



‘군형법 제92조의6 추행죄’ 관련 국회 토론회

# 성소수자 군인 색출 사건

## 대법원 전원합의체 판결의 의미와 과제

2022. 6. 13. (월) 14:00  
국회의원회관 제 2 소회의실

공동주최

군인권센터

한국형사·법무정책연구원

국회의원 김상희

국회의원 진선미

국회의원 박주민

국회의원 강민정

국회의원 권인숙

국회의원 이수진(서울동작을)

국회의원 이탄희

(문의 : 군인권센터 / 02-7337-119, mhrk@mhrk.org)



‘군형법 제92조의6 추행죄’ 관련 국회 토론회

# 성소수자 군인 색출 사건 대법원 전원합의체 판결의 의미와 과제

2022. 6. 13. (월) 14:00  
국회의원회관 제 2 소회의실

공동주최

군인권센터

한국형사·법무정책연구원

국회의원 김상희

국회의원 진선미

국회의원 박주민

국회의원 강민정

국회의원 권인숙

국회의원 이수진(서울동작을)

국회의원 이탄희

(문의: 군인권센터 / 02-7337-119, mhrk@mhrk.org)



‘군형법 제92조의6 추행죄’ 관련 국회 토론회

## 성소수자 군인 색출 사건 대법원 전원합의체 판결의 의미와 과제

### ■ 프로그램

▶ 일 시 2022. 6. 13. 14:00 ~ 16:00

▶ 장 소 국회의원회관 제2소회의실

▶ 공동주최

군인권센터 한국형사·법무정책연구원

국회의원 김상희

국회의원 진선미

국회의원 박주민

국회의원 강민정

국회의원 권인숙

국회의원 이수진(동작을)

국회의원 이탄희

▶ 주 관 군인권센터

▶ 진 행

시 간	프로그램
사전행사	<사 회> 김형남 (군인권센터 사무국장)
14:00~14:20	<개회사> 임태훈 (군인권센터 소장) <축 사> 하태훈 (한국형사·법무정책연구원 원장) 진선미 (국회의원, 더불어민주당, 서울 강동구갑) 박주민 (국회의원, 더불어민주당, 서울 은평구갑) 강민정 (국회의원, 더불어민주당, 비례대표) 권인숙 (국회의원, 더불어민주당, 비례대표) 이탄희 (국회의원, 더불어민주당, 경기 용인시정)
14:20~14:30	사진 촬영 및 장내 정리
토 론 회	<좌 장> - 한상희 (건국대학교 법학전문대학원 교수)
14:30~14:50	<발 제> - 강태경 (한국형사·법무정책연구원 연구위원) ‘군형법 제92조의6 추행죄 사건(2019도3047)에 대한 대법원 전원합의체 판결의 의미와 과제’
14:50~15:40	<토 론> - 김형남 (군인권센터 사무국장) - 이서윤 (서울남부지방법원 판사) - 이경환 (법무법인(유) 태평양 변호사) - 정성조 (사회학 연구자, 중앙대학교 사회학과)
15:40~16:00	질의응답 및 폐회

## 축사

### 송두환

| 국가인권위원회 위원장



안녕하십니까? 국가인권위원회 위원장 송두환입니다.

지난 4. 21.에는 대법원의 역사적 판결이 있었습니다. 사적 공간에서 합의하에 이루어진 동성(同性) 군인 사이의 성관계는 「군형법」 제92조의6에서 규정한 ‘추행죄’로 처벌할 수 없다는 판결이었습니다. 오늘, 이 판결의 역사적 의미를 평가하고 「군형법」상 추행죄 조항의 문제점과 향후 과제를 짚어보는 토론회가 열리게 된 것을 진심으로 환영하고 축하합니다.

지난 10여 년간 국군 장병의 인권상황은 빠른 속도로 개선되어 왔습니다. 이러한 변화의 중심에 바로 군인권센터가 있었습니다. 군인권센터는 성소수자 군인의 인권을 탄압하는 대표적인 악법인 「군형법」상 추행죄의 폐지를 위해서도 최선을 다해 왔습니다. 「군형법」상 추행죄로 인하여 범죄자로 내몰린 피해 장병들과 늘 함께하였고 피해자를 대신하여 우리 위원회에 진정을 제기하기도 하였습니다. 최근의 대법원 판결도 군인권센터의 그동안의 노력에 힘입은 바가 큼니다.

오늘 이렇게 뜻깊은 자리를 마련해 주신 군인권센터와 한국형사·법무정책연구원, 그리고 국회의원 및 보좌진 여러분의 노고에 깊이 감사드립니다.

이번 판결은 합의에 의한 동성 간 성행위가 그 자체만으로 처벌 필요성이 있는 행위라는 평가는 더 이상 가능하지 않음을 대법원이 선언하였다는 데 의의가 있습니다. 이 판결에 따라 성소수자 군인의 성적 자기결정권과 사생활의 비밀과 자유는 한층 더 보호받게 되었고, 우리 사회의 인권 수준은 그만큼 더 올라가게 되었습니다.

그럼에도 불구하고, 우리에게 아직 과제가 남아 있습니다. 잘 아시는 바와 같이, 우리 위원회는 2010년 헌법재판소에 「군형법」상 추행죄 조항은 “동성애자 군인의 평등권과 성적 자기결정권, 사생활의 비밀과 자유를 침해하고 죄형법정주의 원칙에 어긋난다”는 의견을 표명한 바 있습니다. 또한, 유엔 자유권규약위원회(2015. 11.)와 유엔 고문방지위원회(2017. 5.), 유엔 사회권규약위원회(2017. 10.) 등 국제사회는 「군형법」상 추행죄 조항의 폐지를 계속 권고해 왔습니다.

이번 대법원 판결은 성소수자 인권 증진에 큰 디딤돌이 될 것이 분명합니다. 그러나 이번 대법원 전원합의체 판결의 취지(다수의견)에 따르더라도 합의에 의한 동성 군인 간 성적 행위가 “군이라는 공동체 내의 공적, 업무적 영역 또는 이에 준하는 상황에서 이루어져 군이라는 공동체의 건전한 생활과 군기를 직접적이고 구체적으로 침해한 경우에 해당” 하면 여전히 추행죄로 처벌될 가능성도 동시에 존재합니다.

예를 들어 두 사람이 상호 합의하에 은밀한 공간에서 공연성 없이 성적 행위를 하더라도 그것이 군영(軍營) 내에서 같은 부대 소속 군인 간에 행해지는 경우에는 이번 대법원 판결 취지에 따르더라도 군기를 침해한다는 이유로 형사처벌의 대상이 될 가능성이 있다는 것입니다. 이는 결국 군인 등에 대하여 “항문성교나 그 밖의 추행을 한 사람은 2년 이하의 징역에 처한다.” 라고 규정되어 있는 「군형법」 제92조의6이 존치하기 때문에 발생하는 문제입니다.

이제 「군형법」상 추행죄 조항의 당위성과 규범적 효력 여하에 관하여 헌법재판소가 결단할 시점이 되었다고 생각합니다. 현재 헌법재판소에는 「군형법」상 추행죄 관련 사건이 12건(헌법소원 사건 10건, 법원의 위헌제청 사건 2건)이나 계류되어 있습니다.

이러한 때에 관계된 전문가분들이 모여 우리 헌법정신과 국제인권기준에 부합하도록 추행죄 조항의 개선 방향을 논의하는 것은 매우 큰 의미가 있다고 생각합니다.

오늘의 토론회가 우리 사회 성소수자의 성적 자기결정권과 사생활의 비밀과 자유를 보장하고 헌법재판소의 추행죄 조항에 대한 위헌 결정을 끌어내는 중요한 계기가 될 것이라 믿습니다.

국가인권위원회는 올 7월 1일 군인권보호관 출범을 눈앞에 두고 있습니다. 위원회를 대표하여 오늘 이 자리에 모이신 여러분의 노고에 다시 한번 깊이 감사드리며, 우리 위원회 역시 「군형법」상 추행죄 조항의 폐지를 위해 필요한 역할을 다할 것을 약속드립니다. 감사합니다.

## 축사

### 김상희

| 국회의원 (더불어민주당, 경기 부천시병)



안녕하십니까?

더불어민주당 경기도 부천시 병 국회의원 김상희입니다.

먼저 이번 대법원 전원합의체의 ‘추행죄 파기환송’을 진심으로 축하하고 환영합니다. 2017년 3월에 시작된 사건이니 관련 피해자들께서는 5년이 넘도록 얼마나 마음고생이 심하셨을지 저는 가늠조차 되지 않습니다. 이제 복직도 하시고 편안한 마음으로 평범한 일상생활 영위하실 수 있기를 간절히 바랍니다.

군형법 92조의6 추행죄는 미국의 전시 관련 법률에서 유래되어 우리나라에서는 1962년에 만들어졌습니다. 하지만 미국은 관련 조항을 폐지한 지 오래입니다.

추행죄가 동성애자들의 인권을 침해한다는 이유로 여러 국회의원들이 해당 조항을 삭제하는 개정안을 발의했지만, 국회는 지금까지 입법을 완수하지 못했습니다.

법조계에서도 위헌의 소지가 있다는 지적이 수차례 있었으나, 헌법재판소는 2002년, 2011년, 2016년 세 번에 걸쳐 합헌 결정을 내려 모두를 실망시킨 바 있습니다. 합헌이라는 결정 자체도 문제였지만 결정문에 담긴 사유는 충격적이었습니다.

“군대는 동성 사이의 비정상적인 성적 교섭 행위가 발생할 가능성이 현저히 높으며, 상급자가 하급자를 상대로 동성 사이의 성적 행위를 감행할 가능성이 높아 이를 방지하면 군의 전투력 보전에 직접적인 위해가 발생할 우려가 크다.” - 2016년 헌재 결정문 中

헌법재판소가 동성애를 비정상적으로 규정하고 이러한 비정상 행위로 인해 군의 전투력이 침해당할 수 있다는 주장을 서슴지 않는다는 사실에 많은 성소수자들의 가슴에 생채기를 냈습니다.

마지막 현재 판결 이후 6년이 지난 2022년 4월 열린 대법원 전원합의체는 군형법 92조의6에 따른 추행죄 처벌에 대해 ‘합리적인 이유 없이 군인이라는 이유만으로 성적 자기결정권을 과도하게 제한하는 것으로 헌법상 보장된 평등권, 인간으로서의 존엄과 가치, 그리고 행복추구권을 침해할 우려가 있다’고 판시했습니다. 시대의 변화를 고려한 매우 고무적인 판결이었다고 봅니다. 이번 판결을 통해 국회에서도 해당 조항을 정비하는 입법을 재추진할 수 있는 여건이 마련된 것으로 판단됩니다. 역사에 길이 남을 중요한 판결이었습니다.

오늘 시의적절하게 관련 토론회를 개최하신 군인권센터와 한국형사법무정책연구원에 깊은 감사의 말씀을 전합니다. 공동주최로 함께 해주신 진선미, 박주민, 강민정, 권인숙, 이수진(서울 동작을), 이탄희 의원님께도 감사드립니다.

좌장을 맡아주신 한상희 건국대학교 법학전문대학원 교수님, 발제를 맡아주신 강태경 한국형사법무정책연구원 연구위원님, 토론자로 함께 해주신 이서운 서울남부지방법원 판사님, 이정환 법무법인 태평양 변호사님, 정성조 사회학 연구자님, 김형남 군인권센터 사무국장님, 모두 감사합니다.

오늘 토론회에서 제시해주시는 의견들을 바탕으로 향후 성소수자 차별 해소를 위한 다양한 정책 제안이 이루어질 수 있도록 최선을 다하겠습니다. 다시 한 번 토론회 개최를 축하드리며, 함께 하신 모든 분의 건승을 기원합니다. 감사합니다.

## 축사

### 진선미

| 국회의원 (더불어민주당, 서울 강동구갑)



안녕하세요. 더불어민주당 국회의원 진선미입니다.

먼저, 성소수자 군인 색출 사건에 대한 대법원 전원합의체 판결의 의미와 과제를 함께 논할 수 있도록 힘써주신 군인권센터, 한국형사·법무정책연구원 그리고 여러 의원님들께 감사의 인사를 전합니다.

당연한 판결이 이제야 나왔습니다. 저는 제19대 국회 당시, 우리 국민의 법의식 변화와 ‘다름’을 인정하는 시대적 흐름에 발맞춰 군형법 제92조의6을 삭제하는 일부개정법률안을 제출한 경험이 있습니다.

성적 지향성의 다름을 이유로 고용 등에 있어서 차별하는 것은 평등권 침해행위로까지 인정됐기에 사회적 변화에 따른 법 개정이 필요했습니다. 아쉽게도 임기가 만료되어 본 일부개정법률안이 폐기 되었지만, 이번 대법원 전원합의체 판결로 성소수자뿐만 아니라 그들의 가족과 지인들이 더 이상 상처받지 않을 수 있는 기회가 마련되었다고 생각합니다.

사법부의 결단에 법의 통일성을 더하기 위한 입법부의 노력이 필요합니다. 이번 판결은 해당 조항을 둘러싼 오랜 갈등과 논쟁을 해결할 수 있는 실마리가 될 것입니다. 군형법 제92조의6으로 인해 무너진 평등권과 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권을 바로 세울 수 있도록 깊이 관심을 갖고 입법 활동에 임하겠습니다.

끝으로, 오늘 이 자리에 참석해주신 분들께 다시 한번 감사 말씀드립니다.

감사합니다.

## 축사

### 강민정

| 국회의원 (더불어민주당, 비례대표)



안녕하십니까. 더불어민주당 국회의원 강민정입니다.

오늘 “성소수자 군인 색출 사건 대법원 전원합의체 판결의 의미와 과제 국회 토론회” 개최를 진심으로 환영합니다. 오늘 이 자리로 성소수자 군인의 성적 자기결정권을 보호하고 성소수자 군인에 대한 차별과 폭력을 멈추는데 한걸음 더 나아갈 수 있으면 좋겠습니다. 이 자리를 만들어주신 군인권센터, 한국형사·법무정책연구원, 선배 동료 의원님, 그리고 바쁘신 와중에도 귀한 시간 내어 토론회 사회, 발제, 토론을 맡아주시고 토론회에 참여해주신 모든 분들께 깊은 감사의 말씀 드립니다.

동성 군인 간의 합의 하에 이루어진 성적 행위까지 처벌하는 군형법 제92조의6가 성소수자 군인을 차별하는 조항이라는 문제제기는 오래 전부터 있어왔습니다. 2015년 유엔 자유권규약위원회, 2017년 유엔 사회권규약위원회 등에서 대한민국 정부에 해당 조항의 폐지를 권고하기도 했으며, 국가인권위원회는 제3차 국가인권정책기본계획 권고에서 해당 조항의 폐지를 통해 성소수자의 인권을 보호하라고 명시한 바 있습니다. 국회에서도 해당 조항을 폐지하기 위한 법률 개정안이 수차례 제출되었고 논의되었으나, 여전히 군형법 92조의6은 성소수자 군인들에 대한 차별을 정당화하는데 근거가 되고 있습니다.

군형법 제92조의6은 성소수자 군인들을 색출해내는 법적 근거로 활용된 바 있습니다. 2017년, 육군 중앙수사단은 해당 조항을 근거로 동성애자 군인을 추려내고, 강압적으로 수사하고, 사생활의 자유를 박탈하였습니다. 수많은 군인들은 단순히 성소수자라는 이유로 낙인과 배제, 위법적 수사, 차별과 폭력을 온몸으로 견뎌내야 했습니다.

폭력성과 공연성이 없는 동성 간 성행위를 처벌하는 군형법 제92조의6은 하루빨리 폐지되어야 합니다. 군은 오히려 업무상 위력을 통한 성폭력을 처벌하고 성평등한 문화를 확립함으로써 군인들이 안전하게 군대에서 생활할 수 있는 환경을 만들고, 차별금지법 제정을 통해 성소수자 군인들이 평등하게 군대에서 일할 수 있는 환경을 만들어야 합니다.

지난 2022.4.21. 대법원 전원합의체는 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 직접적, 구체적으로 침해한 것으로 보기 어려운 경우에는 군형법 제92조의6이 적용되지 않는다고 봄이 타당하다’ 고 판결하였습니다. 성소수자 군인의 성적 자기결정권과 사생활의 자유를 보호하는 대법원의 판결을 적극 환영합니다. 이번 판결을 계기로 군대 내에서, 일상 속에서, 성소수자의 인권이 보장되는 사회가 되길 간절히 바랍니다.

오늘 토론회가 성소수자 군인의 권리를 보호하고 안전하고 평등한 군대 환경을 만들기 위한 토대를 마련하는 귀한 시간이 되었으면 좋겠습니다. 성소수자 군인의 인권이 존엄하게 보장되는 사회를 위해서 저도 국회의원이자 시민 한 사람으로서 노력하겠습니다. 이번 토론회를 준비하고 또 많은 관심과 참여를 보여주신 모든 분들께 감사의 인사를 다시 한번 드립니다.

감사합니다.

## 축사

### 권인숙

| 국회의원 (더불어민주당, 비례대표)



안녕하십니까? 더불어민주당 국회의원 권인숙입니다.

「성소수자 군인 색출 사건 대법원 전원합의체 판결의 의미와 과제」 토론회를 주최하게 되어 매우 뜻깊게 생각합니다. 의미 있는 자리를 만들어주신 군인권센터, 한국형사·법무정책연구원, 동료 의원님들 그리고 귀한 시간을 내어 토론회에 참석해주신 발제자분들께 감사의 말씀을 전합니다.

지난 4월, 동성 군인이 사적 공간에서 합의하에 성관계를 맺었다면 군형법의 추행죄로 처벌할 수 없다는 대법원의 판단이 나왔습니다. 군인의 성적 지향과 성적 자기 결정권을 침해하는 내용으로 오랫동안 위헌 논란이 불거진 ‘군형법 제92조의6’ 과 관련해 대법원이 전향적인 해석을 내놓은 역사적으로 매우 중요한 판결이었습니다.

2017년에 벌어진 ‘성소수자 군인 색출사건’ 이후 이 같은 판결이 나오기까지 꼬박 5년이 걸렸습니다. 너무나 당연한 판결임에도 정말 오랜 시간이 필요했습니다. 평등법을 대표 발의한 의원으로서, 끝까지 포기하지 않고 대법원의 판결을 이끌어낸 사건 당사자들과 미안하고 또 고맙습니다.

오늘 토론회는 해당 이번 판결이 갖는 의미와 향후 균형법상 추행죄 존폐에 대한 과제를 이야기하는 자리입니다. 문제가 된 균형법 제92조의6은 이미 국제기구에서도 수차례 폐지를 권고한 바 있으나, 현재에서 합헌 결정을 내려오던 상황이었습니다. 그래서 군대 내 동성 간 성행위가 더 이상 형사처벌의 대상이 아님을 시사한 이번 판결은 그 의미가 대단히 큼니다. 지금도 계류 중인 헌법소원에 따라 균형법 제92조의6의 위헌 여부를 심리 중인 현재의 판단에 영향을 미칠 수 있기 때문입니다. 이 결실이 참 반가우면서도 한편으로는 무거운 책임감을 느낍니다.

대법원에서 역사적인 판결을 해주셨습니다. 이번 판결로 과거 잘못을 스스로 바로잡았습니다. 이제 입법부의 역할이 필요합니다. 대법원판결 다음 날 제가 공동발의자로 이름을 올린 균형법 제92조6 폐지안이 국회에 발의되었습니다만, 여기에서 멈추지 않겠습니다. 오늘 자리를 통해 우리에게 남겨진 과제는 무엇이 있는지 귀 기울여 듣겠습니다. 국회에서 할 수 있는 역할을 고민하고 또 행동에 옮기겠습니다.

오늘 토론회를 계기로 성소수자 차별을 정당화하는 현행 균형법에 대해 적극적인 논의가 시작되기를 바랍니다. 의미 있고 소중한 자리를 만들어주신 관계자 여러분께 다시 한번 감사드립니다.

## 축사

### 이수진

| 국회의원 (더불어민주당, 서울 동작구을)



안녕하십니까, 서울 동작을 국회의원 이수진입니다.

군대 내에서 벌어지고 있는 사회적 소수자에 대한 차별과 군형법상 추행죄 규정의 적용에 대한 대법원 판례를 논의하는 “「군형법」 제92조의6 추행죄 관련 국회 토론회”를 더불어민주당 의원님들과 공동으로 주최하게 되어 매우 뜻 깊게 생각합니다. 자리를 함께해 주신 군인권센터 관계자 그리고 발제와 토론을 맡아주신 전문가와 공무원 여러분께도 깊은 감사의 말씀 드립니다.

우리 사회의 다양한 영역에서 여전히 혐오와 차별받는 분들이 있습니다. 특히 군 내에서의 사회적 소수자는 사회와 격리되고 보수적인 문화로 인해 더 많은 차별과 어려움을 겪고 있습니다. 「군형법」 제92조의6의 추행죄는 남성 군인 간의 합의된 성관계에 대해서도 2년 이하의 징역에 처하도록 하고 있어, 사회적 소수자를 낙인찍는 대표적인 인권침해법으로 비판받아왔습니다. 이에 위헌 논란도 끊이지 않아 헌법재판소에서 헌법소원심판과 위헌소원심판도 제기됐으나, 헌법재판소는 2002년, 2011년, 2016년에 각 합헌 결정을 내렸고, 2016년 제기된 위헌법률심판은 6년이 넘도록 결정이 미뤄지고 있습니다.

그런데 최근에 사회적 소수자에 대한 자기결정권과 관련한 의미 있는 대법원 판결이 나왔습니다.

대법원은 2022년 4월 21일 선고된 판결에서, 「군형법」 제92조의6 추행죄로 기소된 군인들에 대하여 ‘동성 군인 간에 합의된 성관계는 처벌할 수 없다’고 판단한 것입니다. 1962년 「군형법」이 제정되고 61년 만에 더 이상 성적 지향을 이유로 억울하게 처벌을 받거나 성범죄자라는 명예를 지지 않게 된 것입니다.

이미 사회적 소수자 보호에 대한 우리 사회의 공감대는 충분히 이뤄졌습니다. 사회적 소수자라는 이유만으로 차별받는 분들이 더 이상 발생해서는 안 됩니다. 국회 또한 차별과 혐오 문제를 근본적인 해결을 위한 차별금지법 입법을 서둘러야 할 것입니다.

오늘 토론회가 「군형법」 제92조의6의 추행죄의 ‘문언적 의미’와 ‘보호범의’에 대하여 명확히 정립하고, 근본적인 해결책을 제시할 수 있기를 바랍니다. 우리 국회가 차별로 인한 피해를 실효적으로 구제하고 차별을 예방할 수 있도록 입법으로 지원하겠습니다.

참석하신 모든 분들께 의미 있는 시간이 되길 바랍니다. 감사합니다.

## 축사

### 하태훈

| 한국형사·법무정책연구원 원장



안녕하십니까? 한국형사·법무정책연구원 원장 하태훈입니다.

오늘 ‘성소수자 군인 색출사건 대법원 전원합의체 판결의 의미와 과제’라는 주제로 국회 김상희 의원님, 진선미 의원님, 박주민 의원님, 강민정 의원님, 권인숙 의원님, 이수진 의원님, 이탄희 의원님, 그리고 군인권센터와 함께 토론회를 개최하게 되어 대단히 기쁩니다.

바쁘신 의정활동 중에도 이 문제에 관심을 기울여 주신 의원님께 감사의 인사를 올립니다. 이 이슈를 포함하여 군인권 향상을 위해서 목소리를 높여온 군인권센터의 임태훈 소장님과 상근자들의 치열한 활동에 경의를 표합니다.

오늘의 토론회는 매우 시의적절한 기획입니다. 헌법재판소가 군형법상 추행죄에 대하여 여러 차례 합헌결정을 내린 바 있고, 위헌법률심판을 5년 넘게 미루고 있는 상황에서 대법원 전원합의체가, 비록 전원일치는 아니더라도, 전향적으로 이 규정의 위헌성을 논증해 보였기 때문입니다. 발표자인 강태경 박사의 표현을 빌리자면, ‘75여 년 만의 균열’을 낸 역사적인 전원합의체 판결의 의미와 남아 있는 과제를 드러내야 할 때이기 때문입니다. 성 소수자에 대하여 혐오적이고 차별적인 반헌법적 시각에 머물러 있는 헌법재판소의 각성을 촉구해야 할 때이기 때문입니다.

개인적으로는 2018년 여름에 군인권센터와 함께 군형법 제92조의6의 해석 적용에 관한 의견서를 작성하여 법원에 제출한 바 있습니다. 2009년 개정으로 추행죄가 ‘성적 자기결정의 자유’를 보호법익으로 하는 ‘강간과 추행의 죄’의 장으로 옮겨졌기 때문에 추행죄의 보호법익을 오로지 ‘군이러는 공동사회의 건전한 생활과 군기’로 볼 수 없다는 점과 2013년 개정에서 행위 객체가 명시되고 행위가 변경되었다는 점 등을 고려하면 남성군인 간 또는 남성 군인과 민간인 간 합위에 따른 영내에서든 영외에서든 항문성교는 불가별이라고 해석해야 한다는 내용이었습니다.

이제 이 규정의 헌법합치적 제한해석에 만족할 것이 아닙니다. 대법원 전원합의체 다수의견으로 분명해진 규정의 위헌성을 확인하고 헌법재판소의 결단을 이끌어내는 것이 오늘 토론회의 과제입니다.

오늘 토론회의 사회를 맡아주시는 한상희 교수님을 비롯하여 주제 발표와 토론을 맡아 활발한 논의의 장을 열어주시는 학계와 실무의 전문가 여러분께 깊이 감사드립니다.

형사정책 분야 유일의 국책연구기관으로 출발한 연구원은 설립된 지 32년째인 2021년에 한국형사·법무정책연구원으로 개칭하고, 제2의 출범을 맞이하여 도약을 준비하고 있습니다. 이제 민·상사 법무, 국제법무, 출입국법무, 인권 법무, 국가 송무 등 형사정책 영역을 넘어서 법무 정책 전반에 대한 정책지원기능을 강화할 수 있게 되었습니다. 여러분께서도 연구 영역을 확장한 한국형사·법무정책연구원이 ‘형사·법무 정책의 통합적 싱크탱크’로 도약하는 길에 지속적인 관심과 응원으로 동행해 주시길 부탁드립니다.

여러분의 건강과 행운을 기원합니다. 감사합니다.



‘군형법 제92조의6 추행죄’ 관련 국회 토론회  
성소수자 군인 색출 사건 대법원 전원합의체 판결의 의미와 과제

■ 목 차

발 제	군형법 제92조의6 추행죄 사건(2019도3047)에 대한 대법원 전원합의체 판결의 의미와 과제		
	강 태 경 (한국형사·법무정책연구원 연구위원)	—————	04
토 론	김 형 남 (군인권센터 사무국장)	—————	26
	이 서 윤 (서울남부지방법원 판사)	—————	32
	이 경 환 (법무법인(유) 태평양 변호사)	—————	36
	정 성 조 (사회학 연구자, 중앙대학교 사회학과)	—————	42



# 발제

강태경

한국형사·법무정책연구원 연구위원

'군형법 제92조의6 추행죄' 관련 국회 토론회

성소수자 군인 섹츨 사건  
대법원 전원합의체 판결의 의미와 과제



## 군형법 제92조의6 추행죄 사건(2019도3047)에 대한 대법원 전원합의체 판결의 의미와 과제\*

강태경

| 한국형사·법무정책연구원 연구위원

### [사실관계 및 재판의 경과]

#### 1. 사실관계

피고인 1은 자신의 독신자 숙소에서 다른 부대 소속인 ○○○와 키스, 구강성교나 항문성교를 하였다. 피고인 2는 자신의 독신자 숙소에서 다른 부대 소속이 피고인 1과 서로 키스, 구강성교나 항문성교를 하였다. 각 행위는 휴일 또는 근무시간 이후에 상호 자발적 합의에 따라 이루어졌다. 피고인들은 이 행위를 함으로써 군형법 제92조의6(추행)을 위반하였다는 공소사실로 각 기소되었다.

#### 2. 재판의 경과

1심인 보통군사법원과 항소심인 고등군사법원은, 남성인 피고인들이 합의하여 영외의 사적 공간에서 한 구강성교, 상호 사정행위 등은 객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서 군형법 제92조의6의 ‘그 밖의 추행’에 해당한다는 이유로 피고인들에 대하여 유죄를 인정하였다.

### [대상판결의 다수의견]

대상판결의 다수의견은, 군형법 제92조의6의 문언, 개정 연혁, 보호법익과 헌법 규정을 비롯한 전체 법질서의 변화를 종합적으로 고려하면, 이 규정은 동성인 군인 사이의 항문성교나 그 밖에 이와 유사한 행위가 사적 공간에서 자발적 의사 합치에 따라 이루어지는 등 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 직접적, 구체적으로 침해한 것으로 보기 어려운 경우에는 적용되지 않는다고 봄이 타당하다는 이유로 피고인들에 대하여 무죄 취지로 원심을 파기를 환송하였다.

## [연구]

### I. 서론: 75여 년 만의 균열

대법원은 2022년 4월 21일 전원합의체 판결(이하, ‘대상판결’이라 함)을 통해서 균형법상 추행죄(제92조의6)로 기소된 사건에 대하여 유죄로 인정한 원심을 파기하고, 무죄 취지로 파기 환송하였다.<sup>1)</sup> 대상판결의 다수의견은 “동성 간의 성행위가 객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위라는 평가는 이 시대 보편타당한 규범으로 받아들이기 어려워졌다.”고 실시하고, 남성 군인들이 사적 공간에서 합의하여 성적 행위를 한 경우까지만 균형법상 추행죄로 처벌할 수 없다고 판단하였다.<sup>2)</sup> 그 이유는 이 경우처럼 이 규정의 보호법익인 ‘군인의 성적 자기결정권’과 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’를 침해하였다고 보기 어려운 경우까지 처벌하는 것은 평등권, 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권을 침해하기 때문이다. 최근 검찰도 대상판결의 견해를 수용하여 동일한 혐의로 기소된 다른 사건 피고인에게 무죄를 구형하였다.<sup>3)</sup>

대법원의 전향적 태도와 달리, 헌법재판소는 2002년, 2011년, 2016년 세 차례에 걸쳐 균형법상 추행죄 규정이 합헌이라고 결정하면서,<sup>4)</sup> 이 규정이 동성 군인 간의 행위에만 적용되고 강제력 행사를 요구하지 않으며 합의에 의한 것인지 여부나 행위의 시간, 장소 등에 관한 별도의 제한을 하지 않는다고 보았다. 헌법재판소는 이 규정이 ‘동성 사이의 비정상적인 성적 교섭행위가 발생할 가능성’이 높은 군대라는 특수한 상황에서 ‘객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는’ 동성 군인 간 성적 만족 행위를 처벌하는 데 그 목적이 있으므로 동성 군인 간 성적 행위를 이성 군인 간 성적 행위와 달리 취급하는 것은 합리적인 이유가 있다고 판단하였다.<sup>5)</sup> 여기에서 동성 간 성적 행위가 ‘비정상적’, ‘혐오감을 일으키는’, ‘선량한 성적 도덕관념에 반하는’ 행위라는 표현은 당시 합헌 의견을 낸 헌법재판관들의 동성애 혐오적인 시각을 여과 없이 드러낸 것이라는 비판이 제기된다.<sup>6)</sup>

\* 발표자의 허락 없는 인용을 삼가주시기 바랍니다. 추후 학술지 게재 논문을 기준으로 인용해주시기를 권합니다.

1) 대법원 2022. 4. 21. 선고 2019도3047 전원합의체 판결.  
 2) 대법원 다수의견은 “대법원 2008. 5. 29. 선고 2008도2222 판결, 대법원 2012. 6. 14. 선고 2012도3980 판결을 비롯하여 같은 취지의 대법원 판결들은 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 변경하기로 한다.”라고 판결하였다.  
 3) 장예지, “검찰도 잘못 인정…추행 혐의 성소수자 군인에 ‘무죄 구형’, 왜?”, 『한겨레』 2022. 5. 22.자 기사([https://www.hani.co.kr/arti/society/society\\_general/1044694.html](https://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/1044694.html), 최종방문일 2022. 5. 31.).  
 4) 헌법재판소 2002. 6. 27. 선고 2001헌바70 결정, 헌법재판소 2011. 3. 31. 선고 2008헌가21 결정, 헌법재판소 2016. 7. 28. 선고 2012헌바258 결정.  
 5) 헌법재판소 2016. 7. 28. 선고 2012헌바258 결정.  
 6) 장서연, “균형법상 추행죄 무죄, 대법원 판결의 의미”, 공익인권법재단 공감 홈페이지, 2022. 5. 10.

헌법재판소는 인천지방법원이 2016고단4070사건(2017헌가16)을 통해 제정한 균형법상 추행죄 규정에 대한 위헌법률심판을 5년이 넘도록 미루고 있다. 이와 같은 상황에서 대상판결은 이 규정의 위헌성을 판단함으로써 1946년 조선국방경비법에 ‘계간죄’가 도입된 지 75여 년 만에 성소수자 차별적 균형법에 균열을 일으켰다는 점에서 이론적으로나 실무적으로 그 의미가 크다. 아래에서는 대상판결의 주요 쟁점인 규정의 ‘문언적 의미’와 ‘보호법익’을 중심으로 다수의견과 두 별개의견 그리고 반대의견의 타당성을 비판적으로 검토하고자 한다. 그리고 로널드 드워킨(Ronald Dworkin)의 법철학을 바탕으로 대상판결의 또 다른 쟁점이었던 ‘법률해석의 한계’를 검토하고, 죄형법정주의의 명확성 원칙과 성소수자에 대한 차별이라는 관점에서 해당 조항의 폐지를 논하고자 한다.

## II. 균형법 제92조의6의 문언적 의미

### 1. 균형법상 추행죄 규정의 약사(略史)

대상판결에서 적용한 현행 균형법상 추행죄 규정의 입법 연혁은 다음과 같다. 2009년 제정 균형법 개정으로 강간 등의 규정을 ‘제15장 강간과 추행의 죄’에 신설하면서 제정 균형법 제92조를 제15장 중 한 조항(제92조의5)으로 옮겼고, 법정형을 1년 이하의 징역에서 2년 이하의 징역으로 상향했다. 2013년 구 균형법 개정으로 유사강간을 처벌하는 규정(제92조의2)을 신설하면서 제92조의5를 제92조의6으로 옮겼고, ‘계간이나’를 ‘제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 사람에 대하여 항문성교나’로 변경하였다.

**제정 균형법(2009. 11. 2. 법률 제9282호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘제정 균형법’이라 함)**  
**제92조(추행)** 계간 기타 추행을 한 자는 1년이하의 징역에 처한다.

**구 균형법(2013. 4. 5. 법률 제11734호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 균형법’이라 함)**  
**제92조의5(추행)** 계간이나 그 밖의 추행을 한 사람은 2년 이하의 징역에 처한다.

#### 현행 균형법

**제1조(적용대상자)** ① 이 법은 이 법에 규정된 죄를 범한 대한민국 군인에게 적용한다.

② 제1항에서 “군인”이란 현역에 복무하는 장교, 준사관, 부사관, 및 병을 말한다. 다만, 전환복무 중인 병은 제외한다.

③ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람에 대하여는 군인에 준하여 이 법을 적용한다.

1. 군무원

2. 군적을 가진 군의 학교의 학생·생도와 사관후보생·부사관후보생 및 병역법 제57조에 따른

자 칼럼([https://www.kpil.org/board\\_column/20220510/](https://www.kpil.org/board_column/20220510/), 최종방문일 2022. 5. 31.).

군적을 가지는 재영 중인 학생

3. 소집되어 복무하고 있는 예비역·보충역 및 전시근로역인 군인

**제92조의 6(추행)**

제1조 제1항부터 제3항까지에 규정된 사람에 대하여 항문성교나 그 밖의 추행을 한 사람은 2년 이하의 징역에 처한다.

국가재건최고회의는 법령정비 사업의 일환으로 종전의 ‘국방경비법’ 과 ‘해안경비법’ 을 대체하여 육해공군에 공통적으로 적용할 균형법을 제정하였다.<sup>7)</sup> 제정 균형법 제92조는 국방경비법 제50조와<sup>8)</sup> 해안경비법 제13조의 여러 구성요건적 행위 중 ‘계간’ 을 별개 조항으로 규정한 것이다. 두 경비법의 추행죄 조항은, 소도미(sodomy) 행위를 범죄로 규정한 미국 ‘1920년 전시군법(The Articles of War of 1920)’ 제93조를<sup>9)</sup> 번역하여 옮긴 ‘조선국방경비법’<sup>10)</sup> 제34조를 이어받은 것이다.<sup>11)</sup> 한편 미국 전시군법 제93조는 1920년 개정을 통해 소도미를 목적으로 한 폭행과 별개로 소도미 행위 자체를 범죄로 규정하였다.<sup>12)</sup>

규정의 적용 현황을 살펴보면 균형법상 추행죄에 해당하여 처벌된 사례는 매우 적다. 2004년부터 2007년까지 4년 간 균형법상 추행죄 규정이 적용되어 처벌을 받은 사건 174건 가운데 합의에 의한 동성 간 성행위에 해당하는 경우는 4건에 불과했고, 나머지 사건은 강제추행이나 위력 등에 의한 추행에 해당하지만 피해자와의 합의로 추행죄가 적용된 것이다.<sup>13)</sup> 이 시기에 추행되는 강제추행이나 위력 등에 의한 추행의 보조적인 기능을 수행한다고 할 수 있다.<sup>14)</sup> 한편 2017년 육군 중앙수사단이 이례적으로 벌인 이른바 ‘성소수자 색출 작전’ 으로<sup>15)</sup> 적발한 28건의 사건을 제외한다면, 2017년부터 2021

7) 박안서, “2009년 개정 군형법의 주요내용과 문제점”, 『형사정책연구』 22.4 (2011), 133면.  
 8) 국방경비법 제50조(기타각종의 범죄) 여하한 본법피적용자든지 과실살인, 자해, 방화, 야도, 가택침입 강도, 절도, 횡령, 위증, 문서위조, 계간, 중죄를 범할 목적으로 행한 폭행, 위험한 흉기, 흉구 기타 물건으로 신체상해의 목적으로 행한 폭행을 범하는 자는 군법회의판결에 의하여 처벌함.(밑줄-저자) 해양경비법 제13조(기타각종의 범죄)의 문언도 동일하다.  
 9) The Articles of War (1920). ART. 93. VARIOUS CRIMES.—Any person subject to military law who commits manslaughter, mayhem, arson, burglary, housebreaking, robbery, larceny, embezzlement, perjury, forgery, sodomy, assault with intent to commit any felony, assault with intent to do bodily harm with a dangerous weapon, instrument, or other thing, or assault with intent to do bodily harm, shall be punished as a court-martial may direct.(밑줄-저자)  
 10) 조선국방경비법의 제정 시기는 1946년 6월 15일로 추정된다. 조선국방경비법과 국방경비법의 성립 경위에 대해서는 문준영, “미군정 법령체제와 국방경비법”, 『민주법학』 34(2007), 97-136면 참조.  
 11) 문준영, 위의 논문, 109면.  
 12) Sam LaGrone, “History of U.S. Policy and Law on Gays in the Military”, *USNI NEWS*, 2018. 3. 27(<https://news.usni.org/2013/06/26/a-history-of-gays-in-the-military>, 최종방문일 2022. 6. 8.).  
 13) 이경환, “군대 내 동성애 행위 처벌에 대하여”, 『공익과 인권』 5.1(2008), 73면.  
 14) 박안서, 앞의 논문, 163면; 추지현, 추지현, “‘강간’과 ‘계간’사이: 균형법상 “강간과 추행의 죄”의 법담론”, 『한국여성학』 29.3(2013), 159면.  
 15) 이 사건에 대해서는 김민재, “2년전 ‘육군 성소수자 색출 사건’ 군인들 강제전역 내몰렸다”, 『한겨레』 2019. 9. 18.자 기사([https://www.hani.co.kr/arti/society/society\\_general/909920.html](https://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/909920.html), 최종방문일 2022. 5. 31.).

년까지 5년 간 추행죄로 기소가 된 사건은 15건으로 같은 기간 전체 군 성범죄 사건(총 1,874건)의 0.01%에도 미치지 못한다.<sup>16)</sup> 반면에 2017년에 발간된 ‘국방법무백서’ 범죄 유형별 발생 현황에 따르면, 2014년부터 2017년까지 접수된 성폭력 범죄 총 2,310건 중 군형법 제92조의6 추행으로 접수된 사건은 221건으로 전체 성폭력 범죄의 9.6%를 차지한 것으로 나타났다.<sup>17)</sup> 군형법상 추행 사건은 접수 현황과 기소·재판 현황에는 상당한 격차가 존재하는 것으로 보인다.

## 2. ‘제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 사람’ 및 ‘추행을 한 사람’

현행 군형법 제92조의6은 구성요건적 행위의 객체를 ‘제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 사람’ (이하, ‘군인’ 이라 함)으로 규정하고 있다. 그리고 행위의 주체인 ‘추행을 한 사람’도 군형법의 적용을 받는 군인이다. 이 규정은 문언상 행위 주체와 객체의 성별을 제한하고 있지 않기 때문에 이성 군인 사이의 추행에도 적용될 가능성이 열려 있다.<sup>18)</sup> 2008헌가21 구 군형법 제92조 위헌제청 사건의 변론 과정에서 국방부 대리인은 ‘군인인 이성 간 및 영외에서의 비정상적인 성행위’도 군형법상 추행죄 조항에 해당될 수 있다고 진술했다.<sup>19)</sup> 같은 사건에서 국방부는 의견서를 통해 군형법상 추행죄는 군인인 이성 사이에도 적용되기 때문에 동성애자 군인의 평등권 및 성적 자기결정권이 침해되지 않는다는 입장을 밝혔다.<sup>20)</sup> 한편 대상판결의 반대의견은 이 규정이 남성 군인 사이의 성적 행위에 적용된다고 하면서도 비동성애자의 행위도 처벌 대상이 되는 행위에 해당할 수 있기 때문에 개인의 성적 지향 또는 성적 자기결정권을 고려할 필요가 없다는 다소 애매한 입장을 취하고 있다.

이처럼 군형법 제92조6은 행위 주체와 객체의 성별을 불문하고 추행의 공연성이나 강제성도 요구하지 않아 문언만으로는 그 적용 범위가 매우 광범위하다. 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 사실상 추행죄로 기소되어 형사처벌 되는 경우는 매우 드물다. 군내에서 발생하는 동성 간 성폭력은 대부분 성적 만족과는 무관하게 가혹행위를 수반한 괴롭힘으로 군형법상 강제추행죄나 성폭력특례법상 가중처벌규정에 의하여 처벌된다.<sup>21)</sup>

헌법재판소는 구 군형법 제92조의5 위헌소원 사건에서 입법 목적과 현실을 고려하여 군형법상 추행죄 규정이 동성 간 성적 행위에만 적용된다고 보았다.<sup>22)</sup> 다만, 헌법재판소

16) 방혜린, “군형법 92조6 폐지의 의미”, 『여성신문』 2022. 3. 6.자 기고문(<https://www.womennews.co.kr/news/articleView.html?idxno=220583>, 최종방문일 2022. 6. 1.).

17) 국방부·한국형사정책연구원 편, 『국방법무백서 2017』(한국형사정책연구원, 2017), 42면.

18) 육·해·공군 군사법원 편, 『군형법 주해』(육·해·공군 군사법원, 2015), 421면.

19) 헌법재판소 2011. 3. 31. 선고 2008헌가21 결정(재판관 김중대, 재판관 목영준, 재판관 송두환의 반대이견 참조).

20) 2008헌가21 군형법 제92조 위헌제청 사건에서 당시 국방부장관이 제출한 의견서 7면, 16면 참조(이 자연, “군형법상 추행죄에 관한 연구”, 『일광법학』 34.2(2018), 161면, 각주 29 재인용).

21) 이호중, “군형법 제92조의5 추행죄의 위헌성과 폐지론”, 『형사법연구』 23.1(2011), 245면.

는 다음과 같이 이 조항은 합리적 차별이므로 성소수자 군인의 평등권을 침해하지 않는다고 판단하였다.

군대는 동성 간의 비정상적인 성적 교섭행위가 발생할 가능성이 현저히 높고, 상급자가 하급자를 상대로 동성에 성행위를 감행할 가능성이 높으며, 이를 방지할 경우 군의 전투력 보존에 직접적인 위해가 발생할 우려가 크므로, 이 사건 법률조항이 동성 간의 성적 행위만을 금지하고 이를 위반한 경우 형사처벌한다고 볼 경우에도, 그러한 차별에는 합리적인 이유가 인정되므로 동성애자의 평등권을 침해한다고 볼 수 없다.

반면에 국내외 인권기구들은 군형법상 추행죄 조항이 성소수자 군인을 차별한다고 보고 이 조항의 폐지를 지속적으로 권고하고 있다. 2015년 11월 유엔 인권위원회가,<sup>23)</sup> 2017년 10월 유엔 사회권규약위원회가,<sup>24)</sup> 2017년 11월에는 유엔 제3차 국가별 인권상황 정기검토(UPR)에서<sup>25)</sup> 총 6개국이 대한민국 정부에 군형법 제92조의6 폐지를 권고하기도 하였다. 국가인권위원회는 2008헌가21 사건에 대해서 군형법상 추행죄 조항은 “헌법에 정한 과잉금지 원칙을 위반하여 군인 동성애자들의 평등권 및 성적자기결정권, 사생활의 비밀과 자유를 침해하고 죄형법정주의 원칙에 어긋난다.”는 의견을 헌법재판소에 제출하였고, 2016년 7월에는 제3차(2018~2022) 국가인권정책기본계획(NAP) 권고에서 군형법 제92조의6 폐지를 성소수자 인권보호를 위한 핵심 추진과제로 명시하였다. 또한 국가인권위원회는 2020년 7월 전원위원회 의결로 법무부장관에게 자유권규약 제5차 국가보고서(안)에 군형법 제92조의6에 대한 폐지 입장 등을 포함할 필요가 있다는 의견을 표명하였다.<sup>26)</sup>

이와 같은 현실과 규정 해석을 고려한다면 군형법 제92조의6은 군 수사기관이 자의적으로 ‘선택적 집행’을 하는 규정이라고 할 수 있다. 법규의 선택적 집행은 공권력 행사와 법의 불일치를 야기함으로써 법의 합법성(legality, 법다움)을 저해할 수 있다. 다시 말해, 국방부나 대상판결의 반대의견과 같이 이 조항의 적용 현실을 무시하고 이 조항이 성소수자 군인을 차별하지 않는다고 애써 주장하는 것은 군형법의 합법성을 훼손하고 더 나아가 우리 법의 내재적 도덕성(inner morality)을 훼손하는 결과를 낳는다.<sup>27)</sup>

22) 헌법재판소 2016. 7. 28. 선고 2012헌바258 결정.

23) United Nations, Human Rights Committee, *Concluding observations on the fourth periodic report of the Republic of Korea*, CCPR/C/KOR/CO/4 (3 December 2015).

24) United Nations, Economic and Social Council, *Concluding observations on the fourth periodic report of the Republic of Korea*, E/C.12/KOR/CO/4 (19 October 2017).

25) United Nations, General Assembly, *Draft report of the Working Group on the Universal Periodic Review: The Republic of Korea*, A/HRC/DEC/37/108 (13 November 2017).

26) 국가인권위원회, “「군형법」 제92조의6(추행) 관련 대법원 전원합의체 판결에 대한 국가인권위원장 환영 성명”(보도자료, 2022. 4. 22.).

27) 법의 내재적 도덕성으로서의 합법성, 공권력의 행사와 법의 일치 등에 관해서는 론 L. 폴리(박은정 옮김), 『법의 도덕성』(서울대출판부, 2015), 123면 이하 참조.

### 3. ‘에 대하여’

대상관결 별개의견에서 대법관 김선수는 현행 균형법 제92조의6 중 ‘군인에 대하여’ 라는 문구에서 ‘에 대하여’ 는 그 앞에 오는 ‘군인’ 을 항문성교나 그 밖의 추행의 상대방, 즉 대상으로 한정하고 있으므로 “현행 규정을 행위자뿐만 아니라 행위의 상대방까지 처벌하는 근거규정으로 해석하는 것은 가능한 문언해석의 범위를 벗어난 것으로서 죄형법정주의 원칙에 명백히 반한다.” 고 판단하였다. 더 나아가 조사 상당어 ‘에 대하여’ 는 구성요건적 행위의 일방향성을 부각시키는 것이므로 대상관결 사건의 경우처럼 두 사람이 서로 합의하여 ‘누가 행위자이고 상대방인지 구별할 수 없다면’ 죄형법정주의 원칙에 따라 두 사람 모두 처벌대상이 아니라고 해석해야 한다고 판단하였다. 이러한 법률해석은 규정의 문장 구조와 형식, 문언의 의미와 내용에 따른 객관적 해석 시도라고 할 수 있다. 이러한 참신한 해석이 타당하다면, 균형법상 추행죄 규정은 상호 합의로 이루어진 항문성교나 그 밖의 추행에는 애초부터 적용되지 않을 것이다.

그런데 성행위의 본질과 통상적 맥락에 비추어 이 별개의견의 논증이 타당한지 의문이다. 상호 합의에 기초한 성행위 과정에서도 각 참여자는 호혜적으로 그 상대방의 성적 만족의 대상 또는 수단이 되는 순간이 비일비재하다. 성행위에 수반되는 상대방에 대한 성적 대상화는 성윤리의 중요한 쟁점이기도 하다. 예를 들어, 칸트(Kant)는 섹스의 본질을 인격의 수단화로 보아 섹스가 부도덕한 행위이며, 결혼이라는 호혜적 계약을 전제로 한 섹스만이 부도덕하지 않다고 주장하였다.<sup>28)</sup> 이에 대해 여성주의 법철학자 마사 누스바움(Martha Nussbaum)은 호혜적인 합의를 전제로 한 성적 활동에 있어서 참여자들이 성적으로 고조되어 있을 때 서로를 성적으로 대상화하는 태도는 일종의 쾌락을 위한 표현 방식이기에 성적 활동의 상대방을 목적적 존재로 대하는 것과 성적 대상화는 양립 가능하다고 주장한다.<sup>29)</sup> 이와 같은 누스바움의 주장은 성적 활동이 이루어지는 구체적인 맥락을 고려한다는 점에서 설득력이 있고, 우리의 경험에도 부합한다. 호혜적인 성적 행위 과정에서도 상대방에 대한 대상화가 발생한다는 점에서 별개의견처럼 ‘군인에 대하여’ 라는 문구를 편면적으로 새기는 해석은 설득력이 떨어진다.

28) 이에 대해서는 김은희. "칸트 성윤리의 구조와 재구성 - 섹스 본성론, 정언명령, 호혜성을 중심으로 -" 『철학사상』 68 (2018), 93-128 참고.

29) Martha C. Nussbaum. "Objectification", *The Philosophy of Sex: Contemporary Readings*, 4th ed. edited by Alan Soble (Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2002), 399-403.

#### 4. ‘항문성교나 그 밖의 추행’

군형법상 추행죄 규정은 ‘항문성교나 그 밖의 추행’을 구성요건적 행위로 규정한다. 구성요건적 행위 중 ‘항문성교’는 남성 사이뿐만 아니라 이성 사이에서도 가능한 성적 행위의 한 형태를 가리키는 것으로서 그 의미가 명확하다. 이는 군형법 제정 당시부터 추행의 예시로 사용되던 ‘계간’이라는 용어가 동성 간 성적 행위를 비하하는 용어이기에 2013년 4월 5일 군형법 개정을 통해 중립적 용어로 변경된 것이다. 항문성교는 여성 동성 간에는 적용되기 어렵기 때문에 이와 같은 용어의 변경이 도리어 이 규정이 남성 동성 간 성행위에 적용된다는 점을 더 분명하게 만들었다는 평가가 있다.<sup>30)</sup> 반면에 대상판결의 다수의견은 이러한 문언 변경을 동성 간 성행위를 금기시하지 않으려는 취지로 새길 수 있다고 본다. 다수의견에 대해서 반대의견은 단순한 문언 변경으로부터 동성 간 성행위를 금기시하지 않으려는 취지를 도출하는 것은 부당하다고 지적한다.

어떤 행위가 ‘추행’에 해당하는지 판단하는 것은 규범적 평가를 요구한다. 기존 판례<sup>31)</sup> 따르면, 군형법상 추행죄 규정에서 말하는 ‘추행’이란 ‘계간(항문성교)에 이르지 아니한 동성에 성행위 등 객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 성적 만족 행위로서 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 침해하는 것’이다. 그리고 어떤 행위가 이에 해당하는지는 ‘행위자의 의사, 구체적 행위태양, 행위자들 사이의 관계, 그 행위가 공동생활이나 군기에 미치는 영향과 그 시대의 성적 도덕관념 등’에 대한 종합적 고려를 바탕으로 신중하게 결정되어야 한다.

대상판결의 다수의견은 현행 규정의 문언 변경과 동성 간 성적 행위에 대한 법규범적 평가의 변화를 근거로 ‘동성 간 성적 행위 = 추행’이라는 종래의 해석은 유지되기 어렵다고 판단하였다.<sup>32)</sup> 다수의견은 ① 동성 간 성적 행위 장면이 나온다는 이유만으로 영화를 청소년 관람불가 등급으로 분류한 처분이 부당하다고 본 판결과<sup>33)</sup> ② 입양자가 동성 파트너와 동거하는 동성애자라고 하더라도 그의 입양이 선량한 풍속에 반하여 무효라고 볼 수 없다는 판결을<sup>34)</sup> 동성 간 성적 행위에 대한 법규범적 평가가 변화하였다는 점을 보여주는 적절한 근거로 제시하였다.

30) 추지현, 앞의 논문, 160면.

31) 대법원 2008. 5. 29. 선고 2008도2222 판결.

32) 참고로, “이 규정은 미국 전신군법상 소도미 규정을 대한민국 군사법제에서 상황에 맞게 수용한 것으로 성리학을 통치이념으로 한 조선시대 동성에 형사처벌례 전통과도 연결되어 있다. … 특히 항문성교의 경우 직장과 항문의 염증·궤양 유발, 에이즈 등 성병 감염, 정정체성의 혼란을 야기할 수 있으며, 사회로 확산되는 경우 성도덕 문란이 뒤따를 수 있다.”고 하면서 군형법 제92의6 존치 필요성과 그 합헌성을 주장한 이상현, “군형법상 항문성교 기타 추행죄 연구: 법제사, 법이론 및 판례 비교를 중심으로”, 『법학논총』 36(2016), 249-287면은 동성(남성) 간 성행위 자체를 선량한 성적 도덕관념에 반하는 추행으로 보는 견해를 잘 보여준다.

33) 대법원 2013. 11. 14. 선고 2011두11266 판결.

34) 대법원 2014. 7. 24. 선고 2012므806 판결.

그리고 대상판결의 다수의견은 균형법상 추행죄의 ‘추행’ 개념에 ‘피해자의 의사에 반함’, 즉 ‘피해자의 성적 자유에 대한 침해’를 새로운 표지로 추가하였다. 이는 균형법 외에 형법 등 성폭력 범죄 처벌규정에서 말하는 ‘추행’에 대한 해석을<sup>35)</sup> 균형법에도 적용한 것이다. 이러한 해석은 보호법익의 차이를 근거로 균형법상 추행죄의 ‘추행’과 형법 등 성폭력 범죄 처벌규정에서 말하는 ‘추행’의 의미를 다르게 해석하였던 종래의 판례와<sup>36)</sup> 대조된다. 다수의견의 새로운 해석론에 따르면, 균형법상 추행죄의 성부 판단에서도 형법 등에서의 마찬가지로 피해자의 의사를 고려 요소의 하나로 삼게 된다. 군인들 사이에서 추행의 대표적 구성요건의 예시인 항문성교가 이루어진 경우 상대방의 성적 자유를 침해하고 군기를 해치는 경우에 한해서만 균형법상 추행죄가 적용된다고 보는 것이 동성 간 성적 행위를 바라보는 변화된 사회적 인식에도 부합한다. 별개의견에서 대법관 김선수도 다음과 같이 다수의견의 해석론에 찬성한다.

다수의견과 그 보충의견에서 설명한 동성애에 대한 우리 사회 인식의 변화에 비추어 볼 때, 성인 사이의 상호 합의에 의한 동성 간의 성적 행위를 지금 이 시대의 성적 도덕관념에 비추어 ‘더럽고 지저분한 행동’으로 평가할 수는 없다. 아무리 군의 특수성을 감안한다고 하더라도 형법상 추행과 같이 현행 규정상 추행도 일방의 의사에 반하여 구체적인 피해를 야기하는 행위만이 ‘더럽고 지저분한 행동’으로 평가하여야 한다. 이는 규범적 개념인 ‘추행’의 의미를 확정하는 법률해석의 과정에서 충분히 가능하고 반드시 필요한 것으로서, 문언해석의 범위를 벗어난다거나 법원의 해석 권한을 벗어나는 것이 아니다.

한편 균형법상 추행죄의 ‘추행’ 개념은 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배된다는 견해도 유력하다. 헌법재판소 2016. 7. 28. 선고 2012헌바258 결정에서 재판관 김이수, 이진성, 강일원, 조용호는 반대의견을 통해서 균형법상 추행죄 규정이 범죄구성요건을 ‘그 밖의 추행’이라고 규정하면서 강제성 수반 여부, 행위의 정도, 행위의 객체, 행위의 시간·장소에 관한 사항을 규정하지 않고 있으며, 판례에 실시된 보호법익마저 광범위하여 ‘수범자의 예측가능성을 박탈하고 법 집행기관의 자의적 법해석 가능성을 초래하였으므로’ 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배된다고 판단하였다. 이와 마찬가지로 2001헌바70 결정 중 재판관 송인준, 주선회의 반대의견과 2008헌가21 결정 중 재판관 김종대, 목영준, 송두환의 반대의견도 이 규정이 명확성의 원칙에 위배된다고 판단하였다. 헌법재판소가 세 차례에 걸쳐 합헌결정을 하였지만, 이 규정의 적용범위가 불분명함을 지적하는 재판관들의 수가 증가하고 있다.

35) 대법원 2015. 9. 10. 선고 2015도6980 판결.

36) 대법원 2008. 5. 29. 선고 2008도2222 판결.

### III. 군형법 제92조의6의 보호범의

대상판결의 다수의견처럼 군형법 제92조의6의 ‘추행’을 형법 등 성폭력 범죄 처벌 규정에서 말하는 추행과 같이 피해자의 성적 자유를 침해하는 음란한 행위로 해석하기 위해서는 이 규정도 형법 등의 강제추행죄 규정과 마찬가지로 성적 자기결정권을 보호 범의적으로 삼아야 한다.

이에 대해서 대법관 안철상과 이홍구는 별개의견을 통해서 다수의견처럼 성적 자기결정권을 현행 규정의 보호범의에 포함시키는 것은 입법이 아닌 법률해석으로 군인에게만 적용되는 비동의추행죄를 신설하는 결과를 만들어낸다고 비판한다. 이 별개의견은 군형법상 추행죄가 친고죄가 아니라는 점으로부터 피해자를 상정할 수 없고, 합의에 의한 성행위에도 적용되기 때문에 성적 자기결정권을 이 규정의 보호범의적으로 볼 수 없다고 해석한다. 이러한 해석에 따르면, 군형법상 추행죄의 보호범의는 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’로 한정된다.<sup>37)</sup> 이 별개의견은 군형법상 추행죄 규정을 군인 간 항문성교나 그 밖의 추행이 군기를 직접적이며 구체적으로 침해할 우려가 있는 경우에 한하여 처벌하는 규정으로 해석함으로써 이 규정의 위헌성을 해소하고 사안의 구체적 타당성을 도모한다.

그러나 대법관 안철상과 이홍구가 별개의견에서 제시한 ‘제한적 보호범의론’은 다음 세 가지 이유에서 타당하지 않다.

첫째, 군형법 제92조의6의 보호범의를 군 공동생활의 건전성과 군기로 제한하는 해석은 해당 규정의 체계적 위치와 장·조항 제목이 선행 조직자(advance organizers) 역할을 한다는 점을 무시한 것이다.<sup>38)</sup> 군대 내 성폭력 문제가 사회적으로 관심을 받게 되자 군형법은 2009. 11. 2. 법률 제9820호로 개정되면서 ‘제15장 강간과 추행의 죄’가 신설되었고, 제정 군형법 제92조(추행)가 제15장의 한 조항(제92조의5)으로 옮겨져 규정의 체계적 위치가 달라졌다. 현행 규정의 체계적 위치를 고려한다면 이 규정은 군형법 규정 모두의 공통된 보호범의인 ‘군 공동생활의 건전성과 군기’ 뿐만 아니라 제15장 고유의 보호범의인 ‘성적 자기결정권’을 함께 보호한다고 해석하는 것이 타당하다. 다수의견과 대법관 김선수의 별개의견은 이와 같은 근거로 군형법 제92조의6의 보호범의에 성적 자기결정권을 포함하는 ‘확장적 보호범의론’을 취하고 있다.<sup>39)</sup>

둘째, 군형법 제92조의6의 보호범의를 군 공동생활의 건전성과 군기로 제한하는 해석

37) 같은 취지의 연구로는 정연주, "군형법상 추행죄의 헌법적 문제", 『공법학연구』 12.2(2011), 133-158면; 손수지·김지관, "군인의 역할로 본 군형법 제92조의 6", 『인문사회21』 7.4(2016), 585-602면 등.

38) 대법관 김선수의 별개의견 참조.

39) 같은 취지의 연구로는 노기호, "군형법 제92조 "추행죄"의 위헌성 고찰-육군 제22사단 보통군사법원 2008.8.6. 위헌제청결정사건(2008고10)을 중심으로-", 『헌법학연구』 15.2(2009), 263-300면; 조국, "군형법 제92조의5 계간 그 밖의 추행죄 비판-군인간 합의동성에 형사처벌의 당부-", 『형사법연구』 23.4(2011), 291-316면.

은 군사법원의 견해에도 부합하지 않는다. 고등군사법원은 구 군형법 제92조 추행죄를 ‘계간 기타 추행을 함으로써 군사회의 기강을 문란시키고 나아가 전투력의 약화를 초래하며, 각 개인의 성적 생활의 자유를 침해하는 행위를 별하기 위하여 둔 법조’로 보는 입장을 취하고 있다(밀줄-필자).<sup>40)</sup> 이처럼 군사법원은 군형법상 추행죄 규정이 군기와 전투력뿐만 아니라 개인의 성적 자유를 보호하는 규정이라고 해석하고 있다.

셋째, 확장적 보호법익론을 취한다고 해서 입법이 아닌 법률해석만으로 군인에게만 적용되는 비동의추행죄를 신설하는 것이 아니다. 이러한 법률해석은 현행 규정에 대한 합헌적 해석을 통해서 그 적용 범위를 설정함으로써 부당한 적용을 막는 것이다. 다수의견도 형법 등 성폭력 범죄 처벌규정에서 말하는 ‘추행’ 개념을 도입하여 군형법상 추행죄 규정의 적용 범위를 제한하는 것이므로 새로운 범죄를 신설하는 것이라고 보기 어렵다.

군형법 제92조의6의 보호법익을 ‘군 공동생활의 건전성과 군기’ 및 ‘성적 자기결정권’이라고 본다면 각 보호법익 침해의 표지로 ‘공연성’과 ‘강제성’을 고려해야 한다. 군형법상 추행죄의 개념은 마치 형법상 공연음란죄의 ‘공연성’과 강제추행죄의 ‘강제성’을 제거하여 ‘음란’과 ‘추행’ 행위 그 자체만을 형사처벌 하는 것으로 보이는데, 공연성이 없는 음란 행위나 강제성이 없는 추행 행위 자체가 당연히 불법성을 띠는다고 보기 어렵다.<sup>41)</sup> 대상판결 사건에서처럼 사적 공간에서 상호합의 하에 이루어진 동성 간 성적 행위는 공연성과 강제성을 인정하기 어렵다. 이처럼 공연성과 강제성이 없는 동성 간 성적 행위가 군 공동생활의 건전성과 군기를 직접적이고 구체적으로 침해할 우려가 있다고 판단하기 어려우며, 성적 자기결정권을 침해하였다고 보기도 어렵다. 이런 점에서 다수의견과 같이 군형법 제92조의6은 동성인 군인들이 사적 공간에서 자발적 의사 합치에 따라 성적 행위를 하는 경우에는 적용되지 않는다고 봄이 타당하다.

육군 증양수사단의 이른바 ‘성소수자 색출 수사’는 군형법 제92조의6의 추행 개념에 공연성과 강제성이 왜 포함되어야 하는지를 극명하게 보여준다. 수사단은 문언상 공연성과 강제성을 요구하지 않는 규정을 무기로 성(性)이라는 지극히 사적이고 은밀한 영역을 파헤치며 심각한 인권침해를 저질렀다.

수사팀은 진술을 확보한답시고 성관계 시 성향, 체위, 사정 위치, 콘돔 사용 여부, 샤워 여부 등을 집요하게 캐물었고, 수사와는 하등 상관이 없는 야동 취향, 좋아하는 스타일, 민간인과의 향문성교 횟수, 첫 경험 시기, 평소의 성욕 해소 방법, 성정체성 인지 시점, 자주 가는 종로 술집 이름 등의 진술도 강요하는 등 피해자에게 성적 수치심과 극도의 모멸감을 안겨주었다.<sup>42)</sup>

40) 고등군사법원 1990. 3. 3. 선고 99노31 판결, 고등군사법원 2008. 2. 19. 선고 2007노249 판결.

41) 육군종합행정학교, 『군형법』(제6지구인쇄소, 2007), 317면(노기호, 앞의 논문, 271면 재인용).

42) 군인권센터, “장준규 육참총장, 동생애자 군인 색출 및 처벌 지시 관련 긴급 기자회견”(보도자료).

## VI. 헌법정향적 ‘법률’ 해석을 통한 ‘법’의 통일성(Integrity) 추구

지금까지 대상판결의 다수의견을 중심으로 균형법 제92조의6 문언의 의미와 보호범의에 대한 해석을 살펴보고, 별개의견들과 반대의견의 타당성을 따져보았다. 아래에서는 법률해석의 원칙과 한계라는 관점에서 대상판결의 각 의견을 살펴보고자 한다.

### 1. 대상판결의 다수의견은 법률문언을 넘어서는 해석인가?

다수의견과 두 별개의견은 합헌적 해석을 통해 균형법 제92조의6의 적용 범위를 제한함으로써 대상판결 사건에 대해 구체적 타당성이 있는 결론을 도출하였다. 다만, 구체적인 해석 과정에서 다수의견과 두 별개의견은 입장을 달리 했다. 반면에 반대의견은 일반적인 합헌적 해석의 가능성을 인정하면서도 균형법 제92조의6은 그 문언은 명확하고 강제성과 공연성이 없는 사적이고 자발적인 성적 교섭에 적용하여도 부당하지 않으므로 이 규정에 대해서는 합헌적 해석이 필요하지 않다고 판단하였다. 그러나 반대의견은 해당 규정에 대한 합헌결정과 입법자의 의도를 근거로 해당 규정을 대상판결 사건에 적용하여도 부당하지 않다고 주장할 뿐 대상판결 사건 피고인들의 행위의 결과가 어떤 불법성이 있는지 구체적으로 판단하지 않았다는 점에서 그 결론을 수용하기 어렵다.

그런데 반대의견은 사적인 공간에서의 남성 군인 간 자발적인 성적 행위를 비범죄화할 것인지는 공격 논의와 입법 절차를 통하여 결정되어야 할 문제임에도 불구하고 다수의견이 법률문언을 넘어서는 사법판단을 하고 있다고 지적하였다. 또한 대법관 안철상과 이홍구도 별개의견을 통해서 다수의견이 입법이 아닌 법률해석으로 군인에게만 적용되는 비동의추행죄를 신설하고자 한다고 지적하였다. 이러한 지적은 타당한가? 대상판결의 다수의견이 법률해석을 통해 제도를 창설한 것인지와 별개로 사법부가 법률해석을 통해서 새로운 제도를 창설하는 것은 바람직하지 않다는 일반론의 차원에서는 이러한 지적이 타당하다. 다시 말해, 사법적 판단이란 특정한 구체적 사안을 대상으로 하는 것이기에 때문에 법원이 재판에서 법률해석을 통해서 새로운 제도를 창설하는 것은 바람직하지 않다.<sup>43)</sup> 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 다수의견이 새로운 범죄, 즉 제도를 창설한 것은 아니다.

다음으로 반대의견이 지적하고 있는 ‘법률문언을 넘어서는 해석’은 허용될 수 없는가? 대상판결 주심인 대법관 김재형은 해직자의 조합원 가입을 허용한 노조에 대한 법외노조 통보 처분의 유효성을 다툰 사건에서 별개의견을 통해 법률해석의 범형성적 기

2017).

43) 박철, “법률의 문언을 넘은 해석과 법률의 문언에 반하는 해석”, 『법철학연구』 6.1((2003), 233면.

능을 언급하면서 법의 문언을 넘어서는(praeter legem) 해석과 법의 문언에 반하는 (contra legem) 해석의 예외적 허용 가능성을 인정하였다.<sup>44)</sup>

법규범이 현실에서 일어나는 모든 사안을 완벽하게 규율할 수는 없다. 법은 그 일반적·추상적 성격으로 말미암아 본질적으로 흠결을 내포할 수밖에 없다. 따라서 법률의 해석은 단순히 존재하는 법률을 인식·발견하는 것에 그치는 것이 아니다. 일정한 경우 유추나 목적론적 축소를 통하여 법률의 적용범위를 명확히 함으로써 적극적으로 법을 형성할 필요가 있다. 이것이 실질적 법치주의의 요청이다. 법원은 ‘법률’이 아닌 ‘법’을 선언해야 한다 (밀줄-필자).

법을 해석·적용할 때에는 그 결과를 고려해야 한다. 만일 해석의 결과 심히 불합리하거나 부당한 결론이 도출된다면 그러한 해석을 배제하는 방안을 강구해야 한다. 통상 이를 위하여 문언적 해석 외에 논리적·체계적 해석, 역사적 해석, 목적론적 해석 등 여러 해석방법이 동원된다. 이러한 시도에도 불합리와 부당함이 교정되지 않는다면 법원은 법의 문언을 넘어서는 해석, 때로는 법의 문언에 반하는 정당한 해석을 해야 한다(밀줄-필자).

그렇다면 반대의견의 지적처럼 다수의견의 법률해석은 법의 문언을 넘어서는 해석인가? 법률문언을 넘어서는 해석은 법률문언이 당해 법률문제에 관하여 침묵하고 있을 경우 시도되는 해석이고, 법률문언에 반하는 해석은 법률문언에 따른 당해 법률문제에 관한 일응의 답이 상위의 법체계 또는 법질서의 관점에서 정합적이지 않거나 현저히 불합리한 경우 시도되는 해석이다.<sup>45)</sup> 균형법 제92조의6은 대상판결 사건에 관해서 침묵하고 있는 것이 아니라, 이 규정을 문언 그대로 적용하면 부당한 결론이 도출되는 경우이므로 이 사건에서는 문언을 넘어서는 해석이 문제되는 것이 아니라 문언에 반하는 해석이 문제되는 것이다.

법률문언을 넘어서는 해석이나 법률문언에 반하는 해석은 ‘① 법률에 흠결이 있는 경우, ② 법률의 내용이 상호 모순적이거나 충돌하는 경우, ③ 법률에 명백한 실수가 있는 경우, ④ 법률의 내용이 심하게 비합리적이거나 반도덕적인 경우, ⑤ 사회변화로 규범상황이 변한 경우’에 헌법적 제한 내에서 허용된다.<sup>46)</sup> 다수의견의 이유를 살펴보면 균형법 제92조의6 문언 그대로의 내용은 비합리적이고(④), 구성요건적 행위에 대한 법규범적 평가가 달라졌기(⑤) 때문에 문언에 명시적으로 표현되지 않은 표지를 추가하여 법률문언에 반하는 정당한 해석을 시도한 것으로 평가할 수 있다. 대법관 안철상, 이홍구의 별개의견도 제한적 보호법익론을 펼치면서도 법률문언에 반하는 정당한 해석을 시도하였다. 반면에 대법관 김선수의 별개의견은 규정의 문언 구조를 분석함으로써 법률문언에 반하는 해석을 회피하고자 했다.

44) 대법원 2020. 9. 3. 선고 2016두32992 전원합의체 판결.

45) 박철, 위의 논문, 186-187면.

46) 박철, 위의 논문, 232면.

## 2. 통일성의 사법 원리에서 본 대상판결

대상판결의 다수의견과 두 별개의견처럼 사건의 구체적인 결론은 같지만 서로 다른 합헌적 해석이 가능한 경우 법관은 어떤 결단을 해야 하는가? 이에 대해 다수의견에 대한 보충의견은 ‘헌법정향적 해석’을 해야 한다고 답한다.

법률의 해석은 헌법 규정과 그 취지를 반영해야 한다. 어떤 법률조항에 대하여 여러 갈래의 해석이 가능한 경우에는 우선 그중 헌법에 부합하는 의미를 채택함으로써 위헌성을 제거하는 헌법합치적 해석을 해야 하고, 나아가 헌법에 부합하는 해석 중에서도 헌법의 원리와 가치를 가장 잘 실현할 수 있는 의미를 채택하는 헌법정향적 해석을 해야 한다. 이러한 해석은 국가의 최고규범인 헌법을 법률해석의 기준으로 삼아 법질서의 통일을 기하여야 한다는 법원리에 기초한 것으로서, 법률의 문언이 갖는 의미가 지나치게 포괄적이어서 그 문언대로 해석·적용하는 것이 헌법에 위반되는 결과를 가져오는 경우에는 입법 취지와 목적, 그 제정·개정 연혁과 함께 헌법규범을 고려하는 합헌적 해석을 통하여 교정할 수 있다.(밑줄-필자)

대상판결에서 말하는 헌법정향적 해석이란, “상위규범인 헌법에 따른 체계적인 법률 해석으로서 어떠한 의미구속이 헌법원리와 가치를 최적으로 실현하는지가 문제되는 상황에서 … 헌법의 기본결정을 존중하면서 헌법의 효력이 최적화되도록 법률의 의미를 확정하라는 해석지침을 말한다.”<sup>47)</sup>

헌법정향적 해석은 헌법원리와 가치의 최적 실현이라는 점에서 드워킨이 말하는 법의 통일성(integrity, 또는 통합성)을 지향하는 구성적 해석과 매우 유사하다.<sup>48)</sup> 드워킨의 구성적 해석론은 현재의 관점에서 장래의 사회생활을 규제하려는 목적을 위해 과거에 제정된 법률 텍스트에 ‘최선의 정치도덕적 정당화’를 부여하는 것이다.<sup>49)</sup> 법원이 수정, 보완, 개선 등을 통해 특정 법실무를 최고의 작품으로 만들어 내려는 노력이 구성적 해석이라고 할 수 있다. 드워킨이 법의 통일성 개념을 통해 말하고자 하는 바는, 한 법체계 내의 법률, 판결, 법원리, 정치도덕원리 등이 내적 일관성과 정합성을 가져야 한다는 것이고, 법의 구성요소들을 관통하는 원리들이 정당해야 한다는 것이다.<sup>50)</sup> 구성적 해석을 통해서 입법 및 판결의 구조가 통일성이 요구하는 원리들의 정합성을 갖추게 된다.<sup>51)</sup> 법의 통일성은 ① 과거 결정과의 원리적 일관성(principled consistency; fit) 요청과

47) 최규환, 『헌법재판소의 법률해석-헌법합치적 법률해석의 유형과 규범통제-』(헌법재판연구원, 2020), 57면.

48) 김도균, "우리 대법원 법해석론의 전환: 로널드 드워킨의 눈으로 읽기-법의 통일성(Law's Integrity)을 향하여-", 『법철학연구』 13.1(2010), 89-132면은 '성전환자 호적정정 판결', '산재 판결', '제사주제사 판결'을 드워킨의 법개념과 구성적 해석론의 관점에서 분석하였다.

49) 로널드 드워킨(장영민 옮김), 『법의 제국』(아카넷, 2004), 324면.

50) 김도균, 앞의 논문, 94면.

② 해당 원리들의 타당성(moral justifiability)을 핵심요소로 한다.<sup>52)</sup> 따라서 법의 통일성은 과거의 법적 결정과 그 근거에 있는 원리로부터의 이탈을 허용하고 심지어 요구하기도 한다.

[통일성]은 그 공동체가 가진 공적 기준은 가능한 한 정의와 공정성의 정합적인 균일한 체계를 그 올바른 관계 속에서 표현하도록 만들어지고 보여져야 한다고 요구한다. 이러한 이상을 받아들이는 제도는, 때에 따라서는 바로 그 이유에서, 그 체계 전체에 대하여 더 근본적인 것으로 인식되는 원리들에 충실하기 위하여 과거의 결정이라는 좁은 궤도에서 이탈하기도 한다.<sup>53)</sup>

그렇다면 다수의견과 두 별개의견 중에서 어느 것이 더 나은 구성적 해석을 통해서 법의 통일성에 기여하였는가? 세 의견 모두 대상판결 사건의 피고인들이 무죄라는 결론에서는 같은 입장을 취하기 때문에 결론의 구체적 타당성에서 우열을 가릴 수는 없다. 각 의견이 시도한 법률해석이 최고규범인 헌법을 해석의 기준으로 삼아 법질서의 통일을 기하여야 한다는 법원리에 얼마나 충실했는지를 기준으로 어떤 의견이 현재 시점에서 장래를 향해 최선의 해석인지 판단해야 한다.

대한민국의 법질서란, ‘인간존엄성을 최고규범 또는 근본규범으로 하고 이로부터 파생되는 각각의 법원리들의 정합적인 체계로 이루어진 원리의 법질서’ 라고 할 수 있다.<sup>54)</sup> 인간존엄성의 법원리로부터 파생되는 법원리는 평등, 자유, 정의, 민주주의, 법치주의 등이다. 제한적 보호법익론을 취하고 있는 별개의견은 법해석에서 군인의 성적 자유를 중요한 요소로 고려하지 않았다. 반면에 확장적 보호법익론을 취하고 있는 다수의견은 행위자의 의사를 고려함으로써 군인의 성적 자유 보장에 기여할 수 있다. 그리고 군인의 성적 자유를 보장하는 것은 군인에게도 인정되어야 할 인간존엄성 보장에도 기여한다. 문언 구조를 분석한 또 다른 별개의견도 다수의견처럼 군인의 성적 자유를 보호법익으로 보고 있지만, 과거의 해석 관행과 동떨어진 문언 구조 분석을 전제로 대상판결 사건을 균형법 제92조의6 적용범위에서 제외시키는 이 별개의견의 해석 작업이 어떠한 더 근본적인 원리에 충실하려는 이탈이었는지는 모호하다. 따라서 문언의 축소해석과 보호법익의 확장을 통해 군인의 성적 자유 보장, 즉 자유의 법원리와 인간존엄성이라는 최고의 법원리에 대한 충실을 기한 다수의견이 두 별개의견보다 더 나은 구성적 해석이라고 평가할 수 있다.

51) 드워킨, 앞의 책, 325면.

52) 김도균, 앞의 논문, 94-95면.

53) 드워킨, 앞의 책, 313면.

54) 김도균, 앞의 논문, 129면.

## V. 남은 문제: 헌법정향적 축소해석은 군형법 제92조의6의 위헌성을 일소하는가?

조선국방경비법 제34조 ‘계간죄’가 도입된 이래로 ‘남성 군인 간 성적 행위를 처벌하는 규정’은 76년 간 존재했다. 그러나 대상판결로 군형법상 추행죄에 균열이 생겼다. 대상판결 다수의견의 헌법정향적 해석에 따라 군인들이 사적인 공간에서 합의하여 성적 행위를 한 경우에는 군형법 제92조의6이 적용되지 않게 되었다. 그 결과 이 규정의 적용 범위는, 강간 및 유사강간의 수단인 폭행·협박에 이르지 않은 강제성이 수반된 추행으로 제한된다. 그렇다면 군형법 제92조의6은 엄격한 상명하복 관계로 인해 발생할 수 있는 위력에 의한 추행에 주로 적용될 것이다. 이러한 적용 범위의 축소로 군형법상 추행죄를 둘러싼 존폐 논란은 일소될 수 있는가? 이 규정은 그 적용 범위가 축소되었다더라도 죄형법정주의 위반, 군형법과 형법 등의 법정형 체계성 저해와 성소수자 군인에 대한 차별 문제를 여전히 안고 있다.

첫째, 군형법상 추행죄의 ‘추행’ 개념에 공연성과 강제성을 추가한다고 하더라도 이에 해당하는 행위의 정도가 불명확하게 규정되어 있어 이 규정은 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배된다. 군형법상 추행죄 규정의 위헌성을 판단하였던 헌법재판소의 2002년, 2011년, 2016년 결정의 반대의견들은 공통적으로 이 규정이 강제성 수반 여부, 행위의 정도, 행위의 객체, 행위의 시간·장소에 관한 사항을 규정하지 않고 있으며, 판례에 실시된 보호법익마저 광범위하여 ‘수범자의 예측가능성을 박탈하고 법 집행기관의 자의적 법해석 가능성을 초래하였으므로’ 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배된다고 판단하였다. 대상판결 다수의견의 해석을 따르더라도 행위의 정도는 여전히 불명확하다. 예시적 입법 형식을 취하고 있는 군형법 제92조의6은 구성요건적 행위로 ‘항문성교’를 예시하고 ‘그 밖의 추행’이라고 기술한다. 이러한 형식을 따르는 규정에서 예시는 해당 구성요건요소의 해석을 위한 판단지침이다. 따라서 ‘그 밖의 추행’은 적어도 ‘항문성교에 준하는 행위’, 즉 유사 성교행위로 봄이 타당하다.<sup>55)</sup> 그러나 군형법상 추행죄 규정에서 말하는 ‘추행’을 ‘계간(또는 항문성교)에 이르지 아니한 동성애 성행위’로 보는 대법원의 해석에 따르면 항문성교는 추행에 해당하는 행위의 정도를 판단하는 기준이 되지 못한다. 예시적 입법 형식에 대한 통상적 해석과 대법원의 해석의 불일치만 보더라도 수범자가 이 규정이 적용되는 행위의 정도를 예측하기 어려울 것으로 보인다.

둘째, 군형법상 추행죄를 강제성이 수반되는 위력에 의한 추행에 적용하는 경우 책임과 형벌 간의 비례원칙에 반할 소지가 있다. 군형법 제15장은 강간, 유사강간, 강제추행, 준강간, 준강제추행 등을 형법 등의 법정형에 비해 가중 처벌하고 있다. 그런데 군형법

55) 헌법재판소 2002. 6. 27. 선고 2001헌바70 결정의 반대의견, 헌법재판소 2011. 3. 31. 선고 2008헌가21 결정의 반대의견, 헌법재판소 2016. 7. 28. 선고 2012헌바258 결정의 반대의견.

은 업무상 위력 등에 의한 성폭력 범죄 처벌 조항을 두고 있지 않다. 반면에 형법 제 303조는 업무상 위력 등에 의한 간음에 대해 7년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금을 법정형으로, 성폭력처벌법 제10조는 업무상 위력 등에 의한 추행에 대해 2년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금을 법정형으로 규정하고 있다. 균형법상 추행죄 규정은 2년 이하의 징역만을 법정형으로 규정하고 있기 때문에 성폭력처벌법 제10조에 비해 더 중한 법정형으로 볼 수 있지만, 균형법 제15장의 다른 규정들이 동일한 범죄에 대한 형법 등의 법정형을 가중하는 체계에 부합하지 않는다.

셋째, 균형법 제92조의6 그 자체는 성소수자에 대한 차별적 표현을 담고 있기 때문에 ‘그릇된(wrong)’ 것이라고 평가할 수 있다. 균형법 제92조의6이 영외에서 동성 군인들이 합의하여 성적 행위를 한 경우에 적용되지 않는다면 성소수자 군인의 성적 자유를 차별적으로 제한하는 결과적인 ‘해악(harm)’ 이 발생하지 않는다고 볼 수 있다. 그리고 어떤 법규정이 특정 집단에 대한 모욕이나 비합리적인 불이익한 대우와 같은 차별적 결과를 야기하는지에 따라 해당 규정이 차별적인지 판단한다면, 적용범위가 축소된 이 규정은 차별적이지 않다고 할 수도 있다. 그러나 특정 행위를 범죄로 규정함으로써 그 행위가 비도덕적이라는 메시지를 전달하는 법의 ‘표현적 기능’ 을 고려한다면, 어떤 법규정이 차별적인지는 그 규정이 야기한 구체적인 결과적 해악과는 별개로 그 규정의 ‘의미’ 에 비하와 같은 차별적 요소가 있는지에 따라 결정될 수 있다. 이러한 법적 표현주의(legal expressivism)<sup>56)</sup> 관점에서 차별 문제를 탐구한 대표적 학자인 데보라 헬먼(Deborah Hellman)은 “구별은 구별 과정의 행위 자체 때문에 그르며, 이런 그름(wrongness)은 그로 인해 생길지 모르는 해악으로 환원되지 않는다.” 고 주장한다.<sup>57)</sup> 그리고 헬먼은 사회의 맥락과 문화를 관찰함으로써 구별 과정의 행위가 표현된 법규정의 의미를 파악할 수 있다고 본다.<sup>58)</sup>

헬먼의 관점에서 균형법 제92조의6은 대상관결에 따라 그 적용 범위가 축소되더라도 차별적 의미로 읽힐 수 있다. ‘계간’ 을 ‘항문성교’ 로 바꾼 것만으로 제정 균형법상 계간죄 규정에 내포되어 있던 성소수자에 대한 비하의 의미가 현행 균형법상 추행죄 규정에서 사라졌다고 할 수 없다.<sup>59)</sup> 왜냐하면 균형법상 추행죄 규정은 현실적으로 남성 군인 간 성적 행위에만 적용되어 왔고, 균형법은 ‘항문성교’ 를 유사강간의 구성요건적 행위와 구별하여 별개의 범죄로 규정하고 있으며,<sup>60)</sup> 대한민국 법령에서 ‘항문성

56) 법적 표현주의를 소개한 연구로는 손제연, “법적 표현주의와 표현적 해악의 본성”, 『법철학연구』, 22.2(2019), 79-124면.

57) Deborah Hellman, *When is discrimination wrong?* (Harvard University Press, 2008), p. 57.

58) Hellman, 위의 책, 같은 곳.

59) 정성조, “한국 군대 내 동성에 ‘문제’의 ‘탄생’”, 『한국사회학회 사회학대회 논문집』(2018), 449-467면은 한국 군대 내에서 동성애를 ‘문제’로 규정하게 되는 과정을 균형법상 추행죄에 관한 논의를 중심으로 분석하였다.

60) 균형법 제92조의2는 형법 등 성폭력 범죄 처벌 규정과 마찬가지로 유사강간 행위를 ‘구강, 항문 등 신체(성기는 제외한다)의 내부에 성기를 넣거나 성기, 항문에 손가락 등 신체(성기는 제외한다)의 일부 또는 도

교’ 라는 문구를 사용하는 예는 군형법이 유일하기 때문이다. 또한 한국 군대의 동성애 혐오 분위기와 동성애를 관리의 대상으로 규정한 군의 법령은 여전히 성소수자 군인들이 스스로를 비가시화 하도록 압박하고 있다.<sup>61)</sup>

군형법 제92조의6의 적용 현실, 규정 방식, 다른 법령과의 관계 등과 같은 맥락을 고려할 때, 이 규정의 의미는 성소수자에 대한 차별로 파악될 수 있기에 이 규정은 그 자체로 그릇된 것이라고 할 수 있다. 더 나아가 이 규정은, 인간존엄성과 차별 금지를 규정한 헌법을 최고규범으로 두고 동성 간 성적 교섭을 범죄로 규정하지 않는 형법, 성적 지향을 이유로 한 차별을 금지하는 국가인권위원회법, 성소수자 병사의 복무를 허용하는 부대관리훈령 등으로 구성된 대한민국 법체계의 의미적 정합성을 저해한다.<sup>62)</sup> 또한 이 규정은 이제 사회통념과도 거리가 있다. 우리 사회는 제정 형법에서부터 동성 간 성적 교섭을 범죄화하지 않았다. 형법 제정 당시 이러한 비범죄화가 외국 형법 계수의 우연한 산물이라고 평가할 수도 있지만,<sup>63)</sup> 지난 70년 동안 우리 사회 구성원들은 개인의 성적 도덕관념과는 별개로 동성 간 성적 교섭은 지극히 사적인 영역의 문제로 법이 개입할 수 있는 문제가 아니라는 관념이 사회통념으로 자리 잡았다.<sup>64)</sup>

드워킨은 국가가 “한결같은 목소리(one voice)로 말해야 한다.”<sup>65)</sup> 강조한다. 국가는 통일성으로서의 법을 통해 하나의 목소리를 낼 수 있다. 드워킨이 말하는 통일성의 원리는 법을 가능한 한 정합한 것으로 보이게 해석하라는 사법(司法) 차원의 통일성 원리와 법질서를 정치도덕적으로 가장 정합적으로 만들어야 한다는 입법 차원의 통일성 원리로 이루어진다.<sup>66)</sup> 대상판결은 통일성의 사법 원리를 잘 보여준다. 남은 문제는, 입법이 모든 사람에 대하여 그 자신들이 ‘도덕적·정치적 권리’ 라고 여기는 것을 보호하기 위하여 최선의 노력을 기울여야 한다는 ‘통일성의 입법 원리’ 를 실천하는 것이다. 이 원리에 따라, 성소수자 군인에 대한 차별적 의미가 있는 군형법 제92조의6을 우리 법체계에서 제거하는 입법적 결단으로 법의 통일성을 제고해야 한다.

군형법 제92조의6이 폐지되더라도 처벌의 공백은 발생하지 않을 것으로 예상된다. 앞서 ‘추행’의 의미와 해당 규정의 보호법익을 살펴보면 추행에 대한 판단 기준으로

구를 넣는 행위’로 규정하고 있다. 군형법상 추행죄의 ‘그 밖의 추행’을 ‘항문성교에 준하는 추행’으로 해석한다면 추행죄의 구성요건적 행위를 유사강간의 행위 태양으로 보아도 무리가 없을 것이다.

61) 정성호·이나영, “보이지 않는 군인들: 한국 군대 내 동성애혐오와 성소수자 정체성”, 『문화와 사회』 26.3 (2018), 145면. 이 연구에서는 군복무 경험이 있는 성소수자를 대상으로 심층면담을 하여 한국 군대 내에서 성소수자 군인들이 반동성애 문화와 제도적 폭력 사이에서 겪었던 경험을 분석하였다.

62) 손제연, 앞의 논문, 119면은 법체계가 가지는 ‘의미체계의 정합성 유지와 보존의 이익’을 비환원적인 ‘표현적 이익’이라고 명명하고, 의미의 관점에서 이러한 이익의 침해를 ‘표현적 해악’이라고 명명한다.

63) 이상현, 앞의 논문, 8-9면.

64) 한국리서치가 성인 남녀 1,000명을 대상으로 실시한 ‘성소수자인식지표’ 조사(2021)에 따르면, 남성 동성애자에 대해 적대적이라는 응답은 전체 응답의 39%를 차지하였고, 중립적이거나(50%) 호의적이라는(11%) 응답은 전체 응답의 61%를 차지하였다(<https://hrcopinon.co.kr/archives/18801>, 최종 방문일 2022. 6. 1.).

65) 드워킨, 앞의 책, 318면.

66) 드워킨, 앞의 책, 255면 이하.

공연성과 강제성을 제시하였다.<sup>67)</sup> 합의된 성적 행위라도 영내에서 공연히 이루어져서 군 공동생활의 건전성과 군기를 침해했다면 행위자들을 공연음란죄로 처벌할 수 있을 것이다. 이 행위를 계기로 근무 이탈이나 근무 태만 등이 발생하면 근무 이탈이나 근무 태만 등을 규율하는 조항을 적용하면 될 것이다. 또한 문제되는 행위의 정도가 형사처벌을 하기에는 약한 경우 적절한 징계를 통해 충분히 군기를 확립할 수 있다. 아울러 군에서는 엄격한 상명하복관계로 인해 위력 등에 의한 추행이 빈번히 발생할 수 있다는 점을 고려한다면, 군 공동생활의 건전성과 성적 자기결정권을 보호하기 위해 성폭력처벌법과 같이 균형법상 위력 등에 의한 추행죄 규정을 신설할 필요가 있다.

## VI. 결론

지금까지 대상판결의 주요 쟁점인 규정의 ‘문언적 의미’와 ‘보호법익’을 중심으로 대상판결의 각 의견들을 비교·검토함으로써 다수의견의 헌법정향적 해석이 법의 통일성이라는 관점에서 설득력 있음을 확인하였다. 그리고 다수의견의 법률해석은 법률문언에 반하는 해석이지만, 인간의 존엄성이라는 최고의 법원리와 그로부터 파생되는 자유, 평등, 정의, 민주주의 등의 법원리로 구성된 대한민국의 법질서의 통일성을 제고하기 위한 정당한 해석이라고 할 수 있다. 그러나 균형법상 추행죄 규정의 합헌적 축소해석이 이 규정의 차별적 의미를 일소시키지는 못한다. 이 규정은 특정한 성적 행위 유형을 범죄로 규정함으로써 성소수자에 대한 차별을 표현하고 있다. 합헌적 축소해석만으로 균형법상 추행죄 규정의 의미를 구체화하는 사회적 맥락을 바꿀 수는 없다.

사법의 통일성 원리를 실천한 것으로 평가할 수 있는 대상판결로 인해 균형법 제92조의6에는 큰 균열이 발생했다. 이 균열이 군 공동체가 성적 지향을 이유로 한 차별이 없는 평등한 공동체로 나아갈 수 있는 법의 문이 되기 위해서는 입법의 통일성 원리에 따라 균형법 제92조의6이 폐지되어야 한다. 위헌적 법률은 입법에 의해 폐지될 수도 있지만, 헌법재판소의 규범통제를 통해 제거될 수도 있다. 이에 필자는 헌법재판소가 입법적 결단을 기다리기보다 균형법상 추행죄 규정의 위헌성을 판단할 수 있는 네 번째 기회인 2017헌가16 사건에서 이 규정의 위헌성을 확인하고 이 규정을 제거함으로써 입법의 통일성 원리를 회복시켜 주기를 바란다.

67) 이하의 예시는 대상판결 중 대법관 김선수의 별개의견 참조.



# 토론

## 토론1. 김형남

군인권센터 사무국장

## 토론2. 이서윤

서울남부지방법원 판사

## 토론3. 이경환

법무법인(유) 태평양 변호사

## 토론4. 정성조

사회학 연구자, 중앙대학교 사회학과

'군형법 제92조의6 추행죄' 관련 국회 토론회

성소수자 군인 섹츨 사건  
대법원 전원합의체 판결의 의미와 과제



## 성소수자 군인 색출 사건과 군형법 상 추행죄 적용의 문제점

김형남

| 군인권센터 사무국장

### 1. 성소수자 군인 색출 사건 개괄

이 사건은 육군본부 중앙수사단이 대위 1명의 동성 간 성행위를 입건하여 조사하던 중 동성애자인 상대 군인의 정보를 취득하고 수사대상을 확대하여 수십 명의 군인 등을 상대로 그들의 과거 행위를 수사한 후 십여 명의 군인 등을 기소하면서 시작되었다. 기록상 당시 피고인들을 포함한 수사 대상 군인 등은 별다른 문제없이 복무하고 있었던 것으로 보일 뿐이고, 현행 규정 이외에는 수사기관의 수사 개시를 정당화할 만한 다른 사정은 찾아 볼 수 없다. 아무런 문제없이 충실하게 복무하고 있는 군인의 은밀한 사생활 영역을 파헤쳐 수사하고 처벌하는 것이 과연 군기의 확립과 보호에 긍정적인 효과가 있는지 의문이다.

- 대법원 2022.4.21. 선고 2019도3047 전원합의체 판결, 대법관 김선수의 별개의견 中

대법원 판결에 적시된 바와 같이 이 사건은 2017년 육군에서 벌어진 대대적인 성소수자 군인 색출로 말미암아 발생한 것으로, 당시 육군본부 현병(現 군사경찰) 중앙수사단 사이버수사팀은 총 23명의 현역 군인(간부 18명, 병사 5명)을 군형법 상 추행죄 위반 혐의로 입건하였다. 이들 중 기소된 사람은 9명으로 4명은 개인 사정으로 항소를 포기해 1심 유죄 확정을 받았으며(징역형 집행유예 3명, 선고유예 1명)<sup>1)</sup>, 4명은 군사법원에서 1심, 항소심 유죄 판결을 받았으나 최근 대법원에서 모두 무죄 취지로 파기환송된 상태이며, 1명은 만기 전역 후 기소되어 민간법원에서 1심 무죄를 선고 받았고 항소심은 추

1) 이들 중 징역형 집행유예를 선고 받은 3명 중 2명과 선고유예 된 1명은 병사였는데, 집행유예를 받은 병사 중 한 명은 황당하게도 집행유예가 전과 기록에 남지 않는다는 소속 부대 법무실의 잘못된 안내를 받았고, 국선번호인을 받은 법무관으로부터 관련한 설명을 자세히 듣지 못한 채 항소의 기회를 놓쳤으며 나머지 두 사람도 군인권센터와 연락이 닿았을 땐 이미 형이 확정된 뒤였다. 집행유예를 선고 받은 나머지 1명은 2017년 당시 구속된 A대위로 알려졌던 간부로, 만기 전역을 앞둔 상태에서 구속과 동시에 휴직이 되어 항소를 할 경우 기약 없이 기소휴직 상태로 군인신분을 유지해야 하는 애로점이 있어 부득이 항소를 포기하였다.

정되었다가 대법원 판결 이후 선고 기일이 잡혔으며 검사는 무죄를 구형한 상태다. 이외 11명은 기소유예, 2명은 무혐의, 1명은 공소권없음으로 불기소되었다. 이들이 군형법상 추행죄의 위헌성을 따지기 위해 제기한 헌법소원 사건은 10개다.

사건의 발단은 육군 헌병 중앙수사단 사이버수사팀이 ‘사이버 군기 순찰’이란 것을 하던 중 군복 입은 남성 두 명이 성관계 하는 영상을 발견, 추적하기 시작하면서부터다.<sup>2)</sup> 이들은 영상 게시자가 현역 병사라는 것을 확인하고 소속 부대로 찾아가 음란물 유포 등의 혐의로 수사를 시작했다. 여기까지는 별 문제가 없었다. 그런데 수사관들은 게시자를 취조해 영상에 나오는 다른 사람도 현역 병사라는 것을 알아낸다. 게시자의 핸드폰을 빼앗아서 의심 가는 사람들을 짚어가며 성관계를 가졌는지도 추궁했다. 대답을 주저하자 수사관은 함께 외박 나갔던 병사들을 다 불러서 한 명 한 명 물어보겠다고 협박했다. 핸드폰 기록에는 이름을 모르고 어느 지역에서 근무한다는 것 정도만 확인되는 사람도 있었는데, 수사관들은 해당 지역 인근 부대의 간부들 증명사진을 전부 가져와서 찾아내라고 하기도 했다.

병사의 음란물 유포로부터 시작된 수사는 갑자기 동성 군인 간 성관계 수사로 바뀌었다. 수사관들은 전에 수사한 사람으로부터 확보한 게이 군인의 인적정보를 들고 대뜸 부대로 찾아가 ‘너 게이냐?’, ‘OOO랑 자지 않았냐?’ 등의 질문으로 상대방을 충격에 빠트려 대답에 받아낸 뒤 미란다 원칙을 고지하고 즉석에서 핸드폰을 반강제로 빼앗아 포렌식 했다. 종종 함정수사도 벌였다. 수사 대상자로 하여금 게이 데이팅 앱에 접속하게끔 강요한 뒤, 군인 간부로 추정되는 사람에게 메시지를 보내 만남을 유도해내는 식이었다. 상대방이 만남을 거부하자 사진이라도 보내 달라고 꺾어낸 뒤 찾아가 수사한 경우도 있었다. 모두 군부독재 시절 조작된 간첩 사건으로 민주투사들을 잡아내던 시절에나 썼을 법한 위법 수사기법이다.

수사관들은 수사 대상자들이 사회적으로 차별받는 성소수자라는 점을 심분 활용했다. 모욕적인 조롱, 아웃팅 협박, 협조하면 소문나지 않게 잘 마무리해주겠다는 회유 등이 있었고, 수사 대상자가 변호인을 선임하겠다고 하면 이를 무마하며 정당한 권리 행사를 방해하기도 했다.

대표적인 피해자로 알려졌던 A대위는 군인권센터가 사건을 파악하고 개입할 당시까지만 해도 입건되지 않은 상태였고, 마침 수사관으로부터 만나자는 연락만 받은 상태였다.

2) 판결문 상에는 대위 1명의 동성 간 성관계를 수사하던 중 사건이 확대되었다고 기재되어있는데, 헌병이 사이버 군기 순찰을 통해 동성 간 성관계 영상을 확인하고 다녔던 계기가 대위 1명의 동성 간 성관계 사건이었던 것으로 파악된다.

얼마 뒤 소환조사를 한 수사관들은 압수수색까지 진행했다. 이즈음 A대위는 전역을 코 앞에 두고 있었다. 변호인들은 전역하면 사건이 민간으로 넘어가기 때문에 군에서 작심하고 벌이는 수사를 벗어나 비교적 합리적으로 민간 검찰의 판단을 받아볼 수 있을 것이라 했다. 소환에도 응했고, 압수수색도 받았으니 별 달리 당분간 걱정할 일은 없을 거라 A대위를 안심시키기도 했다.

이후 군인권센터는 육군이 A대위를 비롯한 수사대상자들을 함부로 기소하지 못하게 하고자 기자회견을 열어 색깔 사건의 전모와 불법수사 상황을 언론에 폭로하기로 했다. 예정된 기자회견 일시는 2017년 4월 13일 오전 10시였다. 그러나 기자회견을 한 시간 앞두고 청천벽력 같은 소식을 들었다. A대위가 긴급 체포되었다는 소식이었다. 당시 A대위는 출장을 가있었다. 헌병들은 이른 아침 출장지까지 쫓아가 체포해간 것이다. 헌병대에 출석해 조사도 받았고, 압수수색까지 받은 터에 동성 군인 간에 합의한 성관계를 가졌다는 혐의만으로 체포될 까닭이 전혀 없었으나 육군은 무리하게 이와 같은 조치를 벌였다. 추후 확인해보니 전날 저녁 소식을 접한 육군에서 헌병, 군검찰, 군사법원이 서류를 주고받으며 체포영장을 청구해 발부받기까지 걸린 시간은 고작 40분이었다. 무리하게 기획된 체포의 목적은 두 가지였을 것이다. 하나는 외부에 사건을 알린 데 대한 보복, 다른 하나는 같은 이유로 수사를 받고 있는 성소수자 군인들에 대한 엄포. 군인권센터와 연락하면 법이고 뭐고 감옥에 넣을 수 있으니 조심하라는 협박 메시지를 전한 셈이다. 며칠 뒤 육군은 A대위를 아예 구속시켜버리고 기소했다. 군인은 구속되면 전역이 무기한으로 연기된다. 전역을 앞뒀던 A대위도 그랬다.

하지만 무리한 체포와 구속으로 사건에 대한 시민들의 분노도 더 커졌다. 국방부 앞에 서는 매 주 집회가 열렸고, 무려 40,604개에 달하는 무죄석방탄원서가 국방부로 접수되었다. 분노의 흐름 속에 수사를 받은 23명 중 14명이 불기소 처분을 받았다. 군인권센터가 사건을 인지하기 전에 이미 1심 유죄 확정 판결을 받은 3명을 제외하면 70%가 기소를 면한 것이다. 그러나 안타깝게도 6명이 기소되었다. 장장 5년에 걸친 오랜 재판의 시작이었다.

## 2. 사건 내용으로 본 「군형법」상 추행죄 적용의 문제점

추행죄는 특성 상 수사기관이 동성 간 성관계 현장을 적발하거나, 신원이 식별될 수 있게끔 촬영된 영상물 등을 확보하거나, 당사자들의 자백을 받아내지 않는 이상 범죄 혐의를 구성하기가 어렵다. 그런데 군인이 본인의 내밀한 사생활인 성관계 사실을 공공연히 신원을 밝혀 유폐하거나, 성관계 현장이 적발될 일은 거의 없기 때문에<sup>3)</sup> 사실상 당사자들의 자수가 아니고서는 입건조차 어려운 것이 현실이다. 결국 추행죄는 태생적으로 수사기관의 사생활 침해와 자백 강요, 함정 수사 등의 위법 수사가 아니고서는 사건 개시 자체가 어렵다는 결론에 도달하게 된다.

성소수자를 차별하는 법을 폐지해야 한다는 대명제에 이르지 않더라도, 합의 된 성관계를 처벌하자면 필연적으로 인권침해가 수반될 수밖에 없다는 점만으로도 추행죄 폐지의 명분은 명확하다. 이 사건은 군형법 상 추행죄가 왜 성소수자에 대한 인권침해 이슈와 직결될 수밖에 없는지 대표적으로 보여준 사례다.

## 3. 과제 제언

### ① 헌법재판소의 위헌 결정

헌법재판소에는 2017년에 제기된 이 사건과 관련한 헌법소원 10건은 물론, 이 사건과 별개로 2건의 위헌법률심판제청 사건이 5년 가까이 계류 중이다. 대법원에서 무죄 판결이 났다고는 하지만 추행죄가 존치되는 한 비슷한 인권침해 사건이 재발하지 않을 것이란 보장이 없을뿐더러 개별 사건에 대한 판결과는 별개로 성적지향을 이유로 합의된 성관계를 처벌하는 법률의 존재는 그 자체로 문제적이다. 사건에 대한 법률 해석 및 판단과 별개로 조속한 위헌 결정을 통해 인권침해 상황을 종식시키는 것은 헌법재판소의 의무다.

3) 성관계 영상 등을 유폐하거나 공공연한 장소에서 성관계를 가지는 경우는 이러한 행위 태양을 처벌할 수 있는 별도의 법률이 있기 때문에 추행죄가 적용될 필요가 없다는 점은 발제문 참조

## ② 국회의 균형법 상 추행죄 폐지

헌법재판소가 추행죄의 위헌성을 판단해주는 것과 별개로 입법기관인 국회 역시 추행죄를 폐지하기 위한 노력을 기울여야 한다. 19대 국회부터 추행죄를 폐지하기 위한 법안이 발의되고 있긴 하지만 혐오세력의 집단적 광기에 밀려 제대로 된 논의도 이뤄지지 않고 폐기되거나, 황당한 타협에 이르고 있다.

2020년, 자의적 구금 등을 이유로 인권침해적 제도라 국내외의 지적을 받아온 병사 징계 입찰 제도(영창 제도)가 폐지될 때에도 국회가 우선하여 군인사법을 개정해 제도를 폐지하고, 같은 해 헌법재판소가 위헌 결정을 한 사례가 있다.

## ③ 국가배상

대법원 판결문에도 나오듯, 이 사건 당사자 23명은 모두 군 수사기관의 사생활 침해와 인격 모독, 위법수사 등으로 인격이 짓밟히는 수모를 겪었으며 실제 수사, 재판을 받으며 물심양면으로 상당한 손해를 입었다. 대법원의 전향적 판단은 다행인 상황이나, 그렇다고 하여 전도유망하였던 젊은 군인들이 장장 5년을 단지 성소수자란 이유만으로 겪어야 했던 고충을 없던 일로 할 수는 없다.

특히 육군 헌병 중앙수사단의 위법수사는 이 사건을 판결하였던 1심 군사법원에서도 인정하였던 사실로, 재판부의 판단에 따라 당시 중앙수사단의 수사기록은 위법수집증거로 증거로 채택조차 되지 않았다.

이 사건은 성적지향을 이유로 사회적 소수자에게 가해진 명백한 국가 폭력으로, 균형법 상 추행죄에 대한 폐지 논의와 동시에 추행죄로 인해 당사자들이 겪었던 피해에 대한 사과와 배상을 만들어내는 과정도 반드시 뒤따라야 할 것으로 판단된다.



## 군형법 제92조의6 추행죄 사건(2019도3047) 평석에 관한 토론

이서윤

| 서울남부지방법원 판사

먼저, 사회적으로 큰 이슈가 되고 있는 본 주제에 관하여 깊고도 통찰력 있게 모색하여 주심에 감사드립니다. 강태경 연구원님의 노고가 군형법상 추행죄의 존치와 해석에 관한 향후의 논의에 귀중한 보탬이 되리라 믿습니다. 논고를 읽으며 떠오른 생각들에 기초하여 몇 가지만 첨언하고자 합니다.

### 1. 처벌조항의 보호법익이 수사방법에 미치는 영향

주지하시다시피 본 사건은 이른바 육군의 성소수자 군인 색출 수사에 의하여 형사사건화 되었습니다. 피해자가 존재하는 유형의 범죄에서 주로 고소 또는 고발이 수사의 단서가 되는 경우와는 달리, 군형법상 추행죄의 경우에는 피해자를 상정하기 쉽지 않은 데다가, 그간 군인의 성적 자기결정권을 그 보호법익에 포함되지 않는 것으로 해석하여 합의에 의한 남성군인 간 성행위 등도 처벌범위에서 배제되지 않는 것으로 이해하여 옴에 따라, 본질적으로 수사기관이 인지하기 어려운 ‘합의에 의한 성적 만족 행위’를 처벌하기 위하여 사술과 계략을 동반하는 함정수사(기회제공형과 범의유발형을 모두 포함하는 강학상의 개념을 말합니다) 등의 방법에 의존하게 되는 것은 어느 정도 필연적이라 할 것입니다.

즉, 함정수사와 같은 수사방법은 피의자의 인권을 침해할 우려가 높으므로 필요성이 있다는 이유만으로 무제한적으로 허용할 것은 아니고, 해당 범죄의 법익 침해 정도를 고려하여 필요최소한의 범위에서 이루어져야 합니다. 그런데 침해법익이 분명한 강간이나 강제추행 행위에 대해서는 통상적인 수사방법을 이용하는 반면, 침해법익조차 불분명하거나 논란이 있는 ‘합의에 의한 성적 행위’를 색출하고 처벌하기 위하여 함정수사를 이용한다는 것은 비례의 원칙에 부합하지 않습니다. 다시 말하면 ① 지극히 사적인 영역에서 이루어지는 행위가 ② 개인적 법익을 침해하지 않고 ③ 국가안전보장과 질서유지에 해악을 끼치지 않음에도 ④ 사회적 법익을 침해할 우려가 있다는 이유만으로

이를 처벌하는 경우, 이를 적발하기 위한 수사는 비정형적이고 침익적이며 은밀하고도 집요한 형태로 이루어지게 마련이므로 사생활과 비밀의 자유를 과도하게 침해하기 쉽습니다.

대상 판결이 군형법상 추행죄 규정에 ‘군인의 성적 자기결정권’이라는 개인적 보호 법익이 포함된다고 해석함에 따라 본 규정은 ‘피해자의 존재’를 묵시적 구성요건으로 하게 되었고, 향후 군형법상 추행죄의 구성요건에 해당하는 행위의 적발을 위해 더 이상 비정형적이고 침해적인 수사기법에 의존하지 않을 수 있게 되었다는 점에서 사생활과 비밀의 자유 보장에 한걸음 더 가까워졌다고 봅니다.

## 2. 군형법 제92조의6의 적용범위

대상 판결의 다수 의견은 “현행 규정의 대표적 구성요건인 ‘항문성교’는 ‘발기한 성기를 항문으로 삽입하는 성행위’라는 성교행위의 한 형태를 가리키는 것으로서, 이성 간에도 가능한 행위이고 남성 간의 행위에 한정하여 사용되는 것이 아니”므로, “현행 규정의 문언만으로는 동성 군인 간의 성행위 그 자체를 처벌하는 규정이라는 해석이 당연히 도출될 수 없고, 별도의 규범적인 고려 또는 법적 평가를 더해야만 그러한 해석이 가능하다”고 판시하고 있으나, 이성간의 성행위 중 항문성교만을 구분하여 따로 처벌하는 상황이나, 이성간의 합의에 의한 성적 접촉을 ‘추행’으로 평가하여 처벌하는 상황을 상정하기가 쉽지 않으므로, 결국 현실적으로는 위 조항 중 ‘항문성교’ 부분은 남성 간의 행위에, ‘추행’ 부분은 동성 간의 행위에 적용되는 것으로 봄이 상당하다 할 것입니다. 그렇다면 사건으로는, 군형법 제92조의6은 그 문언 자체로도 성적 지향에 따른 특정 행위를 차별적·선별적으로 범죄화한 것으로 보입니다. 대상 판결의 헌법 합치적 해석으로 인하여 동 규정의 위헌성이 어느 정도 제거된 것으로 보이는 하나, 이러한 형태의 규정이 존재하는 것만으로도 아래에서 보는 바와 같이 사람들의 인식 형성에 부정적인 영향을 끼칠 수 있다는 점에서 꾸준한 입법적 관심이 필요하다고 생각합니다.

## 3. 특정 행위의 범죄화와 수범자의 인식에 대한 파급효

법 문언에 특정한 행위가 범죄로 규정되어 있다면, 그 내용의 위헌성은 별론으로 하더라도 그러한 행위가 ‘잘못된 것’이라는 인식을 형성하는 위력이 있음은 부인할 수 없습니다. 인간의 존엄성이라는 개념이 일반의 인식 속에서 자연스럽게 형성된 것이 아

나라 누군가에 의하여 이름 붙여지고 널리 퍼지면서 이제는 당연한 것으로 받아들여지게 된 것과 마찬가지로, 실질적으로 어느 법익을 침해하는지 명확하지 않은 행위일지라도 범죄로 규정됨으로 인하여 동일 범규의 수범자들이 그 행위가 사회에 해악을 미치는 것으로 인식하게 되는 상황도 상정 가능합니다. 특히 특정한 행위에 대한 사회적 인식 변화가 상당히 이루어졌음에도 법률이 이를 미처 따라가지 못하였을 때, 그 특정 행위에 범죄라는 꼬리표가 아직 붙어있다는 사실만으로도 사람들은 그 특정 행위에 대해 부정적인 인식을 떨쳐버리지 못할 수 있습니다. 동성 간 성행위를 이성 간 성행위보다 넓은 범위에서 처벌할 수 있다고 규정하였을 때 전체적인 동성애에 대한 사회 전반적 시각에도 영향을 주게 된다는 점에서, 균형법 제92조의6과 같이 그 문언 자체로 특정 성적 지향성에 따른 행위만을 처벌하는 듯한 외관을 형성하는 규정은 조속히 시정함이 바람직하다고 봅니다.



## 토론문

**이경환**

| 법무법인(유) 태평양 변호사

### 1. 대법원 2019도3047 전원합의체 판결의 의미

: 균의 동성애자 색출이 시대착오적 호모포비아에 기반한 것으로서, 동성애에 대한 변화된 국내외의 인식과 맞지 않음을 선언함

이번 대법원 전원합의체 판결이 균형법상 추행죄에 관한 종전의 입장을 변경한 가장 큰 이유는 동성애, 동성간 성행위에 대한 우리 사회의 변화된 규범적 평가에 기반하고 있다. 다수의견이 표현하고 있는 바와 같이, 사회의 변화로 인하여 “동성 간 성행위 자체만으로 이를 비하하거나 금기시하여 무조건적인 처벌의 대상으로 삼지 않으려는” 사회적 분위기가 형성되었고, 이로써 “동성간의 성행위가 그 자체만으로 ‘추행’ 이 된다고 본 종래의 해석은 더 이상 유지하기 어려워졌다” 라고 판단하게 된 것이다.

별개의견 역시 “오늘날 동성애도 자연스러운 성적 지향의 하나로 받아들여지고 있다” 고 전제하면서, “인간의 성적 자유를 확장해 온 역사적 발전과 특정 성적 지향을 이유로 차별이나 처벌을 금지하고 있는 세계적 추세에 비추어 보면, 현행 규정이 그대로 적용되는 경우 헌법 위반의 소지가 있다” 라고 평가하고, 이를 판례 변경의 주요한 근거로 삼고 있다.

이처럼 반대의견 2명을 제외한 11명의 대법관이 동성애에 대한 변화된 인식을 판례 변경의 주요 근거로 제시하였다는 점은, 반대해석을 해볼 때 그동안 균형법상 추행죄가 사실상 호모포비아에 기반한 동성애 처벌규정으로 작동하여 왔음을 시인한 것으로 볼 수 있다. 특히, 다수의견은 균형법상 추행죄의 새로운 판단기준으로 균기에 대한 직접적·구체적 침해는 제시하면서, “동성군인 간 합의에 의한 성행위로서 그것이 균이라는 공동사회의 건전한 생활과 균기를 직접적, 구체적으로 침해하지 않는 경우까지만 형사처벌을 하는 것은 헌법을 비롯한 전체 법질서에 비추어 허용되지 않는다고 보아야 한다” 라고 판단하였는데, 이는 곧 그동안 동성간의 합의된 성행위가 균이라는 공동사회의 건전한 생활과 균기에 직접적, 구체적 침해를 끼치지 않았음에도, 동성간의 성행위라는 점 그 자

체만으로 선량한 성적 도덕관념에 반하거나 혐오감을 일으킨다는 이유로 처벌대상이 되어 왔다는 점을 인정하는 것이다.

그동안 군은 실제 범집행 현실과는 달리 군형법상 추행죄의 문언만을 근거로, 해당 규정이 동성애를 처벌하는 것이 아니며 성적 지향과는 무관하게 동성간의 성행위 그 자체만을 처벌할 뿐이라는 형식논리를 주장하여 왔다. 이번 대법원 전원합의체 판결에서의 반대의견이 펼친 논리 역시 정확히 그러하다. 반대의견은 “이 사건의 본질은 동성애나 개인의 성적 지향 또는 성적 자기결정권을 논하는 데 있지 않다. 군이라는 특수한 사회의 기율 유지에 관한 문제이다” 라는 논리를 펼치면서, “사적 공간에서 행위자의 자유로운 합의에 의하여 이루어진 성행위라고 하더라도, 그러한 행위를 한 사람이 군이라는 공동사회의 구성원인 이상 ‘군기’ 라는 사회적 법익을 침해하는 것으로 보아야 한다” 는 주장을 하고 있다.

그러나 반대의견이 ‘군기’ 나 ‘사회적 법익’ 이라는 표현으로 포장하고 있는 보호법익의 실체는, 동성애가 그 자체만으로 혐오스럽다고 생각하는 호모포비아 그 이상도 이하도 아니며, 동성애 처벌 규정의 실질을 형식논리로 감추려는 것에 지나지 않는다. 법문언상 동성애나 특정 성적 지향과 관련 없이 성적 행위 그 자체만이 처벌대상인 점은 분명하나, 실제로 수범자들이 느끼는 인상, 군에서 언급되고 교육되는 내용, 그동안 군 수사기관이 수사대상으로 삼아 온 사건의 성격 등 실질적인 규범력과 범집행은 모두 동성애라는 특정 성적 지향을 대상으로 이루어져 왔기 때문이다. 별개의견은 이에 대해 “현행 규정은 동성애나 특정 성적 지향을 처벌하기 위한 규정이 아니다. ...(중략)... 그러나 현행 규정의 적용으로 헌법상 성적 자유권이 침해되는 결과가 되는 것은 무시할 수 없다. 이로 인해 사회적 낙인의 효과가 발생하는 것도 방지할 필요가 있다” 라고 하여 군형법상 추행죄가 실질적으로 동성애에 대한 사회적 낙인 효과를 가지고 성적 자유권을 침해한다는 점을 인정하고 있다. 다수의견 역시 “다수의견은 군이라는 특수한 사회의 기율 유지에 필요한 군기의 중요성을 도외시하는 것이 아니고, 단지 동성애 등 특정한 성적 지향에 대한 맹목적인 부정적 평가와 편견으로 처벌 범위를 정해서는 안된다는 것이다. 동성애나 그 성적 지향 자체에 대한 부정적인 평가를 전제하지 않고서는 동성 군인간 자유로운 의사에 기초한 합의에 따라 사적 공간에서 이루어진 성행위가 왜 군의 기율을 침해하는지를 설명할 수 없기 때문이다” 라고 판시하여 반대의견의 형식논리의 배후에 동성애 자체에 대한 부정적 평가가 전제되어 있음을 지적하였다.

이처럼 이번 대법원 전원합의체 판결에 따르면 그동안 군형법상 추행죄로 처벌되어 온 합의에 의한 동성간 성행위 사안들은 군기를 직접적, 구체적으로 침해하지 않고, 적진, 전사·사변과 같은 상황이거나 군사훈련, 경계근무 등 상황이 아니기 때문에 모두 무죄라

는 결론이 되며, 지금까지의 처벌근거는 군의 질서나 군기의 실질적인 침해가 아닌 호모포비아에 불과하였다는 점이 잘 드러난다. 특히, 군의 조직적인 동성애자 색출 수사는 군기에 대한 직접적, 구체적 침해가 없음에도 군인들의 민감한 사생활에 개입한 것으로서 국가형벌권을 남용한 위헌적 수사였다는 점 역시 확인된다.

## 2. 향후 과제

: 이번 대법원 전원합의체 판결로 위헌성은 모두 제거되었는가? 헌법재판소는 어떤 결정을 내려야 하나?

이번 대법원 전원합의체 판결은 굉장히 큰 의미가 있지만, 이번 판결로 균형법상 추행죄의 위헌성이 모두 제거되었는지, 그래서 더 이상 헌법재판소의 위헌 결정이 필요 없게 된 것인지에 대해서는 신중히 접근할 필요가 있다. 헌법재판소는 종전 결정에서, 구체적 사건에서 동성 군인 사이의 성적 행위가 이 규정에 해당하는지 여부는 제반 사정을 종합적으로 고려하여 판단되어야 할 법원의 통상적인 법률해석·적용의 문제라고 하였고(헌법재판소 2016. 7. 28. 선고 2012헌바258 결정), 대법원은 이에 근거하여 위헌성을 제거하는 법률해석을 하였기 때문에, 이론적으로는 헌법재판소가 균형법상 추행죄에 대하여 위헌선언을 할 필요가 없다고 볼 수도 있다. 그러나 이번 전원합의체 판결을 고려하더라도 균형법상 추행죄의 위헌성은 여전히 존재하고 있으며, 이는 법원에서의 합헌적 법률해석만으로는 해결하기 어렵기 때문에, 헌법재판소의 위헌 결정은 여전히 필요하고 의미가 있다고 하겠다.

먼저 평등권 관점에서의 위헌성이 문제된다. 종전의 균형법상 추행죄는 ‘계간’이라는 구성요건에 기반하여 동성군인간(실질적으로는 남성군인간) 행위에 대해서만 적용이 되었는데, 이성군인간 성행위 또는 여성군인간 성행위가 이에 포함되는지, 포함되지 않는다면 그 근거가 무엇인지 문제되어 왔다. 그런데 추행죄의 문언이 ‘계간’에서 ‘항문성교’로 변경되었고, 다수의견은 이에 대하여 “항문성교는 ...(중략)... 이성 간에도 가능한 행위이고 남성 간의 행위에 한정하여 사용되는 것이 아니다. 따라서 현행 규정의 문언만으로는 동성 군인 간의 성행위 그 자체를 처벌하는 규정이라는 해석이 당연히 도출될 수 없(다)”라고 판시하였다. 하지만 “현행 규정이 평등권을 이유로 이성 간 행위에 까지 확대 적용되어야 하는지에 대해서는 이 사건의 쟁점이 아닐 뿐만 아니라 현행 규정의 처벌 범위를 확대하는 문제가 있으므로 판단하지 않고자 한다” 라면서 처벌범위에 대한 직접적인 판단은 회피하였다.

다수의견이 언급한 바와 같이, 법문언이 ‘항문성교’로 변경되기는 하였으나 종전의 처벌범위를 확대하는 문제가 있기 때문에 이성군인 간 행위도 처벌범위에 포함된다는 판

단이 내려지기는 쉽지 않을 것으로 보이며, 무엇보다 수사기관에서 그러한 사건을 입건 하지도 않을 것이다. 이성군인 간 행위는 처벌대상에서 제외된다면 평등권 위반이 문제 될 수밖에 없을 것이며, 이를 뒷받침할 수 있는 것은 여전히 동성애에 대한 차별적 편견, 즉 호모포비아 뿐이라는 점에서 위헌성이 있다.

다음으로 **형벌 법규의 명확성의 원칙**이 문제된다. 앞서 본 바와 같이 이번 판결에도 불구하고, 처벌범위에 이성군인 간 성행위, 여성군인 간 성행위가 포함되는지 여부조차 분명치 않다. 더 나아가 다수의견은 군기에 대한 직접적·구체적 침해 여부를 판단기준으로 제시하였으나, 실제 현실에서 동성군인 간 합의된 성행위가 군기에 대한 직접적·구체적 침해를 야기하는 경우는 여전히 상정하기 쉽지 않다. 예컨대 별개의견이 제시한 적전, 전사·사병, 평시 중 군사훈련, 경계근무 등 상황을 상정해보더라도 동성군인들이 숙소 등 사적 공간에서 합의 하에 성적 행위를 하는 경우, 그와 같은 성행위만으로 군기가 어떻게 직접적, 구체적으로 침해된다는 것인지 논리를 구성하기 어렵다. 결국 여전히 구체적 판단을 위한 추가적인 기준들이 필요한 상황이며, 이런 상황 속에서 수범자인 군인들은 어떤 행위가 처벌대상이고 아닌지 알기 어렵기 때문에 명확성의 원칙 위반이 문제된다.

마지막으로 **과잉처벌 금지 원칙**이 문제된다. 별개의견 중 대법관 김선수가 지적한 바와 같이, 공연음란죄, 군무이탈, 근무 태만 등 다른 직접적인 법률규정을 통해서도 처벌이 가능하며, 필요한 경우 징계를 통해서도 군기 확립이 가능한데 굳이 형사처벌로 규율할 이유가 없다. 더구나 추행죄의 법정형은 기존에 1년 이하의 징역이었다가 2009년 군형법 개정으로 2년 이하의 징역으로 상향되었는데, 이때의 법정형 상향 이유는 군 내 성폭력 문제 근절이었다. 군형법상 추행죄가 비친고죄로서 군내 성폭력범죄에 대해 피해자가 합의한 경우 추행죄가 보조적 처벌수단으로 활용된 점을 고려한 것인데, 모든 성폭력범죄가 비친고죄화된 지금 합의된 동성군인 간 성행위에 대하여 2년 이하의 징역을 적용하는 것은 명백히 과잉처벌이라고 보아야 한다.

이상과 같은 위헌성은 이번 대법원 전원합의체 판결에도 불구하고 상존하고 있는 것이므로, 헌법재판소는 군형법상 추행죄에 대한 위헌 결정을 조속히 할 필요가 있다.





## 군대 내 동성애 ‘문제’ 를 역사적 관점에서 돌아보기

정성조

| 사회학 연구자, 중앙대학교 사회학과

최근 대법원은 군형법 추행죄(제92조의6)로 기소된 사건을 무죄 취지로 파기 환송하였다. 이에 발맞추어 검찰도 대법원 판결의 취지를 받아들이면서 같은 혐의로 기소된 다른 사건의 피고인에 무죄를 구형하였다. 이는 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’ 라는 명분으로 단순히 동성애 행위를 처벌하는 것을 넘어 공공연하게 성소수자 군인에 대한 차별적인 대우와 인권 침해적인 수사를 일삼은 군의 행태에 제동을 건 중요한 변화라고 할 수 있다.

본 토론에서는 이번 판결과 앞으로의 과제를 점검하기 위해 군형법 추행죄를 역사적인 관점에서 그 정치적 함의를 검토하고자 한다. 특히 군형법 추행죄의 제정과 이 법이 실제로 ‘동성애자’ 를 대상으로 특정하여 실효성을 갖게 된 시기에는 일정한 시차가 존재하는데, 두 시기 사이에 출현한 다양한 성적 규제와 군형법 추행죄를 둘러싼 담론의 변화 등을 종합적으로 고려할 필요가 있는 것이다. 이러한 검토를 통해 군형법(그리고 국가)은 단순히 이미 존재하는 ‘변태적인 동성애자 군인’ 을 처벌하는 중립적인 위치에 있는 것이 아니라 한국 사회에서 규범적인 성적 주체와 성적 타자를 가르는 경계 자체를 생산하는 핵심적인 역할을 해왔다는 점을 검토하고자 한다. 이는 군형법 추행죄가 적용된 개별 사건을 넘어 국가 권력이 젠더와 섹슈얼리티의 영역에서 어떠한 폭력을 만들어왔는지 밝히고, 군형법 추행죄 폐지를 넘어선 향후 과제를 고민하는 계기가 되어 줄 것이다.

군형법 추행죄의 역사적 맥락에 대한 검토는 특히 소도미 법(sodomy law)이 존재하지 않았던 비서구 사회에서 동성애혐오의 제도화를 어떻게 이해할 것인가 하는 문제를 제기한다. 페미니스트 연구자 파틸(Patil)은 “몸, 젠더, 욕망을 자연화하는 문화적인 인지가능성의 격자” 에 시공간의 차원을 빠트리는 연구와 담론을 경계하면서 제국주의의 역사를 강조한다.<sup>1)</sup> 즉, 동성애혐오의 제도화에 있어서 제국주의의 역사적 책임, 그리고 독립 이후에도 지속되는 다양한 통치 권력의 정치적 책임에 관해 논의해야 한다는 것이

1) Vrushali Patil. 2018. “The Heterosexual Matrix as Imperial Effect.” *Sociological Theory*, 36(1), p.1.

다.2) 군형법 추행죄는 미군정 하에서 소도미가 ‘계간’으로 번역되면서 유입된 조항이다. 뒤에서 살펴보겠지만, 오늘날 한국 사회에서 동성애를 ‘문제’로 만드는 지식, 담론, 제도는 미군정 하에서 충분한 검토 없이 소도미 조항을 포함하게 된 군형법과 더불어 구한말과 일제강점기에 한반도에 들어온 성과학 지식과 근대적 법체계, 해방 이후 군사정권의 개발독재 시기 하에 체계화된 다양한 성적 통제와 규범화의 과정, HIV/AIDS 등 질병과 동성애를 연관시키는 혐오담론 등이 복합적으로 작용하여 만들어진 결과물이다. 이때 군형법 추행죄는 ‘국가가 특정한 성적 주체를 어떻게 생산하고 또 처벌하는가’라는 문제에 있어서 법적 차원을 넘어서는 정치적 문제가 된다.

지난 수년 동안 동성애를 ‘종북’이나 ‘서구에서 유입된 질병’과 연결했던 반동성에 담론이나 동성애 행위가 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’, 나아가 국가의 안보에 위협이 된다는 군과 국방부까지, 동성애는 언제나 국가와 전통 외부에 존재하는 ‘위협’으로 간주되어 왔다. 이러한 담론에서 동성애는 마치 외부에서 내부로 침투하거나 전염되는 무언가로 여겨진다. 그러나 동성애는 정말로 국가와 민족에 대한 위협인가? 동성애는 서구적 담론 이전에는 존재하지 않았는가? 무엇보다 가장 중요한 질문은 ‘동성애 관행과 동성애를 둘러싼 지식과 담론에 있어서 국가는 전혀 무관한 중립적인 존재였는가’ 하는 것이다.

## 1. 군형법 추행죄 속 ‘계간’의 역사

한국 군대에서 동성애는 언제부터 ‘문제’가 되었을까? 즉, 한국 군대에서 동성애의 존재는 도대체 언제부터 인지되기 시작했을까? 이전 시기에 군대 내 동성애는 왜 그 존재조차 인지되지 못하였던 것일까? 이러한 질문은 궁극적으로 오늘날 군대 내 동성애를 ‘문제’로 만들어진 요소들이 과연 무엇이었는가에 관한 것이다. 2004년부터 2007년까지 군형법상 ‘계간 기타 추행’ 조항에 따라 처벌을 받은 사건 174건 가운데 동성 간 성행위에 해당하는 경우는 단 4건에 불과했다.3) 추지현은 이러한 측면에서 오히려 해당 조항이 강제 추행 또는 위계에 의한 추행죄의 보조적 기능을 수행해 왔다고 볼 여지가 더 크다고 주장한다.4) ‘계간’이라는 중립적이지 못한 단어와 ‘기타 추행’이라는 모호함을 해소하기 위해 개정된 두 차례의 개정 이후 확립된 군형법 제92조의6은 ‘항문 성교’를 명시함으로써 의을 대상을 남성 동성애자로 사실상 한정하였다. 이는 군형법

2) 가령 과거 영국의 식민지였던 많은 국가에는 동성애를 처벌하는 형법 377조가 존재하며, 몇몇 국가에서는 최근에서야 이 조항이 폐지되었다. 영국에서 독립한 이후에도 형법 377조가 남은 국가는 방글라데시, 말레이시아, 미얀마, 파키스탄, 싱가포르, 스리랑카 등이 있으며, 인도에서는 2018년 해당 조항이 위헌으로 판결을 받고 사라졌다.

3) 이경환, 위의 글.

4) 추지현, 2013. “‘강간’과 ‘계간’사이: 군형법상 “강간과 추행의 죄”의 법담론.” 『한국여성학』 29(3), 147-180.

상 ‘계간’의 의미가 도입 당시와 달리 사실상 오랫동안 동성애와 거리가 멀었던 것으로 추정할 단서를 남겨둔다. 즉, 군형법 추행죄가 미군정의 유산인 동시에 군형법 제정 이후 이것이 동성애자를 처벌하는 실질적인 효력을 갖기까지 군과 한국 사회에 무슨 일이 일어났는지를 함께 고려할 필요가 있다.

한국 군대에서 동성애를 형법으로 처벌하게 된 것은 언제부터일까. 현행 군형법은 일본의 구 육군형법을 바탕으로 1962년에 제정되었다.<sup>5)</sup> 군형법은 제정 당시부터 ‘추행죄’라는 항목 아래 “계간 기타 추행을 한 자는 1년 이하의 징역에 처한다”는 ‘계간 기타 추행’ 조항을 두고 있었다. 그런데 흥미로운 점은 군형법의 모태가 된 일본의 구 육군형법은 ‘계간죄’를 처벌 대상으로 두지 않는다는 사실이다. 한국 군대의 군형법에 삽입된 ‘계간죄’는 일본의 구 육군형법이 아니라, 군형법을 작성할 당시 일부 참고한 미전시법(The Article of War)에서 따온 것이다. 군형법이 대체한 종전의 조선경비법이 처음 미전시법을 베껴오는 과정에서 ‘소도미(sodomy)’는 ‘계간’으로 처음 번역되어 오늘에 이르게 된 것이다.<sup>6)</sup>

그런데 한국의 일반 형법 체계에는 계간 등 소도미 처벌 조항이 없다는 점을 고려하면 군형법 추행죄가 갖는 역사적 성격을 질문하게 된다. 군형법 추행죄를 제외하고 동성애를 처벌하는 법은 한국에 존재하지 않았으며, 이는 근대적 법체계가 들어오기 시작한 개화기부터 일제강점기에 이르는 시기에도 마찬가지였다. 이 시기는 일본을 통해 유럽의 법체계뿐만 아니라 동성애를 ‘의학적’ 대상으로 보는 성과학이 유입되는 시기이기도 했다.<sup>7)</sup> 그러나 이러한 변화로 인해 동성애가 처벌 대상이 되는 일은 나타나지 않았다. 가장 큰 이유는 일본에서 동성애가 처벌의 대상이 아니었기 때문이다. 물론 일본에 ‘계간죄’가 전혀 존재하지 않았던 것은 아니다.<sup>8)</sup> ‘계간죄’는 메이지 유신 시기(1868~1912)에 유럽의 형법체계를 반영하면서 잠시 생겨나 1873년부터 1880년까지 약 7년 동안 존재했다. 그러나 실제로 처벌받은 이가 거의 존재하지 않았던 데다가 일본에 체류하던 프랑스 법률가가 이 법을 보고는 시대에 뒤떨어졌고 조연한 것을 받아들여 1881년에 ‘계간죄’는 폐지된다.<sup>9)</sup> 제2차 세계대전 이후 패전국이 된 일본에 미군정이

5) 이경환. 2008. “군대 내 동성애 행위 처벌에 대하여.” 『공익과 인권』 5(1), p.72.

6) 위의 글, p.72.

7) 박차민정. 2018. 『조선의 귀어: 근대의 틈새에 숨은 변태들의 초상』, 현실문화, p.71.

8) 일본에서 동성애 문화는 오랜 역사적 기록을 가지고 있는데, 예를 들면 조선 통신사가 일본의 ‘남색(男色)’ 문화를 보고 충격에 빠져 남긴 여러 기록이 존재한다. <일본행록>, <일본왕환일기>, <해사록>, <해유록> 등. 그러나 이러한 기록이 일본에는 동성애 관습이 공공연하게 존재했고 반대로 조선은 그렇지 않았다는 증거라고 보기는 어렵다. 이러한 문헌이 생산된 배경을 고려하면 양반 계층이 일본 문화를 낮추어보는 하나의 사례로 ‘남색’을 언급하는 것으로 추정해볼 수도 있으며, 1940년대 한국의 강원도 지역에서도 독특한 동성애 관습이 존재했다는 연구 또한 존재한다. 박관수. 2006. “1940년대의 ‘남자동성애’ 연구” 『비교민속학』 31, 389-438.

9) McLelland, M. J. 2000. *Male Homosexuality in Modern Japan: Cultural Myths and Social Realities*. Routledge. p.23. 프랑스 혁명 직후인 1791년 프랑스 혁명정부는 남성 간 성행위를 처벌했던 기존의 소도미 법이 “미신, 봉건제, 조세제도, 폭정이 만들어낸 가짜 범법 행위”라면서 이를 폐지하였다.

들어섰을 때조차 (한국과 달리) 일본은 미국식 형법체계를 이식하는 과정을 밟지는 않았다. 그렇다고 일본에서 동성애 관행이 대단히 자유로웠거나 무조건 관용되었던 것은 아니라고 보여진다. 가령 당시 일본 내에서 남성 동성애는 거의 눈에 띄지 않아 젊은 대학생 등 일부 집단에서나 유행하는 것으로 여겨졌고, 또 법적 처벌보다도 성적 규범과 관련된 사회적 규제가 중시되는 일본의 맥락에서 동성애는 “비정상” 이라거나 “진짜 남자가 아닌 존재” 로 여겨졌다.<sup>10)</sup>

계간이라는 명칭을 처음 사용한 중국은 사정이 달랐다. 중국에서도 동성애라고 부를 만한 관행은 오랜 역사를 지니는데, 이는 우리가 오늘날 이해하는 성정체성이나 성적지향의 차원이 아니라 가족적이고 사회적인 역할의 차원에서 이해되었다.<sup>11)</sup> 이성 간의 불법적인 성관계를 의미하는 ‘간姦jian’ 은 1655년 동성 간 향문성교를 의미하는 계간鷄姦ji jian으로 확장되었고, 1740년부터는 법적 처벌의 대상이 되었다.<sup>12)</sup> 이는 가족 질서를 중시하는 성리학의 영향을 받은 것이었는데, 다시 말해 계간은 오늘날 의미하는 동성애자를 처벌하는 것이라기보다는 유교적 의미에서 가장의 역할을 하는 남성 주체에서 벗어난 존재를 규제하려는 목적에서 생겨났다.<sup>13)</sup> 20세기 초에 이르러 서구식으로 형법을 개정하는 과정에서 동성애를 처벌하는 것이 중국에서는 없었던 일이라면서 해당 조항이 삭제되었으나, 중화인민공화국 수립 이후 동성애는 다시금 처벌의 대상이 된다.<sup>14)</sup>

이렇듯 서구의 소도미가 동아시아에서 계간과 동일한 의미로 수용되지는 않은 것으로 보인다. 오히려 중국과 일본에는 소도미 조항은 서구적인 것으로 배척되어 수용되지 않은 맥락이 존재한다. 반면 한국의 경우 국방경비법 제정 당시 논의에 참여했던 김완룡이 “동방예의지국에서는 계간이란 있을 수 없다” 며 소도미 조항의 삽입을 반대하였다는 기록이 소도미 법의 국내 수용에 관한 사실상 유일한 기록으로 남아 있을 뿐이다.<sup>15)</sup> 독일을 중심으로 한 유럽의 성과학이 20세기 초 일본을 거쳐 한국과 중국에 이미 수용되었다는 점을 고려하면 동아시아 지역에서 소도미 법이 저마다 다르게 수용되거나 거부되었다는 점은 흥미롭다. 군형법 추행죄의 위헌성을 판단하는 데 있어서 ‘사회적 규범의 변화’ 를 고려해야 한다는 판결을 거꾸로 읽으면 군형법에 소도미 조항이 삽입된 채 만들어진 이후 이 조항이 갖는 실질적인 효과와 의미를 지난 한국 사회의 변화 속에서 검토해볼 필요가 있다.

10) 위의 글. p. 23.

11) Kong, Travis. S. 2016. “The Sexual in Chinese Sociology: Homosexuality Studies in Contemporary China.” *The Sociological Review*, 64(3), p.3.

12) Sommer, Matthew H. 1997. “The Penetrated Male in Late Imperial China: Judicial Constructions and Social Stigma.” *Modern China*, 23(2), p.146.

13) Ng, V. W. 1987. “Ideology and Sexuality: Rape Laws in Qing China.” *The Journal of Asian Studies*, 46(1), 57-70; Sommer, Matthew H. 1997. “The Penetrated Male in Late Imperial China: Judicial Constructions and Social Stigma.” *Modern China*, 23(2): 140-180.

14) 1997년 형법 개정 이후 중국에서 동성애는 처벌의 대상에서 제외되었다.

15) 정일화.집 하우스만. 1995. 『한국 대통령을 움직인 미군 대위: 하우스만의 증언』. 한국문원. 1995. pp. 92-95.

## 2. 전후 군사적 동원과 남성-국민의 탄생

1962년 9월 20일, 군대에서의 ‘동성연애’가 치정살인으로 번진 사건이 한 일간지 지면을 장식했다. 기사는 “부대 사병들 말이 박 중위는 내성적이고 변태성이 있다 하나 김 일병과의 동성연애 여부는 확인할 길이 없었고 … 떠나기 전 박 중위가 소대장실로 불러 … 김 일병을 앉혀놓은 채 칼빙 M2로 쏘아죽이고 자기도 자살하였다 한다.”고 전하였다.<sup>16)</sup> 그러나 기사 내용만으로 당시 군대 내 동성애가 어떠한 지위를 가지고 있었는지 분명히 파악하기는 어렵다. 우리는 이러한 기사가 지면상에 배치된 맥락을 통해 당대에 ‘동성연애’가 어떻게 비추어졌는지를 짐작할 수 있을 따름이다. 1950년대와 1960년대 초반까지 ‘동성연애’와 같은 비규범적 성적 실천은 대부분 예외적이고 특이한 사례로 소개되고 있다는 점만은 분명해 보인다.<sup>17)</sup> 구체적으로 당시 동성애의 사회적 의미를 군대와 관련하여 이해하기 위해 해방 이후 한국 군대의 징병제 성립 과정을 검토할 필요가 있다.

미군정은 1945년 11월, 국방사령부를 설치하여 남한 내의 여러 군사단체를 해체하여 정규군으로 편성하기 위한 작업을 시작하였다. 그러나 소련과의 긴장 속에서 미군정 당국은 정규군 대신 경찰예비대를 우선 조직하게 된다. 1946년 1월에 제1연대를 창설한 국방경비대는 곧바로 조선경비대로 이름을 바꾸었고, 해방 이후 우후죽순 생겨난 사설 군사단체를 병합하여 같은 해 11월에는 그 규모가 9개 연대에 이르렀다.<sup>18)</sup> 소도미 조항을 포함한 조선경비법이 만들어진 건 바로 이 시기이다. 대한민국 정부 수립 이후 조선경비대는 자연스럽게 국군으로 전환되었고, 국방부는 1949년 8월 징병제를 규정하고 있는 병역법을 공포하였다. 이러한 과정은 일견 근대 국민국가가 치안을 확립해가는 과정으로 보이기도 하지만, 그 과정이 매끄러웠던 것은 아니다. 징병제에 대한 사회적 반발이 매우 컸기 때문이다.<sup>19)</sup>

강제적 징병제는 한국전쟁 이후 반공 이데올로기를 동반하는 법적 강제를 통해서야 비로소 확립되었다. 이 과정에서 핵심은 그야말로 국가의 폭력이었다. 전쟁 이후 잠시나마 병역거부를 관용하던 분위기는 재빨리 거센 반공 이데올로기에 휘말려갔다.<sup>20)</sup> ‘전남성의 국민 병역 의무’라는 국민개병제를 실현하겠다는 목표 아래 병역기피자를 고용한 고용주에게도 처벌을 부과하는 등 강력한 처벌이 시작되었다.<sup>21)</sup> 특히 5.16 군사쿠데

16) 동아일보. 강요당한 저승애의 同道, 소대장 총에 간 김일병 사건. 1962.9.20.

17) 김대현. 2017. “‘남자다움’의 안과 밖: 1950~1970년대 한국의 비규범적 성애·성별 실천과 남성성의 위치.” 『그런 남자는 없다』. 허운·손희정 엮음. 오월의봄. pp. 104-125.

18) 나태중. 2011. “제1공화국의 병역제도 성립에 미친 영향 연구.” 『軍史研究』 132, pp. 43-76.

19) 임재성. 2010. “징병제 형성과정을 통해서 본 양심적 병역거부의 역사.” 『사회와 역사』 88, pp.387-422.

20) 위의 글. p. 401.

21) 문승숙. 2007. 『군사주의에 갇힌 근대』. 이현정 옮김. 또하나의문화. p.83.

타가 성립한 지 한 달도 되지 않아 계엄사령부는 병역의무 불이행자 자수 신고 기간을 공고하였는데, 10여 일 동안 24만 명이 넘는 사람이 병역의무 불이행을 자진신고 했다.<sup>22)</sup> 다음 해인 1962년, 박정희 군사정권은 병역법 및 군형법을 전면 개정하고, 기존 호적법을 대체하는 주민등록법을 실시하면서 전 국민을 통제·감시하는 체계를 마련하였다. 북한 무장침투주의 1.21사태가 발생한 1968년에는 간첩을 색출한다는 명분으로 주민등록법이 강화되어, 이제 전 국민은 1과 2 가운데 하나가 부여된 ‘주민등록증’을 반드시 지니고 다녀야 했다. 주민등록법이 도입되고 인구관리 행정이 발전하면서 1971년부터는 관할 공무원이 직접 징병 적령자에게 징병검사를 받도록 하는 ‘징병직권제’가 실시되었다.<sup>23)</sup> 1960년대 35%나 되었던 병역 기피율은 1968년에는 13%, 1972년에 이르면 4.4%로 하락한다. 1974년 이후부터는 병역기피율이 0.1% 이하로 고정된다.<sup>24)</sup>

그러나 징병제의 확립은 단순히 법적 통제를 통해서만 이루어졌던 것이 아니다. 다른 한편에서 주목해야 하는 부분은 징병제의 도덕적 측면이었다. 비록 “남자라면 모름지기 군대에 가야한다”는 ‘진짜 사나이’ 담론이 강제와 통제를 통해서 폭력적으로 관철된 것이긴 하지만, 반공 이데올로기가 맹위를 떨치는 가운데 병역기피자를 ‘비국민’으로 호명하고 범죄화하는 흐름 속에서 군 복무는 점차 ‘정상 시민’의 징표가 되어갔다.<sup>25)</sup> ‘진짜 사나이’가 될 수 없었던 사람은 단지 여성들만은 아니었다. 군 복무에 적합하지 않은 국민에는 탈북자와 타 인종이 포함되었을 뿐만 아니라 ‘퀴어’도 포함된다. 아이러니하게도 병역법은 섹슈얼리티에 대한 통제에도 활용되었다.<sup>26)</sup> 문란한 섹슈얼리티를 단속해야 한다는 당시 풍조에서 병역법은 성적 일탈자들을 쉽게 검거할 수 있는 방편으로 활용되었다.<sup>27)</sup> 요컨대 전후 군사적 동원이 확립되는 과정에서 군대에 갈 수 있는 ‘정상적인 남성’을 그렇지 못한 자와 구분하는 데에 있어서 규범적인 섹슈얼리티가 핵심적인 문제로 등장했으며, ‘퇴폐’에 대한 사회윤리라는 명목으로 많은 ‘퀴어’는 법의 관리대상으로 전락했던 것이다.<sup>28)</sup>

주민등록법의 도입과 그에 따른 인구관리의 행정적 기반 마련은 근대국가의 통치성이 확립되어 가는 과정으로 이해될 수 있다.<sup>29)</sup> 여기에서 확립된 것은 국민으로 호명되는 ‘정상적인’ 남성 국민의 특권적 지위이다. ‘여장남자’의 사례에서도 쉽게 이해할 수 있듯이 주민등록번호 상 1과 2라는 이분법적인 성별 구분이 확립된 것은 병역법을

22) 최은경. 2015. “1950-60년대 의료전문가의 동원과 징병검사의 수립.” 『인문과학연구논총』 36(4), pp. 231-258.

23) 김청강. 2017. “국가를 위해 죽을 ‘권리’: 병역법과 ‘성聖/性스러운’ 국민 만들기.” 『‘성’스러운 국민』. 서해문집. p.140.

24) 임재성. 위의 글. p.403.

25) 김청강. 위의 글. p.140.

26) 허운. 2017. “1950년대 퀴어 장과 병역법·경범죄법을 통한 ‘성 통제.’” 『‘성’스러운 국민』. 서해문집. pp.82-111.

27) 위의 글. p.94.

28) 위의 글. p.99.

29) 조은주. 2018. 『가족과 통치: 인구는 어떻게 정치의 문제가 되었나』. 창비. p.33.

통한 젠더와 섹슈얼리티 규제에 있어서 핵심적이었다. 전후 군사적 동원과 성 통제는 군대가 비규범적 성적 실천을 통제하는 핵심적인 기제였음을 잘 보여준다. 1950년대에 만 해도 언론상에 심심치 않게 등장했던 비규범적 성적 실천의 사례는 1960년대 말과 1970년대 초를 거치면서 점차 사라졌다. ‘여장남자’, ‘S언니’, 트랜스젠더는 점차 흔적을 감추고, 이제 ‘정상적인’ 남성과 비정상인의 경계가 뚜렷해졌다.<sup>30)</sup> 징병제를 확립하는 과정에서 성별이 불분명하거나 비규범적인 성적 실천을 하는 사람들은 ‘비정상’으로 낙인찍히고 사라져갔다. 이러한 역사는 병역법이 호명하는 ‘남성’이라는 존재가 1과 2로 매끈하게 나누어지는 자연적이고 명확한 범주라기보다 끊임없이 재구성되어야만 한다는 점을 보여준다.

### 3. 동성애 ‘문제’의 사회적 배경

이처럼 남성-군인-국민이라는 특권적 지위가 군대를 중심으로 형성되는 가운데 젠더와 섹슈얼리티의 규범화는 다양한 사회 영역에서 병행되었다. 지면의 한계상 자세히 논하기는 어렵지만,<sup>31)</sup> 한편으로는 이성애 가족에 특권적 지위를 부여하고, 여성과 남성의 성 역할 및 섹슈얼리티에 상이한 가치와 규범을 강화하는 흐름이 1960년대 군사정권의 가족계획사업을 중심으로 펼쳐졌다.<sup>32)</sup> 다른 한편 ‘정숙한 주부’라는 이데올로기의 맞은편에는 사회풍속을 위반하는 성적 일탈자로 ‘몸 파는 여성’에 대한 대대적인 국가의 단속과 폭력도 존재했는데, 국가는 이들을 ‘기생관광’의 수단으로 활용하는 동시에 이들을 도덕적으로 비난하고, 폭력적인 방식으로 통제했다.<sup>33)</sup> 이러한 ‘정상적인’ 성적 규범의 경로에서 벗어난 ‘성적 일탈자’들은 국가에 의해 ‘비정상적인’ 존재로 규정된다. 이처럼 한국 사회에서 비규범적 섹슈얼리티에 대한 사회적 통제는 근대국가를 건설하려는 군사정권의 프로젝트와 떼어놓고 설명할 수 없다.

다른 한편으로 동성애 ‘문제’를 형상하는 중요한 역사적 계기 가운데 하나는 AIDS에 대한 도덕적 공황이다. 오늘날 HIV/AIDS는 이미 치료제가 개발되어 관리 가능한 만성질환이 되었음에도 불구하고, 여전히 다양한 차별 기제가 복합적으로 결합한 사회적 질병으로 남아 있다. HIV/AIDS가 미지의 전염병으로 한국 사회에 처음 들어왔을 당시 형성된 사회적 낙인에 있어 정부 보건당국의 역할은 매우 핵심적이었는데, 이후 이러한 사회적 낙인이 보수 개신교 세력 등 동성애혐오적인 담론 지형 속에서 재생산되고 있다는 점에 주목할 필요가 있다.

30) 루인. 2012. “캠프 트랜스: 이태원 지역 트랜스젠더의 역사 추적하기.” 문화연구, 1, pp.244-278.

31) 자세한 논의는 다음을 참고. 정성조. 2018. “한국 군대 내 동성애 ‘문제’의 ‘탄생’: ‘군형법 상 추행죄’의 시차에 대한 역사적 접근.” 한국사회학회 2018 정기사회학대회 발표문.

32) 위의 글.

33) 이하영,이나영. 2015. “‘기생관광’-발전국가와 젠더, 포스트식민 조우.” 『페미니즘 연구』 15(2), pp.159-203.

1985년에 첫 한국인 HIV 감염인이 발생하고 난 2년 뒤인 1987년에 한국에서도 국립보건원(현 질병관리본부)에 에이즈센터가 건립되었으며 후천성면역결핍증 예방법(이하 에이즈예방법)이 제정되었다. 당시 정부의 대처는 주로 격리와 검역에 중점을 두고 혈액감염관리를 빠르게 시작했는데, 그 결과 한국에서는 혈액제제 등에 의한 전염 사례를 거의 찾아보기 어려웠다. 그러나 격리와 검역에 중점을 둔 나머지 감염인의 인권에 대한 고려는 전무했고, HIV/AIDS를 향한 사회적 낙인과 편견을 국가적으로 양산하는 결과를 낳았다. 실제로 초기에 AIDS를 “외국인의 병” 이자 남성 동성애자의 병으로 인식했던 보건당국은 남성 동성애자 집단을 표적으로 한 방역대책을 실시하였다.<sup>34)</sup>

질병의 오염이라는 이미지로 결합된 HIV/AIDS와 동성애는 그저 특정 집단에 관한 낙인에서 끝나지 않는다. 질병과 결합된 섹슈얼리티는 민족의 경계를 구축하려는 정치적 기획에 쉽게 이용되었다. 다시 말해 질병으로서의 동성애는 국가적이고 민족적인 문제로 격상된다. 비규범적 섹슈얼리티에 대한 사회적 인식이 낮았던 많은 포스트식민 국가의 경우에도 마찬가지로 동성애는 서구 제국주의의 부산물로 이해되기 부지기수였고, 독립 이후 민족 내지는 전통이라는 관념하에 동성애자는 ‘성적 반체제자(sexual dissidents)’ 로 탄압받곤 했다.<sup>35)</sup> 한국에서 동성애는 HIV/AIDS라는 질병과 결합되었고, HIV/AIDS는 단지 신체적 질병이 아닌 사회적 질병으로, 동성애는 민족을 위협하는 서구적 질병으로 이해되곤 했다. 동성애자는 HIV/AIDS라는 질병을 통해 상상되며, “민족문화를 ‘오염’ 시키는 타자” 로 자리매김하게 된 것이다.<sup>36)</sup> HIV/AIDS와 연관된 동성애혐오의 출현은 “한국의 역사문화적 전통을 이성애규범적인 것으로 당연하게 여기게끔” 만드는 효과를 가져왔다.<sup>37)</sup>

그러나 AIDS에 대한 공포에서 비롯된 반동성애 담론의 세력화는 동성애의 실질적인 ‘위험’ 때문이라기보다는 이데올로기적인 것이었다. 앞서 살펴본 것처럼 한국의 경우 1980년대 AIDS가 처음 유입되었을 때부터 국가를 중심으로 이를 관리하였고, 미국 등과 같이 급속도로 퍼지는 일은 발생하지 않았다. 국외에서 AIDS가 동성애를 비난하는 기독교 세력의 핵심 쟁점이었던 것과 달리 한국 기독교 단체들은 1990년대까지만 해도 이를 크게 문제 삼지 않았다.<sup>38)</sup> 김나미는 한국에서 동성애는 “서구화의 문제 또는 증상으로 비판받는 한편, 호모포비아의 도래에 대해서는 의문조차 제기되지 않고 있다” 고 비판하면서, 식민지 역사가 있는 제3세계 국가에서 동성애혐오는 사실상 식민지배의 산물이

34) 박차민정. 2016. “AIDS 패닉 혹은 괴담의 정치.” 『말과할』 12(겨울), p.37.

35) Currier, Ashley. 2012. “The Aftermath of Decolonization: Gender and Sexual Dissidence in Postindependence Namibia.” *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 37(2): 441-467.

36) 전월근. 2015. “1980년대 ‘선데이 서울’에 나타난 동성애 담론과 남성 동성애자들의 경험.” 『젠더와 문화』 8(2), pp.139-170.

37) 위의 글. p.164.

38) 조병희, 손애리. 2018. “한국의 개신교회는 왜 동성애와 에이즈에 대하여 적대적일까?”. 『보건과 사회과학』 48, pp.5-28.

라는 점을 강조한다.<sup>39)</sup> 한국 보수 개신교의 뿌리를 두고 있는 미국 개신교 도덕주의의 중요한 부분으로서 ‘근대 서구의 성도덕주의’가 미국의 영향을 받은 아시아 지역에 자리 잡았고, 이것이 오늘날 아시아 지역의 동성애혐오가 ‘탄생’하게 된 배경이라는 것이다.<sup>40)</sup>

#### 4. 군대 내 동성애 ‘문제’의 출현

오늘날 군대는 성소수자 인권운동과 반동성애 보수 세력 간 대결에서 가장 격렬한 투쟁의 공간 가운데 하나로 자리 잡았다. 반동성애 보수 단체와 국방부를 중심으로 해당 조항의 존치를 주장하는 세력은 군대라는 조직의 특수성을 이유로 동성애 성관계를 처벌해야 한다고 주장한다. 예컨대 “만약 동성애가 군대에서 허용된다면, 그런 계급 질서적인 조직에서 성폭력이 증가할 것이며, 군대의 기강을 약화시키게 되고, AIDS와 같은 심각한 질병에 [군대를] 노출시키게 될 것”이며, “군대 기강이 무너지면 좋아할 곳은 북한 정권 한 곳밖에 없다”는 것이다.<sup>41)</sup> 이처럼 개신교 우파는 군대 내 동성애 ‘문제’를 반공주의와 연결하면서 군대 내 동성애자에 대한 인권 제고와 관련 성평등 교육을 실시하자는 주장을 ‘중복’으로 몰아세우는 흐름이 등장하기에 이른 것이다.

이러한 반동성애 담론은 마치 동성애 ‘문제’가 외부에서 유입된 것, 혹은 국가와 민족의 바깥에서 침입한 위협인 것처럼 묘사하는 경향이 있다. 그러나 앞서 살펴본 것처럼 한국 사회에서 비규범적 성적 주체와 ‘정상적인 섹슈얼리티’의 경계를 형성하는 과정은 근대화 프로젝트의 일환으로 다방면에서 추진되어온 역사가 있다. 이러한 역사적 맥락 속에서 2000년대에 이르면 군대 내 성폭력 문제가 사회적 이슈로 부각되게 되고, 앞선 사회적 배경과 함께 군대 내 동성애는 비로소 ‘문제’로 출현한다. 균형법 추행죄가 담고 있는 ‘계간’의 의미는 이러한 40여년의 시차 속에서 변화해 왔으며, 이제 ‘문제’로 부상한 ‘계간’과 동성애는 균형법이 처음 생겨난 당시와는 전혀 다른 맥락에 놓이게 되는 셈이다.

2003년, 한 남성 육군 병사가 같은 남성 군인에게 성폭행 피해를 입은 뒤 자살하는 사건이 발생했다. 남성 또한 성폭력의 대상이 될 수 있다는 사실은 당시 한국 사회를 충격으로 몰아넣었다.<sup>42)</sup> 한국 군대는 이미 2001년 여군에 대한 성폭력 사건을 계기로 한국성폭력상담소와 협력하여 성폭력에 대한 교육과 신고 등을 강화하고 있었다.<sup>43)</sup> 그

39) 김나미. 2017. “한국 개신교 우파의 젠더화된 동성애 반대 운동: 개신교 우파의 ‘새로운 적’과 오래된 불안.” 『당신들의 신국: 한국 사회의 보수주의와 그리스도교』, p.297.

40) 위의 글. p.297.

41) 유영대. “‘군대 내 동성애 처벌 합헌’ 관련 교계 ‘당연한 결정 … 치유에도 나설 것’.” 『국민일보』, (2011.3.31.)

42) 국가인권위원회. 2004. “군대 내 동성간 성폭력 실태조사.” p.3.

43) 군인권센터. 2014. “군 성폭력 실태조사 연구 용역 보고서.” p.1.

러나 2003년 국방부가 자체적으로 실시하여 발표한 ‘2000년 이후 군대 성범죄 관련 실태조사 및 조사관련 자료’에 따르면 2000년 이후 군대 내 성범죄가 단 32건에 불과했는데, 이는 비민주적인 군대 문화에서 지속되어 온 여군에 대한 성폭력과 잘 드러나지 않는 남성 군인 간 성폭력을 집계한 것으로는 터무니없이 부족한 수치였다.<sup>44)</sup> 군의 안이한 인식에 대한 사회적 비판이 일면서 2001년 설립된 국가인권위원회는 국방부의 협조를 얻어 2004년 “군대 내 성폭력 실태조사”를 실시하게 된다. 해당 보고서에서는 그 목적을 “군대 내 남성 간 성폭력에 대한 개념 정립” 및 “군대 내 남성 간 성폭력 실태조사와 정의적 조사”라고 밝히고 있는데, 여기에는 남성 간 성폭력의 원인을 동성애로 지목했던 당시 군에 대한 문제의식이 담겨있다.<sup>45)</sup>

국방부는 2003년 8월 1일 군대 내 성범죄에 대한 대책을 마련하겠다고 나서면서 대안 가운데 하나로 “장병들의 인성검사를 강화하여 성적 이상 성향자나 이상 성격 소지자를 조기 식별할 수 있는 프로그램 개발”을 제시했다.<sup>46)</sup> 이는 군대 내 동성 간의 성폭행이 “성적 이상 성향자”로 분류될 수 있는 동성애자에 의해 자행된 것이라는 군의 인식을 잘 보여준다. 여기에서 색슈얼리티는 그저 성적 욕망이나 그것의 대상 선택에 관한 것으로 축소되고, 동성애자 병사는 단지 같은 성별에 대한 성적 끌림을 느끼는 자가 아니라 변태 성욕자로서 그려진다. 따라서 군대 내 성폭행의 잠재적 가해자인 동성애자 병사를 미리 색출할 수 있으면 성범죄를 예방할 수 있다는 결론이 도출된다. 그러나 동성 간 성폭행은 성적지향의 문제라기보다는 권력의 문제로 이해될 필요가 있다. 계급이 절대적인 위계를 구성하는 군대라는 공간에서 성적 수치심을 유발하는 행위들은 약자에 대한 지배 욕구 행사의 일환으로 이해될 필요가 있으며, 여기에는 군대가 상징하는, 혹은 군 복무를 통해 획득하는 것으로 여겨지는 남성성이라는 문제가 관련되어 있기 때문이다.<sup>47)</sup>

특히 남성 군인 간 성범죄는 많은 경우 은밀한 공간에 단둘이 있을 때 발생한다기보다 많은 경우 공개된 상황에서 발생했다.<sup>48)</sup> 이는 군대 내 남성 간 성범죄가 성적 우월성을 공개적으로 승인받는 과정의 일환임을 보여준다. 성범죄 목격자들이 피해자를 여성스러운 존재로 묘사하거나, 성범죄 사제가 동성애자로 오해받는 것을 피하고자하는 피해자와 가해자로 인해 과소 보고된다는 점 또한 이것이 위계적인 남성성에 관련된 문제임을 확인시켜준다.<sup>49)</sup> 벨킨(Belkin)은 강인한 남성성을 상징하는 군대의 평판이 훼손될

44) 국방부가 2000년에 정대철 민주당 의원에게 제출한 자료에 따르면 1998년부터 2년 반 동안 군대 내 성범죄는 강간 244건을 포함하여 총 666건 발생하였다. 이러한 점을 비추어 볼 때 당시 국방부가 군대내 성범죄 현황을 고의로 축소 보고하였음을 추측해볼 수 있다. 국가인권위원회, 2004. “군대 내 동성간 성폭력 실태조사.” p.3.

45) 국가인권위원회, 위의 글. p.4.

46) 위의 글. p.2.

47) 위의 글.

48) 군대 내 남성 간 성범죄 피해자의 77.9%, 가해자의 90.7%가 성범죄가 발생한 상황이 밀폐된 공간이 아니라 공개된 상황에서 발생했다고 응답했다. 위의 글. p.85.

것이라는 두려움 때문에 군은 대개 남성 군인 사이의 성범죄를 은폐하고자 시도하는 경향이 있다고 지적한다.<sup>50)</sup> 군대 내 성범죄에 대한 대책으로 국방부가 “성적 이상 성향자”를 조기 색출하겠다고 나선 것 또한 군대 내 성범죄를 축소하고 이를 ‘성적 이탈자’에게 전가하겠다는 의도로 이해될 수 있다. 군은 군대 내 남성 간 성범죄의 책임을 모두 동성애자 병사에게 돌림으로써 동성애혐오를 조장하는데, 그로 인해 군대 내 성범죄를 실질적으로 파악하여 이를 처벌하기 어려워질 뿐만 아니라, 강간은 오직 강인한 남성이 연약한 여성에게 가하는 것이라는 이성애중심적이고 성별 이분법적인 ‘강간 신화’가 반복적으로 재생산된다.<sup>51)</sup>

군대 내 성범죄의 원인을 동성애로 돌리는 군의 시각은 병영 내 동성애자 병사 관리 지침에서도 반복된다. 2006년 한 동성애자 병사가 자신의 성 정체성을 군대에서 밝혔다가 강제적인 AIDS 검사를 받고, 동성과 성관계 하는 사진을 제출하라고 강요받는 등 심각한 인권침해 사건이 발생했다.<sup>52)</sup> 성소수자 인권단체는 제때로 진상 조사와 제발 방지, 그리고 군대 내 동성애자의 인권 보장 등을 요구했고, 국방부는 그에 대한 응답으로 병영 내 동성애자 병사 관리지침을 발표한다. 그러나 관리지침은 동성애자 병사의 인권을 보호하겠다는 그 취지와 달리 내용상으로 보았을 때 앞선 군의 인식을 재확인시켜주는 것에 불과했다.<sup>53)</sup> 말 그대로 동성애자 병사는 군에게 철저한 ‘관리’와 ‘감시’가 필요한 ‘문제 대상’이었던 것이다.

## 5. 군형법 추행죄의 성적 통계

2017년 4월 13일 군인권센터는 장준규 당시 육군참모총장이 동성애자 병사를 색출해 처벌하라고 지시했다는 사실을 폭로했다.<sup>54)</sup> 육군 중앙수사단은 성소수자 남성들이 사용하는 어플리케이션과 소셜 미디어에서 현역 군인으로 추정되는 남성을 추적하여, 이들을 동성애자라는 이유만으로 ‘군형법 상 추행죄’로 처벌하고자 하였다. 그 과정에서 “수사팀은 진술을 확보한답시고 성관계 시 성향, 체위, 사정 위치, 콘돔 사용 여부, 사

49) 위의 글. p.91.

50) Belkin, A. 2001. “Breaking Rank: Military Homophobia and the Production of Queer Practices and Identities.” *Geo. J. Gender & L.*, 3, 83.

51) Turchik, J. A., & Edwards, K. M. 2012. “Myths About Male Rape: A Literature Review.” *Psychology of Men & Masculinity*, 13(2): 211-226.

52) 국가인권위원회. 2006. “[보도자료] 동성애자 사병에 대한 차별과 인격권, 프라이버시권 등 침해에 대하여 인권교육 등 권고.”

53) 해당 지침의 차별적인 측면에 관한 논의는 다음을 볼 것. 정성조&이나영. 2018. “보이지 않는 군인들: 한국 군대 내 동성애혐오와 성소수자 정체성.” *문화와 사회*, 26(3), 83-145; 군 관련 성소수자 인권 침해·차별 신고 및 지원을 위한 네트워크. 2014. 『2008-2014 군형법상 ‘추행’죄 폐지를 위한 활동백서』; SOGI법정책연구회. 2014. *군형법과 동성애: 군형법 제92조의6을 둘러싼 동성애 담론과 성소수자의 시민권* 토론회 자료집.

54) 군인권센터. 2017. “[보도자료] 장준규 육참총장, 동성애자 군인 색출 및 처벌 지시 관련 긴급 기자회견.”

위 여부 등을 집요하게 캐물었고, 수사와는 하등 상관이 없는 야동 취향, 좋아하는 스타일, 민간인과의 항문성교 횟수, 첫 경험 시기, 평소의 성욕 해소 방법, 성적체성 인지 시점, 자주 가는 종로 술집 이름 등의 진술도 강요하는 등 피해자에게 성적 수치심과 극도의 모멸감을 안겨주었다.”<sup>55)</sup> 육군본부는 수사 과정에서 인권침해는 없었다고 반박하였으나<sup>56)</sup>, 이후 디지털언론 닷페이스를 통해 공개된 수사과정 음성 녹취록은 군인권센터의 주장이 모두 사실이었음을 증명하였다.<sup>57)</sup>

동성애자 병사를 색출하겠다는 의도로 출발한 ‘기획 수사’와 그 과정상의 인권침해는 동성애자 병사의 인권을 보장하겠다는 부대관리훈령(구 동성애자 병사 관리지침)이 실질적인 효력을 갖고 있지 않는다는 점을 여실히 보여준다. 군의 일선 수사관들은 수사 과정에서 동성애자에 대한 편견을 그대로 수사에 반영했을 뿐만 아니라, 영외에서 합의 하에 이루어진 남성 군인 간의 성관계까지 문제시하며 이를 군형법 추행죄 위반으로 기소하였다. 군형법 추행죄는 “항문성교와 그 밖의 추행”이라는 특정한 행위에 대한 처벌을 목적으로 하고 있으나, 위 사건에서 잘 드러나듯 군은 해당 조항을 가지고 남성 군인 간 성행위를 저질렀을 것으로 추정되는 동성애자 군인을 색출하고, 반인권적인 수사를 통해 이를 자백하도록 만들었다. 그렇다면 군대 내 동성 간의 성행위는 처벌하되 동성애자 병사의 인권 자체는 보호하겠다는 군의 이중적인 언설은 모순에 빠진다. 특히 일선 지휘관 및 수사관들이 부대관리훈령에서 보장하는 동성애자 병사의 인권 수준조차 지켜줄 것으로 기대하기 어려운 상황에서 군형법 추행죄는 부대관리훈령을 효과적으로 무력화시킨다.

동성애자 병사를 대하는 군의 이중적인 태도는 섹슈얼리티를 성적 욕망이나 성적 대상 선택의 차원으로 축소시키고, 행위와 존재를 구분하여 관리/처벌하겠다는 군의 인식에서 비롯된다. 펠더만은 미국 군대에서 동성애자의 존재 자체는 처벌하지 않는 대신 자신의 정체성을 공개적으로 드러내는 경우 전역시키는 ‘Don’ t Ask, Don’ t Tell(이하 DADT)’ 정책<sup>58)</sup>이 실시된 결과 역설적으로 성소수자 인권이 퇴보했다고 주장한다. DADT 정책의 도입으로 미국 군대는 동성애자라는 지위를 사적이고 개인적인 것으로 취급하면서, 동성애자의 존재를 인정하는 동시에 성적 품행을 범죄화한다. 이처럼 품행과 지위 사이의 인위적인 경계를 만들어내는 DADT 정책은

55) 위의 글.

56) 홍기삼. “육군 ‘동성애자 색출·형사처벌 인권센터 주장 사실 아냐.” 「뉴스1」 (2017/04/13) (<http://news1.kr/articles/?2965874>)

57) 닷페이스 .FACE. “육군 게이색출장진 실제 수사 음성.” (2017/04/16) <https://www.youtube.com/watch?v=EE25UZDsKKU&feature=youtu.be>

58) Don't ask, don't tell 정책은 1993년 12월 21일부터 2011년 9월 20일까지 시행된 미국의 동성애자 군 복무 금지 제도이다. 본 정책 시행 이전에는 동성애 ‘존재’ 자체를 용납하지 않았다면, DADT 정책은 동성애 자체가 아닌 행위에 초점을 맞추고 있었다. 그러나 결과적으로 DADT 정책 또한 동성애자 병사를 강제로 전역시키는 데에 동원되었다. 2011년 폐지된 이후에는 공개적으로 커밍아웃한 동성애자도 차별 없이 복무 할 수 있게 되었다.

결국 품행(행위)에 대한 규제로 위장한 지위(존재) 규제인 셈이다.<sup>59)</sup> 그 결과 이성애의 공적 지위는 법적으로 구성되는 반면 동성애 정체성은 전혀 성적이지 않을 것을 요구받는 역설적인 상황이 펼쳐진다. 이 과정에서 국가는 성 정체성을 정치 과정에 앞서 이미 존재하는 집단 범주로 간주하지만, 사실상 성적 위계를 구성하는 (숨겨진) 주체인 것이다. 한국 군대에서 동성애자 병사에게 적용되는 군형법 추행죄와 부대관리훈령은 상호보완적으로 미국의 DADT 정책과 유사한 효과를 발생시킨다.

이때 한국 군대가 미국과 달리 징병제로 운용되고 있다는 점을 고려할 필요가 있다. 미국의 경우 DADT 정책의 이러한 효과가 직업선택의 자유라는 측면에서 주로 논의되었던 것과 달리 한국에서 군 복무의 의미는 그 이상이다. ‘신체가 건강한 남성’ 이라면 모두 군대를 가야 하는 상황에서 두 가지 법·제도는 광범위하게 성소수자 병사들에게 적용되며, 실제로 처벌을 받는 병사가 매우 소수에 불과하다고 할지라도 이들이 행위는 일정한 조건 속에 놓여있는 것으로 이해되어야 한다.

## 6. 나가며

군형법 추행죄가 1962년 군형법 제정 당시부터 존재한 것과 달리 실질적으로 남성 군인 간의 성행위를 처벌하는 데에 적용되기 시작한 것은 2000년대 이후의 일이었다는 점을 상기할 필요가 있다. 본 장에서 지금까지 살펴본 군대와 섹슈얼리티를 둘러싼 한국 사회의 변화들은 이러한 40여년의 시차를 이해하는 단서를 제공한다. 헌법재판소는 군형법 추행죄의 판결 요지에서 다음과 같이 밝히고 있다. “심판대상조항 중 일반조항에 해당하는 ‘추행’이란 정상적인 성적 만족 행위에 대비되는 다양한 행위태양을 총칭하는 것으로서, 그 구체적인 적용범위는 사회적 변화에 따라 변동되는 동태적 성격을 가지고 있다.”<sup>60)</sup> 또한, “심판대상조항이 말하는 ‘그 밖의 추행’이란 강제추행 및 준강제추행에 이르지 아니한 추행으로, 객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하며 계간에 이르지 아니한 동성 군인 사이의 성적 만족행위를 의미” 한다는 것이다.<sup>61)</sup> 다시 말해 특정한 성적 행위에 대한 가치판단은 사회문화적인 맥락에 따라 변화할 수 있는 것으로 해석된다.

앞서 살펴본 것처럼, 한국 사회에서 “선량한 성적 도덕관념”이 군사적 동원과 징병제 확립에 따른 성 통제, 가족 계획사업에 따른 성별화된 섹슈얼리티 규범, AIDS 위기에 따른 동성애혐오의 증가 등 여러 기원 ‘들’을 가지고 있다는 점을 살펴보았다. 보다 구조적인 조건 또한 여기에 포함될 수 있다. 이를테면 분단체제의 지속과 그에 따른 반

59) 펠더만, 레너드. C. 2016. “지위부정의: 국가의 역할”. 이헌재 옮김. 『불평등과 모욕을 넘어』. 그린비. 340-378.

60) 헌법재판소 2016. 7. 28. 2012헌바258 판결. 강조는 필자.

61) 헌법재판소 2016. 7. 28. 2012헌바258 판결. 강조는 필자.

공 이데올로기를 앞세운 군사독재 정권의 유산은 군대 내 인권 문제 개선을 오랜 시간 동안, 그리고 오늘날까지도 지연시키고 있을 뿐만 아니라 “종북계이”와 같은 이데올로기적인 수사를 동성애에 덧입히기까지 했다.<sup>62)</sup> 더불어 군형법 추행죄 폐지를 둘러싼 투쟁에서 성소수자 인권운동이 마주했던 것은 사법부와 국방부만은 아니었다. 일부 보수적인 개신교 단체뿐만 아니라 군전역자 및 보훈대상 단체는 군대 내 동성애 ‘문제’가 본격화된 이후 국가와 민족을 수호한다는 명분으로 군대 내 동성애 ‘차별’을 주장해 왔다.

이처럼 오늘날 군대 내 동성애 ‘문제’를 구성하고 있는 여러 요소는 어느 하나가 본질적인 원인이라기보다 서로를 조건으로 삼아 군대 내 동성애를 ‘문제’로 구성해 왔다. 더불어 사법 권력은 어떤 것이 당대의 도덕 관념에 준하거나 반하는 것인지 판단하여, 특정한 성적 위계에 법적, 도덕적 정당성을 부여할 것인지 결정한다. 바꾸어 말하면 군대 내 동성애 문제를 둘러싼 법·제도는 “선량한 성적 도덕관념”의 기준을 구성하는 데에 있어서 하나의 행위자로 이해될 필요가 있음에도 불구하고, 법(그리고 국가)은 언제나 중립적인 판단자로서만 무대에 등장하며, 법 담론 내부에서 동성애는 언제나 법 이전에 존재하는 본질적이고 고정적인 정체성 범주 간주된다. 이러한 맥락에서 군형법 추행죄는 국가에 의한 폭력이라는 보다 넓은 정치적 차원에서 논의될 필요가 있다.<sup>63)</sup> 다시 말해 군형법 추행죄가 동성애를 ‘문제’로 만드는 담론의 알리바이 역할을 하면서 동성애혐오 담론의 순환에서 핵심적인 역할을 하고 있다는 점에서 군형법 추행죄 폐지라는 문제는 단지 법적 쟁점이 아니라 국가의 정치적 책임에 관한 문제인 셈이다.

62) 훈창. 2013. “반차별운동과 종북: 반차별감수성이 종북계이와 만나면!”. <종북담론의 실체를 밝힌다!> 토론회 자료집.

63) 최근 영국에서는 과거 동성애 처벌법으로 유죄 판결을 받은 전과를 모두 삭제했고, 호주 빅토리아주에서는 동성애를 범죄로 처벌한 과거에 대해 총리가 공식적으로 사과를 표명하기도 했다.





---

'군형법 제92조의6 추행죄' 관련 국회 토론회  
**성소수자 군인 색출 사건 대법원 전원합의체 판결의 의미와 과제**

---

**일 시** 2022. 6. 13. 14:00 ~ 16:00

**장 소** 국회의원회관 제2소회의실

**공동주최**

군인권센터

국회의원 김상희

국회의원 박주민

국회의원 권인숙

국회의원 이탄희

한국형사·법무정책연구원

국회의원 진선미

국회의원 강민정

국회의원 이수진 (서울동작을)

**주 관**

군인권센터

( 문의 : 02-7337-119, mhrk@mhrk.org )

---

'군형법 제92조의6 시행지' 관련 국회 토론회

성소수자 군인 색출 사건  
대법원 전원합의체 판결의 의미와 과제