

국회
긴급토론회

군형법 제92조의6 이대로 좋은가?

일 시 : 2013년 3월 14일(목), 오후 2시

장 소 : 국회의원회관 제 2 세미나실

사 회 : 임태훈 (군인권센터 소장)

발 제 : 이경환 (변호사, 법무법인 태평양)

지정토론 : 이호중 (서강대학교 법학대학원 교수)

최재석 (변호사, 법무법인 한신, 전 국방부 고등군사법원장)

최지나 (한국성폭력상담소 사무국장)

이광표 (중령, 국방부 법무관리관실 군 사법 담당)

***공동주최**

군인권센터 민주통합당 유승희 의원실 민주통합당 진선미 의원실

민주통합당 최원식 의원실 진보정의당 서기호 의원실

“군형법 제92조의6 이대로 좋은가?” 토론회

■ 공동주최 : 군인권센터, 유승희 의원실, 진선미 의원실, 최원식 의원실,
서기호 의원실

■ 일시 : 2013년 3월 14일(목) 오후 2시

■ 장소 : 국회의원회관 제2세미나실

■ 순서

▷ 등록

▷ 개회

▷ 국회의원 및 내빈 축사

▷ 세미나 (사회 : 임태훈 / 군인권센터 소장)

▶ 발제

이경환 / 변호사, 법무법인 태평양

「2013년 군형법상 추행죄(제92조의5) 개정의 문제점」

▶ 토론

이호중 / 서강대학교 법학전문대학원 교수

최재석 / 변호사, 법무법인 한신, 前 국방부 고등군사법원장

최지나 / 한국성폭력상담소 사무국장

이광표 / 중령, 국방부 법무관리관실 군 사법 담당

▷ 종합토론, 질의응답, 정리발언

▷ 폐회

축 사



유승희
(민주통합당 국회의원)

안녕하십니까?

민주통합당 소속 성북갑 유승희 국회의원입니다. 오늘 “군형법 제92조6, 이대로 좋은가” 국회 긴급토론회를 위해 이 자리를 함께 하신 여러분들께 진심으로 환영의 인사를 드립니다.

저는 지난 정기국회에서 국회 성폭력근절특별위원회에서 활동했습니다. 여성계의 숙원인 친고죄 전면 폐지 법안을 대표발의하고 다른 의원들의 지지와 동의를 구하는 과정에서, 인권과 폭력에 대한 감수성이 과거와는 많이 달라졌다는 것을 느꼈습니다. ‘정권은 짧고 인권은 영원하다’라는 말처럼, 여당과 야당을 가리지 않고 성폭력 근절을 위한 진보적인 목소리에 힘을 실었습니다.

그러나 최근 몇몇 사건을 보면, 인권은 여전히 군 초소 앞에 멈춰있다는 생각을 하게 됩니다. 지난 1월 한국의 병사 한 명이 동성애 문제로 고민하다가 끝내 세상을 등졌습니다. 고인은 국방부에 여러 차례 고통을 호소했지만, 개인적인 문제라는 이유로 전혀 받아들여지지 않았습니다. 고인의 곁에는 A4 16페이지 분량의 유서도 함께 있었다고 합니다. 죽음의 문턱에 선 고인의 고통이 아프게 다가옵니다.

이뿐만 아닙니다. 2011년에는 중이염으로 고통을 호소하는 훈련병이 껌병으로 취급당하다가 결국 자살한 사건이 있었습니다. 또한 논산훈련소에서 폐렴 증세를 보이는 훈련병에게 해열제만 처방했다가 숨진 사건 등도 있습니다. 군대 내 폭력도 심각한 수준입니다. 소위 ‘생일빵’이라고 폭행을 당해 전치 4주의 부상을 당하는 사례도 있고, 폭언과 구타 등 가혹행위에 자살을 택한 병사의 기사도 끊이지 않고 있습니다.

군대 내에서 커밍아웃을 한 뒤, 성추행을 당하거나, 동성애자임을 입증하기 위해 성관계 사진을 요구한 사례도 있었습니다. 이 모두 군인들에 대한 군 당국의 인권의식이 얼마나 낮은지 보여주는 사례입니다.

군인 장병들의 기본적인 인권이 지켜지지 않는다면, 어떻게 군인이 국민의 생명권을 지킬 수 있겠습니까? 군 인권법을 제정하고, 인권 침해를 예방하기 위한 대책을 마련해야 합니다. 또한 외부 전문가들을 참여시켜서 현재 군부대내 인권 실태를 조사해야 합니다.

아무쪼록 이번 토론회가 우리나라 젊은이들의 인권이 지켜지는 초석이 되기를 바랍니다.

감사합니다.

축 사



진선미
(민주통합당 국회의원)

지난 6일 <군형법 개정안>이 본회의를 통과했습니다. 개정된 군형법은 성폭력의 객체를 ‘부녀’에서 ‘사람’으로 변경하고, 유사강간죄를 신설하는 등 성폭력 범죄 처벌의 사각지대를 해소했다는 점에서 진일보한 개정입니다. 하지만 동성애 차별적인 군형법 제92조 5의 추행죄는 ‘계간’에서 ‘항문성교’로 표현만 바뀌었을 뿐, 내용이 달라지지 않아 여전히 해결해야 할 과제로 남게 되었습니다.

성(性)은 인간 삶의 중요한 근간이며 인간다움의 조건입니다. 그렇기에 성적 자기결정권은 자유의 핵심적인 부분입니다. 자신의 섹슈얼리티와 사랑을 국가로부터, 가부장으로부터, 전근대적 관습으로부터 침해받지 않고 스스로 결정하는 것은 자유와 민주주의의 선결 과제입니다. 우리의 그간의 입법적, 정치적 노력은 성적 자기결정권을 확보하는 싸움이었습니다. 그 결과 과거에 당연한 관습으로 여겨졌던 성폭력, 가정폭력, 인신매매, 성매매를 ‘범죄’로 규정해 예방과 처벌에 힘쓰게 되었습니다. 그리고 <국가인권위원회법>에 의해 성별과 성적체성에 의한 차별을 금지하게 되었습니다.

군형법 제92조의6 추행죄 폐지는 성적자기결정권 보장을 위한 우리의 싸움에서 남아있는 과제입니다. 군형법 상 추행죄는 개인 간 합의된 성행위를 처벌한다는 점에서 군인들의 성적자기결정권을 심각하게 침해합니다. 추행죄가 동성 간 성행위만을 처벌한다고 해서 침해가 정당화될 수 없습니다. 오히려 법적으로 동성애자들에 대한 차별을 정당화할 뿐입니다. ‘군 기강 저해’라는 모호한 이유로 개인의 권리를 침해할 수는 없습니다. 법이 개인의 권리에 개입하는 것은 아주 구체적인 공익이 있을 때조차도 매우 신중해야 합니다.

군형법 제92조의6는 특정한 섹슈얼리티에 대한 전근대적 편견과 혐오에 기반한 법으로, 조속히 폐지되어야 합니다. 이번 군형법 개정에서 제92조의6에 대해 충분히 논의되지 못해 이렇게 다시 논의하게 된 것은 안타까운 일이지만, 이제라도 군 장병들의 평등과 권리가 보장된 가운데 선진 군대로 나아가는 방법을 함께 모색했으면 합니다. 바쁜 가운데에서도 발제를 맡아주신 이경환 변호사님과 토론자, 참석자 여러분 모두에게 깊은 감사를 드립니다. 오늘 자리가 지혜를 모으는 귀한 자리가 되길 바랍니다.

축 사



최원식
(민주통합당 국회의원)

안녕하십니까? 국회의원 최원식입니다.

먼저 ‘균형법 제92조의6 이대로 좋은가’ 토론회에 참석해주신 모든 분들께 진심으로 감사의 말씀을 드립니다.

균형법 제92조의6은 추행과 관련하여 죄형법정주의, 과잉금지 원칙, 평등원칙, 성적 자기결정권, 사생활의 비밀과 자유 등 중요한 헌법적 쟁점을 다루고 있습니다.

군대는 제92조의5의 주된 보호법익이 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 사회적 법익에 있다고 주장하고 있습니다. 한편, UN과 시민사회는 대표적인 반인권 조항이자 군대 내 동성애 차별 조항으로 균형법 제92조의5를 규정하고 있습니다. 이는 군대라는 특수한 조건과 환경을 고려한 보호법익적 측면에서 사회적 법익과 개인적 법익에 대한 이해가 다를 수 있기 때문입니다. 그러나 분명한 사실은 사회적 법익과 개인적 법익에 대한 끊임없는 논쟁이 역사와 민주주의를 발전시켜왔다는 것입니다.

오늘 토론회 역시 향후 입법과 관련된 여러 발전적인 대안을 모색하는 자리입니다. 이번 토론회를 계기로 우리 국민의 인권이 어두운 그늘에서 벗어나 당당한 미래로 나아갈 수 있기를 바랍니다.

다시 한번 바쁘신 일정 속에서도 이번 토론회에 참여해주신 모든 분들께 감사를 드리고 건강과 행복이 가득하시기를 진심으로 기원합니다.

축 사



서기호
(진보정의당 국회의원)

목 차

- 축 사**
- ☞ 유승희 의원 (여성가족위원회, 민주통합당) / 4
 - ☞ 진선미 의원 (행정안전위원회, 민주통합당) / 6
 - ☞ 최원식 의원 (법제사법위원회, 민주통합당) / 8
 - ☞ 서기호 의원 (법제사법위원회, 진보정의당) / 9
- 주제발표** 2013년 균형법상 추행죄(제92조의5) 개정의 문제점 / 13
- ☞ 이경환 변호사 (법무법인 태평양)
- 지정토론**
- ☞ 이호중 교수 (서강대학교 법학전문대학원) / 33
 - ☞ 최재석 변호사 (前 국방부 고등군사법원장) / 48
 - ☞ 최지나 (한국성폭력상담소 사무국장) / 56
 - ☞ 이광표 중령 (국방부 법무관리관실 군 사법 담당) / 61
- 부 록**
- ☞ 균형법 제92조 위헌제청결정서 / 69
 - ☞ 소논문 「군대 내 동성애 행위 처벌에 대하여」 / 82
 - ☞ 균형법 위헌법률심판에 대한 의견제출결정문 / 115
 - ☞ 균형법 제92조에 대한 군인권센터 의견서 / 131
 - ☞ 균형법 제92조 위헌제청(헌법재판소 합헌결정) / 135
 - ☞ 균형법 일부개정법률안(김광진 의원 대표발의) / 155
 - ☞ 균형법 일부개정법률안(권성동 의원 대표발의) / 158
 - ☞ 균형법 일부개정법률안(남윤인순 의원 대표발의) / 165
 - ☞ 균형법 일부개정법률안(대안)(법제사법위원회) / 172
 - ☞ 균형법 개정에 대한 동성애자 단체 성명 / 179

【주제발표】

“제복 입은 시민의 자유는 어디까지인가?” 토론회

2013년 균형법상 추행죄(제92조의5) 개정의 문제점

◎ 이경환 변호사 (법무법인 태평양)

2013년 군형법상 추행죄(제92조의5) 개정의 문제점

이경환
(변호사, 법무법인 태평양)

I. 논의의 전제

1. 기존의 군형법상 추행죄 관련 논쟁의 문제점

군형법상 추행죄는 우리나라에서 동성애 행위를 법으로 처벌하는 유일한 규정이라는 점에서 이에 대한 폐지 논의는 동성애에 대한 근본적인 찬반논의와 맞물려 매우 논쟁적인 이슈가 되어 왔다. 그러나 이와 같은 논쟁에는 동성애에 대한 편견과 종교적 신념, 동성애 자체에 대한 강한 찬반 의견 등이 혼재되어 논쟁의 정확한 쟁점이 드러나지 못한 측면이 있다.

즉, 군형법상 추행죄는 동성애자의 군복무를 불허하는 규정 또는 동성애자에 의한 동성 간 성폭력을 처벌하는 규정이 아니라, 군인들 사이에서 이루어진 합의에 의한(비강제적인) 성적 행위를 처벌하는 규정이다. 그럼에도 불구하고 군형법상 추행죄를 폐지하면 군대 내에 동성애자가 늘어나게 된다고나 군대 내 성폭력을 처벌할 수 없게 된다는 잘못된 주장이 널리 퍼져 있으며, 이와 같은 주장은 단순히 인터넷상의 댓글과 같은 개인적인 의견으로만 존재하지 않고, 헌법재판소에서의 위헌심사 과정이나 국회에서의 입법적 논의 과정과 같은 공론의 장에서도 공공연하게 제기되고 있는 상황이다.

따라서 이하에서는 군형법상 추행죄의 문제점을 검토하기에 앞서, 위와 같이 군형법상 추행죄 관련 논의의 쟁점을 흐리는 잘못된 주장을 살핍으로써 그 논의구도를 명확하게 하고자 한다.

2. 군형법상 추행죄 폐지와 동성애자의 군복무 문제는 무관함

현재 군인사법 등 관련 법령상 동성애자의 군복무를 금지하고 있는 규정은 존재하지 않으며, 동성애자인 사람도 얼마든지 의무복무 또는 직업군인으로서 군복무를 할 수 있다. 특히, 국방부 훈령인 「부대관리훈령」(국방부 훈령 제1483호) 제4편 제

6장에서는 “동성애자 병사의 복무”라는 표제 아래 여러 규정을 두고 있는데, 제 259조는 “이 장은 병영내 동성애자 병사의 인권을 보호하고, 동성애자 병사가 다른 병사들과 마찬가지로 군복무를 할 수 있도록 제반 여건을 보장함으로써 군의 전력 향상과 복무수행의 능률 증진을 목적으로 한다.”라고 규정하고 있고, 제26조 제1항은 “병영 내 동성애자 병사는 평등하게 취급되어야 하며, 동성애 성향을 지녔다는 이유로 차별받지 아니한다.”라고 규정하여 동성애자 병사에 대한 평등대우를 명시하고 있다.

그러나 2010년경 균형법상 추행죄에 대한 위헌법률심판사건의 공개변론 당시 한국기독교총연합회를 비롯하여 참교육 어머니 전국모임, 바른 성문화를 위한 국민연합, 대한민국어버이연합 등의 단체들은 군대 내 동성애를 허용하면 자식을 군대에 보내지 않겠다는 취지의 의견서를 헌법재판소에 제출하고 언론광고를 게재하는 등의 주장을 한 바 있다.

놀라운 점은 국방부도 위와 같은 단체들의 주장 또는 동일한 취지의 자료를 헌법재판소에 제출하면서 동성애에 대한 차별적인 태도에 동조를 하였다는 것이다. 국방부는 참고자료로 2010. 11. 10.자 조선일보 광고로 실린 “동성애자의 양심고백”과 인터넷 웹사이트(<http://www.corporateresourcecouncil.org>)에 게재된 “남성 동성애자 간, 성관계에 따른 건강상 위험들”(『The Health Risks of Gay Sex』, John R. Diggs, Jr., MD)의 번역본을 제출한 바 있는데, 이들 자료는 동성애가 ‘치료’가 가능한 증상이며, 동성애자들은 성병과 후천성면역결핍증(이하 ‘에이즈’라고 합니다)에 감염될 가능성이 매우 높다는 내용을 포함하면서 ‘에이즈 제조공장’, ‘난잡한 성관계로 인한 에이즈 감염’ 등과 같은 표현을 사용하고 있다. 국방부가 제출한 또 다른 참고자료로는 ‘ADF(Alliance Defense Fund)와 한국의 기독교법조인들의 컨퍼런스 자료’도 있는데, 국방부 소송대리인은 ADF를 ‘미국 기독교 단체에서 하나님의 자연실서에 반하는 법률적 문제에 대처하기 위해서 기금을 마련하여 구성한 단체’라고 소개하였으며, 위 자료는 동성애가 ‘창조의 질서를 전복하는 것’이라는 등의 종교적 교리에 입각한 내용을 담고 있었다.

국방부가 위와 같은 참고자료를 제출하였다는 점은, 균형법상 추행죄가 동성애를 차별하는 것이 아니라는 스스로의 주장 및 동성애자 병사의 인권보호를 목적으로 한 국방부 훈령과는 달리 국방부가 동성애에 대한 매우 잘못된 이해와 편견에 기반하여 균형법상 추행죄를 이해하고 있으며 그 조항의 존치를 주장하고 있다는 점을 명백하게 드러내는 것이다. 더구나 동성애를 에이즈와 연결시키는 것은 국제연합(UN) 및 세계보건기구(WHO)의 입장¹⁾ 및 국가인권위원회 결정,²⁾ 후천성면역결핍증예방법,³⁾ 국방부 부대관리 훈령⁴⁾ 등에 반하는 내용이며, 특히 국방부가 특정 종교의 교리를 바탕으로 한 자료를

제출한 점은 정교분리원칙을 천명한 헌법(제20조)에도 반하는 것으로 볼 수 있다.

심지어 헌법재판소조차도 결정문에서 ‘동성 간의 비정상적인 성적 교섭행위’라는 표현을 사용함으로써 ‘이성애=정상’, ‘동성애=비정상’이라는 동성애에 대한 편견을 드러냈는바(헌법재판소 2011. 3. 31.자 2008헌가21 결정), 이는 성적 소수자에 대한 우리 사회의 인식 수준을 상징적으로 보여주고 있는 것이다.

3. 균형법상 추행죄가 폐지되더라도 군대 내 동성간 성폭력은 처벌 가능함

균형법상 추행죄 폐지 논의에 있어 또 다른 잘못된 인식은, 추행죄를 폐지할 경우 군대 내 동성 간 성폭력을 처벌하기 어려울 것이라는 인식이다. 그러나 균형법상 추행죄는 강제력이 없는 당사자 간의 합의에 의한 동성 간 성적 행위를 처벌하는 데 그 취지가 있는 것이며, 군대 내 성폭력의 처벌은 일반 형법이나 성폭력 관련법으로도 가능하고, 2009. 11. 2. 균형법 개정으로 인해 일부 군대 내 성폭력범죄를 가중처벌하는 규정까지 균형법에 신설되었으므로, 균형법상 추행죄는 성폭력의 처벌과는 무관한 것으로 보아야 한다.

특히, 아래의 II.1.항에서 살펴보는 바와 같이 균형법의 친고죄 규정이 폐지되기 전까지는 군대 내에서 성폭력이 발생하였으나 피해자가 고소를 취소한 경우, 균형법상 추행죄가 친고죄 규정에도 불구하고 가해자를 처벌하는 성폭력 범죄의 보충적 처벌규정으로 기능하기는 하였으나, 이번 균형법 개정으로 균형법상 친고죄 규정(제92조의 8) 역시 폐지되었으므로, 균형법상 추행죄는 온전히 합의에 의한 성적 행위 처벌규정으로만 기능한다고 보아야 한다.

일각에서는 성폭력 사건에 있어 강제력의 입증이 어려운 경우, 강제력을 요하지

- 1) 전세계적인 에이즈 문제의 해결을 위해 UN에 의해 조직된 UNAIDS가 발간한 “HIV 낙인과 차별을 감소시키는 법: 국가 에이즈 프로그램의 핵심 부분”(Reducing HIV Stigma and Discrimination: a critical part of national programmes)에서는 에이즈 감염에 대한 “부도덕한 성적 행위”와 관련된 도덕적 판단과 남성 간 성관계를 가진 사람에 대한 낙인을 그 예시로 언급하고 있다.
- 2) 국가인권위원회는 동성애자 병사를 정신질환자 및 에이즈 고위험군으로 간주하여 본인 동의 없이 정신과 진료, HIV 검사 및 매독 검사를 실시한 사건에 대한 2006. 6. 26.자 결정(06진차 87)을 통해 인권침해를 인정한 바 있다.
- 3) 제3조 제1항 “국가와 지방자치단체는 후천성면역결핍증의 예방 및 관리와 감염인의 보호 및 지원을 위한 대책을 수립·시행하고 감염인에 대한 차별 및 편견 방지와 후천성면역결핍증의 예방을 위한 교육과 홍보를 실시하여야 한다.”
- 4) 지휘관 등은 동성애자 병사에 대하여 에이즈 검사를 강요할 수 없으며(제263조 제3항), 성적 소수자의 인권보호에 대한 교육을 실시해야 한다(제264조 제1항)고 규정하고 있다.

않는 균형법상 추행죄를 마치 '비동의간음죄'와 같이 활용하여 성폭력 가해자에 대한 처벌의 공백을 없앨 수 있다는 주장도 있는 것으로 보인다. 헌법재판소 결정문(2008헌가21결정)에서 이동흡 재판관이 보충의견으로 “상명하복의 엄격한 계급구조로 인하여 상급자가 직접적인 강제력을 행사하지 않은 경우에도 하급자가 스스로 원하지 아니하는 성적 교섭행위에 연관될 개연성이 높은 점”을 언급한 것 역시 이와 같은 주장과 그 맥락이 같다고 볼 수 있다. 그러나 이러한 주장은 ‘가해자가 성행위 사실은 인정하나 강제력의 행사만 부정하는 사례’에서만 의미를 가질 수 있는데, 군대 내 동성 간 성폭력 사건의 경우 가해자가 이와 같은 항변을 하는 사례는 극히 드물며, 군검찰 또는 군사법원의 실무상으로도 성적 행위 자체의 존재 입증에 어려운 경우는 있어도 강제력의 입증만이 어려운 경우 역시 거의 없다는 점을 고려하여 볼 때, 위 주장은 현실과 동떨어진 것이다. 실제로 균형법상 추행죄가 적용된 사례 중 ‘비동의간음죄’와 같은 취지로 활용된 사례는 지금까지 알려진 바 없다.

더 나아가 균형법상 추행죄 논의에 있어서 군대 내 성폭력의 심각성을 강조하는 것은, 군대 내 성폭력의 가해자가 동성애자인 경우가 많을 것이라는 암묵적인 편견을 강화한다는 점에서도 바람직하지 않다. 국가인권위원회가 2003년 실시한 「군대 내 성폭력 실태조사」⁵⁾에 따르면 군대 내 남성 간 성폭력에 대한 조사 사례 중 가해자가 동성애자인 경우는 한 건도 없었으며, 오히려 가해자들은 “자신이 동성애자로 취급받는 것이 억울하다”며 강한 동성애혐오증을 보였다.

따라서 균형법상 추행죄의 존재 문제는 군대 내 성폭력 문제와 아무런 연관이 없으며, 이와 별개로 논의될 필요가 있다.

4. 소결 - 균형법상 추행죄 논쟁의 정확한 의미

위에서 살펴본 바와 같이, 균형법상 추행죄 논쟁에 있어 쟁점을 흐리는 잘못된 주장을 제거하고 나면, ① 이성간의 성행위와 동성 간의 성행위를 차별하여 후자만 형사처벌 하는 것이 타당한지, ② 군대라는 특성을 감안하더라도 합의에 의한 성행위를 형사별로 처벌하는 것이 합리적인지, ③ 현행 추행죄 규정은 형벌법규의 명확성 원칙을 위반하지 않았는지 등의 쟁점이 남게 된다. 이에 대해서는 아래에서 자세히 살펴보기로 한다.

5) 국가인권위원회, 「군대 내 성폭력 실태조사」(연구수행기관: 한국성폭력상담소), 2004

II. 균형법상 추행죄의 문제점⁶⁾

1. 균형법상 추행죄의 본질

가. 균형법상 추행죄의 연혁과 보호법의

구 균형법(2009. 11. 2. 법률 제9820호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 균형법’이라고 합니다) 제92조는 “계간 기타 추행을 한 자는 1년 이하의 징역에 처한다”라고 규정하고 있었으며, 2009. 11. 2. 개정된 현행 균형법은 제92조의 5로 위치를 변경하면서 구성요건의 변화 없이 법정형만 상향하였다. 구 균형법 제92조는 균형법이 처음 제정된 1962. 1. 20.부터 같은 내용으로 존재하였으며, 위에서 본 바와 같이 2009. 11. 2. 법정형을 상향하는 개정이 있기 까지 약 47년 동안 한 번도 개정된 사실이 없다.

균형법은 해방 후 제정된 조선경비대법 및 국방경비법, 해안경비법을 대체하는 것으로서, 일본의 구 육군형법을 토대로 미국 전시법의 규정을 가미하여 만들어진 것이라고 한다. 국방경비법은 1928년 미국 전시법을 그대로 번역하여 만들어진 법률⁷⁾로서, 당시 국방경비법에는 ‘기타 각종의 범죄’ 중 하나로 ‘계간’을 규정⁸⁾하여, 5년 이하의 형을 부과할 수 있었다.

위와 같이 균형법이 계수한 것으로 보이는 미국 전시법은 영국의 전시법에 그 기원을 두고 있으며, 구약성경 창세기에서 언급되고 있는 소돔과 고모라의 이야기에서 유래된 ‘소도미’(sodomy)라는 용어를 사용하여 종교적인 배경이 반영되었던 것으로 보인다. 1950년 제정된 미국 군사통일재판법(the Uniform Code of Military Justice) 제125조에서는 모든 형태의 ‘동성 간 또는 이성간 또는 동물과의 비정상적인 성교행위’를 금지하고 있으며, 이 조항은 지금까지 같은 내용으로 유지되고 있다.⁹⁾

6) 이하의 논의는 즐고, “군대 내 동성애 행위 처벌에 대하여”, 공익과 인권 제5권 제1호 (2008. 2), 서울대학교 공익인권법센터, 2008, pp. 65-99의 내용을 바탕으로 2011년 헌법재판소 결정(2008헌가21) 내용 등 최근의 논의내용을 추가하여 정리하였다.

7) 조윤, “균형법 개정론”, 사법논집(제2집), 1972, p. 435

8) 국방경비법 [1962. 1.20. 법률 제1004호로 폐지되기 이전의 것] 제50조 (기타 각종의 범죄) 여하한 군법피적용자든지 자해, 방화, 야도, 가택침입, 강도, 절도, 횡령, 위증, 문서 위조, 계간 중죄를 범할 목적으로 행한 폭행, 위험 흉기, 기구 기타 물건으로 신체 상해의 목적으로 행한 폭행 또는 신체 상해의 목적으로 행한 폭행 또는 사기 혹은 공갈을 범하는 자는 군법회의의 판결에 의하여 처벌함.

9) UCMJ Article 125. Sodomy (a) Any person subject to this chapter who engages

대법원과 헌법재판소는 균형법상 추행죄의 주된 보호법익을 ‘개인의 성적 자유’가 아닌 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 사회적 법익이라고 설명하고 있으며(대법원 2008. 5. 29. 선고 2008도2222 판결; 헌법재판소 2002. 6. 27. 선고 2001헌바70 전원재판부 결정, 2011. 3. 31.자 2008헌가21 결정 참조), 균형법상 추행죄에 있어 ‘추행’의 의미는 “정상적인 성적 만족 행위에 대비되는 다양한 행위태양을 총칭하는 것으로, 그 구체적인 적용범위는 사회적 변화에 따라 변동되는 동태적 성격을 가지고 있으나 그 대표적이고 전형적인 사례가 ‘계간’이며, ‘계간’의 사전적 의미는 ‘사내끼리 성교하듯이 하는 짓’으로 남성 간의 항문성교를 뜻한다.”라고 설명하고 있다(헌법재판소 2011. 3. 31.자 2008헌가21 결정).

나. 균형법상 추행죄의 적용 실태

2004. 1. 1.부터 2007. 12. 31.까지 4년 동안 육군에서 균형법상 추행죄가 적용된 전체 176건의 사건 중 172건은 강제추행에 해당하나 피해자와의 합의로 균형법상 추행죄가 적용된 경우였으며, 나머지 4건만이 비강제에 의한 동성애 행위가 문제된 경우로서, 전체 사건의 약 98%가 성폭력 범죄(강제추행)의 친고죄 규정을 회피하기 위해 균형법상 추행죄가 적용되었음을 알 수 있다.¹⁰⁾

그리고 비강제에 의한 동성애 행위가 문제된 4건의 사건은 모두 기소유예 및 선고유예로 종결¹¹⁾되어, 강제추행에 해당하지 않는 경우에는 실질적인 처벌이 전혀 이루어지지 않았다.

결국, 균형법상 추행죄는 위에서 살펴본 입법목적과는 달리, 사실상 강제추행죄나 강간죄에 대해 보충적으로 적용되어 피해자의 고소 취소 등으로 인해 가해자를 처벌할 수 없는 경우에도 이를 처벌할 수 있게 하는 군대 내 성폭력 범죄의 비친고죄화 기능을 수행하여 왔다고 할 수 있다.¹²⁾

in unnatural carnal copulation with another person of the same or opposite sex or with an animal is guilty of sodomy. Penetration, however slight, is sufficient to complete the offense.

10) 참고, 앞의 글, pp. 73~74

11) 4건의 사건 행위자 8명 중 2명은 기소유예, 4명은 선고유예 되었다. 나머지 2명은 합의에 의한 동성애 행위 외에 다른 피해자들에 대한 강제추행 행위나 다른 범죄행위가 함께 기소되었으며, 2명 모두 징역 1년, 집행유예 2년의 확정판결을 받았다.

12) 「균형법 일부개정법률안」(최영희의원 대표발의) 국회 법제사법위원회 전문위원 검토보고서(2009. 4), p.7

다. 소결 - 균형법상 추행죄의 본질

이상 살펴본 바와 같이, 균형법상 추행죄는 실질적으로는 군대 내 성폭력 범죄에 대해 친고죄 규정을 회피하는 기능만을 대부분 수행하면서도, 명목상으로는 개인의 성적 자유와는 별개인 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 법익을 보호하기 위하여 동성애 등 행위를 처벌할 필요성이 있다는 점을 그 존립근거로 내세우고 있다.

이와 같은 입법목적과 적용실태에 있어서의 괴리는 결국, 균형법상 추행죄의 주된 보호법익이라고 주장되는 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 법익이 실질적으로는 그 구체적인 내용이 없다는 점을 드러내며, 군대 내 동성애 행위의 형사처벌 필요성이 특별히 큰 것이 아님에도 이를 독자적인 처벌조항으로 유지함으로써 군대 내 구성원들에게 동성애는 비정상적, 변태적이며 혐오스럽고 금지되어야 할 것이라는 잘못된 인식을 형성·강화¹³⁾하는 것이 균형법상 추행죄의 본질임을 알 수 있게 한다.

2. 죄형법정주의의 명확성의 원칙 위반

가. 균형법상 추행죄 규정의 불명확성

1) 강제추행 등 포함 여부의 불명확성

균형법상 추행죄는 ‘추행’이라고만 규정하고 있어서, ‘폭행 또는 협박’을 구성요건으로 하는 형법상 강제추행죄와 비교하여 볼 때, 폭행이나 협박에 의하지 않은 비강제에 의한 추행만을 처벌하고자 하는 것인지, 아니면 강제에 의해 이루어지는 추행도 처벌되는지 여부가 불분명하다. 헌법재판소 2002. 6. 27.자 2001헌바70 결정에서 재판관 송인준, 주선회의 반대의견에서도 이 점을 지적하고 있으며, 2008

13) 국제 성소수자 연합(International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association; 70개 이상 국가에 있는 350개 이상의 성소수자 인권 단체의 국제적 연맹입니다)은 전세계의 동성애 처벌 및 차별적 법률을 조사한 보고서에서, 많은 나라들이 실제로 그 법을 적용하고 있지는 않지만, 그러한 법의 존재만으로 동성애에 대한 혐오의 문화를 조장하며, 동성애자들로 하여금 스스로를 숨기거나 자신의 진정한 모습을 드러내지 않도록 강제한다고 지적하고 있다(Daniel Ottosson, “State-sponsored Homophobia”, 「A world survey of laws prohibiting same sex activity between consenting adults」, an ILGA report, 2007 참조).

헌가21 결정의 재판관 김종대, 목영준, 송두환의 반대의견 및 위헌법률심판제청법원 역시 이를 지적하였는데, 2008헌가21 결정의 다수의견은 이에 대한 어떠한 언급도 하지 않았으며, 단지 재판관 이동흡이 보충의견을 통해 균형법상 추행죄는 강제력 행사를 요구하지 않는다는 언급을 하였을 뿐이다.

그러나 균형법상 추행죄가 강제력 행사를 요구하지 않는다는 것과 강제에 의한 추행이 균형법상 추행죄의 처벌대상에 포함되지 않는 것은 엄밀하게 볼 때 구별되는 내용이다. 즉, 전자는 강제력의 행사가 없더라도(합의에 의한 성행위의 경우) 처벌이 가능하다는 내용일 뿐이고(강제에 의한 추행이 처벌대상이 되는지는 불분명), 후자는 균형법상 추행죄로는 오로지 합의에 의한 성행위만 처벌할 수 있으며, 강제에 의한 추행은 다른 법률로 처벌해야 한다는 점을 의미하는 것이다. 후자와 같이 해석할 경우 지금까지 군사법원에서 균형법상 추행죄를 적용하여 처벌한 사례의 대부분은 법률 적용을 잘못된 것이 된다.¹⁴⁾

2) 주체 및 상대방의 불명확성

헌법재판소는 2008헌가21 결정을 통해 ‘계간’은 남성 간의 항문성교를 뜻하며, ‘기타 추행’은 계간에 이르지 아니한 동성애 성행위 등 객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 성적 만족 행위라고 개념을 정의하였다. 그런데 이와 같은 ‘동성애 성행위’에 여성간의 성행위가 포함되는지, ‘선량한 성적 도덕관념에 반하는 성적 만족 행위’에 이성간의 항문성교 행위, 가학 피학성 성행위(sadomasochism) 또는 동물¹⁵⁾과의 성행위가 포함되는지 여부는 위와 같은 개념정의만으로는 여전히 불분명하다.

특히, 이번 균형법 개정으로 인해 ‘계간’이 ‘항문성교’라는 용어로 대체되었는데, 계간과는 달리 항문성교라는 용어에는 남성 간 행위로 제한되는 의미가 포함되어 있지 않기 때문에 이성간의 성행위도 균형법상 추행죄의 처벌대상이 되는지 여부

14) 대법원은 군 간부가 ‘공개된 장소’에서 ‘불특정 다수’를 대상으로 ‘양 젖꼭지를 비틀거나 잡아당기고 손등으로 성기를 때린’ 행위는 균형법상 추행죄에 해당하지 않는다는 판결은 한 바 있다(대법원 2008. 5. 25. 선고 2008도2222 판결). 위 행위는 형법 제298조의 강제추행죄 및 성폭력범죄의처벌등에관한특례법 제10조 제1항의 업무상 위력에 의한 추행죄가 적용될 수 있었다는 점을 볼 때, 대법원의 태도는 강제에 의한 추행은 균형법상 추행죄로는 처벌하지 못한다는 것으로 해석될 여지가 있다.

15) 이번 균형법 개정으로 “(균형법) 제1조 제1항부터 제3항까지에 규정된 사람에 대하여”라는 문구가 추가되어 동물과의 성행위는 문언상 균형법상 추행죄의 범위에서 제외되었다.

는 더욱 모호해진 상태이다. 그리고 이러한 해석은 균형법의 기원이라고 할 수 있는 미국의 소도미(sodomy) 규정이 명시적으로 이성간의 비정상적인 성교행위도 포함하고 있는 점(미국 군사통일재판법 제125조)에서도 뒷받침 된다.

국방부는 2008헌가21 사건 당시 스스로 제출한 의견서 및 참고인 의견서를 통해 균형법상 추행죄는 동성 간의 추행에 대해서만 적용되는 것이 아니라 이성간의 추행행위에도 적용될 수 있으므로, 이 사건 법률조항이 동성애자의 평등권 및 성적 자기결정권을 침해하지 않는다고 주장한 바 있는데, 2008헌가21 결정에서 재판관 이동흡은 보충의견을 통해 “‘기타 추행’이 동성 간의 성적 교섭행위를 뜻하는 계간과 동일한 항에 병렬적으로 규정되어 있는 점, 자유로운 외부출입이나 독립적인 사생활이 보장되지 못한 채 폐쇄적으로 단체생활을 하면서 동성 간에 내무반, 화장실, 샤워실 등의 공간을 공동으로 사용하여야 하는 군대 내에서는 개별적이고 독립적인 생활을 영위하는 일반 사회생활에서와 달리 비정상적인 동성 간의 성적 교섭행위가 발생할 가능성이 매우 높아진다는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 법률조항은 계간과 마찬가지로 동성 간의 성적 행위에만 적용되는 것으로 해석된다.”고 언급하였는바, 이러한 점만 보더라도 균형법상 추행죄의 처벌대상에 이성간의 성행위가 포함되는지 여부가 불분명하다는 점은 명백히 드러났다고 볼 것이다.¹⁶⁾

실무적으로 사례가 많은 것은 아니나 이성 군인간의 강간 또는 강제추행을 균형법상 추행죄로 처벌한 사례가 있는데(육군교육사령부 보통군사법원 2005고1 판결 참조),¹⁷⁾ 이는 헌법재판소 결정에 비추어 보면 법적용이 잘못된 것이라고 할 수 있다.

3) 행위자들 사이의 관계 및 행위장소 고려 여부의 불명확성

육군본부 보통군사법원 1999. 9. 16. 선고 99고276 판결은 같은 부대, 같은 계급의 병사 2명이 함께 휴가를 나가 한 병사의 집에서 구강성교를 한 사안이다¹⁸⁾.

16) 2008헌가21 결정의 다수의견은 이성간의 성행위가 균형법상 추행죄의 처벌대상에 포함되는지 여부에 대해 명시적으로 언급하지 않으면서, 단지 “건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 군인, 군무원 등 균형법 피적용자는 어떠한 행위가 이 사건 법률조항의 구성요건에 해당되는지 여부를 충분히 파악할 수 있다고 판단”되므로, 균형법상 추행죄가 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 않는다고 판단하였다. 반면, 재판관 김종대, 목영준, 송두환은 반대의견에서 이성간의 성행위 등이 처벌대상에 포함되는지 여부가 불분명하며, 국방부 대리인이 이성간의 성행위도 처벌될 수 있다고 진술하였다는 점을 지적하고 있다.

17) 반면, 이성 군인간의 합의에 의한 성행위는 그것이 비정상적인지 여부와 관계없이 실무상 처벌대상으로 전혀 인식되지 않고 있다.

18) 부대 보일러실에서 계간(항문성교)을 한 사실까지 포함하여 2개의 범죄사실로 기소되었

그러나 위 사건의 처리과정에서 휴가기간 중에 부대와 상관없는 병사의 집에서 있었던 당사자 간의 합의된 의사에 의한 구강성교가 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’에 어떤 영향을 미쳤는지에 대해서는 전혀 검토되거나 고려된 사실이 없다.

위 사안과 비슷한 유형으로 직업군인인 군 간부가 자신의 숙소에서 동성애 행위를 한 경우가 있다. 예컨대, 제2군단 보통군사법원 2005. 10. 20. 선고 2005고12 판결의 사건은 같은 부대에서 근무하는 중위와 중사가 근무시간이 아닌 시간에 부대 내 독신자 숙소에서 계간(항문성교)을 한 사안이다. 독신자 숙소는 부대 내에 있기는 하나, 병사들이 생활하는 생활관(내무실)과는 달리, 개인의 사적인 공간이 일정 부분 보장되며, 군 간부의 경우에는 출퇴근을 하기 때문에 사적인 시간도 일부 가지고 있습니다.

제17보병사단 보통군사법원 2007. 2. 27. 선고 2006고4 판결건은 서로 다른 부대에 소속되어 있던 병사 2명이 비전캠프(자살우려자나 복무부적응자를 모아 일정기간 진행하는 특별 교육·훈련프로그램)에서 만나 밤중에 화장실 용변칸에서 구강성교 및 계간(항문성교)을 한 사안이다. 이 사안의 경우 위 병사들의 행위는 비전캠프 기간 중에는 전혀 발각되지 않았으며, 병사 중 한 명이 그러한 행위를 한 것에 대해 스스로 자괴감을 느껴 지휘관에게 보고하여, 2명 모두 기소되었다(2명 모두 선고유예 확정판결을 받았다).

위 사안들 외에도 형사처벌을 받은 합의에 의한 남성 간 성행위가 발생한 장소를 살펴보면, 내무실 옆 화장실, 야외 화장실, 아무도 없는 의무실, 취사장, 보일러실 등으로 다양한데, 어떤 장소에서의 행위가 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’에 영향을 미치는 행위인지 판단하기는 매우 어렵다고 하겠다.

2008헌가21 결정에서 재판관 이동흡은 “이 사건 법률조항을 통하여 달성하고자 하는 입법목적이나 보호하고자 하는 사회적 법익의 내용은 범행시간이 퇴근 전인지, 퇴근 후인지, 범행 장소가 병영 안인지, 병영 밖인지에 따라 달라진다고 볼 수 없고, 구체적인 사건에 있어서 이 사건 법률조항이 적용될 수 있는지 여부는 앞서 본 행위자의 의도, 구체적 행위태양, 행위자들 사이의 관계, 그 행위가 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기에 미치는 영향과 그 시대의 성적 도덕관념 등을 종합적으로 고려하여 판단되어야 할 법원의 통상적인 법률 해석·적용의 문제라 할

습니다. 이 사건은 병사 중 1명이 일기장에 다른 병사를 사랑한다는 내용을 적어두었다가 통신장교가 일기장을 점검하여 적발되었습니다.

것이다.”라고 보충의견을 밝혔는데, 법원의 통상적인 법률 해석상 위 사안들에 대한 판단이 올바른 것이었는지는 분명치 않다고 보인다. 반대의견을 제출한 재판관 김종대, 목영준, 송두환은 추행이 “동성 간에 군영 내에서 하는 음란한 행위”로 한정되어야 한다는 의견을 밝힌 바 있다.

4) 행위의 정도의 불명확성

대법원은 여성의 어깨를 주무르고, 껴안은 행위를 ‘추행’이라고 판단한 바 있다(대법원 2004. 4.16. 선고 2004도52). 이러한 행위가 객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로 인정될 수 있는 근거는 피해자의 성적 자유를 침해하기 때문인데, 즉 장소나 피해자의(구체적, 추정적) 의사를 고려하지 않고서 그 행위 자체만으로는 ‘추행’에 해당하는지 여부를 판단할 수 있는 절대적인 기준은 존재하지 않는다.

그러나 군형법상 추행죄는 ‘기타 추행’이라고만 규정을 하여 어느 정도의 행위가 ‘추행’에 해당하는지에 대해 아무런 기준을 제시하지 못하고 있다. 이에 대해 2008헌가21 결정에서 재판관 김종대, 목영준, 송두환은 군형법상 추행죄가 ‘행위의 정도’에 관하여도 모호하게 규정함으로써, 행위자로 하여금 법률에 의하여 처벌받을 행위가 무엇인지를 예견할 수 없게 하고, 수사기관, 공소제기기관 및 재판기관의 자의적인 해석과 적용을 초래하게 되었다고 지적하고 있다.

3. 과잉금지 원칙 위반

1) 입법목적의 정당성 및 수단의 적정성

헌법재판소는 군형법상 추행죄의 입법목적과 보호법익을 “군 내부에 성적으로 문란한 행위가 만연하게 된다면 궁극적으로 군의 전투력보존에 직접적인 위해가 발생할 위험성이 있기 때문에 이러한 문제 발생을 예방하기 위하여 이 사건 법률조항을 제정한 것으로 봄이 상당하다. 따라서 이 사건 법률조항은 군 내부의 건전한 공적생활을 영위하고, 군 조직 전체의 성적건강을 유지하기 위하여 제정된 것으로서, 주된 보호법익은 ‘개인의 성적 자유’가 아니라 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 사회적 법익이라 할 것이다.”라고 설명하고 있다(2008헌가21 결정).

그러나 군대 내 동성에 행위를 허용할 경우, 군 내부에 성적으로 문란한 행위가

만연하게 될 것이라는 근거는 전혀 존재하지 않으며, 우리 사회의 동성애자에 대한 편견과 차별 등을 감안하여 볼 때 추행죄가 폐지되더라도 폐쇄적인 군 내부에서 동성 간 성행위가 만연하게 될 가능성은 거의 없다고 보는 것이 타당하다. 미국 국방부의 2010년 보고서에 따르면 동성애자의 군 복무 금지를 없앤 다른 나라들의 경우, 정책 변화 이후에도 거의 커밍아웃이 없었다고 하는바,¹⁹⁾ 이처럼 자신이 동성애자임을 드러내는 커밍아웃도 쉽게 증가하지 않는데 단순히 균형법상 추행죄를 폐지한다고 하여 군 내부에 성적으로 문란한 행위가 만연하게 될 것이라는 예상은 완전히 비현실적이다.

동성애 행위 허용이 군의 전투력 보존에 직접적인 위해를 발생시킬지 여부 역시 여전히 의문이 있다. 당장 헌법재판소 2001헌바70 결정을 보더라도 재판관 송인준, 주선회는 반대의견을 통해, “과거와 같이 동성 간의 성적 행위 자체를 사회의 성도덕을 침해하는 사회유해적인 행위로 보는 전제하에서는 군대 내에서의 동성간의 추행행위가 비록 그것이 비강제에 의한 것이라 할지라도 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’를 저해한다고 볼 수 있을 지도 모르나, 오늘날과 같이 성에 대한 사회적 의식 및 제도가 개방된 사정하에서는 공연성이 없고 강제에 의하지 않은 동성간의 추행을 군의 전투력 보존에 직접적인 위해를 발생시킬 위험이 있다고 보기 어렵다고 지적한 바 있다. 또한, 영국 법원은 1999년의 Smith and Lustig-Prean 사건에서 “작전에서의 효율성”에 대한 군의 고려가 “오로지 이성애자들의 부정적인 태도”에 기반하고 있다고 설시하면서, 그러한 부정적인 태도는 동성애 지향에 대한 적대심의 전형적인 표출로부터, 동성애 동료의 존재에 대한 불편함의 막연한 표출에 이른다고 보았다.²⁰⁾ 그 외에도 동성애 행위에 대한 처벌규정을 두고 있지 않은 프랑스, 독일, 이스라엘, 네덜란드, 노르웨이 등의 경우, 동성애자의 존재로 인해 전투능력 및 부대의 단결에 해를 입힌다는 어떠한 증거도 없으며, 군대 내에서 동성애자들이 문제를 일으킬 것이라는 인식은 잘못된 것이라는 연구결과가 있다.²¹⁾

19) 위 보고서는 미국 국방부 홈페이지에 게시되었다.

[http://www.defense.gov/home/features/2010/0610_gatesdadt/DADTReport_FINAL_20101130\(secure-hires\).pdf](http://www.defense.gov/home/features/2010/0610_gatesdadt/DADTReport_FINAL_20101130(secure-hires).pdf)

20) Douglas Sanders, *HUMAN RIGHTS AND SEXUAL ORIENTATION IN INTERNATIONAL LAW*, May 16, 2007

21) Aaron Belkin and Jason McNichol, *Homosexual Personnel Policiy in the Canadian Forces: Did Lifting the Gay Ban Undermine Military Performance?*, *International Journal*, Vol. 56, No. 1 (Winter, 2000/2001), pp.73 - 88; Aaron Belkin and Melissa Levitt, *Homosexuality and the Israel Defense forces: Did Lifting the Gay Ban Undermine Military Performance?* *Armed Forces and Society*, Vol. 27, no.4 2001

우리나라에서 균형법상 추행죄를 적용하고 있는 실무를 살펴보다라도, 수사 및 재판과정에서 동성애 행위로 인해 부대 업무에 차질이 생겼는지 여부, 명령체계에 문제가 생겼는지 여부, 부대의 기강이 약화되었는지 여부, 전투력 보존에 위해가 발생하였는지 여부 등에 대해 실질적인 관심을 기울인 바가 없으며, 단지 동성애 행위 자체에 대한 비난과 혐오감만이 표출되었다는 사실²²⁾은 균형법상 추행죄가 군 전투력 보존이라는 입법목적 달성의 적정한 수단과는 거리가 멀다는 점을 잘 보여준다.

2) 피해 최소화 및 법익 균형성

위에서 살펴본 바와 같이, 균형법상 추행죄는 그 구성요건의 불명확성으로 인해 실무상 동성애 행위이기만 하면 강제/비강제 여부, 행위자들 간의 관계 및 행위장소 등을 전혀 고려하지 않고 균형법상 추행죄를 적용하여 형사처벌을 하고 있는바, 이는 최소침해의 원칙에 위배되는 것이다. 또한, 균형법상 추행죄에는 벌금형의 규정 없이 2년 이하의 징역형만을 규정되어 있다는 점도 문제이다.

2004년부터 2007년 말까지 사이에 있었던 4건의 합의에 의한 동성애 행위 사례를 살펴보면, 1건은 기소유예, 나머지 3건은 모두 선고유예로 종결되었는바, 이러한 결과는 징역형만을 규정하고 있는 균형법상 추행죄의 형이 과도하며, 형사처벌의 필요성이 실질적으로는 존재하지 않는다는 점을 반증한다고 볼 수 있다.

한편, 육군 징계규정에 의하면 ‘사회적으로 비난가능성이 있는 간통 기타 비윤리적인 남녀관계로서 불건전한 이성교제’를 포함하여 이를 ‘불륜관계’로 규정한 뒤, 불륜관계에 해당하는 경우에는 우발적이고 경미한 행위를 제외하고 중징계로 처벌하도록 규정하고 있다. 그리고 육군규정에 의하면 교육기관에서의 교육자와 피교육생 간 또는 2단계 이상 계급 차이가 있는 경우에는 이성교제를 제한하는 내용이 규정되어 있다. 이처럼 이성군인간의 관계에 대해서도 일정한 제한을 하고는 있지만, 이러한 규정을 위반할 경우 제재조치는 형사처벌이 아닌 징계조치에 불과하다는 점을 보더라도 균형법상 추행죄는 과도한 처벌에 해당한다.

22) 한 사건에서 재판장은 “피고인 피 속에 동성인자가 있는 것 아닌가요?”라는 질문을 하기도 하였으며, 심지어 피고인의 변호인조차도 “피고인 OOO은 애인이 있고, 피고인 ***은 애인이 없지만 두 사람 모두 제대하면 정상적인 생활을 할 수 있지요?”라고 질문하여 동성애를 비정상적인 것으로 규정하기도 하였다. 군대 내에서의 동성애에 대한 이와 같은 인식의 표출은 결코 이례적인 일이 아니다.

헌법재판소 2008헌가21 결정의 다수의견은 “우리나라의 안보상황과 징병제도 하에서 단순한 행정상의 제재만으로는 효과적으로 추행 행위를 규제하기 어렵고, 이 사건 법률조항은 다른 법률에 규정된 추행 관련 범죄와 비교하여 그 법정형이 지나치게 무겁다고 볼 수 없다”고 설명하고 있는데, 행정상의 제재로 추행 행위를 규제하기 어렵다는 점에 대해서는 어떠한 합리적 근거도 존재하지 않으며, 다른 법률에 규정된 추행 관련 범죄는 모두 강제성을 전제로 한 성폭력 처벌 규정이라는 점에서 위 다수의견의 결론은 타당하지 못하다.

4. 평등권 침해²³⁾

2010년 레바논에 파병된 국군 동명부대 내에서 남녀 장교 간에 성행위를 한 사건이 발생하여 해당 장교들이 합동참모본부 징계위원회로부터 각각 정직과 감봉의 징계를 받은 사건이 보도되었다.²⁴⁾ 군 당국은 동명부대 소속 대위 두 명이 지난 해 11월 초 사무실에서 성관계를 가졌고, 한 달 전에는 부대 안 성당, VIP 숙소, 여군 화장실 등에서 과도한 신체접촉을 해 징계를 받았다고 관련 사실을 밝혔다.

이 사안은 군형법상 추행죄가 동성간의 성행위와 이성간의 성행위를 합리적인 이유 없이 자의적으로 차별하고 있다는 점을 상징적으로 보여준다. 즉, 파병부대는 위험한 해외 지역으로 파견되어 임무를 수행하는 부대로서, ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’가 가장 요청되는 곳이라고 할 수 있다. 파병부대 내의 기강과 군기가 무너지는 경우, 해외에 파병된 장병들의 임무수행에 부정적인 영향을 미칠 뿐만 아니라, 외부의 공격과 테러 위협이 상존하는 상황에서 위험이 초래될 가능성도 매우 크기 때문이다. 그러나 이와 같은 파병부대 내에서 그것도 사무실 및 VIP 숙소 등을 포함한 여러 곳에서 성관계 및 과도한 신체접촉이 있었음에도 이는 형사처벌이 아닌 징계로만 처리되었을 뿐이다.

헌법재판소 2008헌가21 결정의 다수의견은 별다른 근거도 없이 “군대에서 남성과 여성이 폐쇄적인 단체생활을 하여야 하는 상황은 그리 많지 않고, 일반 사회와 비교하여 군대에서 이성 간의 성적 교섭행위가 빈번히 발생하여 이를 방지할 경우 군대의 엄격한 명령체계나 위계질서를 위태롭게 할 우려가 크다고 할 수도 없다.”고 판단하고 있는데,

23) 헌법재판소는 평등권 침해 여부를 판단하면서 엄격한 심사척도가 아닌 완화된 심사척도를 적용하였다. 군형법상 추행죄의 경우 엄격한 심사척도를 적용할 여지도 존재한다고 판단되나, 본 글에서 평등권 침해 심사척도에 대한 자세한 논의는 생략하기로 한다.

24) 경향신문 2010. 10. 4.자 기사, “해외 파병부대서 장교 간 성행위 적발 징계”

이성군인간 성적 행위가 징계에 의해 처벌된 사례와 남성군인간 성적 행위에 대해 균형법상 추행죄가 적용된 사례를 비교하여 보면 전자가 훨씬 많을 것이라는 점에서 위 다수의견의 판단은 부당하다.

5. 소결

이상 살펴본 바와 같이, 균형법상 추행죄는 죄형법정주의의 명확성의 원칙, 과잉금지의 원칙을 위반하고 평등권을 침해하는 위헌적인 법률에 해당한다. 2011년 헌법재판소가 균형법상 추행죄에 대해 합헌 판단을 한 것은 여러 가지 측면에서 이해하기 어려우며, 따라서 국회라도 입법적 개선을 통해 균형법상 추행죄의 위헌성을 제거하여야 하나, 이번 균형법 개정은 오히려 위헌성을 더욱 심화시킨 측면이 있다. 이에 대해서는 아래에서 살펴보기로 한다.

III. 이번 균형법 개정 내용 및 그 경과

1. 개정 경과

2013년 1월 및 2월 사이에 3건의 균형법 일부개정법률안이 제출되었는데, 김광진 의원 대표발의안, 남인순 의원 대표발의안, 권성동 의안 대표발의안(이하 ‘김광진의원안’, ‘남인순의원안’, ‘권성동의원안’이라고 한다)이 그것이다. 각 안의 내용 중 균형법상 추행죄 관련 내용만 살펴보면 아래와 같다.

김광진의원안	남인순의원안	권성동의원안
“제1조 제1항부터 제3항까지에 규정된 사람에 대하여 추행을 한 사람은 2년 이하의 징역에 처한다.”	“제1조 제1항부터 제3항까지에 규정된 사람을 그 의사에 반하여 추행한 사람은 2년 이하의 징역에 처한다.”	“제1조 제1항부터 제3항까지에 규정된 사람을 추행한 사람은 2년 이하의 징역에 처한다.”

3개의 안 모두 추행 행위의 상대방을 균형법 제1조 제1항부터 제3항까지 규정된 군인, 군무원 등으로 한정하였으며, 김광진의원안과 권성동의원안은 ‘계간 기타’를 삭제하여 구성요건을 ‘추행’으로만 한정하였고, 남인순의원안은 ‘그 의사에 반하여’를 추가하여 합의에 의한 성적 행위는 처벌대상에서 제외되는 것으로 규정한 특징이 있다.²⁵⁾

국방부는 위 개정법률안들에 대해 ‘계간’을 ‘항문성교’라는 용어로 바꿔서 추행죄를 존치시키는 것이 적절하다고 의견을 제출하였으며, 민주사회를 위한 변호사 모임 소수자인권위원회에서는 원칙적으로 균형법상 추행죄를 폐지하는 것이 바람직하고, 폐지하지 않더라도 ‘그 의사에 반하여’ 또는 ‘위계 또는 위력’ 등의 구성요건을 명시함으로써 강제에 의한 추행행위의 처벌조항으로 대체하는 것이 타당하다는 의견을 제출하였다. 국회 법제사법위원회 전문위원은 김광진의원안과 권성동의원안에 대하여 ‘계간’을 삭제할 경우 ‘추행’이라는 규정만으로는 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배될 수 있다는 점을 지적하면서 국방부가 제출한 의견과 같이 ‘계간’을 ‘항문성교’라는 표현을 바꾸는 것이 적절하다는 의견을 제시하였다. 그리고 남인순 의원안에 대해서는 ‘의사에 반하여’라는 요건을 추가할 경우 균형법 제92조의 2(강제추행)와의 관계가 애매해지고, 추행죄를 별도로 둔 입법취지와 다르게 되므로 신중한 검토가 필요하다는 의견을 제시하였다.

그리고 2013. 3. 4. 위원회 대안으로 “제1조 제1항부터 제3항까지에 규정된 사람에 대하여 항문성교나 그 밖의 추행을 한 사람은 2년 이하의 징역에 처한다.”라는 안이 상정되었으며, 이 대안은 그 다음 날인 3. 5. 법제사법위원회 및 본회의에서 모두 의결되어 통과되었고 김광진의원안 및 권성동의원안은 대안 반영 폐기되었다. 남인순의원안은 여전히 법제사법위원회에 계류 중이다.

2. 문제점

위에서 살펴본 균형법상 추행죄의 무수히 많은 문제점에도 불구하고, 그와 같은 내용이 전혀 반영되지 않은 채 단지 ‘계간’이라는 표현이 ‘항문성교’로만 바뀌었다는 것은, 국회가 균형법상 추행죄의 문제점에 대해 제대로 인식을 하지 못하고 있다는 점을 반증한다. 실제로 법제사법위원회 및 본회의 회의록을 살펴보더라도 균형법상 추행죄 개정의 의미에 대해 어느 의원도 제대로 된 지적을 한 사실이 없으며, 그 개정내용에 대한 토론도 제대로 이루어지지 않았음을 확인할 수 있다.

특히 ‘항문성교’라는 표현은 ‘계간’에 내포되어 있는 비하적인 의미를 포함하지 않는다는 점에서 그나마 개선된 점이 있다고 볼 수 있으나 이는 매우 미미한 내용에 불과하며, 특히 ‘항문성교’는 그 자체로 ‘남성 간 행위’라는 의미를 내포하지 않기 때문에 향후 균형법상 추행죄가 이성간 성행위에도 적용될 것인지와 관련하여

25) 한편, 권성동의원안과 남인순의원안은 균형법상 친고죄 규정을 삭제하는 내용을 포함하고 있었다.

그 불명확성은 더욱 심화되었다고 볼 수 있다.

또한, ‘항문성교’라는 표현은 지금까지 법률용어로 사용된 적이 없는 것인데, 항문에 성기가 아닌 손가락 등 다른 신체의 일부나 도구를 넣는 행위²⁶⁾도 포함되는지가 불분명 하여 ‘항문성교’의 해석에 있어서도 불명확성의 문제가 발생할 수 있다. 물론 ‘항문성교’에 해당하지 않더라도 ‘그 밖의 추행’에 해당한다고 해석할 수는 있겠으나, 형벌법규로서의 명확성이 충분치 않다는 점은 부인할 수 없는 사실이다.

무엇보다 균형법 폐지론의 주장을 충분히 고려하지도 않고, 특히 사실상의 폐지안과 유사한 남인순의원안을 그대로 계류상태로 두면서 위원회 대안을 만들어 급하게 개정을 함으로써, 향후 균형법상 추행죄의 개정이 더욱 어려워지게 하였다는 점은 이번 개정의 가장 큰 문제로 지적될 수 있다.

IV. 결론

균형법상 추행죄는 그동안 그 입법목적대로 적용된 사례가 거의 없으며, 특히 이번 균형법 개정으로 친고죄 규정이 폐지됨으로써 균형법상 추행죄의 사문화 경향은 더욱 가속화될 것으로 예상된다. 이처럼 균형법상 추행죄는 사실상 적용사례가 거의 없음에도 불구하고 그 존재만으로 군대에서의 동성애에 대한 편견과 혐오를 조장하는 근거가 되어 왔으며,²⁷⁾ 동성애자 군인의 성적 자기결정권과 평등권을 침해하였다.

이번 균형법 개정이 균형법상 추행죄의 문제점을 입법적으로 해결할 수 좋은 기회였음에도 그 기회를 활용하지 못한 것은 매우 아쉬운 일이며, 남인순의원안을 포함하여 향후 균형법상 추행죄 폐지안 등이 제출될 때 균형법상 추행죄 폐지론에 대해 적극적인 논의가 이루어지기를 기대해본다.

26) 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제7조 제2항 등 참조.

27) ILGA(International Lesbian and Gay Association)도 전세계의 동성애 처벌 및 차별적 법률을 조사한 보고서에서, 많은 나라들이 실제로 그 법을 체계적으로 적용하고 있지는 않지만 그러한 법의 존재만으로 동성애에 대한 혐오의 문화를 조장하며, 동성애자들로 하여금 스스로를 숨기거나 자신의 진정한 모습을 드러내지 않도록 강제한다고 지적하고 있다. Daniel Ottosson, State-sponsored Homophobia, A world survey of laws prohibiting same sex activity between consenting adults, an ILGA report, 2007

【지정토론】

“제복 입은 시민의 자유는 어디까지인가?” 토론회

지정토론문

- 이호중 (서강대학교 법학전문대학원 교수)
- 최재석 (변호사, 법무법인 한신, 前 국방부 고등군사법원장)
- 최지나 (한국성폭력상담소 사무국장)
- 이광표 (중령, 국방부 법무관리관실 군 사법 담당)

【지정토론】

군형법상 추행죄 - 개정이 아니라 폐지되어야 한다

이호중

(서강대학교 법학전문대학원 교수)

1. 서

2013.3.5. 군형법 개정안이 국회를 통과하였다. 2012.12.18. 형법, 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 등의 성폭력 관련규정이 개정되었는데(2013.6.19. 시행), 이 개정을 통해 강간죄의 객체를 ‘부녀’에서 ‘사람’으로 변경하고 유사강간죄 규정을 신설하며 성범죄에 관한 친고죄 규정을 삭제하는 등 성폭력 대응법제의 근간에 커다란 변화가 있었다. 성폭력에 관한 형법규정의 개정에 따라 군형법상 관련규정의 개정필요성이 제기되는 것은 당연하다.

그런데 군형법에서는 추행죄가 종래부터 논란이 되어 왔다. 군형법상의 추행죄는 종래 “계간(鷄姦)이나 그 밖의 추행을 한 사람은 2년 이하의 징역에 처한다”는 규정에서 이번 개정으로 “제1조 제1항부터 제3항까지에 규정된 사람에 대하여 항문성교나 그 밖의 추행을 한 사람은 2년 이하의 징역에 처한다”라는 규정으로 개정되었다. “계간(鷄姦)”을 “항문성교”로 바꿈으로써 계간이라는 표현의 비하적 의미를 탈색한 것이 성과라면 성과일 테지만, 정작 추행죄의 폐지를 둘러싼 사회적 논의를 심도있게 고려하지 못한 채로 성급한 개정이 이루어졌다는 점에서 이번 군형법 개정논의가 지극히 부실했음을 절실하게 느끼게 된다. 군인 간의 동성에 성행위를 왜 처벌해야 하는지, 그러한 처벌이 개인의 성적 자기결정권을 과도하게 침해하는 것은 아닌지에 대하여 비판적 성찰의 계기로 삼을 수 있는 기회를 놓쳐버린 아쉬움이 크기 때문이다.

군형법상 추행죄는 형법의 성폭력범죄에서 일반적으로 요구되는 ‘폭행·협박’이나 ‘위계·위력’을 구성요건요소로 규정하고 있지 않다. 순수하게 합의에 의해 이루어진 성적 접촉을 처벌대상으로 삼고 있다. 그리고 이 규정의 성격이나 목적으로 볼 때 - 그 처벌의 외연은 불명확하나 - 남성 간의 합의에 의한 성적 행위를 주된 처벌대상으로 삼고 있음은 분명하다.

강제성 없이 순수하게 합의에 의한 동성간 성행위는 형법에서는 처벌되지 않으며, 오로지 군형법상으로만 범죄가 된다. 그 처벌근거는 “군의 특수성”에 있다고 흔히 설명된다. 그러나 아무리 군대라는 특수성을 감안하더라도 폭력적이지 않은,

합의에 의한 동성간 성행위를 처벌하는 것은 개인의 성적 자기결정권에 대한 과도한 침해가 아닌가 하는 근본적인 의문이 있다. 게다가 균형법상 추행죄의 구성요건이 남성 간 성행위를 주된 처벌대상으로 삼고 있기에 동성애에 대한 차별적 시각 내지 편견을 전제하고 있다는 점이 문제로 지적될 수 있다. 우리 사회에서 동성애를 성적 지향의 하나로 인정할 것인가 여부는 여전히 뜨거운 사회적 이슈의 하나이지만, 과거에 비해 동성애에 대한 잘못된 편견이 많이 극복되고 있는 상황이기 때문에 더더욱 그러하다.

헌법재판소는 2002년에 이어 2011년에도 균형법상의 추행죄가 헌법에 위반되지 않는다고 판시한 바 있다.¹⁾ 2011년 결정에서 헌법재판소의 다수의견은 균형법의 추행죄 구성요건이 명확성원칙에 반하지 않으며, 성적 자기결정권에 대한 제한이기는 하지만 과잉금지원칙에 위배되지 않는다는 입장을 취하였다. 반대의견으로 3명의 재판관은 명확성원칙에 위배되어 위헌이라는 의견이었고, 1명의 재판관은 이 규정을 ‘군인이 군영 외에서 민간을 상대로 추행행위를 하는 경우에도 적용하는 것’은 위헌이라는 한정위헌의견을 낸 바 있다.

이하에서는 균형법상 추행죄의 성격과 추행의 개념에 대해 논의하고, 군에서 추행죄의 처벌이 성적 자기결정권에 대한 과도한 제한으로서 과잉금지원칙 위반이라는 점을 지적하고자 한다. 그 규정은 동성애에 관한 잘못된 편견에 입각하고 있을 뿐만 아니라, 그러한 편견을 유지, 강화시키는 기제로 작용하고 있음을 분명하게 직시하는 것이 중요하다.

이하의 서술은 필자의 논문 “균형법 제92조의5 추행죄의 위헌성과 폐지론”²⁾의 내용을 기초로 하여 요약 정리한 것이다.

2. 균형법상 추행죄의 해석론에 나타난 문제점

대법원과 헌법재판소에 따르면, 균형법상 추행죄의 주된 보호법익은 ‘개인의 성적 자유’가 아니라, ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 사회적 법익이라고 한다.³⁾ 이에 입각하여 대법원은 균형법상의 추행 개념을 “계간(항문 성교)에 이르지 아니한 동성애 성행위 등 객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 성적 만족 행위로서 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 침해하는 것”이라고 해석하고 있다.⁴⁾

1) 헌재 2011.3.31. 2008헌가21.

2) 이호중, “균형법 제92조의5 추행죄의 위헌성과 폐지론”, 형사법연구 제23권 제1호, 2011, 229-264면.

3) 헌재 2002.6.27, 선고 2001헌바70 ; 대법원 2008.5.29. 선고 2008도2222 판결.

판례의 해석에 의하면, 균형법상 추행죄가 성립하려면 다음의 개념요소가 필수적으로 갖추어져야 한다. 첫째, “계간이거나, 아니면 계간(항문성교)에 이르지 아니한 동성에 성행위 등 객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 것”이어야 한다. 일반 형법상 추행개념과 대비해 볼 때, “성적 수치심을 일으키게 하는 행위”만으로는 부족하고 “일반인에게 혐오감을 일으키게 하는 행위”여야 한다. 둘째, “성적 만족 행위”여야 한다. 셋째, 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 침해한다는 의미에서 “비정상성”이 요구된다.

그러나 대법원이 균형법상 추행 개념에 대해 도입한 개념표지들이 ‘해석론상의 합리성 내지 정당성’을 지니는지에 대해서는 다음의 몇가지 관점에서 문제를 지적할 수 있다.

첫째, 균형법상 추행을 ‘성적 만족 행위’라고 한 법해석은 그 필연적인 이유나 합리적인 논거를 발견할 수 없다. 일반 형법상 추행은 ‘성적 만족’을 요건으로 하지 않는 바, 이는 피해자의 성적 자기결정권을 침해하는가 여부가 중요하기 때문일 것이다. 즉, 어떠한 행위가 상대방의 성적 자기결정권을 침해하는가를 판단함에 있어 가해자의 성적 만족 여부는 전혀 중요한 것이 아니다. 그런데 균형법상 추행죄의 보호법익이 ‘개인의 성적 자유’가 아니라 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 사회적 법익이라고 하여 이로부터 균형법상 추행죄에서는 일반 형법의 추행개념과 달리 ‘성적 만족’이 구성요건표지로 당연히 필요하다는 논리는 성립하지 않는다. 행위자의 성적 만족 여부에 따라 군기강의 침해 여부가 달리 평가되어야 할 이유는 없다. 더 나아가서 성적 만족이라는 것이 다분히 행위자의 주관에 의존할 수밖에 없기 때문에 어느 정도의 행위를 해야 성적 만족 행위에 해당하는지에 대하여 과연 객관적인 기준을 정립할 수 있을지조차 의심이 든다.

둘째는 ‘비정상성’이라는 개념표지이다. 균형법상 추행 개념을 “... 성적 만족 행위로서 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 침해하는 것”이라고 정의한 것만 놓고 보면, ‘비정상성’이라는 표지는 문제되지 않는 것처럼 보인다. 그러나 이러한 개념정의에서 정작 어떠한 행위가 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’를 침해하는 행위인가를 판별하는 기준은 도출되지 않는다. 오히려 대법원이 위 2008도2222 판결⁵⁾에서 “피고인의 행위는 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 침해하는 비정상적인 성적 만족 행위라고 보기 어려워...”라고 판시한 대목에 유념해 보아야 한다. 뿐만 아니라, 헌법재판소는 균형법상 추행죄의 추행이란 “정상적인 성적 만족 행위에 대비되는 다양한 행위태양을 총칭하는 것”이라고 말하고 있

4) 대법원 2008.5.29. 선고 2008도2222 판결.

5) 이 판례사건은 중대장인 피고인이 공개된 장소에서 불특정 다수의 피해자를 대상으로 ‘피해자들의 양 젖꼭지를 비틀거나 잡아당기고 손등으로 성기를 때린 사실’이 문제되었는데, 대법원은 이러한 행위가 균형법상 추행죄에 해당하지 않는다고 판시하였다.

는 점에서도 ‘비정상성’을 추행의 핵심적인 개념표지로 이해하고 있음을 엿볼 수 있다. 결국 대법원과 헌법재판소는 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 침해하는 행위라는 속성을 반영하는 개념표지로서 “비정상적인 성적 만족 행위”라는 개념요건을 설정하고 있는 것이다. 이렇게 해석하는 배경에는 성행위를 정상/비정상으로 구분하는 태도가 전제되어 있다. 다시 말하면, 이성 간의 성기결합에 의한 성교나 그 밖의 성적 행위는 자연스럽게 정상적인 것인 반면에, 남성 간의 항문성교 등 동성애 성행위는 ‘비정상적’ 내지 ‘변태적인 것’으로 간주하는 태도가 균형법상 추행죄의 해석론에 스며들어 있다.

그런데 당사자 간의 합의에 의한 성행위에 대하여 이처럼 정상적인 것과 비정상적인 성행위를 구별하는 해석론은 동성애 등 성적 지향에 따라 성행위를 달리 평가하는 것이기 때문에 성적 지향에 의한 차별을 승인하는 해석론이 된다는 점에서 심각한 문제를 안고 있다. 이는 동성애 성행위를 변태적이라거나 성도덕에 반하는 사회유해적인 것이라고 인식했던 과거의 잘못된 편견을 바탕으로 한 해석론이기 때문에 동성애를 성적 지향의 하나로 인정하는 오늘날의 보편적인 추세에 비추어 보면 헌법의 평등의 이념에 반하는 것으로서 용납될 수 없다.

이상에서 지적하고자 하는 문제의식의 핵심은 이것이다. 균형법상 추행죄에 대하여 걸어서는 그 보호법익이 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라고 거창하게 포장하고 있음에도 불구하고, 폭력이나 강요가 없는 동성애 성행위가 군기강을 침해하는 것이라고 해석하는 유일한 논거는 바로 동성애는 “비정상적”이라는 논거 하나 뿐이라는 점이다.

3. 과잉금지원칙 위반이다

남성 군인간의 동성애 성행위 중에서 폭행·협박이나 위력과 같은 강제성이 인정되면 균형법상 강제추행죄나 성폭력특례법상의 가중처벌규정에 의하여 처벌할 수 있기 때문에 균형법상 추행죄의 존재근거는 결국 ‘남성 군인간의 합의에 의한 동성애 성행위’의 처벌에 있다. 이러한 처벌이 과잉금지원칙에 비추어 정당화될 수 있는가에 대해서는 최근에 비판적인 주장과 논의가 거세게 일고 있다. 사법개혁의 일환으로 2005년 정부가 제출한 균형법 개정안 제92조(추행죄)⁶⁾에 대하여 당시 민변 등 인권단체들은 공동으로 작성한 의견서를 통해 강제성이 없는 성행위를 범죄로 규제할 필요성이 없다는 점, 군대의 특수성을 감안하더라도 성적 지향은 개인의 기

6) 2005.12.26. 정부제출 균형법 일부개정법률안(의안번호 17-3675호). 당시 개정안 제92조는 추행죄의 구성요건을 세분화하여 폭행이나 협박으로 추행죄를 저지른 경우, 위계나 위력에 의한 경우, 기타 추행의 경우로 나누어 규정하고 있었다.

본적인 인권으로 보호되어야 한다는 점, 당사자의 합의에 의한 성행위가 군기강을 문란하게 하는 행동이라고 단정하기 어렵다는 점 등을 논거로 들면서 “군형법상의 추행죄는 개인의 동성애적 인권과 인격권을 침해하는 규정으로서 폐지되어야 마땅하다”는 의견을 제시하였다.⁷⁾ 국가인권위원회도 헌법재판소에 계류 중인 위헌법률심판사건(2008헌가20)에 대한 의견에서 군형법상 추행죄가 과잉금지원칙에 위반하여 성적 자기결정권과 사생활의 비밀과 자유를 침해하는 위헌이라는 의견을 제출한 바 있다.⁸⁾

1) 추행죄의 입법목적 내지 보호법익의 실체는 무엇인가

(1) 입법목적으로서 ‘군기강유지’

헌법재판소에 의하면, 군형법상 추행죄를 처벌하는 목적은 결국 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’(이하 ‘군기강유지’로 약칭한다)라는 법익의 보호를 통하여 궁극에는 ‘군전투력을 보존’하기 위한 것이라고 한다.⁹⁾ 엄격한 규율과 상명하복 그리고 집단적 공동생활을 특징으로 하는 군대조직의 특성을 고려하면 ‘군기유지’와 ‘군전투력보존’은 그 자체로서 입법목적의 정당성이 인정될 수 있다. 그렇지만 군형법상의 수많은 처벌규정들은 사실 직간접적으로 ‘군기유지’와 ‘군전투력보존’을 보호법익으로 하고 있다고 말할 수 있기 때문에 과잉금지원칙의 목적의 정당성 심사에서 군형법상 추행죄의 규제목적이 ‘군기유지’와 ‘군전투력보존’에 있다는 식의 일반적이고 추상적인 언명만으로는 부족하다.

보다 구체적으로는 다음의 두가지 점을 적극적으로 검토할 필요가 있다.

(2) 군기유지 및 군전투력보존의 목적과 군인의 기본권보장 과제의 상관성

흔히 군형법의 존재의미는 엄정한 군기를 유지함으로써 군의 전투력을 보존·증강시키는 것이라고 한다. 그리하여 군형법은 군기유지 및 군전투력보존을 위하여 형법상 처벌되는 범죄행위를 특별히 가중처벌하기도 하고, 형법상 처벌되지 않는 행위를 특별히 처벌하는 구성요건을 두기도 한다. 군형법상 추행죄는 후자의 예에 속한다. 이러한 군형법상의 처벌규정들은 대개 ‘군기유지 및 군전투력 보존’이라는

7) 민주사회를 위한 변호사모임/민주주의법학연구회/군사법연구회/천주교인권위원회, 「군사법 관련 6개 법안에 대한 의견서」, 2006.3. 15면.

8) 국가인권위원회, 「군형법 제92조에 대한 위헌법률심판(2008헌가21)에 대한 의견제출」 2010.12.8.

9) 헌재 2011.3.31. 2008헌가21 ; 헌재 2002.6.27, 선고 2001헌바70.

보호법익을 공통으로 가지고 있다.

그런데 군형법은 군대라는 특수한 조직의 질서를 보호하는 기능 외에도 국민으로서 군인의 기본권을 보장하는 과제도 함께 가지고 있어야 한다.¹⁰⁾ 군기강유지라는 보호법익은 궁극적으로는 상급자와 하급자 간, 그리고 동료 군복무자 간에 유기적이고 긴밀한 인적 신뢰가 뒷받침되어야 가능할 것이다. 그러기 위해서는 군인의 기본적 인권의 보장은 군기강유지라는 군대의 특수한 이익을 위해서도 매우 중요한 과제라 할 것이다. ‘군기강 유지’와 ‘군인의 기본권 보장’은 상호 제한적인 관계가 아니라 상호 보완적인 관계로 이해되어야 한다.

따라서 군기강유지 및 군전투력 보존이라는 이익을 위하여 군인의 기본적 인권을 제한하는 경우에도 그 필요성을 엄격히 심사하여 필요한 최소한도의 범위에 그치도록 하는 것은 일반 국민의 기본권제한의 경우와 본질적으로 다르지 않다고 보아야 한다.

(3) 군대 내의 비강제적인 동성애 성행위가 군기확립 내지 군전투력 보존에 지장을 초래하는가 여부

헌법재판소 다수의견은 2011년 결정에서 “군 내부에 성적으로 문란한 행위가 만연하게 된다면 궁극적으로 군의 전투력보존에 직접적인 위해가 발생할 위험성이 있기 때문에 이러한 문제 발생을 예방하기 위하여 이 사건 법률조항을 제정한 것”이라고 하면서, “이러한 동성 군인 간의 성적 교섭행위를 방지할 경우 군대의 엄격한 명령체계나 위계질서는 위태로워지며, 구성원 간의 반목과 분열을 초래하여 궁극적으로 군의 전투력 보존에 직접적인 위해가 발생할 우려가 크다.”고 언급하고 있다. 아무런 근거도 제시하지 않은 채로 이와 같이 단언하는 헌법재판소의 태도가 놀라울 지경이다. 아무튼 중요한 것은 군형법상 추행죄의 구성요건을 통해 금지하는 행위, 특히 동성간의 비강제적인 성행위가 과연 군기확립 및 군전투력보존에 실제로 어떠한 위해를 야기하는 것인지를 해명하는 일이다.

① 영국

영국에서는 1967년에 이미 21세 이상 남성의 동성애 행위를 처벌하던 종래의 규정을 삭제하였고 1981년 유럽인권재판소의 *Dudgeon v. UK* 판결¹¹⁾을 계기로 하여 - 대부분의 유럽연합 국가들이 그러하듯이 - 동성애 행위는 개인의 성적 지

10) 이계수/이재승/오병두, 외국 군 인사·복무 관련 법령 및 제도 등 실태조사 - 독일의 법령과 제도를 중심으로 -, 국가인권위원회 2006년 인권상황실태조사 연구용역보고서, 2006.12., 21면 이하 참조.

11) *Dudgeon v. UK* (1981), Ser. A. No.45.

향으로 보호되어야 한다는 입장을 견지하고 있는 대표적인 국가이다.

그리고 1994년 형사사법과 공공질서에 관한 법률(Criminal Justice and Public Order Act)에 의하여 군대 내 동성애 성행위에 대한 형사처벌도 폐지하였다. 다만, 군 규율로서 동성애를 금지하고 동성애자임을 이유로 하여 전역시키는 정책은 이후에도 계속 유지되고 있었다. 1995년 영국 국방부의 동성애자정책평가팀(Homosexual Policy Assessment Team)은 동성애가 군부대의 작전과 전투력을 훼손한다는 조사보고서를 의회에 제출하였고 1996년 영국의회는 동성애자 군복무 금지정책을 유지하기로 결정한 바 있다.

영국에서는 동성애자의 군복무를 금지하는 정책도 2000년 1월에 폐기되었다. 1999년 9월 27일 유럽인권재판소의 판결이 여기에 결정적인 영향을 미쳤다. 그 판결은 Lustig-Prean & Beckett 사건과 Smith & Grady 사건에 대하여 같은 날 선고된 판결이었는데,¹²⁾ 이 사건에서 소를 제기한 4명은 영국군에서 복무 중에 헌병에 의하여 동성애자라는 혐의로 조사를 받게 되었으며 조사과정에서 동성애자임을 시인한 후 1993년과 1995년에 각각 강제전역되었다. 당시 영국군에서는 동성애자들이 그 사실을 숨기고 생활하는 괴로움을 견디지 못하고 스스로 coming-out 하는 경우도 있었지만, 헌병의 적극적인 조사와 색출활동에 의하여 동성애자임이 드러나게 되는 경우가 대부분이었다고 한다.

위 사건에서 제소자들은 동성애자에 대한 헌병의 조사와 강제전역이 유럽인권협약 제8조(사생활과 가족생활을 존중받을 권리)와 제14조(차별금지)에 위반된다고 주장하였으며, 한 사건(Smith & Grady 사건)에서는 유럽인권협약 제3조(고문이나 기타 굴욕적인 처우를 받지 않을 권리)와 제10조(표현의 자유)에 위반된다는 주장도 함께 하였다.

유럽인권협약 제8조 제2항은 사생활의 권리에 대하여 국가의 안전보장이나 공공의 안전, 타인의 권리와 자유의 보호 등을 위하여 일정한 제한을 가할 수 있다고 규정하고 있는데, 당시 영국 정부는 이를 근거로 하여 “군부대의 단합을 위해서는 전쟁이나 극도의 위험 등 외부의 압력을 극복해야 할 뿐만 아니라 끈끈한 신체적 접촉과 공동생활이라는 조건도 이겨내야 하는 것”이라면서, “이러한 상황에서 군인들이 (동성애자에 대하여) 적대감이나 의심, 불편함 등의 태도를 갖게 되면 이는 군부대의 작전의 효율성과 전투력을 떨어뜨리게 된다”고 강변하였지만, 유럽인권재판소는 이러한 정부의 논리에 대하여 대다수 군인들이 동성애자에 대하여 느끼는 불편함이나 적대감은 “다른 인종이나 피부색에 대하여 가지는 반감에 비교할 때 동성애자의 권리제한을 정당화해주는 것은 아니라고” 판시하였다.

이 판결에서 유럽인권재판소는 군부대의 작전효율성에 실질적인 위협이 존재하

12) Lustig-Prean & Beckett v. United Kingdom, 29 Eur. H.R. Rep. 493 (1999) ; Smith & Grady v. United Kingdom, 29 Eur. H.R. Rep. 548 (1999).

는 경우에는 유럽인권협약 제8조 제2항에 따라 개인의 사생활의 권리에 대하여 일정한 제한을 가할 수 있음을 인정하였지만, 동성애자에 대한 전역조치를 정당화해 줄 만한 “실질적 위협”이 존재하는가에 대해서는 부정적이라고 하였다. 결국 유럽인권협약 제8조 위반임을 인정하였으며, 같은 근거에서 재판소는 이 사건이 유럽인권협약 제14조의 차별금지 규정을 위반한 것이라는 점도 분명히 하였다.

영국에서 이 판결은 동성애자에 대한 “조사를 통한 outing, 그리고 전역”이라는 종래의 정책을 수정하는 결정적인 계기가 되었다. 결국 2000년 1월 영국 국방부는 동성애자 군복무금지 정책을 폐기하기에 이른다. 현재 영국의 군복무규율(Armed Forces Code of Social Conduct)은 동성애를 금지하거나 동성애자를 군복무부적합자로 판정하는 규정을 가지고 있지 않다. 군복무규율은 사생활의 비밀에 관한 권리를 명시적으로 인정하고 있으며, 성적 지향(sexual orientation)은 사생활에 속하는 사항으로 인정되고 있다. 따라서 동성애와 같은 성적 취향에 근거한 차별은 허용되지 않으며, 다만, 외부로 드러난 “성적 행동(sexual conduct)”이나 “성희롱”은 군복무규율에 의하여 엄격히 규제되고 있다.

② 독일

독일도 군대 내의 동성애 행위를 처벌하는 규정을 가지고 있지 않다. 뿐만 아니라, 2000년 12월 국방부의 지침(Directive for superiors: Dealing with Sexuality)에 의하면 모든 형태의 성관계는 사적 영역에 속한다고 간주되고, 근무 중인 경우가 아니라면 군대 시설 내에서 동성애 관계도 허용되고 있다고 한다.

③ 호주

호주는 국제인권법규를 국내법에 반영하는 일련의 입법과정에서 1992년 군대 내 동성애금지 정책을 폐기하였다. 1992년 국방부의 “차별, 희롱, 성범죄, 동성애 기타 금지행위에 관한 국방부지침(Defense Instruction on Discrimination, Harassment, Sexual Offences, Fraternisation and other Unacceptable Behavior)”은 금지되는 행위에 관하여 동성애와 이성애를 구별하지 않고 있다. 동성애라는 성적 지향은 문제되지 않으며, 다만 군영 내에서 근무시간 중의 성행위 등 군전투력과 군기유지를 훼손하는 성적 행동이나 하관을 성적으로 이용하는 행위 등에 대해서는 징계로 규율하고 있다.

군대라는 특수한 조직과 환경 및 임무에 비추어 동성애라는 성적 지향 및 동성간 성행위의 자유에 관한 헌법적 기본권을 제한함으로써 얻고자 하는 공익이라는 것이 도대체 무엇인가? 동성애 성행위에 대한 균형법상의 규제를 정당화하는데 거론될 수 있는 몇가지 논거들에 대해 비판적으로 검토하면 다음과 같다.

첫째, 동성애 성행위의 처벌은 필연적으로 Outing의 효과를 동반하게 되는 바, 동성애자들은 정신적으로나 육체적으로 군복무에 적합하지 않다는 논거가 제시될 수 있다. 그러나 외국의 예에서 볼 수 있듯이, 최소한 1980년대 이후부터는 동성애는 정신적 질병이 아니며 삶의 다른 형태에 불과한 것으로 인식되고 있을 뿐만 아니라, 동성애자가 군복무 능력이 부족한 것이 아니라는 점은 분명해 보인다.¹³⁾ 1992년 당시 미국의 합참의장이었던 콜린 파월은 미의회 청문회에서 미국의 동성애자의 군복무금지정책이 결코 그들의 군복무능력을 문제삼는 것이 아니라고 명백히 밝힌 바 있다.

둘째, 동성애 성행위는 다른 사람들(이성애자)에게 혐오감과 불편함을 주게 되기 때문에 병영내 공동생활에 있어서 전체적으로 군의 작전능력과 단합을 저해하게 된다는 논리가 있다. 이러한 논거는 앞서 언급한 Lustig-Prean & Beckett 사건과 Smith & Grady 사건에서 영국 국방부가 내세운 논거였으며 미국 군대의 소도미 금지정책을 뒷받침하는 주요 논거이기도 하였다. 대다수의 군인들은 동성애자와 함께 활동하거나 생활하는 것을 불가능하다고 생각할 정도로 그들을 혐오하기 때문에 동성애자로 알려진 자들과의 공동생활은 군부대의 작전수행에 필수적인 요소인 군부대원 간의 인격적 유대를 파괴한다는 것이다. 그러나 일찌감치 군인의 동성애 성행위 처벌규정을 삭제하고 동성애자의 군복무금지정책을 해제한 영국이나 호주, 캐나다 등의 예에서 보면, 동성애자로 알려진 군동료와의 부대 내 공동생활이 실제 군작전 수행능력의 저하를 가져온다는 실증적인 증거는 없다고 한다.¹⁴⁾ 위에서 언급한 사건에서 유럽인권재판소는 그러한 주장에 대하여 “편견에 가득찬 관행에만 의존한 주장으로 증명되지 않는 명제”라고 일축하기도 하였다.

셋째, 동성애 성행위의 금지 및 동성애자 군복무금지정책을 뒷받침하는 논거 중의 하나는 이성애자인 군동료들이 동성애자와 함께 샤워하고 함께 잠을 자도록 강요되어서는 안 된다는 의미에서 이성애자 군복무자들의 프라이버시권이 보호되어야 한다는 점이 거론되기도 한다. 실제 옆에서 잠을 같이 자고 샤워를 같이 하던 동료가 동성애자임을 알게 된 경우 그에 대하여 느끼는 불편함이 공동생활을 저해할 정도로 심각하다면 이에 대한 배려가 있어야겠지만, 이 논거는 다분히 동성애자에 대한 잘못된 편견에 기초하다고 있다는 점이 문제로 지적될 수 있다. 이는 동성애자를 과다성욕의 소유자 내지는 동료남성을 성적 강압의 대상으로 여기는 존

13) Herek and Belkin, "Sexual Orientation and Military Service", in : Britt/Adler/Castro(Ed.), Military Life : The Psychology of Serving in Peace and Combat, 2006, Greenwood Press.

14) Belkin, Aaron Belkin, "Don't Ask and Don't Tell : Is the Gay Ban based on Military Necessity?", Parameter 2003 summer, p.110-114 참조. 저자는 영국, 캐나다, 호주, 이스라엘의 군 전문가 600여명과 광범위한 인터뷰를 통하여 이들 국가에서 동성애자의 군복무가 군전투력에 어떠한 영향도 주지 않았음을 잘 보여주고 있다.

재로 인식하는 데에서 비롯된 측면이 강하지만, 이러한 전제는 증명되지 않는 편견에 불과하다.

(4) 소결

‘군기강유지 및 군전투력 보존’이 균형법상 추행죄의 보호법익이라고 하더라도, 실제 군인의 사적인 동성애 성행위는 그 자체로 군기 및 군전투력에 어떠한 위해도 야기하지 않는다고 보아야 한다. 우리 사회에 동성애에 대한 잘못된 편견이 존재하는 탓에 동성애라는 성적 지향이 계간 등의 성행위로 표출되면(동시에 동성애 자임이 Outing되면) 군부대 구성원 간의 유대와 단합이 해쳐질 수 있다는 점 정도가 군인의 동성애 성행위를 규제하는 실질적인 이유일 것이다. 결국 균형법상 추행죄는 동성애에 대한 혐오감 내지 호모포비아에 근거해서 정당화되고 있는 것이다.¹⁵⁾

그러나 동성애에 대한 혐오감 내지 호모포비아는 극복의 대상이지 균형법상 추행죄의 처벌을 통해 옹호해야 할 만한 헌법적 보호가치를 지닌 것이 결코 아니다.

2) 형사처벌의 적절성과 피해최소성

(1) 형사처벌로 인한 부작용

비강제적인 동성애 성행위에 대하여 국가형벌권이 적극적으로 행사된다면 이로 말미암아 다음의 두가지 차원에서 심각한 부작용이 발생하게 된다.

첫째, 사적인 합의에 의한 동성애 성행위를 처벌하게 되면 동성애의 성적 지향을 지닌 당사자들은 처벌에 대한 두려움으로 합의에 의한 성관계조차도 주저할 수밖에 없는 상황에 처하게 될 것이다. 이는 개인의 인격권 및 행복추구권을 심각하게 제약하는 결과에 이르게 될 것이다. 이처럼 사적인 인격권의 실현 행위가 당사자에게 행복이 아니라 오히려 커다란 고통으로 다가온다면, 궁극적으로 당사자의 건강한 군복무에 지장을 초래하게 될 염려가 있다. 군기강의 확립은 군인 상호간, 상급자와 하급자 상호 간에 각자의 인격권이 존중받을 때 비로소 실현가능한 것이라고 보아야 한다. 요컨대, 동성애 성행위가 군기에 지장을 초래하는 것이 아니라 오히려 반대로 동성애 성행위에 대한 엄격한 형사처벌이 군기강 확립에 지장을 초래할 위험이 더욱 크다고 볼 수 있다.

둘째, 보다 중요한 문제로서, 군대 내 동성애 성행위에 대한 처벌이 거의 필연적

15) 같은 취지로는, 이경환, “군대 내 동성애 행위 처벌에 대하여”, 공익과 인권(서울대 공익인권법센터 발간) 제5권 제1호, 2008.2., 96면.

으로 Coming-out 내지 Outing의 결과를 초래한다는 점이다. 비강제적이고 사적으로 은밀하게 행해진 동성간 성행위가 국가형벌권의 대상이라면 그러한 행위에 대한 수사가 불가피한데, 수사의 과정에서 당사자는 스스로 Coming-out하도록 강요되는 결과가 초래될 가능성이 매우 높다. 더 나아가서 군 지휘관이나 군 당국이 동성애 성행위를 엄히 적발한다는 명분 하에 군복무자들을 상대로 동성애 행위자를 확인하기 위한 조사를 실시하게 될 경우 동료 군복무자에 의한 Outing의 결과가 발생하게 될 것이다.

동성애는 성적 지향의 하나로서 사생활의 비밀에 속하는 사항이다. 자신의 의사와는 무관하게 동성애자임이 외부에 드러날 수밖에 없다는 것은 사생활의 비밀에 대한 중대한 침해에 해당한다. 이는 동성애 성행위가 헌법 제17조에서 규정한 사생활의 자유에 속한다는 것과는 다른 차원에서 발생하는 기본권 침해이다.

성적 지향과 같은 내면의 자유는 다른 어떤 기본권보다도 강하게 보호받아야 하므로, 원칙적으로 군복무 중 어느 누구라도 자신의 성적 정체성을 외부에 드러내도록 강요되어서는 안 될 것이다. 그렇기 때문에 동성애 행위의 처벌을 폐지한 대부분의 국가들은 동성애자가 스스로 coming-out 하는 경우를 제외하고는 군당국이 군복무자들을 상대로 하여 개인의 성적 지향을 조사하거나 누가 동성애자인가를 확인하기 위하여 설문조사나 면담조사, 자료수집 등을 하는 것을 엄격히 금지하고 있으며 동료 군복무자에 의한 Outing도 금지하고 있다.

(2) 형법의 보충성 원칙 및 피해최소성원칙에 비추어 본 비판

혼인징자간음죄의 위헌결정에서 헌법재판소는 성적 자기결정권의 행사는 원칙적으로 개인의 인격권의 영역에 속하는 것이기 때문에 그것이 외부에 표출되어 명백히 해악을 끼치는 경우에만 법률로써 규제할 수 있다는 점을 분명히 하였다.¹⁶⁾ 그런데 이런 논리가 군형법상 추행죄에 대해서는 정교하게 관철되지 못하고 있다. 동성애 성행위가 만연할 것에 대한 근거없는 우려가 헌법재판소의 합헌론을 지배하고 있기 때문이다. 그러나 군대 내에서의 동성애 등 성행위는 그것이 공연성이 없고 강제에 의한 것이 아닌 한 보호법익인 군기유지 내지 군전투력의 보존에 직접적인 위해를 야기할 위험이 없음은 앞서 언급한 바와 같다. 군대라는 특수한 환경을 감안하더라도 동성애 등 성적 자기결정권은 개인의 기본적인 인권으로 존중되어야 한다. 따라서 비폭력적인 동성애 성행위는 아무리 군대라고 해도 결코 그 자체로 범죄로 규제되어야 할 대상은 아니다.

군기강유지 내지 군전투력보존이라는 보호법익에 비추어 규제의 대상이 될 수

16) 이 점은 헌법재판소가 형법 제304조에 대한 위헌결정에서 분명히 밝힌 바 있다. 헌재 2009.11.26. 선고 2008헌바58, 2009헌바191 병합결정.

있는 행위를 선별해 보자면, 군부대 내에서 공연히 행해진 성행위이거나 강제에 의한 성폭력 정도일 것이다. 그 중에서 ‘강제에 의한 성폭력’에 해당하는 경우에는 형법상 강간죄나 강제추행죄 등의 처벌규정에 의하여 처벌할 수 있으며, 2009년 개정된 군형법 제92조 내지 제92조의4, 제92조의6 내지 제92조의8의 규정에 의하여 처벌되기 때문에 군형법상 추행죄를 존치해야 할 근거가 될 수 없다. 결국 ‘군대 내에서 공연히 행해진 비강제적인 성행위(동성간 및 이성간)’ 정도만 규제의 필요성이 인정될 수 있을 뿐이다.

그런데 군대라는 조직의 특수성 상 강제성없이 공연히 이루어진 성행위를 규제할 필요성이 인정된다고 하더라도(이는 동성애 성행위이건 이성애 성행위이건 같다) 이를 반드시 형사처벌로 규제할 필요가 있는가에 대해서도 형법의 보충성원칙의 관점에서 신중히 검토해 보아야 한다.

어떠한 조직 내지 공동체건 간에 질서유지를 위한 수단은 다층적으로 존재한다. 특히 군의 경우에는 군기 유지를 위하여 상대적으로 다른 공동체보다 엄정한 복무규율이 행해지고 징계 등의 제재조치 또한 엄격하게 부과되고 있다. 군이라는 조직은 군기문란행위에 대한 규제에 있어서 군복무규율상 징계조치나 강제전역조치 등 군 내부의 질서유지수단이 다른 어떤 조직보다 상대적으로 강력하게 작동하는 조직이라는 점에서도 그 특수성이 인정될 수 있다. 즉, 군이라는 조직의 특수성은 형사처벌이라는 수단에의 의존성을 오히려 낮게 평가할 수 있는 근거가 될 수도 있다.

이에 비추어 보면, 동성애 내지 이성애 성행위가 군영 내에서 근무시간 중에 있었던 경우에는 군기를 문란하게 할 우려가 인정될 수도 있겠지만, 그 불법성의 정도가 강제적 성폭력보다 현저히 낮다는 점, 그리고 군복무규율상의 징계 등의 제재조치가 상당히 실효성있는 수단이라는 점을 고려하면 형사처벌의 필요성은 거의 없다고 보아야 할 것이다. 실제 군대 내의 이성 간의 성적 행위는 현행법상 징계로써만 규율되고 있다. 군영 내의 동성애 성행위에 대해 징계조치로 대응해도 충분하다는 점은 군영내의 이성 간의 성행위가 문제되는 경우와 마찬가지로 보면 된다. 이 경우에 징계조치는 동성 간 내지 이성 간의 성행위가 군대 내에서 행해져서 군기강에 부정적인 영향을 미친다는 점이 근거가 될 수 있다. 이렇게 보면, 동성애는 형사처벌의 대상이고 이성간의 성행위는 단지 징계의 대상에 불과하다는 차별적 규제는 합리적인 근거가 전혀 없는 반헌법적인 차별정책일 뿐이다.

다른 한편, 실제 사회문화적으로 존재하는 동성애에 대한 편견은 그 자체로 솔직하게 인정할 필요가 있다. 군대 내에서 - 사회문화적으로도 - 동성애자인 군동료에 대하여 이성애자들이 느끼는 다소간의 혐오의 감정이 존재한다는 현실은 부정할 수 없고 또 부정해서도 안 될 것이다. 위에서는 동성애에 대한 다른 군복무자들의 심리적 혐오감이나 편견이 군인 간의 비강제적 동성애 성행위를 처벌할 정

당한 근거가 될 수 없다는 점을 분명히 지적하였지만, 그러한 혐오문화는 군대문화의 실체로서 존재하고 있다. 그러나 그렇다고 하더라도 동성애 성행위를 형사처벌하는 것은 이러한 편견의 극복을 위한 유용한 수단이 아니며, 오히려 군대 내의 동성애에 대한 잘못된 편견을 조장 내지 옹호하는 것일 뿐이다. 군대 내의 동성애에 대한 편견을 극복하기 위하여 정작 필요한 정책은 동성애 성행위에 대한 차별적인 형사처벌이 아니라 동성애자 군복무자들이 겪는 차별과 고통을 극복할 수 있도록 하는 제도적 장치를 마련하는 일이다. 이는 동시에 동성애에 대하여 혐오의 감정을 가지고 있는 군복무자들의 심리적 불편감을 해소하는 방안이어야 한다. 예를 들어, 동성애자의 군복무를 금지하지 않는 이스라엘이나 캐나다 등의 국가에서는 성적 지향의 차이로 인한 군복무자들간의 불화와 갈등의 문제는 동성애자 군인에게 특혜를 주는 방식이 아니라 대체로 동성애자가 아닌 군인의 불편함을 덜어주는 조치로 이루어진다고 한다. 이성애자 군복무자가 동성애자와 침실을 함께 쓰는 것에 심리적 불편함이나 애로를 느끼는 경우 보직이나 병영배치를 변경해 주도록 하거나 동성애자와 함께 샤워하는 것을 혐오하는 경우 별도의 샤워가 가능하도록 배려하는 등의 조치가 그것이다.¹⁷⁾

3) 법익균형성의 측면

법익균형성 원칙은 기본권의 제한이 의도하는 공익적 목적에의 기여효과와 기본권제한에 의하여 침해되는 사익 간의 비교형량을 요구한다. 우선 이 사건 법률조항에 의하여 침해되는 이익은 성적 자기결정권과 사생활의 비밀과 자유라는 기본권이다. 이는 개인의 내밀한 성생활의 영역에 속하는 것일 뿐만 아니라 인격권 발현 및 행복추구권 실현의 핵심적인 내용을 구성하는 것이기 때문에 다른 어떤 기본권보다도 헌법상 강한 보호가 요구되는 영역이다. 뿐만 아니라 앞서 언급하였듯이, 균형법상 추행죄의 형사처벌로 인하여 당사자의 내면의 세계에 속하는 성적 지향이 외부로 드러나게 됨으로써 성적 지향 등 사생활의 비밀에 속하는 사항이 함부로 공개되지 않도록 할 권리도 침해될 수밖에 없다. 이에 비하여 이 사건 법률조항에 의하여 추구되는 공익은 군기강확립 및 군전투력 보존이라는 이익인데, 앞서 서술한 바와 같이, 군인 간의 비강제적인 성행위가 군기 확립 및 군전투력 보존이라는 법익에 위해를 야기한다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 추행죄의 처벌은 실제로는 군대 내에서 동성애에 대한 혐오감을 옹호하거나 유지하는 기능을 수행할 뿐이다. 다만, 군부대 내에서 공연히 성행위가 이루어진 경우에는 군기를 문란하게 할 위험이 일응 인정될 수도 있을 테지만 그와 같은 행위는 군인복무규율 상의 징

17) Belkin, 앞의 글, p.114.

계조치로서도 충분히 규제할 수 있다고 보아야 한다. 더 나아가서 군대 내 동성애자의 존재로 인한 동료 군인들의 불편함이 군기 확립에 지장을 초래할 위험이 있다고 인정하더라도 이는 앞서 언급한 바와 같이, 군내 내의 탄력적인 배려와 보호 조치를 통해 얼마든지 극복할 수 있는 것이다.

따라서 추행죄의 형사처벌이 군기강확립 및 군전투력보존이라는 법익의 보호에 기여하는 효과는 결코 과대포장되어서는 안 된다. 반면에, 인격권 발현의 기초가 되는 성적 자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유에 대한 침해의 정도는 매우 큰 것이어서 추행죄 처벌규정은 결국 법익균형성의 원칙의 비교형량에서도 정당성을 인정받을 수 없다.

4. 결론

합의에 의한 동성애 성행위의 형사처벌은 군기강유지를 보호법익으로 한다고 말하지만, 정작 보호되는 것은 오직 동성애에 대한 편견 내지 호모포비아뿐이다. 그것은 극복의 대상이지 형법적 보호를 부여할 만한 가치가 아니다. 다소 적나라하게 말하자면, 균형법상 추행죄의 실질적인 기능은 군대 내에서 이성애 지향의 대다수 군인들이 가지고 있을 동성애에 대한 혐오감을 유지·강화함으로써 동성애에 대한 사회적 편견에 기대어 군대 내 기강을 확립하고자 하는 것에 불과하다.

동성애는 성적 자기결정권의 내용으로 그 자체로 존중되고 보호되어야 하며, 이는 군대라고 하여도 예외가 될 수 없다. 강제력이 수반된 성폭력범죄에 해당한다면 성폭력 처벌규정에 의하여 처벌해야 할 것이며, 강제적 성폭력범죄를 처벌하기 위한 편법으로 추행죄가 필요하다는 논리는 정당성을 가질 수 없다. 다만, 합의에 의한 성행위의 경우에도 만약 병영 내에서 혹은 근무시간 중에 공공연하게 성행위가 이루어진다면 그러한 행위에 대한 규제가 필요할 수 있다. 이 점에서는 남성 간 동성애 성행위만이 문제되는 것은 아니며 이성간 성행위, 여성간 성행위도 동일하게 문제될 수 있다. 그러나 중요한 것은 규제가 필요하다고 하더라도 형법의 보충성원칙에 비추어 볼 때 형사처벌보다는 군인사법상의 징계처분이나 전역조치 등으로 충분히 규제가 가능하다는 점이다.

결론적으로 추행죄의 형사처벌은 과잉입법이자 차별입법이다. 추행죄 규정은 삭제되어야 한다. 대신에 이제 우리가 진정으로 고민해야 할 과제는 군대 내의 동성애자에 대하여 헌법적 보호원칙을 확인하고 그들의 고통과 차별을 적극적으로 해소할 수 있는 정책을 도입하는 것이다.¹⁸⁾ 동성애(자)에 대해 규제일변도로 통제하

18) 한채윤, “벽장비우기 - 레즈비언 섹슈얼리티와 이성애주의”, 변혜정 엮음, 「섹슈얼리티

는 차원 혹은 그들은 환자 취급하면서 치료의 대상으로 여기는 차원이 아니라, 그들의 삶을 있는 그대로 이해하고 배려하는 조치로 이루어져야 한다. 진정으로 필요한 것은 동성애에 대한 편견없는 보호와 승인이다.

강의, 두 번째」, 동녘, 2006, 249-270면 참조.

【지정토론】

군형법상의 추행죄 규정, 입법론적으로 타당한가?

최재석

(변호사, 법무법인 한신, 前 국방부 고등군사법원장)

1. 개관

2013.3.5. 국회는 군형법중 제15장 강간과 추행의 죄의 내용 일부를 개정하였다. 최근 있었던 형법 개정에 맞춰, 강간의 객체를 ‘부녀’에서 ‘사람’으로 바꾸고 유사강간죄를 신설하였으며, 강간죄 등에 대한 친고죄 규정을 폐지하였고, 그동안 위헌 논란이 있었던 추행죄의 구성요건을 ‘계간이나 그밖의 추행’에서 ‘항문성교나 그밖의 추행’으로 변경하였다.

그러나, 금번 군형법개정을 ‘개선입법’이라고 평가하기는 곤란하다. 법률개정에도 불구하고 기존의 법적 문제점이 여전히 해소되지 아니하거나 오히려 법적 논란을 가중시키는 측면이 있기 때문이다. 법률가의 한 사람으로서 최근의 형법 개정 내용과 군형법 제15장 전반에 관하여 많은 문제점을 지적할 수 있겠으나, 여기에서는 군형법 제15장 개정내용중 추행죄에 한정하여 간단히 논의해보기로 한다.

2. 대한민국 군형법상 추행죄의 연혁

1) 국방경비법(1948.7.5. 공포, 8.4. 발효)상 추행죄에 관한 조문은 다음과 같다.

제2편 죄

제10장 기타각종의 범죄

제50조 기타각종의 범죄

여하한 군법피적용자든지 자해, 방화, 야도, 가택침입, 강도, 절도, 횡령, 위증, 문서위조, 계간, 중죄를 범할 목적으로 행한 폭행, 위험한 흉기 기구 기타 물건으로 신체상해의 목적으로 행한 폭행, 또는 신체상해의 목적으로 행한 폭행, 또는 사기 혹은 공갈을 범하는 자는 군법회의에 의하여 처벌함.

최고형벌표에 의한 계간죄의 법정형은 불명예제대 및 전급여 및 수당의 몰수.

그리고 5년 이하의 징역이었다.

2) 1962년 제정된 균형법은 다음과 같은 추행죄 조문을 두었다.

제15장 기타의 죄

제92조(추행) 계간 기타 추행을 한 자는 1년이하의 징역에 처한다.

3) 위 조문은 40년 넘게 유지되어오다가, 2009.11.2. ‘강간과 추행의 죄’라는 새로운 제15장을 마련하여 강간죄, 강제추행죄 등을 신설하면서 기존 ‘기타의 죄’의 장에 있었던 추행죄를 ‘강간과 추행의 죄’의 장의 일죄로 편입시키고 그 구성요건의 “계간 기타 추행”이라는 표현을 “계간이나 그 밖의 추행”으로 바꾸고 법정형을 상향하였다.

제15장 강간과 추행의 죄 <개정 2009.11.2>

제92조 (강간) 폭행이나 협박으로 제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 부녀를 강간한 사람은 5년 이상의 유기징역에 처한다.[전문개정 2009.11.2]

제92조의2 (강제추행) 폭행이나 협박으로 제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 사람에 대하여 추행을 한 사람은 1년 이상의 유기징역에 처한다.[본조신설 2009.11.2]

제92조의3 (준강간, 준강제추행) 제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 사람의 심신상실 또는 항거불능 상태를 이용하여 간음 또는 추행을 한 사람은 제92조 및 제92조의2의 예에 따른다.[본조신설 2009.11.2]

제92조의4 (미수범) 제92조, 제92조의2 및 제92조의3의 미수범은 처벌한다.[본조신설 2009.11.2]

제92조의5 (추행) 계간(鷄姦)이나 그 밖의 추행을 한 사람은 2년 이하의 징역에 처한다.[본조신설 2009.11.2]

제92조의6 (강간 등 상해·치상) 제92조 및 제92조의2부터 제92조의4까지의 죄를 범한 사람이 제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 사람을 상해하거나 상해에 이르게 한 때에는 무기 또는 7년 이상의 징역에 처한다.[본조신설 2009.11.2]

제92조의7 (강간 등 살인·치사) 제92조 및 제92조의2부터 제92조의4까지의 죄를 범한 사람이 제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 사람을 살해한 때에는 사형 또는 무기징역에 처하고, 사망에 이르게 한 때에는 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다.[본조신설 2009.11.2]

제92조의8 (고소) 제92조 및 제92조의2부터 제92조의4까지의 죄는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다.[본조신설 2009.11.2]

4) 그리고 이번 2013.3.5. 국회본회의는 김광진 의원 대표발의안과 권성동 의원 대표발의안을 반영하여 법제사법위원회 대안으로서 마련된 군형법일부법률개정안을 의결하여 개정 형법의 시행일인 2013.6.19.에 맞춰 시행하기로 하였다.

※ 신·구조문대비표

현 행	개 정 안
<p>제84조(전지 강간) ① 전투지역 또는 점령 지역에서 <u>부녀를 강간한 사람은 사형에 처한다.</u></p> <p>② <u>제1항의 죄에 대한 공소에는 고소가 필요하지 아니하다.</u></p>	<p>제84조(전지 강간) ① ----- --<u>사람을</u>-----.</p> <p><삭 제></p>
<p>제92조(강간) 폭행이나 협박으로 제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 부녀를 강간한 사람은 5년 이상의 유기징역에 처한다.</p> <p><신 설></p>	<p>제92조(강간) ----- -----<u>사람을</u>----- -----.</p> <p>제92조의2(유사강간) <u>폭행이나 협박으로 제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 사람에게 대하여 구강, 항문 등 신체(성기는 제외한다)의 내부에 성기를 넣거나 성기, 항문에 손가락 등 신체(성기는 제외한다)의 일부 또는 도구를 넣는 행위를 한 사람은 3년 이상의 유기징역에 처한다.</u></p>
<p>제92조의2(강제추행) (생 략)</p>	<p>제92조의3(강제추행) (현행 제92조의2와 같음)</p>
<p>제92조의3(준강간, 준강제추행) 제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 사람의 심신상실 또는 항거불능 상태를 이용하여 간음 또는 추행을 한 사람은 제92조 및 제92조의2의 예에 따른다.</p>	<p>제92조의4(준강간, 준강제추행) ----- ----- -----<u>제92조, 제92조의2 및 제92조의3</u>----- --.</p>

현 행	개 정 안
<p>제92조의4(미수범) 제92조, 제92조의2 및 제92조의3의 미수범은 처벌한다.</p> <p>제92조의5(추행) 계간(鷄姦)이나 그 밖의 추행을 한 사람은 2년 이하의 징역에 처한다.</p> <p>제92조의6(강간 등 상해·치상) 제92조 및 제92조의2부터 제92조의4까지의 죄를 범한 사람이 제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 사람을 상해하거나 상해에 이르게 한 때에는 무기 또는 7년 이상의 징역에 처한다.</p> <p>제92조의7(강간 등 살인·치사) 제92조 및 제92조의2부터 제92조의4까지의 죄를 범한 사람이 제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 사람을 살해한 때에는 사형 또는 무기징역에 처하고, 사망에 이르게 한 때에는 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다.</p> <p>제92조의8(고소) 제92조 및 제92조의2부터 제92조의4까지의 죄는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다.</p>	<p>제92조의5(미수범) -----제92조의2부터 제92조의4까지-----.</p> <p>제92조의6(추행) 제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 사람에 대하여 항문성교나----- -----.</p> <p>제92조의7(강간 등 상해·치상) ----- -----제92조의5----- ----- -----.</p> <p>제92조의8(강간 등 살인·치사) ----- -----제92조의5----- ----- -----.</p> <p><삭 제></p>

부 칙

제1조(시행일) 이 법은 2013년 6월 19일부터 시행한다.

제2조(친고죄에 관한 경과조치) 이 법 시행 전에 행하여진 종전의 제92조 및 제92조의2부터 제92조의4까지의 죄에 대하여는 종전의 제92조의8을 적용한다.

3. 미국 통일군형사법(UCMJ) 및 군사법원규칙(MCM)상의 Sodomy

미국 통일군형사법(UCMJ)은 다음과 같은 "sodomy"라는 범죄조항을 두고 있고, 군사법원규칙(MCM)은 그 구성요건에 대하여 구체적으로 설명하고 있다.

Uniform Code of Military Justice (UCMJ)

TITLE 10 - ARMED FORCES

Subtitle A - General Military Law

PART II - PERSONNEL

CHAPTER 47 - UNIFORM CODE OF MILITARY JUSTICE

SUBCHAPTER X - PUNITIVE ARTICLES

§ 925. Art. 125. Sodomy

(a) Any person subject to this chapter who engages in unnatural carnal copulation with another person of the same or opposite sex or with an animal is guilty of sodomy. Penetration, however slight, is sufficient to complete the offense.

(b) Any person found guilty of sodomy shall be punished as a court-martial may direct.

(Aug. 10, 1956, ch. 1041, 70A Stat. 74.)

Manual for Courts-Martial 2012

51. Article 125—Sodomy

b. Elements.

(1) That the accused engaged in unnatural carnal copulation with a certain other person or with an animal. [Note: Add any of the following as applicable]

(2) That the act was done with a child under the age of 12.

(3) That the act was done with a child who had attained the age of 12 but was under the age of 16.

(4) That the act was done by force and without the consent of the other person.

c. Explanation. It is unnatural carnal copulation for a person to take into that person's mouth or anus the sexual organ of another person or of an animal; or to place that person's sexual organ in the mouth or anus of another person or of an animal; or to have carnal copulation in any opening of the body, except the sexual parts, with another person; or to have carnal copulation with an animal.

d. Lesser included offenses.

(1) With a child under the age of 16.

(a) Article 125—forcible sodomy (and offenses included therein; see subparagraph (2) below)

(b) Article 80—attempts

(2) Forcible sodomy.

(a) Article 125 — sodomy (and offenses included therein; see subparagraph (3)

below)

(b) Article 134—assault with intent to commit sodomy

(c) Article 80—attempts.

(3) Sodomy. Article 80—attempts [Note: Consider lesser included offenses under Art. 120, depending on the factual circumstances in each case.]

e. Maximum punishment.

(1) By force and without consent. Dishonorable discharge, forfeiture of all pay and allowances, and confinement for life without eligibility for parole.

(2) With a child who, at the time of the offense, has attained the age of 12 but is under the age of 16 years. Dishonorable discharge, forfeiture of all pay and allowances, and confinement for 20 years.

(3) With a child under the age of 12 years at the time of the offense. Dishonorable discharge, forfeiture of all pay and allowances, and confinement for life without eligibility for parole.

(4) Other cases. Dishonorable discharge, forfeiture of all pay and allowances, and confinement for 5 years.

f. Sample specification. In that (personal jurisdiction data), did, (at/on board—location) (subject-matter jurisdiction data, if required), on or about 20 , commit sodomy with , (a child under the age of 12) (a child who had attained the age of 12 but was under the age of 16) (by force and without the consent of the said).

4. 군내 성군기 문란행위 처벌수단과 군내 동성애자 정책의 분리 필요

최근까지 군당국은 군형법상의 추행, 즉 계간 그밖의 추행에 대한 처벌을 군내 동성애 행위에 대한 처벌과 동일시하거나 상당부분 겹치는 것으로 보고 법집행을 해 왔다. 그러나 이러한 고정관념은 근본적으로 재고할 필요가 있다. 동성애이든, 이성애이든 공연성 내지 폭력성을 동반함과 동시에 건전한 군내 질서와 기강을 훼손하는 정도의 행위를 한 사람에 대해서는 형사벌, 징계벌, 인사처리로서 그 책임을 묻고 군외부로 방출하여야 할 것이나, 동성애자이든, 이성애자이든, 양성애자이든 그 사람의 애정과 성적 표현행위가 내밀한 사적 공간에서, 또한 상호간의 자발적 의사합치에 따라 이루어지는 경우 이는 그들의 헌법상 성적 자기결정권, 평등권, 사생활의 비밀과 자유를 보호하는 측면에서 국가(군)은 방임하여야 한다. 이러한 관점에서 지금까지 군형법상 추행죄의 위헌성에 대한 도전(constitutional

challenge)이 여러번 있었으나 헌법재판소는 지금까지 그 합헌성을 인정하고 있다.

하지만 지금까지의 문화적, 법이론적, 실체법적 도전과 공론화를 통하여 국민들의 대다수는 물론 군내 정책결정권자들의 인식이 보다 개방적이고 유연하게 변화되어 온 것은 사실이다. 그리하여 몇 년전 국방부는 군장병인권보장 차원에서 군내 동성애자에 대한 무조건적인 징계별이나 현역복무부적격처리를 지양할 것을 군에 시달한 바 있다. 이제 이러한 관용 내지 불간섭의 입장은 형사법적으로도 확장시킬 필요가 있다. 즉, 동성애자에 대한 처벌수단으로 활용될 수 있는 현행 규정 자체를 폐지하거나 그 구성요건을 근본적으로 변경하여야 한다. 이번에 개정된 추행죄 규정은 여전히 형벌법규의 명확성의 원칙, 과잉금지의 원칙 등에 반한다.

5. 개정 추행죄 구성요건의 문제점 및 그 해결책

기존의 “계간(鷄姦)이나 그 밖의 추행을 한 사람은 2년 이하의 징역에 처한다.”라는 규정은 “제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 사람에 대하여 항문성교나 그 밖의 추행을 한 사람은 2년 이하의 징역에 처한다.”라는 규정으로 개정되었다.

우선, 행위객체를 균형법피적용자로 한정된 것은 기존 대법원의 입장(1973.9.25.73도1915)을 법률에 반영했다는 것 이외의 특별한 의미는 없다.

다음, ‘계간’이라는 표현을 ‘항문성교’로 바꾼 것은 일견 용어를 순화시키고 개념을 명확화한 것으로 보이나, 반드시 그런 것만은 아니다. 기존의 ‘계간’이라는 표현은 남색(男色)의 다른 표현으로서, 남성 간의 또는 사람과 동물간의 비정상적인 성교행위를 의미하는 것으로 인식되었다. 그런데 이것이 ‘항문성교’로 변경되었는데, 과연 ‘계간’ = ‘항문성교’인가? ‘항문성교’(anal intercourse)는 남성 간만 아니라, 이성간에도 가능한 것인데, 과연 항문성교를 처벌한다는 규정으로 이러한 이성간의 행위에 대해서도 국가가 관여하여 처벌하려는 것이 금번 입법자의 의지인가?

한편, ‘그밖의 추행’의 개념은 어디까지인가? 균형법상의 추행의 개념을 형법상의 추행 개념과 달리 보는 대법원의 입장(대법원 2002.4.26.선고 2001도2417판결; 2002.8.23.선고 2002도2860판결; 2005.7.14.선고 2003도7107판결; 2008.5.29.선고 2008도2222판결 등)과 헌법재판소의 입장(2002.6.27.선고 2001헌바70 결정 등)에도 불구하고 ‘추행’의 개념 내지 ‘그밖의’의 개념은 너무나 추상적이고 포괄적

이다. 강제추행죄와 달리 폭행, 협박을 요구하지 아니하고, 공연음란죄와 달리 공연성을 요구하지 않는 군형법의 '추행죄'는 과연 어떠한 공간과 상황속의 어떠한 행위까지 국가형벌권의 대상으로 삼으려 하는가? 통상적으로 '추행'이란 음란한 행위, 건전한 사회인에게 수치심을 일으키게 하는 일체의 행위를 일컫는데, 내밀한 사적 공간내에서의 1인의 성적 행위 또는 복수의 사람간의 합의된 성적 행위는 그 자발성(합의성)과 비공연성으로 인하여 대중의 수치심 유발이 불가능한 것이 아닌가?

앞서 말한 바와 같이 군공동체안에서 이루어지는 '자발적' 성적 표현행위가 군구성원들의 건전한 감정과 도덕심을 해할 정도의 '공연성'을 갖는다면 이는 공연음란죄로 처벌하거나 징계처벌로 책임을 물을 수 있을 것이고, 폭행, 협박, 위력 등 폭력성 내지 강제성을 수반하는 경우 그에 맞는 (군)형법조항으로 처벌하면 되는 것이다. 군형법상 추행죄는 폐지되어야 한다. 추행죄가 폐지된다 하여 군기강이 훼손되거나 어떠한 범죄의 피해자를 보호하지 못할 염려는 없다. 다른 군형법과 형법, 특별형법의 규정으로 국가(군)와 개인의 법익은 충분히 보호될 수 있다. 추행죄 폐지를 통하여 국가형벌권의 오남용을 방지하고 병역의무를 성실히 수행하는 평화주의자들의 불필요한 죄의식을 해소해줄 필요가 있다.

【지정토론】

군형법 92조는 군대 내 성인식 관리가 아닌 동성애자 병사 인권침해 조항이다

최지나

(한국성폭력상담소 사무국장)

합리적 근거 없는 군대의 불안 - 동성 병사들의 성적 관계에 대한 우려

그동안 군형법상 추행죄가 합의에 의한 동성 간 성적 행위 처벌 보다 성폭력 범죄의 친고죄 규정으로 인한 처벌의 공백을 막기 위해 적용되어 형법의 강제추행죄를 비친고죄화하는 기능을 주로 수행하였다면, 친고죄 폐지 이후 군형법상 추행죄의 주요 기능은 전자의 처벌에 집중될 가능성이 크다는 분석에 주목해야한다. 군형법 92조가 이와 같은 기능을 해왔다는 것은 군대 내 성폭력 근절에 대한 단호한 의지라기보다, 군대 내에서 남성 군인 간 발생하는 어떤 과정의 성행위도 별하겠다는 군대의 의지였다고 보아야 한다.

이제 군형법상 추행되는 남성 병사 간 합의에 의한 성관계를 포함한 성적 접촉을 처벌하는 조항으로서 군대 내 호모포비아를 더욱 가중시키는 반인권적 결과를 가져올 것이 우려된다. 이러한 지점에서 국회 법제사법위원회가 군형법 92조 개정 후 예상되는 문제점에 대한 구체적인 논의 없이, 국방부의 제안이었던 ‘계간’을 ‘항문성교’로 수정하는 안을 대안으로 반영하여 본회의에서 통과시킨 이번 법 개정 과정은 엄격히 평가되어야 한다. 군대가 외부 사회의 변화보다 더욱 경직될 수밖에 없는 조직이라 하더라도, 언젠가는 변화를 맞이해야하고 군대는 그것을 적극적으로 노력할 필요가 있다. 군대는 2012년 UPR의 군형법 92조 폐지 권고도 그러한 외부 사회 흐름과 자극으로 받아들여야 한다.

이번 군형법 92조 개정의 취지는 ‘항문성교’라는 (주체의 성별 등의 지점에서 모호성이 있으나) 구체적인 행위를 명시하여 처벌하려 했다가보다 ‘계간’이라는 문구를 대체하기 위한 다른 용어를 선택한 결과이다. 결국 군대 내 ‘남성’ 병사 간 성적행위를 처벌할 목적으로 법조항을 유지하기위하여 이와 같은 더욱 모호한 조항으로 남게 된 것이다.

군대 내에서 동성애를 허용하면 많은 문제가 발생할 것이라는 군대의 입장은 합리적 근거가 없음을 이야기한 발제자의 분석에 동의한다. 발제자가 인용한 바와 같이, 대법원과 헌법재판소는 군형법 92조 위헌소송에서 합헌결정을 내리며 군형법상 추행죄의 주된 보호법익을 '개인의 성적 자유'가 아닌 '군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기'라는 사회적 법익이라고 설명하였다. 만약 군대 내 기강문제로 이와 같은 법조항 마련이 불가피하다면, 그 전에 군대라는 다수의 사람이 모여서 생활하는 공간 안에서 성문제를 어떻게 다룰 것인가에 대한 깊은 고민이 우선하였는지 군대 스스로 되물어야 한다. 남성들이 대다수로 함께 모이는 공간인 군대에서 남성 간 성적접촉을 경계하여 강한 법적 처벌을 마련한 것은 호모포비아적 발상에 다름 아니다. 물론 (행위자의 성별과 무관하게) 합의에 의한 성적 접촉이라도 군대 내 공공 공간에서는 일종의 환경형 성희롱을 유발하거나, 군인 개인의 관점에 따라 불쾌한 성적 환경 조성으로 인식될 수 있다. 그러나 이와 같은 상황도 역시 군대라는 서열과 위계 생활 질서가 강하게 형성된 공간에서 빈번히 발생할 것이라는 예상은 비합리적이다.

군대 내 성문제는 잘못된 사회 통념적 성의식을 유지하는 군대문화에서 비롯된다

한국 군대와 다른 조직의 사례이나, 미국의 경우 직장에서 섹슈얼리티를 활용하는 방법에 대한 서적과 연구물이 발간되고 있다. 그만큼 다수의 사람이 모인 공간에서 성적인 이슈를 만나는 것은 필연적이다. 개인 간 성적인 관계들은 대표적인 사적영역이며 법제도로 모두 규율하는 것은 불가능하다. 그렇기 때문에 성폭력이나 특정 섹슈얼리티와 젠더에 대한 혐오가 발생하지 않는 건강한 조직 내 성문화를 만들기 위해서는 많은 고민과 토론이 필요하며 제도는 최소화 되어야 한다. 따라서 한국의 군대와 같이, 공동 거주공간이 있으나 물리적인 사적 영역이 적은 조직에서 성을 어떻게 다룰 것인가는 매우 중요한 문제이다. 군형법 92조와 같은 인권 침해적 법조항을 유지하여 군인들의 성적인 역동이나 관계들을 모두 통제할 수 없다.

현재 군인들의 성의식을 보여줄 수 있는 대표적인 사례는 성폭력과 성매매, 그리고 호모포비아라고 생각한다. 군대 내 성폭력은 가혹행위의 형태로도 나타나지만 당사자들의 가치관이나 계급차에 따라 장난이나 친밀감의 표현 등으로 인식되기도 한다. 또한 군인들이 군복무중 불법적으로 운영되는 성매매업소를 이용하여 성구매를 하는 경우도 존재한다.

지난 2011년 5월에 드러난 해병대 성폭력 사건 당시 군 관계자는 한 언론을 통해, 이번 사건이 안타깝다는 의견을 내보이며 "성추행 사건은 개인 성향의 문제여서 뚜렷한 대책 마련이 쉽지 않은 게 현실(<세계일보> 2011년 5월 24일자)"이라고 밝혔다. 남성 군인간 성폭력 가해의 이유를 개인의 성향(섹슈얼리티) 즉, '동성애' 때문이라고 한다면, 그것은 성폭력의 모든 원인을 성욕으로 귀인시키는 잘못된 분석이며, 무엇보다 호모포비아(동성애 혐오)적 발언이자 군대 내 성폭력의 발생 원인을 흐리는 말이다.

국가인권위원회의 용역을 받아 본 단체에서 실시한 군대 내 성폭력 실태조사(2004)에서 나타난 주요 내용은 다음과 같다. 당시 응답에 참여한 671명 중 성폭력 피해가 있다고 응답한 사람은 15.4%였으며, 성폭력 발생을 듣거나 본 사람은 24.7%였다. 가해경험이 있다고 응답한 사람도 7.2%였다. 또한 81.7%에 달하는 사람들이 신체성폭력의 가해와 피해 경험을 동시에 갖고 있었다. 이것은 군대 내 남성 간 성폭력이 군 계급의 위계질서를 유지하는 수단으로 사용되고 있다는 것을 말해준다. 친밀감을 형성하는 성적 농담이라도 강한 계급사회에서는 강제성을 동반할 수 있으며, 이는 성희롱이 된다. 그렇다면 군대 밖 사회에서는 성희롱, 성추행으로 문제될 사안들이 군대 내에서는 일상적으로 발생할 가능성이 크다고 볼 수 있다.

당시 조사에서 밝혀진 군대 내 남성 간 성폭력의 지속적인 발생 맥락은 다음과 같다. 남성성의 과시와 획득을 위한 가해행위, 일상적인 성폭력을 성폭력이라고 하기보다 가해자들의 논리인 '친밀감과 장난'으로 표현함으로써 자신을 성폭력 피해자로 명명하지 않겠다는 피해자들의 다짐이다. 더불어 사실을 신고할 경우 수년간 한 공간에서 지내야 하는 군대 생활이 수월치 않아질 것이라는 예측, 그리고 사실이 알려질 경우 동성애자로 낙인찍힐 것이라는 불안감 등도 군대에서 남성 간 성폭력이 계속 발생하는 원인으로 꼽혔다. 이처럼 군대 내 동성간 성폭력은 호모포비아와 위계에 의한 폭력의 사이에서 피해 당사자와 가해자, 군대 모두에게 복잡하고 피하고 싶은 문제로 얽혀 온 것이다.

일부에서는 군대 내 남성 간 성폭력 사건을 '동성애자들의 폭력적인 행위'로 치부하기도 한다. 그러나 이것은 사실이 아니며 군대 내 성폭력 사건의 발생과 해결 과정은 앞서 조사에서도 나타난 바, 직·간접적으로 동성애 혐오를 동반하여 나타난 추측일 뿐이다. 동성간 성행위를 경험하는 것과 자신의 성적체성을 규정하는 것은 다른 문제이다. 이러한 지점 역시 군대 내에서 발생하는 동성 간 성폭력 및 성과 관련된 이슈들을 다루고 해결하는데 군대가 더 깊은 고민과 논의가 부재해 있었음

을 말해준다.

군대 내 성의식 문제를 점검해야할 또 다른 사안은 군인들의 성구매에 대한 군대의 태도이다. 실제 군부대 주변 지역은 성산업과 밀접한 관계가 있다. 한국 군대는 미군들의 사기진작을 위하여 정부 주도하에 '기지촌'이라고 불리는 성매매집결지를 마련한 바 있으며 한국군 군대 주변 지역에 성매매 밀집지역이 존재하기도 한다. 이와 같이 군대가 군인들에 대한 보상 또는 복지의 의미로 성구매를 방조한 것은 부인할 수 없는 사실이다.

남성의 성욕은 조절 불가능하며 (국가가) 관리하고 다뤄주어야 한다는 발상은 성매매와 성폭력이 존재하는 사회의 공통점이자 추상적이고 비합리적인 관점이다. 이러한 관점은 남성들이 여성을 성적대상화하거나 타인의 성적 권리를 침해하는 것에 죄책감을 느끼지 못하는 이유가 되기도 한다. 성산업을 이용하는 것이 불가피하게 여겨지고, 계급을 권력으로 이용하여 성폭력을 장난으로 명명할 수 있는 상황에서 타인의 성적자기결정권을 존중하는 태도가 형성될 리 없다.

호모포비아의 경우 대표적으로 군대 내에서 근절되어야할 성의식이다. 군대가 군인 간에 부정적인 성의식이 확산되지 않도록 해야 하는 의무가 있다면 호모포비아 역시 마땅히 근절되고 '교정'되어야할 성의식이다. 앞서 언급한 성폭력과 성매매에 대한 군인들의 '가벼운' 인식은 군대 내 호모포비아의 확산과도 밀접한 연관이 있다. 군대 내에서 성폭력의 대상이 되는 군인들은 대부분 '여성화된' 존재들이며 이때 가해자 대다수는 이성애자 남성이다. 군대 내 성소수자들이 괴롭힘과 폭력에 노출되기 쉬운 것도, 여성 혹은 성소수자는 군대라는 남성조직에서 남성성이 결핍된 존재로 인식되는 남성-군대문화에서 비롯된다. 군대 내에서 규제해야할 것은 군인 개인들의 섹슈얼리티가 아닌, 바로 타인에 대한 폭력으로 표출되는 이와 같은 통념에 근거한 행위들이다.

‘항문성교’ 개정, 군대 내 인권문제에 대한 성찰과 군형법 92조 폐지가 필요한 시점이다

군대는 다수의 남성들이 성인이 되어 머무르는 공간이자, 한국 남성들의 연대를 상징하는 '아이콘'이다. 그러나 심심치 않게 등장하는 성폭력을 비롯한 폭력 사건, 사병들의 자살 사건은 군대라는 위계적인 공간의 부정적인 결과를 보여준다. 지난 몇 년간 진행되어온 군형법 92조 개정 논란 역시 군대의 부족한 인권의식을 보여

주는 중요한 사건이었다. 이러한 사건들은 군인들뿐만 아니라 군대와 밀접한 관련을 맺고 살아가는 국민 모두에게 안타까움을 안겨주고 있다. 군대는 시대의 흐름에 따라 계속 변화를 꾀하고 있다는 것은 시민 모두가 인지하고 있다. 그러나 이러한 사건들을 겪으면서 군인 개개인들의 인권문제에는 여전히 군대가 소홀하여 해결해야 할 문제가 산재한 것 아닌지 염려할 수밖에 없다.

군형법 92조는 군의 기강과 전투력을 지키는 것이 아니라, 군대 내 구성원들의 호모포비아를 더욱 가중시킬 뿐이라는 발제자의 분석에 동의한다. 이와 같은 조항의 유지는 군대 내 인권침해 요소를 유지하고 강화시킬 것이다.

군형법상 추행되는 군대 내 기강이나 성폭력의 문제가 아닌 군대의 인권 관점의 문제이다. 군 기강을 이유로 군인 개개인의 어떤 행동을 제재하는 방식은 가장 손쉽지만, 또 다른 문제들을 만들어낼 수 있는 방식이다. 군대는 군인들의 성행위와 성적 가치관 등에 대하여 암묵적인 용인과 군형법상 처벌을 모두 사용하고 있다. 군대 내 성폭력은 당연히 처벌대상으로 분류하고 있으나 군인들의 성구매는 불법적인 상황임에도 불구하고 암묵적으로 용인되고 동성 병사 간 합의에 의한 성관계는 '성적 기강'의 문제로 별도의 법 규정을 두어 처벌하고 있다. 관리되어야 할 섹슈얼리티와 처벌받아야 할 섹슈얼리티가 이성애중심적인 사고로 분명하게 나뉘어져 있는 상황이다. 군대가 군인들의 성의식을 점검하고 변화시키려는 태도에서 '군대의 특성'을 이유로 인권의 관점을 배제하는 태도를 변화시키지 않거나 자의적으로 해석하는 것은 심각한 문제이다. 무엇보다 호모포비아와 같은 잘못된 사회통념을 군형법으로 불법화했다는 지점을 가장 큰 문제로 보아야 한다.

군형법 92조 폐지는 국제사회의 염원이자 군대 내 인권 증진을 위하여 필연적으로 완수해야 할 모두의 과제이다. 이번 법 개정의 과오가 군인들에게 직접적인 피해로 이어지지 않도록 국회가 발 빠른 움직임을 보여줄 것을 기대한다.

(* 본 원고의 [군대 내 성폭력 실태조사] 자료 인용 부분은 필자가 오마이뉴스 2011년 6월 28일자에 기고한 <휴가 후 복귀하면 "성관계 하고 왔냐" 제2의 김일병들, 군대는 여전히 슬프다>를 재인용하여 수정·보완하였음을 밝힙니다.)

【지정토론】

군형법 제92조의6에 대한 지정토론문

이광표

(중령, 국방부 법무관리관실 군 사법 담당)

I. 2013년 군형법 개정안 입법추진경과

성범죄 친고죄 폐지 및 유사강간죄 신설을 주요골자로 하는 형법개정안이 국회 대안으로 2012.12.18. 개정되었으나, 군형법 부분은 개정되지 않아 형법 시행예정일인 2013.6.19.일 이전에 개정할 입법소요가 발생하였습니다.

이에 따라 권성동의원, 김광진의원, 남인순의원이 군형법 개정안을 발의하였고, 합의에 의하는 추행의 경우에도 처벌하는 것을 주요 내용으로 하는 군형법의 권성동의원안과 김광진의원안을 통합하여 법사위 대안으로 작성하여 국회에서 의결되었습니다. 즉, 개정법률은 새누리당 권성동 의원, 민주통합당 김광진 의원 모두 합의에 의한 추행의 처벌의 필요성을 인정하고 헌법재판소와 대법원의 판례를 반영하여 의원입법으로 추진한 것입니다.

II. 군형법상 추행죄에 대한 개별적 검토

1. 추행죄는 동성애자 처벌규정이 아닙니다.

군형법상 추행죄는 동성애자 처벌규정이 아닙니다. 오히려 국방부 훈령인 부대관리훈령은 동성애자에 대한 차별을 명백히 금지하고 있습니다. 군형법은 성적 정체성을 이유로 한 어떠한 처벌규정도 없습니다. 즉, 군형법상 추행죄는 ‘군기를 침해하는 비정상적인 성적 만족행위¹⁾를 처벌하기 위한 조문이며, 범죄의 주체와 객체는 반드시 동성이어야 하는 법률적 제한은 없으며 이성인 경우에도 군형법상 추행죄 인정이 불가능한 것은 아닙니다.

법원에서 재판관들이 판단할 문제이나 이성간이라고 하더라도 ‘군기를 침해하는

1) 대판 2008.5.29.선고2008도2222

비정상적인 성적 만족행위'를 한 것이 인정된다면 균형법상 추행죄의 적용가능성을 배제하기는 어려울 것으로 판단됩니다. 다만, 여군이 군에서 차지하는 비율이 아직은 많지 않고, 여군은 모두 간부이므로 영내생활을 하지 않는 점 등을 고려하여 보면 영외에서 '비정상적인 성적 만족행위'가 발생할 가능성이 적고, 설령 발생하였다고 하더라도 이를 인지하기는 극히 어렵다는 한계를 인정할 수밖에 없습니다.

2. 합의에 의한 추행도 처벌할 필요성이 있습니다.

가. 상호합의하여도 형벌권행사 필요성은 여전히 존재합니다.

균형법상 추행죄는 사회적 법익에 관한 죄입니다.

합의한 경우에 처벌하지 않는 범죄들은 주로 개인적 법익에 관한 범죄로 그 이유는 개인적 법익의 침해에 대하여 개인이 동의하였다면 국가의 적극적 형벌권행사의 필요성이 소멸되었기 때문이다.

그러나, 사회적 법익 내지 국가적 법익의 경우에는 범죄의 객체와 보호되는 법익이 구분되고 범죄의 객체인 피해자와 합의하거나 처벌을 원하지 않는 경우라고 하더라도 보호되는 사회적 법익에 따른 국가 형벌권행사의 필요성이 소멸되는 것은 아닙니다.

균형법상 추행죄는 형법과 달리 '개인적인 법익'의 범죄가 아니라, '사회적 법익'²⁾에 관한 죄이므로 '합의'여부가 범죄의 핵심요소가 아니며 따라서 국가형벌권의 행사 필요성이 여전히 존재하고 있는 것입니다.

나. '비정상적인 성적 만족행위'는 형사처벌할 필요성이 있습니다.

군의 위계질서 등 군기강은 군의 핵심요소입니다. 폐쇄된 집단생활을 하는 군의 특성상 병영에서의 합의에 의한 상호간의 성행위를 허용하는 경우 군의 위계질서에 큰 손상이 발생할 것으로 판단되며, 결국 강한 군대를 육성 및 유지하는 것이 불가능해질 것으로 생각됩니다.

혹자는, 이러한 경우 징계벌 처벌하여도 충분하다고 주장할 수도 있습니다. 그러

2) 대판 2008.5.29.선고2008도2222

나 우리나라의 경우 징병제를 운영하고 있고 병사의 경우 강한 징계별이 사실상 15일 이하의 영창처분에 불과하다는 점에서 성적 만족을 추구하는 욕구를 억제하기에는 그 위하력을 극히 미미하다고 할 것입니다. 따라서, 징계별만으로는 영내에서의 '비정상적인 성적 만족행위'를 막을 수 없을 것으로 판단됩니다.

다. 합의의 정도는 다양하고 입증의 방법도 다양합니다.

군은 계급사회이고 같은 계급이라고 하더라도 선후임관계가 있습니다. 특히 병사의 경우에는 상급자에 대한 처벌의 의사를 표현한다고 하더라도 구속이 되지 않는 한 같은 부대에 근무하여야 하며, 다른 부대로 전출되어 분리된다고 하더라도 조직 논리상 적극적인 처벌의사를 표현하는 것을 주저하게 되며 수사기관에서 이를 입증하는 것은 상당히 어려운 것이 현실입니다.

또한, 군의 계급구조의 특성상 적극적인 합의와 위력에 이르지 않은 정도의 의사전달 등 합의의 정도와 방법은 극히 다양하므로 위력에 이르지 않은 모든 경우를 처벌할 필요가 없다고 단정하기도 어려운 것입니다.

라. 균형법상 추행죄 사건 수가 적다고 하여도 폐지의 이유가 되기는 어렵습니다.

균형법상 추행죄는 그동안 친고죄 규정에 따라 처벌할 수 없는 범죄를 처벌하는 경우도 있었습니다.

사건이 소수인 여러 형법범죄(예, 제177조 일수죄, 제180조 방수방해죄, 제187조 기차등전복죄 등)가 있습니다. 즉, 사건이 소수라고 이유가 법조문을 폐지하는 이유는 되지 못하여 입법의 필요성이 있는가 없는가가 핵심적인 요소이며 고려요소의 모든 것입니다. 또한 균형법상 추행죄는 범죄의 특성상 인지가 극히 어렵기 때문에 단순히 검찰수사가 개시된 사건 수만을 가지고 합의에 의한 추행이 사실상 거의 없다고 단언하기에는 제한이 있다고 판단됩니다.

균형법상 추행죄는 '군기를 침해하는 비정상적인 성적 만족행위'를 처벌하는 것으로 위에서 검토한 바와 같이 독자적인 존재의의가 있다고 생각합니다. 또한 균형법상 추행죄의 존재자체가 비정상적인 성적 호기심 등을 실행해 옮기지 못하게 하는 일반예방적인 효과가 있는 점을 부인하기는 어려울 것으로 판단됩니다.

균형법상 합의에 의한 추행을 처벌할 수 없다면 징병제하에서의 젊은이들의 격리된 공간 수용, 성적욕구 해소가 제한되는 점, 성적 호기심, 협소한 생활공간 등을 고려하여 보면 격오지의 독립 소부대의 경우(예, GOP, GP, 함정, 레이더기지 등) 합의에 추행을 막을 수 있는 수단이 없습니다.

3. 균형법상 추행은 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 반하지 않습니다.

법사위 전문위원 검토보고서와 헌법재판소 결정의 취지는 ‘계간’은 추행이 무엇인지 해석할 수 있는 판단지침이 되므로 이를 삭제할 경우 추행의 개념이 모호하여 형법의 명확성 원칙에 반할 우려가 있다는 입장입니다. 토론자도 이 의견에 적극 공감합니다. 헌법재판소도 기존의 균형법조항에 대하여 죄형법정주의의 명확성 원칙에 반하지 않는다고 결정한 바 있습니다.

다만, 법안심의과정에서 ‘계간’의 사전적 의미가 ‘남색’등을 의미하고 있으므로 성적지향으로 오해될 여지가 있으므로, 가치중립적으로 행위태양만을 표현할 수 있도록 그동안 대법원에서 사용하여 왔던 ‘항문성교’로 대체한 것입니다.

병영내의 행위만을 처벌할 것인지, 병영외의 행위도 처벌할 것인지도 불분명하다는 의견이 있을 수도 있으나, 이는 개별사건별로 각 재판부에서 ‘군기를 침해하는 비정상적인 성적 만족행위’인지 여부를 판단하면 충분하다고 판단됩니다.

대법원은 형법상 ‘추행’의 개념과 균형법상 ‘추행’의 개념은 다른 개념이라고 판결한 바 있습니다. 즉, 형법상 추행에 관한 논리가 균형법상 추행에 바로 적용할 수 없는 독자적인 법리를 구성할 수 있다고 판결한 것으로 해석될 수 있습니다.

또한 개정 균형법은 그동안 판례로 인정되어왔던 추행의 상대방을 군인으로 한정함으로써 균형법상 추행죄의 명확성을 한층 강화하였습니다.

4. UPR 회의에서도 성적지향으로 인한 차별이 아님을 표명하였습니다.

2012년 10월 스위스에서 개최되었던 2차 UPR(유엔 국가별 보편적 정례검토)에서 우리나라는 균형법상의 추행죄는 성적지향으로 인한 차별이 아닌 것으로 의견을 표명하였습니다.

최초 대한민국의 ‘성적지향에 기반한 형사처벌조항 폐지’ 권고의견을 발의하였던

미국의 경우에도 미국통일군사재판법 제125조(Sodomy)에 정상적인지 않은 동성간, 이성간, 동물과의 성행위는 처벌하고 있습니다.

Ⅲ. 결론

개정 군형법상 추행죄는 기존에 헌법재판소와 대법원에서 합헌이라고 판단하여 왔던 조문에 대하여, 기존의 판례를 반영하여 적용범위와 용어를 수정하여 적용범위 제한하는 등 명확성을 제고한 의원입법이라고 판단됩니다.

동 조항이 성적지향에 대한 처벌조항이 되지 않도록 운용하여, 장병의 권익을 보장하는 가운데 군기강 확립된 강한 국군이 되도록 노력하겠습니다.

<참고자료>

- 군형법상 추행죄에 대한 사법적 판단 -

1. 헌법재판소:헌재 2002.6.27.선고2001헌바70(합헌 7인/위헌 2인)

변태적 성적 만족행위를 모두 기술할 수는 없으므로 ‘계간이나 그밖의 추행’의 규정형식은 명확성 원칙에 반하지 않는다.

2. 헌법재판소:헌재 2011.3.31.선고2008헌가21(합헌 6인/위헌 3인)

‘계간’은 ‘추행’이 무엇인지를 해석할 수 있는 판단지침이 되므로 명확성의 원칙에 반하지 않는다. 이 조항이 동성간의 성적 행위만을 처벌한다고 볼 경우에도 합리적 차별로 동성애자의 평등권을 침해하는 것은 아니다.

3. 대법원 : 대법원 2008. 5. 29. 선고 2008도 2222 판결

개인적 법익이 아닌 군이라는 사회적 법익에 관한 죄로서, ‘추행’이란 형법상 ‘추행’과 다른 개념으로 ‘군기를 침해하는 비정상적 성적 만족 행위’를 말한다.

【부록】

“제복 입은 시민의 자유는 어디까지인가?” 토론회

부 록

- 군형법 제92조 위헌제청결정서
- 소논문 「군대 내 동성애 행위 처벌에 대하여」
- 군형법 위헌법률심판에 대한 의견제출결정문
- 군형법 제92조에 대한 군인권센터 의견서
- 군형법 제92조 위헌제청(헌법재판소 합헌결정)
- 군형법 일부개정법률안(김광진 의원 대표발의)
- 군형법 일부개정법률안(권성동 의원 대표발의)
- 군형법 일부개정법률안(남윤인순 의원 대표발의)
- 군형법 일부개정법률안(대안)(법제사법위원회)
- 군형법 개정에 대한 동성애자 단체 성명

【부록1】 균형법 제92조 위헌제청결정서

제 22 사 단 보 통 군 사 법 원

위헌제청결정

사 건 2008고10 추행

피 고 인 ○○○ (xxxxxxx-xxxxxxx), 중사

XX XXX XXXX XXXXXXXX XXXXX

주 문

위 사건에 관하여 균형법 제92조의 위헌 여부에 관한 심판을 제청한다.

이 유

주문 기재 균형법 제92조는 별지 기재와 같이 그 위헌 여부가 위 사건 재판의 전제가 될 뿐만 아니라 이를 위헌이라고 인정할 만한 상당한 이유가 있으므로 주문과 같이 결정한다.

2008. 8. 6.

재판장 심판관 중 령 박 상 준 ㉠

군판사 대 위 이 경 환 ㉠

군판사 대 위 정 유 립 ㉠

(별지)

1. 사건의 개요 및 공소사실

가. 공소사실

피고인은 2008. 3. 초순 경 소속대 BOQ 3호실에서 이사를 도와주기 위해 온 피해자 △△△(20세)로 하여금 피고인의 팔을 베고 눕게 하고, 2008. 5. 초순 경부터 2008. 6. 4.경까지 30여 일에 걸쳐 매일 20분 내지 30분간 거진소초에 있는 부소초장실에서 피해자 △△△로 하여금 피고인의 팔을 베고 눕게 한 다음 피고인의 손으로 피해자의 배 및 엉덩이를 만지고, 피고인의 볼을 피해자의 볼에 비비고, 옷 위로 피해자의 성기를 만지거나 피해자의 팬티 속으로 피고인의 손을 넣어 피해자의 성기를 만지고, 발기한 피고인의 성기를 피해자의 몸에 닿게 하여 피해자를 추행하였다는 공소사실로 기소되었다.

나. 사건의 개요

피고인은 피해자가 소속된 소대의 부소대장으로서, 처음에는 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호등에 관한 법률위반(업무상 위력등에 의한 추행)죄로 입건되었다가, 피해자와 합의하여 피해자가 고소 취소를 한 뒤 균형법 제92조로 기소되었다.

2. 위헌법률심판제청의 대상인 법조항과 관계 법령

가. 대상 법 조항

균형법 제92조(추행) 계간 기타 추행을 한 자는 1년 이하의 징역에 처한다.

나. 관계 법령

(1) 형법

제298조(강제추행) 폭행 또는 협박으로 사람에게 대하여 추행을 한 자는 10년 이하의 징역 또는 1천 500만원 이하의 벌금에 처한다.

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

(2) 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률

제11조(업무상 위력등에 의한 추행) ① 업무·고용 기타 관계로 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람에 대하여 위계 또는 위력으로써 추행한 자는 2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

② 법률에 의하여 구금된 사람을 감호하는 자가 그 사람을 추행한 때에는 3년 이하의 징역 또는 1천 500만원 이하의 벌금에 처한다.

제13조(공중밀집장소에서의 추행) 대중교통수단, 공연·집회장소 기타 공중이 밀집하는 장소에서 사람을 추행한 자는 1년 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금에 처한다.

3. 재판의 전제성

기록에 의하면, 피고인은 2008. 7. 4. 육군 제22사단 보통군사법원 2008고10호 균형법상 추행죄로 기소되었음을 알 수 있는 바, 이 사건 법률조항이 헌법에 위반되는지 여부에 따라 당원이 다른 내용의 재판을 하게 될 것이 분명하므로, 이는 재판의 전제가 된다.(헌법재판소 2002. 6. 27. 결정 2001헌바70 사건 참조. 이하 ‘2001헌바70 사건’이라 한다)

4. 판단

가. 죄형법정주의 위반

균형법 제92조는 구성요건적 수단이나 정황 등에 대한 제한이 없고, 예시적 입법의 형식으로 개별 구성요건 해당행위인 ‘계간’을 판단지침으로 제시하고 있다. 대법원은 균형법 제92조의 추행에 대하여 “계간(항문성교)에 이르지 아니한 동성애

성행위 등 객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 성적 만족 행위로서 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 침해하는 것이라고 할 것이고, 이에 해당하는지 여부는 행위자의 의사, 구체적 행위태양, 행위자들 사이의 관계, 그 행위가 공동생활이나 군기에 미치는 영향과 그 시대의 성적 도덕관념 등을 종합적으로 고려하여 신중히 결정되어야 할 것”이라고 설명하고 있다.(대법원 2008. 5. 29. 판결 2008도2222 사건. 이하 ‘2008도2222 사건’이라 한다) 그러나 이러한 개념 정의 및 판단기준의 제시에도 불구하고, 실제의 구체적인 사례에서는 여전히 아래와 같이 해석상 불분명한 점들이 존재한다.

(1) 강제에 의한 추행이 처벌되는지 여부

군형법 제92조는 ‘계간 기타 추행’이라고만 규정하고 있어 비강제에 의한 추행만을 처벌하고자 하는 것인지, 강제에 의한 추행도 처벌되는지 여부가 불분명하다.(2001헌바70 사건 반대의견 참조) 대법원은 위 조항이 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 침해하는 비정상적인 성적 만족 행위’를 처벌하기 위한 것이고, 개인의 성적 자유를 보호법익으로 하는 형법이나 성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률(이하 ‘형법 등’이라 한다)에서의 추행과는 다르다고 하여 일응 비강제에 의한 추행만을 처벌하는 것 같은 태도를 보이고 있다.

그러나 2004. 1. 1.부터 2007. 12. 31.까지 군형법 제92조가 적용된 176건의 사건을 살펴보면, 이 중 비강제에 의한 추행 사건은 4건이었으며, 나머지 172건은 강제추행 또는 위력에 의한 추행에 해당하나 피해자와의 합의로 군형법이 적용된 경우였다.

강제에 의한 추행도 ‘군대가정의 성적 건강’을 침해하는 행위이므로 처벌 대상에 포함된다고 해석하더라도, 강제추행이나 위력에 의한 추행이 군형법의 적용범

위에 완전히 포함되는 것인지, 아니면 균형법상 추행은 '성적 만족 행위'에 해당하기 위해 '성욕의 만족'이라는 별도의 주관적 요소가 필요하기 때문에 서로 겹치는 부분만 있는 것인지, 균형법상 추행죄와 강제추행죄 등이 함께 성립하는 경우 죄수 관계는 어떻게 되는지 등의 점들은 여전히 해석상 명확하지 않다.

(2) 주체 및 상대방의 불명확성

균형법 제92조는 행위의 주체 및 그 상대방에 대해 아무런 규정을 하지 않아 남성 간의 추행만을 대상으로 하는지, 아니면 여성간 또는 이성간의 추행도 대상으로 하는지 불분명하다.(2001헌바70 사건 반대의견 참조) 심지어 동물과의 성적 행위도 추행에 포함되는지 개념상 문제될 수 있다.(미국의 군사통일법전 the Uniform Code of Military Justice 제125조는 명시적으로 이성간 또는 동물과의 비정상적 성교행위를 처벌하고 있다)

만약 이성간의 추행이 포함된다면, 군인 부부 사이의 성관계 및 연인 사이인 이성 군인 사이의 성관계 역시 처벌대상이 되는지가 문제된다. 균형법 제 92조가 계수한 미국의 입법례를 보면 부부 사이의 성관계도 처벌대상으로 하기 때문에 충분히 가능한 해석이다. '추행'의 개념상 부부나 연인 사이의 관계는 선량한 도덕관념에 반하지 않는다고 해석할 수도 있으나, 부부 사이의 가학 피학성 변태적 성관계(sadomasochism)와 같은 행위도 무조건 도덕관념에 반하지 않는다고 해석하기도 어렵다.(군인사법 시행규칙 제56조 제2항 제4호는 '변태적 성벽자'를 현역 복무에 적합하지 않은 사유로 규정하고 있는데, 이는 동성 간의 행위에만 국한된 것은 아니다)

그러나 군대에서의 실무상 이성간의 추행, 특히 이성간의 비강제적 추행은 입건 대상으로 전혀 고려되지 않는 것이 현실이다. 이성간의 추행은 제외된다고 해

석하면 동성애에 대한 차별이 문제되며, 동성애의 경우에도 모든 동성 간 성적 행위가 '추행'에 해당하는지, 계간에 준하는 행위만 대상이 되는지 불분명하다.

(3) 행위자들 사이의 관계 및 행위 장소의 고려 여부

대법원은 '행위자들 사이의 관계, 그 행위가 공동생활이나 군기에 미치는 영향'을 고려하여 추행에 해당하는지를 결정해야 한다고 설명한다.(2008도2222 사건) 그러나 '공동생활이나 군기에 미치는 영향'은 매우 추상적인 개념이어서 합리적으로 그 적용대상을 확정하기가 쉽지 않다. 행위자들이 상호 지휘복종 관계에 있어야 하는지, 같은 부대에 소속되어 있어야 하는지, 부대 밖에서 행위를 한 경우도 포함되는지, 부대 안에서 행위를 하였더라도 다른 사람의 눈에 띄지 않는 은밀한 장소에서 한 경우에는 처벌이 되는지 등 대법원이 실시한 판단기준에 의하더라도 불명확한 점은 여전히 존재한다.

비강제에 의한 남성 간 추행으로 처벌된 사례들을 보면, 같은 부대에 근무하는 같은 계급의 병사 두 명이 함께 휴가를 나가 집에서 항문성교를 한 경우(육군본부 보통군사법원 1999. 9. 16. 선고 99고276 사건), 서로 소속부대가 다른 병사 두 명이 비전캠프에서 만나 한밤중에 화장실 용변칸에서 항문성교를 한 경우(육군 제17보병사단 보통군사법원 2007. 2. 27. 선고 2006고4 사건), 간부 숙소와 같은 개인적인 공간에서 항문성교 또는 성기를 만지는 등의 추행을 한 경우(육군 제2군단 보통군사법원 2005. 10. 20. 선고 2005고12 사건, 같은 법원 2001. 7. 27. 선고 2001고46 사건) 등의 사례가 있는데 이러한 사례들에서 '공동생활이나 군기'에 어떤 영향이 있었는지 판단하기는 쉽지 않다.

(4) 소결

이처럼 군형법 제92조는 형법 등과 똑같은 '추행'이라는 용어를 사용하면서

도, 보호법익에 따라 그 개념이 전혀 다르다고 보고 있는데 보호법익의 내용이 너무 추상적이고, '계간'이라는 예시적 판단지침 역시 강제적 추행이 포함되는지, 추행의 주체와 상대방이 누구인지, 행위자들 사이의 관계나 행위 장소 등은 어떻게 고려되어야 하는지에 대해 아무런 판단기준을 제시하고 있지 못하다.

따라서 현행 군형법 제92조의 규정만으로는 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 군형법상 피적용자가 어떠한 행위가 구성요건에 해당하는지를 판단하기 어렵고, 법률적용자가 위 조항을 자의적으로 확대하여 해석할 염려가 있다고 할 것이므로, 대상 법조항은 죄형법정주의에서 요구하는 형벌법규의 명확성의 원칙에 위배된다.

나. 과잉금지원칙 위반

군형법 제92조가 비강제에 의한 동성 간 계간 기타 추행을 1년 이하의 징역형으로 처벌하는 것은 과잉금지 원칙에 위반되지 않는지 문제된다.(2001헌바70 사건 반대의견 참조) 비강제에 의한 남성 간 추행이 처벌된 실태를 살펴보면, 1999년부터 2007년까지 육군에서는 6건의 사건이 입건되었고, 기소유예, 선고유예, 집행유예(징역 8월에 집행유예 1년, 징역 1년에 집행유예 2년), 실형(징역 1년) 등의 처분을 받았다.

미국 연방대법원은 2003년 '로렌스 대 텍사스 사건(Lawrence v. Texas)'에서 동성 간의 성행위를 범죄로 규정한 텍사스 주법에 대해 6대3의 다수의견으로 적법절차조항을 위반하여 위헌이라고 판결하였다. 유럽은 미국보다 훨씬 앞선 1978년부터 동성에 행위 금지 법률이 유럽 인권 협약 상의 권리를 침해한다고 인정하였는데, 유럽 인권재판소가 '더전 대 영국 사건(Dudgeon v. UK)'에서 동성에 행위를 처벌하는 북아일랜드의 법이 유럽 인권 협약 제8조의 사생활을 존중받을 권리를

를 침해한다고 판결한 이래 1989년까지 유럽 위원회의 23개 회원국이 동성애 행위 처벌법을 폐지하였고, 특히 군대 내의 동성애 행위에 대해서도 영국, 프랑스, 독일, 네덜란드, 노르웨이 등에서 처벌법을 폐지하고 동성애자의 군복무를 허용하고 있다. 동성애자의 군복무를 허용하고 있는 위 유럽 국가들 및 캐나다, 호주, 이스라엘, 대만 등에 대한 연구결과는 동성애자의 존재가 부대의 전투능력과 단결을 저해하지 않는다고 지적한다.

위와 같은 국제적인 흐름 뿐 아니라 국내적으로 보더라도 동성애를 소재로 한 영화나 드라마, 소설 등이 사회적 관심을 받고, 동성애자들의 모임 및 단체들도 늘어남에 따라 국민의 의식도 변화하고 있는 것이 현실이다. 국가인권위원회법 제30조 제2항은 성적 지향의 차이를 이유로 고용 등에 있어 차별을 하는 행위를 평등권 침해로 규정하고 있으며, 지난 국회에서는 더욱 포괄적으로 차별행위를 금지하는 차별금지법안이 제출되기도 하였다. 군에서도 2006년 동성애자 병사가 동의 없는 채혈을 당하고, 동성애를 입증하기 위해 성관계 사진을 요구받았다고 하여 사회적으로 충격을 준 사건이 발생한 이래, 국방부에서 ‘병영 내 동성애자 관리지침’을 발표하는 등 군대 내의 동성애자 인권에 대한 인식도 높아지고 있다.

위와 같은 사정들을 고려하여 과잉금지원칙 위반여부를 살펴보면, 먼저 기본권 제한의 정당한 목적이 있는지 보건데, 고등군사법원(고등군사법원 1990. 3. 30. 선고 99노31 판결)이 언급한 보호법익인 ‘군사회 기강 문란 및 전투력 약화, 개인의 성도덕 관념과 성생활의 자유’ 중 ‘성생활의 자유’는 강제적 추행을 처벌하는 근거는 될 수 있으나 자신의 의사에 따라 자유롭게 이루어진 비강제적 추행에 대하여는 적용의 여지가 없다. ‘개인의 성도덕 관념’은 동성애에 대한 위에서 본 여러 사정들을 감안하면 더 이상 정당한 보호법익이라 볼 수 없으며, 특히 성도덕

관념은 군대에 특수한 법익이라 볼 수 없으므로 이를 정당한 기본권 제한의 목적이라고 본다면, 군인과 민간인 사이의 추행을 처벌하지 않는 대법원 판결(대법원 1973. 9. 25. 선고 73도1915 판결)과 모순된다. 그렇다면 남은 것은 ‘군사회 기강’과 ‘전투력의 보존’이라 할 수 있는데, 이들은 일견 기본권 제한의 사유가 될 수 있을 것으로 보이므로, 군형법 제92조가 이들 법익을 보호하는데 적합한 수단인지 살펴본다. 먼저 앞서 본 바와 같이 동성애자의 군복무를 허용하고 있는 국가들에서 기강 및 전투력의 약화가 발생하였다는 연구결과가 없고, 비강제적 추행으로 처벌된 피고인들 중 상당수가 범행이 발각되기 이전까지는 군생활에 있어 능력을 인정받았으며, 이들로 인해 부대활동에 지장이 있지 않았던 점, 그리고 군형법 제92조가 규율하는 것은 ‘군대의 지휘체계 내에서의 부적절한 관계’가 아닌 ‘행위’일 뿐이어서 성적인 행위가 있었다는 사정이 곧바로 군의 업무나 지휘체계에 해를 입힌다는 결론을 도출할 수는 없다는 점 등을 고려하면 군형법 제92조가 ‘군사회 기강’과 ‘전투력’을 보존을 위해 적합한 수단이라고 보기 어렵다.

더 나아가 군형법 제92조와 같은 처벌규정이 기본권을 가장 최소로 제한하는 수단인지 여부에 대해 살펴보면, 비록 법정형의 상한이 징역 1년이라고는 하나 적용할 수 있는 형이 징역형 밖에 없고, 이성 군인 사이의 비강제적인 성적 행동이 문제될 경우 주로 징계처벌로 규율한다는 점, 현행 징계규정으로도 동성 간의 비강제적 추행을 처벌할 수 있고, 지속적으로 부대에 영향을 미치는 경우에는 현역복무 부적합처리를 통해 처리할 수 있다는 점 등을 고려하면 군형법 제92조는 필요한 정도를 넘어 과도한 처벌을 예정하고 있다고 볼 수 있다. 실제로 비강제적 추행으로 처벌된 사례를 보면 다른 범죄와 경합되지 않은 경우 대부분 기소유예나 선고유예의 처분을 받았는데, 이러한 경미한 처벌은 곧 군형법 제92조가 규정하는 처

벌의 정도가 지나치다는 반증이 될 수 있다.

또한 동성애 행위는 오늘날 그 자체로 사회유해적인 행위로 보지 않기 때문에 민간사회에서는 처벌조항이 없고, 단지 장기간의 집단생활을 하는 군대에서만 그 특성상 내부적 질서유지를 위한 제한의 필요성이 있을 뿐인데(비슷한 환경을 가진 교도소 등 구금시설에서는 균형법 제92조와 같은 형사처벌 조항이 없다는 점도 고려되어야 한다), 이에 반해 동성애자 병사는 자발적인 의사도 아닌 징집에 의해 군대에 오게 되어 별다른 제한요건 없이 어떤 형태로든 동성애 행위를 하게 되면 징역형의 처벌을 받을 수밖에 되므로, 보호하고자 하는 공익에 비해 제한되는 사익이 크다고 할 것이므로 법익의 균형성에도 어긋난다고 보아야 한다.

이와 같은 점들을 고려하면 공연성이 없고, 강제에 의하지도 않은 동성 간 추행을 징역형만으로 처벌하는 것은 '군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기'를 보호하는데 효율적인 수단이라 할 수 없고, 입법목적을 달성하는데 필요한 정도를 일탈한 과도한 규제라 할 것이므로 과잉금지원칙에 위반된다.

다. 평등권 및 성적자기결정권 침해

균형법 제92조에 있어 판단지침으로 규정된 '계간'이 '남성 간의 성행위'를 의미하므로 동 조항이 이성간의 행위에는 적용되지 않고 동성 간의 행위에만 적용된다고 본다면(2001헌바70 사건 반대의견, 이경재 의원 등 35명의 제17대 국회의원이 제출한 균형법 개정안 참조), 이는 동성애자 군인의 평등권 및 성적자기결정권을 침해한다고 할 것이다.

이성군인간의 성행위 역시 행위자들의 관계 및 행위의 장소, 태양에 따라 충분히 군의 단결 및 전투력에 부정적인 영향을 미칠 수 있으며, 육군규정은 같은 취지에서 교육생과 피교육생간, 2단계 이상 계급차이가 있는 경우 이성교제를 제

한하고 있다. 그러나 이러한 제한을 위반할 경우 행해지는 제재는 징계에 불과하다. 따라서 동성 간의 추행만 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고, 군기를 침해한다고 해석하여 징역형으로 처벌한다면, 이러한 차별은 정당한 입법목적도 없고, 비례성도 상실한 것이며, 설령 완화된 심사기준을 적용한다 하더라도 차별의 합리적 이유가 없다고 할 것이므로 평등권을 침해한다.

또한 군형법 제92조가 동성애 성적 지향 자체를 처벌하는 것이 아니라, ‘추행’이라는 행위를 처벌하는 것이라고 하여도 동성 간의 성행위는 동성애 성적 지향의 외부적 표출로써 동성애자의 성적 자기 결정권의 중요한 내용에 해당하므로 기본권 제한에 해당한다. 그러나 군형법 제92조는 행위의 주체 및 상대방, 행위의 시간 및 장소, 행위태양 등에 대해 아무런 제한 요건 없이 모든 동성 간 성적 행위를 처벌 대상으로 규정하고 있으며, 앞서 보았듯이 해석만을 통해서도 처벌 대상을 명확하고 합리적으로 제한하기 어려우므로 위 조항은 입법 목적을 달성하기에 필요한 정도를 넘는 과도한 규제라 할 것이므로 성적자기결정권을 침해한다.

라. 사생활의 자유 침해

군인도 일반 국민과 마찬가지로 헌법 제17조에 의한 사생활의 비밀과 자유를 향유하며, 공동생활을 하는 군대의 특성을 고려하더라도 제한될 수 없는 내밀한 영역이 있다고 보아야 한다.

특히 휴가나 외박을 나갔을 때의 숙소나 집, 부대 안에 있더라도 개인적인 공간이라 할 수 있는 간부 숙소와 같은 장소는 그 성격상 사생활의 자유를 보호받을 필요성이 크다고 할 것이다. 또한 휴가나 외박을 나간 동안의 시간과, 직업군인 또는 출퇴근하는 상근예비역의 퇴근 이후의 시간은 부대에서 업무를 처리할 때보다 개인적인 시간의 성격이 강하므로 사생활의 자유를 제한할 필요성이 현저히 줄어

든다고 보아야 한다. 이처럼 군인이라도 시간과 장소에 따라 헌법이 보장하는 사생활의 비밀과 자유를 향유하고, 특히 개인의 성문제는 가장 내밀한 영역에 해당하여 위 기본권의 핵심이라 할 것인데, 군형법 제92조는 문언상 이러한 요소들을 전혀 고려하지 않고 모든 행위가 처벌 가능하도록 규정하고 있어 군인들의 사생활의 비밀 및 자유를 침해하고 있다.(육군본부 보통군사법원 1999. 9. 16. 선고 99고276 사건, 육군 제2군단 보통군사법원 2005. 10. 20. 선고 2005고12 사건, 같은 법원 2001. 7. 27. 선고 2001고46 사건 등 참조)

만약 군형법 제92조의 처벌대상에 이성간의 행위도 포함된다고 해석하면, 군인 부부나 연인 사이인 군인들의 성관계도 처벌될 가능성이 있고, 이러한 경우에는 부부나 연인 사이의 성적인 관계에 대해서 국가가 개입하여 정상과 비정상을 구분하고, 국가의 판단에 따라 처벌까지 가능하게 하는 것이므로 기본권 침해의 정도가 더욱 크다고 볼 것이다.

마. 합헌적 법률해석 필요성의 부재

군형법 제92조가 적용된 사례 중 98%는 강제추행이나 위력에 의한 추행에 해당하여 형법 등에 의하여 처벌이 가능하다. 이러한 사례들은 처벌의 측면에 있어서도 법정형의 상한은 너무 낮고, 하한은 벌금형을 규정하고 있지 않아 법률적용자의 선택 범위를 지나치게 제한하여, 형법 등의 다른 규정에 비해 실효성이 낮다.

순수하게 군형법만의 규율대상인 비강제에 의한 추행의 경우, 실제 처벌의 정도를 살펴보면, 다른 범죄와 경합되지 않은 경우 대부분 기소유예나 선고유예의 가장 경미한 처벌을 받았음을 알 수 있다. 비강제에 의한 추행은 경우에 따라 육군 징계규정에 의하여 징계처벌을 받을 수도 있으므로, 기소유예나 선고유예와 같은 처분을 할 바에는 형사입건을 하지 않고 징계로 처리하는 것이 더욱 실질적인 위

하력을 가질 것이다.

이처럼 균형법 제92조가 규율하는 대상 중 거의 대부분은 다른 법률에 의해서도 충분히, 실효성 있게 처벌할 수 있고, 순수하게 균형법만 적용되는 사례는 구성요건의 불명확성에서부터 여러 기본권 침해가 우려되며, 징계처벌을 통해 더 나은 위하효과를 기대할 수도 있으므로 굳이 많은 문제점이 지적되고 있는 지금의 모호한 조항을 합헌적 법률 해석을 통해 유지시킬 필요성은 없다고 할 것이다.

5. 결론

이상과 같은 이유로 제청대상조항은 헌법에 규정된 죄형법정주의, 과잉금지원칙에 위배되고, 동성애자 군인의 성적자기결정권, 평등권, 사생활의 비밀과 자유를 침해할 소지가 있으므로, 헌법재판소법 제41조 제1항에 의하여 주문기재 법률조항에 대한 위헌여부의 심판을 제청하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

군대 내 동성애 행위 처벌에 대하여

이경환

I. 문제의 소재

“이 역겨운 악, 소도미가 얼마나 국가를 훼손시키고, 비밀리에 얼마나 많이 퍼지는가를 생각한다면 사형 선고는 지나치지 않다.”

- 18세기 독일 개신교 신학자 요한 미하엘리스

2007년 사우디아라비아에서는 동성 간 성행위를 한 남성 2명이 각각 채찍으로 7천대를 맞는 태형을 받았다.¹⁾ 국제사면위원회는 2000년에 발행한 보고서를 통해 아프가니스탄에서 적어도 여섯 명의 남자가 1998년과 1999년에 탈레반 법정으로부터 ‘소도미’로 기소된 후 각각 대중들 앞에서 압사당했다고 밝히고 있다.²⁾ 아직 까지도 상당수의 국가에서 동성애 행위는 처벌의 대상이 되고 있으며,³⁾ 미국에서는 불과 4년 전인 2003년에야 동성 및 이성간의 ‘비자연적인’ 성교행위를 형사처벌하는 ‘소도미’ 주법에 대해 위헌 선언을 했다.

우리나라에서의 동성애 이슈는 아직까지는 그다지 활발하게 다루어지지 않은 편이다. 최근에 이르러 그 사회적인 존재가 서서히 인정되고, 영화나 드라마 등을 통해 문화적인 영향력을 미치고 있는 정도라고 할 수 있다. 또한 몇 안되는 법적인 논쟁들도 주로 ‘엑스존’ 사건⁴⁾으로 촉발된 동성애의 언론의 자유 논쟁과, 동성 간

1) 연합뉴스, 2007. 10. 4. 기사

2) Amnesty International, 『Crime of Hate, Conspiracy of Silence』, 2001; 바네사 베어드, 『성적 다양성, 두렵거나 혹은 모르거나』, 이후, 2007, p.116에서 재인용; 호모포비아(동성애 공포증)는 이슬람권뿐 아니라 기독교 문화권 및 중국, 아프리카 등지에서 폭넓게 분포하고 있다. 다양한 역사, 문화권에서의 호모포비아 사례들을 보려면 같은 책 4장을 참조할 것.

3) UN 가입국가 중 85개국 이상이 동성 성인간의 합의에 의한 성적 행동을 처벌하고 있으며, 일부 국가는 사형까지 할 수 있도록 규정하고 있다. Daniel Ottosson, *State-sponsored Homophobia, A world survey of laws prohibiting same sex activity between consenting adults*, an ILGA report, 2007

4) 이 사건은 정보통신윤리위원회가 200년 9월 동성애자 인터넷 사이트인 엑스존(<http://exzone.com>)이 청소년보호법상 청소년 유해매체물(‘퇴폐 2등급’으로 분류)에 해당한다고 고시하고, 엑스존이 무효확인 소송 및 헌법소원을 제기한 사건이다. 이 사건으로 인해 많은 사회적 논란이 촉발되었다. 국가인권위원회는 청소년위원회에 위 조항을

파트너십 인정에 대한 문제에 집중되어 있고, 동성애 처벌에 대한 논의는 거의 없는 편이다.

그러나 우리나라 역시 균형법 제92조에 의한 동성애 처벌 조항을 가지고 있다. 이 조항을 ‘동성애 처벌 조항’으로 성격을 규정지을 수 있는지에 대한 논쟁은 차치하더라도, 합의에 의한 동성 간 성적 행위가 이 조항에 의해 처벌된다는 것은 이견이 없는 해석이며, 많지는 않지만 실제 처벌 사례도 존재한다. 이러한 법률의 존재는 군대 구성원의 동성애에 대한 인식에 큰 영향을 미치며, 특히 동성애 성적 지향을 숨기고 군생활을 하는 사람들에게는 잠재적 범죄자라는 수치심과 함께 실질적인 처벌의 위협을 느끼게 한다. 이 글에서는 사례분석을 통해, 균형법 제92조가 합의에 의한 동성 간 성적 행위에 적용되는 경우, 애초의 입법취지와는 달리 ‘호모포비아⁵⁾(동성애 공포증)’를 형사처벌로써 표출하는 기능을 할 뿐이며, 따라서 이는 동성애에 대한 차별 및 기본권 침해로 위헌이라는 결론을 도출할 것이다. 이를 위해 먼저 합의에 의한 ‘계간’ 사례를 먼저 살펴보고(2장), 균형법 제92조를 개관한 뒤(3장), 외국법과의 비교를 통해(4장, 5장), 위 조항의 위헌성을 검토(6장)하기로 한다.

삭제할 것을 권고하였으나 행정소송은 대법원까지 가서 모두 패소하였다. 그러나 판결문에 동성애자의 인권이 보장되어야 한다는 설명이 첨부되어 결국 청소년위원회가 위 조항을 삭제하였다.

- 5) ‘호모포비아(homophobia)’는 1960년대에 등장한 용어로서 동성애에 대한 공포, 더 나아가 공포로 인한 동성애에 대한 증오의 감정을 지칭할 때 사용한다.

II. 사례의 소개⁶⁾

	사례 1 ⁷⁾ (2007년)	사례 2 ⁸⁾ (2006년)	사례 3 ⁹⁾ (2005년)
행위자	A. 21세 B. 20세	A. 21세 B. 21세	A. 25세 B. 24세
행위	A와 B가 함께 잠을 자다가 A가 B의 성기를 만지며 흥분하게 되자, 함께 화장실 용변칸으로 가서 구강성교 및 계간합(항문성교)	A와 B가 야외화장실 또는 내무실에서 서로 상대방의 성기를 잡고 자위행위를 하는 방법으로 4번 수행하고, 내무실 옆 화장실 용변칸에서 계간(항문성교)을 시도함	1. A, B가 서로 7개월에 걸쳐 독신자 숙소에서 성기를 빨아 사정하게 하는 방법으로 9번 수행하고, 4번 계간(항문성교) 2. A가 B를 4개월에 걸쳐 성기를 만지는 방법으로 6번 (강제)수행 3. A가 3개월에 걸쳐 병사를 면담 명목으로 내무실, 교관연구실, 세면장 등지로 불러 병사의 성기를 만지고 입으로 빨아 사정하게 하는 방법으로 6번 (강제)수행 ¹⁰⁾
처리결과	A: 선고유예(1심 확정) B: 선고유예(1심 확정)	A: 기소유예 B: 기소유예	A: 징역 1년, 집행유예 2년(1심 징역 1년, 항소하여 감형되었으며, 상고기각 확정) B: 선고유예(1심 확정)
행위자들의 관계	소속부대가 다른 병사들, 비전캠프 ¹¹⁾ 에서 만남	같은 계급의 병사로 A가 B의 21일 선임	같은 부대, 숙소에서 생활하는 동갑인 간부
행위동기	비전캠프에서 서로 동성애자임을 알게 되어 A가 주도적으로 행동	장난삼아 억압된 성적 욕구를 해소하려고 했다고 진술함	동성 간 성행위 경험이 있던 A에 의해 주도적으로 발생
사건발각 경위	찝찝하게 생각하던 B가 부대에 돌아온 후 동기의 권유로 지휘관에게 보고	B가 성추행을 당하였다 고 내무부조리 설문 작성	병사가 지역대장에게 보고하여 드러남

6) 여기서 소개하는 6건의 사건에는 군사법원 판결문이 전산화된 2004년 이후 사건을 전수(全數)조사하여 찾아낸 4건의 사건과, 2004년 이전 사건 중에서 동일법원에서 추행죄로 동시에 2명이 처벌된 사례에 대한 기록검토를 통해 찾아낸 2건의 사건이 포함되어 있다. 2004년 이전의 발견되지 않은 더 많은 합의에 의한 추행 사건을 분석하지 못한 것은 이 글의 한계라고 할 수 있다. 사건명은 필자가 임의로 정한 것이다. 굵은 글씨가 합의에 의한 추행이며, 나머지는 강제추행 또는 기타의 행위가 처벌대상이 된 것이다.

7) 제17보병사단 보통군사법원 2007. 2. 27. 선고 2006고4 사건

	사례 4 ¹²⁾ (2005년)	사례 5 ¹³⁾ (2001년)	사례 6 ¹⁴⁾ (1999년)
행위자	A. 21세 B. 22세	A. 26세 B. 25세	A. 23세 B. 21세
행위	1. A와 B가 의무실에서 함께 자다가 서로 성기를 만지면서 사정을 시키고, 성기를 배에 마찰시켜 사정하는 방법으로 3회 추행하고, 의무실 및 취사장에서 4회 계간(항문성교) 2. A가 의무실, 본부중대, 취사장 등지에서 성기를 만지고, 성행위를 흉내내기, 뽀뽀, 껴안고 자는 방법으로 7번 (강제)추행 3. B가 일을 잘 못한다는 이유로 A가 B에게 머리 들고 취침하기, 옆드러뻗 처를 하게 함(강요)	1. A와 B가 부대 숙소에서 포르노 비디오를 보면서 서로 성기를 만져 사정하는 방법으로 3회 추행 2. A가 내무실 및 자신의 숙소에서 병사를 상대로 성기를 만지고, 입으로 빨고, 항문 삽입하는 방법으로 피해 병사 15명에게 25회에 걸쳐 (강제)추행 ¹⁵⁾ 3. B가 훈련장, 내무실, 자신의 숙소 등에서 병사 3명의 성기를 만지는 방법으로 3회 (강제)추행	부대 보일러실에서 계간(항문성교)을 하고, 함께 휴가를 나가 B의 집에서 구강성교함
처리결과	A: 징역 1년, 집행유예 2년(1심 확정) B: 선고유예 ¹⁶⁾ (1심 확정)	A: 징역 1년(항소기각, 상고취하로 확정) B: 징역 8월, 집행유예 1년(1심 확정)	A, B: 징역 1년, 집행유예 2년(1심 확정)
행위자들의 관계	같은 취사병으로 A가 선임, 업무 특성상 둘만 의무실에서 취침함. 평소 A가 B를 때리거나 혼냈음	A와 B는 같은 계급의 간부. 피해 병사들은 A, B의 지휘 하에 있었음	함께 교환병으로 근무하였으며 계급은 서로 같으나, A가 B의 4개월 후임
행위동기	성적 호기심과 욕구해소를 위해 A가 B에게 계속 행위를 요구하였고, B는 마지못해 응함	포르노 비디오를 보다가 호기심으로 시작하였으며, 점차 성적욕구를 해소하기 위해 병사들을 추행	서로 호감을 가지다가 성욕도 느끼게 되었다고 함
사건발각 경위	B가 중대장에게 보고함	병사들이 전역하는 선임병에게 이야기하여, 전역자 모임을 통해 대대장에게 알림	B와의 관계를 A가 일기장에 적어두었는데 보안검열을 대비하여 통신장교가 점검하다가 확인함

- 8) 제9보병사단 보통검찰부 2006년 형제 44호 사건
9) 대법원 2006. 5. 11. 선고 2006도1897사건(A), 제2군단 보통군사법원 2005. 10. 20. 선고 2005고12사건(B)
10) A, B 사이에 있었던 행위 중 초기 4개월간의 행위(2번 행위)는 B가 처음에는 손을 뿌리치며 거절하였다는 진술을 근거로 강제추행으로 입건되었고, 병사에 대한 행위(3번 행위)도 강제추행으로 입건되었으나, 둘 다 합의하여 군형법상 추행죄로 변경되었다.
11) 비전캠프란 복무부적응자나 자살우려자 등 부대에서 관심을 가지는 병사들을 모아 일정기간 동안 진행하는 특별 교육·훈련프로그램이다. 주로 부대 내 종교담당자들이 기획·진행한다.

III. 군형법 제92조 개관

1. 구성요건

군형법 제92조는 “계간 기타 추행을 한 자는 1년 이하의 징역에 처한다.”고 규정하고 있다. 추행행위를 처벌하고 있는 형법이나 성폭력특별법과 비교하여 보면 공연성(공연음란죄)과 강제성(강제추행죄)을 요건을 하지 않는다는 차이를 금방 발견할 수 있다. 이처럼 공연성이나 강제성이 없는데도 처벌조항을 둔 것은 집단생활을 하는 군대의 일상생활과 위신에 미치는 영향이 크기 때문이라는 설명이다.¹⁷⁾

계간(鷄姦)이란 남자끼리의 성행위를 의미하며,¹⁸⁾ 실무상 남성 간의 항문성교로 해석하고 있다.¹⁹⁾ 국가인권위원회는 2006. 1. 9. ‘계간’이라는 용어가 동성애에 대한 차별과 편견을 보이고 있다고 지적하고, 군형법 및 군인사법 시행규칙의 개선을 권고한 바 있다.²⁰⁾

추행의 개념에 대해서는 군형법뿐 아니라 형법 등 다른 법률에서도 아무런 정의 규정을 두고 있지 않으나, 대법원은 “객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 것”이라고 하고, 추행행위에 해당하는가에 대하여는 피해자의 의사, 성별, 연령, 행위자와 피해자의 이전부터의

12) 제6군단 보통군사법원 2005. 7. 13. 선고 2005고8 사건

13) 대법원 2001도6672 사건(A), 제2군단 보통군사법원 2001. 7. 27. 선고 2001고46 사건(B)

14) 육군본부 보통군사법원 1999. 9.16. 선고 99고276 사건

15) A와 B가 병사들에게 한 행위(2번, 3번 행위)는 강제추행 또는 위력에 의한 추행에 해당하나 처음부터 군형법상 추행으로만 입건하였다.

16) B는 검찰 수사 때까지 서로 좋아서 한 행위이라고 진술하다가, 법정에서는 A의 요구로 어쩔 수 없었다고 진술을 반복하였고, 진술거부권 불고지, 강압적 수사 등 수사과정의 문제를 제기하였다. 결국 피신조서의 증거능력은 부정되었으나, 법정진술에 근거하여 유죄가 선고되었다. 기록상 명시적으로 드러나지는 않으나 B의 행위가 폭행·위력에 의해 어쩔 수 없는 것은 아니었고, B도 어느 정도 응한 점이 있다고 판단한 것으로 보인다.

17) 육군사관학교, 『군사법원론』, 일신사, 1996, p.277

18) 헌법재판소 2002. 6. 27. 선고 2001헌바70 재판관 송인준, 재판관 주선회의 반대이견 중

19) 일반적으로는 남성 간의 행위만을 지칭하나, 더 넓게 해석하여 ‘동성 간 또는 동물과의 비정상적인 성교 행위’로 해석하는 견해도 있다(육군종합행정학교, 『군형법』, 2006. 2. p.315). 입법연혁적으로 볼 때 ‘계간’이 미국의 ‘소도미(sodomy)’를 의미하는 것으로 볼 수 있어 위와 같은 해석도 가능하나, 남성 간의 행위로 보는 것이 압도적인 다수의 견해이다. 여성간 또는 동물과의 성적 행동은 ‘기타 추행’ 부분에 포함된다고 해석되므로 결과에 있어 차이는 존재하지 않는다.

20) 국가인권위원회, 「2007-2011 국가인권정책기본계획(NAP) 권고안」 중 ‘10-2 성적소수자의 기본권 보호’

관계, 그 행위에 이르게 된 경위, 구체적 행위태양, 주위의 객관적 상황과 그 시대의 성적 도덕관념 등을 종합적으로 고려하여 신중히 검토하여야 한다고 판시하였다.²¹⁾ 학설 또한 대법원과 마찬가지로 객관적으로 판단하나²²⁾(주관적 요소 불요설), 일부는 성욕의 흥분, 자극 또는 만족을 목적으로 하는 행위라고 하여 주관적 요소가 존재할 것을 필요로 한다고 주장도 있으며²³⁾(주관적 요소 필요설), 균형법상 추행죄에 대하여는 ‘음란한 행위로서 건전한 사회인에게 수치심을 일으키게 하는 일체의 행위’²⁴⁾라고 설명하기도 한다.

위 구성요건 중 ‘기타 추행’의 부분이 지나치게 추상적이고 불명확하며, 그 규율 범위가 너무 넓다는 이유로 헌법소원이 제기된 바 있었는데, 이에 대해 헌법재판소는 추행이란 “일반적으로 정상적인 성적 만족 행위에 대비되는 다양한 행위태양을 총칭하는 것”이라고 하면서 ‘계간’이라는 구체적 예시와 위 대법원의 해석기준에 따르면 자의적인 확대해석의 여지가 없다고 판단하였다.²⁵⁾ 또한 균형법상 추행은 군법피용자간의 행위에만 적용되며, 민간인과의 행위에는 적용되지 않으며, 친고죄가 아니라고 한다.²⁶⁾

2. 보호법익

균형법 제92조는 ‘추행’행위를 구성요건으로 하여, 외견상 군대 내에서의 ‘개인의 성적 자유(성적 자기결정권)’를 보호법익으로 하는 것으로 보인다. 그러나 판례는 위 규정의 군사적인 맥락을 더욱 중시하여 위 조항을 형법 또는 성폭력특별법에서 규정하는 성폭력 범죄와는 성격이 다른 범죄로 보고 있다.

고등군사법원은 균형법상 추행죄의 입법취지에 대해 ‘군사회 기강 문란 및 전투력 약화, 개인의 성도덕 관념과 성생활의 자유를 침해하는 행위를 벌하기 위한 것’이라고 판시한 바 있으며,²⁷⁾ 대법원은 위 조항이 ‘군대가정의 성적 건강을 유지하

21) 대법원 1998. 1. 23. 선고 97도2506 판결; 이 판결은 ‘개인의 성적 자유’를 주된 보호법익으로 하는 업무상 위력에 의한 추행죄에 있어 추행개념을 실시한 것이다.

22) 이재상, 『형법각론』, 2003, p. 161

23) 김종원, 『형법각론(상)』, 1971, p. 133; 정영석, 『형법각론』, 1983, p. 275; 김일수, 『형법각론』, 1999, p. 146; 박상기, 『형법각론』, 1999, p. 156; 육군본부, 『군사형법』, 1990, p. 333

24) 육군종합행정학교, 『균형법』, 2006. 2, p. 315

25) 헌법재판소 2002. 6. 27. 선고 2001헌바70; 재판관 송인준, 재판관 주선회는 반대의견을 통해 균형법 제72조가 명확성의 원칙을 위배하였고, 특히 비강제적인 행위에 적용될 경우 과잉금지 원칙을 위반하여 위헌이라는 의견을 제시하였다.

26) 대법원 1973. 9. 25. 선고 73도1915 사건; 친고죄란 처벌을 위해 피해자의 고소가 필요한 범죄를 말한다. 형법의 강제추행죄는 친고죄로서 피해자가 합의하면 처벌을 할 수 없기 때문에 비친고죄인 균형법상 추행죄만 문제된다.

27) 고등군사법원 1990. 3. 30. 선고 99노31 사건

기 위한 것'이라고 보았다.²⁸⁾ 헌법재판소는 위 2001헌바70 결정에서 “별도의 처벌 규정을 둔 것은 상명하복의 엄격한 규율과 집단적 공동생활을 본질로 하는 군대의 특수한 사정을 고려한 것으로 보인다. (중략) 따라서, 이 사건 법률조항은 군 내부의 건전한 공적생활을 영위하고, 이른바 군대가정의 성적건강을 유지하기 위하여 제정된 것으로서, 주된 보호법익은 ‘개인의 성적 자유’가 아니라 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 사회적 법익이다.”고 하여 일반 성폭력 범죄와 구분된 사회적 법익을 침해하는 특별한 범죄의 일종으로 보고 있다.

이처럼 보호법익에 의해 구별되는 특별법범으로서의 성격과, ‘추행’이라는 일반 성폭력 범죄와의 구성요건적 동일성으로 인해, 균형법상 추행죄와 형법 또는 성폭력특별법 상의 성폭력 범죄와의 관계에 대해 논란이 있어 왔다. 보호법익을 달리하므로 상상적 경합이 된다는 견해²⁹⁾와 강제력의 유무를 기준으로 하여 강제력이 인정되는 경우에는 형법 또는 성폭력특별법 위반죄에 흡수된다는 견해³⁰⁾가 대립하고 있는데,³¹⁾ 실무상으로는 주로 강제력이 인정되는 경우 형법 또는 성폭력특별법으로만 기소를 하고, 친고죄의 경우 합의가 되면 균형법상 추행죄로 공소장 변경을 하는 경우가 많다.³²⁾

3. 연혁 및 개정논의

균형법은 1957. 2. 28. 정부에 의해 최초로 제안된 이래 몇 차례 회기불계속으로 폐기되다가, 1962. 1. 16. 본회의 의결을 거쳐 1962. 1. 20. 공포되었다. 추행죄는 지금과 같은 형태로 최초 제안 시부터 존재하였다. 균형법은 해방 후 제정된 조선경비대법 및 국방경비법, 해안경비법을 대체하는 것으로, 일본의 구육균형법(명치 41년 제정)을 토대로 하여 미전시법의 규정을 다소 가미하여 조문화한 것이다.³³⁾ 국방경비법 및 해안경비법에는 ‘기타 각종의 범죄’에 방화, 절도, 횡령 등의 범죄와 함께 ‘계간’이 규정되어 있었으며,³⁴⁾ 5년 이하의 형을 부과할 수 있었다.

28) 대법원 1973. 9. 25. 선고 73도1915 사건

29) 법제사법위원회 전문위원 임중호, 「균형법 일부개정 법률안(정부 제출) 검토 보고」, 2006. 4. 중 국방부 의견

30) 1999. 3. 30. 선고 고등군사법원 99노31; 육군본부, 앞의 책, p.334; 법제사법위원회 전문위원 임중호, 앞의 글

31) 최정복, “강제추행죄와 추행죄의 관계에 관한 고찰”, JAGC-net(군법무관 내부통신망 게재)

32) 이는 법정형의 차이 및 친고죄 여부 등을 고려한 결과이며, 법리적으로 볼 때는 상상적 경합설을 취한 것이라 볼 수 있다. 강제추행죄와 균형법상 추행죄의 상상적 경합범으로 기소하는 예도 드물지만 존재한다.

33) 조윤, “균형법 개정론”, 사법논집(제2집), 1972, p. 435

34) 국방경비법 제50조, 해안경비법 제13조; 국방경비법은 1928년 미전시법을 그대로 번역한 법률이다. 미전시법은 2차대전 이후 해안경비법과 통합, 대폭 수정되어 1950년 통일

동성애에 대한 인권감수성이 높아짐에 따라, 제정 당시부터 13차례에 걸친 개정 동안 그대로 존속되었던 추행죄에 대해서도 개정논의가 제기되었다. 2004. 7. 2. 이경재 의원 등 35인은 ‘계간’이 남성 간의 동성애 행위만을 규정하여 형평성의 논란이 있고, 개인의 성적 자기결정권의 측면에서 볼 때 형법으로 이를 다루는 것은 적절치 않다는 이유로 균형법상 추행죄를 ‘위계 또는 위력’에 의한 경우로 한정하는 균형법 개정안을 제출하였다. 입법제안서에 따르면 동성 간 행위는 내부 징계 및 현역복무부적합³⁵⁾ 회부 등이 적절하다는 것이다. 위 개정안은 단순 추행은 구성요건에서 삭제하고, 위계 또는 위력에 의한 추행을 5년 이하의 징역에 처하도록 하고 있다. 또한 군대 조직의 위계적 질서를 감안하여 비친고죄임을 명문화 하였다. 위 개정안은 현재 제17대 국회에 계류 중이다.

2005. 12. 26. 정부는 병영내 성범죄에 대한 제재의 실효성을 높이고, 병영내 군기 문란 행위가 감소를 위해 범죄의 유형 및 죄질에 따라 추행죄의 구성요건을 세분화하고 그 법정형을 구성 요건별로 달리 규정하는 균형법 일부법률 개정안을 제출하였다.³⁶⁾ 그러나 여전히 계간 및 강제력이 없는 추행에 대한 처벌 규정을 두고 있어 단지 법정형을 조정한 정도에 그쳤다.

4. 군대 내 추행 발생 및 균형법상 추행죄의 적용 실태

군대 내에서 발생하는 추행행위의 유형은 다양하다. 불을 쓰다듬거나 꺾불 만지기, 이마나 입술 등에 뽀뽀, 엉덩이를 때리거나 만지는 것, 밤에 자신의 자리에서 함께 자도록 하면서 껴안고 자기, 옷을 입은 상태에서 성행위를 흉내를 내는 것, 옷 위 또는 속으로 손을 넣어 성기 만지기, 성기를 잡고 흔들며 발기시키거나 사정시키기, 성기를 빠는 등의 구강성교, 자신의 성기를 만지거나 빨아달라고 강요, 항문삽입 등의 사례가 있다.³⁷⁾ 이러한 군대 내 추행 사건은 위계적 질서가 강한

군사법전으로 대체되었다. 조윤, 위 논문, p. 435

35) 병역법 제65조, 시행령 제137조에 의해 군복무가 곤란한 질병 또는 심신장애가 있는 경우에는 병역처분의 변경을 통해 전역을 할 수 있는데 이를 현역복무부적합 처리라고 한다. 현재 군대에서의 처리기준을 보면 동성애자라는 이유만으로는 부적합 처리가 되지 않으며, 심각한 부적응이나 정신질환, 사고의 발생 등 추가적인 사정이 있을 경우 부적합 처리를 하고 있다.

36) 제92조(추행)

①폭행 또는 협박으로 계간(鷄姦) 그 밖의 추행(醜行)을 한 자는 5년 이하의 징역에 처한다.

②위계 또는 위력으로 계간 그 밖의 추행을 한 자는 3년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

③제1항 및 제2항 이외의 방법으로 계간 그 밖의 추행을 한 자는 1년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

④제1항의 미수범은 처벌한다.

37) 군대 내 동성 간 추행 사례는 행위의 동기를 기준으로 하여 괴롭힘의 성격을 가지는 것

계급구조의 특성과 맞물려³⁸⁾ 가시적인 폭행이나 협박이 없더라도 피해자들이 저항을 하지 못하는 특성이 있으며, 또한 가해자와 피해자가 계속 같은 공간에서 집단 생활을 해야 하기 때문에 피해가 지속되고 반복되는 경향도 있다. 동성 간 성폭력 개념이 사회적으로 일반화 되어 있지 않기 때문에 위와 같은 행동들은 짓궂은 장난 또는 친밀감에 의한 행동 정도로 받아들이는 경우가 많지만, 이는 추행의 의미를 축소시키고자 하는 자기합리화 기제인 경우가 대부분이다.³⁹⁾

군대의 사건시스템이 전산화된 2004. 1. 1. 이후 2007. 12. 31.까지 균형법상 추행죄가 적용된 사건은 모두 176건이다. 이 중 합의에 의한 동성 간 성적 행위는 4건이었으며, 4건 중 3건은 공판에 회부되어 처벌되었고, 1건은 기소유예되었다. 나머지 172건은 강제추행 또는 위력에 의한 추행에 해당하나 피해자와의 합의로 균형법상 추행죄가 적용된 사례이며, 102건은 처벌, 기소유예 36건, 공소권 없음 6건, 혐의 없음 3건, 처분 미상 25건이다. 이와 같은 적용실태를 보면 균형법상 추행죄가 적용된 사실 중 98%가 형법 또는 성폭력특별법으로 처리할 수 있는 강제추행.업무상 위력에 의한 추행이고, 균형법상 추행죄는 성폭력 범죄의 친고죄 규정으로 인한 처벌의 공백을 막기 위해 적용되고 있음을 알 수 있다. 결국 형법의 강제추행죄를 비친고죄화하는 기능을 주로 수행하고 있는 것이다.

5. 균형법 제92조의 문제점

균형법 제92조는 행위유형이 세분화되지 않아 강제적 구성요건과 비강제적 구성요건이 혼재되어 있다. 강제성의 유무에 따라 행위의 성격 및 판단기준, 고려요소 등 많은 차이가 있음에도,⁴⁰⁾ 현행 규정은 굉장히 단순한 하나의 구성요건으로 처

과 성적 욕구를 해소시키기 위한 것으로 나누어 볼 수 있다. 물론 이 두 가지를 정확히 구별하기가 어렵고, 실제 사례에서는 혼재되어 있는 경우가 많으나 어느 것이 더욱 주된 것인지에 따라 사건의 성격이 구별되는 요소가 있다. 괴롭힘의 성격을 갖는 것은 주로 장난의 명분으로 행해지고, 다른 사람들도 있는 공개적인 장소에서도 많이 발생한다. 행위유형은 옷 위로 성기를 만지거나 가벼운 뽀뽀, 엉덩이 만지기 등의 비율이 높다. 이러한 성격의 추행은 피해자의 수치심을 자극하거나 자신의 우월적인 지위를 확인하고 과시하려는 맥락에서 발생한다. 성적 욕구 해소를 위한 추행은 주로 은밀한 시간과 장소에서 행해지며, 행위 유형도 성기를 직접 만지고 사정을 하는 정도의 행위가 많다. 이러한 추행은 가해자 또는 피해자가 반드시 동성애자인 것은 아니며, 성적 호기심 또는 충동이 위계적 구조와 결부되어 피해자를 자위행위의 도구나 여성의 대용품과 같이 취급하는 맥락이 있다.

38) 군대 내 추행 사건의 가해자는 피해자보다 선임이거나 계급이 높은 경우가 압도적으로 많다. 국가인권위원회, 「국가인권위원회, 군대 내 성폭력 실태조사」, 2004. 3, pp. 72-74

39) 국가인권위원회, 앞의 글, pp. 66-71

40) 이를 표로 정리하면 아래와 같다.

	강제적 추행	비강제적 추행(합의에 의한 성적행동)
--	--------	----------------------

리하고 있으며, 서로 다른 성격의 행위를 같은 틀로 해석하고 있다. 예컨대, 앞서 살펴본 사례 중 사례 3과 사례 5에서 서로 대등한 관계에 있었던 A와 B가 상호 합의 하에 성적 접촉을 한 것과, A가 자신의 지휘·감독 하에 있는 병사들을 강제로 수행한 행위는 전혀 다른 성격임에도 동일한 법조문을 적용하여 처벌하는 것이다. 그러나 이러한 해석방식은 균형법상 추행죄에 대한 온전한 이해를 어렵게 한다.

위와 같은 단순한 해석을 가능하게 하는 것은 균형법상 추행죄의 매우 추상적인 보호법익이다. 강제적이든 합의에 의한 것이든, 군대 내의 성적인 행위는 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’, ‘군대가정의 성적 건강’과 같은 사회적 법익을 침해한다는 것이며, 따라서 이들은 같은 성격의 행위로 함께 규정된다는 것이다. 하지만 이러한 내용만으로 군대 내 강제적 추행을 다른 성폭력과 달리 이해해야 한다는 것은 문제가 있다. 예를 들어 군대 내 폭행 역시 ‘군이라는 공동 사회의 건전한 생활과 군기’ 및 ‘군대의 질서와 규율’을 침해하는 행위이지만, 초병이나 상급자에 대한 행위를 가중 처벌하는 것⁴¹⁾ 외에 별도의 규정을 두지는 않으며, 또한 형법 등의 폭행과 본질적으로 다른 범죄라고 해석하지도 않는다. 그리고 직장·학교·구급관계에서의 성폭력도 위계질서나 집단의 규율이 문제된다는 점에서, 군대 내 강제적 추행과 같은 구조를 가지고 있으나 사회적 법익을 침해하는 범죄로 보지는 않는다.

결국 균형법상 추행죄의 처벌 대상이 되는 행위 중, 강제력에 의한 추행의 경우는 개인적 법익을 침해하는 범죄로 보아야 하며, 다만 군대조직의 특수성을 감안하여 강제력의 범위를 넓게 이해하는 정도의 차이만 두면 된다. 이렇게 보면 균형법상 추행죄가 적용되는 영역 중 상당 부분은 일반 성폭력 영역의 논의로 넘어가게 되고, ‘강제적 추행의 처벌 필요성’이 ‘합의에 의한 동성 간 추행(성적행동)’을 처벌하는 것의 정당화 근거로 사용되는 것을 막을 수 있다. 이 글에서는 위와 같은 구분을 전제로 하여 ‘합의에 의한 동성 간 추행(성적 행동)’이 과연 처벌의 필요성이 있는지, 위 보호법익과 관련성이 있는지, 이러한 금지규정이 행위자의 기본권을 침해하여 위헌적이지 않은지 살펴볼 것이다. 균형법 제92조를 분석하기에 앞서 그

강제력 유무	요구됨	필요 없음
피해자 유무	구체적 피해자 존재	군대라는 추상적 피해자
주된 초점	어느 범위까지 강제력으로 볼 것인지 여부	행위가 실제로 있었는지 여부
보호법익	피해자의 성적 자기결정권(개인적 법익)	군대 내 질서 유지라는 사회적 법익
고려요소	강제력의 정도, 피해자의 의사	부대의 분위기
관련조항	형법, 성폭력특별법 등	균형법에만 규정됨

41) 균형법 제9장 제48조-제63조

기원인 미국과 기타 다른 나라들에서의 논의를 먼저 검토하고자 한다.

IV. 동성애 처벌의 역사와 법적 논쟁 (1)- 미국

1. 일반적 '소도미'⁴²⁾ 금지 규정에 대한 법적 논쟁

(1) '소도미' 금지의 역사와 초기 법적 대응

1961년까지 미국의 모든 주는 이성 및 동성 간의 모든 구강·항문 성교를 금지하는 '소도미'법을 제정하고 있었다.⁴³⁾ 미국법률협회(American Law Institute)가 1955년 성인간의 합의에 의한 모든 성행위는 비범죄화되어야 한다는 권고를 한 이래 동성애 행위를 비범죄화하는 입법적 개혁이 뒤따르게 되었다. 그리고 1969년 '스톤월 항쟁'⁴⁴⁾에 의해 동성애 권리 운동이 촉발되고, 1970년대와 1980년대 미국 심리학회 및 정신의학회에서 동성애를 병리적 현상의 범주에서 제외한 이후, '소도미'법을 무효화하려는 법적인 소송들이 제기되었다.⁴⁵⁾

42) '소도미(sodomy)'라는 용어는 구약성경 창세기(19장)에 나오는 소돔과 고모라라는 도시의 이야기에서 유래한다. 소돔과 고모라는 일반적으로 동성애 행위로 인해 파멸하였다고 해석되고 있다. 성경에서는 창세기 외에도 레위기와 바울서신에서 동성애 관련 언급이 있다. 대체적인 해석은 성경이 동성애를 금지하고 있다는 것이나, 일부 신학자들은 이러한 해석에 반대하고 있다. 이에 대하여는 신원하, "한국교회의 동성애 논쟁 -세 가지 이슈를 중심으로-", 고신대학교 신학대학원 석사학위 논문, 2006. 2; 정찬용, "동성애에 대한 기독교 윤리적 고찰", 총신대 신학대학원 석사학위 논문, 2000; 윤환, "동성애에 대한 기독교 윤리적, 문화적 고찰", 장로회신학대학교 신학대학원 석사학위 논문, 2005. 12; 김상철, "동성애에 대한 신약 성경의 입장", 장로회신학대학교 신학대학원 석사학위 논문, 2003. 7 등 참조할 것.

43) 주에 따라 이성간의 행위 또는 결혼관계에서의 행위는 소추대상에서 제외하는 등의 차이는 있었다. Bowers 판결 및 Lawrence 판결의 실시 내용에 의하면 1868년 수정헌법 제14조가 통과되던 당시 5개 주를 제외한 모든 주가 '소도미'법을 가지고 있었으며, 1986년 Bowers v. Hardwick 판결이 있을 당시에는 24개주와 콜롬비아 지구가 '소도미'행위에 대해 형벌을 부과하였다. 2003년 Lawrence v. Texas 판결 당시에는 9개 주에서 '소도미'를 형사소추의 대상으로 삼고 있었다. 1960년 이후로는 동성애 행위를 대상으로 하는 미국의 법률은 만들어지지 않았다고 한다.

44) 스톤월 항쟁은 1969년 7월 28일 경찰이 뉴욕에 있는 게이바인 '스톤월 인'을 불심검문하여 그곳에 있던 사람들을 연행하고, 이에 대해 동성애자와 지지자들이 반대시위를 하면서 촉발되었다. 시위는 3일 동안 지속되며 2천여 명이 참석했고, 이로 인해 많은 동성애자 인권단체가 만들어졌다. 스톤월 항쟁은 서구 동성애자 해방운동의 '보스톤 차 사건'으로 비유되기도 한다. 바네사 베어드, 앞의 책, p. 44

45) 강달천, "동성애자의 기본권에 관한 연구", 중앙대학교 대학원 법학과 박사학위 논문, 2000. 12, 제2장 제3절 참조.

‘소도미’법에 대한 동성애자들의 권리주장은 주로 프라이버시권을 중심으로 이루어졌는데, 특히 피임기구의 사용을 권유하는 것을 금지하고, 위반할 경우 형사처벌을 하는 코네티컷주의 피임금지법에 대해 위헌을 선언한 *Griswold v. Connecticut* 사건⁴⁶⁾은 최초로 헌법상 프라이버시권을 인정한 사건이며, 이후의 ‘소도미’법 관련 소송에서 많은 영향을 미쳤다. 프라이버시권은 최초에 기혼부부 사이에서만 인정되다가, 미혼의 이성관계, 동성관계로 점차 확장되었으며 이를 근거로 ‘소도미’법이 프라이버시권 또는 평등권을 위반한다는 이유로 무효화하는 판결들⁴⁷⁾이 나오게 되었다.

(2) *Bowers* 판결 - 소송을 통한 동성애 권리 주장의 좌절

그러나 위와 같은 흐름들은 1986. 6. 30. 연방대법원의 *Bowers v. Hardwick* 판결에 의해 좌절을 맞게 된다. 1982. 8. 미국 조지아 주 경찰은 술값을 내지 않은 혐의로 신고된 *Hardwick*의 집으로 찾아갔다가 그가 자신의 집 침실에서 동의 하에 다른 남성과 동성애 행위를 하는 것을 목격하고 현장에서 체포하였다. *Hardwick*에 대한 기소는 1심에서 증거불충분으로 기각되었으나, 이를 계기로 *Hardwick*은 연방지방법원에 동성애 행위를 금지하는 조지아주법⁴⁸⁾에 대해 위헌선언을 구하는 소를 제기하였다.

연방지방법원과 연방항소법원은 피고인의 행위가 전형적으로 사적인 것이고, 주의 규제가 정당한 것일지라도 그 통제가 미치지 않는 친밀한 결합이었기 때문에, 조지아주는 그 행위를 규제하기 위한 우월한 이익(compelling interest)이 있음을 증명해야 한다고 판시하면서 조지아주법을 위헌으로 선언했다.⁴⁹⁾

하지만 연방대법원은 5대4로 연방항소법원의 판단을 뒤엎고 합헌선언을 하였다. 연방대법원의 다수의견은 동성애 행위의 자유는 헌법상 기본적 권리에 해당하지

46) *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479(1965) *Griswold*는 기혼부부들에게 피임방법에 대한 정보를 제공하고, 피임기구를 추천하였다는 내용으로 유죄판결을 받고 이러한 주법이 연방헌법에 위배된다는 소송을 제기하였다. 이 판결에서 다수의견은 연방헌법의 권리장전에 의해 보장되는 사생활 영역이 있다고 하면서 기혼부부가 피임기구를 사용할 권리는 그러한 권리영역에 포함된다고 보았다. 이후 *Warren*과 *Brandeis*의 ‘The Right of Privacy’라는 논문에 의해 프라이버시 개념이 본격적으로 제기되었다.

47) *Commonwealth v. Balthazar* 사건, *Stast v. Pilcher* 사건, *State v. Saunders* 사건, *People v. Onofre* 사건 등

48) O.C.G.A. § 16-6-2 (a) 한 사람의 성기와 다른 사람의 구강 또는 항문을 포함한 어떠한 성행위를 하는 것은 소도미에 해당한다. 타인의 의사에 반하여 억압적인 방법으로 소도미를 행하는 경우에는 소도미 중범죄에 해당한다.

(b) 소도미의 유죄선고를 받은 자는 1년 이상 20년 이하의 감금형에 처한다. 소도미 중범죄의 유죄선고를 받은 자는 평생 감금형 또는 1년 이상 20년 이하의 감금형에 처한다.

49) *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186(1986); 강달천, 앞의 논문, p.76

않음을 전제로 동성애 행위를 불법으로 규정하였으며, 이 판결로 인해 한동안 동성애자들의 법적인 권리주장은 위축되었다. 그리고 위 판결은 군대 내 동성애 정책에 문제제기를 하던 흐름에도 같은 영향을 미쳐서 동성애 활동가들은 소송 대신 선거를 이용한 활동을 택하게 되었다.⁵⁰⁾

(3) Lawrence 판결 - 연방대법원의 변화

위와 같은 연방대법원의 보수적인 태도는 2003년에 이르러서야 *Lawrence v. Texas* 판결에 의해 변경되었다. 연방대법원은 동성 간의 성행위를 범죄로 규정한 텍사스 주법⁵¹⁾에 대하여 6대3의 다수의견으로 적법절차조항을 침해하여 위헌이라고 판시하였다. *Lawrence* 사건에서 연방대법원은 단지 동성애 행위의 성격에만 초점을 맞추는 대신 “성인으로서 수정조항 제4조에 규정된 적법절차 조항에 의한 자유권의 행사로 사적인 행위를 할 수 있었는지 여부”에 초점을 맞추었다. 연방대법원은 *Bowers* 사건을 폐기하면서, 개인은 공공장소가 아닌 곳에서의 동의에 의한 관계에 대한 기본적인 프라이버시 이익을 가진다고 보았다.⁵²⁾

연방대법원은 이 사건에서 평등조항이 아닌 적법절차 조항만을 기준으로 삼았는데, 이는 문제된 법이 동성애를 범죄화 하는 것을 목적으로 한 것이 아니라, 이성 간·동성 간 모두에서의 ‘소도미’ 행위를 범죄화하는 것이기 때문이라고 하였다.⁵³⁾

또한 연방대법원은 ‘소도미’가 엄격한 심사 기준을 필요로 하는 ‘기본권’ 또는 ‘기본적 자유’라고 설시하지는 않았다.⁵⁴⁾ 이 점으로 인해 뒤에서 보는 바와 같이 ‘소도미법’을 심사함에 있어 엄격 심사기준을 적용해야 하는지, 아니면 합리성 심사기준을 적용해야 하는지에 대해 논란이 야기되었고, CAAF(the Court of Appeals for the Armed Forces)⁵⁵⁾는 이 점을 자신의 판단에 대한 정당화 근거로 사용하기도 하였다.

50) Keira A. Pollet, *THE HOMOSEXUAL POLICY IN THE MILITARY- WILL LAWRENCE V. TEXAS OPEN THE CLOSET DOOR?*, Whitter Law Review(25 Whitter L. Rev. 645), Spring 2004, at 694

51) Tex. Penal Code § 21.06 (a) 동성의 다른 사람과 변태적(deviate) 성관계를 맺는 사람은 처벌한다.

52) Jeremy J. Gray, *THE MILITARY'S BAN ON CONSENSUAL SODOMY IN A POST-LAWRENCE WORLD*, Washington University, 2006, p.393

53) *Lawrence* 123 S. Ct. at 2482; 그러나 O'Connor 판사는 이러한 성격규정과는 달리 텍사스 주법이 “모든 동성애를 범죄로 낙인찍고 있다.”고 의견을 밝혔다. *Lawrence* 123 S. Ct. at 2486

54) *Lawrence* 123 S. Ct. at 2491-92(Scalia 판사의 소수의견 중)

55) 미국 군사법원 중 3심에 해당하는 법원으로, 상원의 인준을 받고 대통령이 임명한 5인의 판사(전원 민간인)로 구성되어 있다. 실질적인 최종심이며, 헌법적 문제가 재판의 전제가 되었을 때에만 미 연방대법원에서 4심의 재판을 받을 수 있다.

그리고 Lawrence 판결은 일반 시민에 대해 적용되는 주법이 문제된 사안이므로, 이 판결로 인해 곧바로 군사통일법전의 ‘소도미’ 조항을 위헌으로 볼 수는 없었다. 오히려 O'Connor 판사는 자신의 의견 결론 부분에서 텍사스 주법은 ‘국가안보와 같은 적법한 주의 이익’이 없다고 서술함으로써,⁵⁶⁾ 추후에 군대 내 ‘소도미’ 금지규정에 대한 논의에서 국가안보가 정당화 근거로 제시될 수 있는 여지를 남겨두었다.

2. 군대 내 ‘소도미’ 금지에 대한 법적 논쟁

(1) 미국 군대 내 ‘소도미’ 금지의 역사와 현황

미국 군대에서의 ‘소도미’ 행위에 대한 규제는 오래 전부터 있었으며, 성문의 금지는 영국의 전시법(Articles of War)에 그 기원을 두고 있다. 미국의회는 1950년 UCMJ(the Uniform Code of Military Justice)를 제정하면서 모든 형태의 “비자연적인 동성 간 또는 이성간 또는 동물과의 비정상적인 성교행위”를 금지하는 제 125조를 두었으며, 이 조항은 지금까지 같은 형태로 유지되고 있다.⁵⁷⁾

(2) Lawrence 판결 이후 군사법원의 대응

Bowers 판결로 인해 좌절되었던 군대 내 소도미 금지 규정에 대한 문제제기는 Lawrence 판결로 인해 새로운 가능성을 맞이하게 되었다. Lawrence 판결은 비록 민간인에 대한 판결이었으나 군사통일법전 제125조나 군의 동성에 정책을 약화시키는 방향으로 영향을 미칠 것으로 예견되었다.⁵⁸⁾ 그러다 Lawrence 판결 이후 발생한 United States v. Marcum 사건⁵⁹⁾과 United States v. Stirewalt 사건⁶⁰⁾으로 인해 군대 내 소도미 금지에 대한 위헌성 문제가 법원의 판단을 받게 되었다. 하지만 CAAF는 두 사건 모두에서 ‘소도미’ 처벌을 지지함으로써 Lawrence 판결

56) Lawrence 123 S. Ct. at 2487-88

57) Jeremy J. Gray, *THE MILITARY'S BAN ON CONSENSUAL SODOMY IN A POST-LAWRENCE WORLD*, Washington University, 2006, p.386

58) John A. Tirpak, *Washington Watch: Policy on Homosexuals Gets Review*, A.F. Mag. 8 (Oct. 2003), at 8-10

59) U.S. v. Marcum, U.S. Armed Forces 2004, 60 M.J. 198

60) Marum 사건은 중사였던 Marum이 하급자인 Harrison과 소도미 행위를 하였다는 이유로 기소된 사안이다. 강제적인 소도미 행위도 문제가 되었으나, 강제적 소도미는 무죄로 판단되고, 비강제적 소도미로 유죄판결을 받았다. 이 행위는 기지 밖의 숙소에서 업무 외 시간에 이루어졌다. Stirewalt는 자신보다 더 높은 직위에 있는 여자직원과 이성애 소도미 행위를 하여 기소되었는데, 이 사안은 완전한 합의에 의한 사건이었다.

이 군대 내 ‘소도미’ 금지에 대한 드러나는 전환을 가져오지는 않는다고 판단하였다.

CAAF는 Lawrence 판결에도 불구하고 “군인들은, 전반적으로, 일반 시민들과 동등한 자율성을 향유하지는 못한다.”고 언급하면서, 군사통일법전 제125조가 전면적으로 위헌이 된다고 판단하지 않았다. 대신 개별적인 소도미 기소가 Lawrence 판결에 비추어 타당한지 여부를 검토하기로 하면서, 다음과 같은 세 가지 심사기준을 고안하였다. 첫째로, 법원은 그 행위가 대법원에서 정의된 것과 같은 개인의 자유이익의 범위 내에 있는 것인지를 확인해야 한다. 즉, 문제된 행위가 성인들 사이의 사적이고 합의된 행위인지를 검토하는 것이다. 둘째로, 법원은 그 사건에 있어 그 행위가 Lawrence 판결의 분석에서 벗어나게 만드는 어떤 요소라도 있는지 판단해야 한다. 예를 들면, 사회적 약자나 다친 사람이 상대방이었거나, 공역한 장소에서의 행위 또는 성매매, 행위자 중 일방이 사실상 동의를 거절하기 어려웠던 상황 등이 문제된다. 마지막으로, 법원은 그 행위를 금지할 군사적 이유가 있는지 질문해야 한다.⁶¹⁾

위와 같은 기준을 적용하여, CAAF는 Marcum 사건에서 Harrison은 Marcum 중사의 감독을 받는 하급자였기 때문에 사실상 강제되었거나 동의를 거절하기 어려운 위치에 있었으며, 이러한 사정은 Lawrence 판결의 보호를 받지 못하는 사유가 된다고 하였다. 또한 미공군의 규정은 동일한 명령체계 내에서의 상하급자간 교제를 금지하고 있었으므로, Marcum 중사와 Harrison의 행위는 군대의 이익에 반하였고,⁶²⁾ 그러한 행위는 로렌스 판결에 의해 보호되는 범위에 해당하지 않는다고 보았다.⁶³⁾ 이에 대해 Marcum의 변호사는 (동성애에 대한) “도덕적 비난”이 ‘소도미’법의 숨겨진 의도라고 주장하였으나 받아들여지지 않았다.⁶⁴⁾

Stirewalt 사건에서 CAAF는 피고인의 행위가 “대법원이 인정한 자유이익 내에 있고, Lawrence 판결에서 벗어나는 행동이나 요소를 포함하고 있지 않다는 것”을 인정하였다. 그러나 CAAF는 해안경비대가 같은 명령체계 내에 있는 구성원간의 관계를 금지하기 때문에 합의에 의한 소도미 역시 불법이라고 판단하였다.⁶⁵⁾ 교제의 금지는 “규율과 명령”을 위한 것이고, 소도미의 처벌은 “군대 내 규율의 문제”로서 정당화된 것이다. 결국 법원이 제125조의 적용이 합헌이라고 판단한 주된 이유는 그 소도미 행위가 서로 결혼하지 않은 두 명의 군인 사이에서 발생하였다는

61) Marcum, 60 M.J. at 206, 207.

62) 공군은 ‘소도미’ 금지 규정이 “명령, 단결심, 규율, 전투능력의 유지”에 대한 군사적 필요에 기반하고 있다고 하면서 이를 유지하는 것이 필요하다고 주장하였다.

63) Marcum, 60 M.J. at 207.

64) Marcia Coyle, *Gay Rights Ruling Gets Test in Military: A Sodomy Case Is Heard on Appeal*, 26 Natl. L. J. 1 (Oct. 20, 2003)

65) Stirewalt, 60 M.J. at 304.

점이었다. 이러한 태도는 Lawrence 판결에도 불구하고 군대에서의 대부분의 소도미 기소가 여전히 합헌 판단을 받을 것이라는 점을 의미한다.

(3) 군대 내 ‘소도미’ 금지에 대한 법적 논쟁

가. 옹호론

군의 지휘관들은 부대에서의 성적 긴장은 부대의 단결과 군의 효율성을 위협하게 할 수 있다고 인식한다. 이러한 우려는 대개 3가지 형태로 표출되는데 첫째는 군대 구성원간의 친밀한 관계와 이별로 인한 어려움, 둘째는 이성애자 군인들의 동성애에 대한 혐오감, 셋째는 이성애자 군인들의 사생활에 대한 침해이다.⁶⁶⁾ ‘소도미’와 같은 동성애 경향이 군에서 금지될 경우 부대에서의 성적인 긴장이 감소될 수 있으며, 또한 ‘소도미’ 행위로 인해 흔들릴 수 있는 부대의 단결은 전투에 있어서의 승패 및 생사의 갈림길이 된다고 주장한다.⁶⁷⁾

미국 정부는 위 Marcum 사건에서, 연방대법원이 예전에 실시한 바와 같이 군대와 민간 영역은 서로 구별되는 특징이 있기 때문에⁶⁸⁾ Lawrence 판결이 군대에 적용될 수는 없다고 주장하였다. 또한 연방대법원이 동성 간 소도미에 대해 기본권을 인정하는 것은 아니기 때문에 합리성 심사기준을 적용해야 하며, 이에 의할 때 군대에서의 동성애 행위는 “높은 수준의 도덕, 명령, 규율, 부대의 단결에 위험을 가져오기”⁶⁹⁾ 때문에 이를 금지할 적법한 이익이 있다고 하였다.

Fred Peck은 군의 동성애 정책이 신체능력, 젠더, 키, 몸무게 등에 기반하여 개인을 차별하여 왔던 군의 전통과 역사에 포함되어 있다고 한다. 의회는 이러한 차별을 효율성과 전투능력을 위해 정당화하여 왔으며, 군대는 직업이 아닌 삶의 문제라는 점을 강조한다.⁷⁰⁾

Keira A. Pollette은 군대 내 ‘소도미’ 금지 규정에 대한 비판이 주로 프라이버시권에 근거하고 있는데, 군인들은 전통적으로 프라이버시권을 충분히 향유하지 못하여 왔다는 점에서 문제가 있다고 지적하고 있다.⁷¹⁾ 또한 군의 정책은 성적 지향이 아닌 행위에 초점을 맞추고 있기 때문에 그러한 정책은 어떤 기본권도 침해하

66) 이러한 견해는 Dronenburg v. Zech 사건에서 Robert Bork 판사에 의해 최초로 정리되었다. Dronenburg v. Zech 741 F.2d 1388 (D.C. Cir. 1984)

67) Thomasson v. Perry, 80 F.3d 915, 929 (9th Cir. 1996)

68) Parker v. Levy, 417 U.S. 733, 94 S.Ct. 2547, 41 L.Ed.2d 439 (1974)

69) 10 U.S.C. § 654(a)(15)

70) Fred Peck, *The Problem with Gays in the Military: Ban Enhances Military Readiness*, Am. Legion Mag. 24. 26 (June 2000)

71) supra, at 661

지 않는다고 주장한다.⁷²⁾

나. 비판론

일반적인 ‘소도미’ 법률에 대한 문제제기와 맥락을 같이 하여, 군대 내 ‘소도미’ 금지에 대한 비판적인 논의도 일찍부터 있어 왔다. 특히 2001년 군사통일법전 제정 50주년을 맞이하여 비영리 민간단체인 NIMJ(the National Institute of Military Justice)의 후원을 받아 조직된 Cox 위원회⁷³⁾는 “1951년의 군사통일법전의 입법은 군사사법의 기념비적인 입법이었지만, 2001년 군사통일법전은 세계적인 절차적 정의의 기준에 부합하는데 실패하여 왔다.”고 지적하면서 군사통일법전의 4가지 주된 개선요구사항 중 하나로 제125조의 삭제를 요구하였다.⁷⁴⁾ 위원회는 포괄적인 성격을 가지고 있는 현행 규정이 현대적 맥락에서 새롭게 드러나는 다양한 형태의 성적 행동들에 적용되기 어려우며, 지난 50년간 대중들의 인식이 바뀐 점을 반영하지 못하고 있다고 지적하였다. 또한 대부분의 합의에 의한 성적 행동이 처벌되지 않으면서 일부 행위만이 기소되고 있는 것은 ‘소도미’ 기소가 “독단적이며, 심지어 양심을 품은 징벌적인 방법으로 처리되고 있다.”는 인식을 불러일으킨다고 하였다. 그리고 군대가 계급이나 조직의 성격이 특별한 점이 있기는 하지만, 유사한 법적 쟁점이 문제되는 선생과 학생 사이, 의사와 환자 사이, 수습직과 지도관 사이, 교정관리와 수감자 사이의 성적 행동들을 규율하는 법들과 같은 많은 민간의 모델이 있으므로 이러한 것들을 참조할 수 있다고도 언급하였다.

군사학자인 Eugene E. Baime 대령 역시 Bowers 판결 이후에 군대 내 ‘소도미’ 금지에 대한 자신의 글을 통해, 군대 환경의 특수성을 감안하더라도 그러한 금지를 정당화할 근거는 없다고 지적하였다. ‘소도미’ 행위는 어떤 누구에게도, 어떤 부대에도 해를 끼치지 않으며, 어느 누구도 군대를 경멸하도록 강제하지 않는다고 하면서 그러한 반론이 ‘정직하지 못한 것’이라고 하였다.⁷⁵⁾ 미 국방부가 의뢰하여

72) *supra*, at 662

73) Cox 위원회는 CAAF의 전 수석판사였던 Walter Cox와 다른 4명의 위원들로 구성되었으며, 2001. 3. 13. 조지 워싱턴 법과대학에서 250여명의 개인과 12개 이상의 단체가 참여한 가운데 공청회를 열었다. 위원회는 공청회에서 논의된 내용을 정리하여 보고서를 제출하였다. *Report of the Commission on the 50th Anniversary of the Uniform Code of Military Justice*, 2001

74) 합의에 의한 동성 간 성적 행위를 처벌하는 것에 대한 논의는 공청회에 참여한 개인과 단체들 사이에서 가장 큰 반응을 일으켰다고 위 보고서는 언급하고 있다. 또 흥미로운 점은 군사통일법전 제125조의 삭제를 요구한 Cox 위원회의 Walter Cox 전 CAAF 수석판사는, 군사법원 재직시절 Henderson 사건과 Fagg 사건 모두에서 ‘예외 없는 소도미 금지’를 지지하였다는 것이다. Jeremy J. Gray, 앞의 논문, p.392

75) Major Eugene E. Baime, *Private Consensual Sodomy Should Be Constitutionally Protected in the Military by the Right to Privacy*, 171 Mil. L.

Rand Corporation이 수행한 연구에서도 같은 내용이 확인되는데, 이 연구에 의하면 동성애자의 존재가 전투능력과 부대의 단결에 해를 입힌다는 어떤 증거도 없다고 한다. 특히 동성애자의 군복무가 허용되는 캐나다, 프랑스, 독일, 이스라엘, 네덜란드, 노르웨이 등의 예를 보면 동성애자들은 대체로 신중하게 행동을 하며, 거의 문제를 일으키지 않는다고 한다.⁷⁶⁾

Kenneth Williams는 군대에서의 동성애자들이 샤워실이나 1인용 참호 등지에서 문제를 일으킬 것이라는 인식이 잘못된 것이라는 연구결과⁷⁷⁾를 지적하면서, 동성애 관계 뿐 아니라 이성애 관계 역시 군의 기강에 같은 문제를 야기할 수 있으므로 군에서의 동성애 배제는 잘못된 것이라고 비판한다.⁷⁸⁾

V. 동성애 처벌의 역사와 법적 논쟁 (2)- 유럽 기타 국가들

1. 개관

유럽은 미국에 비해 일찍부터 동성애 행위 금지 법률을 폐지하여 왔다. 유럽 인권위원회는 1970년대까지 동성애 행위의 금지가 유럽 인권협약 제8조의 사생활을 존중받을 권리를 침해한다는 주장에 대해 특별한 근거 제시 없이 주장을 받아들이지 않아 비난을 받았다. 그러나 1978년의 *Dudgeon v. UK* 사건에서 처음으로 협약 제8조 위반을 인정하고, 1981년 유럽 인권재판소가 위와 같은 결론을 재차 확인하면서 태도가 변하기 시작하였다. 이후 아일랜드와 사이프러스 등에 대해 동일한 취지의 판결이 반복면서, 이러한 판결들은 유럽위원회 회원국가의 동성애 행위 금지 법률을 폐지하는 흐름으로 이어지게 되었다.⁷⁹⁾ 유럽 인권위원회와 인권재판소의 위와 같은 판결들은 평등권이 아닌 사생활의 권리 침해에 주로 기반하였다는 점이 특징적이라고 할 수 있다. 그러나 최근에는 사생활의 권리 뿐 아니라 차별금지의 관점에서 문제를 바라보는 경향이 커지고 있으며, 유럽연합의 암스텔담 조약

Rev. 91, 2002; Baime 대령은 군사통일법전 제125조를 “이 장의 규율은 받는 어떤 사람도 다른 사람과 강제로 비정상적인 성교를 하거나, 16세 이하의 사람 또는 동물과 비정상적인 성교를 하는 경우 소도미의 죄책을 진다.”고 개정해야 한다고 주장했다.

76) *Between Logic and Politics: Incisive Rand Study on Homosexuals/Military*, L.A. Times, Aug. 28, 1993, at B7

77) *Pentagon Releases Study Calling for No Limits on Gay Personnel*, St. Louis Post Dispatch, Aug. 27, 1993, at 16A.

78) Kenneth Williams, *GAYS IN THE MILITARY: THE LEGAL ISSUES*, University of San Francisco Law Review, Summer, 1994(28 U.S.F. L. Rev. 919), p. 945

79) 유럽 국가에서 동성애 관련 입법의 변화과정을 보면 ① 동성애에 대한 차별(동성애 금지법의 존재) -> ② 반차별(동성애금지법의 철폐) -> ③ 동성커플 보호 법률 제정의 순서를 거치며 유사한 단계를 밟고 있다고 한다. 강달천, “동성애자의 권리보호”, 법제연구(한국법제연구원) 23호, 2002, p. 89

(The Amsterdam Treaty, 1997), 유럽연합의 결의안(2000)은 성적 지향에 근거한 차별을 금지하고 있다.⁸⁰⁾ 2000년 12월 유럽연합 의회는 유럽연합 권리장전 제21조⁸¹⁾(차별금지)에 성적 지향에 의한 차별 금지를 명문화하였다.

2. Dudgeon v. UK 사건과 유럽의 변화

(1) Dudgeon 사건 이전의 태도

유럽 인권협약 제8조 제1항은 사생활을 존중받을 권리를 규정하고 있으며, 제2항에서는 예외규정으로서 민주사회에 있어 국가 안보, 공공안전, 공공복리, 질서유지 및 범죄예방, 보건 또는 도덕의 보호 또는 타인의 권리 및 자유의 보호가 필요하고 법의 의한 경우에는 공권력의 개입이 허용된다고 규정하고 있다. 유럽 인권위원회는 초기의 결정들에서 위 협약 제8조 제2항을 인용하여 동성애 행위의 처벌은 '보건과 도덕을 보호하기 위한 계약당사국의 법에 따른 침해'에 해당한다고 보아, 이를 정당화하였다.⁸²⁾ 그러나 이러한 태도는 Dudgeon v. UK 사건을 통해 변화하게 된다.

(2) Dudgeon 판결의 내용

영국은 1967년 성폭력법의 개정을 통해 21세 이상 남성⁸³⁾의 동성애 행위를 비범죄화 하였다. 그러나 이 법은 잉글랜드와 웨일스에만 적용되었고, 북아일랜드에는 비록 실무상 강제되고 있지는 않았지만 구법이 남아 있었다. 이에 대해 북아일랜드 게이 권리 협회의 활동가인 Jeffrey Dudgeon이 소송을 제기하면서 사건이 시작되었다.⁸⁴⁾ 유럽 인권재판소는 동성애 행위를 형사처벌하는 것은 "처벌에 대한

80) 국가인권위원회, 「2007-2011 국가인권정책기본계획(NAP) 권고안」 중 '10-2 성적소수자의 기본권 보호'

81) Charter of fundamental rights of European Union Article 21

82) X v. Germany(No. 530/59)(1960), 3 Y.B. 184, at 194. 강달천, 위 논문, p.100에서 재인용

83) 여성의 동성애 행위는 애초부터 법에 의해 금지되지 않았다. 역사적으로 볼 때 여성 동성애는 여성에게 남성의 특질을 부여하는 것으로 보아 그다지 심각한 범죄로 여겨지지 않았으며, 반대로 남성 동성애는 여성의 역할로 '하락함'을 뜻하였기 때문에 타락을 의미하는 것으로 무겁게 처벌되었다. 플로랑스 타마뉴(이상빈 옮김), 『동성애의 역사』, 이마고, 2007, p. 34; 이러한 관점은 법률에도 그대로 반영되어 상당수 국가들은 게이만을 불법화하고, 레즈비언에 대해서는 아예 규정하고 있지 않은 경우가 많다. 바네사 베어드, 앞의 책, 부록 '전 세계의 성소수자 관련법'

84) Douglas Sanders, *HUMAN RIGHTS AND SEXUAL ORIENTATION IN INTERNATIONAL LAW*, May 16, 2007(이 글은 ILGA 홈페이지 www.ilga.org에 게시

두려움으로 인해 서로 동의한 파트너와의 관계조차 억제하도록 하여, 계속적이고 직접적으로 그의 사생활에 영향을 준다.”고 전제한 뒤, 보건과 도덕의 보호는 이 법을 정당화하기에는 충분치 못하다고 판결하여 기존의 입장을 바꾸었다.⁸⁵⁾ 이러한 태도의 변화는 판결문에도 나와 있듯이 유럽국가의 상당수가 더 이상 남성 간의 성행위를 금지하고 있지 않고, 북아일랜드에서도 해당 법을 강제하지 않고 있는 현실에서의 변화가 크게 반영된 점이 있다.

(3) 유럽의 변화

위 사건에 대해 북아일랜드의 여론은 균등하게 나뉘었으며, 보수적인 개신교 세력에 의해 개혁은 정체되어 있었으나, 위와 같은 법원의 결정은 법의 개혁을 정치적으로 가능하게 하였다.⁸⁶⁾ Dudgeon 사건 이후 유럽인권재판소는 1988년의 Norris v. Ireland 사건과 1993년의 Modinos v. Cyprus 사건에서 위 판결의 내용을 재차 확인하였고, 이러한 흐름 속에서 1989년까지 유럽위원회의 23개 회원국이 동성애 행위 처벌법을 폐지하였다.⁸⁷⁾ 또한 유럽연합에 가입하고자 하는 국가들은 유럽인권 협약을 비준하고, 유럽위원회에 가입하여야 하는데, 이러한 절차를 개시하기 위해서는 국가들은 반동성애적 형법을 폐지하고, 차별을 금지하며, 성적 행위에 대한 동의연령을 평등하게 하는 것이 필요하기 때문에 위와 같은 흐름은 더욱 확산되었다.⁸⁸⁾

3. 군대 내 동성애 금지에 대한 논의

영국은 1994년 군대 내 동성애 행위에 대한 형사처벌은 폐지하였으나(The Criminal Justice and Public Order Act), 군의 규율로 동성애를 금지하고 동성애자를 전역시키는 정책은 계속 유지하고 있었다.⁸⁹⁾ 이러한 정책이 결정적으로 문

되어 있다) ILGA는 ‘국제 레즈비언 게이 연합’의 영문약자로 이 단체는 70개 이상의 국가에 있는 350개 이상의 LGBT(레즈비언, 게이, 양성애자, 트랜스젠더의 영문약자로 성적 소수자 운동을 일컫는 용어) 인권 단체의 전세계적인 연맹이다. 이 단체는 국가별 정보교류 및 단체들과의 연결을 통해 유용한 정보를 제공하고 있다.

85) Dudgeon v. UK(1981), Ser. A. No. 45, at 41

86) Douglas Sanders, 앞의 논문

87) 강달천, 앞의 논문, p. 106

88) Douglas Sanders, 앞의 논문; 헝가리, 체코, 슬로바키아, 폴란드, 불가리아, 슬로베니아는 회원국 신청 이전에 동성애 행위를 비범죄화 하였으며, 에스토니아와 라트비아, 리투아니아는 회원국 신청이 받아들여지기 전후에 비범죄화를 실행하였다. 강달천, 앞의 논문, p. 106

89) 국방부 인권팀, 『병영내 동성애자 관리정책에 대한 연구-외국 사례 분석을 중심으로-』, 2007. 12., pp. 76-77

제된 것은 1999년의 *Lustig-Prean & Beckett v. UK* 사건과 *Smith & Grady v. UK* 사건⁹⁰⁾이었다.

유럽인권재판소는 ‘작전에서의 효율성’에 대한 군의 고려가 ‘오로지 이성애자들의 부정적인 태도’에 기반하고 있다고 실시하면서, 그러한 부정적인 태도는 동성애 지향에 대한 적대심의 전형적인 표출로부터, 동성애 동료의 존재에 대한 불편함의 막연한 표출에 이른다고 보았다. 그리고 다수인 이성애자들이 동성애 소수자에 대해 편견을 보이는 한, 그러한 태도는 인종이나 출신, 색깔에 따른 것과 마찬가지로 신청인의 사생활을 존중받을 권리를 제한할 정당한 근거가 될 수 없다고 하였다.

이 사건에서도 인권재판소는 *Dudgeon* 사건과 마찬가지로 다른 나라에서의 변화된 실무에 주목했다. 이는 법원이 이 이슈에 대해 더 이상 널리 퍼져 있고 지속적으로 발전하고 있는 관점과 협약 국가들 내의 국내법의 관련된 변화를 무시할 수 없다는 것을 의미한다. 법원은 민주 사회의 증표에는 ‘다원주의, 관용 그리고 편견 없음’이 포함된다고 보면서, 동성애에 대한 차별은 ‘민주 사회에서는 불필요한 것’이라고 결론 내렸다.⁹¹⁾

이 판결들로 인해 영국은 200년 1월 동성애자의 군복무를 금지하는 정책을 폐지하였다. 영국 국방부가 위와 같은 정책 변경 후 조사한 바에 따르면 군 복무기간 변화는 없었으며, 군작전 능력에도 부정적인 영향이 발생해자 않았다는 결론을 내렸다고 한다.⁹²⁾

프랑스와 독일의 경우에는 동성애자의 군복무를 허용하고 있으며, 성적 지향을 문제삼는 것이 아닌 군대라는 특수한 집단생활에 동참할 수 있는지 여부를 기준으로 전문가 상담을 통해 복무부적합 판정을 하고 있다.⁹³⁾

4. 기타 국가들의 태도

기타 우리나라와 같은 징병제 국가들의 군대 내 동성애자 정책은 다음 표⁹⁴⁾와 같다.

국 가	군대 내 동성애자 정책
-----	--------------

90) *Lustig-Prean & Beckett v. UK*, 29 Eur. H.R. Rep. 49(1999); *Smith & Grady v. UK*, 29 Eur. H.R. Rep. 548(1999)

91) Douglas Sanders, 앞의 논문

92) 국방부 인권팀, 앞의 책, p.79

93) 독일의 경우 인사기록부에 기혼, 미혼 외에 ‘등록한 동거생활(동성애자)’라고 기록할 수 있다. 국방부 인권팀, 앞의 책, pp. 82-84

94) 표의 내용은 국방부 인권팀, 앞의 책, pp. 84-89의 내용을 정리한 것임, 더 자세한 내용은 해당 부분 참조.

대 만	동성애자 관련 정책 및 법규 없음. 동성애자임을 인지하더라도 불이익 줄 수 없으며, 운용상 독립적이거나 타인과 접촉이 적은 부서에 배치하는 배려를 할 수 있음. 영외의 동성애 활동에 대해 관여하지 않음.
이스라엘	비공식적으로 동성애자들을 전역조치. 1983년 규범 ⁹⁵⁾ 을 마련하여 전역조치는 폐지되었으나 기밀, 첩보 관련 근무를 금지함. 1993년 청문회를 통해 비판 받은 뒤 같은 해 동성애자도 평등하게 군복무를 할 수 있게 하도록 규범 ⁹⁶⁾ 을 개정함
터 키	동성애자를 강제전역 시키며, 비자연적 성적 행동 금지 규정을 두고 있음. 유럽연합 가이국이나 유럽인권재판소의 관할을 유보하였음.
폴 란 드	동성애자 군복무를 금지하고 있음. 정신과 진단을 통해 동성애자임이 확인되면 '인격장애' 판정을 받고 전역조치됨.
러 시 아	2003. 2. 새로운 군복무판정지침을 마련하여 동성애를 마약중독, 정신박약과 함께 복무부적합기준으로 포함함. 다만, 질병으로 분리하지는 않음

그 밖에 모병제 국가인 캐나다와 호주의 경우 1992년에 각각 동성애자 복무금지 정책을 폐지하였다. 특히 캐나다의 경우 위와 같은 정책 변경 이후 영향에 대한 조사에서 동성애자의 군복무 허용이 모병, 결속력 및 기강저하를 가져오지 않는다고 결론내렸으며, 군내 추행고발의 증가나 모병자수의 감소, 반동성애 폭력사태 등의 사태는 일어나지 않았다고 한다.⁹⁷⁾

VI. 군형법 제92조의 위헌성

1. 기존의 논의

군형법 제92조에 대해서는 그동안 거의 논의가 이루어지지 않았다. 국내의 동성애 관련 법률을 언급할 때면 항상 빠지지 않고 언급이 되기는 하나, 군에서도 사

95) Manpower Division Standing Order K31-11-01

96) Amendments to K-31-11-01 Service of Homosexuals in the IDF Manpower Division Standing Orders(Israel Defense Forces, 1993)

97) Aaron Belkin & Jason McNichol, *Effects of the 1992 Lifting of Restrictions on Gay and Lesbian Service in the Canadian Forces: Appraising the Evidence*, Univ. of Cal. at Santa Barbara, 2000; 국방부 인권팀, 앞의 책, p.80에서 재인용

건이 많은 편이 아니고, 더구나 군사재판의 내용이 외부로 알려지는 경우가 거의 없었다는 점이 논의가 없었던 주된 원인이라고 보인다.

전현희는 동성애자의 인권을 보호해야 한다는 주장을 하면서 군대에서는 “동성애를 범죄화하고 있는 규정을 없애거나, (군 기강을 위하여 동성애 ‘행위’를 금지할 필요성이 있다면) 동성애자의 군복무를 면제할 것이 필요하다.”면서 유보적이긴 하지만 비범죄화를 주장하고 있다.⁹⁸⁾ 한국성폭력상담소는 “군대 내에서 발생하는 동성 간의 관계 중 성폭력이 아니라 상호 합의를 바탕으로 한 것이라면 이를 인정해야 한다. 동성애는 개인의 성적 지향에 따른 권리이지 처벌 대상일 수는 없다.”라고 의견을 밝힌 바 있다.⁹⁹⁾

이에 대해 박영주는 동성애자의 법적 권리를 인정하면서도, 합리적인 범위 내에서 차별은 정당화된다는 전제 아래 전현희의 주장에 반대한다. 박영주는 군대생활의 특성상 계간 등 추행이 이루어질 가능성이 많으며 상명하복관계로 인해 합의와 강제력을 구분하기가 힘들고, 그러한 행위는 “군의 기강을 흐리고 장병들의 사기에 악영향을 미쳐 전투력의 손실을 가져”오기 때문에 처벌 규정이 불가피하다고 한다. 또한 군형법 제92조는 이성애자와 동성애자 모두에게 적용이 되기 때문에 동성애자들의 행복추구권이나 평등권을 침해하지 않는다고 한다.¹⁰⁰⁾ 박사학위 논문을 통해 동성애자의 법적 권리에 대해 폭넓은 검토를 하고, 동성애자의 인권보호를 주장한 강달천도 군형법에 대해서는 “단순히 성적 욕구를 표출시키기 위한 그런 동성행위를 금지하기 위한 조항”이라고 보이므로 위헌의 소지가 없다고 언급한 바 있다.¹⁰¹⁾ 이하에서는 군형법의 정당화 근거를 하나씩 살펴보면서 그 위헌성에 대해 검토하도록 하겠다.

2. 군형법상 추행죄로 인해 침해되는 기본권은 무엇인가?¹⁰²⁾

98) 전현희, “동성애의 법적 고찰”, 시민과 변호사(83), 2000. 12, p.77

99) 고재열, “군은 동성애자 인권의 사각지대”, 시사저널, 200. 7. 21.; 전현희, 앞의 논문, p. 321.에서 재인용

100) 박영주, “동성애에 대한 법적 태도”, 부산법조(21호), 2004, pp. 138-139

101) 한인섭·양현아 편, 『성적소수자의 인권』, 사람세상, 2002, p.203 이 내용은 2002. 10. 7. 서울대학교 법과대학 근대법학교육 100주년 기념관에서 개최된 ‘성적소수자의 인권’ 학술대회에서의 토론내용을 정리한 것이다. 강달천은 당시 한 학생의 질문을 받고 위와 같이 답변하였다.

102) 미국에서 소도미법에 대하여 제기된 소송의 내용을 보면 ① 프라이버시권, ② 적법절차, ③ 평등조항, ④ 잔인하고 이상한(unusual) 처벌의 금지, ⑤ 성적 표현의 자유를 금지함으로써 표현의 자유 침해, ⑥ 처벌규정의 불명확성, ⑦ 소도미법이 종교에 기원을 가지고 있음을 원인으로 한 종교의 자유 등을 근거로 위헌성의 문제를 지적하였다. 그러나 대부분의 주장은 법원에서 인정되지 않았으며, 주로 프라이버시권과 적법절차 조항, 평등조항의 내용이 다루어졌다. 우리 헌법에서도 같은 내용들이 문제될 수 있겠으나 이 글에서는 주된 기본권을 중심으로 논의하기로 한다.

(1) 성적 자기결정권 및 평등권

군형법 제92조는 명시적으로 ‘동성애’를 처벌하는 것은 아니지만, 동성애와 동성 간의 성적 행위는 칼로 자르듯이 구별할 수 있는 문제가 아니며, 합의에 의한 동성 간의 성적 행위를 형사처벌하는 것은 동성애에 대한 편견과 증오를 조장할 수 있다.¹⁰³⁾ 이성간의 합의된 성적 행동은 문제 삼지 않으면서 동성 간의 행위를 형사처벌하는 것은 자신의 성적 지향에 따른 삶을 스스로 결정할 수 있는 성적 자기결정권¹⁰⁴⁾과 평등권을 침해한다.

군형법 제92조는 명문상 동성 간의 행위로 한정을 하고 있지 않기 때문에 특정 성적 지향에 대한 차별이 아니라는 항변이 제기될 수 있다.¹⁰⁵⁾ 이는 Lawrence 판결에서 미연방대법원이 평등 조항을 심사기준으로 채택하지 않은 이유이기도 하다. 그러나 이성간의 행위도 명문으로 포함하고 있는 미국과는 달리, 군형법 제92조의 ‘추행’ 행위에는 합의에 의한 이성간의 성적행동이 포함된다고 보기 어렵다. 강제력이 개입된 이성 군인간의 강간 또는 강제추행은 군형법 제92조로 처벌한 사례가 있으나,¹⁰⁶⁾ 합의에 의한 행위가 형사 입건된 예는 전무하며, 실무상으로도 법해석상 합의에 의한 이성간의 성적 행동을 입건 대상으로 고려하는 경우도 전혀 없기 때문이다.

만약 합의에 의한 이성간의 성적 행동이 군형법상 추행죄의 규율대상이 된다고

103) IGLA도 전세계의 동성애 처벌 및 차별적 법률을 조사한 보고서에서, 많은 나라들이 실제로 그 법을 체계적으로 적용하고 있지는 않지만 그러한 법의 존재만으로 동성애에 대한 혐오의 문화를 조장하며, 동성애자들로 하여금 스스로를 숨기거나 자신의 진정한 모습을 드러내지 않도록 강제한다고 지적하고 있다. Daniel Ottosson, 앞의 글

104) 헌법재판소는 인격권과 행복추구권을 규정한 헌법 제10조를 근거로 성적자기결정권을 인정한 바 있다(헌법재판소 1997. 7. 16. 선고 95헌가6 등 병합). 성적 지향 자체가 ‘결정’의 대상이 될 수 있는지는 논란의 여지가 있으나, 성적 지향에 따라 파트너를 선택하고 성행위 여부를 결정하는 것은 동성애를 불법으로 보지 않는 한 당연히 성적자기결정권의 보호대상이 된다고 할 것이다.

105) 강제력 또는 공연성 없이 ‘추행’ 자체를 처벌하는 동일한 입법형식의 미성년자 의제간음추행죄(형법 제305조)나 피감호부녀 간음추행죄(형법 제303조 제2항, 성폭력특별법 제11조 제2항)는 이성간의 합의된 성적 행동을 ‘추행’으로 규율하고 있으므로 군형법상 추행죄도 이성간의 행위가 포함한다고 볼 수 있다.

106) 육군교육사령부 보통군사법원 2005고1 판결. 그러나 이성간의 강간 또는 강제추행은 합의될 경우 군형법상 추행죄를 문제 삼지 않는 때가 더 많다. 육군종합행정학교, 앞의 책, p. 315; 이 교재에서는 군형법을 (이성간의)성범죄 전반에 걸쳐 확대하여 적용하는 것은 성범죄를 친고죄로 정한 취지에 비추어 볼 때 문제가 될 수 있다고 지적하고 있다. 그러나 동성 간의 강제추행과 이성간의 강제추행을 구별할 이유가 없으며, 대법원이 군형법상 추행죄를 비친고죄로 보는 것과 조화되지 못하고, 보다 근본적으로는 성폭력 범죄를 친고죄로 규정하는 것 자체가 문제이므로 위와 같은 지적은 타당하지 않다.

해석한다면 이는 더욱 큰 위헌의 소지를 낳게 된다. 연인관계 또는 부부인 이성군인 사이의 모든 성적 행동이 처벌의 대상이 될 수 있어 명확성의 원칙 위반 또는 과잉처벌의 문제가 야기되기 때문이다.¹⁰⁷⁾ 항문성교 등 일부 행위만으로 제한되어 있는 미국의 ‘소도미’법과는 달리 균형법은 모든 추행행위를 처벌대상으로 하고 있기 때문에 과잉처벌의 문제는 더 크다고 하겠다. 미국에서 이성간의 행위, 특히 부부관계까지 처벌의 대상으로 하는 것은 ‘소도미’ 범죄에 대한 윤리적, 기독교적 배경 때문이다. 그런데 우리나라는 민간영역에서의 처벌조항이 없고, 종교적 배경도 다르므로, 비록 균형법상 추행죄가 미국법을 계수한 것이기는 하지만 그 해석과 적용에 있어 이성간의 행위는 자연스럽게 배제된 것으로 보인다. 이런 점에서 균형법상 추행죄는 호모포비아적 성격이 더욱 두드러진다고 할 수 있으며, ‘문언해석’만을 근거로 동성애에 대한 차별이 아니라고 하는 것은 이같은 사회문화적 차이 및 실무 현실을 완전히 무시한 탁상공론에 불과하다.

결국 균형법 제92조는 특정한 성적 지향의 외부적 표출을 불법화하는 것으로서 군인의 성적 자기결정권과 평등권을 침해하는 결과를 가져온다고 봐야 한다.

(2) 사생활의 비밀과 자유

군대는 집단생활을 하는 곳이므로 공공장소적인 성격이 있어 사생활의 비밀과 자유가 문제되지 않는다고 보기 쉽다. 그러나 병사들의 경우 휴가·외박을 나왔을 때나 상근예비역의 퇴근 이후의 시간은 개인적인 시간으로 볼 수 있으며, 징집된 병사만이 아닌 직업군인으로서 복무하고 있는 장교 및 부사관 등으로 시야를 확장하면 업무외의 시간에는 사생활의 비밀과 자유가 충분히 문제될 수 있다. 또한 부대 안에서도 은밀하고 폐쇄된 공간이 있으므로, 군인이라는 이유만으로 모든 시간, 모든 장소에서 사생활의 비밀과 자유가 박탈되어서는 안된다.

앞서 본 6건의 사례를 분석하여 보면, 사건이 발생한 장소는 간부숙소, 휴가 중의 행위자의 집, 둘만 있는 의무실이나 보일러실, 취침 시간 중의 화장실 용변칸 등으로 모두 다른 사람의 눈에 띄지 않는 은밀한 장소였다. 의무실이나 화장실 등은 논란의 여지가 있다고 하더라도, 퇴근 이후의 간부숙소나 휴가 중의 자신의 집에서 하는 행동까지 사생활의 자유가 없다고 한다면 이는 과도한 제한이라고 할 것이다.

물론 군인의 경우 군대라는 시공간적 특성과 업무의 성격으로 인해 사생활의 비

107) 부부 사이의 관계는 ‘추행’으로 볼 수 없어 구성요건 해당성이 없다거나, 위법성 조각 사유에 해당한다는 주장도 가능하다. 그러나 부부를 제외한다면 연인 사이의 관계는 어떻게 되는지가 문제되며, 또한 이성 부부와 연인 사이의 관계는 불처벌하고, 동성 연인간의 관계는 처벌한다면 역시 차별의 문제가 제기된다.

밀과 자유가 일정 정도 제한될 필요성은 분명히 있다. 하지만 균형법 제92조는 시간과 장소, 업무관련성 등을 전혀 고려하지 않고 모든 행위를 처벌함으로써 군인들의 기본권을 침해하고 있다.¹⁰⁸⁾

3. 기본권 제한의 정당한 목적이 있는가?

위와 같은 기본권 제한을 정당화하는 근거는 바로 균형법상 추행죄가 지키고자 하는 보호법익이라고 할 수 있다. 대법원과 헌법재판소는 추행죄의 보호법익을 ‘군대가정의 성적 건강’이라고 설명하고 있는데, 도대체 어떤 의도로 군대를 가정에 비유하였는지는 알 수 없지만 비유의 적절성은 차치하더라도, ‘군대가정의 성적 건강’이라는 표현만으로는 너무나 추상적이어서 그 구체적인 의미가 무엇인지, 과연 국가의 형사처벌권 행사를 통해 보호할 가치가 있는지 판단하기가 어렵다. 이에 반해 고등군사법원이 언급하고 있는 ‘군사회 기강 문란 및 전투력 약화, 개인의 성도덕 관념과 성생활의 자유’는 비교적 내용이 구체적인데, 대법원과 헌법재판소가 의도하였던 것도 결국 이 내용에 포함되는 것으로 보이므로, 이를 기준으로 살펴보기로 한다.

위 보호법익 중 ‘성생활의 자유’는 강제적 추행을 처벌하는 근거는 될 수 있지만, 합의에 의한 성적 행동에 대해서는 적용의 여지가 없다. 이에 대해 위계질서가 엄격한 군대조직의 특성상 명시적·묵시적 합의가 있었다고 하더라도, 행위자 사이의 관계에 따라 사실상 강제에 의한 것이거나 거절이 매우 어려웠던 상황이 있을 수 있으므로, 합의에 의한 성적 행동도 처벌의 필요성이 있다는 반론이 있다. 그러나 사실상 강제되었거나 거절이 어려웠던 상황은 합의에 의한 행동이 아닌 강제적 추행의 문제이며, 그 중에서도 위력 또는 폭행·협박 등의 강제력 요건에 포섭될 수 있는지가 문제되는 법해석의 문제에 불과하다.¹⁰⁹⁾ 따라서 ‘성생활의 자유’는 자신

108) 미국과 유럽에서 논란이 있었던 것과 같이, 추행죄의 존재는 시민들의 사생활에 대한 과도한 국가의 개입을 정당화시킨다는 점에서도 문제가 있다. 사례 3에서는 추행사건이 드러나기 전, 소대장의 여성스러운 성격을 문제 삼아 A와 B가 서로 같이 다니지 못하도록 감시를 한 바 있으며, 사례 6에서는 행위자가 없는 상태에서 일기장을 검열하는 일이 있었다. 이러한 개입은 추행행위의 처벌과는 별도로 군인들에 대한 과도한 사생활의 침해로써 문제가 있다고 할 것이다.

109) 군대와 마찬가지로 위계적 질서가 문제되는 ‘업무, 고용 기타 관계로 인하여 보호 또는 감독을 받는’ 경우에도 위계·위력 요건이 문제될 뿐 합의에 의한 행동을 처벌대상으로 포함하지는 않는다(형법 제303조, 성폭력특별법 제11조). 만약 성폭력 관련 법률의 개정논의 중 하나인 소위 ‘비동의 간음/추행죄’가 신설된다면 강제력 요건이 없다는 점에서 논의의 형이 달라질 수는 있다. 하지만 군대에서는 위계적 특성으로 인해 ‘위력’ 요건이 쉽게 인정되며, 특히 ‘비동의 간음/추행죄’는 피해자의 ‘비동의’ 의사를 전제로 함에 반해, 균형법 제92조는 진정한 동의가 있었던 경우도 처벌을 한다는 점에서 ‘비동의 간음/추행죄’ 신설주장이 균형법 제92조의 존재를 정당화하는 근거가 되기는 어렵다.

의 의사에 따라 합의에 의한 성적 행동을 한 행위자의 기본권 제한 사유가 될 수 없다.

‘개인의 성도덕 관념’ 역시 정당한 기본권 제한 사유가 아니다. 성도덕 관념은 군대 환경에 특유한 요소라고 볼 수 없기 때문이다. 만약 합의에 의한 동성 간 성적 행동이 성도덕 관념을 침해하기 때문에 이를 보호하기 위하여 처벌이 필요하다고 한다면, 군형법 뿐 아니라 일반 형법에서도 이를 처벌해야 하며, 군인과 군인 사이의 행위만이 아니라 군인과 민간인 사이의 행위¹¹⁰⁾도 처벌을 해야 하는 것이다. 더 근본적으로는 국가인권위원회법 및 차별금지법(안)¹¹¹⁾ 등에서 ‘성적 지향’을 이유로 한 차별행위를 금지하고 있으므로, 동성 간의 성적 행동이 성도덕 관념을 침해한다는 견해는 더 이상 유지될 수 없다.

‘군사회 기강’과 ‘전투력’은 일견 보호가치가 인정되며, 기본권 제한의 사유가 될 수 있을 것으로 보인다. 명령과 규율, 전투력 유지의 명분은 앞서 보았듯이 미국에서도 군사통일법전의 ‘소도미’법을 정당화하는 주된 근거가 되고 있기 때문이다. 그러나 이 개념들은 여전히 추상적이며 관점에 따라 다르게 평가될 수 있는 문제가 있다. 군형법상 추행죄가 군사회 기강 및 전투력 유지에 과연 기여하고 있는지에 대해서는 다음 단계에서 검토하기로 한다.

4. 동성 간 성적 행위의 형사처벌이 군의 기강과 전투력 유지에 기여하는가?

적합성의 원칙은 기본권 제한의 수단 또는 방법이 기본권 제한의 목적을 실현하는데 있어 성질상 적합하여야 한다는 원칙을 말한다.¹¹²⁾ 즉 합의에 의한 동성 간 성적 행위를 형사처벌하는 것이 ‘군사회 기강’과 ‘전투력’을 유지하는데 적합한 것인지가 문제되는 것이다.

그러나 동성 간의 성적 행위에 대한 군대 내의 과도한 경계심 또는 혐오감에 비해, 이러한 행위가 ‘군사회 기강’과 ‘전투력’에 어떤 문제가 발생하는지에 대해서는 어떠한 실증적 증거도 제시된 바가 없다. 군인 사이의 성적 행위를 허용할 경우 위계적 질서나 명령체계의 문제가 발생할 수 있다는 막연한 우려가 있지만, 위계관계가 문제되지 않는 동급자 사이의 행위나, 서로 다른 명령체계에 속해 있는 행위자 사이의 행위도 모두 군형법상 추행죄의 처벌대상이 된다는 점에서 설득력이 낮다.

110) 대법원 1973. 9. 25. 선고 73도1915 판결은 군인과 민간인 사이의 행위는 처벌대상에서 제외된다고 하고 있다.

111) 이미 국가인권위원회법에서 성적 지향을 근거로 한 차별을 금지하는 명시적인 조항이 있음에도, 새롭게 제정되는 차별금지법에 있어 열거되는 차별 사유 중에서 ‘성적 지향’을 삭제하려는 움직임이 종교계를 중심으로 발생하고 있다.

112) 정종섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2006, p. 296

또한 주의해야 할 점은, 균형법상 추행죄가 문제삼는 것은 ‘관계’가 아닌 ‘행위’라는 점이다. 지휘관과 부하가 육체적인 관계는 맺지 않지만 연인 사이인 경우와, 서로 다른 부대의 병사 두 명이 휴가 중 만나 성적인 호기심으로 인해 우발적이고 일회적으로 성적 행위를 한 경우를 비교하여 보자. 관계의 성격 및 지속성 등을 고려하면, 전자의 사례가 훨씬 더 명령체계 및 위계질서에 영향을 미칠 가능성이 크다. 그러나 추행죄는 ‘행위’만을 문제 삼기 때문에 처벌되는 것은 후자의 사례이다. 성적인 ‘행위’가 있었다는 사실은 명령체계 속에서 부적절한 ‘관계¹¹³⁾’가 존재할 수 있다는 하나의 가능성은 제공하지만 필요충분조건이 되는 것은 아니며, 마찬가지로 부대의 업무나 기강에 해를 입혔다는 결론으로 바로 이어질 수도 없다.

합의에 의한 동성 간 성적 행위가 처벌된 6건의 사례를 분석하여 보면, 문제된 행위로 인해 부대 업무 또는 명령체계에 문제가 생겼거나, 기강이 약화되었다는 증거는 어디에도 없음을 금방 확인할 수 있다. 수사 및 재판과정에서는 그러한 행위에 대한 비난만이 존재할 뿐, 그 행위로 인해 부대에 어떤 불이익이 생겼는지는 전혀 관심의 대상이 되지 않았다. 또한 대부분의 사례에서 행위자들은 사건이 있기 전까지 성실함과 높은 업무수행능력을 인정받고 있었던 경우가 많았다. 각 사례에서 행위자들에 대한 지휘관 또는 주변 사람들의 평가를 살펴보면 다음과 같다.

평소 활달한 성격으로 자신이 맡은 임무에 대하여 성실히 수행하는 병사- 사례 2, A

상관의 지시에 순종적으로 따르며 책임감이 강해 업무에 대해 신뢰감이 듦. 활발하고 적극적인 성격으로 누구나 잘 따름- 사례 6, A

평소 남을 생각하는 희생정신과 모든 일에 앞장서는 등 출선수범의 모습을 보여줌- 사례 6, B

여성스러운 면이 많기는 했지만 소대를 지휘하는데 아무 문제가 없었으며, 오히려 따뜻하게 이야기를 잘 들어주어 더 좋았음- 사례 3, A

113) 이성군인 사이의 문제는 ‘행위’보다는 ‘관계’에 초점을 맞추고 있다. 육군 징계규정(육규 189)에 의하면 ‘사회적으로 비난가능성이 있는 간통 기타 비윤리적인 남녀관계로서 불건전한 이성교제를 포함’하여 이를 ‘불륜관계’로 규정한 뒤, 우발적이고 경미한 행위를 제외하고 중징계로 처벌하도록 규정하고 있다. 또한 육군규정에 의하면 교육기관에서의 교육자와 피교육생간, 또는 2단계 이상 계급차이가 있는 경우에는 이성교제를 제한하는 내용이 있다(적용된 사례는 거의 없다). 2004년부터 2007년 사이의 징계속보에 게재된 징계사건 중 이성군인 사이의 부적절한 관계로 인한 처벌사례는 총 12건이다. 모든 사례가 당사자 중 한 명 이상이 배우자가 있었으며, 간통 행위가 있었거나 상당히 의심되는 경우였다. 징계수위는 견책, 감봉의 경징계로부터 정직, 강등, 해임의 중징계까지 다양하였다. 그러나 이런 행동들은 징계처벌의 대상이 될 뿐, 형사처벌은 받지 않는다. 이처럼 처벌의 정도와 처벌사유를 비교하여 보면, 균형법이 동성 간의 성적 행위를 얼마나 비논리적이고 과도하게 제한하고 있는지 알 수 있다.

위와 같은 평가들은 군대 내의 다른 일반사건과 비교하여 보더라도 상당히 높은 평가에 해당한다. 평가가 안 좋은 사례들은 추행행위와 별개로 원래부터 문제가 있었던 경우이거나(사례 1), 강제적 추행행위가 더 많이 결부되어 있는 경우(사례 5, 사례 4)였다. 또한 모든 사례에서 성적 행위가 은밀하게 이루어져 다른 사람들은 이를 알지 못했다는 사실은, 그러한 행위 자체로 인해 부대에 영향을 미치는 점은 극히 미미하다는 점에 대한 또 하나의 반증이 된다. 오히려 동성애 행위에 대한 과도한 처벌이나, 동성애자 배제 정책이 군에 필요한 능력 있는 전문가를 축출하는 악영향을 미칠 수 있다는 점도 무시해서는 안된다.¹¹⁴⁾

이런 점들을 종합하여 볼 때, 동성 간의 합의된 성적 행위를 형사처벌하는 것은 ‘군사회 기강’이나 ‘전투력’을 유지하는데 적합한 수단이라고 보기 어렵다. 동성 간 행위의 처벌과 ‘군사회 기강’ 및 ‘전투력’ 사이에 합리적이고 논리적인 연관관계가 없다는 사실은 결국 그러한 처벌을 뒷받침하는 것이 호모포비아(동성애 공포증)라는 의심을 더욱 증폭시킨다.

5. 형사처벌은 불가피한가?

필요성의 원칙(최소침해성)은 기본권의 제한의 수단 또는 방법이 여러 개 있고, 그것들이 기본권 제한의 목적을 똑같이 실현할 수 있으면, 국회는 그 가운데에서 기본권을 가장 최소로 제한하는 수단이나 방법을 선택하여야 한다는 원칙을 말한다. 합의에 의한 행동을 형사처벌하는 것은 과연 최소한의 수단일까? 위 6건의 사건 행위자들 중 절반 정도는 자신의 행동이 처벌의 대상이 되는지도 전혀 모르고 있었다. 그 중 한 명은 진술서에서 이렇게 쓰고 있다.

“나는 이런 사실이 죄인 줄은 몰랐다. 내가 강제로 한 것도 아니고 서로 좋아서 한데 왜 죄로 취급하고 처벌을 받아야 하는지 모른다.”(사례 1, A)

처벌의 정도도 문제되는데, 균형법상 수행되는 1년 이하의 징역형만을 규정하고 있어 벌금형이 규정되어 있지 않다. 미국의 ‘소도미’법과 비교하여 보면 경미한(?) 처벌이라 할 수 있을지 모르겠으나, 적용할 수 있는 형이 징역형 밖에 없다는 사

114) 미국에서도 미군의 동성애 정책이 유능한 전문가를 배제시키고 있다는 비판이 제기되고 있다. 법에 의하면 동성애자를 배제하는 것이 군의 최선의 이익에 반하는 경우에는 예외적으로 배제를 하지 않도록 규정하고 있다. National Defense Authorization Act for FY '94, Pub. L. No. 103 - 160, s 571 (1993), 10 U.S.C. s 654, Section 571 (b)(2)

실은 그 형을 선고받을 피고인뿐만 아니라 군검찰 및 군사법원에도 부담스러운 제한일 수밖에 없다.

또한 앞서 본 표에 나와 있듯이 2004년 이후 발생한 4건의 사례를 살펴보면, 1건은 기소유예 되었고, 나머지 3건은 모두 선고유예가 되었다.¹¹⁵⁾ 그리고 피고인들은 대부분 집행유예 이상의 판결로 인해, 또는 재판 이후의 현역복무부적합 심사를 통해 전역을 하였다. 위와 같은 현실을 고려하면, 군이 형사처벌을 해야 하는 근거를 찾기 어렵게 된다. 균형법상 추행되는 민간에서는 전혀 법적으로 문제되지 않는 행위인데, 실형을 선고하는 것도 아니고 어차피 현역복무부적합 심사를 통해 전역을 시킬 것이라면 군이 형사처벌을 통해 당사자에게 전과를 남길 필요는 전혀 없는 것이다.¹¹⁶⁾ 처벌의 정도가 무죄 판결과 별반 다를 것이 없는 기소유예와 선고유예라면 처벌을 통한 위하효과도 내세울 것이 없게 된다.

결국 합의에 의한 행위는 원칙적으로 비범죄화 하고, 그 행위가 외부적으로 표출되거나 과도하여 구체적인 법익 침해의 입증이 있는 경우에는 징계나 현역복무부적합 심사로써 처리하는 것이 타당하다. 이 때 주의할 점은 동성애라는 이유만으로 징계처벌이나 현역복무부적합 처리가 모두 정당화되는 것은 아니라는 점이다. 이성군인 사이의 모든 관계가 '부적절한 불륜관계'가 아니듯이, 동성애 행위 역시 관계의 성격, 행위의 장소 및 시간, 횟수, 업무처리능력 등 구체적인 사정을 고려하여 판단할 필요가 있다.

6. 소결- 문제는 계간이 아닌 호모포비아(동성애 공포증)에 있다

지금까지 검토한 내용을 종합하여 보면 균형법 제92조는 헌법 제37조 제2항의 과잉금지 원칙¹¹⁷⁾을 위반하여 행위자의 기본권을 침해하는 위헌적 법률이라는 결론을 내릴 수 있다. 균형법 제92조는 군의 기강과 전투력을 지키는 것이 아니라, 군대 내 구성원들의 호모포비아를 옹호하는 기능을 할 뿐이다.

6건의 사건 중 상당수의 사례에서 수사·재판 담당자나 부대 관계자들은 동성애에 대한 혐오와 부정적인 인식을 드러내었다. 균형법이 동성애자 처벌조항이 아니라고 하면서도 행위자들이 동성애자인지 여부를 확인하며, 과거의 동성애 경험에 대해서도 불필요할 정도로 자세하게 질문하는 경우도 있었다.¹¹⁸⁾ 공판과정에서도

115) 3건 중 2건의 각 한 명씩의 피고인은 합의에 의한 추행뿐 아니라 강제에 의한 추행으로 함께 기소되어 집행유예 판결을 선고받았다. 2004년 이전의 2건은 집행유예 판결을 받았다.

116) 6건의 사건 행위자 12명 모두 전과가 없는 초범이었다.

117) 완화된 심사기준을 적용하더라도 기본권 제한의 합리적 근거가 있다고 보기 어렵다.

118) 전혀 입건의 대상이 되거나 사건과의 관련성이 없음에도, 군입대 전의 파트너의 이름, 성행위를 한 일시·장소 및 내용, 동성애 카페 가입여부 등을 확인하였다(사례 1, 사례 3).

군판사뿐 아니라 피고인을 변호하는 변호인조차 동성애를 '비정상적인 것'으로 규정하고 피고인의 반성을 강조하는 경우가 많았다.

“피고인 000은 애인이 있고, 피고인 ***은 애인이 없지만 두 사람 모두 제 대하면 정상적인 생활을 할 수 있지요?” - 사례 6, 변호인 반대신문사항 중
“피고인 피 속에 동성인자가 있는 것 아닌가요?” - 사례 5, 항소심 재판장의 질문

“000과 ***이 사건 종결 후 동일 부대에 원복되지 않도록 해주셨으면 합니다.” - 사례 4, 지휘관 의견서 중

“군입대 전 동성애 경험을 이야기하시오.”, “피의자는 자신이 동성애자라는 것을 인식하고 있는가요?” - 사례 1, 헌병대 피의자신문조서 중

행위자들은 위와 같은 분위기 속에서, 또는 가벼운 처벌을 받기 위해 결국 자신이 동성애자임을 스스로 부인하고, 부대에 어떤 피해를 입었는지 이해하지도 못하면서 자신의 행위를 깊이 뉘우치고 죄송하다는 말을 하게 된다.

“이번 사건을 계기로 동성애가 얼마나 부정적인지를 알게 되었고, 정상적인 이성애자로 살아가겠습니다.”, “제 마음 속에 있는 동성애에 대한 것들을 치료를 통해 뿌리 뽑겠습니다.” - 사례 3, 최후 진술 중

“늘 건전한 마음가짐으로 건전한 행동을 하도록 늘 제 자신을 채찍질 하고 가 다듬겠습니다.” - 사례 2, 반성문 중

위와 같은 모습들은 군대 내에서 아직 동성애에 대한 올바른 인식이 정착되지 않고, 동성애자를 군대의 구성원으로 받아들이지 못하고 있음을 보여준다. 우리 군은 미군의 'Don't Ask, Don't Tell' 정책¹¹⁹⁾과 같은 동성애자 배제 정책을 취하고 있지 않지만, 이는 동성애자를 군에서 충분히 수용할 수 있기 때문이 아니라, 그동안 군대에서의 동성애 문제가 심각하게 제기되지 않았다는 점에 기인하는 바가 크다. 따라서 계간과 같은 극적인 방법으로 동성애 지향이 표출되면 격리¹²⁰⁾와 처벌

119) 미군은 동성애자에 대한 전면적인 배제정책을 유지하다가, 1993년 절충안을 마련하여 동성애자임을 묻지는(ask) 않으나, 동성애자임을 밝힐 경우(tell) 전역을 시키는 새로운 정책을 수립하였다(National Defense Authorization Act for FY '94, Pub. L. No. 103 - 160, s 571 (1993), 10 U.S.C. s 654). 새로운 정책수립 이후에도 위헌 논쟁은 끊이지 않고 있다. 자세한 내용은 최재석, “군내 동성애자 문제에 대한 법률적 고찰-미군의 “Don't Ask, Don't Tell” 정책을 중심으로”, 군사법논집 제4집, 1999. 12; Kenneth Williams, 앞의 논문 참조.

120) 6건 중 대부분의 행위자들은 사건이 드러나는 즉시 구속되어 1심 재판 때까지 평균 2

외에는 처리방법을 찾지 못하는 것이다. 결국 문제는 계간 행위가 군에 미치는 부정적인 영향보다는, 군의 동성애에 대한 인식, 즉 호모포비아에 있다고 하겠다. 이러한 현실을 객관적으로 직시한다면 군형법 제72조를 더 이상 유지해서는 안된다고 할 것이다.

VII. 결론

동성애자의 상황은 흔히 ‘벽장 속에 갇혀 있는’ 상황으로 비유되곤 한다.¹²¹⁾ 드러내지 않으면 쉽게 알 수 없지만, 분명히 우리 주위에 존재하고, 이성애 중심적 세계에서 차별받고 고통 받고 있다. 군대 내에서의 합의에 의한 동성 간 성적 행위에 대한 처벌은 그간 가끔씩 언급되기는 하였으나 그 사례가 많지 않고, 군대라는 특수한 상황 논리에 묻혀 별다른 합리적 논증 없이 유지되었다. 그러나 군형법 제92조는 적용된 사례가 많지 않다고 하더라도, 동성애를 죄악시 하는 실질적인 규범력을 지닌 규정으로 존재해 왔으며, 군대 내 호모포비아(동성애 공포증)에 대한 훌륭한 법적 근거가 되어 왔다.

더 이상 추상적인 ‘군사회 기강’이나 ‘전투력’ 등과 같은 막연한 두려움을 근거로 추행죄를 유지할 수는 없으며, 이에 대한 실증적인 분석을 통한 개선이 필요하다. 이러한 관점에서 볼 때 현행 추행죄는 비친고죄인 ‘위계 또는 위력’ 등의 강제력에 의한 추행행위의 처벌조항으로 대체하여 합의에 의한 행위는 비범죄화¹²²⁾해야 하고, 특정 행위가 구체적으로 부대에 문제를 미칠 경우에는 징계나 현역복무부적합 심사를 통해 해결해야 한다. 또한 더 근본적으로는 우리 사회에서도 동성애가 공개

달 이상 구속이 유지되었다. 합의에 의한 행위만으론 실형선고가 없었다는 점을 감안하면, 이러한 구속은 행위자들을 부대로부터 격리하기 위한 형사정책적인 성격이 크다고 할 수 있다.

121) 동성애자가 자신의 정체성을 드러내는 ‘커밍아웃’은 ‘벽장 밖으로 나오다’라는 뜻을 가지고 있다. 한채윤, “벽장 비우기- 레즈비언 섹슈얼리티와 이성애주의”, 『섹슈얼리티 강의, 두 번째』, (사)한국성폭력상담소, 2006, p. 255

122) 군형법 제92조는 다음과 같이 개정될 필요가 있다. ① 강제력 없는 계간, 추행행위의 처벌 삭제, ② 비친고죄의 명시화, ③ 강간죄의 개선(남성피해자 포함, 성폭력특별법 제8조의 2 제2항과 같은 성교유사행위 포함). 입법의 방식은 지금과 같이 군형법에 별도의 처벌규정을 두는 것이 아니라, 형법이나 성폭력특별법 등의 성폭력 처벌 규정을 체계적으로 재정비하고, 군형법에는 친고죄 배제 조항만을 두는 것이 바람직하다. 정부가 제출한 개정안은(각주 36) 현행의 문제점을 그대로 가지고 있고, 형량에 있어서도 체계성이 없어 더욱 문제가 크다고 하겠다. 위에서 언급한 개선 외에도 위계·위력 요건만으로는 포섭할 수 없는 강제적 추행을 처벌하기 위해 ‘지위 또는 권한을 이용하여’라는 요건을 추가하는 것을 고려할 수 있는데, 명확성이 문제될 수 있다. 해석론, 입법론상의 고민이 더 필요한 지점이라고 보인다.

적인 이슈로 떠오르고 있는 이상, 군에서도 수행되 뿐 아니라 동성애자의 현역복무 부적합 문제나 커밍아웃한 동성애자의 군복무 문제¹²³⁾ 등 동성애 정책 전반에 대한 검토와 입장수립이 필요하다.

123) 최근 현역 전경이 커밍아웃을 하면서 복무를 계속 하겠다는 뜻을 밝혀 사회적인 이슈가 된 바 있다. 현역 전경이 동성애자임을 밝힌 것은 이번이 두 번째이며, 첫 번째 전경은 이후 군 복무를 거부하여 징역형을 살고 있다. 문화일보 2008. 1. 3. 기사

국 가 인 권 위 원 회

결 정

제 목 「군형법」 제92조에 대한 위헌법률심판(2008헌가21)
에 대한 의견제출

주 문

국가인권위원회는 헌법재판소에 「군형법(2009. 11. 2. 법률 제9820호로 일부 개정되기 전의 것)」 제92조에 대한 위헌법률심판(2008헌가21)에 관하여 이 조항은 헌법에 정한 과잉금지 원칙을 위반하여 군인 동성애자들의 평등권 및 성적자기결정권, 사생활의 비밀과 자유를 침해하고 죄형법정주의 원칙에 어긋난다는 의견을 제출한다.

이 유

1. 의견제출 배경

“군 관련 성소수자 인권침해·차별 신고 및 지원을 위한 네트워크”는 2010. 5. 6. 국가인권위원회(이하 ‘위원회’라고 함)에 「군형법(2009. 11. 2. 법률 제9820호로 일부 개정되기 전의 것, 이하 ‘군형법’이라고 함)」 제92조에 대한 위헌법률심판(2008헌가21)이 동성애자의 인권보호에 중요한 의미가 있으므로 이에 대한 의견서를 헌법재판소에 제출해 줄 것을 요청하였다.

「국가인권위원회법」에서 규정하고 있는 평등권 침해의 차별행위에 대한 조사와 시정에는 ‘성적 지향’을 이유로 한 차별이 포함되어 있으며, 위원회는 2006년 범국가적 인권정책 종합계획인 국가인권정책기본계획(National Action Plan)에서 “균형법 제92조는 계간이라는 비하적 언어를 사용하는 동성애에 대한 편견이 있으므로 관련 법령을 정비할 것”을 권고한 바 있다.

이에 위원회는 「균형법」 제92조에 대한 위헌법률심판(2008헌가21)이 “동성애자 인권의 보호와 향상에 중대한 영향을 미치는 재판”에 해당된다고 판단하여 「국가인권위원회법」 제28조에 따라 헌법재판소에 의견을 제출하기로 결정하였다.

2. 판단기준

별지와 같다.

3. 판단

가. 동성애에 대한 인권적 접근

1) 동성애에 대한 오해와 편견

세계보건기구(WHO)는 1993년 동성애를 비롯한 성 정체성 자체는 정신적 장애와 아무런 관련이 없다는 것을 확인하였으며, 이성애·동성애·양성애를 동등한 입장에서 가치중립적인 것으로 진단·분류하고 있다. 1998년 미국의 거의 모든 정신건강단체(정신의학회, 심리학회, 상담심리학회, 학교심리학회, 사회사업학회 등)는 동성애가 정신질환이 아님을 다시 한 번 천명하면서, 동성애자에 대한 잘못된 처우는 물론 특히 성적 지향을 고치려는 어떤 시도나 행위에 대해서도 반대 입장임을 분명히 밝혔다.

「균형법」 제92조는 미국 전시법의 규정에 뿌리를 두고 있는바, 이는 당시 미국이 ‘소도미’법에 따라 이성 및 동성간의 모든 구강·항문 성교를 금지하는 등 법률적으로 동성애를 범죄화 했던 사회적 배경에 기인한 것이다. 그러나 현재 많은 나라들에서 동성애는 더 이상 정신의학상의 질환이나 장애와는 관계없는 자연스러운 성적 지향의 하나로 인정되고 있으며, 유럽에서는 동성애자의 혼인 뿐 아니라 자녀 양육권 및 파트너십 보장이 핵심 현안으로 떠오르는 한편 사회 요직에도 동성애자가 등용되는 등 동성애에 대한 사회적 관용의 폭이 넓어지고 있다. 특히, 유럽공동체협약 등은 동성애자에 대한 차별금지를 위해 국가가 적절한 조치를 취하도록 의무를 부여하고 있다.

우리 사회 또한 과거에는 동성애를 정상적이지 않은 변태적 행위나 정신질환으로 보는 시각이 지배적이었고 이로 인해 동성애자에 대한 사회적 배제나 억압이 상당하였다. 그러나 2001년 「국가인권위원회법」에 성적 지향을 이유로 배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위가 평등권 침해의 차별행위로 규정되고 국가기구가 이러한 차별행위를 조사·구제하게 됨으로써 동성애 인권문제는 새로운 전기를 맞이하게 되었으며, 위원회는 2006년 정부에 「차별금지법」 제정을 권고하면서 ‘성적 지향’을 이유로 한 차별을 금지토록 명문화하였다. 또한 위원회는 국가인권정책기본계획 권고시 「균형법」 제92조의 ‘계간’에 관하여, 그 표현이 동성애에 대한 비하를 담고 있을 뿐 아니라 추행의 예시로 규정함으로써 남성간 성행위는 무조건 추행에 해당한다는 편견을 낳을 수 있고, 합의에 의한 동성간의 성적 행위까지 형사 처벌토록 함으로써 일반인으로 하여금 동성애에 대한 편견과 증오를 조장할 수 있다는 판단에 따라 이 조항의 개선을 권고하였다. 아울러 동성애를 소재로 한 드라마나 영화가 사회적으로 주목을 받거나 동성애 단체들

의 활동이 활발해지고 주변에 커밍아웃을 하는 동성애자 수가 늘어나면서 우리 사회의 동성애에 대한 수용도 또한 높아져가고 있다.

실사 사회 구성원들이 아직도 동성애에 대한 혐오와 편견을 가지고 있다 하더라도 사회적 소수자가 차별과 억압의 대상이 되지 않도록 이를 보호해 주는 것이 국가와 법의 역할이라 할 것이다. 그러함에도 「균형법」 제92조는 합의에 의한 동성애 행위까지 처벌토록 하고 있는바 이는 동성애에 대한 잘못된 편견과 혐오에 기인한 시대착오적 조항으로 세계적 추세에도 어긋날뿐더러 헌법에 정한 평등 이념에도 반하는 것이다.

2) 남성 간 성폭력에 대한 오해와 편견

군인 동성애자의 동성애 행위를 모두 처벌하도록 되어 있는 위 조항이 없으면 군대 내 성폭력이 만연하게 될 것이라는 우려의 목소리가 있다. 이는 남성 간 성폭력이 남성 동성애자가 성욕을 참지 못해 동성의 남성을 강간하거나 성폭력을 행사한다고 보는 일반적인 통념에 기인한 것으로 보인다.

그러나 위원회에서 2003년 실시한 「군대내 성폭력 실태조사」에 따르면 군대 내 남성 간 성폭력에 대한 조사 사례 중 가해자가 동성애자인 경우는 한 건도 없었으며 오히려 가해자들은 “자신이 동성애자로 취급받는 것이 억울하다”며 강한 동성애혐오증을 보인 것으로 조사되었다.

미국의 대표적 인권단체인 휴먼라이츠워치(Human Rights Watch)는 2001년 남성 간 성폭력이 가장 빈번하게 일어나는 곳으로 알려진 교도소 성폭력을 조사한 후 “동성애자가 가해자일 것이라는 통념은 근거가 없다.

강간의 가해자는 전형적으로 자신을 이성애자로 보고 있으며 감옥을 벗어나면 이성애적인 행위를 할 것이라고 밝혔다. 동성애자의 경우 다른 수용자들보다 성폭력에 희생될 가능성이 훨씬 더 크다”고 밝혔다.

또한 남성의 남성애에 대한 강간을 다룬 마이클 스카스(Michael Scarce)의 연구(「Male on Male Rape」, 1997년) 결과에 따르면, 남성을 강간하는 남성은 거의 대부분 이성애자인데, 그 원인을 “가해자는 성적 욕구나 열정, 욕망 때문이 아니라 피해자를 욕보이고 수치심을 느끼게 하고 권력을 행사하기 위한 의도”로 강간을 행하기 때문이라고 분석하였다. 그 외 많은 연구들 또한 남성 간 성폭력은 대부분 동성애 혐오증이 심한 이성애 남성애에 의해 동성애 혐오적인 욕설과 함께 진행된다고 분석하면서 이와 같은 동성애 혐오증이 남성 간 성폭력에서 중요한 비중을 차지하고 있다고 발표하였다.

현실적으로 군대내 남성 간 성폭력의 본질은 위계와 권력의 폭력적 행사에 기인한 것이지 동성애자들이 자신의 성욕을 참지 못하여 이를 행사하는 것으로 보기는 어렵다. 따라서 동성애자가 군대 내에 성폭력을 만연시킬 우려가 있다고 보는 것은 타당하지 않다.

나. 기본권 침해 여부

1) 침해되는 기본권

가) 성적 자기결정권

성적 자기결정권이란 어느 누구의 간섭도 받지 않고 스스로 성행위 여부 및 그 상대방을 결정할 수 있는 권리를 말하며, 헌법재판소는 이러한 성적 자기결정권이 모든 기본권 보장의 종국적 목적이라 할 수 있는 개인의 인격권과 행복추구권을 규정한 「헌법」 제10조에 근거한다고 해석하고

있다. 따라서 성인 간 합의에 의한 성 행위는 성적 자기결정권에 해당하며 그 자체가 기본권의 본질적 내용에 해당한다. 그러함에도 「군형법」 제92조는 합의에 의한 동성 간 성행위마저 형사처벌 하도록 규정하고 있어, 이는 자신의 성적 지향에 따른 삶을 스스로 결정할 수 있는 성적 자기결정권을 침해하는 것이다.

국방부는 헌법재판소에 제출한 의견서에서, 군대 조직의 특성상 비정상적이고 도덕 감정에 반하는 행위를 사적 자유에 방임할 수 없기 때문에 계간과 유사한 변태적, 비정상적인 성적 만족 행위를 규제해야 한다고 주장한다. 그러나 이는 국가가 개인의 성적 행위에까지 개입하여 정상과 비정상을 구분하고 국가의 판단여부에 따라 처벌하겠다는 것으로 성적 자기결정권을 심각하게 침해하는 것이다.

나) 평등권

평등권은 모든 생활영역에 있어 입법, 사법, 행정 등 국가의 모든 작용으로부터 합리적 근거 없이 차별받지 아니할 권리를 말하며 특히 「국가인권위원회법」은 명시적으로 성적 지향에 따른 불합리한 차별을 금지하고 있다. 「군형법」 제92조에 대한 해석상의 이견이 있으나 만약 위 조항이 합의에 의한 이성간 성행위는 형사처벌 대상으로 보지 않으면서 동성간 성행위만 형사처벌 한다면 이는 특정 성적 지향을 이유로 한 평등권 침해의 차별행위에 해당한다. 또한 일반인의 합의에 의한 남성 간 성행위는 인정하면서 「군형법」의 피적용자인 군인들의 행위만 처벌대상이 된다면, 휴가를 나온 군인이 민간인과 합의에 의한 성행위를 했을 시 군인은 처벌되고 민간인은 처벌되지 않는 결과를 낳게 되는데, 이는 동성애자 군인의 평등권 및 성적자기결정권을 침해하는 것이다.

다) 사생활의 비밀과 자유

「헌법」 제17조는 “모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다”고 하여 사생활의 비밀과 자유의 불가침성에 대하여 규정하고 있다. 물론 군인은 공동생활을 해야 한다는 특성과 수행해야 하는 업무의 성격 등으로 인하여 사생활의 비밀과 자유가 일정 정도 제한될 수는 있겠으나 그렇다 하더라도 그 제한에 있어서는 휴가나 외박, 직업 군인의 업무 외 시간 등에 대한 고려가 있어야 할 것이다.

그러나 위 조항은 군인이면, 휴가나 외박을 나와서의 행위, 다른 사람의 눈에 띄지 않는 은밀한 장소에서의 행위, 심지어는 민간인인 동성애자와의 행위조차 처벌이 가능하도록 규정되어 있는 바 이는 군인이라는 이유만으로 모든 시간과 장소에서의 사생활의 비밀과 자유를 침해하는 것이다.

2) 기본권 제한의 정당성 : 과잉금지원칙 위배 여부

「헌법」 제37조 제2항은 국민의 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며 그 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다고 규정함으로써 국민의 기본권을 제한하는 경우 준수하여야 할 기본원칙을 천명하고 있다.

국가방위를 위하여 존재하는 군은 민간인에 비하여 보다 많은 기본권의 제한이 있을 수 있으나 그러한 경우라 하더라도 위와 같은 기본 원칙에 부합해야만 기본권 제한의 정당성과 합리성을 인정받을 수 있을 것이다. 특히 어떤 행위를 범죄로 규정하고 이를 처벌할 것인가 하는 문제는 개인의 인권에 중대한 제한을 가져오므로 형벌의 도입은 심각한 사회적 위해행

위에 대하여 법익을 보호하기 위한 다른 제재수단이 없는 경우로 한정해야 하고 그 처벌범위는 행위자의 책임에 상응해야 할 것이며, 형벌은 형벌의 임무를 실현하는 데 실효성 있는 한도 안에서 과해져야 할 것이다.

가) 목적의 정당성

국방부는 「군형법」 제92조의 입법목적이 ‘군대의 성적 건강을 유지’ 하기 위함이고 주된 보호법익이 ‘개인의 성적 자유’가 아니라 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라고 한다. 그러나 상호 합의하에 은밀하게 부대외의 장소에서 이루어지는 동성간 행위가 군의 건전한 생활과 군기라는 보호법익에 어떠한 위해를 가한다고 볼 수 없고, 상호 합의에 의한 동성간 성적 행위를 형사 처벌하는 것이 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 위해 반드시 필요하다고 보기도 어렵다.

나) 수단의 적절성

설사 동 조항의 입법목적을 인정한다 하더라도 입법목적이 실현을 위하여 과연 형사 처벌만이 적절한 수단인지 의문이다. 「군형법」 제92조의 적용 대상 행위는 「형법」이나 「성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률」에 의해 처벌이 가능하고, 군대 내 성폭력은 2009년 「군형법」 개정으로 신설된 강간과 강제추행, 준강간 및 준강제추행죄로 처벌이 가능하여 동 조항은 그 실효성을 상실하고 있다.

또한 군인 동성애자의 성행위를 형사처벌 한다면 이는 필연적으로 해당 군인의 의사와 상관없이 동성애자임이 외부로 알려지게 되는 결과를 초래하는 바 이는 사적이고 은밀한 성적 지향이 외부에 노출되는 중대한 기본권 침해라 할 것이다.

다) 침해의 최소성

입법목적이 정당하다 할지라도 기본권의 제한은 필요최소한도로 이루어져야 할 것이다. 「군인사법」 제56조 제2호는 ‘직무의 내외를 불문하고 품위를 손상하는 행위를 한 때’ 징계처분을 하도록 규정하고 있고, 이에 따라 「군인 징계령 시행규칙」 [별표2]는 품위유지의무 위반 행위 중 성폭력에 대하여 비행의 정도가 중한 경우 ‘강등에서부터 영창’까지, 비행의 정도가 가벼운 경우 ‘휴가제한에서 근신’까지를 징계양정기준으로 제시하고 있으며 실제 이성 군인간의 성적 언동이 문제되는 경우 징계처벌로 규율하고 있다.

그렇다면 동성 간의 비강제적인 추행 또한 「군인 징계령 시행규칙」에 따라 처리할 수 있음에도 불구하고 합의에 의한 행위까지 징역형만을 적용하도록 하는 것은 필요한 정도를 넘어선 과도한 처벌이라 할 것이다.

라) 법익의 균형성

이와 같이 「군형법」 제92조는 그에 의해 달성하려는 군의 건전한 생활 및 군기확립이라는 공익은 확신할 수 없는 반면 징집에 의해 군 복무를 하는 군인이 합의에 의한 성행위를 하는 것까지 징역형으로 처벌하도록 하고 있는 바 이는 성적 자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유에 대한 침해 정도가 매우 커서 법익 균형성의 원칙에 반한다 할 것이다.

마) 소결

따라서 「군형법」 제92조가 강제에 의하지 않은 동성간의 추행행위

를 금지하고 이에 대하여 징역형을 부과하는 것은 동 조항의 입법목적을 달성함에 필요한 정도를 넘어선 것으로 기본권제한의 과잉금지 원칙에 반하여 헌법에 위배된다 할 것이다.

다. 죄형법정주의 원칙 위배 여부

「헌법」 제12조 제1항 제2문 후단은 “법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다”라고 하고, 제13조 제1항 전단은 “모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니한다”고 하여 범죄와 형벌은 법률로써 정해져야 한다는 죄형법정주의의 원칙을 규정하고 있다. 이는 법률의 의미내용이 불확실하면 법적 안정성과 예측가능성을 확보할 수 없고 법집행 당국에게 법해석과 집행에 대한 과도한 재량권을 부여하게 되므로, 법률은 그 의미내용으로부터 무엇이 금지되는 행위이고 무엇이 허용되는 행위인지를 국민이 알 수 있도록 명확하게 규정되어야 한다는 것이다.

「군형법」 제92조는 그 자체 규정만으로는 남성간의 추행만이 대상인지 여성간 또는 이성간 추행도 대상에 해당하는지 불분명하며, 행위자들의 관계 및 행위가 이루어지는 장소, 그리고 어떤 행위가 법 조항의 대상이 되는 행위에 해당하는지도 불명확하다. 대법원(2008. 5. 29. 선고2008도2222)은 위와 같은 행위가 ‘공동생활이나 군기에 미치는 영향’을 고려하여 추행에 해당하는지를 결정해야 한다고 판시하였는데 이 또한 매우 추상적인 개념이어서 이의 적용과 해석 또한 명확하지 않다 할 것이다.

국방부는 2007년에 실시한 「병영내 동성애자 관리정책에 대한 연구」에서 「군형법」 제92조의 입법목적이 “군대라는 공동사회의 건전성 유

지와 군기강의 확립을 위하여 변태적 성행위를 금지하는 것으로서 남군과 남군, 여군과 여군 사이의 동성애 또는 수간과 같은 변태적 성적 행위를 의미한다”고 하여 이성간의 성행위는 금지대상에 포함시키지 않았으며, 적용 범위에 대하여 “「군형법」 피적용자 상호간의 행위라 할지라도 병영 내에서의 행위에 대하여만 적용하며, 병영 밖에서의 행위에는 적용하지 않는다”고 해석하였다. 그러나 국방부는 헌법재판소에 제출한 의견서에서 이성간의 합의된 성행위라 할지라도 정상적인 행위가 아니면 처벌이 가능하고, 병영 밖에서의 행위 또한 금지 대상이라고 밝혔는바 국방부 안에서조차 위 조항에 대한 상이한 해석이 존재하는 것은 「군형법」 제92조의 불명확성을 단적으로 보여주는 것이다.

그렇다면 「군형법」 제92조의 불명확성은 법원의 보충적인 해석이 있더라도 근본적으로 해소되기 어려울 정도라고 판단되는바, 어떠한 성행위가 군기확립에 영향을 미치는 것인지 합리적인 기준을 도출하기 어렵고, 정상과 비정상을 구분하는 것은 동성애에 대한 편견에 기초한 것으로 합리적 해석기준으로 용인되기 어려우며, 국민의 입장에서는 무슨 행위가 처벌되는지 예측하기 어려워 명확성의 원칙을 충족하였다고 보기 어렵다.

3. 결론

위와 같은 이유로 「국가인권위원회법」 제28조의 규정에 따라 주문과 같이 의견을 제출한다.

2010. 10. 25.

위원장 현병철

위원 최경숙

위원 유남영

위원 문경란

위원 김태훈

위원 황덕남

위원 조국

위원 최윤희

위원 김양원

위원 장주영

위원 한태식

별지

판단기준

1. 「헌법」

- 가. **제10조**(인간의 존엄성과 기본적 인권의 보장) 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.
- 나. **제11조**(평등권) ① 모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.
- 다. **제12조** ① 누구든지 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.
- 라. **제13조** ① 모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니한다.
- 마. **제17조**(사생활의 비밀과 자유) 모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다.
- 바. **제37조**(국민의 자유와 권리의 존중·제한) ② 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.

2. 「국가인권위원회법」

제2조 4. 평등권 침해의 차별행위"라 함은 합리적인 이유 없이 성별, 종교, 장애, 나이, 사회적 신분, 출신지역, 출신국가, 출신민족, 용모 등 신

체조건, 기혼·미혼·별거·이혼·사별·재혼·사실혼 등 혼인여부, 임신 또는 출산, 가족형태 또는 가족상황, 인종, 피부색, 사상 또는 정치적 의견, 형의 효력이 실효된 전과, 성적(性的) 지향, 학력, 병력(病歷) 등을 이유로 한 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다.

3. 「세계인권선언」

- 가. **제1조** 모든 사람은 태어날 때부터 자유롭고, 존엄성과 권리에 있어서 평등하다. 사람은 이성과 양심을 부여받았으며 서로에게 형제의 정신으로 대하여야 한다.
- 나. **제2조** 모든 사람은 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 그 밖의 견해, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생, 기타의 지위 등에 따른 어떠한 종류의 구별도 없이, 이 선언에 제시된 모든 권리와 자유를 누릴 자격이 있다.
- 다. **제6조** 모든 사람은 어디에서나 법 앞에 인간으로서 인정받을 권리를 가진다.
- 라. **제7조** 모든 사람은 법 앞에 평등하고, 어떠한 차별도 없이 법의 평등한 보호를 받을 권리를 가진다. 모든 사람은 이 선언을 위반하는 어떠한 차별에 대하여도, 또한 어떠한 차별의 선동에 대하여도 평등한 보호를 받을 권리를 가진다.

4. 「시민적·정치적 권리에 관한 국제규약」

- 가. **제2조 1.** 이 규약의 각 당사국은 자국의 영토 내에 있으며, 그 관할권 하에 있는 모든 개인에 대하여 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등에 의한 어떠한 종류의 차별도 없이 이 규약에서 인정되는 권

리들을 존중하고 확보할 것을 약속한다.

나. **제16조** 모든 사람은 어디에서나 법 앞에 인간으로서 인정받을 권리를 가진다.

다. **제17조** 1. 어느 누구도 그의 사생활, 가정, 주거 또는 통신에 대하여 자의적이거나 불법적인 간섭을 받거나 또는 그의 명예와 신용에 대한 불법적인 비난을 받지 아니한다.

라. **제26조** 모든 사람은 법 앞에 평등하고 어떠한 차별도 없이 법의 평등한 보호를 받을 권리를 가진다. 이를 위하여 법률은 모든 차별을 금지하고, 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등의 어떠한 이유에 의한 차별에 대하여도 평등하고 효과적인 보호를 모든 사람에게 보장한다.

5. 「유럽공동체협약」

제13조 성적지향에 근거한 차별을 철폐하기 위해 회원국들은 적절한 조치를 취해야 한다.

6. 「유럽인권협약」

제14조 본 협약에서 인정된 권리와 자유의 향유는 특히 성, 인종, 피부색, 언어, 종교, 정치적 혹은 기타의 세계관, 국가적 혹은 사회적 출신, 국가적 소수자에 귀속, 재산, 출생 또는 기타 신분으로 인한 차별 없이 보장된다.

위 정본입니다.

2010. 12. 8.

국 가 인 권 위 원 회

행정사무관 이 경 우 (인)

의견서

“동성애자의 존엄성을 침해하는 균형법 제92조 위헌입니다”

1. 헌법이 보장하는 성적자기결정권 침해

균형법 제92조는 “계간 기타 추행한 자는 1년 이하의 징역에 처한다”고 적시하고 있습니다. 계간이란 용어는 동성애자를 비하할 뿐만 아니라 추행과 구별되어야 함에도 불구하고 함께 사용하고 있습니다. 대한민국 헌법은 성적자기결정권을 인정하고 있고 특히 당사자간의 합의에 의한 성적행동에 대하여 처벌하지 않고 있습니다. 그럼에도 불구하고 균형법은 합의된 동성 간 성행위에 대해 처벌함으로써 상대방과의 성관계를 가질 성적자기결정권을 침해하고 있습니다.

2. 상황적인 동성애(Situational Homosexuality)와 동성애를 혼돈하지 말아야

1) 서동진은 “군대에서 많은 이들이 성폭력에 따른 피해를 호소하고 있다. 그러나 대부분의 성폭력은 동성애자간의 성폭력이 아니라 ‘상황적인 동성애’(situational homosexuality)에 따른 경우가 많으며 이런 폭력의 피해자는 동성애자가 될 경우가 높다.”¹⁾고 주장하고 있습니다. 이러한 주장을 뒷받침하는 것으로 미국에 본부를 두고 있는 국제적인 인권단체 Human Rights Watch가 2001년 남성 간 성폭력이 빈번하게 일어나는 교도소를 조사 한 결과 “동성애 가해자라는 통념은 근거가 없다. 강간의 가해자는 전형적으로 자신을 이성애자로 보고 있으며 감옥을 벗어나면 이성애적인 행위를 할 것이라고 밝혔다. 동성애자의 경우 교도소에서 다른 수인들보다 훨씬 더 성폭력에 희생될 가능성이 크지만 성적 학대의 가해자가 될 가능성은 없다.”²⁾고 밝히고 있습니다.

1) 서동진, [편견을 넘어 평등으로], 2006. 239쪽 (김동춘, 한홍구, 조효제 엮음)

2) Human Rights Watch United States, Predators and Victim, No Escape maie Rape in U.S. Prisons, 2001, hrw.org

2) 군대 내 남성 간이나 이성간 성폭력에 대해서 가해자나 피해자를 대상으로 오랫동안 정신과 치료를 해온 넬슨은 이러한 빈번한 성폭력 발생은 성적욕구의 표현이 아니라 폭력적 기능의 하나라고 주장합니다. 성욕을 풀기 위한 욕구가 아니라 권력을 행사하고 모욕을 주고 수치심을 주려는 폭력적 지배욕구에서 나온 행위로 본 것입니다.³⁾

3) 남성 간 강간 피해자의 경우는 피해자로 나설 경우에 여러 종류의 위기를 경험하게 됩니다. 첫째, 남성적 정체성을 근본적으로 의심받게 되는 상황에 놓이게 됩니다. 이에 대해 존프레블과 니콜라스 그로쓰는 이렇게 설명합니다. “우리 사회는 남성을 키우는 과정에서 독립심, 자립심을 최고의 가치로서 놓게 된다. 남성은 약해서도 안되고 그것을 이유로 남에게 피해를 받아서도 안된다고 배운다. 위협에 처하면 남자들은 스스로 싸워나가야 한다고 배웠지 남에게 도움을 청할 것을 기대받지는 않는다. 그러므로 어느 날 남성이 성적으로 이용당했을 때 이런 사실을 알리는 것은 정복되지 말아야 할 그의 신체 한 부분의 실패를 인정하는 것이고 남들에게 자신의 개인적이약점을 노출하게 되는 것이다. 다른 사람에게 도움을 청하는 것은 그가 자신의 삶을 책임지지 못할 뿐만 아니라 스스로를 돌보지 못하는 무능력을 드러내는 것이다. 성폭력을 당한 후 동반되는 이런 심리적 기재들은 피해자로서 신고를 하는 것을 방해합니다.”⁴⁾ 둘째는 “남성 간 성폭력의 피해자로 나설 경우 동성애자로 낙인찍힐 것이라는 두려움이 크다는 것입니다. 군대의 성폭력 피해자를 상담한 넬슨은 남성 성폭력 피해자에게는 동성애자로 분류되는 것에 대한 강한 두려움이 공통적으로 존재한다고 주장했습니다.”

3. 유엔 자유권조약위원회 결정과 국제사회의 동성애 합법화

1) 1994년 유엔자유권조약위원회(UN Human Rights Committee)는 Toonen v. Austria 사건에서 “동성 또는 이성간의 구강 및 항문성교와 남성 간의 모든 성행위를 금지하는 테즈메니아(Tadmania)법은 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제조약 제17조 1항과 제2조 1항을 위반하는 mfkdlqj시에 대한 자의적인 침해에 해당한다”고 결정하면서, “개인적으로 동의한 성인간의 성행위는 프라이버시에 해당한다. 테즈메니아법은 수 십년동안 실행되지 않았을 지라도 미래에도 유효하지 않으리라는 보장은 없다. 딸서 Toonen의 사생활을 침해하였다”고 판결하였습니다. 이 사건에서 위원회는 그 침해가 자의적이었는가의 여부에 대하여 합리성 심사를 적

3) T.S. Nelson, For love of Country, Confronting Rape and Sexual Harassment in the U.S. military

4) John M. Preble & A. Nicholas Groth, Male Victims of Same-Sex Abuse : Addressing Their Sexual Reponse, 2002, p.4.

용하였고, 이 심사기준에서 합리성의 조건은 어떠한 프라이버시 침해라도 추구하는 목적이 정당한 것이어야 하고 어떠한 상황에서도 필수적이어야 한다는 것이다. 결국 위원회는 동성애를 범죄화하는 모든 법은 테즈메니아의 도덕성의 보호를 위해 필수적인 것이 아니라고 판단하였습니다.

2) EU협약 제13조는 성적지향에 근거한 차별을 철폐하기 위해 회원국들이 적절한 조치를 취해야 한다는 의무를 규정하였습니다.

3) EU의회는 2000년 유럽 각국에 동성애자 차별금지, 군대·경찰·학교·의료기관 등의 동성애 혐오대토를 바꿀 수 있는 교육 실시, 동성커플을 합법화 하는 법률 제정 등을 요구하였습니다.

4) 2002년 Amnesty International은 동성애 문화를 차별하거나 과도하게 규제하는 것을 금지하라고 권고 하였습니다.

5) 미국 뉴욕 주는 2002년 성적지향차별금지법(SONDA)을 제정하고, 하와이 주는 2001년 성적소수자에 대한 혐오범죄의 처벌을 강화하는 혐오범죄가중처벌법을 제정하였습니다.

6) 프랑스는 2004년 동성애를 대상으로 하는 혐오범죄와 성차별을 강력하게 금지하는 법안을 제정하였습니다.

7) 유럽인권재판소는 2003년 영국 공군이 동성애자인 장교의 임용을 거부한 사안을 동성애자의 사생활을 존중하지 않은 것이라고 판결하였고, 이후 영국 공군은 동성애자 장교의 임용을 허용하였습니다.

8) 호주는 국제인권법규를 국내법에 반영하는 일련의 입법과정에서 1992년 군대 내 동성애금지 정책을 폐기하였습니다. 1992년 국방부의 “차별, 희롱, 성범죄, 동성애 기타 금지행위에 관한 국방부 지침(Defense Instruction on Discrimination, Harassment, Sexual Offences, Fraternisation and other Unacceptable Behavior)”은 금지되는 행위에 관하여 동성애와 이성애를 구별하지 않고 있습니다. 동성애라는 성적지향은 문제되지 않으며 제재가 가해지는 행동은 군전투력과 군기유지를 훼손하는 성적 행동이나 부하 군인을 성적으로 이용하는 행위 등입니다.⁵⁾

9) 이스라엘과 캐나다도 일찍이 동성애 군복무금지정책을 폐기한 나라들입니다.

5) 이호중 (서강대학교 법학대학원 교수), [군대 내 동성애자 차별금지와 보호정책]

이스라엘은 Knesset 청문회 이후 1993년 6월부터 동성애자의 군복무를 허용하고 있으며, 이는 캐나다도 1992년 법원에서 동성애자의 군복무금지가 캐나다 인권헌장에 위배된다는 판결이 잇따른 후에 동성애자 군복무금지를 해제하였습니다.⁶⁾

4. 국가인권위원회 권고

국가인권위원회는 2006년 1월 9일 NAP(National Action Plans for the Promotion and Protection of Human Rights-국가인권정책기본계획) 권고를 통해 군형법 제92조와 군인사법시행규칙이 동성애 편견과 차별을 내포하고 있어 개정 할 것을 권고 한 바 있습니다.

5. 야만과 광기를 넘어

2차세계대전에서 동성애를 범죄로 보는 독일 형법 175조를 근거로 투표로 선출된 히틀러와 나찌당은 약 50,000명의 동성애자를 학살하였습니다. 군형법은 해방 이후 미군정하에서 만들어 졌으며 기독교의 영향을 많이 받았습니다. 전통적인 기독교의 가치기준에 어긋난다는 확신으로 군형법 제92조가 정당화 될 수는 없습니다. 입법, 사법, 행정부의 정당성은 국가가 종교적 신앙을 대신하여 법률의 정당성을 증진할 수 있는지에 달려 있습니다. 성경의 레위기와 로마서, 성 토마스 아퀴나스의 말 그리고 소돔과 고모라의 이야기와 중세 비역의 이단적 상황의 예를 바탕으로 만들어진 군형법 제92조는 국가 권력의 합법적인 사용이라는 대의를 훼손시킨다는 것을 명백하게 보여주고 있습니다. 친밀한 관계를 맺는 방법을 선택할 권리를 개인에게서 박탈하는 것이 우리 국가의 기본 가치를 위협한다고 판단됩니다. 문명화된 인간에게 가장 이해하기 쉽고 가장 가치 있는 권리인 참견 받지 않을 권리(the right to be let alone)와 다를 수 있는 권리를 보장해야 합니다. 오랜 뒤에 기존에 있었던 법적 기반이 사라졌음에도 불구하고, 법률이 과거에 대한 맹목적인 모방에 집착한다면 그 사회는 문명화된 사회라고 볼 수 없습니다. 따라서 동성애자들의 존엄성, 평등권, 성적자기결정권 그리고 행복추구권을 침해하는 군형법 제92조는 마땅히 위헌으로 판결되어야 합니다.

군인권센터

소장 임태훈

6) 위의 논문

【부록5】 균형법 제92조 위헌제청(헌법재판소 합헌결정)

균형법 제92조 위헌제청
(2011. 3. 31. 2008헌가21)

【판시사항】

1. “계간 기타 추행한 자는 1년 이하의 징역에 처한다.”라고 규정한 구 균형법 (1962. 1. 20. 법률 제1003호로 제정되고, 2009. 11. 2. 법률 제9820호로 개정되기 전의 것) 제92조 중 “기타 추행”에 관한 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되는지 여부(소극)
2. 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위반하여 성적자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유를 침해하는지 여부(소극)
3. 이 사건 법률조항이 동성애자의 평등권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. “기타 추행”이란, 계간에 이르지 아니한 동성애 성행위 등 객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 성적 만족 행위로서 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 침해하는 것을 의미한다고 할 것이고, 이에 해당하는지 여부는 행위자의 의사, 구체적 행위태양, 행위자들 사이의 관계, 그 행위가 공동생활이나 군기에 미치는 영향과 그 시대의 성적 도덕관념 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 신중히 결정되어야 할 것이다. 그렇다면 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 균형법 피적용자는 어떠한 행위가 이 사건 법률조항의 구성요건에 해당되는지 여부를 충분히 파악할 수 있고, 그 전형적인 사례인 ‘계간’은 ‘추행’이 무엇인지를 해석할 수 있는 판단지침이 되며, 대법원 판결 등에 의하여 구체적이고 종합적인 해석기준이 제시되고 있는 이상, 이 사건 법률조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 아니한다.

2. 이 사건 법률조항은 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기 확립을 목적으로 동성 군인 간의 성적 만족 행위를 금지하고 이를 형사처벌하므로 입법목적의 정당성 및 수단의 적정성이 인정된다. 또한 추행의 유형이나 그 상대방의 피해상황 등을 구체적으로 구분하지 아니하고 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 사회적 법익을 침해한 모든 추행행위에 대하여 일괄적으로 1년 이하의 징역형

으로 처벌하도록 규정하였다는 사유만으로는 입법재량권이 자의적으로 행사되었다고 보기 어렵고, 단순한 행정상의 제재만으로는 효과적으로 추행 행위를 규제하기 어려우며, 다른 법률에 규정된 추행 관련 범죄와 비교하여 그 법정형이 지나치게 무겁다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 선고유예도 가능하다는 점을 종합해 보면, 피해 최소화원칙에 반한다고 볼 수 없다. 나아가 성적자기결정권이나 사생활의 비밀과 자유의 제한 정도가, ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활 및 군기의 보호’, 나아가 ‘국가안보’라는 공익보다 크다고 할 수 없어, 법익 균형성을 일탈하였다고 보기도 어려우므로, 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위반하여 군인들의 성적자기결정권이나 사생활의 비밀과 자유를 침해한 것으로 볼 수 없다.

3. 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.

재판관 이동흡의 보충의견

이 사건 법률조항의 주된 보호법익이 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 사회적 법익이므로, 쌍방의 합의에 의한 성적 교섭행위일지라도 군 공동체생활의 건전성과 군 기강에 부정적인 영향을 미치기는 마찬가지인 점, 이 사건 법률조항은 폭행, 협박이나 위계, 위력 등 강제력과 관련된 구성요건요소를 규정하지 않고 있는 점, 2009. 11. 2. 군형법이 개정되기 전의 이 사건 법률조항은 강제력 행사여부에 따른 법정형의 차등을 두지 않고 이를 형사처벌하려는 것이 입법의도에 부합하는 해석인 점, 상급자가 강제력을 행사하지 않은 경우에도 하급자가 스스로 원하지 아니하는 성적 교섭행위에 연관될 개연성이 높은 점 등을 종합해 볼 때, 이 사건 법률조항은 강제력 행사를 요구하지 않는 것으로 해석된다.

또한, 이 사건 법률조항의 “기타 추행”이 동성 간의 성적 교섭행위를 뜻하는 계간과 동일한 항에 병렬적으로 규정된 점, 폐쇄적으로 단체생활을 하면서 동성 간에 일정 공간을 공동으로 사용해야 하는 군대 내에서는 비정상적인 동성 간의 성적 교섭행위가 발생할 가능성이 높아진다는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 법률조항은 계간과 마찬가지로 동성 간의 성적 행위에만 적용되고, 다만, 이 사건 법률조항이 적용되는 동성 간의 성적 행위에는 동성 ‘군인’ 간의 성적 행위가 포함되고, 동성 ‘민간인’과의 사적 생활관계에서의 성적 행위는 포함되지 않는다고 해석함이 상당하다.

마지막으로, 이 사건 법률조항이 적용됨에 있어 시간적, 장소적 제한이 있는지에 관하여 보건대, 구체적인 사건에 있어서 이 사건 법률조항이 적용될 수 있는지 여부는 그 행위가 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기에 미치는 영향과 그 시대의 성적 도덕관념 등을 종합적으로 고려하여 판단되어야 할 법원의 통상적인 법률 해석·적용의 문제라 할 것이며, 어떤 행위가 법적인 구성요건을 충족시키는가 하는 것에 관하여 다소 의문이 있을 수 있다는 것은 형벌규범의 일반성과 추상성에 비추어 불가피한 것이므로, 그러한 사정만으로 형벌규범인 이 사건 법률조항이 불명확하다고 볼 수는 없다.

재판관 김종대, 재판관 목영준, 재판관 송두환의 반대의견

이 사건 법률조항은 범죄구성요건으로 오로지 ‘계간 기타 추행’이라고만 규정함으로써, ‘강제성을 수반하는 행위’만이 이에 해당하는지, 아니면 ‘강제성을 수반하지 않는 음란한 행위’까지 이에 해당하는지를 법해석기관에 맡겨놓고 있으며, 이에 따라 대법원은 이 사건 법률조항의 보호법익을 ‘개인의 성적 자유’가 아닌 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 전제 아래, 강제력 행사를 수반하지 않는 행위도 이에 해당한다고 해석하고 있다. 그러나 이러한 해석은 균형법의 적용을 받는다는 이유만으로, 강제성이 없는 ‘당사자 간의 자발적 합의에 의한 음란행위’가 강제성이 가장 강한 ‘폭행·협박에 의한 추행’과 동일한 형벌조항에 따라 동등하게 처벌되는 불합리성이 발생하게 된다.

다음으로 이 사건 법률조항은 예시적 규정의 형식을 갖추고 있으므로, 이 사건 법률조항에서 ‘기타 추행’은 적어도 ‘계간에 준하는 행위’로 봄이 상당하다. 그러나 앞에서 본 대법원 판결은 이러한 통상적 해석과는 달리 ‘기타 추행’을 ‘계간에 이르지 아니한 동성에 성행위’로 보아 음란의 정도가 계간보다 약하여도 무방하다고 보고 있으므로, ‘기타 추행’에 해당하는 행위인지 여부를 판단함에 있어 ‘계간’이 그 기준이 될 수 없을 뿐 아니라, 음란정도가 어느 정도에 이를 때 ‘기타 추행’에 해당한다고 할 수 있을지에 관한 아무런 기준을 제시하지 못하고 있다.

이 사건 법률조항의 입법목적과 보호법익에 비추어 보면, 이 사건 법률조항에 해당하는 ‘추행’은 ‘동성 간에 군영 내에서 하는 음란한 행위’로 한정되어야 한다. 그러나 이 사건 법률조항이 이를 구체적이고 명료하게 규정하지 않았고, 위 대법원 판결이 실시한 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 보호법익의 개념도 광범위하고 포괄적이다 보니, ‘군인인 이성 간의 군영 내 또는 군영 외 음란행위’나 ‘군인과 비 군인과의 군영 내에서의 음란행위’ 등도 이 사건 법률조항에 해당하는지 여부가 불분명하게 되었다.

결국 이 사건 법률조항은 그 구성요건에 단지 ‘계간 기타 추행’이라는 추상적이고 모호하며 포괄적인 용어만을 사용함으로써 강제성 여부, 행위의 정도, 행위의

주체와 객체 및 행위 장소 등에 있어서 범죄구성요건에 해당하는지 여부가 불명확하게 되었다. 그 결과, 가벌성이 현저히 다른 행위를 대등하게 처벌하게 되고, 형법상 친고죄의 입법취지를 유명무실하게 하며, 행위자의 예견가능성을 저해하여 자기책임주의원칙에 반하고, 수사기관, 공소제기기관 및 재판기관의 자의적 해석을 초래하고 있다.

그렇다면 이 사건 법률조항은 죄형법정주의의 내용인 형벌법규의 명확성원칙에 위배되어 헌법에 위반된다고 할 것이다.

재판관 김종대의 반대의견에 대한 추가 보충의견

군의 정신전력을 강화하기 위해서는 군내에서의 동성애를 금지할 필요성도 있다. 그러나 금지의 위반에 대해 형벌을 과할 때에는 헌법상의 죄형법정주의의 원칙에 따라야 하는데, 이 사건 심판대상조항인 ‘기타 추행’ 부분은 앞서 본 바와 같이 범죄 구성요건으로서의 명확성을 갖추지 못하였으므로 이와 같은 조항으로서는 국민을 형사처벌할 수 없다고 할 것이다.

재판관 조대현의 한정위헌의견

이 사건 법률조항은 군대라는 특수한 공동사회의 기강을 보호하기 위한 것이고, 구 군형법 제92조는 “계간 기타 추행한 자”라고만 규정할 뿐 “기타 추행”의 행위 대상과 장소를 제한하지 않았다. 따라서 위 법률조항의 문언상, 군인의 추행행위는 군영(軍營) 내외를 불문하고, 그 상대방이 군인이든 민간인이든 동성(同性)이든 이성(異性)이든 불문하고, 상대방의 의사에 반하는지 여부를 불문하고, 모두 적용된다고 보지 않을 수 없다.

그러나 이 사건 법률조항을 ‘군인이 군영 외에서 민간인을 상대로 추행행위를 하는 경우’에도 적용하는 것은, 군대라는 특수한 공동사회의 기강을 보호한다는 입법목적의 범위를 넘는 것이므로, 처벌의 필요성을 인정하기 어렵다. 추행행위를 위하여 강제력이 동원된 경우에도 형법 등에 규정된 강제추행죄 등으로 처벌하는 것은 몰라도 군대의 기강을 위하여 이 사건 법률조항을 적용할 필요는 없다고 생각한다. 따라서 이 사건 법률조항을 ‘군인이 군영 외에서 민간인을 상대로 추행행위를 하는 경우’에도 적용된다고 해석하는 것은 기본권을 제한할 필요도 없이 군인의 성적 자기결정권이나 사생활의 자유를 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다고 보아야 한다.

【심판대상조문】

구 군형법(1962. 1. 20. 법률 제1003호로 제정되고, 2009. 11. 2. 법률 제9820호로 개정되기 전의 것) 제92조 (추행) 계간 기타 추행을 한 자는 1년 이하의 징역

에 처한다.

【참조조문】

헌법 제11조, 제12조, 제13조

형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제298조 (강제추행) 폭행 또는 협박으로 사람에게 대하여 추행을 한 자는 10년 이하의 징역 또는 1천500만 원 이하의 벌금에 처한다.

형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제302조 (미성년자등에 대한 간음) 미성년자 또는 심신미약자에 대하여 위계 또는 위력으로써 간음 또는 추행을 한 자는 5년 이하의 징역에 처한다.

형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제305조 (미성년자에 대한 간음, 추행) 13세 미만의 부녀를 간음하거나 13세 미만의 사람에게 추행을 한 자는 제297조, 제298조, 제301조 또는 제301조의2의 예에 의한다.

구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률(2010. 4. 15. 법률 제10258호로 개정되기 전의 것) 제11조 (업무상 위력 등에 의한 추행)

① 업무·고용 기타 관계로 인하여 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람에게 대하여 위계 또는 위력으로써 추행한 자는 2년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다.

② 법률에 의하여 구금된 사람을 감호하는 자가 그 사람을 추행한 때에는 3년 이하의 징역 또는 1천500만 원 이하의 벌금에 처한다.

③ 생략

성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2010. 4. 15. 법률 제10258호로 제정된 것) 제10조 (업무상 위력 등에 의한 추행)

① 업무, 고용이나 그 밖의 관계로 인하여 자기의 보호, 감독을 받는 사람에게 대하여 위계 또는 위력으로 추행한 사람은 2년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다.

② 법률에 따라 구금된 사람을 감호하는 사람이 그 사람을 추행한 때에는 3년 이하의 징역 또는 1천500만 원 이하의 벌금에 처한다.

③ 장애인의 보호, 교육 등을 목적으로 하는 시설의 장 또는 종사자가 보호, 감독의 대상인 장애인에 대하여 위계 또는 위력으로 간음한 때에는 7년 이하의 징역에

처하고, 추행한 때에는 5년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다.

성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2010. 4. 15. 법률 제10258호로 제정된 것) 제11조 (공중 밀집 장소에서의 추행) 대중교통수단, 공연·집회 장소, 그 밖에 공중(公衆)이 밀집하는 장소에서 사람을 추행한 사람은 1년 이하의 징역 또는 300만 원 이하의 벌금에 처한다.

군형법(2009. 11. 2. 법률 제9820호로 개정된 것) 제92조의2 (강제추행) 폭행이나 협박으로 제1조 제1항부터 제3항까지에 규정된 사람에 대하여 추행을 한 사람은 1년 이상의 유기징역에 처한다.

군형법(2009. 11. 2. 법률 제9820호로 개정된 것) 제92조의3 (준강간, 준강제추행) 제1조 제1항부터 제3항까지에 규정된 사람의 심신상실 또는 항거불능 상태를 이용하여 간음 또는 추행을 한 사람은 제92조 및 제92조의2의 예에 따른다.

【참조판례】

1. 헌재 2000. 6. 29. 98헌가10, 판례집 12-1, 741, 748헌재 2002. 6. 27. 2001헌바70, 판례집 14-1, 601, 608헌재 2004. 11. 25. 2004헌바35, 판례집 16-2하, 381, 391헌재 2005. 6. 30. 2002헌바83, 판례집 17-1, 812, 821헌재 2009. 3. 26. 2007헌바72, 판례집 21-1상, 406, 418

2. 헌재 1995. 4. 20. 91헌바11, 판례집 7-1, 478헌재 2001. 11. 29. 2001헌가 16, 판례집 13-2, 570

3. 헌재 2007. 3. 29. 2005헌바1144, 판례집 19-1, 335, 346

【당 사 자】

제청법원 육군 제22사단 보통군사법원
당해사건 육군 제22사단 보통군사법원 2008고10 추행

【주 문】

구 군형법(1962. 1. 20. 법률 제1003호로 제정되고, 2009. 11. 2. 법률 제9820호로 개정되기 전의 것) 제92조 중 “기타 추행”에 관한 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

당해 사건의 피고인인 강○모는 피해자(20세)가 소속된 부대의 부소대장으로서, 2008. 3. 초순경 소속 부대 독신 장교 숙소 3호실에서 이사를 도와주기 위하여 온 피해자로 하여금 피고인의 팔을 베고 눕게 하고, 2008. 5. 초순경부터 2008. 6. 4. 경까지 30여 일에 걸쳐 매일 20분 내지 30분간 거진 소초에 있는 부소초장실에서 피해자의 배, 엉덩이 및 성기를 만지고, 피고인의 성기를 피해자의 몸에 닿게 하는 등 피해자를 추행하였다는 혐의로 구 ‘성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률’ 위반(업무상 위력 등에 의한 추행)으로 입건되었으나, 피해자와 합의하여 고소가 취소된 후 구 군형법(1962. 1. 20. 법률 제1003호로 제정되고, 2009. 11. 2. 법률 제9820호로 개정되기 전의 것) 제92조의 추행죄로 기소되었다. 그런데 육군 제22사단 보통군사법원(이하 ‘제정법원’이라 한다)은 1심 재판 계속중 직권으로 구 군형법 제92조에 대하여 이 사건 위헌법률심판제청을 하였다.

나. 심판의 대상

제정법원은 구 군형법 제92조 전체에 대하여 위헌제청을 하였으나, 구 군형법 제92조의 구성요건은 “계간”과 “기타 추행” 부분으로 나누어지고, 당해 사건의 피고인은 “계간”이 아니라 “기타 추행”을 범한 것으로 공소제기되어 재판을 받고 있으므로, 이 사건 심판의 대상은 구 군형법 제92조 중 “기타 추행”과 관련된 부분으로 한정함이 상당하다.

그렇다면, 이 사건 심판의 대상은 구 군형법(1962. 1. 20. 법률 제1003호로 제정되고, 2009. 11. 2. 법률 제9820호로 개정되기 전의 것) 제92조 중 “기타 추행”에 관한 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이고, 심판대상조항 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

[심판대상조항]

구 군형법(1962. 1. 20. 법률 제1003호로 제정되고, 2009. 11. 2. 법률 제9820호로 개정되기 전의 것) 제92조(추행) 계간 기타 추행한 자는 1년 이하의 징역에 처한다.

[관련조항]

형법 제298조(강제추행) 폭행 또는 협박으로 사람에게 대하여 추행을 한 자는 10년 이하의 징역 또는 1천 500만 원 이하의 벌금에 처한다.

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

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

구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률(2010. 4. 15. 법률 제10258호로 개정되기 전의 것) 제11조(업무상 위력 등에 의한 추행)

① 업무·고용 기타 관계로 인하여 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람에 대하여 위계 또는 위력으로써 추행한 자는 2년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다.

② 법률에 의하여 구금된 사람을 감호하는 자가 그 사람을 추행한 때에는 3년 이하의 징역 또는 1천 500만 원 이하의 벌금에 처한다.

균형법(2009. 11. 2. 법률 제9820호로 개정된 것) 제92조의2(강제추행) 폭행이나 협박으로 제1조 제1항부터 제3항까지에 규정된 사람에 대하여 추행을 한 사람은 1년 이상의 유기징역에 처한다.

제92조의3(준강간, 준강제추행) 제1조 제1항부터 제3항까지에 규정된 사람의 심신상실 또는 항거불능 상태를 이용하여 간음 또는 추행을 한 사람은 제92조 및 제92조의2의 예에 따른다.

2. 제정법원의 위헌제청이유 요지

가. 구 균형법 제92조는 추행행위의 주체 및 상대방, 강제력 유무에 관하여 아무런 규정을 두지 않아 남성 간의 추행만을 의미하는지, 아니면 여성 간 또는 이성 간의 추행도 포함되는지, 강제에 의한 추행이 포함되는지 여부가 불분명할 뿐만 아니라, 행위자들 사이의 관계나 행위 장소 등에 관하여도 아무런 판단 기준을 제시하지 아니하고 있으므로 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배된다.

나. 구 균형법 제92조가 행위의 주체, 상대방, 시간과 장소, 행위 태양 등에 대하여 아무런 제한을 두지 않고 동성 간의 성적 행위를 징역형으로만 처벌하는 것은 '균이라는 공동사회의 건전한 생활과 균기'를 보호하는 데 효율적인 수단이라 할 수 없고, 입법목적을 달성하는 데 필요한 정도를 일탈한 것으로서 과잉금지원칙에 위배되어 동성애자들의 성적자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유를 침해한다.

다. 구 군형법 제92조가 이성 간의 성적 행위와 달리 동성 간의 성적 행위만 징역형으로 처벌하는 것이라면, 이러한 차별은 정당한 입법목적도, 차별목적과 수단 간의 비례성도 인정되지 않는 것이며, 완화된 심사기준에 의하더라도 이성애자와 동성애자 간의 차별에 합리적인 이유가 없으므로 평등권을 침해한다.

3. 판 단

가. 이 사건 법률조항의 입법목적과 보호법익

형법과 ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’ 등에서 추행과 관련된 일반적인 형벌규정이 존재함에도 불구하고(형법 제298조, 제302조, ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’ 제10조, 제11조 등), 이 사건 법률조항이 추행에 관하여 별도의 처벌 규정을 둔 것은, 상명하복의 엄격한 규율과 집단적 공동생활을 본질로 하는 군대의 특수한 사정을 고려한 것이다. 즉, 군 내부에 성적으로 문란한 행위가 만연하게 된다면 궁극적으로 군의 전투력보존에 직접적인 위해가 발생할 위험성이 있기 때문에 이러한 문제 발생을 예방하기 위하여 이 사건 법률조항을 제정한 것으로 봄이 상당하다.

따라서 이 사건 법률조항은 군 내부의 건전한 공적생활을 영위하고, 군 조직 전체의 성적건강을 유지하기 위하여 제정된 것으로서, 주된 보호법익은 ‘개인의 성적 자유’가 아니라 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 사회적 법익이라 할 것이다.

나. 죄형법정주의의 명확성원칙 위배 여부

헌법재판소는 2002. 6. 27. 2001헌바70결정(판례집 14-1, 601)에서 이 사건 법률조항이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 않는다고 판단하였는바, 이 사건의 경우에도 선례의 입장이 유지될 수 있는지에 관하여 구체적으로 살펴보기로 한다.

(1) 죄형법정주의의 명확성원칙

헌법 제12조 및 제13조를 통하여 보장되고 있는 죄형법정주의의 원칙은 범죄와 형벌이 법률로 정하여져야 함을 의미하고, 이러한 죄형법정주의에서 파생되는 명확성원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건을 명확하게 규정할 것을 요구하고 있다. 그러나 처벌법규의 구성요건이 명확하여야 한다 하더라도, 모든 구성요건을 단순한 의미의 서술적인 개념으로 규정하여야 하는 것은 아니고, 다소 광범위하여 어떤 범위에서는 법관의 보충적인 해석이 필요하더라도 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람으로 하여금 그 적용대상자가 누구이며 구체적으로 어떠한 행위가 금지되고 있는지 여부를 충분히 알 수

있도록 하고 있다면, 이는 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 않는다고 보아야 한다(헌재 2000. 6. 29. 98헌가10, 판례집 12-1, 741, 748; 헌재 2004. 11. 25. 2004헌바35, 판례집 16-2하, 381, 391).

(2) 판단

(가) 예시적 입법형식과 명확성원칙

이 사건 법률조항의 경우, 범죄구성요건적 수단 등에 대하여는 문언적 제한을 가하지 아니하면서 대표적 구성요건인 ‘계간’을 판단지침으로 예시한 다음,

어느 정도 보편적이고 일반적인 용어인 ‘추행’을 그대로 일반조항으로 사용하는 예시적 입법형식을 취하고 있다. 이러한 예시적 입법형식의 경우 구성요건의 대전제인 일반조항의 내용이 지나치게 포괄적이어서 법관의 자의적인 해석을 통하여 그 적용범위를 확장할 가능성이 있다면 죄형법정주의의 원칙에 위배될 수 있다. 따라서 예시적 입법형식이 명확성원칙에 위배되지 않으려면, 예시한 개별적인 구성요건이 그 자체로 일반조항의 해석을 위한 판단지침을 내포하고 있어야 할 뿐만 아니라, 그 일반조항 자체가 그러한 구체적인 예시를 포괄할 수 있는 의미를 담고 있는 개념이 되어야 한다(헌재 2002. 6. 27. 2001헌바70, 판례집 14-1, 601, 608; 헌재 2009. 3. 26. 2007헌바72, 판례집 21-1상, 406, 418 참조).

(나) “기타 추행”의 의미

이 사건 법률조항 중 일반조항에 해당하는 ‘추행’이란 정상적인 성적 만족 행위에 대비되는 다양한 행위태양을 총칭하는 것으로, 그 구체적인 적용범위는 사회적 변화에 따라 변동되는 동태적 성격을 가지고 있으나 그 대표적이고 전형적인 사례가 ‘계간’이며, ‘계간’의 사전적 의미는 ‘사내끼리 성교하듯이 하는 짓’으로 남성 간의 항문성교를 뜻한다. 또한 앞에서 살펴본 바와 같이, 이 사건 법률조항의 주된 보호 법익은 ‘개인의 성적 자유’가 아니라 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 사회적 법익이다.

따라서 이 사건 법률조항에서 말하는 “기타 추행”이란, 계간에 이르지 아니한 동성애 성행위 등 객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 성적 만족 행위로서 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 침해하는 것을 의미한다고 할 것이고, 이에 해당하는지 여부는 행위자의 의사, 구체적 행위태양, 행위자들 사이의 관계, 그 행위가 공동생활이나 군기에 미치는 영향과 그 시대의 성적 도덕관념 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 신중히 결정되어야 할 것이다(대법원 2002. 4. 26. 선고 2001도2417 판결; 대법원 2008. 5. 29. 선고 2008도2222 판결 등 참조).

(다) 소결

그렇다면 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 군인, 군무원 등 군형법 피적용

자(이하에서는 ‘군인’이라고만 한다)는 어떠한 행위가 이 사건 법률조항의 구성요건에 해당되는지 여부를 충분히 파악할 수 있다고 판단되고, 그 전형적인 사례인 ‘계간’은 이 사건 법률조항에서 ‘추행’이 무엇인지를 해석할 수 있는 판단지침이 되며, 대법원 판결 등에 의하여 이미 이에 관한 구체적이고 종

합적인 해석기준이 제시되고 있는 이상, 법집행기관이 이 사건 법률조항을 자의적으로 확대하여 해석할 염려도 없으므로, 이 사건 법률조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 아니한다.

다. 과잉금지원칙 위배 여부

(1) 목적의 정당성 및 수단의 적정성

앞서 살펴본 바와 같이, 이 사건 법률조항은 군 내부의 건전한 공적 생활을 영위하고, 군 조직 전체의 성적건강을 유지하기 위하여 제정된 것으로서, 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기 확립을 목적으로 하는바, 그러한 입법목적은 정당하며, 동성 군인 간의 성적 만족 행위를 금지하고 이를 형사처벌하는 것은 위와 같은 입법 목적을 달성하기 위한 적절한 수단으로 인정된다.

(2) 피해 최소화

어떤 행위를 범죄로 규정하고 이를 어떻게 처벌할 것인가 하는 문제는 원칙적으로 입법자가 우리의 역사와 문화, 입법 당시의 시대적 상황과 국민 일반의 가치관 내지 법 감정, 범죄의 실태와 죄질 및 보호법익 그리고 범죄예방효과 등을 종합적으로 고려하여 결정하여야 할 국가의 입법정책에 관한 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야이다. 따라서 위와 같은 입법재량권이 헌법 제37조 제2항으로부터 파생되는 비례의 원칙 혹은 과잉금지의 원칙에 반하는 것으로 평가되는 등 헌법규정이나 헌법상 일반원리에 반하여 자의적으로 행사된 경우가 아닌 한, 이는 단순한 입법정책 당부의 문제에 불과하고 헌법위반의 문제는 아니라고 할 것이다(헌재 1995. 4. 20. 91헌바11, 판례집 7-1, 478; 헌재 2001. 11. 29. 2001헌가16, 판례집 13-2, 570 등).

살피건대 이 사건 법률조항의 입법목적은 군 내부의 건전한 공적생활을 영위하는 것이고, 그 주된 보호법익은 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 사회적 법익이며, ‘개인의 성적 자유’ 등 개인적 법익은 주된 보호법익이 아니므로, 군형법상 피적용자가 행한 추행의 유형이나 그 상대방의 피해상황 등을 구체적으로 구분하지 아니하고 위와 같은 사회적 법익을 침해한 모든 추행행위에 대하여 일괄적으로 1년 이하의 징역형으로 처벌하도록 규정하였다는 사유만으로는 입법재량권이 자의적으로 행사되었다고 보기 어렵다.

더욱이, 우리나라의 안보상황과 징병제도 하에서 단순한 행정상의 제재만으로는 효과적으로 추행 행위를 규제하기 어렵고, 이 사건 법률조항은 다른 법률에 규정된

추행 관련 범죄와 비교하여 그 법정형이 지나치게 무겁다고 볼 수 없으며, 법정형이 1년 이하의 징역형으로 되어 있어 구체적인 사안을 고려하여 선고유예도 가능하다는 점을 종합해 보면, 피해최소성원칙에 반한다고 볼 수 없다.

(3) 법익균형성

이 사건 법률조항으로 인하여 군인들이 받게 되는 성적자기결정권이나 사생활의 비밀과 자유의 제한 정도가, 이 사건 법률조항을 통하여 달성하고자 하는 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활 및 군기의 보호’, 나아가 국가의 존립과 모든 자유의 전제조건인 ‘국가안보’라는 공익보다 크다고 할 수 없으므로, 법익 균형성을 일탈하였다고 보기도 어렵다.

(4) 소결

따라서 이 사건 법률조항은 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 위반하여 군인들의 성적자기결정권이나 사생활의 비밀과 자유를 침해하지 아니한다.

라. 평등권 침해 여부

(1) 심사척도

평등권의 침해 또는 평등원칙의 위반 여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의할 것인지, 완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 허용되는 입법형성권의 정도 및 범위에 따라 달라진다 할 것인데(헌재 2008. 10. 30. 2006헌바35, 판례집 20-2상, 793, 800), 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우와 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우에는 엄격한 심사척도를 적용하여야 하고, 그렇지 않은 경우에는 완화된 심사척도를 적용하여야 한다(헌재 2007. 3. 29. 2005헌마1144, 판례집 19-1, 335, 346).

그런데 이 사건 법률조항이 동성 간의 성적 행위만을 금지하고 이를 위반한 경우 형사처벌한다고 볼 경우에도, 이와 같은 동성 간의 성적 행위와 이성 간의 성적 행위에 대한 차별은 헌법상 차별을 금지한 영역인 성을 이유로 한 남녀 차별의 문제가 아니며, 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우에도 해당하지 아니하고, 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래할 사정도 발견되지 않으므로, 자의금지원칙에 의한 완화된 심사척도를 적용하면 족하다.

(2) 차별의 합리성 유무

군대는 엄격한 상명하복의 수직적인 인간관계로 이루어져 있고, 절대 다수의 혈기 왕성한 젊은 남성 의무복자들이 이성 간의 성적 욕구를 원활하게 해소할 방법이 없는 상태에서 장기간의 폐쇄적인 단체생활을 해야 하므로, 일반 사회와 비교하여 이성 간의 성적 교섭행위보다는 동성 간의 비정상적인 성적 교섭행위가 발생할 가능성이 현저히 높다.

특히 상급자가 같은 성적 지향을 가지지 아니한 하급자를 상대로 동성에 성행위를 감행할 가능성이 높고, 이러한 동성 군인 간의 성적 교섭행위를 방지할 경우 군대

의 엄격한 명령체계나 위계질서는 위태로워지며, 구성원 간의 반목과 분열을 초래하여 궁극적으로 군의 전투력 보존에 직접적인 위해가 발생할 우려가 크다.

이에 반하여 군대에서 남성과 여성이 폐쇄적인 단체생활을 하여야 하는 상황은 그리 많지 않고, 일반 사회와 비교하여 군대에서 이성 간의 성적 교섭행위가 빈번히 발생하여 이를 방지할 경우 군대의 엄격한 명령체계나 위계질서를 위태롭게 할 우려가 크다고 할 수도 없다.

위와 같은 점을 고려하면, 이 사건 법률조항이 동성 간의 성적 행위만을 금지하고 이를 위반한 경우 형사처벌한다고 볼 경우에도, 그러한 차별에는 합리적인 이유가 인정된다고 할 것이므로, 이 사건 법률조항은 동성애자의 평등권을 침해한다고 볼 수 없다.

4. 결 론

그렇다면, 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 주문과 같이 결정한다. 이에 대하여는 아래 5.와 같은 재판관 이동흡의 보충의견, 아래 6.과 같은 재판관 김종대, 재판관 목영준, 재판관 송두환의 반대의견 및 아래 7.과 같은 재판관 조대현의 한정위헌의견이 있다.

5. 재판관 이동흡의 보충의견

이 사건 법률조항은 법정외에서 밝힌 바와 같이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되지 아니하나, 이 사건 법률조항이 강제력 행사를 요구하는지, 동성 간의 성적 행위에만 적용되는지, 시간적, 장소적 제한은 없는 것인지에 관하여 의문이 제기될 수 있으므로, 이 사건 법률조항의 입법목적과 다른 법률조항과의 연관성 등을 고려하여 이에 대하여 살펴보기로 한다.

가. 우선, 이 사건 법률조항이 강제력 행사를 요구하는지에 관해서 보건대, 이 사건 법률조항의 주된 보호법익은 ‘개인의 성적 자유’가 아니라 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 사회적 법익이므로, 쌍방의 합의에 의한 성적 교섭행위일지라도 군 공동체생활의 건전성과 군 기강에 부정적인 영향을 미치는 마찬가지인 점, 형법상 강제추행, 미성년자 등에 대한 간음죄 등 개인의 성적 자유를 보호법익으로 하는 범죄와 달리, 이 사건 법률조항은 폭행, 협박이나 위계, 위력 등 강제력과 관련된 구성요건요소를 규정하지 않고 있는 점, 2009. 11. 2. 군형법 개정 당시에 비로소 폭행, 협박 등 강제력이 수반된 추행행위를 가중처벌하기 위하여 법 제92조의2(강제추행), 제92조의3(준강간, 준강제추행)이 신설되었으므로, 위 규정이 신설되기 전의 이 사건 법률조항은 외관상 추행 행위에 해당하기만 하면 강제력 행사여부에 따른 법정형의 차등을 두지 않고 이를 형사처벌하려는 것으로 보는 것이 입법의도에 부합하는 해석인 점, 상명하복의 엄격한 계급구조로 인하여 상급자가 직접적인 강제력을 행사하지 않은 경우에도 하급자가 스스로 원하지 아니하는 성적 교섭행위에 연관될 개연성이 높은 점 등을 종합해 볼 때, 이 사건 법

률조항은 강제력 행사를 요구하지 않는 것으로 해석된다. 대법원도 이 사건 법률조항에서 말하는 ‘추행’이란 ‘계간에 이르지 아니한 동성애 성행위 등 객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 성적 만족 행위로서 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 침해하는 것’이라고 판시하여(대법원 2008. 5. 29. 선고 2008도2222 판결), 추행의 개념요소에 강제력 행사를 포함시키지 않고 있다.

나. 다음으로, 이 사건 법률조항이 동성 간의 성적 행위에만 적용되는 것인지 보건대, “기타 추행”이 동성 간의 성적 교섭행위를 뜻하는 계간과 동일한 항에 병렬적으로 규정되어 있는 점, 자유로운 외부출입이나 독립적인 사생활이 보장되지 못한 채 폐쇄적으로 단체생활을 하면서 동성 간에 내무반, 화장실, 샤워실 등의 공간을 공동으로 사용하여야 하는 군대 내에서는 개별적이고 독립적인 생활을 영위하는 일반 사회생활에서와 달리 비정상적인 동성 간의 성적 교섭행위가 발생할 가능성이 매우 높아진다는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 법률조항은 계간과 마찬가지로 동성 간의 성적 행위에만 적용되는 것으로 해석된다.

다. 다만, 이 사건 법률조항이 적용되는 동성 간의 성적 행위에는 동성 ‘군인’ 간의 성적 행위만이 포함되고, 동성 ‘민간인’과의 사적 생활관계에서의 성적 행위는 포함되지 않는다고 해석함이 상당하다.

이 사건 법률조항은 어디까지나 군 내부의 건전한 공적 생활을 영위하고, 군 조직 전체의 성적건강을 유지하기 위하여 제정된 것이며, 이 같은 입법취지 및 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 보호법익은 이 사건 법률조항의 적용범위를 해석함에 있어서도 가장 중요하게 고려되어야 할 사항이다. 대법원 역시 군형법 피적용자와 민간인과의 사이에 이루어진 추행행위에 이 사건 법률조항을 적용하게 되면, 민간인의 추행사실이 공개되어 그 명예가 훼손하는 부당한 결과를 초래할 수 있다는 점과 이 사건 법률조항의 입법취지 등을 고려하여 민간인과의 사적 생활관계에서의 변태적 성적 만족 행위에는 이 사건 법률조항이 적용되지 않는 것으로 해석하고 있다(대법원 1973. 9. 25. 선고 73도1915 판결 참조).

그렇다면 이 사건 법률조항에 대하여 위와 같은 합헌적 해석이 가능함에도 불구하고, 군인과 비군인과의 군영 내에서의 음란행위 등이 이 사건 법률조항에 해당하는지 여부가 불분명하다는 이유로 명확성원칙에 위반된다고 보거나, 군인이 군영 외에서 민간인을 상대로 추행행위를 하는 경우에도 이 사건 법률조항이 적용된다고 해석하는 한 성적자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유를 침해했다고 보는 입장은 이 사건 법률조항을 합헌적으로 해석하지 아니하여 그 적용범위를 지나치게 확대한 것이므로 타당하지 않다.

라. 마지막으로, 이 사건 법률조항이 적용됨에 있어 시간적, 장소적 제한이 있는지에 관하여 보건대, 이 사건 법률조항을 통하여 달성하고자 하는 입법목적이나 보호

하고자 하는 사회적 법익의 내용은 범행시간이 퇴근 전인지, 퇴근 후인지, 범행 장소가 병영 안인지, 병영 밖인지에 따라 달라진다고 볼 수 없고, 구체적인 사건에 있어서 이 사건 법률조항이 적용될 수 있는지 여부는 앞서 본 행위자의 의도, 구체적 행위태양, 행위자들 사이의 관계, 그 행위가 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기에 미치는 영향과 그 시대의 성적 도덕관념 등을 종합적으로 고려하여 판단되어야 할 법원의 통상적인 법률 해석·적용의 문제라 할 것이다. 또한 어떤 행위가 법적인 구성요건을 충족시키는가 하는 것에 관하여 구체적인 사건에 있어서 의문이 있을 수 있다는 것은 형벌규범의 일반성과 추상성에 비추어 불가피한 것이므로, 그러한 사정만으로 형벌규범인 이 사건 법률조항이 불명확하다고 볼 수는 없다.

마. 결국 이 사건 법률조항은 강제력 행사여부나 범행 시간과 장소를 불문하고, 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 침해하는 동성 군인 간의 성적 행위에 한하여 적용되는 것으로 볼 수 있고, 이러한 해석이 가능한 이상 구체적인 사안에서 법률적용자가 이 사건 법률조항을 자의적으로 확대하여 해석할 염려는 없다고 할 것이므로, 이 사건 법률조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되지 아니한다.

6. 재판관 김종대, 재판관 목영준, 재판관 송두환의 반대의견

우리는 다수의견과는 달리, 이 사건 법률조항이 죄형법정주의의 내용인 형벌법규의 명확성원칙에 반하여 헌법에 위배된다고 판단하므로 아래와 같이 반대의견을 밝힌다.

가. 형벌법규의 명확성원칙

헌법 제12조 및 제13조를 통하여 보장되고 있는 죄형법정주의의 원칙은 범죄와 형벌이 법률로 정하여져야 함을 의미하며, 이러한 죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건을 명확하게 규정할 것을 요구하고 있다(헌재 2000. 6. 29. 98헌가10, 판례집 12-1, 741, 748). 그러므로 형사처벌의 대상이 되는 구성요건은 가능한 한 명백하고 확장할 수 없는 개념을 사용하여 구체적이고 명료하게 규정할 것을 요하고, 만일 범죄의 구성요건이 추상적이거나 모호한 개념으로 이루어지거나 그 적용범위가 너무 광범위하고 포괄적이어서 불명확한 경우에는 국민이 법률에 의하여 금지된 행위가 무엇인가를 알 수 없게 되어 죄형법정주의의 원칙에 위배된다(헌재 1997. 9. 25. 96헌가16, 판례집 9-2, 312, 322). 한편 어떠한 법규범이 명확한지 여부를 판단하는 기준은 명확성원칙의 근거와 관련하여 찾을 수 있다. 명확성원칙은 법규범의 의미내용이 불확실하면 법적 안정성과 예측가능성을 확보할 수 없고 법집행당국의 자의적인 법해석과 집행을 가능하게 한다는 것을 그 근거로 하므로(헌재

2002. 7. 18. 2000헌바57, 판례집 14-2, 1, 16), 당해 법규범이 수범자에게 법규의 의미내용을 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 예측가능성을 주고 있는지 여부 및 당해 법규범이 법을 해석·집행하는 기관에게 충분한 의미내용을 규율하여 자의적인 법해석이나 법집행이 배제되는지 여부, 다시 말하면 예측가능성 및 자의적 법집행 배제가 확보되는지 여부에 따라 명확성원칙에 위반되는지 여부를 판단할 수 있다(헌재 2005. 6. 30. 2002헌바83, 판례집 17-1, 812, 821).

나. 이 사건 법률조항의 불명확성

(1) '강제성'을 필요로 하는지 여부

형법과 '성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법'(이하 '성폭법'이라 한다)은 '추행'과 '음란한 행위'를 준별하여 규정하고 있다. 즉, '추행'이 강제력에 의하여 '개인의 성적 자유'를 침해하는 행위임을 전제로, 형법 제298조(강제추행)에서 '폭행, 협박에 의한 추행'을, 제299조(준강제추행)에서 '피해자의 심신상실, 항거불능의 상태를 이용한 추행'을, 제302조(미성년자등에 대한 추행)에서 '미성년자 또는 심신미약자에 대하여 위계 또는 위력으로써 한 추행'을 각 범죄구성

요건으로 규정하고 있고, 성폭법 제10조에서 '자기의 보호 또는 감독을 받는 사람에 대하여 위계 또는 위력으로써 한 추행(제1항)과 '법률에 의하여 구금된 사람에 대한 추행(제2항)' 및 '보호 감독의 대상이 되는 장애인에 대한 추행(제3항)' 등을 범죄구성요건으로 규정하고 있는 반면, 강제성을 수반하지 않으면서 '선량한 풍속'이라는 사회적 법익을 침해하는 행위는 형법에서 '음란한 행위'(제22장 '성 풍속에 관한 죄' 참조) 등의 용어를 사용하고 있다.

그런데 이 사건 법률조항은 범죄구성요건으로 오로지 '계간 기타 추행'이라고만 규정함으로써, 형법이나 성폭법에서와 같이 '강제성을 수반하는 행위'만이 이에 해당 하는지, 아니면 '강제성을 수반하지 않는 음란한 행위'까지 이에 해당하는지를 법 해석기관에 맡겨놓고 있으며, 이에 따라 대법원은 이 사건 법률조항의 보호법익을 '개인의 성적 자유'가 아닌 '군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기'라는 전제 아래, 강제력 행사를 수반하지 않는 행위도 이에 해당된다고 해석하고 있다(대법원 2008. 5. 29. 선고 2008도2222 판결 참조).

그러나 이러한 해석은 형벌체계상 용인될 수 없는 모순을 초래하게 된다. 우선, '강제력에 의한 추행'과 '당사자 간의 자발적 합의에 의한 음란행위'는 그 보호법익이 다를 뿐 아니라 가벌성 및 비난가능성에 있어서도 현저한 차이가 있고(예를 들면, 형법상 강제추행죄의 법정형은 10년 이하의 징역인데 비하여, 간통죄의 법정형은 2년 이하의 징역이다), '강제력에 의한 추행'도 그 강제성의 정도에 따라 처벌을 달리하여야 마땅하다(예를 들면, 형법상 폭행·협박에 의한 추행의 법정형은 10년 이하의 징역인데 비하여, 업무상 위력에 의한 추행의 법정형은 5년 이하의 징

역이다). 그럼에도 불구하고 군형법의 적용을 받는다는 이유만으로, 강제성이 없는 ‘당사자 간의 자발적 합의에 의한 음란행위’가 강제성이 가장 강한 ‘폭행·협박에 의한 추행’과 동일한 형벌조항에 따라 동등하게 처벌되는 불합리성이 발생하게 된다. 개정 군형법(2009. 11. 2. 법률 제9820호로 개정되고, 2010. 2. 3. 시행된 것)은, 이 사건 법률조항과 같은 내용을 제92조의5(추행)로 규정하면서, 폭행·협박에 의한 추행을 제92조의2(강제추행)로, 심신상실 또는 항거불능 상태를 이용하여 간음 또는 추행한 행위를 제92조의3(준강제추행)로 각 분리 하고 그 법정형도 가중함으로써 위와 같은 모순을 해결하려 하였다. 그러나 군대 내에서의 추행을 형법이나 성폭법과 달리 규정하여야 하는 이유가, 군의 특성상 군인은 군영 내에서 동성 간 집단숙박을 하여야 하는 사실 및 엄격한 상명하복관계에 있어 상관의 지시를 거역하기가 사실상 불가능하다는 사실인 점을 고려

할 때, 군대의 특성상 가장 빈발할 수 있는 ‘위계 또는 위력을 사용한 추행행위’에 관하여는 여전히 별도의 규정이 없으므로 이러한 경우 개정 군형법 제92조의5(추행)으로 규율할 수밖에 없는데, 이 역시 ‘강제성 없는 합의에 의한 음란행위’와 ‘강제성을 수반한 위계 또는 위력을 사용한 추행’을 형사처벌상 동등하게 취급하게 되는 모순에 빠지게 된다.

한편 ‘강제성을 수반하지 않는 당사자 간의 자발적 합의에 의한 음란행위’가 이 사건 법률조항에 해당하는지 여부가 모호하다 보니, 실제로 군사법기관들은 추행행위에 대한 강제성을 입증하기 곤란한 경우 또는 추행상대방의 고소가 없거나 취소된 경우 추행행위자에 대하여 이 사건 법률조항을 적용하여 기소하고 처벌하고 있다. 이처럼 추행행위에 강제성이 있었는지 여부에 상관없이 동일한 법률조항에 의거하여 처벌할 수 있다는 것이 자기책임주의원칙상 허용되어서는 안될 뿐 아니라, 형법상 강제추행죄를 친고죄에 포함시킨 것은 범죄피해자의 명예를 보호하기 위한 목적인데, 고소가 없거나 취소된 경우 이를 친고죄가 아닌 이 사건 법률조항에 의하여 처벌받게 하는 것은 형법의 입법취지를 법원의 해석이나 실무상 운용에 의하여 멸각시키는 부당한 결과를 낳게 되는 것이다.

결국 이 사건 법률조항이 범죄구성요건으로 형법이나 성폭법과는 달리 ‘추행’이라는 용어를 사용하면서도 ‘강제성’의 수반 여부에 대하여 구체적이고 명확하게 규정하지 않음으로써, 수사기관, 공소제기기관 및 재판기관의 자의적인 해석과 적용을 허용하고 형벌체계상 용인될 수 없는 모순을 초래하게 되었다.

(2) 행위의 정도

이 사건 법률조항은 제목을 ‘추행’이라고 명시한 다음 개별적 구성요건해당행위로 ‘계간’을 예시하고, 그 바로 뒤에 ‘기타 추행’이라는 일반조항을 기술함으로써 예시적 규정의 형식을 갖추고 있다. 일반적으로 예시적 규정 중 개별적 예시조항은 그

자체로 일반조항의 해석을 위한 판단지침이 된다고 해석되므로, 이 사건 법률조항에서 ‘기타 추행’은 적어도 ‘계간에 준하는 행위’로 봄이 상당하다.

그러나 앞에서 본 대법원 판결은 이러한 통상적 해석과는 달리 ‘기타 추행’을 ‘계간에 이르지 아니한 동성에 성행위’로 보아 음란의 정도가 계간보다 약하여도 무방하다고 보고 있으므로, ‘기타 추행’에 해당하는 행위인지 여부를 판단함에 있어 ‘계간’이 그 기준이 될 수 없을 뿐 아니라, 음란정도가 어느 정도에 이를 때 ‘기타 추행’에 해당한다고 할 수 있을지에 관한 아무런 기준을 제시하지 못하고 있다.

결국 이 사건 법률조항은 ‘행위의 정도’에 관하여도 모호하게 규정함으로써, 행위자로 하여금 법률에 의하여 처벌받을 행위가 무엇인지를 예견할 수 없게 하고, 수사기관, 공소제기기관 및 재판기관의 자의적인 해석과 적용을 초래하게 되었다.

(3) 행위 주체와 객체 및 행위 장소

앞에서 본 바와 같이, 군대 내에서의 추행을 형법이나 성폭법과 달리 규정하여야 하는 이유는, 군의 특성상 군인은 군영 내에서 동성 간 집단숙박을 하여야 하는 사실 및 엄격한 상명하복관계에 있어 상관의 지시를 거역하기가 사실상 불가능하다는 사실에 있다. 또한 앞의 대법원 판례도, 이 사건 법률조항의 보호법익을 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’로 보고 있다.

위와 같은 이 사건 법률조항의 입법목적과 보호법익에 비추어 보면, 이 사건 법률조항에 해당하는 ‘추행’은 ‘동성 간에 군영 내에서 하는 음란한 행위’로 한정되어야 한다. 그러나 이 사건 법률조항이 이를 구체적이고 명료하게 규정하지 않았고, 위 대법원 판례가 실시한 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 보호법익의 개념도 광범위하고 포괄적이다 보니, ‘군인인 이성 간의 군영 내 또는 군영 외 음란행위’나 ‘군인과 비 군인과의 군영 내에서의 음란행위’ 등도 이 사건 법률조항에 해당하는지 여부가 불분명하게 되었다. 실제로 이 사건 변론과정에서 국방부의 대리인은 ‘군인인 이성 간 및 영외에서의 비정상적인 성행위’도 이 사건 법률조항에 해당될 수 있다고 진술하였고, 이 사건 법률조항과 입법목적이 유사한 미국의 군사 통일법전(Uniform Code of Military Justice) 제125조(獸姦, Sodomy)는 ‘이성 간 및 동물과의 비정상적 성적행위’도 처벌하고 있다.

결국 이 사건 법률조항은 범죄행위의 주체, 객체, 행위장소 등에 관한 구체적 한정 없이 단순히 ‘계간 기타 추행’이라고만 규정함으로써, 형벌조항의 적용범위를 모호하게 하였다고 할 것이다.

다. 소결론

이 사건 법률조항과 같은 형벌규정의 구성요건은 가능한 한 명백하고 확장할 수 없는 개념을 사용하여 구체적이고 명료하게 규정되어야 함에도, 위 법률조항은 단지 ‘계간 기타 추행’이라는 추상적이고 모호하며 포괄적인 용어만을 사용함으로써 강제성 여부, 행위의 정도, 행위의 주체와 객체 및 행위 장소 등에 있어서 범죄구

성요건에 해당하는지 여부가 불명확하게 되었다. 그 결과, 가벌성

이 현저히 다른 행위를 대등하게 처벌하게 되고, 형법상 친고죄의 입법취지를 유명 무실하게 하며, 행위자의 예견가능성을 저해하여 자기책임주의원칙에 반하고, 수사 기관, 공소제기기관 및 재판기관의 자의적 해석을 초래하고 있다.

그렇다면 이 사건 법률조항은 죄형법정주의의 내용인 형벌법규의 명확성원칙에 위배되어 헌법에 위반된다고 할 것이다.

라. 재판관 김종대의 반대의견에 대한 추가 보충의견

나는 군내에서의 동성애를 금지하는 것 자체를 반대하는 뜻은 아니다. 군의 정신전력을 강화하기 위해서는 군내에서의 동성애를 금지할 필요성도 있기 때문이다. 다만, 금지의 위반에 대해 형벌을 과할 때에는 헌법상의 죄형법정주의의 원칙에 따라야 하는데, 이 사건 심판대상조항인 ‘기타 추행’ 부분은 앞서 본 바와 같이 범죄구성요건으로서의 명확성을 갖추지 못하였으므로 이와 같은 조항으로서는 국민을 형사처벌할 수 없다는 것을 지적하려 하는 것이다.

7. 재판관 조대현의 한정위헌의견

이 사건 법률조항은 군대라는 특수한 공동사회의 기강을 보호하기 위한 것이고, 구 군형법 제92조는 “계간 기타 추행한 자”라고만 규정할 뿐 “기타 추행”의 행위 대상과 장소를 제한하지 않았다. 따라서 위 법률조항의 문언상, 군인의 추행행위는 군영(軍營) 내외를 불문하고, 그 상대방이 군인이든 민간인이든 동성(同性)이든 이성(異性)이든 불문하고, 상대방의 의사에 반하는지 여부를 불문하고, 모두 적용된다고 보지 않을 수 없다. 이 사건 법률조항이 남성 간의 항문 성교를 의미하는 “계간”을 추행의 예시로 규정하였다고 하여 남성 또는 동성(同性) 군인간의 추행행위에만 적용되는 것이라고 제한하여 해석할 수 있는 것인지 의문이다.

그런데 ‘군인의 군영 내 추행행위’와 ‘군인간의 군영 외 추행행위’는 군기유지를 위하여 억제할 필요가 있으므로, 그러한 행위가 당사자들의 합의에 의하여 비강제적으로 이루어진 경우에도, 이 사건 법률조항을 적용하여 처벌하더라도 군인들의 성적 자기결정권이나 사생활의 자유를 침해한다거나 기타 헌법에 위반된다고 보기 어렵다.

그러나 이 사건 법률조항을 ‘군인이 군영 외에서 민간인을 상대로 추행행위를 하는 경우’에도 적용하는 것은, 군대라는 특수한 공동사회의 기강을 보호한다는 입법목적의 범위를 넘는 것이므로, 처벌의 필요성을 인정하기 어렵다. 추행행위를 위하여 강제력이 동원된 경우에도 형법 등에 규정된 강제추행죄 등으로 처벌하는 것은 몰라도 군대의 기강을 위하여 이 사건 법률조항을 적용할

필요는 없다고 생각한다. 따라서 이 사건 법률조항을 ‘군인이 군영 외에서 민간인

을 상대로 추행행위를 하는 경우'에도 적용된다고 해석하는 것은 기본권을 제한할 필요도 없이 군인의 성적 자기결정권이나 사생활의 자유를 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다고 보아야 한다.

재판관 이강국(재판장) 이공현(퇴임으로 서명날인 불능) 조대현 김종대 민형기 이
동흡 목영준 송두환 박한철

【부록6】 균형법 일부개정법률안(김광진 의원 대표발의)

균형법 일부개정법률안
(김광진의원 대표발의)

의안 번호	3269
----------	------

발의연월일 : 2013. 1. 9.

발 의 자 : 김광진·홍종학·인재근
유기홍·전정희·김재연
윤관석·은수미·진선미
장하나 의원 (10인)

제안이유 및 주요내용

현행 「균형법」 제92조의5의 계간 조항은 동성애 행위를 동물의 행위로 비유하는 비하적인 표현이며, 성적 자기결정권을 침해하는 내용이기 때문에 동성애자에 대한 인권 측면에서 법률용어로 적합하지 않음.

또한, 지난 2012년 12월22일 「형법」 제297조(강간)의 적용대상을 “부녀”에서 “사람”으로 규정하는 「형법」이 개정됐으나 「균형법」상에서는 여전히 강간의 적용대상을 ‘부녀’로 한정하고 있음.

이에 “계간(鷄姦)”이라는 용어를 삭제하고, 강간의 대상을 부녀가 아닌 사람으로 규정하려는 것임.

법률 제 호

군형법 일부개정법률안

군형법 일부를 다음과 같이 개정한다.

제92조의 “부녀를”을 “사람을”로 한다.

제92조의5 중 “계간(鷄姦)이나 그 밖의 추행을”을 “제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 사람에 대하여 추행을”로 한다.

부 칙

이 법은 공포한 날부터 즉시 시행한다.

신·구조문대비표

현 행	개 정 안
<p>제92조 (강간) 폭행이나 협박으로 제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 <u>부녀</u>를 강간한 사람은 5년 이상의 유기징역에 처한다.</p> <p>제92조의5(추행) <u>계간(鷄姦)</u>이나 <u>그 밖의 추행</u>을 한 사람은 2년 이하의 징역에 처한다.</p>	<p>제92조 (강간) 폭행이나 협박으로 제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 <u>사람</u>을 강간한 사람은 5년 이상의 유기징역에 처한다.</p> <p>제92조의5(추행) 제1조제1항부터 제3항까지에 <u>규정된 사람</u>에 대하여 추행을----- -----.</p>

균형법 일부개정법률안
(권성동의원 대표발의)

의안 번호	3678
----------	------

발의연월일: 2013. 2. 12.

발 의 자: 권성동·김회선·김희정
민홍철·신의진·원유철
이장우·이철우·인재근
정문헌·조해진·진영
황영철 의원(13인)

제안이유

최근 지능적이고 잔인한 성폭력 사건이 연이어 발생하면서, 가해자에 대한 엄중한 처벌과 함께 그 재범 방지를 위한 국민적 관심이 고조되고 있음. 또한 최근 개정된 「형법」은 성범죄의 범위 및 피해자의 대상을 확대하고 성범죄 가해자를 처벌함에 있어서 친고죄 규정을 폐지하고 있어 성범죄에 대한 법적 맥락을 통일하고자 이 법 또한 개정될 필요가 있음.

이에 성폭력범죄에 대한 입법적 개선을 위하여 성범죄·성범죄피해

자의 범위 및 대상을 확대하고 성범죄에 대한 친고죄 규정을 폐지하려는 것임.

주요내용

- 가. 성폭력 범죄의 객체를 “부녀”에서 “사람”으로 변경함(안 제84조제1항 및 제92조).
- 나. 폭행 또는 협박으로 제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 사람에 대하여 구강, 항문 등 신체의 내부에 성기를 넣거나 성기, 항문에 신체의 일부 또는 도구를 넣는 사람은 3년 이하의 유기징역에 처하도록 유사강간죄를 신설함(안 제92조의2)
- 다. “제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 사람에 대하여 항문성교나 그 밖의 추행을 한 사람”으로 개정하여 그동안의 대법원 판례를 법률에 반영함(안 제92조의5제2항).
- 라. 강간, 강제추행, 준강간, 준강제추행 등 성범죄에 관하여 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있도록 한 규정을 삭제함(안 제92조의8 삭제).

군형법 일부개정법률안

군형법 일부를 다음과 같이 개정한다.

제84조제1항 중 “부녀를”을 “사람을”로 한다.

제92조 중 “부녀를”을 “사람을”로 한다.

제92조의8을 삭제하고, 제92조의2부터 제92조의7까지를 각각 제92조의3부터 제92조의8까지로 하며, 제92조의2를 다음과 같이 신설하고, 제92조의4(종전의 제92조의3)의 제목 중 “준강간,”을 “준강간, 준유사강간 및”으로 하며, 같은 조(종전의 제92조의3) 중 “제92조 및 제92조의2의”를 “제92조, 제92조의2 및 제92조의3의”로 하고, 제92조의5(종전의 제92조의4) 중 “제92조의2 및 제92조의3의”를 “제92조의2부터 제92조의4까지의”로 하며, 제92조의6(종전의 제92조의5) 중 “계간(鷄姦)이나 그 밖의 추행을 한”을 “제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 사람을 추행한”으로 하고, 제92조의7(종전의 제92조의6) 및 제92조의8(종전의 제92조의7) 중 “제92조의4까지의”를 각각 “제92조의5까지의”로 한다.

제92조의2(유사강간) 폭행 또는 협박으로 제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 사람에 대하여 구강, 항문 등 신체(성기는 제외한다)의

내부에 성기를 넣거나 성기, 항문에 손가락 등 신체(성기는 제외한다)의 일부 또는 도구를 넣은 행위를 한 사람은 3년 이상의 유기징역에 처한다.

부 칙

제1조(시행일) 이 법은 2013년 6월 19일부터 시행한다.

제2조(친고죄 폐지에 관한 적용례) 제92조, 제92조의2부터 제92조의5까지의 개정규정은 이 법 시행 후 최초로 저지른 범죄부터 적용한다.

신·구조문대비표

현 행	개 정 안
<p>제84조(전지 강간) ① 전투지역 또는 점령지역에서 <u>부녀</u>를 강간한 사람은 사형에 처한다.</p> <p>② (생 략)</p> <p>제92조(강간) 폭행이나 협박으로 제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 <u>부녀</u>를 강간한 사람은 5년 이상의 유기징역에 처한다.</p> <p><u><신 설></u></p>	<p>제84조(전지 강간) ① ----- -----<u>사람</u>을----- -----.</p> <p>② (현행과 같음)</p> <p>제92조(강간) ----- ----- -----<u>사람</u>을----- ----- -----.</p> <p><u>제92조의2(유사강간) 폭행 또는 협박으로 제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 사람에 대하여 구강, 항문 등 신체(성기는 제외한다)의 내부에 성기를 넣거나 성기, 항문에 손가락 등 신체(성기는 제외한다)의 일부 또는 도구를 넣는 행위를 한 사람은 3년 이상의 유기징역에 처한다.</u></p>
<p><u>제92조의2(강제추행) (생 략)</u></p>	<p><u>제92조의3(강제추행) (현행 제92조의2와 같음)</u></p>

람이 제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 사람을 살해한 때에는 사형 또는 무기징역에 처하고, 사망에 이르게 한 때에는 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다.

제92조의8(고소) 제92조 및 제92조의2부터 제92조의4까지의 죄는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다.

-----.

<삭 제>

【부록8】 균형법 일부개정법률안(남윤인순 의원 대표발의)

균형법 일부개정법률안
(남인순의원 대표발의)

의안 번호	3390
----------	------

발의연월일 : 2013. 1. 23.

발의자 : 남인순·최동익·우원식
유성엽·배기운·김춘진
전순옥·이미경·김상희
이상직·김윤덕·전정희
은수미·홍영표·강기정
이학영·김재운 의원
(17인)

제안이유 및 주요내용

2013년 6월 19일부터 시행되는 「형법」은 강간죄의 객체를 “부녀”에서 “사람”으로 확대함으로써 남성이나 성전환자가 강간을 당한 경우에 가해자를 강제추행죄로 처벌하도록 되어 있는 문제를 개선하였고, 폭행이나 협박으로 구강, 항문 등 신체에 성기를 넣거나 성기, 항

문에 신체의 일부 또는 도구를 넣은 행위를 유사강간으로 규정하여 가해자를 강제추행죄가 아닌 유사강간죄로 처벌하도록 하며, 성폭력 범죄에 있어서 피해자의 고소가 있어야만 공소를 제기하는 친고죄 조항을 전면 폐지하였음.

이에 「형법」의 개정에 부합하는 차원에서 강간의 적용대상을 확대하고 유사강간행위를 처벌하고 성폭력범죄에 관한 친고죄 조항을 삭제하며, 동성 간의 성행위에 대해 “계간”이라는 비하적인 용어를 사용하고 있는 것을 삭제하려는 것임(안 제84조제1항, 제92조 및 제92조의2부터 제92조의8까지).

군형법 일부개정법률안

군형법 일부를 다음과 같이 개정한다.

제84조제1항 중 “부녀를”을 “사람을”로 한다.

제92조 중 “부녀를”을 “사람을”로 한다.

제92조의8을 삭제하고, 제92조의2부터 제92조의7까지를 각각 제92조의3부터 제92조의8까지로 하며, 제92조의2를 다음과 같이 신설하고, 제92조의4(종전의 제92조의3)의 제목 중 “준강제추행”을 “준유사강간 및 준강제추행”으로 하며, 같은 조 중 “간음”을 “간음, 유사간음행위”로, “제92조 및 제92조의2의”를 “제92조, 제92조의2 및 제92조의3의”로 하고, 제92조의5(종전의 제92조의4) 중 “제92조의2 및 제92조의3의”를 “제92조의2부터 제92조의4까지의”로 하며, 제92조의6(종전의 제92조의5) 중 “계간(鷄姦)이나 그 밖의 추행을 한 사람”을 “제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 사람을 그 의사에 반하여 추행한 사람”으로 하고, 제92조의7(종전의 제92조의6) 및 제92조의8(종전의 제92조의7) 중 “제92조의4까지의”를 각각 “제92조의5까지의”로 한다.

제92조의2(유사강간) 폭행 또는 협박으로 사람에게 대하여 구강, 항문

등 신체(성기는 제외한다)의 내부에 성기를 넣거나 성기, 항문에 손가락 등 신체(성기는 제외한다)의 일부 또는 도구를 넣은 행위(이하 “유사간음행위”라 한다)를 한 사람은 2년 이상의 유기징역에 처한다.

부 칙

제1조(시행일) 이 법은 2013년 6월 19일부터 시행한다.

제2조(친고죄 폐지에 관한 적용례) 제92조 및 제92조의2부터 제92조의5까지의 개정규정은 이 법 시행 후 최초로 저지른 범죄부터 적용한다.

신·구조문대비표

현 행	개 정 안
<p>제84조(전지 강간) ① 전투지역 또는 점령지역에서 <u>부녀</u>를 강간한 사람은 사형에 처한다.</p> <p>② (생 략)</p> <p>제92조(강간) 폭행이나 협박으로 제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 <u>부녀</u>를 강간한 사람은 5년 이상의 유기징역에 처한다.</p> <p><u><신 설></u></p>	<p>제84조(전지 강간) ① ----- -----<u>사람</u>을----- -----.</p> <p>② (현행과 같음)</p> <p>제92조(강간) ----- ----- -----<u>사람</u>을----- ----- -.</p> <p><u>제92조의2(유사강간) 폭행 또는 협박으로 사람에게 대하여 구강, 항문 등 신체(성기는 제외한다)의 내부에 성기를 넣거나 성기, 항문에 손가락 등 신체(성기는 제외한다)의 일부 또는 도구를 넣은 행위(이하 “유사간음행위”라 한다)를 한 사람은 2년 이상의 유기징역에 처한다.</u></p>
<p><u>제92조의2(강제추행) (생 략)</u></p>	<p><u>제92조의3(강제추행) (현행 제92조의2와 같음)</u></p>

제92조의3(준강간, 준강제추행)

제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 사람의 심신상실 또는 항거불능 상태를 이용하여 간음 또는 추행을 한 사람은 제92조 및 제92조의2의 예에 따른다.

제92조의4(미수범) 제92조, 제92조의2 및 제92조의3의 미수범은 처벌한다.

제92조의5(추행) 계간(鷄姦)이나 그 밖의 추행을 한 사람은 2년 이하의 징역에 처한다.

제92조의6(강간 등 상해·치상) 제92조 및 제92조의2부터 제92조의4까지의 죄를 범한 사람이 제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 사람을 상해하거나 상해에 이르게 한 때에는 무기 또는 7년 이상의 징역에 처한다.

제92조의7(강간 등 살인·치사) 제92조 및 제92조의2부터 제

제92조의4(준강간, 준유사강간 및 준강제추행) -----

---간음, 유사간음행위-----
-----제92조, 제92조의2 및 제92조의3의-----.

제92조의5(미수범) -----제92조의2부터 제92조의4까지의-----

제92조의6(추행) 제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 사람을 그 의사에 반하여 추행한 사람은-----

제92조의7(강간 등 상해·치상) -----제92조의5까지의-----

제92조의8(강간 등 살인·치사) -----제92

92조의4까지의 죄를 범한 사람이 제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 사람을 살해한 때에는 사형 또는 무기징역에 처하고, 사망에 이르게 한 때에는 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다.

제92조의8(고소) 제92조 및 제92조의2부터 제92조의4까지의 죄는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다.

조의5까지의-----

-----.

<삭 제>

균형법 일부개정법률안(대안)

의안 번호	3944
----------	------

제안연월일 : 2013. 3. 4

제안자 : 법제사법위원장

1. 제안경위

가. 2013년 1월 9일 김광진 의원이 대표발의하여 2013년 1월 10일 회부된 「균형법 일부개정법률안」과 2013년 2월 12일 권성동 의원이 대표발의하여 2013년 2월 14일 회부된 「균형법 일부개정법률안」이 제313회 국회(임시회) 제2차 법제사법위원회(2013. 2. 19.)에 상정되어 제안설명과 전문위원 검토보고를 듣고 대체토론을 거쳐 법안심사소위원회에 회부됨.

나. 제313회 국회(임시회) 제1차 법안심사소위원회(2013. 2. 21.)에서 이상 2건의 법률안에 대하여 심사한 결과 2건의 법률안 내용을 반영하여 위원회의 대안을 마련함.

다. 제313회 국회(임시회) 제3차 법제사법위원회(2013. 3. 4.)는 법

안심사소위원회가 심사보고한 대로 이상 2건의 법률안에 대하여는 본회의에 부의하지 아니하기로 하고, 법안심사소위원회가 마련한 대안을 위원회의 대안으로 제안하기로 의결함.

2. 제안이유 및 주요내용

최근 개정된 「형법」을 반영하여 성폭력 범죄의 객체를 “부녀”에서 “사람”으로 확대하고, 구강·항문 등 신체(성기 제외)의 내부에 성기를 넣거나 성기·항문에 손가락 등 신체의 일부(성기 제외) 또는 도구를 넣는 ‘유사강간행위’를 처벌하는 규정을 신설하며, 성범죄에 대한 친고죄 규정을 삭제하는 한편,

동성 간의 성행위를 비하하는 “계간”이라는 용어를 “항문성교”라는 용어로 변경하는 등 추행죄 규정을 정비하려는 것임.

군형법 일부개정법률안

군형법 일부를 다음과 같이 개정한다.

제84조제1항 중 “부녀를”을 “사람을”로 하고, 같은 조 제2항을 삭제한다.

제92조 중 “부녀를”을 “사람을”로 한다.

제92조의8을 삭제하고, 제92조의2부터 제92조의7까지를 각각 제92조의3부터 제92조의8까지로 하며, 제92조의2를 다음과 같이 신설하고, 제92조의4(종전의 제92조의3) 중 “제92조 및 제92조의2”를 “제92조, 제92조의2 및 제92조의3”으로 하며, 제92조의5(종전의 제92조의4) 중 “제92조의2 및 제92조의3”을 “제92조의2부터 제92조의4까지”로 하고, 제92조의6(종전의 제92조의5) 중 “계간(鷄姦)이나”를 “제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 사람에 대하여 항문성교나”로 하며, 제92조의7(종전의 제92조의6) 및 제92조의8(종전의 제92조의7) 중 “제92조의4”를 각각 “제92조의5”로 한다.

제92조의2(유사강간) 폭행이나 협박으로 제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 사람에 대하여 구강, 항문 등 신체(성기는 제외한다)의 내부에 성기를 넣거나 성기, 항문에 손가락 등 신체(성기는 제외한다)의 일부 또는 도구를 넣는 행위를 한 사람은 3년 이상의 유기

징역에 처한다.

부 칙

제1조(시행일) 이 법은 2013년 6월 19일부터 시행한다.

제2조(친고죄에 관한 경과조치) 이 법 시행 전에 행하여진 종전의 제 92조 및 제92조의2부터 제92조의4까지의 죄에 대하여는 종전의 제92조의8을 적용한다.

신·구조문대비표

현 행	개 정 안
<p>제84조(전지 강간) ① 전투지역 또는 점령지역에서 부녀를 강간한 사람은 사형에 처한다.</p> <p>② 제1항의 죄에 대한 공소에는 <u>고소가 필요하지 아니하다.</u></p>	<p>제84조(전지 강간) ① ----- -----<u>사람을</u>----- ----- <삭 제></p>
<p>제92조(강간) 폭행이나 협박으로 제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 부녀를 강간한 사람은 5년 이상의 유기징역에 처한다.</p> <p><신 설></p>	<p>제92조(강간) ----- ----- -----<u>사람을</u>----- ----- -----</p> <p>제92조의2(유사강간) <u>폭행이나 협박으로 제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 사람에 대하여 구강, 항문 등 신체(성기는 제외한다)의 내부에 성기를 넣거나 성기, 항문에 손가락 등 신체(성기는 제외한다)의 일부 또는 도구를 넣는 행위를 한 사람은 3년 이상의 유기징역에 처한다.</u></p>

제92조의2(강제추행) (생략)

제92조의3(준강간, 준강제추행)

제1조제1항부터 제3항까지에
규정된 사람의 심신상실 또는
항거불능 상태를 이용하여 간
음 또는 추행을 한 사람은 제
92조 및 제92조의2의 예에
따른다.

제92조의4(미수범) 제92조, 제92조의2 및 제92조의3의 미수범은 처벌한다.

제92조의5(추행) 계간(鷄姦)이나 그 밖의 추행을 한 사람은 2년 이하의 징역에 처한다.

제92조의6(강간 등 상해·치상) 제92조 및 제92조의2부터 제92조의4까지의 죄를 범한 사람이 제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 사람을 상해하거나 상해에 이르게 한 때에는 무기 또는 7년 이상의 징역에 처한다.

제92조의3(강제추행) (현행 제92조의2와 같음)

제92조의4(준강간, 준강제추행)

제92조, 제92조의2 및 제92조의3-----.

제92조의5(미수범) -----제92조의2부터 제92조의4까지-----.

제92조의6(추행) 제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 사람에 대하여 항문성교나-----

-----.

제92조의7(강간 등 상해·치상) -----제92조의5-----

-----.

제92조의7(강간 등 살인·치사)

제92조 및 제92조의2부터 제92조의4까지의 죄를 범한 사람이 제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 사람을 살해한 때에는 사형 또는 무기징역에 처하고, 사망에 이르게 한 때에는 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다.

제92조의8(고소) 제92조 및 제92조의2부터 제92조의4까지의

죄는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다.

제92조의8(강간 등 살인·치사) -

-----제92조의5-----

-----.

<삭 제>

【부록10】 균형법 개정 관련 동성애자 단체 성명

‘계간’의 대체문구가 겨우 ‘항문성교’였다.

- 균형법 제92조의 5(추행) 조항 폐지가 답이다 -

김광진 의원과 권성동 의원이 대표 발의했고 국회 법안심사소위원회를 통해 대안을 마련한「균형법 일부개정법률안」이 2013년 3월 5일에 열린 국회 본회의에서 최종 통과되었다. 최근 개정된 형법에 맞춰 균형법도 개정되어야 했기에 법안 통과 의 시급성이 어느 정도 있었다고 하지만 합의에 의한 동성 간 성행위를 유일하게 처벌하고 있는 균형법 92조 5 조항을 존치시키고 ‘계간’ 조항을 겨우 ‘항문성교’라는 문구로 변경한「균형법 일부개정법률안」을 우리는 진일보한 변화라고 평가할 수 없다.

법안제안 설명에는 동성 간 성행위를 비하하는 용어를 정비하기 위해 ‘계간’을 ‘항문성교’라는 용어로 변경했다고 한다. 하지만 이는 균형법 92조 5항을 존치시키려는 꼼수이자 동성애자들을 기만하는 행위다. 동성애자를 비하하는 용어인 ‘계간’ 조항이 존재했던 것도 문제였지만 더 큰 문제는 합의에 의한 동성 간 성적 접촉조차 범죄와 처벌의 대상으로 둔 것이었다. 이처럼 ‘계간’이라는 용어보다 합의에 의한 동성 간 성행위를 계속해서 처벌대상으로 규정하고 있는 것이야말로 동성애자를 비하하는 것이다. 애초 김광진, 권성동 의원안에도 ‘계간’조항은 삭제되어 있었다. 국가인권위원회는 물론 성소수자, 여성, 인권, 법률가 단체들은 수 년 동안 균형법92조 5항의 개선과 폐지를 요구해왔다. 국제사회의 흐름도 성적지향에 의한 차별을 금지하고 비범죄화해야 한다는 추세로 나아가고 있고 각 국에 이 흐름에 맞추도록 요구하고 있다. 2012년에 있었던 유엔 국가별 보편적 인권 정례검토(UPR)에서도 균형법 상 추행죄 폐지 가능성 검토를 받은 바 있다. 국제사회의 비판에서 자유롭지 못했던 한국이 ‘계간’을 ‘항문성교’로 용어만 바꾸어 쓰는 편법을 보이며 마치 인권신장을 이루었다고 평가하지는 않을지 심히 우려스럽다.

‘항문성교’가 법조항에 포함된 기이한 상황을 어떻게 이해해야 하는가.

‘추행’의 의미의 불명확성은 ‘계간’ 용어 삭제 이전에도 제기되어온 문제이다. 이와 같은 문제를 해소하는 방안은 국방부가 제시한 ‘항문성교’ 단어를 포함시키자는 의견을 받아 들이는 것이 아니라 균형법 92조 5항 자체를 폐지하는 것이어야 한

다. 이번 법 개정으로 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 증명되지 않는 보호법의 앞에 폭력과 협박에 의한 것이 아니라 합의에 의한 동성 간 성적 접촉까지도 이전과 다를 바 없이 처벌의 대상으로 두겠다는 정부의 의지를 다시 한번 확인하였다. 군대라는 특수성을 감안하더라도 당사자의 합의에 기초한 관계까지 범죄로 규정하고 처벌한다는 것은 헌법적으로 절대 정당화될 수 없다.

추행죄를 유지하는 것은 바로 동성애자 군인의 성적 자기결정권과 평등권, 사생활의 비밀과 자유를 침해하는 것은 물론이거니와 동성애를 죄악시 보게 하고, 동성애에 대한 혐오를 조장하는 법적 근거가 되어 왔다. 동성애는 국가가 통제하고 범죄로 규제할 대상이 아니다. 또한 당사자 합의에 기초한 관계까지 복무규율 차원이 아니라 형사적 처벌의 관점에서 다루어져서는 안 된다.

이제 군형법 92조 5항에는 ‘계간’이라는 말 대신 ‘항문성교’라는 용어가 대신하게 됐다. 하지만 ‘그 밖에 추행’이라는 모호한 규정 속에 담긴 ‘합의에 의한 동성 간 성적접촉’도 처벌하겠다는 의지는 전혀 변하지 않았다. 우리는 앞으로 군형법 92조 5항의 문제점을 지속적으로 알려나가며 최종 폐지될 때까지 끝까지 싸울 것이다.

군 관련 성소수자 인권침해 · 차별신고 및 지원을 위한 네트워크

공익인권법재단 공감, 동성애자인권연대, (사)한국성폭력상담소, 한국계이인권운동단체 친구사이 등

성소수자 차별반대 무지개행동

공익인권법재단 공감, 국제인권소식 ‘통’, 동성애자인권연대, 레주파, 망할 세상을 횡단하는 LGBTAIQ 완전변태, 성적소수문화환경을 위한 연분홍치마, 언니네트워크, 이화 레즈비언 인권운동모임 변태소녀하늘을날다, 지구지역행동네트워크, 통합진보당 성소수자위원회, 한국계이인권운동단체 친구사이, 한국레즈비언상담소, 한국성적소수자문화인권센터, HIV/AIDS 인권연대 나누리+, 개인활동가 쥬리, 칼로, 타리, 토리 등

“군형법 제92조의6 이대로 좋은가?” 토론회

기획/발행	군인권센터
담당부서	군인권센터 사무국
주소	(150-037) 서울시 영등포구 국회대로55길 6 여성미래센터 303호
전화	02-733-7119
FAX	02-2677-8119
홈페이지	www.mhrk.org www.facebook.com/mhrk119
e-mail	mhrk119@gmail.com
발행일	2013년 3월 14일
인쇄	세진인쇄