

군형법 제92조 위헌제청

(2011. 3. 31. 2008헌가21)

【판시사항】

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

【결정요지】

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

형사처벌하므로 입법목적의 정당성 및 수단의 적정성이 인정된다. 또한 추행의 유형이나 그 상대방의 피해상황 등을 구체적으로 구분하지 아니하고 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 사회적 법익을 침해한 모든 추행행위에 대하여 일괄적으로 1년 이하의 징역형으로 처벌하도록 규정하였다는 사유만으로는 입법재량이 자의적으로 행사되었다고 보기 어렵고, 단순한 행정상의 제재만으로는 효과적으로 추행 행위를 규제하기 어려우며, 다른 법률에 규정된 추행 관련 범죄와 비교하여 그 법정형이 지나치게 무겁다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 선고유예도 가능하다는 점을 종합해 보면, 피해최소성원칙에 반한다고 볼 수 없다. 나아가 성적자기결정권이나 사생활의 비밀과 자유의 제한 정도가, ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활 및 군기의 보호’, 나아가 ‘국가안보’라는 공익보다 크다고 할 수 없어, 법익 균형성을 일탈하였다고 보기도 어려우므로, 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위반하여 군인들의 성적자기결정권이나 사생활의 비밀과 자유를 침해한 것으로 볼 수 없다.

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

재판관 이동흡의 보충의견

이 사건 법률조항의 주된 보호법익이 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 사회적 법익이므로, 쌍방의 합의에 의한 성적 교섭행위일지라도 군 공동체생활의 건전성과 군 기강에 부정적인 영향을 미치는 것은 마찬가지인 점, 이 사건 법률조항은 폭행, 협박이나 위계, 위력 등 강제력과 관련된 구성요건요소를 규정하지 않고 있는 점, 2009. 11. 2. 군형법이 개정되기 전의 이 사건 법률조항은 강제력 행사여부에 따른 법정형의 차등을 두지 않고 이를 형사처벌하려는 것이 입법의도에 부합

하는 해석인 점, 상급자가 강제력을 행사하지 않은 경우에도 하급자가 스스로 원하지 아니하는 성적 교섭행위에 연관될 개연성이 높은 점 등을 종합해 볼 때, 이 사건 법률조항은 강제력 행사를 요구하지 않는 것으로 해석된다.

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

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

재판관 김중대, 재판관 목영준, 재판관 송두환의 반대의견

이 사건 법률조항은 범죄구성요건으로 오로지 ‘계간 기타 추행’이라고만 규정함으로써, ‘강제성을 수반하는 행위’만이 이에 해당하는지, 아니면 ‘강제성을 수반하지 않는 음란한 행위’까지 이에 해당하는지를 법해석기관에 맡겨놓고 있으며, 이에 따라 대법원은 이 사건 법률조항의 보호법익을 ‘개인의 성적 자유’가 아닌 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활

과 군기'라는 전제 아래, 강제력 행사를 수반하지 않는 행위도 이에 해당된다고 해석하고 있다. 그러나 이러한 해석은 군형법의 적용을 받는다는 이유만으로, 강제성이 없는 '당사자 간의 자발적 합의에 의한 음란 행위'가 강제성이 가장 강한 '폭행·협박에 의한 추행'과 동일한 형벌조항에 따라 동등하게 처벌되는 불합리성이 발생하게 된다.

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

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

결국 이 사건 법률조항은 그 구성요건에 단지 '계간 기타 추행'이라는 추상적이고 모호하며 포괄적인 용어만을 사용함으로써 강제성 여부, 행위의 정도, 행위의 주체와 객체 및 행위 장소 등에 있어서 범죄구성요건에 해당하는지 여부가 불명확하게 되었다. 그 결과, 가벌성이 현저히 다른 행위를 대등하게 처벌하게 되고, 형법상 친고죄의 입법취지를 유명무실하게 하며, 행위자의 예견가능성을 저해하여 자기책임주의원칙에 반하고, 수사기관, 공소제기기관 및 재판기관의 자의적 해석을 초래하고 있다.

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

재판관 김중대의 반대의견에 대한 추가 보충의견

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

재판관 조대현의 한정위헌의견

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

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

【심판대상조문】

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

【참조조문】

헌법 제11조, 제12조, 제13조

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

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

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

구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률(2010. 4. 15. 법률 제10258호로 개정되기 전의 것) 제11조(업무상 위력 등에 의한 추행) ① 업무·고용 기타 관계로 인하여 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람에 대하여 위계 또는 위력으로써 추행한 자는 2년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다.

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

③ 생략

성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2010. 4. 15. 법률 제10258호로 제정된 것) 제10조(업무상 위력 등에 의한 추행) ① 업무, 고용이나 그 밖의 관계로 인하여 자기의 보호, 감독을 받는 사람에 대하여 위계 또는 위력으로 추행한 사람은 2년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다.

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

③ 장애인에 대한 보호, 교육 등을 목적으로 하는 시설의 장 또는 종사자가 보호, 감독의 대상인 장애인에 대하여 위계 또는 위력으로 간음한 때에는 7년 이하의 징역에 처하고, 추행한 때에는 5년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다.

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

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

헌재 2011. 3. 31. 2008헌가21

기징역에 처한다.

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

【참조판례】

1. 헌재 2000. 6. 29. 98헌가10, 판례집 12-1, 741, 748
헌재 2002. 6. 27. 2001헌바70, 판례집 14-1, 601, 608
헌재 2004. 11. 25. 2004헌바35, 판례집 16-2하, 381, 391
헌재 2005. 6. 30. 2002헌바83, 판례집 17-1, 812, 821
헌재 2009. 3. 26. 2007헌바72, 판례집 21-1상, 406, 418
2. 헌재 1995. 4. 20. 91헌바11, 판례집 7-1, 478
헌재 2001. 11. 29. 2001헌가16, 판례집 13-2, 570
3. 헌재 2007. 3. 29. 2005헌바1144, 판례집 19-1, 335, 346

【당 사 자】

제 청 법 원 육군 제22사단 보통군사법원

당 해 사 건 육군 제22사단 보통군사법원 2008고10 추행

【주 문】

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

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

당해 사건의 피고인인 강○모는 피해자(20세)가 소속된 부대의 부소대장으로, 2008. 3. 초순경 소속 부대 독신 장교 숙소 3호실에서 이사를 도와주기 위하여 온 피해자로 하여금 피고인의 팔을 베고 눕게 하고, 2008. 5. 초순경부터 2008. 6. 4.경까지 30여 일에 걸쳐 매일 20분 내지 30분간 거진 소초에 있는 부소초장실에서 피해자의 배, 엉덩이 및 성기를 만지고, 피고인의 성기를 피해자의 몸에 닿게 하는 등 피해자를 추행하였다는 혐의로 구 ‘성폭력범죄의 처벌

및 피해자보호 등에 관한 법률' 위반(업무상 위력 등에 의한 추행)으로 입건되었으나, 피해자와 합의하여 고소가 취소된 후 구 균형법(1962. 1. 20. 법률 제1003호로 제정되고, 2009. 11. 2. 법률 제9820호로 개정되기 전의 것) 제92조의 추행죄로 기소되었다.

그런데 육군 제22사단 보통군사법원(이하 '제청법원'이라 한다)은 1심 재판 계속중 직권으로 구 균형법 제92조에 대하여 이 사건 위헌법률심판제청을 하였다.

나. 심판의 대상

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

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

[심판대상조항]

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

[관련조항]

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

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

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

구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률(2010. 4. 15. 법률 제10258호로 개정되기 전의 것) 제11조(업무상 위력 등에 의한 추행) ① 업무·고용 기타 관계로 인하여 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람에 대하여 위계

또는 위력으로써 추행한 자는 2년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다.

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

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

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

2. 제정법원의 위헌제정이유 요지

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

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

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

3. 판 단

가. 이 사건 법률조항의 입법목적과 보호범의

형법과 ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’ 등에서 추행과 관련된 일반적인 형법규정이 존재함에도 불구하고(형법 제298조, 제302조, ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’ 제10조, 제11조 등), 이 사건 법률조항이 추행에 관하여

별도의 처벌규정을 둔 것은, 상명하복의 엄격한 규율과 집단적 공동생활을 본질로 하는 군대의 특수한 사정을 고려한 것이다. 즉, 군 내부에 성적으로 문란한 행위가 만연하게 된다면 궁극적으로 군의 전투력보존에 직접적인 위해가 발생할 위험성이 있기 때문에 이러한 문제 발생을 예방하기 위하여 이 사건 법률조항을 제정한 것으로 봄이 상당하다.

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

나. 죄형법정주의의 명확성원칙 위배 여부

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

(1) 죄형법정주의의 명확성원칙

헌법 제12조 및 제13조를 통하여 보장되고 있는 죄형법정주의의 원칙은 범죄와 형벌이 법률로 정하여져야 함을 의미하고, 이러한 죄형법정주의에서 파생되는 명확성원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건을 명확하게 규정할 것을 요구하고 있다. 그러나 처벌법규의 구성요건이 명확하여야 한다 하더라도, 모든 구성요건을 단순한 의미의 서술적인 개념으로 규정하여야 하는 것은 아니고, 다소 광범위하여 어떤 범위에서는 법관의 보충적인 해석이 필요하더라도 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람으로 하여금 그 적용대상자가 누구이며 구체적으로 어떠한 행위가 금지되고 있는지 여부를 충분히 알 수 있도록 하고 있다면, 이는 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 않는다고 보아야 한다(헌재 2000. 6. 29. 98헌가10, 판례집 12-1, 741, 748; 헌재 2004. 11. 25. 2004헌바35, 판례집 16-2하, 381, 391).

(2) 판단

(가) 예시적 입법형식과 명확성원칙

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

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

(나) “기타 추행”의 의미

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

따라서 이 사건 법률조항에서 말하는 “기타 추행”이란, 계간에 이르지 아니한 동성에 성행위 등 객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 성적 만족 행위로서 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 침해하는 것을 의미한다고 할 것이고, 이에 해당하는지 여부는 행위자의 의사, 구체적 행위태양, 행위자들 사이의 관계, 그 행위가 공동생활이나 군기에 미치는 영향과 그 시대의 성적 도덕관념 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 신중히 결정되어야 할 것이다(대법원 2002. 4. 26. 선고 2001도 2417 판결; 대법원 2008. 5. 29. 선고 2008도2222 판결 등 참조).

(다) 소결

그렇다면 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 군인, 군무원 등 군형법 피적용자(이하에서는 ‘군인’이라고만 한다)는 어떠한 행위가 이 사건 법률조항의 구성요건에 해당되는지 여부를 충분히 파악할 수 있다고 판단되고, 그 전형적인 사례인 ‘계간’은 이 사건 법률조항에서 ‘추행’이 무엇인지를 해석할 수 있는 판단지침이 되며, 대법원 판결 등에 의하여 이미 이에 관한 구체적이고 중

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

다. 과잉금지원칙 위배 여부

(1) 목적의 정당성 및 수단의 적정성

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

(2) 피해 최소화

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

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

더욱이, 우리나라의 안보상황과 징병제도 하에서 단순한 행정상의 제재만으로는 효과적으로 추행 행위를 규제하기 어렵고, 이 사건 법률조항은 다른 법률에 규정된 추행 관련 범죄와 비교하여 그 법정형이 지나치게 무겁다고 볼 수 없으며, 법정형이 1년 이하의 징역형으로 되어 있어 구체적인 사안을 고려하

여 선고유예도 가능하다는 점을 종합해 보면, 피해최소성원칙에 반한다고 볼 수 없다.

(3) 법익균형성

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

(4) 소결

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

라. 평등권 침해 여부

(1) 심사척도

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

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

(2) 차별의 합리성 유무

군대는 엄격한 상명하복의 수직적인 인간관계로 이루어져 있고, 절대 다수의 혈기왕성한 젊은 남성 의무복무자들이 이성 간의 성적 욕구를 원활하게 해소할 방법이 없는 상태에서 장기간의 폐쇄적인 단체생활을 해야 하므로, 일반

사회와 비교하여 이성 간의 성적 교섭행위보다는 동성 간의 비정상적인 성적 교섭행위가 발생할 가능성이 현저히 높다.

특히 상급자가 같은 성적 지향을 가지지 아니한 하급자를 상대로 동성에 성 행위를 감행할 가능성이 높고, 이러한 동성 군인 간의 성적 교섭행위를 방지할 경우 군대의 엄격한 명령체계나 위계질서는 위태로워지며, 구성원 간의 반목과 분열을 초래하여 궁극적으로 군의 전투력 보존에 직접적인 위해가 발생할 우려가 크다.

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

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

4. 결 론

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

5. 재판관 이동흡의 보충의견

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

가. 우선, 이 사건 법률조항이 강제력 행사를 요구하는지에 관해서 보건대, 이 사건 법률조항의 주된 보호법익은 ‘개인의 성적 자유’가 아니라 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 사회적 법익이므로, 쌍방의 합의에 의한 성적 교섭행위일지라도 군 공동체생활의 건전성과 군 기강에 부정적인 영향을 미치기는 마찬가지인 점, 형법상 강제추행, 미성년자 등에 대한 간음죄 등 개인의 성적 자유를 보호법익으로 하는 범죄와 달리, 이 사건 법률조항은 폭행,

협박이나 위계, 위력 등 강제력과 관련된 구성요건요소를 규정하지 않고 있는 점, 2009. 11. 2. 군형법 개정 당시에 비로소 폭행, 협박 등 강제력이 수반된 추행행위를 가중처벌하기 위하여 법 제92조의2(강제추행), 제92조의3(준강간, 준강제추행)이 신설되었으므로, 위 규정이 신설되기 전의 이 사건 법률조항은 외관상 추행 행위에 해당하기만 하면 강제력 행사여부에 따른 법정형의 차등을 두지 않고 이를 형사처벌하려는 것으로 보는 것이 입법의도에 부합하는 해석인 점, 상명하복의 엄격한 계급구조로 인하여 상급자가 직접적인 강제력을 행사하지 않은 경우에도 하급자가 스스로 원하지 아니하는 성적 교섭행위에 연관될 개연성이 높은 점 등을 종합해 볼 때, 이 사건 법률조항은 강제력 행사를 요구하지 않는 것으로 해석된다. 대법원도 이 사건 법률조항에서 말하는 ‘추행’이란 ‘계간에 이르지 아니한 동성애 성행위 등 객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 성적 만족 행위로서 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 침해하는 것’이라고 판시하여(대법원 2008. 5. 29. 선고 2008도2222 판결), 추행의 개념요소에 강제력 행사를 포함시키지 않고 있다.

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

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

이 사건 법률조항은 어디까지나 군 내부의 건전한 공적 생활을 영위하고, 군 조직 전체의 성적건강을 유지하기 위하여 제정된 것이며, 이 같은 입법취지 및 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 보호법익은 이 사건 법률조항의 적용범위를 해석함에 있어서도 가장 중요하게 고려되어야 할 사항이다. 대법원 역시 군형법 피적용자와 민간인과의 사이에 이루어진 추행행위에 이 사

건 법률조항을 적용하게 되면, 민간인의 추행사실이 공개되어 그 명예가 훼손하는 부당한 결과를 초래할 수 있다는 점과 이 사건 법률조항의 입법취지 등을 고려하여 민간인과의 사적 생활관계에서의 변태적 성적 만족 행위에는 이 사건 법률조항이 적용되지 않는 것으로 해석하고 있다(대법원 1973. 9. 25. 선고 73도1915 판결 참조).

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

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

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

6. 재판관 김종대, 재판관 목영준, 재판관 송두환의 반대의견

우리는 다수의견과는 달리, 이 사건 법률조항이 죄형법정주의의 내용인 형

벌법규의 명확성원칙에 반하여 헌법에 위배된다고 판단하므로 아래와 같이 반대 의견을 밝힌다.

가. 형벌법규의 명확성원칙

헌법 제12조 및 제13조를 통하여 보장되고 있는 죄형법정주의의 원칙은 범죄와 형벌이 법률로 정하여져야 함을 의미하며, 이러한 죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건을 명확하게 규정할 것을 요구하고 있다(헌재 2000. 6. 29. 98헌가10, 판례집 12-1, 741, 748). 그러므로 형사처벌의 대상이 되는 구성요건은 가능한 한 명백하고 확장할 수 없는 개념을 사용하여 구체적이고 명료하게 규정할 것을 요하고, 만일 범죄의 구성요건이 추상적이거나 모호한 개념으로 이루어지거나 그 적용범위가 너무 광범위하고 포괄적이어서 불명확한 경우에는 국민이 법률에 의하여 금지된 행위가 무엇인가를 알 수 없게 되어 죄형법정주의의 원칙에 위배된다(헌재 1997. 9. 25. 96헌가16, 판례집 9-2, 312, 322). 한편 어떠한 법규범이 명확한지 여부를 판단하는 기준은 명확성원칙의 근거와 관련하여 찾을 수 있다. 명확성원칙은 법규범의 의미내용이 불확실하면 법적 안정성과 예측가능성을 확보할 수 없고 법집행 당국의 자의적인 법해석과 집행을 가능하게 한다는 것을 그 근거로 하므로(헌재 2002. 7. 18. 2000헌바57, 판례집 14-2, 1, 16), 당해 법규범이 수범자에게 법규의 의미내용을 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 예측가능성을 주고 있는지 여부 및 당해 법규범이 법을 해석·집행하는 기관에게 충분한 의미내용을 규율하여 자의적인 법해석이나 법집행이 배제되는지 여부, 다시 말하면 예측가능성 및 자의적 법집행 배제가 확보되는지 여부에 따라 명확성원칙에 위반되는지 여부를 판단할 수 있다(헌재 2005. 6. 30. 2002헌바83, 판례집 17-1, 812, 821).

나. 이 사건 법률조항의 불명확성

(1) ‘강제성’을 필요로 하는지 여부

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

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

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

그러나 이러한 해석은 형벌체계상 용인될 수 없는 모순을 초래하게 된다. 우선, ‘강제력에 의한 추행’과 ‘당사자 간의 자발적 합의에 의한 음란행위’는 그 보호법익이 다를 뿐 아니라 가벌성 및 비난가능성에 있어서도 현저한 차이가 있고(예를 들면, 형법상 강제추행죄의 법정형은 10년 이하의 징역인데 비하여, 간통죄의 법정형은 2년 이하의 징역이다), ‘강제력에 의한 추행’도 그 강제성의 정도에 따라 처벌을 달리하여야 마땅하다(예를 들면, 형법상 폭행·협박에 의한 추행의 법정형은 10년 이하의 징역인데 비하여, 업무상 위력에 의한 추행의 법정형은 5년 이하의 징역이다). 그럼에도 불구하고 균형법의 적용을 받는다는 이유만으로, 강제성이 없는 ‘당사자 간의 자발적 합의에 의한 음란행위’가 강제성이 가장 강한 ‘폭행·협박에 의한 추행’과 동일한 형벌조항에 따라 동등하게 처벌되는 불합리성이 발생하게 된다.

개정 균형법(2009. 11. 2. 법률 제9820호로 개정되고, 2010. 2. 3. 시행된 것)은, 이 사건 법률조항과 같은 내용을 제92조의5(추행)로 규정하면서, 폭행·협박에 의한 추행을 제92조의2(강제추행)로, 심신상실 또는 항거불능 상태를 이용하여 간음 또는 추행한 행위를 제92조의3(준강제추행)로 각 분리 하고 그 법정형도 가중함으로써 위와 같은 모순을 해결하려 하였다. 그러나 군대 내에서의 추행을 형법이나 성폭법과 달리 규정하여야 하는 이유가, 군의 특성상 군인은 군영 내에서 동성 간 집단속박을 하여야 하는 사실 및 엄격한 상명하복관계에 있어 상관의 지시를 거역하기가 사실상 불가능하다는 사실인 점을 고려

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

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

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

(2) 행위의 정도

이 사건 법률조항은 제목을 ‘추행’이라고 명시한 다음 개별적 구성요건해당행위로 ‘계간’을 예시하고, 그 바로 뒤에 ‘기타 추행’이라는 일반조항을 기술함으로써 예시적 규정의 형식을 갖추고 있다. 일반적으로 예시적 규정 중 개별적 예시조항은 그 자체로 일반조항의 해석을 위한 판단지침이 된다고 해석되므로, 이 사건 법률조항에서 ‘기타 추행’은 적어도 ‘계간에 준하는 행위’로 봄이 상당하다.

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

시하지 못하고 있다.

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

(3) 행위 주체와 객체 및 행위 장소

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

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

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

다. 소결론

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

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

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

라. 재판관 김종대의 반대의견에 대한 추가 보충의견

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

7. 재판관 조대현의 한정위헌의견

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

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

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

필요는 없다고 생각한다. 따라서 이 사건 법률조항을 ‘군인이 군영 외에서 민간인을 상대로 추행행위를 하는 경우’에도 적용된다고 해석하는 것은 기본권을 제한할 필요도 없이 군인의 성적 자기결정권이나 사생활의 자유를 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다고 보아야 한다.

재판관 이강국(재판장) 이공현(퇴임으로 서명날인 불능)

조대현 김종대 민형기 이동흡 목영준 송두환 박한철