

# 군대 내 동성애 행위 처벌에 대하여

이 경 환\*

## 목 차

I. 문제의 소재	2. Dudgeon v. UK 사건과 유럽의 변화
II. 사례의 소개	3. 군대 내 동성애 금지에 대한 논의
III. 군형법 제92조 개관	4. 기타 국가들의 태도
1. 구성요건	VI. 군형법 제92조의 위헌성
2. 보호법의	1. 기존의 논의
3. 연혁 및 개정논의	2. 군형법상 추행죄로 인해 침해되는 기본권은 무엇인가?
4. 군대 내 추행 발생 및 군형법상 추행죄의 적용 실태	3. 기본권 제한의 정당한 목적이 있는가?
5. 군형법 제92조의 문제점	4. 동성간 성적 행위의 형사처벌이 군의 기강과 전투력 유지에 기여하는가?
IV. 미국의 동성애 처벌의 역사와 법적 논쟁	5. 형사처벌은 불가피한가?
1. 일반적 ‘소도미’ 금지 규정에 대한 법적 논쟁	6. 소결
2. 군대 내 ‘소도미’ 금지에 대한 법적 논쟁	VII. 결론
V. 유럽 기타 국가들의 동성애 처벌의 역사와 법적 논쟁	
1. 개관	

## 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 동성간 성행위를 한 남성 2명이 각각 채찍으로 7천대를 맞는 태형을 받았다.<sup>1)</sup> 국제사면위원회는 2000년에 발행한 보고서를 통해 아프가니스탄에서 적어도 여섯 명의 남자가 1998년과 1999년에 탈레반 법정으로부터 ‘소도미’로 기소된 후 각각 대중들 앞에서 압사당했다고 밝히고 있다.<sup>2)</sup> 아직

\* 서울대학교 대학원 법학과 석사수료, 군법무관

1) 연합뉴스, 2007. 10. 4. 기사

2) Amnesty International, *Crime of Hate, Conspiracy of Silence* (2001), 바네사 베어드, 성적 다양

까지도 상당수의 국가에서 동성애 행위는 처벌의 대상이 되고 있으며,<sup>3)</sup> 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’ 사건<sup>4)</sup>으로 촉발된 동성애의 언론의 자유 논쟁과, 동성간 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 동성간 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 동성간 성적 행위에 적용되는 경우, 애초의 입법취지와는 달리 ‘호모포비아’<sup>5)</sup>(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),

성, 두렵거나 혹은 모르거나(이후, 2007), 116면에서 재인용; 호모포비아(동성애 공포증)는 이슬람권뿐 아니라 기독교 문화권 및 중국, 아프리카 등지에서 폭 넓게 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 2000년 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 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.

외국법과의 비교를 통해(4장, 5장), 위 조항의 위헌성을 검토(6장)하기로 한다.

## II. 사례의 소개<sup>6)</sup>

	사례 17)(2007년)	사례 28)(2006년)	사례 39)(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 추행하고, 내무실 옆 화장실 용변칸에서 계간(항문성교)을 시도함	1. A, B가 서로 7개월에 걸쳐 독신자 숙소에서 성기를 빨아 사정하게 하는 방법으로 9번 추행하고, 4번 계간(항문성교) 2. A가 B를 4개월에 걸쳐 성기를 만지는 방법으로 6번 (강제)추행 3. A가 3개월에 걸쳐 병사를 면담 명목으로 내무실 교관연구실 세면장 등지로 불러 병사의 성기를 만지고 입으로 빨아 사정하게 하는 방법으로 6번 (강제)추행 <sup>10)</sup>
처리 결과	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 <sup>11)</sup> 에서 만남	같은 계급의 병사로 A가 B의 21일 선임	같은 부대, 숙소에서 생활하는 동갑인 간부
행위 동기	비전캠프에서 서로 동성애 자임을 알게 되어 A가 주도적으로 행동	장난삼아 억압된 성적 욕구를 해소하려고 했다고 진술함	동성간 성행위 경험이 있던 A에 의해 주도적으로 발생
사건 발각 경위	찝찝하게 생각하던 B가 부대에 돌아온 후 동기의 권유로 지휘관에게 보고	B가 성추행을 당하였다고 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 찾아 낸 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.

	사례 4 <sup>12)</sup> (2005년)	사례 5 <sup>13)</sup> (2001년)	사례 6 <sup>14)</sup> (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 흉내 내기, 뽀뽀, 껴안고 자는 방법으로 7번(강제)추행 3. B가 일을 잘 못한다는 이유로 A가 B에게 머리 들고 취침하기, 엎드려 뺨쳐를 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 삽입을 하는 방법으로 피해 병사 15명에게 25회에 걸쳐(강제)추행 <sup>15)</sup> 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
처리 결과	A: 징역 1년, 집행유예 2년(1심 확정) B: 선고유예 <sup>16)</sup> (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
행위 동기	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
사건 발각 경위	B가 중대장에게 보고함	병사들이 전역하는 선임병에게 이야기하여, 전역자 모임을 통해 대대장에게 알림	B와의 관계를 A가 일기장에 적어두었는데 보안검열을 대비하여 통신장교가 점검하다가 확인함

7) 제17보병사단 보통군사법원 2007. 2. 27. 선고, 2006고4 판결  
 8) 제9보병사단 보통검찰부 2006년 형제 44호 사건  
 9) 대법원 2006. 5. 11. 선고, 2006도1897 판결(A), 제2군단 보통군사법원 2005. 10. 20. 선고 2005고12 판결(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 균형법상 추행죄로 변경되었다.  
 11) 비전캠프란 복무부적응자나 자살우려자 등 부대에서 관심을 가지는 병사들을 모아 일정 기간 동안 진행하는 특별 교육훈련프로그램이다. 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.<sup>17)</sup>

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

추행의 개념에 대해서는 군형법뿐 아니라 형법 등 다른 법률에서도 아무런 정의규정을 두고 있지 않으나, 대법원은 “객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 것”이라고 하고, 추행행

12) 제6군단 보통군사법원 2005. 7. 13. 선고, 2005고8 판결

13) 대법원 2001도6672 판결(A), 제2군단 보통군사법원 2001. 7. 27. 선고, 2001고46 판결(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 행동이라고 진술하다가, 법정에서는 A의 요구로 어쩔 수 없었다고 진술을 번복하였고, 진술거부권 불고지, 강압적 수사 등 수사과정의 문제를 제기 하였다. 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, 277면

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

19) 일반적으로는 남성간의 행위만을 지칭하나, 더 넓게 해석하여 ‘동성간 또는 동물과의 비정상적인 성교 행위’로 해석하는 견해도 있다(육군종합행정학교, **군형법**(2006. 2.), 315면. 입법연혁적으로 볼 때 ‘계간’이 미국의 ‘소도미(sodomy)’를 의미하는 것으로 볼 수 있어 위와 같은 해석도 가능하나, 남성간의 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’

위에 해당하는가에 대하여는 피해자의 의사, 성별, 연령, 행위자와 피해자의 이전 부터의 관계, 그 행위에 이르게 된 경위, 구체적 행위태양, 주위의 객관적 상황과 그 시대의 성적 도덕관념 등을 종합적으로 고려하여 신중히 검토하여야 한다고 판시하였다.<sup>21)</sup> 학설 또한 대법원과 마찬가지로 객관적으로 판단하나<sup>22)</sup>(주관적 요소 불요설), 일부는 성욕의 흥분, 자극 또는 만족을 목적으로 하는 행위라고 하여 주관적 요소가 존재할 것을 필요로 한다고 주장도 있으며<sup>23)</sup>(주관적 요소 필요설), 균형법상 추행죄에 대하여는 ‘음란한 행위로서 건전한 사회인에게 수치심을 일으키게 하는 일체의 행위’<sup>24)</sup>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.<sup>25)</sup> 또한 균형법상 추행은 균법피적용자간의 행위에만 적용되며, 민간인과의 행위에는 적용되지 않으며, 친고죄가 아니라고 한다.<sup>26)</sup>

## 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.

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), 161면.

23) 김종원, **형법각론(상)**(1971), 133면; 정영석, **형법각론**(1983), 275면; 김일수, **형법각론**(1999), 146면; 박상기, **형법각론**(1999), 156면; 육군본부, **군사형법**(1990), 333면

24) 육군종합행정학교, **균형법**(2006. 2), 315면.

25) 헌법재판소 2002. 6. 27. 선고, 2001헌바70 결정. 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 판결. 친고죄란 처벌을 위해 피해자의 고소가 필요한 범죄를 말한다. 형법의 강제추행죄는 친고죄로서 피해자가 합의하면 처벌을 할 수 없기 때문에 비친고죄인 균형법상 추행죄만 문제된다.

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,<sup>27)</sup> 대법원은 위 조항이 ‘군대가정의 성적 건강을 유지하기 위한 것’이라고 보았다.<sup>28)</sup> 헌법재판소는 위 2001헌바70 결정에서 “별도의 처벌규정을 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 달리 하므로 상상적 경합이 된다는 견해<sup>29)</sup>와 강제력의 유무를 기준으로 하여 강제력이 인정되는 경우에는 형법 또는 성폭력특별법 위반죄에 흡수된다는 견해<sup>30)</sup>가 대립하고 있는데,<sup>31)</sup> 실무상으로는 주로 강제력이 인정되는 경우 형법 또는 성폭력특별법으로만 기소를 하고, 친고죄의 경우 합의가 되면 균형법상 추행죄로 공소장 변경을 하는 경우가 많다.<sup>32)</sup>

### 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 조선

27) 고등군사법원 1990. 3. 30. 선고, 99노31 판결

28) 대법원 1973. 9. 25. 선고, 73도1915 판결

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

30) 고등군사법원 1999. 3. 30. 선고, 99노31 판결; 육군본부, 앞의 책, 334면; 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.

경비대법 및 국방경비법, 해안경비법을 대체하는 것으로, 일본의 구육군형법(명치 41년 제정)을 토대로 하여 미전시법의 규정을 다소 가미하여 조문화한 것이다.<sup>33)</sup> 국방경비법 및 해안경비법에는 ‘기타 각종의 범죄’에 방화, 절도, 횡령 등의 범죄와 함께 ‘계간’이 규정되어 있었으며,<sup>34)</sup> 5년 이하의 형을 부과할 수 있었다.

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 남성간의 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 동성간 행위는 내부 징계 및 현역복무부적합<sup>35)</sup> 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 군기문란 행위가 감소를 위해 범죄의 유형 및 죄질에 따라 추행죄의 구성요건을 세분화하고 그 법정형을 구성 요건별로 달리 규정하는 균형법 일부법률 개정안을 제출하였다.<sup>36)</sup> 그러나 여전히 계간 및 강제력이 없는 추행에 대한 처벌 규정을 두고 있어 단지 법정형을 조정할 정도에 그쳤다.

33) 조운, “균형법 개정론”, **사법논집**(제2집, 1972), 435면.

34) 국방경비법 제50조, 해안경비법 제13조; 국방경비법은 1928년 미전시법을 그대로 번역한 법률이다. 미전시법은 2차대전 이후 해안경비법과 통합, 대폭 수정되어 1950년 통일군사법전으로 대체되었다. 위 논문, 435면.

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)

- ① 폭행 또는 협박으로 계간(鷄姦) 그 밖의 추행(醜行)을 한 자는 5년 이하의 징역에 처한다.
- ② 위계 또는 위력으로 계간 그 밖의 추행을 한 자는 3년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.
- ③ 제1항 및 제2항 이외의 방법으로 계간 그 밖의 추행을 한 자는 1년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.
- ④ 제1항의 미수범은 처벌한다.



#### 4. 군대 내 추행 발생 및 균형법상 추행죄의 적용 실태

군대 내에서 발생하는 추행행위의 유형은 다양하다. 볼을 쓰다듬거나 귓볼 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, 향문삼입 등의 사례가 있다.<sup>37)</sup> 이러한 군대 내 추행 사건은 위계적 질서가 강한 계급구조의 특성과 맞물려<sup>38)</sup> 가시적인 폭행이나 협박이 없더라도 피해자들이 저항을 하지 못하는 특성이 있으며, 또한 가해자와 피해자가 계속 같은 공간에서 집단생활을 해야 하기 때문에 피해가 지속되고 반복되는 경향도 있다. 동성간 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.<sup>39)</sup>

군대의 사건시스템이 전산화된 2004. 1. 1. 이후 2007. 12. 31.까지 균형법상 추행죄가 적용된 사건은 모두 176건이다. 이 중 합의에 의한 동성간 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, 협의 없음 3건, 처분 미상 25건이다. 이와 같은 적용실태를 보면 균형법상 추행죄

37) 군대 내 동성간 추행 사례는 행위의 동기를 기준으로 하여 괴롭힘의 성격을 가지는 것과 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.), 72-74면.

39) 국가인권위원회, 앞의 글, 66-71면.

가 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 처리하고 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 추행한 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 ‘군이 라는 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 ‘군이 라는 공동 사회의 건전한 생활과 군기’ 및 ‘군대의 질서와 규율’을 침해하는 행위이지만, 초병이나 상급자에 대한 행위를 가중 처벌하는 것<sup>41)</sup> 외에 별도의 규정을 두지는 않음

40) 이를 표로 정리하면 아래와 같다.

	강제적 추행	비강제적 추행 (합의에 의한 성적행동)
강제력 유무	요구됨	필요 없음
피해자 유무	구체적 피해자 존재	군대라는 추상적 피해자
주된초점	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

며, 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 동성간 추행(성적행동)’을 처벌하는 것의 정당화 근거로 사용되는 것을 막을 수 있다. 이 글에서는 위와 같은 구분을 전제로 하여 ‘합의에 의한 동성간 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 기원인 미국과 기타 다른 나라들에서의 논의를 먼저 검토하고자 한다.

## IV. 미국의 동성에 처벌의 역사와 법적 논쟁

### 1. 일반적 ‘소도미’<sup>42)</sup> 금지 규정에 대한 법적 논쟁

#### 1) ‘소도미’ 금지의 역사와 초기 법적 대응

1961년까지 미국의 모든 주는 이성 및 동성간의 모든 구강·항문 성교를 금지

41) 균형법 제9장 제48조~제63조

42) ‘소도미(sodomy)’라는 용어는 구약성경 창세기(19장)에 나오는 소돔과 고모라라는 도시의 이야기에서 유래한다. 소돔과 고모라는 일반적으로 동성에 행위로 인해 파멸하였다고 해석되고 있다. 성경에서는 창세기 외에도 레위기와 바울서신에서 동성에 관련 언급이 있다. 대체적인 해석은 성경이 동성애를 금지하고 있다는 것이나, 일부 신학자들은 이러한 해석에 반대하고 있다. 이에 대하여는 신원하, “한국교회의 동성에 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”, 장로회 신학대학교 신학대학원 석사학위 논문, 2005. 12; 김상철, “동성애에 대한 신약 성경의 입장”, 장로회신학대학교 신학대학원 석사학위 논문, 2003. 7 등 참조할 것.

하는 ‘소도미’법을 제정하고 있었다.<sup>43)</sup> 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’<sup>44)</sup>에 의해 동성애 권리 운동이 촉발되고, 1970년대와 1980년대 미국 심리학회 및 정신의학회에서 동성애를 병리적 현상의 범주에서 제외한 이후, ‘소도미’법을 무효화하려는 법적인 소송들이 제기되었다.<sup>45)</sup>

‘소도미’법에 대한 동성애자들의 권리주장은 주로 프라이버시권을 중심으로 이루어졌는데, 특히 피임기구의 사용을 권유하는 것을 금지하고, 위반할 경우 형사 처벌을 하는 코네티컷주의 피임금지법에 대해 위헌을 선언한 *Griswold v. Connecticut* 사건<sup>46)</sup>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 판결들<sup>47)</sup>이 나오게 되었다.

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, 44면.

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

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 *Warran*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

## 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 동의하에 다른 남성과 동성애 행위를 하는 것을 목격하고 현장에서 체포하였다. *Hardwick*에 대한 기소는 1심에서 증거불충분으로 기각되었으나, 이를 계기로 *Hardwick*은 연방지방법원에 동성애 행위를 금지하는 조지아주법<sup>48)</sup>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.<sup>49)</sup>

하지만 연방대법원은 5대4로 연방항소법원의 판단을 뒤엎고 합헌선언을 하였다. 연방대법원의 다수의견은 동성애 행위의 자유는 헌법상 기본적 권리에 해당하지 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.<sup>50)</sup>

## 3) Lawrence 판결 - 연방대법원의 변화

위와 같은 연방대법원의 보수적인 태도는 2003년에 이르러서야 *Lawrence v. Texas* 판결에 의해 변경되었다. 연방대법원은 동성간의 성행위를 범죄로 규정한 텍사스 주법<sup>51)</sup>에 대하여 6대3의 다수의견으로 적법절차조항을 침해하여 위헌이라

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, 76면.

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

고 판시하였다. Lawrence 사건에서 연방대법원은 단지 동성에 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.<sup>52)</sup>

연방대법원은 이 사건에서 평등조항이 아닌 적법절차 조항만을 기준으로 삼았는데, 이는 문제된 법이 동성애를 범죄화 하는 것을 목적으로 한 것이 아니라, 이성간·동성간 모두에서의 ‘소도미’ 행위를 범죄화하는 것이기 때문이라고 하였다.<sup>53)</sup>

또한 연방대법원은 ‘소도미’가 엄격한 심사 기준을 필요로 하는 ‘기본권’ 또는 ‘기본적 자유’라고 실시하지는 않았다.<sup>54)</sup> 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)<sup>55)</sup>는 이 점을 자신의 판단에 대한 정당화 근거로 사용하기도 하였다.

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 ‘국가 안보와 같은 적법한 주의 이익’이 없다고 서술함으로써,<sup>56)</sup> 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 금

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.

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

지는 영국의 전시법(Articles of War)에 그 기원을 두고 있다. 미국의회는 1950년 UCMJ(the Uniform Code of Military Justice)를 제정하면서 모든 형태의 “비자연적인 동성간 또는 이성간 또는 동물과의 비정상적인 성교행위”를 금지하는 제125조를 두었으며, 이 조항은 지금까지 같은 형태로 유지되고 있다.<sup>57)</sup>

## 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 동성애 정책을 약화시키는 방향으로 영향을 미칠 것으로 예견되었다.<sup>58)</sup> 그러다 Lawrence 판결 이후 발생한 United States v. Marcum 사건<sup>59)</sup>과 United States v. Stirewalt 사건<sup>60)</sup>으로 인해 군대 내 소도미 금지에 대한 위헌성 문제가 법원의 판단을 받게 되었다. 하지만 CAAF는 두 사건 모두에서 ‘소도미’ 처벌을 지지함으로써 Lawrence 판결이 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, 공연한 장

57) Jeremy J. Gray, *Ibid*, 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.

소에서의 행위 또는 성매매, 행위자 중 일방이 사실상 동의를 거절하기 어려웠던 상황 등이 문제된다. 마지막으로, 법원은 그 행위를 금지할 군사적 이유가 있는지 질문해야 한다.<sup>61)</sup>

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,<sup>62)</sup> 그러한 행위는 로렌스 판결에 의해 보호되는 범위에 해당하지 않는다고 보았다.<sup>63)</sup> 이에 대해 Marcum의 변호사는 (동성애에 대한) “도덕적 비난”이 ‘소도미’ 법의 숨겨진 의도라고 주장하였으나 받아들여지지 않았다.<sup>64)</sup>

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.<sup>65)</sup> 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 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

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.



군대 구성원간의 친밀한 관계와 이별로 인한 어려움, 둘째는 이성애자 군인들의 동성애에 대한 혐오감, 셋째는 이성애자 군인들의 사생활에 대한 침해이다.<sup>66)</sup> ‘소도미’와 같은 동성애 경향이 군에서 금지될 경우 부대에서의 성적 긴장이 감소될 수 있으며, 또한 ‘소도미’ 행위로 인해 흔들릴 수 있는 부대의 단결은 전투에 있어서의 승패 및 생사의 갈림길이 된다고 주장한다.<sup>67)</sup>

미국 정부는 위 *Marcum* 사건에서, 연방대법원이 예전에 실시한 바와 같이 군대와 민간 영역은 서로 구별되는 특징이 있기 때문에<sup>68)</sup> *Lawrence* 판결이 군대에 적용될 수는 없다고 주장하였다. 또한 연방대법원이 동성간 소도미에 대해 기본권을 인정할 것은 아니기 때문에 합리성 심사기준을 적용해야 하며, 이에 의할 때 군대에서의 동성애 행위는 “높은 기준의 도덕, 명령, 규율, 부대의 단결에 위협을 가져오기”<sup>69)</sup> 때문에 이를 금지할 적법한 이익이 있다고 하였다.

*Fred Peck*은 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.<sup>70)</sup>

*Keira A. Pollette*은 군대 내 ‘소도미’ 금지 규정에 대한 비판이 주로 프라이버시권에 근거하고 있는데, 군인들은 전통적으로 프라이버시권을 충분히 향유하지 못하여 왔다는 점에서 문제가 있다고 지적하고 있다.<sup>71)</sup> 또한 군의 정책은 성적 지향이 아닌 행위에 초점을 맞추고 있기 때문에 그러한 정책은 어떤 기본권도 침해하지 않는다고 주장한다.<sup>72)</sup>

## 나. 비판론

일반적인 ‘소도미’ 법률에 대한 문제제기와 맥락을 같이 하여, 군대 내 ‘소도미’ 금지에 대한 비판적인 논의도 일찍부터 있어 왔다. 특히 2001년 군사통일법전 제

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

72) *supra*, at 662

정 50주년을 맞이하여 비영리 민간단체인 NIMJ(the National Institute of Military Justice)의 후원을 받아 조직된 Cox 위원회<sup>73)</sup>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.<sup>74)</sup> 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.<sup>75)</sup> 미 국방부가 의뢰하여 Rand Corporation이 수행한 연구에서도 같은 내용이 확인되는데, 이 연구에 의하면

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 동성간 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. Rev. 91, 2002; Baime 대령은 군사통일법전 제 125조를 “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.

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.<sup>76)</sup>

Kenneth Williams는 군대에서의 동성애자들이 샤워실이나 1인용 참호 등지에서 문제를 일으킬 것이라는 인식이 잘못된 것이라는 연구결과<sup>77)</sup>를 지적하면서, 동성애 관계 뿐 아니라 이성애 관계 역시 군의 기강에 같은 문제를 야기할 수 있으므로 군에서의 동성애 배제는 잘못된 것이라고 비판한다.<sup>78)</sup>

## V. 유럽 기타 국가들의 동성애 처벌의 역사와 법적 논쟁

### 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.<sup>79)</sup> 유럽 인권위원회와 인권재판소의 위와 같은 판결들은 평등권이 아닌 사생활의 권리 침해에 주로 기반하였다

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

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

<sup>78)</sup> 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

<sup>79)</sup> 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

는 점이 특징적이라고 할 수 있다. 그러나 최근에는 사생활의 권리 뿐 아니라 차별금지법의 관점에서 문제를 바라보는 경향이 커지고 있으며, 유럽연합의 암스텔담 조약(The Amsterdam Treaty, 1997), 유럽연합의 결의안(2000)은 성적 지향에 근거한 차별을 금지하고 있다.<sup>80)</sup> 2000년 12월 유럽연합 의회는 유럽연합 권리장전 제21조<sup>81)</sup>(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 인권 위원회는 초기의 결정들에서 위 협약 제8조 제2항을 인용하여 동성애 행위의 처벌은 ‘보건과 도덕을 보호하기 위한 계약당사국의 법에 따른 침해’에 해당한다고 보아, 이를 정당화하였다.<sup>82)</sup> 그러나 이러한 태도는 Dudgeon v. UK 사건을 통해 변화하게 된다.

### 2) Dudgeon 판결의 내용

영국은 1967년 성폭력법의 개정을 통해 21세 이상 남성<sup>83)</sup>의 동성애 행위를 비범죄화 하였다. 그러나 이 법은 잉글랜드와 웨일스에만 적용되었고, 북아일랜드에

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’

는 비록 실무상 강제되고 있지는 않았지만 구법이 남아 있었다. 이에 대해 북아일랜드 게이 권리 협회의 활동가인 Jeffrey Dudgeon이 소송을 제기하면서 사건이 시작되었다.<sup>84)</sup> 유럽 인권재판소는 동성애 행위를 형사처벌하는 것은 “처벌에 대한 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.<sup>85)</sup> 이러한 태도의 변화는 판결문에도 나와 있듯이 유럽국가의 상당수가 더 이상 남성간의 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.<sup>86)</sup> 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.<sup>87)</sup> 또한 유럽연합에 가입하고자 하는 국가들은 유럽인권협약을 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.<sup>88)</sup>

<sup>84)</sup> Douglas Sanders, *HUMAN RIGHTS AND SEXUAL ORIENTATION IN INTERNATIONAL LAW*, May 16, 2007(이 글은 ILGA 홈페이지 [www.ilga.org](http://www.ilga.org)에 게시되어 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 전 세계적인 연맹이다. 이 단체는 국가별 정보교류 및 단체들과의 연결을 통해 유용한 정보를 제공하고 있다.

<sup>85)</sup> *Dudgeon v. UK*(1981), Ser. A. No. 45, at 41

<sup>86)</sup> Douglas Sanders, 앞의 논문

<sup>87)</sup> 강달천, 앞의 논문, 106면.

<sup>88)</sup> 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

### 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.<sup>89)</sup> 이러한 정책이 결정적으로 문제된 것은 1999년의 *Lustig-Prean & Beckett v. UK* 사건과 *Smith & Grady v. UK* 사건<sup>90)</sup>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.<sup>91)</sup>

이 판결들로 인해 영국은 2000년 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.<sup>92)</sup>

프랑스와 독일의 경우에는 동성애자의 군복무를 허용하고 있으며, 성적 지향을 문제삼는 것이 아닌 군대라는 특수한 집단생활에 동참할 수 있는지 여부를 기준

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

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

으로 전문가 상담을 통해 복무부적합 판정을 하고 있다.<sup>93)</sup>

#### 4. 기타 국가들의 태도

기타 우리나라와 같은 징병제 국가들의 군대 내 동성애자 정책은 다음 표<sup>94)</sup>와 같다.

국 가	군대 내 동성애자 정책
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 <sup>95)</sup> 을 마련하여 전역조치는 폐지되었으나 기밀, 첩보 관련 근무를 금지함. 1993년 청문회를 통해 비판받은 뒤 같은 해 동성애자도 평등하게 군복무를 할 수 있게 하도록 규범 <sup>96)</sup> 을 개정함
터 키	동성애자를 강제전역 시키며, 비자연적 성적 행동 금지 규정을 두고 있음. 유럽연합 가입국이나 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.<sup>97)</sup>

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.

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

## VI. 균형법 제92조의 위헌성

### 1. 기존의 논의

균형법 제92조에 대해서는 그동안 거의 논의가 이루어지지 않았다. 국내의 동성애 관련 법률을 언급할 때면 항상 빠지지 않고 언급이 되기는 하나, 군에서도 사건이 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 유보적인 하지만 비범죄화를 주장하고 있다.<sup>98)</sup> 한국성폭력상담소는 “군대 내에서 발생하는 동성간의 관계 중 성폭력이 아니라 상호 합의를 바탕으로 한 것이라면 이를 인정해야 한다. 동성애는 개인의 성적 지향에 따른 권리지 차별 대상일 수는 없다.”라고 의견을 밝힌 바 있다.<sup>99)</sup>

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 차별 규정이 불가피하다고 한다. 또한 균형법 제92조는 이성애자와 동성애자 모두에게 적용이 되기 때문에 동성애자들의 행복추구권이나 평등권을 침해하지 않는다고 한다.<sup>100)</sup> 박사학위 논문을 통해 동성애자의 법적 권리에 대해 폭넓은 검토를 하고, 동성애자의 인권보호를 주장한 강달천도 균형법에 대해서는 “단순히 성적 욕구를 표출시키기 위한 그런 동성행위를 금지하기 위한 조항”이라고 보이므로 위헌의 소지가 없다고 언급한 바 있다.<sup>101)</sup> 이하에서는 균형법의 정당화 근거를 하나씩 살펴보면서 그 위헌성

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

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

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

<sup>101)</sup> 한인섭·양현아 편, 『성적소수자의 인권』, 사람세상, 2002, p. 203 이 내용은 2002. 10. 7. 서울대학교 법과대학 군대법학교육 100주년 기념관에서 개최된 ‘성적소수자의 인권’ 학술대회에



에 대해 검토하도록 하겠다.

## 2. 군형법상 추행죄로 인해 침해되는 기본권은 무엇인가?<sup>102)</sup>

### 1) 성적 자기결정권 및 평등권

군형법 제92조는 명시적으로 ‘동성애’를 처벌하는 것은 아니지만, 동성애와 동성간의 성적 행위는 칼로 자르듯이 구별할 수 있는 문제가 아니며, 합의에 의한 동성간의 성적 행위를 형사처벌하는 것은 동성애에 대한 편견과 증오를 조장할 수 있다.<sup>103)</sup> 이성간의 합의된 성적 행동은 문제 삼지 않으면서 동성간의 행위를 형사 처벌하는 것은 자신의 성적 지향에 따른 삶을 스스로 결정할 수 있는 성적 자기결정권<sup>104)</sup>과 평등권을 침해한다.

군형법 제92조는 명문상 동성간의 행위로 한정을 하고 있지 않기 때문에 특정 성적 지향에 대한 차별이 아니라는 항변이 제기될 수 있다.<sup>105)</sup> 이는 Lawrence 판결에서 미연방대법원이 평등 조항을 심사기준으로 채택하지 않은 이유이기도 하

서의 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 있음은 원인으로 한 종교의 자유 등을 근거로 위헌성의 문제를 지적하였다. 그러나 대부분의 주장은 법원에서 인정되지 않았으며, 주로 프라이버시권과 적법절차 조항, 평등조항의 내용이 다투어졌다. 우리 헌법에서도 같은 내용들이 문제될 수 있겠으나 이 글에서는 주된 기본권을 중심으로 논의하기로 한다.

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 인권권과 행복추구권을 규정한 헌법 제10조를 근거로 성적자기결정권을 인정할 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.

다. 그러나 이성간의 행위도 명문으로 포함하고 있는 미국과는 달리, 균형법 제92조의 ‘추행’ 행위에는 합의에 의한 이성간의 성적행동이 포함된다고 보기 어렵다. 강제력이 개입된 이성 군인간의 강간 또는 강제추행은 균형법 제92조로 처벌한 사례가 있으나,<sup>106)</sup> 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 균형법상 추행죄의 규율대상이 된다고 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.<sup>107)</sup> 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.

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

<sup>107)</sup> 부부 사이의 관계는 ‘추행’으로 볼 수 없어 구성요건 해당성이 없다거나, 위법성 조각사유에 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.

## 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 안에서든 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 비밀과 자유가 일정 정도 제한될 필요성은 분명히 있다. 하지만 군형법 제92조는 시간과 장소, 업무관련성 등을 전혀 고려하지 않고 모든 행위를 처벌함으로써 군인들의 기본권을 침해하고 있다.<sup>108)</sup>

## 3. 기본권 제한의 정당한 목적이 있는가?

위와 같은 기본권 제한을 정당화하는 근거는 바로 군형법상 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 성

<sup>108)</sup> 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.

적 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.<sup>109)</sup> 따라서 '성생활의 자유'는 자신의 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 동성간 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 행위<sup>110)</sup>도 처벌을 해야 하는 것이다. 더 근본적으로는 국가인권위원회법 및 차별금지법(안)<sup>111)</sup> 등에서 '성적 지

<sup>109)</sup> 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 논의지형이 달라질 수는 있다. 하지만 군대에서는 위계적 특성으로 인해 '위력' 요건이 쉽게 인정되며, 특히 '비동의 간음/추행죄'는 피해자의 '비동의' 의사를 전제로 함에 반해, 군형법 제92조는 진정한 동의가 있었던 경우도 처벌을 한다는 점에서 '비동의 간음/추행죄' 신설주장이 군형법 제92조의 존재를 정당화하는 근거가 되기는 어렵다.

<sup>110)</sup> 대법원 1973. 9. 25. 선고, 73도1915 판결은 군인과 민간인 사이의 행위는 처벌대상에서 제외된다고 하고 있다.

<sup>111)</sup> 이미 국가인권위원회법에서 성적 지향을 근거로 한 차별을 금지하는 명시적인 조항이 있음

향을 이유로 한 차별행위를 금지하고 있으므로, 동성간의 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. 균형법상 추행죄가 군사회 기강 및 전투력 유지에 과연 기여하고 있는지에 대해서는 다음 단계에서 검토하기로 한다.

#### 4. 동성간 성적 행위의 형사처벌이 군의 기강과 전투력 유지에 기여하는가?

적합성의 원칙은 기본권 제한의 수단 또는 방법이 기본권 제한의 목적을 실현 하는데 있어 성질상 적합하여야 한다는 원칙을 말한다.<sup>112)</sup> 즉 함의에 의한 동성간 성적 행위를 형사처벌하는 것이 ‘군사회 기강’과 ‘전투력’을 유지하는데 적합한 것인지가 문제되는 것이다.

그러나 동성간의 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 균형법상 추행죄의 처벌대상이 된다는 점에서 설득력이 낮다.

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 크

에도, 새롭게 제정되는 차별금지법에 있어 열거되는 차별 사유 중에서 ‘성적 지향’을 삭제하려는 움직임이 종교계를 중심으로 발생하고 있다.

112) 정중섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2006, 296면.

다. 그러나 추행죄는 ‘행위’만을 문제 삼기 때문에 처벌되는 것은 후자의 사례이다. 성적인 ‘행위’가 있었다는 사실은 명령체계 속에서 부적절한 ‘관계<sup>113)</sup>’가 존재할 수 있다는 하나의 가능성은 제공하지만 필요충분조건이 되는 것은 아니며, 마찬가지로 부대의 업무나 기강에 해를 입혔다는 결론으로 바로 이어질 수도 없다.

합의에 의한 동성간 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 듭. 활발하고 적극적인 성격으로 누구나 잘 따름 - 사례 6, A

평소 남을 생각하는 희생정신과 모든 일에 앞장서는 등 솔선수범의 모습을 보여 줌 - 사례 6, B

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

위와 같은 평가들은 군대 내의 다른 일반사건과 비교하여 보더라도 상당히 높

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 기재된 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, 군형법이 동성간의 성적 행위를 얼마나 비논리적이고 과도하게 제한하고 있는지 알 수 있다.

은 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.<sup>114)</sup>

이런 점들을 종합하여 볼 때, 동성간의 합의된 성적 행위를 형사처벌하는 것은 ‘군사회 기강’이나 ‘전투력’을 유지하는데 적합한 수단이라고 보기 어렵다. 동성간 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 한건데 왜 죄로 취급하고 처벌을 받아야 하는지 모른다.”(사례 1, A)

처벌의 정도도 문제되는데, 균형법상 추행죄는 1년 이하의 징역형만을 규정하고 있어 벌금형이 규정되어 있지 않다. 미국의 ‘소도미’ 법과 비교하여 보면 경미한(?)

<sup>114)</sup> 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)

처벌이라 할 수 있을지 모르겠으나, 적용할 수 있는 형이 징역형 밖에 없다는 사실은 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.<sup>115)</sup> 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. 군형법상 추행죄는 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.<sup>116)</sup> 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 군형법 제92조는 헌법 제37조 제2항의 과잉금지 원칙<sup>117)</sup>을 위반하여 행위자의 기본권을 침해하는 위헌적 법률이라는 결론을 내릴 수 있다. 군형법 제92조는 군의 기강과 전투력을 지키는 것이 아니라, 군대 내 구성원들의 호모포비아를 옹호하는 기능을 할 뿐이다.

6건의 사건 중 상당수의 사례에서 수사재판 담당자나 부대 관계자들은 동성애

<sup>115)</sup> 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.

<sup>116)</sup> 6건의 사건 행위자 12명 모두 전과가 없는 초범이었다.

<sup>117)</sup> 완화된 심사기준을 적용하더라도 기본권 제한의 합리적 근거가 있다고 보기 어렵다.



에 대한 혐오와 부정적인 인식을 드러내었다. 군형법이 동성애자 처벌조항이 아니라고 하면서도 행위자들이 동성애자인지 여부를 확인하며, 과거의 동성애 경험에 대해서도 불필요할 정도로 자세하게 질문하는 경우도 있었다.<sup>118)</sup> 공판과정에서도 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 제대하면 정상적인 생활을 할 수 있지요?” - 사례 6, 변호인 반대신문사항 중  
 “피고인 피 속에 동성애자가 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 이야기하십시오.”, “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 가겠습니다.” - 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’ 정책<sup>119)</sup>과 같은 동성애자 배제 정책을 취하고

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).  
 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

있지 않지만, 이는 동성애자를 군에서 충분히 수용할 수 있기 때문이 아니라, 그 동안 군대에서의 동성애 문제가 심각하게 제기되지 않았다는 점에 기인하는 바가 크다. 따라서 계간과 같은 극적인 방법으로 동성애 지향이 표출되면 격리<sup>120)</sup>와 처벌 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 안 된다고 할 것이다.

## VII. 결론

동성애자의 상황은 흔히 ‘벽장 속에 갇혀 있는’ 상황으로 비유되곤 한다.<sup>121)</sup> 드러내지 않으면 쉽게 알 수 없지만, 분명히 우리 주위에 존재하고, 이성애 중심적 세계에서 차별받고 고통 받고 있다. 군대 내에서의 합의에 의한 동성간 성적 행위에 대한 처벌은 그간 가끔씩 언급되기는 하였으나 그 사례가 많지 않고, 군대라는 특수한 상황 논리에 묻혀 별다른 합리적 논증 없이 유지되었다. 그러나 군형법 제 92조는 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 비범죄화<sup>122)</sup>해

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 2달 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. 한재운, “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

야 하고, 특정 행위가 구체적으로 부대에 문제를 미칠 경우에는 징계나 현역복무 부적합 심사를 통해 해결해야 한다. 또한 더 근본적으로는 우리 사회에서도 동성애가 공개적인 이슈로 떠오르고 있는 이상, 군에서도 추행죄 뿐 아니라 동성애자의 현역복무부적합 문제나 커밍아웃한 동성애자의 군복무 문제<sup>123)</sup> 등 동성애 정책 전반에 대한 검토와 입장수립이 필요하다. ■

---

삭제, ② 비친고죄의 명시화, ③ 강간죄의 개선(남성피해자 포함, 성폭력특별법 제8조의 2 제 2항과 같은 성교유사행위 포함). 입법의 방식은 지금과 같이 균형법에 별도의 처벌규정을 두는 것이 아니라, 형법이나 성폭력특별법 등의 성폭력 처벌 규정을 체계적으로 재정비하고, 균형법에는 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 위계위력 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.

<sup>123)</sup> 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