

대법원 2022. 4. 21. 선고 전원합의제 판결 요지

형 사

2019도3047 추행 (가) 파기환송

[남성 군인인 피고인들이 영외에 있는 독신자 숙소에서 합의 하에 항문성교 등 성행위를 한 사안]

◇동성인 군인들이 영외의 사적 공간에서 자발적 의사 합치에 따라 항문성교를 비롯한 성행위를 한 경우에도 군형법 제92조의6 규정이 적용되는지 여부◇

군형법 제92조의6의 문언, 개정 연혁, 보호법익과 헌법 규정을 비롯한 전체 범질서의 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 않는다고 봄이 타당하다.

이와 달리 남성 군인 간 항문성교를 비롯한 성행위가 그 자체만으로 객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위라는 이유로 사적 공간에서 합의하여 이루어진 성행위인지 여부 등을 따지지 않고 제정 군형법 제92조와 구 군형법 제92조의5 규정이 적용된다는 취지로 판단한 대법원 2008. 5. 29. 선고 2008도2222 판결, 대법원 2012. 6. 14. 선고 2012도3980 판결을 비롯하여 같은 취지의 대법원 판결들은 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 변경하기로 한다.

☞ 피고인들은 직업군인으로 같은 부대 소속이 아니라 개인적으로 알게 된 사이였고, 영외의 독신자 숙소에서 휴일 또는 근무시간 이후에 자유로운 의사를 기초로 한 합의에 따라 항문성교 등 성행위를 하였으며, 그 과정에 강제력은 없었고, 의사에 반하는 행위인지 여부가 문제된 사정도 없었으며, 그 밖에 피고인들의 행위가 군이라는 공동체의 건전한 생활과 군기를 직접적, 구체적으로 침해한 경우에 해당한다는 다른 사정도 증명되지 않았으므로, 군형법 제92조의6 규정을 적용하여 처벌할 수 없다는 이유로, 원심판결 중 유죄 부분에 법리오해의 위법이 있다고 보아 파기환송 한 사례

☞ 이러한 다수의견에 대하여는, ① 군형법 제92조의6 규정은 적전, 전시 등 상황과 군사훈련이나 그 밖에 이에 준하는 상황에서만 적용된다고 봄이 타당하므로, 피고인들의 행위를 처벌할 수 없다는 다수의견의 결론에는 찬성하나, 상호 합의 여부를 현행 규정

적용의 소극적 요소 중 하나로 파악하는 것은 찬성하기 어렵다는 대법관 안철상, 대법관 이흥구의 별개의견, ② 군형법 제92조의6 규정은 상대방의 의사에 반하여 항문성교 그 밖의 성행위를 한 행위자만을 처벌하는 것으로 해석해야 하므로, 두 사람이 상호 합의하여 성행위를 한 경우에도 처벌할 수 있는 여지를 남겨두는 해석은 허용될 수 없다는 대법관 김선수의 별개의견, ③ 군형법 제92조의6 규정의 기존 해석은 타당하므로 그에 따라 공소사실을 유죄로 판단한 원심판결은 정당하여 피고인들의 상고를 기각해야 한다는 대법관 조재연, 대법관 이동원의 반대의견이 있고, 다수의견에 대한 대법관 김재형, 대법관 노정희, 대법관 천대엽, 대법관 오경미의 보충의견이 있음