르고 있는 18세 미만자를 교육관계·직업교육관계·보호관계·임무관계·노동관계와 관련하여 종속되어 있는 것을 남용하여 제3자에 대하여 또는 제3자 앞에서 성적 행위를 하도록 허용하게 한자는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

④ 제2항 및 제3항의 경우 미수범은 처벌한다.

63) 제180조a [매춘자 착취]

① 매춘자를 종사시켜 개인적 또는 경제적인 종속 안에서 (매춘)행위를 시키는 기업을 영업적으로 유지하거나 또는 이끈 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

② 다음 각호의 1에 해당하는 자도 동일하게 처벌된다.

1. 18세 미만자에게 매춘의 실행을 위하여 주거, 영업적인 숙소 또는 영업적인 거소를 제공한 자
2. 매춘의 실행을 위하여 주거를 제공한 타인에 대하여 매춘을 독려하거나 매춘과 관련하여 착취한 자

성적 자기결정권이다.

더. 청소년에 대한 성적 남용죄

독일형법 제182조는 청소년에 대한 성적 남용죄⁶⁵⁾를 규정하고 있다. 청소년에 대한 성적 남용죄의 보호법익은 청소년의 성적 자기결정권이다.

러. 음부노출행위의 죄

독일 형법 제183조는 음부노출행위의 죄⁶⁶⁾에 대하여 규정하고 있다. 이 범

64) 제181조a [음행매개]

- ① 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 하고 그와 관련하여 일회성을 넘어서는 관계를 유지한 자는 6월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다.
 - 1. 윤락행위를 하는 타인을 착취하는 행위
 - 2. 영리를 위하여 매춘의 실행 시 타인을 감독하거나 매춘실행의 장소, 시간, 정도 또는 기타 상황을 정하거나 또는 매춘의 중지를 방해하는 처분을 하는 행위
- ② 성교의 알선을 통해 영업적으로 타인의 매춘행위를 조장하고 그와 관련하여 일회성을 넘어서는 관계를 유지하는 것을 통해 타인의 개인적 또는 경제적 독립성을 침해하는 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.
- ③ 제1항 제1호 및 제2호에 언급된 행위 또는 제2항에 언급된 조장행위를 배우자에게 시도한 자도 제1항 및 제2항에 의해 처벌된다.

65) 제182조[청소년에 대한 성적 남용]

- ① 16세 미만자에 대하여 다음 각호의 1에 해당하는 남용을 한 18세 이상의 자는 5년이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.
 - 1. 강제(꺾박)상태를 악용하거나 또는 대가를 지급하고 16세 미만자에 대하여 성적 행동을 하거나 그로 하여금 자신에 대하여 성적 행동을 하게 하는 경우
 - 2. 강제상태를 악용하여 16세 미만자로 하여금 제3자에 대하여 성적 행동을 하게 하거나 또는 제3자로 하여금 16세 미만자에 대해 성적 행동을 하게 하는 경우
- ② 16세 미만자에 대하여 다음 각호의 1에 해당하는 남용과 피해자의 성적 자기결정능력이 없음을 악용한 21세 이상인 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.
 - 1. 16세 미만자에 대하여 성적 행동을 하거나 또는 그로 하여금 자신에 대하여 성적 행동을 하게 하는 경우
 - 2. 16세 미만자로 하여금 제3자에 대하여 성적 행동을 하게 하거나 또는 제3자로 하여금 그에 대하여 성적 행동을 하게 하는 경우
- ③ 제2항의 경우에서 형사소추기관이 형사소추에 관한 특별한 공익을 이유로 직권에 의한 개입이 필요하다고 확정하지 않는 한, 행위는 고소가 있어야만 소추된다.
- ④ 제1항 및 제2항의 경우에서 법원은 행위대상의 태도를 고려하여 행위의 불법이 경미한 경우에는는 동조에 의한 형을 면제할 수 있다.

죄의 보호 법익은 건전한 성풍속과 성도덕의 조성이라 볼 수 있다.

머. 공연음란죄

독일 형법 제183조a에서는 공연음란죄⁶⁷⁾에 대하여 규정하고 있다. 이 범죄의 보호 법익은 건전한 성풍속과 성도덕의 조성이라 볼 수 있다.

버. 음란문서반포의 죄

독일 형법 제184조에서는 음란문서반포의 죄⁶⁸⁾에 관하여 규정하고 있다. 이

- 66) 제183조[음부노출행위]
- ① 음부노출행위를 통해 타인에게 혐오감을 준 남자는 1년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.
 - ② 당해행위는 형사소추기관이 형사소추에 관한 특별한 공익을 이유로 직권에 의한 개입이 필요하다고 확정하지 않는 한, 고소가 있어야만 형사 소추된다.
 - ③ 법원은 행위자가 장기 치료행위로 인해 노출행위를 더 이상 하지 아니할 것으로 기대되는 경우에 보호관찰을 조건으로 행장감독의 집행을 유예할 수 있다.
 - ④ 제3항은 다음 각호의 1에 해당하는 규정에 의해 음부노출행위로 인해 남자 또는 여자를 처벌하는 경우에도 적용된다.
 1. (법정형의) 상한을 1년 이하의 자유형 또는 벌금형으로 하고 있는 기타 규정
 2. 제174조 제2항 제1호 또는 제176조 제3항 제1호
- 67) 제183조a [공연음란] 공연히 성적 행위를 하고 이로 인하여 고의로 또는 그 정을 알면서 공분을 야기시킨 자는 그 행위가 제183조에 의해 처벌되지 않는 경우에 1년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.
- 68) 제184조 [음란문서반포]
- ① 음란문서(제11조 제3항)에 관하여 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 한자는 1년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.
 1. 18세 미만자에게 제공, 양여 또는 접근을 용이하게 하는 행위
 2. 18세 미민자가 접근하거나 또는 열람할 수 있는 장소에 전시, 게시, 상영 하거나 또는 접근을 용이하게 하는 행위
 3. 영업장소 외에서의 소매로, 매점 또는 고객의 출입이 잦지 아니한 기타의 판매소에서, 통신판매에 의하여 또는 영업적 도서대여점이나 독서회에서 타인에게 제공하거나 양여 하는 행위
 - 3a. 18세 미민자의 출입 또는 그 열람이 불가능한 점포를 제외한 영업적 임대 또는 이와 유사한 영업적 사용보장에 의하여 타인에게 제공하거나 양여하는 행위
 4. 통신판매의 방법으로 반입을 기도하는 행위
 5. 18세 미민자가 출입 또는 열람할 수 있는 장소에서 공연히 또는 해당상점과의 영업거래 외에서의 문서의 반포를 통하여 양여, 광고, 선전하는 행위

는 18세 미만자의 보호를 위한 것으로서 청소년의 건전 성육성과 건전한 성
 풍속과 성도덕의 조성이라고 볼 수 있을 것이다.

서. 동물음란물의 반포의 죄

독일 형법 제184조a에서는 동물음란물의 반포⁶⁹⁾의 죄를 규정하고 있다. 이
 범죄의 보호법익은 건전한 성풍속과 성도덕의 조성이라 볼 수 있을 것이다.

어. 아동음란물의 반포, 취득 및 소유

독일 형법 제184조b에서는 아동음란물의 반포, 취득 및 소유의 죄⁷⁰⁾를 규정

-
- 6. 타인의 요청 없이 이를 타인에게 송부하는 행위
 - 7. 그 전부 또는 주요부분의 상영을 조건으로 한 대가를 받고 필름을 공개 상영하는 행위
 - 8. 음란문서 또는 이를 통하여 취득한 정보를 제1호 내지 제7호의 방법으로 사용하거나 타인의 사용을 가능하게 하기 위하여 제조, 취득, 인도, 보관 또는 수입하는 행위
 - 9. 해당 국가의 형법법규에 위반하여 음란문서 또는 이로부터 취득한 정보를 국외에 반포하거나 공연히 전달하거나 또는 그와 같은 사용을 가능하게 하기 위하여 이를 수출하는 행위
 - ② 사람을 보호할 권한이 있는 자가 행위한 경우에는 제1항 제1호는 준용하지 아니한다. 이는 보호할 권한이 있는 자가 제공, 양여 또는 접근하게 하는 것을 통해 자신의 교육의무를 상당히 위반한 경우에도 적용되지 아니한다. 영업적 대여거래에서 행하여진 경우에는 제1항 제3a호를 적용하지 아니한다.
 - ③ 내지 ⑦(삭제)
- 69) 제184조a [동물음란물의 반포] 폭력성 또는 동물과의 성적 행위를 내용으로 하는 음란물(제11조 제3항)에 관하여 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 한 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.
- 1. 반포하는 행위
 - 2. 공연히 전시, 게시, 상영하거나 또는 기타 접근을 용이하게 하는 행위
 - 3. 위 문서 또는 이를 통하여 취득한 정보를 제1호 또는 제2호의 방법으로 사용하거나 타인의 사용을 가능하게 하기 위하여 제조, 취득, 인도, 보관, 공여, 광고, 선전, 수입 또는 수출하는 행위
- 70) 제184조b [아동음란물의 반포, 취득 및 소유]
- ① 아동에 대한 성적 남용(176조 내지 176조b)을 내용으로 하는(아동음란물) 음란물에 관하여 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 한 자는 3월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다.
 - 1. 반포하는 행위
 - 2. 공연히 전시, 게시, 상영하거나 또는 기타 접근을 용이하게 하는 행위
 - 3. 위 문서 또는 이를 통하여 취득한 정보를 제1호 또는 제2호의 방법으로 사용하거나 타

하고 있다. 이 범죄의 보호 법익은 아동의 건전한 성육성과 건전한 성품속과 도덕의 조성이라 볼 수 있다.

저. 라디오, 미디어 또는 전신업무 통한 음란공연의 반포

독일 형법 제184조c는 라디오, 미디어 또는 전신업무 통한 음란공연의 반포의 죄⁷¹⁾를 규정하고 있다. 이 범죄의 보호법익은 청소년의 건전한 성육성과 건전한 성품속과 성도덕의 조성이라 볼 수 있다.

처. 금지된 매춘의 수행

독일 형법 제184조d는 금지된 매춘의 수행의 죄⁷²⁾를 규정하고 있다. 이 범죄의 보호법익은 건전한 성품속과 성도덕의 조성이라 볼 수 있다.

인의 사용을 가능하게 하기 위하여 제조, 취득, 인도, 보관, 공여, 광고, 선전, 수입 또는 수출하는 행위

- ② 타인에 대하여 실제로 또는 실제와 유사하게 묘사하고 있는 아동음란물을 소유하도록 기도한 자는 동일하게 처벌된다.
- ③ 제1항 또는 제2항의 경우에 행위자가 영업적으로 또는 당해 범죄의 계속적 수행을 위하여 조직된 조직의 구성원으로서 행위하고 아동음란물이 실제로 또는 실제와 유사하게 묘사하고 있는 경우에는 6월 이상 10년 이하의 자유형에 처한다.
- ④ 자신이 실제로 또는 실제와 유사하게 묘사하고 있는 아동음란물을 소유하도록 기도한 자는 2년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다. 제1문에 언급된 문서를 소유한 자도 동일하게 처벌된다.
- ⑤ 제2항 및 제4항은 적법한 업무·직업적 의무의 이행에 공하는 행위에는 적용되지 아니한다.
- ⑥ 제3항의 경우에 제73조d는 준용된다. 제2항 또는 제4항에 의한 처벌의 대상물은 몰수된다. 제74조a는 준용된다.

- 71) 제184조c [라디오, 미디어 또는 전신업무 통한 음란공연의 반포] 음란공연을 라디오, 미디어 업무 또는 전신업무를 통해 반포한 자는 제184조 내지 제184조b에 의해 처벌된다. 제184조 제1항의 경우 제1문은 음란상영이 기술적 또는 기타 방지책을 통해 18세 미만자가 접근이 용이하지 않다는 것이 확실한 경우에는 미디어 또는 전신업무를 통한 반포에는 준용하지 아니한다.
- 72) 제184조d [금지된 매춘의 수행] 법령을 통해 특정장소에서의 매춘의 절대적 금지 또는 주간의 특정시간대의 매춘의 금지를 지속적으로 위반한 자는 6월 이하의 자유형 또는 180일 수 이하의 벌금형에 처한다.

커. 미성년자위해 매춘

독일 형법 제184조e는 미성년자위해 매춘의 죄⁷³⁾를 규정하고 있다. 이 범죄의 보호법익은 청소년의 건전한 성육성과 건전한 성품속과 성도덕의 조성이라 볼 수 있다.

2. 일본의 성적 행위에 관한 범죄화

일본 형법은 제2편 '죄'에서 형법 각칙을 규정하고 있다. 일본 형법은 유사하게 내란에 관한 죄, 외환에 관한 죄 등의 제목으로 각칙을 구성하고 있다. 이 중 성적 행위와 관련된 죄는 각칙 제22장 외설, 간음 및 중혼죄에서 규정하고 있다. 이 장에는 강간 및 추행의 죄가 함께 규정되어 있다.⁷⁴⁾ 우리 형법과 다른 점은 성적 자기결정권을 침해하는 행위와 성품속, 성도덕을 침해하는 행위를 하나의 장에서 모두 다루고 있다는 점이다.

가. 공연음란죄

일본형법 제174조는 공연음란죄⁷⁵⁾를 규정하고 있다. 공연음란죄의 보호법익은 건전한 성품속과 성도덕이라 할 수 있다.

나. 음란물반포등 죄

일본형법 제175조는 음란물반포등 죄⁷⁶⁾를 규정하고 있다. 음란물반포등 죄

73) 제184조e [미성년자위해 매춘] 매춘을 다음 각호의 1에 해당하는 장소에서 이들을 도덕적으로 해하는 방법으로 행한 자는 1년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

1. 학교인근 또는 기타 18세 미만자가 출입하는 지역
2. 18세 미만자가 거주하는 주택

74) 제176조 내지 제181조

75) 제174조 [공연음란] 공연히 음란한 행위를 한 자는 6월 이하의 징역이나 30만엔 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처한다.

76) 제175조 [음란물 반포 등] 음란한 문서, 도화 그 밖의 물건을 반포 또는 판매하거나 공연

의 보호법의 또한 건전한 성품속과 성도덕이라 할 수 있다.

다. 강제음란죄

일본형법 제176조는 강제음란죄⁷⁷⁾를 규정하고 있다. 강제음란죄의 보호법의 은 피해자의 성적 자유와 성적 자기결정권이라 할 수 있다.

라. 강간죄

일본형법 제177조는 강간죄⁷⁸⁾를 규정하고 있다. 강간죄의 보호법의 은 피해자의 성적 자유와 성적 자기결정권이다.

마. 준강제음란 및 준강간죄

일본형법은 제178조에서 준강제음란 및 준강간죄⁷⁹⁾를 규정하고 있다. 준강제음란 및 준강간죄의 보호법의 은 피해자의 성적 자유와 성적 자기결정권이라 할 수 있다.

바. 집단강간죄

히 진열한 자는 2년 이하의 징역 또는 250만엔 이하의 벌금이나 과료에 처한다. 판매의 목적으로 이들의 물건을 소지한 자도 같다.

77) 제176조 [강제음란] 13세 이상의 남녀에 대하여 폭행 또는 협박으로 음란한 행위를 한 자는 6월 이상 10년 이하의 징역에 처한다. 13세 미만의 남녀에 대하여 음란한 행위를 한 자도 같다.

78) 제177조 [강간] 폭행 또는 협박으로 13세 이상의 여자를 간음하는 자는 강간의 죄로서 3년 이상의 유기징역에 처한다. 13세 미만의 여자를 간음한 자도 같다.

79) 제178조 [준강제음란 및 준강간]

① 사람의 심신상실 또는 항거불능을 이용하여 또는 심신을 상실시키거나 항거불능으로 만들어 음란한 행위를 한 자는 제176조의 예에 의한다.

② 여자의 심신상실 또는 항거불능을 이용하여 또는 심신을 상실시키거나 항거불능으로 만들어 간음한 자는 전조의 예에 의한다.

일본형법은 제178조의2에서 집단강간죄⁸⁰⁾를 규정하고 있다. 집단강간죄는 2인 이상이 공동으로 강간죄를 범한 경우 이를 가중처벌하는 규정이다.

사. 미수범

일본형법은 제179조에서 앞서 살펴본 죄들의 미수범 처벌을 규정하고 있다.⁸¹⁾

아. 친고죄

일본형법 제180조는 앞서 살펴본 죄들이 친고죄⁸²⁾임을 규정하고 있다.

자. 강제음란 등 치사상죄

일본형법 제181조는 강제음란 등 치사상죄⁸³⁾를 규정하고 있다. 강제음란 등 치사상죄는 제176조~제178조의 죄를 범하여 사람을 치사상에 이르게 한 경우 이를 가중처벌하는 규정이다.

차. 음행권유죄

80) 제178조의2 [집단강간 등] 2인 이상의 자가 현장에서 공동하여 제177조 또는 전조 제2항의 죄를 범한 때에는 4년 이상의 유기징역에 처한다.

81) 제179조 [미수죄] 제176조 내지 전조의 죄의 미수는 벌한다.

82) 제180조 [친고죄]

① 제176조 내지 제178조의 죄 및 이들 죄의 미수죄는 고소가 없으면 공소를 제기할 수 없다. ②전항의 규정은 2인 이상의 자가 현장에서 공동하여 범한 제176조, 제178조 제1항의 죄 또는 이들 죄의 미수죄에 대하여는 이를 적용하지 아니한다.

83) 제181조 [강제음란 등 치사상]

① 제176조, 제178조 제1항의 죄 또는 이들 죄의 미수죄를 범하여 사람을 사망 또는 상해에 이르게 한 자는 무기 또는 3년 이상의 징역에 처한다. ② 제177조 또는 제178조 제2항의 죄 또는 이들 죄의 미수죄를 범하여 여자를 사망 또는 상해에 이르게 한 자는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다. ③ 제178조의2의 죄 또는 그 미수죄를 범하여 여자를 사망 또는 상해에 이르게 한 자는 무기 또는 6년 이상의 징역에 처한다.

일본형법 제182조는 음행권유죄⁸⁴⁾를 규정하고 있다. 음행권유죄의 보호법의
은 건전한 성풍속과 성도덕이라 할 수 있다.

카. 간통죄

일본형법 제183조의 간통죄는 삭제되었다.

다. 중혼죄

일본형법 제184조는 중혼죄⁸⁵⁾를 규정하고 있다. 중혼죄의 보호법의 또한 건
전한 성풍속, 성도덕이라 할 수 있다.

IV. 성적 행위의 범죄화에 대한 한국, 독일, 일본 형법의 비교

지금까지 우리나라의 성적 행위의 범죄화를 살펴보고, 독일과 일본의 성적
행위에 대한 범죄화를 살펴보았다. 여기에서는 앞서 살펴본 한국, 독일, 일본 형
법의 성적 행위에 대한 범죄화 과정을 비교해보고자 한다.

1. 편제상의 차이

먼저 한국, 독일, 일본의 형법은 성적 행위를 범죄화 하는 과정에서 이들 죄
를 규율하는 장을 결정함에 있어서 편제상의 차이를 보였다. 우리나라의 형법
은 제22장에서 성 풍속에 관한 죄를 규정하고 제32장에서 강간, 추행의 죄를
규정하여 성적 행위의 범죄화를 규정하고 있다. 반면 독일은 제12장 신분, 혼

84) 제182조 [음행권유] 영리의 목적으로 음행의 상습이 없는 여자를 권유하여 간음한 자는 3
년 이하의 징역 또는 30만엔 이하의 벌금에 처한다.

85) 제184조 [중혼] 배우자 있는 자가 다시 혼인을 한 때에는 2년 이하의 징역에 처한다. 그
상대방이 되어 혼인을 한 자도 같다.

인 및 가정에 대한 죄, 제13장 성적 자기결정에 대한 죄를 규정하고 있다. 우리나라는 각 장을 보호범의별로 분류한 반면 독일의 경우에는 해당 장 내에서 성적 자기결정권과 건전한 성풍속, 성도덕 조성이라는 보호범의가 혼재하고 있는 형태를 띠는 것이다. 일본의 경우에는 제22장 음란, 간음 및 중혼의 죄에서 성적 행위와 관련된 모든 죄를 규정하고 있다. 이러한 편제상의 차이는 각 국의 형법 편제상의 문제이기도 하지만 성적 행위의 범죄화 과정을 이해하는 입장에서는 우리나라의 편제가 가장 이상적이라고 생각된다.

2. 처벌강도의 차이

한국, 독일, 일본 각 국 형법의 성적 행위에 처벌규정을 살펴보면, 각 국 별로 조문의 이름이나 내용도 다소 다르지만, 특히 처벌강도가 다르다는 것을 알 수 있다. 이는 가장 기본적인 성적 행위의 형태라고 할 수 있는 간음과 추행과 관련하여 강간죄의 처벌강도를 비교해보면 알 수 있다. 우리나라는 강간죄를 범한 자를 3년 이상의 유기징역에 처한다고 규정하고 있는 반면 독일의 경우에는 제177조에서 2년 이상의 유기징역에 처한다고 규정하고 있다. 일본의 경우에는 우리나라와 동일하게 강간죄를 범한 경우 3년 이상의 유기징역에 처하고 있지만 강간치사죄의 경우에는 우리나라에 못 미치는 무기, 5년 이상의 유기징역을 규정하고 있다.⁸⁶⁾ 성적 행위에 대한 처벌 강도만으로 놓고 본다면 우리나라가 가장 무거운 처벌을 하고 있고 독일이 가장 가벼운 처벌을 하고 있다는 점을 알 수 있다.

3. 조문의 내용 차이

한국, 독일, 일본 각 국 형법을 살펴보면 조문의 내용 또한 차이가 있음을 알 수 있다. 물론 내용 그 자체의 차이도 있겠지만 각 조문에서 처벌하고 있는 성적 행위를 표현하는 방식에도 차이가 있다. 우리나라와 일본의 경우에는

86) 우리 형법은 강간치사죄를 무기 또는 10년 이상의 징역으로 처벌하고 있다.

일본의 영향을 많이 받은 만큼 조문에서 각 행위를 규정하는 방법이 유사하지만 독일의 경우에는 상당한 차이가 있다. 단적인 예로 강간죄를 들 수 있다. 우리 형법은 강간죄를 “폭행 또는 협박으로 부녀를 강간한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.”고 규정하고 있다. 일본 형법은 강간죄를 “폭행 또는 협박으로 13세 이상의 여자를 간음하는 자는 강간의 죄로서 3년 이상의 유기징역에 처한다. 13세 미만의 여자를 간음한 자도 같다.”고 하여 우리 형법과 거의 유사하게 정의하고 있다. 반면 독일 형법은 강간죄를 “타인에게 자신 또는 제3자의 성적 행동을 참도록 하거나 또는 자신이나 제3자에 대하여 성적 행동을 하도록 다음 각호와 같이 강요한 자는 1년 이상의 자유형에 처한다.”고 하여 문제가 되는 성적 행위를 한국, 일본에 비해 보다 더 상세하게 규정하고 있다. 특히 독일 형법은 어떠한 성적 행위를 범죄로 구성할 때 각 항에 세부적인 호를 두고 문제가 될 수 있는 행위를 나열함으로써 형법을 접하는 일반인도 어떠한 경우 본 죄에 해당할 수 있는지를 쉽게 알 수 있고, 이를 적용하는 집행자의 입장에서도 해당 행위가 어느 죄에 속하는지를 쉽게 판단할 수 있도록 구성하고 있다. 독일 형법의 세분화 경향과 상세화 경향은 조문의 내용뿐 아니라 조문의 분류 방식에서도 알 수 있다. 예컨대 우리나라와 일본은 ‘음란’이라는 개념을 사용하는 반면 독일은 ‘포르노그라피’라는 개념을 통해 음란의 개념을 보다 세분화 하고 있다. 공연음란죄의 경우에도 우리나라와 일본에 비해 독일은 성기노출죄, 성적협오감조성죄 등으로 보다 세분화하여 정의하고 있음을 알 수 있다.

4. 특별법의 발달 여부

우리나라의 형법은 성적 자기결정권을 침해하는 행위에 대하여 성폭력특별법이라는 특별법을 두고, 건전한 성풍속, 성도덕을 침해하는 행위에 대해서도 성매매와 관련하여 여러 특별법을 두고 있다. 반면 독일과 일본은 제한적으로 성매매를 허용하는 입장을 취하고 있기 때문에 상대적으로 특별법이 발달하지 않은 것으로 보인다. 특히 독일의 경우에는 앞서 살펴본 바와 같이 형법전의 형법 각칙의 내용 자체가 대단히 상세하게 서술되어 있기 때문에 형법 각

칙의 범문만으로도 특별법과 같은 효과를 얻을 수 있기 때문에 특별법이 발달하지 않은 것으로 보인다.

V. 한국, 독일, 일본의 성적 행위 범죄화 방법의 비교를 통해 바라본 우리 형법의 문제점과 나아갈 방향

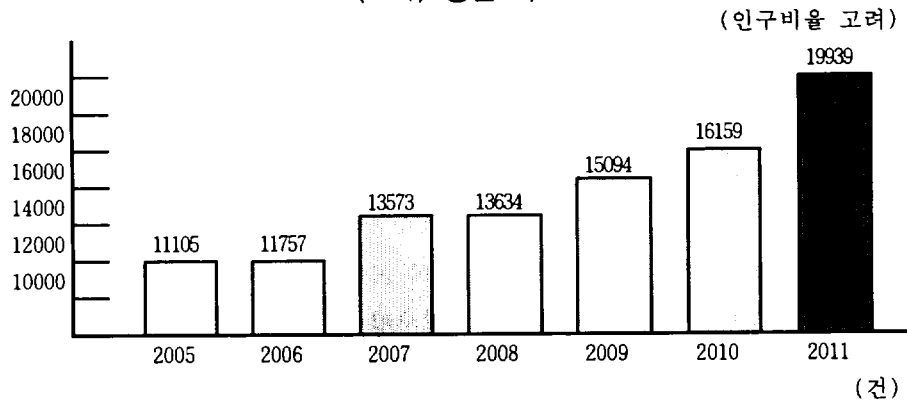
1. 성적 자기결정권을 침해하는 행위의 처벌에 관한 문제점과 개선방안

가. 성적 자기결정권을 침해하는 행위의 처벌에 관한 문제점

(1) 성적 자기결정권을 침해하는 행위에 대한 처벌 실효성 문제

살펴본 바와 같이 우리 형법은 각칙과 특별법을 통해 성적 자기결정권을 침해하는 행위를 규정하고 이를 처벌하고 있다. 하지만 서론에서 말한 것처럼 이러한 우리 형사정책이 실효성을 거두고 있는지는 다소 의문이다. 우리 형법 각칙과 특별법의 실효성이 다소 떨어진다는 것은 대검찰청에서 발표한 통계자료인 범죄분석을 살펴보면 알 수 있다.

〈표 1〉 강간 죄



위 표는 2005년도에서 2011년도까지 대검찰청에서 발표한 범죄분석에서 강

간범죄의 발생건수만을 별도로 정리하여 만든 표이다. 이 표를 살펴보면 2004년부터 2010년까지 매년 강간범죄의 발생건수가 증가하고 있는 것을 볼 수 있다. 범죄의 발생빈도나 발생건수가 증가하는 것을 단순히 형사정책의 실효성이 떨어지기 때문이라고 할 수는 없다. 하지만 특별법까지 제정하고 시행하고 있음에도 불구하고 2004년도에서 2010년도까지 7년 동안 꾸준히 범죄발생건수가 증가하였다는 것은 형사정책이 큰 효과를 거두고 있지 못하다는 사실을 보여주는 것이라 할 수 있다.

(2) 성적 자기결정권을 침해하는 행위에 대한 처벌 수위의 적절성 문제

성적 자기결정권을 침해하는 행위의 경우 피해자는 자신의 인격적 자유를 침해받는 것이기 때문에 심한 경우 피해자의 인격까지도 붕괴될 위험이 있다. 그럼에도 불구하고 우리 형법이 성적 자기결정권을 침해하는 행위에 대한 처벌수위가 적절한지는 다소 의문이다. 대표적인 예로 “조두순 사건”⁸⁷⁾을 들 수 있다. 이 사건에서 피해자는 8세 여아로서 신체적인 손상뿐 아니라 감당할 수 없는 정신적 손상을 입었음에도 불구하고 가해자는 심신미약을 이유로 감형을 받아 12년 형을 선고받았다. 이러한 처벌수위가 과연 적당한 것인지는 의문이다. 피해자가 받은 막대한 신체적, 정신적 피해와 앞으로 살아가면서 받게 될 피해는 인격성형이 이루어지고 자아가 확립되어감에 따라 더욱 심해질 것임에도 불구하고 가해자는 감형기준까지 적용받아 감형을 받은 것이다. 물론 판결 이후 아동 성폭행 사건의 경우에는 그 양형기준 등이 더욱 엄하게 바뀌긴 했지만⁸⁸⁾ 아직도 그 처벌수위가 적절하다고는 생각되지 않는다.

나. 성적 자기결정권을 침해하는 행위의 처벌에 관한 문제점의 개선방안

(1) 성적 자기결정권을 침해하는 범죄의 처벌 실효성 재고

앞서 살펴본바와 같이 현행의 우리 형사정책은 범죄 발생빈도 등을 볼 때 성적 자기결정권을 침해하는 범죄를 효과적으로 차단하고 있다고는 볼 수 없

87) 대법원 2009. 9. 24 2009도7948, 상고기각판결

88) 청소년보호법이 아동·청소년보호법으로 개정되면서 양형기준 등의 변화가 생겼다.

다. 실효성이 결여되어 있는 것이다. 우리 형사정책이 성적 자기결정권을 침해하는 범죄를 효과적으로 차단하지 못하고 있는 이유는 무엇인가? 그 이유는 각종 범죄에 대한 현실적인 금지나 단속 보다는 해당 범죄를 의미가 모호한 단어로 포괄적으로 규율하고 있기 때문이다. 예컨대 형법 제298조 강제추행죄에서 말하고 있는 '추행'의 경우 성욕의 흥분, 자극 또는 만족을 목적으로 하는 행위로서 건전한 상식 있는 일반인의 성적 수치나 혐오의 감정을 느끼게 하는 일체의 행위를 의미하는 것으로 그 개념이 명확하지 않고 지나치게 추상적이다. 이처럼 법률을 규정함에 있어 현실적인 여건을 고려하지 않고 추상적인 용어로 범죄의 형태를 규율하고 있기 때문에 실효성이 떨어지는 것이다. 이러한 문제점을 해결하기 위해서는 구체적으로 어떠한 행위가 보호법익을 해하는지 알아보고, 그 행위들을 보다 세분화하여 처벌의 대상이 되는 행위를 명확하게 규율해야 한다.

물론 죄형법정주의의 원칙이나 보다 많은 의미를 내포해야 하는 법문의 특성상 형법 각칙의 내용을 상세하게 바꾸는 것은 어렵겠지만 적어도 특별법에 있어서는 시행령을 두거나 구체적인 내용의 개정을 통해 문제가 되는 성적 행위를 세분화해야 한다. 이를 위해서는 처벌의 대상이 되는 성적 행위의 발생빈도가 높은 시간대와 장소를 파악하고 어떤 행위가 언제 가장 많이 발생하고, 어떤 장소에서 주로 발생하는지 등을 구체적으로 살펴보아야 한다.

〈표 2〉 2010년도 강간, 강제추행죄의 주요 발생현황

주요 발생시간	주요 발생계절	최고 발생시기	주요 발생장소	최고 발생지역	초범/재범 비율
20:00~03:59	여름	9월	주거지	서울	초범38.4 % 재범61.6 %

이러한 노력을 통해 독일형법처럼 각 죄의 내용을 보다 구체적이고 상세하게 세분화하여 죄가 되는 각 행위에 있어서 가장 발생빈도가 높은 행위태양부터 세밀하게 규정해 나간다면 범죄예방의 실효성 재고에 도움이 될 것이라 생각한다.

(2) 성적 자기결정권을 침해하는 범죄의 처벌 수위의 개선

현행의 성적 자기결정권을 침해하는 범죄에 대한 처벌 수위도 개선할 필요가 있다. 성적 자기결정권을 침해하는 범죄의 경우 피해자가 입는 신체적, 정신적 손해가 막대함을 고려해볼 때 발생한 범죄의 처벌보다도 그 예방이 중요하다. 그러한 예방의 측면에서 볼 때 현행 우리 형사정책상의 처벌 수위는 다소 미흡하다고 생각된다. 물론 형량의 경중이 범죄의 발생률 자체에 직접적인 영향을 준다고 볼 수 없고 형량을 늘리고 양형 기준을 제한하는 것만으로 범죄의 근본적인 발생을 차단할 수는 없겠지만 형량의 가중이나 양형의 제한은 반드시 논의되어야 한다. 성적 자기결정권을 침해하는 죄의 경우, 특히 아동이나 미성년자를 대상으로 하는 성적 행위의 경우에는 가해자가 다시 재범이 여러 차례 그 행위를 반복하는 경우가 많기 때문에 재범의 경우 그 처벌 수위를 기하급수적으로 높이는 방법을 통해 재범 발생 자체를 예방하는 것이 필요하다.

2. 건전한 성풍속, 성도덕을 침해하는 행위의 처벌에 관한 문제점과 개선방안

가. 건전한 성풍속, 성도덕을 침해하는 행위의 처벌에 관한 문제점

(1) 건전한 성풍속, 성도덕을 침해하는 행위를 처벌하도록 하는 법률의 입법목적에 대한 의문

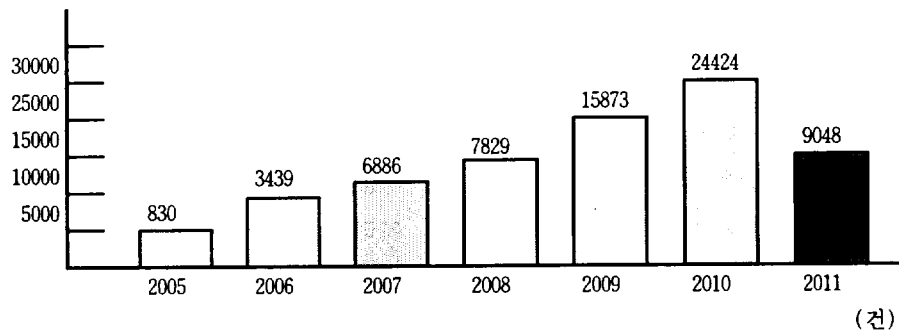
성매매처벌법의 입법 목적은 보다 많은 성매매처벌법 위반자를 적발하는 것이 아니라 성매매처벌법을 위반하는 것을 방지하고 성매매 자체를 예방하는 것이라 할 수 있다. 이러한 입법 목적을 볼 때 현행의 성매매처벌법이 그 입법 목적을 달성하고 있는지는 다소 의문이다. 서론에서 말한 것처럼 성풍속과 성도덕을 침해하는 행위 중에서도 특히 성매매는 보다 음성적이고 보다 빠르게 진화해나가고 있다. 그럼에도 불구하고 특별법을 통해 규율되는 사항은 성매매자체를 근본적으로 예방하기보다는 단속규정 등을 늘려 이를 적발하는데 중점을 두고 있다고 생각된다. 단속이나 처벌을 하는 것이 성매매처벌법의 입법 목적을 달성하고 있는지는 의문이다.

(2) 건전한 성풍속, 성도덕을 침해하는 행위의 처벌 실효성 문제

우리 형법은 건전한 성풍속, 성도덕을 침해하는 행위에 대하여 형법과 특별법을 통해 이를 규율하고 있지만 이러한 노력들이 효과를 거두고 있다고는 보기 어렵다.

〈표 3〉 성매매처벌법에 관한 죄

(인구비율 고려)



위 표는 2005년도에서 2011년도까지 대검찰청에서 발표한 범죄분석에서 성풍속과 성도덕을 침해하는 가장 대표적인 형태인 성매매처벌법에 관한 범죄의 발생건수만을 별도로 정리하여 만든 표이다. 이 표를 살펴보면 윤락행위방지법이 폐지되고 새롭게 성매매처벌법이 제정, 시행되었음에도 불구하고 2010년까지 매년 성매매관련 범죄가 꾸준히 증가하고 있음을 알 수 있다. 2011년에는 성매매처벌법관련 범죄가 급감하는 모습을 볼 수 있는데 이는 성매매처벌법의 실질적인 효과가 나타나고 있는 것이라고도 볼 수 있지만, 성매매 관련 산업이 보다 음성적으로 성행함으로써 적발건수가 줄어든 것이라고도 볼 수 있다.

(3) 건전한 성풍속, 성도덕을 침해하는 행위의 처벌 수위에 대한 의문

살펴본 바와 같이 건전한 성풍속이나 성도덕을 침해, 위태화하는 행위에 대한 우리 형법의 처벌규정이 효과를 거두고 있다고 보기는 어렵다. 그렇다면 성풍속이나 도덕을 침해, 위태화 하는 범죄에 대하여 특별법 등을 제정하여 그 처벌 수위를 높게 한다고 하여 결여된 실효성이 담보될 수 있을지 의문이

다. 건전한 성풍속, 성도덕을 침해하는 범죄의 경우에는 성적 자기결정권을 침해하는 행위와 달리 피해자와 가해자가 존재하는 것이 아니라 법을 위반한 사람만이 존재하기 때문에 처벌기준에 따라 처벌되는 사례가 드물다. 실제로 성매매 적발 사례에 있어서 법률이 정하는 처벌 기준에 따라 처벌되는 사례는 드물고 대부분의 경우 존스쿨 교육이나 변호사를 통한 기소유예 판결을 받는다는 점을 볼 때, 법률에 규율된 형량은 현실성이 없는 것으로 보인다.

나. 건전한 성풍속, 성도덕을 침해하는 행위의 처벌에 관한 개선방안

살펴본바와 같이 우리 형법 상 성풍속이나 도덕을 침해, 위태화하는 행위에 대한 처벌규정은 입법목적의 달성 여부, 실효성 결여, 처벌수위의 무의미등을 볼 때 여러 가지 문제점을 가지고 있다. 이러한 문제점을 개선하기 위해서는 성풍속이나 성도덕을 침해하는 범죄를 예방하겠다는 근본적인 입법 목적을 바탕으로 결여된 실효성을 재고하는 등의 노력이 필요할 것이다. 하지만 이러한 개선방안을 논하기에 앞서 본법에서 말하는 입법목적과 본법의 보호법익인 사회적 법익이 과연 보호할 필요가 있는지가 의문이다.

성도덕이라는 것은 불변의 진리가 아니라 그 시대나 이념을 반영하여 변하는 것이라고 생각한다. 마찬가지로, 성풍속 또한 그 시대의 풍속을 반영하는 것이다. 오늘날의 사회는 헌법에 명시된 것과 같이 양성의 평등을 추구하고 있고 이에 발맞추어 성에 관한 관념 또한 개방적으로 변화하고 있다. 이러한 변화에 따라 개인의 성적 행위에 대한 욕구를 통제하는 것은 더욱 어려워지고 있다. 그렇다면 점점 커져가는 개인의 성적 행위에 대한 욕구를 이미 뒤떨어지기 시작한 성도덕과 성풍속이라는 관념으로 통제할 수 있는가? 현재로서는 가능할지 모르지만 앞으로도 계속 이러한 욕구를 통제하는 것은 불가능하다고 본다. 그렇다면 기존의 성풍속이나 성도덕을 앞으로도 계속 고수할 것이 아니라 변화하는 성도덕과 성풍속, 성관념을 정확히 인지하고 그에 알맞은 새로운 형사정책을 강구하는 것이 타당하다고 생각한다. 성도덕이나 성풍속, 성관념을 다르게 인식하고 있는 단적인 예로는 본문에서 비교한 독일과 일본을 들 수 있다. 독일의 경우 성매매자체를 근본적으로 금지하고 있는 우리나라와

달리 제한적 공창제를 시행하고 있고 일본도 이와 유사한 모습을 보이고 있다. 독일이나 일본에서 시행하고 있는 제한적 공창제 등도 성풍속이나 성도덕을 새롭게 정립하고, 변화된 성풍속이나 성도덕을 침해, 위태화 하는 행위를 논함에 있어서 논의될 여지가 있다고 생각한다.

VI. 결어

이상으로 우리 형법상의 성적 행위의 범죄화 과정에 대해 살펴보고 독일, 일본과의 비교를 통해 그 문제점과 개선방안을 논의해보았다. 생각건대, 현행 형법상의 성적 행위의 범죄화에 있어서 가장 큰 문제점은 실효성이 떨어진다는 점이다. 각종 특별법을 만들고 형량을 늘려가고 있음에도 불구하고 해마다 강간, 추행의 죄 발생 건수는 증가해가고 있고, 성풍속, 성도덕을 해치는 성매매의 경우에는 존재하고 있으나 존재하지 아니하고, 일어나고 있으나 일어나지 아니한 모순적인 현실을 안고 있다.⁸⁹⁾

〈표 4〉 2004~10 성적 자기결정권과 성풍속, 성도덕을 침해한 범죄의 발생 건수

내용 년도	강간	간통	혼인빙자 간음	음란 행위	성매매 방지법
2004	11,105	4,294	918	185	830
2005	11,757	3,686	755	211	3,439
2006	13,573	3,324	762	267	6,886
2007	13,634	3,081	613	399	7,829
2008	15,094	2,298	524	583	15,873
2009	16,159	2,304	452	576	24,424
2010	19,939	1,698	23	773	9,048

이처럼 다양한 형법과 특별법을 통해 성적 행위를 범죄화 하고 있음에도 불구하고 실효성의 재고가 어려운 이유는 무엇일까? 그것은 서론에서도 말한바

89) 박종성, 「한국의 매춘」, 인간사랑, 1994, 143면

와 같이 성적 행위와 관련된 범죄가 빠르게 진화하고 빠르게 음성화되고 있기 때문이다. 성적 행위를 범죄화 하는 우리 형법은 여러 가지 내용을 규율하고 있지만 추상적인 개념으로 인해 마치 그물코가 잘려진 그물과 같은 상태에 있다. 범죄 예방에 실효성을 거두기 위해서는 이처럼 추상적인 개념으로 범죄화 과정을 규율할 것이 아니라 독일의 형법과 같이 보다 근본적인 행위에 대하여 상세하고 세분화된 규정을 만들어 규율할 필요가 있다고 생각한다. 형법상 규율되는 모든 범죄형태가 그러하겠지만 성적 행위와 관련된 범죄의 경우에는 무엇보다 예방이 중요하다. 그렇다고 한다면 처벌이나 단속 위주의 법규보다는 보다 근본적인 예방책을 마련해야 하고, 성적 자기결정권이나 성적 자유를 침해하는 치명적인 강력범죄를 줄여나가기 위해서는 단순히 이들을 구성하는 행위의 형태만을 살펴볼 것이 아니라 오늘날 사회의 성풍속이나 성도덕관념이 변화해가는 과정도 관찰하고 이를 통해 해결하려는 노력이 필요하다. 같은 맥락으로 볼 때 무조건적으로 성매매행위를 금지하고 제한하기 보다는 변화해가는 성풍속이나 성도덕관념에 따라 제한적인 부분에 있어서는 독일이나 일본과 같이 공창제도를 허용해주는 것 또한 성적 행위와 관련된 강력 범죄를 줄여나가는 데 도움이 될 것이라 생각한다.

서론에서 말한바와 같이 성적 행위와 관련된 보호법익은 우리 형법상 가장 중요한 법익 중 하나에 속한다. 이처럼 중요한 법익을 보호하기 위해서는 보다 많은 논의를 통해 성적 행위를 범죄화 하는 과정에서 처벌보다는 예방이 가능하도록 하는 대안이 필요하다고 생각한다.

참고문헌

[국내문헌]

- 김일수, 서보학, 형법각론, 박영사(2007)
- 김종원, 주석형법, 한국사법행정학회(2001)
- 박종성, 한국의 매춘, 인간사랑(1994)
- 배종대, 형법각론, 홍문사(2005)

- 백형구, 형법각론, 청림출판(2002)
서일교, 형법각론, 박영사(1999)
신동운, 형법총론, 법문사(2006)
이재상, 형법각론, 박영사(2004)
유재두, 성에 관한 진실과 오해, 한국학술정보(주)(2010)
임용, 형법각론, 법문사(2003)
정영석, 형법각론, 법문사(1995)
하태영, 형사철학과 형사정책, 법문사(2007)
형사법 개정 연구 자료집, 법무부(2008)
형사법 개정 연구 자료집 III-2, 법무부(2010)
독일형법 번역, 법무부(2008)
일본형법 번역, 법무부(2007)
김대근, 윤지영 “성매매알선등 행위의 처벌에 관한 법률 실행에 따른 문제점
및 개선방안 연구”, 형사법 개정 연구 자료집 III-2(2010)
오영근, “성폭속에 관한 죄의 개선방안”, 형사법 개정 연구 자료집(2008)

[Abstract]

Criminalization of Sexual Acts : The Comparison of South Korea with Germany and Japan

Kim, Young-Hyun · Yi, Yu-Taek
The Master's Course, Law school, Jeju National Univ.

We have constantly maintained Criminal Law and enacted special act in order to prevent sexual offence. Nevertheless, crimes involving sexual acts are constantly increasing. Especially the rape and infamous conduct which

infringe on right to sexual autonomy related to sexual acts, the sexual traffic which infringes on sexual morals are increasing mostly.

Although the law are enacted and amended, the reason that the act could not gain the effect is sexual acts crime rapidly evolves and takes place secretly.

This Article is finding the answer that how we prevent increasing sex offenses and look for effective preventions. At First, we define the definition of sexual acts which subject to criminal punishment and at second, we look at how our criminal law criminalize the sexual acts. thirdly we are looking at how the German and japanese criminal law criminalizes the sexula acts. Through comparison with the German and Japanese Criminal law which had influenced to our Criminal law we are finding the problem of our one.

Finally, we will take a consideration of a solution for problems of our Criminal Law.

Key Words : criminalization of sexual acts, right to sexual autonomy, sexual morals , rape and infamous conduct, sexual traffic