

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

강 태 경**

국 | 문 | 요 | 약

대법원 2022. 4. 21. 선고 2019도3047 전원합의체 판결의 다수의견은 군형법상 추행죄(제92조의6) 사건에 대하여 유죄로 인정한 원심을 무죄 취지로 파기·환송하였다. 다수의견은 동성 간의 성행위에 대한 법규범적 평가가 달라졌고, 남성 군인들이 사적 공간에서 합의하여 성적 행위를 한 경우예까지 군형법상 추행죄로 처벌할 수 없다고 판단하였다. 이 판결의 주요 쟁점인 규정의 '문언적 의미'와 '보호법익'을 중심으로 각 의견들을 비교·검토함으로써 다수의견의 헌법정향적 법률해석이 법의 통일성이라는 관점에서 설득력 있음을 확인하였다. 그리고 다수의견의 법률해석은 법률문언에 반하는 해석이지만, 법질서의 통일성(integrity)을 제고하기 위한 정당한 해석임을 논하였다. 다만, 헌법정향적 축소해석만으로 군형법상 추행죄 규정에 표현된 차별적 의미를 완전히 제거할 수 없다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2022.6.30.2.67>.

❖ 주제어 : 군형법, 추행(죄), 헌법정향적 법률해석, 법률문언에 반하는 해석, 법의 통일성, 차별

* 이 글은 '군형법 제92조의6 추행죄 관련 국회 토론회'(한국형사·법무정책연구원, 군인권센터, 국회의원 김상희, 국회의원 진선미, 국회의원 박주민, 국회의원 강민정, 국회의원 권인숙, 국회의원 이수진, 국회의원 이탄희 공동주최, 2022. 6. 13.)에서 발표한 원고를 수정·보완한 것이다. 아울러 글의 부족한 부분을 꼼꼼하게 짚어주신 익명의 심사위원님들께 감사드린다.

** 한국형사·법무정책연구원 연구위원, 법학박사.

[사실관계 및 재판의 경과]

1. 사실관계

서로 다른 부대에 속한 남성 군인인 피고인 1과 피고인 2 그리고 공소외인 Y는 성소수자를 위한 온라인 데이팅 애플리케이션을 통해 만났다. 피고인 1은 자신의 독신자 숙소에서 Y와 키스, 구강성교나 항문성교를 하였다. 피고인 2는 자신의 독신자 숙소에서 피고인 1과 서로 키스, 구강성교나 항문성교를 하였다. 각 행위는 휴일 또는 근무시간 이후에 상호 자발적 합의에 따라 이루어졌다. 각 피고인은 위와 같은 행위를 함으로써 군형법 제92조의6(추행)을 위반하였다는 공소사실로 기소되었다.

2. 재판의 경과

1심인 보통군사법원은 군형법 제92조의6은 남성인 피고인들이 합의하여 근무시간 외에 영외의 사적 공간에서 한 성행위에도 적용되고, 피고인들의 동성 간 성행위는 객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서 군형법 제92조의6의 ‘추행’에 해당한다는 이유로 피고인들에 대하여 유죄를 인정하였다. 항소심인 고등군사법원도 위와 같은 취지로 피고인들에 대하여 유죄를 인정하였다.

[대상판결]

대상판결의 다수의견은, 군형법 제92조의6의 문언, 개정 연혁, 보호법익과 헌법 규정을 비롯한 전체 법질서의 변화를 종합적으로 고려하면, 이 규정은 동성인 군인 사이의 성행위가 사적 공간에서 자발적 의사 합치에 따라 이루어지는 등 군인의 성적 자유를 침해하거나, 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 직접적, 구체적으로 침해한 것으로 보기 어려운 경우에는 적용되지 않는다고 봄이 타당하다는 이유로 무죄 취지로 원심을 파기 환송하였다.

대상판결의 다수의견 외에 해당 규정 문언의 언어적 구조 분석을 바탕으로 해당 규정이 피고인들의 행위에 적용될 수 없다고 본 별개의견 1, 해당 규정의 보호법익을 군기로 한정하면서 피고인들의 행위가 그 보호법익을 직접적, 구체적으로 침해하지 않았으므로 처벌할 수 없다고 본 별개의견 2, 피고인들의 합의에 기초한 성행위는 해당 조항의 추행에 해당한다고 본 반대의견이 있었다.

[연구]

I. 서론: 75여 년 만의 군열

대법원 2022. 4. 21. 선고 2019도3047 전원합의체 판결(이하, ‘대상판결’이라 함)의 사건은 2017년 육군 중앙수사단의 이른바 ‘성소수자 군인 색출 수사’로부터 시작되었다.¹⁾ 수사관들은 23명의 군인을 대상으로 군형법 제92조의6 위반 혐의를 조사한다는 명목하에 성(性)이라는 지극히 사적이고 은밀한 영역을 파헤침으로써 조사 대상자들의 인권을 심각하게 침해했다.

수사팀은 진술을 확보한답시고 성관계 시 성향, 체위, 사정 위치, 콘돔 사용 여부, 사위 여부 등을 집요하게 캐물었고, 수사되는 하등 상관이 없는 야동 취향, 좋아하는 스타일, 민간인과의 항문성교 횟수, 첫 경험 시기, 평소의 성욕 해소 방법, 성정체성 인지 시점, 자주 가는 종로 술집 이름 등의 진술도 강요하는 등 피해자에게 성적 수치심과 극도의 모멸감을 안겨 주었다.²⁾

수사관들은 부당한 수사에서 더 나아가 조사 대상자에게 데이팅앱에 접속하여 군 간

1) 이 사건에 대해서는 김형남, “성소수자 군인 색출 사건과 군형법 상 추행죄 적용의 문제점”, 『군형법 제92조의6 추행죄 관련 토론회 자료집』(2022. 6. 13.), 26-30면; 김민제, “2년전 ‘육군 성소수자 색출 사건’ 군인들 강제전역 내몰렸다”, 『한겨레』 2019. 9. 18.자 기사(https://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/909920.html, 최종방문일 2022. 5. 31.) 참조.

2) 군인권센터, “장준규 육참총장, 동성애자 군인 색출 및 처벌 지시 관련 긴급 기자회견”(2017. 4. 13.자 보도자료).

부로 추정되는 사람에게 메시지를 보내 만남을 유도하도록 강요하는 등 불법 수사를 자행했다.³⁾ 수사 결과 9명이 군형법상 추행죄로 기소되었다. 이처럼 부당하고 불법적인 수사를 통해 ‘아무런 문제없이 충실하게 복무하고 있는’ 성소수자 군인의 사생활을 파헤쳐 처벌하는 것이 군 공동생활의 건전성과 군기의 확립과 보호에 기여하리라고 기대하기는 어렵다.⁴⁾

대법원은 대상판결을 통해서 추행죄(군형법 제92조의6 위반)로 기소된 이 사건의 피고인들에 대하여 유죄를 선고한 원심을 무죄 취지로 파기환송하였다. 대상판결의 다수의견은 “동성 간의 성행위가 객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위라는 평가는 이 시대 보편타당한 규범으로 받아들이기 어려워졌다.”고 실시하고, 남성 군인들이 사적 공간에서 합의하여 성적 행위를 한 경우까지 군형법상 추행죄로 처벌할 수 없다고 판단하였다.⁵⁾ 그 이유는 이 경우처럼 이 규정의 보호법익인 ‘군인의 성적 자기결정권’과 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’를 침해하였다고 보기 어려운 경우까지 처벌하는 것은 평등권, 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권을 침해하기 때문이다. 최근 검찰도 대상판결의 견해를 수용하여 동일한 혐의로 기소된 다른 사건 피고인에게 무죄를 구형하였다.⁶⁾

대법원의 전향적 태도와 달리, 헌법재판소는 2002년, 2011년, 2016년 세 차례에 걸쳐 군형법상 추행죄 규정이 합헌이라고 결정하면서,⁷⁾ 이 규정이 동성 군인 간의 행위에만 적용되고 강제력 행사를 요구하지 않으며 합의에 의한 것인지 여부나 행위의 시간, 장소 등에 관한 별도의 제한을 하지 않는다고 보았다. 헌법재판소는 이 규정이 ‘동성 사이의 비정상적인 성적 교섭행위가 발생할 가능성’이 높은 군대라는 특수한 상황에서 ‘객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는’ 동성 군인 간 성적 만족 행위를 처벌하는 데 그 목적이 있으므로 동성 군인 간 성적 행위를 이

3) 김형남, 앞의 글(주 1), 27면.

4) 같은 취지, 대상판결 별개의견(대법관 김선수).

5) 대법원 다수의견은 ‘대법원 2008. 5. 29. 선고 2008도2222 판결, 대법원 2012. 6. 14. 선고 2012도3980 판결 등’을 대상판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 변경하였다.

6) 장예지, “검찰도 잘못 인정...추행 혐의 성소수자 군인에 ‘무죄 구형’, 왜?”, 『한겨레』 2022. 5. 22. 자 기사(https://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/1044694.html, 최종방문일 2022. 5. 31.).

7) 헌법재판소 2002. 6. 27. 선고 2001헌바70 결정; 헌법재판소 2011. 3. 31. 선고 2008헌가21 결정; 헌법재판소 2016. 7. 28. 선고 2012헌바258 결정.

성 군인 간 성적 행위와 달리 취급하는 것은 합리적인 이유가 있다고 판단하였다.⁸⁾ 여기에서 동성 간 성적 행위가 ‘비정상적’, ‘혐오감을 일으키는’, ‘선량한 성적 도덕관념에 반하는’ 행위라는 표현은 당시 합헌 의견을 낸 헌법재판관들의 동성에 혐오적인 시각을 여과 없이 드러낸 것이라는 비판이 제기된다.⁹⁾

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

II. 군형법 제92조의6의 문언적 의미

1. 군형법상 추행죄 규정의 약사(略史)

1962년 제정된 군형법(이하, ‘제정 군형법’이라 함) 제95조(추행)는 “계간¹⁰⁾ 기타 추행을 한 자는 1년이하의 징역에 처한다.”라고 규정하였다. 2009년 제정 군형법 개정으로 강간 등의 규정을 ‘제15장 강간과 추행의 죄’에 신설하면서 제정 군형법 제92조를

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

9) 장서연, “군형법상 추행죄 무죄, 대법원 판결의 의미”, 공익인권법재단 공간 홈페이지, 2022. 5. 10.자 칼럼(https://www.kpil.org/board_column/20220510/, 최종방문일 2022. 5. 31.).

10) 정성조, “한국 군대 내 동성에 ‘문제’의 ‘탄생’”, 『한국사회학회 사회학대회 논문집』(2018), 450면은 17세기 중반 중국에서 남성 간 향문성교를 의미하는 단어로 사용되기 시작한 ‘계간(鷄姦, jījian)’은 서구의 소도미와 동일한 의미는 아니었다고 지적한다.

제15장으로 옮겼고(구 군형법 제92조의5), 법정형을 1년 이하의 징역에서 2년 이하의 징역으로 강화했다. 2013년 구 군형법 개정으로 유사강간을 처벌하는 규정이 신설되면서 제92조의5가 제92조의6으로 옮겨졌다. 그리고 이 개정으로 ‘계간이나’라는 문구가 ‘제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 사람에 대하여 항문성교나’로 변경되었다. 이 문언 변경의 목적은 구성요건적 행위에 대한 비하적 표현을 중립적 표현으로 대체하고, 구성요건적 행위의 대상을 명시적으로 규정하여 이 규정이 군인 간 성적 행위에만 적용된다는 점을 명확하게 하는 것이었다.¹¹⁾

군형법으로 동성 군인 간 성행위를 처벌하게 된 역사적 배경은 다음과 같다. 1962년 국가재건최고회의는 법령정비 사업의 일환으로 종전의 ‘국방경비법’과 ‘해안경비법’을 대체하여 육·해·공군에 공통적으로 적용할 군형법을 제정하였다.¹²⁾ 제정 군형법 제92조는 국방경비법 제50조와¹³⁾ 해안경비법 제13조의 여러 구성요건적 행위 중 ‘계간’을 독립된 조항으로 규정한 것이다. 두 경비법의 추행죄 조항은, ‘소도미(sodomy)’¹⁴⁾ 행위를 범죄로 규정한 미국의 ‘1920년 전시군법(The Articles of War of 1920)’ 제93조를¹⁵⁾

11) 이는 헌법재판소 2011. 3. 31. 선고 2008헌가21 결정을 고려한 것이다. 이 결정의 합헌의견은 군형법상 추행죄 규정이 남성 군인 간 성적 행위에만 적용된다고 해석하였지만, 한정위헌의견(재판관 조대환)은 이 규정이 행위 대상의 신분을 특정하지 않았기에 명확성의 원칙에 반한다고 판단하였다.

12) 박안서, “2009년 개정 군형법의 주요내용과 문제점”, 『형사정책연구』 22.4 (2011), 133면.

13) **국방경비법 제50조(기타각종의 범죄)** 여하한 본범죄적용자든지 과실살인, 자해, 방화, 야도, 가택침입강도, 절도, 횡령, 위증, 문서위조, 계간, 중죄를 범할 목적으로 행한 폭행, 위협한 흉기, 흉구 기타 물건으로 신체상해의 목적으로 행한 폭행을 범하는 자는 군법회의판결에 의하여 처벌함(밀줄-저자, 해양경비법 제13조 문언도 동일함).

14) ‘sodomy’의 어원은, 라틴어 ‘sodomia’(9세기)와 중세 프랑스어 ‘sodomie’(13세기)이다. 라틴어 sodomia는 구약성서 창세기 19장에 기록된 불경한 도시의 이름인 ‘Sodoma’에 접미사 ‘-ia’가 결합된 것이다. 프랑스어 sodomie는 ‘부자연스러운 것으로 여겨지는 성적 교섭(sexual intercourse considered unnatural)’을 가리키는 단어였다. sodomy의 의미는 처음에 그 어원과 유사하게 부자연스럽거나 부도덕한 것으로 여겨지는 모든 형태의 성적 교섭이었지만, 질을 통한 이성 간 성교(heterosexual vaginal intercourse) 외에 특히 불법적인 것으로 규정된 모든 형태의 성적 교섭으로 변화하였고, 현재는 대체로 남성 간 항문성교(종종 더 일반적으로 ‘동성애적 행위’)로 정착되었다(“sodomy, n.”, *Oxford English Dictionary Online*, June 2022, Oxford University Press(<http://www.oed.com/view/Entry/183887>, 최종방문일 2022. 6. 15.)).

15) The Articles of War (1920). ART. 93. VARIOUS CRIMES.—Any person subject to military law who commits manslaughter, mayhem, arson, burglary, housebreaking, robbery, larceny, embezzlement, perjury, forgery, sodomy, assault with intent to commit any felony, assault with intent to do bodily harm with a dangerous weapon, instrument, or other thing, or assault with

번역하여 옮긴 ‘조선국방경비법’¹⁶⁾ 제34조를 이어받은 것이다.¹⁷⁾ 한편 1920년 6월 4일 미국 의회의 승인을 받았던 전시군법 제93조는 소도미를 목적으로 한 폭행과 별개로 강제 유무와 상관없이 소도미 행위 자체를 범죄화하기 위해 만들어진 규정이었다.¹⁸⁾

2000년대 군형법상 추행죄의 적용 현황을 살펴보면 이 규정 위반으로 처벌된 사례는 매우 적었다. 이경환 변호사의 연구(2008)에 따르면 2004년부터 2007년까지 4년 간 군형법상 추행죄 규정이 적용된 사건 176건 중 합의에 의한 동성 간 성행위에 해당하는 경우는 4건(3건 처벌, 1건 기소유예)에 불과했고, 나머지 172건은 강제추행이나 위력 등에 의한 추행에 해당하나 피해자와의 합의가 있어 친고죄가 아닌 군형법상 추행죄가 적용된 경우라고 한다.¹⁹⁾ 이 시기 군형법상 추행죄는 친고죄였던 강제추행이나 위력 등에 의한 추행에 대한 처벌 공백을 메우는 기능을 수행했다.²⁰⁾

그러나 2017년 육군 중앙수사단의 이른바 ‘성소수자 군인 색출 수사’는 군형법상 추행죄 규정의 막강한 힘을 이례적으로 보여주었다. 용혜인 국회의원(기본소득당)에 따르면, 2021년 10월 기준 최근 5년 간 군형법상 추행 혐의로 수사를 받은 사람은 색출 수사 대상자 23명을 포함하여 51명이었다.²¹⁾ 그리고 색출 수사로 기소된 9건의 사건을 포함하여 2017년부터 2021년까지 군형법상 추행죄로 기소가 된 사건은 총 24건이라고 한다.²²⁾

한편 2017년에 발간된 ‘국방법무백서’ 범죄 접수 통계에 따르면, 2014년부터 2016년

intent to do bodily harm, shall be punished as a court-martial may direct(밀줄-저자). 미국 군대 내 ‘소도미’ 금지에 대한 법적 논쟁은 이경환, “군대 내 동성애 행위 처벌에 대하여”, 『공익과 인권』 5.1(2008), 78-83면 참조.

16) 조선국방경비법의 제정 시기는 1946년 6월 15일로 추정된다. 조선국방경비법과 국방경비법의 성립 경위에 대해서는 문준영, “미군정 법령체제와 국방경비법”, 『민주법학』 34(2007), 97-136면 참조.

17) 문준영, 위의 논문(주 16), 109면.

18) Sam LaGrone, “History of U.S. Policy and Law on Gays in the Military”, *USNI NEWS*, 2018. 3. 27(<https://news.usni.org/2013/06/26/a-history-of-gays-in-the-military>, 최종방문일 2022. 6. 8.).

19) 이경환, 위의 논문(주 15), 73면.

20) 이경환, 위의 논문(주 15), 74면; 박안서, 위의 논문, 163면; 추지현, 추지현, “‘강간’과 ‘계간’사이: 군형법상 ‘강간과 추행의 죄’의 법담론”, 『한국여성학』 29.3(2013), 159면.

21) 박고은, “커밍아웃이 범죄가 되는 군대, 국방부는 평등의 문 열어라”, 『한겨레』 2021. 10. 1.자 기사(https://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/1014674.html, 최종방문일 2022. 6. 15.).

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

까지 3년 간 접수된 성폭력 범죄 총 2,310건 중 군형법상 추행으로 접수된 사건은 221건(9.6%)이었다.²³⁾ 같은 시기 군형법상 성범죄에 대한 군검찰의 연평균 기소율은 72.1%였다.²⁴⁾ 국방법무백서에서는 군형법 제92조의6 추행죄로 기소된 사건의 수를 알 수 없지만, 앞서 살펴본 현황과 2017년의 이례적 상황을 고려한다면 군형법상 추행의 경우 접수와 기소 간 격차가 상당한 것으로 짐작할 수 있다. 이러한 격차의 원인에 대해서는, 강제추행이나 위력 등에 의한 추행이 비친고죄인 상황에서도 군형법상 추행이 보조적으로 활용되었는지 또는 동성 간 성희롱 등과 같이 징계 대상 행위도 군형법상 추행으로 접수되었는지 등에 대한 분석이 필요하다.

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

군형법 제92조의6은 구성요건적 행위의 객체를 ‘제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 사람’(이하, ‘군인’이라 함)으로 규정하고 있다. 그리고 행위의 주체인 ‘추행을 한 사람’도 군형법의 적용을 받는 군인이다. 이 규정은 문언상 행위 주체와 객체의 성별을 제한하고 있지 않기 때문에 이성 군인 사이의 추행에도 적용될 가능성이 열려 있다.²⁵⁾ 대상 판결의 반대의견은 이 규정이 남성 군인 간 성행위에만 적용된다고 하면서도 비동성애자의 행위도 구성요건적 행위에 해당할 수 있기 때문에 개인의 성적 지향 또는 성적 자기결정권을 고려할 필요가 없다는 다소 애매한 입장을 취하고 있다.

한편 구 군형법 제92조 위헌제청 사건(2008헌가21)의 변론 과정에서 국방부 대리인은 ‘군인인 이성 간 및 영외에서의 비정상적인 성행위’도 군형법상 추행죄 조항에 해당될 수 있다고 진술하였다.²⁶⁾ 같은 사건에서 국방부는 의견서를 통해 군형법상 추행죄는 군인인 이성 사이에도 적용되기 때문에 동성애자 군인의 평등권 및 성적 자기결정권이 침해되지 않는다는 입장을 밝혔다.²⁷⁾ 그러나 앞서 살펴본 적용 현황과 이례적인 ‘성소수

23) 국방부, 『국방법무백서 2017』(국방부, 2017), 42면.

24) 국방부, 위의 책(주 23), 109면.

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

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

27) 2008헌가21 군형법 제92조 위헌제청 사건에서 당시 국방부장관이 제출한 의견서 7면, 16면 참조(이자연, “군형법상 추행죄에 관한 연구”, 『원광법학』 34.2(2018), 161면, 각주 29 재인용).

자 군인 색출 수사’에서 알 수 있듯이 이 규정은 합의된 성행위 중 남성 성소수자 군인 간 성행위에만 적용되었다. 국방부가 이런 현실을 무시하고 군형법상 추행죄는 행위자의 성별과 성적 지향에 상관없이 항문성교 등 특정한 형태의 성행위에 일률적으로 적용된다고 주장하는 것은 이 규정이 군 수사기관의 자의에 따라 ‘선택적으로 집행’된다는 점을 자인하는 것이나 다름없다. 법규의 선택적 집행은 공권력 행사와 법규의 불일치를 야기함으로써 법규의 합법성(legality, 법다움)을 저해한다. 다시 말해, 이 조항이 성소수자 군인을 차별하지 않는다고 애써 주장하는 국방부의 태도는 군형법의 합법성을 훼손하고 더 나아가 우리 법체계의 내재적 도덕성(inner morality)을 훼손한다.²⁸⁾

이처럼 군형법 제92조6은 행위 주체와 객체의 성별을 불문하고 추행의 공연성이나 강제성도 요구하지 않아 문언만으로는 그 적용 범위가 매우 광범위하다. 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 사실상 추행죄로 기소되어 형사처벌 되는 경우는 매우 드물다. 군내에서 발생하는 동성 간 성폭력은 대부분 성적 만족과는 무관하게 가혹행위를 수반한 괴롭힘으로 군형법상 강제추행죄나 성폭력특례법상 기중처벌규정에 의하여 처벌된다.²⁹⁾ 헌법재판소도 구 군형법 제92조의5 위헌소원 사건에서 입법 목적과 현실을 고려하여 군형법상 추행죄 규정이 동성 간 성적 행위에만 적용된다고 보았다.³⁰⁾ 다만, 헌법재판소는 다음과 같이 이 조항은 합리적 차별이므로 성소수자 군인의 평등권을 침해하지 않는다고 판단하였다.

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

반면에 국내외 인권기구들은 군형법상 추행죄 조항이 성소수자 군인을 차별한다고 보고 이 조항의 폐지를 지속적으로 권고하고 있다. 2015년 11월 유엔 인권위원회가,³¹⁾

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

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

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

2017년 10월 유엔 사회권규약위원회가,³²⁾ 2017년 11월에는 유엔 제3차 국가별 인권상황 정기검토(UPR)에서³³⁾ 총 6개국이 대한민국 정부에 군형법 제92조의6 폐지를 권고 하기도 하였다. 국가인권위원회는 2008헌가21 사건에 대해서 군형법상 추행죄 조항은 “헌법에 정한 과잉금지 원칙을 위반하여 군인 동성애자들의 평등권 및 성적자기결정권 사생활의 비밀과 자유를 침해하고 죄형법정주의 원칙에 어긋난다.”는 의견을 헌법재판소에 제출하였고, 2016년 7월에는 제3차(2018~2022) 국가인권정책기본계획(NAP) 권고에서 군형법 제92조의6 폐지를 성소수자 인권보호를 위한 핵심 추진과제로 명시하였다. 또한 국가인권위원회는 2020년 7월 전원위원회 의결로 법무부장관에게 자유권규약 제5차 국가보고서(안)에 군형법 제92조의6에 대한 폐지 입장 등을 포함할 필요가 있다는 의견을 표명하였다.³⁴⁾

3. ‘에 대하여’

대상판결 별개의견에서 대법관 김선수는 현행 군형법 제92조의6 중 ‘군인에 대하여’라는 문구에서 ‘에 대하여’는 그 앞에 오는 ‘군인’을 항문성교나 그 밖의 추행의 상대방, 즉 대상으로 한정하고 있으므로 “현행 규정을 행위자뿐만 아니라 행위의 상대방까지 처벌하는 근거규정으로 해석하는 것은 가능한 문언해석의 범위를 벗어난 것으로서 죄형법정주의 원칙에 명백히 반한다.”고 판단하였다. 다시 말해, 조사 상대어 ‘에 대하여’는 구성요건적 행위의 일방향성을 부각시키는 것이므로 대상판결 사건처럼 두 사람이 서로 합의하여 ‘누가 행위자이고 상대방인지 구별할 수 없다면’ 죄형법정주의 원칙에 따라 두 사람 모두 처벌대상이 아니라고 해석해야 한다는 것이다. 이러한 법률해석은 규정의 문장 구조와 형식, 문언의 의미와 내용에 따른 객관적 해석 시도라고 할 수 있다. 이러한

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

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

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

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

참신한 해석이 타당하다면, 군형법상 추행죄 규정은 상호 합의로 이루어진 항문성교나 그 밖의 추행에는 애초부터 적용되지 않을 것이다.

그런데 성행위의 본질과 통상적 맥락에 비추어 이 별개의견의 논증이 타당한지 의문이다. 상호 합의에 기초한 성행위 과정에서도 각 참여자는 호혜적으로 그 상대방의 성적 만족의 대상 또는 수단이 되는 순간이 비일비재하다. 성행위에 수반되는 상대방에 대한 성적 대상화는 성윤리의 중요한 쟁점이기도 하다. 예를 들어, 칸트(Kant)는 섹스의 본질을 인격의 수단화로 보아 섹스가 부도덕한 행위이며, 결혼이라는 호혜적 계약을 전제로 한 섹스만이 부도덕하지 않다고 주장하였다.³⁵⁾ 이에 대해 여성주의 법철학자 마사 누스바움(Martha Nussbaum)은 호혜적인 합의를 전제로 한 성적 활동에 있어서 참여자들이 성적으로 고조되어 있을 때 서로를 성적으로 대상화하는 태도는 쾌락을 위한 일종의 표현 방식이기에 성적 활동의 상대방을 목적적 존재로 대하는 것과 성적 대상화는 양립가능하다고 주장한다.³⁶⁾ 이와 같은 누스바움의 주장은 성적 활동이 이루어지는 구체적인 맥락을 고려한다는 점에서 설득력이 있고, 우리의 경험에도 부합한다. 호혜적인 성행위 과정에서도 상대방에 대한 대상화가 발생한다는 점에서 별개의견처럼 ‘군인에 대하여’라는 문구를 편면적으로 새기는 해석은 설득력이 떨어진다.

4. ‘항문성교나 그 밖의 추행’

군형법상 추행죄 규정은 ‘항문성교나 그 밖의 추행’을 구성요건적 행위로 규정한다. 구성요건적 행위 중 ‘항문성교’는 남성 사이뿐만 아니라 이성 사이에서도 가능한 성행위의 한 형태를 가리키는 것으로서 그 의미가 명확하다. 이는 군형법 제정 당시부터 추행의 예시로 사용되던 ‘계간’이라는 용어가 동성 간 성적 행위를 비하하는 용어이기에 2013년 4월 5일 구 군형법 개정을 통해 중립적 용어로 변경된 것이다. 항문성교는 여성 동성 간에는 적용되기 어렵기 때문에 이와 같은 용어의 변경이 도리어 이 규정이 남성 동성 간 성행위에 적용된다는 점을 더 분명하게 만들었다는 평가가 있다.³⁷⁾ 반면에 대상

35) 이에 대해서는 김은희, “칸트 성윤리의 구조와 재구성 -섹스 본성론, 정언명령, 호혜성을 중심으로-” 『철학사상』 68 (2018), 93-128면 참조.

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

판결의 다수의견은 이러한 문언 변경을 동성 간 성행위를 금기시하지 않으려는 취지로 새길 수 있다고 본다. 다수의견에 대해서 반대의견은 단순한 문언 변경으로부터 동성 간 성행위를 금기시하지 않으려는 취지를 도출하는 것은 부당하다고 지적한다.

어떤 행위가 ‘추행’에 해당하는지 판단하는 것은 규범적 평가를 요구한다. 기존 판례³⁸⁾ 따르면 군형법상 추행죄 규정에서 말하는 ‘추행’이란 ‘계간(항문성교)에 이르지 아니한 동성에 성행위 등 객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 성적 만족 행위로서 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 침해하는 것’이다. 그리고 어떤 행위가 이에 해당하는지는 ‘행위자의 의사, 구체적 행위태양, 행위자들 사이의 관계, 그 행위가 공동생활이나 군기에 미치는 영향과 그 시대의 성적 도덕관념 등’에 대한 종합적 고려를 바탕으로 신중하게 결정되어야 한다.

대상판결의 다수의견은 현행 규정의 문언 변경과 동성 간 성적 행위에 대한 사회적·법규범적 평가의 변화를 근거로 ‘동성 간 성적 행위 = 추행’이라는 종래의 해석은 유지되기 어렵다고 판단하였다.³⁹⁾ 성소수자 군인 색출 수사 대상자들의 무죄·석방을 요구하는 탄원서 40,000여 통이 국방부에 접수된 점에⁴⁰⁾ 비추어 다수의견의 판단은 현실적 설득력을 가진다. 또한 다수의견은 ① 동성 간 성적 행위 장면이 나온다는 이유만으로 영화를 청소년 관람불가 등급으로 분류한 처분이 부당하다고 본 판결과⁴¹⁾ ② 입양자가 동성 파트너와 동거하는 동성애자라고 하더라도 그의 입양이 선량한 풍속에 반하여 무효라고 볼 수 없다는 판결을⁴²⁾ 동성 간 성적 행위에 대한 법규범적 평가가 변화하였다는 점을 보여주는 적절한 근거로 제시하였다.

그리고 대상판결의 다수의견은 군형법상 추행죄의 ‘추행’ 개념에 ‘피해자의 의사에 반

37) 추지현, 앞의 논문(주 20), 160면.

38) 대법원 2008. 5. 29. 선고 2008도2222 판결.

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

40) 김형남, 앞의 글(주 1), 28면.

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

42) 대법원 2014. 7. 24. 선고 2012므806 판결.

함’, 즉 ‘피해자의 성적 자유에 대한 침해’를 새로운 표지로 추가하였다. 이는 군형법 외에 형법 등 성폭력 범죄 처벌규정에서 말하는 ‘추행’에 대한 해석을⁴³⁾ 군형법에도 적용한 것이다. 이러한 해석은 보호법익의 차이를 근거로 군형법상 추행죄의 ‘추행’과 형법 등 성폭력 범죄 처벌규정에서 말하는 ‘추행’의 의미를 다르게 해석하였던 종래의 판례와⁴⁴⁾ 대조된다. 다수의견의 새로운 해석론에 따르면, 군형법상 추행죄의 성부 판단에서도 형법 등에서의 마찬가지로 피해자의 의사를 고려 요소의 하나로 삼게 된다. 군인들 사이에서 추행의 대표적 구성요건의 예시인 항문성교가 이루어진 경우 상대방의 성적 자유를 침해하고 군기를 해치는 경우에 한해서만 군형법상 추행죄가 적용된다고 보는 것이 동성 간 성적 행위를 바라보는 변화된 사회적 인식에도 부합한다. 별개의견에서 대법관 김선수도 다음과 같이 다수의견의 해석론에 찬성한다.

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

한편 군형법상 추행죄의 ‘추행’ 개념은 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배된다는 견해도 유력하다. 헌법재판소 2016. 7. 28. 선고 2012헌바258 결정에서 재판관 김이수, 이진성, 강일원, 조용호는 반대의견을 통해서 군형법상 추행죄 규정이 범죄구성요건을 ‘그 밖의 추행’이라고 규정하면서 강제성 수반 여부, 행위의 정도, 행위의 객체, 행위의 시간·장소에 관한 사항을 규정하지 않고 있으며, 판례에 실시된 보호법익마저 광범위하여 ‘수범자의 예측가능성을 박탈하고 법 집행기관의 자의적 법해석 가능성을 초래하였으므로’ 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배된다고 판단하였다. 이와 마찬가지로 2001헌바70 결정 중 재판관 송인준, 주선회의 반대의견과 2008헌가21 결정 중 재판관 김종대,

43) 대법원 2015. 9. 10. 선고 2015도6980 판결.

44) 대법원 2008. 5. 29. 선고 2008도2222 판결.

목영준, 송두환의 반대의견도 이 규정이 명확성의 원칙에 위배된다고 판단하였다. 헌법 재판소가 세 차례에 걸쳐 합헌결정을 하였지만, 이 규정의 적용범위가 불분명함을 지적하는 재판관들의 수가 증가하고 있다.

Ⅲ. 군형법 제92조의6의 보호법익

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

이에 대해서 대법관 안철상과 이흥구는 별개의견을 통해서 다수의견처럼 성적 자기결정권을 현행 규정의 보호법익에 포함시키는 것은 입법이 아닌 법률해석으로 군인에게만 적용되는 비동의추행죄를 신설하는 결과를 만들어낸다고 비판한다. 이 별개의견은 군형법상 추행죄가 친고죄가 아니라는 점으로부터 피해자를 상정할 수 없고, 합의에 의한 성행위에도 적용되기 때문에 성적 자기결정권을 이 규정의 보호법익으로 볼 수 없다고 해석한다. 이러한 해석에 따르면, 군형법상 추행죄의 보호법익은 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’로 한정된다.⁴⁵⁾ 이 별개의견은 군형법상 추행죄 규정을 군인 간 항문성교나 그 밖의 추행이 군기를 직접적이며 구체적으로 침해할 우려가 있는 경우에 한하여 처벌하는 규정으로 해석함으로써 이 규정의 위헌성을 해소하고 사안의 구체적 타당성을 도모한다.

그러나 대법관 안철상과 이흥구가 별개의견에서 제시한 ‘제한적 보호법익론’은 다음과 같은 이유에서 타당하지 않다.

첫째, 군기는 ‘군인이 법규와 상관의 명령을 준수하는 상태’를 의미한다는 점에서 지나치게 광범위한 개념이다. ‘군인복무기본법’(법률 제16584호) 제27조는 금지되는 군기

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

문란 행위로 ‘성희롱·성추행·성폭력 등’, ‘상급자·하급자·동료에 대한 음해나 유언비어 유포’, ‘의견 건의 또는 고충처리 등에 대한 고의적 방해 등’, ‘그 밖에 군기문란 행위’를 규정하고 있다. ‘군인복무기본법 시행령’(대통령령 제32459호) 제3조는 그 밖에 군기문란 행위를 ‘부대 내 파벌 형성·조장 행위’, ‘상관에 대한 비하·모욕’, ‘상관 명령에 대한 불응·불복’, ‘그 밖에 부대의 단결을 저해하는 각종 행위’로 규정하고 있다. 한편 동 시행령 제2조 제1호는 군기를 ‘군대의 기율(紀律)’, 즉 군대에서 행위의 표준이 될 만한 질서로 정의하고, 군기 확립의 목적은 ‘지휘체계 확립, 질서 유지, 방침 준수를 통한 전투력 보존·발휘’이고, 군기 확립은 ‘법규와 명령에 대한 자발적인 준수와 복종’을 통해 성취될 수 있다고 규정한다. 위 규정들을 종합하면 법령이나 상관의 명령에 따르지 않는 모든 행위는 군기문란 행위가 된다.

둘째, 군형법 제92조의6의 보호법익을 군 공동생활의 건전성과 군기로 제한하는 해석은 해당 규정의 체계적 위치와 장·조항 제목이 그 아래 위치한 규정 내용과의 관련성을 가지는 선행 조직자(advance organizers)⁴⁶⁾ 역할을 한다는 점을 무시한 것이다.⁴⁷⁾ 군대 내 성폭력 문제가 사회적으로 관심을 받게 되자 2009년 11월 2일 제정 군형법은 법률 제9820호로 개정되면서 ‘제15장 강간과 추행의 죄’가 신설되었고, 제정 군형법 제92조(추행)가 제15장의 한 조항(제92조의5)으로 옮겨져 규정의 체계적 위치가 달라졌다. 현행 규정의 체계적 위치를 고려한다면 이 규정은 군형법 규정 모두의 공통된 보호법익인 ‘군 공동생활의 건전성과 군기’뿐만 아니라 제15장 고유의 보호법익인 ‘성적 자기결정권’을 함께 보호한다고 해석하는 것이 타당하다. 다수의견과 대법관 김선수의 별개의견은 이와 같은 근거로 군형법 제92조의6의 보호법익에 성적 자기결정권을 포함하는 ‘확장적 보호법익론’을 취하고 있다.⁴⁸⁾

셋째, 군형법 제92조의6의 보호법익을 군 공동생활의 건전성과 군기로 제한하는 해석

46) 심리학자 데이비드 오슈벨(David Ausubel)이 제안한 개념인 ‘선행 조직자’는 ‘학습에 앞서서 소개되고 … 보다 추상적이고 일반적이며 포괄적 수준에서 제시되는, 적절하게 관련되어 있고 포괄적인 도입부의 자료(introductory materials)’(Ausubel, 1968: 148)로서 학습자의 기존 지식과 학습해야 할 내용을 연결 짓는 역할을 한다(Ausubel, 2000).

47) 대법관 김선수의 별개의견 참조.

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

은 군사법원의 견해에도 부합하지 않는다. 고등군사법원은 구 군형법 제92조 추행죄를 ‘계간 기타 추행을 함으로써 군사회의 기강을 문란시키고 나아가 전투력의 약화를 초래하며, 각 개인의 성적 생활의 자유를 침해하는 행위를 벌하기 위하여 둔 법조’로 보는 입장을 취하고 있다(밑줄 필자).⁴⁹⁾ 이처럼 군사법원은 군형법상 추행죄 규정이 군기와 전투력뿐만 아니라 개인의 성적 자유를 보호하는 규정이라고 해석하고 있다.

군형법 제92조의6의 보호법익을 ‘군 공동생활의 건전성과 군기’ 및 ‘성적 자기결정권’이라고 본다면 각 보호법익 침해의 표지로 ‘공연성’과 ‘강제성’을 고려해야 한다. 군형법상 추행죄의 개념은 마치 형법상 공연음란죄의 ‘공연성’과 강제추행죄의 ‘강제성’을 제거하여 ‘음란’과 ‘추행’ 행위 그 자체만을 형사처벌 하는 것으로 보이는데, 공연성이 없는 음란 행위나 강제성이 없는 추행 행위 자체가 당연히 불법성을 띠다고 보기 어렵다.⁵⁰⁾ 대상판결 사건에서처럼 사적 공간에서 상호합의 하에 이루어진 동성 간 성적 행위는 공연성과 강제성을 인정하기 어렵다. 이처럼 공연성과 강제성이 없는 동성 간 성적 행위가 군 공동생활의 건전성과 군기를 직접적이고 구체적으로 침해할 우려가 있다고 판단하기 어려우며, 성적 자기결정권을 침해하였다고 보기도 어렵다. 이런 점에서 다수의견과 같이 군형법 제92조의6은 동성인 군인들이 사적 공간에서 자발적 의사 합치에 따라 성적 행위를 하는 경우에는 적용되지 않는다고 봄이 타당하다.

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

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

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

50) 육군종합행정학교, 『군형법』(제6지구인쇄소, 2007), 317면(노기호, 앞의 논문(주 48), 271면 재인용).

1. 대상판결의 다수의견은 법률문언을 넘어서는 해석인가?

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

그런데 반대의견은 사적인 공간에서의 남성 군인 간 자발적인 성적 행위를 비범죄화할 것인지는 공적 논의와 입법 절차를 통하여 결정되어야 할 문제임에도 불구하고 다수의견이 법률문언을 넘어서는 사법판단을 하고 있다고 지적하였다. 또한 대법관 안철상과 이흥구도 별개의견을 통해서 다수의견이 입법이 아닌 법률해석으로 군인에게만 적용되는 비동의추행죄를 신설하고자 한다고 지적하였다. 이러한 지적은 타당한가? 대상판결의 다수의견이 법률해석을 통해 제도를 창설한 것인지와 별개로 사법부가 법률해석을 통해서 새로운 제도를 창설하는 것은 바람직하지 않다는 일반론의 차원에서는 이러한 지적이 타당하다. 다시 말해, 사법적 판단이란 특정한 구체적 사안을 대상으로 하는 것이기 때문에 법원이 재판에서 법률해석을 통해서 새로운 제도를 창설하는 것은 바람직하지 않다.⁵¹⁾

그러나 다수의견이 새로운 범죄, 즉 제도를 창설한 것은 아니다. 확장적 보호법익론을 취하고 있는 다수의견은 현행 규정에 대한 합헌적 해석을 통해서 그 적용 범위를 설정함으로써 부당한 적용을 막는 것이다. 이는 형법 등 성폭력 범죄 처벌규정에서 말하는 ‘추행’ 개념을 도입하여 군형법상 추행죄 규정의 적용 범위를 제한하는 것이므로 새로운 범죄를 신설하는 것이라고 보기 어렵다.

다음으로 반대의견이 지적하고 있는 ‘법률문언을 넘어서는 해석’은 허용될 수 없는가?

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

대사판결 주심인 대법관 김재형은 해직자의 조합원 가입을 허용한 노조에 대한 법외노조 통보 처분의 유효성을 다툰 사건에서 별개의견을 통해 법률해석의 범형성적 기능을 언급하면서 법의 문언을 넘어서는(*praeter legem*) 해석과 법의 문언에 반하는(*contra legem*) 해석의 예외적 허용 가능성을 인정하였다.⁵²⁾

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

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

그렇다면 반대의견의 지적처럼 다수의견의 법률해석은 법의 문언을 넘어서는 해석인가? 법률문언을 넘어서는 해석은 법률문언이 당해 법률문제에 관하여 침묵하고 있을 경우 시도되는 해석이고, 법률문언에 반하는 해석은 법률문언에 따른 당해 법률문제에 관한 일응의 답이 상위의 법체계 또는 법질서의 관점에서 정합적이지 않거나 현저히 불합리한 경우 시도되는 해석이다.⁵³⁾ 균형법 제92조의6은 대사판결 사건에 관해서 침묵하고 있는 것이 아니라, 이 규정을 문언 그대로 적용하면 부당한 결론이 도출되는 경우이므로 이 사건에서는 문언을 넘어서는 해석이 문제되는 것이 아니라 문언에 반하는 해석이 문제되는 것이다.

법률문언을 넘어서는 해석이나 법률문언에 반하는 해석은 ① 법률에 흠결이 있는 경우, ② 법률의 내용이 상호 모순적이거나 충돌하는 경우, ③ 법률에 명백한 실수가 있는

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

53) 박철, 앞의 논문(주 51), 186-187면.

경우, ④ 법률의 내용이 심하게 비합리적이거나 반도덕적인 경우, ⑤ 사회변화로 규범상황이 변한 경우’에 헌법적 제한 내에서 허용된다.⁵⁴⁾ 다수의견의 이유를 살펴보면 군형법 제92조의6 문언 그대로의 내용은 비합리적이고(④), 구성요건적 행위에 대한 법규범적 평가가 달라졌기(⑤) 때문에 목적론적 축소해석을 한 것으로 평가할 수 있다. 주로 법문에 반하는 해석에 해당하는 목적론적 축소해석은 ‘[사전적 의미에서] 윤곽이 확실한 ‘법문의 가능한 의미’ 안에 들어가는 하나의 적극적인 후보자[positive Kandidat]를 해당법률의 목적에 따라 소극적인 후보자[negative Kandidat]로 만들어 법 적용으로부터 배제하는 것’이다.⁵⁵⁾ 대법판결의 다수의견은 확장적 보호법익론을 바탕으로 군형법상 추행죄 규정의 목적을 설정하고, 그 목적에 따라 ‘항문성교나 그 밖의 추행’의 가능한 의미 안에 있는 ‘동성 간 합의하여 이루어진 성행위’를 이 규정의 적용 범위에서 제외함으로써 법률문언에 반하는 정당한 목적론적 축소해석을 시도한 것으로 평가할 수 있다.

반면에 대법원 김선수의 별개의견은 규정의 문언 구조를 분석함으로써 법률문언의 가능한 의미의 범위 자체를 축소함으로써 법문에 반하는 해석을 회피하고자 했다. 그러나 이러한 해석론이 타당하지 않음은 앞서 살펴본 바와 같다. 또한 대법관 안철상, 이홍구의 별개의견은 제한적 보호법익론을 펼치면서도 법률문언의 적용 범위를 균기를 직접적, 구체적으로 침해하는 행위로 한정하려는 축소해석을 시도하였다.⁵⁶⁾ 축소해석은 법률의 적용 범위를 법률의 의미의 핵(core)인 적극적 후보자로 한정하여 중립적 후보자(neutrale Kandidat)에는 법률이 적용되지 않도록 하는 해석 방법이라는 점에서 목적론적 축소해석과 구별된다.⁵⁷⁾ 그러나 앞서 살펴본 ‘균기’라는 개념으로부터 법규와 명령을 위반하는 일체의 행위가 균기를 문란하게 하는 행위에 해당할 수 있기 때문에, 이 별개의견이 가별성의 기준으로 제시한 균기침해 여부는 군형법 제92조의6에 대한 축소해석의 적절한 근거라고 보기 어렵다. 이러한 비판은 균기에 대한 직접적, 구체적 침해를 가별성의 기준

54) 박철, 앞의 논문(주 51), 232면.

55) 김영환, “한국에서의 법학방법론의 문제점 법발견과 법형성: 확장해석과 유추, 축소해석과 목적론적 축소 간의 관계를 중심으로”, 『법철학연구』 18.2(2015), 133면. 이 논문에서는 국내 법학방법론 논의에서 축소해석과 목적론적 축소해석, 확장해석과 유추가 혼동되고 있다는 점을 지적하고, ‘세 가지 영역이론(Drei-Bereiche-Model)’에 따라 각 개념들의 상이점을 해명한다.

56) 이정환 변호사는 동성 군인 간 합의에 의한 성행위가 균기를 직접적, 구체적으로 침해하는 상황을 상정하기 어렵다고 비판하였다(『군형법 제92조의6 추행죄 관련 토론회 자료집』(2022. 6. 13.), 39면).

57) 김영환, 앞의 논문(주 55), 158-159면.

중 하나로 제시한 부분에서는 다수의견에도 적용된다.

2. 통일성의 사법 원리에서 본 대상판결

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

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

대상판결에서 말하는 헌법정향적 해석이란, “상위규범인 헌법에 따른 체계적인 법률 해석으로서 어떠한 의미귀속이 헌법원리와 가치를 최적으로 실현하는지가 문제되는 상황에서 … 헌법의 기본결정을 존중하면서 헌법의 효력이 최적화되도록 법률의 의미를 확정하라는 해석지침을 말한다.”⁵⁸⁾

헌법정향적 해석은 헌법원리와 가치의 최적 실현이라는 점에서 드워킨이 말하는 법의 통일성(integrity, 또는 통합성)을 지향하는 구성적 해석(constructive interpretation)과 매우 유사하다.⁵⁹⁾⁶⁰⁾ 드워킨의 구성적 해석은 현재의 관점에서 장래의 사회생활을 규제

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

59) 김도균, “우리 대법원 법해석론의 전환: 로널드 드워킨의 눈으로 읽기-법의 통일성(Law’s Integrity)을 향하여-”, 『법철학연구』 13.1(2010), 89-132면은 ‘성전환자 호적정정 판결’, ‘산재 판결’, ‘제사 주재자 판결’을 드워킨의 법개념과 구성적 해석론의 관점에서 분석하였다.

60) 드워킨의 ‘integrity’ 개념에 대한 번역어로는 ‘통합성’, ‘통일성’, ‘통전성’ 등이 제시되고 있다.

하려는 목적을 위해 과거에 제정된 법률 텍스트를 정치도덕적으로 가장 잘 정당화하는 작업이다.⁶¹⁾ 법원이 수정, 보완, 개선 등을 통해 특정 법실무를 최고의 작품으로 만들어 내려는 노력이 구성적 해석이라고 할 수 있다. 드위킨이 법의 통일성 개념을 통해 말하고자 하는 바는, 한 법체계 내의 법률, 판결, 법원리, 정치도덕원리 등이 내적 일관성과 정합성을 가져야 한다는 것이고, 법의 구성요소들을 관통하는 원리들이 정당해야 한다는 것이다.⁶²⁾ 구성적 해석을 통해서 추구되는 법의 통일성은 ① 과거 결정과의 원리적 일관성(principled consistency; fit) 요청과 ② 해당 원리들의 타당성(moral justifiability)을 핵심요소로 한다.⁶³⁾ 따라서 “[법]체계 전체에 대하여 더 근본적인 것으로 인식되는 원리들에 충실하기 위하여 과거의 결정이라는 좁은 궤도에서 이탈하기도 한다.”⁶⁴⁾

그렇다면 대상판결의 다수의견과 두 별개의견 중에서 어느 것이 더 나은 구성적 해석을 통해서 법의 통일성에 기여하는가? 세 의견 모두 피고인들이 무죄라는 결론에서는 같은 입장을 취하기 때문에 결론의 구체적 타당성에서 우열을 가릴 수는 없다. 각 의견이 시도한 법률해석이 최고규범인 헌법을 해석의 기준으로 삼아 법질서의 통일을 기하여야 한다는 법원리에 얼마나 충실했는지를 기준으로 어떤 의견이 현재 시점에서 장래를 향해 균형법 제92조의6에 대한 최선의 정당화인지 판단해야 한다.

대한민국의 법질서란, ‘인간존엄성을 최고규범 또는 근본규범으로 하고 이로부터 파생되는 각각의 법원리들의 정합적인 체계로 이루어진 원리의 법질서’라고 할 수 있다.⁶⁵⁾ 인간존엄성의 법원리로부터 파생되는 법원리는 평등, 자유, 정의, 민주주의, 법치주의 등이다. 제한적 보호법익론을 취하고 있는 별개의견은 법해석에서 군인의 성적 자유를 중요한 요소로 고려하지 않았다. 반면에 확장적 보호법익론을 취하고 있는 다수의견은 행위자의 의사를 고려함으로써 군인의 성적 자유 보장에 기여할 수 있다. 그리고 군인의 성적 자유를 보장하는 것은 군인에게도 인정되어야 할 인간존엄성 보장에도 기여한다. 문언 구조를 분석한 또 다른 별개의견도 다수의견처럼 군인의 성적 자유를 보호법익으로

이 글에서는 우리 법원이 주로 사용하는 ‘법체계의 통일성’이라는 문구를 고려하여 ‘통일성’을 번역어로 사용한다.

61) 로널드 드위킨(장영민 옮김), 『법의 제국』(아카넷, 2004), 324면.

62) 김도균, 앞의 논문(주 59), 94면.

63) 김도균, 앞의 논문(주 59), 94-95면.

64) 드위킨, 앞의 책(주 61), 313면.

65) 김도균, 앞의 논문(주 59), 129면.

보고 있지만, 과거의 해석 관행과 동떨어진 문언 구조 분석을 전제로 대상판결 사건을 균형법 제92조의6 적용범위에서 제외시켰다는 점에서 어떠한 더 근본적인 원리에 충실하려는 이타적이었는지는 모호하다. 따라서 문언의 축소해석과 보호법익의 확장을 통해 군인의 성적 자유 보장, 즉 자유의 법원리와 인간존엄성이라는 최고의 법원리에 대한 충실을 기한 다수의견이 두 별개의견보다 더 나은 구성적 해석이라고 평가할 수 있다.

V. 남은 문제: 헌법정향적 축소해석은 균형법 제92조의6의 위헌성을 일소하는가?

조선국방경비법 제34조 ‘계간죄’가 도입된 이래로 ‘남성 군인 간 성적 행위를 처벌하는 규정’은 지난 75여 년 간 건재했다. 그러나 대상판결로 균형법상 추행죄에 결정적인 균열이 생겼다. 대상판결 다수의견의 헌법정향적 해석에 따라 군인들이 사적인 공간에서 합의하여 성적 행위를 한 경우에는 균형법 제92조의6이 적용되지 않게 되었다. 그 결과 이 규정의 적용 범위는, 강간 및 유사강간의 수단인 폭행·협박에 이르지 않은 강제성이 수반된 추행으로 제한된다. 그렇다면 균형법 제92조의6은 엄격한 상명하복 관계로 인해 발생할 수 있는 위력에 의한 추행에 주로 적용될 것이다. 이러한 적용 범위의 축소로 균형법상 추행죄를 둘러싼 존폐 논란은 일소될 수 있는가? 이 규정은 그 적용 범위가 목적론적으로 축소되었더라도 죄형법정주의 위반, 균형법과 형법 등의 법정형 체계성 저해와 성소수자 군인에 대한 차별 문제를 여전히 안고 있다.

첫째, 균형법상 추행죄의 ‘추행’ 개념에 공연성과 강제성을 추가한다고 하더라도 이에 해당하는 행위의 시간·장소에 관한 사항과 행위의 정도가 불명확하게 규정되어 있어 이 규정은 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배된다. 균형법상 추행죄 규정의 위헌성을 판단 하였던 헌법재판소의 2002년, 2011년, 2016년 결정의 반대의견들은 공통적으로 이 규정이 강제성 수반 여부, 행위의 정도, 행위의 객체, 행위의 시간·장소에 관한 사항을 규정하지 않고 있으며, 판례에 실시된 보호법익마저 광범위하여 ‘수범자의 예측가능성을 박탈하고 법 집행기관의 자의적 법해석 가능성을 초래하였으므로’ 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배된다고 판단하였다. 대상판결의 다수의견은 이 사건처럼 합의에 의한 동

성 군인 간 성행위가 ‘근무 시간 외에 사적 공간에서’ 이루어진 경우만 군형법 제92조의6 적용 범위에서 배제되는지, 아니면 시간적 기준과 공간적 기준 중 어느 하나만 충족되는 경우도 적용 범위에서 배제될 수 있는지에 대한 일반론을 명시적으로 실시하지 않았다.

또한 대상판결 다수의견의 해석을 따르더라도 행위의 정도는 여전히 불명확하다. 예시적 입법 형식을 취하고 있는 군형법 제92조의6은 구성요건적 행위로 ‘항문성교’를 예시하고 ‘그 밖의 추행’이라고 기술한다. 이러한 형식을 따르는 규정에서 예시는 해당 구성요건요소의 해석을 위한 판단지침이다. 따라서 ‘그 밖의 추행’은 적어도 ‘항문성교에 준하는 행위’, 즉 유사 성교행위로 봄이 타당하다.⁶⁶⁾ 그러나 군형법상 추행죄 규정에서 말하는 ‘추행’을 ‘계간(또는 항문성교)에 이르지 아니한 동성에 성행위’로 보는 대법원의 해석에 따르면 항문성교는 추행에 해당하는 행위의 정도를 판단하는 기준이 되지 못한다. 예시적 입법 형식에 대한 통상적 해석과 대법원의 해석의 불일치만 보더라도 수범자가 이 규정이 적용되는 행위의 정도를 예측하기 어려울 것으로 보인다.

둘째, 군형법상 추행죄를 강제성이 수반되는 위력에 의한 추행에 적용하는 경우 책임과 형벌 간의 비례원칙에 반할 소지가 있다. 군형법 제15장은 강간, 유사강간, 강제추행, 준강간, 준강제추행 등을 형법 등의 법정형에 비해 가중 처벌하고 있다. 그런데 군형법은 업무상 위력 등에 의한 성폭력 범죄 처벌 조항을 두고 있지 않다. 반면에 형법 제303조는 업무상 위력 등에 의한 간음에 대해 7년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금을 법정형으로, 성폭력처벌법 제10조는 업무상 위력 등에 의한 추행에 대해 2년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금을 법정형으로 규정하고 있다. 군형법상 추행죄 규정은 2년 이하의 징역만을 법정형으로 규정하고 있기 때문에 성폭력처벌법 제10조에 비해 더 중한 법정형으로 볼 수 있지만, 군형법 제15장의 다른 규정들이 동일한 범죄에 대한 형법 등의 법정형을 가중하는 체계에 부합하지 않는다.

셋째, 군형법 제92조의6 그 자체는 성소수자에 대한 차별적 표현을 담고 있기 때문에 ‘그릇된(wrong)’ 것이라고 평가할 수 있다. 군형법 제92조의6이 영외에서 동성 군인들이 합의하여 성적 행위를 한 경우에 적용되지 않는다면 성소수자 군인의 성적 자유를 차별적으로 제한하는 결과적인 ‘해악(harm)’이 발생하지 않는다고 볼 수 있다. 그리고

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

어떤 법규정이 특정 집단에 대한 모욕이나 비합리적인 불이익한 대우와 같은 차별적 결과를 야기하는지에 따라 해당 규정이 차별적인지 판단한다면, 적용범위가 축소된 이 규정은 차별적이지 않다고 할 수도 있다. 그러나 특정 행위를 범죄로 규정함으로써 그 행위가 비도덕적이라는 메시지를 전달하는 법의 ‘표현적 기능’을 고려한다면, 어떤 법규정이 차별적인지는 그 규정이 야기한 구체적인 결과적 해악과는 별개로 그 규정의 ‘의미’에 비하와 같은 차별적 요소가 있는지에 따라 결정될 수 있다. 이러한 법적 표현주의(legal expressivism)⁶⁷⁾ 관점에서 차별 문제를 탐구한 대표적 학자인 데보라 헬먼(Deborah Hellman)은 “구별은 구별 과정의 행위 자체 때문에 그르며, 이런 그름(wrongness)은 그로 인해 생길지 모르는 해악으로 환원되지 않는다.”고 주장한다.⁶⁸⁾ 그리고 헬먼은 사회의 맥락과 문화를 관찰함으로써 구별 과정의 행위가 표현된 법규정의 의미를 파악할 수 있다고 본다.⁶⁹⁾

헬먼의 관점에서 균형법 제92조의6은 대상판결에 따라 그 적용 범위가 축소되더라도 차별적 의미로 읽힐 수 있다. ‘계간’을 ‘항문성교’로 바꾼 것만으로 제정 균형법상 계간죄 규정에 내포되어 있던 성소수자에 대한 비하의 의미가 현행 균형법상 추행죄 규정에서 사라졌다고 할 수 없다.⁷⁰⁾ 왜냐하면 균형법상 추행죄 규정은 현실적으로 남성 군인 간 성적 행위에만 적용되어 왔고, 균형법은 ‘항문성교’를 유사강간의 구성요건적 행위와 구별하여 별개의 범죄로 규정하고 있으며,⁷¹⁾ 대한민국 법령에서 ‘항문성교’라는 문구를 사용하는 예는 균형법이 유일하기 때문이다. 또한 한국 군대의 동성애 혐오 분위기와 동성애를 관리의 대상으로 규정한 군의 법령은 여전히 성소수자 군인들이 스스로를 비가시화 하도록 압박하고 있다.⁷²⁾

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

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

69) Hellman, 위의 책(주 68), 같은 곳.

70) 정성조, 앞의 논문(주 10), 449-467면은 한국 군대 내에서 동성애를 ‘문제’로 규정하게 되는 과정을 균형법상 추행죄에 관한 논의를 중심으로 분석하였다.

71) 균형법 제92조의2는 형법 등 성폭력 범죄 처벌 규정과 마찬가지로 유사강간 행위를 ‘구강, 항문 등 신체(성기는 제외한다)의 내부에 성기를 넣거나 성기, 항문에 손가락 등 신체(성기는 제외한다)의 일부 또는 도구를 넣는 행위’로 규정하고 있다. 균형법상 추행죄의 ‘그 밖의 추행’을 ‘항문성교에 준하는 추행’으로 해석한다면 추행죄의 구성요건적 행위를 유사강간의 행위 태양으로 보아도 무리가 없을 것이다.

72) 정성조·이나영, “보이지 않는 군인들: 한국 군대 내 동성애혐오와 성소수자 정체성”, 『문화와 사회』

군형법 제92조의6의 적용 현실, 규정 방식, 다른 법령과의 관계 등과 같은 맥락을 고려할 때, 이 규정의 의미는 성소수자에 대한 차별로 파악될 수 있기에 이 규정은 그 자체로 그릇된 것이라고 할 수 있다. 더 나아가 이 규정은, 인간존엄성과 차별 금지를 규정한 헌법을 최고규범으로 두고 동성 간 성적 교섭을 범죄로 규정하지 않는 형법, 성적 지향을 이유로 한 차별을 금지하는 국가인권위원회법, 성소수자 병사의 복무를 허용하는 부대관리훈령 등으로 구성된 대한민국 법체계의 의미적 정합성을 저해한다.⁷³⁾ 또한 이 규정은 이제 사회통념과도 거리가 있다. 우리 사회는 제정 형법에서부터 동성 간 성적 교섭을 범죄화하지 않았다. 형법 제정 당시 이러한 비범죄화가 외국 형법 계수의 우연한 산물이라고 평가할 수도 있지만,⁷⁴⁾ 지난 70년 동안 우리 사회 구성원들은 개인의 성적 도덕관념과는 별개로 동성 간 성적 교섭은 지극히 사적인 영역의 문제로 법이 개입할 수 있는 문제가 아니라는 관념이 사회통념으로 자리 잡았다.⁷⁵⁾

드워킨에 따르면, 국가는 “한결같은 목소리(one voice)로 말해야 한다.”⁷⁶⁾ 국가는 통일성으로서의 법을 통해 하나의 목소리를 낼 수 있다. 드워킨이 말하는 통일성의 원리는 법을 가능한 한 정합한 것으로 보이게 해석하라는 사법(司法) 차원의 통일성 원리와 법 질서를 정치도덕적으로 가장 정합적으로 만들어야 한다는 입법 차원의 통일성 원리로 이루어진다.⁷⁷⁾ 대상판결은 통일성의 사법 원리를 잘 보여준다. 남은 문제는, 입법이 모든 사람에 대하여 그 자신들이 ‘도덕적·정치적 권리’라고 여기는 것을 보호하기 위하여 최선의 노력을 기울여야 한다는 ‘통일성의 입법 원리’를 실천하는 것이다. 이 원리에 따라, 성소수자 군인에 대한 차별적 의미가 있는 군형법 제92조의6을 우리 법체계에서 제

26.3 (2018), 131-133면. 이 연구에서는 군복무 경험이 있는 성소수자를 대상으로 심층면담을 하여 한국 군대 내에서 성소수자 군인들이 반동성애 문화와 제도적 폭력 사이에서 겪었던 경험을 분석하였다.

73) 손제연, 앞의 논문(주 67), 119면은 법체계가 가지는 ‘의미체계의 정합성 유지와 보존의 이익’을 비환원적인 ‘표현적 이익’이라고 명명하고, 의미의 관점에서 이러한 이익의 침해를 ‘표현적 해악’이라고 명명한다.

74) 이상현, 앞의 논문(주 39), 8-9면.

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

76) 드워킨, 앞의 책(주 61), 318면.

77) 드워킨, 앞의 책(주 61), 255면 이하.

거하는 입법적 결단으로 법의 통일성을 제고해야 한다.

군형법 제92조의6 폐지론에 대한 가장 일반적인 반론은 처벌의 공백이 발생한다는 주장이다. 그러나 대법관 김선수는 대법판결의 별개의견에서 상호 합의한 성행위를 추행죄로 처벌하지 않더라도 공연음란죄나 군무이탈죄 등에 의한 규율 가능하기에 처벌의 공백이 발생하지 않는다고 설명하였다. 이 별개의견과 같이 합의된 성적 행위라도 공연히 이루어진다면 행위자의 성별이나 성적 지향에 상관없이 공연음란죄에 해당할 수 있고, 그러한 행위로 인해서 군무를 이탈하였거나 군무를 태만히 했다면 그 행위 자체가 아니라 그 행위의 결과를 근거로 처벌될 수 있다.

이 별개의견은 “형사처벌을 해야 할 정도로 군기를 구체적, 직접적으로 침해하는 데까지 이르지 않은 경우에는 필요하다면 적절한 징계를 통해 충분히 군기를 확립할 수 있다.”라고 논지를 이어간다. 그런데 동성 군인의 합의에 의한 성행위가 징계 대상이 되는 경우는, 영내 근무 공간에서 합의하여 성행위를 하였던 남녀 군인에 대해서 징계 처분을 한 사례처럼⁷⁸⁾ 합의에 의한 동성 군인 간 성행위가 영내 근무 공간에서 이루어지거나 근무 시간 내에 이루어지는 경우로 제한되어야 한다. 동성 군인이 서로 합의하여 근무시간 외에 사적 공간에서 성행위를 한 경우, 즉 공연성이나 군무태만과 같은 결과적 해악도 없는 행위는 앞서 살펴본 무기문란 행위의 예시에 비추어도 군기를 구체적, 직접적으로 침해한다고 볼 수 없다.⁷⁹⁾

처벌 공백에 대한 우려가 군 공동생활의 건전성과 성적 자기결정권에 대한 침해 행위를 규율해야 한다는 진지한 고민에서 나온 것이라면 군형법에 업무상 위력 등에 의한 추행 규정을 도입하면 될 것이다. 군에서는 엄격한 상명하복관계로 인해 위력 등에 의한 추행이 빈번히 발생할 수 있다는 점을 고려한다면, 군 공동생활의 건전성과 성적 자기결정권을 보호하기 위해 성폭력처벌법과 같이 군형법상 위력 등에 의한 추행죄 규정을 신설할 필요가 있다.⁸⁰⁾

78) 대표적인 사례로는 디지털뉴스팀, “해외 파병부대서 장교간 성행위 적발 징계”, 『경향신문』 2010. 10. 4. 자 기사(<https://www.khan.co.kr/politics/defense-diplomacy/article/201010040938091>, 최종 방문일 2022. 6. 15.) 참조.

79) 같은 취지 이경환, 앞의 글(주 15), 31면.

80) 같은 취지 도중진, “군형법상 추행죄에 관한 소고”, 『형사정책연구』 26.3 (2015), 54면.

VI. 결론

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

사법의 통일성 원리를 실천한 것으로 평가할 수 있는 대상판결로 인해 군형법 제92조의6에는 큰 균열이 발생했다. 이 균열이 군 공동체가 성적 지향을 이유로 한 차별이 없는 평등한 공동체로 나아갈 수 있는 ‘법의 문’이 되기 위해서는 입법의 통일성 원리에 따라 군형법 제92조의6이 폐지되어야 한다.⁸¹⁾ 한편 위헌적 법률은 입법에 의해 폐지될 수도 있지만, 헌법재판소의 규범통제를 통해 제거될 수도 있다. 이에 필자는 헌법재판소가 입법적 결단을 기다리기보다 군형법상 추행죄 규정의 위헌성을 판단할 수 있는 네 번째 기회인 2017헌가16 사건에서 이 규정의 위헌성을 확인하고 이 규정을 제거함으로써 입법의 통일성 원리를 회복시켜 주기를 바란다.

81) ‘법의 문’에 대해서는 강태경, “양심적 병역거부의 ‘정당한 사유’해석론 비판: ‘길’로서의 법 vs. ‘문’으로서의 법”, 『형사정책연구』 29.3(2018), 86-88면 참조.

참고문헌

1. 국내 문헌

가. 단행본

국방부. 『국방법무백서 2017』. 국방부, 2017.

육·해·공군 군사법원 편. 『군형법 주해』. 육·해·공군 군사법원, 2015.

최규환. 『헌법재판소의 법률해석 - 헌법합치적 법률해석의 유형과 규범통제 -』. 헌법재판
연구원, 2020.

나. 논문

강태경. “양심적 병역거부의 ‘정당한 사유’ 해석론 비판: ‘갈’로서의 법 vs. ‘문’으로서의 법”. 『형사정책연구』 29.3 (2018): 25-101.

김도균. “우리 대법원 법해석론의 전환: 로널드 드워킨의 눈으로 읽기 - 법의 통일성 (Law’s Integrity)을 향하여 -”. 『법철학연구』 13.1 (2010): 89-132.

김은희. “칸트 성윤리의 구조와 재구성 - 섹스 본성론, 정언명령, 호혜성을 중심으로 -”. 『철학사상』 68 (2018): 93-128.

노기호. “군형법 제92조 “추행죄”의 위헌성 고찰 - 육군 제22사단 보통군사법원 2008.8.6. 위헌제청결정사건(2008고10)을 중심으로 -”. 『헌법학연구』 15.2 (2009): 263-300.

도중진. “군형법상 추행죄에 관한 소고”. 『형사정책연구』 26.3 (2015): 33-59.

박안서. “2009년 개정 군형법의 주요내용과 문제점”, 『형사정책연구』 22.4 (2011): 131-189.

박 철. “법률의 문언을 넘은 해석과 법률의 문언에 반하는 해석”, 『법철학연구』 6.1 (2003): 185-236.

문준영. “미군정 법령체제와 국방경비법”. 『민주법학』 34 (2007): 97-136.

손수지·김지관. “군인의 역할로 본 군형법 제92조의 6”. 『인문사회21』 7.4 (2016):

585-602.

- 손제연. “법적 표현주의와 표현적 해악의 본성”, 『법철학연구』, 22.2 (2019): 79-124.
- 이경환. “군대 내 동성에 행위 처벌에 대하여”, 『공익과 인권』 5.1 (2008): 73-99.
- 이상현. “군형법상 항문성교 기타 추행죄 연구: 법제사, 법익론 및 판례 비교를 중심으로”. 『법학논총』 36 (2016): 249-287.
- 이자연. “군형법상 추행죄에 관한 연구”. 『원광법학』 34.2 (2018): 153-167.
- 이호중. “군형법 제92조의5 추행죄의 위헌성과 폐지론”. 『형사법연구』 23.1 (2011): 229-264.
- 정성조. “한국 군대 내 동성에 ‘문제’의 ‘탄생’”. 『한국사회학회 사회학대회 논문집』 (2018): 449-467.
- 정성조·이나영. “보이지 않는 군인들: 한국 군대 내 동성애혐오와 성소수자 정체성”. 『문화와 사회』 26.3 (2018): 83-145.
- 정연주. “군형법상 추행죄의 헌법적 문제”. 『공법학연구』 12.2 (2011): 133-158.
- 조 국. “군형법 제92조의5 계간 그 밖의 추행죄 비판 - 군인간 합의동성에 형사처벌의 당부 -”. 『형사법연구』 23.4 (2011): 291-316.
- 추지현. “‘강간’과 ‘계간’사이: 군형법상 ‘강간과 추행의 죄’의 법담론”. 『한국여성학』 29.3 (2013): 147-180.

다. 판결 및 결정

- 대법원 2008. 5. 29. 선고 2008도2222 판결.
- 대법원 2013. 11. 14. 선고 2011두11266 판결.
- 대법원 2014. 7. 24. 선고 2012므806 판결.
- 대법원 2015. 9. 10. 선고 2015도6980 판결.
- 대법원 2020. 9. 3. 선고 2016두32992 전원합의체 판결.
- 대법원 2022. 4. 21. 선고 2019도3047 전원합의체 판결.
- 헌법재판소 2002. 6. 27. 선고 2001헌바70 결정.
- 헌법재판소 2011. 3. 31. 선고 2008헌가21 결정.
- 헌법재판소 2016. 7. 28. 선고 2012헌바258 결정.

고등군사법원 1990. 3. 3. 선고 99노31 판결.

고등군사법원 2008. 2. 19. 선고 2007노249 판결.

라. 기타 자료

국가인권위원회. “『군형법』 제92조의6(추행) 관련 대법원 전원합의체 판결에 대한 국가인권위원장 환영 성명”. 2022. 4. 22.자 보도자료.

군인권센터. “장준규 육참총장, 동성애자 군인 색출 및 처벌 지시 관련 긴급 기자회견”. 2017. 4. 13.자 보도자료.

김민제. “2년전 ‘육군 성소수자 색출 사건’ 군인들 강제전역 내몰렸다”. 『한겨레』 2019. 9. 18.자 기사, https://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/909920.html, 최종방문일 2022. 5. 31.

디지털뉴스팀. “해외 파병부대서 장교간 성행위 적발 징계”. 『경향신문』 2010. 10. 4.자 기사, <https://www.khan.co.kr/politics/defense-diplomacy/article/201010040938091>, 최종방문일 2022. 6. 15.

박고은. “커밍아웃이 범죄가 되는 군대, 국방부는 평등의 문 열어라”. 『한겨레』 2021. 10. 1.자 기사, https://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/1014674.html, 최종방문일 2022. 6. 15.

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

장서연. “군형법상 추행죄 무죄, 대법원 판결의 의미”. 공익인권법재단 공감 홈페이지, 2022. 5. 10.자 칼럼, https://www.kpil.org/board_column/20220510/, 최종방문일 2022. 5. 31.

장예지. “검찰도 잘못 인정…추행 혐의 성소수자 군인에 ‘무죄 구형’, 왜?’. 『한겨레』 2022. 5. 22.자 기사, https://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/1044694.html, 최종방문일 2022. 5. 31.

2. 외국문헌

가. 단행본

Ausubel, David P. *Educational Psychology: A Cognitive View*. New York: Holt, Rinehart and Winston, 1968.

_____. *The Acquisition and Retention of Knowledge: A Cognitive View*. Boston : Kluwer, 2000.

Dworkin, Ronald. M. *Law's Empire*. Oxford: Hart Pub, 1998. [역서] 드워킨, 로널드, 장영민 옮김. 『법의 제국』. 아카넷, 2004.

Fuller, Lon L. *The Morality of Law*. New Haven: Yale Univ. Press, 1969. [역서] 풀러, 론 L., 박은정 옮김. 『법의 도덕성』. 서울대출판부, 2015.

Hellman, Deborah. *When is discrimination wrong?* Cambridge: Harvard University Press, 2008.

나. 논문

Nussbaum, Martha C. "Objectification." *The Philosophy of Sex: Contemporary Readings*, 4th ed. Edited by Alan Soble. Lanham: Rowman & Littlefield, 2002.

다. 유엔 문서

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

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

United Nations, General Assembly. *Draft report of the Working Group on the*

Universal Periodic Review: The Republic of Korea. A/HRC/DEC/37/108
(13 November 2017).

라. 기타 자료

LaGrone, Sam. “History of U.S. Policy and Law on Gays in the Military.” *USNI NEWS*, 2018. 3. 27. <https://news.usni.org/2013/06/26/a-history-of-gays-in-the-military>, 최종방문일 2022. 6. 8.

Oxford English Dictionary Online. June 2022. Oxford University Press.
<http://www.oed.com/>, 최종방문일 2022. 6. 15.

The Meaning and Task of the Supreme Court en banc Decision 2019Do3047 on the Violation of the Article 92-6 (Indecent Act) of the Military Criminal Act

Gahng, Taegyung*

The majority opinion of the Supreme Court en banc Decision 2019Do3047 Decided on April 21, 2022 reversed and remanded the lower judgement of guilty which was convicted in the case of the indecent act under the Article 92-6 of the Military Criminal Act to the effect of innocence. The majority opinion judged that the legal and normative evaluation of sexual behavior between the same sex was changed, and that the Military Criminal Act cannot punish male soldiers for indecent act if they commit sexual acts under agreement in private spaces. By comparing and reviewing each opinion, focusing on the ‘literal meaning’ and ‘benefits and protections’ of the provision, which are the main issues of this Decision, it was confirmed that the constitution-oriented interpretation of the majority opinion was persuasive in terms of the law as integrity.

In addition, it was argued that the interpretation of the majority opinion was an interpretation *contra legem*, but it is a legitimate interpretation to improve the integrity of the legal order. However, the discriminatory meaning expressed in the provision of indecent act under the Military Criminal Act cannot be completely removed only with a teleological reduction.

❖ Key words: Military Criminal Act, Indecent act, Constitution-oriented interpretation, Interpretation *contra legem*, Law as integrity, Discrimination

* Research Fellow, Korean Institute of Criminology and Justice, Ph.D. in Law.

