

군형법 제92조의6 위헌제청 등

[2023. 10. 26. 2017헌가16, 2020헌가3, 2017헌바357, 414, 501(병합)]

【판시사항】

가. 청구인들에 대한 형사재판에서 무죄판결이 확정된 경우, 군형법 제92조의6의 위헌 여부에 따라 다른 내용의 재판을 받게 되는 경우에 해당한다고 볼 수 없어 재판의 전제성 요건이 인정되지 아니한 사례

나. 군형법 제92조의6 중 ‘그 밖의 추행’에 관한 부분(이하 ‘이 사건 조항’이라 한다)이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되는지 여부(소극)

다. 이 사건 조항이 과잉금지원칙에 위배되어 군인의 성적 자기결정권 또는 사생활의 비밀과 자유를 침해하는지 여부(소극)

라. 이 사건 조항이 평등원칙에 위배되는지 여부(소극)

【결정요지】

가. 청구인들에 대하여는 대법원에서 파기 환송된 이후 항소심에서 무죄판결이 확정되었으므로, 군형법 제92조의6의 위헌 여부에 따라 다른 내용의 재판을 받게 되는 경우에 해당한다고 할 수 없다. 그러므로 청구인들의 이 사건 심판청구는 재판의 전제성이 인정되지 아니하여 부적법하다.

나. 군형법 제92조의6의 제정취지, 개정연혁 등을 살펴보면, 이 사건 조항은 동성 간의 성적 행위에만 적용된다고 할 것이고, 추행죄의 객체 또한 군인·군무원 등으로 명시하고 있으므로 불명확성이 있다고 볼 수 없다. 이러한 점에 비추어보면, 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 군인, 군무원 등 군형법 피적용자는 어떠한 행위가 이 사건 조항의 구성요건에 해당되는지 여부를 충분히 파악할 수 있다고 판단되므로, 이 사건 조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 아니한다.

다. 군대는 상명하복의 수직적 위계질서체계에 있으므로, 직접적인 폭행·협박이 없더라도 위력에 의한 경우 또는 자발적 의사합치가 없는 동성 군인 사이의 추행에 대해서는 처벌의 필요성이 인정된다. 뿐만 아니라, 동성 군인 사이의 합의에 의한 성적 행위라 하더라도 그러한 행위가 근무장소나 임무수행 중에 이루어진다면, 이는 국군의 전투력 보존에 심각한 위해를 초래할 위험성이 있으므로, 이를 처벌한다고 하여도 과도한 제한이라고

할 수 없다. 그렇다면 이 사건 조항은 과잉금지원칙에 위배하여 군인의 성적 자기결정권 또는 사생활의 비밀과 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

라. 여전히 절대 다수의 군 병력은 남성으로 이루어져 있고, 이러한 젊은 남성 의무복무자들은 생활관이나 사위실 등 생활공간까지 모두 공유하면

서 장기간의 폐쇄적인 단체생활을 해야 하므로, 일반 사회와 비교하여 동성 군인 사이에 성적 행위가 발생할 가능성이 높다. 이러한 점에 비추어보면, 이 사건 조항이 이성 군인과 달리 동성 군인 간 합의에 의한 성적 행위를 처벌하는 것에는 합리적인 이유가 있다고 볼 수 있으므로, 이 사건 조항은 평등원칙에 위반되지 아니한다.

재판관 김기영, 재판관 문형배, 재판관 이미선, 재판관 정정미의 이 사건 조항에 대한 반대의견(죄형법정주의의 명확성원칙 부분)

이 사건 조항은 처벌의 대상이 되는 행위 객체를 군인 등으로 제한하면서도 그 성별에는 아무런 제한을 두지 아니하였다. 따라서 통상의 판단능력을 가진 군형법 피적용자로서는 이 사건 조항에 의해 남성 간의 추행만 처벌되는 것인지, 아니면 여성 간의 추행이나 이성에 대한 추행도 처벌되는 것인지 여부를 도저히 알기 어렵다. 이 사건 조항은 범죄구성요건을 단순히 '그 밖의 추행'이라는 추상적이고 모호하며 포괄적인 용어만을 사용함으로써, 어느 정도의 어떤 행위가, 누구와 누구의 행위가, 그리고 언제, 어디에서의 행위가 이 사건 조항의 적용을 받는지 여부를 수범자가 예측할 수 없도록 할 뿐 아니라, 법 집행기관의 자의적 법 해석 가능성을 초래하고 있다. 그러므로 이 사건 조항은 죄형법정주의의 내용인 형벌법규의 명확성원칙에 위반되어 헌법에 위반된다.

재판관 김기영, 재판관 이미선, 재판관 정정미의 이 사건 조항에 대한 반대의견(과잉금지원칙과 평등원칙 부분)

이 사건 조항이 개인의 법익을 전혀 침해하지 않는 합의에 의한 성적 행위에 대하여 가장 강력한 국가권력이자 가혹한 강제력인 형벌로 규제하는 것은 형벌의 보충성 및 최후수단성에 반하여 침해의 최소성 요건을 갖추지 못한 것이다. 또한 군기라는 추상적인 공익을 이유로 합의에 의한 성적 행위를 형사처벌의 대상으로 삼는 것은 개인의 내밀한 성적 지향에 심대한 제약을 가하는 것으로서 법익의 균형성 요건도 충족하지 못한다. 따라서 이 사건 조항은 과잉금지원칙에 반하여 군인의 성적 자기결정권 또는 사생활의 비밀과 자유를 침해한다.

동성 간의 성적 행위가 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위라는 종래의 평가를 이 시대 보편타당한 규범으로 받아들이기 어렵게 된 현 시점에서, 동성 군인 간의 합의에 의한 성적 행위와 이성 간의 합의에 의한 성적 행위를 규범적으로 달리 평가해야 할 이유가

없다. 그럼에도 이 사건 조항은 합리적인 이유 없이 합의에 의한 성적 행위를 한 동성 군인을 차별하고 있는바, 이는 평등원칙에 위배된다.

【심판대상조문】

군형법(2013. 4. 5. 법률 제11734호로 개정된 것) 제92조의6

【참조조문】

헌법 제10조, 제11조, 제17조

군형법(2016. 5. 29. 법률 제14183호로 개정된 것) 제1조

군형법(2013. 4. 5. 법률 제11734호로 개정된 것) 제92조의2, 제92조의3, 제92조의4

구 군형법(2009. 11. 2. 법률 제9820호로 개정되고, 2013. 4. 5. 법률 제11734호로 개정되기 전의 것) 제92조의5

성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2018. 10. 16. 법률 제15792호로 개정된 것) 제10조

【참조판례】

가. 헌재 2015. 1. 29. 2012헌바113

나. 헌재 2016. 7. 28. 2012헌바258, 판례집 28-2상, 1, 8

다. 헌재 2011. 3. 31. 2008헌가21, 판례집 23-1상, 178, 188

라. 헌재 2011. 3. 31. 2008헌가21, 판례집 23-1상, 178, 190

【당 사 자】

제 청 법 원 1. 인천지방법원(2017헌가16)

2. 수원지방법원(2020헌가3)

청 구 인 1. 양○○(2017헌바357)

대리인 변호사 김인숙

법무법인 덕수

담당변호사 김성주

법무법인 열린사람들

담당변호사 김정민

법무법인(유한) 백상

담당변호사 강석민

2. 권○○(2017헌바414)

3. 안○○(2017헌바414)

4. 박○○(2017헌바501)

청구인 2 내지 4의 대리인

변호사 김인숙

법무법인 열린사람들

담당변호사 김정민

법무법인(유한) 백상

담당변호사 강석민

당 해 사 건 1. 인천지방법원 2016고단4070 추행

(2017헌가16)

2. 수원지방법원 2019고합448 추행 등(2020헌가3)
3. 제7군단 보통군사법원 2017고15 추행 등(2017헌바357)
4. 제5군단 보통군사법원 2017고33 추행(2017헌바414)
5. 제2군단 보통군사법원 2017고29 추행(2017헌바501)

【주 문】

1. 군형법(2013. 4. 5. 법률 제11734호로 개정된 것) 제92조의6 중 ‘그 밖의 추행’에 관한 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

2. 청구인들의 심판청구를 모두 각하한다.

【이 유】

1. 사건개요

가. 2017헌가16 사건

최○○(개명 전 최□□)와 김○○은 육군 사병으로 군복무 중이던 2015. 6. 25.부터 2016. 5. 14.경 사이에 인천 계양구 (주소 생략)에 있는 최□□의 집 또는 파주시 (주소 생략)에 있는 소속부대 생활관에서 서로 성기를 손으로 붙잡고 위아래로 흔들며 사정하게 하는 등 11회에 걸쳐 서로 성기를 손으로 주무르거나 구강성교를 하는 방법으로 추행하였다는 공소사실로 제1군단 보통군사법원에 기소되었다가, 2016. 6. 22. 전역함에 따라 인천지방법원으로 사건이 이송되어 현재 제1심 계속 중이다(인천지방법원 2016고단4070). 위 제1심 계속 중 법원은 군형법 제92조의6 중 ‘그 밖의 추행’ 부분에 대하여 2017. 4. 11. 직권으로 이 사건 위헌법률심판을 제청하였다.

나. 2020헌가3 사건

추○○는 제○○군수지원여단 ○○정비대대 소속 운전병으로 근무하였던 자로서, 2019. 2.경에서 같은 해 3.경 사이 소속부대 경계초소에서 장난을 빙자하여 후임병의 성기를 전투복 위로 1회 만져 추행한 것을 비롯하여 총 7차례에 걸쳐 군인인 피해자를 추행하였다는 공소사실 등으로 제5군단 보통군사법원에 기소되었다가, 2019. 8. 8. 전역함에 따라 수원지방법원으로 사건이 이송되어 현재 제1심 계속 중이다(수원지방법원 2019고합448). 위 제1심 계속 중 법원은 군형법 제92조의6 중 ‘그 밖의 추행’ 부분에 대하여 2020. 2. 18. 직권으로 이 사건 위헌법률심판을 제청하였다.

다. 2017헌바357 사건

청구인 양○○은 제○○기계화보병사단 제○○기계

화보병여단 제○○기계화보병대대 ○○중대 소속 중사였고, 2017. 1. 15. 07:30경 강원 철원군 (주소 생략)에 있는 모텔에서 현역 군인과 서로의 성기를 입으로 빨아 구강성교를 하는 방법으로 추행하였다는 공소사실 등으로 기소되어, 2018. 1. 25. 선고유예 판결을 선고받았다(제7군단 보통군사법원 2017고15). 이에 청구인 양○○과 군검사가 항소하였으나 2018. 6. 15. 항소가 모두 기각되었다(고등군사법원 2018노63). 이후 상고심인 대법원은 2022. 5. 13. 무죄취지로 원심판결을 파기환송하였고(대법원 2018도11276), 환송 후 항소심인 서울고등법원은 2023. 1. 19. 청구인 양○○에 대하여 무죄를 선고하였고 그 판결이 그대로 확정되었다(서울고등법원2022노1625).

청구인 양○○은 위 제1심 계속 중에 군형법 제92조의6에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나, 군사법원은 2017. 6. 19. 제청신청을 기각하였다. 이에 청구인 양○○은 2017. 7. 24. 위 조항에 대하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

라. 2017헌바414 사건

청구인 권○○은 제○○군단 제○○보병사단 ○○연대 □□중대 소속 중위였고, 청구인 안○○는 제○○군단 제○○보병사단 □□연대 △△중대 소속 상사였다. 위 청구인들은 2016. 9. 18. 15:36경과 2016. 12.경 강원 철원군 (주소 생략)에 있는 청구인 안○○의 독신사숙소에서 서로 상대방의 입 속에 혀를 집어넣어 키스를 하고 서로 입으로 상대방의 성기를 빨며 구강성교를 하고 청구인 안○○의 성기를 청구인 권○○의 항문에 삽입하게 하여 항문성교를 하는 방법으로 추행하였다는 공소사실 등으로 기소되어, 2018. 1. 25. 청구인 권○○은 징역 4월에 집행유예 1년을, 청구인 안○○는 선고유예 판결을 선고받았다(제5군단 보통군사법원 2017고33). 이에 위 청구인들과 군검사가 항소하였으나, 2019. 1. 31. 위 청구인들의 항소가 모두 기각되었다(고등군사법원 2018노64). 이후 상고심인 대법원은 2022. 4. 21. 무죄 취지로 원심판결을 파기환송하였고(대법원 2019도3047), 환송 후 항소심인 서울고등법원은 2022. 10. 20. 위 청구인들에 대하여 무죄를 선고하였으며 그 판결은 그대로 확정되었다(서울고등법원 2022노1592).

위 청구인들은 위 제1심 계속 중에 군형법 제92조의6에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나, 군사법원은 2017. 8. 25. 제청신청을 기각하였다. 이에 위 청구인들은 2017. 9. 19. 위 조항에 대하여 이 사건 헌

법소원심판을 청구하였다.

마. 2017헌바501 사건

청구인 박○○은 제□□보병사단 ○○대대 ▽▽중대 소속 중사였고, 2015. 7. 내지 8. 일자불상 23:30경 강원 철원군 (주소 생략)에 있는 자신의 독신자숙소에서 현역군인과 서로 구강성교를 한 후 그의 성기를 청구인 박○○의 항문에 삽입하는 등 이때부터 2016. 12. 10.경 사이에 6회에 걸쳐 현역군인 4명과 서로 구강성교나 항문성교를 하는 방법으로 추행하였다는 공소사실로 기소되어, 2018. 3. 9. 선고유예 판결을 선고받았다(제2군단 보통군사법원 2017고29). 이에 청구인 박○○이 항소하였으나, 2019. 2. 14. 항소가 기각되었다(고등군사법원 2018노129). 이후 상고심인 대법원은 2022. 5. 12. 무죄취지로 원심판결을 파기환송하였고(대법원 2019도3296), 환송 후 항소심인 서울고등법원은 2022. 10. 21. 청구인 박○○에 대하여 무죄를 선고하였으며 그 판결이 그대로 확정되었다(서울고등법원 2022노1624)

청구인 박○○은 위 제1심 계속 중에 군형법 제92조의6에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나, 군사법원은 2017. 11. 9. 제청신청을 기각하였다. 이에 청구인 박○○은 2017. 12. 7. 위 조항에 대하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 심판대상

이 사건 심판대상은 군형법(2013. 4. 5. 법률 제 11734호로 개정된 것) 제92조의6(이하 '심판대상조항'이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이다. 심판대상조항은 다음과 같고, 관련조항은 [별지]와 같다.

[심판대상조항]

군형법(2013. 4. 5. 법률 제11734호로 개정된 것)

제92조의6(추행) 제1조 제1항부터 제3항까지에 규정된 사람에 대하여 항문성교나 그 밖의 추행을 한 사람은 2년 이하의 징역에 처한다.

3. 제청법원의 위헌제청이유 및 청구인들의 주장

가. 제청법원의 위헌제청이유(2017헌가16, 2020헌가3)
심판대상조항 중 '그 밖의 추행'에 관한 부분은 군인 간의 항문성교나 그 밖의 추행행위에 형벌을 부과할지 여부를 판단함에 있어 강제력 행사 여부, 행위의 정도, 행위의 주체·객체·시간·장소 등에 관하여 아무런 기준 없이 포괄적으로 규정하고 있다. 결국 위 조항은 수범자에게 예측가능성을 주지 못할 뿐만 아니라 법을 집행하고 적용하는 기관의 자의적인 법률해석을 초래하므로 죄형법정주의의 명확성원칙에 반한다.

심판대상조항 중 '그 밖의 추행'에 관한 부분은 군

사회의 건전한 생활과 군기 확립을 목적으로 동성인 군인 간의 합의된 성적 행위를 금지하고 형사처벌하는 것으로서 목적의 정당성 및 수단의 적합성은 인정된다. 그러나 공연성도 없는 상태에서 이루어지는 군인 간의 합의된 성적 행위가 군의 전투력 보존에 직접적인 위해를 발생시킬 위험이 있다고 보기는 어렵다. 결국, 위 조항은 구체적 법익에 대한 명백한 침해가 없음에도 형벌을 부과함으로써 침해의 최소성 및 법익의 균형성 요건을 갖추지 못하였다. 따라서 위 조항은 과잉금지원칙에 위반하여 군인의 성적 자기결정권과 사생활의 비밀과 자유를 침해한다.

심판대상조항 중 '그 밖의 추행'에 관한 부분은 동성인 군인 간의 합의된 성적 행위를 금지하고 형사처벌한다. 그런데 동성인 군인 간의 합의에 의한 성적 행위를 처벌하는 것은, 사회의 다수인 이성애자들의 성적 행위만을 자연스럽게 '정상적'인 것이고 동성애자들의 성적 행위는 '비정상적'인 것으로 간주하는 것으로서 합리적 이유 없이 차별하여 평등원칙에 반한다.

나. 청구인들의 주장(2017헌바357, 414, 501)

심판대상조항은 군인 간의 항문성교나 그 밖의 추행행위에 형벌을 부과할지 여부를 판단함에 있어 강제력 행사 여부, 행위의 정도, 행위의 주체·객체·시간·장소 등에 관하여 아무런 기준 없이 포괄적으로 규정하고 있다. 이처럼 심판대상조항은 수범자에게 예측가능성을 주지 못할 뿐만 아니라 법을 집행하고 적용하는 기관의 자의적인 법률해석을 초래하므로 죄형법정주의의 명확성원칙에 반한다.

동성애자로 인하여 군 기강이 문란해지거나 전투력에 손실을 입는다는 논리는 근거가 없는 막연한 선입견에 불과하다. 공연성도 없는 상태에서 이루어지는 군인 간의 합의된 성적 행위가 군의 전투력 보존에 직접적인 위해를 발생시킬 위험이 있다고 보기는 어렵다. 형벌의 보충성원칙에 비추어 볼 때, 군이라는 공동사회에 끼치는 직접적인 위해가 있다고 보기 어렵고 구체적 법익에 대한 명백한 침해가 없음에도 최후수단인 형벌을 부과하는 것은 과잉 규제이다. 따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙에 반한다.

헌법 제11조 제1항에서는 성별에 의한 차별을 금지하고 있는바, 여기에서의 성별이란 단순히 생물학적 성(sex)뿐만 아니라 성적 지향·성별 정체성을 포함하는 개념으로 해석하여야 한다. 성을 구별함에 있어서 생물학적으로 남성인지 여성인지만을 유일한 구별표지로 하는 것은 동성애자, 양성애자, 트랜스젠더 등 우리

사회에 엄연히 존재하는 성소수자의 기본권을 고려하지 않은 것이다. 그런데 심판대상조항이 동성인 군인 간의 성적 행위만 처벌하는 것은, 사회의 다수인 이성애자들의 성적 행위만을 자연스럽고 ‘정상적’인 것이고 동성애자들의 성적 행위는 ‘비정상적’인 것으로 간주하는 것이다. 따라서 심판대상조항은 합리적 이유 없이 동성 군인 간의 성적 행위를 차별하는 것이므로 평등원칙에 반한다.

4. 적법요건에 대한 판단

헌법재판소법 제75조 제7항은 “제68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원이 인용된 경우에 해당 헌법소원과 관련된 소송사건이 이미 확정된 때에는 당사자는 재심을 청구할 수 있다.”라고 규정하면서 같은 조 제8항에서 위 조항에 의한 재심에 있어 형사사건에 대하여는 형사소송법의 규정을 준용하도록 하고 있다. 그런데 형사소송법 제420조, 제421조는 ‘유죄의 확정판결에 대하여 그 선고를 받은 자의 이익을 위하여’, ‘항소 또는 상고기각판결에 대하여는 그 선고를 받은 자의 이익을 위하여’ 재심을 청구할 수 있다고 각각 규정하고 있다. 따라서 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판 청구인이 당해사건인 형사사건에서 ‘무죄’의 확정판결을 받은 때에는 처벌조항의 위헌확인을 구하는 헌법소원이 인용되더라도 재심을 청구할 수 없고, 그 무죄판결에 관하여 다툴 수 없다. 결국 이러한 경우는 법률의 위헌 여부에 따라 당해 사건 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우에 해당한다고 볼 수 없으므로 더 이상 재판의 전제성이 인정되지 아니한다(헌재 2015. 1. 29. 2012헌바113 참조).

그런데 앞서 살펴본 바와 같이, 이 사건 중 2017헌바357, 414, 501 사건의 당해사건들에 대한 환송 후 항소심에서 청구인들에 대하여 무죄가 선고되었고 그 판결이 그대로 확정되었다. 따라서 위 사건들은 심판대상조항의 위헌 여부에 따라 당해사건 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우에 해당한다고 볼 수 없으므로, 재판의 전제성이 인정되지 아니한다. 그러므로 위 사건들에 관한 심판청구는 모두 부적법하다. 이하에서는 적법요건을 모두 갖춘 2017헌가16, 2020헌가3 사건의 심판대상인 심판대상조항 중 ‘그 밖의 추행’에 관한 부분에 관해서만 본안을 살펴보기로 한다.

5. 본안에 대한 판단

가. 쟁점

대법원은 2022. 4. 21. 선고 2019도3047 전원합의체

판결에서 동성 군인 간의 성적 교섭행위가 그 자체만으로 ‘추행’이 된다고 본 종래의 해석을 변경하여, “군형법 제92조의6의 문언, 개정 연혁, 보호법익과 헌법규정을 비롯한 전체 법질서의 변화를 종합적으로 고려하면, 위 규정은 동성인 군인 사이의 항문성교나 그 밖에 이와 유사한 행위가 사적 공간에서 자발적 의사 합치에 따라 이루어지는 등 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 직접적, 구체적으로 침해한 것으로 보기 어려운 경우에는 적용되지 않는다.”라고 판시하였다. 이후 하급심 법원에서도 위 대법원 전원합의체 판결과 동일한 취지의 판결이 이어지고 있다.

그런데 2017헌가16, 2020헌가3 사건은 위 대법원 전원합의체 판결 이전, 즉 군형법 제92조의6에 대한 기존의 대법원 해석이 변경되기 전에 위헌제청된 것이므로, 제청법원의 위헌제청이유는 위 대법원 전원합의체 판결을 참조하여 그 해석된 범위 내에서 제청하는 것으로 선해하여야 할 것이다. 그렇다면 본안판단의 범위는 제청법원이 제청한 것과 같이 군형법 제92조의6 중 ‘그 밖의 추행’에 관한 부분으로 하되, 그 내용은 군형법 제92조의6이 동성인 군인 사이의 항문성교나 그 밖에 이와 유사한 행위가 ‘사적 공간’에서 자발적 의사 합치에 따라 이루어지는 등 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 직접적, 구체적으로 침해한 것으로 보기 어려운 경우에는 적용되지 않는다는 것을 전제로 판단함이 타당하다. 따라서 이 사건의 쟁점은 심판대상조항 중 ‘그 밖의 추행’에 관한 부분(이하 ‘이 사건 조항’이라 한다)이 위와 같이 적용되는 것을 전제로 하여 죄형법정주의의 명확성원칙에 반하는지 여부, 과잉금지원칙에 위반되어 군인의 성적 자기결정권 또는 사생활의 비밀과 자유를 침해하는지 여부, 평등원칙에 위반되는지 여부에 관한 판단으로 한정하기로 한다.

나. 죄형법정주의의 명확성원칙 위반 여부

헌법 제12조 및 제13조에서 보장하는 죄형법정주의 원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건이 명확하게 규정될 것을 요구한다. 형벌조항의 내용이 애매모호하거나 추상적이어서 불명확하면 무엇이 금지된 행위인지를 국민이 알 수 없어 법을 지키기가 어려울 뿐더러 범죄의 성립 여부가 법관의 자의적인 해석에 맡겨져 죄형법정주의에 의하여 국민의 자유와 권리를 보장하려는 법치주의의 이념은 실현될 수 없기 때문이다. 범죄의 구성요건이 어느 정도 특정되어야

명확성 원칙에 반하지 않는가는 통상의 판단능력을 가진 사람이 그 의미를 이해할 수 있는가를 기준으로 판단하여야 한다. 명확성 원칙에 위반되는지 여부를 판단하는 기준은 당해 법규범이 수범자에게 법규의 의미내용을 알 수 있도록 공정한 고지를 함으로써 예측 가능성을 주고 있는지 여부 및 당해 법규범이 구체적이고 충분한 의미내용을 규율함으로써 법을 해석·집행하는 기관의 자의적인 법 해석이나 집행이 배제되고 있는지 여부가 된다(헌재 2016. 7. 28. 2012헌바258 참조).

살피건대, 군형법 제92조의6은 ‘추행’의 대표적이고 전형적인 사례로 ‘항문성교’를 들고 있다. 그런데 ‘항문성교’는 일반적으로 ‘상대방의 음경을 항문에 삽입하는 성교’로서 그 자체로서 동성 간의 성행위를 의미하는 것은 아니다. 그러나 입법자가 2013. 4. 5. 법률 제 11734호로 군형법상 추행죄를 개정할 때 ‘계간’을 ‘항문성교’로 바꾼 것은, ‘계간’이라는 용어가 동성 간의 성행위를 동물의 행위로 비유하는 비하적인 표현이고 일반인이 이해하기도 어려워 법문에서 사용하기에는 부적절한 용어이므로 단순히 용어순화 차원에서 이를 통상적으로 이해하기 쉬운 ‘항문성교’라는 표현으로 바꾼 것에 불과하였고, 당시에 그 적용범위를 확대할 것인지 여부에 관한 논의는 없었다.

자유로운 외부출입이나 독립적인 사생활이 보장되지 못한 채 폐쇄적으로 단체생활을 하면서 동성 사이에 생활관, 화장실, 샤워실 등의 공간을 공동으로 사용하여야 하는 군대 내에서는 개별적이고 독립적인 생활을 영위하는 일반 사회생활에서와 달리 동성 간의 성적 교섭행위가 발생할 가능성이 매우 높고, 군형법 제92조의6은 바로 이러한 문제 발생을 예방하기 위하여 제정된 것이라는 점을 고려할 때, 위와 같은 법 개정에도 불구하고 이 사건 조항 역시 동성 간의 성적 행위에만 적용된다고 봄이 타당하다. 군형법 제92조의6의 개정 이후 각급 법원에 기소되어 선고된 대부분의 판결에서도 이와 같이 해석하고 있으므로 위 개정으로 인하여 이 사건 조항이 이성 간의 성적 행위도 포섭하게 되었다고 해석하는 것은 타당하지 않다.

2009. 11. 2. 법률 제9820호로 개정된 구 군형법은 제92조의2에 강제추행죄를, 제92조의3에 준강제추행죄를 신설하여 단순 추행과 별도로 규정하기 시작하였고, 현재에도 동일한 내용으로 군형법 제92조의3 및 제92조의4에 강제추행죄와 준강제추행죄를 규정하고 있으므로, 폭행·협박에 의한 강제추행이나 심신상실 또는 항거불능 상태를 이용한 준강제추행은 이 사건

조항의 적용범위에 포함되지 않음이 명백하다. 또한 2013. 4. 5. 법률 제11734호로 개정된 군형법은 제92조의6에 추행죄의 객체를 군형법의 피적용자인 군인·군무원 등으로 명시하고 있으므로, 행위 주체와 행위 객체의 신분에 관한 불명확성도 없다. 나아가 앞서 살펴본 바와 같이 동성 군인 간의 합의에 의한 추행이 포함되는지 여부와 관련하여 대법원은, 동성 군인 간의 성적 교섭행위가 그 자체만으로 ‘추행’이 된다고 본 종래의 해석을 변경하여, 군형법 제92조의6은 동성인 군인 사이의 항문성교나 그 밖에 이와 유사한 행위가 사적 공간에서 자발적 의사 합치에 따라 이루어지는 등 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 직접적·구체적으로 침해한 것으로 보기 어려운 경우에는 적용되지 않는다고 판시(대법원 2022. 4. 21. 선고 2019도3047 판결)하여 군형법 제92조의6의 적용범위를 제한적으로 해석하였다.

그렇다면 이 사건 조항은 폭행·협박에 이르지 않았으나 위력에 의한 경우, 자발적 의사합치가 없이 의사에 반하여 이루어진 동성 군인 간의 추행, 의사의 합치는 있었지만 사적 공간 이외의 장소에서 성적 행위가 이루어짐으로써 군이라는 공동체의 건전한 생활과 군기를 침해하는 경우에 한정하여 적용된다고 할 수 있다.

‘추행’이란 일반적으로 정상적인 성적 만족 행위에 대비되는 다양한 행위태양을 총칭하는 것으로서, 그 구체적인 적용범위는 사회적 변화에 따라 변동되는 동태적 성격을 가지고 있다(헌재 2016. 7. 28. 2012헌바 258 참조). 이처럼 포섭되는 행위가 다양한데, 입법자가 이러한 모든 형태를 미리 예상한 다음, ‘추행’에 해당하는 행위를 일일이 구체적, 서술적으로 열거하는 방식은 입법기술상 불가능하거나 현저히 곤란하다. 나아가 만약 법문에 구체적으로 열거한다면 오히려 법문에 열거되지 않은 추행은 규제대상에서 제외되는 공백이 발생할 수 있다.

결국 이 사건 조항에서 말하는 ‘그 밖의 추행’이란 폭행·협박에 의한 강제추행이나 심신상실 또는 항거불능 상태를 이용한 준강제추행을 제외하고, 피해자의 의사합치 없이 이루어지는 동성 군인 사이의 성적 행위 또는 동성 군인 사이에 의사합치가 있더라도 경계 초소 등 사적 공간 외의 장소에서 이루어지는 성적 행위로서 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 침해하는 것을 의미한다. 구체적 사건에서 동성 군인 사이의 성적 행위가 이 사건 조항에 해당하는지 여부

는 행위자의 의사, 구체적 행위 태양, 행위자들 사이의 관계, 그 행위가 공동생활이나 군기에 미치는 영향과 그 시대의 성적 도덕관념 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 판단되어야 할 법원의 통상적인 법률해석·적용의 문제라 할 것이다(헌재 2016. 7. 28. 2012헌바 258 참조).

따라서 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 군인, 군무원 등 군형법 피적용자는 어떠한 행위가 이 사건 조항의 구성요건에 해당되는지 여부를 충분히 파악할 수 있다고 판단되고, 위 대법원 판결 등에 의하여 이 사건 조항의 적용 범위에 대하여 구체적인 해석기준이 제시되고 있는 이상, 법집행기관이 이 사건 조항을 자의적으로 확대하여 해석할 염려도 없으므로, 이 사건 조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 아니한다.

다. 과잉금지원칙 위반 여부

(1) 목적의 정당성 및 수단의 적합성

이 사건 조항은 동성 군인 사이에 의사에 반하여 이루어진 성적 행위 또는 동성 군인 사이에 의사의 합치가 있더라도 사적 공간 외의 장소에서 이루어진 성적 행위를 처벌하는 것으로, 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기 확립을 목적으로 하는바, 그 입법 목적의 정당성이 인정된다. 형사처벌은 위와 같은 목적 달성에 적합한 수단에 해당한다.

(2) 침해의 최소성 및 법익의 균형성

군대는 상명하복의 수직적 위계질서체계 하에 있으므로 상급자가 하급자에게 직접적인 폭행을 행사하지 않더라도 하급자로서는 쉽게 저항하지 못한 채 원치 않는 성적 교섭행위에 연관되기 쉽고, 상급자와 하급자 사이가 아니더라도 공동으로 임무를 수행하고 함께 생활하여야 하는 군대의 특성상 일방의 요구를 거절하기 어려울 수 있으며, 가해자와 피해자가 계속하여 같은 공간에서 집단생활을 유지해야 하므로 그 피해가 일회성에 그치지 아니하고 지속적으로 반복될 가능성이 크다. 위와 같은 행위는 군대 내 기강과 전투력에 심각한 영향을 줄 우려가 있다. 즉 상대방이 적극적으로 거부 의사를 밝히지 않았다 하더라도 상급자로서의 우월적 지위나 권력 등을 이용하여 또는 친분을 이용하여 상대방의 의사에 반하는 성적 행위가 이루어지기 쉽고, 이는 상대방으로 하여금 성적 수치와 혐오의 감정을 야기할 뿐만 아니라 군이라는 공동사회에 제대로 적응하지 못하게 하여 군무(軍務)를 이달하게 하는 원인이 됨으로써 결국 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 직접적·구체적으로 침해하는 결과를 야기

할 수 있는 것이다. 동성 간 성적 행위는 직접적인 구타에 비하여 신체에 흔적은 남기지 않으면서도 상대방에게는 상당히 큰 충격을 줄 수 있다는 점에서 교육을 병자한 가혹행위의 하나로 이용될 수도 있다. 따라서 직접적인 폭행·협박이 없더라도 위력에 의한 경우 또는 자발적 의사합치가 없는 동성 군인 사이의 추행에 대하여는 처벌의 필요성이 인정된다. 만약 위력에 의한 추행을 이 사건 조항의 적용범위에서 제외한다면, 폭행이나 협박에 의한 경우는 강제추행죄로 처벌되는데, 상대방의 의사에 반하는 추행에 대하여는 처벌의 공백이 발생한다는 문제가 있다. 또한, ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’(이하 ‘성폭력처벌법’이라 한다)상의 업무상 위력 등에 의한 추행죄(제10조 제1항)는 보호·감독을 받는 경우에만 적용되므로 직접적인 지휘관계에 있지 않거나 같은 계급 안에서 발생하는 위계·위력에 의한 추행행위에는 적용되지 않는다는 난점이 있다.

뿐만 아니라 동성 군인 사이의 합의에 의한 성적 행위라 하더라도 그러한 행위가 경계초소 등 근무 장소에서 이루어지거나 전시 또는 야외훈련과 같은 임무 수행 중 이루어진다면, 이는 국가의 안전보장 및 국토방위의 신성한 의무를 지는 국군의 전투력 보존에 심각한 위해를 초래할 위험성이 있다. 성적 자기결정권이 헌법상 기본권의 하나이고 군인에게도 당연히 인정되는 보편적 권리라는 점을 부정할 수는 없으나 이러한 기본권도 국가안전보장과 질서유지를 위하여 필요한 범위 내에서 법률로 제한할 수 있는 것이다. 따라서 사적 공간 이외의 장소에서의 동성 군인 간 합의에 의한 성적 행위를 처벌함으로써 군인 등의 성적 자기결정권이 제한된다고 하더라도, 이 사건 조항이 동성 군인 간의 구체적 행위 태양, 행위자들 사이의 관계, 그 행위가 공동생활이나 군기에 미치는 영향 등을 종합적으로 고려하여, 궁극적으로 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 직접적, 구체적으로 침해할 우려가 있는 행위에 대해서만 적용되는 한(헌재 2011. 3. 31. 2008헌가21 참조) 이를 두고 과도한 제한이라고 할 수 없다.

한편, 자발적 의사합치가 없는 동성 군인 사이의 성적 행위 또는 의사합치가 있더라도 사적 공간 외의 장소에서 이루어지는 성적 행위가 군의 건전한 생활과 군기에 악영향을 주어 처벌의 필요성이 인정된다 하더라도, 국가형벌권의 최후수단성에 비추어 이를 반드시 형사처벌로 규율해야 하는지 의문이 있을 수 있다. 그러나 현재의 병에 대한 징계처분의 내용을 살펴보면

비행의 정도가 중한 경우 강등이나 군기교육 처분이 그나마 위하력이 큰 징계수단인데, 이러한 행정상 조치가 형사처벌을 대체할 정도의 위하력을 갖는다고 보기는 어렵다. 사병들의 급여조건이나 근무여건이 비교적 열악하고, 남북 대치상황이라는 특유한 안보현실 하에 병역의무이행의 형평성이 중요한 상황에서 징계 처분이나 전역조치는 효율적인 제재가 된다고 볼 수 없고, 이러한 행정제재만으로는 군 기강 확립에 있어 형사처벌과 동등하거나 유사한 효과를 가져 온다고 보기 어렵다.

더욱이 이 사건 조항은 최대형량이 징역 2년으로서 그 상한이 비교적 높지 않고 그 형의 하한에는 제한을 두지 아니하고 있어 행위 태양이나 불법의 정도, 행위자의 죄질 등에 비추어 행위자의 책임에 상응하는 형벌이 선고될 수 있는 점, 앞서 살펴 본 바와 같이 대법원은 균형법 제92조의6의 적용범위를 동성 군인 간의 성적 행위가 사적 공간에서의 자발적 의사 합치에 따라 이루어졌는지 여부 등 구체적 행위태양에 따라 제한적으로 해석하고 있는 점 등을 종합하여 보면, 이 사건 조항이 침해의 최소성에 위반된다고 볼 수 없다.

이 사건 조항에 의해서 형사처벌을 받게 되는 사람의 불이익이 이 사건 조항을 통해 달성하고자 하는 군기와 전투력의 보호, 나아가 국가의 존립과 모든 자유의 전제조건인 국가안보라는 공익보다 우월하다고 할 수도 없으므로 법익의 균형성 또한 충족된다.

(3) 소결

이 사건 조항은 과잉금지원칙에 위반하여 군인의 성적 자기결정권 또는 사생활의 비밀과 자유를 침해하지 아니한다.

라. 평등원칙 위반 여부

(1) 심사기준

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, 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.

그런데 제청법원의 평등원칙 위반에 대한 위헌제청의 주된 취지는, 성적 교섭행위가 합의에 의한 것일 전제로, ‘합의에 의한 이성 간의 성적 교섭행위’는 처

벌하지 아니하면서 ‘합의에 의한 동성 군인 간의 성적 교섭행위’는 처벌하는 것이 평등원칙에 위반된다는 것이었다. 그러나 앞서 살펴본 대법원 2019도3047 판결에 따라 이 사건 조항은 사적 장소에서의 합의에 의한 동성 군인 간의 성적 행위에는 적용되지 아니하므로 위와 같은 평등원칙 위반 주장은 상당 부분 그 근거를 잃게 되었다.

이 사건 조항이 ‘동성 군인 간 사적 공간이 아닌 곳에서 합의에 의한 성적 행위’만을 금지하고 이를 위반한 경우 형사처벌함으로써 이성 군인 간 합의에 의한 성적 행위와 달리 취급한다고 볼 경우에도, 이와 같은 동성 간의 성적 행위와 이성 간의 성적 행위에 대한 차별은 헌법상 차별을 금지한 영역인 성을 이유로 한 남녀 차별의 문제가 아니다. 따라서 이 사건 조항으로 인한 차별은 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우에 해당하지 아니하고, 앞서 살펴본 바와 같이 차별취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래한다는 사정도 발견되지 않으므로, 자의금지원칙에 의한 완화된 심사척도를 적용하여 판단하면 족하다(헌재 2011. 3. 31. 2008헌가21 참조).

(2) 차별의 합리성 유무

과거에 비하여 여군의 수가 증가하였다고 하여도 여전히 절대 다수의 군 병력은 남성으로 이루어져 있고, 이러한 혈기왕성한 젊은 남성 의무복무자들은 생활관이나 샤워실 등 생활공간까지 모두 공유하면서 장기간의 폐쇄적인 단체생활을 해야 하므로, 일반 사회와 비교하여 동성 군인 사이에 성적 행위가 발생할 가능성이 높다고 할 수 있다. 만약 이와 같은 동성 군인 간의 성적 교섭행위를 방지할 경우, 군대의 엄격한 명령체계나 위계질서는 위태로워지고 구성원 간의 반목과 분열을 초래하여 궁극적으로 군의 전투력 보존에 직접적인 위해가 발생할 우려가 크다. 따라서 이 사건 조항과 같이 동성 군인 간의 성적 행위를 처벌하는 규정을 두는 것은 불가피한 측면이 있다. 이에 반하여 군대에서 남성과 여성이 폐쇄적인 단체생활을 하여야 하는 상황은 그리 많지 않고, 일반 사회와 비교하여 군대에서 이성 간의 성적 행위가 빈번히 발생하여 이를 방지할 경우 군대의 엄격한 명령체계나 위계질서를 위태롭게 할 우려가 크다고 할 수도 없다.

일반적으로 이성 간에는 서로 성적(性的) 대상이 될 수 있음을 스스로 인식하고 있고 국가와 사회도 이를 전제로 많은 규율을 하고 있다. 그러나 동성 간의 경우에는 그러한 인식이 별로 없는 것이 현실이고, 이는

군대 내에서도 마찬가지이다. 그런데 대부분의 군인이 자신의 의사와 무관하게 병역의무의 일환으로 징집되어 폐쇄된 곳에서 함께 숙식을 하는 등 모든 생활을 공유해야 하는 우리나라 군대의 현실을 감안할 때, 군인들로 하여금 열악한 복무조건 속에서 각종 사고위험에 노출된 채 훈련을 받는 것에서 더 나아가 자신이 언제든지 함께 생활하고 있는 다른 동료 군인의 성적 행위의 대상이 될 수 있다는 우려까지 부담하게 하는 것은 군인 상호간의 신뢰를 저하시키고 군 생활에 집중을 할 수 없게 하여 군대 전체의 사기에 악영향을 미칠 수 있다.

그렇다면 군기를 확립하고 군의 전투력을 최대한 보존하면서도 형사처벌을 최소화하는 방편으로, 동성 군인 사이의 성적 행위에 대해서는 이를 처벌할 필요성이 있다고 본 입법자의 판단이 현저히 불합리하다고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 조항이 이성 군인과 달리 동성 군인 간 합의에 의한 성적 행위를 처벌한다고 하여도, 이는 합리적인 이유가 있다고 볼 수 있으므로 이 사건 조항은 평등원칙에 위반되지 아니한다.

6. 결론

그렇다면 이 사건 조항은 헌법에 위반되지 아니하고, 청구인들의 심판청구는 부적법하므로 이를 모두 각하하기로 하여, 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 이 사건 조항에 대한 아래 7.과 같은 재판관 김기영, 재판관 문형배, 재판관 이미선, 재판관 정정미의 죄형법정주의의 명확성원칙에 관한 반대의견, 아래 8.과 같은 재판관 김기영, 재판관 이미선, 재판관 정정미의 과잉금지원칙과 평등원칙에 관한 반대의견이 있는 외에는 관여 재판관들의 일치된 의견에 의한 것이다.

7. 재판관 김기영, 재판관 문형배, 재판관 이미선, 재판관 정정미의 이 사건 조항에 대한 반대의견(죄형법정주의의 명확성원칙 부분)

우리는 대법원의 위 2019도3047 전원합의체 판결에도 불구하고 이 사건 조항은 여전히 죄형법정주의의 내용인 명확성원칙을 충족시키지 못하여 헌법에 위반된다고 생각하므로 다음과 같이 의견을 밝힌다.

가. 먼저 행위 주체 및 객체의 불명확성 측면을 살펴본다. 2013. 4. 5. 법률 제11734호로 개정되기 전의 구 군형법 제92조의5에서는 행위의 객체에 대하여 아무런 규정을 두지 않아, 위 조항에서의 ‘그 밖의 추행’이 군인 간의 추행만 의미하는지, 아니면 군인과 민간인 간의 추행도 의미하는지, 나아가 위 조항이 남성 간의 추행만을 대상으로 하는지, 아니면 여성 간의 추행이나 이성(異性) 간의 추행도 그 대상으로 하는지

여부가 불분명하였다. 그러다 2013. 4. 5. 법률 제11734호로 개정된 이 사건 조항에서는 행위의 객체를 ‘제1조 제1항부터 제3항까지 규정된 사람’, 즉 군인 등으로 제한하였다. 그러나 위 개정에서 행위의 객체를 군인 등으로 제한하면서도 그 성별에는 아무런 제한을 두지 않았다. 이에 현행법 하에서도 여전히 이 사건 조항이 동성 간의 추행행위만을 대상으로 하는지 아니면 이성 간의 추행행위도 그 대상으로 포함되는지가 불명확하다. 나아가 법을 개정하여 객체의 신분을 제한하면서도 굳이 성별에 대하여는 아무런 제한을 두지 않은 것은, 앞으로는 군인 등에 해당하기만 하면 남성 간의 추행이든, 여성 간의 추행이든, 이성(異性) 간의 추행행위든 이 사건 조항의 적용대상이 된다고 해석할 여지도 있다. 실제로 국방부장관의 2021. 6. 22.자 사실조회 회신 결과에 의하면, 군검사가 이성 간의 추행행위에 대하여 이 사건 조항을 적용하여 기소하자, 변호인이 이 사건 조항은 이성 간의 성 군기 위반 사건에는 적용되지 않는다는 주장을 하였으나, 보통군사법원은 이 사건 조항의 문언상 행위의 객체를 동성으로 한정한다고 볼 수 없다는 이유로 선고유예 판결을 선고하여 그대로 확정된 사례도 확인된다(제23보병사단 보통군사법원 2015고8 판결).

구 군형법 제92조의5에서는 ‘계간이나 그 밖의 추행’이라고 규정하고 있었는데, ‘계간’이란 일반적으로 남자끼리의 성교행위를 일컫는 것으로 이해되므로, 위 조항에서의 ‘그 밖의 추행’ 역시 동성 간의 행위만 의미하고 이성 간의 행위는 제외된다고 보는 것이 일응 타당하였다. ‘계간’이라는 예시규정이 ‘그 밖의 추행’이라는 일반조항에 대한 판단지침을 제공하는 역할을 해야 하는데, 만약 ‘그 밖의 추행’에 이성 간의 행위까지 포함한다고 해석한다면 이는 오히려 ‘계간’이라는 예시규정을 형해화하는 결과를 낳는다고 볼 수 있기 때문이다. 그러나 2013. 4. 5. 법률 제11734호로 개정된 심판대상조항에서는 ‘항문성교나 그 밖의 추행’이라는 표현을 사용하고 있는데, ‘항문성교’란 일반적으로 ‘상대방의 음경을 항문에 삽입하는 성교’로서 이성 간에도 가능한 성관계의 한 형태이고, ‘항문성교’ 자체가 동성 간의 성행위를 의미하는 것은 아니다. 그렇다면 입법자의 개정의도가 무엇이든 간에 법문 상으로는 더 이상 이 사건 조항이 동성 간의 성적 행위만을 규정한 것인지 명확하다고 볼 수 없는 것이다.

나아가 군형법에 추행죄가 처음 규정된 1962년 당시에는 군대가 대부분 남성으로 구성되어 있었으므로 ‘계간’을 명시함으로써 ‘남성 간의 추행행위’를 규제하

고자 한 것이 일응 의미가 있어 보이나, 현재는 종래부터 있어 왔던 여군 간호장교 외에도 육·해·공군 사관학교에 여성의 입학을 허용하고 여군 부사관 제도가 신설되는 등 여군의 숫자가 점점 증가하고 있는 실정이므로 이제는 군의 구성원이 대부분 남성이라고 단정하기도 어렵다. 그렇다면 이 사건 조항이 동성 간의 추행행위만을 그 대상으로 하는지 아니면 이성 간의 추행행위도 그 대상으로 하는지 불분명한 상황에서 통상의 판단능력을 가진 균형법 피적용자로서는 이 사건 조항에 의해 남성 간의 추행만 처벌되는 것인지, 아니면 여성 간의 추행이나 이성에 대한 추행도 처벌되는 것인지 여부를 도저히 알기 어렵다.

나. 다음으로 추행의 의미에 대하여 본다. 사전적으로 ‘추행’이란, 더럽고 저지분한 행동 또는 강간이나 그와 비슷한 짓을 의미한다. 그러나 법상 ‘추행’의 개념에 관하여는 균형법에서 아무런 정의규정도 두고 있지 않다. 다만 대법원은 앞서 살펴본 바와 같이 전원 합의체 판결을 통하여 균형법 제92조의6은 동성인 군인 사이의 항문성교나 그 밖에 이와 유사한 행위가 사적 공간에서 자발적 의사 합치에 따라 이루어지는 등 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 직접적, 구체적으로 침해한 것으로 보기 어려운 경우에는 적용되지 않는다고 판시하여 그 적용범위에 관하여 제한적 해석을 하였다. 그러나 위와 같은 법원의 해석에도 불구하고, 동성 군인 상호간 성적 행위에 관한 의사합치는 있었으나 생활관 내에서 그 행위가 이루어지는 등 사적 공간이 아닌 곳에서의 행위가 이 사건 조항의 추행에 해당하여 처벌되는지 여부는 여전히 불분명하다.

형법 제298조(강제추행)는 폭행, 협박에 의한 추행을, 제299조(준강제추행)는 피해자의 심신상실, 항거불능의 상태를 이용한 추행을, 제302조(미성년자등에 대한 추행)는 미성년자 또는 심신미약자에 대하여 위계 또는 위력으로써 한 추행을 규정하고 있고, 성폭력처벌법 제10조에서도 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람에 대하여 위계 또는 위력으로써 한 추행(제1항)과 법률에 의하여 구금된 사람에 대한 추행(제2항)을 규정하고 있다. 이처럼 ‘추행’을 구성요건으로 규정하고 있는 여타의 법률조항들을 살펴보면, ‘추행’이란 모름지기 피해자의 의사에 반하여 이루어지는 행위라는 것을 전제하고 있음을 알 수 있다. 따라서 균형법상의 추행을 해석함에 있어서도, 동성 군인 간 자발적 의사합치가 있었다면 비록 사적 공간이 아닌 곳에서 이루어진 성적 행위라 하더라도 이는 더 이상 ‘추행’에는 해당하

지 않는다는 해석도 가능하다.

법정의견은 이 사건 조항에서의 ‘추행’이 무엇인지 판단할 때 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 침해하는 것’이라는 요건을 부가하고 있다. 그런데 이러한 요건은 법에 규정되어 있지도 않은데다가 ‘군기’라는 개념 역시 상당히 추상적이고 막연하므로, 어떤 행위가 군기를 침해한다고 할 것인지는 사람마다 달리 볼 수 있다. 예를 들어 군영 내이지만 업무시간이 종료된 이후 자유시간에 은밀한 장소에서 동성 군인과 자발적 합의 하에 성적인 행위를 한 경우, 어떤 사람은 군의 전투력 보존과 직접적인 관련성이 없으므로 이 사건 조항의 적용 대상이 아니라고 볼 수도 있고, 어떤 사람은 군기를 침해하는 행위로서 이 사건 조항의 적용 대상이라고 볼 수도 있다. 그렇다면 이 사건 조항의 ‘그 밖의 추행’을 해석하면서 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 침해하는 것’이라는 요건을 덧붙인다 하더라도 이러한 개념 자체가 포괄적이고 주관적이므로, 이러한 해석만으로 이 사건 조항의 불명확성이 해소되었다고 볼 수 있을지 의문이고, 이는 오히려 이 사건 조항을 더욱 불명확하게 하는 해석이다. 더욱이 이 사건 조항은 성적 행위와 같이 내밀한 사생활 영역에 대한 형벌조항으로서 차별적이거나 자의적인 법 해석과 집행이 이루어질 경우 그 폐해가 매우 심각하다. 군인 간의 합의에 의한 성적 행위가 은밀히 이루어진 경우, 이를 처벌하기 위해서는 지극히 내밀한 사생활 영역에 대한 수사가 불가피하다는 점을 고려해 보면, 명확성원칙은 더욱더 엄격하게 지켜져야 한다.

다. 결국 이 사건 조항은 행위의 주체 및 객체·시간·장소 등에 관하여 아무런 구체적인 기준을 규정하지 아니한 채, 범죄구성요건을 단순히 ‘그 밖의 추행’이라는 추상적이고 모호하며 포괄적인 용어만을 사용함으로써, 어느 정도의 어떤 행위가, 누구와 누구의 행위가, 그리고 언제, 어디에서의 행위가 이 사건 조항의 적용을 받는지 여부를 수범자가 예측할 수 없도록 할 뿐 아니라 법 해석·집행기관의 자의적 법해석 가능성을 초래하고 있다. 그러므로 이 사건 조항은 죄형법정주의의 내용인 형벌법규의 명확성원칙에 위배되어 헌법에 위반된다.

8. 재판관 김기영, 재판관 이미선, 재판관 정정미의 이 사건 조항에 대한 반대 의견(과잉금지원칙과 평등원칙 부분)

우리는 이 사건 조항이 명확성원칙에 반하여 헌법에 위반될 뿐만 아니라, 법정의견과 같이 ‘동성 군인

간의 합의에 의한 성적 행위가 사적 공간 이외의 장소에서 이루어짐으로써 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 침해하는 경우에 이 사건 조항이 적용된다고 해석할 경우에는 다음과 같은 이유로 과잉금지 원칙과 평등원칙에 위반된다고 생각한다.

가. 과잉금지원칙 위반

(1) 군은 전투에서 승리해야 한다는 본래의 사명을 수행하기 위하여 그에 상응하는 특별한 조직과 규율이 요구된다. 군형법은 이러한 군의 특수성을 전제로 만들어진 법률이므로 군형법의 제정·개정이나 적용에서 군기는 중요한 기준이 된다. 이 사건 조항 역시 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기 확립을 통한 전투력 보존을 입법목적으로 하고, 이러한 입법목적 자체는 정당하다.

그러나 다른 생활영역과는 달리 사생활 특히, 성적 사생활 영역에서 형벌을 수단으로 한 규제의 필요성을 판단함에 있어서는 보다 엄격한 기준을 적용해야 한다. 군형법의 적용을 받는 군인이라 하더라도 성생활 영역은 상대방의 의사에 반하여 강제적으로 성적 행위를 하는 것이 아닌 한 개인의 내밀한 사적 영역으로서 존중받아야 한다.

(2) 법정의견은 동성 군인 간의 합의에 의한 성적 행위가 사적 공간 이외의 장소에서 이루어지면 이로써 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기가 침해된다고 보는 듯하다.

그러나 자유로운 의사의 합치에 따라 은밀하게 이루어지는 성적 행위가 사적 공간 이외의 장소에서 행하여진다는 이유만으로 곧바로 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 침해한다고 일반화할 수는 없다. 군영 내 사적 공간 이외의 장소로 경계초소나 훈련장, 지휘통제실, 행정반 등의 근무 장소를 생각해 볼 수 있는데, 이러한 장소들 중에는 일과시간 이후나 휴일 등의 이유로 본래의 업무용으로 잠시 사용되지 않는 군영 내 공간도 있을 수 있다. 따라서 군영 내 사적 공간 이외의 장소에서의 성적 행위가 반드시 훈련 중이거나 근무 중에 이루어지는 것을 의미하거나 공연성을 수반하여 군의 건전한 생활과 군기에 악영향을 준다고 단언하기 어렵다. 결국 사적 공간 이외의 장소에서 이루어진 동성 군인 간 합의된 성행위가 군기를 침해하는지 여부는 해당 행위가 이루어진 구체적인 시간과 장소, 행위의 태양, 행위자들 사이의 관계, 해당 행위가 공동생활이나 군기에 미치는 영향 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 구체적인 사안에 따라 개별적으로 판단하여야 한다.

따라서 동성 군인 간의 합의에 의한 성적 행위가 사적 공간 이외의 장소에서 이루어졌다는 이유만으로 형사처벌하는 것은 동성 간의 성적 행위가 비정상적인 성적 교섭행위임을 전제로 한 것으로, 그 자체로 헌법적 정당성을 인정할 수 없다.

(3) 이와 달리 사적 공간 이외의 장소에서 이루어진 동성 군인 간의 합의에 의한 성적 행위가 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 직접적·구체적으로 침해할 우려가 있는 경우에만 이 사건 조항이 적용된다는 것이 법정의견의 입장이라고 볼 수도 있다.

(가) 동성 군인 간의 성적 행위가 당사자의 합의에 의해 자발적으로 이루어진 것이라고 하더라도 전투력 보존에 직접적인 위해를 초래하는 경우라면 이를 규제할 필요가 있을 수 있다. 그러나 그 규제수단으로 형벌을 택하는 것은 다음과 같은 점에서 형벌의 비추성 및 최후수단성에 반한다.

어떠한 행위를 범죄로 규정하고 어떠한 형벌을 과할 것인가에 관하여 원칙적으로 입법자에게 광범위한 형성권이 인정된다고 하더라도, 국가형벌권의 행사는 중대한 법익에 대한 위협이 명백한 경우에 한하여 최후의 수단으로 필요 최소한의 범위에 그쳐야 한다(헌재 2022. 5. 26. 2019헌가12 참조). 법치국가원리는 헌법 제10조, 제37조 제2항의 규정을 매개로 하여 불필요하거나 과도한 형벌의 위협으로부터 인간의 존엄과 가치를 보호하고 있기 때문이다(헌재 2004. 12. 16. 2003헌가12 참조). 따라서 형벌은 다른 수단으로는 사회생활에 불가결한 법익을 보호하는 것이 불가능할 경우에 최후적으로 적용되어야 하는바(헌재 2016. 11. 24. 2014헌바451 재판관 서기석, 재판관 조용호의 반대 의견 참조), 군인 간의 성적 행위가 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 직접적·구체적으로 침해할 우려가 있어 이를 제재할 필요성이 있는 경우에도, 그러한 행위가 자발적 의사 합치에 따른 것으로 타인의 법익을 침해한 것이 아니라면 형벌권의 행사는 최대한 유보되어야 한다.

‘군인의 지위 및 복무에 관한 기본법’과 같은 법 시행령에 따르면 군인은 성실하게 직무를 수행하여야 하고 영내에서는 유사시 임무수행을 위한 준비를 갖추고 있어야 하는데, 군인이 임무수행 중에 또는 유사시 임무수행을 위한 준비를 갖추고 있어야 할 공적 장소에서 성적 행위를 하는 것은 성실의무위반에 해당하고 나아가 품위유지의무위반에 해당하여 군인사법상 징계 사유에 해당할 수 있다(‘군인의 지위 및 복무에 관한 기본법’ 제21조, ‘군인의 지위 및 복무에 관한 기본법

시행령' 제23조 제1항, 군인사법 제56조 참조). 그리고 '군인 징계령 시행규칙'에 따르면 성실의무위반이나 품위유지의무위반 시 장교, 준사관 및 부사관은 비행의 정도에 따라 파면까지 가능하고, 병(兵)은 강등까지 가능하다('군인 징계령 시행규칙' 제2조, 별표 1, 별표 2 참조). 이처럼 근무시간 중이나 공적 장소에서 이루어지는 군인 간의 합의된 성적 행위로 인해 군기가 침해될 우려가 있는 경우, 위와 같은 징계절차에 따른 제재를 통하여 내밀한 사생활 영역에 대한 국가 형벌권의 개입을 최소화하면서 군의 건전한 생활과 군기 확립의 목적을 달성할 수 있다.

이 사건 조항의 불명확성에도 불구하고, 임무수행 중에 또는 군영 내와 같은 공적 장소에서 이루어지는 이성 군인 간의 자유로운 의사 합치에 따른 성적 행위는 이 사건 조항의 적용 대상에서 제외된다는 점에 대해 별다른 이견이 없는 것으로 보인다. 이는, 이러한 행위가 비록 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 직접적·구체적으로 침해하여 전투력 보존에 위해를 초래하더라도 전시·사변 등과 같은 급박한 상황이 아닌 일반적인 상황 하에서는 앞서 본 바와 같은 군인사법 등에서 정한 징계를 통해 이를 제재 내지 억지할 수 있고, 개인의 법익을 전혀 침해하지 않는 합의에 의한 성적 행위에 가장 강력한 국가권력이나 가혹한 강제력인 형벌을 가하는 것은 군기 확립 내지 전투력 보존, 나아가 국가안보라는 중대한 공익을 고려하더라도 인권존중의 사상에 부합하지 않다고 보기 때문이라고 할 수 있다.

그럼에도 이 사건 조항은 전시·사변 등과 같이 국가의 존립이 위태로운 급박한 상황으로 한정하지도 아니한 채, 동성 군인 간의 합의에 의한 성적 행위가 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 직접적·구체적으로 침해할 우려가 있는 경우라면 이를 제한 없이 형사처벌의 대상으로 하고 있다. 이는 징계를 통해 이 사건 조항이 추구하는 목적을 달성할 수 있는데도 강제력을 수반하지 않는 자발적 성적 행위에 대해서까지 형벌을 통해 규제하는 것으로, 형벌의 보충성 및 최후수단성에 반하는 형벌권의 과잉규제라고 하지 않을 수 없어 침해의 최소성에 반한다.

(나) 나아가 동성 군인 간의 합의에 의한 성적 행위를 형사처벌한다고 하여 이 사건 조항이 추구하는 '군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기'라는 공익이 달성될 것이라고 단정하기도 어렵다.

군인 간의 폭행·협박이나 위력에 의한 추행 등 상대방의 의사에 반하는 성적 행위는 상대방으로 하여금

성적 수치와 혐오의 감정을 야기하고, 이에 더하여 군이라는 공동사회에 제대로 적응하지 못하게 하여 군무를 이탈하게 하는 원인이 됨으로써 군대 내 기강과 전투력에 심각한 악영향을 줄 우려가 있다. 따라서 상대방의 의사에 반하는 성적 행위에 대해서는 피해자의 성적 자기결정권이라는 개인적 법익과 함께 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기라는 사회적 법익의 보호를 위해 처벌할 필요성이 인정된다.

반면, 동성 군인 사이에 자발적 합의에 기반하여 이루어지는 성적 행위는 상대방의 성적 자기결정권을 침해하지 않을 뿐만 아니라, 동성 군인 간의 합의에 의한 성적 행위를 처벌하는 것은 행위자를 '범죄자'로 낙인찍음으로써 오히려 군 조직의 단결과 조직력에 부정적인 영향을 초래할 수 있다. 행위자 스스로가 '아직 체포되지 않은 범죄자'라는 인식 하에 본인의 성적 지향에 대한 모멸감이나 적발의 두려움 속에 군 복무를 하게 되고, 이는 군생활에서의 참여도와 능력을 떨어뜨리고 사기를 저하시키며 임무수행에 매진하는 것을 어렵게 할 수 있기 때문이다. 그럼에도 이 사건 조항이 동성 군인 간의 합의에 의한 성적 행위를 가장 강력한 기본권 제한의 효과를 발생시키는 형사처벌의 대상으로 삼는 것은, 사실상 국가가 특정한 성적 지향을 강요하는 것과 다름이 없다. 특히 우리나라의 병역제도가 국민개병제(國民皆兵制)와 징병제를 근간으로 하고 있음을 고려하면, 동성 군인 간의 합의에 의한 성적 행위를 처벌하는 것은 징집되어 입대한 군인에게 병역의무를 이유로 수인의 한계를 넘는 가혹한 부담을 지우는 것이 된다.

결국 군기라는 추상적인 공익을 추구한다는 명목으로 어떠한 강제력도 수반하지 않는 성적 행위를 형사처벌의 대상으로 삼는 것은 개인의 내밀한 성적 지향에 심대한 제약을 가하는 것으로서 법익의 균형성 요건도 충족시키지 못한다.

(다) 이상과 같이 이 사건 조항이 동성 군인 간의 합의에 의한 성적 행위에 대해 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 침해하였다는 이유로 형사처벌을 부과하는 것은 과잉금지원칙에 반하여 군인의 성적 자기결정권 또는 사생활의 비밀과 자유를 침해한다.

나. 평등원칙 위반

(1) 법정의견은 이 사건 조항의 처벌대상이 동성 군인 간의 성적 행위로 한정된다고 하면서도 남성 군인 간의 성적 행위만을 처벌대상으로 보는지 아니면 여성 군인 간의 성적 행위도 처벌대상으로 보는지에 대해서

는 명시적인 언급을 하고 있지 않다. 다만 법정의견이 심판대상조항의 ‘항문성교’를 2013. 4. 5. 법률 제11734호로 개정되기 전의 구 군형법 제92조의5의 ‘계간’이 용어순화 차원에서 변경된 것에 불과한 것으로 보고 있고, 이 사건 조항이 동성 군인 간의 합의에 따른 성적 행위만을 처벌대상으로 삼은 이유로 군 병력의 절대 다수인 남성들이 장기간 폐쇄적인 집단생활을 하고 있는 것을 들고 있는 점에 비추어 볼 때, 법정의견은 이 사건 조항의 처벌대상을 남성 군인 간의 성적 행위로 한정하는 것으로 이해할 수 있다.

이와 같은 법정의견에 따르면, 이 사건 조항이 남성 군인 사이에 합의에 의해 사적 공간 이외의 장소에서 이루어지는 성적 행위만을 처벌대상으로 하여 남성 군인 간의 합의에 의한 성적 행위와 여성 군인 간의 합의에 의한 성적 행위를 차별적으로 취급하는 국면에서는 비례성원칙에 따른 심사가 이루어져야 한다. 이러한 차별이 헌법상 차별을 금지한 영역인 ‘성’을 이유로 한 차별이라는 점을 부인할 근거가 없다.

(2) 자의금지원칙에 의한 완화된 심사척도를 적용하더라도, 이 사건 조항이 동성 군인 사이에 합의에 의해 사적 공간 이외의 장소에서 이루어지는 성적 행위만을 처벌대상으로 하여 동성 군인 간의 합의에 의한 성적 행위와 이성 군인 간의 합의에 의한 성적 행위를 차별적으로 취급하는 것에는 합리적인 이유가 없다.

법정의견은 이와 같은 차별취급의 사유로 군 병력의 절대 다수가 남성으로 구성되어 있어 동성 군인 간 성적 행위가 발생할 가능성이 높다는 점을 들고 있으나, 동성 간 합의에 의한 성적 행위는 특정한 성적 지향에 기초한 것으로, 단순히 군 병력 대다수가 남성으로 구성되어 있다거나 장기간의 폐쇄적인 단체생활을 한다는 이유로 갑자기 발현될 수 있는 성질의 것이 아니다. 설령 군 병력 대다수가 남성으로 구성되어 있다는 이유 등으로 동성 군인 간 합의에 의한 성적 행위의 발생 빈도가 상대적으로 높다고 하더라도, 앞서 본 바와 같이 강제력을 수반하지 않는 성적 행위에 대해서는 징계를 통하여 군기 확립의 목적을 달성할 수 있다.

또한 법정의견은 동성 군인 간의 성적 교섭행위를 방치할 경우 구성원 간의 반목과 분열이 초래되어 궁극적으로 군의 전투력 보존에 위해가 발생할 우려가 크다는 점을 지적하고 있다. 그러나 이러한 사정은 동성 군인 간 의사에 반하는 비자발적 성적 행위를 처벌하는 근거는 될 수 있겠지만, 자유로운 의사에 기초한 성적 행위가 과연 군 구성원 간의 반목과 분열을

초래하여 군의 전투력 보존에 직접적인 위해를 줄 수 있는지 의문이다.

무엇보다 이 사건 조항의 입법목적이 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 확립하는 것이고 군의 건전한 생활과 군기를 기준으로 가벌성을 평가한다면, 성적 행위를 하는 당사자의 성별을 구분하여 처벌 여부를 달리해야 할 합리적인 이유가 없다.

동성 간의 성적 행위에 대한 규범적 평가는 시대와 사회의 변화에 따라 바뀌어 왔다. 동성 간의 성적 행위가 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위라는 종래의 평가를 이 시대 보편타당한 규범으로 받아들이기 어렵게 된 현 시점에서(대법원 2022. 4. 21. 선고 2019도3047 전원합의체 판결 참조), 동성 군인 간의 합의에 의한 성적 행위와 이성 군인 간의 합의에 의한 성적 행위를 규범적으로 달리 평가해야 할 이유가 없다. 그럼에도 이 사건 조항이 군의 건전한 생활과 군기 확립을 이유로 동성 군인 간의 합의에 의한 성적 행위만을 처벌대상으로 하는 것은 사회적 다수인 이성애자들의 성적 행위, 즉 전형적인 남성과 여성의 이성애에 기반을 둔 성적 행위만을 자연스럽고 정상적인 것으로 간주하는 태도가 입법 및 법률해석에 반영되어 있는 것으로서 그 헌법적 정당성을 인정할 수 없다.

(3) 이상과 같이 이 사건 조항이 동성 군인 간의 합의에 의한 성적 행위에 대해서만 가장 강력하고 가혹한 국가형벌권을 행사하는 것에는 합리적인 이유를 찾아보기 어려우므로, 이 사건 조항은 평등원칙에도 위배된다.

다. 상명하복의 엄격한 규율과 집단적 공동생활을 본질로 하는 군대의 특수한 사정상 상급자의 직접적인 폭행이나 협박이 없어도 하급자가 쉽게 저항하지 못한 채 원하지 않는 성적 행위에 연관될 수 있고, 동기 사이에서도 일방의 요구를 거절하기 어려워 성적 행위에 연관될 수 있다. 이와 같은 동성 군인 간의 비자발적 성적 행위는 군기를 구체적·직접적으로 침해하여 전투력 보존에 심각한 위해를 끼칠 뿐만 아니라 피해자의 성적 자기결정권을 침해하는 행위로서 처벌의 필요성이 인정된다. 그런데 직접적인 폭행·협박을 수반하지 않거나 가해자와 피해자가 지휘관계에 있지 않는 경우에는 형법상 강제추행죄 또는 성폭력처벌법상 업무상 위력 등에 의한 추행죄에 포섭되지 않아 처벌의 공백이 발생할 수 있다. 이에 이 사건 조항은 형법이나 특별형법의 처벌대상에 포함되지 않는 비자발적 성

적 행위에 대한 처벌조항으로 기능하여 왔다.

그러나 앞서 살펴본 바와 같이 이 사건 조항은 명확성을 갖추지 못한데다, 동성 군인 사이에 합의에 의해 사적 공간 이외의 장소에서 이루어지는 자발적 성적 행위까지 처벌대상으로 하는 것으로 해석할 경우 과잉금지원칙과 평등원칙에 반하여 그 위헌성이 중대하다. 따라서 동성 군인 간의 비자발적 성적 행위를 처벌할 필요성이 있다는 이유로 이 사건 조항을 존치하는 것은 헌법적으로 정당성을 인정하기 어렵고, 비자발적 성적 행위를 처벌할 수 있도록 구성요건을 명확하게 규정하는 입법적 조치가 필요하다. 다만, 비자발적 성적 행위는 동성 군인 사이에서만 발생하는 것이 아니라 이성 군인 사이에서도 발생하고 그 폐해 역시 동성 군인이나 이성 군인 사이에 차이가 있을 수 없으므로, 성별 구분 없이 군인 간의 비자발적 성적 행위를 처벌하는 것으로 구성요건을 규정할 필요가 있음을 덧붙인다.

재판관 유남석 이은애 이종석 이영진 김기영 문형배
이미선 김형두 정정미

[별지] 관련조항

군형법(2016. 5. 29. 법률 제14183호로 개정된 것)

제1조(적용대상자) ① 이 법은 이 법에 규정된 죄를 범한 대한민국 군인에게 적용한다.

② 제1항에서 “군인”이란 현역에 복무하는 장교, 준사관, 부사관 및 병(兵)을 말한다. 다만, 전환복무(轉換服務) 중인 병은 제외한다.

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

1. 군무원
2. 군적(軍籍)을 가진 군(軍)의 학교의 학생·생도와 사관후보생·부사관후보생 및 「병역법」 제57조에 따른 군적을 가지는 재영(在營) 중인 학생
3. 소집되어 복무하고 있는 예비역·보충역 및 전시간로역인 군인

군형법(2013. 4. 5. 법률 제11734호로 개정된 것)

제92조의2(유사강간) 폭행이나 협박으로 제1조 제1항부터 제3항까지에 규정된 사람에 대하여 구강, 항문 등 신체(성기는 제외한다)의 내부에 성기를 넣거나 성기, 항문에 손가락 등 신체(성기는 제외한다)의 일부 또는 도구를 넣는 행위를 한 사람은 3년 이상의 유기징역에 처한다.

제92조의3(강제추행) 폭행이나 협박으로 제1조 제1

항부터 제3항까지에 규정된 사람에 대하여 추행을 한 사람은 1년 이상의 유기징역에 처한다.

제92조의4(준강간, 준강제추행) 제1조 제1항부터 제3항까지에 규정된 사람의 심신상실 또는 항거불능 상태를 이용하여 간음 또는 추행을 한 사람은 제92조, 제92조의2 및 제92조의3의 예에 따른다.

구 군형법(2009. 11. 2. 법률 제9820호로 개정되고, 2013. 4. 5. 법률 제11734호로 개정되기 전의 것)

제92조의5(추행) 계간(鷄姦)이나 그 밖의 추행을 한 사람은 2년 이하의 징역에 처한다.

성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2018. 10. 16. 법률 제15792호로 개정된 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 3년 이하의 징역 또는 1천 500만 원 이하의 벌금에 처한다.

상적 발달을 저해할 정도 혹은 그러한 결과를 초래할 위험을 발생시킬 정도에 이르는지 여부를 판단하여야 할 필요가 있다. 그러나 위와 같은 추가적인 사정에 대한 수사는 이루어지지 않았다. 따라서 이 사건 기록만으로는 피의사실이 합리적 의심의 여지없이 증명되었다고 보기 어렵다. 그렇다면 이 사건 기소유예처분은 그 결정에 영향을 미친 중대한 수사미진의 잘못이 있는 자의적인 검찰권의 행사로서 청구인의 평등권과 행복추구권을 침해하였다.

5. 결론

그렇다면 이 사건 심판청구는 이유 있으므로 이 사건 기소유예처분을 취소하기로 하여, 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 유남석 이은애 이종석 이영진 김기영 문형배
이미선 김형두 정정미