

동성애와 법학

Homosexuality and Law

군인 간 동성애, 허용할 것인가?

군인 간 동성애 처벌조항에 대한 지속적인 반발

현행 군형법은 대한민국 군인 및 군인에 준하는 사람(군무원, 사관후보생, 부사관후보생 등)(이하, “군인”이라 함)에 대하여 항문성교나 그 밖의 추행을 한 사람은 2년 이하의 징역에 처한다(제92조의6). 군형법 체계상, 이 조항의 ‘항문성교’는 동성 군인 간의 합의에 의한 성적 교섭행위를 의미한다. 그리고 ‘그 밖의 추행’은 강제추행 및 준강제추행에 이르지 아니한 추행으로, 객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하며 항문성교에 이르지 아니한 동성 군인 사이의 성적 만족행위를 의미한다. 반면에 군인과 민간인 간의 동성 간 성행위는 이 조항의 적용대상이 아니다. 2013. 4. 5. 개정 전의 군형법에서는 ‘계간(鷄姦)’이라는 용어를 사용하였으나, 이 용어가 동성 간의 성행위를 비하한다는 이유로 ‘항문성교’라는 용어로 대체되었다.





●음선희 교수

서울대에서 법학박사학위를 취득하였고, 한국입법학회장, 한국헌법학회 부회장, 한국공법학회 부회장을 역임하였다. 현재 홍익대 법대 학장으로 봉직하면서 중앙선거관리위원회 선거자문위원, 국회 입법지원위원으로 있다.

이 조항에 대하여 일찍이 2001년에 위헌을 다투는 헌법소원이 처음 제기된 바 있다. 이에 대하여 헌법재판소는 합헌결정을 내렸다(헌재 2002. 6. 27. 2001헌바70). 그런데 이 조항에 대하여 위헌을 다투는 소송이 또다시 이뤄졌는데, 헌법재판소는 2011년과 2016년에 각각 합헌결정을 내린 바 있다. 그런데 2019. 6. 현재, 군형법 제92조의6의 위헌을 다투는 사건 4건이 심리 중에 있다. 이 사건들은 모두 2017년에 접수된 것인데, 헌법재판소가 2016. 7. 합헌결정을 내렸음에도 불구하고 얼마 되지 않아 다시 위헌소송을 제기한 것은 대단히 의도적이라고 하겠다. 이처럼 헌법재판소 재판부의 구성이 변화함에 따라 의도적으로 헌법소송을 재차 제기한 것이라고 본다. 이제 헌법재판소가 네 번째 판단에서 과연 어떠한 결정을 할 것이냐가 초미의 관심사이다.

한편, 2018. 2. 서울북부지원에서는 동성 간 성행위를 한 군인에게 무죄판결을 내린 바 있다. 군검찰에 기소된 군인이 전역함에 따라 군사법원 아닌 민간법원에서 재판을 받게 된 것이다. 이 판결은 군인 간 동성애를 처벌

한 법률이 제정된 지 70년 만에 최초로 내려진 무죄판결이다. 지난 2017년부터 육군 내 동성애자를 색출하는 과정에서 발견, 조사된 23명이 형사재판을 받은 것으로 알려져 있다. 2019. 6. 동성애를 옹호하는 일부 인권단체에서는 이 조항으로 군사재판을 받고 있는 군인들의 무죄를 주장하면서, 이 조항의 폐지를 강력하게 요구하기도 하였다. 과연 이 조항은 폐지되어야 할 것인가?

군인 간 동성애를 처벌하는 것이 한국의 법제사이다

동성애를 금지하고 처벌할 것인가, 아니면 방임하거나 허용할 것인가에 대하여 각 국가공동체는 상이한 태도를 취하고 있다. 왜냐하면, 동성애에 대하여는 국가마다 각자의 종교적 확신, 윤리적 양심 및 이성적 판단에 따라

상이한 기준이 형성되어 있기 때문이다. 이러한 가치체계에 따라 동성애는 부도덕한 행위로 간주되거나 더 나아가 범죄행위로 규정되기도 하며, 한편으로는 도덕적으로나 법적으로도 허용되는 행위로 평가되기도 한다. 경우에 따라서는, 도덕적으로 금지되나 법적으로는 허용되는 행위로 평가되기도 한다.

한국의 경우, 통상 은밀하게 이뤄지는 동성애 즉 동성 간 성행위는 대체로 부도덕한 것으로 인식되고 있다. 반면에 법적으로 따져보면, 민간인끼리의 동성애는 처벌의 대상이 되지 않지만, 군인 간 동성애는 군형법에 의하여 처벌의 대상이 되고 있다. 그런 점에서 한국은 동성애에 대하여 법적으로는 제한적 금지의 태도를 취하고 있다. 참고로, 1994년 5월 개정 전 독일 형법은 남성 간 동성애를 처벌하는 조항(제175조)을 둬으로써 일반적 금지의 형태를 취하였으나, 동·서독 통일 이후 해당 조항은 형법의 정비과정에서 폐지되고 말았다.

법제사를 통하여 볼 때, 한국은 동성 간 성행위에 대하여 일반 형법과 군형법이 상이한 입장을 취하여왔다. 조선시대 대명률하에서 처벌대상이었던 동성 간 성행위는 1905년 대한제국의 형법대전 에까지 관습형법 위반죄로 처벌의 대상이었다. 그러나 1912년 조선형사령 에 의하여 형법대전이 일본 형법전으로 대체됨에 따라 조선에서 동성 간 성행위의 처벌은 사라지게 되었다. 왜냐하면, 1880년 개정된 일본형법은 동성 간 성행위를 비범죄하였기 때문이다. 이러한 영향으로, 해방 후

1953년 제정된 한국 형법은 ‘자연스럽게’ 동성 간 성행위를 범죄로 규정하지 않았다. 이에 대하여 형법학자들은, 외국의 입법례와 달리 한국 형법이 동성 간 성행위(鷄姦)를 규율하지 않고 있는데, 이는 인간의 사생활을 보호하려는 데 그 안목이 있다고 설명하였다.

한편, 1946년 미군정기에 미육군전시군법전을 거의 번역하다시피 하여 제정된 조선경비법은 동성 간 성행위를 금지하였다. 그 후 1948년 7월, 조선경비법을 대부분 수용하면서 새롭게 제정된 국방경비법 도 동성 간 성행위를 범죄로 규정하였다. 이후 1962년 제정된 군형법에서도 이를 수용하였다. 군형법은 몇 차례의 개정을 거치면서 동성 군인 간 성행위에 관한 처벌조항을 점차 세세하게 다듬었다.

위와 같이, 일반 형법과는 달리, 군형법은 동성 간 성행위를 명백하게 처벌대상으로 삼아왔다. 이는 우리 입법부가 군대 내 동성애를 그만큼 심각하게 여기며 금지의 대상으로 삼아왔음을 잘 보여준다.

동성 군인 간 성행위는 보장되어야 하는가?

이와 관련하여 가장 중요한 쟁점은 동성애, 즉 동성 간 성행위가 헌법상 보장되는 인권인가의 여부이다. 동성애 허용론자(지지자)들은 법과 도덕을 준별(峻別)하여, 또는 사회윤리보다 개인의 자유를 중시하여 동성 간 성행위가 일반적 행동자유권이나 성적 자기결정의 자유, 사생활의 자유 등에 포섭되어 보장된다고 주장한다. 성적 자기결정의 자유는 성 관계의 형성 및 유지의 자유, 성 관계의 상대를 선택하는 자유 등을 내용으로 한다. 이를 강조하는 입장에서는 근친상간(近親相姦), 심지어 수간(獸姦)도 허용되어야 한다고 주장한다.

이에 반하여 동성애 반대론자들은 인권의 도덕적 기초를 강조하면서, 인간의 존엄성 존중에 부합하지 않는 동성애는 인권으로서의 자격이 없다고 보아 그 권리성을 부인한다. 이러한 반대론의 구체적인 논거는 다양하다. 인권이 인간으로서 누릴 수 있는 정당한 자격 내지 가치라고 보는 기본입장은 동일하지만, 동성애를 인권으로 볼 수 없다는 논거는 다양하게 제시되고 있다. 존재론적(ontological) 판단에 따르면, 창조질서에 반한다는 신앙고백에 의하여, 또는 도덕가치질서 및 자연법질서에 반한다는 양심 및 이성의 판단에 의하여, 동성애는 그 자체로서 인권으로서의 자격이 없다고 본다. 한편 목적론적(teleological) 판단에 따르면, 동성애는 인간의 존엄성 존중에 전혀 도움이 되지 않는다는 점에서, 또는 건강에 해로울 뿐 아니라 생식 및 종족번식에 전혀 도움이 되지 않는다는 점에서,

인권으로 보호할 가치나 명분이 없다고 본다.

이처럼 도덕철학의 입장에 따라 동성애의 권리성 유무는 상반되게 판단된다. 그렇다면 법규범 자체만의 논의로 국한할 때, 법해석론에 따라 동성애의 권리성을 인정할 수 있는가?

헌행법상 명문의 근거가 없는 상황에서 동성애의 권리성은 해석에 따라 판단할 수 밖에 없다. 헌법상 기본권의 주체를 일반 국민이라고 보는바, 이러한 국민에는 고결한 성품을 가진 사람만이 아니라 저속하고도 이기적으로 보이는 사람도 포함된다고 보아야 한다. 따라서 일반적 행동자유권, 성적 자기결정권이나 사생활의 자유가 동성애의 근거가 될 수 있다는 주장을 전적으로 배척할 수만은 없다고 하겠다.

여기서 인간의 본질에 관한, 보다 근본적인 질문이 제기된다. 인간의 본질을 어떻게 파악하느냐에 따라 인간에 대한 정당한 취급의 판단기준이 달라진다. 인간을 창조주의 고귀한 피조물로 보느냐, 무신론적인 실존 그 자체로 보느냐, 아니면 본능적 욕구에 충실한 욕망의 복합체로 보느냐에 따라 인권의 개념과 내용이 달라질 수밖에 없다.

여하튼 헌행법상 동성애(동성 간 성행위)를 일반적으로 처벌하는 법률조항이 없다는 사실이 동성애를 금지할 수 없는 근거가 된다는 주장이나, 또는 앞의 열거한 권리나 자유가 그 헌법적 근거가 될 수 있다는 주장은 나름 그럴 듯하다.

그러나 동성애가 비록 나름대로의 법적 근거가 있다고 하더라도, 동성애가 내심의 영역이 아닌 외적으로 드러난 동성 간 성행위인 한, 이에 대하여는 당연히 헌법 제37조 제2항에 의하여 제한(금지)이 가능하다.

이에 관하여 헌법재판소는 일관되게 동성애(동성 간 성행위)를 “일반인에게 객관적으로 혐오감을 유발하고 선량한 성도덕관념에 반하는 성만족행위”로 평가하면서, “구 군형법 제92조의 기타 추행은 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기의 확립을 입법목적으로 하는데, 동성 군인 사이의 성적 만족행위를 금지하고 형사처벌하는 것은 이러한 입법 목적을 달성하기 위한 적절한 수단이며, 우리나라의 안보상황과 징병제도 하에서 단순한 행정상의 제재만으로는 동성 군인간의 추행행위를 효과적으로 규제하기 어려우므로, 위 조항은 과잉금지원칙에 위배되지 아니한다.”라고 판단하였다(헌재 2002.6.27. 2001헌바70; 헌재 2011.3.31. 2008헌가21; 헌재 2016.7.28. 2012헌바258). 이러한 헌법재판소의 판단은 여전히 타당하다고 본다. 대법원도 이와 동일한 평가를 내리고 있다(대판 2008.5.29. 2008도2222).

동성 군인 간 성행위는 금지되어야 한다

군형법상 동성애 금지와 관련하여, 한국의

일반적 행동자유권의 전거(典據)에 해당하는 독일 기본법 제2조 제1항의 인격의 자유로운 발현권 이 타인의 권리를 침해하거나 헌법질서 또는 도덕률[공서양속(公序良俗), Sittengesetz]에 반하지 않는 한도 내에서 인정됨을 유념하여야 할 것이다.

이에 따르면, 인격의 자유로운 발현권이 타인의 권리를 침해하거나 헌법질서에 반하지 않는다 하더라도, 공서양속에 반하면 제한되어야 한다. 따라서 근친상간이 아무리 비공개적이고 당사자들의 일반적 행동자유권 또는 성적 자유결정권에 따르고 타인에게 해를 끼치지 않는다고 하더라도, 공서양속의 공익을 해치는 행위로서 처벌 등 제한될 수 있다고 하여야 할 것이다. 독일 형법 제173조는 근친상간을 처벌하고 있다. 이처럼 독일 형법은, 성적 자기결정권을 침해하는 범죄와는 별도로, 비록 당사자 간의 합의에 의한 행위라고 하더라도 근친상간을 처벌의 대상, 즉 범죄행위로 규정하고 있다.

따라서 동성애가 일반적 행동자유권에 기인한다고 하더라도 공서양속에 반하면 당연히 제한(금지)되어야 할 것이다. 이를 우리 헌법의 표현대로 하자면, 질서유지에 반하는 동성애는 제한(금지)되어야 한다. 특히 군인 간 동성애의 허용이 미치는 해악을 생각한다면, 사적인 성만족행위로서의 동성애는 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기의 확립에 따른 국방력의 유지를 위해 제한(금지)되지 않을 수 없다고 할 것이다.