

군형법상 추행죄에 관한 소고

도 중 진*

국 | 문 | 요 | 약

최근 동성애에 대한 사회적·법적 편견이 많이 극복되었다고 할 수 있지만 우리나라의 경우 성적 지향에 따른 차별금지를 ‘국가인권위원회법’에 규정하였음에도 불구하고 특히 우리나라의 안보상황과 특수성에 기하여 군이라는 폐쇄적 사회에서 동성애에 대한 편견이 다른 어느 영역보다 가장 심각하다고 할 수 있다.

따라서 본 논문에서는 동성애에 대한 군형법상의 추행죄는 그 입법목적과 보호법익의 불명확성, 명확성의 원칙, 과잉금지의 원칙, 평등권, 성적자기결권과 사생활의 자유 등 헌법상 기본원칙과 기본권에 대한 침해의 소지가 많이 있기 때문에 제한적으로 운영되어야 한다는 전제 아래 당사자 간 합의에 의한 추행은 원칙적으로 비범죄화하여 군인사법상의 징계조치나 현역복무부적합조치 등 징계조치로 규율하고, 공연성을 수반하는 경우에만 별도의 처벌규정을 둘 것을 제안하였다.

한편 강제력이 사용된 경우의 추행의 경우는 원칙적으로 군형법상 강제추행죄로 규율하되 이에 포섭할 수 없는 위계 또는 위력에 의한 추행은 별도의 규정을 신설하여 처벌하는 것이 법체계상 바람직하다고 할 수 있으며, 물론 위계 또는 위력에도 해당하지 않는 강제력에 의한 추행이 문제될 수 있지만 이는 징계책임을 통하여 해결하면 될 것이다. 결국 합의에 의한 동성애 행위에 대한 형사처벌은 폐지할 것을 제안하였다.

아울러 군대내의 동성애에 대한 편견과 차별을 극복하기 위하여 형사처벌이 아닌 동성애자 군복무자들이 겪는 차별과 고통을 극복할 수 있는 제도적 장치를 마련함과 동시에 이성애자 군복무자가 동성애자와 함께 생활하는데 따르는 심리적 불편과 불안에 대한 배려 또한 고민하여야 함을 강조하였다.

❖ 주제어: 군형법, 추행죄, 계간(항문성교), 추행, 동성애

* 충남대학교 평화안보대학원 과학수사학과 교수, 법학박사

I. 서론

동성애자는 오랜 세월 혐오와 차별의 대상이었으나 서구 사회에서는 1950년대 이후 동성애자들이 공개적으로 자신의 권리를 사회적으로 문제삼고 소송을 제기하는 등 적극적 활동의 결과 현재는 동성애가 성적 지향의 하나로 인정될 뿐만 아니라 동성간 혼인을 인정하는 등 동성애에 대한 사회적·법적 편견이 많이 극복되었다고 할 수 있다.

그러나 우리나라의 경우 성적 지향에 따른 차별금지를 ‘국가인권위원회법’에 규정하였음에도 불구하고 동성애자에 대한 두려움, 경멸, 혐오의 감정인 호모포비아(Homophobia)가 만연되어 있을 뿐만 아니라 법적으로도 동성애에 대한 차별적 조향이 존재한다고 할 수 있다. 특히 우리나라의 안보상황과 특수성에 기하여 군이라는 폐쇄적 사회에서 동성애에 대한 편견이 다른 어느 영역보다 가장 심각하다고 할 수 있다.

현행 ‘병역법’ 등 관련 법령상 동성애자의 군복무를 금지하는 규정이 존재하지 않기 때문에 동성애자도 의무복무 또는 직업군인으로서 군복무를 할 수 있다.¹⁾ 또한 국방부 ‘부대관리훈령’ 제4편 제7장은 동성애자 병사의 인권보호를 목적으로 제252조부터 제258조까지에 동성애자 병사 복무규정의 목적, 기본원칙, 신상비밀 보장, 아웃팅의 제한, 차별금지, 교육 및 상담 강화, 지속적인 지휘관심 경주를 규정하고 있다. 다만, 복무부적응이 현저한 경우 현역복무부적합 처리 후 전역조치를 할 수 있지만 동성애 사유만으로는 현역복무적합처리를 할 수 없도록 규정하고 있어 동성애자의 군복무에 관하여는 비록 미흡하지만 선진국과 차이가 없는 듯 한 외형을 갖추고 있다고 할 수 있다.

그러나 동성애자 병사의 병영 내에서의 모든 성적행위가 금지되며, 이를 위반한 경우 징계처분뿐만 아니라 형사처벌을 할 수 있도록 규정하고 있다. 즉 일반사회에

1) 동성애자를 병역법 제65조제1항제1호의 군복무가 곤란한 질병이나 심신장애가 있는 사람으로 보지 않으며, 병역법 제65조제1항제2호와 병역법 시행령 제137조제1항제3호의 정신이상이나 성격장애가 있는 사람으로 원칙적으로 보지 않고 있어 군복무가 허용되고 있다. 다만, 정병 신체검사 등 검사규칙 제11조는 신체검사대상자의 질병 또는 심신장애의 정도에 따라 1등급부터 7등급까지 구분하는데, 그 평가기준인 별표 2의 질병 심신장애의 정도란 제102호에 인격장애 및 형태장애의 예로 성적 선호장애, 즉 동성애를 규정하고 있어 극히 예외적으로 허용되지 않을 수 있다.

서 동성 간의 성행위를 처벌하지 않는 우리나라에서 군형법상의 추행죄를 통하여 유일하게 합의에 의한 동성애를 형사처벌하고 있는 것이다.

군형법상 추행죄는 우리나라가 현재 세계에서 거의 유일한 이데올로기적 분단체계에 하에 있어 국가안보의 중요성이 매우 크다는 점, 군의 기강은 국가안보에 직결되는 것으로 간부와 병사 또는 병사상호간의 동성애 등은 지휘체계와 부대의 단결 등을 저해하여 전투력 약화를 초래하거나 총기 등 살상무기를 다루는 군의 특성상 대형사고로 이어질 수 있다는 점, 군내에서 동성애 행위시 상호 합의가 있더라도 군의 엄격한 계급구조 특성상 이를 의사결정이 자유로운 민간에서의 그것과 동일하게 평가할 수 없는 점, 징병제하에서 병사들은 병영생활관 선택의 자유 등 취침장소 선택의 임의성이 없는 점 등을 고려하면 처벌의 필요성이 충분하다는 주장²⁾과 두 번에 걸친 헌법재판소의 군형법상 추행죄에 대한 합헌 결정³⁾으로 이론적 존립 기반을 마련하고 있다고 할 수 있다.

그러나 군형법상의 추행죄 규정은 헌법재판소의 결정에서 위헌의견이 증가하였다는 점, 개인의 성적 자기결정권과 사생활의 자유에 대한 권리의식이 높아지고 있다는 점, 동성애에 대한 사회적인 인식이 과거와 달리 변화되고 있다는 점, 과잉금지의 원칙, 평등권 등의 헌법적 쟁점에 대한 지속적인 논쟁과 학문성교나 그 밖의 추행이라는 구성요건이 여전히 명확성의 원칙에 부합하는지가 논란이 되고 있다는 점 등에서 그 위헌 논쟁이 지속되고 있는 현실이다.

이러한 현실에 바탕으로 군형법상의 추행죄에 대한 체계적 검토를 통하여 입법론적 대안을 제시하는 것은 법리적 논쟁을 넘어 인권친화적 사회를 향한 우리사회의 전진을 추구하는 것이라 생각된다.

2) 육군본부 법무실, 군형법 주해, 2011, 389쪽.

3) 추행죄에 대한 헌법재판소 판례로는, 헌법재판소 2002.6.27. 선고, 2001헌바70 전원재판부결정에서 합헌 7, 위헌 2로, 헌법재판소 2011.3.31. 선고, 2008헌가21 전원재판부결정에서 합헌 5, 위헌 4의 결정이 있었다. 제1차 결정은 추행죄 구성요건 중 기타 추행 부분에 국한된 심판을 하여 동 부분이 형법범규의 명확성의 원칙에 위배되는지 여부와 헌법상 과잉금지의 원칙 등에 위배되는지 여부에 대하여 소극적 판단을 하였지만, 제2차 결정에서는 추행죄 전체에 대한 판단, 즉 기타 추행 부분 이외에 계간 부분도 심판하여 과잉금지원칙에 위반하여 성적 자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유를 침해하는지 여부와 동성애자의 평등권을 침해하는지 여부에 대하여 소극적인 판단을 했다는 점에 차이가 있다. 박찬걸, 군형법상 추행죄의 문제점과 개선방안, 『한양법학』, 한양법학회, 제22권 제3집(2011. 8), 75-76쪽.

II. 추행죄의 의의

1. 의의

‘군형법’ 제92조의6은 ‘제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 사람에 대하여 항문 성교나 그 밖의 추행을 한 사람은 2년 이하의 징역에 처한다’고 추행죄를 규정하고 있다. 1962년 1월 20일 제정된 군형법이 수차례나 개정되었음에도 불구하고 추행죄 규정은 커다란 변화없이 유지되고 있다.⁴⁾

추행죄의 보호법익에 대하여 대법원과 헌법재판소는 추행죄는 군 내부의 건전한 공적생활을 영위하고, 이른바 군대가정의 성적 건강을 유지하기 위하여 제정된 것으로 개인의 성적 자유가 아니라 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 사회적 법익이라고 판시하고 있다.⁵⁾

- 4) 1962년 제정된 군형법 제92조는 ‘계간 기타 추행을 한 자는 1년 이하의 징역에 처한다’고 규정하였다. 2009년 11월 2일 법률 제9820호에서 법문장을 한글로 적고 어려운 용어를 쉬운 용어로 바꾸며, 길고 복잡한 문장은 체계 등을 정비하고 간결하게 하는 등 국민의 법 문장을 이해하기 쉽게 정비하기 위하여 ‘계간이나 기타 추행’을 ‘계간이나 그 밖의 추행’으로, 법정형을 1년에서 2년 이하로 상향조정하였다. 법정형의 상향조정 이유는 추행죄의 경우 형법상 친고죄인 강간죄나 강제추행죄에 대해 보조적으로 적용되어 강간죄나 강제추행죄에 대하여 고소 취소 등으로 처벌할 수 없을 경우에도 이를 처벌할 수 있도록 하는 기능을 하고 있다는 점을 감안하여 법정형이 가볍다는 지적이 가능하고, 법정형의 상한을 상향조정하여 양형의 재량 폭을 넓히는 것은 양형의 구체적 타당성을 확보할 수 있다는 것이 이유였다. 2013년 4월 5일 법률 제77734호에서 종전 논란의 된 행위의 객체를 ‘제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 사람에 대하여’로 한정하여 명확히 하고 ‘계간’을 ‘항문성교’로 수정하였다. 군형법의 제정·개정과정에 대한 자세한 것은 박찬걸, 앞의 논문, 73쪽; 법제사법위원회, 군형법 일부개정법률안(최영희의원 대표발의, 김옥이의원 대표발의) 검토보고, 2009.4, 7쪽; 오병두, 군형법의 문제점과 개정방향, 『형사정책』, 한국형사정책학회, 제20권 제1호(2008), 12-13쪽; 이경환, 2013년 군형법상 추행죄(제92조의5) 개정의 문제점, 『군형법 제92조의6 이대로 좋은가?』, 국회 긴급토론회(2013), 20쪽; 이희훈, 구 군형법 제92조에 대한 헌법적 평가—헌법재판소 2011.3.31. 선고 2008헌가 21 결정의 평석을 중심으로—, 『일감법학』, 건국대학교 법학연구소, 제20호(2011), 678-679쪽. 참조.
- 5) 김명수, 성적 소수자의 법적 차별에 관한 고찰—군형법 제92조에 관한 헌법재판소의 결정을 중심으로—, 『세계헌법연구』, 국제헌법학회 한국학회, 제18권 제1호(2012), 66쪽; 이광표, 군형법 제92조의6에 대한 지정토론회, 『군형법 제92조의6 이대로 좋은가?』, 국회 긴급토론회(2013), 60쪽; 헌법재판소 2002.6.27. 선고 2001헌마70 전원재판부 결정; 대법원 1973.9.25. 선고 73도1915판결; 대법원 2008.5.29. 선고 2008도2222 판결. 반면 고등군사법원의 판결 중에는 추행죄의 입법취지를 군사회 기강문란 및 전투력 약화, 개인의 성도덕 관념과 성생활의 자유를 침해하는 행위를 벌하기 위한 것이라고 판시한 바 있다: 고등군사법원 1990.3.30. 선고, 99노31판결.

추행죄는 집단생활을 하는 군대의 일상생활과 위신에 미치는 영향이 크기 때문에 공연성을 요건으로 하지 않고, 폭행·협박을 요건으로 하지 않다는 점에 형법상 공연음란죄나 강제추행죄에 대해 특별법의 관계에 있다고 할 수 있다.⁶⁾

2. 구성요건

1) 행위 주체와 객체

행위주체는 군형법 제1조의 적용대상자로 군형법의 피적용자이다.

객체는 군형법 제1조제1항부터 제3항⁷⁾까지에 규정된 사람이 객체이다. 종전 행위 객체에 대한 명확한 규정이 없어 민간인에 대한 추행의 경우에도 적용될 수 있는가가 문제가 되었지만 현행 군형법에 따르면 군인 상호간의 행위에만 적용된다.⁸⁾

다만 객체와 관련하여 남성간의 추행만을 대상으로 하는지, 여성 또는 이성간의 추행도 대상이 되는지에 대하여는 논의가 있다. 동성 특히 남성 간의 행위에 한정하여야 한다는 견해,⁹⁾ 동성간의 행위로 한정하여야 한다는 견해¹⁰⁾등이 있으나, 군형법 제1조는 피적용자에 아무런 제한이 없기 때문에 남성이나 여성이냐의 성별상의

6) 노기호, 군형법 제92조 추행죄의 위헌성 고찰-육군 제22사단 보통군사법원 2008.8.6. 위헌제청결정 사건(2008고10)을 중심으로-, 『헌법학연구』, 한국헌법학회, 제15권 제2호(2009.6), 267쪽; 박찬걸, 앞의 논문, 80쪽; 육군본부 법무실, 앞의 책, 383쪽; 이회훈, 앞의 논문, 681쪽; 정연주, 군형법상 추행죄의 헌법적 문제, 『공법학연구』, 한국비교공법학회, 제12권 제2호(2011.5), 139쪽.

7) ‘군형법’ 제1조(적용대상자) ① 이 법은 이 법에 규정된 죄를 범한 대한민국 군인에게 적용한다.

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

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

1. 군무원

2. 군적을 가진 국의 학교의 학생·생도와 사관후보생·부사관후보생 및 「병역법」 제57조에 따른 군적을 가지는 재영 중인 학생

8) 대법원은 민간인과 추행에 대하여는 추행죄의 성립을 부정하는 입장이다: 대법원 1973.9.25. 선고 73도1915판결.

9) 2008헌가21 전원재판부 결정 중 다수의견, 이동흡 재판관의 보충의견, 김종대, 목영준, 송두환 재판관의 반대이견 참조. 남성간의 합의에 의한 추행에 한정하여야 한다는 입장도 있다: 이호중, 군형법상 추행죄 개정이 아니라 폐지되어야 한다, 『군형법 제92조의6 이대로 좋은가?』, 국회 긴급토론회(2013), 33쪽.

10) 박찬걸, 앞의 논문, 87쪽.

제한은 없으며, 극단적인 경우 이성간의 성적 행위도 추행에 해당한다면 처벌할 수 있다고 해석하여야 한다.¹¹⁾

2) 행위

추행죄의 행위는 항문성교나 그 밖의 추행을 하는 것이다. 항문성교¹²⁾는 종전의 계간의 다른 표현으로 동성의 사람간의 성교 행위를 하는 것이다.¹³⁾

추행이란 일반적으로 정상적인 성적 행위에 대비되는 다양한 행위태양을 총칭하는 것으로 그 구체적인 적용범위도 사회적 변화에 따라 변동되는 불확정 개념으로 추행에 해당하는 행위를 구체적으로 열거하는 것은 입법기술상 불가능에 가깝기 때문에 그 어떤 법률에서도 정의규정을 두고 있지는 않다.¹⁴⁾

군형법상 추행을 형법이나 ‘성폭력범죄의처벌등에관한특례법’상의 추행¹⁵⁾과 다르게 이해하는 대법원은 ‘계간(항문 성교)에 이르지 아니한 동성에 성행위 등 객관

11) 김명수, 앞의 논문, 74쪽; 정연주, 앞의 논문, 143쪽; 조국, 군형법 제92조의5 계간 그 밖의 추행죄 비판—군인간 합의동성에 형사처벌의 당부(當否)—, 『형사법연구』, 제23권 제14호(2011), 294쪽. 또한 사회적 법익에 관한 죄이므로 합의 여부가 범죄의 핵심요소도 아니라고 한다: 이광표, 앞의 논문, 59-60쪽.

12) 항문성교는 계간에 내포되어 있는 비하적인 의미를 포함하지 않는다는 점에서 표현에 있어 개선되었다고도 할 수 있으나 남성간의 행위로 제한되는 의미가 포함되어 있지 않기 때문에 이성간의 성행위도 군형법상 추행죄의 처벌대상이 되는지, 항문에 성기가 아닌 손가락 등 다른 신체의 일부나 도구를 넣는 행위가 포함되는 지 등에 대하여 의문이 있으므로 불명확성의 문제가 있다는 견해도 있다: 이경환, 앞의 논문, 29쪽.

13) 계간은 남자끼리의 성행위로 실무상 남성간의 항문성교로 해석된다. 동성간 또는 동물과의 비정상적인 성교행위를 계간에 포함하는 견해(육군본부 법무실, 앞의 책, 383쪽; 최재석, 군형법상 추행죄의 규정, 입법론적으로 타당한가, 『군형법 제92조의6 이대로 좋은가?』, 국회 긴급토론회(2013), 54쪽)도 있으나, 이러한 행위는 그 밖의 추행에 해당할 수 있으므로 결과에 있어서는 차이가 없다고 할 수 있다: 노기호, 앞의 논문, 267쪽.

14) 박찬걸, 앞의 논문, 80쪽.

15) 형법상 추행은 객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고, 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로 이해하는 것이 다수설과 대법원의 입장이다: 김명수, 앞의 논문, 64쪽; 김혁돈, 강제추행죄에 있어서의 강제추행의 개념, 『형사법연구』, 한국형사법학회, 제20권 제1호(2009), 503쪽; 도중진·박광섭·정대관, 형법각론, 충남대학교출판문화원(2014), 238쪽; 오영근, 형법각론, 박영사(2014), 146쪽; 이재상, 형법각론, 박영사(2013), 167쪽; 이회훈, 앞의 논문, 682쪽; 조현욱, 강제추행죄의 구성요건 중 강제추행의 의미와 그 판단기준, 『홍익법학』, 홍익대학교 법학연구소, 제14권 제1호(2013), 461쪽; 대법원 1998.1.23. 선고 97도2506 판결; 대법원 2002.4.26. 선고 2001도2417 판결; 대법원 2007.1.25. 선고 2006도5979 판결.

적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 성적 만족 행위로서 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 침해하는 것이라고 할 것이고 이에 해당하는지 여부는 행위자의 의사, 구체적 행위태양, 행위자들 사이의 관계, 그 행위가 공동생활이나 군기에 미치는 영향과 그 시대의 성적 도덕관념 등을 종합하여 고려하여 신중히 결정되어야 할 것이다'라고 판시하고 있다.¹⁶⁾ 즉 대법원은 군형법상 추행을 일반인의 혐오감을 일으키는 비정상적·변태적 성적 만족 행위로 한정하고,¹⁷⁾ 행위의 변태성과 성적 만족을 목적으로 하는 주관적 요소를 강조하면서, 피해자의 성적 자유의 침해가 아닌 군 이익의 침해를 그 개념 요소로 하고 있다.¹⁸⁾ 결국 추행이란 항문성교 또는 이에 준하는 변태적·비정상적인 성적 행위로서 행위자의 의사, 구체적인 행위태양, 행위자들 사이의 관계, 그 시대의 성적 도덕관념 등을 종합적으로 고려하여 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기라는 사회적 법익을 침해하거나 침해할 위험성이 있는 행위라고 할 수 있다.¹⁹⁾

따라서 항문성교는 추행의 대표적인 예시규정으로 항문성교에 준하는 추행 행위 및 이에 미치지 못하는 단순한 추행행위라도 군사회의 기강을 해칠 만한 것이면 추행에 포함되어 처벌될 수 있다.²⁰⁾ 그러나 이러한 해석은 계간(항문성교)이 추행죄에서 추행이 무엇인지 판단함에 있어 판단지침으로 활용될 수 없다는 문제점이 있다.²¹⁾

또한 추행죄는 구성요건상 수단 등에 대하여 아무런 문구상 제한이 없으므로 강제에 의한 추행뿐만 아니라 상호 합의에 의한 추행 모두가 추행죄의 구성요건에 해당한다고 하는 견해가 있으나²²⁾ 군형법의 개정으로 강제추행죄, 준강제추행죄가 신

16) 대법원 2002.4.26. 선고 2001도2417 판결; 대법원 2002.8.23. 선고 2002도2860 판결; 대법원 2005.7.14. 선고 2003도7107 판결; 대법원 2008.5.29. 선고 2008도2222 판결.

17) 그러나 비정상적 성적만족 행위와 관련하여 다른 범죄는 성적 만족행위와 관계없이 피해자의 성적 자기결정권 침해가 초점이 되는 반면 추행죄에만 이러한 제한을 하는 근거가 명확하지 않으며, 성적 만족행위에 대한 객관적 판단이 불가능할 뿐만 아니라 복수심이나 호기심의 경우에는 추행죄의 가벌성이 부정되는 불합리한 결과를 초래할 수 있다. 또한 동성간의 결혼을 허용하는 등 성에 대한 사회적 인식과 제도가 개방된 사회에서 성적 행위를 정상적인 것과 비정상적인 것으로 구분하는 바람직하지 않다는 비판이 있다: 박찬걸, 앞의 논문, 82쪽.

18) 이회훈, 앞의 논문, 683쪽; 조현욱, 앞의 논문, 460쪽; 대법원 1973.9.25. 선고 73도1915 판결.

19) 정연주, 앞의 논문, 146쪽.

20) 이회훈, 앞의 논문, 683쪽; 고등군사법원 1999.3.30. 선고 99노31 판결.

21) 박찬걸, 앞의 논문, 92쪽.

22) 노기호, 앞의 논문, 272쪽; 정연주, 앞의 논문, 139쪽. 강제에 의한 추행을 처벌한 예로는 육군교육

설되었으므로 강제에 의한 추행 중 폭행·협박이나 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용한 경우에는 추행죄가 아닌 강제추행죄 등이 성립된다고 해석하는 것이 바람직하다.²³⁾ 따라서 추행죄는 강제추행죄 등의 수단으로서의 강제력 외의 추행과 상호 합의에 의한 추행에 한정하여야 할 것이다.²⁴⁾

행위자들 사이의 관계 및 행위 장소와 관련하여서도 그 행위가 공동생활이나 군기에 미치는 영향을 고려하여 추행에 해당하는지를 결정하여야 한다.²⁵⁾ 즉 행위자들 사이에 지휘복종 관계에 있어야 하는지, 같은 부대에 소속되어야 하는지,²⁶⁾ 부대 밖의 행위도 포함하는지, 부대 안에서 행위라도 은밀한 장소에서 한 경우 처벌되는지 등의 여부는 공동생활이나 군기에 미치는 영향을 기준으로 판단하여야 하나 판단기준 자체가 추상적 개념이어서 그 대상을 획일적으로 확정하는 것은 어렵다고 할 수 있다.²⁷⁾

3) 다른 죄와의 관계

폭행·협박의 방법을 사용하거나 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 추행하는 경우 군인등강제추행죄 또는 군인등준강제추행죄와의 관계가 문제된다. 이와 관련하여서는 강제추행죄만 성립하고 추행죄는 성립하지 않는다는 견해, 양 죄의 상상적 경합이라는 견해,²⁸⁾ 동성간의 추행행위에 대하여는 상상적 경합이 성립

사령부 보통군사법원 2005.7.22. 선고 2005고1 판결.

23) 조국, 앞의 논문, 295쪽. 반면 현행 군형법이 강제추행죄와 추행죄를 따로 규정하고 있으므로 강제성이 있는 경우와 강제성이 없는 경우로 각각 규정되어 종전의 명확성의 원칙에 대한 침해의 문제를 해소하였다는 입장도 있다: 박승호, 미국헌법상 동성애자의 권리—Romer 사건과 Lawrence 사건 검토를 중심으로—, 『미국헌법연구』, 사단법인 미국헌법학회, 제22권 제2호(2011.8), 232쪽.

24) 박찬걸, 앞의 논문, 85쪽.

25) 대법원 2008.5.29. 선고 2008도2222 판결.

26) 일반적으로 군인인 이상 상호 지휘복종관계나 동일한 군이나 부대(예를 들면 육군, 해군, 공군, 같은 소대, 중대, 대대, 연대, 사단 등)는 범죄 성립에 영향이 없다고 한다: 박찬걸, 앞의 논문, 89-90쪽.

27) 정연주, 앞의 논문, 144쪽.

28) 육군본부 법무실, 앞의 책, 387쪽. 군형법에 강제추행죄 등이 신설되기 이전 형법상 강제추행죄와 군형법상의 추행죄는 상상적 경합의 관계라는 견해도 있다: 정연주, 앞의 논문, 139쪽; 국방부 고등군사법원 2007.7.10. 선고 2007고6 판결.

하고 이성간의 추행행위에 대하여는 강제추행죄만 성립한다는 견해 등 다양한 견해가 있다. 실무상 강제력이 인정되는 추행의 경우 강제추행죄 등으로 기소를 하는데, 합의가 이루어지면 공소장을 변경하여 추행죄로 처벌하여 왔다. 그러나 이는 친고죄를 규정한 취지에 부합하지도 않을 뿐만 아니라²⁹⁾ 관련 법령에서의 친고죄의 폐지와 군형법상 강제추행죄를 친고죄로 규정하지 않은 현행법의 해석상 법조경합의 관계로 보아 추행죄가 아닌 강제추행죄만 성립한다고 하여야 한다.³⁰⁾

또한 추행을 공공연히 하면 공법상 공연음란죄와 추행죄의 상성적 경합관계에 있다고 할 수 있다.³¹⁾

Ⅲ. 추행죄 규정의 문제점과 외국의 경향

1. 추행죄 규정의 문제점

1) 입법목적과 보호법익의 불명확성

추행죄의 입법목적과 보호법익은 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기이다.³²⁾ 추행죄는 현실적으로 폐쇄적 공간에서 상급자에 의한 추행이 많아 이를 방지할 경우 군의 전투력 보전에 직접적인 위해가 발생할 수 있다는 점,³³⁾ 군대 내의 엄정한 질서와 군기의 확립이 필요하다는 점, 항문성교 등 추행에 대한 우리 사회의 일반적 정서, 징병제에 바탕을 둔 열악한 군생활환경, 군복무에 대한 만연한 기피풍조, 이성애자 군인의 협동심과 단결심을 저해하여 사기를 저하할 수 있다는 점에서

29) 친고죄인 강간죄의 고소가 없거나 고소가 취소된 경우에 그 수단인 폭행이나 협박에 대하여 별도로 공소제기하여 처벌하는 것은 친고죄의 규정취지에 반하는 것으로 그러한 공소제기는 ‘공소제기의 절차가 법률에 위반되어 무효인 경우’로서 형사소송법 제327조 제2호에 따라 공소기각의 판결을 해야 한다: 대법원 2002.5.16. 선고 2002도51 전원합의체 판결.

30) 박찬걸, 앞의 논문, 96쪽; 이호중, 군형법 제92조의5 추행죄의 위헌성과 폐지론, 『형사법연구』, 한국형사법학회, 제23권 제1호(2011), 239쪽; 조국, 앞의 논문, 295쪽.

31) 이희훈, 앞의 논문, 683쪽.

32) 정연주, 앞의 논문, 139쪽.

33) 정연주, 앞의 논문, 140쪽.

군대가정 생활의 보호와 군기의 확립을 위한 입법목적이 정당하다고 보는 견해도 있다.³⁴⁾

그러나 추행죄의 입법목적과 보호법익은 너무 추상적이고 애매모호하여 그 구체적 의미가 무엇인지 보호할 가치가 무엇인지 판단하기 어렵다.³⁵⁾ 특히 동성애자의 군복무를 허용하고 있는 국가들에서 기강 및 전투력의 약화가 발생하였다는 연구결과는 아직까지 없으며, 비강제적 추행으로 처벌된 피고인들 중 상당수가 범행이 발각되기 이전까지는 군생활에 있어서 능력을 인정받고 있었다는 점에서 추행행위가 바로 군기에 영향을 미친다는 주장은 과학적 근거가 없는 군대 내의 이성애자의 지나친 경계심과 과도한 혐오감에 의한 것으로 편견에 가득한 주장으로 증명되지 않은 명제라고 할 수 있다.³⁶⁾

또한 실무상 2004년부터 2007년까지의 군형법상 추행죄가 적용된 사례 176건을 분석하면 비강제에 의한 추행 사건은 4건에 불과하고 172건은 강제추행 또는 위력에 의한 추행에 해당하는 것이었으나 피해자와의 합의에 의하여 군형법이 적용되었으며, 처벌 102건, 기소유예 36건, 공소권 없음 6건, 혐의 없음 3건, 처분 미상 25건이다.³⁷⁾ 비강제에 의한 추행 사건 4건은 기소유예 1건, 선고유예 3건으로 종결되어 실무상으로도 형사처벌의 필요성이 실질적으로 존재하지 않는다고 할 수 있다.³⁸⁾ 즉 군형법상 추행죄는 입법목적과는 달리 사실상 강제추행죄나 강간죄의 친고죄 규정으로 인한 피해자 고소 취소 등으로 인한 가해자 처벌이 어려운 경우 이를 처벌하기 위한 보충적 규정으로 군대 내 성폭력 범죄의 비친고죄화 기능을 수행하여 왔다고 할 수 있다.³⁹⁾ 결국 추행죄의 입법목적에도 불구하고 추행죄는 강제추행죄 등

34) 이회훈, 앞의 논문, 697쪽.

35) 노기호, 앞의 논문, 287쪽; 윤상민, 군형법상 성범죄 규정의 문제점과 개정방향, 『원광법학』, 원광대학교 법학연구소, 제28권 제4호(2012), 194쪽.

36) 김명수, 앞의 논문, 68쪽; 노기호, 앞의 논문, 288쪽; 박승호, 앞의 논문, 233-234쪽; 임영덕, 미국과 한국에서의 군대 내 동성애 정책에 대한 고찰, 『미국헌법연구』, 사단법인 미국헌법학회, 제22권 제3호(2011.12), 394쪽; 조국, 앞의 논문, 307쪽.

37) 김명수, 앞의 논문, 73면; 노기호, 앞의 논문, 265쪽.

38) 이경환, 앞의 논문, 25쪽.

39) 법제사법위원회, 군형법 일부개정법률안(최영희의원 대표발의, 김옥이의원 대표발의) 검토보고, 2009.4. 7쪽; 이경환, 앞의 논문, 18쪽; 최지나, 군형법 92조는 군대 내 성인식 관리가 아닌 동성애자 병사 인권침해 조항이다, 『군형법 제92조의6 이대로 좋은가?』, 국회 긴급토론회(2013), 56쪽.

의 친고죄를 회피하기 위하여 적용되어 왔다는 점에서 추행죄의 보호법익인 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기라는 법익이 실질적으로 그 구체적 내용이 없다는 점을 드러내며, 군대 내 동성애 행위의 형사처벌 필요성이 특별히 큰 것이 아님에도 이를 독자적인 처벌조항으로 유지함으로써 군대 내 구성원들에게 동성애는 비정상적, 변태적이며 혐오스럽고 금지되어야 할 것이라는 잘못된 인식을 형성·강화하는 것이 추행죄의 본질이라 할 수 있다.⁴⁰⁾

군형법의 목적은 국가의 안전보장과 국토방위를 위한 전투력 유지·강화와 자의적인 형벌로부터 군인 등의 자유와 권리를 보호하는 것이다. 군기강 유지와 군인의 기본권 보장은 상호 제한적인 관계가 아니라 상호 보완적인 관계로 이해되어야 한다.⁴¹⁾ 그러나 국가의 안전보장과 국토방위를 위한 전투력 유지·강화는 군형법 외에도 지휘관의 전투준비태세유지, 강도 높은 군사훈련 및 정신교육, 적법하고 합리적인 부대지휘와 다른 군사제도를 통하여 구현되는 것이므로 군인의 기본권을 제한하는 군형법은 최후의 수단으로 사용되어야 할 것이다.⁴²⁾

따라서 보호법익 및 입법목적과 관련하여 예방적 차원에서 합의에 의한 성관계까지 가벌성의 범위를 확장하는 것은 바람직하지 못하며, 보호법익이 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기라면 군인과 민간인 사이의 행위와 이성간의 합의에 의한 성적 행위도 처벌하여야 하나 민간인과의 관계에서는 추행죄가 적용되지 않으며, 이성간의 합의에 의한 성적 행위도 형사처벌 되지 않는다.⁴³⁾ 오히려 수사 및 재판과정에서 공공연하게 드러나는 추행행위가 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 저해한다고 할 수 있다.⁴⁴⁾

그러나 친고죄 조항의 폐지로 인하여 추행죄의 합의에 의한 성행위에 대한 처벌이라는 의미를 더욱 분명히 하었다고 할 수 있다: 추지현, 강간과 계간 사이; 군형법상 강간과 추행의 죄의 범담론, 『한국여성학』, 한국여성학회, 제29권 제3호(2013), 161쪽.

40) 이경환, 앞의 논문, 19쪽.

41) 이호중, 앞의 군형법 제92조의5 추행죄의 위헌성과 폐지론, 251쪽.

42) 육군본부 법무실, 앞의 책, 9쪽.

43) 박찬걸, 앞의 논문, 77쪽.

44) 박찬걸, 앞의 논문, 78쪽.

2) 명확성 원칙 위반

명확성의 원칙과 관련하여 헌법재판소의 다수견해는 ‘건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 균형법 피적용자는 어떠한 행위가 기타 추행에 해당하는지 여부를 충분히 파악할 수 있고 그러한 전형적인 사례인 계간(항문성교)은 추행이 무엇인지를 해석할 수 있는 판단지침이 되며, 대법원 판결 등에 의하여 구체적이고 종합적인 해석기준이 제시되고 있기 때문에 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 반하지 않는다’고 한다.⁴⁵⁾

그러나 추행이라는 추상적이고 모호하며 포괄적 용어를 사용하여 강제성 여부에 대한 구체적이고 명확하게 규정하지 않아 수사기관과 재판기관 등의 자의적 해석과 적용이 가능하기 때문에 명확성의 원칙에 반한다고 할 수 있다.⁴⁶⁾ 그리고 추행 행위의 정도, 행위 주체와 객체, 행위 장소⁴⁷⁾ 등을 명확하게 규정⁴⁸⁾하지 않아 본죄에 해당하는 행위의 범위를 확정하기 어려워 죄형법정주의의 내용인 명확성의 원칙에 반한다고 할 수 있다.⁴⁹⁾

45) 헌법재판소 2002.6.27. 선고 2001헌바70 전원재판부 결정; 헌법재판소 2011.3.31. 선고 2008헌가 21 전원재판부 결정.

46) 이희훈, 앞의 논문, 693쪽. 추행죄 구성요건의 추상성과 모호성으로 그 적용범위가 백지형법의 수준으로 확대되어 기본권 침해가 심각하다는 견해도 있다: 조국, 앞의 논문, 311쪽.

47) 추행 행위의 장소가 부대 안에서 행한 것인지, 부대 밖도 포함되는지, 부대 안이라도 사람들의 눈에 보이지 않는 은밀한 장소에서 한 경우 포함되는지 등 그 적용을 판단할 수 없으므로 명확성의 원칙에 반한다. 실제 사례에서 행위 장소를 살펴보면 휴가기간 중의 병사의 집, 군 간부의 숙소, 내무실 옆 화장실, 야의 화장실, 아무도 없는 의무실, 취사장, 보일러실 등 다양한데 어떤 장소에서의 행위가 군이라는 공동생활의 건전한 생활과 군기에 영향을 미치는 행위인지 판단하기 어렵다. 즉 병사의 휴가, 외출, 외박 등을 통하여 영외로 벗어나는 경우, 장교, 부사관, 군무원 등의 경우 업무시간 외의 경우, 부대 안의 은밀하고 폐쇄된 공간의 경우 등에 대하여 추행죄를 적용하는 것은 과잉처벌이라 한다. 따라서 추행은 동성간 군영 내에서 하는 음란한 행위로 한정하여야 한다: 김명수, 앞의 논문, 75쪽; 박찬걸, 앞의 논문, 90쪽; 이경환, 앞의 논문, 22쪽; 이희훈, 앞의 논문, 694쪽; 육군본부 보통군사법원 1999.9.16. 선고 99고276 판결; 제2군단 보통군사법원 2005.10.20. 선고 2005고12 판결; 제17보병사단 보통군사법원 2007.2.27. 선고 2006고4 판결.

48) 형법이나 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법의 추행 관련 범죄는 범행수단(폭해·협박·위계·위력 등), 범행대상(미성년자·심신미약자·13세 미만 등), 범행장소(공중밀집장소 등), 피해자와의 관계(업무·고용 관계, 구금자와 감호자의 관계, 장애인과 감독자의 관계 등) 등 구성요건을 일정한 범위로 제한하고 있고 행위의 유형에 따라 징역형부터 벌금형에 이르기까지 다양한 법정형을 규정하고 있다: 박찬걸, 앞의 논문, 78-79쪽; 정연주, 앞의 논문, 137쪽.

49) 노기호, 앞의 논문, 290쪽; 김명수, 앞의 논문, 73쪽; 박승호, 앞의 논문, 233쪽; 이호중, 앞의 균형법

또한 대법원은 추행 개념을 구체화하고 그 처벌범위를 제한하기 위하여 ‘성적 만족행위’와 ‘비정상성’을 추행죄의 구성요건표지로 해석하고 있다.⁵⁰⁾ 그러나 성적 만족행위라는 것은 매우 주관적이며, 성행위를 정상과 비정상으로 구별하는 기준 자체가 대단히 모호할 뿐만 아니라 합의에 의한 성행위를 정상과 비정상으로 구분하는 것은 성적 지향에 의한 차별을 인정하는 해석론에 불과하다고 할 수 있다.⁵¹⁾

3) 과잉금지의 원칙 위반

과잉금지의 원칙과 관련하여 추행죄에 대하여 징역형만을 규정하고 있는 것은 군 내부의 건전한 공적 생활을 영위하게 하고, 군 조직 전체의 성적 건강을 유지시키며, 군기를 확립하는데 도움이 되기 때문에 입법목적을 달성하기 위한 적절한 수단으로 수단의 적합성 원칙에 반하지 않으며, 남북한으로 대치하고 있는 안보상황에서 2년 이하의 징역형으로 규정되었더라도 구체적 사안에 따라 기소유예나 집행유예 등이 가능하기 때문에 최소침해의 원칙에 반하지 않으며, 동성애자 군인의 성적 자기결정권이나 사생활의 비밀과 자유라는 사익과 군의 공동생활의 건전한 생활의 보호와 군기의 확립이라는 공익간의 균형성의 원칙에도 반하지 않는다.⁵²⁾ 또한 징병제 국가인 우리나라의 경우 동성애에 대한 부정적 정서와 동성간 법률혼이 허용되는 법률문화 등 사회일반의 인식이 외국과 많이 다르고, 우리군의 특성상 징계나 전역 등은 기대가능하고 효율적인 제재가 아니며⁵³⁾ 군기피 풍조가 만연한 현실에서 동성애가 군면제의 수단으로 악용의 여지도 있으며 벌금형 또한 열악한 사병의 급

제92조의5 추행죄의 위헌성과 폐지론, 232쪽; 이회훈, 앞의 논문, 693쪽; 추지현, 앞의 논문, 158쪽; 헌법재판소 2002.6.27. 선고 2001헌마70 전원재판부 결정 재판관 송인준, 재판관 주선회 반대의견; 헌법재판소 2011.3.31. 선고 2008헌가21 전원재판부 결정 재판관 김종대, 재판관 목영준, 재판관 송두환의 반대의견.

50) 윤상민, 앞의 논문, 199쪽.

51) 김명수, 앞의 논문, 75-76쪽; 윤상민, 앞의 논문, 198쪽. 국가인권위원회에서도 국가인권정책기본계획 권고안(2007년-2011년)에서 군형법상 추행죄가 성적 소수자에 대한 차별조항에 해당하며 성적 지향을 근거한 차별을 금지하는 국제기준에 따라 관련 규정을 권고한 바 있다. 이호중, 앞의 군형법 제92조의5 추행죄의 위헌성과 폐지론, 237쪽.

52) 이회훈, 앞의 논문, 699쪽; 정연주, 앞의 논문, 150쪽.

53) 병사의 경우 징계벌이 사실상 15일 이하의 영창처분에 불과하다는 점에서 성적 만족을 추구하는 욕망을 억제하기에 그 위하력이 극히 미비하다고 한다. 이광표, 앞의 논문, 61쪽.

여 수준을 감안할 때 벌금납부 책임이 부모에게 전가될 수 있으므로 효과적인 제재가 아니라는 것이다.⁵⁴⁾ 특히 헌법재판소는 모든 추행행위에 대하여 일괄적으로 1년 이하의 징역형으로 처벌하도록 규정하였다고 하더라도 입법재량권을 자의적으로 행사하였다고 볼 수 없을 뿐만 아니라 단순한 행정상의 제재로는 효과적으로 추행 행위를 규제하기 어렵고, 다른 법률의 추행죄와 비교하여 법정형이 지나치게 무겁지 않는 등의 이유로 헌법상 과잉금지의 원칙 등에 위배되지 아니한다고 판시하고 있다.⁵⁵⁾

그러나 의식과 제도가 개방된 사회에서 동성간의 성적 행위에 대하여 전역처리나 징계처분 등의 다른 방법을 강구하지 않고 형사처벌을 하는 것은 형법의 보충성의 원칙상 바람직하지 않다.⁵⁶⁾ 특히 징역형만을 규정한 것은 과잉금지의 원칙위반이다.⁵⁷⁾ 또한 추행의 개념에 강제에 의하지 아니하고 균형법 피적용자가 상호간에 은밀하게 행해짐으로써 타인의 혐오감을 직접 야기하지 않은 행위가 포함된다면 처벌에 의한 두려움으로 합의에 의한 성관계조차도 주저하게 되므로 개인의 인격권 및 행복추구권을 심각하게 제약하는 결과를 초래할 뿐만 아니라 군이라는 건전한 생활과 군기라는 보호법익에 대한 침해를 인정하기 어렵기 때문에 법익 균형성 측면에서 과잉금지의 원칙에 위반된다.⁵⁸⁾

54) 정연주, 앞의 논문, 147-149쪽. 그러나 추행의 개념이 상당히 다의적인 관계로 불법성의 차등이 발생할 수밖에 없는 상황에서 징역형만을 부과하는 것은 불합리한 결과를 초래하기 쉽다. 실무에서도 징역형으로 처벌할 정도의 불법성을 띠고 있지 않은 경우 기소유에 등의 방법으로 사건을 종결시키고 있는 편법적인 현상이 발생하고 있다는 점, 형법상 강제추행죄의 경우 선택형으로 벌금형을 규정하고 있는 점, 기존에 균형법상 법정형이 징역형 위주로 편중되어 범죄행위에 다른 처벌의 적정성을 기하기 위하여 다수의 범죄에 대하여 벌금형을 병과할 수 있도록 개정한 점, 다른 범죄의 경우에도 적전이나 전시의 상황에서는 징역형만을 규정하고 그 밖의 상황에서는 벌금형을 동시에 규정하고 있기 때문에 추행죄도 상황에 따른 차등적인 형벌을 규정할 수 있다는 점 등이 벌금형 부과의 찬성논리이다: 박찬걸, 앞의 논문, 98쪽; 법제사법위원회, 균형법 일부개정법률안(정부제출) 검토보고, 2009.4, 36쪽.

55) 헌법재판소 2002.6.27. 선고 2001헌바70 전원재판부 결정; 헌법재판소 2011.3.31. 선고 2008헌가21 전원재판부 결정.

56) 이호중, 앞의 균형법상 추행죄 개정이 아니라 폐지되어야 한다, 44쪽.

57) 김명수, 앞의 논문, 84쪽; 노기호, 앞의 논문, 292쪽; 박찬걸, 앞의 논문, 94쪽; 윤상민, 앞의 논문, 192쪽.

58) 김명수, 앞의 논문, 85쪽; 박승호, 앞의 논문, 234쪽; 윤상민, 앞의 논문, 200쪽; 오병두, 앞의 논문, 27쪽; 이호중, 앞의 균형법상 추행죄 개정이 아니라 폐지되어야 한다, 42쪽; 헌법재판소 2002.6.27.

4) 평등권 침해

헌법재판소는 동성간의 성적 행위만을 금지하고 이를 위반한 경우 형사처벌을 한다고 하더라도 그러한 차별에는 합리적 이유가 있으므로 동성애자의 평등권을 침해하지 않는다고 한다.⁵⁹⁾ 또한 추행죄는 법리상 이성간의 행위가 배제되는 것이 아니므로 남성 동성애자 군인이 평등권을 침해하는 것도 아니라고 한다.⁶⁰⁾ 물론 현행 추행죄의 입법목적이나 구성요건상 동성간 특히 남성간의 행위만을 금지한다고 해석하는 것은 무리이며 여성간이나 이성간의 추행에도 적용된다고 할 수 있으므로 평등권 침해의 문제는 없는 것처럼 해석할 수 있다.

그러나 실무상 이성간의 추행 특히 이성간의 비강제적 추행은 입건대상으로 고려하지 않고 남성간의 성행위에 대하여만 추행죄의 규정을 엄격히 적용하는 경향은 동성애에 대한 차별이 문제된다.⁶¹⁾ 즉 여성 군인간의 추행행위와 이성간의 추행행위는 형사처벌하지 않고 징계처벌⁶²⁾을 함에 반하여 남성 군인간의 추행행위만을 처벌하는 것은 정당한 입법목적도 없고 차별에 합리적 사유가 없을 뿐만 아니라 여성

선고 2001헌바70 전원재판부 결정 재판관 송인준, 재판관 주선회 반대의견. 2009년 8월 26일 이주영의원은 군형법상 계간이 행위의 주체 및 상대방, 행위의 시간과 장소, 행위태양 등에 대해 아무런 제한요건 없이 모든 동성간의 성적행위를 처벌대상으로 하고 있어 헌법과 형법상의 기본원칙인 죄형법정주의상의 명확성의 원칙, 헌법 제37조제2항의 기본권 제한의 일반원칙인 과잉금지의 원칙 등에 반하기 때문에 위헌의 소지가 있으므로 추행죄의 규정을 보다 명확하고 상세하게 규정하는 군형법 일부개정법률안을 발의하였다. 즉 군형법상의 피적용자 중 행위태양을 나누어 폭행 또는 협박으로 강간하거나 추행한 경우는 5년 이하의 징역이나 1천만원 이하의 벌금, 위계 또는 위력으로 간음하거나 추행한 자는 3년 이하의 징역이나 700만원 이하의 벌금, 단순 추행은 1년 이하의 징역이나 500만원 이하의 벌금 등으로 각각 세분하여 처벌하고자 하였다. 그러나 군형법에 강간, 유사강간, 강제추행, 준강간, 준강제추행 등을 신설하였기 때문에 논의의 실익은 적다고 할 수 있다. 자세한 것은 의안번호 제5781호 군형법 일부개정법률안(이주영의원 대표발의) 참조.

59) 헌법재판소 2011.3.31. 선고 2008헌가21 전원재판부 결정.

60) 정연주, 앞의 논문, 151쪽.

61) 김명수, 앞의 논문, 74쪽; 박승호, 앞의 논문, 235쪽; 조국, 앞의 논문, 309쪽. 반면 일반인의 동성애 행위를 처벌하지 않는데 반해 군인 특히 남성 군인의 동성애 행위를 처벌하는 것은 군인의 평등권 및 성적 자기결정권을 침해한다는 견해도 있다: 노기호, 앞의 논문, 284쪽.

62) 육군 징계규정에 따르면 사회적으로 비난가능성이 있는 간통 기타 비윤리적인 남녀관계로서 불건전한 이성교제를 포함하여 이를 불륜관계로 규정한 뒤 불륜관계에 해당하는 경우 우발적이고 경미한 행위를 제외하고 중징계로 처벌하도록 규정하고 있다. 또한 육군규정에 따르면 교육기관에서의 교육자와 피교육생 간이나 2단계 이상 계급 차이가 있는 경우 이성교제를 제한하고 이를 위반하는 경우 징계조치를 하고 있다: 이경환, 앞의 논문, 25쪽.

장교 및 여성 부사관이 증가하는 현실⁶³⁾에서 더욱 타당하지 않다.⁶⁴⁾ 또한 추행의 경우 폭행이나 협박, 위계나 위력 또는 합의 여부, 기수 및 미수 등에 따라 비난가능성의 정도가 다름에도 불구하고 이를 구별하지 않고 동일한 법정형⁶⁵⁾으로 처벌하는 것도 평등권 위반이라 할 수 있다.⁶⁶⁾

5) 성적자기결정권 및 사생활의 자유 침해

동성애자 군인의 성적 자기결정권 침해와 관련하여 동성애자 군인만을 처벌하는 것이 아니라 군이 주로 남성들로 구성되어 있어 결과적으로 남성간의 동성애가 주로 처벌되는 것이지 처음부터 의도적으로 남성군인간의 동성애만을 처벌하는 것은 아니며, 이러한 처벌 결과 해당자의 성적 자기결정권이 제한을 받는다 하더라도 추행죄의 입법목적을 달성하기 위하여 이루어지는 불가피한 제한으로 정당화된다는 것이다.⁶⁷⁾ 또한 강제에 의하지 않고 상호 합의하에 휴가기간 등 부대 밖에서 추행이 일어난 경우라 하더라도 일반사회와 달리 군의 특성상 이것이 주변에 미칠 수 있는 악영향을 예상할 수 있거나 그러한 가능성을 전혀 배제할 수 없기 때문에 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 침해할 위험성이 있다고 보고 이를 처벌하는 것은 나름대로의 합리적 이유가 있기 때문에 개인의 성적 자기결정권이나 사생활의 자유가 다소 제한되더라도 정당화될 수 있다는 것이다.⁶⁸⁾

63) 2009년 기준 육군에서 여성장교는 2,350명(4.6%), 여성 부사관이 1,635명(3.3%)이고, 공군은 여성 장교가 339명(3.5%), 여성 부사관이 626명(3.2%)이고, 해군의 경우 여성장교가 286명(2.8%), 여성 부사관이 312명(1.2%)로 총 여성장교 2,975명(4.2%), 여성 부사관 2,573명(2.7%)로, 국방부는 2015년까지 여성 장교를 5.7%, 여성 부사관을 4.1%, 2020년까지 여성 장교 7.0%, 여성 부사관 5.0%로 증원할 계획이라 한다: 법제사법위원회, 군형법 일부개정법률안(최영희의원 대표발의, 김옥이의원 대표발의) 검토보고, 2009.4. 2쪽; 이회훈, 앞의 논문, 701쪽.

64) 노기호, 앞의 논문, 285쪽; 김명수, 앞의 논문, 83쪽; 윤상민, 앞의 논문, 201쪽; 이호중, 앞의 군형법 제92조의5 추행죄의 위헌성과 폐지론, 241-242쪽; 이회훈, 앞의 논문, 702쪽.

65) 군형법의 개정으로 종전 1년 이하의 징역에서 2년 이하의 징역으로 규정한 것은 선고유예를 할 수 없게 하여 과잉금지의 원칙 중 최소침해의 원칙에 반하는 문제가 있을 수 있다: 이회훈, 앞의 논문, 704쪽.

66) 이회훈, 앞의 논문, 702쪽.

67) 정연주, 앞의 논문, 152쪽.

68) 정연주, 앞의 논문, 153쪽.

그러나 군인도 일반 국민과 마찬가지로 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유를 향유하는 주체이며, 군인이라는 이유로 모든 시간과 장소에서의 사생활의 비밀과 자유가 제한되어서는 아니 될 것이다. 특히 개인의 성문제는 가장 내밀한 영역에 해당하여 위 기본권의 핵심에 해당한다고 하여야 하는데, 추행죄는 이러한 고려 없이 모든 행위가 처벌 가능하도록 규정하고 있어 군인들의 사생활의 비밀과 자유가 침해되고 있다고 할 수 있다.⁶⁹⁾ 따라서 강제성이 없는 성행위를 범죄로 규정할 필요가 없다. 군대의 특수성을 감안하더라도 성적 지향은 개인의 기본적인 인권으로 보호되어야 하며, 당사자의 합의에 의한 성행위가 군기강을 문란하게 하는 행동이라고 단정할 수 없기 때문이다.⁷⁰⁾ 또한 이성간의 행위에도 추행죄가 적용된다면 군인 부부나 군인 연인사이의 성관계에 국가가 개입하여 정상과 비정상을 구분하고 국가의 판단에 따라 처벌하는 것은 처벌범위가 지나치게 확장되어 성적 자기결정권에 대한 과도한 제한이라 할 수 있다.⁷¹⁾

2. 외국의 경향

1) 미국

미국은 영국 전시법(The Article of War)의 영향으로 1950년 군사통일법전(The Uniform Code of Military Justice) 제125조에 “동물 또는 동성이나 이성의 다른 사람과의 비자연적인 육체적 성행위를 한 자는 소도미(Sodomy)로 처벌한다”고 규정하였다.⁷²⁾ 따라서 1993년까지 동성애자들은 군에서 근무하는 것이 원칙적으로 금지되었다.⁷³⁾ 1994년 2월 28일 진보적 성향의 빌 클린턴 대통령이 미국 ‘연방법전

69) 노기호, 앞의 논문, 286쪽; 윤상민, 앞의 논문, 203쪽; 조국, 앞의 논문, 310쪽.

70) 이호중, 앞의 군형법 제92조의5 추행죄의 위헌성과 폐지론, 246쪽.

71) 김명수, 앞의 논문, 78쪽.

72) 김명수, 앞의 논문, 71쪽; 이경환, 앞의 논문, 17쪽; 이희훈, 앞의 논문, 684쪽; Jeremy J. Gray, “The Military’s Ban on Consensual Sodomy in a Post-lawrence World”, Washington University Journal of Law Policy(2006), p.386. 미국은 1917년에 발효된 ‘군율(The Articles of War of 1916)’에서 군법 중 처음으로 동성에 처벌을 언급하였고, 1920년 발효된 ‘군율(The Articles of War of 1916)’에서 동성애를 처벌하는 독립규정을 신설하여 1951년까지 그대로 유지하였다. 임영덕, 앞의 논문, 380쪽.

(United States Code: U.S.C)’ 제10편 제47장 654절(Title 10. Chapter 47. § 654)⁷⁴⁾을 마련하여 ‘묻지도 말고 말하지도 말라(Don’t ask, Don’t tell)’는 정책을 시행하여 특단의 사정⁷⁵⁾이 없는 한 동성애자들의 군복무를 원칙적으로 가능하게 하였다.⁷⁶⁾ 즉 군 당국은 군을 모집시 또는 입대 후의 개인적 성적 성향에 대해 질문하거나 의도적으로 자료를 찾을 수 없게 되었고(Don’t ask), 군 복무 중에는 동성애적 행위와 관련될 의도나 성향을 표시하지 못하도록 하였다(Don’t tell).⁷⁷⁾

그 후 2010년 12월 22일 버락 오바마 대통령이 Don’t ask, Don’t tell 정책의 폐지법안(10 U.S.C.A. §654)에 서명함으로써 2011년 6월부터 미국에서는 동성애자의 군대내 복무가 전면 허용되었다.⁷⁸⁾

- 73) 동성애에 대한 사회인식의 변화와 동성애자 인권운동이 발전에 따라 소도미법의 위헌성이 문제되었는데 1986년 *Bowers v. Hardwick* 사건에서 연방법원은 합헌 판결을 하였으나 2003년 *Lawrence v. Texas* 사건에서 연방대법원은 동성간의 성행위를 범죄로 규정한 텍사스 주법에 대하여 위헌이라 판시하였다. 그러나 미국 ‘군사항소법원(The Court of Appeals for the Armed Forces: C.A.A.F)’은 동 조항에 대하여 *Marcum* 사건과 *Stirewalt* 사건에서 각각 합헌으로 판시하여 *Lawrence* 판결이 군대에서의 소도미 금지에 대한 변화를 이끌어내지는 못하였다. 김명수, 앞의 논문, 80쪽; 노기호, 앞의 논문, 279쪽; 박승호, 앞의 논문, 207쪽; Jeremy J. Gray, “The Military’s Ban on Consensual Sodomy in a Post-lawrence World”, *Washington University Journal of Law Policy*(2006), p.379; *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186(1986); *Lawrence v. Texas*, 123 S.Ct. 2472, 156 L.Ed.2d 508(2003); *United States v. Marcum*, 60 M.J. 198(C.A.A.F. 2004); *United States v. Stirewalt*, 60 M.J. 297(2004).
- 74) 10 U.S.C §654. 규정의 주요 내용에 관한 자세한 것은 이희훈, 미국과 한국의 동성애자 군복무 정책과 군복무 중 동성애 행위 처벌 규정에 대한 헌법적 고찰, 『헌법학연구』, 한국헌법학회, 제18권 제4호(2012. 12), 246쪽 이하 참조.
- 75) 특단의 사정이란 어떤 군인이 동성과 결혼한 경우, 동성 간의 어떤 육체적 접촉을 하거나 시도한 경우, 합리적인 평균인의 입장에서 이러한 행위를 할 경향이나 의사가 있는 것으로 보이거나 이해되는 경우, 타인에게 이러한 행위를 교사한 경우를 말하며, 이 경우에는 강제 전역시킨다. 이희훈, 구 군형법 제92조에 대한 헌법적 평가-헌법재판소 2011.3.31. 선고 2008헌가21 결정의 평석을 중심으로-, 687쪽.
- 76) 임영덕, 앞의 논문, 379쪽; Aaron Belkin, “Don’t Ask, Don’t Tell: Is the Gay Ban Based on Military Necessity?”, *Parameters*(Summer 2003), p.118. Don’t ask, Don’t tell 정책의 폐기는 정책실시에 따른 병사대체 관련 비용과 장교 대체 관련 비용 등 재정적 손실이라는 정책의 부작용과 실효성에 대한 의문에 기초하였다고 할 수 있다: 정연주, 앞의 논문, 147쪽.
- 77) Jeremy J. Gray, op.cit., p.401. Don’t ask, Don’t tell 정책에 관한 자세한 것은 임영덕, 앞의 논문, 381쪽 이하 참조.
- 78) 이희훈, 앞의 논문, 688쪽; 임영덕, 앞의 논문, 389쪽. 오바마 대통령은 Don’t ask, Don’t tell 정책 폐지법에 서명하면서 ‘우리의 국가안보를 신장시키고 우리의 군사적 준비성을 증가시키고 우리를 미국이라고 정의하는 평등과 정의의 원칙에 우리를 더 가까이 가도록 만들 것임을 알고 있기 때문

2) 영국

영국은 1967년 21세 이상 남성의 동성애 행위를 처벌하던 규정을 삭제하고 1994년 ‘형사사법과 공공질서에 관한 법률(Criminal Justice and Public Order Act)’의 군대내 동성애 행위에 대한 형사처벌을 폐지하였으나, 군의 규율에 따라 동성애를 금지하고 동성애자를 강제로 전역시키는 정책을 유지하였다.⁷⁹⁾ 그러나 1999년 United Kingdom v. Lustig-Prean & Beckett 사건과 United Kingdom v. Smith & Grady 사건을 계기로 2000년 1월에 동성애자의 군복무를 금지하는 정책을 폐지하였다.⁸⁰⁾ 현재 영국의 ‘군복무규율(Armed Forces Code of Social Conduct)’은 성적 지향(Sexual Orientation)을 사생활의 비밀에 관한 권리로 인정하고 동성애를 금지하거나 동성애자를 군복무부적합자로 판정하는 규정이 없다.⁸¹⁾

3) 기타

프랑스,⁸²⁾ 캐나다,⁸³⁾ 호주⁸⁴⁾, 이스라엘은 동성애자의 군복무를 허용하거나

에 폐지법에 자랑스럽게 서명하였다’고 말하였다: 조국, 앞의 논문, 305쪽.

79) 이호중, 앞의 군형법상 추행죄 개정이 아니라 폐지되어야 한다, 38-39쪽.

80) United Kingdom v. Lustig-Prean & Beckett. 29 Eur. H.R. Rep. 49(1999) United Kingdom v. Smith & Grady. 29 Eur. H.R. Rep. 548(1999). 2000년 7월 유럽인권재판소는 이들 사건에 대하여 군 작전에서의 효율성에 대한 영국군의 고려는 이성애자들의 부정적인 태도에 기반하고 있다고 판시하면서 이러한 다수의 이성애자들이 소수의 동성애자들에 대한 편견은 인종, 출신, 색깔에 따른 것으로써 이 2건의 소송신청인의 사생활을 존중받을 권리를 제한할 정당한 근거가 될 수 있다고 판시하였다. 또한 영국 법원은 민주사회의 증표로는 다원주의와 관용 및 편견의 부재가 포함된다고 밝히면서, 동성애에 대한 차별은 민주사회에서 불필요한 것이라 판시하였다: 노기호, 앞의 논문, 282쪽; 이희훈, 앞의 논문, 689쪽.

81) 이호중, 앞의 군형법상 추행죄 개정이 아니라 폐지되어야 한다, 40쪽.

82) 독일의 2000년 12월 국방부 지침(Directive for superiors: Dealing with Sexuality)은 모든 형태의 성관계는 사적 영역에 속한다고 규정하고 근무 중인 경우가 아니면 군대 시설내에서 동성애 관계도 허용한다. 즉 독일은 군인의 성적 지향이 아닌 군대라는 특수한 집단생활에 무리없이 동참할 수 있는지 여부를 기준으로 복무부적합 판정을 하고 있다: 이호중, 앞의 군형법상 추행죄 개정이 아니라 폐지되어야 한다, 40쪽; 조국, 앞의 논문, 302쪽.

83) 캐나다는 동성애자 군복무를 금지하다가 1988년부터 복무는 허용되 승진이나 포상을 제한하는 정책으로 전환하였다. 그후 1985년 이러한 정책이 권리와 자유 헌장(Canadian Charter of Rights and Freedom)에 위배된다고 5명이 군인이 소송을 제기하여 승소하자 1992년 10월 동성애자 군인에 대한 차별을 철폐하였다: 조국, 앞의 논문, 303쪽.

동성애자의 군복무금지 정책을 폐지하였으며, 대만은 동성애자의 군복무를 금지시키는 정책이나 규정이 없다.⁸⁵⁾

반면 폴란드는 동성애자의 군복무를 금지시키고 있으며 정신과 진단을 통해 동성애자임을 확인될 경우에는 인격장애로 판정하여 강제로 전역시키고 있으며, 러시아는 2003년 2월에 새로운 군복무판정지침을 마련하여 동성애를 마약중독이나 정신박약과 함께 군복무 부적합 기준에 포함시키고 있다.⁸⁶⁾

4) 소결

오늘날의 세계적 추세는 동성애자의 군복무를 원칙적 또는 전면적 허용하고 있다고 할 수 있다.⁸⁷⁾ 또한 대부분의 연구에서 동성애 행위에 대한 처벌을 규정하지 않더라도 전투력이나 부대의 단결을 해한다는 어떠한 증거도 없다.⁸⁸⁾ 즉 동성애 금지정책의 실효성과 관련하여 1992년 동성애자 군복무 차별을 금지한 캐나다 군의 사례분석 결과 차별금지 조치가 군전력, 군 대비태세, 단결력, 군기강 등에 영향을 주지 않는다는 평가도 있고, 1993년 군복무에 있어 동성애자의 차별을 금지한 이스라엘 군대의 상황에 대한 연구결과 1993년 이전과 이후의 전투력에 차이가 없음을 분석한 자료도 있다.⁸⁹⁾

84) 호주는 1992년 차별, 희롱, 성범죄, 동성애 기타 금지행위에 관한 국방부지침(Defense Instruction on Discrimination, Harassment, Sexual Offences, Fraternisation and other Unacceptable Behavior)에 따라 동성애와 이성애를 구분하여 금지하고 있지 않으며, 군전투력과 군기유지를 훼손하는 성적 행동이나 하관을 성적으로 이용하는 행위 등에 대하여 징계로 규율하고 있다: 김명수, 앞의 논문, 72쪽; 이호중, 앞의 군형법 제92조의5 추행죄의 위헌성과 폐지론, 249쪽.

85) Aaron Belkin, "Don't Ask, Don't Tell: Is the Gay Ban Based on Military Necessity?", p.110.

86) 이희훈, 앞의 논문, 689쪽.

87) 현재 군내 동성애자의 복무를 허용하는 국가 중 징병제 국가는 오스트리아, 덴마크, 독일, 이스라엘, 스위스, 대만, 태국 등이, 모병제 국가는 미국, 호주, 캐나다, 프랑스, 네덜란드, 남아프리카공화국, 영국 등이 있으며, 동성애자의 복무를 금지하는 국가 중 징병제 국가는 브라질, 이집트, 헝가리, 이란, 이탈리아, 북한, 포르투갈, 사우디아라비아, 베네수엘라 등이 있다: 정연주, 앞의 논문, 146쪽.

88) 이경환, 앞의 논문, 24쪽. 이에 관한 자세한 것은 Aaron Belkin, "Don't Ask, Don't Tell: Is the Gay Ban Based on Military Necessity?", 참조.

89) 정연주, 앞의 논문, 147쪽; Aaron Belkin and Jason McNichol, Homosexual Personnel Policy in the Canadian Forces: Did Lifting the Gay Ban Undermine Military Performance?, International Journal, Vol. 56, No. 1(Winter, 2000/2001), pp.73-88; Aaron Belkin and Melissa

최근 미국 및 유럽의 인권 선진국의 경우에는 동성간의 성적 행위를 프라이버시 권으로 인정함은 물론 동성간의 결혼을 허용하는 추세이다. 동성애자의 인권이 강조되는 시대에 있어 법령을 통하여 성적 지향이 다름을 이유로 차별하는 것은 인정할 수 없다. 특히 공연성과 강제성을 수반하지 않는 동성간의 추행이 군의 전투력 보존에 직접적인 위해를 발생하였다고 볼 수도 없다.

IV. 개선방안

1980년대 이후부터 동성애는 정신적 질병이 아니며 삶의 다른 형태에 불과한 것으로 인식되고 있기 때문에 동성애에 대한 혐오감 내지 호모포비아는 극복의 대상이지 균형법상 추행죄의 처벌을 통해 옹호해야 할 만한 헌법적 보호가치 있는 일도 아니다. 특히 동성애자의 군 입대를 사실상 허용하고 있는 현실에서 군내 동성애 행위를 형사처벌하는 것은 국가의 군대 병영생활 관리의무를 방기하는 것이며, 성적 소수자의 헌법상의 기본권을 보호할 의무를 해태하는 행위라고 할 수 있다.

균형법상 추행죄는 이미 검토한 바와 같이 입법목적과 보호법익의 불명확성, 명확성의 원칙, 과잉금지 원칙, 평등권, 성적자기결권과 사생활의 자유 등 헌법상 기본원칙과 기본권에 대한 침해의 소지가 많이 있기 때문에 제한적으로 운영되어야 한다.

즉 당사자간 합의에 의한 추행은 원칙적으로 비범죄화하여 군인사법상의 징계조치나 현역복무부적합조치 등 징계조치로 규율하고, 공연성을 수반하는 경우에만 별도의 처벌규정을 두는 것이 바람직하다고 할 수 있다. 공연성을 수반하는 추행의 경우 형법상 공연음란죄와 상상적 경합관계를 인정할 수 있으나 공연음란죄의 법정형이 1년 이하의 징역, 500만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료로 현재의 추행죄보다 경미하기 때문이다.

그리고 강제력이 사용된 경우의 추행의 경우는 원칙적으로 균형법상 강제추행죄

Levitt, Homosexuality and the Israel Defense forces: Did Lifting the Gay Ban Undermine Military Performance?, Armed Forces and Society, Vol. 27, No. 4(2001) 참조.

로 규율하되 이에 포섭할 수 없는 위계 또는 위력에 의한 추행은 별도의 규정을 신설하여 처벌하는 것이 법체계상 바람직하다고 할 수 있다.⁹⁰⁾ 물론 위계 또는 위력에도 해당하지 않는 강제력에 의한 추행이 문제될 수 있지만 이는 징계책임을 통하여 해결하면 될 것이다. 결국 합의에 의한 동성애 행위에 대한 형사처벌은 폐지되어야 할 것이다.

또한 동성애의 형사처벌을 전제로 규정하고 있는 국방부 부대관리훈령 제253조 제2항과 동성애자로 밝혀진 경우 현역복무부적합자로 제대시킬 수 있는 법적 근거인 군인사법 시행규칙 제56조제2항제4호의 정비도 수반되어야 할 것이다.⁹¹⁾

아울러 군대내의 동성애에 대한 편견과 차별을 극복하기 위하여 형사처벌이 아닌 동성애자 군복무자들이 겪는 차별과 고통을 극복할 수 있는 제도적 장치를 마련함과 동시에 이성애자 군복무자가 동성애자와 함께 생활하는데 따르는 심리적 불편과 불안에 대한 배려 또한 고민하여야 할 것이다.

90) 박찬길, 앞의 논문, 97쪽. 다만, 위계 또는 위력에 의한 추행의 경우 개인의 성적 자기결정권을 침해하는 중대한 범죄에 해당하므로 군형법상 추행죄의 처벌대상으로 하는 것은 합리적인 법 적용이라 할 수 없다고 한다. 이호중, 앞의 군형법 제92조의5 추행죄의 위헌성과 폐지론, 240쪽.

91) 조국, 앞의 논문, 301쪽.

참고문헌

- 김명수, 성적 소수자의 법적 차별에 관한 고찰—군형법 제92조에 관한 헌법재판소의 결정을 중심으로—, 『세계헌법연구』, 국제헌법학회 한국학회, 제18권 제1호, 2012.
- 김혁돈, 강제추행죄에 있어서의 강제추행의 개념, 『형사법연구』, 한국형사법학회, 제21권 제1호, 2009.
- 노기호, 군형법 제92조 추행죄의 위헌성 고찰—육군 제22사단 보통군사법원 2008. 8. 6. 위헌제청결정사건(2008고10)을 중심으로—, 『헌법학연구』, 한국헌법학회, 제15권 제2호, 2009. 6.
- 도중진·박광섭·정대관, 형법각론, 충남대학교출판문화원, 2014.
- 박승호, 미국헌법상 동성애자의 권리—Romer 사건과 Lawrence 사건 검토를 중심으로—, 『미국헌법연구』, 미국헌법학회, 제22권 제2호, 2011. 8.
- 박찬걸, 군형법상 추행죄의 문제점과 개선방안, 『한양법학』, 한양법학회, 제22권 제3집, 2001. 8.
- 법제사법위원회, 군형법 일부개정법률안(정부제출) 검토보고, 2009. 4.
- 법제사법위원회, 군형법 일부개정법률안(최영희의원 대표발의, 김옥이의원 대표발의) 검토보고, 2009. 4.
- 오병두, 군형법의 문제점과 개정방향, 『형사정책』, 한국형사정책학회, 제20권 제1호, 2008.
- 오영근, 형법각론, 박영사, 2014.
- 육군본부 법무실, 군형법 주해, 2011.
- 윤상민, 군형법상 성범죄 규정의 문제점과 개정방향, 『원광법학』, 원광대학교 법학연구소, 제28권 제4호, 2012.
- 이경환, 2013년 군형법상 추행죄(제92조의5) 개정의 문제점, 『군형법 제92조의6 이대로 좋은가?』, 국회 긴급토론회, 2013.
- 이광표, 군형법 제92조의6에 대한 지정토론문, 『군형법 제92조의6 이대로 좋은가?』, 국회 긴급토론회, 2013.

이재상, 형법각론, 박영사, 2013.

이호중, 군형법 제92조의5 추행죄의 위헌성과 폐지론, 『형사법연구』, 한국형사법학회, 제23권 제1호, 2011.

이호중, 군형법상 추행죄 개정이 아니라 폐지되어야 한다, 『군형법 제92조의6 이대로 좋은가?』, 국회 긴급토론회, 2013.

이희훈, 구 군형법 제92조에 대한 헌법적 평가—헌법재판소 2011. 3. 31. 선고 2008헌가21 결정의 평석을 중심으로—, 『일감법학』, 건국대학교 법학연구소, 제20호, 2011.

이희훈, 미국과 한국의 동성애자 군복무 정책과 군복무 중 동성애 행위 처벌 규정에 대한 헌법적 고찰, 『헌법학연구』, 한국헌법학회, 제18권 제4호, 2012. 12.

임영덕, 미국과 한국에서의 군대 내 동성애 정책에 대한 고찰, 『미국헌법연구』, 사단법인 미국헌법학회, 제22권 제3호, 2011. 12.

정연주, 군형법상 추행죄의 헌법적 문제, 『공법학연구』, 한국비교공법학회, 제12권 제2호, 2011. 5.

조 국, 군형법 제92조의5 계간 그 밖의 추행죄 비판—군인간 합의동성애 형사처벌의 당부(當否)—, 『형사법연구』, 한국형사법학회, 제23권 제14호, 2011.

조현욱, 강제추행죄의 구성요건 중 강제추행의 의미와 그 판단기준, 『홍익법학』, 홍익대학교 법학연구소, 제14권 제1호, 2013.

추지현, 강간과 계간 사이: 군형법상 강간과 추행의 죄의 법담론, 『한국여성학』, 한국여성학회, 제29권 제3호, 2013.

최재석, 군형법상의 추행죄 규정, 입법론적으로 타당한가?, 『군형법 제92조의6 이대로 좋은가?』, 국회 긴급토론회, 2013.

최지나, 군형법 92조는 군대 내 성인식 관리가 아닌 동성애자 병사 인권침해 조항이다, 『군형법 제92조의6 이대로 좋은가?』, 국회 긴급토론회, 2013.

Aaron Belkin, “Don’t Ask, Don’t Tell: Is the Gay Ban Based on Military Necessity?”, Parameters(Summer 2003).

Aaron Belkin and Jason McNichol, Homosexual Personnel Policy in the

Canadian Forces: Did Lifting the Gay Ban Undermine Military Performance?, International Journal, Vol. 56, No. 1(Winter, 2000/2001).

Aaron Belkin and Melissa Levitt, Homosexuality and the Israel Defense forces: Did Lifting the Gay Ban Undermine Military Performance?, Armed Forces and Society, Vol. 27, No. 4(2001).

Jeremy J. Gray, “The Military’s Ban on Consensual Sodomy in a Post-lawrence World”, Washington University Journal of Law and Policy(2006).

A Consideration of Sexual Harassment in Military Criminal Act

Toh Joongjin*

For centuries, a homosexual has been discriminated. Since pro-homosexuality treated past discrimination a big issue and sued on the Court in 1950's, not only homosexuality was adopted one of sex orientations, but also same-sex marriage was legalized.

In Korea, in spite of a prohibition on discrimination based on the sex orientation was ruled on the Act of committee of Human Rights, Homophobia(i.e. fear or despise or hatred of a homosexual) was filled in our society, and also a discrimination provision on homosexuality existed too.

As there is no forbidden clause on a homosexual's service in the army on Military Service Law, a homosexual can serve in the army or serve on duty. But if a homosexual has a maladjustment in military service, he or she cannot be discharged upon his military service. That is the different things between the advanced countries and Korea. But a homosexual can not have all kinds of sex in military service. If he or she violates the Act, he or she must be punished by Military Criminal Act. Generally speaking, a homosexuality can not be punished, but only in military service a homosexuality must be punished.

A new view on Harassment(Homosexuality) on Military Criminal Act need to be changed because of some reasons. One of the Constitutional Court's verdicts is saying that a homosexual must not be treated different heterosexual. Another views are like that Sex self-determination right, privacy, a change of society reputation, the principle of excess prohibition, the right of equality, the principle of disclosure on anal sex, harassment and so on.

* Professor(Ph., D.), Graduate School of Peace & Security Studies, Chungnam National University

As mentioned above, harassment(homosexuality) with mutual agreement should be decriminalized and a homosexual could be taken a disciplinary measure. If he or she has a homosexuality open and notorious, rules of punishment need to be legislated.

A homosexuality with violence and threats(Sexual Harassment) should be punished by Military Criminal Act. If there is a harassment with deceptive plan or power, this criminal act should be punished by a new regulations.

A related regulation with homosexuality, which can muster out a homosexual, should be revised too, Furthermore, pains experienced by a homosexual should be overcome by institutional framework, and a kindly concern about psychological anxiety, psychological conflict should be considered.

❖ Keyword: Military Criminal Act, Sexual Harassment, Anal Sex, Harassment, Homosexuality

