

Sexual Orientation and Gender Identity

제4회 SOGI 콜로키움

균형법과 동성애

: 균형법 제92조의6을 둘러싼 동성애 담론과
성소수자의 시민권

2014.5.21.(수) 오후7시~9시30분

사회복지공동모금회 사랑의열매회관 세미나실I

공동주최

군 관련 성소수자 인권침해차별 신고 및 지원을 위한 네트워크
성적지향·성별정체성 법정책연구회

순서

사 회	정현희 (성적지향·성별정체성 법정책연구회 상임연구원)	
제1발제	군형법 제92조6의 문제점과 법적 쟁점 _이경환 (법무법인(유) 태평양 변호사)	pp.2-21
제2발제	군대와 군형법을 둘러싼 동성애 담론과 그 사회적 영향 _추지현 (서울대학교 사회학과 박사과정)	pp.23-37
제3발제	범죄화와 시민권의 간극- 군형법 제92조의6과 성소수자 운동 _한가람 (공익인권변호사모임 희망을만드는법 변호사)	pp.39-53

* 이 행사는 아름다운재단 2014 변화의 시나리오 스폰서 기금 지원으로 진행됩니다.

제1발제

군형법 제92조6의 문제점과 법적 쟁점¹⁾

이 경 환

법무법인(유) 태평양 변호사

I. 군형법상 추행죄의 본질 - 호모포비아(homophobia)

- ① 군대는 동성 간의 비정상적 성적 교섭행위가 발생할 가능성이 현저히 높다.
- ② 동성애는 에이즈 제조공장
- ③ 동성애는 ... (하나님의) 창조의 질서를 전복하는 것
- ④ (군형법상 추행죄에서의 추행의 의미는) 동성애 성행위 등 객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 성적 만족 행위를 말한다.
- ⑤ 피고인 피 속에 동성인자가 있는 것 아닌가요?

- ① 헌법재판소 2011. 3. 31.자 2008헌가21 결정의 내용
- ② 헌법재판소 2008헌가21 결정시 국방부가 참고자료로 제출한 “남성 동성애자 간, 성관계에 따른 건강상 위험들”(『The Health Risks of Gay Sex』, John R. Diggs, Jr., MD)의 내용
- ③ 헌법재판소 2008헌가21 결정시 국방부가 참고자료로 제출한 ‘ADF(Alliance Defense Fund)와 한국의 기독교법조인들의 컨퍼런스 자료’의 내용
- ④ 대법원 2008. 5. 29. 선고 2008도2222 판결의 내용
- ⑤ 고등군사법원의 항소심 재판장이 추행죄 피고인에게 질문한 내용(2001년 사건)

1) 본 발제문은 2013. 3. 14. 군인권센터와 유승희, 진선미, 최원식, 서기호 의원실이 공동 주최한 “군형법 제92조의 6 이대로 좋은가?” 토론회에서 발표한 이경환, “2013년 군형법상 추행죄 개정의 문제점”의 내용을 기반으로 일부 내용을 추가하여 정리한 것임을 밝힌다.

위 박스 안의 내용과 같은 너무나도 명백한 호모포비아가 헌법재판소, 대법원, 군사법원, 국방부 등 국가의 공적 주체에 의해 표출되고 있다는 점은 자괴감을 넘어 놀라움마저 느끼게 한다. 이와 같은 업적(?)은 국제적으로도 인정되어, 2009년에는 캐나다 이민·난민심사위원회(IRB)가 김모씨의 평화주의 신념과 동성애 성적 지향을 이유로 한 난민지위 신청을 받아들였고, 이러한 사실이 국내에 알려지면서 큰 반향을 일으키기도 하였다.²⁾ IRB는 위 사안에 대한 결정에서 한 국군 내에서는 동성애가 정신적 질병이자 공식적 혐오 대상으로 간주되고 있다고 우려를 표명하였다.

위 박스 안의 내용은 아래에서 보는 바와 같은 동성애에 대한 차별 금지를 규정, 선언하고 있는 법령 및 판례의 내용과도 모순된다는 점에서 그 문제가 크다고 할 수 있다.

- ① "평등권 침해의 차별행위"란 합리적인 이유 없이 성별, 종교, 장애, 나이, 사회적 신분, 출신 지역(출생지, 등록기준지, 성년이 되기 전의 주된 거주지 등을 말한다), 출신 국가, 출신 민족, 용모 등 신체 조건, 기혼·미혼·별거·이혼·사별·재혼·사실혼 등 혼인 여부, 임신 또는 출산, 가족 형태 또는 가족 상황, 인종, 피부색, 사상 또는 정치적 의견, 형의 효력이 실효된 전과(前科), 성적(性的) 지향, 학력, 병력(病歷) 등을 이유로 한 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다.
- ② 국가와 지방자치단체는 ... (후천성면역결핍증) 감염인에 대한 차별 및 편견 방지와 후천성면역결핍증의 예방을 위한 교육과 홍보를 실시하여야 한다.
- ③ 병영 내 동성애자 병사는 평등하게 취급되어야 하며, 동성애 성향을 지녔다는 이유로 차별받지 아니한다.
- ④ 동성애를 유해한 것으로 취급하여 그에 관한 정보의 생산과 유포를 규제하는 경우 성적 소수자인 동성애자들의 인권권·행복추구권에 속하는 성적 자기결정권 및 알 권리, 표현의 자유, 평등권 등 헌법상 기본권을 지나치게 제한할 우려가 있다.
- ⑤ 동성애 자체를 선정적이거나 음란한 것 또는 반사회적·비윤리적인 것에 해당하거나 “혼음, 근친상간, 가학피학성 음란증 등 변태성행위, 매춘행위”와 같은 정도로 사회통념상 허용되지 아니하는 성관계에 해당한다고 볼 수 있는지 의문이다.

2) 연합뉴스 2011. 12. 15.자 기사, “동성애 병역거부자 첫 망명…국제문제 비화”

- ① 국가인권위원회법 제2조 제3호의 평등권 침해 차별행위의 정의
- ② 후천성면역결핍증예방법 제3조 제1항
- ③ 부대관리훈령(국방부 훈령 제1483호) 제260조 제1항
- ④ 영화 “친구사이?”에 대한 청소년관람불가 등급분류결정을 취소한 판결문의 내용(서울행정법원 2010. 9. 9. 선고 2010구합5974 판결)³⁾
- ⑤ 동성애 사이트에 대한 청소년유해매체물 결정 및 고시처분의 무효확인을 청구한 사건에서의 판결 내용(서울고등법원 2003. 12. 16. 선고 2002누14418 판결)⁴⁾

이렇듯 호모포비아는 균형법상 추행죄의 본질에 해당한다고 볼 수 있으며, 이는 추행죄와 연 관되어 논의되는 남성간 성폭력의 문제에 있어서도 왜곡된 인식을 양산하는데 큰 영향을 미치고 있으므로, 호모포비아의 존재와 그 문제점을 직시할 필요가 있다.

II. 왜곡되어 있는 균형법상 추행죄 논쟁의 구도

1. 기존의 균형법상 추행죄 관련 논쟁의 문제점

균형법상 추행죄는 우리나라에서 동성애 행위를 법으로 처벌하는 유일한 규정이라는 점에서 이에 대한 폐지 논의는 동성애에 대한 논의와 맞물려 매우 논쟁적인 이슈가 되어 왔다. 그러나 이와 같은 논쟁에는 동성애에 대한 편견과 종교적 신념, 동성애 자체에 대한 논쟁적인 의견 등이 혼재되어 논쟁의 정확한 쟁점이 드러나지 못한 측면이 있다.

즉, 균형법상 추행죄는 동성애자의 군복무를 불허하는 규정 또는 동성애자에 의한 동성간 성폭력을 처벌하는 규정이 아니라, 군인들 사이에서 이루어진 합의에 의한(비강제적인) 성적 행위를 처벌하는 규정이다. 그럼에도 불구하고 균형법상 추행죄를 폐지하면 군대내에 동성애자가 늘어나게 된다고거나 군대내 성폭력을 처벌할 수 없게 된다는 잘못된 주장이 널리 퍼져 있으며, 이와 같은 주장은 단순히 인터넷상의 댓글과 같은 개인적인 의견으로만 존재하지 않고, 헌법재판

3) 항소심에서도 같은 결론이 유지되었으며(서울고등법원 2011. 4. 20. 선고 2010누32237 판결), 현재 상고심 계속 중이다(대법원 2011두11266).

4) 다만, 그 하자가 중대, 명백하다고 볼 수는 없다고 하여 원고의 청구는 기각되었으며, 이러한 결론은 대법원에서 확정되었다(대법원 2007. 6. 14. 2004두619 판결).

소에서의 위헌심사 과정이나 국회에서의 입법적 논의 과정과 같은 공론의 장에서도 공공연하게 제기되고 있는 상황이다.

따라서 이하에서는 군형법상 추행죄의 문제점을 검토하기에 앞서, 위와 같이 군형법상 추행죄 관련 논의의 쟁점을 흐리는 잘못된 주장을 살피으로써 그 논의구도를 명확하게 하고자 한다.

2. 군형법상 추행죄 폐지와 동성애자의 군복무 문제는 무관함

현재 군인사법 등 관련 법령상 동성애자의 군복무를 금지하고 있는 규정은 존재하지 않으며, 동성애자인 사람도 얼마든지 의무복무 또는 직업군인으로서 군복무를 할 수 있다. 특히, 국방부 훈령인 「부대관리훈령」(국방부 훈령 제1483호) 제4편 제6장에서는 “동성애자 병사의 복무”라는 표제 아래 여러 규정을 두고 있는데, 제259조는 “이 장은 병영내 동성애자 병사의 인권을 보호하고, 동성애자 병사가 다른 병사들과 마찬가지로 군복무를 할 수 있도록 제반 여건을 보장함으로써 군의 전력 향상과 복무수행의 능률 증진을 목적으로 한다.”라고 규정하고 있고, 제26조 제1항은 “병영 내 동성애자 병사는 평등하게 취급되어야 하며, 동성애 성향을 지녔다는 이유로 차별받지 아니한다.”라고 규정하여 동성애자 병사에 대한 평등대우를 명시하고 있다.

그러나 2010년경 군형법상 추행죄에 대한 위헌법률심판사건의 공개변론 당시 한국기독교총연합회를 비롯하여 참교육 어머니 전국모임, 바른 성문화를 위한 국민연합, 대한민국어버이연합 등의 단체들은 군대내 동성애를 허용하면 자식을 군대에 보내지 않겠다는 취지의 의견서를 헌법재판소에 제출하고 언론광고를 게재하는 등의 주장을 한 바 있다.

놀라운 점은 국방부도 위와 같은 단체들의 주장 또는 동일한 취지의 자료를 헌법재판소에 제출하면서 동성애에 대한 차별적인 태도에 동조를 하였다는 것이다. 국방부는 참고자료로 2010. 11. 10.자 조선일보 광고로 실린 “동성애자의 양심고백”과 인터넷 웹사이트 (<http://www.corporateresourcecouncil.org>)에 게재된 “남성 동성애자 간, 성관계에 따른 건강상 위험들”(“The Health Risks of Gay Sex”, John R. Diggs, Jr., MD)의 번역본을 제출한 바 있는데, 이들 자료는 동성애가 ‘치료’가 가능한 증상이며, 동성애자들은 성병과 후천성면역결핍증(이하 ‘에이즈’라고 합니다)에 감염될 가능성이 매우 높다는 내용을 포함하면서 ‘에이즈 제조공장’, ‘난잡한 성관계로 인한 에이즈 감염’ 등과 같은 표현을 사용하고 있다. 국방부가 제출한 또 다른 참고자료로는 ‘ADF(Alliance Defense Fund)와 한국의 기독교법조인들의 컨퍼런스 자료’도

있는데, 국방부 소송대리인은 ADF를 ‘미국 기독교 단체에서 하나님의 자연실서에 반하는 법률적 문제에 대처하기 위해서 기금을 마련하여 구성된 단체’라고 소개하였으며, 위 자료는 동성애가 ‘창조의 질서를 전복하는 것’이라는 등의 종교적 교리에 입각한 내용을 담고 있었다.

국방부가 위와 같은 참고자료를 제출하였다는 점은, 균형법상 추행죄가 동성애를 차별하는 것이 아니라는 스스로의 주장 및 동성애자 병사의 인권보호를 목적으로 한 국방부 훈령과는 달리 국방부가 동성애에 대한 매우 잘못된 이해와 편견에 기반하여 균형법상 추행죄를 이해하고 있으며 그 조항의 존치를 주장하고 있다는 점을 명백하게 드러내는 것이다. 더구나 동성애를 에이즈와 연결시키는 것은 국제연합(UN) 및 세계보건기구(WHO)의 입장⁵⁾ 및 국가인권위원회 결정,⁶⁾ 후천성면역결핍증예방법,⁷⁾ 국방부 부대관리훈령⁸⁾ 등에 반하는 내용이며, 특히 국방부가 특정 종교의 교리를 바탕으로 한 자료를 제출한 점은 정교분리원칙을 천명한 헌법(제20조)에도 반하는 것으로 볼 수 있다.

심지어 헌법재판소조차도 결정문에서 ‘동성 간의 비정상적인 성적 교섭행위’라는 표현을 사용함으로써 ‘이성애=정상’, ‘동성애=비정상’이라는 동성애에 대한 편견을 드러냈는바(헌법재판소 2011. 3. 31.자 2008헌가21 결정), 이는 성적 소수자에 대한 우리 사회의 인식 수준을 상징적으로 보여주고 있는 것이다.

3. 균형법상 추행죄가 폐지되더라도 군대내 동성간 성폭력은 차별 가능함

균형법상 추행죄 폐지 논의에 있어 또 다른 잘못된 인식은, 추행죄를 폐지할 경우 군대내 동

-
- 5) 전세계적인 에이즈 문제의 해결을 위해 UN에 의해 조직된 UNAIDS가 발간한 “HIV 낙인과 차별을 감소시키는 법: 국가 에이즈 프로그램의 핵심 부분”(Reducing HIV Stigma and Discrimination: a critical part of national programmes)에서는 에이즈 감염에 대한 “부도덕한 성적 행위”와 관련된 도덕적 판단과 남성간 성관계를 가진 사람에 대한 낙인을 그 예시로 언급하고 있다.
 - 6) 국가인권위원회는 동성애자 병사를 정신질환자 및 에이즈 고위험군으로 간주하여 본인 동의 없이 정신과 진료, HIV 검사 및 매독 검사를 실시한 사건에 대한 2006. 6. 26.자 결정(06진차87)을 통해 인권침해를 인정한 바 있다.
 - 7) 제3조 제1항 “국가와 지방자치단체는 후천성면역결핍증의 예방 및 관리와 감염인의 보호 및 지원을 위한 대책을 수립·시행하고 감염인에 대한 차별 및 편견 방지와 후천성면역결핍증의 예방을 위한 교육과 홍보를 실시하여야 한다.”
 - 8) 지휘관 등은 동성애자 병사에 대하여 에이즈 검사를 강요할 수 없으며(제263조 제3항), 성적 소수자의 인권보호에 대한 교육을 실시해야 한다(제264조 제1항)고 규정하고 있다.

성간 성폭력을 처벌하기 어려울 것이라는 인식이다. 그러나 균형법상 추행죄는 강제력이 없는 당사자간의 합의에 의한 동성간 성적 행위를 처벌하는 데 그 취지가 있는 것이며, 군대내 성폭력의 처벌은 일반 형법이나 성폭력 관련법으로도 가능하고, 2009. 11. 2. 균형법 개정으로 인해 일부 군대내 성폭력범죄를 가중처벌하는 규정까지 균형법에 신설되었으므로, 균형법상 추행죄는 성폭력의 처벌과는 무관한 것으로 보아야 한다.

특히, 아래의 II.1.항에서 살펴보는 바와 같이 균형법의 친고죄 규정이 폐지되기 전까지는 군대내에서 성폭력이 발생하였으나 피해자가 고소를 취소한 경우, 균형법상 추행죄가 친고죄 규정에도 불구하고 가해자를 처벌하는 성폭력 범죄의 보충적 처벌규정으로 기능하기는 하였으나, 이번 균형법 개정으로 균형법상 친고죄 규정(제92조의 8) 역시 폐지되었으므로, 균형법상 추행죄는 온전히 합의에 의한 성적 행위 처벌규정으로만 기능한다고 보아야 한다.

일각에서는 성폭력 사건에 있어 강제력의 입증에 어려운 경우, 강제력을 요하지 않는 균형법상 추행죄를 마치 ‘비동의간음죄’와 같이 활용하여 성폭력 가해자에 대한 처벌의 공백을 없앨 수 있다는 주장도 있는 것으로 보인다. 헌법재판소 결정문(2008헌가21결정)에서 이동흡 재판관이 보충의견으로 “상명하복의 엄격한 계급구조로 인하여 상급자가 직접적인 강제력을 행사하지 않은 경우에도 하급자가 스스로 원하지 아니하는 성적 교섭행위에 연관될 개연성이 높은 점”을 언급한 것 역시 이와 같은 주장과 그 맥락이 같다고 볼 수 있다. 그러나 이러한 주장은 ‘가해자가 성행위 사실은 인정하나 강제력의 행사만 부정하는 사례’에서만 의미를 가질 수 있는데, 군대내 동성간 성폭력 사건의 경우 가해자가 이와 같은 항변을 하는 사례는 극히 드물며, 군검찰 또는 군사법원의 실무상으로도 성적 행위 자체의 존재 입증에 어려운 경우는 있어도 강제력의 입증만이 어려운 경우 역시 거의 없다는 점을 고려하여 볼 때, 위 주장은 현실과 동떨어진 것이다. 실제로 균형법상 추행죄가 적용된 사례 중 ‘비동의간음죄’와 같은 취지로 활용된 사례는 지금까지 알려진 바 없다.

더 나아가 균형법상 추행죄 논의에 있어서 군대내 성폭력의 심각성을 강조하는 것은, 군대내 성폭력의 가해자가 동성애자인 경우가 많을 것이라는 암묵적인 편견을 강화한다는 점에서도 바람직하지 않다. 국가인권위원회가 2003년 실시한 「군대내 성폭력 실태조사」⁹⁾에 따르면 군대내 남성 간 성폭력에 대한 조사 사례 중 가해자가 동성애자인 경우는 한 건도 없었으며, 오히려 가해자들은 “자신이 동성애자로 취급받는 것이 억울하다”며 강한 동성애혐오증을 보였다.

9) 국가인권위원회, 「군대내 성폭력 실태조사」 (연구수행기관: 한국성폭력상담소), 2004

따라서 균형법상 추행죄의 존재 문제는 군대내 성폭력 문제와 아무런 연관이 없으며, 이와 별개로 논의될 필요가 있다.

4. 소결 - 균형법상 추행죄 논쟁의 정확한 의미

위에서 살펴본 바와 같이, 균형법상 추행죄 논쟁에 있어 쟁점을 흐리는 잘못된 주장을 제거하고 나면, ① 이성간의 성행위와 동성간의 성행위를 차별하여 후자만 형사처벌 하는 것이 타당한지, ② 군대라는 특성을 감안하더라도 합의에 의한 성행위를 형사별로 처벌하는 것이 합리적인지, ③ 현행 추행죄 규정은 형벌법규의 명확성 원칙을 위반하지 않았는지 등의 쟁점이 남게 된다. 이에 대해서는 아래에서 자세히 살펴보기로 한다.

III. 균형법상 추행죄의 문제점¹⁰⁾

1. 균형법상 추행죄의 본질

가. 균형법상 추행죄의 연혁과 보호범의

구 균형법(2009. 11. 2. 법률 제9820호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 균형법’이라고 합니다) 제92조는 “계간 기타 추행을 한 자는 1년 이하의 징역에 처한다”라고 규정하고 있었으며, 2009. 11. 2. 개정된 현행 균형법은 제92조의 5로 위치를 변경하면서 구성요건의 변화 없이 법정형만 상향하였다(현재는 2013. 4. 5. 개정으로 제92조의 6으로 이동되었음). 구 균형법 제92조는 균형법이 처음 제정된 1962. 1. 20.부터 같은 내용으로 존재하였으며, 위에서 본 바와 같이 2009. 11. 2. 법정형을 상향하는 개정이 있기 까지 약 47년 동안 한 번도 개정된 사실이 없다.

균형법은 해방 후 제정된 조선경비대법 및 국방경비법, 해안경비법을 대체하는 것으로서, 일본

10) 이하의 논의는 줄고, “군대내 동성에 행위 처벌에 대하여”, 공익과 인권 제5권 제1호 (2008. 2), 서울대학교 공익인권법센터, 2008, pp. 65-99의 내용을 바탕으로 2011년 헌법 재판소 결정(2008헌가21) 내용 등 최근의 논의내용을 추가하여 정리하였다.

의 구 육군형법을 토대로 미국 전시법의 규정을 가미하여 만들어진 것이라고 한다. 국방경비법은 1928년 미국 전시법을 그대로 번역하여 만들어진 법률¹¹⁾로서, 당시 국방경비법에는 ‘기타 각종의 범죄’ 중 하나로 ‘계간’을 규정¹²⁾하여, 5년 이하의 형을 부과할 수 있었다.

위와 같이 균형법이 계수한 것으로 보이는 미국 전시법은 영국의 전시법에 그 기원을 두고 있으며, 구약성경 창세기에서 언급되고 있는 소돔과 고모라의 이야기에서 유래된 ‘소도미’(sodomy)라는 용어를 사용하여 종교적인 배경이 반영되었던 것으로 보인다. 1950년 제정된 미국 군사통일재판법(the Uniform Code of Military Justice) 제125조에서는 모든 형태의 ‘동성간 또는 이성간 또는 동물과의 비정상적인 성교행위’를 금지하고 있으며, 이 조항은 지금까지 같은 내용으로 유지되고 있다.¹³⁾

대법원과 헌법재판소는 균형법상 추행죄의 주된 보호법익을 ‘개인의 성적 자유’가 아닌 ‘군이 라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 사회적 법익이라고 설명하고 있으며(대법원 2008. 5. 29. 선고 2008도2222 판결; 헌법재판소 2002. 6. 27. 선고 2001헌바70 전원재판부 결정, 2011. 3. 31.자 2008헌가21 결정 참조), 균형법상 추행죄에 있어 ‘추행’의 의미는 “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 것’으로 남성 간의 항문성교를 뜻한다.”라고 설명하고 있다(헌법재판소 2011. 3. 31.자 2008헌가21 결정).

나. 균형법상 추행죄의 적용 실태

2004. 1. 1.부터 2007. 12. 31.까지 4년 동안 육군에서 균형법상 추행죄가 적용된 전체 176건의 사건 중 172건은 강제추행에 해당하나 피해자와의 합의로 균형법상 추행죄가 적용된 경우였

11) 조운, “군형법 개정론”, 사법논집(제2집), 1972, p. 435

12) 국방경비법 [1962. 1.20. 법률 제1004호로 폐지되기 이전의 것]

제50조 (기타 각종의 범죄) 여하한 군법피적용자든지 자해, 방화, 야도, 가택침입, 강도, 절도, 횡령, 위증, 문서 위조, 계간 중죄를 범할 목적으로 행한 폭행, 위험 흉기, 기구 기타 물건으로 신체 상해의 목적으로 행한 폭행 또는 신체 상해의 목적으로 행한 폭행 또는 사기 혹은 공갈을 범하는 자는 군법회의 판결에 의하여 처벌함.

13) UCMJ Article 125. Sodomy (a) Any person subject to this chapter who engages in unnatural carnal copulation with another person of the same or opposite sex or with an animal is guilty of sodomy. Penetration, however slight, is sufficient to complete the offense.

으며, 나머지 4건만이 비강제에 의한 동성애 행위가 문제된 경우로서, 전체 사건의 약 98%가 성폭력 범죄(강제추행)의 친고죄 규정을 회피하기 위해 균형법상 추행죄가 적용되었음을 알 수 있다.¹⁴⁾

그리고 비강제에 의한 동성애 행위가 문제된 4건의 사건은 모두 기소유예 및 선고유예로 종결¹⁵⁾되어, 강제추행에 해당하지 않는 경우에는 실질적인 처벌이 전혀 이루어지지 않았다.

결국, 균형법상 추행죄는 위에서 살펴본 입법목적과는 달리, 사실상 강제추행죄나 강간죄에 대해 보충적으로 적용되어 피해자의 고소 취소 등으로 인해 가해자를 처벌할 수 없는 경우에도 이를 처벌할 수 있게 하는 군대 내 성폭력 범죄의 비친고죄화 기능을 수행하여 왔다고 할 수 있다.¹⁶⁾

다. 소결 - 균형법상 추행죄의 본질

이상 살펴본 바와 같이, 균형법상 추행죄는 실질적으로는 군대 내 성폭력 범죄에 대해 친고죄 규정을 회피하는 기능만을 대부분 수행하면서도, 명목상으로는 개인의 성적 자유와는 별개인 '군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기' 라는 법익을 보호하기 위하여 동성애 등 행위를 처벌할 필요성이 있다는 점을 그 존립근거로 내세우고 있다.

이와 같은 입법목적과 적용실태에 있어서의 괴리는 결국, 균형법상 추행죄의 주된 보호법익이라고 주장되는 '군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기' 라는 법익이 실질적으로는 그 구체적인 내용이 없다는 점을 드러내며, 군대 내 동성애 행위의 형사처벌 필요성이 특별히 큰 것이 아님에도 이를 독자적인 처벌조항으로 유지함으로써 군대 내 구성원들에게 동성애는 비정상적, 변태적이며 혐오스럽고 금지되어야 할 것이라는 잘못된 인식을 형성·강화¹⁷⁾하는 것이 균형법상 추

14) 줄고, 앞의 글, pp. 73~74

15) 4건의 사건 행위자 8명 중 2명은 기소유예, 4명은 선고유예 되었다. 나머지 2명은 합의에 의한 동성애 행위 외에 다른 피해자들에 대한 강제추행 행위나 다른 범죄행위가 함께 기소되었으며, 2명 모두 징역 1년, 집행유예 2년의 확정판결을 받았다.

16) 「균형법 일부개정법률안」(최영희의원 대표발의) 국회 법제사법위원회 전문위원 검토보고서(2009. 4), p.7

17) 국제 성소수자 연합(International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association; 70개 이상 국가에 있는 350개 이상의 성소수자 인권 단체의 국제적 연맹입니다)은 전세계의 동성애 처벌 및 차별적 법률을 조사한 보고서에서, 많은 나라들이 실제로 그 법을 적용하고 있지는 않지만, 그러한 법의 존재만으로 동성애에 대한

행죄의 본질임을 알 수 있게 한다.

2. 죄형법정주의의 명확성의 원칙 위반

가. 균형법상 추행죄 규정의 불명확성

1) 강제추행 등 포함 여부의 불명확성

균형법상 추행죄는 ‘추행’이라고만 규정하고 있어서, ‘폭행 또는 협박’을 구성요건으로 하는 형법상 강제추행죄와 비교하여 볼 때, 폭행이나 협박에 의하지 않은 비강제에 의한 추행만을 처벌하고자 하는 것인지, 아니면 강제에 의해 이루어지는 추행도 처벌되는지 여부가 불분명하다. 헌법재판소 2002. 6. 27.자 2001헌바70 결정에서 재판관 송인준, 주선희의 반대의견에서도 이 점을 지적하고 있으며, 2008헌가21 결정의 재판관 김종대, 목영준, 송두환의 반대의견 및 위헌 법률심판제청법원 역시 이를 지적하였는데, 2008헌가21 결정의 다수의견은 이에 대한 어떠한 언급도 하지 않았으며, 단지 재판관 이동흡이 보충의견을 통해 균형법상 추행죄는 강제력 행사를 요구하지 않는다는 언급을 하였을 뿐이다.

그러나 균형법상 추행죄가 강제력 행사를 요구하지 않는다는 것과 강제에 의한 추행이 균형법상 추행죄의 처벌대상에 포함되지 않는 것은 엄밀하게 볼 때 구별되는 내용이다. 즉, 전자는 강제력의 행사가 없더라도(합의에 의한 성행위의 경우) 처벌이 가능하다는 내용일 뿐이고(강제에 의한 추행이 처벌대상이 되는지는 불분명), 후자는 균형법상 추행죄로는 오로지 합의에 의한 성행위만 처벌할 수 있으며, 강제에 의한 추행은 다른 법률로 처벌해야 한다는 점을 의미하는 것이다. 후자와 같이 해석할 경우 지금까지 군사법원에서 균형법상 추행죄를 적용하여 처벌한 사례의 대부분은 법률 적용을 잘못된 것이 된다.¹⁸⁾

혐오의 문화를 조장하며, 동성애자들로 하여금 스스로를 숨기거나 자신의 진정한 모습을 드러내지 않도록 강제한다고 지적하고 있다(Daniel Ottosson, “State-sponsored Homophobia”, 「A world survey of laws prohibiting same sex activity between consenting adults」, an ILGA report, 2007 참조).

18) 대법원은 군 간부가 ‘공개된 장소’에서 ‘불특정 다수’를 대상으로 ‘양 쪽쪽지를 비틀거나 잡아당기고 손등으로 성기를 때린’ 행위는 균형법상 추행죄에 해당하지 않는다는 판결은 한 바 있다(대법원 2008. 5. 25. 선고 2008도2222 판결). 위 행위는 형법 제298조의 강제추행죄 및 성폭력범죄의처벌등에관한특례법 제10조 제1항의 업무상 위력에 의한 추행죄가 적용될 수 있었다는 점을 볼 때, 대법원의 태도는 강제에 의한 추행은 균형법상 추행죄로는 처벌하지 못한다는 것으로 해석될 여지가 있다.

2) 주체 및 상대방의 불명확성

헌법재판소는 2008헌가21 결정을 통해 ‘계간’은 남성간의 항문성교를 뜻하며, ‘기타 추행’은 계간에 이르지 아니한 동성애 성행위 등 객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 성적 만족 행위라고 개념을 정의하였다. 그런데 이와 같은 ‘동성애 성행위’에 여성간의 성행위가 포함되는지, ‘선량한 성적 도덕관념에 반하는 성적 만족 행위’에 이성간의 항문성교 행위, 가학 피학성 성행위(sadomasochism) 또는 동물¹⁹⁾과의 성행위가 포함되는지 여부는 위와 같은 개념정의만으로는 여전히 불분명하다.

특히, 이번 균형법 개정으로 인해 ‘계간’이 ‘항문성교’라는 용어로 대체되었는데, 계간과는 달리 항문성교라는 용어에는 남성간 행위로 제한되는 의미가 포함되어 있지 않기 때문에 이성간의 성행위도 균형법상 추행죄의 처벌대상이 되는지 여부는 더욱 모호해진 상태이다. 그리고 이러한 해석은 균형법의 기원이라고 할 수 있는 미국의 소도미(sodomy) 규정이 명시적으로 이성간의 비정상적인 성교행위도 포함하고 있는 점(미국 군사통일재판법 제125조)에서도 뒷받침 된다.

국방부는 2008헌가21 사건 당시 스스로 제출한 의견서 및 참고인 의견서를 통해 균형법상 추행죄는 동성간의 추행에 대해서만 적용되는 것이 아니라 이성간의 추행행위에도 적용될 수 있으므로, 이 사건 법률조항이 동성애자의 평등권 및 성적 자기결정권을 침해하지 않는다고 주장한 바 있는데, 2008헌가21 결정에서 재판관 이동흡은 보충의견을 통해 “‘기타 추행’이 동성간의 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.”고 언급하였는바, 이러한 점만 보더라도 균형법상 추행죄의 처벌대상에 이성간의 성행위가 포함되는지 여부가 불분명하다는 점은 명백히 드러났다고 볼 것이다.²⁰⁾

19) 이번 균형법 개정으로 “(균형법) 제1조 제1항부터 제3항까지에 규정된 사람에 대하여”라는 문구가 추가되어 동물과의 성행위는 문언상 균형법상 추행죄의 범위에서 제외되었다.

20) 2008헌가21 결정의 다수의견은 이성간의 성행위가 균형법상 추행죄의 처벌대상에 포

실무적으로 사례가 많은 것은 아니나 이성 군인간의 강간 또는 강제추행을 군형법상 추행죄로 처벌한 사례가 있는데(육군교육사령부 보통군사법원 2005고1 판결 참조),²¹⁾ 이는 헌법재판소 결정에 비추어 보면 법적용이 잘못된 것이라고 할 수 있다.

3) 행위자들 사이의 관계 및 행위장소 고려 여부의 불명확성

육군본부 보통군사법원 1999. 9. 16. 선고 99고276 판결은 같은 부대, 같은 계급의 병사 2명이 함께 휴가를 나가 한 병사의 집에서 구강성교를 한 사안이다²²⁾. 그러나 위 사건의 처리과정에서 휴가기간 중에 부대와 상관없는 병사의 집에서 있었던 당사자간의 합의된 의사에 의한 구강성교가 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’에 어떤 영향을 미쳤는지에 대해서는 전혀 검토되거나 고려된 사실이 없다.

위 사안과 비슷한 유형으로 직업군인인 군 간부가 자신의 숙소에서 동성애 행위를 한 경우가 있다. 예컨대, 제2군단 보통군사법원 2005. 10. 20. 선고 2005고12 판결의 사건은 같은 부대에서 근무하는 중위와 중사가 근무시간이 아닌 시간에 부대 내 독신자 숙소에서 계간(항문성교)을 한 사안이다. 독신자 숙소는 부대 내에 있기는 하나, 병사들이 생활하는 생활관(내무실)과는 달리, 개인의 사적인 공간이 일정 부분 보장되며, 군 간부의 경우에는 출퇴근을 하기 때문에 사적인 시간도 일부 가지고 있습니다.

제17보병사단 보통군사법원 2007. 2. 27. 선고 2006고4 판결건은 서로 다른 부대에 소속되어 있던 병사 2명이 비전캠프(자살우려자나 복무부적응자를 모아 일정 기간 진행하는 특별 교육훈련프로그램)에서 만나 밤중에 화장실 용변칸에서 구강성교 및 계간(항문성교)을 한 사안이다. 이

합되는지 여부에 대해 명시적으로 언급하지 않으면서, 단지 “건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 군인, 군무원 등 군형법 피적용자는 어떠한 행위가 이 사건 법률조항의 구성요건에 해당되는지 여부를 충분히 파악할 수 있다고 판단”되므로, 군형법상 추행죄가 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 않는다고 판단하였다. 반면, 재판관 김종대, 목영준, 송두환은 반대의견에서 이성간의 성행위 등이 처벌대상에 포함되는지 여부가 불분명하며, 국방부 대리인이 이성간의 성행위도 처벌될 수 있다고 진술하였다는 점을 지적하고 있다.

21) 반면, 이성 군인간의 합의에 의한 성행위는 그것이 비정상적인지 여부와 관계없이 실무상 처벌대상으로 전혀 인식되지 않고 있다.

22) 부대 보일러실에서 계간(항문성교)를 한 사실까지 포함하여 2개의 범죄사실로 기소되었습니다. 이 사건은 병사 중 1명이 일기장에 다른 병사를 사랑한다는 내용을 적어두었다가 통신장교가 일기장을 점검하여 적발되었습니다.

사안의 경우 위 병사들의 행위는 비전캠프 기간 중에는 전혀 발각되지 않았으며, 병사 중 한 명이 그러한 행위를 한 것에 대해 스스로 자괴감을 느껴 지휘관에게 보고하여, 2명 모두 기소되었다(2명 모두 선고유예 확정판결을 받았다).

위 사안들 외에도 형사처벌을 받은 합의에 의한 남성간 성행위가 발생한 장소를 살펴보면, 내 무실 옆 화장실, 야외 화장실, 아무도 없는 의무실, 취사장, 보일러실 등으로 다양한데, 어떤 장소에서의 행위가 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’에 영향을 미치는 행위인지 판단하기는 매우 어렵다고 하겠다.

2008헌가21 결정에서 재판관 이동흡은 “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.”라고 보충의견을 밝혔는데, 법원의 통상적인 법률 해석상 위 사안들에 대한 판단이 올바른 것이었는지는 분명치 않다고 보인다. 반대의견을 제출한 재판관 김종대, 목영준, 송두환은 추행이 “동성간에 군영 내에서 하는 음란한 행위’로 한정되어야 한다는 의견을 밝힌 바 있다.

4) 행위의 정도의 불명확성

대법원은 여성의 어깨를 주무르고, 겨안은 행위를 ‘추행’이라고 판단한 바 있다(대법원 2004. 4.16. 선고 2004도52). 이러한 행위가 객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로 인정될 수 있는 근거는 피해자의 성적 자유를 침해하기 때문인데, 즉 장소나 피해자의 (구체적, 추정적) 의사를 고려하지 않고서 그 행위 자체만으로는 ‘추행’에 해당하는지 여부를 판단할 수 있는 절대적인 기준은 존재하지 않는다.

그러나 균형법상 추행되는 ‘기타 추행’이라고만 규정을 하여 어느 정도의 행위가 ‘추행’에 해당하는지에 대해 아무런 기준을 제시하지 못하고 있다. 이에 대해 2008헌가21 결정에서 재판관 김종대, 목영준, 송두환은 균형법상 추행죄가 ‘행위의 정도’에 관하여도 모호하게 규정함으로써, 행위자로 하여금 법률에 의하여 처벌받을 행위가 무엇인지를 예견할 수 없게 하고, 수사기관, 공

소제기기관 및 재판기관의 자의적인 해석과 적용을 초래하게 되었다고 지적하고 있다.

3. 과잉금지 원칙 위반

1) 입법목적의 정당성 및 수단의 적정성

헌법재판소는 균형법상 추행죄의 입법목적과 보호법익을 “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.”라고 설명하고 있다(2008헌가21 결정).

그러나 군대내 동성에 행위를 허용할 경우, 군 내부에 성적으로 문란한 행위가 만연하게 될 것이라는 근거는 전혀 존재하지 않으며, 우리 사회의 동성애자에 대한 편견과 차별 등을 감안하여 볼 때 추행죄가 폐지되더라도 폐쇄적인 군 내부에서 동성간 성행위가 만연하게 될 가능성은 거의 없다고 보는 것이 타당하다. 미국 국방부의 2010년 보고서에 따르면 동성애자의 군 복무 금지를 없앤 다른 나라들의 경우, 정책 변화 이후에도 거의 커밍아웃이 없었다고 하는바,²³⁾ 이처럼 자신이 동성애자임을 드러내는 커밍아웃도 쉽게 증가하지 않는데 단순히 균형법상 추행죄를 폐지한다고 하여 군 내부에 성적으로 문란한 행위가 만연하게 될 것이라는 예상은 완전히 비현실적이다.

동성에 행위 허용이 군의 전투력 보존에 직접적인 위해를 발생시킬지 여부 역시 여전히 의문이 있다. 당장 헌법재판소 2001헌바70 결정을 보더라도 재판관 송인준, 주선회는 반대의견을 통해, “과거와 같이 동성간의 성적 행위 자체를 사회의 성도덕을 침해하는 사회유해적인 행위로 보는 전제하에서는 군대 내에서의 동성간의 추행행위가 비록 그것이 비강제에 의한 것이라 할지라도 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’를 저해한다고 볼 수 있을 지도 모르나, 오늘날

23) 위 보고서는 미국 국방부 홈페이지에 게시되었다.

[http://www.defense.gov/home/features/2010/0610_gatesdadt/DADTReport_FINAL_20101130\(secure-hires\).pdf](http://www.defense.gov/home/features/2010/0610_gatesdadt/DADTReport_FINAL_20101130(secure-hires).pdf)

과 같이 성에 대한 사회적 의식 및 제도가 개방된 사정하에서는 공연성이 없고 강제에 의하지 않은 동성간의 추행을 군의 전투력 보존에 직접적인 위해를 발생시킬 위험이 있다고 보기 어렵다고 지적한 바 있다. 또한, 영국 법원은 1999년의 Smith and Lustig-Prean 사건에서 “작전에서의 효율성”에 대한 군의 고려가 “오로지 이성애자들의 부정적인 태도”에 기반하고 있다고 설시하면서, 그러한 부정적인 태도는 동성에 지향에 대한 적대심의 전형적인 표출로부터, 동성에 동료의 존재에 대한 불편함의 막연한 표출에 이른다고 보았다.²⁴⁾ 그 외에도 동성에 행위에 대한 처벌규정을 두고 있지 않은 프랑스, 독일, 이스라엘, 네덜란드, 노르웨이 등의 경우, 동성애자의 존재로 인해 전투능력 및 부대의 단결에 해를 입힌다는 어떠한 증거도 없으며, 군대 내에서 동성애자들이 문제를 일으킬 것이라는 인식은 잘못된 것이라는 연구결과가 있다.²⁵⁾

우리나라에서 균형법상 추행죄를 적용하고 있는 실무를 살펴보다라도, 수사 및 재판과정에서 동성에 행위로 인해 부대 업무에 차질이 생겼는지 여부, 명령체계에 문제가 생겼는지 여부, 부대의 기강이 약화되었는지 여부, 전투력 보존에 위해가 발생하였는지 여부 등에 대해 실질적인 관심을 기울인 바가 없으며, 단지 동성에 행위 자체에 대한 비난과 혐오감만이 표출되었다는 사실²⁶⁾은 균형법상 추행죄가 군 전투력 보존이라는 입법목적 달성의 적절한 수단과는 거리가 멀다는 점을 잘 보여준다.

2) 피해 최소화 및 법익 균형성

위에서 살펴본 바와 같이, 균형법상 추행죄는 그 구성요건의 불명확성으로 인해 실무상 동성에 행위이기만 하면 강제/비강제 여부, 행위자들간의 관계 및 행위장소 등을 전혀 고려하지 않고 균형법상 추행죄를 적용하여 형사처벌을 하고 있는바, 이는 최소침해의 원칙에 위배되는 것이다. 또한, 균형법상 추행죄에는 벌금형의 규정 없이 2년 이하의 징역형만을 규정되어 있다는 점도

24) Douglas Sanders, *HUMAN RIGHTS AND SEXUAL ORIENTATION IN INTERNATIONAL LAW*, May 16, 2007

25) Aaron Belkin and Jason McNichol, *Homosexual Personnel Policy in the Canadian Forces: Did Lifting the Gay Ban Undermine Military Performance?*, *International Journal*, Vol. 56, No. 1 (Winter, 2000/2001), pp.73 - 88; Aaron Belkin and Melissa Levitt, *Homosexuality and the Israel Defense forces; Did Lifting the Gay Ban Undermine Military Performance?* *Armed Forces and Society*, Vol. 27, no.4 2001

26) 한 사건에서 재판장은 “피고인 피 속에 동성인자가 있는 것 아닌가요?”라는 질문을 하기도 하였으며, 심지어 피고인의 변호인조차도 “피고인 OOO은 애인이 있고, 피고인 ***은 애인이 없지만 두 사람 모두 제대하면 정상적인 생활을 할 수 있지요?”라고 질문하여 동성애를 비정상적인 것으로 규정하기도 하였다. 군대 내에서의 동성애에 대한 이와 같은 인식의 표출은 결코 이례적인 일이 아니다.

문제이다.

2004년부터 2007년 말까지 사이에 있었던 4건의 합의에 의한 동성에 행위 사례를 살펴보면, 1건은 기소유예, 나머지 3건은 모두 선고유예로 종결되었는바, 이러한 결과는 징역형만을 규정하고 있는 균형법상 추행죄의 형이 과도하며, 형사처벌의 필요성이 실질적으로는 존재하지 않는다는 점을 반증한다고 볼 수 있다.

한편, 육군 징계규정에 의하면 ‘사회적으로 비난가능성이 있는 간통 기타 비윤리적인 남녀관계로서 불건전한 이성교제’를 포함하여 이를 ‘불륜관계’로 규정한 뒤, 불륜관계에 해당하는 경우에는 우발적이고 경미한 행위를 제외하고 중징계로 처벌하도록 규정하고 있다. 그리고 육군규정에 의하면 교육기관에서의 교육자와 피교육생간 또는 2단계 이상 계급 차이가 있는 경우에는 이성교제를 제한하는 내용이 규정되어 있다. 이처럼 이성군인간의 관계에 대해서도 일정한 제한을 하고는 있지만, 이러한 규정을 위반할 경우 제재조치는 형사처벌이 아닌 징계조치에 불과하다는 점을 보더라도 균형법상 추행죄는 과도한 처벌에 해당한다.

헌법재판소 2008헌가21 결정의 다수의견은 “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 없다”고 설명하고 있는데, 행정상의 제재로 추행 행위를 규제하기 어렵다는 점에 대해서는 어떠한 합리적 근거도 존재하지 않으며, 다른 법률에 규정된 추행 관련 범죄는 모두 강제성을 전제로 한 성폭력 처벌 규정이라는 점에서 위 다수의견의 결론은 타당하지 못하다.

4. 평등권 침해²⁷⁾

2010년 레바논에 파병된 국군 동명부대 내에서 남녀 장교간에 성행위를 한 사건이 발생하여 해당 장교들이 합동참모본부 징계위원회로부터 각각 정직과 감봉의 징계를 받은 사건이 보도되었다.²⁸⁾ 군 당국은 동명부대 소속 대위 두 명이 지난 해 11월 초 사무실에서 성관계를 가졌고,

27) 헌법재판소는 평등권 침해 여부를 판단하면서 엄격한 심사척도가 아닌 완화된 심사척도를 적용하였다. 균형법상 추행죄의 경우 엄격한 심사척도를 적용할 여지도 존재한다고 판단되나, 본 글에서 평등권 침해 심사척도에 대한 자세한 논의는 생략하기로 한다.

28) 경향신문 2010. 10. 4.자 기사, “해외 파병부대서 장교간 성행위 적발 징계”

한 달 전에는 부대 안 성당, VIP 숙소, 여군 화장실 등에서 과도한 신체접촉을 해 징계를 받았다고 관련 사실을 밝혔다.

이 사안은 균형법상 추행죄가 동성간의 성행위와 이성간의 성행위를 합리적인 이유 없이 자의적으로 차별하고 있다는 점을 상징적으로 보여준다. 즉, 파병부대는 위험한 해외 지역으로 파견되어 임무를 수행하는 부대로서, ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’가 가장 요청되는 곳이라고 할 수 있다. 파병부대 내의 기강과 군기가 무너지는 경우, 해외에 파병된 장병들의 임무 수행에 부정적인 영향을 미칠 뿐만 아니라, 외부의 공격과 테러 위험이 상존하는 상황에서 위험이 초래될 가능성도 매우 크기 때문이다. 그러나 이와 같은 파병부대 내에서 그것도 사무실 및 VIP 숙소 등을 포함한 여러 곳에서 성관계 및 과도한 신체접촉이 있었음에도 이는 형사처벌이 아닌 징계로만 처리되었을 뿐이다.

헌법재판소 2008헌가21 결정의 다수의견은 별다른 근거도 없이 “군대에서 남성과 여성이 폐쇄적인 단체생활을 하여야 하는 상황은 그리 많지 않고, 일반 사회와 비교하여 군대에서 이성간의 성적 교섭행위가 빈번히 발생하여 이를 방지할 경우 군대의 엄격한 명령체계나 위계질서를 위태롭게 할 우려가 크다고 할 수도 없다.”고 판단하고 있는데, 이성군인간 성적 행위가 징계에 의해 처벌된 사례와 남성군인간 성적 행위에 대해 균형법상 추행죄가 적용된 사례를 비교하여 보면 전자가 훨씬 많을 것이라는 점에서 위 다수의견의 판단은 부당하다.

5. 소결

이상 살펴본 바와 같이, 균형법상 추행죄는 죄형법정주의의 명확성의 원칙, 과잉금지의 원칙을 위반하고 평등권을 침해하는 위헌적인 법률에 해당한다. 2011년 헌법재판소가 균형법상 추행죄에 대해 합헌 판단을 한 것은 여러 가지 측면에서 이해하기 어려우며, 따라서 국회라도 입법적 개선을 통해 균형법상 추행죄의 위헌성을 제거하였어야 하나, 이번 균형법 개정은 오히려 위헌성을 더욱 심화시킨 측면이 있다. 이에 대해서는 아래에서 살펴보기로 한다.

IV. 2013년 균형법 개정 내용 및 그 경과

1. 개정 경과

2013년 1월 및 2월 사이에 3건의 균형법 일부개정법률안이 제출되었는데, 김광진 의원 대표 발의안, 남인순 의원 대표발의안, 권성동 의안 대표발의안(이하 ‘김광진의원안’, ‘남인순의원안’, ‘권성동의원안’ 이라고 한다)이 그것이다. 각 안의 내용 중 균형법상 추행죄 관련 내용만 살펴보면 아래와 같다.

김광진의원안	남인순의원안	권성동의원안
“제1조 제1항부터 제3항까지에 규정된 사람에 대하여 추행을 한 사람은 2년 이하의 징역에 처한다.”	“제1조 제1항부터 제3항까지에 규정된 사람을 그 의사에 반하여 추행한 사람은 2년 이하의 징역에 처한다.”	“제1조 제1항부터 제3항까지에 규정된 사람을 추행한 사람은 2년 이하의 징역에 처한다.”

3개의 안 모두 추행 행위의 상대방을 균형법 제1조 제1항부터 제3항까지 규정된 군인, 군무원 등으로 한정하였으며, 김광진의원안과 권성동의원안은 ‘계간 기타’를 삭제하여 구성요건을 ‘추행’으로만 한정하였고, 남인순의원안은 ‘그 의사에 반하여’를 추가하여 합의에 의한 성적 행위는 처벌대상에서 제외되는 것으로 규정한 특징이 있다.²⁹⁾

국방부는 위 개정법률안들에 대해 ‘계간’을 ‘항문성교’라는 용어로 바뀌서 추행죄를 존치시키는 것이 적절하다고 의견을 제출하였으며, 민주사회를 위한 변호사 모임 소수자인권위원회에서는 원칙적으로 균형법상 추행죄를 폐지하는 것이 바람직하고, 폐지하지 않더라도 ‘그 의사에 반하여’ 또는 ‘위계 또는 위력’ 등의 구성요건을 명시함으로써 강제에 의한 추행행위의 처벌조항으로 대체하는 것이 타당하다는 의견을 제출하였다. 국회 법제사법위원회 전문위원은 김광진의원안과 권성동의원안에 대하여 ‘계간’을 삭제할 경우 ‘추행’이라는 규정만으로는 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배될 수 있다는 점을 지적하면서 국방부가 제출한 의견과 같이 ‘계간’을 ‘항문성

29) 한편, 권성동의원안과 남인순의원안은 균형법상 친고죄 규정을 삭제하는 내용을 포함하고 있었다.

교' 라는 표현을 바꾸는 것이 적절하다는 의견을 제시하였다. 그리고 남인순의원안에 대해서는 '의사에 반하여' 라는 요건을 추가할 경우 균형법 제92조의 2(강제추행)와의 관계가 애매해지고, 추행죄를 별도로 둔 입법취지와 다르게 되므로 신중한 검토가 필요하다는 의견을 제시하였다.

그리고 2013. 3. 4. 위원회 대안으로 “제1조 제1항부터 제3항까지에 규정된 사람에 대하여 항문성교나 그 밖의 추행을 한 사람은 2년 이하의 징역에 처한다.”라는 안이 상정되었으며, 이 대안은 그 다음 날인 3. 5. 법제사법위원회 및 본회의에서 모두 의결되어 통과되었고 김광진의원안 및 권성동의원안은 대안 반영 폐기되었다. 남인순의원안은 여전히 법제사법위원회에 계류 중이다.

한편, 2014. 3. 17. 진선민 의원 등에 의해 균형법 제92조의 6을 삭제하는 내용의 균형법 일부개정안이 발의되어 법제사법위원회에 계류 중인 상태이다.

2. 문제점

위에서 살펴본 균형법상 추행죄의 무수히 많은 문제점에도 불구하고, 그와 같은 내용이 전혀 반영되지 않은 채 단지 '계간'이라는 표현이 '항문성교'로만 바뀌었다는 것은, 국회가 균형법상 추행죄의 문제점에 대해 제대로 인식을 하지 못하고 있다는 점을 반증한다. 실제로 법제사법위원회 및 본회의 회의록을 살펴보다라도 균형법상 추행죄 개정의 의미에 대해 어느 의원도 제대로 된 지적을 한 사실이 없으며, 그 개정내용에 대한 토론도 제대로 이루어지지 않았음을 확인할 수 있다.

특히 '항문성교'라는 표현은 '계간'에 내포되어 있는 비하적인 의미를 포함하지 않는다는 점에서 그나마 개선된 점이 있다고 볼 수 있으나 이는 매우 미미한 내용에 불과하며, 특히 '항문성교'는 그 자체로 '남성간 행위'라는 의미를 내포하지 않기 때문에 향후 균형법상 추행죄가 이성간 성행위에도 적용될 것인지와 관련하여 그 불명확성은 더욱 심화되었다고 볼 수 있다.

또한, '항문성교'라는 표현은 지금까지 법률용어로 사용된 적이 없는 것인데, 항문에 성기가 아닌 손가락 등 다른 신체의 일부나 도구를 넣는 행위³⁰⁾도 포함되는지가 불분명 하여 '항문성교'의 해석에 있어서도 불명확성의 문제가 발생할 수 있다. 물론 '항문성교'에 해당하지 않더라도

30) 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제7조 제2항 등 참조.

도 ‘그 밖의 추행’에 해당한다고 해석할 수는 있겠으나, 형벌법규로서의 명확성이 충분치 않다는 점은 부인할 수 없는 사실이다.

무엇보다 균형법 폐지론의 주장을 충분히 고려하지도 않고, 특히 사실상의 폐지안과 유사한 남인순의원안을 그대로 계류상태로 두면서 위원회 대안을 만들어 급하게 개정을 함으로써, 향후 균형법상 추행죄의 개정이 더욱 어려워지게 하였다는 점은 이번 개정의 가장 큰 문제로 지적될 수 있다.

V. 결론

균형법상 추행죄는 그동안 그 입법목적대로 적용된 사례가 거의 없으며, 특히 이번 균형법 개정으로 친고죄 규정이 폐지됨으로써 균형법상 추행죄의 사문화 경향은 더욱 가속화될 것으로 예상된다. 이처럼 균형법상 추행죄는 사실상 적용사례가 거의 없음에도 불구하고 그 존재만으로 군대에서의 동성애에 대한 편견과 혐오를 조장하는 근거가 되어 왔으며,³¹⁾ 동성애자 군인의 성적 자기결정권과 평등권을 침해하였다.

이번 균형법 개정이 균형법상 추행죄의 문제점을 입법적으로 해결할 수 좋은 기회였음에도 그 기회를 활용하지 못한 것은 매우 아쉬운 일이며, 남인순의원안, 진선미의원안에 대한 검토시 균형법상 추행죄 폐지론에 대해 적극적인 논의가 이루어지기를 기대해본다. (끝)

31) ILGA(International Lesbian and Gay Association)도 전세계의 동성애 처벌 및 차별적 법률을 조사한 보고서에서, 많은 나라들이 실제로 그 법을 체계적으로 적용하고 있지는 않지만 그러한 법의 존재만으로 동성애에 대한 혐오의 문화를 조장하며, 동성애자들로 하여금 스스로를 숨기거나 자신의 진정한 모습을 드러내지 않도록 강제한다고 지적하고 있다. Daniel Ottosson, State-sponsored Homophobia, A world survey of laws prohibiting same sex activity between consenting adults, an ILGA report, 2007

군대와 균형법을 둘러싼 동성애 담론과 그 사회적 영향

- 젠더의 틀로 본 군대의 동성애 규율 -

추 지 현

서울대학교 사회학과 박사수료

1. 들어가며

성폭력에 대한 사회적 공분은 유사강간죄 도입, 강간의 객체 확대, 친고죄 폐지 등을 포함하는 2013년 형법 개정으로 이어졌다. 이에 따라 균형법 상의 성폭력 관련 규정 역시 정비되어 위 형법의 변화가 ‘강간과 추행의 죄’의 장 속에 그대로 적용되면서, 이 장에 속한 추행죄의 구성 요건에서 ‘계간’이라는 용어는 ‘항문성교’로 변경된다. 하지만 이 ‘항문성교’는 그것이 지칭하는 행위가 구체적으로 무엇인지에 대한 명확성을 결여하고 있을 뿐만 아니라 자율적인 남성 동성간의 성행위를 규율하기 위한 조항으로서의 성격이 더욱 분명해진 것이라는 해석들이 제기되면서 동성애 차별이라는 프레임을 중심으로 균형법 추행죄 조항의 폐지에 대한 논의를, 다른 한편에서는 추행죄의 표제를 ‘동성간의 간음’으로 변경하려는 법률안 발의의 백래쉬를 가져오기도 했다.

이러한 상황에서 우리는 무엇을 ‘다시’ 이야기 해야 할 것인가? 그간 차별금지법이나 균형법 추행죄, 동성혼 등 동성애자의 시민권 인정 요구 논의에서는 헌법상의 평등원칙이나 그 법리적

해석의 문제, 성적 소수자에 대한 차별, 동성애 혐오라는 의미에서 혐의의 이성애주의³²⁾에 대한 비판이나 인권과 관용의 키워드가 반복되어 왔다. 다른 한편에서는 이러한 프레임에 대한 비판적 논의 역시 전개되면서 동성애자의 법적 권리애의 요구가 기존의 지배 질서를 해하지 않는 한에서 권리 확장을 꾀하는 전략이며, 동성애를 사사회privitization하게 만든다며 자유주의적 인권 개념이나 관용 담론, 성적 지향 개념의 문제에 대하여 고민해왔다. 물론 이와 같은 문제의식들을, 기본적으로 개인에 속한 권리라는 것을 기본 단위로 전제하고 사유하는 법 형식에 기입하는 것은 그리 간단한 문제가 아니다. 즉, 법을 중심으로 '문제'를 제기하면서도, 법해석을 강고히 떠받치고 있는 사회적 담론을 동시에 변화시켜야 하는 과제를 여전히 안고 있는 것이 우리의 현실이다. 균형법 추행죄 역시 그것이 폐지된다 하더라도 이면에 작동하는 담론까지 일거에 소거하고 변화시킬 수는 없다는 점에서 다르지 않다.

이 글에서는 과연 그 위헌성과 문제점을 비판하고 있는 균형법 추행죄 폐지 이후에 과연 무엇이 올 것인가라는 문제의식 하에서 현재의 군대-동성애 담론의 의미를 정리해보고자 한다. 여기에는 하필 한국사회에서 동성간 성행위를 범죄화하는 유일한 공간이 왜 군대인지에 대한 문제의식 역시 포함되어 있다. 주지하다시피 군대는 성차별적 시민권의 기초로서 남성 중심적 사회를 다지는 기초적 제도일 뿐만 아니라 한국 사회에서는 특히 의무로 부과되는 남성만의 징병제, 병역 비리에 대한 공분, 남북 분단의 안보 상황 등 또 다른 사회적 이슈들과 결부되어 있다. 또한 많은 학자들은 '군대식'의 가치관이 한국의 사회적 시스템을 구성하는 주된 요소임을 지적한다. 이러한 점에서 볼 때, 군대는 사회 일반과 분리된 남성 동성사회라는 특수성을 갖는 공간으로만 볼 수는 없다. 이 글에서는 군대의 동성애 규율을 둘러싼 담론들이 단순히 남성과 여성간

32) 많은 페미니스트들은 강제적 이성애, 이성애주의라는 개념을 통해 동성애 혐오와 성폭력의 관계를 설명하고자 했다. 예컨대 리치는 이성애 역시 문화적 구성물임을 강조하면서, 이성애를 당연한 것으로 가정하는 것이야말로 가부장제의 토대이자 제도라 보았다. 이성애가 물리적으로 뿐만 아니라 의식의 통제를 통해 '강제'되고 있다는 점, 여성들 역시 이를 자연스러운 것으로 받아들인다는 점에서 이것을 '강제적 이성애 compulsory heterosexuality'라 일컬으며, 여기에는 동성애 금지 뿐만 아니라 성매매, 성폭력, 이성애 로맨스, 남성의 성욕에 관한 통념 등에 대한 이데올로기 역시 여성에게 강제되는 제도라 설명한다(Rich, 1993, , "Compulsory heterosexuality and Lesbian Existence", Michale AinaBarale, Henry Abelove & David M. Halperin eds., The Lesbian and Gay Studies Reader, Routledge). 즉, 강제적 이성애는 단순히 동성애를 금지시키는 것 뿐만 아니라, 이성간 성적 결합을 정상화하는 결혼, 가족제도, 고용관계, 젠더 이데올로기나 법 등 일련의 제도적 장치를 통해 작동하는 기제로 설명되는 것이다. 여기에서는 남성과 여성간의 불평등한 섹슈얼리티 체계로서 이성애주의를 광의로, 동성애에 대한 금지와 혐오를 핵심으로 하는 이데올로기를 혐의의 이성애주의로 명명한다. 후자와 전자와의 관계는 급진주의 페미니즘과 퀴어 이론 사이에서도 매우 논쟁적이며, 추가적인 경험 연구를 필요로 하는 상황이라 판단된다.

의 섹슈얼리티를 자연화하고, 동성애를 금지한다는 의미에서의 (협의의) 이성애주의를 넘어, 국가안보와 남성만의 징병제를 기반으로 남성과 여성간에 상이한 섹슈얼리티 규범을 강화시키는 광의의 이성애주의라는 이데올로기를 재생산하고 있으며, 군대는 이를 통해 비로소 유지되는 국가 장치라는 것을 설명하고자 한다.

2. 동성애자의 시민권 규율 방식

① 군대 내 동성애 규율 제도 ‘들’의 모순

군형법은 1962년 1월 20일 제정 이후 2013년 6월 19일 시행된 군형법(법률 제11734호, 이하 ‘현행 군형법’)에 이르기까지 16회에 걸친 개정 과정을 거쳐왔다. 이 법은 1946년 6월 입법된 「조선국방경비법」을 모태로 한 것으로서, 법의 적용 대상이 군인 신분이 아닌 경비대원 및 민간인에까지 확대되는 등의 문제를 보완하여 1962년, ‘군형법’이라는 이름으로 제정되었다. 제정 당시의 군형법에서는 현행 군형법에서 규정되고 있는 제92조의6 ‘추행죄’ (‘사람에 대하여 항문성교나 그 밖의 추행을 한 사람은 2년 이하의 징역에 처한다’)가 제92조 추행죄, ‘계간 기타 추행을 한 자는 1년 이하의 징역에 처한다’라는 형태로 존재하고 있었다. 이후 실무적으로는 남성과 성폭력과 동성애라는 이질적인 성격의 두 행위가 하나의 법조항을 통해 규율 가능하게 되는 문제점들로 인해 ‘계간’을 둘러싼 법개정의 논의들이 계속 이어졌다. 2001년 9월에는 이 조항의 ‘기타 추행’ 개념이 지나치게 추상적이고 불명확함을 이유로 헌법소원이 제기되었지만 그 결과는 합헌으로 선언되었다. 2004년 7월에는 ‘계간’이라는 모호하고 가치중립적이지 못한 어휘 대신 ‘위계 또는 위력’ 즉, 성폭력을 처벌하기 위한 목적으로 위 조항의 행위 수단을 변경할 것을 골자로 하는 군형법 개정안이 제출되기도 하였고, 2005년 12월에는 현행과 같이 징역형만을 규정하는 것이 과도하다는 이유로 벌금형을 도입할 것을 내용으로 하는 개정안을 국방부가 제출하기도 하였다. 하지만 2008년, 위 조항에 대하여 위헌소송이 다시 제기되었음에도 2011년, 헌법재판소는 합헌결정을 내린다.

하지만 군형법 이외에도 군대가 동성애를 규율한 군대 내 규칙과 제도들은 존재해왔다. 동성애 관련 최초의 제도는 1999년 개정된 「징병신체검사등검사규칙」이라 할 수 있는데, 1965. 6. 28 최초 시행된 위 규칙은 징병대상자 및 병역 처분의 변경 등 병역법 상의 규정 대상에 대한 신체검사와 질병에 관하여 필요한 사항을 규정하기 위해 제정된 국방부 훈령으로서, 제11조는

질병, 심신장애의 정도 및 평가기준을 적시하면서 "인격장애 및 행태장애(습관 및 충동장애 · 성주체성장애 · 성적 선호장애 등)"를 추가한다. 또한 현역 군인을 대상으로 「군인사법 시행규칙」 역시 2003. 4. 1 개정을 통해 심신장애등급표의 '신경과' 항목 83에 '성인 행태장애(습관 및 충동장애, 성적 동일성 장애, 성적 선호장애, 그 밖의 성인 행태장애)'를 분류하며 성적 선호장애를 추가하였다.

이와 같이 군대가 성적 선호장애, 성 주체성 장애와 같은 의학적 언어들을 통해 동성애를 장애의 일종으로 규정하고, 동성애자의 존재 자체를 병리화하는 방식은 군대 내 인권 문제가 공론화된 2000년대 초반을 기점으로 이들을 잠재적인 성폭력 가해자로 '호명' 하는 방식으로 가시화된다. 2003. 7 상사의 성폭행을 견디다 못한 한 사병의 자살로 군대 내 성폭력 문제가 연일 보도되고 사회적 이슈가 되자 국방부는 이 사건 직후 '2000년 이후 군내 성범죄 관련 실태 및 조사 관련 자료' 및 '군대 내 성폭력 방지를 위한 종합 대책안'을 발표하며 대응했다. 이 대책안의 주요 내용은 '장병들의 인성검사를 강화해서 성적 이상 성향자나 이상 성격 소지자를 구별할 수 있는 프로그램을 개발'하겠다는 것이었다. 앞의 규칙들이나 당시까지 동성애를 변태적 성행위로 규정하고 성적 성향 '장애'로 간주해온 법무부와 대법원의 입장³³⁾을 고려하면 성폭력의 예비적 가해자라는 '성적 이상 성향자'에는 동성애자를 포함한 성적 소수자들이 해당될 수 있는 것이었다.

이러한 군대의 동성애 병리화 담론은 동성애자에 대한 차별, 인권 논의가 확대되면서 이제 동성애자에 대한 관리와 유도, 지원의 프레임으로 변화한다. 2006. 4. 1.에는 "동성애자의 유입과 확산을 차단한다", "인성검사를 통해 동성애 성향 잠재자로 밝혀지면 보호 및 관심병사로 지정, 집중 관리하겠다", "이성애자로의 전환 희망시 적극 지원하고, 체육 활동을 통해서 성에 대한 관심을 다른 쪽으로 유도한다"는 내용을 포함한 「병영 내 동성애자 관리지침」을 내놓는다. 이에 대해 국가인권위원회는 성적 지향에 대한 조사를 금지하고 공개금지원칙을 수립할 것, 그리고 일부 내용의 수정을 국방부에 권고하였고³⁴⁾, 이후 국방부는 이를 반영하여 2009. 5. 19 시행 국방부 훈령 제1056호 「부대관리훈령」 5장 '동성애 병사의 복무' 항목을 추가하게 된다. 이 장의 조항들을 통해 국방부는 동성애자 병사의 인권을 보호하고 다른 병사들과 마찬가지로 군복무를 할 수 있도록 제반 여건을 보장함으로써 군 전력을 향상시키는 것을 목적으로 한다고 명시한

33) 2001헌바70 판결문

34) 국가인권위원회 전원위원회 06진차87 군대내 동성애자 사병에 대한 인권침해 및 차별 결정문

다. 동성애자에 대한 차별 금지를 기본 원칙으로 삼는 한편, 지휘관의 동성애자 인권 보장 의무, 상담, 아웃팅 제한, 근무 조정 등에 관한 사항을 규율함으로써 동성애자의 정체성을 인권의 프레임에서 접근하는 외향을 갖추기 시작한 것이다.

이와 같이 「징병신체검사등검사규칙」, 「군인사법 시행규칙」은 동성애자의 군입영을 제한할 수 있는 여지를 만들며 이들을 병리화 하는 담론을 바탕으로 하고 있고, 「병영 내 동성애자 관리지침」, 「부대관리훈령」 등은 군대 내 동성애자의 존재를 적극 인정하며 이들이 일련의 차별과 폭력에 노출되어 있음을 인정한다. 또한 균형법 추행죄는 동성애자들에게 성적 자기결정권이라는 추상적인 권리를 부여하면서도 동성간 성행위를 금지하고 있다. 한편에서는 동성간 성행위를 범죄화하고, 병리화하면서도 다른 한편에서는 동성애자의 인권 보호를 강조하는 일용 모순적인 상황이 존재하는 것이다. 이는 군대와 양립 가능한 동성애자 군인은 차별받는 소수자로서는 존재 가능하지만, 동성애라는 성적 실천과 관련되어서는 불가능한 존재, ‘동성에 없는 동성애자’가 되어야 함을 의미한다.

② 동성애자 군인 주체의 생산: 패싱하는 '착한 게이' 군인

그렇다면 이와 같은 ‘동성에 없는 동성애자’ 만들기의 기획은 어떤 방식으로 이뤄지고 있는가? 2008년 균형법 추행죄를 둘러싸고 위헌을 주장하는 인권운동 진영과 합헌을 주장하는 국방부나 헌법재판소는 위와 같이 ‘동성애자’와 ‘동성애’, 정체성과 행위라는 각기 상이한 대상을 각 논거의 중심에 놓으면서 위와 같은 담론을 만들어 나아갔다. 제청법원은 동성간의 성행위는 동성애라는 성적 지향의 외부적 표출로서 동성애자의 성적 자기결정권의 중요한 내용에 해당한다고 주장함으로써, 이 조항에 대한 문제제기가 단순히 동성애자 군인이 군대 내에서 자유로운 성행위를 할 수 있는 권리에의 요구가 아니라, 균형법의 기표아래 동성애를 차별하고 동성애자의 차별을 공식화하는 것에 대한 인정투쟁의 차원임을 강조하며, 행위의 문제를 다시금 정체성의 문제로 치환시켰다.

하지만 행위에 대한 금지가 곧 정체성에 대한 규율로 이어지도록 하는데 문제가 되는 것은 추행죄의 적용범위였다. 당초 위헌소송 제청법원과 인권단체 등은 이 조항이 그 규율의 시간적, 장소적, 인적 대상의 범위를 구체화하지 않고 있음을 하나의 논거로 제시하였다. 이러한 인적 적용범위의 문제는 추행죄의 구성요건이 ‘계간’에서 ‘항문성교’로 변경되는 2013년 균형법 개정 과정에서 ‘제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 사람에 대하여’를 추가함으로써, 위 행위의 대상

이 군인 등에 한함을 분명히 하는 방향으로 변경되면서 일부 보완되었다. 군인인 이상 이와 같은 행위를 영외에서 민간인을 대상으로 한 경우에도 적용될 수 있었던 문제는 해소된 것이다. 하지만 여전히 공연성 없는 자율적인 성행위라 하더라도 군인인 이상, 이것이 장교 숙소, 외박, 휴가 중의 행위라 할지라도 적용될 수 있다. 위헌소송 당시, 군대 외부에서의 동성간 성행위까지 왜 처벌되어야 하는지가 문제제기 되었지만, 당시 국방부 소속 직원은 "외부에서 일어났다 하더라도 행위자들은 역시 '군 가족' 이고 다시 군에 복귀한다"고 주장, 군대라는 공간이 이성애적 질서를 중심으로 한 '가족' 과 등치시켰다.

결국 위와 같이 군형법 추행죄를 통한 동성애에 대한 규율 방식이 의미하는 것은 군인이라는 신분에서는 영내외, 근무시간 내외를 불문하고 동성애라는 행위와 관계가 금지되는 것을 의미한다. 이로 인해 동성애자 군인은 국방부가 그토록 강조하던 '군가족' 의 '군대 기강' 을 해하지 않는 '진정한 군인' 이 되려면 복무기간동안 영내외를 불문하고 '음란한' 동성애를 하지 않는 자기 절제를 강요받는다. 즉, 동성애자 군인은 동성애라는 특정 행위와는 무관한 존재, 성적 주체로서는 불가능한 존재가 되며 오직 '같은 남성 군인' 으로만 존재하게 되는 것이다. 사실 이러한 논리에는 추행죄의 위헌을 주장한 진영 역시 마찬가지로 의존하였다. 이들은 동성애자의 존재가 군대라는 공적 공간을 오염시키지 않을 것임을 강조하며, '동성애자들이 타인에게 성행위를 감행할 위험이 없다거나 이성애자와 똑같은 업무수행능력을 가지고 기꺼이 군복무에 임할 의지가 있다는 논리, 누구보다 '성실한' 군인이라는 주장을 반복하는 동화의 전략을 펼치기도 했다. 하지만 이러한 규범적 동성애자 군인의 상에 부합하지 않는, '업무수행능력이 있어 평가가 좋지 않은 동성애자인 경우 이는 동성애 행위와는 관련 없이 원래 그러한 성격이 나타난 것' 이라며 군대 내 분란을 일으키거나 위협적이지 않은 존재라는 것을 강조하면서, 성실하고, 안전한 동성애자의 이미지를 구성해 나갔다.

③ 징병제와 헤게모니적 남성성 구축

군대 내 일련의 규정들과 추행죄를 둘러싼 논의들 속에서 '동성애자' 라는 존재는 가시화 되었지만 '동성애' 라는 여전히 부정적인 것, 비정상적인 것으로 명명되는 상황에서, 현실적으로 동성애자 군인에게 선택 가능한 것은 동성애라는 성적 지향을 비가시화시키면서, '같은 남성' 입에 호소하는 패싱passing의 전략 혹은 이러한 요구에 병역 거부의 행위로 저항함으로써 군인이라는 정체성과 시민권을 포기하는 전략 밖에 없게 된다.

이와 같은 군대의 헤게모니적 남성성에 대한 요구는 징병제를 통해 강화된다. 국방부는 징병제 유지를 위해 동성애자의 징병 면제를 인정해서도 안되고, 군대 내 동성애자의 전역 역시 허용할 수 없다고 주장함과 동시에 군인의 동성애는 '방치'되어서는 안되므로 인사 조치나 징계 조치가 아닌 형사 처벌만이 강제력을 발휘할 수 있다고 주장한다. 이미 선택이 아닌 강제로 징병되는 상황에서 군인 남성들 간의 차이를 부정하고 동성애자 군인 역시 똑같이 대한민국의 '남성 군인'이 되어야 한다는 주장은 '이성애자 군인과 똑같은 군인'이 되지 못하고 병역을 거부하는 동성애자들을 군대 안가려는 '나쁜 게이'로 만들 뿐, 군대의 어떠한 측면이 동성애자의 징병 기피로 이어질 수 있게 만드는지를 문제 삼지 않으면서, 남자라면 군대에 가야 한다는 인식, 젠더화된 군사주의만 강화시키게 된다.

실제 많은 남성 동성애자들이 동성애혐오적인 집단에서 자신의 성적체성에 기반하여 친밀감을 공유하거나 동질감을 갖기 보다는 남성성을 과장함으로써 집단에서 인정받고자 하는 전략을 취하기도 한다³⁵⁾. 남성 동성사회가 여성을 타자화함으로써 공고히 된다는 점, 성적인 언설들을 통해 동맹을 드러내는 군대에서 여성을 대상화하여 성욕을 드러내는 활동에 동참하지 않으면 동성애자로 간주되어 따돌림을 받게 되고, 집단적인 성희롱이 남성들간의 연대감을 확인하는 하나의 의식이 되는 상황에서, '동성애 없는 동성애자 군인' 만들기, '같은 남성 군인 되기'의 기획은 여성을 타자화하는 남성동성사회의 연대와 문화를 공고히 하는 역할을 할 수 밖에 없게 된다. 더구나 징병제가 계급, 학력, 성적체성, 종교 등과 같은 남성들간의 차이에도 불구하고 '나라와 가족을 지키는' 남성들 사이에 강한 동질감을 생산해내는 기제로 작동하고 있는 한국 사회의 현실을 감안할 때, '같은 남성' 되기의 답론은 이와 같은 기왕의 군사화된 남성성 유포, 이를 통해 구축되는 성별화된 질서를 강화시킬 수 밖에 없다.

국방부는 직접적으로 동성애의 범죄화가 징병제를 유지시킬 유일한 수단임을 주장한다. 동성애가 군대에 허용되고 '만연'된다면, 국가를 보위하고 국민을 보호해야할 군에 대한 일반인의 신뢰와 믿음 보다 불신과 불안이 더 커져 국민 개병제를 채택하고 병역의 의무를 남자만 부담하고 있는 현행 법령 하에서 어느 부모가 자식을 군에 보내려고 하겠냐며 제청 법원의 주장은 이유가 없다고 주장한다. 즉, 동성애를 처벌하지 않는다면 군대에 대한 신뢰도가 낮아지고, 일반인들의 징병 기피가 등장할 것이라는 주장이었다.

35) Connell, R.W.(1995), *Masculinities*, Cambridge, Polity Press: 권인숙, "군대 섹슈얼리티 분석:성욕, 남성성, 동성애 등을 중심으로", 경제와 사회, 제82호

이러한 점에서 한국 사회에서 군대의 동성애 규율이 갖는 효과는 세 가지로 정리된다. 첫째, 남성이라면 군대를 갔다 와야 한다는 성차별적 시민권 재생산을 공간으로서 군대를 표지하고, 군인을 오직 ‘남성’ 으로서만 규율하는 담론을 강화시킨다. 둘째, 동성애자를 포섭하면서도 이들의 존재를 통해 비로소 동성애의 위협을 경고, 금지할 수 있는 선언의 기회를 가질 수 있게 된다. 셋째, 남성간 성폭력의 문제를 동성애의 문제로 환원할 수 있게 된다. 즉, 동성애자는 이성애라는 헤게모니적 남성성의 요소를 표지함과 동시에 징병제 강화 담론을 재생산하며 내부의 섹슈얼리티 문제를 은폐하기 위한 군대의 구성적 타자로서 필수적으로 요구되는 존재가 되는 것이다.

3. 군인, 성적 주체로서는 과연 불가능한 기획인가?

① 사적인 것으로서 동성애: 안보논리와 동성애의 사사화

그렇다면 ‘동성애와 결부된 동성애자’, 성적 주체로서 군인이 된다는 것은 애당초 불가능한 기획이었던 것인가? 2008년 제기된 군형법 추행죄 위헌소송에서, 국방부와 헌법재판소는 동성간 성행위를 처벌함으로써 침해되는 동성애자의 성적 자기결정권이나, 이성애자와 비교했을 때 침해될 수 있는 평등권이라는 것이 처벌을 통해 얻게 되는 군대 기강, 군 전투력, 국가안보라는 공익에 비하여 부차적이라 판시하였다. 군대라는 공적 공간에서 성적 주체로서는 존재할 수 없음을 천명한 것이다.

이에 대해 인권 단체나 피고인 측 변호인, 국가인권위원회 역시 공적인 것이 대비되는 것으로서, 성적 자기결정권 뿐만 아니라 성적 지향과 관련된 개인 정보 보호, 즉 아웃팅 당하지 않을 권리를 포괄하는 의미로 사생활 보호, 사적인 권리의 보장을 요구하였다. 이들 역시 국가안보/동성애라는 공/사 구분에 대한 논의의 틀을 공유하면서 군대나 국가라는 공적 영역으로부터 '동성애자'를 보호해야하는 사적인 권리의 보루로 프라이버시권을 내세웠다. 동성애자에 대한 프라이버시권의 인정은 군대라는 공적 공간을 오염시키지 않을 것임을 주장하며 이러한 보편적 권리의 인정, 민주주의와 다원주의의 가치, 관용의 언어를 끌어들이는 것이다. 사적인 행위를 처벌하는 법률의 존재 자체가 동성애 성적 지향을 숨기고 군생활을 하는 사람들에게는 잠재적 범죄자라는 수치심과 함께 실질적인 처벌의 위협을 느끼게 한다거나, 사생활이 보장되지 않는 내무생활을 개선하고 성적 지향, 성 정체성, 학력, 외모 등에 따른 차별이 발생하지 않도록 군인들의 사생활이 보호되어야 한다는 것, 피고인측 변호인은 동성간 성행위에 대한 처벌이 필연적으로 아웃팅

의 효과를 동반하게 되어 동성에 차별이 프라이버시권을 침해한다는 주장 등이 그 논거로 등장하였다.

하지만 기실 어떤 내용의 권리라 하더라도 그것이 '사생활', '사적인 것'의 프레임에서 논의되는 한, '공적인 것'과의 법익 형량 문제를 극복하기 힘든 문제는 정초되어 있는 것이었다. 국방부는 동성애라는 사생활과 같은 국민의 기본적인 권리는 국가안전보장, 질서유지, 공공 복리를 위해 제한할 수 있다는 헌법 제37조제2항을 근거로 가져왔다. 국가 안보라는 테제가 불가침의 무엇으로 상정되고, 공익을 위해서는 사익이 희생될 수 있다는 군사주의적 가치가 지배적인 한국 사회에서 사생활로서 성적 자기결정권이나 프라이버시권 개념이 군대라는 공간이 끌어들이는 국가안보라는 공익 논거를 뛰어넘을 수 없는 것은 당연한 것이었다. 동성애와 이를 '옹호'하는 행위가 국가안보에 위해가 된다는 주장은 국방부 뿐만 아니라, 위헌소송 중인 2010년 11월 국가인권위원회를 항의 방문한 대한민국의고엽제전우회, 라이트코리아, 6·25남침피해유족회, 외국인범죄척결국민연대, 대한민국어버이연합회 회원 등 보수 집단들에 의해 반복되었고, 이들은 "동성애 허용하는 빨갱이 새끼들을 잡아야 한다", "군기강 무너지고 에이즈 확산되면 김정일만 좋아한다"고 주장했다³⁶⁾.

더구나 사생활과 그에 대한 보호와 자유라는 측면에 국한하여 동성애자의 권리를 논의하는 것은 동성애자라는 정체성과 군대라는 공적 공간이 매개되는 것을 근원적으로 부정함으로써 성적 소수자들을 폭넓은 권리로부터 배제하는 한계가 있다. 정체화 된 동성애자로 살아가는 이들의 현실은 단순히 사적인 공간에서 성적인 행위를 할 수 있는 권리나 아웃팅 당하지 않을 권리를 보장받는 것으로 해결될 수 있는 것이 아니다. 더구나 직업 군인들의 경우 가족 단위를 기본으로 하는 복지 제도로부터의 배제에서부터 해고 등 인사 상 불이익의 위협, 고용 상 차별은 물론이고, 집단주의와 같은 조직문화가 가하는 폭력적 언어 등 동성애자의 정체성을 지속적으로 불안정하게 만드는 조건은 일시적인 징병 기간이나 사적인 공간에 국한되어 있지 않다. 그럼에도 불구하고 동성애를 사적인 권리의 차원에서만 논의하는 것은 고용, 재산권 등 이들이 제기할 수 있는 사회적 권리에 관한 요구를 원천적으로 차단하는 한계 뿐만 아니라, 애당초 군대 문화라는 '공적인 것'에 대해 권리 개념으로 대항하는 담론을 구축하기 힘든 측면이 있다. 물론 그럼에도 불구하고 한국 사회에서 동성애자의 권리가 사생활 '보호'라는 방어적 개념을 중심으로 논의되어 온 것은 그러한 기본적 권리의 보장 조차 제대로 이뤄지지 못하고 있는 현실을 반영하는 것이라

36) 오마이뉴스 2010. 11. 8

http://www.ohmynews.com/NWS_Web/view/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0001474807

고 할 것이다.

② 공/사의 경계: 이성애주의와 젠더화된 섹슈얼리티 이해

그렇다면 이와 같이 추행죄에 대한 상반된 입장에도 불구하고 양측이 공유하고 있던 공/사의 경계는 과연 어떻게 만들어지고 있는가? 헌법재판소는 동성애가 군이라는 공동 사회의 군기를 보호하기 위해 처벌되어야 하는 것, 군기를 위협하는 혐오적인 것이라는 주장을 통해 이미 군기라는 것이 동성애 혐오에 더해있다는 것을 반증하며, 군기의 핵심인 남성간의 위계질서와 연대감이 동성애 혐오에 기반하고 있다는 것을 드러냈다. 그런데, 위 소송 과정에서 국방부는 여성/남성 군인간의 성행위는 군기를 해할 위험이 없는데 반해, 남성간의 성행위는 국가안보를 해한다고 주장을 반복한다. 즉, 앞서 살펴본 바와 같이 동성애자 ‘군인’은 동성애 없는 규범적 주체로 존재해야 하는 것임에 반해, 이성애 남성 군인에게는 이러한 절제를 끊임없이 입증할 것이 요구되지 않는 것이다. 나아가 부부 군인의 영내 혹은 사병의 휴가 중 영외에서 이성 군인과의 ‘성적 욕구 해소’ 역시 정당화되고 있다. 헌법재판소의 결정문에서는 절대 다수의 혈기왕성한 젊은 남성 의무복무자들은 ‘이성 간의 성적 욕구를 원활하게 해소’해야 하는 존재들이라는 것, 그리고 국방부의 의견에서는 군인의 군복무로 인한 스트레스와 억압을 성욕 해소를 통해 풀어야 한다는 기존의 통념이 판단해야할 무엇이 아니라 상식으로 선언되고 있다. 부부나 연인 사이의 성적 관계의 경우 군기를 침해하는 비정상적인 성적 행위로 보기 힘들다는 주장을 통해 이 ‘비정상’이라는 것의 의미가 성적인 과잉, 무절제 자체라기 보다는 이성애에 반하는 것임을 직접적으로 드러낸다. 즉, 남성과 여성간의 섹슈얼리티는 공적인 것의 핵심으로 간주되고 있으며, 이성애 남성은 비로소 성적 주체로서 진정한 ‘군인’이 되고 있는 것이다. 이는 성적 주체로서 군인이 된다는 것은 비이성애적 주체일때만 불가능한 기획일 뿐이며, 공적인 것은 이미 이성애중심적임을 의미한다. 국방부는 나아가 군대가 이와 같은 규범을 혼용해야할 의무가 있음을 적극적으로 주장한다. 성적 능력이 ‘왕성한’ 20대 초반의 남자를 군이라는 울타리 속에서 공동 생활하도록 구속하고 있는 상황에서 ‘올바른 가치관과 성적 개념’을 온전히 갖추도록 해주어야 하며, 동성애에 ‘노출’되거나 ‘변태적인 성적 만족 행위’를 추구하도록 군이 방치, 방조, 묵인해서는 안된다는 것이다.

그런데 이와 같은 (협의의) 이성애주의는 나아가 남성과 여성간의 상이한 섹슈얼리티 규범을 만들어내는 (광의의) 이성애주의를 구축하고 있다. 이성애적 성욕 해소를 자연화하는 담론은 남성의 성욕만을 적극적으로 인정하는 담론에 기반해 있기 때문이다. ‘군인=성욕’ 그리고 군복무

로 인한 스트레스와 억압을 성욕 해소를 통해 풀어야 한다는 기존의 통념은 판단해야할 무엇이 아니라 상식으로 선언되고 있으며 이러한 해석은 남성인 이상 동성애자 군인에게도 적용되는 것이었다.

군기, 공적인 것으로서 이성애에 대한 선언에는 단순히 남성의 성욕 해소를 자연화하는 담론 뿐만 아니라 동성애 담론의 남성중심성 역시 전제되어 있다. 동성애가 군인 ‘남성’을 중심으로 논의되는 것은 징병제라는 한국 사회의 특수성에 기반한 당연한 결과라 단정할 수 있을까? 그 간 전지강간죄를 제외하면 2010년까지 군형법상 군인의 성폭력 행위를 규율할 수 있는 조항은 추행죄 밖에 존재하지 않았으나, 법제정 이후 50여년 만에 ‘강간과 추행의 죄’라는 장이 마련되면서 포괄적인 성폭력 관련 조항이 삽입된다. 2010년 2월 3일 시행된 군형법이 ‘부녀’를 대상으로 한 강간과 피해자의 성별을 불문한 강제추행 조항을 추가하면서, 국회는 뒤늦게 ‘여군 비율의 확대와 군대 내 성폭력 문제의 심각성을 인지하고’ 강간 조항 등을 추가함을 밝히고 있다. 물론 그 입법 목적에 있어서는 ‘보호해야할 여성 군인’에 대한 이해를 명백히 하고 있다. 이들 조항의 도입을 통해 군인 여성에 대한 성폭력 발생 가능성을 인정하고 처벌에 대한 의지를 드러내고 있지만, 이와 같은 여성 군인의 증대는 같은 시기 위헌소송이 진행되고 있던 군형법 추행죄 논의에서는 함께 고려 되지 않았다. 이와 같이 군형법 속에서 여성의 섹슈얼리티는 해소해야할 남성의 성욕과 달리 완전히 비가시화되고 있다는 점 역시, 추행죄 담론 이면에 작동하고 있는 여성과 남성 사이의 상이한 섹슈얼리티 이해를 반증한다.

2013년 개정 군형법에서 제92조의2 유사강간죄가 성기를 제외한 ‘구강, 항문 등 신체의 내부에 성기를 넣거나 성기, 항문에 손가락 등 신체의 일부 또는 도구를 넣는 행위’를 별도로 규정함으로써, ‘항문성교’가 이와 대비되어 동성간의 자율적인 성행위, 특히 남성 동성간의 그것을 지칭한다는 점이 더욱 분명해진 점 역시 가시화된 섹슈얼리티는 남성의 그것에 국한된 것이라는 알 수 있게 한다. 변경된 구성요건으로서 ‘유사강간’에 해당하지 않는 ‘항문성교’란 여성 동성간에는 현실적으로 적용되기 힘들기 때문이다.

남성들만의 징병제를 근간으로 하는 한국의 군대에서 동성애가 남성을 중심으로 논의되어 온 것은 일응 당연한 듯 보이지만, 그간 동성애 담론이 남성들간의 섹슈얼리티는 적극적으로 인정해온데 반해, 여성들의 그것은 정서적, 감정적 측면만을 부각시키면서 전자를 더욱 위험한 것으로 간주해온 그 남성중심성은 군대의 동성애 규율 담론 속에서 반복되고 있다.

4 성폭력의 신화 강화

(1) 과잉성애화: 남성간 '성폭력'의 비가시화

물론 남성 성욕에 대한 강조에도 불구하고, 동성애자 남성 군인은 이성애적 질서에 반한다는 이유로 더욱 위험한 것으로 과잉성애화 된다. 기실 군대 내 동성애 논의에서 남성 동성애에 대한 막연한 공포의 핵심은 이 성욕과 관련되어 있다. '상급자가 같은 성적 지향을 가지지 아니한 하급자를 상대로 동성애 성행위를 감행할 가능성이 높다'는 헌법재판소의 입법 목적에 대한 설시에서 드러나듯, 동성애는 언제든지 상대방을 '덮칠' 수 있는 가능성, 성적 욕구의 과잉으로 인하여 잠재적인 성폭력 유발 인자로 간주된다. 때문에 국방부는 상급자가 직접적인 폭행이나 위력을 행사하지 않는 경우에도 하급자가 스스로 원하지 않는 성적 교섭행위에 연관될 '개연성'이 높기 때문에 강제에 의한 추행과 비강제에 의한 추행을 구별할 '필요' 조차 없다고 말하며 성폭력과 동성애자를 겹쳐놓는다.

물론 앞서 언급한 바와 같이, 성적 이상성향자라는 동성애자가 하필 성폭력의 잠재적 가해자로 호명하는 군대의 태도는 이전부터 발견된다. 2003. 7 상사의 성폭행을 견디다 못한 한 사병의 자살로 군대 내 성폭력 문제가 연일 보도되고 사회적 이슈가 되자³⁷⁾ 국방부는 이 사건 직후 '2000년 이후 군내 성범죄 관련 실태 및 조사 관련 자료' 및 '군대 내 성폭력 방지를 위한 종합 대책안'을 발표하며 대응했다. 군대 내 성폭력과 갈등의 책임 소재를 강압적인 군대 문화나 계급에서 비롯되는 위계적 권력관계에 기한 것으로 보기 보다는 성적 성향에 의한 것으로 보는 이러한 태도는 비단 국방부에만 국한된 것이 아니었다. 위 사병의 자살사건 직후 사회 일반의 반응 역시 동성애자의 변태적 행위 혹은 성욕이 강한 젊은 남자들을 가둬두어 그랬을 것이라는 것이 었다³⁸⁾.

동성애자가 성폭력의 피해자가 되는 경우에도 해법은 동성애 규율로 나타난다. 2005년 7월 발생한 동성애자에 대한 성희롱 사건에 대한 국방부의 대응 역시 남성 간 성폭력을 동성애의 문제로 간주하는 인식을 드러냈다. 이 사건 성희롱의 피해자는 상담 중 동성애자임을 밝혔던 사병

37) 2003. 7. 13 한겨레 신문이 육군 김일병의 자살소식을 전했고, 다음날부터 모든 일간지들이 군대 내 남성간 성폭력에 대한 기사를 실으면서 한동안 화제가 되었다.

38) 국가인권위원회, 2004, "군대 내 남성간 성폭력"

이었고, 동성애자임을 입증하라는 군 간부의 요구에 성관계 사진까지 제출하였다가 병영 내 이 사실이 알려지게 되고, 따돌림과 성희롱을 당한 후 국가인권위원회에 진정을 제기하면서 사건 내용이 공론화 된 바 있다. 하지만, 사건 직후 국방부가 내놓은 해결책은 다시 동성애자를 모든 갈등의 중심에 놓는 것이었다. 물론 국방부는 이 사건을 기회로 「부대관리훈령」 개정을 통해, 동성애자에 대한 차별 금지를 기본 원칙으로 삼는 한편, 지휘관의 동성애자 인권 보장 의무, 상담, 아웃팅 제한 등에 관한 사항을 규율함으로써 동성애자의 인권 문제에 적극적인 대응 의지를 표명한다. 즉, 국방부는 동성애를 성폭력의 잠재적 유발인자로 호출하면서도 다른 한편 동성애자들이 성희롱을 포함한 일련의 폭력에 노출되어 있음을 인정한다. 하지만 과잉 성애화 되어버린 동성애자들은 오히려 성폭력의 피해자가 되는 순간에도, 성폭력이 성적 욕망에 기인한 것이라는 통념으로 인해, 성욕 해소에 적극 참여한 동성애자로 인식될 뿐, 그들의 경험은 피해로서 인정받지 못하게 된다³⁹⁾. 이와 같이 동성애를 성폭력의 원인으로 지목하면서도, 동성애자를 그 피해 가능한 대상으로 인정해야 하는 모순된 상황에서 군대는 이들을 보호의 대상으로 삼되, 성적 결정권은 인정하지 않게 만드는 방식 즉, 이들의 권리를 동성애자임을 ‘아웃팅 당하지 않을 권리’로 국한되게 만들었다.

이와 같이 성폭력의 원인을 성적 지향과 성향의 문제로 치환하고, 정신의학적 언어들을 동원하여 동성애를 장애로 규정하며 병리화 시키는 담론은, 강간하는 남성은 정신적, 정서적으로 질병이 있는 사람들로, 보통의 이성애 남성은 강간을 하지 않는다는 신화, 강간은 낯선 존재들에 의해서만 일어난다는 신화를 강화시킨다. 즉, 다수의 이성애 남성 역시 남성애에 대한 성폭력의 가해자가 될 수 있음은 은폐되는 것이다. 더구나 이러한 담론은 성폭력의 문제를 성욕의 문제로 등치시킨다. 남성의 성욕이 하필 동성애자에게는 더욱 과잉되어 있다고 할 때, 이들이 성폭력을 유발한다는 주장과의 필연적 연관성도 여기서 도출된다. 때문에 동성애자들은 동성 사회라는 군대 공간이 만들어 주는 기회 구조로 인해 성폭력 발생 가능성을 높이는 것으로 간주된다. 이와 같이 군대 내 남성간의 성폭력을 성적 욕구와 성적 지향의 문제로 환원시키는 것은 동성애 혐오를 재생산한다는 점을 넘어, 성폭력 발생의 매커니즘이나 군대 문화에 대한 이해로 나아가지 못하는 한계를 가질 수 밖에 없다.

39) 국가인권위원회, 2005, “국가인권정책기본계획 수립을 위한 성적 소수자 인권 기초현황조사”:권인숙, 2009, "징병제하 인권침해적 관점에서 군대문화 고찰", 민주주의와 인권, 9권2호

(2) 군대 내 성폭력에 대한 젠더화된 이해

앞서 살펴본 ‘남성 군인의 해소해야할 성욕’과 같이 남성/여성간의 섹슈얼리티에 대한 상이한 이해는 남성의 섹슈얼리티가 해소되어야 할 상태로 도처에 깔려 있는 것을 전제로 하며 여성의 섹슈얼리티는 성욕이 없는 것이라는 관념과 함께, 여성이 남성을 유혹하고 성폭력을 유발한다는 관념과 연결된다. 이와 같이 남성은 성욕이 강하기 때문에, 여성은 무분별한 남성의 성충동으로부터 안전하기 위해 경계해야 하고, 때문에 일단 피해자가 원인제공에 대한 책임을 져야 한다는 논리는 성폭력 피해를 입증하기 위하여 여성이 유혹하지 않았음을 스스로 입증하게 만든다. 이는 현행 군/형법이 그 대상을 ‘부녀’에서 ‘사람’으로 변경하였음에도 여전히 그 수단으로서 협의의 폭행, 협박을 요건으로 규정하고 유사강간과 법정형을 차별화 함으로써 남성 성기를 여성의 질에 삽입하는 행위를 성욕 ‘해소’라는 남녀 성관계의 핵심으로 기술하고 있는 태도에서도 나타난다. 이와 같이 성폭력이 남성의 성욕에 의한 것이라는 담론은 남성간 성폭력에 대하여는 동성애를 과잉성애화 함으로써, 이성간 성폭력에 있어서는 피해 여성에게 저항할 수 없는 폭행, 협박이 있었는지 유무로서 책임을 묻는 방식으로 상이하게 해석되면서 이성애 남성 군인의 지위는 성폭력의 가해 혐의로부터 안전지대를 점하고 있다.

이성애/동성애 여부 뿐만 아니라 피해자의 젠더에 따라 성폭력을 달리 해석하는 것은 폭행, 협박이라는 수단의 요부 뿐만 아니라 보호법익의 해석에서도 드러난다. 위헌 소송 당시 강제추행과 강간 조항과 달리 ‘계간’은 비친고죄로 규정되어 있었다. 이러한 모순을 합헌성으로 지지하는 담론에는, 남성애 대한 성폭력은 전투력 및 군대 기강과 직결되어 있으므로 친고죄로 규정할 수 없지만, 이성간 성폭력 행위는 개인적 차원의 문제이기 때문에 친고죄로 규정된다는 논리가 내재되어 있었다. 균형법상 친고죄 조항의 문제점과 관련하여서는 현행 균형법 개정 이전부터 논의가 제기되어 왔고, 균형법상의 강간, 강제추행 조항의 친고죄 규정을 없애야 한다는 개정안이 제출된 바 있는데,⁴⁰⁾ 이들 법률안에 대해 국회 법제사법위원회는 "가해자와 피해자의 갈등 해소와 사생활의 비밀 존중을 위해" 여성에 대한 성폭력 범죄를 비친고죄화 하는 것을 보류하여야 한다며 여군에 대한 성폭력이 남성과 여성간의 ‘사적 자치’를 통해 해결되어야 할 문제임을 주장했다. 이러한 논의는 당시 국회 뿐만 아니라 위헌소송 과정에서도 반복되어, 국방부는 이 자료를 인용, 제출하며 남성 군인간의 성폭력은 그 보호법익이 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’ 보호를 우선으로 하는 사회적 법익임을 강조한다. 이와 같이 여군에 대한 남성 군인의 성폭력은 피해자/가해자간의 자율적 갈등 해소가 중요한 개인적 법익인데 반해, 남성 군인간의

40) 김옥이 등 2009, 법제사법위원회 2009, 최영희 등 2008의 ‘균형법 일부개정안’

성폭력 규제는 군이라는 남성동성사회의 군기를 위한 공적인 것이라는 논리를 통해 성폭력 피해자의 성별에 따라 처벌의 의지가 상이하게 선언되는 것이다. 물론 2013년 형법 개정과 함께 균형법이 보여주는 남성과 여성 군인에 대한 상이한 보호법익에 대한 이해는 친고죄 폐지나 강간죄의 대상을 '부녀'에서 '사람'으로 확대함으로써 외견상 사라진 듯 보인다. 하지만 담론의 층위에서 존재하는 성폭력 피해자로서 남성과 여성에 대한 차별적 인식, 섹슈얼리티에 대한 사적인 것과 공적인 것의 경계가 법개정과 동시에 사라질 것인지는 의문이다.

5. 나아가며

군대의 동성에 규율의 의미를, 균형법 추행죄 뿐만 아니라, 이것이 놓여 있는 '강간과 추행의 죄'의 여타 조항, 군대 내 규칙과 훈령 등과의 관계를 통해 살펴보았다. 이와 같이 군대의 동성에 규율을 둘러싸고 있는 담론들은 동성애자에 대한 차별, 인권 논의를 넘어, 남성만의 징병제, 남북 분단의 안보 상황과 군사주의에 대한 강박 뿐만 아니라 (협의의)이성애중심적인 공/사 개념의 기획과 결부되어 있으며, 이것들은 다시 동성애/이성애자 뿐만 아니라 남성과 여성 군인의 섹슈얼리티를 상이한 방식으로 통제하는 (광의의)이성애중심적인 담론들을 재생산하고 있다. 그리고 이를 통해 성폭력 피해 여성에게는 적극적인 저항에 대한 입증을 요구하고, 성폭력 피해 남성에게는 동성애자라는 오명을 덧씌우면서 이성애 남성 군인은 섹슈얼리티 해석의 중심이 되고 있다.

따라서 추행죄를 둘러싼 논의는 성적 소수자에 대한 인정과 관용을 넘어, 징병제와 이를 통해 정당화되는 헤게모니적 남성성, (광의의)이성애중심적인 성폭력의 법담론 속에서 언어화 되지 못하는 여성과 비이성애적 주체들의 경험을 담아내려는 시도로서 계속되어야 할 것이다. 군대와 동성애를 둘러싼 쟁점과 논의의 범위가 성적 소수자로부터 성폭력, 젠더, 군사주의의 교차 문제로 이해될 때 균형법 추행죄의 효과와 한계에 대한 사회적 공감대와 사회 운동 간의 연대 역시 확장될 수 있을 것으로 기대한다. (끝)

범죄화와 시민권의 간극 - 균형법 제92조의6과 성소수자 운동

한 가 람

(공익인권변호사모임 희망을만드는법 변호사)

1. 들어가며

이 글은 성소수자와 관련한 제도적 규율 가운데 균형법상 ‘추행’ 죄⁴¹⁾가 차지하고 있는 의미와 위치를 짚어보면서, 이를 바탕으로 이제까지의 균형법상 ‘추행’ 죄 폐지 운동을 반성적으로 돌아보며 앞으로의 운동의 방향을 모색해 보기 위한 것이다. 이를 위하여 성소수자와 관련한 제도적 이슈와 이에 대한 운동의 맥락에서 균형법상 ‘추행’ 죄를 살펴보고자 한다.

2008년 균형법상 ‘추행’ 죄를 적용한 대법원 판결과 이 조항에 대한 군사법원의 위헌법률심판 제청으로 촉발된 이 조항의 폐지운동은 다양한 국면을 거친 극적인 사건으로서 지금까지 이어져 왔다. ‘현존하는 차별적/탄압하는 법률에 대한 싸움’으로서 이 운동은 법조항의 효력을 상실시킬 수 있는 헌법재판소, 이 조항을 개정 또는 폐지할 수 있는 국회, 이 조항의 유지가 필수적이라고 주장하는 국방부, 이 조항에 대해서 비판적인 공식적인 입장을 낼 수 있는 국가인권위원회 등 여러 국가기관과 직접적으로 만나는 일이었고, 이는 현재에도 계속되고 있다. 뿐만 아니라 이를

41) 균형법 제92조의6은 구 균형법 제92조에 있던 것이 제92조의5로, 다시 제92조의6으로 개정하는 과정을 거쳐왔다. 이 조항들을 통칭하는 의미로 균형법상 ‘추행’죄라는 용어를 사용한다. ‘추행’이라고 표기하는 이유는 우리가 일반적으로 생각하는 성폭력으로서의 (성)추행이라는 말을 법문에 쓰고 있지만, 대법원과 헌법재판소에 따르면 이 추행의 내용은 실질적으로 ‘동성에 성행위’이므로 성폭력으로서의 추행과 구분하기 위함이다. 법적으로 동성 간 성행위는 말 그대로 ‘추한 행위’인 것이다. 이러한 ‘추행’이라는 용어는 그 자체로 많은 오해를 불러일으키고 있고(성폭력을 처벌하는 법률로 보이므로), ‘(남성)동성에 =성폭력’이라는 도식을 강화함으로써, 이 조항의 폐지에 관한 논의지형에 커다란 영향을 미치고 있다.

둘러싼 사회적 여론의 장에서의 싸움 역시 각 국면마다 격렬하게 이루어져 왔다.

그럼에도 이 운동을 정리하고 성찰함으로써 운동의 방향과 전략을 점검할 수 있는 장은 많지가 않았다. 그래서 이 발제의 제안은 오히려 논의의 시작을 제안하는 것이기도 하다. 아래에서는 거칠게나마 이러한 활동의 과정을 살펴보고, 이 운동에 참여하는 주체들 가운데 특히 이 조항의 폐지를 핵심의제 중 하나로 제기해 온 성소수자 운동의 맥락에서 전망을 모색해 보려고 한다.

2. 균형법상 ‘추행’ 죄: 불법으로서의 동성애

(1) 성소수자 관련 법제의 양상과 흐름

성소수자와 관련한 현존하는 법제도의 양상은 1) 성소수자에 대한 인권침해적이거나 차별적인 제도, 2) 성소수자에 대한 차별과 폭력을 방지하고 인권을 옹호하는 제도, 3) 필수적 제도의 공백상태 등으로 크게 나누어 살펴볼 수 있다. 구체적인 예를 뒤에서부터 살펴본다면, 필수적 제도의 공백상태로서는 성소수자 가족구성권 보장에 대한 법제도적 공백, 인권 보장을 위한 법제도로서는 성적지향을 이유로 한 차등대우를 평등권침해의 차별행위로 규정하고 있는 국가인권위원회법, 인권침해적이거나 차별적인 법제도로서는 균형법상 ‘추행’ 죄 등을 들 수 있다.⁴²⁾

이러한 제도적 현실이 표상하고 있는 성소수자는 각각 1) 불법적 또는 규제대상으로서의 존재, 2) 권리의 주체, 3) 법 바깥의 존재로서, 거칠게 말하면 성소수자는 이 속에서 시민, 2등 시민 또는 비시민, ‘불법사람’의 지위를 넘나든다. 문제는 이러한 지위가 시시때때로 변한다기보다는 동시적으로 경험된다는 것이다. 지금 여기에서 성소수자는 시민일 가능성과 비시민일 가능성, 불법적인 존재일 가능성을 함께 가지기도 하고, 상징적 차원에서도 그러한 위치를 차지한다. 이러한 제도적 현실 속에서 성소수자는 복잡하고 모순적인 시민적 지위를 가진다.

위와 같은 분류가 시사하듯, 성소수자에 관한 법제도는 한 번에 시민권을 확보하는 방향으로 만들어지지는 않는다. 역사적 또는 논리적으로 성소수자와 관련한 법제도의 변화는 어떠한 순차적인 흐름 속에 놓일 수 있는 것이다.

샌드라 프레드먼(Sandra Fredman)에 의하면 성적지향과 관련한 법제의 역사는 크게 세 가지 차원으로서, 첫 번째로는 비범죄화와 법 앞에서의 형식적 평등, 두 번째로는 동성 파트너십의 동

42) 이러한 분류는 하나의 제도가 위의 카테고리 중 어느 하나로 언제나 나누어진다는 의미는 아니다. 성전환자 성별변경과 관련한 제도는 대법원의 판례와 예규를 통해 인권보장의 필수적인 제도로서 마련되어 있지만, 한편으로는 그 요건으로 규정된 사항들이 성별을 변경하려는 성전환자의 인권을 침해하기도 한다.

등 인정, 세 번째로는 괴롭힘과 범죄를 포함한 모든 종류의 차별로부터의 보호로 나누어 살펴볼 수 있다.⁴³⁾ 이와 유사하게 유럽 국가에서의 성적지향 관련 법제의 역사를 순서적으로 보아, 첫 번째 단계로서 비범죄화와 그에 동반하거나 뒤이은 성관계 동의가능 연령의 평등, 두 번째 단계로서 차별방지법제의 도입, 세 번째 단계로서 동성 파트너십과 양육의 권리 법제화로 분석하기도 한다.⁴⁴⁾

(2) 균형법상 '추행' 죄의 위치

위와 같은 단계적 접근은 (단순화된 도식의 함정이 있을 수 있지만) 성소수자 관련 제도 운동에 있어 유용한 사고의 틀을 제공해준다. 논리적으로도 불법화된 존재에 대해 차별방지법제가 만들어지기는 어렵고, 동등한 시민이라는 인식이 있어야만 그 집단에 대해 가족구성권이라든지 폭력을 방지하기 위한 제도적 노력이 보다 촉발되기 때문이다.⁴⁵⁾ 이에 따라 한국사회가 어떠한 제도적 수준에 놓여 있는지, 그리고 성소수자 운동이 제기하는 제도들의 관련성은 어떠한지를 보다 체계적으로 파악할 수가 있게 된다.

이러한 관점에서 보면 균형법상 '추행' 죄가 존재한다는 것은 가장 기초적인 제도적 문제가 해결되지 않았다는 것을 의미한다. 이는 합의에 의한 동성애 성행위를 처벌하는 '동성애 범죄화'⁴⁶⁾의 수준에 머물러 있다는 것을 뜻하기 때문이다. 따라서 한국은 국제적으로 동성애 처벌국

43) Sandra Fredman, *Discrimination Law*, Oxford University Press, 2011, p. 86. 류민희, 「동성결합의 법적 쟁점과 제도화 가능성」, 『동성 결합 제도화의 의미와 법적 쟁점』 (제2회 SOGI 콜로키움 자료집), 성적지향·성별정체성 법정정책연구회, 2013, 3쪽에서 재인용

44) Kees Waaldijk, *Small Change: How the Road to Same-Sex Marriage Got Paved in the Netherlands*, *Legal Recognition of Same-sex Partnerships: A Study of National, European and International Law*, Hart Publishing, 2001, pp. 439-440

45) Waaldijk은 이러한 단계가 두 가지 의미를 함축한다고 설명한다. 그 하나는 보통 전 단계의 상황이 발생하여야 뒤의 단계가 가능해진다는 것이다. 예를 들어 동성애 행위에 대한 형사처벌 가능성이 있는 상태에서는 논리적으로 성적지향을 이유로 한 고용상 차별을 법적으로 금지하기 어렵다. 더 중요한 것으로서 두 번째는, 각 단계가 다음 단계로 나아가도록 촉진하는 요소로 작용한다는 것이다. 예를 들어 일단 입법부가 동성애적 성적지향을 이유로 하여 차등대우를 하는 것을 부당하다고 하고 나면, 같은 입법부가 가족법에서 차등대우를 고수하는 것은 설득력이 낮게 된다. 위의 책, p. 440

46) 균형법상 '추행'죄는 동성애적 성적지향이나 동성을 향한 애정 자체를 처벌하는 것이 아니라 동성 간 성행위를 불법화하고 있다는 점에서 '동성애 범죄화'라는 말이 적절인지에 대한 의문이 있을 수 있다. 보다 정확하게는 분명 동성 간 성행위에 대한 범죄화라고 할 수 있다. 이를 동성애 범죄화라고 일컫는 순간, 동성애는 오직 성적 행위로만 비쳐질 수 있고 이에 따라 이미 과잉성애화된 (남성)동성애에 대하여 낙인이 심화될 수 있다. 그러나 다른 한편으로는 동성애와 동성 간 성적 행위가 구분된다는 주장은 사랑과 섹스의 이분법이 되어 '동성애 없는 동성 간 성행위', '동성 간 성행위 없는 동성애(자)'를 상정하게 하고, 그리고 이것은 다시 국방부의 '동성애(자)'를 처벌하는 것이 아니라 성적행위로서의

가로 분류되지 않는 경우가 많더라도, 동성에 처벌국가로 보아야 하는 것이 타당할 수 있다.⁴⁷⁾

그런데 균형법상 ‘추행’ 죄는 군대라는 한정된 공간 또는 군인이라는 한정된 인적 범위에만 적용되므로 유럽 국가들과 같은 범죄화와는 다른 의미를 가지지 않을까? 그러나 다음과 같은 점들을 고려하면 법적으로, 또 사회적으로 꼭 그렇지만도 않다.

1) 한국은 징병제 국가로서 사람들은 군대를 가는 것을 ‘선택’하지 않는다. 국가가 설정한 기준-남성, 장애, 나이, 학력 등-에 따라 징집되고, 징집의 대상은 상당수의 남성, 그 징집 심사의 대상은 사실상 ‘모든 남성’이다. 따라서 이 조항은 한국 남성들에게 일반적으로 적용되는 조항이라고 볼 수 있다. 특히 이 조항은 군인이 적용대상으로서, 영내에서의 행위뿐만 아니라 영외의 사적공간에서 이루어진 성행위까지 규제한다는 점에서 더욱 그렇다.⁴⁸⁾ 일부 지역에만 적용되는 범죄화 조항이 일반적 범죄화 조항이 아니라고 할 수 없듯, 이 조항은 군인이라는 집단에 대한 일반적 범죄화 조항이라고도 할 수 있다. 뿐만 아니라 징집되는 남성을 ‘보내는’ 가족들, 친지들을 고려한다면 이들에게도 이 조항의 영향은 확산된다.

2) 대법원과 헌법재판소는 이 조항에 근거하여 동성에 성행위를 “객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 성적 만족 행위”로 판단함으로써,⁴⁹⁾ 다른 성적지향과 관련한 제도, 예를 들어 법원 또는 헌법재판소의 동성혼의 인정, 입법부에서의 차별 방지법제 도입 등에 있어 영향을 끼치게 된다. 동성애가 ‘객관적으로 혐오감을 일으키고, ‘선량한 성적 도덕관념에 반’ 한다고 한다면, 사법적/입법적 판단에서 동성애를 차별적으로 평가할 수

추행을 처벌하는 것’이므로 성적지향을 이유로 한 차별이 아니라는 주장(제2차 UPR 권고 사항에 대한 정부의 의견), ‘동성애자 병사의 인권은 보장하지만 동성애자의 모든 성적 행위는 불인정’이라는 모순적 규범(「부대관리훈령」)으로도 이어진다. 따라서 이러한 논의는 균형법상 ‘추행’죄를 둘러싼 핵심적 문제이기도 하다. 한편, 논란의 여지가 있지만 이 조항은 기본적으로 남성 간 성행위에만 적용이 되는 것으로서, 또 보다 정확하게 하면 이는 남성 간 성관계의 범죄화라고 할 수 있다. 그러나 이것은 이러한 좁은 의미를 가지기 보다는 바로 뒤에서 보듯 일반화된 범죄화로 볼 수도 있고, 또 실제 적용에서도 확대될 가능성 역시 있다. 이 글에서는 이 균형법 조항에 대하여, 일반적으로 사용하는 ‘동성애 비/범죄화(de/criminalization of homosexuality)’라는 말을 주로 쓰되, 필요에 따라서 ‘남성 간/동성 간/동성애 성행위에 대한 비/범죄화’ 등으로도 서술한다.

47) 토리, 「균형법 추행죄의 위태로운 존속」, 『글로벌 포인트』 창간준비호(2013. 10.), 지구 지역행동네트워크, 52쪽

48) Alvin Lee, Assessing the Korean Military's Gay Sex Ban in the International Context, *Law & Sexuality: A Review of Lesbian, Gay, Bisexual & Transgender Legal Issues*, Vol. 19, 2010 참조. Lee는 이 조항을 일반적 동성애 성행위 금지 규정이라고 보면서, 이 때문에 이 조항의 존재가 한국이 가입돼 있는 국제인권법의 중대한 위반이라고 평가한다.

49) 대법원 2008. 5. 29. 선고 2008도2222 판결, 헌법재판소 2011. 3. 31. 선고 2008헌가 21 결정

있다.

3) 실제로 한국 정부는 2011년 85개국이 서명한 “성적지향 및 성별정체성에 근거한 폭력과 인권침해 근절” 공동 선언에 동성에 비범죄화를 촉구하는 내용이 들어있다는 점과 관련해서 균형법상 ‘추행’ 죄를 이유로 서명을 거부하였다고 알려지는 등,⁵⁰⁾ 이 조항의 존재는 국제인권영역에서 한국 정부가 성적지향성별정체성 관련 인권을 옹호하는 데 있어 장애물로 작동하고 있다. 이러한 정부의 시각이 지역별 학생인권조례에 대해 “성 소수자 부분은 성에 대한 가치관이 확립되지 않은 청소년에게 그릇된 인식을 심어줄 우려가 있고 사회적 혼란을 야기할 수 있음”이라는 의견⁵¹⁾으로도 연결된다고 할 수 있다.

4) 이 조항의 존속 이유가 한국사회의 군사주의와 안보논리와 결합되어 있다는 점과 결부하여 보면, 이 조항의 사회적 영향력은 전 사회에 미친다. 국방부는 이 조항 존속 필요성을 계속해서 ‘천안함 사건’ 등 분단현실과 연관지은 바 있고,⁵²⁾ 보수개신교계를 비롯한 반동성애단체⁵³⁾뿐만 아니라 종교색이 없는 보수단체들 역시 국가안보를 이유로 이 조항을 지지한 바 있다.⁵⁴⁾ 이러한 주장은 ‘동성에 허용=사회적 혼란=국가안보 위협’이라는 도식 속에서 군대 내에서뿐만 아니라 사회적으로도 동성애는 위협적인 것이 된다. 동성애가 사회적 위협이라는 인식은 일반적 동성애에 대한 금지의 의미와 크게 다르지 않다.

이러한 점들을 고려하면 균형법상 ‘추행’ 죄는 형식과 실질에 있어서 일반적 동성애의 금지, 동성애 범죄화로 파악된다. 그렇다면 아직 한국은 국가인권위원회법이나 일부 지역의 학생인권조례에도 불구하고 가장 기초적인 문턱-그것도 높은 문턱-을 남겨둔 것이나 다름이 없다. 이 조항이 ‘정당성’을 유지하는 한, 국가인권위원회법도 사실 위태로울 뿐만 아니라 차별금지법제나 가족구성권 보장을 위한 법제의 도입도 쉽지 않을 수 있다.

50) 토리, 「동성애 부정과 혐오로 군대라는 ‘성적 가정’을 유지하기」, <인권오름> 제246호 (2011. 4.)

51) 교육부, 전라북도 학생인권 조례(안) 입법예고에 대한 의견(제38조 관련), 2013

52) “우리의 경우는 최근 천안함사건에서 나타났듯이 전쟁이 종결된 것이 아닌 휴전중인 상태로 어느 나라보다 안보에 대한 중요성이 강조되는 분단국가로서 군의 기강유지가 다른 국가들에 비해서 강조되어야 하며(…)” 헌법재판소 2008헌가21 균형법 제92조 위헌제정 사건 공개변론 중 국방부장관 대리인의 변론, “군 특수성과 남북분단의 현실을 고려해 볼 때, 군대 계간 등 추행행위로 인한 부대 분위기는 군기강과 직결되는 사안으로(…)” 위 사건에 관한 국방부장관 추가의견서(2012. 6. 18.)

53) “군대 내 동성애 퍼지면 대한민국 군대 무너진다” ‘바른 성문화를 위한 국민연합’의 피켓 문구(2010. 12.)

54) “동성애를 허용하는 자들은 대한민국을 파괴하려는 자들이다” 국가인권위원회의 헌법 재판소에 대한 균형법 제92조에 관한 위헌의견제출 결정 이후 국가인권위원회에 난입한 ‘대한민국 어버이연합’의 주장(2010. 11.)

(3) 소결

이러한 관점에서 균형법상 ‘추행’ 죄는 성소수자⁵⁵⁾를 국가와의 관계 속에서 비시민 또는 ‘불법’화된 존재로 삼는 것으로서, ‘성소수자 인권 관련 제도 마련의 문턱 또는 위협’으로 존재한다. 이 조항은 군대 내 동성애(자) 인권의 문제이기도 하지만 이를 넘어서 사회적·제도적 효과를 낳는다. 그렇다고 이 조항이 반드시 없어져야만 성소수자 인권보장을 위한 제도마련이 가능하다는 것은 아니다. 오히려 이 조항의 존치가 한국사회의 강력한 군사주의, 국가안보 논리와 결합하여 있다는 점에서, 균형법상 ‘추행’ 죄의 폐지는 차별과 폭력을 방지하고자 하는 법제의 형성보다 더 어렵거나 늦을 수도 있을 것이다. 그렇다 하더라도 이 조항은 동성애를 범죄화함으로써 논리적으로든 실질적으로든 위와 같은 기능을 수행하게 된다.

따라서 이러한 자리매김을 통해 균형법상 ‘추행’ 죄 폐지운동을 성소수자의 제도 관련 운동과 연관시켜 보면 그 관계성이 드러난다. 다음 장에서는 이를 고려하면서 제도 관련 성소수자 운동의 전반적인 시각 속에서 이제까지의 균형법상 ‘추행’ 죄 폐지 운동의 흐름을 살펴보고자 한다.

3. 균형법상 ‘추행’ 죄 폐지 운동의 흐름

(1) 균형법상 ‘추행’ 죄 폐지 운동의 배경

균형법상 ‘추행’ 죄 폐지운동은 2008년의 대법원 판결과 구 균형법 제92조에 대한 군사법원의 위헌법률심판제청으로 본격화되었다. 그러나 이러한 외부적 요인만으로 촉발된 것은 아니었다. 이 무렵 동성애자인권연대와 한국계이인권운동단체 친구사이는 군대 내 동성애자 인권 보장을 위한 프로젝트를 공동으로 진행하고 있었고, 이 프로젝트의 성과로 위 두 단체와 공익변호사그룹 공감, 한국성폭력상담소 등이 모여 2008년 ‘군 관련 성소수자 인권침해차별 신고 및 지원을 위한 네트워크(이하 ‘군 네트워크’)'를 발족하였다. 이후 군 네트워크를 중심으로 균형법상 ‘추행’ 죄 폐지 운동이 진행되기에 이른다.

군 네트워크의 발족은 2006년과 2007년에 각각 발생한 군대 내 동성애자 인권침해 사건⁵⁶⁾이

55) 이 조항은 동성애 성행위를 문제삼는다는 점에서 모든 성소수자를 아우르는 이슈가 아닐 수 있다. 그렇지만 사회적으로 성적지향에 대한 문턱은 성별정체성에 관한 문턱으로 작용한다. 실제로 보수개신교를 비롯한 반동성애단체들은 동성애와 트랜스젠더를 비슷한 이유를 가지고 동시에 문제삼고 있다.

직접적인 계기가 되었다. 이전에도 군대 내 동성애자 인권침해가 보고되어 왔으나, 성소수자 단체들이 이 사건들에 적극적으로 대응하면서 이슈화가 되었고, 국방부 역시도 「병영 내 동성애자 관리지침」을 만드는 등의 반응이 있었다. 이 사건들에서 군형법상 ‘추행’ 죄가 직접적으로 적용되지는 않았으나, 군대 내 동성애혐오를 상징하는 이 조항은 중요한 문제로 제기되었다.

한편, 2000년대 초반부터 청소년보호법 시행령상 청소년유해매체물 심의기준에 대한 개정운동 등 성소수자 관련 제도에 관한 활동들이 본격화되었고, 특히 2007년 법무부의 차별금지법안에서 성적지향이 차별금지사유에서 삭제된 것으로 촉발된 차별금지법 투쟁은 성소수자들과 연대운동의 참여를 이끌어내며 다시 한 번 이러한 활동의 전기를 경험하였다. 이 경험은 곧바로 이어진 군형법상 ‘추행’ 죄 폐지 운동에도 중요한 기반이 되게 된다.

이처럼 군형법상 ‘추행’ 죄 폐지 운동은 2000년대 성소수자 관련 제도에 관한 운동들의 경험을 기반으로, 군 관련 성소수자 인권침해와 차별의 맥락에서, 성소수자 단체와 공익인권법 단체, 반성폭력 단체의 연대를 바탕으로, 대법원 판결과 군사법원의 위헌법률심판제청을 직접적인 계기로 해서 본격화되었다. 이러한 점에서 군형법상 ‘추행’ 죄 폐지운동의 시작 단계에서는 군대라는 하나의 영역 속에서 남성 동성애자에 대해 법률을 통해 벌어지는 인권침해 또는 차별의 맥락에서 주로 제기되었다.

(2) 1시기: 대법원의 군형법상 ‘추행’ 판단 판결에서 위헌법률심판제청까지⁵⁷⁾

군형법상 ‘추행’ 죄가 ‘계간’이라는 차별적인 용어를 사용하며 군인의 동성에 성관계까지 규율한다는 점은 이미 계속해서 논의가 되어 왔다. 국가인권위원회는 2006년 국가인권정책기본계획(NAP) 권고안에서 이러한 ‘계간’이라는 용어가 차별적이라는 것을 지적하며 이러한 법령의 폐지 또는 개정을 권고한 바 있었다.⁵⁸⁾

그러나 이 조항이 본격적으로 쟁점으로 등장한 때는 2008년도부터이다. 이 해 5월 대법원은 군형법상 ‘추행’의 의미를 동성애 혐오와 편견에 기반해서 해석을 하였고⁵⁹⁾, 반면 제22사단보통군사법은 직권으로 구 군형법 제92조에 대해서 헌법재판소에 위헌법률심판제청을 하였다.⁶⁰⁾

56) 이 사건들에 대해서는 정을 외, 『군 관련 성소수자 인권증진을 위한 무지갯빛 인권바람! 군대에서 솔솔! 프로젝트 모듬자료집』, 동성애자인권연대/한국게이인권운동단체 친구사이, 2008 참조

57) 아래의 시기구분과 구체적인 내용들은 『2008-2014 군형법상 ‘추행’죄 폐를 위한 활동백서』의 내용을 주로 참조하여 재구성한 것이다.

58) 국가인권위원회, 『국가인권정책기본계획(2007-2011) 권고안』, 70-72쪽

59) 대법원 2008. 5. 29. 선고 2008도2222 판결

60) 제22사단보통군사법원 2008. 8. 6.자 2008고10 사건에

위 대법원 판결은 구 군형법 제92조의 '추행'을 "계간(항문 성교)에 이르지 아니한 동성애 성행위 등 객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 성적 만족 행위로서 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 침해하는 것"으로 규정하면서, 이러한 법리를 적용하여 군 간부가 '공개된 장소'에서 '불특정 다수'를 대상으로 '양 젖꼭지를 비틀거나 잡아당기고 손등으로 성기를 때린' 행위를 무죄라고 판단했다. '군대 내 성소수자 인권증진 및 차별법령개정을 위한 프로젝트팀'⁶¹⁾은 곧바로 이러한 판결이 동성애와 군대 내 남성간 성폭력의 몰인식을 드러낸 것이라면서 비판하였다.⁶²⁾ 특히 성폭력을 성폭력이 아니라고 하면서 동성애 성행위는 유죄가 된다는 취지는 '성폭력 무죄, 사랑 유죄'⁶³⁾라는 비판과 함께, 군대 내 남성 간 성폭력에 대하여 역시 적극적으로 문제제기를 하였다.⁶⁴⁾

이러한 군대 내 남성 간 성폭력에 대한 문제제기는 2006년과 2007년의 군대 내 동성애자 인권침해사건이 성폭력을 동반하였고, 이에 관하여 군대 내 남성 간 성폭력에 대해 실태조사를 수행한 한국성폭력상담소가 초기부터 함께하면서 더욱 뚜렷하게 드러났다. 그러나 이후에는 주로 동성애 범죄화를 중심으로 이 조항이 논의되면서, 반성폭력의 논의는 적극적으로 드러나지 않았던 듯하다. 그러나 군형법상 '추행' 죄를 둘러싼 담론은 '성폭력=성적 만족행위=동성애=이상한 사람이 저지르는 것'이라는 것으로서, 기존의 이성 간 성폭력에 대한 관념을 변형반복한 형태의 논리가 작동하는 것이어서 이성 간/동성 간 성폭력 이슈로서도 중요한 위치를 차지한다. 즉, 이 조항은 군대 내에서의 것뿐만 아니라 전반적인 성폭력 방지에 대한 제대로 된 접근에서 장애물로 작용한다. 또한 이 조항은 군형법상 '강간과 추행의 죄'라는 장에서 성폭력 관련 조항들과 함께 다루어지고 있어, 성폭력 관련 조항의 개정과 이 조항의 개정은 계속해서 연동되고 있다. 따라서 이러한 점은 앞으로의 활동에서도 중요하게 고려하여야 할 문제이다.

군형법상 '추행' 죄 폐지 운동의 관점에서 더욱 중요한 사건은 군사법원의 직권 위헌법률심판 제청이었다. 이러한 사실은 2008년 11월 헌법재판소의 발표로 알려졌고, 군 네트워크는 곧바로 이를 환영하면서 위헌결정을 촉구하고 각계의 의견서를 제출하는 기자회견을 헌법재판소 앞에서 개최했다. 여기서는 민주사회를 위한 변호사모임(법률), 한국여성단체연합, 한국성폭력상담소, 한국여성민우회(이상 여성), 인권단체연석회의(인권), 성소수자 차별반대 무지개행동(성소수자) 등

61) 군 네트워크의 전신으로서, 공익변호사그룹 공감, 동성애자인권연대, 한국게이인권운동단체 친구사이, 한국성폭력상담소로 구성되었다.

62) 군대 내 성소수자 인권증진 및 차별법령개정을 위한 프로젝트팀, 성명서 「대법원의 반인권적 군형법상 추행죄 판단 판결을 규탄한다」, 2008. 6.

63) 오가람, 「성추행 무죄, 사랑 유죄?」, <한겨레21> (2008. 6. 25.자)

64) 군형법상 '추행'죄에 대한 본격적 문제제기의 시작이 이처럼 군대 내 남성 간 성폭력에 대한 올바른 접근방법과 대책을 요구하는 것이었는데, 오히려 보수개신교를 비롯한 반동성애단체들은 군형법상 '추행'죄가 없으면 군대 내 남성 간 성폭력이 확대될 것이라면서 '동성애=성폭력'의 프레임을 동원하고, 한국성폭력상담소가 수행한 군대 내 성폭력 실태 조사의 결과를 오히려 동성애 혐오의 논리로 전유한다.

다양한 영역의 단체들이 참여하여 5개의 의견서를 동시에 제출하였다.

2009년 3월부터는 헌법재판소에 제출할 1차 탄원서를 조직하고, 다양한 집회현장에서 탄원서를 모으고 거리캠페인을 여러 차례 진행했다. 1만 장의 탄원서를 목표로 하였으나 1,500명 정도의 탄원서를 모을 수 있었는데, 이 정도의 숫자도 성소수자 이슈와 관련한 탄원서 운동에서 이례적으로 많은 숫자였다.

군형법상 ‘추행’ 죄 폐지 운동에 이와 같이 많은 노력을 기울였지만, 적극적으로 대응하지 못한 점도 있었다. 2009년 11월 군형법 제92조가 제92조의5로 개정되면서 법정형이 징역 1년 이하에서 2년 이하로 상향조정되었음에도, 군 네트워크는 이를 시행 이후에야 알게 되었다. 군형법상 ‘추행’ 죄에 관하여 국회에서 논의의 장을 조금이라도 열 수 있는 기회를 놓쳤다는 점에서 큰 아쉬움을 남겼다.

(3) 2시기: 구 군형법 제92조 헌법재판소 공개변론에서 합헌 결정까지

2010년이 되어서 군형법상 ‘추행’ 죄 폐지 운동은 다시 한 번 집중적 활동을 벌이게 된다. 2010년 2월 헌법재판소가 구 군형법 제92조 위헌법률심판제청 사건에 대해서 6월에 공개변론을 열기로 결정하였다는 것이 보도자료를 통해 알려졌고, 이에 대응하기 위하여 군 네트워크는 피고인과 접촉하였고 이에 따라 참여단체인 공익변호사그룹 공감의 정정훈 변호사가 피고인 측 대리인으로 참여하게 되었다. 군 네트워크는 대리인의 변론요지서와 이호중 서강대학교 교수의 참고인 의견서를 제출하였고, 따로 독자적으로도 의견서를 제출하였으며, 제2차 탄원서 제출 캠페인을 벌였다. 애초에 위헌법률심판제청이 이루어졌을 때 대리인으로 참여하는 방법을 고려하지 못하였으나, 공개변론을 통하여 참여할 기회를 만들었던 것 역시 성과라 할 수 있을 것이다.

이러한 공개변론 결정은 보수개신교계를 비롯한 반동성에 단체들의 활동 역시도 촉발시켰다. 이들은 헌법재판소 앞에서 1인 시위를 벌어나갔고 교회를 중심으로 수만 장의 탄원서를 헌법재판소에 제출하기에 이르렀다.

이해관계인 국방부장관의 대리인 역시 합헌론을 주장하는 변론요지서와 의견서 등을 제출하였고, 참고인으로 정연주 성신여자대학교 교수를 내세워 동성애를 성폭력과 거의 등치시키고 안보 논리를 동원하였다. 공개변론 이후에도 국방부장관 측은 보수개신교계의 논리를 받아들여 HIV/에이즈 등의 문제를 제기하였고 동성애에 대한 편견과 비난을 담은 자료들을 제출했다.

한편, 군 네트워크는 국가인권위원회에 구 군형법 제92조에 관하여 헌법재판소에 위헌 의견을 제출해 달라고 하는 요청을 공식적으로 하였고, 국가인권위원회는 2010년 10월 위헌의견제출결

정을 내린다. 이러한 결정은 다시 이슈화가 되어 앞서 언급한 바와 같이 대한민국어버이연합 등 비 개신교계 보수단체들 역시 국가인권위원회에 난입하는 사건도 벌어졌다. 현병철 위원장 체제의 국가인권위원회에서 위헌의견제출결정이 이루어진 것은 고무적인 일이기도 하였으나, 헌법재판소는 이러한 의견을 받아들이지 않았다.

헌법재판소는 2011년 3월 31일 2008년의 대법원 판결 내용의 ‘추행’의 의미를 그대로 받아들이면서, ‘절대 다수의 혈기왕성한 젊은 남성 의무복무자들이 이성 간의 성적 욕구를 원활하게 해소할 방법이 없는 상태에서 장기간의 폐쇄적인 단체생활을 해야 하므로’, ‘동성 간의 비정상적인 성적 교섭행위’가 발생할 가능성이 현저히 높다고 판시하는 동시에, ‘상급자가 같은 성적 지향을 가지지 아니한 하급자를 상대로 동성에 성행위를 감행할 가능성이 높고’, ‘군대의 엄격한 명령체계나 위계질서는 위태로워지며, 구성원 간의 반목과 분열을 초래’하여 ‘군의 전투력 보존에 직접적인 위해가 발생할 우려가 크다’라고 판단했다. 남성 간 성폭력의 문제의 원인을 ‘혈기왕성한 젊은 남성의 성적 욕구’와 ‘동성애자인 상급자’로 못을 박으면서, 오히려 성폭력의 중요한 요인인 ‘엄격한 명령체계나 위계질서’가 동성애로 인하여 위태로워질 것이라고 주장한 것이다. 또한 ‘동성애를 허용할 경우 군 전투력에 위해를 가한다’는 동성애 혐오적 주장을 받아들여 이를 결정문에 명시하는 결과까지 초래하였다. 이러한 주장은 앞서 지적한 것처럼 동성애를 사회적 위협 요인으로 바라보는 전형적인 시각으로서, 뿌리 깊은 동성애혐오를 드러냈었다.

이러한 과정에서 군 네트워크는 보호법익과 조항의 적용 범위 등에 관한 ‘불명확성’, ‘합의에 의한 성관계 처벌’의 문제로서 ‘성적자기결정권’과 ‘사생활의 자유’, 그리고 ‘이성 간 성관계와 동성 간 성관계의 차등대우’, ‘동성애 ‘자’의 군 복무’를 중심으로 주장을 했으나, 국방부장관 측은 ‘군이라는 특수사회’, ‘군 기강과 전투력’, ‘징병제와 병역기피’, ‘혐오적이고 피해를 가하는 동성애 행위’, ‘위헌결정은 동성애를 허용하는 것’을 중심으로 주장을 하였고, 이러한 국방부장관 측의 주장에 대해서도 반박을 했으나 결과적으로는 뒤의 프레임을 넘어설 수 없었다. 이는 군대의 특수성을 강조하는 주장을 넘기 힘들다는 것을 보여주기도 하지만, 핵심적인 문제 중 하나는 동성애와 남성 간 성폭력에 대한 잘못된 인식이었다는 점에서 이후에는 이러한 점들이 보다 적극적으로 제기될 필요가 있을 것으로 보인다.

이 결정이 있는 날부터 여러 인권단체들은 긴급회의를 여는 등 즉각적으로 이 결정에 반발하였고, 보수 개신교계를 중심으로 한 반동성애 단체들은 “재판관님들의 판결은 나라와 국군, 우리 자녀를 위한 올바른 판결이었다”라면서 환영하였다.

(4) 3시기: 구 균형법 제92조 합헌 결정 이후부터 균형법 제92조의6 폐지안 발의까지⁶⁵⁾

균형법상 ‘추행’ 죄 폐지 운동은 합헌 결정 이후에 소강상태로 접어들기에 이른다. 그러던 중 2013년에는 형법과 성폭력 관련법의 개정에 따라 균형법상 성폭력 관련 조항 역시 개정이 이루어지면서 새로운 국면이 시작되었다.

2013년 1월, 김광진, 남윤인순, 권성동 의원은 각각 균형법 개정안을 대표발의하였다. 이 가운데 김광진, 권성동 의원의 개정안이 법안심사소위원회에 회부되고 3월, 남성간 성행위를 ‘닭의 행위’로 비하하여 비판을 받아온 “계간”이라는 용어가 “항문성교”로 대체되었다. “항문성교”라는 용어의 도입은 국방부의 의견에 따른 것이었다.⁶⁶⁾ 애초에 이 조항 개정안을 발의한 국회의원 김광진은 “계간”이라는 구성요건 자체를 삭제하는 것을 제안하였다.⁶⁷⁾ 이렇게 용어만 바뀐 데 대해 인권단체들은 “‘계간’의 대체문구가 겨우 ‘항문성교’였나”⁶⁸⁾라며 반발하면서 비범죄화를 요구하였다. 한편, 남인순 의원은 의사에 반하여 추행을 한 경우에만 처벌하도록 이 조항의 개정안을 제출하였으나⁶⁹⁾ 이에 대해서는 논의되지 않았다.

위와 같은 개정 이후 고등군사법원장 출신 국회의원 민홍철은 여성간의 성행위를 포함하여 “동성간의 간음”을 처벌하는 개정안 제출을 시도하여 물의를 빚었다. “항문성교”가 이성간의 행위에도 적용되는지가 불분명하고 여군이 증가하는 추세를 반영해야 한다는 것이 개정안 제출의 이유였다.⁷⁰⁾ 이러한 사실이 알려지면서 인권단체들은 108개 단체 및 1,537명의 긴급연명을 통하여 여성간의 행위까지 처벌범위를 확대하고 동성간의 성행위만을 차별적으로 처벌하는 것을 비판하였다.⁷¹⁾ 그러자 민홍철 의원은 이성 군인간의 성행위까지 처벌하는 방향을 검토한다면서

65) 이 시기에 관한 내용은 위 ‘활동백서’의 내용에 더하여 『한국의 LGBTI 인권 현황 2013』, 성적지향·성별정체성 법정정책연구회 연간보고서, 2014 중 글쓴이가 집필한 15~16 쪽의 내용을 상당 부분 옮긴 것이다.

66) 문광섭, 「균형법 일부개정법률안(김광진의원 대표발의) 검토보고」, 법제사법위원회 전문위원 검토보고서, 2013. 2. ; 국회 법제사법위원회, 「균형법 일부개정법률안(김광진의원 대표발의) 심사보고서」, 2013. 3.

67) 의안번호 1903269 「균형법 일부개정법률안」(2013. 1. 9. 김광진 대표발의). 국회의원 권성동이 대표발의한 법안의 경우 ‘주요내용’에는 “계간”을 “항문성교”로 개정한다고 기재되어 있으나 개정안 본문에서는 “계간”을 삭제하는 것만으로 제출하여 개정안의 내용이 명확하지 않다. 의안번호 1903678 「균형법 일부개정법률안」(2013. 2. 12. 권성동 대표발의) 참조.

68) 군 관련 성소수자 인권침해·차별 신고 및 지원을 위한 네트워크/성소수자 차별반대 무지개행동 보도자료, 2013. 3. 6.

69) 의안번호 1903390 「균형법 일부개정법률안」(2013. 1. 23. 남인순 대표발의)

70) 국회의원 민홍철, 「‘균형법’ 일부개정법률안 공동발의요청」, 2013. 4. 19.

71) 민주사회를 위한 변호사모임, 「균형법 일부개정법률안에 관한 의견서」, 2013. 4. 25.

개정시도를 중단하였다.⁷²⁾

인권단체들의 폐지 운동 역시 이어졌다. 군 네트워크 등은 2013년 6월 5,690명의 서명을 받아 이 조항 폐지에 관한 입법청원을 국회에 제출하였다.⁷³⁾ 대표 입법청원인은 박래군 인권중심 사람 소장, 백미순 한국성폭력상담소 소장, 김조광수 한국계이인권운동단체 친구사이 대표였다. 뒤이어 8월에는 <성소수자 4대 인권입법과제> 중 하나로서 이 조항의 폐지를 요구하며 다수의 국회의원들을 면담하였고,⁷⁴⁾ 11월에는 전체 국회의원들을 상대로 공문을 보내 재차 폐지안을 발의를 요구하였다. 그러나 국회에서 폐지 입법청원안은 논의되지 않았다.

한편, 2013년 4월 국회의원 진선미는 이 조항의 폐지안을 다른 국회의원들에게 공동발의 요청하였으나, 발의 요건인 10명 이상의 국회의원 서명을 받지 못해 제출하지 못했다. 그러나 이후의 노력 끝에 2014년 3월 17일 진선미 의원은 이 조항의 폐지안을 발의할 수 있었다.⁷⁵⁾

이러한 폐지안에 대해서 보수개신교계를 비롯한 반동성애 단체들은 7만 건이 넘는 대규모의 반대의견을 조직했고, 개신교계 언론 역시도 이에 대해 집중적인 비난을 가하였으며, 2013년 초 차별금지법안 철회를 이끌어낸 것과 같이 발의 의원실에 항의전화를 계속했다.

3시기에는 주로 입법부와의 관계 속에서 지속적인 의견서 제출, 의원실 방문, 기자회견의 개최, 입법청원 등의 활동을 벌였다. 그러나 국회에서는 보수개신교계를 비롯한 반동성애 단체들의 압력을 의식하면서 논의의 장이 확장되기 어려웠고, ‘동성애 허용’과 국가안보의 프레임이 재생산되었다. ‘계간’ 삭제 취지에는 동의하는 국회의원들 역시 ‘추행’ 죄의 존치가 필요하다며 선을 긋기도 한 바 있다. 군 네트워크는 ‘군형법 제92조의6 폐지 10문 10답’ 등을 통해 폐지의 필요성을 홍보하였으나, 폐지안을 지지하는 적극적인 흐름을 이끌어내는 동력은 크게 확보해 내지는 못했던 것으로 보인다.

4 결론을 대신하며: 이후 활동의 모색

이 발제의 문제의식은 군형법상 ‘추행’ 죄는 단지 군대 ‘내’의 인권침해나 차별을 넘어서서 다

72) 「민홍철 의원 군법상 ‘동성간 간음죄’ 문구서 ‘동성’ 삭제키로」, <헤럴드경제> 2013. 4. 25.자

73) 군 관련 성소수자 인권침해.차별 신고 및 지원을 위한 네트워크/성소수자 차별반대 무지개행동, 성명서 「군형법 제92조의6 폐지 입법청원을 제출하며」, 2013. 6. 26.

74) 성소수자 차별반대 무지개행동 외, 「성소수자 4대 인권입법과제 실현 촉구 및 김조광수-김승환 결혼식 국회의원 초청 기자회견」 보도자료, 2013. 8. 22.

75) 의안번호 1909746 「군형법 일부개정법률안」(2014. 3. 17. 진선미 대표발의)

른 성소수자 관련 제도와 성소수자 인권 전반에 걸쳐 매우 중요한 이슈라는 점에서 출발한 것이었다. 동성애에 대한 범죄화는 성소수자의 시민권 획득을 어렵게 하는 장애물로 작용할뿐더러, 우리 사회의 성과 성폭력에 관한 관념들, 사회적 위험요소로서의 성이라는 인식과 긴밀하게 연동되어 있고, 이것 자체가 시민권을 분배하는 기준, 타자화와 배제로서 작용하기 때문이다. 이것은 결국 성소수자들의 드러냄과 성소수자로서의 삶을 살 수 있는지 여부와도 연관된다.

이러한 관점에서 이 발제는 군 네트워크를 중심으로 한 이제까지의 활동의 흐름을 살펴보고, 그에 대해서 반성적으로 평가하고자 하였다. 또한 이러한 내용을 바탕으로 성소수자 운동, 그리고 군 네트워크 등 균형법상 ‘폐지’ 운동에 참여하고 연대하였고 앞으로 연대할 운동과 이러한 생각을 나누고, 앞으로의 적극적인 활동을 함께 모색하고 싶었다. 이러한 제안의 기초로서 앞으로의 활동을 모색해 보면 다음과 같은 점을 고려하면 좋겠다는 것을 서술하면서 발제를 정리한다.

(1) 반복하는 내용이지만 우리는 균형법상 ‘추행’ 죄의 의미를 군대 내의 남성 동성애자에 국한된 문제로 보거나 그렇지 않더라도 성소수자 관련 제도의 일부의 문제라고 보기 쉽다. 이를 넘어서 성소수자와 관련한 제도와 사회적 담론, 성소수자의 삶과의 관계 속에서 이 이슈를 바라보고 적극적으로 개입할 필요가 있다.

(2) 따라서 더 많은 관심과 자원, 참여가 필요한 것이 현실이다. 군 네트워크가 이 운동을 주로 수행하고 있지만, 다른 제도 관련 운동에 비하여 연대의 역량의 크기가 없다. 보다 다양하고 풍부한 참여가 있게 되면 좋겠다. 이 발제는 성소수자 운동을 중심으로 살펴본 것이지만, 이 운동에 있어서는 군 네트워크의 구성과 같이 다양한 영역과 다양한 운동의 연대가 필요하고, 여성, 인권 일반, 군인권, 평화운동 등과 밀접한 관련이 있음은 물론이다.

(3) 한편, 앞서 살펴본 바와 같이 동성애와 성폭력에 대한 잘못된 인식과 편견은 이 조항에 대한 유지의 핵심적이고 직접적인 문제인데, 이러한 기초적인 작업부터 충실하게 하지 않으면 이후의 논리적인 대응 역시도 힘을 가지기 어려울 수 있다. 따라서 이러한 부분을 법리적으로, 사회적으로 보다 설득력 있게 제시해 나갈 필요가 있다.

(4) 오늘 각 발제들에서 나온 논의들만도 그 양과 층위도 적지 않을 것이다. 이러한 내용들을 보다 충분히 공유하고, 무엇보다 이러한 논의들을 보다 세밀하게 할 필요가 있다. 이는 추후에 다시 헌법재판소에 이 조항이 심판이 대상이 되었을 때, 이 조항의 위헌성을 어떻게 설득력 있게 풀어나갈 것인지에 대한 문제와도 연결된다.⁷⁶⁾ 같은 맥락에서 군대 내의 호모포비아나 남성

76) 예를 들어, 서구의 경우 동성애‘자’의 군복무가 문제였고, 그 동성애‘자’를 가려내는 근거로서 동성애 성행위 사실이 문제되는 것이 일반적이었다. 군사법전에 ‘소도미’ 조항이

성에 관한 문제들, 군사주의의 문제들, 남성 간 성폭력에 관한 기존의 논의들을 심도 깊게 파악하고 이에 대한 논의의 장이 필요하다.

(5) 결국 이에 관한 보다 많은 연구와 검토가 필요하고, 이를 뒷받침할 만한 자료와 근거의 생산 역시 필요하다. 실증적 자료로는 이경환의 2008년 논문(「군대 내 동성에 행위 처벌에 관하여」)와 한국성폭력상담소가 수행한 2004년 국가인권위원회 연구용역 보고서(「군대 내 성폭력 실태조사」)가 독보적으로 있을 뿐 더 나아가 연구를 찾아보기 어렵다. 한편, 보수 개신교계를 비롯한 반동성애단체들은 자원의 동원을 통해 왜곡된 설문과 함께 균형법상 ‘추행’ 죄를 유지해야 한다는 여론이 압도적인 것처럼 제시하며 여론을 형성하기까지 하고 있다(한국궤를 통한 2003년의 「군 전역자 대상 군내 성추행⁷⁷⁾ 실태조사」).

(6) 한편, 개정된 균형법 제92조의6은 이전과 다른 의미와 맥락을 가진다. 과거와 달리 성폭력 범죄가 친고죄가 아니게 됨으로써, 성폭력은 성폭력 조항으로, 균형법상 ‘추행’ 죄는 합의에 의한 성행위로 그 적용 범위가 나뉠 것으로 보인다. 물론 여전히 균형법상 ‘추행’ 죄를 성폭력에 대하여 적용할 수도 있겠으나, 가해자 처벌의 조항으로 이 조항을 활용하기는 쉽지 않다. 왜냐하면 ‘가해자’가 등장한다면 이는 성폭력 조항을 적용하는 것이 맞기 때문이다. 문제는 성폭력임에도 이 조항을 적용하는 경우 이 문제로 인해 쌍방처벌을 하는 경우이다. 피해자를 처벌하는 결과가 발생하게 되는 것이다. 실제로 이러한 사례가 보고되기 시작하였고, 이는 균형법상 ‘추행’ 죄의 문제를 더욱 드러낼 수도 있지만, 성폭력과 동성간 성행위 사이의 동일화 속에서 별다른 문제없이 적용되는 결과를 낳을 수 있다. 한편, ‘계간’ 대신 ‘항문성교’를 ‘추행’의 예시로 삼음으로써 이성 간의 ‘항문성교’ 역시 법문상으로 적용될 수 있다는 점에서, 이 조항의 문제가 드러날 수도 있고, 반대로 민홍철 의원의 시도처럼 그 불명확성을 제거하고자 ‘동성간음죄’의

있었던 미국에서조차(합의에 의한 소도미 처벌은 2013년 국방수권법에 의해 폐지되었다) 이러한 소도미 행위보다 ‘Don’t Ask Don’t Tell’ 정책과 같이 동성애자의 군 복무 가능 여부(이 정책의 타협적인 성격에도 불구하고)가 문제였다. 그러나 한국은 군인이 동성애자라는 사실을 커밍아웃하여도 문제가 되지 않지만(부대관리훈령 등), ‘성적 행위’를 하는 순간 규제의 대상이 된다(균형법, 부대관리훈령). 이에 따라 외국의 많은 동성애자 복무 허용정책을 지지하는 문헌들은 막상 균형법상 ‘추행’죄의 위헌론에 큰 힘을 실어주지 못하는데, 아이러니하게도 동성애자의 군복무를 불허하였던 국가들의 주요 이유는 군 전투력, 단합, 성군기 등의 이유 때문이었고 이러한 동성애자 지위 기반 논의들의 내용은 한국에서의 ‘추행’ 즉 행위 기반 논의들의 내용과 겹치게 된다. 그렇다면 이러한 논의구도를 어떻게 보고 해외에서의 논의를 위헌론의 근거로 전유할 수 있을 것인가? 한편, 역시 미국에서는 (군대에 한정되는 것이 아닌) 일반적 소도미 조항이 주요 이슈였고 군대 내 소도미 조항은 일반적 소도미 조항이 사라지자 자연스럽게 힘을 잃었다. 그러나 한국의 ‘추행’은 군대 내의 특수한 문제로 치부되면서 더욱 강력한 존치 근거를 얻게 되는데, 일반적 ‘추행’ 조항의 삭제는 겪지 않은 역사 속에서 이를 어떻게 풀어나갈 것인가? Alvin Lee, 앞의 논문 참조.

77) ‘폭력’이 아니라 ‘추행’이라는 용어를 쓰는 것은 다분히 의도적인 것으로 보인다.

도입 시도가 있을 수도 있다. 따라서 이러한 실제 적용례 등 개정의 효과 역시 보다 자세하고 명확하게 파악할 필요가 있다.

(7) 이 조항의 폐지를 ‘군대 내 동성애 허용’으로 삼는 프레임에 대해서는 이를 넘어설 수 있는 설득력 있는 대항 프레임이 필요하다. 이러한 프레임이 반복된다면 결국 (문란한) 동성애자가 군대 내에서 시시때때로 성행위를 한다는 상상을 불러일으키기 때문이다. 이러한 상상은 외국에서의 일반적으로 적용되던 동성애 성행위의 폐지 반대 논리와 연관될 수 있으므로 이에 대한 검토 역시 필요하다.

(8) 이 조항의 문제점을 현실적으로 드러낼 수 있는 것은 결국 그 적용례이고(그러나 합의에 의한 동성 간 성행위에 대해 적용되는 사례가 많지 않으므로 이를 찾는 것 자체가 쉽지 않을 수 있다), 보다 넓게 본다면 이 조항이 상징하는 군대의 호모포비아와 여기서 비롯된 사람들(‘성소수자’가 아니라)의 서사와 사건, 사례들이다. 균형법상 ‘추행’ 죄의 폐지 운동은 이러한 실제의 사례들을 모으고 대응하는 과정을 통해 운동의 현실성을 만들어나갈 수 있을 것이다.

(9) 마지막으로, 이 발제에서는 균형법상 ‘추행’ 죄가 성소수자의 시민권과 관련된다고 했는데, 이것의 의미는 결국은 성소수자의 드러내거나 성소수자로서 살아가기와 중요한 연관성을 가진다는 의미이다. 타자에 의해 찍힌 위험하고 위협적인 존재라는 낙인은 성소수자 개인과 커뮤니티에 부정적인 영향을 끼칠 수밖에 없다. 그렇지만 성소수자가 이를 적극적으로 다루기 시작한다면 그 의미는 달라질 수 있다. 따라서 이미 이러한 점을 고려한 활동을 벌이고 있지만, 이 조항의 폐지 운동은 성소수자(커뮤니티)가 이를 다루고 대응하고 이에 대해 참여하는 과정 역시 될 수 있도록 조직되어야 할 것이다. (끝)