장애인준강간죄(성폭력처벌법 제6조제4항)의 '항거곤란' 해석론의 전환 - 성적 강요죄(독일형법 제177조)의 관점에서 -

최은하*

국 | 문 | 요 | 약

성폭력처벌법은 2011. 11. 17. 일부개정 및 2012. 12. 18. 전부개정으로 특히 제6조제4항에서 장애인준강간죄의 구성요건표지로 '항거불능' 이외에 '항거곤란' 상태를 추가하여 이른바 도가니사태로 발생한 성폭력범죄로부터 보호가 필요한 장애인에 대하여 별도의 법적 보호장치를 완성하였다. 그런데 일견 이러한 성폭력처벌법의 개정으로 어느 정도는 장애인준강간죄에서 항거곤란의 흥결로 인한 가벌성의 문제를 적극적으로 보강하였다고 볼 수 있겠으나 관점에 따라서는 검토되어야 할 법리적 문제가 여전히 본질적으로 존재하고 있음을 알 수 있다.

왜냐하면 항거곤란이란 개념 자체가 항거불능에 준하는 '현저한 항거곤란'이 아니라 피해자의 의사형성에 있어서 어느 정도의 폭행·협박의 상황을 전제로 한다고 보아야 하기 때문에 성적 자기결정을 전혀 할 수 없는 심신상실, 항거불능과는 그 요건과 성질이 양적, 질적으로 상당히 다르다고 보아야 하기 때문이다.

이에 본 논문에서는 [2] 장애인준강간죄의 항거곤란, [3] 성적 강요죄와 항거불능자에 대한 성적 남용죄에서 행위수단으로서 항거곤란의 의미를 살펴보고, 성적 강요죄의 관점에서 장애인준강간죄의 해석론의 전환을 시도하였다.

이를 통해 항거곤란이 준강간죄의 사유로 성립되지 않는다면 이를 형법에 포섭하는 방법 두 가지를 검토하였다. 첫째는 행위수단으로서 강간죄의 폭행·협박의 의미를 확대해석하는 경우이다. 둘째는 성적 강요행위의 또 다른 행위수단인 제3의 유형을 창출하는 경우이다. 후자의 경우는 현행법의 해석을 성적 자기결정권의 보호의 맥락, 특히 성폭력 피해자보호와 성폭력범죄의 예방의 차원에서 성적 행위의 개념을 재구성하는 방법이다. 이 경우 항거곤란의 사유는 장애인준강간죄의 구성요건 이상으로 일반적 행위수단의 표지로서 작용하게 되고, 장애인은 물론, 실제로 보호를 필요로 하는 비장애인의 성적 자기결정권에 대하여도 획기적인 보호를 기할 수 있다는 결론을 도출하였다.

❖ 주제어: 성적 강요죄, 준강간죄, 장애인준강간죄, 항거불능, 항거곤란

* 제주국제대학교 경찰행정학과 조교수

I. 서론

성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(이하 성폭력처벌법)은 2011.11.17. 일부개정 및 2012.12.18.¹⁾ 전부개정을 통하여 특히 제6조(장애인에 대한 강간·강제추행 등)제4항에서 장애인준강간죄의 구성요건표지로 ‘항거불능’ 이외에 ‘항거곤란’ 상태를 추가하고 이른바 도가니사태로 발생한 성폭력²⁾범죄로부터 보호가 필요한 장애인³⁾에 대하여 별도의 법적 보호장치를 완성하였다.

그런데 일견 이러한 성폭력처벌법의 개정으로 어느 정도는 장애인준강간죄에서 항거곤란의 흠결로 인한 가벌성의 문제를 적극적으로 보강하였다고 볼 수 있겠으나 관점에 따라서는 검토되어야 할 법리적 문제가 여전히 본질적으로 존재하고 있음을 알 수 있다.

우선 준강간죄(형법 제299조)는 사람의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 간음을 한 자는 강간죄(형법 제297조)의 예에 의한다는 말인데, 통설, 판례에 따라 강간죄의 폭행·협박이 최협의의 개념이고 이에 대응하는 준강간은 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용한 것이라면 장애인준강간죄에서 의미하는 항거곤란의 내용과 성격은 이와는 양적, 질적으로 다른 개념인가, 만약 이러한 규정이 그 입법적 정당성과 타당성이 있다면 항거곤란을 장애인준강간죄의 표지에만 한정할 필요가 있겠는가, 나아가 준강간죄에서 항거곤란의 표지를 일반화한다면 성적 강요죄(독일형법 제177조제1항)⁴⁾와 어떠한 관계를 가지는가 하는 등의 의문 때문이다.

1) [시행 2011.11.17.] [법률 제11088호, 2011.11.17.]에 의하여 일부개정된 성폭력처벌법은 일명 도가니법이다. 동 제6조제4항은 「신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 사람에 대하여 「형법」 제299조(준강간, 준강제추행)의 죄를 범한 사람은 제1항부터 제3항까지의 예에 따라 처벌한다.」고 규정하였고, [시행 2013.12.19.] [법률 제11556호, 2012.12.18.] 전부개정(아동·여성대상성폭력대책특별위원회 제안)에 의하여 ‘항거곤란’의 상태를 추가하였다.

2) 본 논문에서 ‘성폭력’이라 함은 폭행·협박 또는 그에 준하는 행위수단을 사용하거나 항거불능 또는 항거곤란한 상태임을 이용하여 상대방의 성적 자기결정권을 침해하는 행위를 말한다.

3) 장애인복지법 제2조 ① “장애인”이란 신체적·정신적 장애로 오랫동안 일상생활이나 사회생활에서 상당한 제약을 받는 자를 말한다. ② 이 법을 적용받는 장애인은 제1항에 따른 장애인 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 장애가 있는 자로서 대통령령으로 정하는 장애의 종류 및 기준에 해당하는 자를 말한다. 1. “신체적 장애”란 주요 외부 신체 기능의 장애, 내부기관의 장애 등을 말한다. 2. “정신적 장애”란 발달장애 또는 정신 질환으로 발생하는 장애를 말한다.

4) 성적 강요죄에 관한 상세한 내용은 신영호·최은하, 성적 강요죄(독일형법 제177조)의 기본적 구성요

이에 본 논문에서는 [2] 장애인준강간죄의 항거곤란, [3] 성적 강요죄와 항거불능자에 대한 성적 남용죄에서 행위수단으로서 항거곤란의 의미를 살펴보고, 성적 강요죄의 관점에서 장애인준강간죄의 ‘항거곤란’ 해석론의 전환을 시도하여 보고자 한다.

II. 장애인준강간죄의 ‘항거곤란’

1. 현행법의 규정

형법은 제297조(강간)에서 「폭행 또는 협박으로 사람을 강간한 자」를, 동 제299조(준강간)에서 「사람의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 간음을 한 자」를, 그리고 성폭력처벌법 제6조(장애인에 대한 강간·강제추행 등)제4항은 「신체적인 또는 정신적인 장애로⁵⁾ 항거불능 또는 항거곤란 상태에 있음을 이용하여 사람을 간음」(장애인준강간) 한 자를 처벌하고 있다.

특히 장애인준강간죄에서 입법자는 2012.12.18. 동 규정의 개정을 통하여 구성요건의 완화를 통한 형벌권의 적정성을 확보하는 방향을 택하였는데, 이는 ‘항거불능’의 개념을 무리하게 확대하기 보다는⁶⁾ ‘항거곤란’을 추가하여 ‘현저한’ 항거곤란의 수준에 이르지 않더라도 장애인준강간죄로 처벌할 수 있도록 하자는 것이다.

건설-강간죄의 일부개정과 유사강간죄의 신설과 관련하여-, 형사법연구 제27권제2호 2015. 7. 149면 이하 참조.

- 5) 「성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제8조는 “이는 장애인의 성적 자기결정권을 보호해 주는 것을 보호법적으로 하는 것으로서, 원래 1994. 1. 5. 법률 제4702호로 제정될 당시에는 단순히 “신체장애로 항거불능인 상태에 있음을 이용하여...”라고 규정되어 있던 것을 1997. 8. 22. 법률 제5343호로 개정하여 위와 같이 규정되기에 이른 것인데, 위와 같은 법률 개정은 장애인복지법에 명시된 신체장애 내지 정신장애 등을 가진 장애인을 망라함으로써 그 장애인의 범위를 확대하는데에 그 개정 취지가 있는 것이다」(대법원 2007.07.27. 선고 2005도2994 판결).
- 6) ‘항거불능’의 요건 자체를 삭제하는 전국성폭력상담소·피해자보호시설협의회 의견(이미경, 성폭력특별법 개정방향에 대한 제언, 성폭력근절을 위한 긴급토론회 자료집, 2006.3, 10면)이 있으나 성적 자기결정권의 일반화 및 구체화가 이루어지지 않는 현행 성형법 체계에서 항거불능의 요건만을 삭제하는 것은 큰 의미가 없다.

여기서 ‘항거불능’이란 육체적·심리적으로 간음에 대한 저항이 불가능하거나⁷⁾ 현저히 곤란한 상태⁸⁾를 말하며, ‘항거곤란’이란 항거불능 이외에 육체적·심리적으로 간음에 대한 저항이 어려운 상태를 말한다. 그러나 항거불능이 장애인복지법상의 장애등급과 반드시 일치하는 것은 아니다.⁹⁾

2. 해석상의 문제

(1) 항거곤란의 의미

항거곤란은 항거불능 이외의 개념이므로 장애인준강간죄의 항거곤란에 관한 법해석의 문제는 그 전제적 개념인 ‘항거불능’의 의미와 그 법적 성격에서부터 시작된다.

- 7) 피해자의 사리판단력이나 의사형성능력이 인정된다고 해서 저항능력을 인정해서는 안 된다는 견해(하태훈, 준강간죄(형법 제299조)와 성폭법 제8조의 ‘항거불능’의 의미, 형사재판의 제문제 제6권, 2005. 4, 309면)가 있다. 즉, 피해 장애여성은 가해자의 성적 요구가 무엇을 의미하는지도 알고 이를 거부하는 의사도 형성할 수 있는 수준의 지적 능력은 갖추고 있다고 보지만 형성된 거부 의사를 외부로 표출하거나 이를 실현시킬 능력이 있었는지는 의문이라는 것이다. 그러나 이러한 관점의 논리라면 항거곤란의 경우에도 이를 인정하기 어렵기는 마찬가지이다.
- 8) 「구 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2011. 11. 17. 법률 제11088호로 개정되기 전의 것) 제6조의 ‘신체적인 또는 정신적인 장애로 항거불능인 상태에 있음’은 신체장애 또는 정신장애 그 자체로 항거불능의 상태에 있는 경우뿐 아니라 신체장애 또는 정신장애가 주된 원인이 되어 심리적 또는 물리적으로 반항이 불가능하거나 현저히 곤란한 상태에 이른 경우를 포함」한다.(대법원 2013. 04. 11. 선고 2012도12714 판결); 이 판결을 ‘상대적 항거불능설’로 소개하는 견해는 김재윤, 장애여성의 성적 자기결정권의 형사법적 보호에 관한 고찰—성폭력특별법 제8조와 독일형법 제179조와의 비교를 중심으로, 법조(통권 제629호), 2009. 2, 260면.
- 9) 「기록에 의하면 (정신지체장애 1급인) 피해자는 저능아이지는 하나 7~8세 정도의 지능은 있었고, 평소 마을 어귀에 있는 요트 경기장 등을 돌아다니며 시간을 보내는 등 자신의 신체를 조절할 능력도 충분히 있었으나, 평소 겁이 많아 누가 큰 소리를 치면 겁을 먹고 시키는 대로 하였던 점, 피해자 스스로 피고인이 나오라고 하였을 때 안 나가면 경찰차가 와서 잡아가므로 안 나갈 수 없었고, 옷을 벗으라고 하였을 때 벗지 않으면 피고인이 손바닥으로 얼굴을 때리므로 무서워서 옷을 벗지 않을 수 없었으며, 아버지에게 이르면 때려준다고 하여 아무에게도 이야기할 수 없었다는 취지로 진술하고 있는 점 등으로 보아, 피해자는 지능이 정상인에 미달하기는 하나 사고능력이나 사리분별력이 전혀 없다고는 할 수 없고, 성적인 자기결정을 할 능력이 있기는 하였으나, 다만 그 능력이 미약한 상태에 있었던 데 불과하고, 피고인이 피해자의 그러한 상태를 이용하여 가벼운 폭행과 협박·위계로써 피해자의 반항을 손쉽게 억압하고 피해자를 간음하게 된 것으로 볼 여지가 충분하다. 결국, 피해자는 형법 제302조에서 말하는 심신미약의 상태에 있었다고 볼 수는 있겠으나, 법 제8조에서 말하는 항거불능의 상태에 있었다고 단정하기는 어렵다고 할 것」(대법원 2004. 05. 27. 선고 2004도1449 판결).

첫째로, 형법의 항거불능과 성폭력처벌법의 항거불능은 서로 다른 개념인가를 검토할 필요가 있다. 왜냐하면 형법 제299조의 준강간죄에서는 ‘사람의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여’라고 규정하고 있으므로 이러한 법형식논리로는 항거불능은 심신상실 이외의 사유로 인하여 심리적 또는 육체적으로 반항이 불가능한 경우라고¹⁰⁾ 해석이 가능해지기 때문이다.

그러나 본죄의 심신상실에 형법 제10조의 심신미약이 포함된다고 보고 이에 항거불능을 심신상실 이외의 사유로 할 이유는 현재에는 존재하지 않는다고 본다. 왜냐하면 성폭력처벌법 제6조제4항 즉, 장애인준강간죄에서 심신미약이 포함된 항거곤란의 사유를 추가함으로써 형법의 심신상실과는 차별화된다는 것을 분명히 하였기 때문이다.¹¹⁾ 오히려 준강간죄의 해석론으로는 항거불능을 심신상실을 포함한 광의의 개념으로 파악하는 것이 타당하다.¹²⁾

둘째로, 항거곤란이란 개념자체가 장애인준강간죄에서는 장애로 항거불능 또는 항거불능에 준하는 ‘현저한 항거곤란’ 뿐만 아니라, 전체적으로 보아 어느 정도 항거가 곤란한 상태에 있음의 이용을 전제로 하고 있기 때문에 ‘항거곤란’은 심신미약자간음죄(형법 제302조)의 위력을 포함한 사유와 어떻게 구분할 것인가가 문제된다.

왜냐하면 심신미약자간음죄는 법정형이 5년 이하로서 실무에서는 사실상 강간죄의 폭행·협박에 이르지 않을 정도의 폭행·협박을 보충하는 구성요건으로¹³⁾ 사용되어 왔고,¹⁴⁾ 항거곤란의 상태에 있음이라 함은 어느 정도 피해자의 의사표시의 가능

10) 이재상, 형법각론, 2014, 170면.

11) ‘항거곤란’ 사유의 규정이 없던 과거의 성폭력처벌법에서는 항거불능에 심신미약이 포함되느냐를 두고 견해의 대립이 있어왔다. 이에 관하여는 김정해, 장애인준강간죄에서 ‘항거불능’ 요건의 해석에 대한 비판적 고찰, 민주법학 제45호, 2011. 3, 205-208면 참조.

12) 본 논문의 [3] 3. 항거불능자에 대한 성적 남용죄 참조.

13) 이한규, 법제사법위원회 검토보고서, 형법 일부개정법률안(조경태의원, 권성동의원, 김상희의원 등 3건 병합) 검토보고, 2012. 11, 14면; 「피고인이 갑의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행·협박을 한 것을 인정할 증거가 없고, 갑에게 위와 같이 유형력을 행사한 것은 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(장애인위계등간음)죄와 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(장애인위계등추행)죄의 ‘위력’에 해당」한다(대법원 2014. 10. 15. 선고 2014도9315 판결); 성폭력처벌법상 「위력이라 함은 피해자의 자유의사를 제압하기에 충분한 세력을 말하고, 유형적이든 무형적이든 묻지 않으므로 폭행·협박뿐 아니라 사회적·경제적·정치적인 지위나 권세를 이용하는 것도 가능하며, 위력행위 자체가 추행행위라고 인정되는 경우도 포함되고, 이 경우에 있어서의 위력은 현실적으로 피해자의 자유의사가 제압될 것임을 요하는 것은 아니라 할 것」(대법원 1998. 01. 23. 선고 97도 2506 판결).

성은 남아있는 상황을 말하는 것이므로¹⁵⁾ 그러한 의사표시에 있어서는 그것이 위력에 의한 하자있는 의사표시에 의한 것이든, 추정적으로 의사에 반하는 것이든 장애인준강간죄와 심신미약자간음죄는 서로 중복되기 때문이다.¹⁶⁾

(2) 준강간죄와 장애인준강간죄의 행위수단

행위수단의 측면에서 본다면 강간죄는 폭행·협박을 이용하지만 준강간죄는 사람의 심신상실과 항거불능의 상태를 이용하는 죄이다. 즉, 강간은 폭행·협박으로 간음하는 성적 강요행위를 말하나 준강간은 폭행·협박이 존재하지 않았음에도 그러한 정도의 행위불법의 크기를 가지는 또 다른 유형의 강요행위로서 심신상실과 항거불능의 상태를 이용하는 행위로 볼 수 있다.

그런데 형법상의 준강간죄와는 다르게 성폭력처벌법상의 장애인준강간죄에서 폭행·협박이 존재하지 않았음에도 항거곤란을 추가한 이유를 찾아본다면 장애인의 의사표시의 특수성을 배려한 상황 때문이라고 하겠는데 과연 성폭력처벌법에서 항거곤란을 추가함으로써 입법자가 의도한 바와 같은 장애인보호의 법해석을 명백하게 도출할 수 있는지는 의문이다.

예를 들어 준강간죄에서 제297조(강간)의 예에 따라 처벌한다는 말은 준강간죄가 성립하는 경우 강간죄의 예에 따라 처벌한다는 의미이다. 환언하면 준강간죄는 심신상실과 항거불능의 상태를 이용하는 죄이므로 장애인의 항거곤란 상태에 있음을 이용하는 장애인준강간에 대하여는 형법상의 준강간죄가 성립되지 않고 성폭력처벌법 제6조제1항의 장애인강간죄의 예에 따라 처벌한다는 의미이다. 그런데 동 장애

14) 성폭력처벌법 (구)제8조 위반죄와 형법 제302조 위반죄는 서로 구성요건을 달리하므로 성폭력처벌법 (구)제8조의 구성요건이 충족되지 않는다고 하여 곧바로 형법 제302조를 규율할 수는 없다는 견해에 관하여는 김혜정, 성폭력범죄에 있어서 ‘항거불능인 상태’의 의미, 형사판례연구 제14호, 2006. 9, 365면 참조.

15) 이미 형법 제302조가 심신상실 또는 항거불능을 그 요건으로 하고 있지 않다는 것은 위계 또는 위력이 피해자의 의사표시에 영향을 미칠 수 있음을 전제로 하는 것이다.

16) 이에 대하여 심신미약자강간죄는 위계와 위력으로서 하자있는 의사표시에 의한 동의간음이며 강제간음은 아니므로 형법체계상 그 불법의 정도가 준강간죄에 비하여 아주 낮고(5년 이하의 징역), 장애인준강간죄는 그 불법의 본질은 피해자의 (추정적) 의사에 반한다는 점에서 준강간죄와 같다고 하는 견해(하태훈, 앞의 논문, 300면)가 있다. 그러나 위계 또는 위력을 사용한다는 자체가 대부분 (추정적) 의사에 반하며, 양자는 실제로 그 구별도 쉽지 않다.

인강간죄는 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 사람에 대하여 형법 제297조(강간)의 죄를 범한 사람이므로(성폭력처벌법 제6조제1항) 형법상의 준강간죄가 성립되지 않은 사람에 대하여 강간죄의 예에 따라 처벌한다는 법리적 모순이 발생하게 된다.

또한 성폭력처벌법 제6조제5항의 ‘위력에 의한 장애인강간’은 동 제4항의 항거곤란과 어떻게 다른지도 검토되어야 한다. 왜냐하면 항거곤란이라는 개념 설정은 항거불능의 요건을 완화하여 장애인을 광범위하게 보호하자는 것인데¹⁷⁾ 그 요건을 완화하면 장애인준강간죄와 ‘위력에 의한 장애인강간죄’와의 경계가 문제되기 때문이다.

우선 현행법상 법정형의 크기로 양자의 구분에 관한 해석을 시도해 본다면 제4항의 장애인준강간죄의 행위수단은 항거불능 또는 현저한 항거곤란이나 그에 준할 정도의 ‘중한’ 항거곤란으로 보아야 하며(7년 이상), 제5항의 위력에 의한 장애인강간에 대하여는 ‘단순한’ 항거곤란이 된다(5년 이상). 왜냐하면 제5항의 입법취지를 살린다면 제4항의 항거곤란은 ‘위력’을 상회하는 항거장애사유 즉, 현저한 항거곤란이나 그에 준할 정도의 중한 항거곤란으로 해석하여야 하기 때문이다. 그러나 이러한 해석은 장애인준강간죄에서 ‘현저한 항거곤란’이 아닌 ‘항거곤란’을 추가하여 장애인을 광범위하게 보호하고자 하는 입법취지와는 모순되므로 이를 받아들일 수 없다.

그러면 법정형이 5년 이하인 심신미약자간음죄가 그와 동일한 구성요건의 내용으로 법정형이 5년 이상인 위력에 의한 장애인강간죄로 180도 바뀌었다면 양 규정의 성격은 어떻게 해석하여야 하는가?

이 문제의 해결을 위해서는 제302조의 심신미약자가 성폭력처벌법상의 정신적인 장애가 있는 사람과 같은 의미인가를 검토해 보아야 한다. 왜냐하면 심신미약자=정신적 장애인으로 보지 않을 경우에는 장애인 이외의 심신미약자에 대하여는 형법 제302조의 감정적 구성요건이, 장애인에 대하여는 성폭력처벌법 제6조제5항이 적용되어 가중적 구성요건이 적용되는 불합리가 발생하기 때문이다. 더구나 정신적

17) “성폭력처벌법 제8조(현 제6조)는 폭행, 협박이 아닌 신체장애 또는 정신장애로 항거불능 상태에 있을 것을 요하므로 2급 또는 3급의 정신지체장애인의 경우에는 일정한 사회생활이 가능하고, 타인에 의한 위협에 대해 어느 정도의 반항도 가능하다는 점에서 동 법 제8조의 보호를 받기 어렵다.” 장애인여성공감, 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제8조(장애인에 대한 준강간)에 대한 법원의 태도분석, 성폭력 조장하는 대법원 판례 바꾸기-판례 바꾸기 운동 마지막 자료집 “최협의설” 비판(12), 2007. 6, 31면.

장애가 있는 사람도 독일형법의 항거불능에서 보는 것처럼 광의로 해석한다면 심신 미약자간음죄를 계속 존치해야 할 실익은 더 이상 존재하지 않는다.¹⁸⁾

결론적으로 성폭력처벌법 이외에 형법상의 준강간죄에서 심신상실과 항거불능 이외에 항거곤란의 사유를 추가하면 어떻게 되는가?

생각건대 성폭력처벌법상 장애인에게는 항거곤란이 심신상실과 항거불능의 상태와 맞먹을 정도로 항거장애의 특수한 사유가 될 수 있으나, 비장애인에겐 ‘현저한 항거곤란’이 아닌 ‘단순한 항거곤란’의 사유만 가지고는 준강간죄의 다른 행위수단의 표지들과 동등한 정도의 항거장애의 크기를 갖고 있다고 보기는 어렵다.

왜냐하면 비장애인에겐 성적 자기결정의 의사표시를 전혀 할 수 없는 심신상실과 항거불능과는 달리-항거곤란은 심신상실과 항거불능과는 그 양(크기)과 질(성격)이 전혀 다른 개념으로 다소라도 성적 자기결정에 의한 의사표시가 가능하기 때문에 이러한 개념논리라면 형법상 준강간죄의 행위수단으로서 신체적인 또는 정신적인 장애로 항거곤란 상태에 있음을 이용하는 경우를 설정할 필요가 없기 때문이다.

3. ‘항거곤란’ 해석론의 전환

성폭력처벌법상 항거곤란이 준강간죄의 사유로 성립할 수 없다면 실질적인 성적 자기결정권의 보호를 위하여 항거곤란의 사유를 형법에 포섭하는 방법은 두 가지가 있다.

즉, 항거곤란이란 어느 정도 피해자의 의사표시의 가능성의 영역은 남아있는 상황을 말하므로 이를 성적 강요죄의 구성요건표지로 보아 첫째는 행위수단으로서 폭행·협박의 의미를 확대해석하는 방법이다. 이하 본 논문의 [3] 2. 성적 강요죄 (1) 폭행에서 상술한다.

둘째는 폭행·협박 이외에 또 다른 행위수단인 제3의 유형을 창출하는 방법이다.¹⁹⁾ 이 방법에서는 성적 자기결정권의 보호의 맥락, 특히 성폭력피해자의 보호와

18) 심신미약자간음죄의 폐지에 의한 성폭력처벌법 제6조의 개정을 주장하는 견해는 염형국, 지적장애 여성 성폭력을 바라보는 우리의 자세, 공감, 2010, 6면.

19) 임종인의원이 대표발의한 형법 일부개정법률안(2007. 4. 18)(의안번호 6449)(임기만료폐기) 제299조 ① 폭행·협박 또는 위력으로 사람을 강간한 자는 2년 이상의 유기징역에 처한다. 이호중, 강간과

성폭력범죄의 예방의 차원에서 성적 행위의 개념을 재구성한다. 예를 들어 강간 즉, 성적 강요행위를 입법적으로 또는 해석적으로 성폭력범죄의 기본적 구성요건으로 하고 이에 준하는 항거곤란의 사유를 설정하는 것이다. 왜냐하면 성적 강요죄를 기본적 구성요건으로 하여 강간을 가중된 예시형식으로 본다면 제3의 행위수단의 유형으로 항거곤란상태를 이용하는 행위를 쉽게 설정할 수 있고, 폭행·협박의 의미를 최협의의 폭행·협박에 제한할 필요는 없기 때문이다.

그런데 이와 같은 ‘항거불능’ 해석론의 전환을 위해서는 먼저 간음의 개념에 관한 전제적 논의를 일괄할 필요가 있다. 왜냐하면 장애인준강간죄의 간음을 포함, ‘간음’이라는 성적 자기결정권과 관련된 성행법의 문제는 강간죄와 강제추행죄의 구분을 간음 즉, 남녀성기의 결합여부에 있다고 전제하고 간음 이외의 모든 성적 행위²⁰⁾는 강제추행으로 보는 데에서 출발하기 때문이다.²¹⁾

또한 아래의 (1)에서 보는 것처럼 이러한 출발선에서 간음중심의 2분적 구분모델을 계속 유지한다면 항거곤란에 대한 가벌성의 흠결 내지는 적절한 형벌권의 일탈은 필연적 과정이며, 결국 다양한 성적 행위의 수만큼이나 그에 대처하기 위한 특별 형법이 필요하게 되기 때문이다.

따라서 (장애인)준강간죄의 ‘항거곤란’의 상태를 어떻게 입법하고, 해석하는가에 관하여는 간음의 개념에 관한 입장의 차이에 따라 다음과 같은 2개의 해석론으로 구체적으로 정리하여 논의할 필요가 있다.

추행의 죄 규정의 개정방안, 형사법개정연구(IV)－형법각칙 개정안－, 2009. 12, 157-158면: “이는 협의의 폭행·협박 개념과 위력이 불법의 측면에서 질적 구별이 쉽지 않다는 점, 그리고 성폭행의 위협에 직면한 많은 피해자들이 구체적인 폭행이나 협박이 아니더라도 가해자의 사회적 지위와 권력적 요소로 인하여 두려움과 공포를 느끼는 사례들이 많다는 점을 고려한 때문이다.”

20) 본 논문의 각주 36) 참조.

21) 신영호·최은하, 앞의 논문, 157면 이하 참조.

(1) 간음-남녀성기결합설의 해석론

가. 간음-남녀성기결합설과 최협의의 폭행·협박

간음-남녀성기결합설²²⁾은 간음 즉, 남녀의 성기결합의 유무를 중심으로 강간죄와 강제추행죄를 분류하는 이분적 관점으로, 최고의 비도덕적 불법성을 가진 강간죄의 성립요건을 엄격하게 해석하는 방법이다. 따라서 이 관점에 따르면 강간죄의 폭행·협박의 정도는 상대방의 반항을 불가능하게 하는 경우와 그것을 현저하게 곤란하게 하는 것을 포함한다고 해석한다(최협의의 폭행·협박).²³⁾

마찬가지로 준강간죄도 폭행·협박의 방법을 사용함이 없이 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 강간죄와 같은 결과를 초래한 때에는 강간죄의 예에 의하여 처벌한다는 것이므로 준강간죄의 심신상실과 항거불능의 상태를 이용하는 불법의 크기는 강간죄의 폭행·협박의 정도에 준하는 의미를 가진다고 해석한다.²⁴⁾

왜냐하면 이와 같은 강간죄와 강제추행죄의 이분적 관점-간음(성기)중심의 관점에서는 결과적으로 강제추행 보다는 정조 개념의 강제간음을 중시할 수밖에 없기 때문에 최협의의 폭행·협박개념이 중시될 수 없고, 준강간죄와 준강제추행죄는 강간죄와 강제추행죄와의 균형상 그에 상응하여 처리할 수밖에 없기 때문이다. 여기서 강간죄는 실질적으로 기본적 구성요건이 되어²⁵⁾ 독립된 구성요건의 형식을 갖추

22) 간음-남녀성기결합설과 간음-신체삽입설(성적 강요설)의 분류와 내용에 관하여는 신영호·최은하, 앞의 논문, 152·164면 이하 참조.

23) 「강간죄가 성립하려면 가해자의 폭행·협박은 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이어야 하고, 그 폭행·협박이 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이었는지 여부는 그 폭행·협박의 내용과 정도는 물론, 유행력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 판단하여야 한다.」(대법원 2007. 01. 25. 선고 2006도5979 판결)(대법원 1992. 4. 14. 선고 92도259 판결, 2004. 6. 25. 선고 2004도2611 판결 등 참조).

24) 「형법 제299조는 사람의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 간음 또는 추행을 한 자를 같은 법 제297조, 제298조의 강간 또는 강제추행의 죄와 같이 처벌하도록 규정하고 있는 바, 이 죄가 정신적 또는 신체적 사정으로 인하여 성적인 자기방어를 할 수 없는 사람에게 성적 자기결정권을 보호해 주는 것을 보호법적으로 하고 있고, 같은 법 제302조에서 미성년자 또는 심신미약자에 대하여 위계 또는 위력으로써 간음 또는 추행을 한 자의 처벌에 관하여 따로 규정하고 있는 점 등에 비추어 보면, 형법 제299조에서의 항거불능의 상태라 함은 위 제297조, 제298조와의 균형상 심신상실 이외의 원인 때문에 심리적 또는 물리적으로 반항이 절대적으로 불가능하거나 현저히 곤란한 경우를 의미한다고 보아야 할 것이다.」(대법원 2000. 05. 26. 선고 98도3257 판결).

게 되는 것이다.

그러나 성적 자기결정권을 그 보호법익으로 하는 한, 성기(간음) 중심의 강간죄가 성폭력형법의 기본적 구성요건이 되어야 할 이유는 없으며, 특히 이러한 강간죄와 강제추행죄의 2분적 법규정과 그 개념에 의하여서는 성폭력범죄의 해석과 그 입법적 해결은 다람쥐 쳇바퀴 도는 격에 불과하다고 하겠다.²⁶⁾

나. 성적 자기결정권과 폭행·협박의 해석론

우리 형법은 1995년, 제32장의 '정조에 관한 죄'를 '강간과 추행의 죄'로 장의 제목을 바꾸면서 그 입법이유에서²⁷⁾ 보호법익으로 '성적 자기결정의 자유'를 도출하였다. 형법이 이처럼 성적 자기결정권 즉, 성폭력 피해자의 인권을 형법의 전면에 부상시킨 이후 우리의 형법이론과 실무에서 폭행·협박의 해석론도 다음 2가지의 방향으로 변화되어 나타나고 있다.

첫째는 대법원 판례처럼 최협의를 폭행·협박의 개념을 유지하면서도 폭행·협박의 개념 자체보다는 폭행·협박의 개념이 있었는지에 관한 기준을 구체화한 이른바 종합적 판단기준설²⁸⁾을 채택하고 강간죄와 강제추행죄에 있어서 폭행·협박의 개념을 달리 해석하여²⁹⁾ 사실상 최협의를 폭행·협박의 요건을 완화하는 방법이다.³⁰⁾

25) 변종필, 강간죄의 폭행·협박에 관한 대법원의 해석론과 그 문제점, 비교형사법연구 제8권제2호, 2006.12, 156면; 본 논문의 각주 29) 참조.

26) 신영호·최은하, 앞의 논문, 165면.

27) 1995.12.29 (법률 제5057호); 법무부 형법개정법률안 제안이유서, 1992.10, 155면에 따르면 “성적 자기결정의 자유는 이 장의 죄의 보호법익이며 형법은 보호법익에 따라 장의 명칭을 붙이는 태도를 취하지 않고 있기 때문에 중립적 명칭인 강간과 추행의 죄로 결정하였다”고 한다.

28) 「위 규정의 “신체장애 또는 정신상의 장애로 항거불능인 상태에 있음”이라 함은, 신체장애 또는 정신상의 장애 그 자체로 항거불능의 상태에 있는 경우뿐 아니라 신체장애 또는 정신상의 장애가 주된 원인이 되어 심리적 또는 물리적으로 반항이 불가능하거나 현저히 곤란한 상태에 이른 경우를 포함하는 것으로 보아야 할 것이고, 그 중 정신상의 장애가 주된 원인이 되어 항거불능인 상태에 있었는지 여부를 판단함에 있어서는 피해자의 정신상의 장애의 정도뿐 아니라 피해자와 가해자의 신분을 비롯한 관계, 주변의 상황 내지 환경, 가해자의 행위 내용과 방법, 피해자의 인식과 반응의 내용 등을 종합적으로 검토해야 할 것이다.」(대법원 2007. 07. 27. 선고 2005도2994 판결).

29) 「강제추행죄에 있어서 폭행 또는 협박을 한다 함은 먼저 상대방에 대하여 폭행 또는 협박을 가하여 그 항거를 곤란하게 한 뒤에 추행행위를 하는 경우만을 말하는 것이 아니고, 폭행행위 자체가 추행행위라고 인정되는 경우도 포함되는 것이라 할 것이고 이 경우에 있어서의 폭행은 반드시 상대방의 의사를 억압할 정도의 것임을 요하지 않고, 다만 상대방의 의사에 반하는 유형력의 행사가 있는

둘째는 폭행·협박의 양 개념 그 자체를 좀 더 유연하게 즉 최협의의 폭행·협박의 정도를 한 단계 낮추어 협의의 폭행·협박으로 재해석하는 방법이다. 예를 들어 성적 자기결정권의 실질적 침해가 있었다는 이유로 협의의 폭행·협박 개념과 합리적 수준의 저항을 주장하는 견해가 그것이다.³¹⁾

그러나 이 견해에 따르더라도 상술한 간음-남녀성기결합설에 대한 비판은 그대로 적용되며, 또한 본 논문의 [3] 2. 성적 강요죄 (1) 폭행에서 보듯 명확성의 원칙과 관련하여 폭행·협박의 기준이나 폭행·협박 개념의 확대가 문제될 수 있다. 그렇지만 준강간죄의 행위수단으로 해석론이든, 입법론이든 첫째의 관점보다는 자연스럽게 항거곤란이 추가될 수 있을 것이다.

다. 장애인준강간죄의 해석론

마찬가지로 장애인준강간죄도 준강간죄이기 때문에 상술한 폭행·협박의 해석론

이상 그 힘의 대소 강약을 불문한다.」(대법원 1994. 8. 23. 선고 94도630 판결; 1992. 2. 28. 선고 91도3182 판결); “강제추행죄가 형법상 강간죄와 같은 장에 규율되어 있다고 해서 반드시 그 폭행·협박의 정도를 동일하게 보아야 할 이유는 없을뿐더러, 입법형대상 강간죄와 강제추행죄를 각각 이 장의 기본적 구성요건으로 파악하는 것이 적절하다는 점, 강제추행죄의 법정형이 강간죄의 그것보다 현저히 낮다는 점, 강제추행죄에서는 그 범죄의 구조적 성격상 폭행행위 자체가 곧 추행행위가 되는 경우도 있을 수 있다는 점 등을 감안할 때 강제추행죄의 폭행협박은 강간죄의 그것과는 달리 상대방의 반항을 곤란하게 하는 정도 내지 상대방의 의사에 반하는 유형력의 행사로 족하다고 보는 것이 옳다.”(변종필, 앞의 논문, 156면).

- 30) 예를 들어 “폭행 또는 협박으로” 다음에 “반항을 곤란하게 한 상태에서 또는 현재의 강간죄 조문을 그대로 두고 미국이나 독일의 예에 따라 ‘경(輕)한 강간죄’ 또는 ‘성적 강요죄’를 신설하는 방안” (조국, 형사입법과정의 현황과 개선방안, 19대 국회 의원발의 형사법안에 대한 검토, 2015. 2, 72면); 오영근, 형법상 폭행의 개념, 형사법연구 제8호, 1995. 12, 141면: “폭행죄의 폭행과 비슷한 정도의 난폭한 유형력의 행사” 등.
- 31) 박상기, 강간죄와 폭행·협박의 정도, 형사판례연구 제4호, 1996. 7, 189면; 윤영철, 형법의 법익론 관점에서 본 부부강간의 문제, 형사정책연구 제18권 제1호, 2007. 3, 30면; 장영민·손지선, 처의 성적 자기결정권 보호-부부강간죄의 성립여부에 관한 고찰, 이화여대 법학논집 제6권 제1호, 2001, 178면; 한인섭, 형법상 폭행개념에 대한 이론, 형사법연구 제10호, 1998. 12, 128면; 김혜정, 앞의 논문, 375면; 김성천, 강간죄의 성립요건인 폭행·협박의 의미, 성폭력 조장하는 대법원 판례 바꾸기-판례 바꾸기 운동 열한 번째 자료집 “최협의설” 비판(11), 2007. 5, 16면에서는 폭행·협박 개념의 확대를 기하지 않고 피해자의 성적 자기결정권의 침해를 통해 간음이 이루어졌는가를 판단하고 있다. 그러나 이러한 성적 자기결정권의 침해라는 또 다른 요건의 추가는 논리 필연적으로 범죄성립의 요건완화나 아니면 새로운 요건으로 이어져야 할 것인지는 성적 자기결정권의 관점에서 좀 더 깊은 검토가 필요하다; 본 논문의 각주 33) 참조.

에 대한 비판이 그대로 적용된다.

더구나 성폭력처벌법은 가벌성의 흠결을 막기 위하여 가능한 행위수단을 총 망라하고 있고 (성폭력처벌법 제6조제5항의 ‘위력에 의한 장애인강간’ 등 참조) 형법에 비하여 형이 가중되어 있으므로 오히려 실무적으로는 폭행·협박의 개념 내지는 심신상실 또는 항거불능의 범위를 더욱 더 좁게 해석하는 경향이다.³²⁾

왜냐하면 대법원 판례는 항거불능인 상태를 판단함에 있어 성폭력처벌법의 입법 취지와는 달리 지나친 법정형을 감안, 지적 장애와 성적 자기결정권의 실질적 표현·행사의 유무여부를 검토하여³³⁾ 그 요건을 엄격히 해석하고 이를 보수적, 소극적으로 운영하고 있는 것으로 판단되기 때문이다.

(2) 간음-강요설의 해석론

간음의 개념에 관한 간음-강요설(또는 간음-신체산입설³⁴⁾)에 의하면 강간은 ‘성적 강요에 의한 성교’가 되는데 그 대표적 입법형식인 독일형법 제177조제1항³⁵⁾

32) 서보학, 강제추행죄에 있어서의 폭행의 개념과 정도, 형사재판의 제문제 제4권, 2003, 47면에서도 “우리 형법이 물리력의 행사 정도에 따라 강제추행·강간, 위력에 의한 간음·추행, 단순추행 등으로 처벌규정을 세분해 놓고 있기 때문에 폭행의 개념을 엄격하게 해석해야” 한다고 한다.

33) 「법 제6조는 장애인의 성적 자기결정권을 보호법적으로 하는 것이므로, 피해자가 지적장애등급을 받은 장애인이라고 하더라도 단순한 지적장애 외에 성적 자기결정권을 행사하지 못할 정도의 정신 장애를 가지고 있다는 점이 증명되어야 하고, 피고인도 간음 당시 피해자에게 이러한 정도의 정신 장애가 있음을 인식하여야 한다.」(대법원 2013. 04. 11. 선고 2012도12714 판결); 「장애인의 성적 자기결정권을 충실하게 보호하고자 하는 구 성폭법 제6조의 입법 취지에 비추어 보면, 위와 같은 ‘항거불능인 상태’에 있었는지 여부를 판단할 때에는 피해자가 정신적 장애인이라는 사정이 충분히 고려되어야 하므로, 외부적으로 드러나는 피해자의 지적 능력 이외에 정신적 장애로 인한 사회적 지능·성숙의 정도, 이로 인한 대인관계에서 특성이나 의사소통능력 등을 전체적으로 살펴 피해자가 범행 당시에 성적 자기결정권을 실질적으로 표현·행사할 수 있었는지를 신중히 판단하여야 한다.」(대법원 2014. 02. 13. 선고 2011도6907 판결); 본 논문의 각주 31) 참조.

34) 프랑스 형법 제222-23조(강간) ① 폭행, 강제, 협박 또는 기망에 의하여 사람에게 성적 삽입행위를 하는 것은 종류를 불문하고 강간죄에 해당한다. ② 강간죄는 15년의 징역형에 처한다; 제222-22조(성적 침해) ① 폭행, 강제, 협박 또는 기망에 의해 범해진 모든 성적 가해는 성적 침해를 구성한다. <법부부, 프랑스 형법, 2008. 11>

35) 독일형법 제177조(성적 강요죄) ① 타인에게 자신 또는 제3자의 성적 행위를 수인하도록 하거나 또는 자신이나 제3자에 대하여 성적 행위를 하도록 다음 각 호의 1과 같이 강요한 자는 1년 이상의 자유형에 처한다. 1. 폭행과 함께, 2. 신체 또는 생명에 대한 현재의 위협에 대한 협박에 의하여, 3. 피해자가 무방비 상태로 행위자의 영향에 방치되어 있는 상황을 악용하여.

은 후술하는 것처럼 성폭력형법에서 성적 강요죄를 기본적 구성요건으로 하고 강간은 성적 강요죄의 가중적 예시형식(Regelbeispiel)으로 규정한다. 여기서 성적 강요라는 것은 1. 폭행과 함께, 2. 신체 또는 생명에 대한 현재의 위협에 대한 협박에 의하여, 3. 피해자가 무방비 상태로 행위자의 영향에 방치되어 있는 상황을 악용하여 성적 행위³⁶⁾를 강요하거나 강요받는 경우를 말한다.

이러한 관점에서는 항거곤란 상황의 악용은 성적 강요의 통상적인 행위수단의 하나에 불과하다. 여기서는 ‘항거곤란’의 사유가 장애인준강간죄의 구성요건 이상으로—피해자에게 폭행·협박이 없음에도 그 공포나 두려움으로, 또는 피해자가 무방비 상태로 되어 행위자에 대하여 항거를 해도 소용이 없다고 인식하여 어쩔 수 없이 성적 행위를 수인하게 되는 경우에도—일반적 행위수단의 표지로서 작용하여 장애인은 물론, 실제로 보호를 필요로 하는 비장애인의 성적 자기결정권에 대하여도 획기적인 보호를 기할 수 있다.

Ⅲ. 성적 강요죄와 항거불능자에 대한 성적 남용죄

성적 강요죄(독일형법 제177조제1항)의 행위수단(제1-3호)은 1. 폭행, 2. 협박, 3. 무방비상태로 행위자의 영향에 방치된 상황의 악용이다. 여기서는 기술한 관점에서 항거불능과 관련하여 특히 동 제3호의 성립과정과 항거불능자에 대한 성적 남용죄(독일형법 제179조)를 좀 더 깊이 살펴보기로 한다.

왜냐하면 성적 강요죄의 이러한 행위수단과 관련 구성요건에 대한 상세한 법적 고찰은 우리 형법의 해석에서 여러 단계로 분류된 폭행, 협박의 개념 및 장애인준강간죄에서 가벌성의 누수를 우려하여 ‘항거곤란’을 추가하고 그 법정형을 지나치게 강화하고 있는 우리 성폭력범죄의 법체계와 비교하여 볼 때 그 시사하는 바가 상당히 크다고 할 수 있기 때문이다.

36) 해석론으로서 ‘성적 행위’(Sexuelle Handlung)는 행위자가 자신 또는 타인의 신체를 사용하여 성적 인 관계(Geschlechtliche)를 나타내는 인간의 모든 행위를 의미한다(NSZ 85, 24).

1. (구)강간죄와 (구)성적 강요죄의 통합

독일 형법은 제33차 형법개정법률(33. StrÄndG)³⁷⁾을 통하여 기존의 (구)강간죄와 (구)성적 강요죄³⁸⁾를 통합하고 성적 강요죄(Sexuelle Nötigung)를 기본적 구성요건(독일형법 제177조제1항)으로 규정하였다.³⁹⁾

이에 남녀성기결합의 유무를 중심으로 하는 (구)강간죄와 (구)성적 강요죄는 성적 자기결정권을 실질적으로 보호하는, 성적 행위 중심의 성적 강요죄로 재구성되었으며 강간의 개념도 성적 강요죄의 하나의 가중적 예시형식에 불과하게 되었다.

즉, 이러한 통합에 의하여 성적 강요죄는 기본적 구성요건으로서 그 폭행·협박의 정도가 성적 강요의 행위수단으로 충분하게 되고, 우리 형법의 해석처럼 강간죄, 강제추행죄에 있어서 폭행·협박의 정도를 최협의로 분류하여 이에 한정하거나 또는 양 죄의 경우에 이를 차별화하여 해석할 의미가 없어지게 되었다.

더구나 독일형법은 성적 강요죄의 제3의 행위수단으로 특히 폭행·협박 이외에 「피해자가 무방비 상태로 행위자의 영향에 방치되어 있는 상황을 악용」하는 규정을 신설하여—비장애인을 포함한 피해자에 대한—포괄적인 성적 강요의 행위수단까지 규정하고 있는 점은 주목할 만하다.⁴⁰⁾

37) 33. Strafrechtsänderungsgesetz—§§177 bis 179 StGB (33. StrÄndG) (1997.7.1) (BGBl. I S. 1607); Vgl. Otto, Die Neufassung der §§177-179 StGB, Jura 1998, S. 210. 이 법률에 대한 입법취지로는 입법초안(BT-Drucks. 13/7424)과 법사위의 보고서(BT-Drucks. 13/7663) 참조.

38) 본 논문에서 (구)성적 강요죄는 제4차 형법개혁법에 의하여 (구)강간죄와 (구)성적 강요죄가 분리될 때에 독일형법 (구)제178조의 (구)성적 강요죄를 말한다.

39) 신영호·최은하, 앞의 논문, 162면 이하 참조.

40) §177 StGB (Sexuelle Nötigung) (1) Wer eine andere Person 1.mit Gewalt, 2.durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben oder 3.unter Ausnutzung einer Lage, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist, nötigt, sexuelle Handlungen des Täters oder eines Dritten an sich zu dulden oder an dem Täter oder einem Dritten vorzunehmen, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft.

2. 성적 강요죄

(1) 폭행(Gewalt)

제국법원의 판례에 따르면 “폭행은 사실상 행하여지거나 기대되는 저항을 제거하기 위하여 행하여지는 물리적 힘의 행사”⁴¹⁾를 말한다. 이러한 고전적 폭행개념은 전형적인 행위자관점의 폭행개념의 정의(Bestimmung aus der Täterperspektive)이다. 근대적 개념에 있어서도 폭행은 “저항이 행하여지거나 기대되는 경우에 이를 극복하기 위하여 신체적으로 작용하는 강제가 이루어지는 모든 신체적 활동”이라고 한다.

그런데 성적 자기결정권을 실질적으로 보호하기 위해서는 특히 폭행개념의 목적론적 해석을 통하여 그 필요한 구성부분으로 ‘전형적인 행위자-피해자상황’(typische Täter-Opfer-Situation) 및 ‘피해자의 관점’(Opferperspektive)까지 고려하지 않으면 안 된다.⁴²⁾

이러한 관점에서는 “정신화된 폭행개념”(vergeistigter Gewaltbegriff) 즉, 단순한 협박을 제외한 피해자에 대한 모든 심리적 및 물리적 영향도 피해자가 이를 단지어는 정도 중요한 강제작용(Zwangseinwirkung)으로 느끼는 되는 때에는 이를 폭행으로 평가하게 된다.⁴³⁾

그러나 연방헌법재판소는 연좌시위와 관련된 폭행 개념의 이와 같은 확대해석에 대하여 기본법 제103조2항을 위반하는 것이라고 선언하였다.⁴⁴⁾ 왜냐하면 명확성의 원칙은 법치국가원칙의 특징으로 포괄적인 법적 안정성을 목표로 하기 때문에 시민은 어떠한 법적 효과가 그들을 위하여 규정되었는지 알 수 있어야 한다는 것이다.

41) RGSt 64, 113.

42) Kieler, Marita, Tatbestandsprobleme der sexuellen Nötigung, Vergewaltigung sowie des sexuellen Mißbrauchs widerstandsunfähiger Personen, Universität Osnabrück Dissertation 2003, S. 141; Vgl. Rössner, Dieter, Gewaltbegriff und Opferperspektive bei der Vergewaltigung, in: Kriminologie- Psychiatrie-Strafrecht, Festschrift für Heinz Lefrenz zum 70. Geburtstag, 1983, S. 527 ff.

43) BGH, Urteil vom 8. August 1969, Az. 2 StR 171/69, BGHSt 23, 46;(sog. Laepple-Urteil).

44) BVerfG, Beschluss vom 10. Januar 1995, Az. 1 BvR 718, 719, 722, 723/89; BVerfGE 92, 1-Sitzblockaden II.

따라서 폭행에서 신체적 강제효과(Zwangswirkung)의 표지가 다시 전면에서 부상하게 됨에 따라 폭행은 '목표설정, 강도, 작용방법에 따라 타인의 의사결정 또는 의사활동의 자유를 폐지하거나 침해하도록 하는 또는 이에 적합한 유형력의 행사 또는 기타 종류의 물리적 영향을 통하여 사람에 대하여 작용하는 강제'를 말하게 되었다.⁴⁵⁾

이에 따라 입법자는 폭행 개념의 협소화의 관점, 즉 제한적 폭행의 개념을 유지하면서도 독일형법 제177조제1항제3호의 '무방비 영향방치 상태의 악용'이라는 새로운 행위요건을 추가하여 가벌성의 흠결에 대응하였다. 독일형법에서 오늘날 폭행 개념의 확대해석이 불필요하게 된 이유이다.⁴⁶⁾

(2) 신체 또는 생명에 대한 현재의 위험에 대한 협박

협박(Drohung)이란 미래의 해악의 발생이 협박자의 의사에 종속된, 명시적 또는 추정적(konkludente)인 해악의 예고⁴⁷⁾를 말한다. 피협박자는 협박으로 인하여 공포에 사로잡혀 자신의 판단에 영향을 받고 그 협박의 이행을 가능한 것으로 여기면 충분하다. 즉 행위자가 협박의 이행을 의도하였는지, 그리고 그것이 대체로 이행 가능한 것으로 여겼는지는 중요하지 않다. 오히려 행위자가 사실적으로도 또는 외견상으로도 피협박자의 공포감에 의하면 사건의 지배자(Herr des Geschehens)라고⁴⁸⁾ 생각되는 것이 중요하다. 협박은 이미 과거에 행하여진 강제의 새로운 적용 또는 계속에 대한 추정적 고지에 있어서도 존재할 수 있다.

이에 비해 독일형법 제240조의 강요죄에서는 강요수단인 협박의 내용이 제241조

45) Laubenthal, Klaus, Handbuch Sexualstraftaten—Die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung, 2012, S. 69; Vgl. Wessels/Hettinger, Strafrecht BT 1, 38 Aufl., 2014, Rdnr. 383.

46) 독일형법은 우리의 달리 폭행죄가 없다. 그러나 폭행의 개념은 제240조(강요죄 Nötigung)에서 기본적으로 논의된다. 협박죄(Bedrohung)는 제241조에 따로 규정이 있다; 따라서 성적 강요죄에서 폭행·협박을 우리의 폭행·협박의 개념구분 방식에 구태여 비교한다면 광의의 폭행과 협의의 협박에 가깝다고 볼 수 있다(한국형법 제324조의 강요죄 참조; 신영호·최은하, 앞의 논문, 167면 참조; 특히 우리의 경우에도 폭행죄와 상해죄의 질적 구분이 불가능한 것으로 보는 견해는 이정원, 상해와 폭행의 죄의 구조와 문제점—독일 형법 신체침해죄와의 비교를 중심으로—, 성균관법학 제21권제1호, 2009.4., 336면.

47) BGH MDR 1991 701 f.

48) BGHSt 31, 195, 201; Gössel, Karl Heinz, Das neue Sexualstrafrecht, 2005, S. 32.

의 협박죄(Bedrohung)에서처럼 중죄의 실행에 국한되어 있지 아니하고 현저한 해악의 고지만으로 충분하다.⁴⁹⁾ 그러나 제177조제1항제2호는 협박의 가중된 형태로 생명·신체에 대한 현재의 위협이 협박에 의하여 예고되어야 한다. 제177조제1항제2호의 정도에 이르지 않는 협박의 내용은 제240조제1항과 동 제4항제2문제1호에 해당할 수 있다.⁵⁰⁾

(3) 피해자가 무방비 상태로 행위자의 영향에 방치되어 있는 상황을 악용하는 경우

제177조제1항의 구성요건에서 고전적 행위수단인 폭행·협박과 동등하게 새로운 행위수단인 제3호를 추가한 입법취지는 피해자에게 폭행을 가하지 않았거나 또는 최소한 생명, 신체에 대한 현재의 위협을 추정할 수 없음에도 불구하고 그 공포나 두려움으로,⁵¹⁾ 또는 피해자가 무방비상태로 되어 행위자에 대하여 항거를 해도 소용이 없다고 인식하여 어쩔 수 없이 성적 행위를 수인하게 되는 경우⁵²⁾ 등 기타 정신적·육체적인 장애인의 보다 나은 보호를 목적으로 하는 것이었다.

하지만 이러한 입법취지에도 동 제3호의 신설로 다음에 설명하는 제179조(항거불능자에 대한 성적 남용)와의 한계설정이 문제될 수밖에 없다. 왜냐하면 동 제3호의 상황은 제179조제1항의 전제가 되기 때문이다. 그러나 동 제3호는 보호 없는 상태의 단순한 악용에 추가하여 피해자의 의사에 반하는 성적 행동에 대한 강요를 전제로 하지만 제179조는 항거불능의 남용만으로도 충분하다고 한다. 제179조는 성적 강요행위를 입증하기 어려운 사례에서 발생할 수 있는 가별성의 흠결을 메우기 위한 포괄구성요건(Auffangtatbestand)이기 때문이다.⁵³⁾

49) 강요죄에는 협박죄와 달리 미수범 처벌규정(독일형법 제240조제3항)이 있다.

50) Laubenthal, Klaus, a.a.O., S. 75.

51) BT-Drucks. 13/7324; “예컨대 성폭력 피해 경험이 있는 비장애인이 트라우마로 인하여 강간 상황에서 일시적인 장애를 일으켜 항거불능의 상태에 이른 경우 장애인준강간에도, 준강간에도 해당하지 않으며 강간죄 해석의 문제로만 남게 된다. 장애와 비장애의 이분법은 공포를 일으키는 위협적인 성폭력 상황에서는 무의미할 수 있다.”(정지원, 장애인 성폭력 관련 법령과 판결에서 드러나는 문제점과 개선방안, 젠더법학 제3권 제2호, 2011.9, 162면).

52) BT-Drucks. 13/7663.

53) 양자의 차이에 관하여는 김재윤, 앞의 논문, 267면 이하; 하태훈, 앞의 논문, 306면 이하.

3. 항거불능자에 대한 성적 남용죄

독일형법 제179조(항거불능자에 대한 성적 남용) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 타인의 항거불능인 상태를 남용하여 타인에 대하여 성적 행위를 하거나 또는 타인으로 하여금 자기에 대하여 성적 행위를 하게 한 자는 6월 이상 10년 이하의 자유형에 처한다. 1. 중독을 포함하여 정신적·심리적 질병이나 장애(Behinderung)⁵⁴⁾ 또는 심한 의식장애로 항거불능인 자, 2. 신체적으로 항거불능인 자.⁵⁵⁾

제179조는 제177조제1항의 의미에서 성적 행위의 강요가 될 수 없는 사람들, 즉 장애로 기타 충분한 저항의사를 형성할 수 없는 사람들의 형법보호를 위한 제177조제1항에 대한 포괄구성요건으로 우리 형법 제299조의 준강간죄, 준강제추행죄에 해당한다. 여기서 성적 남용(Mißbrauch)이란 피해자가 처해 있는 상황을 악용하여 성적 행위를 하는 것을 말한다.⁵⁶⁾

본 조와 우리 형법 제299조와의 구성요건 표지상의 차이점은 독일형법은 심신상실이 항거불능의 하나의 사유에 불과하지만 우리형법의 규정상으로는 심신상실과 항거불능의 상태가 각각 구분되어 있다는 점이다. 마찬가지로 우리 형법의 해석에서도 심신상실은 동 제1호의 항거불능인 자로 확대하여 해석할 수 있다. 입법적 보충이 필요한 부분이다.

법정형의 크기로 보면 우리 형법의 준강간죄는 강간죄, 유사강간죄, 강제추행죄의 예에 의하지만 항거불능자에 대한 성적 남용죄의 불법의 크기는 6개월 이상으로 성적 강요죄(1년 이상) 보다 작다. 따라서 준강간죄가 이러한 의미를 가진다면 폭행·협박을 사용하지 않기 때문에 비동의간음 정도의 불법의 크기를 가진 것에 불과

54) (구규정) 1. 병적인 정신장애, 심한 의식장애 또는 정신박약 기타 중대한 정신장애로 인하여 항거불능 상태에 있는 자(1. wegen einer krankhaften seelischen Störung, wegen einer tiefgreifenden Bewußtseinsstörung, wegen Schwachsinn oder einer schweren anderen seelischen Störung).

55) §179 StGB (Sexueller Mißbrauch widerstandsunfähiger Personen) ① Wer eine andere Person, die 1.wegen einer geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung einschließlich einer Suchtkrankheit oder wegen einer tiefgreifenden Bewußtseinsstörung oder 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.

56) Vgl. Lackner/Kühl, StGB, 28. Auf., 2014, §179 Rdnr. 6, §174a Rdnr. 7f.

하다. 그러나 장애인준강간죄가 성폭력처벌법에서처럼 강간죄 이상의 형벌의 크기를 가진다면⁵⁷⁾ 준강간죄 내지 장애인준강간죄는 더 이상 ‘준’강간으로 볼 수 없다. ‘준’(Quasi)의 문언적 한계를 넘어서기 때문이다.⁵⁸⁾

준강간죄는 간음 즉, 순결 내지 정조를 절대시하는 성적 인식에서 원래 폭행·협박과 관계없이 행위자가 결과적으로 (비동의)간음을 했기 때문에 강간죄의 예에 의하여 벌하는 범죄이다. 따라서 준강간죄에 대하여는 기술한 간음-남녀성기결합설의 2분적 관점이 그대로 적용될 수밖에 없다.

그러나 행위자가 심신상실 또는 항거불능의 상태를 유발한 것이 아니라면 준강간죄는 강간죄의 형과 같이 또는 그 이상으로 무겁게 처벌할 이유가 없으며 오히려 감경적 구성요건이 되는 것이 타당하다. 왜냐하면 준강간죄는 현실적으로 존재하는 피해자의 저항의사를 극복하고 간음하는 것이 아니라 폭행·협박이 없는-좀 더 간음하기 쉬운 행위상황, 즉 직접적인 행위수단으로서 성적 자기결정권의 현재적 침해가 없는 행위상황을 이용하는 것이기 때문이다. 따라서 심신상실, 항거불능의 이용과 같은 단순한 준강간의 상태이용은 감경적 구성요건인 준(準)성적 강요죄(항거불능자에 대한 성적 남용죄)의 구성요건요소로 구성하는 것이 타당하다.

IV. 결론

성폭력처벌법 제6조제4항은 장애인준강간죄의 구성요건표지로 ‘항거불능’ 이외에 ‘항거곤란’ 상태를 추가하여 특히 ‘현저한’ 항거곤란의 수준에 이르지 않더라도 장애인준강간죄로 처벌할 수 있도록, 구성요건의 완화를 통한 형벌권의 적정성을 확보하는 방향을 택하였다.

57) 이를 책임주의위반으로 보는 견해는 최상욱, 소위 도가니법에 대한 비판적 고찰, 충남대 법학연구 제22권제2호, 2011. 12, 53면; 기본법과 특별법의 역할이 바뀌었다는 견해는 황은영, 성폭력범죄에 대한 실효적 대응방안-비판적 성찰과 전문성 강화를 위한 정책제안-, 법조 제57권 제1호 (통권 제616호), 2008. 1, 14면.

58) 기타 준점유강취죄(제325조제2항), 준강도죄(제335조), 준사기죄(제348조) 등의 경우도 마찬가지이다. 본 논문과 같은 주제는 아니지만 최병각, 준강도죄가 강도죄는 아니지 않는가?, 저스티스 통권 제117호, 2010. 6, 134면 이하 참조.

그러나 성폭력처벌법에서 이와 같이 항거곤란을 추가함으로써 입법자가 의도한 바와 같은 장애인보호의 법해석을 명백하게 도출할 수 있는지는 의문이다.

왜냐하면 항거곤란이란 개념 자체가 항거불능에 준하는 ‘현저한 항거곤란’이 아니라 피해자의 의사형성에 있어서 어느 정도의 폭행·협박의 상황을 전제로 한다고 보아야 하기 때문에 성적 자기결정을 전혀 할 수 없는 심신상실, 항거불능과는 그 요건과 성질이 양적, 질적으로 상당히 다르다고 보아야 하기 때문이다.

또한 성폭력처벌법 제6조제5항의 ‘위력에 의한 장애인강간’은 동 제4항의 항거곤란과 어떻게 다른지도 검토되어야 한다. 왜냐하면 항거곤란이라는 개념 설정은 항거불능의 요건을 완화하여 장애인을 광범위하게 보호하자는 것인데 그 요건을 완화하면 장애인준강간죄와 위력에 의한 장애인강간죄와의 경계가 문제되기 때문이다.

성폭력처벌법상 항거곤란이 준강간죄의 사유로 성립되지 않는다면 이를 형법에 포섭하는 방법은 두 가지가 있다. 첫째는 행위수단으로서 강간죄의 폭행·협박의 의미를 확대해석하는 방법이다. 즉, 대법원 판례처럼 최협의를 폭행·협박의 개념을 유지하면서도 폭행·협박의 개념이 있었는지에 관한 기준을 구체화한 이른바 종합적 판단기준설을 채택하거나, 강간죄와 강제추행죄에 있어서 폭행·협박의 개념을 달리 해석하여 사실상 최협의를 폭행·협박의 요건을 완화하거나, 폭행·협박의 양 개념 그 자체를 협의의 폭행·협박으로 해석하는 방법이다. 그러나 이에 따르면 기존의 간음의 개념에 관한 간음-남녀성기결합설에 대한 비판이 그대로 적용되며, 또한 명확성의 원칙과 관련하여서도 폭행·협박의 기준이나 폭행·협박의 개념의 확대가 문제될 수 있다.

둘째는 성적 강요행위의 또 다른 행위수단인 제3의 유형을 창출하는 방법이다. 여기서는 현행법의 해석을 성적 자기결정권의 보호의 맥락, 특히 성폭력 피해자보호와 성폭력범죄의 예방의 차원에서 성적 행위의 개념을 재구성한다. 예를 들어 강간 즉, 성적 강요행위를 입법적으로 또는 해석적으로 성폭력범죄의 기본적 구성요건으로 하고 이에 준하는 항거곤란의 사유를 설정하는 것이다.

간음의 개념에 관한 간음-강요설(또는 간음-신체산입설)에 의하면 강간은 성적 강요에 의한 성교가 되는데, 그 대표적 입법형식인 독일형법 제177조제1항은 성폭력형법에서 성적 강요죄를 기본적 구성요건으로 하고 강간은 성적 강요죄의 가중적

예시형식으로 규정한다. 이러한 관점에서는 항거곤란 상황의 악용은 성적 강요의 통상적인 행위수단의 하나에 불과하다.

따라서 ‘항거곤란’의 사유가 장애인준강간죄의 구성요건 이상으로—피해자에게 폭행·협박이 없음에도 그 공포나 두려움으로, 또는 피해자가 무방비 상태로 되어 행위자에 대하여 항거를 해도 소용이 없다고 인식하여 어쩔 수 없이 성적 행위를 수인하게 되는 경우에도—일반적 행위수단의 표지로서 작용한다. 이로써 장애인은 물론, 실제로 보호를 필요로 하는 비장애인의 성적 자기결정권에 대한 획기적인 보호를 기할 수 있다.

참고문헌

- 김성천, 강간죄의 성립요건인 폭행·협박의 의미, 성폭력 조장하는 대법원 판례 바꾸기 -판례 바꾸기 운동 열한 번째 자료집 “최협의실” 비판(11), 2007. 5, 4-19면.
- 김재운, 장애여성의 성적 자기결정권의 형사법적 보호에 관한 고찰-성폭력특별법 제8조와 독일형법 제179조와의 비교를 중심으로, 법조(통권 제629호), 2009. 2, 253-278면.
- 김정혜, 장애인준강간죄에서 '항거불능' 요건의 해석에 대한 비판적 고찰, 민주법학 제45호, 2011. 3, 179-212면.
- 김혜정, 성폭력범죄에 있어서 '항거불능인 상태'의 의미, 형사판례연구 제14호, 2006. 9, 355-378면.
- 박상기, 강간죄와 폭행·협박의 정도, 형사판례연구 제4호, 1996. 7, 185-199면.
- 박찬걸, 장애인 대상 성폭력범죄에 관한 최근의 입법과 합리적 대처방안: 일명 '도가니법'에 대한 비판적 검토를 중심으로, 형사정책 제23권 제2호, 2011. 12, 61-86면.
- 변종필, 강간죄의 폭행·협박에 관한 대법원의 해석론과 그 문제점, 비교형사법연구 제8권제2호, 2006. 12, 147-167면.
- 서보학, 강제추행죄에 있어서의 폭행의 개념과 정도, 형사재판의 제문제 제4권, 2003, 37-57면.
- 신영호·최은하, 성적 강요죄(독일형법 제177조)의 기본적 구성요건성-강간죄의 일부개정과 유사강간죄의 신설과 관련하여-, 형사법연구 제27권제2호, 2015. 7, 149-174면.
- 염형국, 지적장애여성 성폭력을 바라보는 우리의 자세, 공감, 2010, 1-8면.
- 오영근, 형법상 폭행의 개념, 형사법연구 제8호, 1995. 12, 125-144면.
- 윤영철, 형법의 법이론 관점에서 본 부부강간의 문제, 형사정책연구 제18권 제1호, 2007. 3, 5-38면.
- 이미경, 성폭력특별법 개정방향에 대한 제언, 성폭력근절을 위한 긴급토론회 자료집, 2006. 3, 1-25면.

- 이정원, 상해와 폭행의 죄의 구조와 문제점—독일 형법 신체침해죄와의 비교를 중심으로—, 성균관법학 제21권제1호, 2009. 4, 319-338면.
- 이한규, 법제사법위원회 검토보고서, 형법 일부개정법률안(조정태의원, 권성동의원, 김상희의원 등 3건 병합) 검토보고, 2012. 11, 1-16면.
- 이호중, 강간과 추행의 죄 규정의 개정방안, 형사법개정연구(IV)—형법각칙 개정안—, 2009. 12, 121-212면.
- 장애여성공감, 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호등에 관한 법률 제8조(장애인에 대한 준강간)에 대한 법원의 태도분석, 성폭력 조장하는 대법원 판례 바꾸기—판례 바꾸기 운동 마지막 자료집 “최협의설” 비판(12), 2007. 6, 28-40면.
- 정지원, 장애인 성폭력 관련 법령과 판결에서 드러나는 문제점과 개선방안, 젠더법학 제3권 제2호, 2011. 9, 145-168면.
- 조국, 형사입법과정의 현황과 개선방안, 19대 국회 의원발의 형사법안에 대한 검토, 2015. 2, 59-78면.
- 최병각, 준강도죄가 강도죄는 아니지 않는가?, 저스티스 통권 제117호, 2010. 6, 134-162면.
- 최상욱, 소위 도가니법에 대한 비판적 고찰, 충남대 법학연구 제22권제2호, 2011. 12, 43-75면.
- 하태훈, 준강간죄(형법 제299조)와 성폭법 제8조의 ‘항거불능’의 의미, 형사재판의 제문제 제6권, 2005. 4, 295-312면.
- 한인섭, 형법상 폭행개념에 대한 이론, 형사법연구 제10호, 1998. 12, 113-135면.
- 황은영, 성폭력범죄에 대한 실효적 대응방안—비판적 성찰과 전문성 강화를 위한 정책제안—, 법조 제57권 제1호 (통권 제616호), 2008. 1, 5-68면.
- Gössel, Karl Heinz, Das neue Sexualstrafrecht, 2005.
- Kieler, Marita, Tatbestandsprobleme der sexuellen Nötigung, Vergewaltigung sowie des sexuellen Mißbrauchs widerstandsunfähiger Personen, Universität Osnabrück Dissertation 2003.
- Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, 28. Aufl., 2014.

- Laubenthal, Klaus, Handbuch Sexualstraftaten—Die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung, 2012.
- Otto, Harro, Die Neufassung der §§177-179 StGB, Jura 1998, 210-215.
- Renzikowski, Joachim, Das Sexualstrafrecht nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz -1. Teil, NSTZ 1999, 377-385, 2. Teil, NSTZ 1999, 440-442.
- Rössner, Dieter, Gewaltbegriff und Opferperspektive bei der Vergewaltigung, in: Kriminologie-Psychiatrie-Strafrecht, Festschrift für Heinz Lefrenz zum 70. Geburtstag, 1983, 527-536.
- Sick, Brigitte, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff, 1993, (Strafrechtliche Abhandlungen; Bd. 80).
- Wessels/Hettinger, Strafrecht BT 1, 38 Aufl., 2014.

Study on Quasi-Rape against Persons with Disability
(Para. 4 of Art. 6 Act on Special Cases Concerning the
Punishment, etc. of Sexual Crimes)

Choi Eun-ha*

The revised Act on Special Cases concerning the Punishment, etc. of Sexual Crimes worked as the most satisfactory chance to make up for this punishment issue caused by the defects in the difficulty of resistance in relation to quasi-rape against persons with disability but still, several juridical controversies over quasi-rape against persons with disability are arising from several different viewpoints of sexual coercion.

To be specific, when it comes to the definition of the difficulty of resistance, it does not see the difficulty of resistance as a ‘noticeable difficulty of resistance’ that would conform to the inability to resistance but as situations of some violences and threats related to victims’ formation of opinions. That is the reason why such juridical controversies are still existing and after all, the requirements and properties of the difficulty of resistance should be treated completely differently from these of unconsciousness and the inability to resistance both in quantity and quality, which would describe circumstances of how one is never allowed for sexual self-determination.

In the light of that, when the Act on Special Cases concerning the Punishment, etc. of Sexual Crimes does not accept the difficulty of resistance as causes for quasi-rape against persons with disability, we have two ways to work on it using criminal laws. First, we can stretch the meaning of violence and threat of rape as a mean of act. Second, a third type which is another mean of

* Assistant Professor, Dept. of Police Administration, Jeju International University.

act of sexual coercion act is established. In terms of the latter, the causes for the difficulty of resistance satisfy more of the requirements to build a case of quasi-rape against persons with disability and therefore, the latter can be interpreted as a general mean of act. Those two measures mentioned so far will make a contribution to the innovative protection of the sexual self-determination of both the challenged people and the non-challenged people who need to be protected.

- ❖ Keyword: Sexual Coercion, Quasi-Rape, Quasi-Rape against Persons with Disability, The Inability to Resistance, The Difficulty of Resistance