

의견서

사 건 2017헌가16 균형법 제92조의6 위헌제청
제청법원 인천지방법원
당해사건 당사자 A, B

2017. 7. 12.

당해사건 당사자의 대리인
균형법 제92조의6 위헌 소송 대리인단

헌법재판소

귀 중

- 1 -

의견서

사 건 2017헌가16 균형법 제92조의6 위헌제청
제청법원 인천지방법원
당해사건 당사자 A, B

위 사건에 관하여 당해사건 당사자들의 대리인들은 다음과 같이 의견을 개진합니다.

다 음

1. 누구보다도 성실하게, 능력을 인정받으며 군 복무를 하여 온 두 명의 병사가 있습니다. 같은 날 입대하여 같은 날 전역한 입대 동기입니다. 새벽부터 밤 늦도록 취사병으로서 부대원들의 밥을 책임지고, 유류계원으로서 부대의 유류관리를 체계화하여 지휘관과 선후임들로부터 신망이 높았던 병사들이었습니다. 이 사건 당해사건의 당사자들입니다.

2. 전역 직전까지 이들은 더할 나위 없이 열심히 군생활을 하였고, 군간부들과 동료들 역시 이들의 전역을 축하하며 그 동안의 노고에 감사하고 있었습니다. 그러나 전역을 한 달 남짓 앞두고, 이들은 갑자기 피의자가 되었습

니다. 군형법 제92조의6(이하 ‘이 사건 법률조항’ 이라 합니다)을 위반하였다는 것이었습니다.

3. 이들에 대한 공소사실은 취침시간 중 생활관과 휴가 중 자택에서 합의에 의한 성적 접촉을 가지는 등 수 차례에 걸쳐 서로가 서로를 ‘추행’하였다는 것입니다. 이들의 내밀한 관계는 법이 금지하는 ‘추한 행위’가 되었고, 처벌해야 하는 대상이 되고 말았습니다.

4. 2017. 4.에는 이 사건 법률조항을 근거로 하여 육군 수사당국에서 성소수자 군인에 대한 색출 활동과 표적 수사를 벌였다는 사실이 언론에 보도되었습니다. 문명국가에서는 있을 수 없는, 국가에 의한 이른바 ‘게이 사냥’이 벌어진 것이었습니다.

5. 이러한 성소수자 색출과 표적 수사를 통해, 그 역시 부대에서 인정받고 신망이 두터웠던 한 단기 장교가 전역을 보름가량 앞두고 구속되어 유죄판결을 받았습니다. 이 사건에는 12명의 여야 국회의원을 포함하여 3만5천 명이 넘는 시민들이 무죄 선고를 요청하는 탄원서를 법원에 제출하였습니다. 현재, 위와 같은 성소수자 색출로 말미암아 수십 명의 군인들이 재판을 받고 있거나 앞두고 있습니다.

6. 국내외 언론 또한 이 사태에 대해 비판적인 보도를 이어나갔습니다.

<에이피통신>, <뉴욕타임즈>, <워싱턴포스트>, <가디언>, <이코노미스트> 등 해외 유력 언론에서는 “한국 군대의 ‘소도미 조항’ 으로 성소수자 군인을 ‘마녀 사냥’ 했다” 는 등의 내용으로 이 사건 법률조항에 관하여 비중 있게 다룬 바 있습니다.

7. 야만적인 ‘게이 사냥’ 을 가능케 하는 이 사건 법률조항이 위헌으로서 폐지되어야 한다는 목소리는 어제오늘에 제기된 것이 아닙니다. 이 사건 위헌제청 이전에도, 2008. 8. 제22사단 보통군사법원에서는 군사법원 스스로 이 사건 법률조항의 개정 전 조항인 구 군형법(1962. 1. 20. 법률 제1003호로 제정되고, 2009. 11. 2. 법률 제9820호로 개정되기 전의 것) 제92조에 관하여 위헌제청을 한 바가 있습니다. 이 두 사건 모두에서 이례적으로 법원 직권으로 위헌제청이 이루어졌습니다.

8. 국가인권위원회 역시 1기, 2기, 3기 각 국가인권정책기본계획(NAP) 권고안에서 위 조항의 폐지를 핵심추진과제에 포함하는 등 그 폐지를 반복하여 권고한 바 있고, 2010. 10.에는 전원위원회 결정을 통하여 위 구 군형법 제92조에 관하여 동성애자 군인들의 평등권 및 성적 자기결정권, 사생활의 비밀과 자유를 침해하고 죄형법정주의 원칙에 어긋난다는 의견을 밝힌 바 있습니다.

9. 이 사건 법률조항에 관하여 국제인권기구의 관심이 높다는 것 역시 주

지의 사실입니다. 특히나 위 성소수자 색출 사건을 계기로 그 문제점과 심각성에 대한 인식은 어느 때보다 큼니다. 2015. 11. 유엔 자유권위원회에서는 대한민국에 대한 국가심의에서 위 조항을 폐지할 것을 권고하였고, 가장 최근인 2016. 5. 유엔 고문방지위원회 역시 대한민국 국가심의에서 위 조항 폐지를 검토하라는 권고를 내린 바 있습니다.

10. 이 사건 법률조항에 대한 비판이 지속적으로 제기되면서, 제19대 국회에서는 이 사건 법률조항에 관한 5,000여 명의 폐지 입법청원이 국회에 제출된 후 2014. 3. 폐지법률안을 발의한 바 있고, 제20대 국회에서 역시 12,000여 명의 폐지 입법청원이 제출된 후 2017. 5. 폐지안을 발의하였습니다. 그러나 위 자유권위원회의 권고에서 한국 사회에 만연한 성소수자에 대한 차별과 혐오, 그리고 심지어 국회에서도 성소수자 ‘전환 치료’ 행사가 열렸던 데에 우려했던 바와 같이, 성소수자에 대한 혐오와 폭력이 횡행하는 현재에서 입법부에만 기댈 수도 없는 것이 현실입니다.

11. 각국의 최고법원과 지역인권협약에 기초한 인권재판소에서, 성소수자에 대한 차별과 폭력을 종식시키는 내용의 판결들은 소수자 인권 보호의 최후의 보루로서 그 소임을 다한 위대하고 역사적인 자랑스러운 “랜드마크 판례”로 남았습니다. 미국 연방대법원이 여러 주의 ‘소도미법’을 위헌이라고 판결한 2003.의 로렌스 대 텍사스 사건, 동성혼 금지가 위헌이라고 하여 미국 전역에서 동성혼을 인정하도록 한 2015.의 오버게펠 대 호지스 사

건, 가장 최근으로서 가까운 이웃나라인 대만의 사법원이 동성혼을 인정하지 않는 대만 민법을 위헌이라고 한 2017. 5.의 헌법 해석, 유럽인권재판소에서 영국 동성애 범죄화 조항에 관하여 유럽인권협약을 위반하였다고 판결한 1981.의 더전 대 영국 사건, 군대의 특수성과 국가안보를 이유로 동성애자의 군 복무를 금지하는 영국의 조치가 유럽인권협약 위반이라고 한 1999.의 스미스와 그래디 대 영국 사건, 미주인권재판소에서 군대 내 동성 간의 성행위를 강제전역 사유로 하고 있는 에콰도르의 군사징계규칙이 미주인권협약 위반이라고 판단한 2016.의 결정 등이 그러합니다.

12. 이 사건 법률조항 역시 동성 간의 성적 행위를 형사처벌하는 조항으로서, 이 사건 법률조항에 관한 위헌법률심판은 성소수자 인권과 직결되는 사안으로 국내뿐만 아니라 국제적으로도 커다란 관심과 주목을 받는 사건입니다.

13. 이 사건 법률조항의 개정 전 조항들에 관한 헌법재판소의 결정들(헌법재판소 2002. 6. 27. 선고 2001헌바70 결정, 헌법재판소 2011. 3. 31. 선고 2008헌가21 결정 및 헌법재판소 2016. 7. 28. 선고 2012헌바258 결정)은 동성군인 간 발생한 성폭력 사건에 대한 판단이었습니다. 과거 성폭력범죄가 친고죄였던 당시, 수사단계에서 피해자가 고소를 취소하여 성폭력 처벌 조항을 적용하지 못하게 됨으로써 비친고죄인 군형법상 추행죄를 우회적으로 적용한 사건들이었던 것입니다.

14. 그러나 이 사건은 성폭력범죄에 해당하지 아니하는 동성 간 합의에 의한 성적 접촉을 문제삼아 기소한 사건으로서, 그 사안의 맥락이나 사실관계가 전혀 다릅니다. 또한 이 사건 법률조항은 2013. 4. 5. 법률 제11734호로 개정되면서 그 구성요건이 “계간”에서 “항문성교”로 변경되는 등 조문의 변화 역시 발생하였습니다. 뿐만 아니라 최근 육군의 성소수자 군인 색출 사건이 벌어지고 크게 이슈화되면서, 이 사건 법률조항의 법률적·사회적 의미 역시도 과거와는 전혀 다른 각도에서 다루어지고 있습니다.

15. 한편, 위의 앞선 결정들은 모두 심판대상으로서 당해사건에서 “계간” 행위가 없었다는 이유로 이 사건 법률조항의 개정 전 조항들 중 ‘기타(그 밖의) 추행’에 대해서만 판단하여 왔습니다. “항문성교” 행위가 없었다는 점은 이 사건 당해사건의 공소사실에 있어서도 마찬가지입니다.

16. 그런데 이 사건 제청법원은 이 사건 법률조항 중 “그 밖의 추행”에 관한 부분의 위헌 여부에 대한 심판을 제청하면서도, 방론으로서 이 사건 법률조항의 전반적인 위헌성을 검토해야 할 필요성이 크다는 점을 밝히고 있습니다. 이 사건 제청법원은 위헌법률심판제청 결정에서, 일반조항인 “그 밖의 추행” 부분을 해석함에 있어 예시적 입법형식으로 규정된 행위태양인 “항문성교”를 기본적으로고도 중요한 기준으로 삼는 것이 불가피하며, 나아가 이처럼 법률해석의 기준이 되는 “항문성교” 부분에 합리적 의심이 들

지 않을 정도로 그 합헌성이 인정되어야만 이를 전제로 “그 밖의 추행” 이라는 더욱 일반화된 행위태양의 합헌성 또한 검토할 수 있다고 하고 있습니다.

17. 이러한 이 사건 제청법원의 심판대상에 관한 견해는 위와 같은 성소수자 군인 색출 사건을 보더라도 이 사건 법률조항의 핵심적인 쟁점을 판단함에 있어서 중대한 의미를 가집니다. 즉, 이 사건 법률조항은 “항문성교나 그 밖의 추행”을 처벌함으로써 “합의에 의한 동성 간의 성적 관계”를 처벌하고 있는바, 이와 같은 이 사건 법률조항의 본질적인 의미를 헌법적으로 정당화할 수 있는지 판단하기 위하여는 “그 밖의 추행” 부분뿐만 아니라 이 사건 법률조항의 전반적인 위헌성을 다룰 수밖에 없습니다. 이러한 점에서 이 사건 위헌법률심판은 위의 앞선 결정들과 달리 심판대상에 관한 논의역시도 새롭게 제기되는 사건인 것입니다.

18. 따라서 이 사건 위헌법률심판은 ‘동성에 범죄화 조항’으로서의 이 사건 법률조항의 의미와 위헌성을 이전 결정과는 달리 새롭게 평가하는 사건으로서, 성소수자의 평등권과 성적 자기결정권, 인간으로서의 존엄과 평등권을 보장하는 군대에 관한 대단히 중요한 법적, 사회적 의미를 가집니다.

19. 이러한 사안의 중요성과 무게에 걸맞도록 이 사건 당해사건 당사자의 대리인들은 대규모의 공동대리인단을 구성하여 최선의 법리와 최신의 자료

들을 모든 노력을 다해 준비하고자 합니다.

20. 이 사건 위헌법률심판에 있어서는 군대와 성적지향에 관한 정확하고도 신중한 판단을 필요로 한다는 점에서, 법리적인 내용뿐만 아니라 군대와 성적지향에 관한 과학적, 사회학적, 역사적, 철학적 논의 역시도 중요한 근거로 작용하게 됩니다. 따라서 이 사건 당해사건 대리인들은 앞으로 논리정연한 의견 개진과 함께, 관련 국내외 판례, 국내외 전문가들의 의견, 권위 있는 국내외 전문기관들의 의견 등을 제출해 나가하고자 합니다.

21. 이에 이 사건 당해사건 당사자 대리인들은 이 사건 위헌법률심판에 있어 최대한 신중하고도 객관적이며 진지한 심사가 이루어질 수 있도록 시간을 두고 판단해 주실 것과 공개변론 등 심사숙고가 가능한 기회를 마련해주시기를 요청드리는 바입니다.

22. 이러한 이 사건 위헌법률심판이 이루어질 수 있도록 이 사건 당해사건 당사자 대리인들은 커다란 책임감을 가지고 최고의 전문성을 갖추으로써 조속히 앞으로의 이 사건 법률조항의 위헌성에 관한 입증계획을 자세히 정리하고, 이 사건의 주요 쟁점 및 이에 대한 대리인단의 주장과 근거를 순차적으로 밝혀 나가도록 하겠습니다.

2017. 7. 12.

당해사건 당사자들의 대리인

별지 기재

헌법재판소 귀중