

구 균형법 제92조에 대한 헌법적 평가

- 헌법재판소 2011. 3. 31. 선고, 2008헌가21 결정의
평석을 중심으로 -

이 희 훈*

목 차

I. 서 론	1. 구 균형법 제92조가 명확성의 원칙에 반하는지의 여부
II. 구 균형법 제92조의 연혁과 내용	2. 구 균형법 제92조의 입법 목적이 정당한지의 여부
1. 구 균형법 제92조의 연혁	3. 구 균형법 제92조가 비례의 원칙에 반하는지의 여부
2. 구 균형법 제92조의 내용	4. 구 균형법 제92조가 평등권에 반하는지의 여부
III. 구 균형법 제92조와 관련된 외국의 입법례나 판례	V. 결 론
1. 미국의 경우	
2. 기타 국가의 경우	
3. 시사점 검토	
IV. 구 균형법 제92조에 대한 2011년 03월 31일의 헌법재판소 결정에 대한 헌법적 평가	

I. 서 론

강○모는 피해자 A(20세)가 소속된 부대의 부소대장으로서, 2008년 3월 초순경 소속 부대의 독신 장교 숙소 3호실에서 이사를 도와주기 위하여 온 A로 하여금 강○모의 팔을 베고 눕게 하고, 2008년 5월 초순경부터 2008년 6월 4일경까지 약 30여 일에 걸쳐 매일 20분 내지 30분간 거진 소초에 있는 부소초장실에서 피해자의 배와 엉덩이 및 성기를 만지고, 강○모의 성기를 A의 몸에 닿게 하는 등 A를 추행했다는 혐의로

* 선문대학교 법과대학 법학과 조교수, 법학박사

구(舊) 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률(2010년 4월 15일에 법률 제10258호로 개정되기 전의 것) 제11조(업무상 위력 등에 의한 추행)¹⁾의 위반으로 입건되었으나, 피해자인 A와 합의하여 고소가 취소된 후, “계간(鷄姦) 기타 추행한 자는 1년 이하의 징역에 처한다.”라고 규정한 구(舊) 군형법(1962년 1월 20일에 법률 제1003호로 제정되고, 2009년 11월 2일에 법률 제9820호로 개정되기 전의 것) 제92조(이하에서 ‘구 군형법 제92조’로 줄임) 중 “기타 추행”에 관한 부분에 저촉된 것으로 보아 동 규정의 추행죄로 기소되었다.²⁾ 그런데 육군 제22사단 보통군사법원은 제1심 재판을 계속하던 중 직권으로 구 군형법 제92조가 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 반하고, 동 규정이 비례의 원칙에 반하여 동성애자들의 성적 자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유를 침해하며, 동 규정이 평등권을 침해한다는 사유로 동 규정에 대해 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청하였다.

이에 2011년 3월 31일에 헌법재판소는 구 군형법 제92조에 대해 죄형법정주의의 명확성의 원칙과 비례의 원칙 및 평등권에 각각 반하지 않는다는 사유로 합헌결정을 하였는바, 헌법재판소 재판관 9인 중 헌법재판소의 김종대·목영준·송두환 재판관 3인은 동 규정이 죄형법정주의의 내용인 형벌법규의 명확성의 원칙에 반한다는 사유로 소수의 위헌의견을 제시하였고, 헌법재판소 재판관 조대현 1인은 동 규정을 군인이 군영 외에서 민간인을 상대로 추행 행위를 할 때에 적용한다면 군인의 성적 자기결정권이나 사생활의 자유를 침해하여 헌법에 반한다는 사유로 소

1) 위 본문의 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제11조 제1항에 의하면 “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.”라고 규정되어 있었고, 동법 동조 제2항에 의하면 “법률에 의하여 구금된 사람을 감호하는 자가 그 사람을 추행한 때에는 3년 이하의 징역 또는 1천 500만 원 이하의 벌금에 처한다.”라고 규정되어 있었다.

2) 헌법재판소 2011. 03. 31. 선고, 2008헌가21 결정 중 1-가 참조.

수의 한정위헌 의견을 제시하였다.³⁾

이하에서는 2011년 3월 31일에 헌법재판소가 구 균형법 제92조의 기타 추행 규정에 대해 합헌 결정을 한 것의 타당성을 헌법적으로 평가하기 위해 먼저 구 균형법 제92조의 연혁과 그 규정 내용에 대해 살펴본다(이하 II). 그리고 구 균형법 제92조와 연관된 외국의 입법례 또는 판례에 대해 고찰한다. 이에 대해 먼저 우리나라의 구 균형법 제92조와 유사한 규정을 두고 있었던 미국의 입법례와 판례에 대해 고찰한 후, 영국과 프랑스 및 독일 등 우리나라의 구 균형법 제92조와 관련된 다른 국가의 입법례나 판례에 대해 살펴보고, 그 시사점을 검토한다(이하 III). 또한 구 균형법 제92조에 대한 2011년 3월 31일의 헌법재판소 결정의 주요 내용을 요약하여 제시한 후, 구 균형법 제92조가 추행 행위의 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 또는 행위자들 사이의 관계나 행위 장소 등을 알 수 없다고 보아 동 규정이 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 반하는 것이 아닌지에 대해 헌법적 검토를 한다. 그리고 동 규정의 입법 목적이 정당한지에 대해 헌법적으로 검토한다. 또한 동 규정의 처벌규정이 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기의 보호’라는 입법목적

3) 참고로, 헌법재판소는 지난 2002년 6월 27일에도 구 균형법 제92조에 대해 합헌이라고 결정한 바 있었다. 헌법재판소 2002. 06. 27. 선고, 2001헌바70 결정 참조. 이 2002년 6월의 구 균형법 제92조에 대한 헌법재판소의 결정은 2011년 3월의 구 균형법 제92조에 대한 헌법재판소의 결정과 같이 합헌결정을 했다는 점은 같지만, 2011년 3월의 구 균형법 제92조에 대한 헌법재판소의 결정에서처럼 보통군사법원이 직권으로 동 규정에 대해 위헌법률심판의 제청을 신청하지 않았고, 사건 당사자가 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 위헌심사청 구제를 제기하였다는 점이 다르며, 동 규정에 대해 2002년 6월의 2001헌바70 결정에서는 그 입법목적의 정당성과 비례의 원칙에 반한다는 소수의 의견이 제시되었지만, 2011년 3월의 2008헌가21 결정에서는 헌법재판소 재판관 9인 모두 동 규정의 입법 목적의 정당성을 인정하고, 동 규정이 비례의 원칙에 반하지 않는다고 한 점에 대해서는 의견이 일치했다는 점이 크게 다르다.

달성하는 데 필요한 정도를 일탈한 것으로 보아 비례의 원칙에 반하여 동성애자들의 성적 자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유를 침해하는 것은 아닌지에 대해 헌법적 검토를 한 후, 동 규정이 이성 간의 성적 행위와 달리 동성 간의 성적 행위만 징역형으로 처벌하는 것으로 보아 이성애자와 동성애자 간의 차별에 합리적인 이유가 없어 평등권에 반하는 것은 아닌지⁴⁾에 대해 헌법적 검토를 한다(이하 IV). 끝으로 결론에서는 이상에서 논의된 것을 바탕으로 구 군형법 제92조에 대한 2011년 3월 31일의 헌법재판소의 2008헌가21 결정에 대해 종합적 평가를 한 후, 구 군형법 제92조가 2009년 11월 2일에 법률 제9820호로 군형법 제92조~제92조의8 규정으로 대폭 개정된 것에 대해 헌법적 평가를 한 후, 구 군형법 제92조와 그 범죄구성요건이 같은 2009년에 11월 2일에 개정된 군형법 제92조의5 규정에 대해 헌법적 평가를 하여 동 규정의 문제점을 밝힌 후, 이에 대한 향후 바람직한 입법의 방향을 제시한다(이하 V).

Ⅱ. 구 군형법 제92조의 연혁과 내용

1. 구 군형법 제92조의 연혁

우리나라가 1945년에 일본으로부터 해방된 후, 미군정하에서 1946년에 조선경비대가 창설되면서 미국의 ‘전시법(The Article of War)’과 ‘해군관리법(The Articles for the Government of the United States Navy)’을 모델로 하여 ‘조선경비법’과 ‘조선해양경비법’이 시행되었고, 이후 우리나라의 군 조직이 정비되면서 1948년에 ‘국방경비법’과 ‘해안경비법’이

4) 헌법재판소 2011. 03. 31. 선고, 2008헌가21 결정 중 2. 제정법원의 위헌제청이유 요지 부분 참조.

제정되어 각각 육군과 해군에 적용되었는바,⁵⁾ 국방경비법과 해안경비법은 미국의 전시법과 해군관리법과 동일한 내용과 체제를 이루고 있었다.⁶⁾ 이 중에서 국방경비법 제50조에서 “여하한 군법피적용자든지 자해, 방화, 야도, 가택침입, 강도, 절도, 횡령, 위증, 문서 위조, 계간, 중죄를 범할 목적으로 행한 폭행, 위협 흥기, 기구 기타 물건으로 신체 상해의 목적으로 행한 폭행 또는 신체 상해의 목적으로 행한 폭행 또는 사기 혹은 공갈을 범하는 자는 군법회의 판결에 의하여 처벌함”이라고 규정하여 계간에 대해 처벌하는 규정을 두어 5년 이하의 형을 부과할 수 있었고, 해안경비법 제13조에서 “여하한 본법 피적용자든지 과실살인, 자해, 방화, 야도, 가택침입강도, 절도, 횡령, 위증, 문서위조, 계간, 중죄를 범할 목적으로 행한 폭행, 위협한 흥기, 흉구 기타 물건으로 신체상해의 목적으로 행한 폭행을 범하는 자는 군법회의판결에 의하여 처벌함”이라고 규정하여 계간에 대해 처벌하는 규정을 두어 5년 이하의 형을 부과할 수 있었다.

이후 1952년부터 군형법의 제정사업이 시작되었고, 1957년 2월 28일에 정부에 의해 최초로 군형법이 제안되었지만 국회에서 입법이 계속 이루어지지 못하다가 1962년 1월 20일에 법률 제1003호로 군형법이 공포·시행되었는바,⁷⁾ 이 1962년 1월에 제정된 군형법 제92조에서 “계간

5) 이러한 국방경비법과 해안경비법의 자세한 내용에 대해서는 문준영, “미군정 법령체제와 국방경비법”, 민주법학 제34호(민주주의 법학연구회, 2007), 97쪽 이하; 최경옥, “미군정하의 국방경비법의 유래와 변천-‘조선(국방)경비법·조선해안경비법(1946년)’ 자료 발굴에 즈음하여-”, 공법연구 제35집 제2호(한국공법학회, 2006), 267쪽 이하.

6) 특히 국방경비법은 1928년 미국의 전시법을 그대로 번역한 법률로, 미국의 전시법은 2차 세계대전 이후 해안경비법과 통합된 후, 대폭 수정되어 1950년에 미국 군사통일법전으로 대체되었다. 조운, “군형법 개정론”, 사법논집 제2집(법원행정처, 1972), 435쪽. 다만, 우리나라의 해안경비법이 미국의 ‘해안경비법(The Disciplinary Laws of the Coats Guard)’을 모방한 것이라는 논의도 있다.

7) 오병두, “군형법의 문제점과 개정방향”, 형사정책 제20권 제1호(한국형사정책학회, 2008), 12쪽 이하; 이경환, “군대 내 동성에 행위 처벌에 대하여”, 공익과 인권 제5권

기타 추행을 한 자는 1년 이하의 징역에 처한다.”라고 규정되어 있었다. 이후 구 군형법 제92조의 추행죄 규정은 줄곧 개정논의가 제기되었다. 특히 2004년 7월 2일에 이경재 의원 등 35명의 국회의원들은 구 군형법 제92조 중 ‘계간’ 부분이 남성간의 동성애 행위만을 규정하여 형평성의 논란이 있고, 개인의 성적 자기결정권의 측면에서 볼 때 형법에서 이를 다루는 것은 적절하지 않다는 이유로 구 군형법 제92조의 추행죄를 ‘위계 또는 위력’에 의한 경우로 한정하고, 군에서 동성 간의 성행위에 대해서는 내부의 징계절차 또는 현역복무적합 회부제도⁸⁾ 등이 적절하다고 보아 단순 추행에 대해서는 구 군형법 제92조의 추행죄의 범죄구성요건에서 제외하고, 위계 또는 위력에 의한 추행에 대해 5년 이하의 징역에 처하도록 하며, 비친교죄임을 명문화하는 개정안을 제출하였으나, 입법이 이루어지지 못하였다.⁹⁾ 그리고 제17대 국회에서 정부는 군형법 일부 개정안을 발의하였는바, 그 내용들 중 구 군형법 제92조의 내용을 세분화하여 폭행 또는 협박으로 계간 그 밖의 추행을 한 경우, 위계 또는 위력으로 계간 또는 추행을 한 경우, 그 외의 방법으로 계간 또는 추행을 한 경우로 각각 분류하여 그 법정형을 다르게 규정하였는바, 동 개정안은 임기만료로 폐기되었다.¹⁰⁾¹¹⁾

제1호(서울대학교 BK21 법학연구단 공익인권법연구센터, 2008), 71쪽 이하.

8) 병역법 제65조 제1항 제1호와 동 시행령 제137조 제1항 제3호에 의해 군복무가 곤란한 질병이나 심신장애가 있는 경우에는 병역처분의 변경을 통해 전역을 시킬 수 있는바, 이를 ‘현역복무적합 회부제도’라고 한다. 현재 군대에서의 처리기준으로 볼 때 동성애자라는 이유만으로 현역복무 부적합 판정이 되지 않고, 심각한 부적응이나 정신질환 또는 사고의 발생 등 추가적인 사정이 있을 때 한하여 현역복무 부적합 판정을 하고 있다고 한다. 이경환, 위의 논문, 72쪽, 각주 35).

9) 이경환, 위의 논문, 72쪽.

10) 송문호, “군형법과 ‘제복을 입은 시민’”, 형사법연구 제21권 제4호(한국형사법학회, 2009), 394쪽, 각주 68).

11) 이후, 구 군형법 제92조의 규정 중 ‘계간’ 부분에 대해 2006년 1월에 국가인권위원회는 동성 간의 성행위의 모습을 ‘닭끼리의 성교’로 비하하는 것으로서, 그 용어를 정비할 것을 국방부에 권고하였으나 그 용어는 정비되지 않았고, 2009년 9월 28일에

2. 구 군형법 제92조의 내용

구 군형법 제92조는 계간 기타 추행을 하여 군사회의 기강을 문란시키고, 나아가 전투력의 약화를 초래하며, 군인 각자의 건전한 성도덕의 관념과 성생활의 자유를 침해하는 행위를 처벌하기 위한 죄로, 형법 제245조에서는 공연히 음란한 행위를 했을 때 처벌하는 규정인 ‘공연음란죄’와 형법 제298조에서 폭행이나 협박으로 사람에 대해 추행을 하는 행위를 처벌하는 규정인 강제추행죄가 규정되어 있지만, 구 군형법 제92조에서는 공연성이라든가 폭행이나 협박을 범죄구성요건으로 하고 있지 않다는 점에서 구 군형법 제92조의 추행죄는 형법상 공연음란죄나 강제추행죄에 대해 특별법의 관계에 있다고 할 것이다.¹²⁾

“계간 기타 추행을 한 자는 1년 이하의 징역에 처한다.”라고 규정된 구 군형법 제92조의 내용을 살펴보면 먼저 주체는 군형법의 피적용자이고, 행위는 계간 기타 추행을 하는 것이다. 여기서 먼저 ‘계간’의 사전적 의미는 ‘비역’ 또는 ‘남색’을 뜻한다. 즉, 사내끼리 성교하듯이 하는 짓을 의미한다.¹³⁾ 그리고 ‘계간’의 실무적 의미는 남성 간의 항문성교를 뜻하거나,¹⁴⁾ 나아가 동성의 사람이나 동물과 비정상적인 성교행위를 하는 짓을 뜻한다.¹⁵⁾

그리고 ‘추행’의 사전적 의미는 더럽고 지저분한 행실 또는 음란한

제284회 정기회의 법안심사 제1소위원회에서 의안번호 6149번으로 군형법 제92조~제92조의8까지 구 군형법 제92조의 범죄구성요건을 세분화하여 여군 등을 강간하거나 강제추행한 자 등을 처벌하는 규정을 신설하고, 강간 등 상해·치상, 강간 등 살인·치사죄에 대하여 고소 없이도 공소를 제기할 수 있는 규정을 신설하는 개정안이 제출되어 2009년 9월 28일에 국회 본회의에서 원안대로 가결되어 2010년 2월 3일부터 군형법 제92조~제92조의8의 규정이 시행되었다.

12) 고등군사법원, 군형법해설서(고등군사법원, 2005), 183쪽.

13) 민중서림, 엡센스 국어사전(민중서림, 2006), 168쪽, 1130쪽.

14) 이경환, 앞의 논문, 69쪽.

15) 고등군사법원, 앞의 책, 184쪽.

짓을 뜻한다.¹⁶⁾ 그리고 ‘추행’의 형법적 의미는 가해자가 성욕의 흥분이나 자극 또는 만족을 목적으로 하는 행위로서 건전한 상식 있는 일반인의 수치심이나 혐오감을 불러일으킬 수 있을 정도의 간음 이외의 일체의 성적 가해행위라고 보는 견해¹⁷⁾가 있으나, 이 견해는 가해자가 성적 흥분이나 만족 등의 목적이 없이 다른 동기에 의한 음란행위를 본죄에서 부당하게 제외시키게 된다는 점과 개인의 성적 자유의 보호가 가해자의 목적이나 주관적 경향에 의해 좌우되는 불합리한 결과를 초래하게 된다는 점에서 피해자나 일반인에게 객관적으로 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하는 일체의 음란행위를 뜻한다고 보는 것이 다수설이며,¹⁸⁾ 대법원 판례의 입장이다.¹⁹⁾ 이에 대해 2008년 5월 29일에 대법원은 “구 균형법 제92조의 ‘기타 추행’이란 계간에 이르지 아니한 동성에 성행위 등 객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 성적 만족 행위로서, 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 침해하는 것이며, 이에 해당하는지의 여부는 행위자의 의사, 구체적 행위태양, 행위자들 사이의 관계, 그 행위가 공동생활이나 군기에 미치는 영향과 그 시대의 성적 도덕관념 등을 종합적으로 고려하여 신중히 결정되어야 한다.”라고 판시하여²⁰⁾ 형법상 강제추행죄에서의 ‘추행’과는 달리 구 균형법상 ‘추행’은 일반인의 혐오감을 일으키는 변태적

16) 민중서림, 앞의 책, 2333쪽.

17) 김일수/서보학, 새로 쓴 형법각론(박영사, 2004), 163쪽; 김종원, 형법각론(상)(법문사, 1971), 133쪽; 이재상, 형법각론(박영사, 2010), 168쪽; 임웅, 형법각론(법문사, 2011), 179쪽; 정영석, 형법각론(법문사, 1983), 275쪽 등.

18) 김성돈, 형법각론(성균관대 출판부, 2010), 164쪽; 배종대, 형법각론(홍문사, 2010), 260쪽; 손동권, 형법각론(울곡출판사, 2010), 154쪽; 오영근, 형법각론(박영사, 2009), 180쪽; 이형국, 형법각론(법문사, 2007), 219쪽 등.

19) 대법원은 “추행이라 함은 객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고, 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위다.”라고 판시하였다. 대법원 1998. 1. 23. 선고, 97도2506 판결; 대법원 2002. 04. 26. 선고, 2001도2417 판결.

20) 대법원 2008. 05. 29. 선고, 2008도2222 판결.

성적 만족 행위에 한정하고 있고, 행위의 변태성과 성적 만족을 목적으로 하는 주관적 요소를 강조하고 있으며, 피해자의 성적 자유의 침해가 아닌 군의 이익의 침해로 보고 있다.²¹⁾

따라서 구 군형법 제92조에서 계간은 추행 행위의 대표적인 예시규정으로, 계간에 준하는 추행 행위 및 이에 미치지 못하는 단순추행 행위라고 하더라도 군사회의 기강을 해칠 만한 것이라면 구 군형법 제92조에서 ‘기타 추행’의 구성요건에 포함되어 처벌된다고 할 것이다.²²⁾ 이에 고등군사법원은 “옷을 입고 있는 피해자의 성기를 손으로 만지고 이불을 덮고 있는 피해자의 위에 올라타 성교하는 시늉을 한 행위는 구 군형법 제92조의 추행죄에 해당한다.”라고 판시하였으나,²³⁾ “공개된 장소에서 피해자의 뺨이나 이마에 1회 입맞춤을 한 행위의 정도로는 구 군형법 제92조의 추행죄에 해당하지 않는다.”라고 판시하였다.²⁴⁾

한편 대법원 73도1915 판결에서 “군법피적용자와 민간인과 간에 이루어진 추행행위에도 군법피적용자에게 본조를 적용할 수 있다면 그 상대방인 민간인의 추행사실이 공개되어 그 명예를 오손하는 부당한 결과를 초래하게 되며, 구 군형법 제92조가 친고죄가 아니므로 고소 없이 처벌할 수 있으나, 구 군형법 제92조보다 중한 형법상의 강제추행죄는 친고죄이므로 고소가 있어야 비로소 처벌할 수 있어 소송조건에도 균형을 잃은 결과가 된다.”라고 판시하였는바,²⁵⁾ 이렇듯 군형법의 피적용자가 추행을 공공연히 하면 형법상의 공연음란죄와 구 군형법 제92조의 추행죄가 상상적 경합관계에 있게 된다고 보는 것이 타당하다.²⁶⁾

21) 조인형, “군형법상 추행죄의 문제점 및 개선방안”, 공군법률논집 제13집 제1권(공군본부 법무실, 2009), 5쪽 이하.

22) 고등군사법원, 앞의 책, 184쪽.

23) 고등군사법원 2000. 12. 26. 선고, 2000노524 판결.

24) 고등군사법원 1999. 03. 30. 선고, 99노31 판결.

25) 대법원 1973. 09. 25. 선고, 73도1915 판결.

26) 고등군사법원, 앞의 책, 184쪽 이하; 이경환, 앞의 논문, 70쪽; 조인형, 앞의 논문, 6쪽.

Ⅲ. 구 군형법 제92조와 관련된 외국의 입법례나 판례

1. 미국의 경우

미국은 1950년에 군사통일법전(The Uniform Code of Military Justice)을 제정하면서 동법 제125조에서 “동물과 또는 동성이나 이성의 다른 사람과 비자연적인(변태적인) 육체적 성행위를 한 자는 소도미(sodomy)로 처벌한다.”라는 규정을 두어 미군법 피적용자간에 일방의 강제에 의한 상호 합의에 의하든 소도미²⁷⁾에 대해 형사처벌을 하고 있는바,²⁸⁾ 이는 영국의 전시법(The Article of War)에 그 기원을 두고 있다.²⁹⁾

미 군사항소법원(The Court of Appeals for the Armed Forces: C.A.A.F)³⁰⁾은 이 규정에 대해 다음과 같은 Marcum 사건과 Stirewalt 사건에서 각각 합헌으로 판시하였다.

먼저 선임부사관인 중사였던 Marcum이 그의 감독 하에 있는 부사관인 Harrison과 일과 후(업무 시간 외)에 기지 밖의 숙소에서 상호 합의 하에 소도미를 행하여 군사법원에 기소되어 유죄판결을 받은 후, Marcum은 미 군사항소법원에 미국의 군사통일법전 제125조가 미국 연

27) ‘소도미’란 일방의 성기와 타방의 입 또는 항문을 이용한 성행위를 뜻한다. 최재석, “군내 동성애자(Homosexuals) 문제에 대한 법률적 고찰—미군의 Don’t Ask, Don’t Tell 정책을 중심으로—”, 법률정보판례연구 제1집 제1호(법우사, 1999), 133쪽.

28) 미국 50개 중 21개의 주에서 주법상 군대 내 소도미(sodomy)를 misdemeanor(경범죄) 또는 felony(중범죄)로 처벌하고 있다고 한다. 최재석, 위의 논문, 133쪽.

29) Jeremy J. Gray, “The Military’s Ban on Consensual Sodomy in a Post-Lawrence World”, *Washington University Journal of Law & Policy* 제21권(2006), 386쪽.

30) 미군사항소법원은 미국의 군사법원 중 대법원 격에 해당하며, 3심 재판을 담당하는 법원으로, 미 국 상원의 인준을 받고 대통령이 임명한 5인의 판사로 구성되어 있으며, 군사관련 범죄에 대한 최종심이며, 헌법적 문제가 재판의 전제가 되었을 때에 한하여 미국 연방대법원에 4심의 재판을 청구할 수 있다. 조인형, 앞의 논문, 10쪽, 각주 26번; 이정환, 앞의 논문, 78쪽, 각주 55번.

방수정헌법 제14조 제1항의 적정절차 규정에 의해 보호되는 프라이버시권을 침해한 위헌적 규정이라며 자신은 무죄라는 사유로 상고하였다.³¹⁾

이에 미 군사항소법원은 우선 군인에게도 미국 연방수정헌법상의 모든 권리가 보장되어야 하지만, 군대라는 특수성과 군대의 이익 즉, 군대의 명령과 단결심 및 규율에의 복종, 그리고 전투능력과 작전의 수행능력의 유지 및 향상 등을 위하여 군인의 프라이버시권을 제한할 수 있다고 판시하면서 다음과 같은 세 가지 심사기준에 의해 그 위헌여부를 판단해야 한다고 밝혔다. 첫째, 법원은 피고인이 유죄를 받은 행위가 미국 연방대법원에 의해 인정된 자유권의 보호범위 안에 있는가를 살펴보아야 한다. 즉, 피고인의 행위가 성인들 사이에서 사적이고 합의된 행위인지를 검토해야 한다는 뜻이다. 둘째, 법원은 피고인의 행위가 Lawrence 판결³²⁾의 분석에서 벗어나 있는 것으로 인정되는 행동이나 요소가 있는지를 살펴보아야 한다. 즉, 파고인의 행위가 사회적 약자나 다친 사람에게 행하였는가, 또는 파고인의 행위가 사실상 동의를 거절하기 어려운 상황 하에 있는 상대방에게 행하였는가 등을 검토해야 한다는 뜻이다. 셋째, 법원은 피고인의 행위를 금지할 군사적 이유가 있는지를 살펴보아야 한다.³³⁾ 미 군사항소법원은 이러한 세 가지 심사기준을 Marcum 사건에 적용하여 살펴볼 때 Harrison은 Marcum의 감독을 받는

31) United States v. Marcum, 60 M.J. 198(C.A.A.F. 2004).

32) 'Lawrence 판결'이란 동성 간에 탈선적인 성행위를 한 사람을 경범죄로 처벌하는 규정을 두었던 텍사스 주의 소도미 처벌 규정에 대해 미국 연방대법원이 6(위헌)대 3(합헌)으로 위헌이라고 결정한 판결로, 동 판결에 대한 사건의 개요를 살펴보면 상고인 Lawrence와 Garner는 성인인 민간인 남자들로, Lawrence의 집에서 상호 합의 하에 구강성교를 하다가 경찰에 적발되어 체포된 후, 텍사스 주의 형사법정에서 200달러의 벌금형을 받은 사건으로, 이들의 구강성교행위를 처벌하는 텍사스 주의 소도미 처벌 규정은 미국 연방수정헌법 제14조 제1항의 적정절차 규정에 의해 보호되는 프라이버시권을 침해한 위헌이라고 판시한 사건이다. Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558, 578, 156 L.Ed. 2d 508, 123 S. Ct. 2472 (2003). 조인형, 앞의 논문, 9쪽.

33) 이경환, 앞의 논문, 79쪽 이하; 조인형, 위의 논문, 10쪽.

하급자였기 때문에 Harrison에게 소도미가 사실상 강제되었거나 동의를 거절하기 어려운 상황에 있었다고 할 것이므로, 피고인인 Marcum의 행위는 Lawrence 판결과 같은 보호를 받지 못하며(위의 세 가지 심사기준³⁴⁾ 중 두 번째 심사기준의 위반), Marcum 중사가 근무하고 있는 미공군의 규정에서 동일한 명령체계 내에 있는 상하급자 간에 교제를 금지하고 있었으므로, Marcum과 Harrison의 행위는 군대의 이익에 반한다는(위의 세 가지 심사기준³⁵⁾ 중 세 번째 심사기준의 위반) 사유로 군사통일법 전 제125조는 합헌이며, Marcum과 Harrison을 처벌하는 것은 정당하다고 판시하였다. 이후 Marcum은 미국 연방대법원에 상고하였으나, 미국 연방대법원은 이를 받아들이지 않았다.³⁶⁾

다음으로 Stirewalt은 자신보다 더 높은 지위에 있었던 군내의 여자직원과 상호 합의 하에 이성간 소도미를 하여 형사처벌을 받은 것에 대해 자신은 무죄라며 미 군사항소법원에 상고하였는바,³⁷⁾ 미 군사항소법원은 “피고인 Stirewalt의 행위가 비록 미국 연방대법원에 의해 인정된 자유권의 보호범위 안에 있고, Lawrence 판결의 분석에서 벗어나 있는 것으로 인정되는 행동이나 요소가 포함되어 있지 않지만, Stirewalt가 소속된 미국 해안경비대가 같은 명령체계 내에 있는 구성원 간에 성관계를 금지하고 있기 때문에 이성 간에 합의에 의한 소도미의 금지도 군대의 규율과 명령에의 복종을 위한 것으로써, 이성 간에 합의에 의한 소도미를 처벌하는 것은 군대의 이익을 위한 것으로 정당화 된다(위의 세 가지 심사기준³⁸⁾ 중 세 번째 심사기준의 위반).”라고 판시하였다.³⁹⁾

이렇듯 군대 내에서의 소도미 행위를 처벌하는 규정을 두고 있는 미

34) 본 논문의 III-1의 세 가지 심사기준을 뜻한다.

35) 본 논문의 III-1의 세 가지 심사기준을 뜻한다.

36) 이경환, 앞의 논문, 80쪽; 조인형, 앞의 논문, 10쪽 이하.

37) United States v. Stirewalt, 493 F.2d 1110(C.A.A.F. 2004).

38) 본 논문의 III-1의 세 가지 심사기준을 뜻한다.

39) 이경환, 앞의 논문, 80쪽.

국에서는 진보적 성향인 민주당의 빌 클린턴 후보가 대통령으로 당선되기 전인 1993년 전까지 동성애자들은 군에서 근무하는 것이 원칙적으로 금지되었다. 그러나 빌 클린턴이 대통령이 된 후, 빌 클린턴 대통령은 미국의 군내에서 성적 성향에 따른 차별을 종식시킬 것을 명하였지만, 공화당과 민주당의 보수성향의 의원들의 강한 반발에 의해 중도타협적인 절충안인 10 U.S.C § 654⁴⁰⁾를 마련하여 시행하게 되었는데, 이 10 U.S.C § 654에 의해 군당국은 군을 모집시 또는 입대 후에 개인의 성적성향에 대해 질문하거나 의도적으로 자료를 찾을 수 없게 되었고(Don't ask), 군 복무 중에는 동성애적 행위와 관련될 의도나 성향을 표시하지 못하도록 했다(Don't tell).⁴¹⁾ 이러한 ‘묻지도 말고, 말하지도 말라(Don't ask, Don't tell)’는 국방부의 정책에 따라 동성애자들의 군 근무가 특단의 사정이 없는 한 가능하게 되었다. 여기서 ‘특단의 사정’이란 어떤 군인이 동성과 결혼하였거나 동성 간의 어떤 육체적 접촉을 하였거나, 시도(미수 포함)하였거나, 합리적인 평균인이 볼 때 이러한 행위를 할 경향이나 의사가 있는 것으로 보이거나 이해될 때 및 타인에게 이러한 행위를 할 것을 교사한 경우로서, 이러한 경우에 해당되는 자는 군에서 배제 즉, 강제로 전역시킨다.⁴²⁾

최근 버락 오바마 미국 대통령은 2010년 12월 22일에 약 17년간 이어진 국방부의 ‘묻지도 말고, 말하지도 말라(Don't ask, Don't tell)’는 국방부의 동성애자에 대한 군 복무의 제한적 허용 정책을 폐지시키는 법안에 대해 서명했다.⁴³⁾ 따라서 2011년 6월 현재 미국에서는 동성애자의 군대

40) 미국 연방법전(United States Code; U.S.C.)의 제10편 제47장 654절(Title 10, Chapter 47, § 654)인 10 U.S.C § 654는 미국의 군사통일법전의 내용을 편입하여 사실상 미국의 군사통일법전과 동일한 법령이라고 할 것이다.

41) 조인형, 앞의 논문, 13쪽; 최재석, 앞의 논문, 130쪽 이하.

42) 최재석, 위의 논문, 132쪽.

43) NEWSIS, 오바마, 동성애자 군복무 금지 폐지법안 서명, 2010. 12. 23, <http://www.newsis.com/article/view.htm?cID=&ar_id=NISX20101223_0007016184>, 검색일: 2011. 6. 20.

내 근무가 전면 허용되게 되었다.

2. 기타 국가의 경우

먼저 영국은 1994년 군대 내 동성애 행위에 대한 형사처벌은 폐지하였으나, 군의 규율로 동성애를 금지하고 동성애자를 강제로 전역시키는 정책을 계속 유지하였었다. 그러던 중 이와 관련된 1999년에 *United Kingdom v. Lustig-Prean & Beckett* 사건⁴⁴⁾과 *United Kingdom v. Smith & Grady* 사건⁴⁵⁾에 대해 먼저 유럽인권재판소는 군 작전에의 효율성에 대한 영국군의 고려가 오로지 이성애자들의 부정적인 태도에 기반하고 있다고 판시하면서, 그러한 부정적인 태도는 동성애 지향에 대한 적개심의 전형적인 표출인바, 이러한 다수의 이성애자들이 소수의 동성애자들

44) *United Kingdom v. Lustig-Prean & Beckett*, 29 Eur. H.R. Rep. 49(1999).

이 사건의 신청인인 *Lustig-Prean*과 *Beckett*는 각각 1959년과 1970년에 태어난 영국시민으로 동성애 남성들이다. 이들은 모두 영국 군인으로 근무하던 중, 영국 방위성의 동성애자에 대한 군대배제 정책의 실시에 의해 이들은 동성애자인지 여부를 조사받았고, 이들 모두 동성애자임을 인정하자 영국 군대에서 추방되었던 사건으로, 이들은 단지 성적 경향의 이유만으로 군대에서 근무할 수 없게 되어 자신들이 모욕감과 치욕감 및 사회에서 성공할 수 있는 기회가 박탈된 것에 대해 손해배상을 청구하였고, 법원은 이들에게 각각 비금전적 피해(정신적 위자료)와 금전적 피해 및 소송비용과 지출액을 지급하라고 판결하였다. 한인섭/양현아, 성적 소수자의 인권(사람생각, 2002), 247쪽 이하.

45) *United Kingdom v. Smith & Grady*, 29 Eur. H.R. Rep. 548(1999). 이 사건의 신청인인 *Smith*는 1966년에 영국에서 태어난 동성애 여성이고, *Grady*는 1963년에 영국에서 태어난 동성애 남성으로, 영국시민이었던 이들은 모두 영국 군인으로 근무하던 중, 영국 방위성의 동성애자에 대한 군대배제 정책의 실시에 의해 이들은 동성애자인지 여부를 조사받았고, 이들 모두 동성애자임을 인정하자 영국 군대에서 추방되었던 사건으로, 이들은 단지 성적 경향의 이유만으로 군대에서 근무할 수 없게 되어 자신들이 모욕감과 치욕감 및 사회에서 성공할 수 있는 기회가 박탈된 것에 대해 손해배상을 청구하였고, 법원은 이들에게 각각 비금전적 피해(정신적 위자료)와 금전적 피해 및 소송비용과 지출액을 지급하라고 판결하였다. 한인섭/양현아, 위의 책, 247쪽 이하.

에 대해 편견은 인종, 출신, 색깔에 따른 것으로써, 이 2개의 소송신청인의 사생활을 존중받을 권리를 제한할 정당한 근거가 될 수 없다고 판시하였다. 그리고 영국 법원은 민주사회의 증표로는 다원주의와 관용 및 편견의 부재가 포함된다고 밝히면서, 동성애에 대한 차별은 민주사회에서 불필요한 것이라고 판시하였다. 이러한 판결들에 의해 영국에서는 2000년 1월에 동성애자의 군복무를 금지하는 정책을 폐지하게 되었다.⁴⁶⁾

그리고 프랑스와 독일은 동성애자의 군복무를 허용하고 있으며, 성적 지향을 문제 삼지 않고 군대라는 특수한 집단생활에 동참할 수 있는지의 여부를 기준으로 전문가의 상담을 통해 복무부적합 판정을 하고 있다. 그리고 캐나다와 호주는 1992년에 각각 동성애자의 군복무 금지정책을 폐지하였고, 이스라엘은 1993년에 동성애자의 군복무 금지정책을 폐지하였으며, 대만은 동성애자의 군복무를 금지시키는 정책이나 규정이 없었다.⁴⁷⁾

한편 폴란드는 동성애자의 군복무를 금지시키고 있으며, 정신과 진단을 통해 동성애자임이 확인될 경우에는 인격장애로 판정하여 강제로 전역시키고 있으며, 러시아는 2003년 2월에 새로운 군복무판정지침을 마련하여 동성애를 마약중독이나 정신박약과 함께 군복무 부적합 기준에 포함시키고 있다.⁴⁸⁾

3. 시사점 검토

위에서 살펴본 바와 같이⁴⁹⁾ 오늘날의 세계적 추세는 동성에 대한

46) 이경환, 앞의 논문, 86쪽.

47) 이경환, 위의 논문, 86쪽 이하.

48) 이경환, 위의 논문, 87쪽.

49) 본 논문의 III-1 참조.

성적 감정을 느끼거나 성적 경향을 가지고 있다는 사유만으로 군 복무를 금지시키지 않고, 동성애자의 군복무를 원칙적 또는 전면적으로 허용하고 있음을 알 수 있는바, 우리나라는 동성애자를 병역법 제65조 제1항 제1호에 의해 군복무가 곤란한 질병이나 심신장애가 있는 사람으로 보지 않고 있고, 병역법 제65조 제1항 제2호와 병역법 시행령 제137조 제1항 제3호⁵⁰⁾에 의해 정신이상이나 성격장애가 있는 사람으로 원칙적으로 보지 않고 있어 군에 입대시켜 군복무를 시키고 있다. 다만 동성애를 이유로 심각한 부적응이나 정신질환의 발생 또는 사고의 발생 등이 있는 경우에 한하여 예외적으로 현역부적합 처리를 하여 강제 전역을 시키고 있어, 동성에 대한 성적 감정을 느끼거나 성적 경향을 가지고 있다는 사유만으로 군 복무를 금지시키지 않고 있는 세계적 추세나 흐름에 비교적 잘 따르고 있음을 알 수 있다.

한편 우리나라는 남북으로 나뉘어 상호 대치하고 있는바, 이렇듯 한반도의 분단 상황 하에서 군이라는 공동사회의 엄격한 규율의 준수와 건전한 생활을 하도록 할 필요성이 크며, 군대가정⁵¹⁾의 성적 건강을 보호할 필요가 있다고 할 것이므로,⁵²⁾ 미국의 군사통일법전 제125조의 내용과 유사한 규정으로 볼 수 있는 구 군형법 제92조에 의해 군형법

50) 병역법 시행령 제137조 제1항 제3호는 “군인사법 제65조 제1항·제2항 및 제9항에 따른 현역병의 병역처분변경은 각 군 참모총장이 다음 각 호의 구분에 따라 한다.

3. 간질·야맹증·정신이상·성격장애 등 군복무가 곤란한 질병 또는 심신장애가 있는 사람으로서 신체등위가 5급에는 이르지 아니한 사람은 국방부령으로 정하는 바에 따라 심사를 거쳐 보충역 또는 제2국민역에 편입할 수 있다.”라고 규정되어 있다.

51) 여기서 ‘군대가정’이란, 군대를 가정으로 비유한 것으로 군내의 지휘관은 병사들에게 있어 마치 가정 내에서의 아버지와 같고, 병사들은 마치 가정 내에서의 형제와 같은 사이라는 것을 뜻한다. 따라서 ‘군대가정’의 중요한 법적 의미는 가정 내에서 부모 자식 간 또는 형제간에 근친상간이 법으로 금지되는 것처럼, 군대 내에서 지휘관과 병사 사이 또는 병사 간에 법적으로 동성애를 금지하는 것이 타당하다는 것을 뜻한다.

52) 대법원 2008. 05. 29. 선고, 2008도2222 판결; 헌법재판소 2002. 06. 27. 선고, 2001헌바70 결정; 헌법재판소 2011. 03. 31. 선고, 2008헌가21 결정. 이렇듯 구 군형법 제92조의 입법목적의 정당성에 대해 좀 더 자세한 것은 본 논문의 IV-2.3 참조.

피적용자가 계간이나 기타 추행을 했을 때 처벌하는 규정을 통해 동성애 행위를 처벌하고 있는바, 미국의 군사통일법전 제125조와는 달리 우리나라의 구 균형법 제92조는 기타 추행 앞에 ‘계간’이라는 예시적 입법규정으로 인해 균형법 피적용자가 동성 간의 성행위에 대해서만 처벌하는 것처럼 해석될 수 있어 평등권에 반할 수 있는 문제가 있다. 따라서 구 균형법 제92조에서 ‘계간’이라는 예시적 입법규정을 삭제해 버리고⁵³⁾ 미국의 군사통일법전 제125조처럼 동성 간뿐만 아니라 이성 간의 비자연적(변태적)인 육체적 성행위에 대해서도 처벌하는 규정을 두는 것이 바람직할 것이다.

IV. 구 균형법 제92조에 대한 2011년 03월 31일의 헌법재판소 결정에 대한 헌법적 평가

1. 구 균형법 제92조가 명확성의 원칙에 반하는지의 여부

1.1 명확성의 원칙에 비추어 볼 때 구 균형법 제92조에 대한 합헌론

명확성의 원칙⁵⁴⁾에 비추어 볼 때 구 균형법 제92조의 위헌 여부에

53) 同旨: 노기호, “균형법 제92조 ‘추행죄’의 위헌성 고찰-육군 제22사단 보통군사법원 2008. 8. 6. 위헌제청결정사건(2008고10)을 중심으로-”, 헌법학연구 제15권 제2호(한국헌법학회, 2009), 295쪽; 조인형, 앞의 논문, 19쪽.

54) ‘명확성의 원칙’의 의미와 예시적 입법규정이 명확성의 원칙에 반하지 않기 위한 요건에 대한 것은 이준일, “헌법재판소가 이해하는 명확성원칙의 비판적 재구성”, 헌법학연구 제7권 제1호 (한국헌법학회, 2001), 276쪽; 이희훈, “공직선거법 제93조 제1항의 헌법재판소 2009. 7. 30, 2007헌마718 결정에 대한 평석: UCC의 배포금지에 대한 비판을 중심으로”, 언론과 법 제8권 제2호(한국언론법학회, 2009), 388쪽; 이희훈, “집회 및 시위에 관한 법률 제5조 제1항에 대한 연구-헌재 2010. 04. 29, 2008헌바118결정에 대한 평석을 겸하여-, 헌법학연구 제16권 제3호(한국헌법학

대한 헌법재판소의 2011년 3월 31일의 2008헌가21 결정에서 헌법재판소 재판관의 다수는 “구 균형법 제92조의 ‘기타 추행’이란, 예시적 입법규정인 ‘계간’에 이르지 아니한 동성 간의 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 것인바, 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 균형법 피적용자는 어떠한 행위가 구 균형법 제92조의 ‘기타 추행’에 해당되는지의 여부를 충분히 파악할 수 있고, 그러한 전형적인 사례인 ‘계간’은 ‘추행’이 무엇인지를 해석할 수 있는 판단지침이 되며, 대법원 판결⁵⁵⁾ 등에 의하여 구체적이고 종합적인 해석기준이 제시되고 있기 때문에 구 균형법 제92조는 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 반하지 않는다.”라고 판시하였다.⁵⁶⁾

1.2 구 균형법 제92조가 명확성의 원칙에 반하지 않는다는 견해에 대한 비판적 검토

구 균형법 제92조에서 ‘기타 추행’이라고만 규정되어 있어, 동 규정이 형법상 강제추행죄에서의 폭행이나 협박에 의한 추행도 처벌하고자 하

회, 2010), 553쪽 이하; 지성수, “위임입법에 있어서의 명확성 원칙”, 헌법논총 제15집(헌법재판소, 2004), 667쪽; 홍완식, “헌법재판소의 결정을 통해 본 입법의 원칙”, 헌법학연구 제15권 제4호(한국헌법학회, 2009), 511쪽 이하.

55) 대법원 2002. 04. 26. 선고, 2001도2417 판결; 대법원 2008. 05. 29. 선고, 2008도2222 판결 등.

56) 헌법재판소 2011. 03. 31. 선고, 2008헌가21 결정. 이와 동시에 구 균형법 제92조의 위헌여부에 대한 헌법재판소 2002. 06. 27. 선고, 2001헌바70 결정의 다수 견해이기도 하다.

는 것인지, 아니면 형법상 강제추행죄에서의 폭행이나 협박에 의하지 않은 즉, 강제성을 수반하지 않는 당사자 간의 자발적 합의에 의한 추행만을 처벌하고자 하는 것인지가 불분명하다. 이렇듯 구 군형법 제92조에서 그 범죄구성요건으로 ‘추행’이라는 용어를 사용하면서도 ‘강제성’의 수반 여부에 대하여 구체적이고 명확하게 규정하지 않아 수사기관과 공소제기기관 및 재판기관의 자의적인 해석과 적용을 허용하고 있다는 점과 추행 행위에 있어 강제성의 유무나 그 정도에 상관없이 구 군형법 제92조에서 동일한 형으로 처벌하도록 규정한 것은 형법상 자기책임주의의 원칙에 반한다는 점에 비추어 볼 때 구 군형법 제92조는 명확성의 원칙에 반하는 규정이라고 할 것이다.⁵⁷⁾⁵⁸⁾

그리고 구 군형법 제92조는 ‘기타 추행’ 행위에 대한 주체 및 객체에 대해 아무런 규정을 하지 않아, 동 규정에서의 ‘기타 추행’의 주체 및 객체가 동 규정의 예시적 입법규정인 ‘계간’에 의해 남성 간의 추행만을 그 대상으로 하는 것인지, 아니면 여성 간 또는 이성 간이나 동물과의 추행도 그 대상으로 하는지가 불분명하다. 단지 대법원의 판결에 의해 군형법 피적용자가 민간인과 행한 추행에는 적용되지 않는 것으로 해석될 뿐이다.⁵⁹⁾ 따라서 구 군형법 제92조는 그 범죄행위의 주체와 객체에 대해 구체적으로 한정시켜 놓지 않은 채, 단순히 ‘계간 기타 추행’이라고만 규정해 놓아 구 군형법 제92조의 적용범위가 애매모호하다고 생각되므로, 동 규정은 명확성의 원칙에 반한다고 할 것이다.⁶⁰⁾⁶¹⁾

57) 同旨: 노기호, 앞의 논문, 289쪽; 조인형, 앞의 논문, 15쪽; 헌법재판소 2002. 06. 27. 선고, 2001헌바70 결정에서 소수의 송인준·주선희 헌법재판소 재판관들의 견해; 헌법재판소 2011. 03. 31. 선고, 2008헌가21 결정에서 소수의 김종대·목영준·송두환 헌법재판소 재판관들의 견해.

58) 실제로 2004년 1월 1일부터 2007년 12월 31일까지 군형법 제92조가 적용된 176건 중에서 합의에 의한 동성 간의 성행위는 4건에 불과했으며, 나머지 172건은 강제추행이나 위력에 의한 추행이었고, 이 4건 중 3건은 처벌되었으나, 1건은 기소유예되었다; 이경환, 앞의 논문, 73쪽.

59) 대법원 1973. 09. 25. 선고, 73도1915 판결.

또한 구 군형법 제92조에 대해 대법원은 2008년 5월에 “행위자들 사이의 관계, 그 행위가 공동생활이나 군기에 미치는 영향을 고려하여 구 군형법 제92조의 추행에 해당하는지를 결정해야 한다.”라고 판시하였는바,⁶²⁾ 여기서 ‘공동생활이나 군기에 미치는 영향’이라는 것이 상당히 애매모호하게 규정되어 있어 추행 행위의 장소가 부대 안에서 행한 것이어야 하는지, 아니면 부대 밖에서 행한 것도 포함되는지 또는 부대 안이라도 사람들의 눈에 잘 보이지 않는 내밀한 장소에서 한 경우도 포함되는지가 불분명하여 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람들로 하여금 구 군형법 제92조가 적용될 수 있는 추행 행위의 장소를 판단할 수 없다고 할 것이므로,⁶³⁾ 동 규정은 명확성의 원칙에 반한다고 할 것이다.⁶⁴⁾

60) 同旨: 노기호, 앞의 논문, 290쪽; 조인형, 앞의 논문, 15쪽; 헌법재판소 2002. 06. 27. 선고, 2001헌바70 결정에서 소수의 송인준·주선희 헌법재판소 재판관들의 견해; 헌법재판소 2011. 03. 31. 선고, 2008헌가21 결정에서 소수의 김종대·목영준·송두환 헌법재판소 재판관들의 견해.

61) 실제로 2008헌가21 사건의 변론과정에서 국방부의 대리인은 “군인인 이성 간 및 영외에서의 비정상적인 성행위도 구 군형법 제92조의 범죄구성요건에 해당될 수 있다.”라고 진술하였다. 헌법재판소 2011. 03. 31. 선고, 2008헌가21 결정.

62) 대법원 2008. 05. 29. 선고, 2008도2222 판결.

63) 이러한 점에서 헌법재판소의 2008헌가21 결정에서 “구 군형법 제92조에서 ‘기타 추행’ 부분이 계간과 마찬가지로 동성 간의 성적 행위에만 적용되지만, 구 군형법 제92조에서 ‘기타 추행’ 부분이 적용되는 동성 간의 성적 행위에는 동성 ‘군인’간의 성적 행위만이 포함되고, 동성 ‘민간인’과의 사적 생활관계에서의 성적 행위는 포함되지 않는다고 해석함이 상당하며, 형벌규범의 일반성과 추상성에 비추어 불가피한 것으로, 동 규정이 불명확하다고 볼 수는 없다.”라고 밝힌 이동흡의 헌법재판소 재판관의 보충의견에 필자는 찬동하지 않는다.

64) 同旨: 노기호, 앞의 논문, 290쪽 이하; 조인형, 앞의 논문, 15쪽; 헌법재판소 2002. 06. 27. 선고, 2001헌바70 결정에서 소수의 송인준·주선희 헌법재판소 재판관들의 견해; 헌법재판소 2011. 03. 31. 선고, 2008헌가21 결정에서 소수의 김종대·목영준·송두환 헌법재판소 재판관들의 견해.

2. 구 군형법 제92조의 입법 목적이 정당한지의 여부

2.1 구 군형법 제92조의 입법 목적이 정당하지 않다는 견해

2011년 03월 31일에 헌법재판소는 2008헌가21 결정에서 구 군형법 제92조는 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활의 보호와 군기의 확립’을 위한 것으로, 그 입법 목적이 정당하다고 판시하였다.⁶⁵⁾

그러나 이에 대해 구 군형법 제92조에 의해 동성 간의 성행위를 처벌하는 것은 군대 내의 이성애자의 지나친 경계심이나 과도한 혐오감에 의한 것으로, 이러한 동성 간의 성행위가 ‘군 사회의 기강’이나 ‘군의 전투력’에 어떤 문제가 발생하는지에 대해 어떠한 실증적 증거 자료가 없다.⁶⁶⁾ 즉, 동성 군인 사이의 성행위를 허용했을 때 군의 위계적 질서나 명령체계에 문제가 발생할 것이라는 막연한 우려만 있을 뿐, 그들의 행위가 군의 업무나 기강에 해를 직접적으로 입한다는 연관성이 극히 적다는 점과 추행이 강제에 의하지 않고 군형법 피적용자 상호간에 은밀하게 행해짐으로써 타인의 혐오감을 직접 야기하지 않는 경우에는 그러한 행위가 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기 및 전투력의 보존에 직접적인 위해를 발생시킬 위험이 있다고 보기 어렵다는 점 및 비강제적 추행으로 구 군형법 제92조에 의해 처벌된 피고인들 중 상당수가 범행이 발각되기 전까지 군 생활에 있어 그 능력을 인정받고 있었고, 이들로 인해 군 부대의 활동에 지장이 발생하지 않았다는 점에 비추어 볼 때 구 군형법 제92조에서 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활을 보호하고, 군기를 확립시키기’ 위해 동성 간의 성행위를 형사처벌 하는 입법의 목

65) 헌법재판소 2011. 03. 31. 선고, 2008헌가21 결정.

66) 세계적으로 동성애자의 군복무가 허용되는 캐나다, 프랑스, 독일, 이스라엘, 네덜란드, 노르웨이 등에서 동성애자들은 대체로 신중하게 행동을 하여 거의 군대 내에서 문제를 일으키지 않는다고 한다; 이경환, 앞의 논문, 83쪽.

적은 정당하지 않다고 보는 견해가 있다.⁶⁷⁾

2.2 구 군형법 제92조의 입법 목적이 정당하지 않다는 견해에 대한 비판적 검토

우리나라 군대의 일반 남자 병사의 경우 성적 욕구가 가장 강하고 왕성한 시기에 헌법 제39조 제1항에 의해 의무적으로 복무하게 되는바, 현실적으로 이러한 남자 병사들이 수직적인 상하복종의 인간관계 하에서 장기적으로 폐쇄적인 공간에서 함께 생활하면서 성적 욕구를 정상적인 방법을 통해 해소할 수 있는 기회가 극히 제한되어 있는 상황 하에서 상급자의 하급자에 대한 추행이 행해질 경우가 많은바, 특히 군대 내에서 동성 간의 성접촉 행위가 어느 일방의 폭행이나 협박 또는 위력 등에 의해 발생한다면 군의 기강을 흔들리고 다른 장병들의 사기에 악영향을 미쳐 전투력의 손실을 가져올 것이라는 점⁶⁸⁾에 비추어 볼 때 구 군형법 제92조의 입법 목적은 정당하다고 할 것이다.

또한 군대 안에서 만약 군형법 피적용자 간의 추행 행위에 대해 엄중히 형사처벌을 하지 않으면 군대 구성원 간에 사랑의 감정으로 인해 친밀한 관계가 형성된 후, 이별이나 질투로 인해 서로 다투거나 심한 경우 살해를 하는 경우가 발생하거나 이와 반대로 추행을 당하여 이로 인하여 심한 좌절이나 모욕감 또는 수치심 등을 느껴 정신병을 앓게 되거나 자살을 하는 경우⁶⁹⁾ 등으로 인해 군대 내 엄정한 질서와 군기가 확립되지 못하고 해이해지거나 무너질 수 있다는 점 및 이성애자 군인들

67) 노기호, 앞의 논문, 288쪽; 이경환, 위의 논문, 93쪽 이하; 헌법재판소 2002. 06.

27. 선고, 200 1헌바70 결정에서 송인준·주선희 헌법재판소 재판관들의 견해.

68) 박영주, “동성애에 대한 법적 태도”, 부산법조 제21호(부산지방변호사회, 2004), 138쪽.

69) 고참병의 성추행으로 인해 정신병원이나 자살한 경우에 대해서는 강진철, “동성애”, 고황법학 제3호(고황법학교수회, 2001), 52쪽.

의 동성애자 군인들에 대해 느끼는 혐오의 감정 또는 자신들도 언제 동성애자 군인에게 사랑의 대상이 되어 추행을 당할지 모른다는 심리적 위축감이나 두려움 등으로 인해 군이라는 공동사회의 건전한 생활이 깨지고, 군의 협동심과 단결이 잘 이루어지지 않아 군의 사기가 떨어질 수 있어 이러한 군대 내에서의 추행 행위에 대해 엄중한 형사처벌을 하여 이러한 위협의 발생을 사전에 방지할 필요가 있다는 점에 비추어 볼 때 구 군형법 제92조의 군대가정 생활의 보호와 군기의 확립'이라는 입법의 목적은 정당하다고 할 것이다.

3. 구 군형법 제92조가 비례의 원칙에 반하는지의 여부

3.1 구 군형법 제92조가 비례의 원칙에 반한다는 견해

오늘날과 같이 우리 사회가 성에 대한 사회적 의식 및 제도가 개방된 사정 하에서 공연성이 없고 강제에 의하지 않은 동성 간의 추행에 대해서는 군의 전투력 보존에 직접적인 위해를 발생시킬 위험이 없다고 할 것인바, 형사처벌을 통해 이러한 행위를 금지시키는 것은 구 군형법 제92조의 입법 목적을 달성하기 위한 효율적인 수단이라고 할 수 없어 비례의 원칙⁷⁰⁾ 중 수단의 적합성 원칙에 반하고⁷¹⁾ 동 규정에서 비강제에 의한 동성 간의 추행 행위를 금지하고, 이러한 행위를 한 자에 대해 현역복무적합 회부제도⁷²⁾를 통해 현역복무 부적합 처리를 하여 전역을

70) '비례의 원칙'의 의의와 내용에 대해서는 이희훈, "일반교통방해죄와 외교기관 인근 집회·시위금지에 대한 헌법적 평가—헌법재판소 2010. 03. 25. 선고, 2009헌가2 결정과 헌법재판소 2010. 10. 28. 선고, 2010헌마111 결정에 대한 비판을 중심으로—", 공법연구 제39집 제3호(한국공법학회, 2011), 284쪽 이하; 홍완식, 앞의 논문, 504쪽 이하; 황치연, "과잉금지원칙의 내용", 공법연구 제24집 제3호(한국공법학회, 1996), 280쪽 이하.

71) 헌법재판소 2002. 06. 27. 선고, 2001헌바70 결정에서 소수의 송인준·주선희 헌법재판소 재판관들의 견해.

시키거나,⁷³⁾ 군대 내의 여러 징계 규정들을 통해 추행 행위를 한 자를 처벌하지 않고 오직 군 형법에서 징역형으로만 처벌하도록 규정한 것은 구 군형법 제92조의 입법 목적에 필요한 정도를 넘어선 과도한 규제라는 점에서 비례의 원칙 중 최소 침해의 원칙에 반한다는 견해가 있다.⁷⁴⁾ 이밖에 동성애자 병사가 자발적인 의사가 아닌 강제 징집에 의해 군대에 오게 되면서 전역처리나 징계처분 등의 다른 방법을 규정하지 않고, 어떤 형태로든 동성 간의 성접촉 행위를 하게 되면 오직 징역형으로만 처벌을 받게 된다는 점에서 구 군형법 제92조에 의해 침해되는 동성애자인 군인의 성적 자기결정권이나 사생활의 비밀과 자유라는 사익은 동 규정으로 인해 보호하려는 군이라는 공동사회의 건전한 생활의 보호와 군기의 확립이라는 공익보다 크므로, 비례의 원칙 중 법익 균형성의 원칙에 반한다⁷⁵⁾고 할 것이다.

3.2 구 군형법 제92조가 비례의 원칙에 반한다는 견해에 대한 비판적 검토

먼저 구 군형법 제92조에서 군형법 피적용자 간에 계간 및 기타 추행 행위에 대해 징역형을 부과하도록 규정해 놓음으로써, 군 내부의 건전한 공적 생활을 영위케 하고, 군 조직 전체의 성적건강을 유지시키며, 군기를 확립시키는데 조금이라도 도움이 될 것이므로, 동 규정은 그 입법 목적을 달성하기 위한 적절한 수단을 선택하고 있다. 즉, 동 규정은 비례

72) 본 논문의 각주 8) 참조.

73) 전현희, “동성애의 법적 고찰”, 시민과 변호사 제83호(서울지방법변호사회, 2000), 77쪽.

74) 노기호, 앞의 논문, 292쪽 이하; 이경환, 앞의 논문, 99쪽.

75) 필자는 구 군형법 제92조가 비례의 원칙 중 법익 균형성의 원칙에 반하지 않는다는 견해이지만, 동 규정이 비례의 원칙 중 법익 균형성의 원칙에 반한다는 부분에 대해서 동 규정이 비례의 원칙 중 법익 균형성의 원칙에 반한다고 주장하는 기존의 견해들이 밝히고 있지 않아서 필자가 새롭게 보충하여 기술하였다.

의 원칙 중 수단의 적합성 원칙에 반하지 않는다고 할 것이다.

그리고 남북한으로 대치하고 있는 우리나라의 안보상황과 헌법 제39조 제1항에 의한 강제 징병제도 하에서 구 군형법 제92조를 통해 군이라는 공동사회의 건전한 생활을 보호하고, 군기를 확립시키기 위해서는 전역처리나 징계처분 등의 다른 방법에 의해서는 효과적으로 추행 행위를 규제하기 어렵고, 동 규정의 법정형이 1년 이하의 징역형으로 되어 있어 구체적인 사안을 고려하여 ‘선고유예’가 가능하여 징역형을 받지 않은 것처럼 하게 할 수 있다는 점에 비추어 볼 때 비례의 원칙 중 최소침해의 원칙에 반하지 않는다고 할 것이다.

따라서 구 군형법 제92조에 의해 침해되는 동성애자인 군인의 성적 자기결정권이나 사생활의 비밀과 자유라는 사익은 동 규정으로 인해 보호하려는 군이라는 공동사회의 건전한 생활의 보호와 군기의 확립, 나아가 우리나라의 존립과 모든 자유의 전제조건인 ‘국가안보’라는 공익보다 크다고 볼 수 없으므로, 비례의 원칙 중 법익 균형성의 원칙에 반하지 않는다고 할 것이다.⁷⁶⁾

4. 구 군형법 제92조가 평등권에 반하는지의 여부

4.1 평등권에 비추어 볼 때 구 군형법 제92조에 대한 합헌론

평등권⁷⁷⁾에 비추어 볼 때 구 군형법 제92조의 위헌 여부에 대한 2011년 3월 31일의 2008헌가21 결정에서 헌법재판소는 “군대는 엄격한 상명하복

76) 헌법재판소 2011. 03. 31. 선고, 2008헌가21 결정.

77) ‘평등권’ 내지 ‘평등의 원칙’에 대한 것은 김주환, “일반적 평등원칙의 심사 기준과 방법의 합리화 방안”, 공법학연구 제9권 제3호(한국비교공법학회, 2008), 207쪽 이하; 이준일, “헌법재판의 법적 성격—헌법재판소의 논증도구인 비례성원칙과 평등원칙을 예로—”, 헌법학연구 제12권 제2호(한국헌법학회, 2006), 335쪽 이하; 홍완식, 앞의 논문, 503쪽.

의 수직적인 인간관계로 이루어져 있고, 절대 다수의 혈기왕성한 젊은 남성 의무복무자들이 이성 간의 성적 욕구를 원활하게 해소할 방법이 없는 상태에서 장기간의 폐쇄적인 단체생활을 해야 하므로, 군대는 동성인 남성 간의 비정상적인 성적 교섭행위가 발생할 가능성이 현저히 높고, 상급자가 하급자를 상대로 남성 간 동성에 성행위를 감행할 가능성이 높으며, 이를 방지할 경우 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 없으므로, 구 군형법 제92조가 동성 간의 성적 행위만을 금지하고 이를 위반한 경우 형사처벌 한다고 보더라도 그러한 차별에는 합리적인 이유가 인정되므로, 동성애자의 평등권을 침해한다고 볼 수 없다.”라고 판시하였다.⁷⁸⁾

4.2. 구 군형법 제92조이 평등권에 반하지 않는다는 견해에 대한 비판적 검토

구 군형법 제92조이 평등권에 반하지 않는다는 견해에 대해서는 다음과 같은 세 가지 점에서 비판된다고 할 것이다.

첫째, 구 군형법 제92조의 범죄구성요건을 ‘계간 기타 추행’이라고 규정하였고, 그 형을 ‘1년 이하의 징역형’으로 규정하였기 때문에 ‘계간’의 의미를 사전적 의미 또는 협소한 실무상 의미로 볼 때에는 ‘남성 간의 성행위’로 해석될 수 있는바,⁷⁹⁾ 이렇게 해석할 때 동 규정에 의해서는 군형법 피적용자인 여자 군인 간의 추행 행위나 남자와 여자 군인 간의 추행 행위에는 적용되지 않는 것으로 보아, 단지 그 숫자가 적다는

78) 헌법재판소 2011. 03. 31. 선고, 2008헌가21 결정에서 3-라-(2) 참조.

79) 본 논문의 II-2 참조.

이유만으로 이들의 추행행위에 대해서는 형사처벌을 하지 않고, 남성 군인 간의 추행 행위에 대해서만 구 군형법 제92조에 의해 형사처벌을 하는 것은 정당한 입법 목적도 없고, 차별의 비례성도 상실한 것이며, 설사 완화된 심사기준에 의할 때에도 그 차별에 합리적인 사유가 없다고 할 것이므로, 동 규정은 평등권에 반하는 위헌적 규정이라고 할 것이다.⁸⁰⁾ 따라서 구 군형법 제92조의 위헌 여부에 대한 2011년 3월 31일의 2008헌가21 결정에서 헌법재판소의 견해처럼 구 군형법 제92조에 의해 남성 군인 간의 추행 행위뿐만 아니라 여성 군인 간의 추행 행위에 대해서도 구 군형법 제92조가 적용된다고 하기 위해서는 동 규정에서 예시적 입법규정인 ‘계간’이라는 용어를 삭제한 후,⁸¹⁾ 미국의 군사통일법전 제 125조⁸²⁾처럼 명시적으로 남성 군인 사이뿐만 아니라 여성 군인 간의 추행 행위에도 적용되도록 개정하는 것이 바람직하다.

둘째, 2009년 9월 1일 기준으로 현재 우리나라 군에서 육군에는 각각 여성 장교가 2,350명(4.6%), 여성 부사관이 1,635명(3.3%)이 있고, 공군에는 각각 여성 장교가 339명(3.5%), 여성 부사관이 626명(3.2%)이 있으며, 해군에는 각각 여성 장교가 286명(2.8%), 여성 부사관이 312명(1.2%)이 있어, 총 여성 장교가 2,975명(4.2%), 여성 부사관이 2,573명(2.7%)가 육군에는 총 23개 병과 중 포병·기갑·방공·군중의 4개 병과를 제외한 19개 병과에, 공군에는 총 20개 병과 중 치의·군중 병과를 제외한 18개 병과에, 해군에는 총 18개 병과 중 군중·군의 병과를 제외한 16개 병과에 각각 배치되어 남성 군인들과 함께 군에서 근무 중이며, ‘국방개혁에 관한 법률’과 동시행령에 의해 2010년 말까지는 여성 장교를 4.4%, 여성 부사관을 2.9%, 2015년 말까지는 여성 장교를 5.7%, 여성 부사관을 4.1%, 2020년 말까지는 여성 장교를 7.0%, 여성 부사관을 5.0%까지로 그 숫자

80) 同旨 : 노기호, 앞의 논문, 284쪽 이하; 조인형, 앞의 논문, 15쪽.

81) 同旨 : 노기호, 위의 논문, 295쪽; 조인형, 위의 논문, 19쪽.

82) 본 논문의 III-1 참조.

를 확충시킬 것이므로,⁸³⁾ 결코 군에서 여성 군인과 남성 군인 간에 추행 행위가 발생할 숫자가 적다고 볼 수 없고, 육군과 공군 및 해군의 거의 모든 병과에 여성 군인이 군무하고 있어 남성 군인과 만날 기회가 많다고 할 것이므로, 이성 군인 간의 추행 행위가 발생할 가능성이 크므로, 더 이상 이성 군인 간의 추행의 문제를 묵과할 수 없다고 할 것이다. 즉, 군에서 이성 간의 추행 행위에 대해 동성 간의 추행 행위에 못지않게 발생할 위험이 크고, 이로 인해 군대가정의 성적 건강을 해치고, 군의 기강이 확립되지 못하고 해이해지거나 무너질 위험성이 높다고 할 것이므로, 구 군형법 제92조의 위헌 여부에 대한 2011년 3월 31일의 2008헌가 21 결정에서 헌법재판소의 견해처럼 여성 군인의 숫자가 적거나 이성 군인 간의 만날 기회가 적다는 사유로, 동 규정을 이성애자 간의 추행 행위에 적용하지 않아도 평등권에 반하지 않는다고 보는 것은 현재 우리 군의 현실에 비추어 볼 때 더 이상 타당하지 않다.

셋째, 구 군형법 제92조는 군인 간에 폭행이나 협박, 또는 위계나 위력, 또는 상호 합의에 의한 추행 행위에 대한 비난가능성의 정도가 다름에도 불구하고 이를 구별하지 않고, 동일하게 1년 이하의 징역형으로 처벌하도록 규정한 것은 평등권에 반한다고 할 것이며, 구 군형법 제92조에서 미수범과 기수범을 구별하지 않고 동일하게 처벌하도록 규정한 것 역시 평등권에 반한다고 할 것이다. 이에 대해 2009년 11월 2일에 개정된 군형법에서 제92조~제92조의3의 규정까지 범죄구성요건을 세분화하여 그 행위의 정도에 따라 각각 형을 다르게 규정하고, 동법 제92조의4에서 이에 대한 미수범을 처벌하는 규정을 신설한 것은 구 군형법 제92조를 평등권에 반하지 않도록 개정한 것으로, 타당한 입법 개정을 했다고 평가할 수 있다.

83) 김옥이 의원실, “여군 인력 확대와 여대생 ROTC 도입에 관한 정책토론회-저도 ROTC 출신 여군장교가 되고 싶어요-”, 국회의원 김옥이 정책토론회 자료집(국회의원회관 제3간담회실, 2009), 32쪽 이하.

V. 결 론

이상에서 살펴보았듯이 구 균형법 제92조는 그 입법 목적이 정당하고,⁸⁴⁾ 비례의 원칙에 반하지는 않지만,⁸⁵⁾ 명확성의 원칙과 평등권에 반하는 문제가 있는 위헌적 규정이라고 할 것이므로,⁸⁶⁾ 2011년 3월 31일의 헌법재판소의 2008헌가21 결정에서 다수의 헌법재판소 재판관들이 동 규정에 대해 그 입법 목적이 정당하고, 비례의 원칙에 반하지 않는다고 본 것에는 찬동하지만, 동 규정이 명확성의 원칙과 평등권에 반하지 않는다고 본 것에는 찬동할 수 없다.

한편 2009년 11월 2일에 구 균형법 제92조가 개정되어 균형법 제92조의 강간죄와 동법 제92조의2의 강제추행죄 및 동법 제92조의3의 준강간·준강제추행죄 규정을 신설하여 그 범죄구성요건을 세분화하여 형을 각각 다르게 규정하였고, 동법 제92조의4에서는 이에 대한 미수범을 처벌하는 규정을 신설하였으며, 동법 제92조의6에서 강간 등 상해·치상죄와 동법 제92조의7에서 강간 등 살인·치사죄를 처벌하는 규정을 각각 신설하였고, 동법 제92조의8에서 동법 제92조 및 제92조의2부터 제92조의4까지의 범죄에 대한 친고죄 규정을 신설하였다는 점에 의할 때 구 균형법 제92조가 명확성의 원칙과 평등권에 반하는 문제점이 일부 또는 다소 완화되었다는 것에는 그 입법의 개정을 긍정적으로 평가할 수 있다.

그러나 2009년 11월 2일에 개정된 균형법 제92조의5에서 “계간이나 그 밖의 추행을 한 사람은 2년 이하의 징역에 처한다.”라고 규정한 것은 2009년 11월 2일에 개정된 균형법 제92조~제92조의3 규정처럼 그 적용대상을 명시적으로 밝히지 않고 있어, 균형법 제92조의5의 행위주체와

84) 본 논문의 IV-2.2 참조.

85) 본 논문의 IV-3.2 참조.

86) 본 논문의 IV-1.2와 IV-4.2 참조.

객체가 누구인지 애매모호하다는 점에서 명확성의 원칙에 반하는 문제점과 동 규정에서 ‘계간’이라는 용어를 예시적 입법형식으로 여전히 사용하고 있어, 동성 간에 추행 행위에 대해서만 형사처벌을 하는 것으로 해석되어 평등권에 반하는 문제점 및 ‘위계나 위력’에 의한 균형법 피적용자 간의 추행 행위에 대해서 별도의 형사처벌 규정을 두지 않고, 균형법 제92조의5에서 ‘계간이나 그 밖의 추행’을 한 균형법 피적용자와 동일한 형으로 처벌하도록 규정한 것은 평등권에 반하는 문제가 있으며, 균형법 제92조의5가 구 균형법 제92조보다 형의 상한선을 1년 더 무겁게 개정하여 2년 이하의 징역형으로 개정한 것은 ‘계간이나 그 밖의 추행’을 한 균형법 피적용자에게 형법 제59조 제1항⁸⁷⁾에 의한 선고유예를 할 수 없게 하여 비례의 원칙 중 최소 침해의 원칙에 반하는 문제가 있다.

따라서 향후 2009년 11월 2일에 개정된 균형법 제92조의5는 ‘계간’이라는 규정을 삭제한 후,⁸⁸⁾ 동 규정의 적용대상을 2009년 11월 2일에 개정된 제92조~제92조의3의 규정처럼 명시적으로 밝혀야 할 것이고, ‘위계나 위력’에 의한 균형법 피적용자 간의 추행 행위에 대해서 2009년 11월 2일에 개정된 균형법 제92조의5와 다른 별도의 형사처벌 규정을 신설해야 할 것이며, 2009년 11월 2일에 개정된 균형법 제92조의5의 형을 구 균형법 제92조처럼 선고유예가 가능하도록 1년 이하의 징역형으로 개정하는 것이 동 규정이 헌법상 명확성의 원칙과 비례의 원칙 및 평등권에 반하지 않게 된다는 점에서 타당하다.

87) 형법 제59조 제1항에서는 “1년 이하의 징역이나 금고, 자격정지 또는 벌금의 형을 선고할 경우에 제51조의 사항을 참작하여 개전의 정상이 현저한 때에는 그 선고를 유예할 수 있다. 단, 자격정지 이상의 형을 받은 전과가 있는 자에 대하여는 예외로 한다.”라고 규정되어 있다.

88) 同旨: 노기호, 앞의 논문, 295쪽; 조인형, 앞의 논문, 19쪽.

(투고일 2011년 7월 10일, 심사일 2011년 8월 4일, 게재확정일 2011년 8월 23일)

주제어 : 군형법, 추행, 명확성의 원칙, 비례의 원칙, 평등권

참고문헌

1. 단행본

- 고등군사법원, 군형법해설서, 고등군사법원, 2005.
- 김성돈, 형법각론, 성균관대 출판부, 2010.
- 김일수/서보학, 새로 쓴 형법각론, 박영사, 2004.
- 김종원, 형법각론(상), 법문사, 1971.
- 민중서림, 엡센스 국어사전, 민중서림, 2006.
- 배종대, 형법각론, 홍문사, 2010.
- 손동권, 형법각론, 을곡출판사, 2010.
- 오영근, 형법각론, 박영사, 2009.
- 이재상, 형법각론, 박영사, 2010.
- 이형국, 형법각론, 법문사, 2007.
- 임 우, 형법각론, 법문사, 2011.
- 정영석, 형법각론, 법문사, 1983.
- 한인섭/양현아, 성적 소수자의 인권, 사람생각, 2002.

2. 논문

- 강진철, “동성애”, 고향법학 제3호, 고향법학교수회, 2001.
- 김주환, “일반적 평등원칙의 심사 기준과 방법의 합리화 방안”, 공법학연구 제9권 제3호, 한국비교공법학회, 2008.
- 노기호, “군형법 제92조 ‘추행죄’의 위헌성 고찰—육군 제22사단 보통군사법원 2008.8.6. 위헌제청결정사건(2008고10)을 중심으로—”, 헌법학연구 제15권 제2호, 한국헌법학회, 2009.
- 문준영, “미군정 법령체제와 국방경비법”, 민주법학 제34호, 민주주의

- 법학연구회, 2007.
- 박영주, “동성애에 대한 법적 태도”, 부산법조 제21호, 부산지방법번호 사회, 2004.
- 송문호, “군형법과 ‘제복을 입은 시민’”, 형사법연구 제21권 제4호, 한국형사법학회, 2009.
- 오병두, “군형법의 문제점과 개정방향”, 형사정책 제20권 제1호, 한국 형사정책학회, 2008.
- 이경환, “군대 내 동성애 행위 처벌에 대하여”, 공익과 인권 제5권 제1호, 서울대학교 BK21 법학연구단 공익인권법연구센터, 2008.
- 이준일, “헌법재판소가 이해하는 명확성원칙의 비판적 재구성”, 헌법학연구 제7권 제1호, 한국헌법학회, 2001.
- _____, “헌법재판의 법적 성격-헌법재판소의 논증도구인 비례성원칙과 평등원칙을 예로-”, 헌법학연구 제12권 제2호, 한국헌법학회, 2006.
- 이희훈, “공직선거법 제93조 제1항의 헌법재판소 2009. 7. 30, 2007헌마718 결정에 대한 평석: UCC의 배포금지에 대한 비판을 중심으로”, 언론과 법 제8권 제2호, 한국언론법학회, 2009.
- _____, “집회 및 시위에 관한 법률 제5조 제1항에 대한 연구-헌재 2010. 04. 29, 2008 헌바118결정에 대한 평석을 겸하여-, 헌법학연구 제16권 제3호, 한국헌법학회, 2010.
- _____, “일반교통방해죄와 외교기관 인근 집회·시위 금지에 대한 헌법적 평가-헌법재판소 2010. 03. 25. 선고, 2009헌가2 결정과 헌법재판소 2010. 10. 28. 선고, 2010헌마111 결정에 대한 비판을 중심으로-”, 공법연구 제39집 제3호, 한국공법학회, 2011.
- 전현희, “동성애의 법적 고찰”, 시민과 변호사 제83호, 서울지방법번호 사회, 2000.

- 조 윤, “군형법 개정론”, 사법논집 제2집, 법원행정처, 1972.
- 조인형, “군형법상 추행죄의 문제점 및 개선방안”, 공군법률논집 제13집 제1권, 공군본부 법무실, 2009.
- 지성수, “위임입법에 있어서의 명확성 원칙”, 헌법논총 제15집, 헌법재판소, 2004.
- 최경옥, “미군정하의 국방경비법의 유래와 변천－‘조선(국방)경비법·조선해안경비법’(1946년) 자료 발굴에 즈음하여－”, 공법연구 제35집 제2호, 한국공법학회, 2006.
- 최재석, “군내 동성애자(Homosexuals)문제에 대한 법률적 고찰－미군의 Don’t Ask, Don’t Tell 정책을 중심으로－”, 법률정보판례연구 제1집 제1호, 법우사, 1999.
- 홍완식, “헌법재판소의 결정을 통해 본 입법의 원칙”, 헌법학연구 제15권 제4호, 한국헌법학회, 2009.
- 황치연, “과잉금지원칙의 내용”, 공법연구 제24집 제3호, 한국공법학회, 1996.
- Jeremy J. Gray, “The Military’s Ban on Consensual Sodomy in a Post-Lawrence World”, *Washington University Journal of Law & Policy* 제21권, 2006.

3. 기타자료

- 김옥이 의원실, “여군 인력 확대와 여대생 ROTC 도입에 관한 정책토론회－저도 ROTC 출신 여군장교가 되고 싶어요－”, 국회의원 김옥이 정책토론회 자료집, 국회의원회관 제3간담회실, 2009.
- NEWSIS, 오바마, 동성애자 군복무 금지 폐지법안 서명, 2010. 12. 23, <http://www.newsis.com/article/view.htm?cID=&ar_id=NISX20101223_0007016184>, 검색일: 2011. 06. 20.

[Abstract]

Constitutional Evaluation on the Article 92 of the Former Military Criminal Law

—Focused on the Annotation of the Constitutional Court Decision 2011. 3. 31. Sentence, 2008Hun-Ga21—

Hie-Houn Lee*

A protection of legislation's purpose of 'Protection of armed forces family life and establishment of armed forces law and order' on the Article 92 of the former military criminal law is fair. And, the method of discharge treatment or disciplinary action and so on cannot effectively regulate sexual molestation in the armed forces. Moreover, this same rule prescribes suspended sentence. Therefore, this same rule is not violated a principle of balancing test.

But, this same rule is prescribed for the same penalty without regard to compulsion-related degree for a sexual molestation among soldiers. And, this same rule is prescribed with the subject and the object of a criminal act ambiguously. Moreover, we don't know an applied place of this same rule. Therefore, this same rule is violated a void for vagueness doctrine. Moreover, this same rule is violated a rights to equality. Because this same rule punishes a detective only for a sexual molestation among man soldiers by 'sex of the cock' which is an illustrative legislation rule in this same

* Assistant professor of College of Law, Sunmoon University.

rule. And, because this same rule prescribes levies for the same penalty without levying for a penalty by degree of a sexual molestation among soldiers.

On the other hand, the article 5 of 92 in military criminal law revised on November 02, 2009 has still problems violated a void for vagueness doctrine and right to equality like article 92 of the former military criminal law and this rule has still problems violated a principle of balancing test. Because this rule levies for a penalty equal to or less than two year, and there is not suspended sentence.

Therefore, the article 5 of 92 in military criminal law must delete 'sex of a cock' in future. And, this same rule must prescribe application object definitely. Moreover, it is desirable to revise this same rule for a penalty equal to or less than one year so that suspended sentence is enabled.

Key Words : Military Criminal Law, Sexual Molestation, Void for Vagueness Doctrine, Principle of Balancing Test, Rights to Equality