

보도자료

군형법 추행 사건

[2017헌가16 군형법 제92조의6 위헌제청 외 4건]

[선 고]

헌법재판소는 2023년 10월 26일 ① 재판관 5:4의 의견으로, 군형법 제92조의6 중 '그 밖의 추행'에 관한 부분이 헌법에 위반되지 아니하고(헌가 사건), ② 재판관 전원의 일치된 의견으로, 청구인들의 군형법 제92조의6에 대한 심판청구를 각하하는(헌바 사건) 결정을 선고하였다. **[합헌, 각하]**

이에 대하여는 ① 부분에 대한 재판관 김기영, 문형배, 이미선, 정정미의 죄형법정주의의 명확성원칙에 관한 위헌의견 및 재판관 김기영, 이미선, 정정미의 과잉금지원칙 및 평등원칙에 관한 위헌의견이 있다.

- '헌바 사건'은 모두 각하(재판관 전원일치).

심판대상	○ 군형법 제92조의6
결론	○ 재판의 전제성이 없어 각하

- 직권으로 제청된 '헌가 사건'은 재판관 5:4의 의견으로 합헌.

심판대상	○ 군형법 제92조의6 중 '그 밖의 추행'에 관한 부분
합헌의견(5인)	○ 위 부분은 죄형법정주의의 명확성원칙, 과잉금지원칙, 평등원칙에 위배되지 아니함
위헌의견(4인)	○ 위 부분은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배됨(4인)
	○ 위 부분은 과잉금지원칙 및 평등원칙에 위배됨(3인)



2023. 10. 26.

헌법재판소 공보관실

□ 사건개요

○ 2017헌가16 및 2020헌가3 (헌가 사건)

○○○, □□□는 군인에 대하여 추행하였다는 공소사실로 기소되어 제1심 재판 계속 중이다. 제1심 법원은 군형법 제92조의6 중 ‘그 밖의 추행’ 부분에 대하여 직권으로 위헌법률심판을 제청하였다.

○ 2017헌바357, 414, 501 (헌바 사건)

청구인 △△△, ◆◆◆, ▲▲▲, ★★ ★은 군인에 대하여 구강성교 내지 항문성교의 방법으로 추행하였다는 공소사실로 기소되어 그 형사재판 계속 중 군형법 제92조의6에 대하여 위헌법률심판제청을 신청하였으나 기각되자, 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다. 다만, 이후 위 청구인들에 대해서는 무죄판결이 확정되었다.

□ 심판대상

이 사건 심판대상은 군형법(2013. 4. 5. 법률 제11734호로 개정된 것) 제92조의6(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이다.

[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.

□ 결정주문

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.

□ 헌바 사건 - 각하 이유의 요지

- 청구인들에 대하여는 대법원에서 파기 환송된 이후 항소심에서 무죄판결이 선고되었고, 그 판결이 그대로 확정되었다.

- 따라서 청구인들은 이미 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 모두 부적법하다.

□ 헌가 사건에 대한 법정의견(5인 합헌의견) - 재판관 유남석, 이은애, 이종석, 이영진, 김형두의 군형법 제92조의6 중 ‘그 밖의 추행’에 관한 부분에 대한 합헌의견

1. 죄형법정주의의 명확성원칙 위배 여부

- 군형법 제92조의6의 제정취지, 개정연혁 등을 살펴보면, 군형법 제92조의6 중 ‘그 밖의 추행’에 관한 부분(이하 ‘이 사건 조항’이라 한다)은 동성 간의 성적 행위에만 적용된다고 할 것이고, 추행죄의 객체 또한 군형법의 피적용자인 군인·군무원 등으로 명시하고 있으므로 행위 주체와 행위 객체에 관한 불명확성이 있다고 볼 수 없다.
- 나아가 동성 군인 간 합의에 의한 추행이 포함되는지 여부에 관하여 대법원은 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 해석하고 있다.
- 위와 같은 점들에 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.

2. 과잉금지원칙 위배 여부

- 군대는 상명하복의 수직적 위계질서체계 하에 있으므로 상급자로서의 우월적 지위나 권력 등을 이용하여 상대방의 의사에 반하는 성적 행위가 이루어지기 쉽고, 이는 결국 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 직접적·구체적으로 침해하는 결과를 야기할 수 있다. 따라서 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 국가의 안전보장 및 국토방위의 신성한 의무를 지는 국군의 전투력 보존에 심각한 위해를 초래할 위험성이 있으므로, 이를 처벌한다고 하여도 과도한 제한이라고 할 수 없다.
- 군인에 대한 행정제재만으로 군 기강 확립에 있어서 형사처벌과 동등하거나 유사한 효과가 있다고 보기 어렵다. 이 사건 조항의 최대형량이 징역 2년으로서 그 상한이 비교적 높지 않으며 그 형의 하한에는 제한을 두지 아니하고 있어 행위 태양이나 불법의 정도, 행위자의 죄질 등에 비추어 행위자의 책임에 상응하는 형벌이 선고될 수 있다.
- 이러한 점들을 종합하여 살펴보면, 이 사건 조항은 과잉금지원칙에 위배하여 군인의 성적 자기결정권 또는 사생활의 비밀과 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

3. 평등원칙 위배 여부

- 절대 다수의 군 병력은 여전히 남성으로 이루어져 있고, 이러한 젊은 남성 의무복무자들은 생활관이나 샤워실 등 생활공간까지 모두 공유하면서 장기간의 폐쇄적인 단체생활을 해야 하므로, 일반 사회와 비교하여 동성 군인 사이에 성적 행위가 발생할 가능성이 높다.
- 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.
- 이와 같은 점들에 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.

□ 헌가 사건에 대한 반대의견(4인)

1. 재판관 김기영, 문형배, 이미선, 정정미의 이 사건 조항에 대한 죄형법정주의의 명확성원칙에 관한 위헌의견(4인)

- 이 사건 조항은, 균형법 제92조의6의 적용범위를 제한적으로 해석한 대법원의 2019도3047 전원합의체 판결에도 불구하고 죄형법정주의의 명확성원칙을 충족시키지 못하여 헌법에 위반된다.
- 먼저 행위 주체 및 객체의 명확성 측면을 살펴보면, 이 사건 조항은 처벌의 대상이 되는 행위 객체를 군인 등으로 제한하면서도 그 성별에는 아무런 제한을 두지 아니하였다. 따라서 이 사건 조항이 동성 간의 추행행위만을 대상으로 하는지 아니면 이성 간의 추행행위도 그 대상으로 포함되는지가 불명확하다.
- 또한 2013. 4. 5. 법률 제11734호로 개정된 위 균형법 조항에서 ‘항문성교나 그 밖의 추행’이라는 표현을 사용하고 있는데, ‘항문성교’는 이성 간에도 가능한 성관계의 한 형태이고, 그 자체가 동성 간의 성행위를 의미하는 것은 아니라 할 것이므로, 입법자의 개정의도가 무엇이든 간에 법문 상으로는 더 이상 이 사건 조항이 동성 간의 성적 행위만을 규정한 것인지 여부가 명확하다고 볼 수 없다.
- 그렇다면 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.
- 다음으로 추행의 의미에 대하여 본다. 대법원은 위 전원합의체 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 이러한 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.
- ‘추행’을 구성요건으로 규정하고 있는 여타의 법률조항들을 살펴보면, ‘추행’이란 모름지기 피해자의 의사에 반하여 이루어지는 행위라는 것을 전제하고 있는데, 이 사건 조항을 해석함에 있어서도 동성 군인 간 자발적 의사합치가 있었다면 비록 사적 공간이 아닌 곳에서 이루어진 성적 행위라 하더라도 이는

더 이상 '추행'에는 해당하지 않는다는 해석도 가능하다.

- 법정의견과 같이 이 사건 조항의 '그 밖의 추행'을 해석하면서 '군이라는 공동 사회의 건전한 생활과 군기를 침해하는 것'이라는 요건을 덧붙인다 하더라도 이러한 개념 자체가 포괄적이고 주관적이므로, 이 사건 조항의 불명확성이 해소되었다고 볼 수 있을지 의문이다.
- 결국 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 받는 지 여부를 수범자가 예측할 수 없도록 할 뿐 아니라, 법 집행기관의 자의적 법 해석 가능성을 초래하고 있다.
- 그러므로 이 사건 조항은 죄형법정주의의 내용인 형벌법규의 명확성원칙에 위배되어 헌법에 위반된다.

2. 재판관 김기영, 이미선, 정정미의 이 사건 조항에 대한 과잉금지원칙 및 평등원칙에 관한 위헌의견(3인)

(가) 과잉금지원칙 위배 여부

- 군인 간의 성적 행위가 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 직접적·구체적으로 침해할 우려가 있어 이를 제재할 필요성이 있는 경우에도, 국가형벌권의 행사는 중대한 법익에 대한 위협이 명백한 경우에 한하여 최후의 수단으로 필요 최소한의 범위에 그쳐야 한다.
- 군인이 임무수행 중에 또는 유사시 임무수행을 위한 준비를 갖추고 있어야 할 공적 장소에서 성적 행위를 하는 것은 군인사법상 징계사유에 해당할 수 있다. '군인 징계령 시행규칙'에 따르면 성실의무위반이나 품위유지의무위반 시 장교, 준사관 및 부사관은 비행의 정도에 따라 파면까지 가능하고, 병(兵)은 강등까지 가능하다.
- 근무시간 중이나 공적 장소에서 이루어지는 군인 간의 합의에 의한 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.
- 그럼에도 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 추구한다는 명목으로 어떠한 강제력도 수반하지 않는 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.

(나) 평등원칙 위배 여부

- 이 사건 조항의 처벌대상을 남성 군인 간의 성적 행위로 한정하는 법정의견에 의하면, 이 사건 조항은 남성 군인 간의 합의에 의한 성적 행위와 여성 군인 간의 합의에 의한 성적 행위를 차별적으로 취급하고 있으므로, 이는 헌법상 차별을 금지한 ‘성’을 이유로 한 차별에 해당되어 비례성원칙에 따른 심사가 이루어져야 한다.
- 가사, 자의금지원칙에 의한 완화된 심사척도를 적용하더라도 아래와 같이 이 사건 조항이 동성 군인 간의 합의에 의한 성적 행위에 대해서만 가장 강력하고 가혹한 국가형벌권을 행사하는 것에는 합리적인 이유를 찾기 어렵다.
- 동성 간 합의에 의한 성적 행위는 특정한 성적 지향에 기초한 것으로서, 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 수도 있다.
- 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. 따라서 이 사건 조항은 합리적인 이유 없이 합의에 의한 성적 행위를 한 동성 군인을 차별하고 있으므로 평등원칙에 위배된다.

□ 결정의 의의

- 이 사건 조항은, 군형법상 추행죄의 객체를 보다 명확하게 한 법률의 개정, 그 적용범위를 제한적으로 해석하는 대법원의 판결(대법원 2022. 4. 21. 선고 2019도3047 판결) 등에 비추어 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 아니하고, 상명하복체계로서 대부분 남성으로 구성된 군 조직의 특수성, 군기 확립 및 전투력 보호라는 공익 등을 종합하여 보면, 과잉금지원칙과 평등원칙에도 위배되지 아니하여, 헌법에 위반되지 않는다는 점을 선언하였다는 점에서 의미가 있다.
- 이에 대해서는 4인의 위헌의견이 있었다.