

2014학년도 한국방송통신대학교 법학과

연합수련회와 제11회 변론대회



- 일 시 : 2014년 8월 30일 (토) ~ 8월 31일 (일)
- 장 소 : 서울 방화동 국제청소년유스호스텔



국립 한국방송통신대학교 법학과
Korea National Open University Dep. of Law

연합회장 개회사

한국방송통신대학교 2014년 법학과 전국 연합수련회 및 변론대회에 참여해주신 법학과 가족여러분 진심으로 환영하며, 깊은 감사의 인사를 드립니다.

오늘 이 자리는 법학을 배우면서, 깊은 고민과 의문에 빠져있는 우리들의 갈증을 시원하게 풀어주기 위한 오아시스 같은 자리라 생각합니다.

그동안 배워온 기초법학에서 학문적 가치를 한 단계 높여 진리를 탐구하고 인간과 사회에 대한 폭넓은 이해를 하며, 더 나아가 자유, 평등, 정의를 지향하고 실현하고자 하는 목적에 다함께 동참하고, 오아시스에서 휴식을 취하며 법학을 향유하는 자리입니다.

우리는 왜 법학을 공부하며, 학문으로서 어떠한 가치를 도출하려고 하는가에 대해서 다같이 깊은 고민을 해야 한다고 생각합니다.

오늘 이 자리에서 이루어지는 건전한 법학교육은 각자의 사회분야에서 발생하는 문제와 사회현상에 대해 법학도로서 어떠한 방법으로 문제에 접근하고 사고하여야 하는지 그 기준점을 제시해 줄 수 있을 것이며, 우리가 살고 있는 사회에서 요구하는 역할에 충분히 기여할 수 있다고 주장합니다.

그동안 성공적인 변론대회 및 연합수련회를 위하여 물심양면으로 도움을 주시고 준비해 주신 임재홍 학과장님과 법학과 교수님, 조교님, 지역회장님, 그리고 사랑하는 법학과 가족여러분께 깊은 감사를 드립니다.

저는 1박 2일간 법학과 가족여러분들이 즐거운 지식의 만찬을 드시고, 감동적인 화합의 시간이 될 수 있도록 최선의 노력을 다할 것을 약속드리며, 인사를 마치겠습니다. 고맙습니다.

2014년 8월 30일

한국방송통신대학교 법학과 전국연합회장 유기용

학과장 인사말

법학과 학우 여러분,

먼저 제11회 변론대회 개최를 축하드립니다.

우리 법학과와 변론대회는 우리 법학과와 축제이자 사회적 문제를 법적으로 고민하는 의미있는 배움의 장이기도 합니다. 변론대회는 자신의 의견을 법논리적으로 주장하는 것입니다. 그러나 상대방의 목소리에도 귀 기울여 다수의 사람으로부터 공감을 이끌어 내야 합니다.

법학과에서는 변론대회를 가장 의미있는 축제의 장으로 만들기 위해 앞으로도 최선의 노력을 다할 것입니다. 그래서 여러분이 법학과에 재학하면서 누구나 한번쯤은 참여하고 싶은 그런 행사로 만들어 갈 예정입니다. 이번 행사에는 대한변호사협회(협회장 위철환), 공익인권법재단 공감(이사장 안경환), 인권재단 사람(이사장 이일영)이 후원을 해주고 있습니다. 더불어 심사 및 시상에도 참석하고 있습니다. 이 자리를 빌어 감사의 말씀을 전합니다.

올해는 작년에 이어 여러 지역의 스터디모임의 우수 사례 발표가 진행됩니다. 법학 공부에서 같이 토론을 하는 스터디 모임은 공부방법이나 경험을 나누는 의미있는 자리입니다. 이번에도 각 스터디모임의 성과를 공유하는 기회를 통해 서로 배우고 실천하는 장이 되기를 바랍니다.

금년에 이 행사를 준비하는데 많은 분들이 노고를 아끼지 않았습니다. 행사를 주관해 준 서울지역대학의 유기용 회장님을 비롯해서 집행부에 감사의 말을 전합니다. 또 멀리서 대회에 참여해 주신 많은 학우 여러분, 또 각 지역의 참여를 독려해 주신 지역 학생회장님들과 임원 여러분, 그리고 변론대회와 스터디 발표 등에 직접 참여하시는 학생분들께도 감사와 축하의 인사를 전합니다.

무더운 여름 잘 마무리 하시고 새롭고 힘찬 2학기를 맞이하시기 바랍니다.
감사합니다.

2014. 8. 30.

법 학 과 장 임 재 홍

변론대회 주제

<주제 1>

■ 교사의 정당가입 제한은 정당한가?

2014년 3월 27일, 교사와 공무원의 정당 가입을 금지한 현행 정당법과 국가공무원법이 합헌이라는 헌법재판소의 결정이 나왔다. 헌법소원 대상은 "공무원은 정당이나 정치단체 결성에 관여하거나 가입할 수 없다"고 규정한 국가공무원법 제65조와 "공무원과 초·중등 교원은 정당에 가입할 수 없다"고 규정한 정당법 제22조다.

사건의 청구인인 정진후 전 전국교원노동조합 위원장 등 교사 3명은 정당에 가입하고 당비 또는 후원금 명목으로 정치자금을 제공한 것을 이유로 정당법 및 정치자금법 위반 혐의로 지난 2010년 기소됐다. 이는 교사나 공무원의 정당 가입을 제한하고 당원이 아닌 사람은 정당에 당비 명목의 정치자금을 기부할 수 없도록 규정한 국가공무원법이나 정당법 및 정치자금법에 따른 것이었다. 사건의 청구인들은 재판과정에서 해당 법률조항이 정당의 자유를 부정하고 정치적 표현의 자유를 과도하게 제한한다며 위헌법률심판 제청을 신청했지만 받아들여지지 않아 헌법소원을 냈다.

헌법재판소는 이 중 정치행위 규제 조항에 대해서는 재판관 전원이 합헌의견으로 일치하였지만, 정당가입 금지 조항에 대해서는 5(합헌) 대 4(위헌)로 재판관의 의견이 나뉘었다.

합헌의견은 정당가입 금지 조항에 대해 ‘정당의 당원이 된다’는 정치적 행위를 금지하고 있을 뿐 정당에 대한 지지의사를 선거와 무관하게 개인적인 자리에서 밝히거나 선거에서 지지 정당에 대해 투표를 하는 등 일정한 범위 내의 정당 관련 활동은 허용되고 있으며, 특히 교사의 경우 감수성과 모방성, 그리고 수용성이 왕성한 초·중등학교 학생들에게 교원이 미치는 영향은 매우 크고, 교원의 활동은 근무시간 내외를 불문하고 학생들의 인격 및 기본생활습관 형성 등에 큰 영향을 끼치는 잠재적 교육과정의 일부분인 점을 고려하고, 교원의 정치활동은 교육수혜자인 학생으로서는 수업권의 침해로 받아들여질 수 있다는 점에서 현시점에서는 국민의 교육기본권을 더욱 보장함으로써 얻을 수 있는 공익을 우선시해야 할 것이라고 설명하고 있다.

헌법재판소의 결정에 대해 전국교직원노동조합과 전국공무원노동조합은 교원과 공무원의 정치적 중립성 보장은 교원과 공무원이 집권 세력에 이용되는 것을 방지하기 위한 취지이지 교원·공무원의 정치적 기본권을 제한하기 위한 것이 아니라며, 교원·공무원의 정당 가입을 전면 금지하는 것은 권위주의 시대의 산물로서 이번 헌법재판소의 결정은 시대착오적인 결정이라고 비판하고 있다.

교사의 정당가입 금지를 중심으로 교사의 정치적 기본권 제한의 타당성 여부를 검토해오.

<주제 2>

■ 군형법 제92조의6, 동성애 처벌규정의 폐지 여부

군대 안에서 '동성 간 성행위'(동성애)에 대한 처벌 규정인 '군형법 제92조의6'의 폐지를 골자로 하는 '군형법 일부개정법률안'(새정치민주연합 진선미·김광진 의원 등 10인 발의)이 국민들의 거센 반대에 부딪혔다. 이 법률안의 입법예고 기간인 지난 3월 21~30일까지 '국회 입법예고 시스템'에 7만3,855 건의 의견이 등록된 가운데, 대다수가 반대의견을 차지했다. 국회 온라인상 입법예고 의견등록 개시 후 역대 '두 번째' 많은 의견 등록이었을 만큼, 이 법률안에 대한 국민적 관심은 상당했다.

현행 군형법은 강제성과 공연성이 없는 성행위 일반은 처벌하지 않고 있는 반면 군형법 제92조의6은 추행죄를 규정하여 강제성과 공연성이 없는 동성간 성행위를 처벌하고 있다. 이에 따라 군대 내 이성간 성행위로 성군기를 훼손할 경우에는 징계를 통해 규율하는 데 그치는 반면 동성 간 성행위를 한 경우에는 2년 이하의 징역에 처해질 수 있다. 민간인의 동성애를 형사처벌하는 규정이 없다는 점을 보면 군형법 제92조의 6항은 동성 간 합의하에 이루어지는 성행위를 형사처벌하는 유일한 조항인 셈이다.

폐지에 찬성하는 측에서는 군대 내 성폭력은 군형법(제15장 강간과 추행의 죄)으로 처벌할 수 있으며, 형법과 성폭력특별법에 의해서도 처벌할 수 있음에도 불구하고 군형법 제92조의6에서 동성 간 합의하에 이루어지는 성행위를 형사처벌하는 것은 사회적 편견에 기대어 동성애 혐오를 유지·강화하고 개인의 성적 자기결정권과 사생활의 자유, 평등권을 심각하게 침해하는 법률이라고 주장하고 있으며, 이를 계기로 군대 내 성소수자 인권을 고려한 합리적이고 상식적인 군형법 개정이 반드시 이뤄져야 한다는 입장이다.

이에 대해 폐지를 반대하는 입장에서는 군부대란 특수한 환경에 동성들끼리 모여서 단체로 생활을 하는 곳이며, 상관의 명령에 무조건 순종해야 하는 군의 특성 때문에 성추행으로 고통 받는 병사들이 늘어나게 될 것을 우려하고 있다. 군 기강의 해이는 물론 전투력 보존에도 직접적인 위해가 발생할 것이라고도 한다.

헌법재판소는 군형법 제92조에 대한 위헌법률심판 사건(2011. 3. 31. 2008헌가21)에서 이 사건 법률조항은 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기 확립을 목적으로 동성 군인간의 성적 만족 행위를 금지하고 형사처벌하기 위한 규정으로서 과잉금지원칙에 위반하여 군인들의 성적자기결정권이나 사생활의 비밀과 자유를 침해한 것으로 볼 수 없다고 하고, 군대는 동성 간의 비정상적인 성적 교섭행위가 발생할 가능성이 현저히 높고, 상급자가 하급자를 상대로 동성애 성행위를 감행할 가능성이 높으며, 이를 방지할 경우 군의 전투력 보존에 직접적인 위해가 발생할 우려가 크므로, 이 사건 법률조항이 동성 간의 성적 행위만을 금지하고 이를 위반한 경우 형사처벌한다고 볼 경우에도, 그러한 차별에는 합리적인 이유가 인정되므로 동성애자의 평등권을 침해한다고 볼 수 없다고 판시하여 합헌결정을 내린 바 있다.

군형법 제92조의6 폐지와 관련하여 찬반 여부를 논하시오.

차 례

주제 1. 교사의 정당가입 제한은 정당한가?

[정당가입금지 찬성의견]

교사의 정당가입 제한은 정당한가?	민주광장 24.....	[대전·충남]	1
교사의 정당가입 반대.....	베르디체.....	[전북]	15
교사의 정당가입 제한은 정당한가?.....	채움 늘!	[부산]	31
교사의 정당가입 제한은 정당한가?.....	큰나래 24기.....	[서울]	50

[정당가입금지 반대의견]

교사의 정당가입 제한은 기본권의 침해.....	다이돌핀.....	[제주]	65
교사의 정치적 기본권에 대한 헌법적 고찰.....	디케 IV.....	[경기]	77
교사의 정치적 기본권 제한의 검토.....	법사공 2.....	[경기]	97
교사의 정당가입 제한은 정당한가?	인권수호 24.....	[대전·충남]	115

주제 2. 균형법 제92조의6, 동성애 처벌규정의 폐지 여부

[폐지 찬성의견]

균형법 제92조의 6, 동성애 처벌조항 폐지를 위한 소고.....	살림.....	[광주·전남]	128
균형법 제92조의 6(추행) 이대로 괜찮은가?.....	도원결의.....	[서울]	143
균형법 제92조의 6, 이 조항은 폐지해야 한다	쏘맥.....	[인천].....	161
균형법 제92조의 6, 동성애 처벌규정의 폐지에 찬성한다!....	돌파전진.....	[대구·경북]	179

[폐지 반대의견]

균형법 제92조의 6, 동성애 처벌규정의 폐지-반대.....	상선약수.....	[인천]	188
균형법 제92조의 6, 동성애 처벌규정의 폐지 여부.....	경기지역본부 연합.....	[경기]	200
균형법 제92조의 6, 동성애 처벌규정의 폐지 여부.....	ing 2.....	[전북]	210
균형법 제92조의 6, 동성애 처벌규정의 폐지 반대.....	시나브로.....	[서울]	220

후 기 : 행사진행표 / 시상자 명단 / 행사 사진	234
------------------------------------	-----

교사의 정당가입 제한은 정당한가?

팀 명 : 민주광장 24
대전충남지역대학 법학과
장증명 201421-314489
최인애 201421-213310
노익주 201421-120279
안소연 201421-120308

목 차

- I. 들어가면서
 - II. 교육공무원의 정치참여 금지법령 및 이 사건 법률조항의 연혁
 - III. 교사의 정당가입제한(정치활동 금지)에 따른 논란
 - 1. 문제의 제기
 - 2. 헌법상의 정치적 기본권
 - IV. 교사의 기본권(정당가입)제한에 대한 정당성
 - 1. 공무원의 정치적 중립성에 의한 제한
 - 2. 교육의 정치적 중립성에 의한 제한
 - 3. 대학 교원의 정치활동보장에 의한 평등권침해여부
 - 4. 대법원 판례
 - 5. 헌법재판소 판례
 - V. 결론
- < 참고문헌 >

I. 들어가면서

인간은 태어나면서부터 교육을 받게 되고 교육을 통해서 사회화가 이루어지고 있다. 교육은 인간에게 있어서 반드시 필요한 것으로 자의에 의하여 혹은 타의에 의하여 교육을 받게 되어 있다. 따라서 인간에게 있어서 교육은 평생을 통하여 새로운것을 학습하고 익힐 수 있는 기회를 제공하여 주는 것이다. 원래 ‘교육’(敎育)이란 맹자(孟子)의 <得天下英才而敎育之(천하의 영재를 모아 교육하다)>란 글에서 비롯되었다고 한다. 글자의 구성면에서 보면‘敎’는 매를 가지고 아이를 길들인다는 뜻이고, ‘育’은 갓 태어난 아이를 살찌게 한다는 뜻으로 기른다는 의미가 된다. 또한 영어의‘education’, 독일어의‘Erziehung’, 프랑스어의‘éducation’은 다같이 라틴어의‘educatio’에서 유래한 것으로 빼낸다는 의미와 끌어 올린다는 의미를 가지고 있어 내부적 능력을 개발시키고 미숙한 상태를 성숙한 상태로 만든다는 의미를 포함하고 있다. 1996년6월 교육부가 작성한 교육기본법 실무시안에 의하면, 교육이란 교육, 훈련, 보육 또는 인력개발등 용어에 구애됨이 없이 법령 또는 당사자의 합의에 의하여 사전에 준비된 교육매체를 통하여 계속적으로 학습자를 교수하거나 학습을 지도하는 행위를 말한다고 할 수있다. 세계의 각 국가는 저마다의 교육제도를 통하여 국민들이 교육을 받을수 있도록 하고 있으며, 국가의 교육체계는 그 나라의 역사와 전통, 문화등과 밀접한 관련을 맺고 있으며, 따라서 각 국가 마다 다르다고 할 수 있고, 시기마다 다르다고 할 수 있는바¹⁾ 이러한 교육을 담당하는 교원에 대해서도 각 국가마다 다양한 형태로 그 지위를 보장하고 있다. 우리나라는 교원의 정치활동에 대하여 엄격하게 제한을 하고 있는데, 이러한 제한이 교원의 정치적 자유(정치적 기본권)를 침해하는지 여부를 판단해 볼 필요가 있다. 따라서 이 논문에서는 교사의 정당가입 제한 문제와 관련하여 많은 논란이 제기되고 있는바, 그 제한이 정당하다는 논거를 제시하고자 한다.

II. 교육공무원의 정치참여 금지법령 및 이 사건 법률조항의 연혁

1. 1949. 8. 12. 법률 제44호로 제정된 국가공무원법 제4장 중 제37조는 “공무원은 정치운동에 참여하지 못하며 공무 이외의 일을 위한 집단적 행동을 하여서는 아니 된다.”고 규정하였다. 또한 1949. 12. 31. 법률 제86호로 제정된 교육법 제77조는 “교원은 어느 정당을 지지하거나 배격하기 위하여 학생을 지도 혹은 선동할 수 없다.”고 규정하였고, 제79조는 “교원의 자격, 복무, 보수, 연금, 임면 기타에 관한 사항은 교육공무원법으로써 정한다.”고 규정하였다. 그 후 1953. 4. 18. 법률 제285호로 제정된 교육공무원법 제27조(정치운동의 금지)는 “교원은 정치운동에 참여하지 못하며 어느 정당을 지지하거나 배격하기 위하여 학생을 지도 혹은 선동하여서는 아니 된다.”고 규정하였고, 제29조(국가공무원법의 준용)에서는 “국가공무원법 제4장은 교육공무원에 준용한다.”고 규정하였기 때문에 위 국가공무원법 제37조도 교육공무원에게 준용되었다.

한편 헌법차원에서 보면, 1962. 12. 26. 전문개정된 헌법(제3공화국헌법) 제6조에서

1) 전학선, “프랑스 교육제도와 교원의 정치활동의 자유” 세계헌법연구 제19권 3호, 2012. 54면

“① 공무원은 국민전체에 대한 봉사자이며, 국민에 대하여 책임을 진다. ② 공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.”고 하여 처음으로 ‘공무원의 국민전체에 대한 봉사자’ 및 ‘공무원의 정치적 중립성’ 규정을 두었고, 제27조 제3항에서는 “교육의 자주성과 정치적 중립성은 보장되어야 한다.”고 하여 역시 처음으로 ‘교육의 정치적 중립성’ 규정을 두었다.

2. 우리나라에서 선거에 관한 최초의 법령은 1948. 3. 17. 조선군정장관이 포고한 미군정법령 제175호 「국회의원선거법」으로서 그 내용은 총칙, 선거구역과 의원수, 선거인명부, 선거위원회, 의원후보자와 선거운동, 선거방법과 당선인, 국회의원의 임기와 보궐선거, 선거에 관한 쟁송, 벌칙 등 9장 55개의 조문과 부칙의 2개 조문을 포함한 57개 조문으로 구성되었으며, 이는 그동안 우리나라 선거법의 모태가 되어 왔다. 그 후 대통령선거, 국회의원선거, 지방의회의원선거, 지방자치단체장선거에 대한 개별 선거법들이 존재해 왔으나, 1994. 3. 16. 정치개혁의 일환으로 이 모든 선거를 통괄하여 규정한 「공직선거및선거부정방지법」이 법률 제4739호로 제정·공포되었다. 이 법의 제정목적은 헌법과 지방자치법에 의한 선거가 국민의 자유로운 의사와 민주적인 절차에 의하여 공정히 행하여지도록 하고, 선거와 관련한 부정을 방지함으로써 민주정치의 발전에 기여하기 위함이었다(제1조). 이후 지금까지 여러 차례에 걸쳐 개정되어 왔는데, 제9조(공무원의 중립의무 등)와 이 사건의 심판대상 조문인 제60조(선거운동을 할 수 없는 자) 제4호는 제정 후 그 내용에 변동이 없었다.

III. 교사의 정당가입제한(정치활동 금지)에 따른 논란

1. 문제의 제기

현재 초·중등학교의 모든 교원은 교육공무원법과 사립학교법에 의해 일체의 정치적 활동이 제한되고 있다. 그러나 초·중등학교의 교원도 하나의 일반시민으로서 민주주의 국가에서 정치적 기본권이 보장되어야 함은 의문의 여지가 없다. 그러나 헌법상의 공무원의 정치적 중립성 의무와 교육의 정치적 중립성 보장 법리에 의하여 그러한 권리들이 상당부분 제한되고 있어서 문제가 되고 있는바, 헌법 제24조와 제25조는 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 선거권과 공무담임권을 가진다고 규정하여 국민의 정치적 기본권을 보장하고 있다. 그러나 한편으로는 공무원에 대하여 제7조에서 공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다고 규정하여 공무원의 정치적 기본권의 제한의 근거를 두고 있다. 우리나라의 국·공립학교 교원은 학교 교육의 이행자인 교원으로서의 지위와 국민전체에 대한 봉사자인 공무원으로서의 지위를 동시에 가지고 있다. 따라서 교원은 일반교원과 국가공무원의 지위에서 파생되는 헌법상의 기본권 제한을 받게 된다. 즉 헌법 제7조에 근거한 국가공무원법에서는 광범위하게 공무원의 정치적 권리 내지 정치활동을 금지하고 있다. 국가공무원법은 제65조에서 “공무원은 정당 기타 정치단체의 결성에 관여하거나 이에 가입할 수 없으며, 선거에 있어서 특정정당 또는 특정인의 지지나 반대를 하기위하여 특정행위를 하여서는 아니 된다”고 규정하고 있으며, 한편

교육기본법도 제14조 제4항에서 “교원은 특정정당 또는 정파를 지지하거나 반대하기 위하여 학생을 지도하거나 선동하여서는 아니 된다”고 규정하여, 학교 교원의 정치활동을 금지하고 있다. 이러한 국가공무원법의 규정을 근거로 하여, 정당법에서는 대학의 전임강사 이상의 교원을 제외한 국·공립학교와 사립학교 교원이 정당발기인이나 당원이 될 수 있는 자격을 제한하고 있으며(제6조), 공직선거 및 선거부정방지법도 제60조에서 공무원 기타 정치적 중립을 지켜야 하는 자는 선거운동을 할 수 없도록 규정하고 있다.²⁾

2. 헌법상의 정치적 기본권

종래 정치적 기본권으로는 헌법 제24조(공무원선거권)와 제25조(공무담임권) 및 그 밖에 제72조·제130조(국민투표권)가 규정하는 이른바 ‘참정권’만을 의미하는 것으로 보았다. 그러나 오늘날 정치적 기본권은 국민이 정치적 의사를 자유롭게 표현하고, 국가의 정치적 의사형성에 참여하는 정치적 활동을 총칭하는 것으로 넓게 인식하고 있다. 정치적 기본권은 기본권의 주체인 개별 국민의 입장에서 보면 주관적 공권으로서의 성질을 가지지만, 민주정치를 표방한 민주국가에 있어서는 국민의 정치적 의사를 국정에 반영하기 위한 객관적 질서로서의 의미를 아울러 가진다. 한편, 정치적 자유권이라 함은 국가권력의 간섭이나 통제를 받지 아니하고 자유롭게 정치적 의사를 형성·발표할 수 있는 자유라고 할 수 있다. 이러한 정치적 자유권에는 정치적 의사를 자유롭게 표현하고, 자발적으로 정당에 가입하고 활동하며, 자유롭게 선거운동을 할 수 있는 것을 주된 내용으로 한다.

1) 정치적 표현의 자유

오늘날 정치적 표현의 자유는 실로 정치적 언론·출판·집회·결사 등 모든 영역에서의 자유를 말하므로, 이 권리는 자유민주적 기본질서의 구성요소로서 다른 기본권에 비하여 우월한 효력을 가진다고 볼 수 있다. 그러나 정치적 표현의 자유도 절대적인 것은 아니기 때문에 헌법 제37조 제2항에 따라 제한될 수 있다. 또한 선거운동 기간 중의 정치적 표현의 자유는 그 자체가 선거운동의 의미를 가지기 때문에 선거의 공정성을 확보하기 위하여 상당한 제약을 가하는 것은 불가피하다³⁾.

2) 정당가입과 정당활동의 자유

무릇 정당은 국민과 국가의 중개자로서 정치적 도관(導管)의 기능을 수행하여 주체적·능동적으로 국민의 다원적 정치의사를 유도·통합함으로써 국가정책의 결정에 직접 영향을 미칠 수 있는 규모의 정치적 의사를 형성하고 있다⁴⁾. 이와 같이, 정당은 오늘날 대중민주주의에 있어서 국민의 정치의사형성의 담당자이며 매개자이자 민주주의에 있어서 필수 불가결한 요소이기 때문에, 정당의 자유로운 설립과 활동은 민주주의 실현의 전제조건이

2) 노기호, “초·중등교사의 정당가입 및 선거운동금지등의 위헌여부” 『고시제』 (2007. 7) 70면

3) 헌재 2001. 8. 30. 2000헌마121등, 판례집 13-2, 263, 271

4) 헌재 2003. 10. 30. 2002헌라1, 공보 86, 968, 974

라고 할 수 있다. 주권자인 모든 국민은 일반 결사의 자유와 마찬가지로 정당을 결성하고 가입하거나 그렇게 하지 아니할 자유를 가지며, 당원으로서의 계속 잔류와 탈당의 자유가 보장된다. 그러나 정당법 제6조 단서 제1호는 정치적 성격을 갖는 공무원을 제외하고는 국가공무원법 제2조와 지방공무원법 제2조에 규정된 공무원과 교원은 정당의 발기인 또는 당원이 될 수 없도록 규정하고, 다만 국·공·사립대학교의 총장으로부터 전임강사에 이르기까지의 교수들은 예외로 하고 있다.⁵⁾

IV. 교사의 기본권(정당가입)제한에 대한 정당성

1. 공무원의 정치적 중립성에 의한 제한

헌법 제7조 제1항은 “공무원은 국민전체에 대한 봉사자이며, 국민에 대하여 책임을 진다.”고 규정하고 있다. 즉, 공무원은 국민전체의 이익을 위해 봉사해야 하는 입장에 있으며 일부의 국민이나 특정 정파 혹은 정당의 이익을 위해 봉사하는 입장이 아님을 분명히 밝히고 있는 것이다. 그리고 제2항에서는 “공무원의 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.”고 명시하고 있다. 이와 같은 공무원의 정치적 중립성의 요청은 정권교체로 인한 행정의 일관성과 계속성이 상실되지 않도록 하고, 공무원의 정치적 신조에 따라서 행정이 좌우되지 않도록 함으로써 공무집행에서의 혼란의 초래를 예방하고 국민의 신뢰를 확보하기 위함이다. 헌법재판소는 공무원에 대한 정치적 중립성의 필요성에 관하여, “공무원은 국민전체에 대한 봉사자이므로 중립적 위치에서 공익을 추구하고(국민전체의 봉사자설), 행정에 대한 정치의 개입을 방지함으로써 행정의 전문성과 민주성을 제고하고 정책적 계속성과 안정성을 유지하며(정치와 행정의 분리설), 정권의 변동에도 불구하고 공무원의 신분적 안정을 기하고 엽관제로 인한 부패·비능률 등의 폐해를 방지하며(공무원의 이익보호설), 자본주의의 발달에 따르는 사회경제적 대립의 중재자·조정자로서의 기능을 적극적으로 담당하기 위하여 요구되는 것(공적 중재자설)”이라고 하면서, 공무원의 정치적 중립성 요청은 결국 위 각 근거를 종합적으로 고려하여 “공무원의 직무의 성질상 그 직무집행의 중립성을 유지하기 위하여 필요한 것”이라고 판시하고 있다⁶⁾. 이와 같은 공무원에 대한 정치적 중립성의 요청은 교육 분야에서 종사하는 교육공무원에게까지 제도적으로 보장되고 있다. 즉, 헌법 제31조 제4항은 “교육의…정치적 중립성…은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.”고 선언함으로써 헌법적 차원에서 이를 강력히 보장하고 있다. 또한 교육공무원법 제2조 제1항 제1호, 제2항 제1호에 의하면 교육기관, 즉 초·중등교육법 제2조의 규정에 의한 각급학교에 근무하는 교원은 교육“공무원”으로서 동법 제53조 제5항에 규정한 일정한 부분 이외에는 국가공무원법의 적용을 받는다. 따라서 교육공무원에게 적용되는 국가공무원법 제65조(정치운동의 금지)에 의하면, 교육공무원은 정당 기타 정치단체의 결성에 관여하거나 이에 가입할 수 없고(제1항), 선거에 있어서 특정 정당 또는 특정인의 지지나 반대를 하기 위하여 그 소정의 행위를 할 수 없다(제2항).

5) 노기호, 전거서 73-74면

6) 헌재, 1995. 5. 25. 선고한 91헌마67, 판례집 7-1, 722, 759

2. 교육의 정치적 중립성에 의한 제한

교육의 정치적 중립성은 교육이 국가권력이나 정치적 세력으로부터 부당한 간섭을 받지 아니할 뿐만 아니라 그 본연의 기능을 벗어나 정치영역에 개입하지 않아야 한다는 것을 말한다. 헌법재판소는 교육의 정치적 중립성이 보장되어야 하는 이유에 관하여, “교육의 자주성·전문성·정치적 중립성을 헌법이 보장하고 있는 이유는 교육이 국가의 백년대계의 기초인 만큼 국가의 안정적인 성장·발전을 도모하기 위해서는 교육이 외부세력의 부당한 간섭에 영향을 받지 않도록 교육자 내지 교육전문가에 의하여 주도되고 관할되어야 할 필요가 있다는 데서 비롯된 것이라고 할 것이다. 그러기 위해서는 교육에 관한 제반 정책의 수립 및 시행이 교육자에 의하여 전담되거나 적어도 그의 적극적인 참여하에 이루어져야 함은 물론 교육방법이나 교육내용이 종교적 종파성과 당파적 편향성에 의하여 부당하게 침해 또는 간섭당하지 않고 가치 중립적인 진리교육이 보장되어야 할 것이다.”⁷⁾라고 밝히고 있다. 이어서 같은 맥락에서, “국·공립학교 교원이 공무원 신분을 가지도록 한 것은 국가가 교육에 있어서 중대한 역할을 수행하게되는 공교육제 하에서 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성의 보장이라는 헌법 제31조의 명제를 구체화시키기 위한 것”이라고 하면서, 교육공무원의 정당가입을 금지한 정당법 제6조는 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성의 보장을 위하여 인정되는 합리적인 제한이라고 판시하고 있다⁸⁾

3. 대학 교원의 정치활동보장에 의한 평등권침해여부

1). 문제의 소재

정당법 제6조는 대학교원에게 정당가입과 발기인 및 정치활동을 허용하면서 같은 학교교원인 초·중등 교원에게는 이를 제한하고 있어 동 규정이 초·중등 교원의 평등권을 침해하는지의 여부가 문제된다.

2). 평등권의 심사기준

헌법 제11조 제1항은 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교·사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·문화적 생활의 모든 영역에 있어 차별을 받지 아니한다”고 규정하고 있다. 이러한 헌법상의 평등원칙은 결코 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니고, 법을 적용함에 있어서 뿐만 아니라 입법을 함에 있어서도 불합리한 차별을 하여서는 아니 된다는 상대적·실질적 평등을 뜻하는 것이므로 합리적 근거 없이 차별하는 경우에만 평등원칙에 반하는 것이다⁹⁾.

3) 소결

7) 헌재, 1992. 11. 12. 선고한 89헌마88, 판례집 4,739, 762

8) 헌재, 1993. 7. 29. 선고한 91헌마69, 판례집 5-2, 145, 152).

9) 헌재 1996. 8. 29. 95헌마36; 1999. 9. 16. 98헌마310

초·중등학교의 교원, 즉 교사는 법령이 정하는 바에 따라 학생을 교육 하는자이고(교육기본법 제9조, 초·중등교육법 제20조 제3항), 반면에 대학교원, 즉 교수·부교수·조교수와 전임강사는 학생을 교육·지도하고 학문을 연구하되, 학문 연구만을 전담할 수 있다(고등교육법 제15조 제2항). 이와 같이 현행 교육법령상 양자는 직무를 달리하고 있다. 물론 대학교수도 학생을 교육하기는 하나 그 주된 직무는 연구기능이므로, 이 점에서 매일 매일을 학생과 함께 호흡하며 수업을 하고 학생을 지도해야 하는 초·중등학교 교원에 비하여 상대적으로 많은 학문연구와 사회활동의 자유가 인정된다¹⁰⁾. 뿐만 아니라 초·중등학교의 교육은 일반적으로 승인된 기초적인 지식의 전달에 중점이 있는데 비하여, 대학의 교육은 학문의 연구·활동과 교수기능을 유기적으로 결합하여 학문의 발전과 피교육자인 대학생들에 대한 교육의 질을 높일 필요성이 있기 때문에 대학교원의 자격기준도 이와같은 기능을 수행할 수 있는 능력을 갖추는 것이 요구된다¹¹⁾.

따라서 초·중등학교 교원에 대해서는 정당가입과 선거운동의 자유를 금지하면서 대학교원에게는 이를 허용한다 하더라도, 이는 양자간 직무의 본질이나 내용 그리고 근무태양이 다른 점을 고려할 때 합리적인차별에 해당하므로 헌법상의 평등권을 침해한 것이라고 할 수 없다.¹²⁾

4. 대법원 판례

-소위 전교조의 조직과 정치활동에 대한 대법원의 판단-

대법원은 전교조가 총선을 앞두고 기획·시행한 교사 서명운동 및 시국선언문이 공직선거 및 선거부정방지법에서 정한 ‘선거에 관한 단순한 의견개진 또는 의사표시’의 범위를 넘어선 것이라는 이유로, 그 지부장들에 대한 공직선거 및 선거부정방지법 위반과 국가공무원법 위반의 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 원심판결을 파기한 사건¹³⁾에서,

(가). 공직선거 및 선거부정방지법(약칭, 공선법) 제60조 제1항은 공무원 등의 선거운동 즉, 특정 후보자의 당선 내지 득표나 낙선을 위하여 필요하고도 유리한 모든 행위로서 당선 또는 낙선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적·계획적인 행위를 금지하고, 공선법 제93조 제1항은 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 정당 또는 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있는 문서 등을 배부하는 등의 행위를, 공선법 제107조는 선거운동을 위하여 선거구민에 대하여 서명·날인을 받는 행위를, 국가공무원법 제65조 제2항은 공무원이 선거에 있어서 특정 정당 또는 특정인의 지지나 반대를 하기 위하여 투표를 하거나 하지 아니하도록 권유운동(제1호)을 하거나 서명운동을 기도·주재하거나 권유(제2호)하는 행위를 각 금지하고 있는바, 어떤 행위가 위 조항에서 금지하고 있는 특정 정당 또는 후보자를 지지 혹은 반대하는 행위에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 단순히 행위자가 행위의 명목으로 내세우는 사유뿐만 아니라

10) 헌재 1993. 7. 29. 91헌마69, 판례집 5-2, 145, 154

11) 헌재 1998. 7. 16. 96헌바33등, 판례집 10-2, 116, 149-150

12) 노기호, 전제서 74-78면

13) 대법원 2006.3.24. 선고 2005도2209 판결[공직선거및선거부정방지법위반·국가공무원법위반]

그 행위의 태양, 즉 그 행위가 행하여진 시기·장소·동기·방법·행위의 구체적인 내용 등을 종합적으로 관찰하여 그것이 위 조항에서 금지하고 있는 특정 정당 또는 후보자를 지지 혹은 반대하기 위한 목적의지를 수반하는 행위인지 여부를 판단하여야 한다¹⁴⁾

(나). 원심이 채택한 증거에 의하면, 다음과 같은 사실이 인정된다.

전교조는 1989. 5. 28. 설립과 동시에 민주노총에 가입한 민주노총의 산하단체인데, 전교조 조합원 중 상당수가 민주노총의 대의원이며, 전교조 위원장은 민주노총 중앙집행위원회 위원, 전교조 수석부위원장은 민주노총 중앙위원회 위원을 겸임하는 등 전교조와 민주노총은 조직·기구 구성원 중 일부가 중첩되어 있다. 전교조는 평소 교육 정책을 비롯한 여러 정치·경제·사회적 현안에 관하여 상급단체인 민주노총과 같은 입장을 취하여 공동 대응해 왔다. 또, 민주노동당 당원 중 민주노총 조합원이 차지하는 비율은 2003. 6. 기준 약 43.03%에 달할 정도로 민주노총과 민주노동당은 밀접한 관계였다. 민주노총은 2004. 2. 11.경 약 두 달 앞으로 다가온 4·15 국회의원 총선거를 대비하여 “4·15 총선은 민주노총이 조직적 결의를 모아 창당한 민주노동당이 정당명부비례대표제를 통하여 원내 진출함으로써 정치 지형을 진보 대 보수로 바꿀 기회이다. 민주노총은 민주노동당의 모든 후보를 지지하고, 민주노총에서 민주노동당 후보자를 발굴·추천하며 기금을 모금하여 민주노동당 선거 비용을 지원한다.”는 요지의 ‘민주노총 4·15 총선방침’을 결정하고, 이를 전교조를 비롯한 산하단체에 전달·시행토록 하였다.

전교조 위원장 겸 민주노총 중앙집행위원회 위원인 공소외 1은 2004. 2. 중순경 전교조 중앙집행위원회(전교조의 최고 집행기구. 전교조 본부 간부 및 시·도지부장 등으로 구성)를 개최하여 광주·전남지부장인 피고인들도 참석한 가운데 위 ‘민주노총 4·15 총선방침’을 전달하고 그 방침에 따라 “민주노동당 후보 지지, 민주노동당을 통한 진보정치 실현, 후보자 발굴 및 정치기금 모금” 등을 내용으로 하는 ‘전교조 4·15 총선 대응 정책지침’을 결정하였다. 2004. 2. 23. 열린 전교조의 최고 의사결정기구인 정기대의원대회에서, 피고인들도 참석한 가운데 공소외 1은 위 ‘전교조 4·15 총선 대응 정책지침’ 등을 보고하였는데, 위 대회에는 민주노총 위원장 공소외 2, 부위원장 공소외 3, 민주노동당 공소외 4 대표도 참석하였고, 공소외 4 대표는 ‘진보정치를 실현하자’는 취지의 강연을 하였다. 위 대회에서 ‘4·15 총선시 노동자 정치세력화를 위하여 진보정치 실현에 앞장서고 부패정치를 청산하자’는 취지의 결의문을 채택하였는데, 위와 같은 민주노총 및 전교조의 회의 진행 상황 및 주요 논의사항 등은 민주노총 및 전교조 인터넷 홈페이지나 언론 등을 통하여 일반인들에게 널리 알려졌다.

한편, 2004. 3. 10.경 개최된 전교조 중앙집행위원회에서, 피고인들도 참석한 가운데 위 ‘민주노총 4·15 총선방침’에 따라 작성된 ‘4·15 총선 대응 사업계획’에 관하여 토의한 결과, 위 사업계획 중 민주노동당 정치성금 모금 등 일부는 선별 채택하였으나, ‘민주노동당을 지칭하여 지지 선언’을 하려던 계획은 선거법 문제 등으로 곤란하다는 것으로 입장

14) 대법원 2003. 10. 10. 선고 2003도2673 판결, 2004. 4. 27. 선고 2002도315 판결, 헌법재판소 2004. 5. 14. 선고 2004헌나1 전원재판부 결정 등

을 정리하였다. 그런데 2004. 3. 12. 국회에서 탄핵소추안이 의결되자, 2004. 3. 16.경 급히 소집된 전교조 비상중앙집행위원회에서 공소의 1 등은 이 사건 서명운동 및 시국선언을 실시하기로 결정하고, 전교조 본부에서 ‘탄핵을 주도한 야당은 물론 또 다른 보수정치집단인 여당 및 정부 등 기존 정치세력을 반대하고, 진보적 개혁정치세력을 지지한다’는 요지의 시국선언문을 작성하여 전국 16개의 지부에 송부하였고, 피고인들을 비롯한 각 지부장들은 3. 16.경부터 같은 달 26.경 사이에 위 시국선언문에 전국에 걸쳐 약 2만여 명에 이르는 교사들의 서명을 받아 본부로 송부하였다. 전교조 본부와 피고인들의 광주·전남지부를 비롯한 일부 지부에서는 기자회견을 열어 위 시국선언문과 같은 취지의 기자회견문을 낭독하고 보도자료로 배부하였으며, 인터넷 홈페이지에도 게시하였다.

피고인들이 본부에서 보내 온 시국선언문의 일부를 직접 수정하여 만든 시국선언문 앞부분은 “2004년 3월 12일 한나라당과 민주당, 자민련(피고인들이 직접 정당 명칭을 특정하여 추가 기재해 넣었다.) 등 거대 야당은 야합을 통해 민주주의와 국민들에게 가증스러운 테러를 가하였다. 국회를 장악한 부패 수구집단은 그들만의 ‘민주적 절차’를 앞세워 민주주의를 유린했으며, ‘국민의 의사’를 빙자하여 국민 전체를 모욕하였다. 〈중략〉 지난 4년 동안 제16대 국회는 부패와 무능, 그리고 ‘개혁 발목잡기’로 일관해 왔다. 〈중략〉 국민의 목소리에 스스로 귀를 틀어막은 국회야말로 국민적 탄핵의 대상이다.”라는 요지로 탄핵을 주도한 한나라당, 민주당, 자민련 등 거대 야당을 부패 수구집단으로 지칭하면서 부패, 무능, 반개혁적 집단으로 질타하는 내용이고, 가운데부분은 “그러나 거대야당의 헌정질서 유린과 함께 우리는 집권여당과 정부 또한 이번 사태에 깊이 연루되어 있음을 주목한다. 집권여당 역시 불법 정치자금 등 부패정치의 관행으로부터 결코 자유롭지 않으며, 무분별한 시장원리 도입으로 국민의 삶을 파괴하고, 교육시장화 정책을 도입하여 공교육 이념을 뿌리째 흔들어 왔다. 그런데도 이에 대한 반성과 성찰 없이 탄핵정국을 국회의원 선거와 연계시켜 정치적으로 이용하려는 시도는, 국민에 대한 또 다른 기만일 뿐이다.”라는 요지로 여당 및 정부의 실정을 지적·비난하면서 탄핵으로 야기된 거대 야당에 대한 국민들의 거부감을 국회의원 선거에서 집권여당 득표 전략으로 이용하지 말 것을 경고하는 내용이며, 뒷부분 및 기자회견문 끝부분은 “우리는, 부패 수구집단의 반민주적 정략놀음에 분노하는 국민들의 열망을 이용하여 또 다른 보수정치를 탄생시키려는 어떠한 시도에 대해서도 반대한다. 국민들이 진심으로 고대하는 것은 또 다른 보수정치의 등장이 아니라 부패 수구세력의 역사적 퇴출이요, 진정 진보적이고 개혁적인 정치세력으로의 ‘정치판 판갈이’이다. 〈중략〉 ‘다수의 힘을 빌려 민주주의를 유린하는 그들이야말로 국민의 탄핵 대상이다.’, ‘수구 부패집단의 당리당략으로 오염된 국회를 국민의 진정한 대변자로 채우는 것은 국민의 권리이다. 돌아오는 국회의원 선거는 부패한 보수정치의 판을 갈아엎을 소중한 기회이다.’, 탄핵을 제기할 자격도 없는 부패한 정치집단이 또 다른 부패집단을 탄핵하는 것이야말로 정치적 주도권 장악을 위한 역겨운 이전투구일 뿐, 국민들에게는 아무런 정당성도 설득력도 가질 수 없다. 〈중략〉 다가오는 국회의원 총선에서 우리는 국회를 국민의 꿈과 희망을 쫓 피울 진보적 개혁정치의 무대로 탈바꿈시킬 것이다.”, “우리 교사들은 4·15 국회의원 선거에서 부패한 수구보수정치의 벽을 허물고 노동자, 농민, 서민 등 소외 계층을 대변할 수 있는 깨끗하고 진보적인 세력을 국회

에 진출시키는 데 앞장선다.”는 요지로 야당과 여당은 결국, 동일한 부패 보수정치집단으로 국민들이 진심으로 고대하는 진보개혁정치를 떠나갈 수 있는 세력이 아니므로, 국민들은 진보개혁정치세력으로의 ‘정치판 판갈이’를 위해 4·15 총선에서 새로운 정치일꾼을 키워내야 함을 인식해야 하고, 교사들은 4·15 총선에서 노동자, 농민, 서민 등 소외계층을 대변할 수 있는 진보세력을 국회에 진출시키는 데 앞장서겠다고 다짐하는 내용이다. 위 시국선언문 끝부분에는 광주 지역 교사 1,829명과 전남 지역 교사 2,846명의 서명자 명단이 첨부되어 있다.

또, 전교조 홈페이지에는, 2004. 3. 27. 공소외 1이 전교조 위원장 개인 서신의 형식으로 작성한 “전교조는 전국대의원대회를 통하여 노동자 정치세력화를 위해 진보정치 실현에 앞장설 것을 결의하고 이번 4·15 총선에 적극 대응하기로 하였다. 민주노총에 가입된 전교조의 정치방침은 민주노총의 정치방침인 민주노동당을 통해 노동자의 정치세력화를 실천하는 것”이라는 요지의 문서가 게시되었고, 2004. 3. 31.경에는 “4월 15일 판갈아주세요, 민주노총에서는 맘껏 일하는 사람들을 위하여 국회의원이 되고자 후보로 나선 동지들을 위하여 정치기금을 모으고 있습니다.”라는 글이 게시되었다. 한편, 민주노동당이 스스로를 ‘노동자, 농민, 서민 등 소외계층을 대변할 수 있는 깨끗하고 진보적인 개혁정치세력’으로 자처해 온 것은 일반인들 사이에서 널리 알려진 사실이다.

(다). 위 인정 사실을 종합하면, 전교조 중앙집행위원회 위원인 전교조 본부 간부 및 피고인들을 비롯한 지부장들은 2004. 2. 중순경부터 약 두 달 후로 다가온 4·15 총선에 대비하여 평소 정치적 입장을 같이 해온 상급 단체인 민주노총의 ‘4·15 총선방침’에 따라 민주노동당을 적극 지지하는 내용의 ‘4·15 총선 대응 정책지침’을 마련하고 이를 시행하기 위한 준비 작업을 진행하여, 3. 10.경에는 구체적인 사업계획으로 ‘민주노동당을 직접 지칭하여 지지 선언하는 계획’까지 구상하였으나 선거법 문제 등으로 이를 채택·시행하지 못하고 있던 중, 3. 12. 국회에서 대통령 탄핵소추안이 의결되자 이를 기화로 탄핵소추안 의결을 주도한 한나라당, 민주당, 자민련 등 야당은 물론 여당 및 정부까지 모두 부패 보수정치집단으로 함께 비난하면서 4·15 총선에서는 이들을 퇴출시켜야 하고 그 대안으로 진보적 개혁정치세력인 민주노동당을 지지한다는 전교조의 의사를 천명할 목적으로 이 사건 서명운동 및 시국선언을 기획·시행하였음을 인정하기에 넉넉하고, 민주노총 및 전교조 홈페이지와 언론 등을 통하여 위와 같은 민주노총과 전교조의 움직임을 접해 온 일반인들로서도 위와 같은 전교조 중앙집행위원회 위원들의 의도를 충분히 인식할 수 있었던 것으로 볼 것이다. 원심이 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하면서 든 근거는 모두 수긍하기 어렵다.(이하생략)

5. 헌법재판소 판례

초·중등학교의 교육공무원의 정당가입 및 선거운동을 금지하고 있는 정당법 제6조 단서 제1호 및 공직선거및선거부정방지법(이하 ‘공선법’이라 한다) 제60조 제1항 제4호(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)에 대한 이 사건 청구인들(중등학교 교육공무원인 지방선거

선거권자들)의 법적 관련성 및 권리보호이익등에 관한 헌법재판소 결정¹⁵⁾에 대하여 필요한 부분을 발췌하여 살펴보면,

1) 오늘날 정치적 기본권은 국민이 정치적 의사를 자유롭게 표현하고, 국가의 정치적 의사형성에 참여하는 정치적 활동을 총칭하는 것으로 넓게 인식되고 있다. 정치적 기본권은 기본권의 주체인 개별 국민의 입장에서 보면 주관적 공권으로서의 성질을 가지지만, 민주정치를 표방한 민주국가에 있어서는 국민의 정치적 의사를 국정에 반영하기 위한 객관적 질서로서의 의미를 아울러 가진다. 그중 정치적 자유권이라 함은 국가권력의 간섭이나 통제를 받지 아니하고 자유롭게 정치적 의사를 형성·발표할 수 있는 자유라고 할 수 있다. 이러한 정치적 자유권에는 정치적 의사를 자유롭게 표현하고, 자발적으로 정당에 가입하고 활동하며, 자유롭게 선거운동을 할 수 있는 것을 주된 내용으로 한다.

2) 이 사건 법률조항이 청구인들과 같은 초·중등학교 교원의 정당가입 및 선거운동의 자유를 금지함으로써 정치적 기본권을 제한하는 측면이 있는 것은 사실이나, 공무원의 정치적 중립성 등을 규정한 헌법 제7조 제1항·제2항, 교육의 정치적 중립성을 규정한 헌법 제31조 제4항의 규정취지에 비추어 보면, 감수성과 모방성 그리고 수용성이 왕성한 초·중등학교 학생들에게 교원이 미치는 영향은 매우 크고, 교원의 활동은 근무시간 내외를 불문하고 학생들의 인격 및 기본생활습관 형성 등에 중요한 영향을 끼치는 잠재적 교육과정의 일부분인 점을 고려하고, 교원의 정치활동은 교육수혜자인 학생의 입장에서는 수업권의 침해로 받아들여질 수 있다는 점에서 현 시점에서는 국민의 교육기본권을 더욱 보장함으로써 얻을 수 있는 공익을 우선시해야 할 것이라는 점 등을 종합적으로 감안할 때, 초·중등학교 교육공무원의 정당가입 및 선거운동의 자유를 제한하는 것은 헌법적으로 정당화될 수 있다.

3) 현행 교육법령은, 초·중등학교의 교원 즉 교사는 법령이 정하는 바에 따라 학생을 교육하는 자이고(교육기본법 제9조, 초·중등교육법 제20조 제3항), 반면에 대학의 교원은 학생을 교육·지도하고 학문을 연구하되 학문연구만을 전담할 수 있다(고등교육법 제15조 제2항)고 하여 양자의 직무를 달리 규정하고 있다. 뿐만 아니라, 초·중등학교의 교육은 일반적으로 승인된 기초적인 지식의 전달에 중점이 있는데 비하여, 대학의 교육은 학문의 연구·활동과 교수기능을 유기적으로 결합하여 학문의 발전과 피교육자인 대학생들에 대한 교육의 질을 높일 필요성이 있기 때문에 대학교원의 자격기준도 이와 같은 기능을 수행할 수 있는 능력을 갖출 것이 요구된다. 그렇다면 초·중등학교 교원에 대해서는 정당가입과 선거운동의 자유를 금지하면서 대학교원에게는 이를 허용한다 하더라도, 이는 양자간 직무의 본질이나 내용 그리고 근무태양이 다른 점을 고려할 때 합리적인 차

15) 헌법재판소, 2004. 3. 25. 2001헌마710 전원재판부, [참조판례] 헌재 1996. 8. 29. 95헌마108, 판례집 8-2, 167, 175, 헌재 1992. 1. 28. 91헌마111, 판례집 4, 51, 56-58, 헌재 2001. 8. 30. 2000헌마121등, 판례집 13-2, 263, 271, 274, 헌재 2003. 10. 30. 2002헌라1, 공보 86, 968, 974, 헌재 2001. 8. 30. 99헌바92, 판례집 13-2, 174, 193, 헌재 1995. 5. 25. 91헌마67, 판례집 7-1, 722, 759, 헌재 1992. 11. 12. 89헌마88, 판례집 4, 739, 762, 헌재 1993. 7. 29. 91헌마69, 판례집 5-2, 145, 152, 헌재 1994. 2. 24. 92헌바43, 판례집 6-1, 72, 75, 헌재 1993. 7. 29. 91헌마69, 판례집 5-2, 145, 154, 헌재 1998. 7. 16. 96헌바33등, 판례집 10-2, 116, 149-150

별이라고 할 것이므로 청구인이 주장하듯 헌법상의 평등권을 침해한 것이라고 할 수 없다.

4) 헌법재판소는 1992. 11. 12. 선고한 89헌마88 결정에서 교육의 정치적 중립성이 보장되어야 하는 이유에 관하여, “교육의 자주성·전문성·정치적 중립성을 헌법이 보장하고 있는 이유는 교육이 국가의 백년대계의 기초인 만큼 국가의 안정적인 성장·발전을 도모하기 위해서는 교육이 외부세력의 부당한 간섭에 영향 받지 않도록 교육자 내지 교육전문가에 의하여 주도되고 관할되어야 할 필요가 있다는 데서 비롯된 것이라고 할 것이다. 그러기 위해서는 교육에 관한 제반정책의 수립 및 시행이 교육자에 의하여 전담되거나 적어도 그의 적극적인 참여하에 이루어져야 함은 물론 교육방법이나 교육내용이 종교적 종파성과 당파적 편향성에 의하여 부당하게 침해 또는 간섭당하지 않고 가치중립적인 진리교육이 보장되어야 할 것이다.”(판례집 4, 739, 762)라고 밝힌 바 있다.

5) 이어서 헌법재판소는 맥락을 같이하여 1993. 7. 29. 선고한 91헌마69 결정에서, “국·공립학교 교원이 공무원신분을 가지도록 한 것은 국가가 교육에 있어서 중대한 역할을 수행하게 되는 공교육제하에서 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성의 보장이라는 헌법 제31조의 명제를 구체화시키기 위한 것”이라고 하면서, 교육공무원의 정당가입을 금지한 정당법 제6조는 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성의 보장을 위하여 인정되는 합리적인 제한이라고 판시한 바 있다(판례집 5-2, 145, 152).

6) 이와 같이 초·중등학교에 근무하는 교원이 정당의 발기인 또는 당원이 되는 것을 금지하고 있는 것은, 공무원의 신분을 보장하고 민주주의 및 법치주의의 통치이념에 기여하려는 공무원제도의 본질에 비추어 공무원의 정치적 중립성 확보를 위한 조치로서 헌법 제37조 제2항에 따른 최소한의 제한이라고 할 수 있다. 이는 우리나라의 정치적 현실과 역사적 경험에 비추어 행정의 중립성·효율성의 확보뿐만 아니라 특히 교원의 활동이 미성숙한 학생들의 가치판단에 중대한 영향을 주고 있으므로 교육자로서의 특별한 처신이 요구되고, 피교육자인 학생들의 기본권 또는 학부모들의 자녀에 대한 교육권과의 갈등을 예방하기 위해 부득이하고 필요한 조치이기도 하다.

7) 청구인들은 교원의 정치적 활동을 제한하는 것은 학교 내에서의 교육활동에만 국한하여 적용하여야지 근무시간 내외를 불문하고 일률적으로 정치활동을 금지하는 것은 과잉금지의 원칙에 어긋나게 정치적 표현의 자유라는 국민의 기본권을 제한하는 것이라고 주장한다. 그러나 이 사건 법률조항이 청구인들과 같은 초·중등학교 교원의 정당가입 및 선거운동의 자유를 금지함으로써 정치적 기본권을 제한하는 측면이 있는 것은 사실이나, 감수성과 모방성, 그리고 수용성이 왕성한 초·중등학교 학생들에게 교원이 미치는 영향은 매우 크고, 교원의 활동은 근무시간 내외를 불문하고 학생들의 인격 및 기본생활습관 형성 등에 중요한 영향을 끼치는 잠재적 교육과정의 일부분인 점을 고려하고, 교원의 정치활동은 교육수혜자인 학생의 입장에서는 수업권의 침해로 받아들여질 수 있다는 점에서 현 시점에서는 국민의 교육기본권을 더욱 보장함으로써 얻을 수 있는 공익을 우선

시해야 할 것이라는 점 등을 종합적으로 감안할 때, 초·중등학교 교육공무원의 정당가입 및 선거운동의 자유를 제한하는 것은 헌법적으로 정당화될 수 있다고 할 것이다.

8) 평등의 원칙 위배 여부: 헌법 제11조 제1항의 평등의 원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라, 입법과 법의 적용에 있어서 합리적 근거 없는 차별을 하여서는 아니 된다는 상대적 평등을 뜻하고 따라서 합리적 근거 있는 차별 내지 불평등은 평등의 원칙에 반하는 것이 아니다¹⁶⁾. 이 사건 법률조항은 대학교원의 정당가입 및 선거운동의 자유를 허용하면서도 청구인들과 같은 초·중등학교의 교원에 대하여는 이를 금지함으로써 정치적 중립을 요구하고 있다. 정치활동이 허용되는 대학의 교원은 대학, 산업대학, 교육대학, 전문대학, 방송·통신대학, 기술대학 등 각 학교에서 학생을 직접 교육·지도하고 학문을 연구하거나 또는 학문연구만을 전담하는 사람으로서 교수·부교수·조교수·전임강사 등이다(교육기본법 제9조, 고등교육법 제2조·제14조·제15조). 초·중등학교의 교원 즉 교사는 법령이 정하는 바에 따라 학생을 교육하는 자이고(교육기본법 제9조, 초·중등교육법 제20조 제3항), 반면에 대학의 교원 즉 교수·부교수·조교수와 전임강사는 학생을 교육·지도하고 학문을 연구하되, 학문연구만을 전담할 수 있다(고등교육법 제15조 제2항). 이와 같이 현행 교육법령은 양자의 직무를 달리 규정하고 있다. 물론 대학교수도 학생을 교육하기는 하나 그 주된 직무는 연구기능이므로, 이 점에서 매일 매일을 학생과 함께 호흡하며 수업을 하고 학생을 지도해야 하는 초·중등학교 교원에 비하여 상대적으로 많은 학문연구와 사회활동의 자유가 인정된다¹⁷⁾. 뿐만 아니라 초·중등학교의 교육은 일반적으로 승인된 기초적인 지식의 전달에 중점이 있는데 비하여, 대학의 교육은 학문의 연구·활동과 교수기능을 유기적으로 결합하여 학문의 발전과 피교육자인 대학생들에 대한 교육의 질을 높일 필요성이 있기 때문에 대학교원의 자격기준도 이와 같은 기능을 수행할 수 있는 능력을 갖추어야 하는 것이 요구된다¹⁸⁾. 그렇다면 초·중등학교 교원에 대해서는 정당가입과 선거운동의 자유를 금지하면서 대학교원에게는 이를 허용한다 하더라도, 이는 양자간 직무의 본질이나 내용 그리고 근무태양이 다른 점을 고려할 때 합리적인 차별이라고 할 것이므로 청구인이 주장하듯 헌법상의 평등권을 침해한 것이라고 할 수 없다.

V. 결론

초·중등학교에 근무하는 교원이 정당의 발기인 또는 당원이 되는 것을 금지하고 있는 것은, 공무원의 신분을 보장하고 민주주의 및 법치주의의 통치 이념에 기여하려는 공무원제도의 본질에 비추어 공무원의 정치적 중립성 확보를 위한 조치로서 헌법 제37조 제2항에 따른 최소한의 제한이라고 하겠다. 이는 우리나라의 정치적 현실과 역사적 경험에 비추어 행정의 중립성·효율성의 확보뿐만 아니라 특히 교원의 활동이 미성숙한 학생들의 가치판단에 중대한 영향을 주고 있으므로 교육자로서의 특별한 처신이 요구되고, 피

16) 헌재 1994. 2. 24. 92헌바43, 판례집 6-1, 72, 75

17) 헌재 1993. 7. 29. 91헌마69, 판례집 5-2, 145, 154

18) 헌재 1998. 7. 16. 96헌바33등, 판례집 10-2, 116, 149-150

교육자인 학생들의 기본권 또는 학부모들의 자녀에 대한 교육권과의 갈등을 예방하기 위해 부득이하고 필요한 조치이기도 하다. 또한, 교원의 정치적 활동을 제한하는 것은 학교 내에서의 교육활동에만 국한하여 적용하여야지 근무시간 내외를 불문하고 일률적으로 정치활동을 금지하는 것은 과잉금지의 원칙에 어긋나 정치적 표현의 자유라는 국민의 기본권을 제한하는 것이라고 주장하고 있다. 그러나 초·중등학교 교원의 정당가입 및 선거운동의 자유를 금지함으로써 정치적 기본권을 제한하는 측면이 있는 것은 사실이나, 초·중등학교 학생들에게 교원이 미치는 영향은 매우 크고, 교원의 활동은 근무시간 내외를 불문하고 학생들의 인격 및 기본생활습관 형성 등에 중요한 영향을 끼치는 잠재적 교육과정의 일부분인 점을 고려하고, 교원의 정치활동은 교육수혜자인 학생의 입장에서는 수업권의 침해로 받아들여질 수 있다는 점에서 국민의 교육기본권을 더욱 보장함으로써 얻을 수 있는 공익을 우선시해야 할 것이므로 초·중등학교 교육공무원의 정당가입 및 선거운동의 자유를 제한하는 것은 헌법적으로 정당화될 수 있다고 하겠다.¹⁹⁾

<참고문헌>

- 김철수, 『헌법학 신론』 박영사, 2010.
- 노기호, “초·중등교사의 정당가입 및 선거운동금지등의 위헌여부” 『고시계』 (2007. 7)
- 전학선, “프랑스 교육제도와 교원의 정치활동의 자유” 세계헌법연구 제19권 3호, 2012.

19) 노기호, 전제서 76-77면

교사의 정당가입 금지 반대

팀 명 : 베르디체
전북지역대학 법학과
김순미 201321-121428
김윤기 201421-213362
이예영 201321-122047
주상규 201321-121790

목 차

I. 서론

II. 본론

1. 공무원의 정치적 중립성 관련 법령 연구
2. 직업 공무원 제도와 공무원의 신분적 제한
3. 정당
4. 교사의 역할
5. 교사의 정치활동과 교육의 정치적 중립성
6. 교사의 정치적 기본권 제한

III. 결론

< 참고문헌 >

I. 서론

공무원과 교원은 정치적 표현, 정당활동, 선거운동 등 정치적 자유를 광범위하게 제한 받는다. 이러한 정치적 자유 제한이 매우 포괄적이기 때문에 여러 차례 다투어져 헌법재판소에서 다루어졌고 다수 사건에서 합헌결정이 선고되었지만 학계에서는 여전히 입법과 판례에 비판적인 목소리들이 있어왔다

2010년 5월 정진후 전 전국교원노동조합 위원장 등 교사 3명은 일정 금원을 민주노동당에 후원했다는 혐의로 기소되었고, 정 전 위원장 등은 재판 과정에서 해당 법률조항이 정당의 자유를 부정하고 정치적 표현의 자유를 과도하게 제한한다며 위헌법률심판 제청을 신청했지만 받아들여지지 않자 헌법소원을 냈었고, 헌법재판소가 2014년 3월 27일 공무원과 교원의 정치활동을 금지한 현행 정당법과 국가공무원법은 헌법에 어긋나지 않는다고 결정했다. 그러나, 공무원과 교원의 정당가입 금지를 놓고 헌법재판관 4명이 위헌 의견을 내는 등 여전히 ‘논쟁의 불씨’를 남겼다.

다수의견의 논지는 공무원과 교원의 여러 가지 정치적 자유 제한을 합헌으로 판단하면서 그러한 제한이 공무원의 정치적 중립성과 교육의 정치적 중립성 확보를 위해 필요하다는 것을 중심적 논거로 한 헌법재판소의 종전 판례들의 논지와 대체로 같다¹⁾. 한편 교육공무원들이 정부정책과 국정운행을 비판하고 국정쇄신을 촉구하는 내용의 시국선언을 함으로써 ‘공무 외의 일을 위한 집단행위’를 했다고 하여 구 국가공무원법 위반으로 기소된 사건에서 대법원도 유죄를 인정하면서²⁾ 공무원과 교원의 정치적 중립성을 주요 논거로 적용한 바 있다³⁾. 이 같이 이번 결정은 결론에 있어서는 주류적 판례들의 연장선상에 있는 것으로서 특별하지 않지만, 4인의 반대의견과 1인의 합헌의견에 대한 보충의견을 통해 공무원의 정치적 중립성과 교육의 정치적 중립성의 의미, 공무원 및 교원의 정치적 자유 제한이 어디까지 정당화될 수 있는지에 대해 좀 더 구체적으로 검토하기 시작했다는 데 의미가 있다 할 수 있고, 향후 정치적 자유에 대한 국민 정서 및 시대적인 상황에 따라 또 다른 결정이 나타날 수도 있다는 점에 주의하여 이번 결정이 내린 교원의 정치적 기본권 제한을 중심으로 교원의 정치적 중립성과 정치행위를 어떻게 바라봐야 할지 살펴보고자 한다.

II. 본론

1. 공무원의 정치적 중립성 관련 법령 연구

1) 공무원 정치적 중립조항의 도입

1) (헌재 2004. 3. 25. 2001헌마710)

2) (반대의견 있음)

3) (대법원 2012. 4. 19. 선고 2010도6388 전원합의체 판결)

우리나라에서의 공무원의 정치적 중립성이라는 명제는 국가의 정치적 중립성이라는 자유주의적 입헌주의의 요청에 의하여 확립되어 왔다.⁴⁾ 국가와 사회의 분리와 그에 기반한 국가의 중립성이라는 요청은 일제강점기를 벗어나 민족자결의 국가 건설을 지향하는 우리민족의 기본적인 관심사이기도 하였으며, 제헌 헌법은 “공무원은 주권을 가진 국민의 수임자이며 언제든지 국민에 대하여 책임을 진다. 국민은 불법행위를 한 공무원의 파면을 청원할 권리가 있다.”(제27조 제1항)라는 규정을 두었음에도 불구하고 공무원이 정권의 시너로 농락당하거나 혹은 스스로 정권의 시너를 자처하며 매관매직하고 부정부패를 일삼는 이승만 정권의 폐악들을 극복하지 못하였다. 제2공화국 헌법이 공무원의 정치적 중립성을 명문으로 선언하고 있음은 이승만 정권의 부패상을 암시할 뿐 아니라, “② 공무원의 정치적 중립성과 신분은 법률의 정하는 바에 의하여 보장된다.”(제27조 제2항)라는 새로운 조항을 신설하게 되었으며 역사적 폐단들을 헌법의 차원에서 정리해 보고자 한 것이다. ⁵⁾

2) 정당법

제1공화국 시기에는 정당에 관한 우리나라 최초의 법규인 ‘정당에 관한 규칙’⁶⁾이 제헌 헌법 제100조에 의하여 정부 수립 후에도 그 효력을 유지하다가, 제2공화국 들어서 헌법에 정당조항(제13조)이 신설되고 ‘신문 등 및 정당 등의 등록에 관한 법률’과 ‘정치운동에 관한 법률’이 제정되면서 위 군정법령이 폐지되었는데, 이때까지 공무원을 당원의 자격에서 배제하는 규정은 없었다. 제3공화국 출범 후 1962. 12. 31. 최초의 정당법이 제정되면서 ‘정치운동에 관한 법률’과 ‘신문 등 및 정당 등의 등록에 관한 법률’이 폐지되었다

93. 12. 27. 법률 제4609호 개정법에서는 정당설립요건 및 정당가입자격·절차 등을 완화하거나 간소화하여 국민의 정치참여 기회를 확대하였고, 이에 따라 대통령령에 위임되어 있던 발기인과 당원의 자격제한을 법률에 직접 규정하였으며, 언론인의 정당가입을 전면 허용하였다. 그 후 2005. 8. 4. 법률 제7683호로 개정되면서 정당법 제22조로 옮겨 위법으로 발기인이나 당원이 된 자에 대한 형사 처벌조항으로 정당법 제정 당시 제46조가 규정된 후, 법정형의 변경, 자구 수정 이외에는 실질적 내용이 동일하게 유지되다가 2005. 8. 4. 법률 제7683호로 개정되면서 조문의 위치가 현행 정당법과 같이 제53조로 변경되었다.

3) 국가공무원법

1949. 8. 12. 제정된 국가공무원법(법률 제44호) 제37조는 “공무원은 정치운동에 참여하지 못하며 공무 이외의 일을 위한 집단적 행동을 하여서는 아니 된다.”고 규정하였다. 1962. 2. 23. 법률 제1029호로 한 번 개정 (“공무원은 정치운동에 참여하지

4) (한상희, “공무원의 정치적 기본권에 대한 헌법적 검토” 2012.11.14.)

5) (정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2010, 938면 참조)

6) (1946. 2. 23. 미군정법령 제55호)

못하며 노동운동 기타 공무 이외의 일을 위한 집단적 행동을 하여서는 아니 된다. 단, 사실상 노무에 종사하는 공무원의 노동운동은 예외로 한다.”)된 후 1963. 4. 17. 전면개정된 국가공무원법(법률 제1325호)은 제65조에 기존 법의 제37조 중 정치운동의 금지 부분을, 제66조에 집단행위 금지 부분을 분리하여 규정한바, 제65조는 그 이래 사실상 기본구조를 현재에 이르기까지 그대로 유지하고 있다. 또한, 같은 조 위반 행위에 대한 형사처벌의 근거 규정이 되는 같은 법 제84조도 당시 함께 도입된 후 법정형의 변경, 자구 수정 이외에는 사실상 동일하게 유지되다가, 2014. 1. 14. 법률 제12234호 개정으로 종전의 제84조 중 제65조 위반을 제외한 나머지 부분이 제84조의2로 이동하고, 제84조(정치 운동죄)가 신설되어 제65조를 위반한 자에 대하여 그 법정형을 3년 이하의 징역과 3년 이하의 자격정지에 처하는 것으로 강화하였다.

2. 직업 공무원 제도와 공무원의 신분적 제한

1) 직업 공무원 제도의 의의

우리 헌법은 제7조 제2항에서 “공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다”고 하여 대한민국 공직제도의 가장 핵심적인 내용으로서 직원 공무원 제도를 규정하고 있다.⁷⁾ 직업공무원제이란 국가 또는 지방자치단체와 공법상의 근무관계를 맺고 있는 직업적 공무원들이 공직을 집권세력의 논공행상의 제물로 삼는 엽관제도에 의해서 희생되지 않도록 하고, 정권교체에 따르는 국정운영의 중단과 혼란을 예방하며, 일관성 있는 공무수행을 유지하게 함으로써 안정적이고 능률적인 정책집행을 보장하려는 민주적이고 법치국가적인 공직구조제도를 말한다. 직원공무원제도는 공직제도의 역사가 여기에서 유래한다고 할 수 있을 정도로 15세기경부터 오늘에 이르기까지 오랜 시간에 걸쳐 점차적으로 확립되어 온 헌법상의 제도이다.

공직제이란 원래 국민의 기본권 보장 내지 기본권적 가치를 실현하기 위한 통치기능을 수행하는 인적조직으로서, 이를 합리적으로 조직하지 않으면 안된다. 그런 의미에서 공무원의 지위·책임·정치적 중립성 등을 내용으로 하는 직업공무원제도는 현대 민주국가의 불가결한 구성원리라고 할 수 있다.

직업공무원제에 대해서는 그동안 제도적 보장이 그 본질을 이룬다고 보았던 것이우리 헌법학계의 일반적 입장이었다. 실제 제도적 보장은 제도의 본질 또는 그 중핵을 헌법에 규정함으로써 일반적인 입법에 의한 폐지나 본질훼손으로부터 당해 제도를 보호하고자 하는 헌법 규율의 한 방식을 말한다.⁸⁾

직원공무원제도는 독일 바이마르헌법에서 최초로 규정하였으며, 우리나라의 경우 제2공화국 헌법에서 처음 도입되었다. 이는 신분이 보장되고 정치적 중립성을 갖는 직업공무원으로 하여금 일관성 있는 공무수행을 영위하게 함으로써 안정적이고 효율적인 정책

7) 김남진·김연태, 행정법 I, 법문사, 2009, 192-193면)

8) (이종수, 기본권 보장과 제도적 보장의 준별론에 관한 비판적 토론, 헌법실무연구 3, 2002, 65)

집행을 보장하려는 공직제도를 말한다.

제도적 보장이론에 따르면 직업공무원제도가 헌법상의 제도적 보장으로 규정된 헌법 질서 내에서는 입법권자가 직업공무원제도를 구체적으로 형성하는 것은 가능하지만 직업 공무원 제도 그 자체를 폐지하거나 그 본질을 훼손하는 것을 절대로 허용될 수 없다고 한다.⁹⁾ 즉 직업공무원 제도에 관한 입법형성의 자유에 대하여 일정한 한계를 헌법적으로 규정하고 있는 것이다.

2) 공무원의 정치적 중립성의 의의

직업 공무원제도의 본질적 내용에 관해서 헌법재판소는 정치적 중립성과 더불어공무원의 신분보장, 성적주의 원칙을 거론하고 있는 바¹⁰⁾, 대부분의 학설 또한 정치적 중립성이 직업공무원제도의 본질적 내용이라는 데에 동의하고 있다.

공무원의 정치적 중립이란 공무원이 정권의 봉사자가 아니라 국민 전체에 대한 봉사자로서 그 직무를 수행함에 있어서 어떠한 정당이 집권하더라도 정치적 특수이익을 추구하지 않고 법적 의무 또는 공직윤리로서 비당파성, 공정성, 중립성을 준수함을 의미한다.

공무원은 국가이념의 대표적 실행자, 즉 국가적 이념을 구체화 또는 헌법질서 수호의 의무가 있는 자이므로 헌법 질서에 대한 정치적 중립성이 인정되지 않는다. 따라서 헌법 가치에 제약을 받는 상대적 중립성을 의미한다.

공무원에 있어서의 그 정치적 중립성은 첫째로 정당국가에 있어서의 집권정당의 영향으로부터의 자주적 의미의 중립, 정당에 불간섭과 불가담 등과 같은 중립을 말한다. 둘째로 정치적 자유주의자들이 옹호하는 중립성으로 모든 가치관, 모든 신념체계 사이에서 그 모두를 똑 같이 대우하기 보다는 모든 가치관 사이의 중립성이 아니라 관용의 원리를 중심으로 입헌민주체제를 받아 들이는 가치관들 사이에 한정된 중립성이라는 점에서 한정된 중립성 또는 약한 중립성이라 할수 있다. 그런데 우리 헌법합계는 공무원의 정치적 중립을 “ 집권당의 영향으로부터의 독립과 정당에 대한 불간섭· 불가담을 의미하는 소극적 중립”을 뜻하는 것으로 이해하는 것이 일반적이다.

3) 공무원의 정치적 중립성과 신분보장

직업 공무원제도의 본질적 내용으로서의 공무원의 정치적 중립성과 신분보장 및 실적주의는 서로 밀접한 관련이 있다. 국가의 정치적 중립성을 확보하기 위해서는 정권 교체에 관계없이 지속되는 공무원의 신분이 보장되어야 하기 때문에 공무원의 신분보장 또한 직업공무원 제도의 핵심적 내용에 해당한다. 따라서 직업공무원인 경력직 공무원이 공무에 전념하고 능률적으로 사무를 처리하도록 하기 위해서는 권력담당자에 따라 영향을 받지 않는 강력한 신분보장이 필수적이다.

실적주의란 공무원을 임용하는데 있어서 정치적 중립에 위반되지 않도록 당파나 정실을 배제하고 개인의 능력에 따라 행하는 인사 제도를 의미한다. 따라서 공무원의 신분보

9) (이중수, 기본권 보장과 제도적 보장의 준별론에 관한 비판적 토론, 헌법실무연구 3, 2002, 66)

10) (헌재 1989.12.18. 89헌마32 결정)

장과 능력주의가 원칙적으로 적용되고 있는 곳에서 공무원의 정치적 활동은 응당 제한되어야 한다.

3. 정당

1) 정당의 의의

정당"이라 함은 국민의 이익을 위하여 책임있는 정치적 주장이나 정책을 추진하고 공직 선거의 후보자를 추천 또는 지지함으로써 국민의 정치적 의사형성에 참여함을 목적으로 하는 국민의 자발적 조직을 말한다.

(1) 정당설립근거¹¹⁾

- ①정당의 설립은 자유이며, 복수정당제는 보장된다.
- ②정당은 그 목적·조직과 활동이 민주적이어야 하며, 국민의 정치적 의사형성에 참여하는데 필요한 조직을 가져야 한다.
- ③정당은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받으며, 국가는 법률이 정하는 바에 의하여 정당운영에 필요한 자금을 보조할 수 있다.
- ④정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배될 때에는 정부는 헌법재판소에 그 해산을 제소할 수 있고, 정당은 헌법재판소의 심판에 의하여 해산된다.

(2) 개념요소

- ① 국가 및 민주적 기본질서를 긍정하여야 한다.
- ② 국민의 리익(공익)실현을 위한 것이어야 한다.
- ③ 정치적 목적을 가져야 한다. 정당정책을 보유하고 선거에 참여하며, 정치적 의사형성에 직접적으로 참여하여야 한다.
- ④ 계속적(항구적)인 자발적 조직을 가져야한다.
- ⑤ 지역정당은 정당으로 볼 수 없다

2) 정당의 기능

(1) 이익의 표출과 집약

이익의 표출이란 국민 개인이나 집단이 정치체제에 대한 요구를 표현하는 것을 말하며, 이익의 집약은 이들에 의해 제기된 요구를 정책으로 결합하는 것을 이른다. 이러한 정치과정은 정당이 선거를 기점으로 국민의 의사를 의회에 매개함으로써 수행된다. 정당은 유권자들의 지지를 얻기 위해 그들의 이익을 표출한다. 이를 위해서는 여론의 선호도와 강도를 고려해 진정한 국민의 요구와 이해를 판독해야 한다. 한편, 정당은 이러한 과정을 거쳐 정책의 제시를 통해 이익을 집약한다. 정당은 국민의 다양한 요구와 이해를 수렴하고 이를 몇 가닥으로 취합 정리해 내용을 구체화하는 동시에, 그것을 정책결정과

11) (정당법 제8조)

정에 이관시켜 정책대안으로 전환하게 한다. 결론적으로 정당은 이익의 표출과 집약기능을 통해 개인이나 집단의 이익과 요구를 공공정책의 대안으로 전환시킴으로써 정치체제를 유지 발전시켜 나간다.

(2) 정치적 충원과 참여

정치적 충원 기능이란 정치엘리트의 충원과 선출기능을 말하며, 정치참여 기능은 국민들이 공공문제에 대해 영향력을 미치고자 하는 활동을 촉진하는 기능을 이른다. 일반적으로 정당은 유권자의 지지를 확보하기 위해 그들에 이익에 부합되는 정책을 제시할 뿐 아니라 그들이 선호하는 또는 예상되는 기대에 적합한 인물을 후보로 내세운다. 각 정당의 후보는 정당의 공천을 통해 유권자로부터 최소한의 정치적 지위를 인정받게 된다. 그리고 당선될 경우 국민에 대해 정치엘리트의 지위를 얻게 된다. 결국 이러한 과정은 어느 특정 정당이 아닌 국민전체의 대표로서 정치엘리트를 충원하는 결과를 가져온다. 정당은 국민의 정치참여를 촉진 또는 조장한다. 일반적으로 정당은 정치사회화 기능을 통해 국민을 주요정치행위자로 자각하게 함으로써 정치참여를 촉진한다. 그리고 정당은 지지의 확산이나 대중에 대한 반응을 통해 정치참여를 조장한다. 특히 정당은 선거운동을 통해 국민의 정치참여를 극대화시킨다. 따라서 정당의 선거운동은 유권자를 동원하고 조직화하며, 그들의 궁극적 참여는 투표로 표현된다. 결론적으로 정당은 정치엘리트를 충원하고 국민의 정치참여를 촉진함으로써 국민의 이익을 대표하고 정치과정이 민주적으로 운영되도록 한다.

(3) 정치사회화

정당의 정치사회화 기능은 일반적으로 국민에 대한 정치교육과 계몽기능을 말한다. 정치사회화기능은 정당이 유권자의 지지를 확대하고 정치참여를 촉진시키기 위한 필수불가결한 요소다. 또 이 기능은 국민에게 정치적 쟁점에 대한 지식을 제공하고 정치적 판단능력을 기르게 하며, 정치적 관심을 환기함으로써 정치체계 전반에 대해 정통성을 부여하고 유지하게 하는데 매우 중요한 역할을 한다.

‘이익표출과 이익의집약’이라는 정당의 기능은 헌법 제 7조 1항, 국가공무원법 제1조의 국민에 대한 봉사자는 서로 상반된 입장이며, 교육기본법 제6조 1항의 "교육은 교육 본래의 목적에 따라 그 기능을 다하도록 운영되어야 하며, 정치적 과당적 또는 개인적 편견을 전파하기 위한 방편으로 이용되어서는 아니 된다."라는 내용과 대립된다. ‘정치적 충원과 참여 기능’은 교육이 본래 목적과 다르게 정치적 인재양성의 수단으로 변질될 우려와 정치참여로 인한 수업시간의 공백으로 교육에 차질이 빚어진다.

4. 교사의 역할

1) 교사의 학생에 대한 영향

(1) 발달 과정에 따른 변화의 관계

교사와 학생의 인간관계는 심리적으로 변화되고 수정되는 관계이다. 교사와 학생의 관

계는 학생의 성장 발달과 함께 변화되고 수정된다. 초등학교 저학년 때까지는 교사를 우상시하다가 성장함에 따라 이러한 경향은 차츰 감소한다. 교사에 대한 우상의 태도는 학생의 자아의식이 발달함에 따라 변화하기도 하고, 교사의 태도에 따라 달라지기도 한다. 학생들은 교사를 우상처럼 대하다가 결국 인간으로서의 교사를 발견하게 된다. 조너단 코졸은 전문 직업인으로서 근엄함보다는 자유롭고 솔직한 인간으로서의 자기 표현이 학생들에게 좋은 영향을 미치게 된다고 하였다. 12)

(2) 애정 결합의 관계

교사와 학생의 관계는 애정의 바탕 위에 맺어지는 관계이다. 사랑은 교육에서 가장 중요한 인간관계를 맺어주는 중요한 연결고리다. 인류 역사상 훌륭한 업적을 남긴 교육자들은 모두 사랑의 실천가였다. 학생들의 본성을 사랑하고, 개성을 존중하는 교육에는 학생들의 가치 실현을 뒷받침하는 원천이다. 교사의 따뜻한 교육에는 학생들에게 전해져 교사에 대한 애정과 존경으로 나타나게 된다.

(3) 권위와 존경의 관계

권위란 상호적인 인간관계에서 어느 한쪽이 우수하다는 것을 나타내는 관계 개념이다. 권위에는 이성적 권위와 억압적 권위의 두 측면이 있다. 이성적 권위는 교사와 학생이 애정과 신뢰를 바탕으로 하는 바람직한 관계이다. 이성적 권위의 상호 관계에서는 학생이 교사를 존경하며, 교사를 본받아 행동하려고 노력하게 된다. 억압적 권위는 교사와 학생이 명령과 복종의 관계를 형성한다. 이때 양자는 이해가 대립적인 관계가 되어 신뢰가 약화된다. 학생이 성장함에 따라 교사에게 느끼는 권위는 달라진다. 초등학교 저학년 때에는 교사의 권위를 무조건 받아들이고 순종하게 되나, 고학년으로 올라감에 따라 비판적이고 이성적으로 판단하기도 한다. 교사의 권위는 학생의 심리적, 사회적 인간관계에 바탕을 두고 형성된다.

(4) 교수 학습의 관계

교사와 학생의 인간관계는 친화와 애정을 바탕으로 가르치고 배우는 관계에 있다. 애정을 바탕으로 바람직한 학습 관계가 이루어졌을 때 교사와 학생의 바람직한 인간 관계가 형성될 수 있다. 학생들은 열심히 가르쳐 주는 선생님이나 알기 쉽게 가르쳐주는 선생님을 좋아한다. 학생들은 새로운 지식이나 좋은 태도를 습득하기 위하여 교사와 관계를 맺고 있다. 그런데 이러한 기대가 약화되면 교사와 학생의 관계는 급속하게 무너진다.

2) 교사의 법적 지위

지식기반의 사회는 새로운 지식의 창조와 전파가 특징이고, 개인과 한나라의 경쟁력을 높이는데 가장 필요한 우수인력의 배출등의 실현은 학교교육을 통해 이루어진다. 학교교육의 핵심 주체는 교사라고 할 수 있는데 그 이유는 학생은 학교를 일시적으로 경유하

12)(Jonathan Kozol(김명신 역,2011.))

는 것이며, 기본적으로 교육을 받는 수동적 지위에 있다고 볼 수 있는 반면에 교사는 전문지식을 갖고 능동적으로 평생 동안 학생을 교육하는 위치에 있기 때문이다.

우리나라 헌법에서는 교사의 법적 지위에 관하여 “교사의 지위에 관한 기본적인 사항은 법률로 정한다”고 규정하고 있다.¹³⁾ 관련 법률로 교육기본법, 초·중등 교육법, 교육공무원법, 사립학교법, 교원노동조합 설립 및 운영에 관한 법률, 교원지위향상에 관한 법률 등이 있다. 이런 제 법률규정을 종합하여 볼 때 교사의 법적 지위는 교육공무원으로서의 지위와 근로자와 전문가로서의 지위로 분류할 수 있다. 교육공무원은 교육을 통하여 국민 전체에 대하여 봉사하는 자이다.¹⁴⁾ 국민전체에 대한 봉사자로서의 지위는 교육공무원뿐 아니라, 모든 공무원의 헌법상 의무이기도 하다.¹⁵⁾ 국민전체에 대한 봉사자란 특정인이나 특정당파, 종교, 지역, 계층 등의 부분적 이익을 지양하고 공공이익을 추구해야 한다는 의미이다. 또 사립학교의 교원의 경우 민법과 노동법의 규율대상으로 하는 것이 일반적이지만 우리나라의 경우 사립학교법인과 교원의 관계는 원칙적으로 사적 계약관계이나, 교직의 사회적 중요성에 비추어 공적인 의무를 강화하여 국공립학교 교원과 동등한 권리·의무를 지도록 규정하고 있다. 교사하면 법적으로는 교육공무원이 가장 기본적인 지위이다. 공무원이지만 인간에게 가장 중요한 교육을 맡고 있는 교육 공무원이므로 교육공무원법이라는 특별법을 만들어 특수한 우대조치를 하는 것이다. 전통적으로 우리사회에서 가장 존경받는 지도자 내지 인격자로서 스승의 권위는 절대적이었고 오늘날 우리사회를 발전시킨 공로자인 것이다.

5. 교사의 정치활동과 교육의 정치적 중립성

1) 교육의 정치적 중립성

교육의 정치적 중립이란 교육에 대한 정치적, 당파적 개입과 지배를 배제하여 교육의 자주성과 자율성을 보장하기 위한 원칙이다. 그 의의와 내용은 역사적으로 볼 때 각국의 정치 형태와 구조에 따라 다르게 나타난다. 1차 세계대전 이후 대부분의 서구 민주주의 국가에서는 교육을 지배하는 외부적인 힘으로 정치세력이 교육의 자주성을 침해하게 됨에 따라 교육의 정치적 중립성을 선언하고 이를 법제화 하게 되었다 이는 교육의 종교적 중립성과 더불어 학생의 교육받을 권리를 보장하기 위한 원리로서 학생에 대한 교육이 정당정치와 정치활동에 의하여 지배되어서는 안된다는 것이다.¹⁶⁾

헌법 제31조 제4항에서 “교육은 교육 본래의 목적에 따라 그 기능을 다하도록 운영되어야 하며, 어떠한 정치적, 당파적 또는 개인적 편견의 전파를 위한 방편으로 이용되어서는 아니 된다”고 규정하고 있고 이러한 교육의 정치적 중립성을 실현하기 위한 기본적인 내용으로 당파적 정치교육 금지와 교사의 정치활동 규제 등을 들고 있다¹⁷⁾. 헌법 재판소

13) (헌법 제31조 ⑥)

14) (교육공무원법 제1조)

15) (헌법 제7조 ①)

16) (노기호, 2000:178)

의 시각도 마찬가지로 교육의 정치적 중립성을 국가, 정치적 권력으로부터 부당한 간섭을 받지 않아야 하며 교육 본연의 기능에서 벗어나서 정치영역에 개입하지 않아야 한다고 바라본다. 교육이란 본질적으로 이상적이며 비권력적 것인데 반하여 정치는 권력적 현실적이기 때문에 교육과 정치는 일정한 거리를 유지하는 것이 바람직하다고 보는 것이다.¹⁸⁾

현행 교육기본법 제 14조 제 3항에서 “교원은 특정 정당 또는 당파를 지지하거나 반대하기 위하여 학생을 지도하거나 선동하여서는 아니 된다”고 규정하고 있고 국가 공무원법 제 65조와 사립학교법 제 55조, 제58조, 교육공무원법 제44조 제 2항에서도 교원의 정치 활동을 규제하고 있다. 따라서 교육의 정치적 중립성을 실현하기 위해 교원의 정치 활동을 제한하고 학생들에게 논쟁이 될 수 있는 정치교육을 할 수 없도록 강제하고 있으므로 교사의 정치 활동 제한의 논거로서도 교육의 정치적 중립성을 든다.

또 헌법의 정당성을 판단하는 헌법 제판소에서도 교육의 정치적 중립성을 보장하는 이유로 “교육의 자주성, 전문성, 정치적 중립성을 헌법이 보장하고 있는 이유는 교육이 국가의 백년대계의 기초인 만큼 국가의 안정적인 성장.발전을 도모하기 위해서는 교육이 외부세력의 부당한 간섭에 영향을 받지 않도록 교육자 내지 교육전문가에 의하여 주도되고 관할 되어야 할 필요가 있다.¹⁹⁾ 이를 위해서는 교육에 관한 제반 정책의 수립 및 시행이 교육자에 의하여 전담되거나 적어도 그의 적극적인 참여하에 이루어져야 함은 물론 교육 방법이나, 교육내용이 종교적 종파성과 당파적 현향성에 의하여 부당하게 침해 또는 간섭당하지 않고 가치 중립적인 진리교육이 보장되어야 할것”이라고 밝히고 있다.²⁰⁾

2) 교사의 정치행위 판례

(1) 헌재 2012. 5. 31. 2009헌마705 등, 결정문

2009. 11. 30. 신설된 ‘국가공무원 복무규정’ 제3조 제2항, 제8조의2 제2항 및 ‘지방공무원 복무규정’ 제1조의2 제2항, 제1조의3 제2항이 공무원의 국가 또는 지방자치단체의 정책에 대한 집단적인 반대·방해 행위를 금지하는 한편 정치적 주장을 표시·상징하는 복장 등 착용행위를 금지함으로써, 법률유보원칙 및 명확성원칙에 위배되며 과잉금지원칙에 반하여 공무원노동조합총연맹의 정치적 표현의 자유, 단결권 및 단체행동권, 평등권 등을 침해한다고 주장하면서 2009. 12. 7. 및 2010. 2. 12. 각각 이 사건 헌법소원심판을 청구하였으나, 적법요건상의 문제가 없어 각하하였다.

(2) 대법원 2010도6388 전원합의체 판결

교사인 피고인들이 전국교직원노동조합 간부들과 공모하여 2009년 1, 2차 시국선언과 ‘교사·공무원 시국선언 탄압 규탄대회’를 추진하고 적극적으로 관여하여 ‘공무 외의 일을

17) (권영성, 2004:246)

18) (2004.3.25. 2001헌마710결정)

19) 신은균 교육의 정치적 중립성과 교원의 정치활동에 관한 연구 춘천교육대학교 교육대학원 2009.2. 41쪽

20) (1992.11.12.선고 89헌마 88 결정)

위한 집단행위'를 하였다고 하여 구 국가공무원법 위반으로 기소된 사안에서, 위 행위가 같은 법 제66조 제1항에서 금지하는 '공무 외의 일을 위한 집단행위'에 해당한다는 이유로, 피고인들에게 유죄를 인정한 원심판단을 정당하다고 판단한 사례.

(3) 대전지방법원 홍성지원 2010. 2. 11. 선고 2009고단606 판결

전국교직원노동조합 충남지부 소속 교사로서 국가공무원인 피고인들이 교사들의 서명을 받아 정부정책을 비난하고 국정채신을 요구하는 내용(제1차)또는 표현의 자유보장과 시국선언 교사에 대한 고발·징계방침 철회 및 대통령의 자세전환을 요구하는 내용(제2차)의 시국선언문을 발표하고 시국선언 탄압 규탄대회 등 집회에 참가함으로써, '공무 외의 일을 위한 집단행위'를 하였다는 구 국가공무원법(2010.3.22.법률 제10148호로 개정되기 전의 것)제84조 위반의 공소사실에 대하여, 피고인들의 위 행위는 '공익에 반하는 목적을 위하여 직무전념의무를 해태하는 등의 영향을 가져오는 집단적 행위'로서 같은 법 제66조 제1항에서 정한 '공무 외의 일을 위한 집단행위'에 해당하며, '정당행위'에 해당하지 않는다는 이유로 유죄로 인정한 사례

3) 교사의 정당가입 금지 합헌 판례

공무원과 교사의 정당가입을 금지한 정당법은 헌법에 위배되지 않는다는 헌법재판소 결정의 금지 정의 논거로서 제시된 다수 의견(합헌) 요지는 다음과 같다.

(1) 과잉금지원칙 위배여부

공무원과 교원에 대한 정당가입금지는 공무원의 정치적 중립성 보장, 교육에 대한 당파적 영향 방지 및 학생들의 기본권이나 학부모들의 교육권과의 갈등 예방을 위한 것이다. 국민의 정치적 의사형성에 영향을 미치고 헌법상 특별한 보호를 받는 정당에 가입하는 것을 금지하는 것은 위 입법목적을 달성하기에 적합한 수단이다. 정당가입이 금지되더라도 선거와 무관하게 개인적인 자리에서 정당에 대한 지지를 밝히거나 투표를 하는 등의 활동은 할 수 있으므로 침해의 최소성 원칙에 반하지 않는다. 국가정책의 수립·집행에 대한 국민의 신뢰확보, 편향적 공무집행의 방지, 정치적 이념에 따른 공무원들 사이의 대립과 갈등 방지, 초·중등학교 학생들의 교육기본권 보장이라는 공익이 크므로 법익의 균형성도 인정된다. 따라서 과잉금지원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

(2) 평등원칙 위배여부

초·중등학교 교원에 대해서는 정당가입의 자유를 금지하면서 대학의 교원에게 이를 허용한다 하더라도, 초·중등 교육은 일반적으로 승인된 기초적 지식 전달에 중점이 있는데 비해 대학교육에서는 연구활동과 교수기능을 유기적으로 결합할 필요성이 있으며 상대적으로 학문연구와 사회활동의 자유가 인정되는 점 등 양자간 직무의 본질이나 내용, 근무태양의 차이를 고려한 합리적인 차별이므로 평등원칙에 위배된다고 할 수 없다.

(3) 죄형법정주의의 법률주위 원칙 및 포괄적 위임금지원칙에 위배 여부

구 국가공무원법 제65조 제4항은 정치행위 규제조항에 의한 범죄구성요건의 실질을

‘정당 구성 행위 및 선거운동에 관한 공무원의 능동적·적극적 정치행위’라고 밝히고 있어 죄형법정주의의 기본적 요청인 법률주의에 위배된다고 볼 수 없다.

국회, 법원, 헌법재판소 등 각 국가기관별로 소속 공무원에 대하여 금지하여야 할 정치행위의 내용을 개별적으로 구체화할 필요성이 인정되고, 일일이 법률로 규정하는 것은 입법기술상 매우 곤란하므로 위임의 필요성이 인정된다. 또한 공무원의 정치적 중립성을 훼손할 가능성이 큰 행위에 한하여 금지될 것임은 충분히 예상할 수 있으므로, 정치행위 규제조항은 포괄위임입법금지원칙에 위배되지 아니 한다.

(4) 다수의견에 대한 보충의견 요지

공무원의 정치적 중립성을 규정한 헌법 제7조 제2항은 정당설립의 자유를 규정한 헌법 제8조 제1항과 규범 조화적 해석을 하여야 하므로 직무수행에서의 정치적 중립성이 확보되는 한도 내에서는 공무원의 정당관련 정치적 행위가 허용되어야 하지만, 공무원의 정당가입 등이 직무수행의 정치적 중립성에 심각한 영향을 미칠 것이라고 판단되는 경우에는 이를 금지하는 것이 정당화될 수 있다. 지역주의와 정실주의, 하향식 의사전달 구조가 자리 잡고 있는 우리나라 공직사회의 특수성을 고려할 때 공무원의 정당가입을 허용하면 인사, 공무집행, 법집행의 공정성 유지가 어렵고 정치적 중립성에 대한 국민의 기대와 신뢰가 훼손될 우려도 있으며, 특히 지역주의로 인한 폐해를 심화시킬 우려가 있다.²¹⁾

6. 교사의 정치적 기본권 제한

1) 국민으로서 기본권과 제한

기본권이란 국민이 가지고 있는 기본적 권리를 말하며, 이 기본권에 대해서 두가지 설이 대립되고 있다. 첫째는 국가가 부여하여서 비로소 인정된다는 실정권설이며, 두 번째 설은 기본권은 국가이전의 권리로서 국가는 기본권 보장을 위한 수단에 불과하다는 학설인 자연권설 또는 천부인권설이 있다.

우리 헌법은 올바른 민주주의 발달을 위해서는 인간의 존중이 확립되어야 한다는 것이다. 헌법 제37조 제2항에 잘 나타나 있듯이 ‘국민의 모든 자유와 권리는 국가 안전보장, 질서유지, 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한 할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적 내용을 침해할 수 없다고 규정된 것은 개인의 기본권이 절대적인 것도 아니며 전체의 이익이 절대적인 것이 아니고 상호 조합롭게 되어야 한다는 것을 나타낸 것이다.

2) 교사의 정치적 기본권 제한의 근거

교원에게 정치활동을 제한하는 논거는 교원의 법적지위이고 다른하나는 교육의 정치적 중립성이다.

21) 정당법 제22조 제1항 제1호 등 위헌소원 (2014. 3. 27. 2011헌바42)

첫째, 초중등학교 교원은 교육을 집행하는 교원의 지위와 국가에 봉사하는 공무원의 지위를 동시에 가지고 있다. 따라서 교원은 일반교원과 공무원으로서의 지위에 기본권의 제한을 받게 된다. 현행 헌법은 제7조에서 공무원은 국민전체에 대한 봉사자이며 그 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다고 규정하고 있으며 여기에 근거해서 국가공무원법에서는 포괄적으로 공무원의 정치적 기본권을 제한하고 있다. 국가공무원법은 제65조에서 공무원은 정당 기타 정치단체의 결성에 관여하거나 이에 가입할 수 없으며 선거에 있어서 특정정당 또는 특정인의 지지나 반대를 하기 위해 다음의 행위를 하여서는 아니 된다고 하고 ①투표를 하거나 아니하도록 권유 운동을 하는 것, ②서명운동을 기획, 주재하거나 권유하는 것, ③문서 또는 도서를 공공 시설등에 게시하거나 제시하게 하는 것, ④기부금을 모집 또는 모집하게 하거나 공공 자금을 이용 또는 이용하게 하는 것, ⑤타인으로 하여금 정당 기타 정치단체에 가입하게 하거나 또는 가입하지 아니하도록 권유 운동을 하는 것 등을 금지하고 있다.

이러한 공무원의 정치적 기본권 제한 논리의 이론적 근거로 인용되는 것을 살펴보면 공무원이 국민전체에 대한 봉사자라는 국민전체 봉사자론, 공무원의 직무 본질에서 구하는 직무성론, 공무원의 국가에 대한 특별권력 관계에서 구하는 특별권력 관계론 등이 있다. 이러한 공무원의 정치적 기본권 제한 논리는 교원이 가진 공무원의 지위에 따라 교원에게도 적용된다.

교원은 국민전체에 대한 봉사자로서 지위를 가지며 헌법상의 기본권의 행사에 제약이 따른다. 교원은 헌법 제6조의 공무원은 국민전체에 대한 봉사자이며 국민전체에 대하여 책임을 진다는 규정에 기초하여 교원의 권리 주장에 앞서 공적인 의무와 책임의 수행을 요구받게 된다. 교원이 국민 전체에 대한 봉사자로서 정치적 기본권을 제한받는 것은 교육도 공공의 복리를 위한 것이기 때문에 이를 위해 봉사해야 한다는 전제 때문이다. 또한 특정 정당이나 정치권력의 이익을 위하여 활동하거나 직무를 행해서는 안 된다는 것으로 그렇지 않을 경우 정치적 중립성을 훼손 할 수 있고 공정한 직무수행을 할 수 없다고 본 것이다.

직무성의 논리에 따르면 공무원은 그 수행하는 직무의 성질상 정치적 중립이 요구되고 정치활동이 제한된다는 점에서 공무원의 정치적 중립성론 이라고 볼 수 있다. 공무원은 공정하고 중립적인 직무를 수행해야 하는 직무의 특성상 특정정당이나 정파의 이익을 위해 정치활동은 제한될 수밖에 없다는 것이다. 이 경우 정권교체로 인한 행정의 일관성과 연속성이 상실되지 않도록 하고 공무원의 정치적 신조에 따라 행정이 좌우되지 않도록 함으로써 공무집행에서 혼란을 예방하고 국민의 신뢰를 회복하기 위한다는 것이다. 교원의 경우에 공무원의 지위를 가지므로 이 적용을 받고 있다.

특별권력관계론의 논리는 과거 특별권력이란 행정주체가 행정조직 내에서 그 구성원에게 포괄적인 명령권을 행사하고 그 구성원이 이에 따르지 않을 경우 법령의 근거 없이도 체벌권을 행사할 수 있다는 의미이다. 이 논리에 따르면 국가와 특별권력관계에 있는 공

무원과 교원의 경우 정치적 기본권을 국가의 행정명령이나 지침으로 제한 할 수 있다. 하지만 오늘날은 특별권력의 행사시 법령에 근거해야 하고 기본권 제한 역시 법령에 준해야 하며 특별권력 행사에 대한 불복 시 사법심사를 받을 권리가 있기 때문에 특별권력 관계론 은 논외로 한다.

둘째, 교원의 정치적 기본권을 제한하는 또 다른 논거는 교육의 정치적 중립성이다. 헌법의 정당성을 판단하는 헌법재판소에서도 교육의 정치적 중립성이 보장되어야 하는 이유에 대하여 교육의 자주성, 전문성, 정치적 중립성을 헌법이 보장하고 있는 이유는 교육이 국가의 백년대계의 기초인 만큼 국가의 안정적인 성장 발전을 도모하기 위해서는 교육이 외부세력의 부당한 간섭에 영향을 받지 않도록 교육자 내지 교육전문가에 의하여 주도되고 관할되어야 할 필요가 있다. 이를 위해서는 교육에 관한 제반 정책의 수립 및 시행이 교육자에 의하여 전담되거나 적어도 그의 적극적인 참여하에 이루어져야 함은 물론 교육방법이나 교육내용이 종교적 종파성과 당파적 편향성에 의하여 부당하게 침해 또는 간섭당하지 않고 가치중립적인 진리교육이 보장되어야 할 것 이라고 밝히고 있다.

헌법재판소의 판단은 교원이 진리교육을 위해 중립적이 교육내용을 교육해야 하고 편향되거나 파당적인 교육을 하지 말아야 한다는 것이다. 그리고 같은 맥락에서 학교 교원이 정치활동의 규제에 대하여 국, 공립학교 교원이 공무원 신분을 가지도록 한 것은 국가가 교육에 있어서 중대한 역할을 수행하게 되는 공교육 체제하에서 교육의 자주성, 전문성, 정치적 중립성의 보장이라는 헌법 제31조의 명제를 구체화하기 위한 것으로서 교육 공무원의 자주성, 전문성, 정치적 중립성의 보장을 위하여 인정되는 합리적인 제한이라고 판시하고 있다²²⁾

III. 결론

교육과 정치를 연관시키려는 사고는 고대 그리스의 플라톤이나 아리스토텔레스를 거쳐 봉건사회와 전제군주제 사회, 근대산업사회에 이르기까지 지속적으로 있어왔으며 산업사회와 시민 사회의 세력이 커지고 공교육체제가 완성되어갈 때 교육은 정치의 주목 대상이었다.

교육과 선전은 본질적으로 다르다. 오늘날 정치적 선전과 상업적 선전이 교육의 이름으로 행하여지고 있으며, 현대 정치의 대중 조작술과 정치 선전 기술이 고도로 발전하면 할수록, 그들의 선전효과를 한층 더 증대하기 위하여 교육과 선전의 경계가 서로 모호해 지는 데 현대 교육의 문제점이 있다. 그러나 교육과 선전은 성격, 목적, 방법, 이념, 어느 면에서 보더라도 결코 같아질 수 없는 것이다. 선전의 궁극적 목적은 선전 주체의 이익 증진에 있다. 그러나 교육은 철저하게 피교육자의 이익증진에 그 목적이 있다. 오로지 피

22) (1993. 7. 29 선고 91헌마 69 결정)

교육자의 행복과 발전을 추구할 뿐이다. 그것이 오직 교육의 보람이며, 국가 발전에 기여하는 것이다. 그러므로 누구의 이익을 우선하느냐 하는 관점에서 보더라도 교육과 선전은 결코 같을 수 없다. 따라서 교사의 역할이 정치적인 발언이나 어느 특정 정당의 지지를 호소한다면 그것은 참교육이라고 할 수 없으며 정치선전을 하는 선동자에 가깝다고 할 수 있다.

교사는 교육철학에 의하여 학생을 이해하고 가르치며, 또한 학생을 평가할 수 있는 자율성이 주어진다. 따라서 교사는 교육이 지향하는 바, 삶의 전체적인 현실을 위한 참다운 봉사가 이루어지도록 교육의 법칙과 사회의 규범에 따라야 하며, 또 자라나는 어린이의 전체적 소질을 완전히 발전시킨다는 교육의 대 전제하에서 그가 갖는 자율성과 책임성을 발휘해야 한다. 교육의 과정은 언제나 사회 안에서 이루어진다. 따라서 교사의 모든 행위는 사회질서 안에서 제약을 받게 되고 또 이를 어느 정도 감수해야 한다.

우리나라 국민의 민주 의식이 매우 높아졌다고는 하지만 공무원과 교사의 정치적 중립성을 요구하고 정당가입 금지조항이 등장하게 된 배경을 상기시켜 봤을 때 정당가입을 일반적으로 허용하게 될 경우 공무원의 지위를 이용한 당파적 이익을 위한 정보 수집이나 정보 활용이 있을 수 있으며 3.15 부정선거와 같은 관권개입이 재발할 수 있다. 다른 나라와 달리 지역주의 정실주의가 잔존하고 최고 결정권자를 정점으로 한 하향식 의사전달 구조가 자리 잡은 우리의 특수성을 고려 하건데 아직은 교사의 정당가입의 허용은 이르다고 볼 수 있다

【참 고 문 헌 및 자 료】

1. 한상희, “공무원의 정치적 기본권에 대한 헌법적 검토” 2012.11.14.)
2. 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2010
3. 김남진·김연태, 행정법 I, 법문사, 2009
4. 이종수, 기본권 보장과 제도적 보장의 준별론에 관한 비판적 보론, 헌법실무연구 3, 2002,
5. 교육의 정치적 중립성과 교원의 정치활동에 관한 연구 신은균 춘천교육대학교 교육대학원 2009.2
6. 교사의 법적 지위에 관한 연구 고전 교육법학연구 제9호 1997
7. 21세기 교사의 법적·사회적 지위 표시열(고려대) 한국교사교육 2000. 제17권 제1호
8. 공무원과 교사의 정치적 기본권에 관한 연구 2013년 2월 건국대학교 대학원 노순일
9. blog.naver.com/beloan/40189838710 풍요로운 미래설계
10. <http://cafe.daum.net/hufs009/31n8/6?q=%B9%DD%C1%A4%B4%E7%C1%D6%C0%C7%B7%D0>
11. 이행형[교육학 개론] (양서원) 1995.
12. 교사와 교직생활 [(공)저: 이범응, 허숙] 지식과 감성 2014
13. [2014.3.27 (2011 헌바42) 판결문]
14. (출처 : 대법원 2012.04.19. 선고 2010도6388 전원합의체 판결[국가공무원법위반·집회및시위에관한법률위반] > 종합법률정보 판례)
15. (1993. 7. 29 선고 91헌마 69 결정)판결문
16. (2014. 3. 27. 2011헌바42)판결문
17. 윤영미, 공무원과 교원의 정당가입 자유, 한국변협신문 판례평석

교사의 정당가입 제한은 정당한가?

팀 명 : 깨움 늘!

부산지역대학 법학과

백운락 201321-121326

강순석 201321-121782

신태철 200921-124956

윤영왕 201321-121302

- 목 차 -

- I. 서론
- II. 교사의 정치활동 제한에 대한 우리나라 입법례
- III. 교사의 정당가입 및 정치활동에 대한 판례
- IV. 세계 주요국가 공무원 정치활동에 대한 각국 사례
- V. 교사들의 정치활동에 대한 언론보도
- VI. 교사들의 정치활동으로 인한 교육의 문제점
- VII. 결론

< 참고문헌 >

I. 서론

우리나라 법률과 판례는 공무원의 정치적 중립성 및 교육의 정치적 중립성을 선언한 헌법정신과 관련 법령의 입법 취지에 비추어 교사의 정치적 표현의 자유는 일정한 범위 내에서 제한 될 수밖에 없다고 한다. 이는 헌법에 의하여 신분이 보장되는 공무원으로서 교원이 감수하여야 하는 한계라는 입장을 고수하고 있는 반면에 교원단체 및 학계에서는 교사 등 공무원에게도 ‘정치적 자유권’¹⁾에 의거한 정치적 표현, 정당 활동, 선거운동 등 정치적 자유가 광범위하게 보장되어야 한다고 주장하고 있다.²⁾

우리나라 법률과 판례에서 초·중등학교 교사의 정당가입 및 선거운동의 자유를 금지함으로써 정치적기본권을 제한하는 측면이 있는 것은 사실일 것이다. 하지만 공무원의 정치적 중립성 등을 규정한 헌법 제7조 제1항·제2항³⁾, 교육의 정치적 중립성을 규정한 헌법 제31조 제4항⁴⁾의 규정 취지에 비추어 보면, 학생들의 감수성과 모방성 그리고 수용성이 왕성한 초·중등학교 학생들에게 교사의 가치관, 정치적 발언 등이 미치는 영향은 매우 크다고 할 수 있다.

교사의 정치 활동으로 인해 그들이 가지게 되는 가치관이 학생들의 인격 및 생활습관 형성 등에 중요한 영향을 미치는 점, 교육수혜자인 학생의 입장에서는 수업권의 침해로 받아들여 질수 있다는 점, 민주주의가 성숙되지 않은 현 시점에서는 국민의 교육기본권을 더욱 보장함으로써 얻을 수 있는 공익을 우선시해야 할 것이라는 점 등을 종합적으로 감안하여야 한다. 이러한 이유로 인하여 헌법재판소에서는 교육공무원의 정당가입 및 선거운동의 자유를 제한하는 것은 헌법적으로 정당화 될 수 있다고 판시하고 있다.⁵⁾

지금까지 우리나라의 선거문화는 관권선거의 폐해로 얼룩져 정치적 쟁점이 되어 왔던 것이 사실이다. 최근에도 대선에서 국정원의 정치 및 선거개입 등 관권선거 논란으로 사회적 갈등이 계속되고 있으며, ‘하향식 의사전달 구조’⁶⁾가 자리 잡은 공직사회의 문화와 공무원의 ‘정치적 중립성’ 보장을 특별히 규정하고 있는 점 등을 고려할 때, 공무원의 정치개입 및 정당가입을 허용하면 관권선거의 폐해를 야기할 것이 자명할 뿐 만 아니라 공무원의 정치적 중립성을 훼손하고 국민전체에 대한 봉사자라는 헌법적 요청에 부응할 수 없다.⁷⁾

본 팀은 교사의 정당가입 제한에 대한 우리나라의 입법과 판례에 대하여 적극 찬성하는 의견을 표명하는 바이며, 이에 대한 우리나라 입법례와 판례 그리고 세계 각국 교원의 정치활동 허용여부와 범위, 교사들의 정치적 활동으로 인한 문제점 등을 분석하여 교사의

1) 국가권력의 간섭이나 통제를 받지 아니하고 자유롭게 정치적 의사를 형성·발표할 수 있는 자유라고 할 수 있으며, 이러한 정치적 자유권에는 정치적 의사를 자유롭게 표현하고 자발적으로 정당에 가입하고 활동하며 자유롭게 선거운동을 할 수 있는 것을 주된 내용으로 한다.

2) 대전지법 2010. 5. 14. 선고 2010노 618 판결

3) 헌법 제7조 제1항 : 공무원은 국민전체에 대한 봉사자이며, 국민에 대하여 책임을 진다. 제2항 : 공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.

4) 헌법 제31조 제4항 : 교육의 자주성, 전문성, 정치적 중립성 및 대학의 자율성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.

5) 헌법재판소 2004. 3. 25. 자 2001헌마710 결정【정당법 제6조 제1호 등 위헌확인】[헌공제91호]

6) 과거 한 국가나 사회의 의사결정은 대부분 중앙집권적인 하향식 전달방식이었으나, 사회구조가 복잡화·다양화되고 사회구성원들이 활발한 정책입안과 의사결정에 참여하면서 자율과 책임이 그 어느 때 보다는 강조되고 있다.

7) 헌법재판소 2014. 3. 27. 자 2011헌바42 결정【정당법 제22조 제1항 제1호 등 위헌소원】[헌공제210호]

정당가입 제한의 정당성에 대하여 고찰하고자 한다.

II. 공무원의 정치활동 제한에 대한 우리나라 입법례

1. **헌법 제7조** ①공무원은 국민전체에 대한 봉사자이며, 국민에 대하여 책임을 진다.
②공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.

2. **헌법 제31조** ④교육의 자주성, 전문성, 정치적 중립성 및 대학의 자율성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.

3. **교육기본법 제6조 (교육의 중립성)**⁸⁾ 및 **제14조(교원)**⁹⁾

4. **국가공무원법 제65조(정치 운동의 금지)** ①공무원은 정당이나 그 밖의 정치단체의 결성에 관여하거나 이에 가입할 수 없다. ②공무원은 선거에서 특정 정당 또는 특정인을 지지 또는 반대하기 위한 다음의 행위를 하여서는 아니 된다.

1. 투표를 하거나 하지 아니하도록 권유 운동을 하는 것
2. 서명 운동을 기도·주재하거나 권유하는 것
3. 문서나 도서를 공공시설 등에 게시하거나 게시하게 하는 것
4. 기부금을 모집 또는 모집하게 하거나, 공공자금을 이용 또는 이용하게 하는 것
5. 타인에게 정당이나 그 밖의 정치단체에 가입하게 하거나 가입하지 아니하도록 권유 운동을 하는 것

5. **국가공무원 복무규정 제27조(정치적 행위)** ① 국가공무원법 제65조의 규정에 있어서의 정치적 행위는 다음 각 호의 1에 해당하는 정치적 목적을 가진 것을 말한다. 2. 특정정당이나 정치단체를 지지 또는 반대하는 것. ② 제1항에 규정된 정치적 행위의 한계는 제1항의 규정에 의한 정치적 목적을 가지고 다음 각 호의 1에 해당하는 행위를 함을 말한다. 4.정당 기타 정치단체의 표지로 사용되는 기·완장·복식 등을 제작 또는 배부하거나 이를 착용·착용권유 또는 착용을 방해하는 행위등 기타 명목 여하를 불문하고 금전 또는 물질로 특정정당 또는 정치단체를 지지 또는 반대하는 것.

6. **사립학교법 제58조(면직의 사유)**¹⁰⁾

7. **공직선거법 제53조(공무원 등의 입후보)** ①다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람으로서 후보자가 되려는 사람은 선거일 전 90일까지 그 직을 그만 두어야 한다. 다만, 대통령선거와 국회의원선거에 있어서 국회의원이 그 직을 가지고 입후보하는 경우와 지방의회의원선거와 지방자치단체의 장의 선거에 있어서 당해 지방자치단체의 의회의원이나 장이 그 직을 가지고 입후보하는 경우에는 그러지 아니하다. 1. 「**국가공무원법**」 제2조(공무원의 구분)에 규정된 국가공무원과 「**지방공무원법**」 제2조(공무원의 구분)에 규정

8) **교육기본법 제6조** (교육의 중립성) 제1항 : 교육은 교육 본래의 목적에 따라 그 기능을 다하도록 운영되어야 하며, 정치적·파당적 또는 개인적 편견을 전파하기 위한 방편으로 이용되어서는 아니 된다.

9) **교육기본법 제14조(교원)** 제1항 : 학교교육에서 교원(敎員)의 전문성은 존중되며, 교원의 경제적·사회적 지위는 우대되고 그 신분은 보장된다. 제2항 : 교원은 교육자로서 갖추어야 할 품성과 자질을 향상시키기 위하여 노력하여야 한다. 제3항 : 교원은 교육자로서의 윤리의식을 확립하고, 이를 바탕으로 학생에게 학습윤리를 지도하고 지식을 습득하게 하며, 학생 개개인의 적성을 계발할 수 있도록 노력하여야 한다. 제4항 : 교원은 특정한 정당이나 정파를 지지하거나 반대하기 위하여 학생을 지도하거나 선동하여서는 아니 된다.

10) **사립학교법 제58조(면직의 사유)** ①사립학교의 교원이 다음 각 호의 1에 해당할 때에는 당해 교원의 임면권자는 이를 면직시킬 수 있다. 4. 정치운동 또는 노동운동을 하거나 집단적으로 수업을 거부하거나 또는 어느 정당을 지지 또는 반대하기 위하여 학생을 지도·선동한 때

된 지방공무원. 다만, 「정당법」 제22조¹¹⁾ (발기인 및 당원의 자격) 제1항 제1호 단서의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 있는 공무원(정무직공무원을 제외한다)은 그러하지 아니하다.

8. 공무원의노동조합설립 및 운영등에관한법률 제4조 : 노동조합과 그 조합원은 정치활동을 하여서는 아니 된다.

9. 교원의노동조합설립 및 운영등에관한법률 제3조 : 교원의 노동조합은 일체의 정치활동을 하여서는 아니 된다.

III. 공무원과 교사의 정치활동에 대한 판례

1. 헌재 2004. 3. 25. 2001헌마710결정 [정당법 제6조 제1호 등 위헌확인]

1) 사건개요

청구인 윤○현은 2001. 9. 3. 서울 ○○중학교에 임용된 자이고 같은 김○서는 2001. 9. 1. 서울 ○○중학교에 임용된 자로서, 청구인들은 주거지인 동작구와 관악구에 각 거주하면서 2002. 6. 13. 실시될 제4회 지방의회의원 및 지방자치단체의장 선거에서 선거권을 행사하고자 한 유권자들이다. 한편, 청구인 윤○현은 위 선거에서 민주노동당의 당원이 되어 선거운동을 하고자 하였고, 같은 김○서는 민주당의 당원이 되어 선거운동을 하고자 하였으나 정당법 제6조 단서 제1호 및 공직선거및선거부정방지법(이하 “공선법”이라 한다) 제60조 제1항 제4호에 의하여 정당가입 및 선거운동이 금지되어 정치적 표현의 자유, 정당가입 및 정당활동의 자유, 선거운동의 자유, 평등권, 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권을 침해당했다고 주장하면서 2001. 10. 12. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2) 판결요지

(1)이 사건 법률조항이 청구인들과 같은 초·중등학교 교원의 정당가입 및 선거운동의 자유를 금지함으로써 정치적 기본권을 제한하는 측면이 있는 것은 사실이나, 공무원의 정치적 중립성 등을 규정한 헌법 제7조 제1항·제2항, 교육의 정치적 중립성을 규정한 헌법 제31조 제4항의 규정취지에 비추어 보면, 감수성과 모방성 그리고 수용성이 왕성한 초·중등학교 학생들에게 교원이 미치는 영향은 매우 크고, 교원의 활동은 근무시간 내외를 불문하고 학생들의 인격 및 기본생활습관 형성 등에 중요한 영향을 끼치는 잠재적 교육과정의 일부분인 점을 고려하고, 교원의 정치활동은 교육수혜자인 학생의 입장에서는 수업권의 침해로 받아들여질 수 있다는 점에서 현 시점에서는 국민의 교육기본권을 더욱 보

11) **정당법 제22조(발기인 및 당원의 자격)** ① 국회의원 선거권이 있는 자는 공무원 그 밖에 그 신분을 이유로 정당가입이나 정치활동을 금지하는 다른 법령의 규정에 불구하고 누구든지 정당의 발기인 및 당원이 될 수 있다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 그러하지 아니하다. [개정 2011.7.21 제10866호(고등교육법), 2012.2.29, 2013.12.30.] 1. 「국가공무원법」 제2조(공무원의 구분) 또는 「지방공무원법」 제2조(공무원의 구분)에 규정된 공무원. 다만, 대통령, 국무총리, 국무위원, 국회의원, 지방의회의원, 선거에 의하여 취임하는 지방자치단체의 장, 국회부의장의 수석비서관·비서관·비서·행정보조요원, 국회 상임위원회·예산결산특별위원회·윤리특별위원회 위원장의 행정보조요원, 국회의원의 보좌관·비서관·비서, 국회 교섭단체대표의원의 행정비서관, 국회 교섭단체의 정책연구위원·행정보조요원과 「고등교육법」 제14조(교직원의 구분)제1항·제2항에 따른 교원은 제외한다.

2. 「고등교육법」 제14조 제1항·제2항에 따른 교원을 제외한 사립학교 교원

3. 다른 법령의 규정에 의하여 공무원의 신분을 가진 자

종합으로써 얻을 수 있는 공익을 우선시해야 할 것이라는 점 등을 종합적으로 감안할 때, 초·중등학교 교육공무원의 정당가입 및 선거운동의 자유를 제한하는 것은 헌법적으로 정당화 될 수 있다.

(2) 현행 교육법령은, 초·중등학교의 교원 즉 교사는 법령이 정하는 바에 따라 학생을 교육하는 자이고, 반면에 대학의 교원은 학생을 교육·지도하고 학문을 연구하되 학문연구만을 전담할 수 있다고¹²⁾ 하여 양자의 직무를 달리 규정하고 있다. 뿐만 아니라, 초·중등학교의 교육은 일반적으로 승인된 기초적인 지식의 전달에 중점이 있는데 비하여, 대학의 교육은 학문의 연구·활동과 교수기능을 유기적으로 결합하여 학문의 발전과 피교육자인 대학생들에 대한 교육의 질을 높일 필요성이 있기 때문에 대학교원의 자격기준도 이와 같은 기능을 수행할 수 있는 능력을 갖추어야 하는 것이 요구된다. 그렇다면 초·중등학교 교원에 대해서는 정당가입과 선거운동의 자유를 금지하면서 대학교원에게는 이를 허용한다 하더라도, 이는 양자간 직무의 본질이나 내용 그리고 근무태양이 다른 점을 고려할 때 합리적인 차별이라고 할 것이므로 청구인이 주장하듯 헌법상의 평등권을 침해한 것이라고 할 수 없다.

3) 이유

(1) 정치적 표현의 자유

오늘날 정치적 표현의 자유는 실로 정치적 언론·출판·집회·결사 등 모든 영역에서의 자유를 말하므로, 이 권리는 자유민주적 기본질서의 구성요소로서 다른 기본권에 비하여 우월한 효력을 가진다고 볼 수 있다. 그러나 정치적 표현의 자유도 절대적인 것은 아니기 때문에 헌법 제37조 제2항에 따라 제한될 수 있다. 또한 선거운동 기간 중의 정치적 표현의 자유는 그 자체가 선거운동의 의미를 가지기 때문에 선거의 공정성을 확보하기 위하여 상당한 제약을 가하는 것은 불가피하다.¹³⁾

(2) 공무원 및 교육공무원의 정치활동 제한의 헌법적 정당성

가. 헌법 제7조 제1항은 “공무원은 국민전체에 대한 봉사자이며, 국민에 대하여 책임을 진다.”고 규정하고 있다. 즉, 공무원은 국민전체의 이익을 위해 봉사해야 하는 입장에 있으며 일부의 국민이나 특정 정파 혹은 정당의 이익을 위해 봉사하는 입장이 아님을 분명히 밝히고 있는 것이다. 한편, 헌법 제7조 제2항은 “공무원의 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.”고 명시하고 있다. 이와 같은 공무원의 정치적 중립성의 요청은 정권교체로 인한 행정의 일관성과 계속성이 상실되지 않도록 하고, 공무원의 정치적 신조에 따라서 행정이 좌우되지 않도록 함으로써 공무집행에서의 혼란의 초래를 예방하고 국민의 신뢰를 확보하기 위함이다.

나. 헌법재판소는 1995. 5. 25. 선고한 91헌마67결정에서 공무원에 대한 정치적 중립성의 필요성에 관하여, “공무원은 국민전체에 대한 봉사자이므로 중립적 위치에서 공익을 추구하고(국민전체의 봉사자설), 행정에 대한 정치의 개입을 방지함으로써 행정의 전문성과 민주성을 제고하고 정책적 계속성과 안정성을 유지하며(정치와 행정의 분리설), 정권의 변동에도 불구하고 공무원의 신분적 안정을 기하고 엽관제로 인한 부패·비능률 등의 폐해를 방지하며(공무원의 이익보호설), 자본주의의 발달에 따르는 사회경제적 대립

12) 고등교육법 제15조 제2항

13) 헌재 2001. 8. 30. 2000헌마121등, 판례집 13-2, 263, 271 참조

의 중재자·조정자로서의 기능을 적극적으로 담당하기 위하여 요구되는 것(공적 중재자설)”이라고 하면서, 공무원의 정치적 중립성 요청은 결국 위 각 근거를 종합적으로 고려하여 “공무원의 직무의 성질상 그 직무집행의 중립성을 유지하기 위하여 필요한 것”이라고 판시한 바 있다.¹⁴⁾

다. 교육공무원에게 적용되는 국가공무원법 제65조(정치운동의 금지)에 의하면, 교육공무원은 정당 기타 정치단체의 결성에 관여하거나 이에 가입할 수 없고(제1항), 선거에 있어서 특정 정당 또는 특정인의 지지나 반대를 하기 위하여 그 소정의 행위를 할 수 없다(제2항) 교육의 정치적 중립성은 교육이 국가권력이나 정치적 세력으로부터 부당한 간섭을 받지 아니할 뿐만 아니라 그 본연의 기능을 벗어나 정치영역에 개입하지 않아야 한다는 것을 말한다. 교육은 그 본질상 이상적이고 비권력적인 것임에 반하여 정치현실적이고 권력적인 것이기 때문에 교육과 정치는 일정한 거리를 유지하는 것이 바람직하기 때문이다.

라. 헌법재판소는 1992. 11. 12. 선고한 89헌마88결정에서 교육의 정치적 중립성이 보장되어야 하는 이유에 관하여, “교육의 자주성·전문성·정치적 중립성을 헌법이 보장하고 있는 이유는 교육이 국가의 백년대계의 기초인 만큼 국가의 안정적인 성장·발전을 도모하기 위해서는 교육이 외부세력의 부당한 간섭에 영향 받지 않도록 교육자 내지 교육전문가에 의하여 주도되고 관할되어야 할 필요가 있다는 데서 비롯된 것이라고 할 것이다. 그러기 위해서는 교육에 관한 제반정책의 수립 및 시행이 교육자에 의하여 전담되거나 적어도 그의 적극적인 참여하에 이루어져야 함은 물론 교육방법이나 교육내용이 종교적 종파성과 당파적 편향성에 의하여 부당하게 침해 또는 간섭당하지 않고 가치중립적인 진리교육이 보장되어야 할 것이다.”¹⁵⁾라고 밝힌 바 있다.

마. 이어서 헌법재판소는 맥락을 같이하여 1993. 7. 29. 선고한 91헌마69결정에서, “국·공립학교 교원이 공무원신분을 가지도록 한 것은 국가가 교육에 있어서 중대한 역할을 수행하게 되는 공교육제하에서 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성의 보장이라는 헌법 제31조의 명제를 구체화시키기 위한 것”이라고 하면서, 교육공무원의 정당가입을 금지한 정당법 제6조는 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성의 보장을 위하여 인정되는 합리적인 제한이라고 판시한 바 있다.¹⁶⁾ 이와 같이 초·중등학교에 근무하는 교원이 정당의 발기인 또는 당원이 되는 것을 금지하고 있는 것은, 공무원의 신분을 보장하고 민주주의 및 법치주의의 통치이념에 기여하려는 공무원제도의 본질에 비추어 공무원의 정치적 중립성 확보를 위한 조치로서 헌법 제37조 제2항에 따른 최소한의 제한이라고 할 수 있다. 이는 우리나라의 정치적 현실과 역사적 경험에 비추어 행정의 중립성·효율성의 확보뿐만 아니라 특히 교원의 활동이 미성숙한 학생들의 가치판단에 중대한 영향을 주고 있으므로 교육자로서의 특별한 처신이 요구되고, 피교육자인 학생들의 기본권 또는 학부모들의 자녀에 대한 교육권과의 갈등을 예방하기 위해 부득이하고 필요한 조치이기도 하다.

바. 청구인들은 교원의 정치적 활동을 제한하는 것은 학교 내에서의 교육활동에만 국한하여 적용하여야지 근무시간 내외를 불문하고 일률적으로 정치활동을 금지하는 것은

14) 판례집 7-1, 722, 759

15) 판례집 4, 739, 762

16) 판례집 5-2, 145, 152

과잉금지의 원칙에 어긋나게 정치적 표현의 자유라는 국민의 기본권을 제한하는 것이라고 주장한다. 그러나 이 사건 법률조항이 청구인들과 같은 초·중등학교 교원의 정당가입 및 선거운동의 자유를 금지함으로써 정치적 기본권을 제한하는 측면이 있는 것은 사실이나, 감수성과 모방성, 그리고 수용성이 왕성한 초·중등학교 학생들에게 교원이 미치는 영향은 매우 크고, 교원의 활동은 근무시간 내외를 불문하고 학생들의 인격 및 기본생활습관 형성 등에 중요한 영향을 끼치는 잠재적 교육과정의 일부분인 점을 고려하고, 교원의 정치활동은 교육수혜자인 학생의 입장에서는 수업권의 침해로 받아들여질 수 있다는 점에서 현 시점에서는 국민의 교육기본권을 더욱 보장함으로써 얻을 수 있는 공익을 우선시해야 할 것이라는 점 등을 종합적으로 감안할 때, 초·중등학교 교육공무원의 정당가입 및 선거운동의 자유를 제한하는 것은 헌법적으로 정당화될 수 있다고 할 것이다.

(3) 기타 평등의 원칙 위배 여부

헌법 제11조 제1항의 평등의 원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라, 입법과 법의 적용에 있어서 합리적 근거 없는 차별을 하여서는 아니 된다는 상대적 평등을 뜻하고 따라서 합리적 근거 있는 차별 내지 불평등은 평등의 원칙에 반하는 것이 아니다¹⁷⁾ 이 사건 법률조항은 대학교원의 정당가입 및 선거운동의 자유를 허용하면서도 청구인들과 같은 초·중등학교의 교원에 대하여는 이를 금지함으로써 정치적 중립을 요구하고 있다. 정치활동이 허용되는 대학의 교원은 대학, 산업대학, 교육대학, 전문대학, 방송·통신대학, 기술대학 등 각 학교에서 학생을 직접 교육·지도하고 학문을 연구하거나 또는 학문연구만을 전담하는 사람으로서 교수·부교수·조교수·전임강사 등이다¹⁸⁾.

초·중등학교의 교원 즉 교사는 법령이 정하는 바에 따라 학생을 교육하는 자이고¹⁹⁾, 반면에 대학의 교원 즉 교수·부교수·조교수와 전임강사는 학생을 교육·지도하고 학문을 연구하되, 학문연구만을 전담할 수 있다²⁰⁾. 이와 같이 현행 교육법령은 양자의 직무를 달리 규정하고 있다. 물론 대학교수도 학생을 교육하기는 하나 그 주된 직무는 연구기능이므로, 이 점에서 매일 매일을 학생과 함께 호흡하며 수업을 하고 학생을 지도해야 하는 초·중등학교 교원에 비하여 상대적으로 많은 학문연구와 사회활동의 자유가 인정 된다²¹⁾. 뿐만 아니라 초·중등학교의 교육은 일반적으로 승인된 기초적인 지식의 전달에 중점이 있는데 비하여, 대학의 교육은 학문의 연구·활동과 교수기능을 유기적으로 결합하여 학문의 발전과 피교육자인 대학생들에 대한 교육의 질을 높일 필요성이 있기 때문에 대학교원의 자격기준도 이와 같은 기능을 수행할 수 있는 능력을 갖추는 것이 요구 된다²²⁾. 그렇다면 초·중등학교 교원에 대해서는 정당가입과 선거운동의 자유를 금지하면서 대학교원에게는 이를 허용한다 하더라도, 이는 양자 간 직무의 본질이나 내용 그리고 근무태양이 다른 점을 고려할 때 합리적인 차별이라고 할 것이므로 청구인이 주장하듯 헌법상의 평등권을 침해한 것이라고 할 수 없다.

17) 헌재 1994. 2. 24. 92헌바43, 판례집 6-1, 72, 75

18) 교육기본법 제9조, 고등교육법 제2조·제14조·제15조

19) 교육기본법 제9조, 초·중등교육법 제20조 제3항

20) 고등교육법 제15조 제2항

21) 헌재 1993. 7. 29. 91헌마69, 판례집 5-2, 145, 154

22) 헌재 1998. 7. 16. 96헌바33등, 판례집 10-2, 116, 149-150

2. 현재 2014. 3. 27. 자 2011헌바42결정【정당법 제22조 제1항 제1호 등 위헌소원】

1) 사건개요

청구인들은 국가공무원인 국·공립학교 교원으로 임용되어 초등학교, 중학교에 교원으로 재직 중이던 자들이다. 청구인들은 2010. 5. 6. 국가공무원에 대한 정당법 및 국가공무원법의 정당가입 금지조항과 정치행위 규제조항에 위반하여 민주노동당에 당원으로 가입하여 정치자금을 제공하였다는 등의 공소사실로 기소되었다. 청구인들은 위 소송 계속 중 정당법 제22조 제1항 단서 제1호 등에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나 그 신청이 기각되자, 2011. 2. 24. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2) 결정주문

구 정당법(2005. 8. 4. 법률 제7683호로 개정되고, 2011. 7. 21. 법률 제10866호로 개정되기 전의 것) 제53조 중 ‘제22조 제1항 단서 제1호 본문의 규정을 위반하여 당원이 된 국가공무원법 제2조에 규정된 공무원’ 부분, 구 국가공무원법(2008. 3. 28. 법률 제8996호로 개정되고, 2010. 3. 22. 법률 제10148호로 개정되기 전의 것) 제84조 중 ‘제65조 제1항의 정당가입에 관한 부분을 위반한 자’ 부분, 제84조 중 ‘제65조 제4항의 대통령령으로 정하는 정치적 행위의 금지에 관한 한계를 위반한 자’ 부분은 모두 헌법에 위반되지 아니한다.

3) 이유요지

(1) 과잉금지원칙 위배 여부

이 사건 정당가입 금지조항은, 공무원이 국민 전체에 대한 봉사자로서 그 임무를 충실히 수행할 수 있도록 정치적 중립성을 보장하고, 초·중등학교 교원이 당파적 이해관계의 영향을 받지 않도록 교육의 중립성을 확보한다는 점에서 입법목적의 정당성이 인정된다. 국민의 정치적 의사형성에 영향을 미치고 헌법상 특별한 보호를 받고 있는 정당가입을 금지하는 것은 위 입법 목적을 달성하기 위한 효과적이고 적합한 수단이다. 이 사건 정당가입 금지조항은 공무원이 ‘정당의 당원이 된다.’는 행위를 금지하고 있을 뿐, 정당에 대한 지지를 선거와 무관하게 개인적인 자리에서 밝히거나 선거에서 투표를 하는 등 일정한 범위 내의 정당관련 활동은 공무원에게도 허용되므로 침해의 최소성 원칙에 반하지 않는다. 정치적 중립성, 초·중등학교 학생들에 대한 교육기본권 보장이라는 공익은 공무원들이 제한받는 사익에 비해 크므로 법익의 균형성 또한 인정된다.

(2) 평등원칙 위배 여부

이 사건 정당가입 금지조항이 초·중등학교 교원에 대해서는 정당가입의 자유를 금지하면서 대학의 교원에게 이를 허용한다 하더라도, 이는 기초적인 지식전달, 연구기능 등 양자 간 직무의 본질이나 내용, 근무 태양이 다른 점을 고려한 합리적인 차별이므로 평등원칙에 위배된다고 할 수 없다.

(3) 이 사건 정치행위 규제조항 위헌 여부

이 사건 정치행위 규제조항 중 금지조항에 해당되는 구 국가공무원법 제65조 제4항과 관련 조항들을 유기적·체계적으로 종합하여 보면, 이 사건 정치행위 규제조항에 의한 범죄구성요건의 실질을 ‘정당 구성 행위 및 선거운동에 관한 공무원의 능동적·적극적 정치행위’라고 법률에서 밝히고 있어 죄형법정주의의 기본적 요청인 법률주의에 위배된다고 볼 수 없다. 국회, 법원, 헌법재판소, 선거관리위원회, 행정부 등 소속 공무원에 대

하여 금지하여야 할 정치행위의 내용을 개별적으로 구체화할 필요성이 긍정되고, 그 내용을 일일이 법률로 규정하는 것은 입법기술상 매우 곤란하므로 그 위임의 필요성이 인정된다. 또한 그 내용이 공무원의 정치적 중립성을 훼손할 가능성이 큰 행위에 한하여 정해질 것임은 충분히 예상할 수 있으므로, 이 사건 정치행위 규제조항은 포괄위임금지 원칙에 위배되지 아니한다.

IV. 세계 주요국가 공무원 정치활동에 대한 각국 사례

1. 미국

미국 공무원의 정치활동에 대한 초기 규정은 「공무원 규칙」에 명시되어 있다. 이 규칙은 1883년 「펜들턴 법」과 1939년 「제1차 해치법」, 1940년 「제2차 해치법」에서 시작되었고, 이 ‘해치법’은 정당가입·비정치적인 직위에 대한 피선거권·정치자금의 기부 등은 허용하되, 정당 간부의 직위·선거자금의 모금·정치적 직위에의 피선거권 등은 금지했다. 그러나 1974년 개정된 「연방선거운동법」은 주 및 지방공무원에게 정치문제 및 입후보자에 대한 자유로운 견해 표시, 강제를 수반하지 않는 특정당자금의 유인 및 공여, 정당 활동에의 적극적 참여, 특정 정당 후보를 위한 선거활동을 허용했다. 그리고 1977년 미 하원에서는 연방공무원들이 공적으로 특정 정당의 후보를 지지할 수 있는 범위의 정치활동을 가능케 하는 법률안을 통과시켜 정당 활동에 자유롭게 참여하고 있으나 대부분의 하위직 공무원들은 피선거권 제한과 정당 간부직 금지 등 일부 제한을 두고 있다.

2. 일본

일본의 공무원 정치활동에 관한 규제법령은 ‘국가공무원법’ 제102조에 명시하고 있다. 일본의 경우 공무원의 정당가입과 정당 활동은 허용되고 있으나 정치적 목적을 가지고 특정 정당이나 정치단체의 구성원이 되거나 되지 말도록 조직적인 운동을 하는 것, 정치적 목적으로 기부금 등의 금품을 수령하는 것, 타인에게 특정 정치활동을 권유하는 것, 정치적 목적으로 깃발, 유인물을 작성 배포하는 것 등을 규제하고 있다.

3. 뉴질랜드

뉴질랜드 공무원의 정치활동에 대한 규정은 1988년 ‘국가부문법’의 57항 ‘뉴질랜드 공무원 행동규칙’에 규정되어 있다. 공무원은 공적 조직이나 자발적인 결사체에 참여, 특정 직위에 임명되거나 대표하는 것에 있어 자유롭다. 그러나 그들은 자신의 활동에 대해 행정부서의 장에게 보고해야 하며 자신의 참여와 공무원으로서의 의무·책임이 갈등을 일으키지 않도록 해야 한다고 명시하고 있다.

4. 캐나다

캐나다는 공무원의 정치활동 허용범위에 대해 ‘공무원 임용 법’에 명시하고 있다. 위 법률 제33조 제1항은 ‘공무원이 특정 후보나 정당에 대해 찬성 혹은 반대하는 행위에 참여하는 것은 법률로서 금한다’로 명시하고 있다. 캐나다의 경우 공무원 개인이 정당가입이나 당비의 납부 등의 정치활동은 허용하고 있으나, 공무원의 신분으로서 선거결과에 직접 영향을 미치는 행위에 대해서는 제한규정을 두고 있다.

5. 영국

영국의 모든 공무원은 정당가입이 허용되며, 직위에 따라 세 집단으로 나누어 정치활동 제한의 범위가 상이하게 설정되어 있다. 영국에서 공무원의 정치활동에 대한 법적 규약은 1884년 ‘대장성 포고’에서 출발하며, 내용의 핵심은 ‘관직을 그만두지 않은 상태에서 의원후보자로 입후보할 수 없다’는 것이다. 처칠 내각에서 공무원의 정치활동 범위에 대해 정리작업을 진행하여 최종적으로 공무원 정치활동규정이 만들어졌으며, 이 규정은 현재에까지도 구속력을 가지고 있다. 정치활동 규정 내용은 산업계·노동직에 종사하는 제1집단은 완전한 정치활동 허용, 타자수에서부터 서기계급에 이르는 제2집단은 피선거권을 제외한 모든 정치활동 허용, 집행계급·행정계급 및 과학전문직 공무원은 당적을 가질 수 있는 권리와 소속장관의 동의를 얻어 지방자치단체의 정치활동에 참여할 수 있는 자유를 가진다는 것이다.

6. 프랑스

프랑스 공무원의 정치활동에 관해서는 1946년 제정된 ‘일반공무원법’에서 다루고 있으나 정치활동 제한요건은 없다. 공무원은 직위를 사퇴하지 않고도 선거에 입후보할 수 있으며, 자신의 선거운동만이 아니라 타인의 선거운동을 위해 휴가를 얻을 수 있고 당선된 경우 신분을 그대로 유지할 수 있으며, 또한 의원직을 사임하고 복직했을 때 승진과 경력환산의 혜택을 부여받는다.

7. 독일

오늘날 독일 공무원 제도의 근간을 이루는 것은 1953년 도입된 「독일연방공무원법(BBG)」와 1957년 도입된 「공무원기본법」이다. 「공무원기본법」 제35조 제2항에 의하면, 업무 중에는 정치활동의 제약을 받고 있으나, 근무 외 시간의 정치활동에 관해서는 허용하고 있으며 동법 33조 5항에서는 공무원의 정치적 양심과 활동의 자유는 보장되어야 한다고 규정하고 있다. 독일에서 공무원의 정치적 중립은 공무원 당사자의 양심과 공무원으로서의 금지의 문제이며, 이에 대한 법적 규제는 거의 없다.

8. 기타 유럽국가

이탈리아·포르투갈·오스트리아·영국은, 1990년대 이후 공무원 윤리 현장이나 수칙 형태로 공무수행의 불편부당성(impartiality)를 명문화하고 있으나, 그 내용은 미국·일본처럼 구체적인 사례를 명시하지 않고 일반적 원칙수준에서 언급하고 있으며,

덴마크·스웨덴·네델란드·핀란드 등에서는 현장이나 수칙형태의 독자적인 규정은 없으며 헌법이 보장하는 권리와 의무수준에서 판단되고 있다.²³⁾

V. 교사들의 정치활동에 대한 언론보도

1. “전교조의 망각, 세월號 일차 책임은 학교에 있다.”²⁴⁾

23) [출처: 시민사회단체연대회의] 각 국 사례에 대한 기본사항은 국회도서관 입법지식DB 「공무원의 선거중립」 개요문을 참조할 수 있으며, 이하 내용은 요약 및 사례국가를 추가한 내용임

전교조는 전국 조직을 갖고 있다. 비밀스런 조직으로 알려져 있다. 법원은 공개도 할 수 없게 했다. 부모는 알권리가 있을 터인데 언론은 그 명단도 공개하길 꺼린다. 그런 막강한 조직이 세월호에 대한 비판을 내놓았다. 자신은 철저히 감추고, 남의 비판에는 앞장선다. 그러나 세월호 참사는 전교조가 앞설 일이 아니다. 단원고 수학여행은 전교조가 반성을 하고, 내 탓이란 소리를 먼저 내야한다. 자기비판은 하지 않고, 남의 비판만 일삼는 것은 전체주의적 발상이다. 일찌기 진보세력은 그런 행동을 하지 않았다. 세월호 사건으로 전교조는 내 탓부터 먼저 이야기할 필요가 있다. 그렇게 해야 자신들의 말에 설득력을 가진다.

조선일보 손진석 기자는 <'평균 22년' 국제선, 절반 이상이 세월호보다 낡아> 라고 했다. 동 기사는 "세월호 사고를 계기로 연안 여객선이 낡았다는 지적이 이어지는 가운데 한 해 270만 명 이상이 이용하는 국제 여객선도 노후화가 심각한 수준으로 나타났다."라고 했다. 인천부두에 가보면 당장 느끼는 것은 수준 이하임을 쉽게 감지할 수 있다. 해방 이후 충무로 영화관을 들여다보는 것 같다. 그 청결부터 낡은 배는 기대 이하임을 직감한다. 그런 곳에 단원고 학생 245명을 단체로 보냈다. 그것에 대해 전교조 교사들은 생각이나 해본 것인가? 단원고에서 전교조 출신 교사가 없었을까? 설령 한 사람도 없었다고 하더라도, 전교조가 전국적 조직으로 단체행동을 하면 썩 배로 수학여행 정도는 쉽게 멈출 수 있었다. 그런데 세월호 참사 주변에는 그런 목소리를 내는 전교조 출신 교사가 없었다. 큰 사고가 난 것이다.

조선일보 사설은 <'세월호 가족의 슬픔' 정치 선동에 써먹으려는 사람들> 이라고 했다. 동 사설은 "전교조는 인터넷에 올린 '세월호 추모 동영상'에서 '너희들은 최루탄이 머리와 눈에 박혀 수장됐던 김주열, 치안본부 대공분실이 육조 물고문으로 숨지게 한 박종철인지도 모른다'고 했다.....전교조는 세월호 참사 희생자들을 독재 정권의 폭력에 희생된 김주열, 박종철에 비유해 정권에 대한 분노와 투쟁을 부추기려 했다."라고 했다.

세월호 참사와 독재정권과 무슨 관계가 있는가? 전교조는 시대에 뒤떨어진 생각을 갖고 있는 모양이다. 희생당한 학부모의 입장에서 보면, 자녀들이 제주도 한번 가지 않는 학생이 거의 없을 것이다. 학생들은 그곳 아니라도, 놀 곳 천지인데 그곳에 갈 필요가 없다. 교사들이 가자고 하니, 학생들은 후진 배를 타고 수학여행을 갔다. 친구들과 여행을 간 것이다. 왜 배를 타게 되었는지, 검찰이 조사하면 천인공노할 일이 공개될 것이다. 이승만 시대에 최석채 선생은 '학생을 도구로 사용하지 말라'(대구매일 사설, 1955년 9월 13일자)라고 했다. 지금 학교는 그렇지 않는지...

세월호 사건 후 놀라운 일은 내 탓이요 하는 사람이 거의 없다. 그 대신 대통령이 연일사과, 사과를 한다. 중앙일보 양선희 논설위원은 "사과할 때마다 '사죄와 죄송'(4월 29일), '무한한 책임'(4일), '안전한 나라 만드는 데 총력'(6일) 등 어휘 강도가 점점 높아졌다."라고 했다. 사고 당사자는 숨어서 나타나질 않는다. 자유는 마음껏, 책임은 '0'이다. 전교조는 다른가? 진보세력이라면 누구보다 자기비판에 철저해야 한다. 그들은 선생의 직위에 있는 사람이다. 자기는 설령설령하면서 남에게 엄격한 잣대를 댄다. 세월호 참사와 대통령이 무슨 관계가 있는가? 대통령이기 때문에...웃기는 소리가 아닌가? 단원고 교사,

24) 인터넷 아고라 뉴스 '자유토론방' <http://bbs1.agora.media.daum.net/> 참조

교장, 선장, 세월호 선주, 인천시장, 공무원, 전남해경, 전남지사 등은 어디 간 것일까? 그 대신 대통령이 사과한다고 한다. 북한 김정일 체제 닮은 모양이다. 우리 헌법은 민주공화주의 헌법이다. 이 헌법 정신은 자유를 누리면, 반드시 책임을 묻는 것이다.

조선일보 김기철의 동서남북은 5월 1일 <책임의식 무장한 시민 층이 해답이다.> 라고 했다. 동 기사는 "흙이 영국 시민사회의 도덕과 교양을 주목한 것처럼 철저한 책임 의식과 윤리로 우리 사회를 밑바닥부터 개조하지 않으면 선진국의 꿈도, 민주주의의 이상도 물거품이 될 수밖에 없다."라고 했다.

2. “법원판결 거부하는 전교조 교단에 설 자격 없다.”²⁵⁾

<법을 어기고도 반성 못하는 전교조>

전교조 교사 1200명이 ‘조퇴 투쟁’을 벌였다. 이들은 비합법노조 판결에 항의하기 위하여 서울역에 모여 시위를 벌였다. 이들 주장은 법외노조 조치철회 교육부 후속 조치 철회, 대통령 퇴진 등을 주장하며 집회를 연 뒤 가두 행진까지 했다. 불법노조 전교조는 15년간 합법노조 행세하면서 수백억의 국민혈세를 받아 온갖 혜택을 누리면서 때법을 동원 공권력을 무력화시켜 왔다. 그리고 학교에서 학생들 의식화 교육으로 학부모들과 갈등을 빚어 왔다. 전교조가 법외노조가 된 것은 교육부 탓도, 대통령 탓도 아니고 전교조 스스로가 지진해서 법외노조가 된 것이다. 법에 위반된 규약을 개정하라는 고용노동부의 요구를 거부하여 법외노조 통보를 받았고 법외노조 통보가 되자 법원에 소송을 제기하여 패소한 것이다. 그런데 자기들 책임을 대통령에 전가하면서 아이들 버리고 조퇴투쟁을 하는 것은 교사도 노동자도 모두 포기한 범죄 집단일 뿐이다.

전교조는 전교조 명단을 공개한 조전혁 전의원에 소송을 제기해 손해배상 판결을 받아내어 지금도 봉급까지 차압해 가고 있다. 전교조는 자기에게 유리하면 “법대로”를 외치고 불리하면 “불복 투쟁”에 나서는 법치파괴집단이다. 전교조는 조퇴투쟁을 해도 좌익교육감 13명이 징계를 하지 않으면 정부가 속수무책임을 알고 조퇴투쟁이라는 불법 행위를 하고 있는 것이다. 전교조는 불법노조다. 불법노조가 불법행위를 계속한다면 고발을 통해 법원판결로 교단에서 퇴출시켜야 한다. 전교조교사들은 아이들을 버리고 조퇴투쟁을 하여 그 피해를 고스란히 아이들이 받고 있다. 교육부는 청와대 게시판에 ‘박근혜 대통령 퇴진 시국선언’ 글을 올린 교사 284명을 고발 조치했다. 이와 같이 교육부가 법과원칙에 따라 처리한다면 불법을 일삼는 전교조는 설 자리를 잃게 될 것이다.

<법과 원칙이 지켜지면 전교조는 설자리 없어>

서울행정법원은 전교조가 고용노동부를 상대로 낸 법외노조 취소 청구소송에서 '학생을 가르치는 교원노조는 일반 근로자 노조보다 더 엄격한 규율이 필요한 만큼 정부의 법외노조 통보에 문제가 없다'며 전교조에 패소 판결을 했다. 법원은 "지금 전교조 조합원으로 되어 있는 해직 교사 9명은 형사상 유죄판결을 선고받아 퇴직되었거나 해임 처분에 대해 제기한 소송에서도 패소가 확정된 사람들이지 부당 해고된 교원이 아니다"라고 했다. 전교조 간부 출신인 해직자 9명 가운데 6명은 2008년 7월 서울시교육감 선거에서 불법 기부금 모금을 하여 유죄가 확정됐다. 3명은 북한 역사책을 인용해 만든 자료집을 배포 했거나 불법 시위를 벌여 해직된 후 해직 무효 소송에서 패소한 자들이다. 법원은

25) 인터넷 한국디지털 뉴스 <http://www.koreadigitalnews.com> 참조

불법 행위로 해고된 전직 교사에게 노조원 자격을 주고 있는 것은 불법이라고 결론지었다.

9명이 해직교사는 전교조에서 주요 직책을 유지하면서 사실상 '전업 운동가'로 활동해왔다. 이 전업 운동가들에 의해 전교조는 강성 투쟁 일변도로 과격 투쟁을 일삼아 왔다. 전교조에서 과격한 운동가로 활동하다 해임되어도 전교조가 전임자로 채용해 월급을 주기 때문에 전교조 활동가들은 마음 놓고 과격한 정치·이념 투쟁을 벌여 왔다. 전교조는 지금이라도 위법된 규약을 고치고 해직자 9명을 내보내면 합법 노조 지위를 회복할 수 있다. 그러나 전교조는 이날 패소 판결 직후 '강력 투쟁하고 단식 농성을 벌이겠다'고 선언했다. 6만 조합원의 이익을 9명 해직자 보호와 바꾼 것이다. 이는 전교조가 대한민국 법치를 파괴하고 정부의 공권력을 무력화시키겠다는 것이다. 전교조는 교육은 이념교육장 만들기 한 수단이고 이들의 목표는 민중혁명을 통해 정권퇴진과 좌익정부 수립이다.

〈전교조의 궁극적인 목표는 민중혁명〉

전교조는 1999년 합법화하면서도 불법을 자행한 사실이 드러났다. 재판부는 “전교조가 1999년 정부에 설립 신고를 할 때 해직 교원도 노조에 가입할 수 있게 한 규정을 두고도 이를 뺀 허위 규약을 제출했다”며 “만약 정부가 이런 사정을 알았다면 신고를 받아주지 않았을 것”이라고 지적했다. 전교조가 규약 9조만 개정하면 합법노조가 될 수 있다. 그러나 규약개정을 거부하고 범외노조가 되어 13명의 좌익교육감 발판으로 정부와 강력투쟁을 벌여 정부를 무력화시키겠다고 나섰다.

전교조는 합법화 이후 15년간 의식화교육을 시킨 학생들을 매년 60-70만씩 사회에 배출해 20-40 세대를 혁명전사로 길러내는 데 성공했다. 또 좌익교육감 통해 학생인권조례 만들어 교사를 무력화시켜 초중고생을 거리로 내몰아 민중혁명의 도구로 이용할 수 있게 만들었다. 전교조는 그동안 때 법을 동원해 시국선언 불법폭력시위 집단행동을 하면서 법을 우습게 알고 정부의 합법적 지시도 거부해 왔다. 또 좌익교육감 불법선거운동, 민노당 가입, 민노총과 연대한 집단행위 등 정치활동도 일삼아 왔다. 전교조가 정부의 합법적인 지시를 따르지 않고 법을 우습게 알고 무시하면서 학생들에게 대한민국을 부정하는 의식화교육을 시켜 왔다.

전교조는 시국선언 통해 대통령 퇴진을 요구했다. 국민들이선출한 대통령 퇴진을 요구하는 것은 대한민국을 부정하는 행위다. 13명의 좌익 친전교조 교육감들은 1심 전교조 범외노조 판결을 무시하고 대법원에서 확정 판결이 내려지기 전까지는 현행대로 전교조를 지원하겠다는 의사를 밝혔다. 이는 전교조와 함께 대한민국법치를 파괴하는 범죄 집단이 되겠다는 것이다. 이런 좌익교육감의 행위에 대해 교육부는 법대로 처리해야 한다. 법위에 군림하는 교육감은 교원을 지위할 자격상실자들이다.

좌편향 이념 교육과 정치투쟁으로 교단을 오염시키며 반 교육을 일삼아 온 전교조가 정치투쟁만 계속한다면 정부는 이번기회에 전교조를 교단에서 완전히 추방해야 한다. 박근혜 정부의 법과 원칙이 교육을 바로세우는 계기가 되기 바란다.

VI. 교사들의 정치활동으로 인한 교육의 문제점

1. 민중의례 가르치는 전교조²⁶⁾

전교조는 대한민국은 친일파가 세운 미제 식민지라며 미국을 몰아내고 대한민국을 해방시켜야 한다고 가르친다. 그리고 아이들에게 노동자 농민 도시빈민이 주인이 되는 나라를 만들기 위해 사회주의혁명을 해야 한다며 계급투쟁교육을 가르친다. 대한민국은 태어나지 말았어야 할 나라였고 북한이 정통성을 지닌 나라라고 학생들을 지도한다. 전교조는 태극기는 분단의 상징임으로 경배할 필요 없고, 애국가는 친일파 안익태가 작곡했으며 정식國歌 아니라 부를 필요가 없다고 가르친다. 서울의 남녀 초등학생 100명을 대상으로 애국가를 불러보게 하고 가사를 적게 했다. 1절 이상을 적어낸 학생은 100명 중 36명에 불과했고 나머지 64명은 1절도 제대로 알지 못했고 그 중 18명은 백지 상태로 답안을 제출했다. 학교교육의 목적 중 하나는 공동체 의식을 높이고 국가와 사회에 대한 정체성을 확립하는 것이다. 그런데 태극기에 대한 경례도 할 줄 모르고 애국가도 부를 줄 모르는 대한민국 반역자를 길러내 공동체 의식은 사라지고 남남 갈등만 부추기고 있다. 전교조에 의해 교실에 태극기가 사라졌고 애국가 교육마저 사라져 국적 없는 국민을 길러내고 있다. 대한민국이 아이들 머릿속에서 사라지고 있다. 전교조 척결에 국력을 쏟아야 대한민국을 지킬 수 있다.

2. 교사들의 정치적 선동·편향 발언²⁷⁾

시민단체 ‘레이디블루’에서 운영하는 선동·편향수업신고센터(<http://abschool.org>)에 교사들의 ‘정치편향수업’의 현황을 보면 2011년 9월 개설 이후부터 해 2013년 2월까지 총 225건의 신고를 접수된 것으로 확인되었다. 정치적으로 편향된 발언을 하는 교사들의 상당수는 전교조 소속으로 보이지만 당사자들은 전교조 소속임을 숨기거나 전교조 소속이 아니라고 주장하기도 하였다고 한다.

“박근혜 결혼 안했으니 3대 세습은 안하겠네”

서울 C 고교의 한 교사는 박정희 전 대통령의 아들이자 박근혜 대통령의 동생인 박지만씨를 언급하며 우리나라를 ‘충성할 필요가 없는 나라’로 묘사했다.

“이승만은 역대 대통령 중 가장 ‘나쁜 놈’”

“6·25전쟁에서 북한이 입은 피해는 말할 수가 없어요. 특히, 미국 공군에 의한 무차별 폭격으로 북한은 제대로 된 건물이 하나도 없었어. 그랬던 북한은 3년 만에 완벽하게 경제개발이 이루어졌다는 거지. 남한은 이승만이가 뭐 했느냐, 너희 지금 이승만에 대해서 봤지, 어? 이승만이가 어떤 짓을 했는지, 어떻게 대통령이 됐는지. 대통령이 돼서도 이 사람이 제대로 정치를 못했다는 거지.”, “지금 제주 해군기지 같은 데가 터지는 게 바로 그거야. 제주도에 미군의 엄청난 항공모함이 기댈 수 있는 해군기지를 짓겠다. 그래서 지금 강정해군기지 반대 데모가 몇 년째 있었잖아요. 이명박 때부터 시작돼 가지고. 그 이유가 바로 이거라는 거야. 그래서 우리나라 또 한 번의 전쟁이 터지지 말라는 법이 없는 거야.... 이 분단을 가져온 장본인이 누구냐. 물론 강대국일 수도 있지만...이승만이라는 거야. 누구라고? 어? 선생님은 우리나라 역대 대통령 중에 가장 나쁜 놈이, 나는 이승만이라고 생각해. 누구라고?”

26) 아고라 뉴스 ‘자유토론폰’ <http://bbs1.agora.media.daum.net/> 참조

27) 선동·편향수업신고센터 <http://abschool.org> 참조

울산 N 고교의 한 교사는 대선 두 달 전인 지난해 10월 23일 조통조로 “박근혜가 대통령이 돼야 한다.”고 주장했다. “그지? 그럼 어떻게 되겠노? 함 봐봐. 그래서 나는 이래 생각한다. 이봐, 지금 차라리 그 다음 대통령 누가 돼야 된다? 박근혜가 돼야 된다. 차라리... 왜? 어차피 한국 망할 거거든. 우리나라 확 망할 거면 싸그리 망하는 게 낫지, 차라리. 그래 생각 안 해? 어? 맞지? 문재인이나 안철수 괜히 잘못돼서... 생각해 봐, 경제가 앞으로 더 분명히 어려워질 거거든? 좋아지기 힘들니다! 왜냐, 세계 경제적으로 다 힘들기 때문에. 이런 상황에서 오히려 진보정권이 들어서서 ‘재 네 때문에 더 못살게 됐다’ 해가 꼬 아예 보수로 가 버리면 어떡해. 차라리 보수로 가서, ‘보수 땀에 망했다’ 이런 소리 들어야지. 난 그래 생각하는데, 아닌가? 몰라요~, 어쨌든 그래요.”

“4050세대, 박정희가 경제 살렸다는 환상에 시달려”

경기도 S 고교에서는 한 교사가 “박정희가 친일파 맞느냐”는 학생의 질문에 “박정희는 《친일인명사전》에 올라가 있다. 이런 이야기 함부로 하면 끌려간다.”고 말했다. 학생들이 “끌려간 사람을 본 적 있느냐”고 반발했다. 교사는 “그럼 요즘 세태와 연관 지으면 어떨까? 아버지가 아무리 못된 짓을 했더라도, 그 자식 놈이 잘나면 입 꼭 닫고 살아야겠지?”라고 말했다. 이어서 “하지만 그렇게 입만 꼭 닫고 살면 안 된다. 세상 세태가 이렇다. 씹쓸하다”고 했다. 직접적으로 박정희 전 대통령을 언급하기도 했다. “자, 프레이저 보고서 동영상은 어제 조금 보다가 말았는데 어디까지 봤냐? 무슨 내용까지 봤냐? 너희에게 이 동영상을 보여주는 이유는 우리나라 경제를 성장시킨 건 박정희라는 이상한 신화에 시달리고 있어. 기본적으로 우리나라 40-50대들이 이 상황에, ‘우리나라 경제를 살려준 건 박정희야’라고 환상을 가지고 있는데...그거야말로 자기 자신을 굉장히, 아무런 보잘것 없는 존재로 만드는 부류야.”

“광우병 잠복기 15~20년... 여전히 위험”

충북 C 고등학교의 한 교사는 역사 시간에 광우병에 대해 설명했다. “여러분은 이런 내용(‘관세자 주권’을 지칭)은 정확히, 이제는 어른이 되기 전에 정확히 알고 있어야 해요. 알겠냐? 그런데 지금의 기존 어른들, 50대 이상 뭐 이런 양반들 부모들은요, 이런데도 잘 몰라. ‘이런 거 뭐, 광우병 뭐, 그거 거짓말이야!’라고 말하는데 거짓말이 아니라 그건 진실이에요... 그리고 광우병의 잠복기간은 15-20년이야. 지금 먹었다고 지금 발병이 되는 게 아니라, 오랫동안... 되도록 우리는 청정한 것을 먹어야겠죠. 위험한 걸 일부러 먹을 필요가 있겠어? 없겠어?”..... “국가와 지도자는 국민을 보호하고 국민의 이익을 지킬 의무가 있다. 그럼 국민이 반대하면 해야 할까, 안 해야 할까?”라고 말했다. “광우병에 관한 것도 다들 거짓이라고 하는데, 알고 보면 그렇지 않은 부분도 있다”며 “학생들을 의식화(意識化)하려는 의도는 절대 아니었다”고 했다.

대전 Y 고교의 한 교사는 작년 2학기 기말고사 직후 학생들에게 <두 얼굴의 이승만>을 보여줬다. 해당 교사는 “중립적인 내용은 아니지만 한 번 봤으면 좋겠다”면서 동영상 틀었다. 어느 부분이 중립적이지 않은가에 대한 설명은 전혀 없었다고 한다. 제보 학생에게 “실수로 설명 안 한 것 아니냐”고 묻자 학생은 “선생님은 과거에도 새누리당은 과거 친일세력이 만든 한민당의 후계자라고 했다”며 “‘개누리당’이라는 표현도 썼다”고 했다. 해당 교사에게 사실 여부를 묻자 해당 교사는 “농담조로 ‘개누리당’, ‘민주바보당’ 등의 인터넷 용어를 사용했다”며 “발언의 요지는 현재 국민의 의견이 잘 반영되지 않는 국회구조를 강조하기 위한 것이었고, 여당과 야당 각자의 역할에 충실해야 한다는 것이었다”고 답했다.

“남한이 먼저 쳐 들어 간 게 6.25, 선동·편향 교사에 고통받는 아이들”²⁸⁾

고교생 응답자의 69%가 6.25를 북침이라고 응답한 충격적인 결과가 나왔다”며 교육현장에서 진실을 왜곡하거나 역사를 왜곡하는 일은 절대로 있어서는 안 된다”고 강조했다.

올바른 국가관과 안보관을 배워야 할 학생들이 일부 편향교육을 저지르는 교사들 때문에 잘못된 가치관을 받아들임으로써 사회적 문제가 되고 있다.

안보시민단체 블루유니온(대표 권유미)에서 운영하는 선동 편향수업 신고센터는 최근 학교 내에서 발생하는 교사들의 선동·정치편향 수업을 신고한 학생들의 사례를 모아 ‘선동·편향수업 신고센터 접수자료’를 발간했다.

학생들의 신고 사례를 살펴보면 경악 그 자체다. “천안함 사건은 이명박 때문에 일어났다”, “주체사상이 북한의 문화재를 지켰다”, “남한이 북한을 먼저 쳐들어 가서 6.25가 일어났다” 등 사실을 부정하고 왜곡된 교육을 자행하는 교사들이 학생들의 가치관을 파괴하고 있다.

“安保사범 교사 31명은 전부 전교조 소속!”²⁹⁾

조선일보에 따르면, 경찰이 2009년부터 인터넷상에서 북한을 찬양하거나 선전한 혐의로 적발한 사례를 분석한 결과 폐쇄조치한 親北사이트 281개 가운데 초등학생과 중학생이 운영한 사이트가 37개로 전체의 13.2%였다고 한다. 이들 초·중학생은 노동신문 등 북한 매체에 나온 김정일 찬양 글과 사진을 퍼와 자신의 미니홈피나 블로그에 게재했다는 것이다. 일각에선 전국교직원노동조합 등 좌파 성향 단체에 소속된 교사들이 교단에서 북한에 관한 잘못된 정보를 유포시켜 학생들이 북한에 대한 환상을 갖게 됐다는 지적도 나오는데, 경찰이 최근 3년간 검거한 安保사범 360명 중 교사가 31명으로 단일 직종으로는 직업 운동가(138명) 다음으로 많았고, 이들은 모두 전교조 소속이었다고 조선일보는 전했다.

28) 아고라 뉴스 자유토론방, <http://bbs1.agora.media.daum.net/> 참조

29) 조갑제닷컴, <http://www.chogabje.com/index.asp> 참조

“고등학교 교사의 정치발언”³⁰⁾

사회 선생님이 정치발언을 하시네요. 노무현 대통령이 제일 존경스럽다는 등 광주병 사건이 진짜라고 하고 이번 북한 무인기사건이 북한이라는 증거가 없다고 하고 남북 관계가 좋아지는 마당에 우리 정부가 북한을 의심함으로써 사이가 나빠진다고 하시더군요. 그리고 무인기사건이 지방선거용 정부와 여당의 여론몰이 조작용이라고 하더군요. 그래서 제가(학생) 북한이 미사일 쏘잖아요? 하니깐 무시하시더니 수업시간에 저한테 화를 내더군요. 이런 교사 신고 안 됩니까??

“정치에 물든 교단’...교사 정치 편향 발언에 학생 신고”³¹⁾

"통진당 해산 청구는 지난 대선 때 통진당(이정희 대표)이 박근혜 대통령을 저격했기 때문이다." 한 교사가 수업 중에 한 말입니다. 이렇게 정치적으로 편향된 교사들의 발언을 듣다못한 제자들이 잇따라 신고를 하고 있습니다.//경남 진해에 근무하는 한 교사의 SNS입니다. 정치적 성향이 담긴 게시물과 글들로 가득 찼습니다. 박근혜 정부를 원색적으로 비난하는 동영상과 부정선거 규탄거리 집회 포스터를 그대로 올려놓기도 했습니다. 일부 교사들의 선동적 언행이 인터넷 공간을 벗어나 수업시간까지 확산돼 신고가 잇따르고 있습니다.//경기 지역의 한 교사는 수업시간에 "통진당 해산 청구가 대선 후보 토론에서 통진당이 박근혜를 저격했기 때문"이라고 말했습니다. 박 대통령이 보복하고 있다는 주장인데요. 이 발언을 들은 학생이 신고를 했습니다.//서울의 한 고등학생은 교사가 수업 시간에 이명박 전 대통령과 박 대통령을 비판하는 발언을 계속한다고 신고하기도 했습니다.

[인터뷰: 신고 학생] "이명박은 장담하는데 친일파라고. 박근혜 대통령은 독재자 딸이 대통령을 하고 있으니 나라꼴이 안타깝다고 얘기를 했어요."

VII. 결론

교사는 교단(敎壇)에서 정치적 중립을 지켜야 한다. 교육기본법 제6조 1항은 ‘교육은 교육 본래의 목적에 따라 그 기능을 다하도록 운영되어야 하며, 정치적·파당적 또는 개인적 편견을 전파하기 위한 방편으로 이용되어서는 아니 된다’고 명시하고 있다. 또한 14조 4항에도 ‘교원은 특정한 정당이나 정파를 지지하거나 반대하기 위하여 학생을 지도하거나 선동하여서는 아니 된다’고 규정하고 있다.

교사의 교육권은 공교육을 책임지고 있는 국가의 헌법적 권리로서의 자녀교육을 부담하는 학부모의 권리에서 파생된 것이다. 교육권은 교육의 인간적 주체성 구현, 진리교육의 자유성, 교육의 전문적 자율성의 실현 등을 강조하는 교육조리에 의해서도 보장되는 한편, 교육의 정치적 중립성, 교육활동 과정에서의 학생이익과 요구충족 등을 종합적으로 판단하고 수용해 나가야 한다. 그런 의미에서 교원의 교육권과 교육의 자유는 헌법을 비

30) 네이버 모바일 지식 in

31) 채널 A 뉴스 <http://news.ichannela.com/> 참조

릇한 다양한 교육법제의 의하여 비로소 파생되고 보장되는 상대적 권리이다. 그러므로 교육권의 보장 역시 우리 헌법상 기본권의 제한 사유인 공공복리, 국가안전보장, 질서유지 등을 이유로 보장한계를 내재하고 있다.

올바른 국가관과 안보관을 배워야 할 학생들이 정치적 교사들의 편향 교육을 저지르는 교사들 때문에 잘못된 가치관을 받아들임으로써 진실을 왜곡하거나 역사를 왜곡하는 일은 절대로 있어서는 안 된다.

앞에서 보듯이 대부분의 세계주요 국가에서는 공무원의 정당가입이나 정치활동을 허용하고 있다. 하지만 이들 나라의 정치제도와 민주주의 성숙단계의 정도, 정치적 환경 및 국내정세는 우리나라와 확연하게 다르므로 교사의 정당가입이나 정치활동의 제한은 정당한 조치라고 판단된다.

< 참고문헌 >

- 한상우(2013) 기본권 제한의 입법적 한계-정당가입 자유의 제한을 중심으로, 연구보고서
- 홍명선(2011) 교원의 정치활동에 대한 찬·반 논의 구조 분석, 석사학위 논문
- 김지선(2012) 청소년 문제와 자아실현, 석사학위 논문
- 한건우(2011) 공무원의 정치적 중립과 정치활동의 제한, 학술논문
- 법률신문 2013.02.13. '중요판례분석' 성균관대 로스쿨 이광윤 교수
- 조선일보 “'평균 22년' 국제선, 절반 이상이 세월호보다 낫아” 손진석 기자
- 조선 컴, 오피니언 “'세월호 가족의 슬픔' 정치 선동에 써먹으려는 사람들”
- 중앙일보 2014.04.29. "사과할 때마다 '사죄와 죄송'(4월 29일), '무한한 책임'(4일), '안전한 나라 만드는 데 총력'(6일) 등 어휘 강도가 점점 높아졌다.“양선희 논설위원
- 조선일보 2014. 5. 1. “책임의식 무장한 시민층이 해답이다.” 김기철
- 헌재 2001. 8. 30. 선고 2000헌마121등, 판례집 13-2, 263, 271
- 헌재 1995. 5. 25. 선고 91헌마67결정, 판례집 7-1, 722, 759
- 헌재 1992. 11. 12. 선고 89헌마88결정, 판례집 4, 739, 762
- 헌재 1993. 7. 29. 선고 91헌마69결정, 판례집 5-2, 145, 152
- 헌재 1994. 2. 24. 선고 92헌바43, 판례집 6-1, 72, 75
- 헌재 1993. 7. 29. 선고 91헌마69, 판례집 5-2, 145, 154
- 헌재 1998. 7. 16. 선고 96헌바33, 판례집 10-2, 116, 149-150
- 인터넷 아고라 뉴스 ‘자유토론방’ <http://bbs1.agora.media.daum.net/>
- 인터넷 한국디지털 뉴스 <http://www.koreadigitalnews.com/>
- 선동·편향수업신고센터 <http://abschool.org/>
- 조갑제 닷컴, <http://www.chogabje.com/>
- 채널 A 뉴스 <http://news.ichannela.com/>

교사의 정당가입 제한은 정당한가?

팀 명 : 큰나래 24기

서울지역대학 법학과

이용룡 201221-121128

정봉수 201421-314773

정태성 201421-313673

임상와 201421-313800

- 목 차 -

I. 서 론

1. 사실관계(경위)
2. 변론의 취지

II. 교사의 정당가입 제한에 대한 합헌과 위헌주장 비교

1. 문제제기
2. 과잉금지원칙 위배 여부
3. 평등원칙 위배 여부
4. 소결

III. 정당가입과 관련된 비교법적 검토

1. 문제제기
2. 미국
3. 일본
4. 소결

IV. 교사의 정당가입 제한의 정당성

1. 문제의 소재
2. 헌법상의 정치적 기본권
3. 교사의 정치활동 제한의 헌법적 정당성
4. 교사의 정치적 기본권 제한의 현실적 사유
5. 소결

V. 결론

< 참고문헌 >

I. 서 론

1. 사실관계(경위)

현행 정당법과 국가공무원법은 초·중등학교 교사의 정치활동을 금지하고 있기 때문에 정당에 가입하거나 후원금을 내는 것은 형사 처벌되며, 파면·해임 등 중징계가 내려진다. 이와 관련하여 헌법재판소는 2014년 3월 27일 교사와 공무원의 정당가입을 금지한 현행 정당법과 국가공무원법이 합헌이라고 결정했다. 헌법소원을 제기한 청구인들은 전국교원노동조합(전교조) 소속의 임원으로 교사 신분이면서 당시 민주노동당에 가입하고, 당비를 납부하였다. 이로 인하여 이들의 신분이 공무원인 관계로 정당법과 정치자금법 위반으로 기소되었다. 이는 교사나 공무원은 정당 가입을 제한하고, 당원이 아닌 사람은 정당에 당비 등 정치자금을 기부할 수 없도록 규정한 국가공무원법, 정당법 및 정치자금법에 따른 것이었다.

헌법재판소는 교사의 정치행위 규제에 대해서는 대법관의 전원이 합헌결정을 하였으나 "정당가입의 경우에는 재판관의 5:4로 겨우 합헌 결정을 유지하였다. 합헌의견은 정당가입 금지 조항에 대해 '정당의 당원이 된다'는 정치적 행위를 금지하고 있을 뿐 정당에 대한 지지의사를 선거와 무관하게 개인적인 자리에서 밝히거나 선거에서 지지 정당에 대해 투표를 하는 등 일정한 범위 내의 정당 관련 활동은 허용되고 있다. 그러나 교사의 신분은 1) 감수성과 모방성, 그리고 수용성이 왕성한 초·중등학교 학생들에게 교원이 미치는 영향은 매우 크고, 교원의 활동은 근무시간 내외를 불문하고 학생들의 인격 및 기본생활 습관 형성 등에 큰 영향을 미치고, 2) 교원의 정치활동은 교육수혜자인 학생으로서는 수업권의 침해로 받아들여질 수 있다"는 점을 들어 정당가입 제한에 대해 합헌을 결정하였다.

이에 대해 전교조는 교원과 공무원의 정치적 중립성 보장은 교원과 공무원이 집권 세력에 이용되는 것을 방지하기 위한 취지이지 교원·공무원의 정치적 기본권을 제한하기 위한 것이 아니라며, 교원·공무원의 정당 가입을 전면 금지하는 것은 권위주의 시대의 산물로서 이번 헌법재판소의 결정은 시대착오적인 결정이라고 비판하고 있다.

2. 변론의 취지

<교사의 정당가입 금지에 대한 헌법재판소 결정 연역>

2004. 3. 25선고, 2001헌마710 결정	2014. 3. 27선고, 2011헌바42 결정
- 과잉입법 금지원칙 위배여부 - 평등원칙 위배여부	- 과잉금지원칙 위배원칙 - 평등원칙 위배여부
전원 합헌 의견(재판관 9명 전원)	합헌(5명)과 위헌(4명)으로 합헌 결정

이번 교사의 정당가입금지에 대한 위헌 여부에 대해 헌법재판소는 정당가입 금지 조항에 대해서는 재판관 5명은 합헌을 4명은 위헌 의견을 주었다. 이 정당가입의 헌법소원의 문제는 이번이 처음이 아니고 2001년도에 동일한 문제에 대해 교사들이 헌법소원을 제

기 하였으나 당시에는 헌법재판소 재판관의 전원의 일치로 합헌을 결정하였다. 그러나 2014년에는 동일한 사안에 대해 재판관의 의견이 5:4로 왜 나뉘어졌는지에 대해 눈 여겨 보아야 할 것이다.

아래에서는 첫째, 교사의 정당가입 제한여부에 대한 헌법재판소의 합헌 결정에 반대의견과 찬성의견을 비교하여 검토해고자 한다. 둘째, 비교법 차원에서 미국, 일본 교사들의 정당가입 보장여부와 정치적 기본권 보장의 역사적 배경을 살펴보고자 한다. 셋째, 헌법상 보장된 교사의 정치적 기본권 보장과 제한 규정에 대해 구체적으로 살펴본 후, 교사의 정치적 기본권 제한의 현실적 필요성에 대해 구체적으로 설명하고자 한다.

II. 교사의 정당가입 제한에 대한 합헌과 위헌주장 비교¹⁾

1. 문제제기

모든 국민은 정치적 기본권을 가지고 정당에 가입할 수 있다. 그런데 왜 공무원과 교사는 정당에 가입할 수 없을까? 교사의 정당가입이 헌법 제37조 제2항인 국민의 기본권 제한 규정에 해당되는가? 이에 대한 답변으로 교사의 정치적 기본권 제한이 과잉금지원칙에 위배하였는지에 대해 판단하여야 할 것이다. 또한 대학교수들은 자유롭게 자신들이 지지하는 정당에 가입하여 정치활동을 할 수 있는데, 왜 초·중등학교 교사들만 제한하는 것일까? 이것이 평등원칙을 위배하였는지에 대해 검토하여야 할 것이다. 교사의 정당가입에 대하여 헌법재판소는 재판관 9명 중 5명은 합헌, 4명은 위헌으로 의견을 표명하였는데, 각 주장의 요지를 살펴보고 평가함으로써 교사의 정당가입제한의 정당성을 평가할 필요가 있다고 본다.

2. 과잉금지원칙 위배 여부

(1) 입법목적의 정당성

1) 위헌 주장 : 위헌을 주장하는 재판관들도 입법 목적에는 동의하고 있다.

2) 합헌 주장 : 이 사건 정당가입 금지조항은 국가공무원이 정당에 가입하는 것을 금지함으로써, 공무원의 정치적 중립성을 확보하여 공무원의 국민 전체에 대한 봉사자로서의 근무기강을 확립하고, 나아가 정치와 행정의 분리를 통하여 공무집행에서의 혼란의 초래를 예방하고 국민의 신뢰를 확보하여 헌법상 직업공무원제도를 수호하려는 목적을 가진다. 공무원은 공직자인 동시에 국민의 한 사람이기도 하므로, 공무원은 공인의 지위와 사인의 지위, 국민 전체에 대한 봉사자의 지위와 기본권을 누리는 기본권주체의 지위라는 이중적 지위를 가진다. 따라서 공무원이라고 하여 기본권이 무시되거나 경시되어서도 아니 되지만, 공무원의 신분과 지위의 특수성에 비추어 공무원에 대해서는 일반 국민보다 더욱 넓고 강한 기본권제한이 가능하게 된다. 그런 측면에서 우리 헌법은 공무원이 국민 전체의 봉사자라는 지위에 있음을 확인하면서 공무원에 대하여 정치적 중립성을 지

1) 헌법재판소 2014. 3. 27선고, 2011헌바42 결정을 기준으로 합헌 의견과 위헌 의견을 비교하여 검토하면서, 변론자의 의견을 가미하여 판단하였음.

킬 것을 요구하고 있다.

이와 같은 공무원에 대한 정치적 중립성의 요청은 교육 분야에서 종사하는 교육공무원에게까지 제도적으로 보장되고 있다. 즉 헌법 제31조 제4항은 “교육의 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.”고 선언함으로써 헌법적 차원에서 이를 강력히 보장하고 있다. 이는 교육이 국가권력이나 정치적 세력으로부터 부당한 간섭을 받지 아니할 뿐만 아니라 그 본연의 기능을 벗어나 정치영역에 개입하지 않아야 한다는 것을 뜻한다. 교육은 그 본질상 이상적이고 비권력적임에 반하여 정치는 현실적이고 권력적이기 때문에 서로 일정한 거리를 유지하는 것이 바람직한 까닭이다. 따라서 이 사건 정당가입 금지조항의 입법목적은 정당하다.

(2) 수단의 적합성 여부

1) 위헌 주장 : 위헌을 주장하는 재판관들은 수단의 적합성에서 강하게 반대하고 있다. 헌법은 대한민국의 주권이 국민에게 있음을 선언하여 국민주권주의를 천명하는 한편, 국민이 국가권력을 행사하는 방법으로 대의민주제를 채택하고 있다. 대표자에 의해 국가의사가 결정되는 대의민주제가 실현되려면 국민의 의사를 대변하여 국가권력을 위임받으려는 정당의 설립이 자유로워야 하고, 누구든지 자유롭게 정당에 참여할 수 있어야 한다. 이에 헌법 제8조 제1항은 “정당의 설립은 자유이며, 복수정당제는 보장된다.”고 규정하고 있다.

입법자는 정당이 헌법으로부터 부여받은 기능을 이행하는 데 필요한 절차적·형식적 요건을 규정함으로써 정당 설립과 가입의 자유를 구체적으로 형성할 수 있으나, 정당의 설립이나 가입에 대한 국가의 간섭이나 침해는 원칙적으로 허용되지 아니한다. 또 특정 집단에 대하여 정당의 설립이나 가입을 금지하는 것은 원칙적으로 정당이 헌법상 부여받은 기능을 이행하기 위하여 필요한 최소한의 조건에 대한 규율에 그쳐야 한다(헌법재판소 1999. 12. 23. 99헌마135).

헌법 제31조 제4항이 규정하고 있는 교육의 정치적 중립성은 교육을 받을 권리를 보장하기 위한 것이지, 교원의 정치활동을 금지하기 위한 것이 아니다. 교육방법이나 교육내용이 종교적 중과성이나 정치적 당파성에 의하여 부당하게 간섭받지 않고 가치중립적인 진리교육이 보장되어야 한다는 점(헌법재판소 1992. 11. 12. 89헌마88)에는 의문의 여지가 없다. 그러나 그렇다고 하여 교원의 종교의 자유를 제한하거나 종교단체 가입을 금지할 수는 없는 것과 마찬가지로, 교원인 공무원의 정당가입을 전면적으로 금지하는 등 사적 생활에서의 정치적 자유를 지나치게 제한하는 것은 불합리하고 부적절한 수단이다. 따라서 이 사건 정당가입 금지조항은 입법목적과 입법수단 사이의 인과관계가 불충분하고 교사의 정당가입의 자유를 제한함에 있어서 갖추어야 할 적합성의 엄격한 요건을 충족시키지 못한 것이다.

2) 합헌 주장 : 개인의 정치활동과 달리 단체를 통한 정치활동은 국민의 정치적 의사형성에 미치는 영향력이 크게 차이난고, 특히 헌법상 특별한 보호를 받고 있는 정당의 경우 국가작용에 영향을 미치는 각종 헌법적 권한을 보유·행사하고 있는 점에 비추어, 이에 대한 공무원의 가입을 금지하는 것은 공무원의 정치적 중립성을 확보하기 위해서도 반드시 필요하고 유효적절한 것이라 할 수 있다. 따라서 이 사건 정당가입 금지조항은

앞서 본 입법목적은 달성하기 위한 효과적이고 적합한 수단이다.

(3) 침해의 최소성

1) **위헌 주장** : 국가공무원법은 공무원에 대해 법령 준수와 성실한 직무수행의 의무를 규정하고(제56조), 직무 내외를 불문하고 품위를 유지할 의무를 부과하고 있다(제63조). 또 정당에 가입하는 것 이외에도 선거에서 특정 정당이나 특정인을 지지 또는 반대하기 위한 행위가 금지되는 등 정당활동이나 선거운동이 금지되고(제65조), 이러한 의무와 금지 규정을 위반할 경우에는 징계처분을 할 수 있으며(제78조), 특히 제65조와 제66조 위반 시에는 형사처벌까지 가능하게 하고 있다(제84조 및 제84조의 2). 결국, 이 사건 정당가입 금지조항과 같은 별도의 규정을 두지 않더라도 이미 국가공무원법에는 공무원의 정치적 중립성을 확보하고 근무기강을 확립하는 방안이 충분히 마련되어 있다. 그럼에도 불구하고 이 사건 정당가입 금지조항이 공무원의 정당 가입을 일반적으로 그리고 사전적으로 금지하고 있다는 점에서도 침해의 최소성 원칙에 위배된다.

2) **합헌 주장** : 이 사건 정당가입 금지조항은 공무원의 정당가입의 자유를 원천적으로 금지하고 있다. 그러나 공무원의 정당가입이 허용된다면, 공무원의 정치적 행위가 직무 내의 것인지 직무 외의 것인지 구분하기 어려운 경우가 많고, 설사 공무원이 근무시간 외에 혹은 직무와 관련 없이 정당과 관련한 정치적 표현행위를 한다 하더라도 공무원의 정치적 중립성에 대한 국민의 기대와 신뢰는 유지되기 어렵다. 나아가 공무원의 행위는 근무시간 내외를 불문하고 국민에게 중대한 영향을 미친다고 할 것이므로, 직무 내의 정당 활동에 대한 규제만으로 공무원의 근무기강을 확립하고 정치적 중립성을 확보하는 데 충분하다고 할 수 없다.

한편, 이 사건 정당가입 금지조항은 공무원이 ‘정당의 당원이 된다’는 정치적 행위를 금지하고 있을 뿐이므로, 정당에 대한 지지의사를 선거와 무관하게 개인적인 자리에서 밝히거나 선거에서 지지 정당에 대해 투표를 하는 등 일정한 범위 내의 정당관련 활동은 공무원에게도 허용되고 있다. 이러한 점에서 볼 때 이 사건 정당가입 금지조항은 침해의 최소성원칙에 반하지 아니한다.

(4) 법익의 균형성

1) **위헌 주장** : 헌법은 정당을 일반적인 결사의 자유로부터 분리하여 제8조에 독자적으로 규율함으로써 오늘날 의회민주주의에서 정당이 가지는 중요한 의미와 헌법질서 내에서 정당의 특별한 지위를 강조하고 있다. 민주적 의사형성과정의 개방성을 보장하기 위하여 정당설립의 자유를 최대한 보호하려는 헌법 제8조 제1항의 정신에 비추어, 정당의 설립 및 가입을 금지하는 법률조항은 이를 정당화하는 사유의 중대성에 있어서 적어도 ‘민주적 기본질서에 대한 위반’에 버금가는 것이어야 하다(헌법재판소 1999. 12. 23. 99헌마135 참조)

2) **합헌 주장** : 이 사건 정당가입 금지조항이 청구인들과 같은 초·중등학교 교원의 정당가입 자유를 금지함으로써 정치적 기본권을 제한하는 측면이 있는 것은 사실이나, 감수성과 모방성, 그리고 수용성이 왕성한 초·중등학교 학생들에게 교원이 미치는 영향은 매우 크고, 교원의 활동은 근무시간 내외를 불문하고 학생들의 인격 및 기본생활습관 형

성 등에 큰 영향을 끼치는 잠재적 교육과정의 일부분인 점을 고려하고, 교원의 정치활동은 교육수혜자인 학생으로서는 수업권의 침해로 받아들여질 수 있다는 점에서 현시점에서는 국민의 교육기본권을 더욱 보장함으로써 얻을 수 있는 공익을 우선시해야 할 것이다(헌법재판소 2004. 3. 25. 2001헌마710 참조).

3. 평등원칙 위배 여부

이 사건 정당가입 금지조항이 대학의 교원인 공무원에 대하여는 정당가입의 자유를 허용하면서도 청구인들과 같은 초·중등학교의 교원에 대하여는 이를 금지하여 양자를 차별 취급하고 있음이 헌법상 평등원칙에 위배되는지 여부 판단이다.

1) 위헌 주장 : 교원이 정치적 자유를 보장받는다고 하여 학생들에게 당파적 편향성을 가지고 교육에 임할 것이라고 추정하는 것은 적절하지 않다. 교원에게 종교의 자유가 보장된다고 하여 학생들에게 종교적 편향된 교육을 실시하는 것은 아니다. 교원이 교실 밖에서 정당에 가입할 수 있다고 하여 교실에서 정치적으로 편향된 교육을 할 것이라고 보는 것은 논리적 비약이다. 그러므로 초·중등학교 교원이 대학교원에 비하여 학생들과 함께 하는 수업시간이 길고 지도의 기회가 많다는 사정만으로 대학교원과 달리 초·중등학교 교원의 정치적 자유를 더 넓게 제한할 수는 없다.

2) 합헌 주장 : 헌법상 평등원칙은 본질적으로 같은 것은 같게, 다른 것은 다르게 취급할 것을 요구하나, 이는 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 입법과 법의 적용에 있어서 합리적인 근거가 없는 차별을 배제하는 상대적 평등을 뜻하므로, 합리적 근거가 있는 차별은 평등원칙에 반하는 것이 아니다(헌법재판소 2001. 6. 28. 99헌마5169 참조). 초·중등학교의 교원, 즉 교사는 법령이 정하는 바에 따라 학생을 교육하는 자이고(교육기본법 제14조 제3항, 초·중등교육법 제20조 제4항), 반면에 대학의 교원, 즉 교수·부교수·조교수와 전임강사는 학생을 교육·지도하고 학문을 연구하되, 학문연구만을 전담할 수 있는 자이다(고등교육법 제15조 제2항). 이처럼 현행교육법령은 양자의 직무를 달리 규정하고 있다. 물론 대학교수도 학생을 교육하기는 하나 그 주된 직무는 연구기능이므로, 이 점에서 매일 매일을 학생과 함께 호흡하며 수업을 하고 학생을 지도해야 하는 초·중등학교 교원보다 상대적으로 많은 학문연구와 사회활동의 자유가 인정된다(헌법재판소 1993. 7. 29. 91헌마69 참조).

4. 소결

헌법재판소는 교사의 정당가입 제한에 대한 결정에서 합헌과 위헌의 의견이 첨예하게 대립되고 있다. 즉 교사가 국민으로서 가지는 정치적 기본권 보장과 교사로서 가져야 하는 정치적 중립성 보호를 위한 정당가입 제한에 대해 정치적 기본권의 과잉금지원칙 위배여부에 대해 합헌의견과 위헌의견으로 나누어진다. 이 정치적 기본권을 제약하는 입법 목적에 대해서는 두 당사자는 동의를 하지만, 수단의 적합성이나 침해의 최소성, 법익의 균형성에는 서로 다른 의견을 제시하고 있다. 이 서로 다른 의견의 차이는 교사의 정당가입 제한이 공무원의 정치적 중립성 확보를 위해 얼마만큼이나 필요한지 여부를 판단

하면서 그 해답을 얻을 수 있다고 판단된다. 위헌을 주장하는 의견은 교사의 정치적 중립을 위한 다른 법적 제한 조항이 충분히 있기 때문에 교사들의 정당가입 제한은 국민의 기본권의 과잉금지원칙을 위배하였다고 보았으나, 합헌을 주장하는 의견은 정당가입을 통해 교사들의 정치노선을 분명히 함으로써 교사의 정치적 중립성 보장이 어렵다고 보았다. 이 문제에 대해서는 법률적 검토뿐만 아니라 현실적인 문제도 같이 검토해야 하므로, 제4장의 “교사의 정당가입 제한의 정당성”에서 구체적으로 살펴보고자 한다.

또 다른 문제는 평등원칙의 위배여부인데, 동일한 사유에 대해서 2004년 헌법 재판소는 대학교의 교원과 초·중등학교의 교원의 업무상 차이를 분명히 하였다. 그 내용은 다음과 같다. “이 사건 정당가입 금지조항이 초·중등학교 교원에 대해서는 정당가입의 자유를 금지하면서 대학의 교원에게 이를 허용한다는 하더라도, 이는 양자 간 직무의 본질이나 내용 그리고 근무 태양이 다른 점을 고려한 합리적인 차별이라고 할 것이므로 평등원칙에 위배된다고 할 수 없다(헌법재판소 2004. 3. 25. 2001헌마710참조).”고 결정하였으며, 이 의견에 동의한다. 따라서 이번 교사의 정당가입제한에 대한 문제는 정치적 기본권의 과잉금지위반 여부에 대해서만 논의하고자 한다.

III. 정당가입과 관련된 비교법적 검토

1. 문제제기

교사의 정당가입이나 정치적 기본권에 대한 각국의 입장을 이해함으로써 관련 문제에 대해 참고 하고자 한다. 다만, 이러한 비교법상 각 나라의 형태는 각국의 정치적, 역사적, 사회적 배경에 따라 달라 질수 있기 때문에 단지 현재의 사실만으로 평가할 수 없으며, 그 나라의 현실을 함께 이해하고 고려하여야 할 것이다. 비교법의 대상으로 우리나라 공무원 및 교사의 중립성에 관한 제도가 일본으로부터 많은 영향을 받았고, 그 일본은 미국의 공무원 제도에 직접적으로 영향을 받았기 때문에 미국과 일본 교사의 정치적 기본권을 살펴보고자 한다.

2. 미국

우리나라 공무원과 교원에 대한 법적체계는 일본법이 가장 큰 영향을 끼쳤는데, 그 일본법은 미국법에 가장 큰 영향을 받았다.²⁾ 미국법은 3단계로 공무원의 정치적 기본권 제한을 구분해 볼 수 있다. 첫째, 1940년에 공무원의 정치적 기본권을 제한하는 법률로서 제안자인 해치위원의 이름 딴 「해치법」이 발효되어 공무원의 정치적 활동을 엄격히 제한하였다. 둘째, 이러한 공무원의 중립을 강조한 「해치법」의 법 적용이 1980년도에 들어와서 판례를 통해 공무원의 정치적 중립에 대해 완화된 판결이 있어왔다. 셋째, 이러한 판결에 영향을 받아 1993년에 「해치법」에 대해 공무원의 정치적 권리의 제한을 완화하는 입법이 이루어졌다. 이를 통해 볼 때, 당시 정치적 상황과 공무원의 정치적 기본권 보장의 변화와 일치한다고 할 수 있다. 즉, 1991년 소련이 붕괴됨에 따라 극심했던 이데올

2) 임재홍, 「공무원의 정치적 중립의무 비판 - 미국 공무원법제와 비교법적 검토」, 『민주법학』 제32호 2006, 243쪽

로기적 갈등의 해소로 인해 사회적 갈등요인이 줄어들에 따라 공무원의 정치적 권리의 제한이 법적으로 완화되었다고 볼 수 있다.

(1) 「해치법」의 제정과 엄격한 법 적용

이 해치법이 제한하는 공무원의 정치적 활동은 다음과 같다.

연방공무원 (주, 지자체 공무원 포함)이 ① 선거의 결과에 영향을 미칠 목적으로 공무원이 권한 또는 영향력을 행사하는 행위, ② 연방행정기관의 공무원이 정치적 운영 또는 정치적 선전에 적극적으로 참가하는 행위를 금지시켰다. 그리고 ③ 금지된 정치활동을 행한 공무원은 바로 면직시키는 조항을 두고 있으며, 또한 형사별로 처벌한다는 규정을 두고 있다.³⁾

이러한 해치법에도 불구하고 개인의 정당가입이나 업무시간 외 정치활동은 보장되었다.

(2) 「해치법」을 확대해석하는 판례들

1980년대 이후 공무원의 정치적 권리를 보장하는 의미 있는 몇 개의 판결이 내려졌다. 먼저 미국 체신공무원 노동조합사건(미국체신공무원 노동조합과 Vs. 미국 체신청, 1985)을 들 수 있다. 이 사건은 체신공무원 노동조합이 근무시간외에 선거운동을 한 것을 이유로 제제한 것에 대한 징계에 대해 무혐의로 판결한 사건이다.⁴⁾

또 다른 사건은 공무원 노동조합 위원장인 빌러가 조합기관지에 민주당의 대통령 후보에 지지를 표명하고 조합원에게 호소하는 기사에 대해 60일의 정직 징계를 하였다. 이에 대해 법원은 해치법상 정치적 행위금지조항과 헌법상의 표현의 자유가 충돌하는 경우 해치법을 엄격하게 해석해야 한다고 보아 해치법 위반이 아니라고 판결하였다(빌러 Vs. 연방실적심사위원회, 1988)⁵⁾.

(3) 1993년 해치법 개정법

해치법을 대폭 개정하여 공무원의 정치적 권리 제한을 완화하려는 시도는 1976년과 1990년에 의회의 가결에 까지 이르렀었다. 그러나 공화당 출신의 포드대통령과 부시대통령에 의한 거부권 행사로 거부되었다. 그러다가 1993년 민주당 클린턴 대통령이 해치법의 개정지지를 표명하면서 법률이 개정되었다. 해치법의 개정법의 최대 특징은 공무원의 정치활동을 일반시민과 마찬가지로 인정한 점이다. 즉 일부 공무원을 제외한 대부분의 공무원은 근무 중이라는 외관을 띠는 경우를 제외하고는 원칙적으로 정치활동에 제약을 받지 않게 되었다는 점이다.⁶⁾ 그럼에도 불구하고 공무원에게 정치운동 또는 정치헌금을 강제하는 행위는 금지되고, 공무원이 업무 관련 사업체에 정치적 권유, 압박하는 것 등도 금지되며 동시에 처벌을 하도록 되어 있다.⁷⁾

3. 일본

일본에서의 국가공무원 제정에 영향을 미친 것은 1945년부터의 미군정시기이다. 공무

3) 임재홍, 위의 글, 243 ~ 245쪽

4) 임재홍, 위의 글, 260쪽

5) 임재홍, 위의 글, 261~262쪽

6) 임재홍, 위의 글, 263~264쪽

7) 강경선, 「제12강 비교법사례-공무원과 교사의 정치적 기본권 회복」, 『비교법』 한국방송통신대학교출판문화원, 428쪽

원의 중립성을 강조한 것이 당시 일본의 상황과 냉전이라는 시대 상황으로 인해 미국의 공무원 중립성 확보를 위한 해치법이 도입되었고, 일본에서 미국의 해치법보다 공무원의 중립성에 대한 더 엄격한 규정을 두게 되었다. 1948년 7월부터 시행된 국가공무원법에 따르면, 공무원의 재의권, 단체교섭 등의 노동기본권 및 정치활동의 자유가 전면적으로 금지되었다. 특히, 국가공무원법 제120조(정치적 행위의 제한)는 정치적 기부금의 징수행위, 공직입후보, 정당 기타 정치적 단체의 임원 등이 되는 것을 금지하고 있다.⁸⁾

일본 「교육기본법」 제14조에서 ‘정치교육’의 규정을 두고, “양식 있는 공민이 되기에 필요한 정치적 교양은 교육상 이를 존중해야 한다.”고 하고, 제2항에서 “법률에서 규정하는 학교는 특정 정당을 지지하거나 이에 반대하는 정치, 교육, 기타 정치활동을 행서는 안 된다.”고 하여 교육의 정치적 중립을 확인하고 있다. 정치활동에 관해서는 두 개의 법을 가지고 직접적으로 제한하고 있다. 첫째, 「교육공무원특별법」으로 정치활동의 금지에 대해서는 「국가공무원규정」 제120조(정치적 행위의 제한)에 따르고 있다. 둘째로 「의무교육 제 학교에 있어서의 교육의 정치적 중립의 확보에 관한 임시조치법」으로 이 법의 목적은 “교육법의 정신에 근거하여 의무교육 제 학교에 있어 교육의 당파적 세력의 부당한 영향 및 지배로부터 지키고, 나아가 의무교육의 정치적 중립을 확보하면서 이것에 따르는 교육직원의 자주성을 옹호하는 것”이라고 명시하고 있다.⁹⁾

일본의 교사는 정당가입 등 정치활동을 엄격하게 규제하고 있다. ‘일본교직원조합’과 ‘전일본교직원조합’ 등 교원단체가 존재하지만, 이러한 단체의 정치활동은 금지된다. 다만, 교과서를 통한 역사왜곡에 대한 정부 비판 등 ‘간접적 정치활동’만 허용된다.¹⁰⁾ 또한, 정치활동에 있어 공무원법에 대한 최근 판결은 공무원의 정치적 행위에 대하여 인정할 수 있는 여지를 점점 넓게 보는 경향에 들어섰다.¹¹⁾

4. 소결

교사의 정당가입과 정치적 기본권에 대해 미국과 일본에 대해 살펴보았다. 미국은 공무원과 교사의 정당가입의 자유를 보장해주고 있다. 그러나 일본의 경우에는 우리나라와 마찬가지로 교사의 정당가입을 인정하지 않고 있다. 미국 공무원들의 정치적 중립을 강제하는 해치법이 1940년대 제정되어 50여년동안 지속되어 왔지만 냉전체제가 무너지자 공무원의 정치적 기본권을 확대하는 방향으로 개편되었다. 일본의 경우에는 세계2차 대전 후, 미군정시대에 미국의 해치법을 계수하였으나, 더 엄격한 기준을 가지고 적용되었다. 일본은 사회적 혼란을 극복하기 위해 해치법 보다 더 엄격하게 법 적용을 하였으나, 최근에는 다소 완화된 판결을 통해 공무원의 정치적 기본권을 폭넓게 인정해주는 경향이 있다. 이러한 교사들의 정당가입 문제도 미국의 해치법의 변화와 같이 그 사회의 혼란 요소 등을 반영하여 적절한 시기에 인정해야 할 것이라 판단된다.

8) 임재홍, 위의 글, 250쪽

9) 강경선, 위의 책, 430쪽

10) 조국, 「초중고등학교 교원의 정치활동의 범죄화 비판」, 『형사정책』 제27권(2012.8), 144쪽

11) 강경선, 위의 책, 430쪽

IV. 교사의 정당가입 제한의 정당성

1. 문제의 소재

교사도 국민으로서 참정권을 가지고 정치적 기본권을 행사할 수 있다. 국민의 정치활동자유는 노동자로서의 근로3권 행사, 정치적 표현의 자유, 정당가입 및 활동의 자유, 정치자금 후원의 자유, 선거운동의 자유 등이다.¹²⁾ 그러나 교사들의 지위와 정치적 중립성을 헌법 명문으로 명시하고 있다. “공무원은 국민전체에 대한 봉사자이며 국민에 대하여 책임을 진다. 공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장 된다” (헌법 제7조). 교육에 있어서도 헌법 제31조 제4항으로 교육의 정치적 중립성을 법으로 명시하여야 한다고 규정하고 있다. 따라서 교사는 국민으로서의 정치적 자유와 공무원으로서 정치적 중립성을 모두 포함하고 있다.¹³⁾ 이러한 교사의 정치적 자유는 무엇인지와 정치적 중립성은 무엇인지 검토해 보고, 사회적 현실과 적용사례에 대해 구체적으로 살펴보고자 한다.

2. 헌법상의 정치적 기본권

교사도 국민이므로 참정권, 정치적 표현의 자유를 가진다. 아래의 내용은 헌법재판소가 판시한 헌법상 정치적 기본권에 관한 설명이다(2004. 3. 25. 2001헌마710 결정). “종래 정치적 기본권으로는 헌법 제24조(선거권)와 제25조(공무담임권) 및 그 밖에 제72조·제130조(국민투표권)가 규정하는 이른바 ‘참정권’만을 의미하는 것으로 보았다. 그러나 오늘날 정치적 기본권은 국민이 정치적 의사를 자유롭게 표현하고, 국가의 정치적 의사형성에 참여하는 정치적 활동을 총칭하는 것으로 넓게 인식하고 있다. 정치적 기본권은 기본권의 주체인 개별 국민의 입장에서 보면 주관적 공권으로서의 성질을 가지지만, 민주정치를 표방한 민주국가에 있어서는 국민의 정치적 의사를 국정에 반영하기 위한 객관적 질서로서의 의미를 아울러 가진다. 따라서 정치적 자유권이라 함은 국가권력의 간섭이나 통제를 받지 아니하고 자유롭게 정치적 의사를 형성·발표할 수 있는 자유라고 할 수 있다. 이러한 정치적 자유권에는 정치적 의사를 자유롭게 표현하고, 자발적으로 정당에 가입하고 활동하며, 자유롭게 선거운동을 할 수 있는 것을 주된 내용으로 한다”(헌법재판소 2004. 3. 25. 2001헌마710 결정).

(1) 정치적 표현의 자유

헌법 제21조는 “모든 국민은 언론, 출판의 자유와 집회, 결사의 자유를 가진다.”라고 명시하고 있다. “오늘날 정치적 표현의 자유는 실로 정치적 언론·출판·집회·결사 등 모든 영역에서의 자유를 말하므로, 이 권리는 자유민주적 기본질서의 구성요소로서 다른 기본권에 비하여 우월한 효력을 가진다고 볼 수 있다. 그러나 정치적 표현의 자유도 절대적인 것은 아니기 때문에 헌법 제37조 제2항에 따라 제한될 수 있다. 또한 선거운동 기간

12) 노기호, 「초중등교사의 정당가입 및 선거운동 금지 등의 위헌여부」 『고시계』 (2007.7), 73-7쪽

13) 오동석, 「교사의 정치적 기본권」, 『민주법학』 44권, 2010, 민주주의법학연구회, 211-216쪽

중의 정치적 표현의 자유는 그 자체가 선거운동의 의미를 가지기 때문에 선거의 공정성을 확보하기 위하여 상당한 제약을 가하는 것은 불가피하다”(헌법재판소 2001. 8. 30. 2000헌마121등).

(2) 정당가입의 자유

정당은 국민과 국가의 중개자로서 정치적 도관(導管)의 기능을 수행하여 주체적·능동적으로 국민의 다원적 정치의사를 유도·통합함으로써 국가정책의 결정에 직접 영향을 미칠 수 있는 규모의 정치적 의사를 형성하고 있다(헌법재판소 2003. 10. 30. 2002헌라1, 공보 86, 968, 974). 이와 같이, 정당은 오늘날 대중민주주의에 있어서 국민의 정치의사 형성의 담당자이며 매개자이자 민주주의에 있어서 필수불가결한 요소이기 때문에, 정당의 자유로운 설립과 활동은 민주주의 실현의 전제조건이라고 할 수 있다(헌법재판소 2004. 3. 25. 2001헌마710 결정).

(3) 선거운동의 자유

헌법재판소는 선거운동의 자유와 관련하여, “자유선거의 원칙은 비록 우리 헌법에 명문으로 규정되지는 아니하였지만 민주국가의 선거제도에 내재하는 법원리로서, 국민주권의 원리, 의회민주주의의 원리 및 참정권에 관한 규정에서 그 근거를 찾을 수 있다. 이러한 자유선거의 원칙은 선거의 전 과정에 요구되는 선거권자의 의사형성의 자유와 의사실현의 자유를 말하고, 구체적으로는 투표의 자유, 입후보의 자유 나아가 선거운동의 자유를 뜻한다. 선거운동의 자유는 널리 선거과정에서 자유로이 의사를 표현할 자유의 일환이므로 표현의 자유의 한 태양이기도 하다.”(헌법재판소 2001. 8. 30. 99헌바92)

3. 교사의 정치활동 제한의 헌법적 정당성

(1) 국민전체에 대한 봉사자

헌법 제7조 제1항은 “공무원은 국민전체에 대한 봉사자이며, 국민에 대하여 책임을 진다.”고 규정하고 있다. 공무원은 국민전체의 이익을 위해 봉사해야 하며 일부의 국민이나 특정 정파 혹은 정당의 이익을 위해 봉사해서는 안된다. 교사도 공무원과 동일한 신분을 가지고 있다.

(2) 정치적 중립성

헌법 제31조 제4항은 “교사의 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.”고 명시하고 있다. 교사와 관련된 정치적 중립성에 관하여, 헌법재판소는 교육의 정치적 중립성이 보장되어야 하는 이유에 관하여, “교육의 자주성·전문성·정치적 중립성을 헌법이 보장하고 있는 이유는 교육이 국가의 백년대계의 기초인 만큼 국가의 안정적인 성장·발전을 도모하기 위해서는 교육이 외부세력의 부당한 간섭에 영향 받지 않도록 교육자 내지 교육전문가에 의하여 주도되고 관할되어야 할 필요가 있다는 데서 비롯된 것이라고 할 것이다. 그러기 위해서는 교육에 관한 제반정책의 수립 및 시행이 교육자에 의하여 전담되거나 적어도 그의 적극적인 참여하에 이루어져야 함은 물론 교육방법이나 교육내용이

종교적 종파성과 당파적 편향성에 의하여 부당하게 침해 또는 간섭당하지 않고 가치중립적인 진리교육이 보장되어야 할 것이다.”라고 명시하고 있다(헌법재판소 1992. 11. 12. 89헌마88 결정).

(3) 교원의 지위

교사에 관하여, 헌법 제31조 제6항에서 “교원의 지위에 관한 기본적인 사항은 법률로서 정한다.”고 규정하고 있다. 교사의 기본권 제한과 관련하여 아래와 같이 여러 가지의 의견이 존재하고 있다(헌법재판소 2004. 3. 25. 2001헌마710 결정).

첫째, ‘특별권력관계’의 공무원으로서 교사론 이다. 입법 및 판례 그리고 현실에서 이른바 ‘특별권력관계’는 존재한다. 그 본질은 기본권의 효력과 법치주의가 인정되지 않음으로써 법률의 개별적·구체적 근거 없이 행정주체가 그 대상자를 포괄적으로 지배하는 관계이다.¹⁴⁾

둘째, ‘국민 전체에 대한 봉사자’로서 교사론 이다. 국·공립학교 교사는 공무원으로서 국민 전체에 대한 봉사자이며(헌법 제6조), 사립학교 교사 또한 공교육의 담당자로서 공무원에 준하는 공공의 봉사자이다(헌법재판소 1991.7.22.선고, 89헌가106 결정).

셋째, ‘미성숙’한 학생을 교육하는 교사론 이다. 교사의 공민권을 제약하는 현실논리 중 하나는 교사의 교육대상이 미성숙한 미성년자라는 것이다. 그 때문에 교사는 대학 교원인 교수와 정치적 활동의 자유의 범위에서 차별되기도 한다. 헌법재판소는 “교원의 활동은 근무시간 내외를 불문하고 학생들의 인격 및 기본생활습관 형성 등에 중요한 영향을 끼치는 잠재적 교육과정의 일부분인 점 . . . 등을 종합적으로 감안”하여 초·중등학교 교육공무원의 정당가입 및 선거운동의 자유를 제한하는 것이 헌법적으로 정당하다고 판시했다.

4. 교사의 정치적 기본권 제한의 현실적 사유

교사의 정당가입 제한의 합헌성을 주장하였던 헌법재판소의 재판관 안창호의 보충의견을 참조함으로써 정당가입 금지조항이 현실적으로 필요하다는 것을 알 수 있다. 우리나라의 교원의 “정당가입 등이 직무수행에 있어서 정치적 중립성에 어떠한 영향을 미칠지는 우리나라의 선거문화의 역사성, 정치 및 공직 문화의 특수성, 정치적 환경, 공무원의 신분보장, 국민의 신뢰와 법 감정 이 종합적으로 고려되어야 한다.”고 하면서 구체적인 설명을 하고 있다.¹⁵⁾

(1) 우리나라의 정치 및 공직 문화의 특수성

“우리나라의 공직사회에는 선진 서구사회와 달리 독특한 지역주의와 정실주의¹⁶⁾가 존존하고 있고, 자유로운 토론과 상향식 의사결정 구조가 아닌 최고 결정권자를 정점으로

14) 오동석, 앞의 책 202쪽.

15) 헌법재판소 2014. 3. 27선고, 2011헌바42 결정에서 재판관 안창호의 보충의견

16) 행정학용어 사전 : 정실주의 - 실적(實績)을 고려하지 않고 정치성·혈연·지연(地緣)·개인적 친분 등에 의하여 공직의 임용을 행하는 인사관행 내지 제도이다.

한 하향식 의사전달 구조가 자리잡고 있다. 이러한 우리의 특수성을 고려하지 않고 공무원에게 정당가입을 일반적으로 허용하게 될 경우, 공무원들이 개인의 정치적 신념과 무관하게 충성경쟁 차원에서 특정 정당에 가입하거나 선출직 인사권자가 자신의 정치적 색채에 따라 입맛에 맞는 사람만 주요 공직에 임명하고 이를 선거에 악용하는 관권선거의 유혹에 빠져들 수 있다.” 따라서 정당가입이 허용되는 경우에는 “정당에 가입한 공무원(교원)이 정당으로부터 일방적 정보와 의견을 제공받음으로써 특정 정당의 시각에 고착되어 업무수행의 편향성이 강화되고, 공무원(교사)의 지위를 이용하여 당파적 이익을 위해 정보를 수집하거나 활용할 수 있으며, 자신이 가입한 정당에 유리하도록 불공정하고 편파적인 법규 제정이나 법집행을 할 염려도 있을 뿐만 아니라, 편향적 공무집행을 통해 간접적으로 특정 정당이나 후보자에 대한 지지·반대를 표현하게 됨으로써 정치적 중립성을 훼손할 수 있다.”

(2) 우리나라의 선거문화

“우리나라 선거문화는 과거 관권선거의 폐해로 인해 얼룩진 경험에 있고 최근까지도 관권선거 논란으로 사회적 갈등이 계속되고 있다. 이러한 정치적 환경 속에서 공무원이 특정 정당에 가입할 경우, 비록 공무원이 공정하게 공무를 집행한다거나 근무시간 외에 혹은 직무와 관련 없이 정당과 관련한 정치적 표현행위를 한다 하더라도, 공무원의 정당가입 사실로 인하여 정치적 중립성에 대한 국민의 기대와 신뢰가 훼손될 수 있다.”

(3) 우리나라의 지역주의

“우리나라에는 지역적 정치적 갈등이 상존한다. “수도권 내지 중부권, 영남권, 호남권으로 대별되는 우리나라의 지역구도는 이러한 폐해를 더욱 심화시킬 우려가 있다. 길지 않은 민주주의와 지방자치의 역사 속에서 지역주의에 편승하여 관권선거, 선출직인 고위직 인사권자의 눈치 보기 행정, 줄 세우기 및 편 가르기 인사 등의 폐해가 잔존하고 있는 것이 엄연한 우리정치의 현실이고 이를 바라보는 국민들의 시선도 차갑다. 이런 상황에서 공무원(교사)의 정당가입을 일반적으로 허용하게 된다면 특정 지역의 공직사회가 특정 정당에 의해 지배되는 현상이 당연히 되고 고착됨으로써 공무의 공정성과 객관성이 훼손됨은 물론, 공무원으로서의 지위와 신분보장이 약화되고 공직사회의 분열과 갈등이 초래될 수 있으며 지역갈등의 골도 더욱 깊어질 염려가 있다.”

5. 소결

교사인 국민은 참정권, 정치적 표현의 자유 등 정치적 기본권을 가진다. 이에 따라 교사들이 자유로이 정당에 가입하여 정치적 표현을 할 수 있어야 하지만, 어린 학생들에게 사상적으로 편협한 생각에 치우치지 않도록 정치적 중립의무를 다하여야 한다. 따라서 이의 조화로운 적용이 필요하다고 할 수 있다. 그러나 교사들이 전교조를 중심으로 시국선언을 하고 특정정당에 가입하고 당비를 납부함으로써 특정 정당을 옹호하는 사례가 있었다.

특히 전교조의 시국선언 중에는 2003년 3월 30일 미군장갑차 의해 사망한 여중생 추

모 집회를 통한 정치집회로 인해 한국사회에 큰 혼란을 일으켰다. 또한 2008년 5월 3일 미국소고기 수입 반대 시위에서 ‘광우병 촛불시위’에 학생들을 동원함으로써 사회에 엄청난 혼란을 야기 시켰다.¹⁷⁾ 교사들의 정치적 발언이 우리 사회에 얼마나 큰 파장을 일으킬 수 있는지를 갈음할 수 있었던 사건이었다. 아직 까지 우리나라는 남북한이 분단된 이데올로기의 갈등이 있고, 선거에 특정 정당이 90% 이상을 득표하는 지역주의가 만연하고 있으며, 아직 완전히 정착되지 않는 선거문화와 지방자치주의 등 갈등이 잠재해 있다. 이러한 현실적 상황에서 교사들이 집단적으로 특정 정당에 소속된다든지 또는 특정 정당을 지지하게 될 경우 사회적 혼란이 충분히 예상된다고 할 수 있다. 따라서 교사의 정당가입은 현 사회적 현실을 고려할 때 시기상조라 할 수 있다 하겠다.

V. 결론

헌법재판소의 교사의 정당가입제한에 대해 비판의 의견이 많이 있다. 이러한 비판을 겸허히 수용하여 앞으로 나아가야 할 방향을 정립해야 할 것이다. 정영태 교수는 “헌법재판소의 논거는 경험적으로나 논리적으로 적지 않은 문제점을 가지고 있다. 특히 지금의 현실에서 경험적으로 파악해야 할 사실을 순수 법 논리나 과거의 경향이나 정치적 논리에 근거하거나 지금 당장 직접적으로 나타나지도 않은 부작용을 우려하여 교원의 정치적 기본권인 정치적 자유권과 그에 근거한 정치활동의 자유를 제한하고 있다. 교원의 정치적 자유가 단지 교원의 권리나 지위향상만이 아니라 교육의 질적 향상을 위해서도 필요하고, 교육행정과 교과과정의 정치화를 주도해온 정치적 공직자와 고위관료를 견제하고 민주주의의 심화하는데 기여할 수 있다는 점에서 헌법재판소의 입장은 재고되어야 할 것이다.”¹⁸⁾ 주장하고 있다.

그러나 우리나라의 민주적 시민의식과 정치적 갈등, 지역적 갈등 등이 상존해 있어 아직 까지 교사들의 정당가입은 사회에서 용납되기 어렵다고 할 수 있다. 이번 교사의 정당가입제한과 관련, 헌법재판소의 재판관 안창호는 “공무원의 정치적 중립성을 보장을 규정한 헌법 제7조 제2항은 정당설립의 자유를 규정한 헌법 제8조 제1항과 규범 조화적 해석을 하여야 하므로, 공무원의 정치적 중립성 보장이 필요하다고 하여 공무원의 정당관련 정치적 행위가 전면적으로 금지될 수 있는 것이 아니라, 공무원이 국민전체에 대한 봉사자로서 객관적이고 공정한 직무수행을 위하여 ‘직무수행에 있어서의’ 정치적 중립성이 확보되는 한도에서는 공무원의 정당관련 정치적 행위는 허용되어야 한다. 반면에 공무원의 정치적 중립성 보장이라는 헌법적 요청에 비추어 공무원의 정당가입 등이 ‘직무수행에 있어서의’ 정치적 중립성에 심각한 영향을 미칠 것이라고 판단되는 경우에는 이를 금지하는 것이 정당화 될 수 있다.”¹⁹⁾라고 하여 현실적 필요에 의해 교사의 정당가입 제한이 타당하다고 보았다.

헌법 제7조 제1항에서 '공무원은 국민 전체에 대한 봉사자이며, 국민에 대하여 책임을 진다'고 규정하고 있다. 국가공무원인 초, 중등교사들은 국가 교육이념 구현을 위한 교육

17) 서희식, 「통일 주장하는 전교조는 이적단체인가?」, 『한국논단』, 2011년 2월, 89-91쪽

18) 정영태, 「초·중등학교 교원의 정치적 자유권 제한에 대한 헌법재판소의 논거와 문제점」, 『교육문화연구 제16-2호 (2010)』, 35페이지

19) 헌법재판소 2014. 3. 27선고, 2011헌바42 결정에서 재판관 안창호의 합헌에 대한 추가의견 발취

정책에 부응하면서 교육복리를 위하여 성실히 복무해야 할 책임 있는 특수한 지위에 있다 할 것이다. 어린 학생들은 아직 독자적인 세계관이나 정치관이 형성되어 있지 않고 있기 때문에, 교사들의 정치적 영향은 절대적일 수 있어서 무비판적으로 곧바로 어린 학생들에게 영향력을 미칠 수 있다. 앞서 보았듯이 전교조의 간부들이 특정정당에 가입하여 그 특정 정당의 정책을 지지하는 시국선언과 같은 정치활동을 할 때, 사회적으로 미치는 영향은 대단한 것이다. 따라서 교육공무원인 교사의 정치적 중립성 및 정당가입 금지의 아직까지 우리나라의 현실에 비추어 볼 때 정당하다고 본다.

<참고문헌>

- 강경선, 「제12강 비교법사례-공무원과 교사의 정치적 기본권 회복」, 『비교법』 한국방송통신대학교출판문화원
- 노기호, 「초중등교사의 정당가입 및 선거운동 금지 등의 위헌여부」, 『고시계』, 2007년 7월
- 서희식, 「통일 주장하는 전교조는 이적단체인가?」, 『한국논단』, 2011년 2월
- 오동석, 「교사의 정치적 기본권」, 『민주법학』 44권, 2010, 민주주의법학연구회
- 임재홍, 「공무원의 정치적 중립의무 비판 -미국 공무원법제와 비교법적 검토」, 『민주법학』 제32호 2006
- 정영태, 「초·중등학교 교원의 정치적 자유권 제한에 대한 헌법재판소의 논거와 문제점」, 『교육문화연구』 제16-2호 (2010)
- 조국, 「초중고등학교 교원의 정치활동의 범죄화 비판」, 『형사정책』 제27권 제2호 2012년 8월

교사의 정당가입 제한은 기본권의 침해

팀 명 : 다이돌핀

제주지역대학 법학과

김창호 201221-122371

박용수 201421-314754

임태우 201421-314752

이진숙 201421-315174

목 차

I. 서 론

II. 본 론

1. 공무원의 정치적 중립의 의의와 문제점
 - 1) 정치적 중립의 의의
 - 2) 정치적 중립의 내용
 - 3) 정치적 중립의 문제점
2. 정치적 중립성에 관한 헌법적 해석
 - 1) 헌법 제7조 2항 공무원의 중립성에 대한 헌법적 해석
 - 2) 교원공무원이 공무시간이외의 정치 활동에 대한 자유는 보장되어야한다.
3. 정치적 중립성과 외국법제
 - 1) 미국
 - 2) 독일
 - 3) 프랑스
 - 4) 영국
4. 정당가입 금지조항에 대한 검토
 - 1) 입법목적과 수단사이의 괴리
 - 2) 평등원칙 위배
 - 3) 소결

III. 결 론

< 참고문헌 >

I. 서론

최근 교사와 공무원의 정당 가입 제한에 관련해서 논란이 되고 있는 문제는 1)헌법변천의 요건과 과잉입법금지원칙에 따른 논쟁의 쟁점이라 할 수 있다. 헌법은 국가의 기본법이며, 모든 법은 최고법인 헌법에 그 효력의 근거를 두고 있고 모든 법규범의 정립과 해석에 있어서 기준이 되고, 헌법에 위반되는 모든 규범은 그 효력이 부인된다. 이러한 근거로서 2)2011헌바43결정문인 2014년 3월 27일 교사와 공무원의 정당 가입을 금지한 현행 정당법과 국가공무원법이 합헌이라는 헌법재판소의 결정이 나왔다. 헌법소원 대상은 “공무원은 정당이나 정치단체 결성에 관여하거나 가입할 수 없다”고 규정한 정당법 제22조이다.

문제는 정당법 제22조 (발기인 및 당원의 자격) ①국회의원 선거권이 있는 자는 공무원 그 밖에 그 신분을 이유로 정당가입이나 정치활동을 금지하는 다른 법령의 규정에 불구하고 누구든지 정당의 발기인 및 당원이 될 수 있다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 그러하지 아니하다. 라는 단서조항의 문제점과 헌법 제37조

①국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.

②국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다. 그러므로 위 판결은 헌법 제37조는 물론, 정당법 제22조 단서조항은 3)비례의 원칙에도 위배됨은 물론 과잉입법금지의 원칙에도 위배된다는 사실이다. 또한 판결문 요지 중 “만약 공무원의 정당가입을 일반적으로 허용할 경우, 국민 전체의 봉사자의 지위를 잇고 공무원 집단 자신의 이익을 도모하거나 특정 정당이나 당파의 이익을 추구할 우려가 있음을 부정할 수 없다. 또한, 정당가입규제라는 보호막이 사라질 경우 특정 정당에 의한 당원 가입의 외압에 쉽게 굴복하게 되어 과거 우리나라 선거 역사를 얼룩지게 한 관권 등에 의한 선거부정이 재현될 빌미가 될 수도 있다. 따라서 심판대상조항의 입법목적은 정당하다.”라는 판결문은 공무원의 정치적 중립에 따라야 하므로 정당가입을 부정하는 것으로서 이 사건번호 2011헌바43 청구인들이 주장하는 주장과 쟁점에 대해 살펴보고 공무원과 교사의 정치적 기본권을 제한하는 정당가입의 타당성 여부를 헌법적 근거와 판례를 바탕으로 검토하여 제시하고자 한다.

II. 본론

1. 공무원의 정치적 중립의 의의와 문제점

1) 정치적 중립의 의의

공무원의 정치적 중립이란 공무원이 정 당 적 목적에 이용되지 않고 공무원의 본분을 유지하고 공무원 집단을 정치로부터의 주입적인 세력권으로부터 민주체제의 균형과 정권 교체에 동요되지 않고 행정의 전문성과 공평성과 계속성을 유지하려는 것이다. 공무원의

1) 강경선, 헌법의 기초, 69면

2) 당해사건 서울중앙지방법원 2010고합750,500(병합),748(병합) 정치자금법위반 등

3) 강경선, 헌법의 기초, 139면

정치적 중립의 문제는 군주국이나 1당 독재 또는 엽관주의 인사행정을 하는 국가에서는 논의의 여지가 없다. 실적주의 인사행정을 하는 국가에서만 문제가 되는 것이다.

복수정당의 의회국가에서 공무원의 정치적 중립을 요구하는 이유는 첫째, 공무원은 정당의 봉사자가 아니며 국민 전체의 봉사자로서 공익을 추구해야 할 본질적인 사명에서 불편부당한 입장을 지켜야 한다는 행동규범이 요구된다. 둘째, 행정에 대한 정치의 개입은 행정능률의 저하와 부패와 낭비를 조장하므로 이를 방지하고 행정의 안정성을 확보하고자 하는 것이다. 셋째, 정권의 변동에도 불구하고 전문적인 계속적인 행정의 수행을 확보하기 위해서는 주입적인 공무원집단이 필요하다. 넷째, 정치체제내의 세력균형을 유지하여 조정자적 역할을 하게 하기 위해서도 필요하다.

2) 정치적 중립의 내용

공무원의 정치적 중립을 요구하는 내용과 정도는 국가의 역사와 사정에 따라 다르다. 대체로 실적주의 인사행정이 일찍이 확립되고 엽관주의 인사행정의 편향을 크게 경험하지 않은 나라에서는 공무원의 정치적 활동이 관대한 편이나 엽관주의나 정실주의의 폐단을 경험한 미국이나 이런 영향을 받은 국가에서는 공무원의 정치적 중립 요청이 강력하다. 일반적으로 정치적 중립을 요구하는 국가는 공무원의 정치참여를 금지하는 조항을 법제화하는 경향이 있다. 국가공무원법과 공무원복무규정에 정해진 공무원의 정치활동금지조항은 다음과 같다.

(1) 공무원은 정당 기타 정치단체의 구성에 관여하거나 이에 가입할 수 없다.

(2) 공무원은 선거에 있어서 특정정당 또는 특정인의 지지나 반대를 하기 위하여 다음과 같은 행위를 하여서는 안 된다.

- i. 투표를 하거나 하지 아니하여도 권유하는 것
- ii. 서명운동을 기도, 주재하거나 권유하는 것
- iii. 문서 또는 도서를 공공시설 등에 게시하거나 게시하게 하는 것
- iv. 기부금을 모집 또는 모집하게 하거나 공공기금을 이용 또는 이용하게 하는 것
- v. 타인으로 하여금 정당 기타 정치단체에 가입하게 하거나 가입하지 아니하도록 권유 운동을 하는 것 등이다.

(3) 공무원은 다른 공무원에게 위의 금지사항에 위배되는 행위를 하도록 요구하거나 또는 정치적 행위의 보상 또는 보복으로써 이익 또는 불이익을 약속하여서는 안 된다.

(4) 이 밖에도 각종선거에 입후보하거나 선거에 의하여 취임하는 등 공직을 겸임할 수 없도록 금지하고 있다.

3) 정치적 중립의 문제점

(1) 기본권과의 관계

공무원은 헌법과 법률의 기본적 이념에 따라 시민으로서의 기본권은 물론 공무원으로서의 직업에 따르는 이익을 추구할 수 있어야 한다. 그러나 대부분의 국가에서는 공무원의 본질상의 이유로 이를 금지 또는 제한하고 중립적 입장을 지키도록 하고 요구하고 있다. 이러한 현상은 민주정치 원칙에 위배되는 것으로 비판을 받고 있으며 개인의 기본권 보장과 정치적 중립의 조화를 어떻게 하여야 할 것인가는 국가마다 다른 조건이다.

(2) 정치성과의 관계

정치와 행정은 분리될 수 없다는 정치, 행정일원론의 입장은 공무원의 정치적 중립을 부정하고 있다. 현대행정은 정치성을 띠고 있으며 행정은 정치적 환경 속에서 수행되고 있는 점을 감안할 때 공무원의 정치적 중립은 절충적 입장에서 부당한 정치적 정실개입으로부터의 독립성을 의미하는 것으로 이해되어야 한다.

4) 정치적 중립의 확립요건

공무원의 정치적 중립을 확립하기 위한 기본적 요건은 다음과 같다.

(1) 정치적 중립성이 공무원의 직업윤리로 확립되어 있어야 한다.

(2) 공무원의 정치적 중립을 가능케 하는 정치적 사회적 환경이 조성되어야 한다. 정권의 평화적 교체가 가능한 정치적 여건 조성과 정치인들의 민주적 정치윤리가 확대되어 공무원을 정치에 이용하려는 풍토의 개선이 이루어져야 한다.

(3) 국민의 정치의식이 높아져 공무원의 정치적 중립을 적극적으로 뒷받침 해주어야 한다.

2. 정치적 중립성에 관한 헌법적 해석

1) 헌법 제7조 2항 공무원의 중립성에 대한 헌법적 해석

(1) 공무원중립성의 정의는 공무원이 공공업무를 수행할 때에는 그에 따르는 업무를 자신의 정치적 성향에 따라 행하지 아니하고 상대방의 정치적 성향에 상관없이 중립을 지켜 모든 업무를 공명정대하게 행하는 것이다.

(2) “헌법 제7조 2항 공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.”의 의미는 공무시간이외의 공무원이 어떠한 정치적 성향을 가지고 어떠한 정당 활동을 하더라도 공무중인 공무원은 어떠한 정치적 세력에게서라도 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 따라 보호 받아야한다. 따라서 법률은 공무원의 공무 이외의 시간에 정치활동을 제한할 것이 아니라 보호해야 할 것이다. 이것이 헌법정신이며 헌법이 국민의 기본권을 지켜주는 최후의 보류인 것이다.

이러한 헌법적 해석의 이유는 “헌법 제7조 1항 공무원은 국민전체에 대한 봉사자이며, 국민에 대하여 책임을 진다.”라는 내용으로 공무원은 어느 한 정치세력의 봉사자가 아니라 국민전체에 대한 봉사자이기 때문이다.

(3) “헌법 제17조 모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다.”

“헌법 제19조 모든 국민은 양심의 자유를 가진다.” 이에 따라서 공무원은 공무이외의 자유로운 시간에는 양심에 따라 정치적 활동의 자유를 누릴 수 있다고 해석되어야 한다.

2) 교원공무원이 공무시간이외의 정치 활동에 대한자유는 보장되어야한다.

사건 2011헌바42 정당법 제22조 제1항 제1호 등 위헌소원에 대한 헌법재판소 결정문에서 (가) 입법목적의 정당성에대한 내용 중 즉, 교육은 국가 백년대계의 기초인 만큼 국가의 안정적인 성장 및 발전을 도모하기 위해서 교육방법이나 교육내용이 당파적 편향성

에 의하여 부당하게 침해 또는 간섭당하지 않고 가치 중립적인 진리교육이 보장되어야 하고, 인간의 내면적 가치증진에 관련되는 교육 분야에 있어서는 당파적인 정치적 관념이나 이해관계가 그대로 적용되는 것은 바람직하지 않다⁴⁾

초등학교 및 중등학교 교원이 정당의 당원이 되는 것을 이 사건 정당가입 금지조항으로 허용하지 않은 것은 특히 교원의 활동이 미성숙한 학생들의 가치판단에 중대한 영향을 주고 있으므로 교육자로서의 특별한 처신이 요구되고, 피교육자인 학생들의 기본권 또는 학부모들의 자녀에 대한 교육권과의 갈등을 예방하기 위한 것이다.⁵⁾ 따라서 이 사건 정당가입 금지조항의 입법목적은 정당하다는 헌법 재판소의 결정은 헌법정신에 반하는 결정이라고 볼 수 있다.

헌법 제7조 2항 공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.”의 내용 중 중립성에대한 해석은 공무중일 때에는 자신의 정치성향과 편견으로 공무에 임하는 것이 아니라 주어진 공공업무에 공명정대하게 임하는 것으로 해석 되어야 하며, 또한 공무중일 때에는 어떠한 정치 세력에게서라도 정치적 중립을 보장받을 수 있도록 법률이 보호해야 한다고 해석되어야 한다.

따라서 아직 일어나지도 않은 일들인 교육공무원이 헌법정신에 반하는 행동을 할 것으로 생각하고, 교육공무원이 자신의 정치성향과 편견을 가지고 교육공무원의 권력을 남용하여 미성숙한 학생들에게 교육하므로 인하여 미성숙한 학생들의 가치판단에 중대한 영향을 준다는 내용과 피교육자인 학생들의 기본권 또는 학부모들의 자녀에 대한 교육권에 대한 권리를 지켜준다는 이유로 유추해석을 하여 교육공무원에게 국민의 기본권을 제한하는 것은 헌법정신에 반한다고 본다.

“헌법 제10조 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”

“헌법 제11조 1항 모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별 종교 또는 사회적 문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.

2항 사회적 특수계급의 제도는 인정되지 아니하며, 어떠한 형태로도 이를 창설할 수 없다.

3. 정치적 중립성과 외국법제

우리나라의 헌법과 일반 법률에 규정된 공무원의 정치적 중립성 표현은 과연 어떤 나라의 법제에서 유래되었는가를 살펴보기로 한다. 외국의 많은 나라들의 입법례를 검토하는 것은 힘든 일이기 때문에 우리나라의 법제와 밀접한 관계를 가진 국가들, 즉 미국과 독일 그리고 유럽국가 중에서는 프랑스와 영국의 경우를 살펴보기로 한다.⁶⁾ 서구의 국가들에서도 구체적으로 공무원들의 정치적 기본권을 어느 정도로 보장할 것인지에 대해서는 각국의 정치문화 내지 입법정책에 따라 적지 않은 차이를 보인다.⁷⁾

4) 헌재 1992. 11. 12. 89헌마88 참조

5) 헌재 2004. 3. 2001헌마710 참조

6) 강경선, 비교법-공무원과 교사의 정치적 기본권 회복, 426면

7) 정영태, 공무원의 정치적 자유에 대한 국제협약과 외국사례, 『교사·공무원의 정치적 표현의 자유 토론회』 (김재윤·홍

1) 미국

미국에서는 연방공무원과 콜롬비아 주공무원의 경우 정당 활동과 선거운동이 허용되고 있지만, 노조의 정치자금 모금 및 기부, 정당후보로서의 공직출마, 업무관련자 대상 선거운동, 직장 내/업무시간 중 또는 제복 등 공무원신분을 파악할 수 있도록 하는 징표를 지닌 채 정당 활동과 선거운동을 하는 것 등은 금지되고 있다. 또한 선관위, 연방수사국, 중앙정보부, 국가안전위원회 등 국가안보·범죄수사담당 공무원, 인사위원회, 행정심판관 등은 예외로 인정된다.⁸⁾ 특히 미국의 해치법상 공무원의 정치적 중립의무를 살펴보면 미국 공무원법제나 판례는 여러 면에서 일본의 법제·판례에 큰 영향을 주었고 일본의 영향을 받은 우리나라에도 중대한 영향을 미쳤다고 평가할 수 있다. 이런 점에서 미국에서 공무원 중립의무가 성립된 계기를 보는 것은 의미 있는 일이다. ⁹⁾

미국은 1876년 법률이 연방공무원에 대해서 공무원간, 공무원과 의원 간에 정치현금의 권유 및 수수를 금하고 있었다. 그리고 1883년의 연방고무원제도의 규율과 개선에 관한 법률에서 “공무원은 다른 공무원에 대하여 정치적 현금 또는 봉사를 행할 의무를 부담하지 아니하고, 정치적 현금 또는 봉사의 거부를 이유로 면직 기타의 불이익처분을 받지 않는다는 것”과 “공무원은 사인에 대해서 정치적 행위를 강요하기 위해 권한 또는 영향력을 행사해서는 안 된다”고 규정하였다.

1925년에는 연방부패행위방지법이 제정되었으며 연방의회의원 선거운동에서 부패행위나 정치현금의 규제에 관한 입법이었다. 이 법률이 강화된 것이 1939년의 「유해한 정치적 행위의 방지에 관한 법률」과 1940년의 개정 법률로 제안한 의원의 이름을 딴 해치(Hatch Act)이었다.

1939년 법은 투표권의 행사·불 행사를 방해하는 협박, 후보자 또는 정당의지지 또는 반대를 이유로 한 이익의 공여나 박탈, 연방구제사업의 대상자로부터 정치현금을 모금하는 행위 등을 선거위반행위로서 열거하고 모든 국민에 대해서 금지시켰다.

동법은 연방공무원에 대해서는 선거의 결과에 영향을 미칠 목적으로 공무원이 권한 또는 영향력을 행사하는 행위 연방행정기관의 공무원이 정치의 운영 또는 정치적 선전에 적극적으로 참가하는 행위를 금지시켰다. 그리고 금지된 정치활동을 행한 공무원은 바로 면직 시키는 조항을 두고 있었다.

1940년 법은 법률로 금지된 정치적 행위를 한 자를 형사 벌로 처벌하였다. 형사 벌의 대상이 되는 “유해한 정치행위”의 대상으로는 연간 5천 달러를 넘는 정치현금을 특정 후보자에게 하는 것, 정부와 정부계약을 체결한 사인이 계약의 교섭 또는 이행의 과정에서 정치현금을 하는 행위 등이었다. 또 동법은 주와 지자체의 공무원에 대해서도 연방공무원과 마찬가지로 정치적 행위를 제한시켰다.

동법에 의한 금지대상이 되는 행위는 정치의 운영 또는 정치적 선전에 적극적으로 참가하는 것으로 구체화하여 정치적 활동을 금지하고 있다

미국 공무원의 정치적 중립에 대해서는 보는 관점에 따라서 다른 평가가 있을 수 있

회덕 의원실 공동주최), 2009.12.9., 34면 참조.

8) 미국의 법제에 관하여는 명재진, 미국 공무원제도와 공무원 기본권, 미국헌법연구 제19권 제2호(2008.12), 111-143면; 유각근, 비교법적 관점에서 본 공무원노조의 정치활동, 노동법논총 제20집(2010.12), 265-304(268이하)면 참조. 정치적 중립성을 지킬 것을 요구하고 있다.

9) 임재홍, 공무원의 정치적 중립의무 비판, 243-247면

다. 왜냐하면 성적주의(Merit System)가 도입되기 이전에 미국 공무원사회를 지배한 엽관제(Spoil System)에서 공무원은 정치적 당파성을 강하게 띠지 않을 수 없었다. 따라서 펜들턴법이 성적주의를 도입하는 과정에서 신분이 보장되는 공무원제도를 위해 불가피하게 광범위한 중립의무를 규정했다고 평가할 수 있다.

해치법이 제정되었던 당시 미국의 상황은 최대의 연방공무원 집단이었던 체신공무원들이 임금과 노동조건 개선을 요구했는데 이러한 집단적인 활동에 대한 규제를 위해 해치법이 도입되었다고 볼 수 있다. 이런 의미에서 미국에서 도입된 공무원의 정치적 중립의무는 공무원 노동운동의 억제라는 상황적 요소를 내포하고 있었던 것이다.

2) 독일

독일의 경우 일반 공무원의 경우 정당 활동과 정치자금 기부는 금지하나 공직후보출마는 허용하고 있으며, 교육공무원의 경우 정당 활동, 선거운동 등이 폭넓게 허용되고 있다. 반면에 프랑스의 경우에는 공무 중 또는 근무지를 제외한 모든 시간과 장소에서는 개인으로서 정부정책에 대한 의견의 표현을 제외한 모든 정치적 자유(정당가입, 정치자금 기부, 공직후보 출마, 선거운동)를 인정하고 있는 것으로 알려져 있다.¹⁰⁾

3) 프랑스¹¹⁾

프랑스는 교원과 공무원의 정치적 자유와 관련해서 최상의 조건을 보여준다. 1789년 「프랑스 인권선언」 제10조는 “누구든지 그의 의사표시로 인하여 법률에 의해 정해진 공공질서가 파괴되지 않는다면 그의 견해 특히 종교상의 견해 때문에 불이익을 받지 않아야만 한다.”는 것이 지금까지 지배한다. 종교의 중립성원리(Laïcité)는 서양의 종교전쟁 이후 절실하게 요청된 관용의 원리였다. 이 원리는 공화국 정신으로부터 나온다. 이렇게 종교의 중립성원리가 국가와 공무원의 중립의무개념으로 정착되었다. 교육의 중립성도 마찬가지다.¹²⁾ 최초로 법제화된 것은 1882년의 일이었다. 이것이 1946년 「헌법」에서 재확인되었다.¹³⁾ 「헌법」 전문 제5조는 “어느 누구도 그 자신의 작업과 일자리에서 출신, 견해, 신념을 이유로 피해를 입지 않는다.”고 규정했다. 이런 대원칙에 입각해서 공무원도 표현의 자유, 특히 정치적 표현의 자유가 보장된다. 1983년 7월 「공무원의 권리와 의무에 관한 법률」 제6조와 제18조에서 공무원의 표현의 자유를 인정하고 있다. 이 법 제6조 제2항에 의하면 “공무원의 개인적인 정치관, 철학관 또는 종교관에 따라서 공무원에 대하여 어떠한 차별이 있어서는 안된다.”고 규정하고 있다. 또한 동법 제18조 제2항에 의하면 “공무원 개

10) 유각근, 비교법적 관점에서 본 공무원노조의 정치활동, 노동법논총 제20집(2010.12), 265-304(287이하)면 참조.

11) 강경선, 공무원과 교사의 정치적 기본권 회복에 대하여, 한국방송통신대학교 KNOU 논총 제56집(2013.8), 48~49면

12) 전학선(2013), “프랑스 법치주의와 교원의 정치활동의 제한”, 법치주의와 교원의 정치활동의 제한, 한국교육법학회, 157-158쪽. 이계수(2005), “공무원의 정치운동금지의무에 대한 비판적 고찰”, 『민주법학』 29호, 민주주의법학연구회, 관악사, 317면. 이계수는 국가의 중립성 원리는 다원주의적 가치를 거부하는 ‘실체적-윤리적’ 국가관, 사상의 자유시장을 거부하는 ‘후견적 국가관’에 대한 방어원리인 것이지, 소극적으로 아무 것도 하지 말아야 한다는 의미는 아니다. 오히려 중립성이란 타자 규정성에 해방된 구체적 이익들이 공적인 의사형성과정에서 토론되고 그 결과들이 표결에 붙여질 때 담보되는 것이라고 설명한다.

13) 프랑스 교육의 3대 원칙은 의무교육, 무상교육, 종교적 중립성의 원칙이다. 종교적 중립성이 법제화된 것은 1882년 3월 28일 「초등의무교육에 관한 법률」이었다. 이 법에서 “초등교육기관에서의 종교교육은 건물 밖에서 수업일정 외로 이루어져야 한다.”고 규정하였다. 1905년 「교회와 국가의 분리에 관한 법률」이 제정되어 국가의 종교적 중립성이 규정되었다. 전학선, 위 글, 157면.

인에 관한 문서는 물론이고 기타 모든 행정문서에도 공무원 개개인의 정치성향, 조합성향, 종교성향, 철학성향 등에 관한 사실들이 명시되어서는 안된다.”고 규정하고 있다. 공무원이 수행중인 직무범위를 벗어나게 되면 공무원의 중립의무를 준수할 필요가 없다. 공무원은 자신의 신념이나 의사를 자유롭게 표현할 수 있고 정치적 활동도 할 수 있다. 신문 등에 기고도 할 수 있다. 공무 이외의 영역에 있어서 공무원의 표현의 자유는 정치적 중립의무에 의한 제한은 없지만 품위유지의무를 준수하여야 한다.

국회의원 선거에 있어서 도지사는 현재 근무 중이거나 선거일로부터 3년 이내에 근무하였던 지역의 선거구에서는 피선거권이 없다. 또한 부지사, 항소법원과 지방법원 판사나 행정법원의 판사 등은 현재 근무 중이거나 1년 이내에 근무하였던 지역의 선거구에는 출마할 수 없도록 하고 있다. 프랑스의 교원들은 대부분 국가공무원이지만 이들의 선거권과 피선거권은 어떠한 제약도 받지 않는다. 이들 교원이 선출직으로 진출하면 이 선출직 임명기간 동안 휴직을 해야 한다. 임기만료와 동시에 다시 복직할 수 있는 권리를 가진다. 교원의 국회의원 비율이 4분의 1을 차지할 정도이다. 교원들의 활발한 정치참여는 학부모가 교원에 대하여 가지는 신뢰가 원동력이다. 교원이 보여주는 윤리의식과 이들이 행하는 교육에 대한 믿음이 지대한 것이다. 교원들은 최고의 교육을 받은 엘리트 집단이지만 경제적으로는 빈곤한 계층이다. 교원의 정치참여를 보장하는 것은 건전한 민주주의의 발전을 위한 조건으로 인식되고 있는 것이다. 이것이 가능한 것 중의 하나가 저렴한 선거비용이다. 그 결과 교원들이 선거에 의한 공직진출이 용이한 것이다. 프랑스의 공무원은 정당가입과 활동을 할 수 있고 후원도 할 수 있다. 공무원은 정치적 자유가 보장되지만 중립성과 공정성의 의무가 요구된다.¹⁴⁾

4) 영국

영국의 경우 직무의 성격과 권한의 범위, 책임 정도에 따라 정치적 자유의 허용 정도가 다른 것으로 알려져 있다. 상급공무원의 정당가입만 허용되는 반면, 중급공무원의 경우에는 국회의원후보 제외한 모든 정치활동 허용(허가 요함)되고, 현업공무원을 포함한 하급공무원에 대해서는 모든 정치활동이 허용된다. 또한 교육공무원에 대해서는 정당 활동, 공직후보 출마, 선거운동 등 거의 모든 정치활동을 허용하고 있다.

4. 정당가입 금지조항에 대한 검토

1) 입법목적과 수단사이의 괴리

공무원은 공직자인 동시에 국민의 한 사람으로서 국민 전체에 대한 봉사자의 지위와 기본권 주체의 지위라는 이중적 지위를 가지고 있다. 공무원의 국민에 대한 봉사자로서의 지위만을 강조하여 모든 생활의 영역에서 정치적 중립성을 지켜야 한다고 볼 수는 없다. 공무원의 정치적 중립의무는 공직수행의 영역에 한정되는 것이고 공무원이 기본권의 주체인 국민으로서 하는 정치활동까지 금지하여서는 안 된다. 공무원의 기본권은 헌법 제7조가 규정하고 있는 직업공무원제도의 기능에 수반되는 중립성과 공정성을 확보하기 위하여 필요한 범위에서만 제한할 수 있기 때문이다. 이러한 점에서 이 사건 정당가입

14) 전학선, 위 글, 147-176면

금지조항이 공무원의 정당 가입 자체를 일반적으로 금지하는 것을 수단으로 택하고 있는 것은 입법자에게 주어진 입법재량의 범위를 넘은 것이다. 공무원의 정치적 중립성을 보장하기 위해 공직에서의 정치활동을 제한하는 것으로 충분한데도 확일적이고 전면적으로 정당 가입을 금지하는 것은 공무원의 기본권 주체로서의 지위를 부인하는 것이다.

민주주의가 정착된 주요 국가는 공무원의 정당 가입을 금지하고 있는 나라를 찾아볼 수 없는데 이는 공무원의 정당 가입이 정치적 중립성이 훼손되거나 공무원에 대한 국민의 신뢰가 낮아지지 않는다는 것을 반증하는 것이다.

헌법 제31조 제4항의 교육의 정치적 중립성은 교육을 받을 권리를 보장하기 위한 것이지 교원의 정치활동을 금지하기 위한 것이 아니다. 교원의 종교의 자유를 제한하거나 종교단체 가입을 금지할 수는 없는 것과 마찬가지로 교원인 공무원의 정당 가입을 전면적으로 금지하는 등 사적 생활에서의 정치적 자유를 지나치게 제한하는 것은 불합리하고 부적절한 수단이다.

이 사건 정당가입 금지조항은 입법목적과 입법수단 사이의 인과관계가 불충분하고 공무원의 정당가입의 자유를 제한함에 있어서 갖추어야 할 적합성의 엄격한 요건을 충족시키지 못한 것이며 기본원칙에도 반한다.

(1) 침해의 최소성

선거에서의 공무원의 중립의무에 요구되는 것 이상으로 준비행위의 단계에 이른다거나 선거 관련 활동으로 평가하기 어려운 정당에의 가입 자체를 일상적으로 금지하고 있으므로 헌법 제37조 제2항의 최소 침해의 원칙에 위반된다.

공무원법에는 공무원의 정치적 중립성을 확보하고 근무기강을 확립하는 방안이 충분히 마련되어 있다. 그럼에도 불구하고 이 사건 정당가입 금지조항이 공무원의 정당 가입을 일반적으로 그리고 사전적으로 금지하고 있다는 점에서도 침해의 최소 성 원칙에 위배된다.

(2) 법익의 균형성

민주적 의사형성과정의 개방성을 보장하기 위하여 정당설립의 자유를 최대한 보호하려는 헌법 제8조 제1항의 정신에 비추어, 정당의 설립 및 가입을 금지하는 법률조항은 이를 정당화하는 사유의 중대성에 있어서 적어도 민주적 기본질서에 대한 위반에 버금가는 것이어야 한다.

그런데 공무원의 정치적 중립성을 확보하고 근무기강을 확립하는 방안이 국가공무원법에 이미 충분히 마련되어 있음에도 불구하고 정당가입을 일체 금지하는 것은 침해의 최소성 원칙에도 위배되고, 공무원의 정당가입을 금지함으로써 실현되는 공익은 매우 불확실하고 추상적인 반면 정당가입의 자유를 박탈당하는 공무원의 기본권에 대한 제약은 매우 크기 때문에 법익균형성도 인정하기 어렵다.

그러므로 이 사건 정당가입 금지조항은 과잉금지원칙에 반하여 공무원의 정당가입의 자유를 침해하므로 헌법에 위반된다.

2) 평등원칙 위배

정당가입 등 정치활동의 자유가 대학에서의 연구나 교육의 질을 높이는데 유익하다면 초중등교육의 경우에도 교원의 정치활동의 자유가 교육의 질을 높이는 데 도움이 된다고 보는 것이 합리적이다. 초중등학교와 비교하면 대학에서의 연구기능이 큰 비중을 차지하는 것이 사실이지만, 대학교원이 담당하는 교육기능의 비중이 연구기능보다 현저히 적다고 할 수는 없다. 정치적 자유가 교육에 당파적 영향을 미칠 수 있다면, 기초지식 전달의 비중이 높고 교과과정이 정형화되어 있는 초중등교육보다는 교육내용에 재량이 많은 대학교에서 그러한 가능성이 더 크다고 보아야 한다.

교원이 교실 밖에서 정당에 가입할 수 있다고 하여 교실에서 정치적으로 교육을 할 것이라고 보는 것은 논리적 비약이다. 그러므로 초중등학교 교원이 대학교원에 비하여 학생들과 함께 하는 수업시간이 길고 지도의 기회가 많다는 사정만으로 대학교원과 달리 초중등학교 교원의 정치적 자유를 더 넓게 제한할 수는 없다.

대학 교원에게 정당가입을 허용하면서 초중등학교 교원에 대해서는 정당 가입을 전면적으로 금지하는 것은 양자사이의 직무내용이나 근무방법의 차이를 감안하더라도 입법재량을 벗어난 현저히 불합리한 차별에 해당한다고 보아 이 사건 정당가입 금지조항은 평등원칙에 위배된다.

3) 소결

그러므로 이 사건 정당가입 금지조항은 과잉금지원칙에 반하여 공무원의 정당가입의 자유를 침해하므로 헌법에 위반된다.

III. 결 론

행정안전부와 교육과학기술부는 해당 공무원과 교사에 대한 징계강행방침을 즉각 철회하고 파면, 해임된 사람들을 복직시켜야 한다. 애초 사법부 판결 없이 징계한 것도 삼권분립위배이며, 재판부는 이번 판결에서 파면, 해임할 사안이 아니라고 명시했다. 따라서 판결에 따른 시정 조치를 지연하여 당사자들은 물론 그 가족, 학생, 학부모 등이 겪는 고통을 연장시키는 것은 어떠한 이유로도 정당화될 수 없다.

국회는 공무원, 교사를 비롯하여 국민의 정치적 기본권 실현을 위해 포괄적인 정치개혁방안을 논의해야 한다. 이번 판결도 분명한 한계가 있다. 재판부는 공무원과 교사의 정당가입 자체를 금지하는 것이 정치적 기본권의 본질을 침해하지 않는다면 면소판결(유죄) 했다.

합헌의견은 정당가입 금지 조항에 대해 ‘정당의 당원이 된다’는 정치적 행위를 금지하고 있을 뿐 정당에 대한 지지의사를 선거와 무관하게 개인적인 자리에서 밝히거나 선거에서 지지 정당에 대해 투표를 하는 등 일정한 범위 내의 정당 관련 활동은 허용되고 있으며, 특히 교사의 경우 감수성과 모방성, 그리고 수용성이 왕성한 초·중등학교 학생들에게 교원이 미치는 영향은 매우 크고 교원의 활동은 근무시간 내외를 불문하고 학생들의 인격 및 기본생활습관 형성 등에 큰 영향을 끼치는 잠재적 교육과정의 일부분인 점을 고려하고 교원의 정치활동은 교육수혜자인 학생으로서는 수업권의 침해로 받아들여질 수 있다는 점에서 현시점에서는 국민의 교육기본권을 더욱 보장함으로써 얻을 수 있는 공익

을 우선시해야 할 것이라고 설명하고 있다.

헌법재판소의 결정에 대해 전국교직원노동조합과 전국공무원노동조합은 교원과 공무원의 정치적 중립성 보장은 교원과 공무원이 집권 세력에 이용되는 것을 방지하기 위한 취지이지 교원·공무원의 정치적 기본권을 제한하기 위한 것이 아니라며, 교원·공무원의 정당 가입을 전면 금지하는 것은 권위주의 시대의 산물로서 이번 헌법재판소의 결정은 시대착오적인 결정이라고 비판하고 있다.

그렇지만 현행 정당법과 국가공무원법은 실제로 공무원과 교사라는 직업을 이유로 한 시민으로서의 정치활동마저 원천 배제하여 엄청난 사회적 낭비와 불필요한 혼란을 야기시키고 있을 뿐 아니라 민주주의 발전에도 전혀 걸맞지 않다. 국회는 공무원, 교사에게 공무외 정치활동이 가능하도록 법 개정을 서둘러야 할 것이다.

사건 2011헌바42 정당법 제22조 제1항 제1호 등 위헌소원은 헌법에 위반되지 아니한다고 판결되었다. 미국의 1876년부터 1993년 해치법 개정법 이전까지는 공무원의 정당 활동이 제한되었으나 1993년 민주당의 클린턴 대통령이 해치법의 개정지지를 표명하면서 법률이 개정되었다. 공무원의 정치적 권리가 원칙적으로 보장되며 공무원이기 전에 정치적 권리의 주체로서 시민이라는 것을 전제로 하여 충분한 정치적 권리를 누려야 한다는 것이다.¹⁵⁾ “국가의 중립성이란 타자규정성에 해방된 구체적 이익들이 공적인 의사형성과정에서 토론되고 그 결과들이 표결에 붙여질 때 담보되는 것이다. 마찬가지로 공무원의 중립적 태도라는 것도 일방적으로 강요된 국가방침에의 복종을 통해서 담보되는 것이 아니라, 한 명의 공민(公民)이기도 한 공무원이 관용과 토론의 자세를 통해 민주주의적 가치를 스스로 담지 할 수 있을 때 확보될 수 있는 것이다. 정작 공무원 스스로는 정치적 참여를 통해 민주주의와 인권의 가치에 대해 경험·실천하지도 못하면서, 그들을 민주공화국의 공무원으로 일하라고 하는 것은 논리적 모순이 아니겠는가.”

우리나라도 정당법과 국가공무원법 등의 법률과 헌법에서 말하는 기본권과 모순되는 경우 당연히 헌법에 맞추어 해석하도록 하는 것이 맞을 것이다. 헌법 제7조 제1항에서 “공무원은 국민전체에 대한 봉사자이며, 국민에 대하여 책임을 진다”고 규정하고 제2항에서 “공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다”고 규정하고 있다. 정치적 기본권이 자유민주주의의 핵심이라면 구시대의 산물을 계속 유지할 것이 아니라 입법적 개선의 근거인 헌법이 되어야 진정한 자유민주주의 국가라 할 수 있을 것이다.

15) 이계수, 공무원의 정치운동금지의무에 대한 비판적 고찰, <민주법학> 제29권(2005), 5면

<참고문헌>

강경선, 비교법-공무원과 교사의 정치적 기본권 회복에 대하여, 한국방송통신대학교출판부, 2014

강경선, 헌법의 기초, 한국방송통신대학교출판부, 2014

이상영, 김도균, 법철학, 한국방송통신대학교출판부, 2006

이상영, 이재승, 법사상사, 한국방송통신대학교출판부, 2005

이재홍, 정경수, 국제인권법, 한국방송통신대학교출판부, 2014

임재홍, 공무원의 정치적 중립의무 비판, 민주주의법학연구회, 2004

헌법재판소 판결문, 사건번호2011헌바42

교사의 정치적 기본권에 대한 헌법적 고찰

팀 명 : 디케 IV
경기지역대학 법학과
박현영 201121-122909
안임수 201321-319523
이광배 201321-319241
정재경 201321-121078

목 차

I. 서론

II. 교사의 정치적 기본권에 대한 법적 성격

1. 헌법적 근거
2. 헌법재판소 결정례

III. 외국의 입법례

1. 미국 입법례
2. 독일 입법례
3. 일본 입법례

VI. 정치적 기본권 제한에 대한 문제제기 및 개선방안

1. 입법배경
2. 문제제기
3. 개선방안

V. 결론

< 참고문헌 >

I. 서론

헌법은“한 국가의 근본법으로서 국가의 통치조직과 통치 작용의 핵심을 정하고 국민의 기본권을 규정하는 최고 법”이며“기본권을 포함한 국가의 기본질서와 국가의 존재형태에 관한 최고규범”이다.¹⁾

헌법은 그 시대의 정치적 이념과 시대사상을 반영하는 역사적 생성물이다.²⁾ 또한 헌법의 역할은 현실과 당위 사이의 간격을 메꾸는 역할을 담당하기도 한다.

교사의 지위에 관한 유네스코 권고(1966)는“제50조 교사는 시민이 일반적으로 향유하는 모든 시민적 권리를 행사할 자유를 가지며 공직에 나갈 권리를 가져야 한다. 고 규정하고 있다. 또한 한국은 노동기본권 탄압국으로 2년 연속 ILO 차별 사례로 선정되었으며, 세계교원단체총연맹(EI)은 한국정부에 교사 탄압중지와 정치기본권 보장을 권고하는 특별 결의안을 채택하기도 했다. 국가 인권위원회는 2006년 국가인권정책 기본권고안에서 교사의 정치적 정치활동을 일정 범위로 확대하는 것을 핵심과제로 권고하고 있다.

이와 같이 국제적인 단체는 물론 국가인권위원회까지 교사의 정치적 기본권이 침해당하고 있으며, 이를 개선하여 교사의 정치적 기본권을 보장해야 한다고 권고하고 있다. 현행 헌법 제31조 제4항에서는‘교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장 된다’고 규정하고 있다. 또한 교육기본법 제6조 제1항에서 ‘교육은 교원 본래의 목적에 따라 그 기능을 다하도록 운영되어야 하며, 어떠한 정치·당파적 또는 개인적 편견의 전파를 위한 방편으로 이용되어서는 아니 된다’고 규정하고 있다.

또 교육기본법 제14조 제4항에서는 교육의 정치적 중립성 보장을 위한 교원이 정치활동 제한과 관련하여 ‘교원은 특정 정당 또는 정파를 지지하거나 반대하기 위하여 학생을 지도하거나 선동하여서는 아니 된다’고 규정하고 있다.

그 외에 교사는 정당이나 그 밖의 정치단체의 결성에 관여하거나 이에 가입할 수 없다(국가공무원법 제65조)³⁾, 공무원인 교사는 물론 사립학교의 교사도 정당의 발기인이나 당원이 될 수 없으며(정당법 제22조 제1항)⁴⁾, 이에 위반하는 경우 형사 처분을 받는다.(정당법 제53조)⁵⁾고 명시하고 있다.

우리나라 국·공립학교 초·중·고등교사들은 한편으로는 공무원이라는 신분 때문에 공무원에게 부과된 ‘공무원의 정치적 중립성’의무(헌법 제7조 2항)⁶⁾와 다른 한편으로는 그들이 수행하는 교육이라는 직무의 특수한 속성 때문에 부과되는‘교육의 중립성’의무(헌법 제31조 4항)⁷⁾이라는 두 가지 헌법이 규정에 근거하여 정치적 자유가 제한되어 정당가입 및 활동, 선거운동 및 공직후보출마 등과 같은 정치활동을 할 수 없도록 되어 있다.

1) 강경선·서경서 공저, 「헌법의 기초」 한국방송대출판부, 2011. 28면

2) 권영성, 「헌법학 원론」, 법문사, 2010. 6면

3) 국가공무원법 제65조 ①공무원은 정당이나 그 밖의 정치단체의 결성에 관여하거나 이에 가입할 수 없다. ② 공무원은 선거에서 특정 정당 또는 특정인을 지지 또는 반대하기 위한 다음의 행위를 하여서는 아니 된다. ... 생략.

4) 정당법 제22조 제2항.국회의원 선거권이 있는 자는 공무원 그 밖에 그 신분을 이유로 정당가입이나 정치활동을 금지하는 다른 법령의 규정에 불구하고 누구든지 정당의 발기인 및 당원이 될 수 있다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 그러하지 아니하다.

5) 정당법 제53조. 제22조(발기인 및 당원의 자격)제1항 단서의 규정을 위반하여 정당의 발기인이나 당원이 된 자는 1년 이하의 징역이나 100만 원 이하의 벌금에 처한다.

6) 헌법 제7조 2항. 공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.

7) 헌법 제31조 4항. 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.

최근 15년 동안 합법적 지위를 누려온 6만 조합원의 전교조에게 서울중앙지법은 전교조에 대한 고용노동부‘법외노조’통보는 정당하다고 판결했다.⁸⁾ 이로써 1999년 7월 교원노조법 통과로 24년 전 군사정권이 만들어 놓은 독소 조항을 근거로 전국교직원노동조합(이하‘전교조’)의 노동조합으로서의 합법적인 지위를 박탈했다. 이로써 국민의 한사람으로서 누릴 수 있는 최소한의 정치적 기본권을 침해하는 악법을 인정한 판결로써 교사의 정치적 기본권을 부정하는 나쁜 선례를 남겼다.

정당가입과 정당 후원 그리고 정치적 표현의 자유 등으로 이루어진 정치적 기본권은 민주주의 국가에서 민주시민으로서 당연히 누려야 할 기본권중의 기본권이다. 그것은 국민이 정치적 의사를 자유롭게 표현하고 국가의 정치적 의사형성에 참여하는 정치적 활동을 총칭하는 기본권이다.

헌법 제37조 제2항⁹⁾은 기본권을 최대한 보장하고 최소한으로 제한하라는 헌법적 명령인 동시에 그 핵심은 본질적 내용을 침해하지 말라는 것이다.

이에 본 논문에서는 헌법에서 보장하고 있는 기본권의 하나인 교사의 정치적 기본권을 과도하게 제한하고 있는 정당법, 국가공무원법, 정치자금법이 잘못되었음을 이의 제기 하며, 교사의 정치적 기본권에 대한 헌법적 고찰과 외국의 입법 사례를 들어 우리나라의 입법 문제에 대해 개선방안을 제시하고자 한다.

II. 교사의 정치적 기본권 대한 법적 성격

1. 헌법적 근거

정치적 기본권이란 국민이 정치적 의사를 자유롭게 표현하고 국가의 정치적 의사 형성에 참여하는 정치적 활동을 말한다. 이러한 정치적 기본권에는 정치적 표현의 자유, 정당가입 및 정당 활동의 자유, 투표와 선거운동의 자유, 공무담임권 등이 포함된다.¹⁰⁾

따라서 우리 헌법 제10조는¹¹⁾‘모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장하는 의무를 진다’고 규정하고 있다. 또한 헌법 제24조에서는 보다 구체적으로 ‘모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 선거권을 가진다’고 규정하고 있고, 헌법 제25조에서는 ‘모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무담임권을 가진다.’고 규정하고 있다.

이러한 보장에도 불구하고 교사의 정치적 기본권은 범주 바깥에 있다. 교사의 정치적 참여를 배제하는 이유는‘교육은 정치적으로 중립이어야 한다’는 인식이 전제되어 있기 때문이다. 따라서 본 장에서는 교사의 정치적 기본권을 헌법적 근거를 통해 논의하고, 헌법에서 보장되고 있는 정치적 기본권을 과도하게 제한하고 있는 법 조항들을 살펴보고자 한다.

8) 2014.06.19. 서울행법2013구합26309

9) 헌법 제37조 2항. 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에도 자유와 권리를 본질적인 내용을 침해할 수 없다.

10) 황선영.“교원의 정치활동에 관한 교원의 인식”.한국교원대학교 대학원.2008.2.14면

11) 헌법 제10조 . 모든 국민은 인간으로서 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.

1) 정치적 중립성(헌법 7조 2항)¹²⁾

헌법 제7조 제1항과 2항에서는 공무원은 그 신분과 정치적 중립성이 법률에 정하는 바에 의하여 보장됨을 규정하고 있다. 이를 근거로 교사의 정치활동을 제한하는 헌법적 근거로서 세 가지를 들 수 있다.

첫째, 국민전체에 대한 봉사자론 이다. 헌법재판소는 국가공무원의 임용주체가 주권자인 국민이기 때문에 국민 전체에 대하여 봉사하고 책임을 져야 하는 특별한 지위에 있다고 한다. 그러나 헌법 제7조를 공무원의 정치적 활동을 제한하는 헌법유보로 볼 수 는 없다. 그것은 민주주의 원리에 의한 국가 조직원리가 공무 담당자인 공무원에게 헌법적 의무로서 번역된 것일 뿐이다. 국익 개념 자체가 모순적 통일체로서의 본질을 지니고 있으므로 그로부터 파생되는 ‘국민 전체의 이익’ 또는 국익 개념이 이념적이고 추상적일 수밖에 없다.

둘째, 정치적 중립성론이다. 현재는 공무원은 시민사회의 갈등을 중립적인 위치에서 조정, 중재하는 위치에 있고, 정치와 행정은 분리되어야 하며, 엮관제로 인한 폐해를 방지하기 위해서 직업공무원제가 필요하기 때문에 정치적 활동의 자유를 제한해야 한다는 논리를 전개한다.¹³⁾

오히려 이러한 논리는 정치적 중립성을 정치적 무능력으로 치환하는 것이며, 형식적으로는 친정부 견해이든 또는 정부 비판 입장이든 공평하게 처우하는 것처럼 보이지만 정작 제 목소리를 내지 못하는 쪽은 정부 비판에 서 있는 공무원이다. 그것은 공무원을 어떠한 정치세력에 대해서도 순응 하게하는 의미에서 민주적이지 않으며 언제나 권력을 향하여 맹목적으로 추종하는 경향을 낳는다.

셋째, 특별권력관계론이다. 공무원은 공직을 수행하는 주체이면서 일반시민으로서의 주체이기도 하다. 기본권 제한의 법리에서 공무원을 일반 국민과 달리 취급하는 특수신분관계로는 공무원의 정치활동을 대한 포괄적 금지를 정당화하는 구실이며, 정권담당자에게 유리하게 작용함으로써 헌법의 공무원에 대한 국민전체에 대한 봉사 명령의 어긋나는 면이 강하다. 따라서 공무원의 정치적 활동의 자유를 일반 국민과 다른 차원에서 제한할 수 있다고 보는 주장은 헌법 제7조에 부합하지 않는다.

2) 교육의 자주성·전문성(헌법 31조 4항)¹⁴⁾

헌법 제31조 4항은‘교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.’와 6항‘학교 교육 및 평생교육을 포함한 교육제도와 그 운영, 교육 재정 및 교원의 지위에 관한 기본적인 사항은 법률로 정 한다’는 규정은 교육할 권리를 전제하고 있는 규정들이라고 볼 수 있다. ¹⁵⁾

12) 헌법 제7조 2항. 앞 논문 재인용

13) 현재 1995.5.25. 선고 91헌마67결정

14) 헌법 제31조 제4항. 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학이 자율성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.

15) 노순일, “공무원과 교사의 정치적 기본권에 관한 연구”. 건국대학교 대학원 박사학위 논문.2003

이러한 헌법상의 원칙을 구현하기 위하여 교육기본법은 제6조 제1항에서¹⁶⁾ ‘교육은 교원 본래의 목적에 따라 그 기능을 다하도록 운영되어야 하며, 어떠한 정치적·당파적 또는 개인적 편견의 전파를 위한 방편으로 이용되어서는 아니 된다.’고 규정하고 있다.

교육기본법 제14조 제3항에서는 교육의 정치적 중립성 보장을 위한 교원의 정치활동 제한과 관련하여 ‘교원은 특정 정당 또는 정파를 지지하거나 반대하기 위하여 학생을 지도하거나 선동하여서는 아니 된다’고 규정하고 있다. 그 외에 국가공무원법(제65조)¹⁷⁾과 사립학교법(제58조 제1항 제4호)¹⁸⁾에서 초·중등교사의 정치적 활동을 금지하고 교원의 임면권자는 이를 면직시킬 수 있다고 한다.

즉 헌법을 내용적으로 파악할 때, 헌법은 국민들의 학습권을 보장하는데, 단, 이러한 학습권에 대한 구체적 실현은 법률이 정하는 바에 따른 교육법, 교육공무원법, 사립학교법, 교과용도서 등에 관한 규정 등과 같은 것임은 물론이다. 그런데 이러한 하위 교육관계법령들이 악법의 내용들로 가득 차 있다는 것을 우리는 이미 잘 알고 있는 터이며, 이에 대한 개폐요구를 지금도 계속하고 있는 실정이다.

3) 기본권 제한(헌법 제37조 제2항)¹⁹⁾

헌법 제37조 제2항에 따르면 국민의 기본권은 국가안전보장, 질서유지, 공공복리를 위하여 법률로서 제한할 수 있도록 하고 있다. 기본권 보장의 맨 앞에 자리한 인간의 존엄과 가치 조항이 기본권 보장의 알파라면, 기본권 조항의 맨 마지막인 헌법 제37조 2항은 기본권 보장의 오메가이다.

‘기본권을 최대한 보장하고 최소한으로 제한하라’는 헌법적 명령의 원천이다. 그것은 모든 국가권력에 대하여 국민의 기본권을 대하는 엄중한 경고이다. 국회가 민주적 대표자로서 구실함을 전제로 하여 법률로써 기본권을 제한할 수 있도록 하고 있지만, 그 핵심은 본질적 내용을 침해하지 말라는 것이다.

1949년 8월 12일 제정된 국가공무원법은 제37조에서 ‘공무원은 정치운동에 참여하지 못하며 공무 이외의 일을 위한 집단적 행동을 하여서는 아니 된다’는 원칙규정을 두고 별다른 벌칙조항을 설정하지 않았다. 정치활동 금지라는 법규범이 선언적 수준 혹은 공무원의 품위나 직무상의 책임의 수준에 한정되어 있을 뿐, 그것이 공무원의 모든 행동 자체를 구속하지만, 이런 규율은 박정희 정권이 들어서면서 달라진다.²⁰⁾

박정희 정권은 1963년 6월 1일 국가공무원법을 개정하여 다음과 같은 두 규정을 두었다. 국가공무원법 제65조(정치운동의 금지)²¹⁾ 국가공무원법 제66조(집단행위금지)²²⁾ 또 이를 위반

16) 교육기본법 제6조 1항. ① 교육은 교육 본래의 목적에 따라 그 기능을 다하도록 운영되어야 하며, 정치적·파당적 또는 개인적 편견을 전파하기 위한 방편으로 이용되어서는 아니 된다.

17) 국가공무원법 제65조. ① 공무원은 정당이나 그 밖의 정치단체의 결성에 관여하거나 이에 가입할 수 없다. ② 공무원은 선거에서 특정 정당 또는 특정인을 지지 또는 반대하기 위한 다음의 행위를 하여서는 아니 된다.

18) 사립학교법 제58조. 제1항 제4호. 정치운동을 하거나 집단적으로 수업을 거부하거나 또는 어느 정당을 지지 또는 반대하기 위하여 학생을 지도·선동한 때

19) 헌법 제37조 2항. 앞 논문 재인용

20) 한상희, “교사·공무원의 정치적 기본권에 대한 헌법적 검토: 공무원의 정치기본권 보장 어떻게 볼 것인가? 주제발표 발제문. 2011.1~2년

21) 국가공무원법 제65조 ①항. 공무원은 정당 기타 정치단체의 결성에 관여하거나 이에 가입할 수 없다. ②항. 공무원은

할 때는 1년 이하의 징역 또는 300만 원 이하의 벌금에 처하는 벌칙 조항(국가공무원법 제 66조)을 추가하였다.

공무원의 정치활동이 공무원의 직무책임의 수준을 넘어 공무원의 모든 정치활동을 원칙적으로 불법화하고 그에 대한 형사 처벌적 책임을 부과하는 강행규정으로 그 성격을 변화시키면서 한편으로는 공무원의 정치적 기본권 자체를 법률의 형식을 통해 박탈해 버린 것이다.

4) 국가공무원법·정당법·정치자금법 제한

교사는 정당이나 그 밖의 정치단체의 결성에 관여하거나 이에 가입할 수 없다(국가공무원법 제65조)²³⁾, 공무원인 교사는 물론 시립학교의 교사도 정당의 발기인이나 당원이 될 수 없으며(정당법 제22조 제1항)²⁴⁾ 이에 위반하는 경우 형사 처분을 받는다(정당법 제53조).²⁵⁾ 또한 공직선거법은 일정한 사람들에게는 선거직의 후보자가 되려고 할 때, 선거일 90일 전까지 그 직을 그만 두어야 한다고 하는데, 여기에 일반 공무원과 교원 모두가 해당된다.

정당법 제53조가 대상으로 하고 있는 여타의 사람들과 또는 정치적인 성격을 띠거나 일정한 임기를 가진 사람들이라 것과 비교해 볼 때도 공무원과 교원 전체를 여기에 포함시킨 것은 심한 불균형을 이루고 있다.

국가공무원법이나 정당법 및 정치자금법은 공무원 및 교사에 대하여 정치적 기본권을 포괄적으로 부정하고 있다. 정당가입을 아예 봉쇄하고 정식 당원이 아닌 사람은 정당에 대하여 당비 명목의 정치자금을 기부 할 수 없도록 규정하고 있다.

2. 헌법재판소 결정례

1) 결정요지 ²⁶⁾

가. 정당 가입 금지조항은 공무원의 정치적 중립성을 보장하고 초·중등학교 교육의 중립성을 확보한다는 점에서 입법 목적의 정당성이 인정되고, 정당에의 가입을 금지하는 것은 입법목적 달성을 위한 적합한 수단이다. 공무원은 정당의 당원이 될 수 없을 뿐, 정당에 대한 지지를 선거와 무관하게 개인적인 자리에서 밝히거나 투표권을 행사하는 등의 활동은 허용되므로 침해의 최수성 원칙에 반하지 않는다.

정치적 중립성, 초·중등학교 학생들에 대한 교육기본권 보장이라는 공익은 공무원이 제한받는 불이익에 비하여 크므로 법익균형성도 인정된다. 또한 초·중등학교 교원에 대하여는 정당 가입을 금지하면서 대학교원에게는 허용하는 것은 기초적인 지식전달, 연구기능 등 직무의 본

선거에 있어서 특정 정당 또는 특정인의 지지나 반대를 하기 위하여 다음의 행위를 하여서는 아니 된다.

22) 국가공무원법 제66조. 공무원은 노동운동 기타 공무 이외의 일을 위한 집단적 행위를 하여서는 아니 된다. 다만, 각령으로 정하는 사실상 노무에 종사하는 공무원은 예외로 한다.

23) 국가공무원법 제65조. 앞쪽 법률 재인용

24) 정당법 제22조 제1항. 국회의원 선거권이 있는 자는 공무원 그 밖의 그 신분을 이유로 정당가입이나 정치활동을 금지하는 다른 법령의 규정을 불구하고 누구든지 정당의 발기인 및 당원이 될 수 있다. 다만, 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 그러하지 아니하다.

25) 정당법 제53조. 제22조(발기인 및 당원의 자격)제1항 단서의 규정을 위반하여 정당의 발기인이나 당원이 된 자는 1년 이하의 징역이나 100만 원 이하의 벌금에 처한다.

26) 헌재 2014.3.27.2011헌바 42

질이 서로 다른 점을 고려한 합리적 차별이므로 평등원칙에 반하지 아니한다.

나. 구 국가공무원법 제65조 제4항은 정치행위 규제조항에 의한 범죄구성요건의 실질을 ‘정당 구성 행위 및 선거운동에 관한 공무원의 능동적·적극적 행위’라고 밝히고 있어 죄형법정주의의 기본적 요청인 법률주의에 위배된다고 볼 수 없다.

국회, 법원, 헌법재판소등 각 국가기관별로 소속 공무원에 대하여 금지하여야 할 정치행위의 내용을 개별적으로 구체화할 필요성이 인정되고, 일일이 법률로 규정하는 것은 입법기술상 매우 곤란하므로 위임의 필요성이 인정된다. 또한 공무원의 정치적 중립성을 훼손할 가능성이 큰 행위에 한하여 금지 될 것임은 충분히 예상할 수 있으므로, 정치행위 규제조항은 포괄위임 입법금지원칙에 위배되지 아니한다고 판시함.

2) 비판

(1) 과잉금지원칙 위배

가. 입법목적의 정당성

정당가입 금지조항은, 공무원이 국민 전체에 대한봉사자(헌법 제7조 제1항)로서 그 임무를 충실히 수행할 수 있도록 정치적 중립성을 보장하고, 초·중등학교 교원이 당파적 이해관계의 영향을 받지 않도록 교육의 중립성을 확보한다는 점에서 그 목적 자체의 정당성은 인정된다.

나. 수단의 적정성

헌법은 대한민국의 주권이 국민에게 있음을 선언하여 국민주권주의를 천명하는 한편 국민이 국가권력을 행사하는 방법으로 대의민주제를 택하고 있다. 대표자에 의해 국가의사가 결정되는 대의민주제가 실현되려면 국민의 의사를 대변하여 국가권력을 위임받으려는 정당의 설립이 자유로워야 하고, 누구든지 자유롭게 정당에 참여할 수 있어야 한다.

이에 헌법 제8조 제1항은 “정당의 설립은 자유이며, 복수정당제는 보장된다.”고 규정하고 있다. 입법자는 정당이 헌법으로부터 부여받은 기능을 이행하는데 필요한 절차적, 형식적 요건을 규정함으로써 정당 설립과 가입의 자유를 구체적으로 형성할 수 있으나, 정당의 설립이나 가입에 대한 국가의 간섭이나 침해는 원칙적으로 허용되지 아니한다. 또 특정집단에 대하여 정당의 설립이나 가입을 금지하는 것은 원칙적으로 정당이 헌법상 부여받은 기능을 이행하기 위하여 필요한 최소한의 조건에 대한 규율에 그쳐야 한다.²⁷⁾

이러한 점에서 정당가입 금지조항이 공무원의 정당가입 자체를 일반적으로 금지하는 것을 수단으로 택하고 있는 것은 입법 재량의 범위를 넘은 것이다. 공무원의 정치적 중립성을 보장하기 위해 공직에서의 정치활동을 제한하는 것으로 충분한데도, 확일적이고 전면적으로 정당가입을 금지하는 것은 공무원의 기본권 주체로서의 지위를 부인하는 것이다.

또한 공무원의 정당가입을 인정한다고 하여 곧바로 정치적 중립성이 훼손되거나 교육의 중립성이 보장된다고 볼 수 없다. 민주주의가 정착된 주요 국가에서 공무원의 정당가입을 금지하고 있는 나라를 찾아볼 수 없는데 이는 공무원의 정당가입을 허용한다고 하여 정치적중성

27) 헌재 1999.12.23.99헌마 135

이 훼손되거나 신뢰가 낮아지지 않는다는 것을 반증한다.

헌법 제31조 제4항이 규정하고 있는 교육의 정치적 중립성은 교육을 받을 권리를 보장하기 위한 것이지 교원의 정치활동을 금지하기 위한 것이 아니다. 교육방법이나 교육내용이 종교적 중파성이나 정치적 당파성에 의하여 부당하게 간섭 받지 않고 가치중립적인 진리교육이 보장되어야 한다는 점²⁸⁾에는 의문의 여지가 없다.

그러나 그렇다고 하여 교원의 종교의 자유를 제한하거나 종교단체 가입을 금지할 수 없는 것과 마찬가지로 교원의 공무원의 정당 가입을 전면적으로 금지하는 등 사적 생활에서의 정치적 자유를 지나치게 제한하는 것은 불합리하고 부적절한 수단이다. 결국 정당가입 금지 조항은 입법목적과 입법수단사이의 인과관계가 불충분하고 공무원의 정당가입의 자유를 제한함에 있어서 갖추어야 할 적합성의 엄격한 요건을 충족시키지 못한 것이다.

다. 침해의 최소성

헌법재판소는 “선거의 공정성을 확보하기 위하여 선거에 대한 부당한 영향력의 행사 기타 선거결과에 영향을 미치는 행위를 금지하여 선거에서의 공무원의 중립의무를 실현하고자 한다면 공무원의 ‘그 지위를 이용하여’ 하는 선거운동의 기획행위를 막는 것으로 충분하며 그 지위를 이 용함이 없이 하는 선거운동의 준비행위를 허용한다. 고해서 그것이 선거에 영향을 미친다” 고는 보이지 않는다. ²⁹⁾라고 판시한바 있다.

정당가입 금지조항은 선거에서의 공무원의 중립의무에 요구되는 것 이상으로 준비행위의 단계에 이른다거나 선거관련 활동으로 평가하기 어려운 정당에의 가입 자체를 일상적으로 금지하고 있으므로 헌법 제37조 제2항의 최소 침해의 원칙에 위반된다.

국가공무원법은 공무원의 대해 법령 준수와 성실한 직무수행의 의무를 규정하고 (국가공무원법 56조) 직무 내외를 불문하고 품위를 유지할 의무를 부과하고 있다(국가공무원법 제63조) 또 정당에 가입하는 것 이외에도 선거에서 특정 정당이나 특정인을 지지 또는 반대하기위한 행위가 금지되는 등 정당 활동이나 선거운동이 금지되고 (국가공무원법 제65조)공무이외의 일을 위한 집단행위도 금지되어 있다.(국가공무원법 제66조)이러한 의무와 금지규정을 위반할 경우에는 징계처분을 할 수 있으며(국가공무원법 제78조)특히 제65조와 제66조 위반 시에는 형사 처분까지 가능하게 하고 있다.(국가공무원법 제84조 및 제84조의 2)

결국 정당금지조항과 같은 별도의 규정을 두지 않더라도 이미 국가공무원법에는 공무원의 정치적 중립성을 확보하고 근무기강을 확립하는 방안이 충분히 마련되어 있다 그럼에도 불구하고 정당가입 금지조항이 공무원의 정당가입을 일반적으로 그리고 사전적으로 금지하고 있다는 점에서도 침해의 최소성 원칙에 위배된다.

라. 법익의 균형성

헌법은 정당의 일반적인 결사의 자유로부터 분리하여 헌법 제8조에 독자적으로 규율함으로써 오늘날 의회민주주의에서 정당이 가지는 중요한 의미와 헌법 질서 내에서 정당의 특별한 지위를 강조하고 있다. 민주적 의사형성과정의 개방성을 보장하기 위하여 정당설립의 자유를 최대한 보호하려는 헌법 제8조 제1항의 정신에 비추어 정당의 설립 및 가입을 금지하는 법률

28) 헌재 1992.11.12.89헌마88

29) 헌재 2008.5.29.2006헌마1096

조항은 이를 정당화 하는 사유의 중대성에 있어서 적어도 ‘민주적 기본질서에 대한 위반’에 버금가는 것이어야 한다.³⁰⁾

공무원의 정당가입자유를 금지함으로써 실현되는 공익은 그 효과에 있어서 매우 불확실하고 추상적이다. 반면 헌법이 보호하는 정당가입의 자유를 박탈함으로써 발생하는 공무원의 기본권에 대한 제약은 매우 크다. 따라서 법익의 균형성도 인정하기 어렵다. 그러므로 정당가입 금지 조항은 과잉금지원칙에 반하여 공무원의 정당가입의 자유를 침해함으로써 헌법에 위반된다.

(2) 평등원칙위배

정당 가입 등 정치활동의 자유가 대학에서의 연구나 교육의 질을 높이는데 유익하다면 초·중등교육의 경우에도 교원의 정치활동의 자유가 교육의 질을 높이는데 도움이 된다고 보는 것이 합리적이다. 초·중등학교와 비교하면 대학에서의 연구기능이 큰 비중을 차지하는 것이 사실이지만 대학교원이 담당하는 교육기능의 비중이 연구기능보다 현저히 적다고 할 수는 없다. 정치적 자유가 교육의 당파적 영향을 미칠 수 있다면 기초 지식 전달의 비중이 높고 교과 과정이 정형화 되어 있는 초·중등교육보다는 교육내용에 재량이 많은 대학교육에서 그러한 가능성이 더 크다고 보아야 한다.

한편 교원이 시민이면 누구나 가지는 정치적 자유를 보장받는다 고 하여 학생들에게 당파적 편향성을 가지고 교육에 임할 것이라고 추정하는 것은 적절하지 않다. 교원에게 종교의 자유가 보장된다고 하여 학생들에게 종교적으로 편향된 교육을 실시하는 것은 아니다. 교원이 교실 밖에서 정당에 가입할 수 있다고 하여 교실에서 정치적으로 편향된 교육을 할 것이라고 보는 것은 논리적 비약이다.

그러므로 초·중등학교 교원이 대학교원에 비하여 학생들과 하는 수업시간이 길고 지도의 기회가 많다는 사정만으로 대학교원과 달리 초·중등학교 교원의 정치적 자유를 더 넓게 제한할 수는 없다. 결국 대학교원에게는 정당가입을 일반적으로 허용하면서 초·중등학교 교원에 대해서는 정당가입을 전면적으로 금지하는 것은 양자사이의 직무내용이나 근무방법의 차이를 감안하더라도 입법재량을 벗어난 현저히 불합리한 차별에 해당한다고 보아야 한다. 따라서 정당가입 금지조항은 평등원칙에도 위배된다.

Ⅲ. 외국의 입법례

현재 OECD 국가 대부분에서 초·중·고등학교 교원 및 교원단체의 정치활동이 허용된다. 영국, 미국, 일본에서는 공무원의 특정 정치활동에 대한 법적 제한규정을 두고 있지만 정당가입은 허용하고 있으며, 다른 유럽 국가들은 정당가입만이 아니라 기타 정치활동에 대해서도 따로 제한규정을 두고 있지 않다.

대부분 유럽국가와 영미권 국가(미국, 캐나다, 호주, 뉴질랜드)에서는 교육 공무원을 포함한 공무원에게 광범한 정치적 자유와 정치활동을 허용하고 있으나, 일본에서는 지방공무원에게 일부 제한적으로 정치활동을 허용할 뿐 국가공무원에게는 거의 모든 정치활동이 제한되고 있다.

30) 현재 1999. 12.23.99헌마 135참조

1. 미국 입법례³¹⁾

해치법(5 U. S. C. §7321)

미국의 공무원, 교원의 정치적 기본권에 관한 법제의 구조와 고유의 작동원리와 관련해서는 판례로 축적된 보통법이 커다란 영향력을 가지고는 있지만 제정법의 양산과 이로 인한

정치적 권리관계의 규율이 강화되는 특징을 갖는 가운데 격동기 20세기의 역사적 굴곡을 거치면서 공무원고용인의 정치적 기본권이 규제위주에서 점진적으로 허용하는 방향으로 선회하고 있음을 알 수 있다. 이러한 의미에서 1939년 처음 도입되어 공무원고용인의 정치활동을 광범위하게 규제해온 “해치법”은 미국 공무원 정치활동 규제와 허용의 “바로메타”로 작용해왔다고 볼 수 있다. 교원은 1945년 NEA등 교원노조(단체)의 집요한 활동으로 국, 공립학교 교원은 해치법상의 정치적 규제대상에서 제외되어 일찍부터 높은 수준의 정치적 자유를 구가하여 왔음을 알 수 있었다. 미국공무원의 정치적 기본권은 1993년 클린턴 행정부의 “해치법” 개정으로 크게 신장하여 분류직 주공무원을 제외하고는 연방 공무원, 연방지원, 주공무원, 비분류직 주공무원(교원포함)간의 차별이 거의 없어지게 되었다.

해치법 개정법의 최대 특징은 공무원의 정치활동을 일반시민과 마찬가지로 인정한 점이다. 즉 일부공무원을 제외한 대부분에 공무원은 근무 중 또는 근무 중이라는 외관을 떠는 경우를 제외하고는 원칙적으로 정치활동의 제약을 받지 않게 되었다는 점이다. 따라서 적법한 활동영역이 확대되었다.

2. 독일 입법례 ³²⁾

1) 독일기본법 제21조 1항 (정당가입) ³³⁾

독일기본법 제21조1항은 자유로운 국민의 정치적 의사참여를 위해 정당설립의 자유를 규정하고 있다. 교육이라는 공무수행과 연관되지 않는다면 독일의 국민으로서 기본법상 자유로운 정치참여를 보장받기 때문에, 독일교원은 기본법 제21조1항에 따라 정당에 가입하여 정당원으로서 활동할 수 있다. 독일기본법 학교법은 성립 당시부터 교원의 정당 활동을 허용하였기 때문에 현재 우리나라처럼 정당 활동의 자유가 교육법상의 쟁점사항이 되지 않았다. 자유민주주의적 기본질서를 지키면 헌법 및 공무원법상 제 의무를 위반하지 않고 한 학교의 중립성을 침해하지 않는 범위에서 교원은 개인의 자유로운 정당 활동을 향유할 수 있다.

2) 독일기본법 제5조 1항(의사표현의 자유) ³⁴⁾

독일기본법 제5조 1항은 “누구든지 말, 글 그리고 그림으로써 자유로이 의사를 표현하고

31) 김경윤, “미국 교원의 정치적 기본권과 시사점”중앙대학교 대학원 박사학위.2012.124면

32) 배건이, “독일교원의 정치활동 자유와 제한”, <한국법제연구원공동학술회의- 법치주의와 교원의 정치활동의 제한>. 2013.5

33) 독일기본법 제21조1항은 “자유로운 국민의 정치적 의사참여를 위해 정당설립의 자유를 규정하고 있다”

34) 독일기본법 제5조 1항“누구든지 말, 글 그리고 그림으로써 자유로이 의사를 표현하고 전파하여 일반적으로 접근할 수 있는 정보원으로부터 방해받지 않고 정보를 얻을 권리를 가진다. 신문의 자유와 방송 및 필름을 통한 보도의 자유는 보장된다. 검열은 금지 된다”

전파하여 일반적으로 접근할 수 있는 정보원으로부터 방해받지 않고 정보를 얻을 권리를 가진다. 신문의 자유와 방송 및 필름을 통한 보도의 자유는 보장된다. 검열은 금지 된다”고 규정하고 있는데 교원은 국가에 대해 자신의 자유권을 주장할 수 있는 시민으로서 독일 기본법 제5조 1항이 보장하고 있는 의사표현의 자유를 통해 자유롭게 정치적 의견을 제시 할 수 있다.

위 기본권은 방어권이자 정치적 참여권적 의미의 주관적 권리이며 민주적, 법치국가의 객관적 질서를 구성하는 요소이기도 하다. 의사표현의 자유 없이 정치적 의사의 예비형성은 불가능하며 자유롭고 개방적인 의견교류에서 말하는 의사표현이란 의사형성에 기여하는 모든 표현을 나타내며, 동의든 비판이든 원칙적인 것이든 비원칙 적이든 간에 자신이 입장표명을 비롯하여 이와 결부되지 않지만 의사형성을 가능케 하거나 그에 영향을 주는 사실전달도 이에 포함한다.

교사는 수업 중 자신의 정치적 견해를 자유롭게 표명 및 지지를 요구 할 수 없다. 학생에게 이를 강요하거나 견해를 지지를 요구할 수는 없다. 학생들은 수업이라는 지식전달 과정을 통해 비판적 사고를 고양시키고 창의적 학문을 습득하면서 헌법국가의 민주적 시민으로 성장한다. 수업은 국가의 미래세대인 학생들의 학습권이 실현되는 공간일 뿐만 아니라, 국가를 유지할 시민의 민주적 교육과정이기 때문에 그에 합당한 전문교사를 수업과정에서 정치적 편향을 배제해야 하며, 위와 같은 교육적 관점을 고려하여 학급 및 성적평가에 있어서 객관적이고 합리적으로 임해야 한다.

3) 독일 기본법 제8조 1항 35) (집회의 자유)

교원은 독일 국민으로서 신고나 허가 없이 평온하게 무기를 휴대하지 않고 집회할 권리를 갖는다(독일기본법 제8조 1항) 집회란 일시적인 소모임이 아닌 기본법 제5조 1항이 의미하는 의사형성에 기여하는 모임으로, 공개적 집회여부와는 상관없이 보호되며, 시위행렬을 포함하는 옥외집회의 경우 법률에 의해 제한될 수 있다(독일기본법 제8조 2항), 교원은 직무상 특수 관계를 떠나 자율적인 시민참여 형태로 얼마든지 정치적 시위나 집회에 참가할 수 있다. 다만 집회장소가 교내인 경우 대학 및 일반학교는 정치 투쟁의 장소가 아닌 학문 및 지식전달이라는 교육목적을 실현하는 중립적 공간으로 보호받아야 하기 때문에 정치적 집회의 규모와 형식에 상관없이 교원의 집회조직 및 참가는 제한된다.

4) 독일기본법 제9조 1항 36) (결사의 자유)

교원은 독일국민으로서 독일기본법 제9조 1항에서 보장하고 있는 단체와 조합을 결성할 권리를 갖는다. 결사를 조직하는 것은 정치적 의사형성을 발전시키고 전달하는 주요수단이 되기 때문에 제8조 집회의 자유와 마찬가지로 제5조 정치적 의사표현의 자유 실현을 위한 보충적 기능을 수행한다. 교원은 적극적 결사의 자유를 비롯해 국가의 외압 또는 교권관계의 강요에 의해 결사의 조직 및 참여에 동원되지 않을 소극적 결사의 자유도 갖는다.

5) 독일기본법 제33조 37)(정치적 중립의무)

35) 독일기본법 제8조 1항. 모든 독일인은 신고나 허가 없이 평온하게 무기를 휴대하지 않고서 집회할 권리를 갖는다.

36) 독일기본법 제9조 1항 모든 독일인은 단체화 조합을 결성할 권리를 갖는다.

독일기본법 제33조에 의하면 “공직근무법은 직업공무원제의 전통적인 제원칙을 고려하여 규정하여야 한다.”고 되어 있는데 여기서 의미하는 ‘전통적인 원칙’은 직업공무원제의 본질과 구조에서 나오는 것이다. 교원은 정치적 중립의무는 우리나라처럼 교원의 정당가입 또는 정치 활동을 포괄적으로 제한하는 것을 의미하지 않는다.

교원의 정치활동은 원칙적으로 보장되지만 교육이라는 공적 직무와 연관될 경우 그 중용과 자체유지 차원에서 중립의무에 따라 제한이 가능하다. 교원은 학생의 학습권을 보호하는 인적 주체로서 정치적 중립성 유지를 위해 노력해야만 한다. 학생의 학습권 보호는 부모의 교육권을 위임받아 교육을 수행하는 교원에게 부여된 직무상 의무이므로, 교원의 정치적 중립은 직무상 특수성에 기한 제한 근거라 할 수 있겠다.

3. 일본 입법례³⁸⁾

1) 교육기본법 제14조³⁹⁾

교육기본법 제14조에서 “정치교육”의 규정을 두고 양식 있는 시민이 되기에 필요한 정치적 교양은 교육상 이를 존중해야 한다”고 하여 정치적 교양의 필요성을 주창하면서 제2항에서 “법률에서 규정하는 학교는 특정 정당을 지지하거나 이에 반대하는 정치교육 기타 정치 활동을 해서는 안 된다”고 하며 교육의 정치적 중립의 원칙을 확인하고 있다.

2. 교육공무원 특별법⁴⁰⁾

이법에서 교육공무원은 대부분 지방공무원이던 것을 정치 활동의 금지에 관해서는 국가공무원 규정에 따르도록 규정하였다. 이 교육공무원특별법의 일부개정안 목적은 종래 지방공무원으로서 신분상 취급되었던 공립학교의 교원을 그 정치적 활동의 면에 있어 국가공무원과 나란히 하려는 것이다. 따라서 지방공무원으로서도 지방공무원 제36조 단서에 의해 일반지방공무원과는 구별되었던 일정범위에서 정치행위가 허용된 공립학교교원이 1954년부터 일반 지방공무원과 같지 않고, 국가공무원과 같은 제한을 받게 되었다. 공무원특별법 제18조(공립학교의 교육 공무원의 정치적 행위의 제한)에서 공립학교의 교육공무원의 정치적 행위의 제한은 당분간 지방공무원법 제36조에 규정에 불구하고 국가공무원의 의해 의한다고 규정한다.

3. 임시조치법⁴¹⁾

의무교육 제 학교에 있어서의 교육의 정치적 중립의 확보에 관한 임시조치법은 교육기본법의 정신에 따라, ‘의무 교육 제학교의 교육을 당파 세력의 부당한 영향력이나 지배로부터 지키고, 이로써 의무 교육의 정치적 중립을 확보함과 동시에 이에 종사하는 교육 직원의 자주성

37) 독일기본법 제33조 (정치적 중립의무)

38) 손형섭 “일본의 법치주의와 교원의 정치활동의 제한”, 법치주의와 교원의 정치활동의 제한, 한국법제연구원

39) 교육기본법 제14조에서 “정치교육”의 규정을 두고 양식 있는 시민이 되기에 필요한 정치적 교양은 교육상 이를 존중해야 한다,

40) 교육공무원특별법은 교육공무원은 대부분 지방공무원이던 것을 정치 활동의 금지에 관해서는 국가공무원 규정에 따르도록 규정하였다.

41) 임시조치법의무 교육 제학교의 교육을 당파 세력의 부당한 영향력이나 지배로부터 지키고, 이로써 의무 교육의 정치적 중립을 확보함과 동시에 이에 종사하는 교육 직원의 자주성을 옹호하는 것”을 목적으로 제정되었다.

을 옹호하는 것'을 목적으로 제정되었다.

일본도 우리와 같이 교원의 정치적 활동을 법으로 제한하고 있다. 교육기본법과“정치적 교양”의 중요성을 주장하고 있으나, 특정 정당을 지지하거나 이에 반대하는 정치 교육 기타 정치 활동을 금지하고 있다. 또한 “교육공무원특별법”과 임시 조치 법률“에서 교원의 정치활동을 금지하고 있다. 이것은 우리 법제와 유사하면서도 다소 차이를 보이고 있다.

VI. 정치적 기본권 제한에 대한 문제제기 및 개선방안

1. 입법배경

1949년 8월 12일 제정된 국가공무원법 제37조에서“공무원은 정치운동에 참여하지 못하며 공무 이외의 일을 위한 집단적 행동을 하여서는 아니 된다.”는 원칙규정을 두고 별다른 벌칙조항을 설정하지 않았다.

정치활동금지라는 법규범이 선언적 수준 혹은 공무원의 모든 행동 자체를 구속하는 강행규범으로서의 성격은 부여되지 않았던 것이다. 하지만 이런 규율은 박정희정권이 들어서면서 달라진다.

박 정권은 쿠데타 이후 당시 입법기능을 장악하고 있었던 국가재건최고회의를 통해 1963년 4월 17일 기존의 국가공무원법을 폐지하고 새로운 국가공무원법(법률 제1325호, 1963.6.1. 시행), “선거에 있어서 특정정당 또는 특정인의 지지나 반대를 위하여”투표참여 또는 불참의 권유운동이나 서명운동 기도·주재·권유·문서나 게시, 기부금 모집, 정당 등에서의 가입·불 가입의 권유 등의 행위를 하지 못하도록 하였다.⁴²⁾

또 이를 위반할 때 1년 이하의 징역 또는 300만원의 이하의 벌금에 처하는 벌칙조항(국가공무원법 제66조)을 추가하였다. 공무원의 정치활동이 공무원의 직무책임의 수준을 넘어 공무원의 모든 정치활동을 원천적으로 불법화하고 그에 대한 형사벌적 책임을 부과하는 강행규정으로 그 성격을 변환시키면서 한편으로는 공무원의 정치적 기본권 자체를 법률의 형식을 통해 박탈해 버린 것이다. 그리고 이런 규정을 빌미로 탈정치화, 혹은 정치영역에서의 국민배제라고 하는 권위주의적 국가체제를 고착시켜 나갔다.

우리사회에서 과거 권위주의 정권 시대에 정책홍보를 위해 총동원되었던 시대에 공무원의 정치적 중립성이 강조된 것이다. 헌법 제37조 제2항의 기본권 제한에 해당하지 않는다면 당연히 기본권을 보장받아야 한다. 그런 측면에서 국가공무원법, 교원법에서 정치활동과 집단행위 금지를 한 것은 제고해야 한다. 공무원 복무규정에서 법률의 명확한 위임이 없음에도 불구하고 개개인의 권리를 제한 한 것은 헌법에 위반되는 것이다.

현재 헌법이 보장하는 교사의 정치적 중립은 부당한 권력으로부터 교육과 교사를 보호하기 위한 것이다. 교육과 교사가 정권의 이데올로기 수단으로 이용되었던 부끄러운 역사의 반성에서 출발한 것이다. 4.19이후 헌법에서 보장하고 있는 교사의 '정치적 중립'이라는 권리를 교사의 정치기본권을 제약하는 근거로 삼으려는 것은 교육과 교사를 여전히 정치적인 도구로 활용하려는 정치권력의 힘의 논리 일 뿐이다.

42) 노순일, “공무원과 교사의 정치적 기본권에 관한연구” 건국대학교 대학원, 박사학위, 2013.2.37~38면

2. 문제제기

1) 교사의 정치적 기본권과 정치적 중립성

헌법 제31조 4항에는“교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장 된다”고 명시되어 있다. ‘보장’이란 말이 무색하게도 한국 사회에서는 교사를 포함한 공무원의 정치활동은 구체적‘의무’의 차원에서 금지되어 있다.

헌법 제7조 제1항에서는 국민 전체에 대한 봉사를 강조함과 더불어 제7조 제2항에서는 정치적 중립성을 명시적으로 요청하고 있는 것이다. 물론 헌법 제7조 제1항의 적용을 받은 공무원의 범위와 제7조 제2항의 적용을 받는 공무원의 범위는 다르다. 전자는 공직수행을 담당하는 가장 넓은 의미의 공무원이라고 해석되는 반면에 후자는 정치적 중립성과 신분보장이 요구되는 직업공무원에 한정되는 것으로 해석되는 것이다.

헌법 제7조 제2항을 근거로 공무원의 정치활동은 전면적으로 금지된다는 주장도 설득력이 약하다. 문제의 핵심은 공무원의 직무수행에 있어서의 정치적 중립성이 확보되어야 한다는 점이다. 우리나라 공무원은 공직에서 뿐만 아니라 사적개인으로서는도 정치적 권리를 보장받지 못하므로 결국 교사직을 그만두지 않는 한 헌법적 권리를 보장받지 못한다.

법 이론으로도 공무원의 정치적 중립성에 대한 조항은 이미 여러 차례 비판이 제기된 바 있다. 정치적 중립성에 대한 지나치게 협소한 이해, 공무원이 민주사회의 시민이기도 하다는 ‘이중적 지위성’을 전혀 인정하지 않는다는 점 등이 주된 이유다.

헌법상 규정된 공무원의 정치적 중립성에 관한 규정을 공무원의 정치적 침묵이나 정치적 위위를 강제하는 규정으로 해석하는 것은 잘못이다. 자칫하면 중립성의 의미를 공무원의 정치적 의사표현의 자유를 과도하게 제한하는 방향으로 해석할 수 있으므로, 정치적 중립의 해석은 특히 기본권과의 조화로운 해석이 필요하다고 본다. 그런데 아직도 우리 헌법학계는 공무원의 정치적 중립을 ‘집권당의 영향으로부터 독립과 정당에 대한 불간섭, 불 가담을 의미하는 소극적 중립’을 뜻하는 것으로 이해하는 것이 일반적이다.⁴³⁾

2) 교사의 정치적 기본권 관련 쟁점

교육의 정치적 중립과 관련하여 가장 문제가 되는 것은 법률적 쟁점은 교사의 정치활동에 대한 제한이다. 우리 헌법은 공무원의 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다고 규정하고 있으며, 이에 근거하여 국가공무원법에서 광범위하게 공무원의 정치운동 내지 정치적 행위를 금지하고 있다.

법률은 공무원에게 단지 그 공무원 신분만을 이유로 하여 광범위한 의무를 부과하고 있다. ‘정치운동 금지의무’(국가공무원법 제65조), 법령을 준수하며 성실히 직무를 수행하여야 하는 성실의무(국가공무원법 제56조)⁴⁴⁾, 품위유지의무(국가공무원법 제63조)⁴⁵⁾등이 그것이다.

문제는 공무원에 대한 법률상의 이러한 포괄적 의무가 공무원의 헌법적 권리를 압도하고 있

43) 안주열, “공무원의 정치적 중립성에 관한 헌법적 고찰”, <한국자치행정학보> 제23권, 8면

44) 국가공무원법 제56조. 모든 공무원은 법령을 준수하며 성실히 직무를 수행하여야 한다.

45) 국가공무원법 제63조. 공무원은 직무의 내외를 불문하고 그 품위가 손상되는 행위를 하여서는 아니 된다.

다. 헌법은 공무원 신분 또는 공무를 수행하는 직무를 이유로 하여 공무원에게 그리고 곧 교사에게 기본권을 제한할 수 있는 별도의 기준을 예정하고 있다.

그렇다면 교사에게 부여되는 각종의 포괄적인 법률상 의무는 기본권 보호영역에 대해서는 효력을 미치지 못하는 것으로 보아야 한다. 그렇지 않다면 그것이야말로 법률이 헌법을 정면으로 거스르는 일이기 때문이다. 다시 확인하건대 그것은 신분에 의한 차별이자 기본권 박탈이며, 모호하기 때문에 무효 또는 축소 적용되어야 한다. 이러한 위헌적 관행이 계속되기 때문에 국회는 법률개정을 통하여 이러한 의무의 내용을 필요최소한의 범위에서 구체적으로 명시해야 할 것이다.

(1) 공무원 교사의 공무 담임권⁴⁶⁾

공무원과 교사가 선거권을 행사하는 데에는 특별한 제약이 없다. 제약은 피선거권에 있다. 특히 교수와 차별된다. 공무원과 교사는 공직선거의 후보자가 되기 위해서는 선거일 전 90일까지 그 직을 그만 두어야 한다.(공직선거법 제53조 제1항 제1호 및 제7호)⁴⁷⁾

공무와 교육 활동의 공백을 막기 위하여 대안을 마련해야 할 필요성은 수긍 할 수 있다. 그렇지만 그러한 사정은 대학도 마찬가지이므로 교사와 교수를 차별화 합리적 이유는 없다. 그렇다고 교수에게도 이러한 부담을 지우는 것은 공무담임권 침해이며, 하향평등의 불합리한 결과를 낳을 뿐 아니라 기존 권익을 침해하기도 하다.

(2) 노동자로서의 정치적 기본권

공무원과 교사도 노동자이다. 모든 노동자는 정치경제적 조건을 개선하기 위하여 노동조합을 결성하여 정치적 활동을 할 수 있어야 한다. 그런데 ‘공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률’ 제4조와 ‘교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률’ 제3조는 조합원과 노동조합의 정치활동을 금지하고 있다. 그러나 노동에 관계된 경제적 조건의 개선은 입법의 문제, 더 나아가 정치적 문제인 점에서 노조의 정치적 활동을 넓게 보장하여야 한다. 그렇기 때문에 일체의 정치활동금지와 같은 절대적 금지는 단결권의 본질적 내용에 대한 침해에 해당한다. 노조의 정치활동을 최대한 보장하되, 매우 예외적으로 구체적인 경우에 한하여 제한할 수 있도록 하는 것이 헌법에 부합한다.

(3) 정당가입·활동의 자유

공무원과 교사는 정당이나 그 밖의 정치단체의 결성에 관여하거나 이에 가입할 수 없다(국가공무원법 제65조)⁴⁸⁾ 또한 정당의 발기인이나 당원이 될 수도 없으며 (정당법 제22조 제1항 단서), 이에 위반하는 경우 형사처벌을 받는다(정당법 제53조). 상대적으로 그 제한이 완화되는 경제적 기본권인 직업의 자유조차 직업선택의 자유와 직업수행의 자유에 대하여 단계이론의 법리가 적용된다. 그렇다면 교사의 정당가입의 자유만큼은 전면적으로 허용되어야 한다.

46) 헌법 제25조. 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 선거권을 가진다.

47) 공직선거법 제53조 제1항 제1호 및 제7호. 국가공무원법 제2조(공무원의 구분)에 규정된 국가공무원과 「지방공무원법」 제2조(공무원의 구분)에 규정된 지방공무원. 다만, 「정당법」 제22조(발기인 및 당원의 자격)제1항 제1호 단서의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 있는 공무원(정무직공무원을 제외한다)은 그러하지 아니하다. 7호 「정당법」 제22조제1항 제2호의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 없는 사립학교교원

48) 국가공무원법 제65조. 앞 논문 재 인용

정당 활동을 제한하는 경우는 공무와 교육의 직무행위에 대하여 중대하고 명백한 위해가 되는 경우에 한정해야 한다.

국가 공무원법 복무규정 제27조 제1항 제1호는 국가공무원법 제65조의 정치적 행위에 대하여 ‘정당의 조직·조직의 확장 기타 그 목적 달성을 위한 것’이라고 규정하고 있는데, 규정은 예외적인 경우에 한하여 직무관련시간·공간·행위양태 등을 구체적으로 특정하여야 할 것이다.

모든 국민이 누구하나 예외없이 설령 미성년자라고 하더라도 그가 원하면, 정당에 가입할 수 있는 자유를 보장해야 한다. 그러나 정당법 제22조 제1항은 발기인 및 당원의 자격을 ‘국회의원 선거권이 있는 자’에게 한정하고 있다.

정당 설립과 가입의 자유는 복수정당제를 실질적으로 보장(헌법 제8조 제1항) 하는 방법이기도 하다. 정당의 자유 측면에서 보면 정당은 당원을 보유할 권리를 가진다. 그런데 공무원의 교사이기 때문에 정당의 구성원이 될 수 없다는 제약을 받는다면 그것은 헌법이 보장하는 정당의 특권을 무의미하게 만든다.

(4) 선거운동의 자유

공직선거법은 선거운동을 할 수 없는 자를 광범위하게 규정하고 있다.(공직선거법 제60조 제1항)⁴⁹⁾ 예를 들면 대한민국 국민이 아닌 미성년자 등이며, 공무원과 교사 또한 여기에 포함되어 있다. 공무원 기타 정치적 중립을 지켜야 하는 자에게는 선거에 대한 부당한 영향력의 행사 기타 선거 결과에 영향을 미치는 행위를 하지 못하도록 금지하고 있다(공직선거법 제9조 제1항). 더욱이 선거운동을 할 수 있는 기간 또한 제한되어 있다.(공직자선거법 제59조)⁵⁰⁾

3. 개선방안

1) 교사의 정치적 기본권 보장

공무원과 교원 역시 직무와 관련한 정치적 중립성을 훼손시키지 않는 범위 내에서 정치적 기본권을 보장 받아야 한다. 특히 지위를 이용하지 아니한 행위에 대해서까지 선거운동 금지를 적용하는 것은 위헌이라는 헌재결정⁵¹⁾ 취지에 따라 현행법령의 개정이 불가피한 상황이므로 이에 본 개정안은 헌법재판소 결정을 존중하여 금지되는 정치활동 범위를 ‘그 지위를 이용’한 행위로 한정하고 그 밖에 정치적 기본권을 과도하게 제한하고 있는 지나치게 포괄적이고 불명확한 개념을 명확히 하고자 한다.

(1) 헌법 제31조 4항 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장한다. 모든 국민은 법 앞에 평등하며 헌법 제11조의 대전제 하의 누구도 차별받지 않을 권리를 가진다. 또한 헌법 31조에 의하면 정치적 중립성은 자주성·전문성·

49) 공직선거법 제60조 제1항. ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 선거운동을 할 수 없다. 다만, 제1호에 해당하는 사람이 예비후보자·후보자의 배우자인 경우와 제4호부터 제8호까지의 규정에 해당하는 사람이 예비후보자·후보자의 배우자이거나 후보자의 직계존비속인 경우에는 그러하지 아니하다

50) 공직선거법 제59조. 선거운동은 선거기간 개시일 부터 선거일 전일까지에 한하여 할 수 있다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다

51) 헌재 2006 헌마 1096

대학의 자율성과 함께 우리 헌법에서 보장하는 권리이다. 만약 의미가 ‘의무라면 보장한다. 고하지 않고 ‘부여 한다’라고 했을 것이다. 그래서 헌법 제31조 4항의 보장한다는 의미는 의무가 아니다.

(2) 독일기본법 제21조 제1항(정당가입)은 자유로운 국민의 정치적 의사참여를 위해 정당 설립의 자유를 규정하고 있다. 교육이라는 공무수행과 연관되지 않는다면 독일의 국민으로서 기본법상 자유로운 정치활동을 보장받기 때문에 독일교원은 기본법 제21조 제1항에 따라 정당에 가입하여 정당 당원으로서 활동할 수 있다.

이와 같이 우리나라도 공무원 및 교사도 정당가입이 자유로울 수 있도록 제한되어 있는 법조항들을 개정해나가야 한다.

(3) 1974년 개정된 미국‘연방선거법’은 주 및 지방공무원에게 ① 정치문제 및 입후보자에 대한 자유로운 견해 표시 ② 강제를 수반하지 않는 특정 정당 자금의 유인 및 공여 ③ 당 활동에의 적극적 참여 ④ 특정당 후보를 위한 선거활동을 허용 한 것과 같이 우리나라 정당법 및 제한을 두고 있는 국가공무원법의 제 개정을 통한 정치적 기본권을 보장하여야 한다.

(4) 독일기본법 제33조(정치적 중립의무)에 의하면‘공직근무법은 직업공무원제의 전통적인 제원칙을 고려하여 규정하여야 한다.’고 되어 있는데 여기서 의미하는‘전통적인 원칙’은 직업공무원제의 본질과 구조에서 나오는 것이다.

교원은 정치적 중립의무는 우리나라처럼 교원의 정당가입 또는 정치활동을 포괄적으로 제한하는 것을 의미하지 않는다. 교원의 정치활동은 원칙적으로 보장되지만 교육이라는 공적 직무와 연관된 경우 그 중용과 자체유지 차원에서 중립의무에 따라 제한이 가능하다. 교원은 학생의 학습권을 보호하는 인적주체로서 정치적 중립성 유지를 위해 노력해야만 한다.

2) 국가공무원법·정당법·정치자금법 입법 개선

(1) 공무원과 교원 역시 직무와 관련한 정치적 중립성을 훼손시키지 않는 범위 내에서 정치적 기본권을 보장받아야 한다. 특히 지위를 이용하지 아니한 행위에 대해서까지 선거운동금지를 적용하는 것은 위헌이라는 헌재 결정(헌재 2006헌마1096) 취지에 따라 현행 법령의 개정이 불가피한 상황이다. 이에 헌법재판소 결정을 존중하여 금지되는 정치활동과 범위를‘그 지위를 이용’한 행위로 한정하고 그 밖에 정치적 기본권을 과도하게 제한하고 있는 지나치게 포괄적이고 불명확한 개념을 명확히 하고자 한다.

개념이 지나치게 포괄적이고 불명확한 국가공무원법 제65조 1항⁵²⁾‘정당 기타 정치단체’, 국가공무원법 제65조 2항 5호⁵³⁾‘정당이나 그 밖의 정치 단체’를 삭제하고‘정당’으로 개정한다. 두 번째 공직선거법과 국가공무원법 제65조 제1항부터 제3항까지 정치운동에 대해 규율하고 있으므로, 제4항에서 별도로 규정하고 있는 ‘정치적 행위’를 삭제한다.(제65조 제4항 삭제)

교원노조법과 공무원노조법 시행 취지를 반영하여 국가공무원법 제66조 1항‘노동운동이나

52) 국가공무원법 제65조 1항. 앞 논문 참조

53) 국가공무원법 제65조 2항, 5호. 앞 논문 참조

그 밖에'를 삭제하고, 집단행동의 범위를 명확히 하기 위해'근무시간 중에는'을 추가하여 시간적 범위를 확장하고, 대법원 판례에 따라'공의 목적에 반하거나 직무집행을 해태하는'을 명시한다.(국가공무원법 제66조 제1항) 공직선거법 제86조 제1항 제2호'지위를 이용하여 선거운동의 기획에 참여하거나 그 기획의 실시에 관여하는 행위 조항을 '지위를 이용할시에는 해당 행위를 하는 것을 금지하도록 개정한다.

(2) 정당법 입법 개선

'공무원, 교원 및 그 밖에 공무원의 신분을 가진 자를 정당의 발기인 및 당원이 될 수 있게 허용하는 것인데, 정확하게 말하면 금지를 해제하는 것이다. 다만, 일정 연령 이상의 청소년에게도 정당의 발기인 및 당원이 될 수 있는 자유를 인정하는 것이 바람직하다.

정당법 제22조 제1항 '국회의원 선거권이 있는 자는 공무원 그 밖에 그 신분을 이유로 정당 가입이나 정치활동을 금지하는 다른 법령의 규정에 불구하고 누구든지 정당의 발기인 및 당원이 될 수 있다. 다만 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 그러하지 아니한다.'를 공무원, 교원 그 밖에 공무원의 신분을 가진 자를 정당의 발기인이 및 당원이 될 수 있게 허용하도록 한다.(정당법 제22조의 제1항 제2호, 고등교육법 제14조 제1항, 제2항에⁵⁴⁾ 따른 교원은 제외한 사립학교의 교원을 허용 한다 로 개정한다.

(3) 정치자금법 입법 개선

정치자금법 제8조 1항 누구든지 자유의사로 하나 또는 둘 이상의 후원회의 회원이 될 수 있다. 다만 제31조(기부의 제한) 제1항의 규정에 의하여 기부를 할 수 없는 자와 '정당법' 제22조(발기인 및 당원의 자격)의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 없는 자를 그러하지 않는다. 조항을 삭제한다.

V. 결론

정치적 기본권은 자유 민주주의의 핵심이다. 이러한 광범위한 제한을 하면서 민주주의를 논한다는 것은 어불성설이다. 포괄적인 교사의 정치적 권리 제한은 헌법위반이며, 예외 없는 정치적 권리의 보장이 필요하다.⁵⁵⁾

우리나라는 아직도 교사의 정치적 기본권을 과도하게 침해하는 법제를 유지하고 있다. 보수적인 법원과 특권적 지위를 유지 하려는 고위 관료들의 입장의 반영이기도 하다. 그러나 냉정과 파시즘의 유물인 교사 공무원의 정치적 중립의무를 민주화된 현시점에서까지 유지한다는 것은 정치적 이해득실을 떠나 기본적인 정치적 권리를 공무원에게도 보장해주어야 한다.

입법적 근거는 헌법이 되어야 한다. 직무 중의 정치활동은 공무원법상의 의무 조항을 통해 제한 할 수 있다. 그러나 직무 외의 시간과 직무공간을 벗어나 정치적 활동에 대해서는 폭 넓은 자유를 인정해야 한다.

전국교직원노동조합의 '탄핵무효 시국선언'에 이어 2012.4 국회의원총선거 직전에 전국공무

54) 고등교육법 제14조 제1항, 제2항. ① 학교(각종학교는 제외한다. 이하 이 조에서 같다)에는 학교의 장으로서 총장 또는 학장을 둔다.② 학교에 두는 교원은 제1항에 따른 총장이나 학장 외에 교수·부교수·조교수 및 강사로 구분한다.

55)임재홍.“공무원의 정치적중립의무 비판-미국공무원법제외의 비교법적 검토”<민주법학>제32호.2006. 265-266면

원노동조합이 민주노동당을 지지하는 입장을 표명하였다. 이것은 일률적이고 획일적인 금지로 묶여 있었던 공무원의 정치활동 영역에 새로운 변화를 추구하고자 하는 공무원 노조 측의 시도였다. 하지만 이러한 노력에 대해 정부는 법 규정 위반을 이유로 단호히 대처하겠다는 반응을 보였다.

교사의 정치적 기본권인 정당 활동을 과도하게 제한하고 있는 국가공무원법·정당법·정치자금법은 교사의 정치권을 제한하고 있는 3대 악법이라 할 수 있다. 3대 악법의 헌법적 근거를 찾기 위해 제헌헌법부터 최근까지의 판례와 정치적 기본권에 관한 여러 자료와 관련 논문들을 살펴보았다. 그래도 ‘민주주의법학 연구회’에서 꾸준히 교사의 정치적 기본권을 보장하려는 시도와 입법 제안들을 제시하고 있다는데서 그나마 안도감이 든다.

본 논문에서는 미국, 독일에서 교사의 정치적 기본권을 광범위하게 보장하고 있는 입법사례들을 통해 우리나라 실정에 맞는 교사의 정치적 기본권을 보장하려는 법안들을 시도해보았다. 교사의 정당 활동을 제한하는 3대 악법인 국가공무원법, 정당법·정치자금법에서 정치적 기본권을 제한하는 입법조항들을 삭제하려는 현실적인 노력과 법률 개정안들이 통과되어 교사의 정치적 기본권을 보장하여 교사의 정당 활동을 제한하고 있는 장애물들이 속히 제거되기를 간절히 바란다.

<참고문헌>

- 강경선·서경서 공저, 「헌법의 기초」, 한국방송대출판부, 2011.
- 강경선, 「헌법사항에 대한 재고찰」, 2001.
- 강경선, 「교육권과 교원노조」, <민주법학>, 4권, 민주주의 법학연구회, 1990
- 김지훈, 「공무원의 노동기본권, 그 보장과 한계」, <법과사회>, 12권, 법과사회이론학회.
- 김정례, “헌법상 교육 관련 조항 분석”, CEO 리포트, 2010.3
- 김재기, 공무원노동기본권의 허용범위에 관한 경험적 연구, 한국사회와 행정연구, 02.2, 제12권 제4호.
- 김효전, “유진오, 헌법해의”, 『법치주의와 교원의 정치활동제한』 서평특집: 한국의 법학명저, 서울대학교 법학 제48권 제3호.
- 개회열, “헌민 유진오의 사상과 헌법 제정에서의 역할”.
- 김병철, “공무원 노동기본권 보장에 관한연구 下”.
- 김경윤, “미국 교원의 정치적 기본권과 시사점”, 중앙대학교 대학원 박사학위, 2012.2
- 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2010년판.
- 노기호, “중등교사의 정당가입 및 선거운동 금지 등의 위헌 여부”, 고시계, 2007.07
- 노순일, “공무원과 교사의 정치적 기본권에 관한 연구”, 건국대학교대학원 박사학위, 논문, 2003
- 노동부 노사정책국, 공무원 노동기본권 관련 입법계획(노동부안), 노사포럼
- 배건이, “독일교원의 정치활동 자유와 제한”, 한국법제연구원
- 손형섭 “일본의 법치주의와 교원의 정치활동의 제한”, 법치주의와 교원의 정치활동의 제한, 한국법제연구원
- 안주열, “공무원의 정치적 중립성에 관한 헌법적 고찰”, <한국자치행정학보> 제23권,
- 이계수, “공무원의 정치운동금지의무에 대한 비판적 고찰”, <민주법학> 제29권, 2005.
- 장영수, “공무원의 정치적 기본권 보장 범위의 확대와 그 전제조건”, 안암법학회, <안암법학>, 2012
- 조 국, “초·중·고등학교 교원의 정치활동의 범죄화 비판”, <형사정책>, 24권, 한국형사정책학회, 2012.
- 전학선, 「프랑스 교육제도와 교원의 정치활동의 자유」, 세계헌법연구 제19권 3호
- 신 인, “한국공무원의 노동기본권”, 한일법학연구
- 장영수, “공무원의 정치적 기본권”, 2012.1.26.
- 이상민, “통합공무원 노조의 민노총 가입은 정당하다”, 미래전략연구원 이슈와 대안, 09.10.14
- 이상윤, “영미법” 서울, 박영사, 2001.
- 오동석, “교사의 정치적 기본권”, 아주대법학전문대학원.
- 참여연대 의정감시센터 노동사회위원회 공동주최 좌담회, 「공무원 교원과 정치적 기본권 공개 좌담회」
- 허종렬, “헌법상 교원 및 교원단체의 정치적 기본권 보장”, 교육법학연구 제10호, 1998.
- 한상우, “기본권 제한의 입법적 한계-정당가입 자유의 제한을 중심으로”, <법제논단>, 2003.5
- 허종렬, “헌법상 교원 및 교원단체의 정치적 기본권 보장”, 대한교육법학회<교육법학연구>, 1998
- 황선영, “교원의 정치활동에 관한 교원의 인식” 한국교원대학교 대학원, 2008년 2월

교사의 정치적 기본권 제한의 검토

팀 명 : 법사공 2
경기지역대학 법학과
최선범 201421-120793
오창운 201421-110143
박연숙 201421-120157
박경의 201244-241085

목 차

I. 서론

II. 교육의 정치적 중립성의 의미

III. 교사의 정치적 기본권 제한의 검토

1. 정치적 기본권의 제한 논리
 - 1) 특별권력관계의 공무원으로서 교사
 - 2) 국민전체에 대한 봉사자로서 교사
 - 3) 미성숙한 학생을 교육하는 교사
2. 헌법재판소 결정에 대한 검토
3. 비교법적 검토
 - 1) 미국
 - 2) 일본
 - 3) 영국
 - 4) 독일
 - 5) 기타국가

IV. 결론

※ 참고문헌

I. 서론

우리나라 초·중등교원들은 공무원이라는 신분으로 공무원에게 부과된 ‘공무원의 정치적 중립성’ 의무 헌법 제7조 제2항과 그들이 수행하는 교육이라는 직무의 특수한 속성 때문에 부과되는 ‘교육의 중립성’ 의무 헌법 제31조 제4항의 두 가지 규정에 근거하여 정치적 자유가 제한되어 정당가입 및 활동, 선거운동 및 공직후보자 출마 등과 같은 정치활동을 할 수 없도록 하고 있다.

오늘날 대부분의 민주주의 국가에서는 교육의 ‘자주성과 전문성’ 및 ‘정치적 중립성’ 보장을 헌법 및 교육법상의 원칙으로 선언함으로써 그 보장에 노력하고 있다. 그러나 우리나라 초·중등교원은 그동안 이러한 원칙에도 불구하고 외부적인 정치세력이나 단체의 영향 아래, 그 스스로의 자주성과 전문성을 보장받지 못한 채 운영되어 왔으며, 특히 특정 권력집단의 이데올로기적 이념이나 편향적인 가치관을 학교 교육이라는 제도적 틀 속에서 여과 없이 주입하는 전달자에 불과하였다. 이러한 경향은 결국 자유로운 개성의 발현과 인격의 신장 및 독창성과 창의력 개발이라는 교육환경과 배치되어 왔으며, 나아가 아동과 학생의 학습권을 보장하고 학부모의 자녀교육권을 실현하기 위하여 필연적으로 요구되는 교원의 교육권조차 제대로 보장되지 못하는 결과를 낳게 하였다. 이런 교육의 제도적 폐해를 법리적으로 시정하고 차단하기 위하여 등장한 헌법상의 원칙이 바로 ‘교육의 자주성과 전문성 및 정치적 중립성’의 보장이다. 교육의 자주성과 전문성의 보장은 학생의 학습권과 학부모의 교육권을 실현하기 위하여 요구될 뿐만 아니라, 교육의 이념과 목적을 실현하기 위해서도 절대적으로 요구되는 원칙이다.

최근 헌법재판소는 2014년 3월 27일 정당법 제22조, 국가공무원법 제65조 등 위헌소원에서 합헌이라는 결정을 내렸다.¹⁾ 결정문에서는 정치행위 규제 조항에 대해서는 전원이 합헌의견으로 일치하였지만, 정당가입 금지 조항에 대해서는 합헌5 대 위헌4로 재판관의 의견이 나뉘었다. 이 헌법재판소의 결정에 대해 전국교직원노동조합과 전국공무원노동조합은 교원과 공무원의 정치적 중립성 보장은 교원과 공무원이 집권 세력에 이용되는 것을 방지하기 위한 취지이지 교원과 공무원의 정치적 기본권을 제한하기 위한 것이 아니라며, 교원과 공무원의 정당 가입을 전면 금지하는 것은 권위주의 시대의 산물로서 이번 헌법재판소의 결정은 시대착오적인 결정이라고 비판하고 있다.

학계에서는 교육의 자주성과 전문성을 보장하기 위해서는 교육의 정치적 중립성이 요구되며, 그 실현을 위한 구체적인 내용 중의 하나로 교원의 정치적 기본권을 제한하는 것이 일반적인 경향으로 여겨진다. 그러나 교원 또한 일반국민의 한 사람으로서 헌법상 보장되는 정치적 기본권을 향유할 권리가 있음은 의문의 여지가 없으며, 특히 국가공무원을 비롯한 일반 시민들의 정치 참여가 점점 확대되어 가고 있는 최근의 경향에 비추어 보더라도 무조건적인 교원의 정치적 기본권의 제한은 옳바르지 않은 것으로 여겨진다. 따라서 교육의 정치적 중립성과 교원의 정치적 기본권의 보장이라는 두 헌법적 가치의

1) 헌법재판소, 2011헌바42결정, 참조. : 이 결정의 심판대상조문은 구 국가공무원법(2008. 3. 28. 법률 제8996호로 개정되고, 2010. 3. 22. 법률 제10148호로 개정되기 전의 것) 제84조 중 ‘제65조 제1항의 정당가입에 관한 부분을 위반한 자’ 부분, 제84조 중 ‘제65조 제4항의 대통령령으로 정하는 정치적 행위의 금지에 관한 한계를 위반한 자’ 부분; 구 정당법(2005. 8. 4. 법률 제7683호로 개정되고, 2011. 7. 21. 법률 제10866호로 개정되기 전의 것) 제53조 중 ‘제22조 제1항 단서 제1호 본문의 규정을 위반하여 당원이 된 「국가공무원법」 제2조(공무원의 구분)에 규정된 공무원’ 부분이다.

조정과 조율이 요구된다고 하겠다.

여기에서는 교육의 정치적 중립성의 내용과 그 의미를 살펴보고, 그에 수반되는 교사²⁾의 정치적 기본권의 제한논리와 헌법재판소 결정의 논거를 검토한 후, 외국의 사례를 비교법적으로 살펴보면서 교사의 정치활동과 정당가입 금지 등 교사의 정치적 기본권을 제한하는 논리를 비판적으로 검토하고자 한다.

II. 교육의 정치적 중립성의 의미

교육의 정치적 중립성이란 교육에 대한 ‘정치적·정파적’ 개입과 지배를 배제하여 교육의 자주성과 자율성을 보장하고 옹호하기 위한 원칙이다. 이 원칙은 교육의 ‘종교적 중립성’과 함께 근대 이후의 ‘공교육의 중립성’에 관하여 세워진 기본원칙중의 하나이다. 그 의의와 내용은 역사적으로 볼 때 각국의 정치형태와 구조에 따라 상이하게 나타났으며, 제1차 세계대전 후 대부분의 서구 민주주의 국가에서는 교육의 정치적 중립성을 선언하고 이를 제도화 하였다.

우리 현행 헌법도 제31조 4항에서 “교육의 정치적 중립성”을 선언하고 있으며, 교육기본법도 이를 뒷받침하기 위하여 제6조 제1항에서 “교육은 교육 본래의 목적에 따라 그 기능을 다하도록 운영되어야 하며, 어떠한 정치적·파당적 또는 개인적 편견을 전파하기 위한 방편으로 이용되어서는 아니 된다.”고 규정하고 있다. 그리고 이러한 교육의 정치적 중립성을 실현하기 위한 기본적인 내용으로는 파당적 정치교육의 금지, 교사의 정치활동의 규제, 교육행정의 정치적 중립성, 교육에 대한 정치적 압력의 배제, 교육의 정치에의 불간섭 등을 들고 있다.³⁾

헌법재판소도 “교육의 정치적 중립성은 교육이 국가권력이나 정치적 세력으로부터 부당한 간섭을 받지 아니할 뿐만 아니라 그 본연의 기능을 벗어나 정치영역에 개입하지 않아야 한다는 것을 말하며, 교육은 그 본질상 이상적이고 비권력적인 것임에 반하여 정치현실적이고 권력적인 것이기 때문에 교육과 정치는 일정한 거리를 유지하는 것이 바람직하다.”고 보고 있다.⁴⁾ 즉, 교육의 정치적 중립성이란 학생에 대한 교육이 정당정치와 정치활동에 의하여 지배되어서는 안 된다는 것을 의미한다고 할 것이다. 그러나 교육이 정치적 지배를 받지 않는 환경의 조성을 교사들의 정당정치 참여와 정치활동을 규제하는 쪽으로만 국가가 행한다는 것은 기본적으로 문제점을 내포하고 있다. 현실적으로도 교육의 정치적 중립성을 보장하기 위하여 교육에 대한 정치적 압력을 배제하거나 교육의 정치에 대한 간섭을 금지하기 위한 구체적인 제도적 장치의 정비 없이, 정부에 의해서 교사에게 행하여지는 규제적인 정치적 중립 정책만이 교육의 중립성을 담보하는 제도로 시행되고 있는 것을 보더라도 교육의 정치적 중립성 보장의 원리를 실현하기 위한 법제도적인 장치가 아직은 미흡하다고 할 수 있다.

우리나라 현행 교육기본법도 제14조 제4항에서 “교원은 특정한 정당이나 정파를 지지하거나 반대하기 위하여 학생을 지도하거나 선동하여서는 아니 된다”고 규정하고 있으

2) 교원이라든 대학교원과 초·중등교원이 정치적기본권의 제한에 차이가 있으므로 ‘교사’라고 구별 하였다.

3) 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2004, 246면.

4) 헌법재판소, 2004, 4, 20, 선고, 2001헌마710결정, 참조.

며, 그 외에도 국가공무원법 제65조 정치운동의 금지와 사립학교법 제55조 국·공립학교 교원규정을 준용하고, 같은 법 제58조 제1항 4호에서 교원의 정치활동을 규제하고 있는 것 등을 보더라도, 교육의 정치적 중립성을 보장하고 실현하는 제도를 주로 교사의 정치활동의 금지에만 한정하고 있는 형편이다.

교육의 정치적 중립성에는 교육이 그 본래의 목적과 기능을 벗어나서 정치영역에 개입되지 말아야 한다는 교육의 ‘정치적 중립’과 국가권력이나 정치세력이 교육에 부당하게 관여하거나 간섭해서는 안 된다는 정치의 ‘교육적 중립’의 의미가 내포되어 있는 것이라 보는 것이 학계의 경향이다.⁵⁾ 한편으로는 교육의 ‘정치적 중립’만이 강조되어 교사의 정치활동의 규제 및 금지가 교육의 정치적 중립의 보장을 위한 당연한 전제로 보고 있는 경향이 일반적이다.⁶⁾ 그러나 교육의 정치적 중립성의 보장이라는 이유로 교사의 정치활동을 획일적으로 금지하는 것은 헌법이 보장하고 있는 정치적 기본권의 실현과 관련하여서도 문제를 제기할 수밖에 없다.

헌법재판소의 결정에서도 오늘날 정치적 기본권이라 하면 종래의 참정권 외에 국민이 정치적 의견을 자유로이 표명하거나, 그 밖의 방법으로 국가의 의사형성에 협력하는 일련의 정치적 활동권을 총칭하는 것을 의미하는 기본권으로 사용된다고 보고 있다.⁷⁾

참정권은 국가에 대한 국민의 능동적 지위에 대응하는 권리로서 국민이 국정에 참여하거나 국가기관을 구성하는 권리, 즉 국민표결권·선거권·피선거권·공직취임권 등을 말하며, 정치적 자유란 국가권력에 의한 간섭이나 통제를 받지 아니하고 자유로이 정치적으로 언론·출판·집회·시위·결사를 할 수 있는 대국가적 방어권을 의미한다. 그 밖의 정치적 활동권이라 함은 현대적 상황에서 특히 요청되는 보다 적극적이고 포괄적인 정치활동의 일반에 관한 권리를 말하는 것으로, 정당을 결성하거나 정당에 가입하며 자유로운 정당의 당내 활동을 할 수 있는 권리, 투표나 선거에 영향을 미치는 선거운동 활동을 할 수 있는 권리, 소비자 보호·환경보호·공해추방 등을 위한 권리로서 주민운동권, 그리고 헌법에 열거되지 아니한 권리로서의 시민운동권과 저항권 등을 들 수 있다.⁸⁾

교육의 정치적 중립은 특정의 정당정파에 치우치지 않은 객관적이고 공평한 정치적 교육을 교사 자신의 책임 하에 자율적으로 수행하는 것으로 해석된다. 그러나 현실적으로 이러한 견해에 대해 가능하지 않다. 자율성이 보장된 교사가 자신의 양심에 따라 행하는 교육이 정치적으로 중립이 되려면, 그 전제로서 모든 교사는 항상 정치적으로 중립의 입장에 있으면서, 그 교육 또한 항상 정치적으로 중립이라는 것이 증명되어야만 하는 것이다.⁹⁾ 결국, 교육의 정치적 중립성의 의미와 그 실현을 위한 구체적인 선결조건으로서 요구되는 쟁점사항은 교사가 교육할 수 있는 정치적 교육의 범위와 한계에 대한 문제와 이에 근거한 교사의 정치활동의 규제문제로 볼 수 있다. 학교 교사도 교원이기 전에 한 국가의 국민으로서 정치적 기본권의 주체임에는 의문의 여지가 없다. 다만, 대부분의 국가에서 교사는 공무원의 신분에 의한 기본권의 제한을 받고 있을 뿐이다. 그러나 그 제한

5) 권영성, 앞의 책, 246면 참조.

6) 권영성, 앞의 책, 246면. ; 김철수, 「헌법학원론」, 박영사, 2004, 699-700면 ; 허영, 「한국헌법론」, 박영사, 2004, 413면 참조.

7) 헌법재판소, 2004, 4, 20, 선고, 2001헌마710결정, 참조.

8) 이에 관해서 ; 권영선, 앞의 책, 506-607면. ; 헌법재판소, 2004, 4, 20, 선고, 2001헌마710결정, 참조.

9) 노기호, “교육의 정치적 중립성과 초·중등 교원의 정치적 권리의 제한”, 「인권과 정의 통권340호」, 대한변호사협회, 2004, 12, 67면.

도 국민이 갖는 시민적 지위에서의 모든 정치적 기본권이 획일적이고 전면적으로 제한될 수는 없다.

III. 교사의 정치적 기본권 제한의 검토

1. 정치적 기본권의 제한논리

헌법이 교사에 대하여 명시적으로 표현하고 있는 것은 제31조 제6항에서 “교원의 지위에 관한 기본적인 사항은 법률로 정한다.”고 규정한 것뿐이다. 교사의 기본권 문제를 일반 국민의 기본권 문제와 다르게 취급할 까닭이 전혀 없다. 그럼에도 불구하고 입법은 교사의 정치적 기본권에 대하여 광범위한 제한을 가하고 있으며, 판례는 그것을 단지 추종할 뿐이다. 특히 ‘교사의 지위에 관한 유네스코 권고(1966)’ 제80조는 “교사는 시민이 일반적으로 향유하는 모든 시민적 권리를 행사할 자유를 가지며, 공직에 나갈 권리를 가져야 한다.”고 규정하고 있다. 이와 대비해 보아도 입법과 판례는 합리적 사유에 대한 논리적 근거를 세우지 못한 채 권위주의체제의 통치론과 그 관행에 순응하는 신민성이 빚어낸 부조리를 보여줄 뿐이다.¹⁰⁾

교사의 정치적 기본권의 제한논리로는 특별권력관계론, 국민전체의 봉사자론, 미성숙한 학생교육론 등을 들 수 있다.

1) 특별권력관계의 공무원으로서 교사

법학자들의 논의가 어떠하든지 입법 및 판례 그리고 현실에서 이른바 ‘특별권력관계’는 존재한다.¹¹⁾ 특별권력관계론은 19세기 후반 독일의 권위주의적인 비스마르크헌법체제 공법이론에서 유래한다. 그 본질은 기본권의 효력과 법치주의가 인정되지 않음으로써 법률의 개별적·구체적 근거 없이 행정주체가 그 대상자를 포괄적으로 지배하는 관계이다.¹²⁾

군대·경찰·학교 등에서 근무하는 공무원에 대한 법의 외적 지배관계는 사실상 ‘전체 국민에 대한 봉사자’로서 공무원의 지위를 위협하고 있다. 왜냐하면 권력자의 명령에 따르지 않는 경우 법적 보장 없이 그 신분을 박탈당할 수 있기 때문이다. 따라서 특별권력관계론은 군주 또는 권위주의적 정권에 대한 충성을 강요하는 수단이었다.¹³⁾ 그 결과 특별권력관계에서 공무원은 시민 또는 공민이라기보다는 신민에 가까웠으며, 국민의 편이 아니라 국가의 편이었다. 특별권력관계는 국가의 내부관계였고, 그 내부관계에는 법이 침투할 수 없다는 논리이기 때문이다.¹⁴⁾ 그러나 입헌민주주의국가에서는 기본권 또는 법치주의가 효력을 가지지 않는 영역이란 존재하지 않는다. 다만 일정한 행정목적을 달성하기 위하여 필요한 예외적인 경우에 한하여 가중제한이 있을 수 있을 뿐이다.

우리 사회가 준법 위주의 법치질서로 부터 벗어나지 못함으로써, 특별권력관계론의 쇠

10) 오동석, “전선 : 교사의 정치적 기본권”, 「민주법학 제44호」, 민주주의법학연구회, 2010, 202면.

11) 홍정선, 「행정법원론(상)」, 박영사, 2007, 120면.

12) 김유환, “특별권력관계의 해체와 법리적 대안”, 「공법연구 제28집 제1호」, 한국공법학회, 1999, 184면.

13) 김남진, 김연태, 「행정법 I」, 법문사, 2009, 109면.

14) 김남진, 김연태, 앞의 책, 109면.

퇴와는 달리 현실에서의 특별권력관계는 민주헌법의 사각지대로 여전히 남아 있는 실정이다. 공무원들이 노동조합을 결성할 수 있는 단결권을 획득한 것도 비교적 근래의 일이며, 학교는 교도소 또는 군대보다도 뒤늦게 인권을 회복해 가는 중이다. 아직까지도 특별권력관계를 법적으로 세탁한 ‘특별행정법관계’ 또는 ‘특별신분관계’는 어떤 헌법적인 의미를 가지는 것인지 묻지 않을 수 없다.¹⁵⁾ 이는 공무원의 경우 자유로운 의사에 따른 동의에 기반하고 있는 것으로 해석된다. 즉 “동의를 권리침해의 성립을 조각한다.”¹⁶⁾고 설명한다. 그러나 공무원 임용에 대한 동의를 기본권 제한에 대한 동의로 의제할 수는 없다. 그러므로 공무원에 대한 기본권 제한 역시 헌법상 일반적인 기본권 제한의 법리에 따라 판단하여야 한다. 즉 국가안전보장, 질서유지, 공공복리를 위하여 필요한 경우에 법률로써 과잉금지원칙에 반하지 않는 범위 내에서 이루어져야 한다. 따라서 법률의 포괄적이고 불명확한 개념에 근거하여 공무원의 정치적 기본권을 제한할 수는 없다.

헌법재판소가 “정치적 기본권은 기본권의 주체인 개별 국민의 입장에서 보면 주관적 공권으로서의 성질을 가지지만, 민주정치를 표방한 민주국가에 있어서는 국민의 정치적 의사를 국정에 반영하기 위한 객관적 질서로서의 의미를 아울러 가진다.”¹⁷⁾고 본 것은 이런 의미이다. 그러므로 공무원 신분을 가진 사람들에 대하여 정치적 기본권을 포괄적으로 부정하는 것은 민주적 객관질서에 반하는 것이며, 헌법 제11조 제2항에서 금지하는 ‘사회적 영역에서 특수계급의 창설’에 다름 아니다. 법률에 의한 기본권 제한이 헌법에 합치되기 위해서는 공무원의 구체적인 직무행위에서 중대한 공익성을 확보하기 위한 것이 입증되어야 한다.¹⁸⁾ 그것이 입헌민주주의에 걸맞은 공무원제도와 부합한다. 지배권력이 아니라 전체 국민에 봉사하기 위해서 공무원은 국가의 편이 아니라 국민의 편에서야 하기 때문이다.¹⁹⁾

2) 국민전체에 대한 봉사자로서 교사

헌법재판소에 의하면 “국·공립학교 교사는 공무원으로서 국민 전체에 대한 봉사자이며, 사립학교 교사 또한 공교육의 담당자로서 공무원에 준하는 공공의 봉사자이다.”²⁰⁾ 그러나 이것을 교사의 정치적 기본권의 일반적 제한원리로 끌어들이는 것은 비판을 면하기 어렵다. 왜냐하면 개별적이고 구체적인 제한기준을 제공하지 못하기 때문이고, 공적인 직무와 사적인 정치활동을 구별해서 접근하지 않으면 안 되기 때문이며, 이것이 모든 공무원에게 절대적으로 적용될 수는 없기 때문이다.²¹⁾

공무원은 국민 전체의 이익을 위한 봉사를 하여야 하는 입장에 있으며, 일부의 국민이나 특정 정파 혹은 정당의 이익을 위하여 봉사하는 자가 아니라는 의미를 가진다. 그러나 공무와 사적인 정치활동을 구별하는 입장에서는 어디까지나 공무라고 하는 한정된 활동영역에서만 통하는 법리이며, 공무이외의 사적활동에서의 개인적 권리나 자유를 제한

15) 이계수, “공무원의 정치운동금지의무에 대한 비판적 고찰”, 「민주법학 제29호」, 민주주의법학연구회, 2006, 312면.

16) 김남진, 김연태, 앞의 책, 111면.

17) 헌법재판소, 2004. 3. 25 선고, 2001헌마710결정, 참조.

18) 이계수, 전제서, 332-333면.

19) 오동석, 전제서, 205면.

20) 헌법재판소, 1991. 7. 22 선고, 89헌가106결정, 참조.

21) 이에 관해서 ; 노기호, 전제서, 76면, 참조.

하는 논리로 귀결되는 것은 아니다. 즉 공무원은 언제나 전체국민을 위하여 공공의 이익만을 지침으로 행동해야 하며, 사적이익을 위해 지위를 이용해서는 안 된다는 것으로써, 공무원의 당연한 본질을 선명히 한 것에 불과할 뿐이며, 공무수행에 있어서 전체국민의 공공이익 원칙을 지키는 한, 공무원이 공무이외에 하는 사적활동 즉, 시민으로서 행사하는 권리에는 이 원칙이 적용되지 않는다는 것이다. 공무원의 생활은 그 전체로서 항상 공무에 종사하는 것은 아니며, 복무시간에는 공무에 종사하게 되지만, 그 밖의 시간에는 사적인 생활을 하게 되는 것이며, 이 사적인 생활관계에 관해서는 공무상 요구되는 규제를 강요할 수 없다는 것이다.

물론 이 논리에 대해서 비판이 없는 것은 아니다. 그것은 한 사람의 공무원에게 사적인 생활영역과 직무상의 생활영역간의 뚜렷한 구별이 어렵다고 하는 것이다. 그러한 생각은 공무원을 국민으로부터 엄격하게 구별하여 단지 국가권력 장치의 일부로 치부하는 경우에만 성립하는 것이라는 지적이다. 그러나 이러한 비판에 대해서는 이 비판은 공무원도 공무원이기 이전에 국민의 일원이라고 하는 사실을 간과한 것이라는 역비판이 있다. 그렇다면 무엇을 공무 외의 사적인 정치활동이라고 볼 것인가 하는 점은 구체적으로 그 것이 문제가 되는 경우에 해석론을 통하여 해결할 수밖에 없다.²²⁾

교사가 학교 밖에서 일반시민으로서 정치적 기본권행사 차원에서 정치활동을 하는 것까지 규제하는 것은 법리상 문제가 있다. 헌법 제37조 제2항의 기본권의 본질적 내용에 대한 침해의 소지가 있기 때문이다. 물론 교사가 시간과 공간을 기준으로 하여 정치활동의 가부를 엄격하게 구별하여 학교 내에서는 그것을 자제하고, 학교 밖에서만 활동하며, 그 활동을 학교 내에까지 끌어들이지 않으리라고 기대하는 것은 현실적으로 어려운 점도 있는 것을 인정한다. 그러나 그렇다고 하여 국민이면 누구나 누릴 수 있는 기본권을 교사라고 하는 신분을 가졌다고 하는 이유만으로 처음부터 일률적으로 규제하는 것이 타당한지는 재검토해보지 않을 수 없다.²³⁾

현행 실정법상 공무원 중에서도 정당활동이나 정치적 활동이 가능한 정무직 공무원이 있는 것에서 알 수 있듯이 공무원이 국민 전체의 봉사자론에 의한 정치적 기본권을 제한하는 법리에 대해서는 이 법리가 모든 공무원에게 절대적으로 적용되는 것은 아니라고 하는 반론도 가능하다. 교원인 경우 대학교수에게는 정당가입이 가능하듯이 그 제한은 상대적이기 때문이다. 따라서 그 제한이 상대적인 한, 교사에게 사적인 정치활동을 절대적으로 허용하지 말아야 할 논리도 성립하지 않는다.

3) 미성숙한 학생을 교육하는 교사

교사의 정치적 기본권을 제한하는 현실논리 중 하나는 교사의 교육대상이 미성숙한 미성년자라는 것이다. 그 때문에 교사는 대학교수와 정치적 활동의 자유와 범위에서 차별되기도 한다. 헌법재판소는 “교원의 활동은 근무시간 내외를 불문하고 학생들의 인격 및 기본생활습관 형성 등에 중요한 영향을 끼치는 잠재적 교육과정의 일부분인 점 등을 중

22) 허종렬, “헌법상 교원 및 교원단체의 정치적 기본권 보장”, 「교육법학연구 제10호」, 대한교육법학회, 1998. 12, 137면.

23) 허종렬, 상계서, 138면.

합적으로 감안”하여 초·중등학교 교육공무원의 정당가입 및 선거운동의 자유를 제한하는 것이 헌법적으로 정당하다고 판시했다.²⁴⁾

그런데 과연 초·중등학교 학생들의 감수성과 모방성, 그리고 수용성이 왕성하다는 것과, 그렇기 때문에 교원이 학생들에게 미치는 영향이 매우 크다²⁵⁾는 것이, 교사의 정치적 활동의 자유를 광범위하게 제한함으로써 사실상 금지 또는 박탈하는 것이 헌법적 정당화 사유가 될 수 있을지 의문이다.²⁶⁾ 미성숙한 존재로서 아동을 바라보는 관점은 아동의 인격적 능력을 고려하지 않은 채 일방적으로 수동적이며 피동적인 미성숙한 존재로서 아동을 전제한다. 아동은 초·중·고등학교 학생이라는 신분만으로 그리고 인격의 발달 정도에 대한 고려 없이 일률적으로 기본권 주체로서의 능력을 부정당한 셈이기 때문이다.

2009년도 전교조 교사들의 시국선언과 관련하여 검사 역시 교사들의 정치적 의사표현 행위로 인하여 아직 정치적·사회적 판단력이 미성숙한 학생들이 교사들의 정치적 주장 등을 여과 없이 수용할 가능성이 크므로 시국선언 행위가 공익에 반한다고 주장하였다. 이에 대하여 대전지방법원의 판결은 적절하게 판단하고 있다.²⁷⁾

첫째, 검사의 시각은 획일적 교육과 정보 부재의 환경에서 자란 기성세대가 경험의 한계에서 가진 낡은 시각이다. 오늘날 학생들은 인터넷 등을 통한 정보력과 사물을 비판적으로 보는 관점을 갖추고 있으므로 교사들의 의견을 무비판적으로 수용하는 일을 생각하기 어렵다.

둘째, 학생들은 교사들의 주장에 대한 찬반 근거를 모두 보게 될 것이다. 시국선언 참여 교사들은 수업시간에 자신들의 주장을 학생들에게 일방적으로 주입한 것이 아니라 교실 바깥에서 자신들의 주장을 피력하였다. 그러므로 학생들이 그들의 주장을 있는 그대로 받아들일 위험은 매우 제한적이다. 더욱이 시국선언의 내용을 언론과 인터넷 등을 통해 알게 될 터인데, 이를 찬성하는 내용만이 아니라 비판하는 내용이 함께 존재할 것이므로 찬반의 논거를 동등하게 습득할 기회가 보장된다.

셋째, 정부 정책을 비판하는 의사표현을 하였다는 이유로 교사들을 처벌한다면, 학생들은 힘 있는 자를 비판하는 일은 손해라는 생각만을 얻게 될 것이다. 그 결과 비판과 견제를 요청하는 민주주의 정신은 약해질 수 있기 때문에 이들 교사에 대한 처벌은 반교육적이다.

결국, 교사의 정치적 기본권에 대한 광범위한 제한은 학생을 대상화함으로써만 성립한다. 그것은 아동의 인간으로서의 존엄 및 가치를 인정하지 않는 결과가 된다. 특히 학생의 자유와 권리에 대한 규제가 중·고등학생에게 집중된 것은 단순히 미성숙의 논리로써 설명할 수 없는 부분이 있다. 미성숙하기로는 초등학생이 더함에도 불구하고 중·고생에게 주어진 인권조례를 보면 자유와 권리보다는 두발, 교복착용 등의 규제를 요구하고 있는데, 아마도 그 때가 정치적 의식을 자각할 수 있는 능력을 갖추어가는 시기으로써, 학교가 민주 시민이 아니라 순응적 신민을 양성하고 있는 것이 아니냐고 의심하고 비판할 수 있기에 충분한 대목이다.²⁸⁾

24) 헌법재판소, 2004. 3. 25. 선고, 2001헌마710결정, 참조.

25) 헌법재판소, 2004. 4. 20. 선고, 2001헌마710결정, 참조.

26) 이계수, 전제서, 326면.

27) 대전지법, 2010. 2. 25 선고, 2009고단2786, 2009고정2259, 2009고단4126(병합) 판결, 참조.

28) 오동석, 전제서, 209면.

2. 헌법재판소 결정에 대한 검토

헌법학계에 따르면 헌법상 교육의 정치적 중립성을 보장한다는 것은 “교육환경의 정치적 공해로부터의 해방”이나 “정치적 오염으로부터 교육환경을 지키는 일”²⁹⁾로서, 교육계가 그 본연의 기능을 벗어나 정치영역에 개입하지 말아야 하는 것은 물론, 국가권력이나 정치적 세력이 교육계에 대해서 부당한 간섭을 하지 말아야 하는 의미를 포함하고 있다고 한다.

헌법재판소 2001헌마710 결정에서는, “교육의 정치적 중립성은 교육이 국가권력이나 정치적 세력으로부터 부당한 간섭을 받지 아니할 뿐만 아니라 그 본연의 기능을 벗어나 정치영역에 개입하지 않아야 한다는 것을 말한다. 교육은 그 본질상 이상적이고 비권력적인 것임에 반하여 정치는 현실적이고 권력적인 것이기 때문에 교육과 정치는 일정한 거리를 유지하는 것이 바람직하기 때문이다. 특히 교원의 활동이 미성숙한 학생들의 가치판단에 중대한 영향을 주고 있으므로 교육자로서의 특별한 처신이 요구되고, 피교육자인 학생들의 기본권 또는 학부모들의 자녀에 대한 교육권과의 갈등을 예방하기 위해 부득이하고 필요한 조치이기도 하다.”고 하면서 “이 사건 법률조항이 청구인들과 같은 초·중고등학교 교원의 정당가입 및 선거운동의 자유를 금지함으로써 정치적 기본권을 제한하는 측면이 있는 것은 사실이나, 감수성과 모방성, 그리고 수용성이 왕성한 초·중등학교 학생들에게 교원이 미치는 영향은 매우 크고, 교원의 활동은 근무시간 내외를 불문하고 학생들의 인격 및 기본생활습관 형성 등에 중요한 영향을 끼치는 잠재적 교육과정의 일부부인 점을 고려하고, 교원의 정치활동은 교육수혜자인 학생의 입장에서는 수업권의 침해로 받아들여질 수 있다는 점에서 현 시점에서는 국민의 교육기본권을 더욱 보장함으로써 얻을 수 있는 공익을 우선시해야 할 것이라는 점 등을 종합적으로 감안할 때, 초·중등학교 교육공무원의 정당 가입 및 선거운동의 자유를 제한하는 것은 헌법적으로 정당화될 수 있다고 할 것이다.”³⁰⁾라며 합헌결정을 하였다.

최근에도 헌법재판소는 2014년 3월 27일 정당법 제22조, 국가공무원법 제65조 등 위헌소원에서 합헌이라는 결정을 내렸다.³¹⁾ 그러나 결정문에서는 정치행위 규제 조항에 대해서는 전원이 합헌의견으로 일치하였지만, 정당가입 금지 조항에 대해서는 합헌5 대 위헌4로 재판관의 의견이 나뉘었다.

위헌의견을 살펴보면, “이 사건 정당가입 금지조항은 과잉금지원칙에 반하여 공무원의 정당가입의 자유를 침해하는 것이고, 초·중등학교 교원인 공무원에 대하여는 평등원칙에 위배되어 위헌이므로, 법정의견에 동의할 수 없다.”고 하면서 “대표자에 의해 국가의사가 결정되는 대의민주제가 실현되려면 국민의 의사를 대변하여 국가권력을 위임받으려는 정당의 설립이 자유로워야 하고, 누구든지 자유롭게 정당에 참여할 수 있어야 한다. 정당의 설립이나 가입에 대한 국가의 간섭이나 침해는 원칙적으로 허용되지 아니한다. 또 특정 집단에 대하여 정당의 설립이나 가입을 금지하는 것은 원칙적으로 정당이 헌법상 부여받은 기능을 이행하기 위하여 필요한 최소한의 조건에 대한 규율에 그쳐야 한

29) 허영, 앞의 책, 413면.

30) 헌법재판소, 2004. 3. 25, 선고, 2001헌마710결정, 참조.

31) 헌법재판소, 2014. 3. 27, 선고, 2011헌바42결정, 참조.

다.”³²⁾고 하였다.

그러면서 “한편, 공무원은 법정의견도 지적인 것처럼, 공직자인 동시에 국민의 한 사람으로서 국민 전체에 대한 봉사자의 지위와 기본권 주체의 지위라는 이중적 지위를 가지고 있다. 따라서 공무원의 국민에 대한 봉사자로서의 지위만을 강조하여 모든 생활의 영역에서 정치적 중립성을 지켜야 한다고 볼 수는 없다. 공무원의 정치적 중립의무는 공직수행의 영역에 한정되는 것이고, 공무원이 기본권의 주체인 국민으로서 하는 정치활동까지 금지하여서는 안 된다. 공무원의 기본권은 헌법 제7조가 규정하고 있는 직업공무원제도의 기능에 수반되는 중립성과 공정성을 확보하기 위하여 필요한 범위에서만 제한할 수 있기 때문이다. 이러한 점에서 이 사건 정당가입 금지조항이 공무원의 정당 가입 자체를 일반적으로 금지하는 것을 수단으로 택하고 있는 것은 입법자에게 주어진 입법재량의 범위를 넘은 것이다. 공무원의 정치적 중립성을 보장하기 위해 공직에서의 정치활동을 제한하는 것으로 충분한데도, 획일적이고 전면적으로 정당 가입을 금지하는 것은 공무원의 기본권 주체로서의 지위를 부인하는 것이다. 또한 공무원의 정당 가입을 인정한다고 하여 곧바로 정치적 중립성이 훼손되거나 교육의 중립성이 보장된다고 볼 수도 없다. 또 법정의견의 논거 중에는 교원인 공무원에 대해서는 교육의 정치적 중립성 보장을 위해서도 정당 가입 금지가 필요하다는 취지도 있는 것으로 보인다.”고 하면서 “헌법 제31조 제4항이 규정하고 있는 교육의 정치적 중립성은 교육을 받을 권리를 보장하기 위한 것이지, 교원의 정치활동을 금지하기 위한 것이 아니다. 교육방법이나 교육내용이 종교적 종파성이나 정치적 당파성에 의하여 부당하게 간섭받지 않고 가치중립적인 진리교육이 보장되어야 한다는 점³³⁾에는 의문의 여지가 없다. 그러나 그렇다고 하여 교원의 종교의 자유를 제한하거나 종교단체 가입을 금지할 수는 없는 것과 마찬가지로, 교원인 공무원의 정당 가입을 전면적으로 금지하는 등 사적 생활에서의 정치적 자유를 지나치게 제한하는 것은 불합리하고 부적절한 수단이다. 결국, 이 사건 정당가입 금지조항은 입법목적과 입법수단 사이의 인과관계가 불충분하고 공무원의 정당가입의 자유를 제한함에 있어서 갖추어야 할 적합성의 엄격한 요건을 충족시키지 못한 것이다.”고 하였다.

그리고 “선거의 공정성을 확보하기 위하여 선거에 대한 부당한 영향력의 행사 기타 선거결과에 영향을 미치는 행위를 금지하여 선거에서의 공무원의 중립의무를 실현하고자 한다면, 공무원이 ‘그 지위를 이용하여’ 하는 선거운동의 기획행위를 막는 것으로 충분하며, 그 지위를 이용함이 없이 하는 선거운동의 준비행위를 허용한다고 해서 그것이 선거에 영향을 미친다고는 보이지 않는다.”³⁴⁾고 판시한 바 있다. 그런데 이 사건 정당가입 금지조항은, 선거에서의 공무원의 중립의무에 요구되는 것 이상으로, 준비행위의 단계에 이른거나 선거 관련 활동으로 평가하기 어려운 정당에의 가입 자체를 일상적으로 금지하고 있으므로, 헌법 제37조 제2항의 최소 침해의 원칙에 위반된다.”고 하였다.

또한, “헌법은 정당을 일반적인 결사의 자유로부터 분리하여 제8조에 독자적으로 규율함으로써 오늘날 의회민주주의에서 정당이 가지는 중요한 의미와 헌법질서 내에서 정당의 특별한 지위를 강조하고 있다. 민주적 의사형성과정의 개방성을 보장하기 위하여 정

32) 헌법재판소, 1999. 12. 23. 선고, 99헌마135결정, 참조.

33) 헌법재판소, 1992. 11. 12. 선고, 89헌마88결정, 참조.

34) 헌법재판소, 2008. 5. 29. 선고, 2006헌마1096결정, 참조.

당설립의 자유를 최대한 보호하려는 헌법 제8조 제1항의 정신에 비추어, 정당의 설립 및 가입을 금지하는 법률조항은 이를 정당화하는 사유의 중대성에 있어서 적어도 ‘민주적 기본질서에 대한 위반’에 버금가는 것이어야 한다.³⁵⁾ 그런데 공무원의 정당가입의 자유를 금지함으로써 실현되는 공익은 그 효과에 있어서 매우 불확실하고 추상적이다. 반면 헌법이 보호하는 정당가입의 자유를 박탈당함으로써 발생하는 공무원의 기본권에 대한 제약은 매우 크다. 따라서 법익의 균형성도 인정하기 어렵다. 그러므로 이 사건 정당가입 금지조항은 과잉금지원칙에 반하여 공무원의 정당가입의 자유를 침해하므로 헌법에 위반된다.”고 하면서 합헌의견을 반대하는 위헌의견을 제시하였다.

우리나라는 법률상 교사에게 그 공무원 신분만을 이유로 하여 광범위하게 과도한 의무를 부과하고 있는 실정이다. 즉 ‘정치적 중립의무’, ‘정치운동 금지 의무’, ‘법령을 준수하며 성실히 직무를 수행하여야 하는 성실의무’, ‘품위유지의무’ 등 공무원에 대한 법률상의 이러한 포괄적 의무가 교사를 비롯한 공무원들의 헌법적 권리를 압도하고 있다는 문제점이 있다. 헌법은 공무원 신분 또는 공무를 수행하는 직무를 이유로 하여 공무원과 교사에게 기본권을 제한할 수 있는 별도의 기준을 예정하고 있지 않다. 그렇다면 교사에게 부여되는, 각종의 포괄적인 법률상 의무는 기본권 보호영역에 대해서는 효력을 미치지 못하는 것으로 보아야 한다. 그렇지 않다면 그것이야 말로 법률이 헌법을 정면으로 거스르는 일이기 때문이다. 현행법에서도 교사는 같은 교육자이면서 초·중고등학교 학생을 대상으로 교육한다는 이유로 대학교수와 다르게 정치적 자유를 제한당하고 있고, 같은 공무원이면서 교육자라는 이유로 일반 공무원보다 더 엄격한 제한이 가해지고 있다.

헌법재판소가 교사의 정치활동을 제한하는 법률의 합헌성을 주장하는 이유를 종합하면, ‘교육의 비권력적 속성’, ‘청소년의 미성숙’, ‘대학교원과 직무상 차이’, ‘학생의 교육권 또한 학부모의 자녀교육권과의 충돌’ 등의 이유가 있다. 이들 문제점을 지적하면 다음과 같다.³⁶⁾

첫째, 교육은 그 본질상 이성적이고 비권력적이기 때문에 현실적이고 권력적인 정치가 개입해서는 안 되고, 그 반대로 교육이 당파적 또는 정당정치를 지향해서도 안 된다는 ‘교육의 이상적이고 비권력적인 특성’으로 인하여 교사의 정치적 자유는 제한될 수밖에 없다는 논리는 우선, 교육현장 특히 교육감과 교육위원선거는 정당정치와 밀접한 관계가 있을 수밖에 없고, 인문사회과학 분야의 교육은 과목의 성격상 정치내용을 둘러싼 다양한 해석이나 관점이 개입할 수밖에 없으며, 교육의 전문가인 교사를 정치적인 성격을 띠는 정책결정 과정에서 배제하는 것은 관련 이해당사자의 참여를 보장하는 민주주의의 원칙에 어긋난다는 점 등이 그것이다.

둘째, 초·중고등학교 학생은 미성숙하기 때문에 교사는 정치적 자유에서 차이가 있을 수밖에 없다는 주장은 문제가 있다. 우선, 초·중고등학교 학생이 감수성이 예민하고 모방성이 강하다고 하나 특히 중고생들은 객관적으로 합리적인 판단능력도 가지고 있다는 점에서 대학생과는 정도의 차이일 가능성이 크고, 또한 초·중고등학교 학생이 비판적인 사고능력이 부족하다면 그것은 청소년이기 때문보다는 그런 능력을 배우고 훈련할 기회를

35) 헌법재판소, 1999. 12. 23. 선고, 99헌마135결정, 참조.

36) 이에 관해서 ; 정영태, “공무원과 교원의 정치활동을 제한하는 법 논리 비판”, 공무원과 교사의 정당가입 및 정당후원 허용 등 정치적 권리실현을 위한 긴급토론회, 국회 2011, 7, 20. 41-51면, 참조.

갖지 못했기 때문이다. 그리고 교사에게 정치적 자유를 허용할 경우 사회적으로 검증되지 않은 지식이나 가치관을 학생들에게 주입할 가능성이 크다고 하지만, 학생이나 부모가 다른 정치사회 주체들로부터 이미 많은 정보와 지식을 얻고 있다는 사실을 알고 있는 교사가 그렇게 할 가능성은 희박하고, 초·중고등학교 학생들은 교사가 주입시키는 지식과 입장을 무비판적으로 수용하므로 교사의 영향력을 강하게 받기 때문에 당파적인 정치를 가르쳐서는 안 된다는 주장도 학생들은 교실에 들어오기 전에 다른 정치사회 주체들로부터 인터넷 등 많은 정보와 지식을 얻고 있어서 비교하며 균형을 이루는 훈련이 가능하다는 점과 미래의 주역인 초·중고등학교 학생에게 정치와 정치인에 대한 부정적인 인식을 강화하여 정치적 무관심이나 냉소주의를 확산 시킬 수 있으며, 다른 정치사회 주체들이 퍼뜨릴지 모르는 비민주적인 가치관과 태도를 교정할 수 있는 능력과 기회를 상실케 하고, 비판적인 사고능력을 배우고 훈련되지 않았을 뿐 비판적 사고능력의 부족이 교사의 가치관에 대한 무비판적 수용을 의미하지는 않는다는 점이다.

셋째, 초·중고등학교 교사와 대학교원의 직무상 차이, 즉 전자는 단순한 교육기능을 담당하는 반면 후자는 교육기능과 연구기능을 동시에 수행하기 때문에 정치적 자유에 있어서도 차이가 있을 수밖에 없다는 주장도 문제점이 있다. 연구주제나 방법의 선택이 정치적이란 점에서 대부분의 연구가 정치적 성격을 가질 수도 있지만, 그렇다고 통상적인 의미의 정치활동을 필요로 하지는 않는다 할 것이고, 기초지식을 전달하는 교육도 민주 시민의 양성이라는 초·중고등학교 교육의 목적을 달성하기 위해서는 정치적 자유를 필요로 하기 때문이다.

넷째, 교사의 정치적 자유와 그로 인한 정치활동이 학생과 학부모의 교육권을 침해할 수 있다는 주장은 그 침해여부는 경험적인 문제이지 사전에 미리 판단할 수 있는 문제가 아니라는 것이다. 교사의 정치적 자유로 인해 학생과 학부모의 교육권이 침해받는 경우가 발생하더라도 교사의 복무규정과 학생·학부모의 항의 등으로 규제할 수 있으며, 교육내용과 방식에 대한 최종적인 결정권이 종전에는 국가에 귀속되어 있었지만 최근에는 교사의 교권도 강조되고 있다는 점이다.

지금까지 검토해 본 헌법재판소의 합헌성 논리는 우리 사회의 중도적 보편적인 시각보다는 보수적인 여론을 어느 정도 반영한 것이라고 할 수 있으나, 그 근거는 현실적으로 매우 빈약하다.³⁷⁾

3. 비교법적 검토

일반적으로 헌법상 정치적 기본권의 행사에는 정치적 표현의 자유, 정당가입과 활동의 자유, 투표와 공직선거입후보제 및 선거운동의 자유 등이 포함되는 것으로 해석되고 있다.³⁸⁾ 실제로 서구의 선진국들에게서는 공무원들의 정당가입을 허용하는 것이 일반적이며, 공무원들이 개인적으로 혹은 공무원노조를 통하여 정당을 후원하는 것에 대해서도 긍정적인 태도를 취하는 경우가 많다.

서구의 국가들에서도 구체적으로 공무원들의 정치적 기본권을 어느 정도로 보장할 것

37) 정영태, 전제서, 41면.

38) 허종렬, 전제서, 145면.

인가에 대해서는 각국의 정치문화 내지 입법정책에 따라 적지 않은 차이를 보인다.³⁹⁾ 독일과 유사하게 공무원의 정치활동을 허용하는 나라들에서는 일반 공무원보다 교육 공무원에게 더 많은 정치적 자유와 정치활동을 허용하고 있는데, 이는 교원의 표현의 자유를 포함한 정치적 자유가 학생들의 자유롭고 비판적인 사고방식을 함양하는데 도움이 되기 때문인 것으로⁴⁰⁾ 분석된다.

이러한 외국의 사례가 곧 우리나라에서도 공무원의 정당가입, 정치적 후원, 나아가 선거운동까지 허용해야 한다는 직접적인 논거가 되는 것은 아니지만, 우리나라가 선진국의 수준까지 발전함에 따라 공무원의 정치적 기본권도 확대·강화되어야 한다는 주장을 강력하게 뒷받침하는 근거로 활용되기에는 상당하다. 다음 외국의 판례 및 사례 등을 검토해 본다.

1) 미국⁴¹⁾

미국의 교원은 직무수행 시간 외에는 원칙적으로 개인적 정치참여 및 단체를 통한 정치참여가 모두 허용되고 있다. 미국의 양대 교원단체인 NEA(전국교육연합회)와 AFT(미국교사연맹)은 대통령선거에서 특정후보자를 지지하는 등 정치활동을 한 바 있다. 그러나 미연방의 선거부패방지법은 선거에 간섭하거나 영향을 주기 위하여 직권을 이용하거나 선거에서 후보자나 정치단체를 위해 일정한 액수 이상을 기부 또는 물품을 구입하거나, 광고·기사 등을 게재하는 것을 금지하고 있으며, 미연방 대법원도 이 규정들을 합헌이라고 보았다.

미국 판례에 의하면, 1960년대 미국남부지방에서의 민권 운동에 교원들이 대거 가담한 사건들에서 법원은 그러한 시민적 입장에서 정치활동은 파면 사유가 될 수 없다고 보았으며, 또한 교원의 교육당국에 대한 공개적인 정책비판도 보호하고 있다.⁴²⁾ 교원의 평화적인 표현의 자유를 일반 시민의 한 사람으로서 갖는 당연한 권리로서 인정하고, 교원을 포함한 공공분야 노동제도는 교원 및 교원단체에 상당한 단체교섭권과 정치참여를 허용하는데, 교원의 활동이 그 직무를 직접적으로 해할 정도로 전혀 터무니없는 것이 아닌 한, 교원도 일반 시민으로서의 집회·결사의 권리를 가진다는 원칙을 인정하고 있다.

2) 일본⁴³⁾

일본은 다른 서구국가에 비해서 지방공무원에게 일부 정치활동을 제한적으로 허용하고 있을 뿐, 교원의 정치활동은 제한하고 있다. 교육공무원에 대하여 ‘국가공무원법’, ‘지방공무원법’에서 정치활동을 제한하고 있으며, 교원은 ‘교육공무원특별법’에 의해 규제되고 있

39) 이에 관해서는 ; 정영태, “공무원의 정치적 자유에 대한 국제협약과 외국사례”, 「교사·공무원의 정치적 표현의 자유 토론회」, (김재윤, 홍희덕 의원실 공동주최), 2009, 12, 9, 33-36면, 참조.

40) 정영태, 전제서, 35면.

41) 강인수 외, “교원 및 교원단체 정치활동 관계 법률 개정방안”, 「정책연구 제110집」, 한국교원단체총연합회, 2002.3, 33-40면 ; 박재윤, “교원과 정치 참여 - 미국의 사례”, 「새교육 제561호」, 한국교육신문사, 2001.7, 48-52면 ; 서정화, “미국교원단체의 단체교섭”, 「새교육 제539호」, 한국교육신문사, 1999.12, 102-109면, 참조.

42) 허종렬, 전제서, 146면.

43) 박선영, “교원과 정치참여 - 일본의 사례”, 「새교육 제561호」, 한국교육신문사, 2001.7, 53-55면, 참조.

다. 교원단체인 일본교직원조합과 전일본교직원조합의 두 단체는 현행법상의 제약으로 정부의 공교육 정책의 비판이나 우경화 현상에 대한 비판활동 등으로 간접적인 정치활동에 주력하고 있다.

3) 영국⁴⁴⁾

영국은 전통적으로 교원 개인의 정치참여를 시민으로서의 당연한 기본권으로 인식하고 있다. 영국은 강력한 노동운동의 발상지로서 경쟁적으로 교원단체를 결성하여 적극적인 정당지원 활동을 해오고 있다. 교원의 의회진출을 꾸준히 시도하고 있으며, 지방의회 의원 선거에 적극 입후보 하고 있다.⁴⁵⁾

영국은 다양한 교원단체들이 존재하며, 일부단체는 직접 정당에 가입하기도 하고, 대규모 조직의 경우 소속 교원들이 서로 다른 정당원으로 가입하여 소속 단체의 정치적 입장에 경쟁적으로 영향력을 행사하기도 한다. 그리고 합법적으로 정치자금을 조성하여 소속된 상급 노동조합의 선거운동의 자금으로 공여하거나 자체활동비로 사용하는 단체도 있다.

4) 독일⁴⁶⁾

독일은 모든 공무원의 정치적 자유가 기본적으로 보장되어 있고 교원의 정치참여도 보장되어 있다. 다른 유럽국가와 마찬가지로 다양한 교원단체들이 독일에 존재하나, 모든 단체가 노동조합의 조직으로 구성되어 있기 때문에 직접적인 정치조직은 아니다. 따라서 대표적인 전국조직체들의 구성원인 교원은 자유롭게 정치적 표현을 할 수 있지만 조직차원에서는 절차에 따라 정부, 정당 및 의회와 치밀하고 체계적인 교섭과 의견개진을 하고 있다.

독일은 다른 유럽의 교원단체들의 정치적 조합활동과 조금 다른 양상을 나타내고 있는데, 대학교수를 포함한 교원은 높은 수준의 정치적 신념을 표현하는 노동자로서 독일의 학생들과 시민사회의 여론을 선도하며, 사회적 책임 또한 일반인보다 매우 크게 요구하고 있다.

5) 기타사례⁴⁷⁾

ILO는 “공공부문 종사자는 여타 노동자와 마찬가지로 결사 자유의 정상적 행사에 필수적인 시민적·정치적 권리를 가지며, 그 지위 및 직무의 성질에서 기인하는 의무에만 귀속

44) 김현준, “교원들 정당활동 활발, 교원단체들 정치자금 조성-영국교원과 교원단체의 정치 참여”, 「새교육 제562호」, 한국교육신문사, 2001.8, 84-87면 ; 안미숙, “영국교원의 위상과 권한”, 「새교육 제561호」, 한국교육신문사, 2001.7, 65-69면, 참조.

45) 허종렬, 전게서, 147면.

46) 박광기, “교원과 정치참여-독일의 사례”, 「새교육 제561호」, 한국교육신문사, 2001.7, 56-59면, 참조.

47) 이에 관해서 ; 정영태, 전게서, 31-36면 ; 강기정, “공무원·교원의 정치적 기본권 보장 및 경찰의 공무원노조·전교조에 대한 수사의 문제점” 제2주제 공무원·교원의 정치적 기본권 보장 토론회 (강기정, 이정희, 유원일, 조승수 의원실, 민주사회를 위한 변호사모임 공동주최), 2010.2.4. 37면, 참조.

된다.”라고 하여 공공부문 종사자의 정치적 권리를 인정하는 규정을 두고 있다.⁴⁸⁾

캐나다와 호주, 뉴질랜드는 교육공무원을 포함한 공무원에게 광범위한 정치적 자유와 정당활동 및 선거운동을 허용하고 있으며, 프랑스도 근무시간 또는 근무지를 제외한 모든 시간과 장소에서 개인의 정치활동 자유, 즉 정당가입과 정치자금 기부, 선거운동 등을 허용하고 있다.

IV. 결론

교사와 공무원은 공익실현의 의무가 있는 국민전체의 봉사자이자, 동시에 기본권에 의하여 보장된 자유와 권리의 행사를 통하여 자신의 인격을 발현하는 기본권의 주체이다. 이런 교사·공무원의 이중적 지위로 인하여 기본권에 의하여 보장되는 사적인 활동과 정치적 참여가 직무수행의 영역에까지 영향을 미칠 수 있는 위험을 안고 있는 것도 사실이다. 여기서 제기되는 정치적 기본권은 개인의 기본권적 자유와 교사·공무원의 특수한 지위를 어떻게 조화시킬 수 있는지에 관한 문제이다. 특히 교사의 정치적 활동의 자유는 “모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다.”는 헌법 제21조 제1항과 그 밖의 헌법상의 다른 조항들에 의하여 보장되는 기본권적 인권이라 할 수 있는데, 이는 교사 개인의 기본권적 인권일 뿐만 아니라 학생들에게 올바른 가치관과 세계관을 교육시킬 교사의 책임을 수행하기 위해서도 요구되는 직무와 관련된 권리이기도 하다.

교사의 경우에도 말은 직무와 개인의 인격은 구별되어야 하며, 인격차원에서의 기본권 행사가 직무활동에 의해서 지나치게 제한되어서는 아니 되는 것으로 이해해야 한다.⁴⁹⁾ 이는 국가와 교사·공무원에게 헌법상 요청되는 ‘정치적 중립성’과 ‘종교적 중립성’을 비교할 때에 더욱 분명하게 드러난다. 교사·공무원에게는 똑같은 중립성 요청임에도 불구하고 정치적 중립성 요청은 정치활동금지로 법제화되는 반면에, 종교적 중립성 요청을 근거로 하는 종교활동이 금지되지 않는 차별적 취급이 어떻게 정당화될 수 있는지는 여전히 의문스럽다.⁵⁰⁾ 정치세력으로부터의 중립성을 의미하는 ‘정치적 중립성’이 시민이자 공민으로서의 정치활동 그 자체를 부인하는 근거로 전용되어서는 안 된다. 주권자인 국민이 그 대표에게 권력행사를 위임하고, 국가의 구성원인 국민인 동시에 선거권·피선거권의 기본권 주체로 개별화되는 것은 민주적인 의사결집 과정으로서 정치적 활동의 자유와 권리를 원초적으로 보유하고 있음을 전제로 하는 것이기 때문이다.

앞에서 살펴보았듯이, 교사의 정치활동을 제한하고 있는 헌법재판소의 논거는 경험적으로나 논리적으로 적지 않은 문제점을 가지고 있다. 일부 학자들이 적절히 지적하는 바와 같이 교육의 정치적 중립성을 보장한다는 이유만으로 교사들이 교육의 장에 끌어들이지 않고, 교육에 영향을 미치지 아니하는 범위 내에서 행하는 정치활동까지도 금지할 수 없다. 교사들에게 획일적으로 정치활동을 금지하고 있는 것은 참정권의 시각에서 문제가 있다. 요컨대, 교사의 정치활동은 헌법 제31조 제4항의 ‘교육의 중립성 보장’ 원칙에 의

48) 강기정, 상계서, 37면, ILO (국제노동기구) 협약 제151호 9조의 규정참조.

49) 송석윤, 「헌법과 정치」, 경인문화사, 2007, 217면. ; 공무원의 직무와 표현행위의 제한기준에 대해 보다 자세한 내용은 박용상, 「표현의 자유」, 현암사, 2002, 239면 이하 참조.

50) 이에 관하여 송석윤, 앞의 책, 196면, 송석윤 교수는 정치적 중립성과 종교적 중립성이 업무상의 중립성 요청과 근본적으로 다르지 않다고 주장한다.

거하여 교사의 정치활동이 제한되는 장소와 대상, 그리고 내용은 학교 내에서의 학생에 대한 당파적 정치교육과 정치선전, 선거운동에 국한하여야 할 것이며, 그 밖의 정치활동은 정치적 기본권 차원에서 보장되어야 한다. 특히 지금의 현실에서 경험적으로 파악해야 할 사실을 순수 법 논리나 과거의 경향이나 정치적 논리에 근거하여 지금 당장 직접적으로 나타나지도 않은 부작용을 우려하여 국민의 기본권인 정치활동을 과도하게 제한하고 있는 현실을 직시해야 한다. 교사의 자유로운 정치활동은 단지 이들만의 권리나 지위향상만이 아니라 교육서비스의 질적 향상을 위해서도 필요하며, ‘교육의 정치화’를 주도해온 정치인과 고위공직자를 견제하고 민주주의의 심화에도 기여할 수 있다는 점에서도 교사에게 정치활동을 보장해야 할 필요가 있다.

외국의 입법례와 비교해 볼 때도, 대부분의 서구 민주주의 국가에서 교사의 정치적 자유와 권리를 폭넓게 보장하는 반면, 우리나라는 원천적으로 금지하고 있다. 우리 정부가 교사의 정치적 자유를 제한하는 주된 이유로 ‘국민에 대한 봉사자’ 또는 ‘청소년의 교육자’라는 특수한 지위에서 기인한다고 하지만, 외국 사례를 볼 때 설득력이 떨어진다. 외국의 사례들도 각국의 상이한 정치환경 내지 정치문화에 따라 교사들의 정치적 기본권을 어느 정도 인정할 것인지에 대하여 상대적으로 차이가 있는 것에서 확인될 수 있는 것처럼, 교사의 정치적 기본권의 보장 범위는 인권의 보편성에서 직접 도출될 수 있는 것이라 하기보다는 각국의 입법정책에 따라 탄력적으로 결정될 수 있는 측면이 크다고 할 수 있다. 따라서 우리의 경우도 교사의 정치적 기본권을 전면적으로 광범위하게 제한하고 있는 현행규범과 판례들을 재검토하여, 학교 수업이나 학교 운영에 중대한 지장을 초래하지 않는 한, 그리고 학생들을 정치적으로 선동하거나 편향된 정치교육을 주입시키지 않는 한도 내에서는 교사의 정치적 기본권을 보장하는 것이 필요하다.

교사의 정치적 기본권의 보장범위의 유형을 몇 가지로 나누어 볼 때, 각각의 유형에 따라 법적 보장의 필요성은 각기 다르게 평가될 수 있다. 우리나라의 민주주의 발전, 그리고 세계무대에서의 달라진 국제적 위상 등을 고려하더라도 과거의 기준을 무조건 고수하려고 하는 것은 설득력을 갖기 어렵다. 교사의 정치적 기본권에 관해서도 정치적 표현이나 정당가입 등의 자유는 우선적으로 허용하되, 그 밖의 정치활동에 대해서는 무조건적인 찬성이나 반대가 아니라 사안별로 합리적인 근거를 찾아서 인정 여부를 결정해야 할 것이다.⁵¹⁾ 특히 교사의 정치적 표현의 자유와 정당가입의 자유는 전면적으로 허용해야 한다. 교사의 말과 행위가 국민 전체의 이익이나 공공복리에 손상을 입힐 경우에는 다른 법과 규정으로 처벌이 가능하기 때문에 정치적 기본권을 제한할 이유가 없다. 우선, 교사의 정당가입을 허용하도록 법을 개정하는 것도 헌법에 위배된다고 할 수 없다.

교육이란 헌법의 근본이념인 민주주의와 국민복지의 향상이라는 이상을 실현하기 위하여 다음 세대를 책임질 학생을 가르치는 백년대계의 일이기 때문에, 교사가 자연스러운 과정을 통하여 현실의 사회전반에 관해 비판적인 시각을 갖는 것이 요구된다. 교사가 자신의 정치적 견해를 자유롭게 발표하고 정당가입 등 정치적 활동을 할 자유와 권리를 갖는 것은 민주주의 사회에서 당연히 요구되며, 민주주의 국가의 헌법에서 보장되는 기본권적 인권으로서 반드시 필요하다. 특히 학교는 학생들이 민주시민으로서의 기본적인 정

51) 이에 관해서는 한건우, “공무원의 정치적 중립과 정치활동의 제한”, 『연세공공거버넌스와 법 제2권 제1호』, 연세대학교 법학연구원, 2011.2, 55-118면, 참조.

치적 소양을 키우는 공간이기 때문에 교육자와 피교육자 모두에게 적극적인 정치적 표현을 통한 상호 의사소통이 더욱 요청된다.

이상에서 살펴보고 검토해 보았듯이 교사의 정치활동을 금지할 이유가 없다. 따라서 교사의 정치적 표현의 자유와 정당가입의 자유와 같은 정치적 기본권의 제한은 전면적으로 허용해야 하며, 선거운동 등 일부 정치활동에 대해서만 극히 제한적인 금지가 필요한지 재검토해야 할 것이다. 물론, 이 경우에도 정치적 자유를 제한하는 입법은 합헌성의 추정이 보다 좁은 범위에서 극히 제한적으로 이루어져야 한다는 원칙이 반드시 전제되어야 한다.

참고문헌

- 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2004.
- 홍정선, 「행정법원론(상)」, 박영사, 2007.
- 김남진, 김연태, 「행정법 I」, 법문사, 2009.
- 김철수, 「헌법학원론」, 박영사, 2004.
- 허영, 「한국헌법론」, 박영사, 2004.
- 송석윤, 「헌법과 정치」, 경인문화사, 2007.
- 박용상, 「표현의 자유」, 현암사, 2002.
- 노기호, “교육의 정치적 중립성과 초·중등 교원의 정치적 권리의 제한”, 「인권과 정의 통권340호」, 대한변호사협회, 2004, 12.
- 오동석, “전선 : 교사의 정치적 기본권”, 「민주법학 제44호」, 민주주의법학연구회, 2010.
- 김유환, “특별권력관계의 해체와 법리적 대안”, 「공법연구 제28집 제1호」, 한국공법학회, 1999.
- 이계수, “공무원의 정치운동금지의무에 대한 비판적 고찰”, 「민주법학 제29호」, 민주주의법학연구회, 2006.
- 허종렬, “헌법상 교원 및 교원단체의 정치적 기본권 보장”, 「교육법학연구 제10호」, 대한교육법학회, 1998, 12.
- 정영태, “공무원과 교원의 정치활동을 제한하는 법 논리 비판”, 공무원과 교사의 정당가입 및 정당후원 허용 등 정치적 권리실현을 위한 긴급토론회, 국회 2011, 7, 20.
- 정영태, “공무원의 정치적 자유에 대한 국제협약과 외국사례”, 「교사·공무원의 정치적 표현의 자유 토론회」, (김재윤, 홍희덕 의원실 공동주최), 2009, 12, 9.
- 강인수 외, “교원 및 교원단체 정치활동 관계 법률 개정방안”, 「정책연구 제110집」, 한국교원단체총연합회, 2002, 3.
- 박재윤, “교원과 정치 참여 - 미국의 사례”, 「새교육 제561호」, 한국교육신문사, 2001, 7.
- 서정화, “미국교원단체의 단체교섭”, 「새교육 제539호」, 한국교육신문사, 1999, 12.
- 박선영, “교원과 정치참여 - 일본의 사례”, 「새교육 제561호」, 한국교육신문사, 2001, 7.
- 김현준, “교원들 정당활동 활발, 교원단체들 정치자금 조성-영국교원과 교원단체의 정치 참여”, 「새교육 제562호」, 한국교육신문사, 2001, 8.
- 안미숙, “영국교원의 위상과 권한”, 「새교육 제561호」, 한국교육신문사, 2001, 7.
- 박광기, “교원과 정치참여-독일의 사례”, 「새교육 제561호」, 한국교육신문사, 2001, 7.
- 강기정, “공무원·교원의 정치적 기본권 보장 및 경찰의 공무원노조·전교조에 대한 수사의 문제점” 제2주제 공무원·교원의 정치적 기본권 보장 토론회 (강기정, 이정희, 유원일, 조승수 의원실, 민주사회를 위한 변호사모임 공동주최), 2010, 2, 4.
- 한건우, “공무원의 정치적 중립과 정치활동의 제한”, 「연세공공거버넌스와 법 제2권 제1호」, 연세대학교 법학연구원, 2011, 2.

헌법재판소 <http://www.ccourt.go.kr>

대한민국법원 <http://www.scourt.go.kr>

교사의 정당가입 제한은 정당한가?

팀 명 : 인권수호 24
대전충남지역대학 법학과
이준호 201421-120304
신민옥 201421-120297
국윤미 201421-120273
김현기 201121-123048

목 차

- I. 문제의 제기
- II. 교사의 정당가입(정치활동)에 대한 법적평가
- III. 각국의 입법례
- IV. 헌법상 정치적 기본권의 보장과 제한
- V. 교사의 정치활동금지(정당가입 제한)의 위헌성 검토
 - 1. 각급 법원의 태도
 - 2. 헌법재판소 입장
 - 3. 서울행정법원의 위헌법률심판 제청
 - 4. 헌법재판소 판례비판
- VI. 마치면서

※ 참고문헌

I. 문제의 제기

교육이란 무엇인가? 교육(education)은 사람을 사람답게 만드는 일이다. 한 개인이 사회 속에서 살아가는 데 필요한 지식이나 기술 등을 가르치고 배우는 활동이 교육이다. 교육이란 ‘개인이나 집단이 가진 지식, 기술, 기능, 가치관 등을 대상자에게 바람직한 방향으로 가르치고 배우는 활동’이라고 정의할 수 있다. 사람이 사람다워진다는 것은 그 사회의 생활습관이나 가치관, 규범 그리고 구성원들간의 더불어 살아가는 방법을 인지하거나 또는 체화하는 일이다. 밤이 되면 잠자고 아침에 일어나고 생리적인 문제며 성원들간의 관계를 배우는 일에서부터 살아가는데 필요한 지식을 습득하고 체화하는 일이다. 농경사회에서는 농사를 짓고 살아가는 방법과 그 사회에서 지켜야 할 규범이나 가치를 습득함으로써 생존을 영위할 수 있었다. 산업사회와 정보화 사회로 바뀌면서 좀 더 복잡한 사회 속에서는 개인의 생존 방식도 복잡하게 됐다. 교육은 시대변화에 적응하고 구성원으로서 해야 할 일과 해서는 안 되는 일, 그리고 옳은 일과 옳지 않은 일을 판단하는 일을 가르치는 일이다.(김용택, 참교육 이야기 중에서)

한편, 교육기본법 제6조 제1항에서는“교육은 교육 본래의 목적에 따라 그 기능을 다하도록 운영되어야 하며, 정치적·파당적 또는 개인적 편견을 전파하기 위한 방편으로 이용되어서는 아니 된다.”라고 규정하고 있고, 교육기본법 제14조 제4항은 “교원은 특정 정당이나 정파를 위하여 학생을 이용하여서는 아니된다”라고 규정되어있다”이것이 교육의 중립성을 강조한 법적 근거이다. 한편, 전국교직원노동조합(전교조)과 전국공무원노동조합(전공노)의 민노당 당원가입·후원금 납부 사건 재판의 최대 쟁점은 ‘교사·공무원의 정치활동 자유를 어디까지 허용하느냐’였다. 정진후 전 전교조 위원장 등 피고인들은 "정당가입을 금지한 정당법은 위헌"이라고 주장하면서 법원에 위헌제청신청을 냈고, 검찰의 기소행위는 무효라는 주장을 폈다. 재판부는 피고인들의 위헌제청신청을 기각하면서, "국민의 정치적 자유는 헌법상 기본권이지만, 우리 헌법은 그와 동시에 교육의 정치적 중립을 보장하고 있다"며 "선생님들은 단순한 지식의 전달자가 아니라 학생들에게 인생의 좌표와 모범이 되는 존재인 만큼 정당가입을 금지하는 것이 합리적인 이유 없는 차별이 아니다"라고 밝혔다. 재판부는 또 "공무원 역시 교사와 다르지 않다"며 "공무원의 정당가입을 금지하는 것은 공무원이 담당하는 직무에 있어서 정치적 중립성을 확보하고 일반 국민으로부터 신뢰를 확보하기 위한 조치"라고 밝혔다. 헌법재판소는 2004년 재판관 전원일치 의견으로 '공무원·교사의 정당가입 금지' 규정인 정당법 22조가 합헌(合憲)이라고 결정했다. 재판부는 "당시 현재 결정과 판단을 달리해야 할 만한 사회적·정치적 변화가 있었다고 생각하지 않는다"고 밝혔다.¹⁾ 본 논문은 정치적 중립이라는 이유로 교사의 정당가입제한(정치활동 금지)이 국민의 한 사람인 교사가 헌법상 기본권을 향유할 지위에 비추어 과연 정당한 것인지에 대하여 현재의 법적평가, 외국의 입법례 그리고 헌법재판소 판례를 비판하면서 검토해 보고자 한다.

II. 교사의 정당가입(정치활동)에 대한 법적 평가

1) 조선일보, 2011. 1. 27. 사회면 기사.

헌법재판소는 2001 헌마 710사건에서 “초·중등학교 교원의 정당가입 및 선거운동의 자유를 금지함으로써 정치적 기본권을 제한하는 측면이 있는 것은 사실이나, 공무원의 정치적 중립성 등을 규정한 헌법 제7조 제1항·제2항, 교육의 정치적 중립성을 규정한 헌법 제31조 제4항의 규정취지에 비추어 보면, 감수성과 모방성 그리고 수용성이 왕성한 초·중등학교 학생들에게 교원이 미치는 영향은 매우 크고, 교원의 활동은 근무시간 내외를 불문하고 학생들의 인격 및 기본 생활 습관 형성 등에 중요한 영향을 끼치는 잠재적 교육 과정의 일부분인 점을 고려하여, 초·중등학교 교육공무원의 정당 가입 및 선거운동의 자유를 제한하는 것은 헌법적으로 정당화될 수 있다.”고 결정하였다.²⁾ 대법원도 2010 도 6388 판결에서 “교사인 피고인들이 전국교직원노동조합 간부들과 공모하여 2009년 1, 2차 시국선언과 ‘교사·공무원 시국선언 탄압 규탄대회’를 추진하고 적극적으로 관여함으로써, ‘공무외의 일을 위한 집단행위’를 하였다고 구 국가공무원법 위반으로 기소된 사안에서, 같은 법 제66조 제1항에서 금지하는 ‘공무 외의 일을 위한 집단행위’에 해당한다는 이유로, 피고인들에게 유죄를 인정한 원심판단을 정당하다”고 판결한바 있다³⁾.

III. 각국의 입법례

1. 미국

OECD국가 대부분에서는 초·중·고등학교 교원 및 교원단체의 정치활동이 허용된다. 먼저 미국은 교원 개인과 교원단체의 정치활동이 모두 허용된다. 교원들은 양대 교원단체인 ‘전국교육협회’(NEA)와 ‘미국교원연합’(AFT)에 소속되어 있으며, 양 단체는 산하에 정치활동위원회를 두고 의회선거에서 특정후보를 지지하는 캠페인을 포함한 각종 정치활동을 전개하고 있다. 교원의 정치활동은 자유로우며, 교직의 특수성을 고려하여 일정한 제한이 부과되어 있을 뿐이다. 예컨대, “교직 업무를 수행해야 하는 기간에 있어서 정치활동의 금지, 교사라는 지위를 정치 목적에 이용하는 행위의 금지, 정치활동을 위한 모금에서 강요의 금지, 교원단체의 가입여부와 가입단체의 선택등에 있어서 강요의 금지등이 있다. 공무원인 교원의 경우에는 Hatch Act에 따라 정치헌금을 권유하거나 수령하는 것은 금지되며, 공직후보에 입후보 할 수 없다.

2. 영국

유럽국가의 경우도 교원 및 교원단체의 정치활동은 자유롭다. 영국의 경우 ‘전국교사노조’(NUT), ‘전국교원협회 및 여성교원노조’(NASUWT)등 다양한 교원단체가 존재하는데, 특정 정당을 지지하거나 제휴하지는 않지만 교원의 의회 진출을 지원하고 있다. 교원단체 소속 교원들은 서로 다른 정당에 자유롭게 가입하여 활동한다. 교원단체는 공개적으로 정치자금을 조성할 수 있으며, 당원인 교원은 학교 근무시간 외에는 각종 정치활동을 할 수 있다.⁴⁾

2) 헌재 2004. 3. 25. 2001헌마710, 판례집 16-1, 422, 423-423.

3) 대법원 2012. 4. 19. 선고 2010도6388 판결.

4) 조국, “초·중·고등학교 교원의 정치활동의 범죄화 비판” 『형사정책 제24권 제2호(2012. 8)』 142면

3. 프랑스

1) 교육의 중립성

공교육은 중립성이 유지 되어야 한다. 정치적, 철학적 중립은 교육자는 물론 학생 들에게 까지도 요구되는 것이다. 과거 교육부장관이었던 조스팽(Jospin)은 ‘중립성, 그것은 정치적, 이데올로기적, 종교적 선동에 대한 거부다’라고 하였다.⁵⁾ 공교육의 중립성과 관련하여 공립학교는 어떠한 이론에 대한 특권도 인정하지 않으며, 학생들이 자유로이 선택할 수 있는 지식과 방법을 전달하는 것이다.⁶⁾ 공교육의 중립성은 1959년 12월 31일 국가와 사교육기관과의 관계에 관한 법률에 의하여 확립되었는데, 현행 교육법 전체 141-2조도 “국가는 어린이와 청소년에게 공교육기관에서 모든 신념의 동등한 존중을 통하여 자신들의 입장에 적합한 교육을 받을수 있는 것을 보장한다”라고 하여 교육의 중립성을 규정하고 있다.⁷⁾

2) 교사의 지위

프랑스에서 국가 교육은 근로관계에 있어서 매우 중요한부분을 차지하고 있다. 230만여명의 공무원 가운데 130만여명이 교육에 관한 부문에 종사하고 있으며, 그 가운데 77% 정도가 교육을 담당하고 있다. 교원의 지위와 관련하여 교육법전(Code de l'Education) 제4부에서 규정하고 있으며, 원칙적으로 공무원의 지위를 보장받으면서 예외적인 것을 교육법전에서 규정하고 있다. 프랑스에서 교육을 담당하는 기관은 원칙적으로 국립이기 때문에 교원들도 국가공무원에 해당한다.

4. 독일

독일에서도 교원의 정치참여는 적극적으로 보장된다. 교원은 전통적인 ‘교원의 공무원법상의 특수지위 이론’에 따라 기본권 보장에 있어서 더 많은 자유를 보장받고 있다. 교원은 자유롭게 정당 가입과 지지를 할 수 있고, 휴직후 공직선거에 출마할 수 있으며 낙선후 원래의 직책으로 복귀할 수 있다. 그리고 ‘교양 및 교육동맹’(VBE), ‘교육 및 학술노동조합’(GEW), ‘직업학교교원 연방동맹’(BLBS)등 다양한 교원단체가 정치활동을 전개하고 있다. 각 단체는 정부, 정당, 의회와 치밀하고 체계적인 교섭과 의견 개진을 하고 있다. 이러한 단체와 별도로 각 정당은 하부조직으로 교원조직을 운영하고 있다. 단, 교원의 정치적 자유는 수업과 관련하여 제약을 받는다. 교원은 수업중 자신의 정치적 신념을 표현할 수 있지만, 자신의 신념이 특정한 정치적 입장에 기초하고 있음을 밝혀야 하며, 자신의 신념을 학생에게 강요해서는 안된다. 집회, 시위에 참석하기 위하여 수업에 빠지는 것은 허용되지 않는다. 그리고 정치적 논란이 있는 내용을 담은 회장, 기장, 리본등을 학교 내에서 착용하는 것은 허용되지 않는다. 교원과 교원단체의 정치참여를 허용하는 것이 OECD국가에서 확립된 ‘글로벌 스탠다드’이다.

5) Lionel Jospin, Le Monde, 29 mars 1990. 전학선, 전게서 63면에서 재인용

6) Rapport au Premier ministre du décret du 18 février 1991, AJDA, 1991, p.372.전학선, 전게서 63면에서 재인용

7) 전학선, 전게서 63면

5. 일본

1) 정치교육

현행 일본 교육기본법 제14조 제1항에서는 국민에게 정치적 교양을 존중해야 한다고 규정한다. 그러나 동조 제2항에서 특정 정당을 지지하거나 이에 반대하는 정치 교육 기타 정치 활동을 금지하고 있다. 학교 교육에서의 정치교육 내용은 주로 이론적인 것이며 사회과 공민(중학교), 현대 사회(고등학교), 정치경제(고등학교) 등의 교과 속에서 진행된다. 실용적인 것은 학생회 임원 선거 등에 의해 이루어지고 있다. 그러나 임시조치법 제3조를 통해 학교에서는 교육을 이용하여 학생에 대하여 특정 정당 등에 대한 지지를 교사 또는 선동을 금지하고 있다.

2) 정치적 중립성의 확보

교육2법 중에 ‘임시조치법’이야 말로 세론의 초점이 되어 많은 논의를 불러일으켰다. 이 법안의 목적은 “의무교육의 정치적 중립을 확보하는 것”이라고 한다. 여기서 “의무교육의 정치적 중립”이라는 것의 의의에 대하여 고찰할 필요가 있다. 그리고 동시에 본법의 대상이 주로 사상 언론에 대한 활동으로부터 이 목적을 달성하면서 중대한 위험이 따를 우려가 있다는 것을 주의해야 한다고 한다.⁸⁾ 교육의 정치적 중립성이라는 개념은 법률의 목적이 되기에 매우 불명료하고, 다양하게 해석될 우려가 있다, 이것은 국가공무원법상 공무원의 정치적 중립성 개념과 같은 것인지 그것 이상인가도 문제 된다. ‘임시조치법’ 제5조에 의하면 이 법에 의한 범죄는 교원감독기관에 청구(請求)를 하도록 하고 있다. 이것은 직접 감찰 기타 간섭이 학교 내부에 미치지 않도록 하기 위하여 설정된 규정이다. 그러나 이 교원감독기구의 청구 책임에 대하여 납득하기 어렵다는 견해가 많다. 따라서 “본법 실시 결과는 이 법의 목적이 되는 교육의 정치적 중립성 확보 보다는 역효과를 초래할 것이다.”⁹⁾라고 주장 되었다. 여기서 교육의 정치적 중립은 절대적인 것이 아니라 상대적인 의미를 갖는데 불과한 것이므로, 교육 특히 정치교육은 피할 수 없는 이상, 정치 세계 각 집단과 일정 거리를 갖고 특정집단의 주의·주장·정책에만 관계하지 않도록 요청하며, 교육기본법 제8조 제2항의 정치적 중립은 이러한 의미의 중립이며, “특정” 정당의 지지, 반대를 금지하고 있는 것은 바로 이러한 것을 의미한다는 견해도 있다.¹⁰⁾

6. 국제기구의 권고

일찍이 1966년 10월 5일 ‘국제연합교육과학문화기구’(UNESCO)와 ‘국제노동기구’(ILO)는 ‘교원의 지위에 관한 권고’를 통하여 “교원은 시민이 일반적으로 향유하는 모든 시민적 권리를 자유롭게 행사할 수 있어야 하고, 공직 취임이 가능해야 한다”라고 권고한바

8) 蠟山政道, 前掲論文, 31頁, 손형섭, “일본에서 교원의 정치적 활동에 관한 연구” 『공법학연구』 제14권 제3호.(2013. 5.) 249-250면에서 재인용

9) 蠟山政道, 前掲論文, 33頁, 손형섭, 전계서 재인용

10) 鈴木安藏, 「教育の政治的中立と學問の自由」, 學問の自由と教育權, 成文堂, 1969, 112頁, 손형섭, 전계서 재인용

있다¹¹⁾

IV. 헌법상 정치적 기본권의 보장과 제한

종래 정치적 기본권으로는 헌법 제24조(공무원선거권)와 제25조(공무담임권) 및 그 밖에 제72조·제130조(국민투표권)가 규정하는 이른바 ‘참정권’만을 의미하는 것으로 보았다. 그러나 오늘날 정치적 기본권은 국민이 정치적 의사를 자유롭게 표현하고, 국가의 정치적 의사형성에 참여하는 정치적 활동을 총칭하는 것으로 넓게 인식하고 있다. 정치적 기본권은 기본권의 주체인 개별 국민의 입장에서 보면 주관적 공권으로서의 성질을 가지지만, 민주정치를 표방한 민주국가에 있어서는 국민의 정치적 의사를 국정에 반영하기 위한 객관적 질서로서의 의미를 아울러 가지는 것이다.

1. 정치적 표현의 자유

오늘날 정치적 표현의 자유는 실로 정치적 언론·출판·집회·결사 등 모든 영역에서의 자유를 말하므로, 이 권리는 자유민주적 기본질서의 구성요소로서 다른 기본권에 비하여 우월한 효력을 가진다고 볼 수 있다. 그러나 정치적 표현의 자유도 절대적인 것은 아니기 때문에 헌법 제37조 제2항에 따라 제한될 수 있다. 또한 선거운동 기간 중의 정치적 표현의 자유는 그 자체가 선거운동의 의미를 가지기 때문에 선거의 공정성을 확보하기 위하여 상당한 제약을 가하는 것은 불가피하다¹²⁾

2. 정당가입과 정당활동의 자유

무릇 정당은 국민과 국가의 중개자로서 정치적 도관(導管)의 기능을 수행하여 주체적·능동적으로 국민의 다원적 정치의사를 유도·통합함으로써 국가정책의 결정에 직접 영향을 미칠 수 있는 규모의 정치적 의사를 형성하고 있다¹³⁾ 이와 같이, 정당은 오늘날 대중민주주의에 있어서 국민의 정치의사 형성의 담당자이며 매개자이자 민주주의에 있어서 필수 불가결한 요소이기 때문에, 정당의 자유로운 설립과 활동은 민주주의 실현의 전제 조건이라고 할 수 있다. 주권자인 모든 국민은 일반결사의 자유와 마찬가지로 정당을 결성하고 가입하거나 그렇게 하지 아니할 자유를 가지며, 당원으로서의 계속 잔류와 탈당의 자유가 보장된다. 그러나 정당법 제6조 단서 제1호는 정치적 성격을 갖는 공무원을 제외하고는 국가공무원법 제2조와 지방공무원법 제2조에 규정된 공무원과 교원은 정당의 발기인 또는 당원이 될 수 없도록 규정하고, 다만 국·공·사립대학교의 총장으로 부터 전임강사에 이르기까지의 교수들은 예외로 하고 있다

11) 조국, 전제서 143-144면

12) 헌법재판소, 2001. 8. 30. 2000헌마121등, 판례집 13-2, 263, 271

13) 헌법재판소, 2003. 10. 30. 2002헌라1, 공보 86, 968, 974.

3. 외국의 입법례(프랑스)

1) 교사의 기본권

프랑스는 우리나라와 달리 헌법에서 기본권에 대하여 체계적으로 규정을 하고 있지 않다. 프랑스 헌법의 특징 가운데 하나가 성문헌법전에서 우리나라와 같이 체계적인 기본권을 가지고 있지 않다는 것이다.¹⁴⁾ 그러나 기본권에 관한 규정이 전혀 없는 것이 아니고, 직접 혹은 간접적으로 기본권에 관하여 곳곳에서 규정을 하고 있는 것이다. 현행 헌법 본문에서는 제34조 제3항이 근로의 권리와 단결권에 관해서는 법률로 정하도록 규정하고 있어 근로자의 단결권을 반드시 법률로 정하도록 하고 있다. 근로자의 단결권이 헌법 제34조 제3항을 근거로 한다고 볼 수 있다. 이러한 헌법 제34조 제3항을 근거로 근로자의 단결권이 인정되는 것은 명확하다. 그러나 현행 헌법에는 단체교섭권이나 단체행동권에 관한 직접적인 규정은 없다.

2) 교사의 정치적 표현의 자유

프랑스 교원의 정치적 표현의 자유는 민주국가에서 가장 기본적인 요소 가운데 하나로 모든 구성원이 향유하는 권리라고 할 수 있다. 프랑스에서 표현의 자유를 인정하게 된 것은 1789년 프랑스 인권선언 제10조이고, 이를 다시 확인한 것은 1946년프랑스 헌법전문(前文)이다. 프랑스 인권선언 제10조는‘누구든지 그의 의사표시로인하여 법률에 의해 정해진 공공질서가 파괴되지 않는다면 그의 견해 특히 종교상의 견해 때문에 불이익을 받지 않아야만 한다.’라고하여 표현의 자유를 보장하고 있고, 1946년 헌법 전문 제5조는 ‘어느 누구도 그 자신의 직업과 일자리에서 출신, 견해, 신념을 이유로 피해를 입지 않는다.’라고 규정하고 있다. 교원의 경우도 특별히 표현의 자유가 제한되는 것은 아니며, 공무원에게 보장되는 표현의 자유가 그대로 적용 된다.

3) 교사의 정당활동의 자유

프랑스 교원은 정당활동을 하는데 있어서 제한이 없다. 자유로이 정당에 가입하고 활동할 수 있도록 보장 받는다. 정당에 관하여 우리나라처럼 정당법이 별도로 있는 것이 아니고 결사계약에관한법률과 정치자금의 투명화에 관한 법률에서 정당에 관하여 규정하고 있다. 프랑스에서 공무원은 정당가입과 활동을 할 수 있고 후원도 할 수 있다. 프랑스에서는 교원도 정당에 기부금을 낼 수 있다. 기부금이라함은 반대급부 없이 증여되는 재산적가치라고 할 수가 있는데¹⁵⁾, 그 중요한 요인은 자발성과 반대급부가 없어야 한다는 것이다.¹⁶⁾ 기부금도 제한을 하는데, 이는 정당이 기부금을 많이 기부한 특정인에 의하여

14) Bruno Genevois, La jurisprudence du Conseil constitutionnel, principes directeurs, STH, 1989, p.190. 전학선, 전게서 68면에서 재인용

15) Francis Colinet et Bertrand Devys, Pratique du financement des campagnes électorales, annexe n°11-glossaire, Juris-service, 1995, p.259. 전학선, 전게서 80면에서 재인용

16) HervéFaupin, Le contrôle du financement de la vie politique: partis et campagnes, LGDJ, 1998, p.226. 전학선, 전게서 80면에서 재인용

조정 되는 것을 방지하기 위한 것이다. 정당에 대한 기부금 상한액 제한이 처음 입법될 당시인 1988년도에 의회에서는 정당에 대한 기부금 상한액 제한이 정당의 자유로운 활동을 보장한 헌법에 위반된다는 주장이 있었으나, 입법을 저지시키지는 못하였다.¹⁷⁾

V. 교사의 정치활동금지(정당가입 제한)의 위헌성 검토

1. 각급 법원의 태도

2004년 노무현 대통령이 탄핵되자 전교조 소속 초·중·고등학교 교원들은 이를 비판하고, 민주노동당을 간접적으로 지지하는 시국선언문을 발표하였다. 이에 대하여 광주고등법원과 서울고등법원에서는 전교조의 이러한 행위에 대하여 각 무죄로 판단하였지만¹⁸⁾ 대법원은 이를 파기환송하였다¹⁹⁾. 2009년 노무현 대통령 별세 이후에는 전교조 소속 교원들이 일제고사등 교육정책 비판과 표현의 자유 후퇴등 국정상황을 비판하는 시국선언문을 발표하였다. 이에 2010년 전주지방법원과 대전지방법원의 제1심은 각 무죄를 판결하였지만²⁰⁾ 다른 다수의 지방법원은 유죄판결을 내렸다. 무죄판결을 내린 대전지방법원의 판결은 동 법원의 형사항소1부에 의해 파기되었고²¹⁾ 2012년 대법원은 동 법원의 항소심 판결을 확정하였다²²⁾ 그런데 이 대법원 판결에서 1,2차 시국선언과 관련된 국가공무원법 위반 부분에 대해서 박일환, 전수안, 이인복, 이상훈, 박보영등 5명의 대법관의 반대의견이, 2차 시국선언과 관련된 국가공무원법 위반부분에 대해서는 신영철 대법관의 반대의견이 제출되었다. 시국선언에 대하여 무죄를 선고한 일련의 하급심 판결과 이를 지지한 대법원의 반대의견, 그리고 교원노조법 제3조에 대한 법원의 위헌제청 결정 등은 변화를 예고한다²³⁾

2. 헌법재판소의 입장

헌법재판소는 정당법 제22조 제1항 제1호등 위헌소원심판사건에서, “정당가입 금지조항은 공무원의 정치적 중립성을 보장하고 초·중등학교 교육의 중립성을 확보한다는 점에서 입법목적의 정당성이 인정되고, 정당에의 가입을 금지하는 것은 입법목적 달성을 위한 적합한 수단이다. 공무원은 정당의 당원이 될 수 없을 뿐, 정당에 대한 지지를 선거와 무관하게 개인적인 자리에서 밝히거나 투표권을 행사하는 등의 활동은 허용되므로 침해의 최소성 원칙에 반하지 않는다. 정치적 중립성, 초·중등학교 학생들에 대한 교육기본권 보장이라는 공익은 공무원이 제한받는 불이익에 비하여 크므로 법익균형성도 인정된다. 또

17) 당시내무부장관(Le Ministre de l'Intérieur)이던파스쿠아(Charles Pasqua)가기부금상한액제한은헌법에위반된다고주장하였었다. Rapport Mazeaud, A.N. n°1216, op. cit., pp.35. 전학선, 전게서 80면에서 재인용

18) 광주고등법원 2005. 3. 24선고, 2005노54판결, 서울고등법원 2005. 6. 14선고, 2004노3101, 2005노387(병합)판결

19) 대법원 2006. 3. 24선고, 2005도2209판결, 2006. 5. 12선고, 2005도4513판결등

20) 전주지방법원2010. 1. 19 선고, 2009고단1119, 2009고정1105(병합)판결, 대전지방법원 2010. 2. 25선고, 2009고단2786, 2009고정2259, 2009고단4126(병합)판결

21) 대전지방법원 2010. 4. 19선고, 2010노618판결

22) 대법원2012. 4. 19선고, 2010도6388판결

23) 조국, 전게서 139-140면.

한 초·중등학교 교원에 대하여는 정당가입을 금지하면서 대학 교원에게는 허용하는 것은, 기초적인 지식전달, 연구기능 등 직무의 본질이 서로 다른 점을 고려한 합리적 차별이므로 평등원칙에 반하지 아니한다”라고 결정하였다. 한편, 이 사건 정당가입 금지조항에 관한 재판관 박한철, 재판관 김이수, 재판관 강일원, 재판관 서기석의 반대의견을 보면, “공무원의 정당 가입 자체를 일반적·사전적으로 금지하는 것은 입법목적과 입법수단 사이의 인과관계가 불충분하고, 공무원의 정당가입의 자유를 제한함에 있어서 갖추어야 할 적합성의 요건을 충족시키지 못하였다. 공무원의 정치적 중립성을 확보하고 근무기강을 확립하는 방안이 국가공무원법에 충분히 마련되어 있음에도 불구하고 정당가입을 일체 금지하는 것은 침해의 최소성 원칙에도 위배되고, 공무원의 정당가입을 금지함으로써 실현되는 공익은 매우 불확실하고 추상적인 반면 정당가입의 자유를 박탈당하는 공무원의 기본권에 대한 제약은 매우 크기 때문에 법익균형성도 인정하기 어렵다. 대학 교원에게는 정당 가입을 일반적으로 허용하면서 초·중등학교 교원에 대해서는 정당 가입을 전면적으로 금지하는 것은, 오히려 교육내용에 재량이 많은 대학교육의 특성, 초·중등학교 교원이 정당에 가입하면 편향된 교육을 할 것이라는 추측은 논리적 비약이라는 점 등에 비추어 볼 때, 현저히 불합리한 차별에 해당하여 평등원칙에도 위배된다”는 의견을 제시하였고, 나아가 재판관 안창호의 보충의견을 보면, “우리나라 선거문화는 관권선거의 폐해로 얼룩져 왔고 최근에도 관권선거 논란으로 사회적 갈등이 계속되고 있는 점, 하향식 의사전달 구조가 자리 잡은 공직사회의 문화, 공무원의 정치적 중립성 보장을 헌법 제7조 제2항이 특별히 규정하고 있는 점 등을 고려할 때, 공무원의 정당가입을 허용하면 공무원의 정치적 중립성을 훼손하고 국민전체에 대한 봉사자라는 헌법적 요청에 부응할 수 없다.”²⁴⁾라는 의견을 피력하였다.

3. 서울행정법원의 위헌법률심판 제청

서울행정법원 행정4부(재판장 이인형)는 교원노조의 정치활동을 금지한 교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 제3조에 대해 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청²⁵⁾했다고 28일 밝혔다²⁶⁾ 법원이 이 법률 조항에 대해 위헌 의견을 밝히며 위헌심판 제청을 한 것은 처음이다. 재판부는 "이 조항은 학생에 대한 당파적 선전교육, 선거운동 등을 금지하는 것을 넘어 교원의 경제적·사회적 지위 향상과 올바른 교육정책 수립을 위한 정치적 의사 표현의 자유까지 제한하고 있다"며 "아무 제한 없이 정치 활동 일체를 금지해 교원 노조와 교원의 정치적 표현의 자유 및 평등권의 본질적인 내용을 침해한다"고 밝혔다.

그러나 이 판결은 교원노조법이 합헌이라고 판단한 다른 법원 결정과 배치돼 논란이 예상된다. 작년 12월 대구지법은 대구지역 교사들이 낸 같은 사안에 대해 "교원 노조의 정치활동은 학생들의 학습권과 교육의 정치적 중립성을 침해할 우려가 크기 때문에 제한

24) 헌법재판소, 2014. 3. 27. 2011헌바42, 공보 제210호, 579 [합헌]

25) 서울행정법원 제4부 2011. 2. 25. 2010아3924 위헌법률심판제청결정

26) 조선일보, 사회면 기사. 2011.03.01. 한겨레신문, 사회면 기사. 2011. 2. 28.

이 불가피하다”며 신청을 기각했다. 재판부는 또 “교원 노조의 정치활동을 금지하더라도 교원 개별적으로는 원칙적으로 정치적 의사를 표현할 수 있기 때문에 표현의 자유의 본질적인 내용을 과도하게 침해한다고 볼 수 없다”고 말했다. 이에 반발한 교사들은 헌법재판소에 헌법소원을 신청한 상태이다.

4. 헌법재판소 판례비판

- 전면적, 포괄적 정치활동금지의 위헌성-

1) 교육과 정치의 분리

교육이 종교나 정치에 의하여 부당하게 침해되거나 간섭받아서 안된다는 점은 역사가 가르치는 교훈이다. 학교가 교원 개인의 정치관을 일방적으로 선전하고 그것을 학생에게 주입하는 공간이 되어서는 안된다. 교육과 정치의 역할과 영역은 서로 다르며, 또한 달라야 한다는 점도 분명하다. 그러나 헌법 제31조 제4항이 규정한 교육의 정치적 중립성의 의미가 교육내용에서 정치적 요소를 배제하는 것으로 이해되는 것은 잘못이다. 교육은 정치공동체 운영의 바람직한 방향에 관심을 가질 수 밖에 없으며, “현실적이고, 권력적인” 것에 대한 교육의 개입은 불가피하다²⁷⁾. 특히 초, 중, 고등학교 교과목중 사회, 역사, 윤리등의 과목은 정치와 관련이 없을 수 없다. 일반 원리를 떠나 구체적 쟁점으로 들어가게 되면 가치 중립은 더 어려워 진다. 예컨대, 양심적 병역거부나 동성애자의 결혼 인정 여부등 정치적, 종교적 견해가 확연히 대립하고 가치판단이 요구되는 사안에서 “불편부당한 중립적 가치”를 제시한다는 것은 어려운 일이다. 자연과학이나 예체능과목의 경우는 인문, 사회과학에 비하여 정치성이 약하지만, 자연과학 정책이나 예체능 정책을 다루게 되는 경우 그 교육은 정치적 성격을 떨 수 밖에 없다.

2) 일반국민에 대한 봉사자론

교원의 정치활동을 금지하는 논거로 거론되는 ‘일반국민에 대한 봉사자론’은 문제가 있다. 이 법리는 교원의 공적 직무인 교육이 이루어지는 활동 영역에서만 통하는 것으로, 이 영역 밖에서의 교원 개인의 정치적 권리나 자유를 포괄적으로 제한하는데 사용되어서는 안된다. 이 논거를 기초로 하여 교원이 학교 밖에서 일반 시민으로 정치적 기본권을 행사하는 차원에서 정치활동을 하는 것을 무조건 금지하는 것은 과잉금지의 원칙에 반한다²⁸⁾. 교원은 교원 이전에 시민인데 교원의 정치활동을 전면적, 포괄적으로 금지하는 것은 교원을 정치적 무능력자로 만드는 것이나 다름 없다. 이 점에 대한 정영태 교수의 지적은 통렬하다. “근무중인 때와 그렇지 않은 때, 근무지와 근무지 바깥, 법률에 정해진 방법과 그렇지 않은 방법을 구분하지 않고, 1년 365일(휴일 또는 휴강 중임에도 불구하고), 하루 24시간(퇴근후 일상생활 속에서도) 정치적 자유를 박탈하는 것은 한국판

27) 손희권 교수는 헌법재판소의 합헌결정에 동의하면서도 교육의 정치적 중립성을 교육과 정치의 분리설에 입각하여 설명하고, 교육의 비권력적 속성과 정치의 권력적 속성을 대비시키는 것은 잘못이라고 평가한다(손희권, “국. 공립학교 초,중등교원들의 정치활동을 제한 것은 헌법에 위반되는가?” 『교육행정연구』 제22권 제2호(2004), 411-412면)

28) 노기호 193면, 손희권 414면, 허종렬 137-138면.

카스트제도로 인식될 수 있다”²⁹⁾

3) 미성숙 청소년

청소년의 미성숙 주장도 교원의 정치활동을 전면 금지하는 논거로는 설득력이 없다. 발달심리학 연구에 따르면 초. 중. 고등학생과 대학생의 구분보다는 초등학생화 중. 고. 대학생의 구분이 현실에 부합하며, 중. 고등학생과 대학생의 비판적 사고력의 차이는 정도의 차이이다. 또한 초. 중. 고등학생의 비판적 사고력이 대학생에 비하여 부족하다고 하더라도 이를 이유로 교원의 정치활동의 자유를 전면 금지할 것이 아니라, 오히려 초. 중. 고등학생에게도 비판적 사고력을 키울수 있는 교과과정과 기회를 제공하는 것이 민주주의 원칙에 부합한다. 또한 초. 중. 고등학생이 교원이 가르치는 지식과 세계관을 무비판적으로 수용할 것이라는 가정도 실증적 근거가 취약하다. 나아가 “근무시간 내외를 불문하고” 교원의 정치활동이 학생들의 인격 및 기본생활습관에게 일방적 영향을 줄 것이라는 헌법재판소의 우려는 더욱 현실성이 없다. 요컨대, 정치활동을 하는 교원에 의한 학생의 ‘세뇌’와 ‘조종’에 대한 우려는 학생들의 지적능력에 대한 과소평가의 결과이다. 2009년 교사시국선언에 대하여 김동현 판사는 다음과 같은 이유로 무죄 판결하였다. “학생들을 판단력이 미숙한 존재로만 보는 주장은 경직되고 획일화된 교육을 받고 정보 부재의 환경에서 성장한 자신들의 과거 경험만을 기억하는 기성세대의 낡은 시각에서 오는 편견에 불과하다”³⁰⁾

4) 학생의 수업권 또는 학부모의 자녀 교육권과의 갈등

학생의 수업권 또는 학부모의 자녀 교육권과의 갈등을 예방하기 위하여 교원의 정치활동을 금지해야 한다는 논리도 문제가 있다. 교원이 수업시간에 수업 내용과 무관하게 특정 정당의 홍보 또는 출마 후보에 대한 지지 활동을 벌이거나, 교내외에서 학생들에게 자신의 정치적 입장을 강요하거나 주입시키거나, 자신의 정치활동을 위하여 학생을 동원하거나, 근무시간 동안 소속 정당의 업무를 보는 것등은 교육의 본연을 훼손한 것이기에 금지되어야 한다. 그러나 이러한 행위 이외에 교원이 수업중 수업내용과 관련한 정치토론을 하거나³¹⁾, 근무가 종료한 후 정치활동을 하는 것이 학생의 수업권이나 학부모의 자녀 교육권을 제약하거나 침해한다고 보기는 어렵다. 특정 정당에 가입하는 교원의 과도한 정치활동이 우려된다는 이유로 교원의 정치활동을 전면 금지해서는 안된다. 원칙적으로 교원의 정치적 기본권을 인정하면서 예상되는 부작용을 금지하는 것이 민주주의의 요청에 부합한다.³²⁾

29) 정영태, “초·중등학교 교원의 정치적 자유권 제한에 대한 헌법재판소의 논거와 문제점” 『교육문화연구』 제16-2호 (2010), 18면, 조국 전게서 150면에서 재인용

30) 대전지방법원 2010. 2. 25.선고, 2009고단 2786, 2009고정2259, 2009고단4126(병합)판결.

31) 물론, 이러한 정치토론이 교원이 자신의 정견을 강요, 주입하는 방식으로 이루어져서는 안되며, 각 입장에 대한 검토를 기초로 학생이 스스로 자신의 견해를 택할 수 있는 방식으로 이루어져야 한다.

32) 조국, 전게서 152면.

VI. 마치면서

오래전 초. 중. 고등학교 교원들이 노동조합 결성을 추진하자 “교사가 무슨 노동자냐”라는 맹비난을 받으며, 해직과 투옥등 고초를 겪었다. 1999년 ‘교원의 노동조합 설립 및 운영등에 관한 법률’이 제정되면서 교원노조는 합법화 되었지만, 여전히 교원의 정치활동은 포괄적으로 금지되어 있다. 교원의 정치활동 보장을 요구하면, “교사가 무슨 정치꾼이냐”맹비난이 퍼부어진다. 그러나 ‘교육의 정치적 중립’원칙이 탈(脫). 비(非) 정치적 교원을 요구하는 것은 아니다. 민주주의 사회에서 교원은 그 자신이 먼저 ‘능동적 시민’이어야하고, 또한 학생을 ‘능동적 시민’이 되도록 가르쳐야한다. 정치활동은 ‘능동적 시민’의 미덕이다. 다양한 정치성향의 교원이 학교 안에서 공존하며, 교육을 하는 것이 오히려 ‘교육의 정치적 중립’을 보장하며, 학생의 식견을 성숙하고 풍부하게 만들 수 있다. 물론 교원이 자신의 정치적 견해에 따라 교육내용을 왜곡하고 자신의 견해를 학생에게 강요하는 것, 교원이 수업 시간에 수업 내용과 무관하게 특정 정당의 홍보 또는 출마 후보에 대한 지지활동을 벌이는 것, 근무시간 동안 소속 정당의 업무를 보는 것등은 금지되어야 한다. 그러나 이러한 제약을 넘어 교원이 정당에 가입하거나 근무시간 종료후 정치활동을 하는 것마저 금지하는 것은 과도한 기본권 제약이며, 위헌이다. 표현의 자유 행사에 있어서 부작용이 발생하지만, 그렇다고 하여 표현의 자유 자체를 금지할 수 없는 것과 마찬가지로 이유이다. 교원은 교원이기 이전에 정치적 기본권의 주체이다. 교원의 정치활동이 교원으로서의 직무를 방해하는 것은 막아야겠지만, 그러한 직무방해를 염려해서 정치활동 자체를 금지하고 처벌하는 현실은 바뀌어야한다.³³⁾

따라서 정치적 자유는 민주국가에서 구성원들에게 보장하는 가장 기본적인 권리 가운데 하나라고 할수 있다. 이러한 정치적 자유는 누구에게나 보장 되어야 하는 권리인 것이다. 우리나라의 경우 교원의 정치적 자유에 대해서는 많은 제한을 하고 있다. 초. 중등교원의 경우에는 정당 가입이나 활동이 제한되고 선거운동등 정치적 활동이 제한 되고 있다. 프랑스의 경우 초중등학교 및 대학교도 모두 국공립학교가 원칙이기 때문에 일부사립학교를 제외하고는 교원들도 모두 공무원이라 할수 있다. 또한 교육법전에서 규정한 사항 이외에는 공무원에 관한 지위가 적용되기 때문에 공무원과 동일한 지위를 가진다고 할수 있다. 프랑스에서 근로자는 모두 노조를 설립할 자유를 가지므로 교원들도 예외는 아니다. 교원이라하여 노조 설립이 제한된다는 것은 상상하기 어려운 것이다. 프랑스 교원의 경우 공직선거에 있어서 모든 선거권과 피선거권을 향유하고 있으며, 정치적 표현의 자유를 보장받고 있다. 표현의 자유는 민주사회에서 가장 기본적인 권리로 인식되기 때문에 이를 교원이라하여 특별히 제한하지 않고 있는 것이다. 이처럼 프랑스는 교원에 대하여 특별히 정치적 자유를 제한하고 있지 않고 있는데, 이는 교육에 대한 신뢰가 바탕에 깔려 있기 때문일 것이다. 정치적 활동을 하는 것과 교육은 별개이고 교원들에 대한 신뢰가 있기 때문에 가능하다고 볼수 있다. 우리나라의 경우 초. 중등교원들에 대하여 정치적 표현의 자유와 정치적 활동에 대하여 과도한 제한을 하고 있어 교원들의 기본권을 침해할 소지가 많다고 할수 있다. 포괄적으로 금지하기 보다는 정치적 활동을 허용하면서 예외적으로 금지하는 것이 타당하다고 생각된다.³⁴⁾

33) 조국 전계서 163-164면

참고문헌

김철수, 『헌법학 신론』 박영사. 2010.

손형섭, “일본에서 교원의 정치적 활동에 관한 연구” 『공법학연구』 제14권 제3호.(2013. 5.)

조 국, “초.중.고등학교 교원의 정치활동의 범죄화 비판” 『형사정책』 제24권 제2호 (2012. 8)』

전학선, “프랑스교육제도와교원의정치활동의자유” 『세계헌법연구』 제19권 3호」, 2012.

34) 전학선, 전개서 81면

군형법 제92조의6, 동성애 처벌조항 폐지를 위한 소고

팀 명 : 살 림

광주전남지역대학 법학과

조선자 201421-120899

이승남 201421-120895

임영기 201421-120592

조정연 201421-120898

목 차

- I. 서론
 - II. 동성애, 동성애자에 대한 고찰
 - 1. 동성애, 동성애자 의의
 - 2. 성 정체성(성적 지향)
 - 3. 동성애 억압의 역사(시대적 변화)
 - 4. 동성애 혐오감(Homophobia)
 - III. 군형법 제92조의6(추행)의 개관
 - 1. 입법목적
 - 2. 연혁
 - 3. 대법원 판례
 - 4. 국가인권위원회의 권고
 - IV. 헌법재판소 2008헌가21 군형법 제92조 위헌제청 사건의 개관
 - 1. 사건의 개요 및 심판의 대상
 - 2. 제청 법원의 위헌제청이유와 이해관계기관의 의견
 - 3. 주요쟁점
 - 4. 결정내용
 - V. 성 소수자인권과 헌법 정신
 - VI. 군형법 제92조의6(추행) 폐지의 정당성
 - 1. 군 관련 법령, 행정 처분적 측면
 - 2. 사회·문화적 측면
 - 3. 형법, 헌법적 측면
 - 4. 외국의 사례
 - 5. 소결
 - VII. 결론
- < 참고문헌 >

I. 서론

2013년 4월 5일 법률 제11734호로 군형법의 일부 개정이 이루어져 2013년 6월 19일부터 시행되었다. 개정이유 및 주요 내용은 최근 개정된 「형법」을 반영하여 성폭력 범죄의 객체를 "부녀"에서 "사람"으로 확대하고, 구강·항문 등 신체(성기 제외)의 내부에 성기를 넣거나 성기·항문에 손가락 등 신체의 일부(성기 제외) 또는 도구를 넣는 '유사강간행위'를 처벌하는 규정을 신설하며, 성범죄에 대한 친고죄 규정을 삭제하는 한편, 동성 간의 성행위를 비하하는 "계간"¹⁾이라는 용어를 "항문성교"라는 용어로 변경하는 등 추행죄 규정을 정비하였다.²⁾

개정하면서도 동성 간의 성행위를 비하하는 용어를 변경하였을 뿐, 군형법 제92조의6(추행)의 동성에 행위자에 대한 형사처벌의 본질적인 내용은 여전히 유지되고 있다. 이는 성 소수자에 대한 편견이 아직도 우리 사회에 광범위하게 존재하여, 제92조의6(추행)이 성 소수자에 대한 인권, 기본권 제한 등 위헌적이고, 처벌의 실효성도 의문시되는 조항임에도 불구하고 '군대 가정 보호'라는 모호하고 추상적인 개념을 인용한 헌법재판소의 합헌결정으로 현재까지 남아 있다.

하지만 2014년 7월 미국의 오바마 대통령은 "동성애자 차별금지 행정명령"에 서명³⁾을 하여 우리와는 달리 동성애에 대하여 앞서가는 변화를 보이고 있다. 이에 우리의 연구는 위 조항의 부당성을 동성애와 동성애자에 대한 이해와 군 관련 법령 및 행정 처분적 측면, 사회·문화·형법·헌법적 측면 등 다양한 관점에서 살펴 위 조항의 폐지를 촉구하고자 한다.

다만, 군인 간 영내, 영외를 막론하고, 동성애 자체를 권장하거나 용인하는지 등의 입장은 이 논문에서 유보한다.

II. 동성애, 동성애자에 대한 고찰

1) 통상 사회에서 '계간'은 '남색', 즉 남성간의 동성애를 뜻하지만, 대법원은 '계간'을 '항문성교'로 해석한다. 대법원 2008. 5. 29. 선고 2008도2222 판결, 조국, 군형법92조의5 '계간 그 밖의 추행죄' 비판 -군인 간 합의동성애 형사처벌의 당부(當否)-, 형사법연구 제23권 제4호, 2011, 293면 인용.

2) [개정안의 내용]

법률 제11734호

군형법 일부개정법률

군형법 일부를 다음과 같이 개정한다.

제84조제1항 중 "부녀를"을 "사람을"로 하고, 같은 조 제2항을 삭제한다.

제92조 중 "부녀를"을 "사람을"로 한다.

제92조의8을 삭제하고, 제92조의2부터 제92조의7까지를 각각 제92조의3부터 제92조의8까지로 하며, 제92조의2를 다음과 같이 신설하고, 제92조의4(중전의 제92조의3) 중 "제92조 및 제92조의2"를 "제92조, 제92조의2 및 제92조의3"으로 하며, 제92조의5(중전의 제92조의4) 중 "제92조의2 및 제92조의3"을 "제92조의2부터 제92조의4까지"로 하고, 제92조의6(중전의 제92조의5) 중 "계간(鷄姦)이나"를 "제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 사람에 대하여 항문성교나"로 하며, 제92조의7(중전의 제92조의6) 및 제92조의8(중전의 제92조의7) 중 "제92조의4"를 각각 "제92조의5"로 한다.

제92조의2(유사강간) 폭행이나 협박으로 제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 사람에 대하여 구강, 항문 등 신체(성기는 제외한다)의 내부에 성기를 넣거나 성기, 항문에 손가락 등 신체(성기는 제외한다)의 일부 또는 도구를 넣는 행위를 한 사람은 3년 이상의 유기징역에 처한다.

부칙

제1조(시행일) 이 법은 2013년 6월 19일부터 시행한다.

제2조(친고죄에 관한 경과조치) 이 법 시행 전에 행하여진 중전의 제92조 및 제92조의2부터 제92조의4까지의 죄에 대하여는 중전의 제92조의8을 적용한다.

3) 오바마, 동성애자 차별금지 행정명령, 2014.07.22, YTN, 국제뉴스

1. 동성애, 동성애자 의의

1) 동성애

동성애를 정확하고 포괄적으로 정의할 수는 없다. 차라리 무엇이 동성애가 아닌가를 말하는 일이 더욱 쉬울 것이다. 동성애는 유전적인 결함, 호르몬 불균형, 정신질환, 귀신에 들림과는 상관이 없다. 동성애는 남성이나 여성이 다른 남성이나 여성에게 성적, 감정적으로 매력을 느끼는 의미를 의미한다. 이러한 상태를 동성애에 대한 호감이라고 표현하기도 한다.⁴⁾

2) 동성애자

동성애자란 같은 성을 가진 사람에게 성적인 매력을 느끼는 여성이나 남성을 말한다. 성별이 동일한 상대방과의 사랑이나 성관계를 표현하는 단어로 가장 흔하게 사용되고 있는 호모섹슈얼리티(homosexuality)라는 용어는 1869년 카를마리아 케르트베니(Karl Maria Kertbeny)라는 헝가리 의사가 프러시아의 반동 생애법 철폐를 주장했던 한 소책자에서 처음 사용되었다.⁵⁾

2. 성 정체성(성적 지향)

남성의 동성애는 우라니즘(uranism) 또는 게이, 여성의 경우는 동성애에 빠졌던 그리스의 여성 시인 사포의 이름을 따서 사피즘(sapphism) 또는 사포가 태어난 레스보섬의 이름을 딴 레즈비언(lesbian)이라고도 한다. 한국에서는 동성애자가 일반적이지 않다는 뜻에서 이반(二般 또는 異般)이라고도 부른다. 흔히 트랜스젠더와 혼동하기도 하는데, 트랜스젠더는 자신의 육체적 성이 정신적 성과 반대라고 생각하는 성전환 중에 가까운 경우로서 동성애와 구별된다. 동성애자들을 성범죄를 유발하는 관음증이나 도박증 등과 같은 병적인 성도착증과도 구별해야 할 부분이다.

우리나라도 최근 동성애를 정상적인 성적 지향으로 간주하고 동성애자의 인권을 보호해야 한다는 사회적 인식이 확대되고 있다. 이밖에 통계청이 고시한 한국표준 질병 분류도 “성적 지향성 그 자체는 장애와 연관시킬 수 없다.”고 밝히고 있으며, 교육인적자원부(현재 교육과학기술부)가 발행하는 ‘성교육 교사용 지도지침서’는 “동성애 또한 하나의 인간적인 삶인 동시에 애정의 형식이다(중학교용)” “이제는 더 이상 동성애가 성도착증으로 분류되지 않는다(고등학교용)”고 기술하고 있다.⁶⁾

3. 동성애 억압의 역사(시대적 변화)

동성애를 종교적인 죄(sin)로 보는 근거로 제시되어 온 것은 성서의 여섯 부분(창 19:1-11; 레 18:22, 20:13; 롬 1:24-32; 고전 6:9; 딤후 1:8-11)이다.⁷⁾ 동성애를 지칭

4) 이 글은 Exodus Global Alliance의 허가로 번역 및 게재되었습니다. 원문은 다음주소에서 볼 수 있다.

<http://exodusglobalalliance.org/whatishomosexuality93.php>

5) Alan T. Watters, "Heterosexual Bias in Psychological Research in Lesbianism and Male Homosexuality," J. of Homosexuality, Fall86, Vol. 13 Issue 1, 35-58면 참조 (1977): 그 소책자에서 케르트베니는 남성 간의 성관계를 범죄로 추가시킨 형법 제143조의 제정을 반대하면서, 보다 합리적인 대응을 요구하였다. 윤진숙, 동성애자에 대한 사회적·법적 고찰, 2009, 278-279면. 재인용.

6) 『국가인권위원회 보도자료』 (2003. 4. 2.); 이동호, “동성애와 관련된 국가인권위원회의 청소년보호위원회 권고문에 대한 윤리신학적 비판,” 34-36. 이 논문의 부록에 수록된 전문참조. 대전신학대학교 조직신학 허호익, 동성애에 관한 핵심 쟁점-범죄인가, 질병인가, 소수의 성지향인가?

허호익, 동성애에 관한 핵심쟁점-범죄인가, 질병인가, 소수의 성지향인가?, 장신논단 제38집, 2010, 251면 인용.

하는 소도미(sodomy)와 남색(男色) 하는 자(sodomite)와 같은 용어도 성서에서 유래한다.

1933년 히틀러는 집권한 후 동성애자 5만 명을 생매장하고 점령국의 동성애자 4만 명을 처형했다.⁸⁾ 1934년 스탈린은 출산장려 정책으로 동성애자 수천 명을 체포, 구금하였다.⁹⁾

그러나 20세기 중반에 와서 동성애의 비범죄화를 주장하는 경향이 생겨났다. 히틀러와 스탈린의 동성애자에 대한 무차별적 학살이 동성애자의 인권에 대한 관심을 촉구하는 역사적 계기가 되었다. 1953년에 발효된 「유럽인권 법안」 제8조 ‘사생활과 가족생활의 권리’에서 국가가 개인의 동성애 행위 선택 여부를 간섭하는 것을 사생활 침해로 규정함으로써 동성애의 비범죄화에 결정적인 영향을 끼쳤다.¹⁰⁾

우리나라는 1995년 6월 26일 「한국동성애자인권운동협의회」가 창립되었고, 2001년 11월 24일부터 시행된 국가인권위원회법 제30조 2항 본문에 따라 ‘성적 지향’을 이유로 한 헌법 제10조(행복추구권) 제11조(평등권) 제21조(표현의 자유) 등을 침해하는 것으로 판단하였다. 2002년 4월에는 「영화진흥법」 및 「공연법」의 영상물 등급위원회의 심의 기준에도 동성애 항목이 삭제되었다. 인권위의 권고(2003. 4. 2)로 청소년보호법시행령 제7조에서는 청소년유해 매체물로 규정된 ‘혼음, 근친상간, 동성애, 가학 피학 성 음란증 등 변태 성행위, 매춘 행위, 기타 사회 통념상 허용되지 않는 성관계를 조장하는 것’ 중에서 ‘동성애’를 삭제하여 개정하였다.¹¹⁾

4. 동성애 혐오감(Internalized Homophobia)

이성애자들이 동성애자의 생활이나 사고 구조에 대해 매우 부정적으로 반응하는 현상을 의미한다. 1967년 동성애 혐오감이라는 용어를 최초로 고안해 낸 Weinberg는 동성애 혐오감도 다른 공포증처럼 강박적이고 비합리적인 특성을 보인다고 하였다.

이러한 동성애 혐오감은 정신병리학적이거나 개인의 성격적 특질에서 기인하는 것이 아니라 만연하는 이성애 주의를 자신에게 적용하는 과정과 관련된 것으로 보아야 한다. 동성애 혐오감은 부정적인 자기 지각과 태도를 완전히 극복하는 것의 실패를 의미하며 성 소수자의 정신건강과 안녕감에 부정적인 영향을 미치므로, 성 소수자의 건강한 자기 개념의 발달을 위해서는 동성애 혐오감 극복이 필수적이다. 하지만 우리 사회는 반 동성애 분위기가 매우 강해 이를 극복한다는 것이 여간 힘든 일이 아닐 것이며, 동성애 혐오감이 동성애자들의 건강 관련 삶의 질에 중요한 변인으로 작동할 것임을 추론할 수 있다.¹²⁾

7) 이경직, “구약에 나타난 동성애,” 『기독교신학저널』 제2권(2002), 307-36.; 신득일, “구약의 동성애 법,” 『신앙과 학문』 14-2, 133-57; 이경직, “신약에 나타난 동성애,” 『기독교사회윤리』 5(2002), 179-208; 이경직, “로마서에 나타난 동성애,” 『기독교신학저널』 제4권(2003), 211-40.

8) 조철옥, “포스트모더니즘 범죄이론에 의한 동성애 합법화 연구,” 213.

9) Collin Wilson & Susan Tyburn, Breaking the chains: The struggle for gay liberation and socialism, 정민역, 『동성애 해방운동사』 (서울: 연구사, 1998), 33-36.

10) 조철옥, “포스트모더니즘 범죄이론에 의한 동성애 합법화 연구,” 223.

11) 허호익, 동성애에 관한 핵심쟁점-범죄인가, 질병인가, 소수의 성지향인가?, 장신논단 제38집, 2010, 239-245면 인용

12) 신승배, 한국 동성애자의 건강관련 삶의 질에 영향을 미치는 요인, 보건사회연구 33[1], 2013, 387면. 인용.

III. 군형법 제92조의6(추행)의 개관

1. 입법목적¹³⁾

기독교 전통이 강한 서구와 달리 한국 형법은 애초부터 동성애를 범죄화하고 있지 않다. 형법제정 당시 입법자가 참조한 일본 형법 가안이 동성애를 비범죄화하고 있었던 점이 영향을 주었을 것이라 추측할 수 있다. 그러나 동성애를 반자연적·비도덕적인 행위로 보는 특정 종교 교리에 따른 편견, 동성애자에 대한 두려움, 경멸, 혐오의 감정인 ‘호모포비아’(homophobia)는 우리 사회에서 엄존한다.¹⁴⁾ 그리고 동성애에 대한 이성애의 우월성, 생물학적 성기에 기반한 성 역할, 생식 위주의 섹슈얼리티 등을 강조하는 ‘이성애주의’¹⁵⁾ 역시 강력하게 자리 잡고 있다.

이는 법률가의 의식 속에도 확인된다. 예컨대, 1990년 간통죄 위헌여부 헌법재판소 결정의 반대의견 중 한병채, 이시윤 재판관은 동성애는 “간통죄보다 선량한 풍속을 더 크게 해치고 혐오감이 더 크다”라고 보았으며, 김양균 재판관도 동성애의 “도덕적 비난 가능성은 간통죄에 비하여 덜하다고 할 수 없다.”고 밝힌 바 있다.¹⁶⁾

군형법 제92조의5¹⁷⁾는 이러한 ‘호모포비아’와 ‘이성애 주의’의 산물이다. 동조의 문언은 처벌 대상을 동성애 행위로 한정하지 않고 있다. 그렇지만 이 조항의 입법목적이 동성군인 간 -특히 남성군인 간-의 성적 행위의 처벌임은 분명하다. 실제 남성군인 간의 합의에 의한 성적 행위 외의 다른 행위가 동조에 의하여 처벌된 예가 없다.

그리고 대법원과 헌법재판소도 동성애를 “변태성 성적 만족 행위”¹⁸⁾로 파악하고 있다. “군대 가정의 성적 건강”¹⁹⁾ 유지가 동조의 입법 취지라는 판단 뒤에는 동성애는 성적으로 건강하지 못한 행위라는 판단이 자리 잡고 있다. 이상의 점은 대법원과 헌법재판소가 ‘정상적 성행위’와 ‘비정상적 성행위’로 구분하고 있음을 보여준다. 이는 “동성애 성행위를 변태적이라거나 성도덕에 반하는 사회유해적인 것이라고 인식했던 과거의 잘못된 편견”²⁰⁾의 반영이다.

또한 ‘군대 가정’이라는 표현은 가부장 중심의 가정문화가 군대에도 관철되어야 하며, 이성애를 전제로 하는 가부장제는 동성애를 용납할 수 없다는 함의를 품고 있다. 이 점에 대하여 한채운은 다음과 같이 비판한다. “가부장제가 강한 사회일수록 이성애 주의도 강하다. 동성애자를 비롯한 성적 소수자들에게 가족은 보호가 아닌 억압의 기제로 작동한다.”²¹⁾

한편 군형법 제92조의5의 보호법익으로 “군기의 보호”²²⁾, “군의 전투력 보존”²³⁾ 등

13) 조국, 군형법92조의5 ‘계간 그 밖의 추행죄’ 비판 -군인 간 합의동성애 형사처벌의 당부(當否)-, 형사법연구 제23권 제4호, 2011, 306-308면 인용.

14) 동성애에 대한 고정관념에 대한 비판으로는 공자그 그 라로크 지음(정재곤 옮김), 『동성애』(2007)을 참조하라.

15) 한채운, “성적 소수자 차별의 본질과 실제 그리고 해소방안,” 한인섭·양현아 편, 『성적 소수자의 인권』(2002), 47-48면.

16) 헌법재판소 1990. 9. 10. 선고 89헌마82 결정.

17) 인용한 조국의 논문이 2013. 4. 5. 군형법 개정 전의 것(2011)으로 현재의 제92조의6(중전의 제92조의5)에 해당함.

18) 대법원 1973. 9. 25. 선고 73도1915 판결; 헌법재판소 2002.6.27. 선고 2001헌바70 결정.

19) 대법원 1973. 9. 25. 선고 73도1915 판결.

20) 이호중(각주 10), 237면.

21) 한채운(각주 62), 47, 51면.

22) 헌법재판소 2011. 3. 31. 선고 2008헌가21 결정.

이 주장되고 있다. 그러나 합의에 기초하여 비공개적으로 이루어지는 동성애가 군기나 전투력을 저하한다고 판단하기는 어렵다. 실제 합의에 따른 동성애적 행위로 처벌된 피고인 중 상당수가 범행이 발각되기 이전까지는 군 생활에서 성실함과 높은 업무능력을 인정받은 경우가 많았다.²⁴⁾ 또한 동성애자의 군복무를 허용하고 있는 OECD 주요 국가의 군대에서 군기와 전투력이 약화되었다는 분석은 없다. 팜 센터의 조사에 따르면, 이러한 허용 정책이 군 기강의 저하나 에이즈 비율의 증가 등을 일으키지 않았다.²⁵⁾

현재 한국 사회에 존재하는 ‘호모포비아’ 중의 하나로 군대 내에서 남성 동성애자 군인이 다른 남성 군인에게 성폭력을 가할 수 있다는 우려가 존재하고 있다.²⁶⁾ 먼저 이러한 성폭력은 군형법 제92조의5가 없어도 다른 조항으로 처벌할 수 있다. 그리고 2003년 국가인권위원회가 실시한 군대 내 남성 간 성폭력에 대한 조사 사례 중 가해자가 동성애자인 경우는 한건도 없었으며, 오히려 가해자들은 “자신이 동성애자로 취급받는 것이 억울하다”며 강한 동성애혐오증을 보였다.²⁷⁾ 2010년 국가인권위원회 결정에서 지적한 것처럼, “군대내 남성 간 성폭력의 본질은 위계와 권력의 폭력적 행사에 기인한 것이지 동성애자들이 자신의 성욕을 참지 못하여 이를 행사하는 것으로 보기는 어렵다” 할 것이다.²⁸⁾

2. 연혁

군형법은 1946년 6월 제정된 『조선국방경비법』을 모태로 한 것으로서, 법의 적용 대상이 군인 신분이 아닌 경비대원이나 민간인에까지 확대되는 등의 문제를 보완하여 1962년 『군형법』이라는 이름으로 등장했다. 현행 군형법의 적용대상자는 ‘대한민국 군인’으로서 남녀를 불문하며, 현역에 복무하는 장교, 사관, 병, 군무원뿐만 아니라 최근 성폭력 사건이 화두가 된 사관후보생 등 병역법에 따른 군적을 가지는 학생까지 포함된다.²⁹⁾

제92조의6 (추행)³⁰⁾ 조항은 2009. 11. 2. 신설되어 2010. 2010. 2. 3. 시행되었으며, 2013. 4. 5. 개정되어 2013. 6. 19. 시행되어 현재에 이르고 있다.

3. 대법원의 판례

1) 판시사항

군형법 상 추행죄에서 말하는 ‘추행’의 의미 및 판단 방법

2) 판결요지

23) 헌법재판소 2002. 6. 27. 선고 2001헌바70 결정.

24) 이경환(각주 3), 94-95면; 이호중(각주 10), 251-253면.

25) Palm Center(각주 38), at 24-103.

26) 동성애자인권연대 정을 씨의 경우 군복무중 동성애자로부터 온 연애편지가 공개되자 “네가 젊은 군인들을 그냥 두겠느냐?”라는 의혹을 받았고, 이후 정신병원에 2개월에 수용되어 정신병자임을 인정하라고 요구받았다[육성철, 『세상을 향해 퍼붓』 (2008), 105-106면]

27) 국가인권위원회, 『군대 내 성폭력 실태조사』 (연구용역보고서, 2004), 22-23면.

28) 국가인권위원회(각주 8), 5면.

29) 추지현, ‘강간’과 ‘계간’ 사이:군형법상 “강간과 추행의 죄”의 법담론, 한국여성학 제29권 3호, 2013, 155면. 인용.

30) 제1조 제1항부터 제3항까지에 규정된 사람에 대하여 향문성교나 그 밖의 추행을 한사람은 2년 이하의 징역에 처한다.

군형법 제92조의 추행죄는 군 내부의 건전한 공적 생활을 영위하고, 이른바 군대 가정의 성적 건강을 유지하기 위하여 제정된 것으로서, 주된 보호법익은 ‘개인의 성적 자유’가 아니라 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 사회적 법익이다. ... 중략 ... 따라서 개인적 성적 자유를 주된 보호법익으로 하는 형법 등에서 말하는 ‘추행’의 개념과 달리 군형법 제92조에서 말하는 ‘추행’이라 함은 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 것을 의미하고, 이에 해당하는지 여부는 행위자의 의사, 구체적 행위 태양, 행위자들 사이의 관계, 그 행위가 공동생활이나 군기에 미치는 영향과 그 시대의 성적 도덕관념 등을 종합적으로 고려하여 신중히 결정하여야 한다.³¹⁾

4. 국가인권위원회의 권고

1) 판단

「헌법」 제17조는 “모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 않는다.”고 명시하고 있으며, 그 구체적인 내용으로는 사생활의 불가침, 사생활의 자유의 불가침, 자기정보 통제권으로 이루어져 있다. 따라서 국가나 공공기관이 행정 목적으로 개인의 사생활에 해당하는 정보를 수집하거나 요구하는 경우에도 목적의 범위에서 필요 최소한의 정보만을 수집하여야 할 것이며, 특히 개인의 은밀한 사생활에 관한 정보일 경우에는 그 수집이 제한되거나 금지되어야 할 것이다. ... 중략 ... 나아가 동성애는 개인이 선택할 자유가 있는 성적 지향일 뿐이므로 단지 동성애자라는 이유로 이성애자에 비해 그 처우를 달리해서는 안 된다는 것이 확립된 원칙인바, HIV나 매독균의 감염을 의심할 만한 징후가 전혀 없음에도 불구하고 단지 동성애자라는 이유로 검사를 받게 하는 것은 인격권 및 평등권 침해의 차별행위라 할 것이다.

2) 권고의 내용

위와 같은 인정 사실과 판단에 비추어 볼 때에, 이 사건에서 비록 피진정인들이 고의로 피해자를 괴롭히려고 한 것은 아니라 할지라도, 군대 내 동성애자에 대한 인권보장 지침이 부재한 상태에서 피진정인들이 가지고 있던 기존의 편견이나 관행적 인식에 기초하여 피해자를 대우하였고 그 과정에서 피해자가 심대한 정신적 고통을 겪게 된 점이 인정된다. ... 중략 ... 2006. 4. 1. 자로 시행되고 있는 「병영 내 동성애자 관리지침」의 개정을 권고하는바, 구체적으로 동성애자의 군 복무와 관련해서는 차별과 인권침해의 예방이 핵심사항이므로 첫째, “관리지침”이 아닌 “보호지침”으로 변경할 것, 둘째, “동성애자의 유입과 확산을 차단한다”는 관리지침의 목표를 수정할 것, 셋째, 성적 지향에 대한 조사금지 및 공개금지 원칙에 부합하도록 “인성검사를 통해 동성애 성향 잠재자로 밝혀지면 보호 및 관심병사로 지정, 집중관리 하겠다.”는 내용을 수정할 것, 넷째, 개인의 성적 지향을 국가가 개입하여 관리하는 것은 인권침해이므로 “이성애자로의 전환 희망 시 적극 지원 하겠다”는 내용을 수정할 것을 권고한다.³²⁾

31) 대법원 2008. 5. 29. 선고 2008도2222 판결.

32) 국가인권위원회, 군 동성애자 사병 차별과 인권침해, 2010. 6. 30.

IV. 헌법재판소 2008헌가21 군형법 제92조 위헌제청 사건의 개관

1. 사건의 개요 및 심판의 대상³³⁾

1) 사건의 개요

당해 사건의 피고인은 피해자(20세)가 소속된 부대의 부소대장으로서, 2008. 3. 초순경 소속 부대 독신 장교 숙소 3호실에서 이사를 도와주기 위하여 온 피해자로 하여금 피고인의 팔을 베고 눕게 하고, 2008. 5. 초순경부터 2008. 6. 4.경까지 30여 일에 걸쳐 매일 20분 내지 30분간 부 소초장실에서 피해자의 배, 엉덩이 및 성기를 만지고, 피고인의 성기를 피해자의 몸에 닿게 하는 등 피해자를 추행하였다는 혐의로 구 ‘성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률’ 위반(업무상 위력 등에 의한 추행)으로 입건되었으나, 피해자와 합의하여 고소가 취소된 후 구 군형법(1962. 1. 20. 법률 제1003호로 제정되고, 2009. 11. 2. 법률 제9820호로 개정되기 전의 것) 제92조(이하 ‘이 사건 법률조항’이라고 한다)의 추행죄로 기소되었는데, 육군 제22사단 보통군사법원(이하 ‘제청 법원’이라 한다)은 1심 재판 계속 중 직권으로 구 군형법 제92조에 대하여 이 사건 위헌법률심판제청을 하였다.

2) 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 이 사건 법률조항의 위헌 여부이다. ‘군형법 제92조(추행) 제간 기타 추행한 자는 1년 이하의 징역에 처한다.’

2. 제청 법원의 위헌제청이유와 이해관계기관의 의견

1) 제청 법원의 위헌제청이유

이 사건 법률조항은 강제에 의한 추행이 포함되는지 여부가 불명확하고, 행위의 주체나 상대방에 관하여 아무런 규정을 하지 않아 ... 중략 ... 행위자들 사이의 관계나 행위 장소 등에 관하여 아무런 판단 기준을 제시하지 아니하고 있으므로 명확성의 원칙에 위배된다.

이 사건 법률조항에 의하면 공연성이 없고, 강제에 의하지 않은 동성 간의 추행도 징역형으로 처벌하게 되는바, 이는 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’를 보호하는데 효율적인 수단이라고 할 수 없고, 입법목적을 달성하는 데 필요한 정도를 일탈한 과도한 규제라 할 것이므로 과잉금지의 원칙에 위반된다.

군대 내 이성 간의 성적 행위는 단지 징계의 대상이 될 뿐임에 반하여 동성 간 성적 행위는 이 사건 법률조항에 의하여 형사처벌의 대상이 되므로 결국 이 사건 법률조항은 동성애자 군인의 성적 자기결정권과 평등권을 침해한다.

군인이 휴가나 외박을 나간 경우 및 부대 안이라도 간부 숙소와 같은 장소에 있는 경우 사생활의 자유가 보장되어야 한다. 그런데 이 사건 법률조항은 이러한 점을 고려함이 없이 모든 추행 행위를 처벌 가능하도록 하고 있으므로 군인의 사생활의 비밀과 자유를 침해하게 되는 것이다.

33) 헌법재판소 공보관실, 2010. 6. 10, 계간 기타 추행행위 처벌사건-軍 내 동성에 처벌사건, 보도자료.

2) 국방부 장관의 의견요지

이 사건 법률조항의 제정이유는 상명하복의 엄격한 규율과 집단적 공동생활을 본질로 하는 군대의 특수한 사정을 고려한 것으로, ... 중략 ... 이 사건 법률조항으로써 지키고자 하는 보호법익은 ‘개인의 성적 자유’가 아니라 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 사회적 법익이다.

이 사건 법률조항에 있어서 ‘추행은 일반인으로 하여금 혐오감을 느끼게 하는 성적 만족 행위로서 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 해하는 것으로 비 강제에 의한 추행이라’ 하더라도 추행에 해당하고, ... 중략 ... 군이라는 특수한 조직에서 공동생활하고 있는 건전한 상식과 도덕적, 성적 관념을 가진 일반인이라면 누구나 특정할 수 있다 할 것이므로 이 사건 법률조항은 명확성의 원칙에 반하지 아니한다.

이 사건 법률조항의 입법목적에 비추어 볼 때 모든 추행행위에 대하여 일괄적으로 1년 이하의 징역형으로 처벌하도록 규정하였다는 사유만으로 입법재량권을 벗어나는 입법이라고 보기 어렵다.

군내 동성애 행위는 개인의 성적자기결정권의 문제라기보다는 왜곡된 성적쾌락 및 욕구 해소의 한 수단으로 변질될 우려가 있는바, 이 사건 법률조항은 이러한 점을 막기 위한 최소한의 제한이므로 그 위반자를 처벌한다고 하더라도 동성애자 군인의 평등권, 성적자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

3) 당해 사건 피고인의 의견요지

제청 법원의 위헌제청이유와 같은 의견으로 군대 내에서 동성애 행위를 하다 적발된 경우 이성 군인의 경우와 같이 징계처분만으로 충분히 처벌적 효과를 기대할 수 있으므로 이 사건 법률조항은 최소 침해의 원칙에 위배된다고 주장하였다.

3. 주요쟁점

이 사건 법률조항이 명확성의 원칙을 위반한 것인지 여부와 이 사건 법률조항이 군대 내 동성애자들의 성적자기결정권, 사생활의 자유, 평등권 등을 침해한 것인지 여부이다.

4. 결정내용

헌법재판소는 2011년 3월 31일 이 사건 법률조항은 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 반하지 아니하고, 과잉금지의 원칙을 위반하여 성적자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유를 침해하지 아니할 뿐만 아니라, 동성애자의 평등권을 침해하지 아니하므로 헌법에 위반되지 아니한다고 합헌결정을 하였다.

V. 성적 소수자(sexual minorities) 인권과 기본권의 헌법 정신

인권이란 인간이기 때문에 당연히 갖는 권리를 말한다. 인간의 권리인 인권은 전 국가성과 초 국가성을 특징으로 하며, 인간이기 때문에 시와 장소와 무관하게, 인간으로서 당연히 누릴 수 있는 보편적 권리의 성격을 지닌다. 인권은 법 이전의 개념의 성격을 지닌다고 할 수 있다. 반면 기본권이란 헌법이 보장하는 국민의 기본적 권리를 말하는 것

인데, 기본권에는 전 국가적·생태적 권리인 인권의 성질을 지닌 것이 있는가 하면 국가에 의해 주어진 시민의 권리인 국가내적 권리도 있으므로 인간의 본성에서 나오는 천부적 권리인 인권과는 개념은 물론 내용도 동일하다고 할 수 없다.³⁴⁾ 따라서 국가는 성적 소수자 즉 동성애자의 천부적 권리인 성 정체성(성적 지향)과 헌법이 보장하는 국민의 기본적 권리인 성적 자기결정권, 평등권 등 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.

VI. 군형법 제92조의6(추행) 폐지의 정당성

1. 군 관련 법령, 행정 처분적 측면

군인사법 제56조(징계사유) 제2항 ‘품위를 손상하는 행위를 한 경우’ 군인사법 시행규칙 제56조(현역복무 부적합자 기준) 제2항 제4호에는 ‘변태적성벽자’를, 군인사법 시행령 제49조 제1항 제2호에 규정된 자(현역복무에 적합하지 아니한 자)의 하나로 규정하고 있으며, 국방부가 2006년 3. 22. 발표하고 같은 해 4. 1.부터 시행한 ‘병영 내 동성애자 관리지침’에 의하면, 동성애자 역시 일반 병사와 동등하게 관리되는 것을 전제로 병영 내 모든 성적행위는 인정되지 않으며, 성희롱, 성추행, 성폭력 사고 발생 시 군형법을 적용하여 엄중 처벌하고, 복무 부적응 시에만 현역복무 부적합 처리 후 전역 조치를 할 뿐이라 명시하고 있다.³⁵⁾ 사실관계가 이러함에도 불구하고 군형법 제92조의6은 영내는 물론 영외의 행위까지 처벌하는 근거로 이용되고 있는 것은 커다란 문제가 아닐 수 없다.

또한, 『선진 병영문화』 정착을 위한 군인복무기본법 제정과 관련한 국방부의 의견³⁶⁾을 살펴보더라도 군 관련 법과 규칙을 통하여 얼마든지 상당한 징계, 강제 전역 등 실효성 있는 행정적인 관리 및 조치를 할 수 있다.

2. 사회·문화적 측면

우리 사회는 소수의 행동으로 사회에 뿌리 깊게 박힌 고정관념인 수많은 편견이 존재한다. 다문화 가정, 장애인, 한센병 등이 그 대표적인 예이다. 동성애 및 동성애자도 동성애 혐오감에서 기인한 편견으로, 동성애는 질병도, 호르몬, 정신이상도 아닌 존엄한 인간의 성 정체성, 지향성일 뿐이다. 따라서 동성애자도 인간으로서 당연히 존중받아야 할 성 소수자일 뿐이다.

우리 사회에서 성(性·Sexuality)은 아직도 은밀한 것, 감추어야 하는 것으로 치부된다. 누구 하나 시원하게 질문에 답해주지 않고, 쉬쉬거리기 바쁘다.³⁷⁾ 보편적인 이성애는 물론 정당한 부부간의 성 또한 마찬가지다. 이런 사회·문화적 환경에서 군대 내 동성애 행위 시 형사처벌 조항이 폐지된다 하여 공공연한 동성애가 발생하고, 그 결과 병영 내의 건전한 질서가 붕괴하고 전투력이 상실되어 국가안보에 심각한 위협이 될 수 있다는

34) 김학성, 헌법학원론, 피앤씨미디어, 2014, 267-268면.

35) 헌법재판소결정해설집, 2011.

36) 군인의 법적지위와 권리 및 의무사항을 포괄적으로 규정함으로써, 인간으로서의 존엄성과 권리를 보장하고, 동시에 군인으로서의 기본적 의무를 규정하는 법적·제도적 근거 마련

사회적 요구와 변화에 부합하는 새로운 병영문화를 정착시킴으로써, 무형의 전투력 향상과 국민의 신뢰 확보로 선진 정예 강군을 육성

37) 한국경제, 2014. 5. 4, 행복한문화센터 배정원소장, 한국사회성(性)을 말한다.

주장은 동성애 혐오감에서 기인한 편견을 정당화하는 궁색한 변명에 불과하다.

3. 형법, 헌법적 측면

죄형법정주의가 형법의 대원칙으로 존재하게 되는 의의는 범죄와 형벌을 법으로 규정함으로써 법 집행자의 자의와 독단에 의한 죄형전단주의의 폐단을 극복하고, 따라서 국민의 자유와 권리가 법적으로 보장받을 수 있게 된다. 국가 형벌권의 무제한적 발동을 법적으로 제한함으로써 법집행기관인 사법권을 입법권에 의하여 견제하는 권력 상호 간의 균형을 가져올 수 있다. 범죄와 형벌의 요건을 법률로 규정하여 국민 생활의 예측 가능성을 부여함으로써 행위조종을 가능하게 할 뿐만 아니라 법에 대한 국민의 신뢰를 확보하여 법적 안정성을 보호할 수 있다. 즉 죄형법정주의는 법치주의를 형사법적으로 구현하는 원칙이다.³⁸⁾

군형법 제92조의6은 성 소수자에 불과한 군인을 동성애 혐오감에 기초한 과잉 범죄화로, 형법은 국가가 사용하는 강제력 가운데 가장 강한 형태인 형벌을 수단으로 하는 것이니만큼, 다른 법적 방법으로는 문제가 해결되지 않는 경우, 최후에 최소한의 내용으로 개입하여야 하는 형법의 보충성 원칙을 위배하고,³⁹⁾ 범죄와 형벌이 법률에 규정되었다 하더라도 그 내용이 불명확하다면 형벌권의 자의적인 행사가 가능하게 되어 명확성의 원칙에 위배되고,⁴⁰⁾ 국가권력의 남용을 제약하고 국민의 권리를 보장하려 하는 죄형법정주의의 실질적 목적을 이루어 내기 위해서는, 범죄와 형벌을 규정하는 법률의 내용이 합리적이고 정의로운 것이어야 한다는 실질적 죄형법정주의의 적정성의 원칙을 위배하였다.⁴¹⁾

또한, 군형법 제92조의6은 행위유형이 세분화되지 않아 강제적 구성요건과 비강제적 구성요건이 혼재되어 있다. 강제성의 유무에 따라 행위의 성격 및 판단 기준, 고려요소 등 많은 차이가 있음에도, 현형 규정은 평장히 단순한 하나의 구성요건으로 처리하고 있으며, 서로 다른 성격의 행위를 같은 틀로 해석하고 있다.⁴²⁾ 이 또한 죄형법정주의 정신에 위배된다.⁴³⁾

기본권과 인권사상은 인류의 역사와 그 시작을 같이한다고 하겠다. 인간의 자유와 권리는 국가권력에 의해 위협되었고 유린되었으며, 인간은 인권을 보장받기 위해 국가권력을 상대로 끊임없이 투쟁하여 왔다. 기본권과 인권사상은 다양한 역사적·국가적 체험에 따라 나름대로의 독자적 의의를 가지고 발전되어 왔다.⁴⁴⁾

법치주의는 국가를 법에 기속시킴으로써 국가와 국민의 관계를 국가가 일방적으로 명령하고 지배하는 관계가 아니라 권리와 의무의 관계로 만들고자 한다. 이러한 법치주의는 첫째, 국가 활동의 절차, 기준, 방법, 형식을 제공함으로써 국가를 활동하게 만드는 기능을 나타낸다. 둘째, 법치주의는 국가가 준수해야 원칙으로서 이를 지키기만 하면 면책될 수 있게 되어 국가 활동을 불법으로부터 보호하고 정치적 공동체의 올바른 질서를

38) 신치재, 형법총론강의, 대교출판사, 2010, 15면.

39) 최정학, 최관호, 형법총론, 한국방송통신대학교출판문화원, 2014, 7면.

40) 최정학, 최관호, 형법총론, 한국방송통신대학교출판문화원, 2014, 18면.

41) 최정학, 최관호, 형법총론, 한국방송통신대학교출판문화원, 2014, 22면.

42) 이정환, 군대 내 동성애 행위 처벌에 대하여, 공익과 인권 제5권 제1호, 2008, 74면.

43) 대법원 1997. 9. 28. 선고 77도405 판결(이른바 염소의 판결) 참조

44) 김학성, 헌법학원론, 피앤씨미디어, 2014, 259면.

만드는데 기여한다. 셋째, 법치주의는 국가구조를 정치적 지도집단의 교체나 정치노선의 변화로부터 독립시키는 작용을 담당한다. 법치주의는 수많은 변화, 특히 정치권력의 변화로부터 정치적 공동체 질서의 계속성을 보증하여 준다. 넷째, 법치주의는 법적 명확성과 법적 안정성을 통해, 국가생활을 합리화시켜준다.⁴⁵⁾

국가권력의 행사를 통해 달성하고자 하는 목적과 동원된 수단이 비례성이 없다면 국가작용의 정당성은 부인될 수밖에 없다. 초기 행정법의 원칙으로 출발한 비례의 원칙은 오늘날 비단 기본권 제한에만 관련된 것이 아니라 실질적 법치국가 원리의 한 요소로 모든 국가작용에 적용되어야 하는 원칙으로 이해되고 있다. 사용하는 수단이 목적달성에 적합한 것인가, 사용하는 수단이 당사자에게 가혹한 부담을 주는 것은 아닌가, 나아가 그러한 수단이 기대 가능한지 등의 관점에서 판단하는 것이다.

우리 헌법은 기본권 제한에 있어서 이 비례의 원칙을 채택하고 있다. 국민의 모든 자유와 권리는 “필요한 경우에 한하여 법률로서 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용은 침해할 수 없다.”는 것이다.(제37조 제2항).⁴⁶⁾

4. 외국의 사례⁴⁷⁾

1) 유럽연합 - 군인 동성애의 비범죄화 및 동성애자의 군 복무 허용

유럽연합(European Union)의 1997년 암스테르담 조약(The Treaty of Amsterdam)은 성적 지향을 이유로 하는 차별을 금지하며, 2000년 12월 유럽회의(Council of Europe) 의회는 유럽연합 권리장전(Charter of Fundamental Rights) 제21조에 성적 지향에 의한 차별금지를 명문화하였다. 그리고 유럽 각국에서 동성애가 형사처벌 되지 않고 있다. 관련한 지도적 판결은 동성애 처벌은 성생활을 포함한 시민의 사생활의 자유를 침해하므로 유럽 인권협약(European Convention of Human Rights) 제8조 위반이라는 1978년 유엔 인권재판소(European Court of Human Rights)의 ‘Dudgeon vs. UK 판결’이다. 유럽 연합에 가입하려는 새로운 국가는 동성애의 비범죄화 조치를 취해야 한다.

군인 간의 동성애도 비범죄화되어 있다. 미국 캘리포니아 산타바바라 대학교의 팜 센터(Palm Center)의 2010년 조사에 따르면, 어떠한 공식적 제한 없이 동성애자의 군복무를 허용하는 나라 -아시아권은 조사대상에서 제외- 로는 대부분의 유럽연합 국가, 이스라엘, 남아프리카 공화국, 우루과이 등 25개국이다.

한편, 영국은 1994년 ‘형사사법과 공공질서에 관한 법률’(The Criminal Justice and Public Order Act)로 군대 내의 동성애의 형사처벌을 폐지하였지만, 동성애자를 전역시키는 정책은 계속되었다. 그러나 1999년 유럽 인권재판소의 ‘Lustig-Prean and Beckett v. UK 판결’ 및 ‘Smith and Grady v. UK 판결’ 이후에는 동성애자의 군 복무를 금지하는 정책이 폐지되었다.

2). 미국 - “묻지도 답하지도 말라”정책의 폐지

(1) 군인 간의 ‘소도미’ 처벌

45) 김학성, 헌법학원론, 피앤씨미디어, 2014, 219면.

46) 강경선, 서경선, 헌법의 기초, 한국방송통신대학교출판문화원, 2014, 139면.

47) 조국, 군형법82조의5 ‘계간 그 밖의 추행죄’ 비판 -군인 간 합의동성애 형사처벌의 당부(當否)-, 형사법연구 제23권 제4호, 2011, 301-305면. 인용.

1960년까지 미국의 모든 주가 이성과 동성 간의 구강·항문 성교를 금지하는 ‘소도미’(sodomy) 법을 시행하고 있었고, 2003년 연방대법원의 ‘Lawrence vs. Texas 판결’ 당시 9개 주가 ‘소도미’를 범죄화하고 있었다. 동 판결에서 연방대법원은 6 대 3의 다수의견으로 동성 간의 성행위를 범죄로 규정한 텍사스 주 형법 제21.06조 (a)는 연방헌법의 적법절차조항을 침해한 위헌이라고 판시하였다. 그 핵심은 다음의 문장으로 요약된다. “국가는 청구인들의 사적인 성적 행위를 범죄로 만드는 방식을 통하여 그들의 존재를 비하하거나 그들의 운명을 통제할 수 없다.” 그리하여 현재 미국에서 시민의 동성애는 비범죄화되어 있다.

그런데 군형법상 군인 간의 동성애는 범죄화되어 있다. 1950년 제정된 ‘통일군사법전’(UCMJ, the Uniform Code of Military Justice) 제125조는 모든 형태의 “동성 간 또는 이성 간 또는 동물과의 비자연적인 성교행위”를 금지하고 있으며, 이 조항은 현재도 유지되고 있다. 미국 군사항소법원(the Court of Appeals for the Armed Forces)은 2004년의 두 판결, 즉 ‘United States vs. Marcum 판결’과 ‘United States vs. Stirewalt 판결’에서 소도미 처벌은 합헌이라고 보았다.

(2) “묻지도 답하지도 말라”정책의 채택과 폐지

이러한 법적 상황 속에서 1993년 12월 21일 클린턴 행정부는 “묻지도 답하지도 말라”(Don't Ask, Don't Tell; DADT) 정책을 채택하였고, 이후 최근까지 동성애자 군인이라고 하더라도 자신의 성적 지향을 공개적으로 밝히지 않으면 복무할 수 있고 지휘관은 부하의 성적 지향을 물을 수 없다는 정책이 유지되었다. 연방항소법원은 이 정책이 평등권을 침해하지 않는다고 판결했다.

그러나 이후 DADT 정책의 위헌성에 대한 비판에 계속되었다. 드디어 2010년 9월 9일 캘리포니아주 지방법원의 버지니아 필립스 판사가 DADT 정책 실행중지판결을 내린 후, 오바마 행정부는 2011년 9월 20일 자로 DADT 정책을 폐지하였다.

5. 소결

이상의 검토 내용을 종합하여 보면 군형법 제92조의6은 형법이나 성폭력특별법과 달리 폭행·협박 등 강제성 없는 추행행위도 처벌한다. 즉, 군형법 제92조의6은 군인 간의 합의에 따른 ‘추행’과 합의 없는 ‘추행’ 모두에 적용된다. 합의 없는 ‘추행’이 처벌 되어야 함은 이론의 여지가 없으며 이러한 행위에 대해서는 군형법 제92조의6이 없어도 군형법 제2조의 군인 등 강제추행죄와 군인 등 준강제추행죄 등으로 처벌이 가능하다.⁴⁸⁾ 따라서 군형법 제92조의6은 유명무실한 조항인 것이다.

또한, 헌법상 기본권인 성적 자기결정권과 평등권의 침해, 사생활의 비밀과 자유 침해, 법치주의 원리를 침해하고, 형법상 죄형법정주의의 명확성의 원칙 위배 - 백지형법⁴⁹⁾ 수준의 포괄성, 과잉금지의 원칙 침해 및 법률주의를 침해하는 등 위헌성이 다분하

48) 육군본부법무실은 합의에 의하지 않은 추행의 경우 강제추행죄와 군형법 제2조의6의 상상적경합을 인정한다.

육군본부법무실(각주9), 387면. 그러나 2009년 군형법 개정으로 형법상 강간죄와 강제추행죄 보다 가중처벌되는 구성요건이 신설되었다는 점을 고려하면 군형법제2조의 추행죄와 제2조 강간죄 및 제2조의 강제추행죄는법조경합이라고 보는 것이 타당하다. 이호중(각주10), 239면.

49) 백지형법의 허용요건-법률에는 추상적인 금지와 형벌만을 규정하고 그 구체적인 세부사항을 명령이나 조례에 위임하는 것을 백지형법이라고 한다. 그런데 이러한 처벌법규의 위임은 다른 일반적인 위임입법에 비해 더욱 엄격한 요건이 요구된다. 즉, 법률에 금지된 행위와 형벌의 종류 및 폭을 구체적으로 정하고 위임 내지 수권의 범위가 법률에 명

고, 처벌의 실효성도 없이⁵⁰⁾, 모호하고 추상적인 ‘군대 가정보호’를 명분으로 하는 군형법 제92조의6은 마땅히 폐지되어야 한다.

VII. 결론

2011년 헌법재판소는 ‘계간(鷄姦)이나 기타 추행을 한 사람은 2년 이하의 징역에 처한다.’는 구 군형법 제92조에 대하여 합헌 결정을 하였다. 군형법 제92조는 지난 2008년 8월 육군 22사단 보통군사법원이 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위배되고 동성애자들의 성적 자기결정권과 사생활의 비밀, 자유를 침해한다며 위헌법률 심판을 제청한 조항이다. 해당 조항에 따르면 합의에 따른 동성 간 성행위도 형사처벌의 대상이 된다.

헌법재판소가 “군형법 제92조는 명확성의 원칙에 어긋나지 않는 합헌 조항”이라 결정한 것이 적절한지는 많은 이론이 존재한다. 헌법재판소의 결정문을 보면 ‘기타 추행’에서 행위의 주체와 장소의 명확성의 원칙에 관해서만 판단하고 있다. 하지만 명확성의 원칙 문제보다 더 중요하게 판단돼야 할 것은 동성애자들의 기본권, 평등권과 사생활침해 여부, 성적 자기결정권 등에 관한 것이다.

위헌 또는 한정위헌 결정을 한 재판관들도 합의에 따른 동성 간 성행위를 ‘음란행위’로 규정하는 등 동성애자들의 평등권을 무시하는 인식을 보였기 때문이다.

동성애 반대 측에서는 군형법 제92조와 같은 조항이 위헌이 되면 군대 내의 동성 간 성행위가 만연할 것처럼 주장하지만, 이는 터무니없는 주장이다. 지난 2004년 국가인권위원회의 인권상황 실태조사⁵¹⁾에 따르면 군대 내 성추행과 성폭행 중 가해자가 동성애자였던 사례는 극히 드물었다. 오히려 수직적 위계질서와 폭력 문화로 인하여 이성애자들이 성범죄를 저지르는 경우가 많았다. 따라서 군대 내 성범죄자를 동성애자 탓으로만 몰아가는 것은 문제의 본질을 개선하지 않은 채 동성애자들을 잠재적 범죄자화 하는 것이다.

동성애자가 군대에서 이성애자로 변할 수는 없으며 군 기강을 민주시민 개개인의 성적 지향보다 우위에 둘 수 없다고 생각한다. 이성애와 이성 간 성행위가 구분되듯 동성애 또한 동성애자와 구분된다. 군대 내의 동성애 행위자의 형사처벌 조항이 폐지된다고 하여 그것이 동성 간 성행위가 급증하여 전투력이 상실되어 국가안보에 심각한 영향을 미칠 것이라 예단하는 발상도 해소되어야 한다. 나아가 한국사회에 만연한 편견, 즉 동성애 혐오증에 기인한 군형법 제92조의6은 사회국가⁵²⁾, 복지국가의 헌법적 원리를 담고 있는 우리 대한민국에서 반드시 폐지되어야 한다.

백히 규정되어 있어야 한다.

50) 이경환, 군대 내 동성애 행위 처벌에 대하여, 군사법원 판결문이 전산화된 2004. 이후 사건을 전수 조사하여 찾아낸 4건의 사건과, 2004. 이전 사건 중에서 동일법원에서 추행죄로 동시에 2명의 처벌된 사례에 대한 기록검토를 통해 찾아 낸 2건의 사건이 포함되어 있다. 이 6건 사건의 피고인에 대한 판결은 선고유예 3, 기소유예 2, 징역 1년, 집행유예 2년, 징역 1년, 징역 8월, 집행유예 1년 등이다.

51) 국가인권위원회, 『군대 내 성폭력 실태조사』 (연구용역보고서, 2004)

52) 사회국가란 사회정의의 이념을 헌법에 수용한 국가, 사회현상에 대하여 방관적인 국가가 아니라 경제·사회·문화의 모든 영역에서 정의로운 사회질서의 형성을 위하여 사회현상에 관여하고 간섭하고 분배하고 조정하는 국가이며, 궁극적으로는 국민 각자가 실제로 자유를 행사할 수 있는 그 실질적 조건을 마련해 줄 의무가 있는 국가를 의미한다. 강경선, 서경선, 헌법의 기초, 한국방송통신대학교출판문화원, 2014, 155면.

<참고문헌>

- 대법원 1973. 9. 25. 선고 73도1915 판결.
- 대법원 1997. 9. 28. 선고 77도405 판결.
- 대법원 2008. 5. 29. 선고2008도2222 판결.
- 헌법재판소 1990. 9. 10. 선고 89헌마82 결정.
- 헌법재판소 2002. 6. 27. 선고 2001헌바70 결정.
- 헌법재판소 2011. 3. 31. 2008헌가21 결정.
- 김학성, 헌법학원론, 피앤씨미디어, 2014.
- 강경선, 서경선, 헌법의 기초, 한국방송통신대학교출판문화원, 2014.
- 최정학, 최관호, 형법총론, 한국방송통신대학교출판문화원, 2014.
- 신치재, 형법총론강의, 대교출판사, 2010.
- 민동석, 모두에게 안전한 학교를 위한 유네스코 가이드 북 동성애혐오성 괴롭힘 없는 학교, 유네스코한국위원회, 2013.
- 군인권센터, 한양LGBT인권위원회(준), 게이유권자파티(준), 제2회 게이 예비입영자 인권캠프 Military Gay Party, 2012.
- 조국, 군형법82조의5 ‘계간 그 밖의 추행죄’ 비판 -군 인간 합의동성애 형사처벌의 당부(當否)-, 형사법연구 제23권 제4호, 2011.
- 임영덕, 미국과 한국에서의 군대내 동성애 정책에 대한 고찰, 미국헌법연구 제22권 제3호, 2011.
- 권인숙, 군대 섹슈얼리티 분석 성욕, 남성성, 동성애 등을 중심으로, 경제와 사회 2009년 여름호(통권 제82호) 2009.
- 추지현, ‘강간’과 ‘계간’ 사이 : 군형법상 “강간과 추행의 죄”의 법담론, 한국여성학 제29권 3호, 2013.
- 이경환, 군대 내 동성애 행위 처벌에 대하여, 공익과 인권 제5권 제1호, 2008.
- 허호익, 동성애에 관한 핵심쟁점-범죄인가, 질병인가, 소수의 성지향인가?, 장신논단 제38집, 2010.
- 윤진숙, 동성애자에 대한 사회적·법적 고찰, 연세대학교 법학연구 제19권 제2호(통권제42호), 연세대학교, 2009.
- 조대훈, 침묵의 교육과정을 넘어서 : 성적 소수자의 인권과 사회교육, 시민교육연구, 제38권 3호, 2006.
- 조대훈, 동성애에 대한 교수적 태도의 영향 변인 연구 -다문화교육과 교사교육에 대한 시사점, 시민교육연구 제43권 1호, 2011.
- 허완중, 인권과 기본권의 연결고리인 국가의 의무 -기본권의 의무적 고찰을 위한 토대-, 저스티스 통권 제124호, 2011.
- 김명재, 기본권해석과 기본권 이론, 법학논총 제31권 제3호, 2011.
- 성정엽, 비례원칙과 기본권, 저스티스 통권 제136호, 2013.
- 김대환, 우리나라 헌법상 과잉금지의 원칙 -특히 기본권의 본질적 내용 침해금지 원칙과의 관계를 포함하여-, 공법학연구 제6권 제3호, 2002.
- 정재황, 헌법 개정과 기본권, 저스티스 통권 제134-2호, 2013.
- 은승표, 법의기대목표로서의 공익 -법의 이념과 신뢰보호원칙, 평등원칙, 과잉금지원칙, 유럽헌법연구 제11호, 2012.
- 김종보, 기본권침해 심사기준에 대한 소고 -과잉금지원칙의 적용영역에 대한 비판적 고찰을 중심으로, 공법학연구 제10권 제3호, 2011.
- 고인석, 정찬우, 입법원칙에 관한 최신판례, 입법학연구 제9집 제2호, 2012.
- 이열, 김성돈, 성적 자기결정권의 형법적 의의와 기능, 법학논총 제34권 제2호, 2010.
- 김정선, SBS주말 드라마 <인생은 아름다워>에 대한 수용자 해독 연구, 미디어 경제와 문화 제10권 1호, 2012.
- 윤일권, 고대 그리스 사회와 신화속의 동성애, 유럽사회 문화 제3호, 2009.
- 이재만, 동성애, 한국창조과학회.
- 길원평, 동성애가 ‘선천’도 ‘유전’도 아닌 과학적 이유 1, 2, 한국창조과학회.
- 국가인권위원회, 『군대 내 성폭력 실태조사』(연구용역보고서, 2004)
- 헌법재판소결정해설집, 2011.
- 헌법재판소 공보관실, 2010. 6. 10, 계간 기타 추행행위 처벌사건-軍 내 동성애 처벌사건, 보도자료.
- 국가인권위원회, 군 동성애자 사병 차별과 인권침해, 2010. 6. 30.

군형법 제92조의6(추행), 이대로 괜찮은가?

팀 명 : 도원결의
서울지역대학 법학과
김은국 201221-121348
장영미 201321-320698
정종석 201421-119697
백미숙 201421-119739

목 차

- I. 서론
- II. 동성애와 성소수자의 의의
 - 1. 동성애란
 - 2. 성소수자란
- III. 헌법재판소의 결정요지
 - 1. 2002. 6. 27. 2001헌바70 사건
 - 2. 2011. 3. 31. 2008헌가21 사건
- IV. 군형법 제92조의6의 추행죄
 - 1. 계간
 - 2. 기타 추행에서 그 밖의 추행으로
 - 3. 항문성교
- V. 군형법 제92조의6의 폐지에 대한 법적 고찰
 - 1. 명확성의 원칙의 위반
 - 2. 평등권 위반
 - 3. 과잉금지원칙의 위반
 - 4. 사생활의 비밀의 자유와 성적자기결정권
 - 5. 다른 법령이나 징계 가능
- VI. 군형법 제92조의 폐지에 대한 오해
 - 1. 군대가 동성애자의 성행위의 낙원이 된다
 - 2. 동성애자는 소수자이다.
 - 3. 상하복종
 - 4. 군대에서 에이즈(AIDS)가 만연해지게 된다.
- VII. 해외군의 사례
- VIII. 결론

< 참고문헌 >

I. 서론

68혁명, 스톤월 항쟁 등을 통해 성소수자들의 인권 문제가 비교적 일찍 제기되었던 유럽이나 미국과 달리, 한국에서는 1990년대에 들어서야 성소수자 단체들이 등장하기 시작했다. 그 이후 지금까지 게이, 레즈비언 등 성소수자들이 가시화되면서 이들을 둘러싼 다양한 담론들이 등장하고 있고, 동시에 이들에 대한 차별과 혐오 문제 역시 새롭게 인식되고 있다.¹⁾ 이와 관련하여, 2000년의 홍석천의 커밍아웃 및 2001년의 트랜스젠더의 하리수의 등장과 영화 ‘브로크백 마운틴(2005)’ 및 드라마 ‘인생은 아름다워(2010)’ 등의 매스미디어의 영향은 한국 사회에 성소수자에 대한 무지에서 조금씩 벗어나게 해주고 있다. 하지만 아직 성소수자에 대한 차별과 혐오의 장벽은 무너지지 않고 있다. 예컨대, 한국의 형법에서는 합의에 의한 동성 간의 성관계를 처벌하고 있지 않지만, 군형법 제92조의6은 처벌하고 있어서 동성애를 처벌하는 유일한 법조항이라고 비판받고 있는 실정이다. 이는 성소수자의 인권신장을 가로막는 바리케이드이기 때문에 폐지되어야 마땅할 것이다.

이에 따라 본고에서는 동성애의 의의 및 구 군형법 제92조의 2번에 걸친 위헌소원과 위헌제청에 의한 합헌결정에 대해 알아보고, 현 군형법 제92조의6의 추행죄에 대해 알아보고 폐지이유에 대한 법적 고찰을 하고 오해를 해소하고 해외사례를 통해 군형법 제92조의 6의 폐지를 고찰해 보고자 한다.

II. 동성애와 성소수자의 의의

본 문제의 논의 전에 동성애와 성소수자에 대한 의의부터 알아보고자 한다.

1. 동성애란

개인의 성적인 성향이나 행동이 이성보다는 동성을 더 선호하는 것으로 의학적 질병이라기보다는 성적 지향성(orientation)의 문제라고 할 수 있다. 따라서 비정상적인 방법으로 성적인 쾌감을 추구하는 성도착증(paraphilia) 환자와는 많은 차이가 있다.²⁾

2. 성소수자란

동성애자는 성소수자에 속하는데, 이 성소수자를 LGBT라고 한다. 최근에는 AIQ까지 더해서 LGBTAIQ라고도 한다. 즉, 레즈비언(Lesbian)은 자신을 여성이라고 생각하는 사람이 동성인 여성을 사랑하는 사람이다. 게이(Gay)는 스스로 남성으로 생각하는 사람이 동성인 남성을 사랑하는 사람이고, 양성애자(Bisexual)는 동성과 이성모두를 사랑할 수 있는 사람이다. 트랜스젠더(Transgender)는 생물학적인 성과 정신적인 성이 일치하지 않는 사람을 일컫는다. 한편 무성애자(Asexual)는 동성과 이성 모두에게 끌리지 않는 경우이고, 인터섹수얼(Intersexual)은 성염색체의 문제로 인해 생물학적 성이 모호한 사람이다.

1) 김현경·박보람·박승환, “성소수자에 대한 혐오표현, 그 옹호의 논리를 넘어서: 표현의 자유론 비판과 시민권의 재구성”, 『공익과 인권 제12호』, 서울대학교 공익인권법센터, 2012, 217면.

2) 유범희, “건강칼럼 - 빗나간 성, 동성애&성도착증”, 『과학과 기술 제33권12호』, 한국과학기술단체총연합회, 2000, 86면.

마지막으로 퀘스처너(Questioner)는 자신의 성정체성에 의구심이 있어서 그것을 명확히 규정하지 않은 사람을 가리킨다.³⁾

III. 헌법재판소의 결정요지

구 군형법 제92조 “계관 기타 추행을 한 자는 1년 이하의 징역에 처한다”에 대해 각각 위헌소원과 위헌제청이 있었지만 모두 합헌결정이 났다.

1. 2002. 6. 27, 2001헌바70 사건⁴⁾

(1) 다수의견

1) 「군형법」 제92조는 군 내부의 건전한 공적생활을 영위하고, 이른바 군대가정의 성적 건강을 유지하기 위하여 제정된 것으로서, 주된 보호법익은 ‘개인의 성적 자유’가 아니라 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 보호법익을 침해하는 동시에 일반인의 입장에서 추행행위로 평가될 수 있는 행위이고, 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 「군형법」 피적용자는 어떠한 행위가 이 사건 법률조항의 구성요건에 해당되는지 여부를 어느 정도 쉽게 파악할 수 있으며, 법률적용자가 ‘기타 추행’ 부분을 자위적으로 확대하여 해석할 염려가 없기 때문에, 형벌법규의 명확성의 원칙에 위배되지 아니한다.

2) 입법자가 사회적 법익을 주된 보호법익으로 하는 「군형법」 제92조를 제정하면서, 「군형법」 피적용자가 행한 추행의 유형이나 그 상대방의 피해상황 등을 구체적으로 구분하지 아니하고 위와 같은 사회적 법익을 침해한 모든 추행행위에 대하여 일괄적으로 1년 이하의 징역형으로 처벌하도록 규정하였다는 사유만으로 입법재량권을 자의적으로 행사하였다고 볼 수는 없으므로, ‘기타 추행’ 부분이 헌법상 과잉금지의 원칙 등에 위배된다고 보기 어렵다.

(2) 재판관 송인준, 재판관 주선회의 반대의견

1) 다수의견과 같이 ‘추행’의 의미에 대해서는 통상의 판단능력을 가진 「군형법」 피적용자가 이를 이해할 수 있어 명확성 여부는 문제되지 않는다. 다만 「군형법」 제92조의 경우, 추행의 강제성을 요구하는지에 대해 그 구성요건이 불명확할 뿐만 아니라, 행위의 주체나 그 상대방 등의 대하여 명백하게 규정하지 않고 있기 때문에, 본죄에 해당하는 행위의 범위를 확정하기가 어려워 죄형법정주의의 내용인 형벌법규의 명확성원칙에 위반된다.

2) 만일 「군형법」 제92조의 ‘추행’에 강제에 의하지 아니하고 「군형법」 피적용자 상호간에 은밀하게 행해짐으로써 타인의 혐오감을 직접 야기하지 않는 행위가 포함된다면, 이러한 행위에 대해서까지 1년 이하의 징역형에 처하는 것은 과잉금지의 원칙에 위반된다.

3) 정광욱 외5명, 「서울대 인권수업」, 미래의 창, 2013, 183-184면.

4) 헌재판례집 14-1, 601면 이하./ 김명수, “성적 소수자의 법적 차별에 관한 고찰 - 군형법 제92조에 관한 헌법재판소의 결정을 중심으로 -”, 「세계헌법연구 제18권1호」, 국제헌법학회, 한국학회, 2012, 61-62면, 재인용.

2. 2011. 3. 31. 2008헌가21 사건⁵⁾

(1) 다수의견

1) 「군형법」 제92조는 군 내부의 건전한 공적생활을 영위하고, 이른바 군대가정의 성적 건강을 유지하기 위하여 제정된 것으로서, 주된 보호법익은 ‘개인의 성적 자유’가 아니라 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 사회적 법익이다. 「군형법」 제92조의 범죄구성요건사실인 ‘추행’은 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 보호법익을 침해하는 동시에 일반인의 입장에서 추행행위로 평가될 수 있는 행위이고, 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 「군형법」 피적용자는 어떠한 행위가 이 사건 법률조항의 구성요건에 해당되는지 여부를 어느 정도 쉽게 파악할 수 있으며, 법률적용자가 ‘기타 추행’ 부분을 자의적으로 확대하여 해석할 염려가 없기 때문에, 형벌 법규의 명확성의 원칙에 위반되지 아니한다.

2) 입법자가 사회적 법익을 주된 보호법익으로 하는 「군형법」 제92조를 제정하면서, 「군형법」 피적용자가 행한 추행의 유형이나 그 상대방의 피해상황 등을 구체적으로 구분하지 아니하고 위와 같은 사회적 법익을 침해한 모든 추행행위에 대하여 일괄적으로 1년 이하의 징역형으로 처벌하도록 규정하였다는 사유만으로 입법재량권을 자의적으로 행사하였다고 볼 수는 없으므로, ‘기타 추행’ 부분이 헌법상 과잉금지 원칙 등에 위배된다고 보기 어렵다.

(2) 재판관 송인준, 재판관 주선회의 반대의견

1) 다수의견과 같이 ‘추행’의 의미에 대해서는 통상의 판단능력을 가진 「군형법」 피적용자가 이를 이해할 수 있어 명확성 여부는 문제되지 않는다. 다만 「군형법」 제92조의 경우, 추행의 강제성을 요구하는지에 대해 그 구성요건이 불명확할 뿐만 아니라, 행위의 주체나 그 상대방 등의 대하여 명백하게 규정하고 있지 않기 때문에, 본죄에 해당하는 행위의 범위를 확정하기가 어려워 죄형법정주의의 내용인 형벌법규의 명확성원칙에 위반된다.

(3) 재판관 조대현의 한정위헌의견

「군형법」 제92조를 ‘군인이 군영 외에서 민간인을 상대로 추행행위를 하는 경우’에도 적용된다고 해석하는 것은 군인의 성적 자기결정권이나 사생활의 자유를 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다고 보아야 한다.

IV. 군형법 제92조의6의 추행죄

92조의6(추행) “제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 사람에 대하여 항문성교나 그 밖의 추행을 한 사람은 2년 이하의 징역에 처한다고 규정하고 있다. 종래에는 제92조의5에서 “계간이나 그 밖의 추행을 한 사람은 2년 이하의 징역에 처한다⁶⁾고 규정하였으나 15차

5) 헌재판례지 23-1, 상 178면 이하./ 김명수, “앞의 글” 62-63면, 재인용.

6) 군형법 제92조의5의 구 군형법은 제92조 “계간 기타 추행을 한 자는 1년 이하의 징역에 처한다”고 하여 제14차 개정을 통해서 법문의 표현과 형량이 변경이 되었다.

개정을 통해 변경되었다.

이 조항은 군형법의 적용대상자인 ‘군인 또는 준군인’이 ‘군인 또는 준군인’에 대하여 강제성 유무와 관계없이 항문성교나 그 밖의 ‘추행’을 하는 경우에 징역형에 처하도록 하고 있다. 군형법의 다른 조항들에서는 강간, 강제추행 등 성폭력을 따로 규율하고 있다. 이와 달리 군형법상 ‘추행’죄는 성폭력을 처벌하는 것이 아니라 군인 간의 성행위를 범죄화하는 조항이다.

이 군형법 조항은 이렇게 동성에 성행위를 ‘추한 행위’라고 규정한다. 대법원과 헌법재판소 역시 이 조항에서 말하는 ‘추행’이란 “동성에 성행위 등 객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 성적 만족 행위”라고 해석하고 있다.⁷⁾ 동성애가 ‘혐오감’을 주고, ‘성적 도덕관념’에도 반한다고 하고 있는 것이다.⁸⁾

1. 계간

구 군형법에서는 항문성교 대신에 계간이라는 용어를 사용했다. 그렇다면 계간이란 무엇인가? 인터넷 사이트인 국립국어원 표준국어대사전에서 계간을 검색해보면 ‘비역’이란 명사란 같다는 것을 알 수 있다. 비역이란 사내끼리 성교하듯이 하는 짓이라고 정의가 내려지고 있다. 그리고 통상 사회에서 ‘계간’은 남색, 즉 남성간의 동성애를 뜻하지만, 대법원은 ‘계간’을 ‘항문성교’로 해석한다.⁹⁾ 이와 관련하여 국가인권위원회는 군형법상 계간이라는 용어는 비하적인 언어로서 동성에 대한 편견이 있는 용어라 하면서 동성애에 대한 편견과 차별을 내포하고 있는 군형법을 정비해야 한다고 밝힌 바가 있다.¹⁰⁾ 개정 군형법 제92조의6은 ‘계간’이라는 용어 대신 ‘항문성교’로 법문의 표현이 바뀌었다.

2. 기타 추행에서 그 밖의 추행으로

‘기타 추행’에서 ‘그 밖의 추행’으로의 변화는 계간이라는 행위가 추행행위의 예시가 되지 않는다 하더라도 처벌됨을 의미하는 것이었고, 더욱이 강제추행죄의 도입으로 종전 추행죄로 의율되던 다수의 행위들이 이를 통해 규율가능하게 되자, 추행죄의 주된 규율 대상이 자율적인 동성간 성행위라는 점이 더욱 분명해지게 된다.¹¹⁾

3. 항문성교

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

7) 대법원 2008. 5. 29. 선고 2008도2222 판결; 헌법재판소 2011. 3. 31. 선고 2008헌가21 결정참조, 강조는 인용자./ 한가람, “군대와 동성애: 로맨스, 폭력, 범죄화, 그리고 시민권”, 「진보평론 제60호」, 2014. 여름, 256면, 재인용.

8) 한가람, “앞의 글”, 256면.

9) 대법원 2008.5.29. 선고 2008도2222 판결. 단, 군 당국은 ‘계간’을 “동성의 사람 혹은 동물과의 비정상적인 성교행위”로 해석하여, ‘수간(獸姦)’을 포함하는 개념으로 보고 있다[국방부 인권팀, 「병영내 동성애자 관리정책에 대한 연구-외국 사례분석을 중심으로」(2007.12), 46면; 육군본부법무실, 「군형법주해」(2010), 383면./ 조국, “군형법 제92조의 5 ‘계간 그 밖의 추행죄’ 비판 - 군인간 합의동성에 형사처벌의 당부 -”, 「형사법연구 제23권제4호 통권 제49호」, 2011. 겨울, 293면, 재인용.

10) 국가인권위원회, 2007~2011 국가인권정책기본계획 권고안, 2006, 93·95면./ 윤상민, “군형법상 성범죄 규정의 문제점과 개정방향”, 「법학연구 제28집제4호」, 원광대학교 법학연구소, 2012, 203면, 재인용.

11) 추지현, “‘강간’과 ‘계간’ 사이: 군형법상 “강간과 추행의 죄”의 법담론”, 「한국여성학 제29권 3호」, 한국여성학회, 2013. 9, 160면.

별도로 규정함으로써, ‘항문성교’가 이와 대비하여 동성 간의 자율적인 성행위, 특히 남성 동성 간의 그것을 지칭한다는 점이 더욱 분명한 점 역시 가시화된 섹슈얼리티는 남성의 그것에 국한된 것이라는 알 수 있게 한다. 변경된 구성요건으로서 ‘유사강간’에 해당하지 않는 ‘항문성교’란 여성 동성 간에는 현실적으로 적용되기 힘들기 때문이다.¹²⁾

V. 군형법 제92조의6의 폐지에 대한 법적 고찰

1. 명확성의 원칙의 위반

명확성의 원칙이란 형법의 범죄구성요건과 형벌규정은 명확한 것이어야 한다. 범죄와 형벌이 법률에 규정되었다 하더라도 그 내용이 불명확하다면 형벌권의 자의적인 행사가 가능하게 되어 죄형법정주의에 반하는 결과가 되기 때문이다. 따라서 형법은 가능한 한 명확하게 규정되어 법관의 자의적 해석을 막고 일반 국민들에게도 무엇이 범죄이고 어떻게 처벌되는지를 예측할 수 있도록 해 주어야 한다.¹³⁾

개정 군형법에는 논란이 되어 왔던 ‘강제에 의한 추행의 처벌 여부’에 대해서 92조의3(강제추행) “폭행이나 협박으로 제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 사람에 대하여 추행을 한 사람은 1년 이상의 유기징역에 처한다”고 하여 강제성에 대한 여부는 논란이 가라앉을 것으로 보인다. 하지만 아직도 주체 및 상대방과 행위자들 사이의 관계 및 행위 장소 고려 여부와 행위의 정도에서 불명확성을 보이고 있다.

1) 주체 및 상대방의 불명확성

헌법재판소는 2008헌가21 결정을 통해 ‘계간’은 남성간의 항문성교를 뜻하며, ‘기타추행’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 피학성행위(sadomasochism) 또는 동물¹⁴⁾과의 성행위가 포함되는지 여부는 위와 같은 개념정의만으로는 여전히 불투명하다.

특히, 이번 군형법 개정으로 인해 ‘계간’이 ‘항문성교’라는 용어로 대체되었는데, 계간과는 달리 항문성교라는 용어에는 남성간 행위로 제한되는 의미가 포함되어 있지 않기 때문에 이성간의 성행위도 군형법상 추행죄의 처벌대상이 되는지 여부는 더욱 모호해진 상태이다. 그리고 이러한 해석은 군형법의 기원이라고 할 수 있는 미국의 소도미(sodomy) 규정이 명시적으로 이성간의 비정상적인 성교행위도 포함하고 있는 점(미국 군사통일재판법 제125조)에서도 뒷받침된다.¹⁵⁾

12) 추지현, “군대와 군형법을 둘러싼 동성애 담론과 그 사회적 영향 -젠더의 틀로 본 군대의 동성애 규율-”, 『SOGI콜로키움-군형법과 동성애 :군형법 제92조의6을 둘러싼 동성애 담론과 성소수자의 시민권- 제4회』, 군관련 성소수자 인권침해·차별 신고 및 지원을 위한 네트워크, 성적지향·성별정체성 법정정책연구회, 2014. 5, 33면.

13) 최정학·최관호, 『형법총론』, 한국방송통신대학교출판부, 2014, 18면.

14) 이번 군형법 개정으로 “(군형법) 제1조 제1항부터 제3항까지에 규정된 사람에 대하여”라는 문구가 추가되어 동물과의 성행위는 문인상 군형법상 추행죄의 범위에서 제외되었다.

15) 이경환, “군형법 제92조의6의 문제점과 법적 쟁점”, 『SOGI콜로키움-군형법과 동성애 :군형법 제92조의6을 둘러싼 동성애 담론과 성소수자의 시민권- 제4회』, 군관련 성소수자 인권침해·차별 신고 및 지원을 위한 네트워크, 성적지

2) 행위자들 사이의 관계 및 행위 장소의 고려 여부

대법원은 ‘행위자들 사이의 관계, 그 행위가 공동생활이나 군기에 미치는 영향’을 고려하여 추행에 해당되는 지를 결정해야 한다고 판시하고 있다.¹⁶⁾ 그러나 ‘공동생활이나 군기에 미치는 영향’이라는 표현은 매우 추상적인 개념이어서 합리적으로 그 적용대상을 확정하기가 쉽지 않다. 행위자들이 상호 지휘복종 관계에 있어야 하는지, 같은 부대에 소속되어 있어야 하는지, 부대 밖에서의 행위를 한 경우도 포함되는지, 부대 안에서 행위를 하였다 하더라도 다른 사람의 눈에 띄지 않는 은밀한 장소에서 한 경우에는 처벌이 되는지 등 대법원이 실시한 판단기준에 의하더라도 해석상 불명확한 점이 여전히 존재한다.¹⁷⁾

그리고 국방부훈령인 「부대관리훈령」(국방부훈령 제1239호, 2010.4.2, 일부개정)은 제5장에서 ‘동성애자 병사의 복무’에 관하여 규정하면서, 제236조제2항은 다음과 같이 “동성애자 병사의 병영 내에서의 모든 성적행위는 금지된다”고 규정하고 있다.

「부대관리 훈령」 제236조(기본원칙)

② 제1항에도 불구하고 동성애자 병사의 병영 내에서의 모든 성적행위는 금지된다. 이에 위반한 경우 형사처벌 또는 제4편 제4장 ‘성군기 사고 예방’에 따른 절차에 따라 징계처분 한다.

이와 같이 「부대관리훈령」은 “병영 내에서의” 성행위만을 금지하고 있음에 반하여 심판대상규정은 병영 내외를 불문하고 모든 동성 군인간의 성행위(‘계간’)를 처벌대상으로 규정하고 있다. 구체적인 판례까지를 알 수 없는 군인들이 「부대관리훈령」과 『군형법』과의 관계에서 어떠한 행위가 처벌되는지를 예측하기는 어렵다고 보아야 할 것이다.¹⁸⁾

2. 평등권 위반

헌법 제11조는 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교·사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”라고 규정하여 모든 국민에게 평등권을 보장하고 있다. 이는 국가권력이 본질적으로 같은 것은 같게, 본질적으로 다른 것은 다르게 취급해야 한다는 것을 의미하지만, 합리적 근거에 의한 차별까지 금지하는 것은 아니다.¹⁹⁾

군형법 피적용자 중 이성간의 합의에 의한 성적 행위도 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’를 저해한다고 할 수 있으므로 개정군형법 제92조의6(추행죄)로 처벌되어야 할 것이다. 그러나 이성간의 행위는 형사처벌 되지 않고 징계처벌을 받는 경우가 대부분이다.²⁰⁾

예를 들면, 2010년 레바논에 파병된 국군 동명부대 내에서 장교끼리 성관계를 했다가

향·성별정체성 법정책연구회, 2014. 5, 12면.

16) 대법원 2008.05.29. 선고 08도2222판결.

17) 노기호, “군형법 제92조 “추행죄”의 위헌성 고찰 -육군 제22사단 보통군사법원 2008.8.6. 위헌제청결정사건(2008고10)을 중심으로-”, 「헌법학연구 제15권제2호」, 한국헌법학회, 2009. 6, 288-289면.

18) “1-4-2. 피고인 소송대리인 변론요지 보충의견서”, 「2008-2014 군형법 ‘추행’죄 폐지를 위한 활동백서」, 군 관련 성소수자 인권침해·차별 신고 및 지원을 위한 네트워크, 2014, 262면.

19) 강경선·이경주, 「기본권의 기초이론」, 한국방송통신대학교출판부, 2013, 318면.

20) 노기호, “앞의 글”, 284-285면.

징계를 받은 사실이 뒤늦게 알려졌다. 4일 군 당국에 따르면 동명부대 소속 A대위는 지난해 11월 초 B대위와 부대 내 사무실에서 성관계를 가졌고 같은 해 10월 부대 내 성당과 VIP 숙소, 여군 화장실 등에서 과도한 신체접촉을 가졌다. 또 C대위는 같은 해 12월 15일 D상사와 방문자숙소 안에서 "신체접촉행위"를 했고, 앞서 10월 중순부터 11월 중순 사이 여군숙소 앞 등에서 세 차례에 걸쳐 개인적인 만남을 가진 것으로 드러났다. 합참은 지난 1월 징계위원회를 열어 A대위와 B대위에 대해 정직 3개월과 2개월, C대위는 감봉 2개월의 징계를 내렸다.²¹⁾

이 사안은 군형법상 추행죄가 동성 간의 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 무너질 경우, 해외에 파병된 장병들의 임무수행에 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.²²⁾ 이는 평등권이 침해되었다고 볼 수 있다.

3. 과잉금지원칙의 위반

과잉금지원칙 또는 비례의 원칙이라 함은 국민의 기본권을 제한함에 있어서 국가작용의 한계를 명시한 것으로서 목적의 정당성·수단의 적합성·침해의 최소성·법익의 균형성 등을 의미하며 그 어느 하나에라도 저촉이 되면 위헌이 된다는 헌법상의 원칙을 말한다.²³⁾ 현행 헌법 제37조 제2항에서 모든 국민의 자유와 권리는 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 본질적인 내용을 침해할 수 없다고 규정하고 있다. 이러한 조항에 따르면 인권제한은 질서유지, 공공복리 등의 불가피한 경우에만 이루어져야 하며, 제한하는 경우에는 본질적인 내용을 침해하지 않는 것만으로는 부족하며 과잉되지 않아야 할 것이다.²⁴⁾

1) 목적의 정당성 및 수단의 적합성

예컨대 합의에 의한 동성애 행위라 할지라도 그것이 일과 시간에 내무반에서 행해지는 경우 군기강이나 전투력에 피해를 끼칠 가능성이 있으므로 입법목적 자체의 정당성을 부정하기는 어렵다. 그리고 형사처벌이라는 수단이 위 입법목적달성에 전혀 기여하는 바가 없다고 단정하기는 어려우므로 수단의 적합성도 부정할 수 없다. 그런데 군대내 동성애 행위가 군기확립과 전투력 유지에 어떠한 악영향을 미치는지에 대해 입증된 바가 없으며²⁵⁾ 또한 형사처벌이라는 수단이 위 입법목적달성에 얼마나 기여하는지도 입증된바가

21) 이동직, “레바논 파병부대에서 성(性) 군기 위반 적발”, 「노컷뉴스」, 2014-07-30, <http://www.nocutnews.co.kr/news/759264>.

22) 이경환, “앞의 글”, 18면.

23) 정회철, 「기본권의 헌법」, 도서출판 여산, 2013, 268면.

24) 강경선·이경주, “[앞의 책]”, 189면.

25) 이경환, “군대내 동성애 행위 처벌에 대하여”, 「공익과 인권 제5권 제1호」, 서울대학교 공익인권법센터, 2008. 2, 93면, 노기호, “앞의 글”, 292면, 박승호, “미국헌법상 동성애자의 권리 -Romer 사건과 Lawrence 사건 검토를 중심으로-

없다는 것을 고려할 필요가 있다.²⁶⁾

2) 침해의 최소성

군형법상 추행죄는 그 구성요건의 불명확성으로 인해 실무상 동성애 행위이기만 하면 강제/비강제 여부, 행위자들 간의 관계 및 행위장소 등을 전혀 고려하지 않고 군형법상 추행죄를 적용하여 형사처벌을 하고 있는바, 이는 피해의 최소성의 원칙에 위배되는 것이다. 또한, 군형법상 추행죄에는 벌금형의 규정 없이 2년 이하의 징역형만을 규정되어 있다는 점도 문제이다. 그리고 2004년부터 2007년 말까지 사이에 있었던 4건의 합의에 의한 동성애 행위 사례를 살펴보면 1건은 기소유예, 나머지 3건은 모든 선고유예로 종결되었는바, 이러한 결과는 징역형만을 규정하고 있는 군형법상 추행죄의 형이 과도하며, 형사처벌의 필요성이 실질적으로는 존재하지 않는다는 점을 반증한다고 볼 수 있다.²⁷⁾

3) 법익의 균형성

자신의 기본권 행사 때문에 형사처벌을 받을 수 있어 기본권행사를 못한다면 이 경우 제한되는 사익은 매우 크다고 할 수 있다. 이러한 제한을 정당화하려면 기본권행사로서 공익침해가 지대하다는 구체적으로 명확하게 입증된 근거가 있어야 한다. 이러한 근거 제시 없이 다수의견이 단지 군이라는 공동사회의 건전한 생활 및 군기의 보호 그리고 국가 안보라는 공익을 거론하고 단순히 법익균형성에 반하지 않는다고 말하는 것은 설득력이 없다. 오히려 거꾸로 제한받는 사익이 공익보다 더 큰 것으로 보인다.²⁸⁾

4. 사생활의 비밀의 자유와 성적자기결정권

헌법재판소는 사생활의 비밀의 자유와 성적자기결정권을 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기²⁹⁾’라는 이유로 제한하고 있으나 위에서 본 것과 같이 이것은 과잉금지원칙의 법익의 균형성에 위반된다고 볼 수 있다.

1) 사생활의 비밀의 자유

헌법 제17조는 “모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다”고 규정하여 사생활영역의 자유를 보장하고 있다.

헌법 제17조에서 규정하고 있는 사생활의 ‘비밀’이란 사생활에 관한 사항으로 일반인에게 아직 알려지지 아니하고 일반인의 감수성을 기준으로 할 때 공개를 원하지 않을 사항을 말한다. 그리고 사생활의 비밀과 자유의 ‘불가침’이란 사생활의 내용을 공개당하지 아니하고, 사생활의 자유로운 형성과 전개를 방해받지 않는 것을 말한다. 즉, 소극적으로는 인격적 존재로서의 인간이 사생활의 내용·명예·신용 등을 침해받지 아니하고, 적극적으로는 자신이 원하는 자유로운 사생활과 사적활동을 영위할 수 있는 것을 말한다. 그리고 사생활의 자유의 불가침에는 대체로 결혼, 피임, 낙태, 자녀의 양육, 교육, 장발, 의복

로-”, 「미국헌법학회 미국헌법연구 제22권 제2호」, 미국헌법학회, 2011. 8, 233면, 재인용.

26) 박승호, “앞의 글”, 233-234면.

27) 이경환(각주 15), 16-17면.

28) 박승호, “앞의 글”, 234면.

29) 2002. 6. 27, 2001헌바70 결정, 2011. 3. 31. 2008헌가21 결정.

형태, 성생활 등의 자유가 포함된다.³⁰⁾

군대의 임무와 조직적 특성상 군인에게서는 헌법 제17조가 보장하는 사생활의 비밀과 자유가 제한될 수 있다. 그러나 이 제한은 시공간으로 무제한적으로 이루어져서는 안 된다. 예컨대, 병사가 휴가, 외박을 나온 경우나 상근예비역의 퇴근 이후의 시간에 이루어지는 성생활은 강한 헌법적 보호를 받아야 한다. 직업군인으로서 복무하고 있는 장교 및 부사관이 업무외의 시간에 자신의 숙소(BOQ 또는 관사)에서 행하는 성생활 역시 마찬가지이다.³¹⁾

이는 군대라는 울타리를 벗어나고 개인의 매우 사적인 공간에서조차 국가가 일반인이라면 알고 싶지도 않고 관여하고 싶지도 않은 성생활(특히, 남자들 간의 성생활)에 깊숙이 관여하여 기본권을 보호하고자 하는 사회적 법익에 벗어나 통제하고 있는 것이다. 즉, 논쟁하고 싶지도 대응하고 싶지도 않지만, 논쟁하고 대응해야 하는 문제의 정책 논리³²⁾를 국가가 펼치고 있는 것이다.

만약 개정군형법 제92조의6의 처벌대상에 이성간의 행위도 포함된다고 해석하면, 군인 부부나 연인사이인 군인들의 성관계도 처벌될 가능성이 있고, 이러한 경우에 부부나 연인사이의 성적인 관계에 대해 국가가 개입해서 정상과 비정상을 구분하고 국가의 판단에 따라 처벌까지 가능하게 되어 기본권의 침해는 더욱 명백해진다.³³⁾

2) 성적 자기결정권

성적 자기결정권이란 국가 등 어느 누구로부터 간섭을 받음이 없이 스스로 성행위 여부 및 그 상대방을 결정할 수 있는 권리를 말하며, 이에 대한 헌법상의 명문규정은 없으나 인격권과 행복추구권을 규정한 헌법 제10조에 근거한다고 해석되고 있다.³⁴⁾ 그리고 ‘간통죄 사건’에 대한 헌법재판소에서는 “개인의 인격권·행복추구권에는 개인의 자기운명 결정권이 전제되는 것이고, 이 자기운명결정권에는 성행위여부 및 그 상대방을 결정할 수 있는 성적 자기결정권이 포함되어 있다”고 판시(1990.9.10. 89헌마82)하고 있다.³⁵⁾

하지만 구 군형법 제92조에 대한 위헌소송(2002. 6. 27, 2001헌바70)과 위헌제청(2011. 3. 31. 2008헌가21)에서는 ‘개인의 성적 자유’보다는 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 사회적 법익이 우선된다고 판시하고 있다.

또한 개정군형법 제92조의6에서도 합의된 성행위에 대하여도 처벌하고 동시에 징계를 내리고 있어서 성적 자기결정권을 침해하고 있다고 볼 수 있다.³⁶⁾

5. 다른 법령이나 징계 가능

개정군형법 제92조의6은 위에서 언급했듯이 주된 규율 목적이 남성 군인간의 합의에 의한 동성애 성행위에 있다. 이 조항은 군인만을 대상으로 하기는 하지만, 한국에서 유일

30) 정회철, [앞의 책], 436-437면.

31) 이경환(각주 25), 91면./ 조국, “앞의 글”, 310면, 재인용.

32) 전영평 외8명, 「아산재단 연구총서 제326집 한국의 소수자운동과 인권정책」, 집문당, 2011, 333면.

33) 노기호, “앞의 글”, 286면.

34) 단적인 예로, 결혼한 군인부부 간의 성행위도 추행죄의 사적인 공간에서의 성행위도 규제대상으로 삼고 있기 때문이다. 김명수, “앞의 글”, 78면.

35) 정회철, [앞의 책], 313면.

36) 송문호, “군형법과 ‘제복을 입은 시민’”, 「형사법연구 제21권 제4호」, 한국형사법학회, 2009. 겨울, 391면.

하게 동성애 즉, 성소수자를 차별하는 법안이다.

그리고 군형법상 추행죄 폐지 논의에 있어 잘못된 인식은 추행죄를 폐지할 경우 군대내 동성 간 성폭력을 처벌하기 어려울 것이라는 인식이다. 그러나 군형법상 추행죄는 강제력이 없는 당사자 간의 합의에 의한 동성 간 성적 행위를 처벌하는 데 그 취지가 있기 때문에, 군대내 성폭력의 처벌은 일반 형법이나 성폭력 관련법으로도 가능하고, 개정 군형법에서 일부 군대내 성폭력범죄를 가중 처벌하는 규정까지 신설되었으므로³⁷⁾, 군형법 제92조의6은 폐지되어야 한다.

국방부 「부대관리 훈령」 제236조(기본원칙) “② 제1항에도 불구하고 동성애자 병사의 병영 내에서의 모든 성적행위는 금지된다. 이에 위반한 경우 형사처벌 또는 제4편제4장 ‘성군기 사고 예방’에 따른 절차에 따라 징계처분 한다.”고 규정되어 있다. 그리고 위에서 언급한 것과 같이 2010년 레마는 동명부대의 사례처럼 이성간의 성행위에 관해 징계를 내리고 있기 때문에 충분히 징계처리도 가능하다.

VI. 군형법 제92조의 폐지에 대한 오해

1. 군대가 동성애자의 성행위의 낙원이 된다

군대에서 남성간의 성폭행이나 성추행이 발생하는 것은 군대라는 특수한 상황 때문이다. 20대 초반의 성적인 욕구가 왕성한 젊은이들이 병영생활관에서 피부를 맞대어 활동하고, 취침하는 등 부대에서 24시간 동안 집단적으로 훈련하고, 운동하고, 생활하면서 자연스럽게 호기심 반 장난 반으로 성적인 접촉이 일어나지만 그것이 잘못된 것인지 모르고 지내왔었다. 이러한 상황에서 볼 때 군대 남성 간의 성폭력은 성욕을 풀기 위한 욕구라기보다는 권력을 행사하고 모욕을 주고 수치심을 주려는 폭력적 지배 욕구에서 나온 행위로 봐야 한다.³⁸⁾

또 다른 이유는 남성성의 과시이다. 일탈하는 남성성에 대한 견제, 지배적 남성성에 대한 확인욕구도 중요한 요인으로서 작동한다. 한국 형사정책연구원은 1998년 성폭력에 대한 보고서에서 “성폭력을 당하는 남성은 더 이상 남성으로 존재하는 것이 아니라 단지 ‘여성성’의 대상(object)으로 존재할 뿐이다. 따라서 공격당하는 것은 ‘남성’이 아니라 ‘여성의 이미지’로 대체된 남성이라는 육체이다”³⁹⁾

그리고 국가인권위원회에서 2003년 실시한 「군대내 성폭력 실태조사」에 따르면 군대내 남성 간 성폭력에 대한 조사 사례 중 가해자들은 “자신이 동성애자로 취급받는 것이 억울하다”며 강한 동성애혐오증을 보인 것으로 조사 되었다.⁴⁰⁾

또한 군대내 남성 간 성폭력의 가해자 및 피해자로 동성애자가 지목되지 않았다. 남성 간 성폭력의 가해자 및 피해자는 동성애자일 것이라는 통념은 실제와 다를 뿐만 아니라

37) 이경환(각주 15), 6-7면.

38) Sexual assaults among same or opposite sex in military are regarded as desire which express violating dominate aspiration and make someone insulted, not desire which express sexual aspiration(Michael King, Adrian Coxell, Gill Mezey, Male victims of Sexual Assault, Oxford Press, 2000, 67면./ 손기화, “군 성폭력에 관한 연구”, 「동국대학교 대학원 박사학위논문」, 2012, 21면, 재인용.

39) 한국형사정책연구원, 성폭력의 실태와 원인에 관한 연구, 1998, 37면./ 손기화, “앞의 박사논문”, 22면, 재인용.

40) “3-2 군형법 제92조 위헌법률심판제청사건(2008헌가21)에 대한 국가인권위원회 의견서”, 「2008-2014 군형법 ‘추행’죄 폐지를 위한 활동백서」, 군 관련 성소수자 인권침해·차별 신고 및 지원을 위한 네트워크, 2014, 312면.

오히려 신고율을 낮게 하는 또 다른 문제점이 발생되고 있다.⁴¹⁾

내용을 정리해 보면 군대 내에서 일어나는 남성간의 성폭행이나 성추행은 동성애자의 의한 성폭력이나 성추행이 아니라 상황적인 동성애(situational homosexuality)에 따른 경우인 것이다. 즉, 가해자들은 이성애자들인 것이다.

2. 동성애자는 소수자이다

한국사회에서 동성애자는 소수자이다.⁴²⁾ 이런 현대 사회가 개방화가 되고 인권의식이 점점 높아지는 가운데에도 동성애자들은 소수자들이고, 아직 사회에서는 동성애혐오증⁴³⁾이 강하게 남아있다. 이런 상황에서 군대라는 사회를 들여다보면 아직 휴전국가라는 상황에서 진보주의보다는 보수주의가 강하게 지배하는 집단이다. 그런데 만약 한 동성애자가 자신의 정체성을 숨긴 채 입대해, 자신의 성적정체성을 드러낸다면 군대라는 사회는 그를 그대로 받아들이지 않을 것이다.

예를 들면, 위에서 언급했던 것 같이 남성 간 성폭행의 가해자들이 자신들은 동성애자가 아니라고 강한 동성애혐오증을 보이고 있는 것을 보면 잘 알 수 있다.

또 군대에서 한 선임병과 친했던 후임병이 그 선임병이 동성애자로 밝혀지자, 이로 인해 불안한 감정을 밝힌 아래의 인터뷰가 있다.

“동성애자인 고참이 그런 일로 인하여 다른 부대로 가게 되자 우리 부대원들은 하나둘씩 저를 의심하게 되었습니다. 저와 그 고참이 굉장히 친했기 때문에 저도 똑같은 동성애자가 아닌가라는 말로 서로 수군거리기 시작한 것입니다. 고참들은 너무나 티가 나게 저와 몸을 부딪치는 것을 싫어하며 멀리 떨어져 있었고 평소에 너무 친하게 지내던 고참과 후임들마저 약간 이상한 눈빛으로 저를 바라보기 시작했습니다. 저는 그 눈빛이 너무나 무서웠습니다. 저는 그 고참이 너무나 싫어졌습니다. 그리고 당장이라도 그 고참에게 ”나에게서 친한 척하지 마!“라고 소리 지르고 싶었습니다. 나중에 들은 이야기지만 다른 근무자들은 저와 그 고참이 마지막 이야기 나누는 모습을 몰래 지켜보았다고 합니다. 저와 그가 이상한 짓을 하지 않을까라는 호기심을 가지고 쳐다봤다는 것이었습니다. 저는 결국 그런 근무자들의 시선이 무서워서 사진을 같이 찍자는 그 고참의 마지막 부탁을 듣지 않았습니다..... 그 사건이 일어난 직후 저와 친한 부대원들은 모두 저랑 말을 섞는 것을 싫어하고 꺼리게 되었습니다. 그 고참에 대하여 그리고 성적 소수자에 대하여 어떤 나쁜 감정은 없었지만 그런 집단에서 혼자 외톨이가 되기 싫어서 그들과 같은 입장에 섰습니다. 이성적이고 정상적인 판단 없이 그를 비난하였습니다.”⁴⁴⁾

위의 인터뷰 내용을 들여다보면 군대에서 성소수자는 절대적인 불리한 위치에 있다는

41) 한국성폭력상담소, “군대내 성폭력 실태조사”, 「국가인권위원회」, 2004, 104면.

42) 소수자란 ‘신체적 또는 문화적 특징 때문에 사회의 다른 성원들에게서 차별을 받으며 차별 받는 집단에 속해 있다는 의식을 갖고 있는 사람들’이라고 정의 내릴 수 있다. 그런데 소수자라는 단어가 ‘소수(小數)의 사람’이라는 뜻이라 해서 반드시 구성원의 수가 적다는 것을 의미하지 않는다, 박경태, 「인권과 소수자 이야기 우리가 되지 못하는 사람들」, 책세상, 2012, 19-20면.

43) 루이 조르주 탕은 「동성애혐오증 사전」에서 이렇게 말한다. 동성애혐오증은 역사를 통해 도저히 깨뜨릴 수 없는 운명도 아니고, 시간이 흐르면 저절로 사라질 현상도 아니다. 동성애는 중대하면서도 복잡하고 다양한 울림을 가진 인간적인 문제로, 화합의 분위기와 충분한 사전 협의를 필요로 한다, 자그 드 라노크/ 정재곤 譯, 『고정관념 Q 동성애』, 웅진지식하우스, 2007, 158면.

44) 권인숙, “군대 섹슈얼리티 분석 -성욕, 남성성, 동성애 등을 중심으로-”, 「경제와 사회 제82호」, 비판사회학회, 2009. 여름호, 61면.

것을 간접적으로 알 수 있다. 그리고 군대에서 동성애자라고 커밍아웃을 하거나 아웃팅⁴⁵⁾을 당하게 되면, 어떠한 상황에 닥치게 될 지를 가늠할 수 있게 한다.

3. 상하복종

군대에서 남성 간의 성폭력에서 권력과 통제의 상관관계가 관심을 끄는 이유는 군이 명령체계에 따라 위계질서가 극대화하는 공간이기 때문이다. 그리고 지휘와 복종의 단순형태로 계급에 따른 위계질서가 극대화하는 공간이기 때문이다. 그리고 지휘와 복종의 단순형태로 계급에 따른 명령질서가 주요한 조직논리인 공간에서 성폭력의 이런 내재적 요소는 더욱 완충장치 없이 강화될 여지가 있기 때문이다. 하지만 군에서는 반항이나 저항 행위는 계급의 절대성 속에서 불가능하고, 반항이나 저항을 하더라도 이에 대한 가해자의 보복이 용이하므로 이를 피하기도 쉽지 않다는 것이다. 따라서 군에서는 가해자의 행위결과에 대한 책임이 작게 된다.⁴⁶⁾ 이렇듯 군에서는 명령에 따른 위계질서가 중요한 요소이다.

군형법에서는 제47조(명령 위반) “정당한 명령 또는 규칙을 준수할 의무가 있는 사람이 이를 위반하거나 준수하지 아니한 경우에는 2년 이하의 징역이나 금고에 처한다”고 규정하고 있다. 명령위반죄는 항명죄(제44조)와 마찬가지로 명령복종관계를 통한 군의 질서 확립을 보호법익으로 하고 있다. 다만 항명죄가 상관의 개별적 명령에 불복하는 경우에 성립하는데 반하여, 명령위반죄는 군대사회 내부에서 일반적 규범으로서의 효력을 갖고 있는 명령(order) 또는 규칙(regulation)을 위반하거나 준수하지 아니하는 경우에 성립하는 점에서 차이가 있다.⁴⁷⁾

군인복무규율 제22조 제1항의 발령자는 ‘건전한 판단과 적시·적절한 명령을 내려야 하며, 직무와 관계가 없거나 법규 및 상관의 정당한 명령에 반하는 사항 또는 자기 권한 밖의 사항 등을 명령하여서는 아니된다.’는 규정은 명령의 형식적 요건에서의 적법성 유무와 실질적 요건에서 정당한 명령인지 여부를 판별하는 중요 기준이 되어야 함은 당연하다. 위 규정에서 적시·적절한 명령이라는 규정을 고려할 때에도 명령의 형식적 적법성 뿐만 아니라 실질적 내용이 중대하고 명백히 부당한 경우에는 복종의무가 없다고 해석하는 것이 타당하다고 본다.⁴⁸⁾

여기에서 정당한 명령이란, 대법원은 군형법 제47조(명령 위반)의 ‘정당한 명령’이라 함은 통수권을 담당하는 기관의 입법기관인 국회가 위 법조로 위임한 통수작용상 필요한 중요하고도 구체성 있는 특정한 사항에 관하여 발하는 것으로서 본질적으로는 입법사항인 형법의 실질적 내용에 해당하는 사항에 관한 명령을 의미하고, 군인의 일상생활 준칙을 정하는 사항 등은 이에 해당하지 않는다고 보고 있다.⁴⁹⁾

군대에서 또는 군대 밖에서의 서로 합의에 의하지 않는 성폭행 또는 성추행의 상관의 명령은 중대하고도 명백하지 않는 명령이므로 이를 따를 필요가 없다고 본다. 다만 위에

45) 아웃팅이란 본인의 의사와 상관없이 타인에 의해 자신이 성적소수자임이 밝혀지는 일이다, 한국게이인권운동단체 친구사이 <게이컬처홀릭> 편집위원회, 「친절한 게이문화안내서」, 씨네21(주), 2011, 255면.

46) 국가인권위원회, “인권상황실태 연구용역보고서, 2005, 32~34면, / 손기화, “앞의 박사논문”, 21면, 재인용.

47) 박안서, “군형법의 개정방안에 관한 연구: 인권보장과 전투력강화의 조화를 중심으로”, 「한양대학교 대학원 박사학위논문」, 2011, 57면.

48) 송문호, “앞의 글”, 384면, 재인용.

49) 대법원 1971.2.11. 69도113., / 송문호, “앞의 글”, 384면, 재인용.

서 언급했듯이 군대는 상하복종의 위계질서로 이루어져 있고 군의 폐쇄적인 상황에서 명령을 따르기가 매우 힘든 상황이다. 그래서 국가는 위에 대한 적절한 방안을 세운다면 군대내의 남성간의 서로 합의에 의하지 않은 성폭행 또는 성추행은 일어날 수 없는 상황일 것이다.

4. 군대에서 에이즈(AIDS)가 만연해지게 된다

에이즈는 후천성면역결핍증후군이라고 한다. 에이즈는 이성애자든 동성애자든 관계없이 발생할 수 있는 질병이다. 충분한 휴식과 청결한 환경을 유지하지 않으면 감기에 걸리듯, 에이즈는 무분별한 성관계나 안전하지 않은 성행위로 인한 질병이다. 특히 남성 동성애자에 대한 왜곡이 더 심한 것으로 알려져 있다. 그 이유를 알고 보면 일종의 해프닝이 아닐 수 없다. 1982년에 동성애자이면서 에이즈 감염자인 50명을 대상으로 연구를 했는데 당시 조사 대상자가 전부 남성이었다고 한다. 그 연구 결과가 발표된 후 ‘남성 동성애자는 모두 에이즈 환자’라는 잘못된 인식이 굳어지는 결정적 계기가 되었다. 그에 따라 동성애자들에 대한 사회적 편견이 더욱 심해지고 에이즈와 동성애자에 대한 인식역시 사실과 다르게 왜곡되었던 것이다.

‘동성애’하면 떠올리는 에이즈에 대한 잘못된 상식은 이제 반드시 바로잡아야 한다. 동성애자와 에이즈는 큰 연관성이 없다는 사실이 드러나고 있기 때문이다. 최근 연구 결과에 의하면 에이즈 감염자 중 75%는 동성애자가 아닌 이성애자 간의 접촉에 의해 감염된 것으로 나타났다. 또한 성적 접촉 외에 치료를 위한 수혈 등의 과정에서 에이즈에 감염될 수도 있다.⁵⁰⁾

미국의 경우 동성애로 인한 에이즈 감염은 18%에 불과하며 주로 마약주사기로 전염되고 있다.⁵¹⁾ “차별 없는 세상을 위한 기독교연대”는 “에이즈는 동성 간 성 접촉으로 인한 감염가능성(39.3%)보다 이성간의 성 접촉 비율이(59.7%) 월등히 높다”며 한국에이즈정보센터 1985~2009년 통계를 제시하였다.⁵²⁾

그리고 모든 동성애자들이 항문성교를 하는 것이 아니고 이것은 전적으로 그들의 성적 행위 선호일 뿐이다. 위에서 언급했듯이 군대 남성 동성관의 성폭행 또는 성추행의 가해자와 피해자의 대부분은 이성애자이고 동성애자는 군대 안에서의 마이너리티이기 때문에 움직임이 소극적일 수 없는 상황에서 자신의 정체성을 밝힐 수 없을 것이다. 설사 그가 선임병이 되어 후임병에게 합의에 의하지 않는 성폭행이나 성추행을 시도한다고 할지라도 군대 문화 속성상 그는 군대 내에서의 차별을 당하게 될 것이다.

국가가 신체검사 때에 에이즈검사를 포함하거나 1년에 한 번씩 군인들에게 정기 종합건강검진을 받게 하면서 에이즈검사를 포함하게 된다면 이것도 에이즈가 군대에서 만연해질 수 있다는 편견을 사라지게 할 수 있는 방안일 것이다.

VII. 해외군의 사례

50) 고상만, 「다시, 사람이다 인권, 그리고 민주주의 대한 가장 뜨거운 이야기」, 책담, 2014, 230-231면.

51) 사이버 민주·인권관구축추진위원회·광주광역시 북구청, 「사이버 민주·인권관 한국판」, 광주광역시 북구청, 2003, 169면.

52) 허호익, “동성애에 관한 핵심 쟁점 -범죄인가, 질병인가, 소수의 성지향인가?-, 「장신논단 제38집」, 장로회신학대학교 기독교사상과 문호연구원, 2010, 248-249면.

한국은 대표적인 모병제가 아닌 징병제 국가이다. 징병제 국가들로는 한국, 러시아, 대만, 이스라엘, 터키, 폴란드가 있다. 이 나라들 중에 러시아, 터키, 폴란드는 동성애자의 군복무를 금지하고 있지만 대만과 이스라엘은 동성애자의 군복무를 허용하고 있다. 그런데 한국은 동성애자의 군복무를 금지하고 있지는 않지만 남성간의 서로 합의된 성적 행위를 처벌하고 있는 모순된 모습을 보여주고 있다.

이런 징병제에서 군대의 선택이 아닌 필수이기 때문에 군형법 92조의6이 존재해야 한다는 주장이 있다. 그런데 1993년 군 복무에 있어 동성애자의 차별을 금지한 이스라엘 군대의 상황에 대한 연구결과도 93년 이전과 이후 군 전투력에 영향이 없는 것으로 분석하고 있다.⁵³⁾ 아울러 동성애자를 포함하는 것을 군대 업무 진행에 효과적으로 보고 있다고 평하고 있다.⁵⁴⁾ 이는 우리의 선택에 도움을 줄 수 있을 것이라고 생각한다.

그리고 모병제 국가인 영국은 1994년 이전 군대 내 동성애자에 대한 차별과 관련 형벌 조항을 폐지할 경우 현재 복무 중에 동성애자 병사들의 커밍아웃으로 인해 병영 내 동성애자에 대한 혐오감을 가진 병사들에 의한 집단 따돌림이나 성추행 사건이 증가할 것이라는 우려가 있었다. 그러나 영국의 사례보고서는 실제로는 차별정책 철폐 이후에도 커밍아웃을 하는 병사의 수는 소수에 불과했으며, 동성애 혐오의식을 갖고 있었던 병사들의 경우에도 정책의 변화와 더불어 큰 문제없이 적응했다고 보고하고 있다. 또한 영국군의 군 지원자의 감소현상도 나타나지 않았으며, 군대 내 성폭력이나 추행건수의 변화도 나타나지 않았다.⁵⁵⁾

세계 최대 군사 강국인 미국에서도 최근 버락 오바마 대통령이 2010년 5월 25일 동성애자들이 군 안에서 자신의 성 정체성을 숨겨야 하거나 군복무를 그만두게 만든 기존의 미군 내 동성애자 복무관련 정책 즉 동성애자들의 군복무를 암묵적으로 허용해왔지만, 공개적으로는 일절 거론하지 않는 이른바 불문부답법(Don't Ask, Don't Tell: DADT)의 기존 정책을 폐지하기로 서약하고 미국 연방의회와 합의한 사실은 시사하는 바가 크다고 할 것이다.⁵⁶⁾

VIII. 결론

국립국어원은 2012년 사랑에 대한 풀이를 ‘어떤 대상에게 끌려 열렬히 좋아하는 마음’으로 변경하였다. ‘이성의 상대’라는 기존 표현을 바꾼 이유에 대하여 국립국어원이 성적 소수자를 인정하는 사회적 분위기 반영으로 설명한 것처럼(중앙일보, 2012.12.8.) 한국 사회의 성적 소수자 이슈가 2000년대 초반 성적 소수자 연예인들의 커밍아웃 등을 계기로 대중들에게 부각된 이후 트랜스젠더의 호적변경 허용, 청소년인권조례의 성적 지향

53) Aron 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, / 1-2-2. 피고인 소송대리인 변론요지서, 「2008-2014 군형법 ‘추행’죄 폐지를 위한 활동백서」, 군 관련 성소수자 인권침해·차별 신고 및 지원을 위한 네트워크, 2014, 110면, 재인용.

54) 권인숙, “앞의 글”, 60면.

55) Aaron Belkin . R.L. Evans. 2000. THE EFFECTS OF INCLUDING GAY AND LESBIAN IN THE BRITISH ARMED FORCES : APPRAISING THE EVIDENCE the Center for the Study of Sexual Minorities in the Military University of California at Santa Barbara, / 1-4-2. 피고인 소송대리인 변론요지 보충의견서, 「2008-2014 군형법 ‘추행’죄 폐지를 위한 활동백서」, 군 관련 성소수자 인권침해·차별 신고 및 지원을 위한 네트워크, 2014, 233면, 재인용.

56) 이상경, 동성애 군인의 규제에 대한 헌법적 재조명 -“소위 “불문부답법”에 관한 미국 연방판례를 중심으로-”, 「세계헌법연구 제16권 제2호」, 국제헌법학회 한국학회, 2010, 282면.

차별금지와 같은 법적 변화와 공론화에 이르기까지 최근 10여 년간 여러 변화가 있어왔다.⁵⁷⁾ 대한민국 문화전도사로 활동하고 있는 홍석천의 모습을 통해서, 현 한국에서의 성소수자의 사회활동이 예전에 비해 상상할 수 없는 사회적 변화를 확인할 수 있다. 그럼에도 불구하고 아직 균형법 제92조의6(추행)은 변화가 없고 고착상태이다. 이 조항은 한국에서 유일하게 동성애를 처벌하는 것으로서, 군대 내에서의 동성애의 인식이 나아지지 않았다는 것을 알 수 있다.

그렇다고 이 조항의 폐지로 인해 상호간의 합의 하에 성교라면 얼마든지 윤리적이고 정당하다는 것에 동조하는 것은 결코 아니다. 왜냐하면 이는 매우 위험한 생각이고 또 성교 그 자체가 좋은 것으로서 어떤 헌신도 심지어는 애정도 더 이상 필요 없다고 생각으로 연결 될 수 있기 때문이다.⁵⁸⁾ 또한 이 조항의 폐지로 성적 소수자를 맹목적으로 옹호하는 것이 아니고, 그것을 원하지도 않는다. 다만, 성적 소수자가 좀 더 자유롭게 움직일 수 있게 하나씩 장막을 거두자는 것이다. 왜냐하면 우리의 현 사회는 이성애자 중심으로 돌아가는 것은 명백한 사실이기 때문이다.

그리고 이 조항이 폐지가 된다고 하여 성적 소수자의 인권이 한층 더 올라간다는 의미가 아니다. 단지, 이 조항은 유일하게 동성애를 처벌하는 것이고, 여러 법적인 문제를 안고 있기 때문이다. 그리고 이 조항이 폐지가 되더라도 다른 균형법 및 형법 그리고 성폭력특별법으로 처벌 할 수 있기 때문이다.

마지막으로 이는 성적 소수자에 대한 관용의 문제가 아니다. 자전거를 못 탄다거나 왼손잡이라고 하여 그 사람이 장애를 가진 것이 아닐뿐더러 차별해야 하는 대상이 아니다. 성적 소수자가 일반사람들과 차이가 있다는 것은 틀린 것이 아니라 다르다는 것일 뿐이다. 균형법 제92조의6의 폐지로 우리 주위의 소수자에게 신경을 쓰는 계기가 되었으면 하겠다.

57) 배은경·안은미·백형의, “정신보건사회복지사의 성적 소수자 인식 영향 변인 연구”, 「사회과학연구 제25권 제1호」, 충남대학교 사회과학연구소, 2014, 404면.

58) 이종원, “동성애자들의 자율성과 도덕적 책임”, 「철학논총 제65집」, 새한철학회, 2011, 324면.

참고문헌

논문

1. 권인숙, “군대 섹슈얼리티 분석 -성욕, 남성성, 동성애 등을 중심으로-”, 「경제와 사회 제82호」, 비판사회학회, 2009, 여름호.
2. 김명수, “성적 소수자의 법적 차별에 관한 고찰 - 군형법 제92조에 관한 헌법재판소의 결정을 중심으로 -”, 「세계헌법연구 제18권1호」, 국제헌법학회, 한국학회, 2012.
3. 김현경·박보람·박승환, “성소수자에 대한 혐오표현, 그 옹호의 논리를 넘어서: 표현의 자유론 비판과 시민권의 재구성”, 「공익과 인권 제12호」, 서울대학교 공익인권법센터, 2012.
4. 노기호, “군형법 제92조 ”추행죄“의 위헌성 고찰 -육군 제22사단 보통군사법원 2008.8.6. 위헌제청결정 사건(2008고10)을 중심으로-”, 「헌법학연구 제15권제2호」, 한국헌법학회, 2009.
5. 박승호, “미국헌법상 동성애자의 권리 -Romer 사건과 Lawrence 사건 검토를 중심으로-”, 「미국헌법학회 미국헌법연구 제22권 제2호」, 미국헌법학회, 2011, 8.
6. 박안서, “군형법의 개정방안에 관한 연구: 인권보장과 전투력강화의 조화를 중심으로”, 「한양대학교 대학원 박사학위논문」, 2011.
7. 배은경·안은미·백형의, “정신보건사회복지사의 성적 소수자 인식 영향 변인 연구”, 「사회과학연구 제25권 제1호」, 충남대학교 사회과학연구소, 2014.
8. 손기화, “군 성폭력에 관한 연구”, 「동국대학교 대학원 박사학위논문」, 2012.
9. 송문호, “군형법과 ‘제복을 입은 시판’”, 「형사법연구 제21권 제4호」, 한국형사법학회, 2009.
10. 유범희, “건강칼럼 - 빛나간 성, 동성애&성도착증”, 「과학과 기술 제33권 12호」, 한국과학기술단체총연합회, 2000.
11. 윤상민, “군형법상 성범죄 규정의 문제점과 개정방향”, 「법학연구 제28집 제4호」, 원광대학교 법학연구소, 2012.
12. 이경환, “군대내 동성애 행위 처벌에 대하여”, 「공익과 인권 제5권 제1호」, 서울대학교 공익인권법센터, 2008.
13. 이경환, “군형법 제92조의6의 문제점과 법적 쟁점”, 「SOGI콜로키움-군형법과 동성애 :군형법 제92조의6을 둘러싼 동성애 담론과 성소수자의 시민권- 제4회」, 군관련 성소수자 인권침해·차별 신고 및 지원을 위한 네트워크, 성적지향·성별정체성 법정책연구회, 2014.
14. 이상경, 동성애 군인의 규제에 대한 헌법적 재조명 -“소위 “불문부답법”에 관한 미국 연방판례를 중심으로-”, 「세계헌법연구 제16권 제2호」, 국제헌법학회 한국학회, 2010.
15. 이종원, “동성애자들의 자율성과 도덕적 책임”, 「철학논총 제65집」, 새한철학회, 2011.
16. 조국, “군형법 제92조의 5 ‘계간 그 밖의 추행죄’ 비판 - 군인간 합의동성애 형사처벌의 당부 -”, 「형사법연구 제23권제4호 통권 제49호」, 2011.
17. 추지현, “‘강간’과 ‘계간’ 사이: 군형법상 ‘강간과 추행의 죄’의 법담론”, 「한국여성학 제29권 3호」, 한국여성학회, 2013.
18. 추지현, “군대와 군형법을 둘러싼 동성애 담론과 그 사회적 영향 -젠더의 틀로 본 군대의 동성애 규율-”, 「SOGI콜로키움-군형법과 동성애 :군형법 제92조의6을 둘러싼 동성애 담론과 성소수자의 시민권- 제4회」, 군관련 성소수자 인권침해·차별 신고 및 지원을 위한 네트워크, 성적지향·성별정체성 법정책연구회, 2014.
19. 한가람, “군대와 동성애: 로맨스, 폭력, 범죄화, 그리고 시민권”, 「진보평론 제60호」, 2014.
20. 허호익, “동성애에 관한 핵심 쟁점 -범죄인가, 질병인가, 소수의 성지향인가?-, 「장신논단 제38집」, 장로회신학대학교 기독교사상과 문호연구원, 2010.
21. 국가인권위원회, “인권상황실태 연구용역보고서”, 2005.
22. 국가인권위원회, 2007~2011 국가인권정책기본계획 권고안, 2006.
23. 국방부 인권팀, 「병원내 동성애자 관리정책에 대한 연구-외국 사례분석을 중심으로. 2007.
24. 한국성폭력상담소, “군대내 성폭력 실태조사”, 「국가인권위원회」, 2004.
25. 한국형사정책연구원, “성폭력의 실태와 원인에 관한 연구”, 1998.

26. Aron Belkin and Melissa Levitt, Homosexuality and the Israel Defense forces; Did Lifting the Gay Ban Undermine Military Performance? Armed Forces and Society.

26. Aaron Belkin . R.L. Evans. 2000. THE EFFECTS OF INCLUDING GAY AND LESBIAN IN THE BRITISH ARMED FORCES : APPRAISING THE EVIDENCE, the Center for the Study of Sexual Minorities in the Military University of California at Santa Barbara.

27. Sexual assaults among same or opposite sex in military are regarded as desire which express violating dominate aspiration and make someone insulted, not desire which express sexual aspiration(Michael King, Adrian Coxell, Gill Mezey, Male victims of Sexual Assault, Oxpord Press, 2000.

단행본

1. 강경선·이경주, 「기본권의 기초이론」, 한국방송통신대학교출판부, 2013.

2. 고상만, 「다시, 사람이다 인권, 그리고 민주주의 대한 가장 뜨거운 이야기」, 책담, 2014.

3. 박경태, 「인권과 소수자 이야기 우리가 되지 못하는 사람들」, 책세상, 2012.

4. 자그 드 라노크/ 정재곤 譯, 『고정관념 Q 동성애』, 웅진지식하우스, 2007.

5. 전영평 외8명, 「아산재단 연구총서 제326집 한국의 소수자운동과 인권정책」, 집문당, 2011.

6. 정광욱 외5명, 「서울대 인권수업」, 미래의 창, 2013.

7. 정희철, 「기본강의 헌법」, 도서출판 여산, 2013.

8. 최정학·최관호, 「형법총론」, 한국방송통신대학교출판부, 2014.

9. “2008-2014 군형법 ‘추행’죄 폐지를 위한 활동백서”, 군 관련 성소수자 인권침해·차별 신고 및 지원을 위한 네트워크, 2014.

10. “군형법주해”, 육군본부법무실, 2010.

11. 사이버 민주·인권관구촉진위원회·광주광역시 북구청, “사이버 민주·인권관 한국관”, 광주광역시 북구청, 2003.

12. 한국게이인권운동단체 친구사이 〈게이컬처홀릭〉편집위원회, “친절한 게이문화안내서”, 씨네21(주), 2011

13. 헌재판례집, 14-1.

14. 헌재판례집, 23-1.

군형법 제92조의6, 이 조항은 폐지해야 한다

팀 명 : 소 맥

인천지역대학 법학과

박용규 201121-123641

장숙의 201221-121165

임용규 201321-121922

김숙영 201321-215175

목 차

I. 서 론

1. 군형법 연혁

2. 헌법재판소 판결

- 1) 1차 판결. 2) 2차 판결

3. 위헌성 문제

- 1) 명확성 원칙. 2) 보호법의 침해. 3) 과잉금지 원칙

4. 동성애자의 관점

- 1) 성행위 범죄화
2) 성폭력 유발인자
3) 성폭력 피해자
4) 이성애 정당화

5. 사회학적 관점

- 1) 강제적 이성애. 2) 동성애 공포· 혐오

6. 동성애에 대한 국제적 관점

- 1) '시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약'
2) '성적지향 성별정체성에 근거한 인권침해 근절' 공동선언
3) 국가인권위원회법 등 동성애 차별금지법

II. 결론

< 참고문헌 >

I 서론

한국 사회에서 ‘동성애’라는 행위들을 범죄화 하는 유일한 공간이 군대이다. 2013년 개정된 군형법 제92조의6¹⁾ 조항은 적용대상자인 군인에 대하여 ‘항문성교’나 그 밖의 ‘추행’을 하는 경우 징역형에 처하도록 하여 인간의 성행위 자체를 ‘범죄화’ 하는 조항이다. 군형법이 개정되면서 유사강간죄가 추가되고, 추행죄의 구성요건인 계간이 ‘항문성교’로 변경됨으로써, ‘항문성교’란 유사강간이라는 성폭력행위와 대비되는 즉, 동성간의 자율적인 성행위, 특히 남성 동성간의 그것을 지칭한다는 점이 더욱 분명해졌다.²⁾

다른 범죄에서는 구체적인 피해자가 있으며, 주된 초점이 어느 범위까지 범죄로 인정할 것인가의 여부에 있는 반면, 이 조항에서는 군이라는 추상적인 피해자만 있을 뿐이고, 동성애 행위와 군대 내의 기강사이의 관련성 등 과학적인 증거는 제시하지 않은 채 주된 초점을 추행행위가 실제로 있었는지의 여부에만 맞추고 있다. 이러한 문제점에 대한 비판을 하자면 ▶강제성과 공연성이 없는 경우는 처벌에서 제외하고 위계나 위력에 의한 행위만을 처벌해야한다.³⁾ ▶동성간의 성행위가 건전한 생활과 군기에 해가 되거나 사회유해적 요인이 된다는 과학적인 증거가 없다, ▶동성애군인의 사생활의 비밀과 자유, 성적 자기결정권, 평등권을 침해한다. ▶동성애자에 대한 편견과 혐오로 인해 이성애자들에 의한 성폭력 가해는 무시된다.

우리 사회는 소수자인 동성애자의 권리 인정에 있어서 상당히 보수적인 입장에 머물러 있다. 강력한 군사주의, 국가안보 논리와 결합해있어 사회구성원들의 가치판단과 수용의 문제일 가능성이 높지만 이러한 전제와 동성애자의 권리인정에 가장 보수적인 입장에 선다고 하더라도, 동성애 행위에 대한 형사적 처벌은 확실히 위헌의 소지가 높은 것이다. 왜냐하면 자유주의 국가에서 동성애 행위를 처벌하는 법은 단지 일반인들의 선호 내지는 경향에 어긋나는 행위에 대하여 부과하는 형벌이라고 밖에 할 수 없기 때문이다.

1. 군형법 연혁.

군형법은 1928년 미국 ‘국방경비법’을 모태로 1946년 제정된 ‘조선국방경비법’에서 법의 적용대상이 군인 신분이 아닌 경비대원 및 민간인에까지 확대되는 등의 문제를 보완하여 1962년 1월 20일 ‘군형법’이라는 이름으로 국가재건최고회의에서 제정 공포 되었고, 형식이나 내용은 일본군형법을 모델로 하고 있어 ‘군국주의적 엄벌주의’가 배어있다. 성폭력 법은 당시의 법 제84조의1 에서 ‘전지강간죄’와 제50조에서 ‘계간’에 대해 처벌하

1) 국가법령정보센터, [시행 2013.6.19.] [법률 제11734호, 2013.4.5., 일부개정]

2) 추지현, ‘강간과 계간’ 사이 : 군형법상 ‘강간과 추행의 죄’의 법담론. 한국여성학 제29권 3호 2013.

3) 박찬걸, ‘군형법상 추행죄의 문제점과 개선방향’ 한양법학 제22권제3집 한양법학회 2011.

-이정재 의원 등 35인은 개인의 성적 자기결정권의 측면에서 볼 때 형법으로 이를 다루는 것은 적절하지 않다는 이유로 군형법 상 추행죄를 ‘위계 또는 위력’에 의한 경우로 한정하는 군형법 개정안을 제출했지만 회기만료로 인하여 2008. 5. 29. 자동폐기 되었다.

는 규정을 두어 5년 이하의 형을 부과할 수 있었고, 1962년 1월에 제정된 군형법 제92조에서 ‘계간 및 기타 추행을 한 자는 1년 이하의 징역에 처한다.’라고 규정되어 있었다. 이를 제외하면 50여 년간 성폭력 행위 등을 규율할 수 있는 명시적인 조항은 없었고 2010년 ‘강간과 추행의 죄’라는 장이 마련되어 포괄적인 성폭력 관련 조항이 삽입되면서 피해자의 성별을 불문한 강제추행 조항이 추가된다. 2013년 개정은 유사강간죄를 추가하고 강간의 객체를 부녀에서 사람으로 확대하며, 친고제 규정을 폐지했고 ‘계간’을 ‘항문성교’로 대체했다.

제15장 ‘강간과 추행의 죄’의 내용을 보면 ▶제92조 (강간) 폭행이나 협박으로 제1조 제1항부터 제3항까지에 규정된 사람을 강간한 사람은 5년 이상의 유기징역에 처한다. ▶제92조의2 (유사강간) 폭행이나 협박으로 제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 사람에 대하여 구강, 항문 등 신체(성기는 제외한다)의 내부에 성기를 넣거나 성기, 항문에 손가락 등 신체(성기는 제외한다)의 일부 또는 도구를 넣는 행위를 한 사람은 3년 이상의 유기징역에 처한다. ▶제92조의3 (강제추행)폭행이나 협박으로 제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 사람에 대하여 추행을 한 사람은 1년 이상의 유기징역에 처한다. ▶제92조의4 (준강간, 준강제추행) 제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 사람의 심신상실 또는 항거불능 상태를 이용하여 간음 또는 추행을 한 사람은 제92조, 제92조의2 및 제92조의3의 예에 따른다. ▶제92조의5 (미수범) 제92조, 제92조의2 부터 제92조의4까지의 미수범은 처벌한다. ▶제92조의6 (추행)은 ‘제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 사람에 대하여 항문성교나 그 밖의 추행을 한 사람은 2년 이하의 징역에 처한다.’라고 규정하였다.[개정 2013.4.5] [[시행일 2013.6.19]] ▶부대관리훈령 제1369호 제6장 동성애자 병사의 복무 제259조(목적) 이 장은 병영 내 동성애자 병사의 인권을 보호하고, 동성애자 병사가 다른 병사들과 마찬가지로 군복무를 할 수 있도록 제반 여건을 보장하라고 되어있다.

군형법의 적용 대상자는 ‘대한민국 군인’으로서 남녀를 불문하며, 현역에 복무하는 장교, 사관, 병, 군무원뿐만 아니라 사관후보생 등 병역법에 따른 군적을 가지는 학생까지 포함된다.

2. 헌법재판소 판결

추행죄에 대한 비판적 시각이 상당수 존재하는 것은 엄연한 현실이다. 이러한 갈등상황은 헌법재판소의 심판대에 오르는 역할을 하였는데, 2차례에 걸친 헌법재판소의 결정에서 모두 합헌판단을 받았지만, 제1차 추행죄 결정(합헌7:위헌2)⁴⁾과 제2차 추행죄 결정(합헌5:위헌4)⁵⁾으로 위헌성의 시비는 오히려 더 심화되고 있는 형상이다. 이는 개인의 성적 자기결정권과 사생활의 자유에 한 권리의식이 높아지고 있고, 동성애에 대한 사회적인 인식이 과거와 달리 변화되고 있다는 점에서 그 원인을 찾을 수 있겠다

4) 헌법재판소 2002.6.27선고 2001헌바70.

5) 헌법재판소 2011.3.31선고 2008헌가21.

1) 1차 판결 (2002. 6. 27일 ‘2001헌바70’) 사건에서 합헌이라는 다수의견

①군형법 제92조는 군 내부의 건전한 공적생활을 영위하고, 이른바 군대가정의 성적 건강을 유지하기 위하여 제정된 것으로서, 주된 보호법익은 ‘개인의 성적자유’가 아니라 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 사회적 법익이다. 군형법 제92조의 범죄구성요건사실인 ‘추행’은 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 보호법익을 침해하는 동시에 일반인의 입장에서 추행행위로 평가될 수 있는 행위이고, 건전한 상식 과 통상적인 법 감정을 가진 군형법 피 적용자는 어떠한 행위가 이 사건 법률조항의 구성요건에 해당되는지 여부를 어느 정도 쉽게 파악할 수 있으며, 법률적용자가 ‘기타 추행’ 부분을 자의적으로 확대하여 해석할 염려가 없기 때문에, 형벌법규의 명확성의 원칙에 위배되지 아니한다.

②입법자가 사회적 법익을 주된 보호법익으로 하는 군형법 제92조를 제정하면서, 군형법 피 적용자가 행한 추행의 유형이나 그 상대방의 피해상황 등을 구체적으로 구분하지 아니하고 위와 같은 사회적 법익을 침해한 모든 추행행위에 대하여 일괄적으로 1년 이하의 징역형으로 처벌하도록 규정하였다는 사유만으로 입법재량권을 자의적으로 행사하였다고 볼 수는 없으므로, ‘기타 추행’ 부분이 헌법상 과잉금지의 원칙 등에 위배된다고 보기 어렵다.

2) 1차 판결에서 재판관 송인준, 재판관 주선회의 반대의견

①다수의견과 같이 ‘추행’의 의미에 대해서는 통상의 판단능력을 가진 군형법 피 적용자가 이를 이해할 수 있어 명확성 여부는 문제되지 않는다. 다만 군형법 제92조의 경우, 추행의 강제성을 요구하는지에 대해 그 구성요건이 불명확할 뿐만 아니라, 행위의 주체나 그 상대방 등에 대하여 명백하게 규정하지 않고 있기 때문에, 본죄에 해당하는 행위의 범위를 확정하기가 어려워 죄형법정주의의 내용인 형벌법규의 명확성원칙에 위배된다.

②만일 군형법 제92조의 ‘추행’에 강제에 의하지 아니하고 군형법 피 적용자 상호간에 은밀하게 행해짐으로써 타인의 혐오감을 직접 야기하지 않는 행위가 포함된다면, 이러한 행위에 대해서까지 1년 이하의 징역형에 처하는 것은 과잉금지원칙에 위반된다고 밝혔다

3) 2차판결 (재판관 김종대, 재판관 목영준, 재판관 송두환)의 반대의견

① 군형법 제92조는 단지 ‘계간 기타 추행’이라는 추상적이고 모호하며 포괄적인 용어만을 사용함으로써 강제성 여부, 행위의 정도, 행위의 주체와 객체 및 행위 장소 등에 있어서 범죄구성요건에 해당하는지 여부가 불명확하게 되었다. 그 결과, 가벌성이 현저히 다른 행위를 대등하게 처벌하게 되고, 형법상 친고죄의 입법취지를 유명무실하게 하며, 행위자의 예견가능성을 저해하여 자기책임주의 원칙에 반하고, 수사기관, 공소제기기관 및 재판기관의 자의적 해석을 초래하고 있다. 따라서 죄형법정주의의 내용인 형벌법규의 명확성 원칙에 위배되어 헌법에 위반된다고 할 것이다.

4) 2차판결 (재판관 조대현) 의 한정위헌의견

① 군형법 제92조를 ‘군인이 군영 외에서 민간인을 상대로 추행행위를 하는 경우’에도 적용된다고 해석하는 것은 군인의 성적 자기결정권이나 사생활의 자유를 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다고 보아야 한다.

3. 위헌성 문제

위 판례에 의하면 군형법 제92조의6 에서 말하는 ‘추행’과 형법 등에서 말하는 ‘추행’⁶⁾의 의미는 다르다. 다른 법률에서는 추행관련범죄의 구성요건을 범행수단, 범행상, 범행장소 등으로 세분화하여 각각의 유형별로 처벌의 수위를 달리하고 있어서, 당해 범죄의 고유한 특성 및 그 특성에 비례하는 형벌이 부과되고 있는 반면에 군형법에서 말하는 ‘추행’은 구성요건적 수단이나 정황 등에 대한 제한이 없고, 강제성이 있는 추행과 강제성이 없는 추행을 같은 성격의 행위로 동시에 규정하고 있으며, 표적 구성요건인 ‘항문성교’만을 판단지침으로 제시하고 있을 뿐이며, 법정형도 일괄적으로 2년 이하의 징역형으로만 처벌하도록 규정하고 있다.

1) 명확성 원칙

① 강제성 여부

2009년 군형법 개정 당시에⁷⁾ 비로소 폭행, 협박 등 강제력이 수반된 추행행위를 가중 처벌하기 위하여 강제추행, 준강제추행 등이 신설되었으므로, 위 규정이 신설되기 전의 추행죄는 외관상 추행행위에 해당하기만 하면 강제력 행사여부에 따른 법정형의 차등을 두지 않고 이를 형사처벌 하려는 것이 되고 위 규정이 신설된 후의 추행죄는 강제력이 수반되지 않는 추행행위만을 형사처벌 하겠다는 것으로 볼 수 있다.

강제추행죄의 경우 ‘폭행 또는 협박’을 요구하고 있고, 준강제추행의 경우 ‘심신상실 또는 항거불능의 상태’를 요구하고 있기 때문에, 이에 해당하지 않는 유형의 강제력이 행사될 경우에는 추행죄로 규율 할 필요성이 있기 때문이다. 군의 특성상 군인은 군영 내에서 동성 간 집단숙박을 하여야 하는 사실 및 엄격한 상명하복관계에 있어 상관의 지시를 거역하기가 사실상 불가능하다는 점⁸⁾을 고려할 때, 군의 특성상 가장 빈발할 수 있는 ‘위계 또는 위력을 사용한 추행행위’에 관하여는 여전히 별도의 규정이 없으므로 이러한 경우 군형법 제92조의6으로 규율할 수밖에 없는데, 이는 ‘강제성 없는 합의에 의한 음란행위’와 ‘강제성을 수반한 위계 또는 위력을 사용한 추행’을 형사적처벌상 동등하게 취급

6) ▶최정학, 최관호 ‘형법각론’ -일반인에게 성적수치심이나 혐오감을 일으키는 음란행위.

▶김일수, 서보화 ‘형법각론’ -주관적으로 성욕을 흥분·자극케 하거나 성적만족을 얻으려는 의도로 행해지고 객관적으로는 공중에게 심한 성적 불쾌감을 주는 행위

▶대법원은 성적수치심을 현저히 침해하는 행위(2002.4.26. 2001도2417)

7) [시행 2010.2.3.] [법률 제9820호, 2009.11.2., 일부개정] 헌법재판소에서 위헌 결정된 상관 살해죄의 법정형을 조정하고, 상관 또는 초병에 대한 폭행·협박·상해의 죄의 법정형 및 구성요건을 적정하게 조정하며, 일부 범죄에 대해 벌금형의 도입을 확대하고, 여군을 강간하거나 군인을 강제추행한 자 등을 처벌하는 규정을 신설하는 등 법정형을 합리적으로 조정하여 이 법률의 실효성을 제고하는 한편....그 밖에 현행 제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선·보완하려는 것임.

8) 박영주, “동성애에 한 법적 태도”, 부산법조 제21호, 부산지방변호사회, 2004. 1, 138-139면

하게 되는 모순에 빠지게 된다. 이러한 강제적 추행의 상황에서 ‘강제성’ 여부를 구체적인 사안에 따라 판단하면 족한 것이지, 강제성을 추정하거나 강제성의 범위를 확장하여 간접적인 강제성도 포함한다거나 강제성의 입증이 어렵다는 이유로 예방적인 차원에서 합의에 의한 행위까지 가벌성의 범위를 확장하는 것은 바람직하지 못하다.⁹⁾

② 공연성 여부

국가형벌권의 발동근거와 관련하여, 공연성과 강제성을 구성요건요소로 하고 있지 않는 추행죄는 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’를 침해한다고 볼 수 없으므로 처벌에서 제외되어야 한다.¹⁰⁾ 음란한 행위를 구성요건 요소로 하는 범죄군의 가장 큰 특징은 공연성을 별도로 요구한다는 점이다. 즉 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상황에서 어떤 행위가 이루어질 것이 필요한데 반하여 추행죄는 공연성 없이 은밀하게 이루어지는 경우에도 군이라는 공동사회적 법익을 침해하는 것으로 적용되므로 처벌할 수 있는 것이다. 휴가 중인 병사나 직업군인인 동급 장교 간에 일과시간 외에 은밀한 장소에서 합의하여 동성애 행위를 하는 것도 처벌되므로 문제가 제기된다.¹¹⁾

2) 보호법익 침해

① 건전한 생활과 군기

상호간의 합의에 따라 은밀히 행해지는 성적행위는 타인에 대한 침해 내지 혐오감 유발 등을 직접적으로 야기 하지 않기 때문에 이러한 행위 자체만으로는 추행죄에서 말하는 보호법익에 위해를 가 한다고 판단하는 것은 불합리하다. 성적인 행위가 있었다고 하여 곧바로 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’가 침해되는 것은 아니다. ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 보호법익 자체가 매우 추상적이며, 가치관에 따라 다의적으로 평가될 수 있기 때문이다. 동성간의 성적 행위에 대한 군내의 과도한 경계심 또는 혐오감에 비하여 이러한 행위가 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’에 어떠한 결과를 초래하였는지에 대한 실증적인 자료는 제시되고 있지 않다.¹²⁾ 오히려 대부분 은밀하게 이루어지는 동성애행위가 수사 및 재판 과정에서 공공연하게 드러나고 있다는 점이 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’를 저해하는 효과를 초래하고 있는지도 모른다.

9) 박찬걸, ‘군형법상 추행죄의 문제점과 개선방향’ 한양법학 제22권제3집 한양법학회 2011.

10) 성폭력특례법 제10조 제2항은 ‘법률에 따라 구금된 사람을 감호하는 사람이 그 사람을 추행한 때에는 3년 이하의 징역 또는 1,500만원 이하의 벌금에 처한다’고 규정하고 있는바, 동 조항도 추행죄와 마찬가지로 공연성과 강제성을 수반하지 아니한 추행행위를 형사처벌하고 있는 조항으로 평가할 수 있다.

11) 정연주, 공법학연구 제12권제2호 2010. ‘군형법상 추행죄의 헌법적 문제’ - 부부나 연인 사이의 성적인 관계의 경우에는 그들 사이의 성적 행위가 위에서도 언급 한 구 군형법 제92조의 추행에 해당되는 경우, 즉 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 침해하는 비정상적인 성적 행위’로서 처벌의 대상이 되기는 현실적으로 드물 것 이다. 다만 법리적으로 이들의 행위가 예외적으로 이러한 구성요건에 해당한다면 처벌 이 가능할 것이고, 그러한 한에서 군에 의한 해당 여부에 대한 판단을 상정할 수 있겠으나, 이는 공익목적의 실현과 군의 특성상 불가피한 것이고, 특히 일반사회의 경우에도 내밀한 사적 영역인 간통의 경우에도 국가의 형벌권이 미친다는 점을 생각한다면 특수 사회인 군에서는 불가피할 경우 정당화될 수 있다고 하겠다.

12) 이경환, “군 내 동성애 행위 처벌에 하여”, 공익과 인권 제5권 제1호, 서울학교 BK21 법학연구단 공익인권법연구센터, 2008. (Aaron Belkin, “Don’t Ask and Don’t Tell: Is the Gay Ban based on Military Necessity?”, Parameter, Summer, 2003, pp. 110-114.)또한 수사 및 재판과정에서는 … (추행)행위로 인하여 부에 어떠한 불이익이 생겼는지는 전혀 관심의 상이 되지 않았다. 대부분의 사례에서 행위자들은 사건이 있기 전까지 성실함과 높은 업무수행능력을 인정받고 있었던 경우가 많았다.

② 성적 자기결정권

일반인의 입장에서 추행행위로 평가될 여지가 있는 경우에 개별 범죄구성요건에 해당하는지 여부를 판단하기 위해서는 반드시 그 법률규정의 보호법익이 침해되었는지 여부를 함께 검토해야 하지만 추행이라는 동일한 구성요건요소를 다르게 해석하여 ‘(비정상적인) 성적 만족 행위’를 별도로 요구하는 판례의 태도는 타당하지 않다고 본다. 다른 범죄와 달리 성적 만족 행위를 요구하는 근거가 전혀 제시되어 있지 않아서 가해자의 성적 만족 여부와 상관없이 피해자의 성적 자기결정권이 침해되었는지 여부가 문제시된다.¹³⁾ 만약 성욕의 만족과 같은 주관적인 요소를 성립요소로 한다면 성적 만족을 목적으로 하지 않고 복수심이나 호기심과 같은 다른 동기에 의하여 행해진 행위에는 처벌을 할 수 없는 불합리한 결과가 생긴다.

③ 사회유해성

성행위를 정상적인 것과 비정상적인 것 내지 변태적인 것으로 구분하고 있는데, 정상과 비정상의 구별에 대하여 설득력 있는 기준을 제시하지 못하고 있다. 판례가 표적으로 비정상이라고 판단하고 있는 항문성교는 동성애 성행위 그 자체를 사회유해성이 있는 행위로 치부하는 편견에서 비롯된 것이다.¹⁴⁾ 과거 미국과 유럽을 비롯한 대부분의 국가들에서는 동성간의 성적 행위가 임의적으로 이루어지는 경우에도 이를 사회 유해적이라 하여 범죄행위로 금지하였으나 최근 들어서는 이를 성적 프라이버시권으로 인정하는 것에서 나아가 독일, 벨기에, 네덜란드는 법률로써 동성 간의 결혼을 허용하고 있으며, 그 추세는 점차 확대되어 가고 있다. 우리나라의 경우에도 개인주의적·성개방적인 사고방식에 따라 성에 대한 우리 국민의 의식에도 많은 변화가 있었고, 동성간의 성적 행위가 비정상적이며 사회의 성도덕을 심하게 침해한다는 부정적인 시각에서 점차 벗어나 성적 지향성이 다름을 이유로 고용 등에 있어서 차별하는 것을 평등권침해행위로 인정하기까지 이르렀다¹⁵⁾.

과거와 같이 동성간의 성적 행위 자체를 사회의 성도덕을 침해하는 사회유해적인 행위로 보는 전제하에서는 군내에서의 동성간의 추행행위가 비록 그것이 비강제에 의한 것이라 할지라도 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’를 저해한다고 볼 수 있을지도 모르나, 오늘날과 같이 성에 대한 사회적 의식 및 제도가 개방된 사정 하에서는 공연성이 없고 강제에 의하지 않은 동성간의 추행을 군의 전투력 보존에 직접적인 위해를 발생시킬 위험이 있다고 보기는 어렵다.¹⁶⁾

3) 과잉금지원칙

13) 박찬걸, ‘군형법상 추행죄의 문제점과 개선방향’, 한양법학 제22권제3호 한양법학회 2011.8.

(홍기태, “강제추행에 있어서 폭행, 협박의 정도—법원 2002. 4. 26. 선고 2001도 2417”, 법원판례해설 제41호(2002 상반기))

14) 박찬걸, 앞의글 (이호중, “군형법 제92조의5 추행 죄의 위헌성과 폐지론”, 형사법연구 제23권 제1호(통권 제46호), 한국형사법학회, 2011. 3, 237면.) -오늘날 동성애를 성적 지향의 하나로 인정하는 추세에 비추어 보면 법원의 이와 같은 해석론은 헌법의 평등의 이념에 반하는 것으로 용납하기 어렵다

15) 국가인권위원회법 제2조 제3호는 ‘성적지향’을 평등권 침해의 차별행위의 일종으로 규정하고 있다.

16) 헌법재판소 2002. 6. 27. 선고 2001헌바70 결정 중 재판관 송인준, 재판관 주선회의 반대이견.

① 피해 최소화

군형법 개정을 통하여 추행죄의 법정형을 1년 이하의 징역에서 2년 이하의 징역으로 기존의 형벌보다 2배 상향조정하였기 때문에 이제는 더 이상 구체적인 사안을 고려하여도 선고유예가¹⁷⁾ 불가능하게 되었다. 일부개정 법률안은 공포되기까지 추행죄의 법정형 상향조정과 관련해서는 그 어떤 부연설명이나 논의가 없었고, 개정이유에도 전혀 나타나 있지 않다. 이는 동시에 개정된 군형법상의 다른 조항에서는 그 법정형 조정에 대하여 상세한 개정의 이유를 제시한 점과 비교할 때 확연한 차이를 나타낸다.

‘군무이탈의죄’¹⁸⁾는 그 형태와 동기가 다양하고, 개인의 범죄적 소질보다는 주로 가정환경이나 외부적 요인에 의하여 발생되고 있음에도 불구하고 법정형이 과중한 문제점이 있어 법정형을 하향 조정했고, ‘상관·초병·직무수행자에 대한 폭행치사 및 상관에 대한 중상해’¹⁹⁾ 등에 대하여는 평시에도 사형까지 처벌이 가능하도록 하고 있어 법정형이 과도하므로 법정형 중 사형을 삭제하고, ‘폭행 치사이나 중상해’의 경우 적진 또는 집단의 수괴인 때에는 오히려 각 본조의 법정형보다 경한 경우가 있어 불합리하므로 각 본조보다 가볍게 처벌받지 않도록 조정했고,²⁰⁾ 상관살해죄에 대하여 ‘무조건 사형으로 다스리는 것은 형법체계상의 정당성을 잃은 것으로서 범죄의 중대성에 비하여 심각하게 불균형적인 과중한 형벌’임을 이유로 위헌 결정한 취지를 반영하여 상관살해죄의²¹⁾ 법정형에 무기징역을 추가했다.

개정되기 전 군형법의 ‘계간’은 형법상 강제 추행 또는 위력에 의한 추행죄의 보조적인 기능을 수행해왔다. 2004년부터 2007년까지 4년 동안 육군에서 군형법상의 ‘계간’ 조항이 적용된 176건 중, 4건만이 합의에 의한 동성간 성행위가 문제 된 사건이며(3건 선고유예, 1건 기소유예), 나머지 172건은 강제추행 내지 위력에 의한 추행으로서, 친고죄인 성폭력 처벌조항을 적용하지 못하여 이 조항이 적용된 사례들이다.²²⁾

이러한 합의에 의한 동성간 성행위에 대한 규율은 연평균 1건에 불과한 정도이며 이마저도 선고유예나 기소유예로 처리되는 정도에 불과하다. 이는 실제사태에 있어서 합의에 의한 동성간 성행위는 그 위법성을 실질적으로 인정하기 어렵고 다른 범죄가 친고죄인 반면에 추행죄는 비친고죄라는 소송조건 때문에 그 공백을 대신 한 것이다. 이와 같이 적용 가능한 형벌이 징역형에 불과하여 실제사태에 따라 불합리한 점이 발생 할 수 있다는 것과, 현행 군 징계규정에 의해서도 동성간의 비강제적인 추행을 처벌할 수 있다는

17) 형법 제59조(선고유예의 요건) ① 1년 이하의 징역이나 금고, 자격정지 또는 벌금의 형을 선고할 경우에 제51조의 사항을 참작하여 개전의 정상이 현저한 때에는 그 선고를 유예할 수 있다. 단, 자격정지 이상의 형을 받은 전과가 있는 자에 하여는 예외로 한다.

18) 군무이탈죄의 법정형 하향 조정(제30조 제 1항 제3호),

19) 폭행·협박·상해의 죄에 한 법정형 조정(제49조 제1항 제2호, 제54조 제2호, 제55조 제1항, 제60조 제1항 제2호·제2항)65),

20) 결과적 가중범에 한 평시 사형의 폐지 등 법정형 조정(제52조 제1항 제3호, 제52조의5 제3호, 제52조의6 제3호, 제58조 제1항 제3호, 제58조의6 제3호 및 제60조 제4항 제3호 신설),

21) 상관살해죄에 한 법정형 조정(제53조 제1항)

22) 이경환 “군 내 동성애 행위 처벌에 하여”, 공익과 인권 제5권 제1호, 서울학교 BK21 법학연구단 공익인권법연구센터, 2008.

점, 동성애자의 군입대를 사실상 허용하고 있는 현실에서 이들에 대한 형사처벌을 인정하는 것은 국가의 병역체제시스템에 우선적으로 문제가 있다는 것으로 판단된다.²³⁾

② 기본권 침해

군의 특성상 헌법 제17조가 보장하고 있는 사생활의 비밀과 자유는 제한될 수 있다. 그러나 군인이라는 이유만으로 시간과 장소를 제한하지 않고 사생활의 비밀과 자유를 제한하는 것은 허용될 수 없다²⁴⁾. 사병의 휴가나 외박 등을 통해 행하는 일반적 성생활은 보장되어야 하며, 장교나 부사관의 경우에도 근무시간 외에 이루어지는 일반적인 성생활은 보장되어야 한다. 군인도 일반 국민과 마찬가지로 사생활의 자유를 향유해야 하고 공동생활을 하는 군대의 특성을 고려하더라도 제한될 수 없는 내밀한 영역이 있다고 보아야 할 것이기 때문에 군인이라는 이유만으로 모든 시간과 장소에서의 사생활의 비밀과 자유가 제한되어서는 안 될 것이다. 특히 개인의 성문제는 가장 내밀한 영역에 해당하여 기본권의 핵심에 해당하는데 군형법상 이러한 행위를 처벌 가능하도록 규정한 것은 군인들의 사생활의 비밀과 자유가 침해될 수 있다.

자신의 기본권을 행사함에 형사적 처벌을 받을 수 있어 기본권행사를 못한다면 이 경우 제한되는 사익은 매우 크다고 할 수 있다.²⁵⁾ 이러한 제한을 정당화 하려면 기본권행사으로써 공익침해가 지대하다는 구체적으로 명확하게 입증된 근거가 있어야 한다. 이러한 근거제시 없이 다수의견이 단지 군이라는 공동 사회의 건전한 생활 및 군기의 보호 그리고 국가안보라는 공익을 거론하고 단순히 법익균형성에 반하지 않는다고 말하는 것은 설득력이 없다. 오히려 거꾸로 제한받는 사익이 공익보다 더 큰 것으로 보인다. 개정 전과 마찬가지로 명확성원칙에 반하고, 동성애자군인의 성적자기결정권, 사생활의 비밀과 자유, 평등권 등을 침해하기 때문이다. 분명한 것은 동성애자도 헌법이 허용하지 않는 불이익을 받지 않을 권리가 있고, 국민으로서 헌법이 보장하는 기본권을 모두 향유할 수 있다는 것이다.

4. 동성애자의 관점

1) 성행위 범죄화

변경된 조항에 ‘항문성교’란 유사강간이라는 성폭력행위와 대비되는 동성간의 자율적인 성행위, 남성 동성간의 행위를 지칭한다. 이 조항의 적용대상자인 군인은 강제성 유무와 관계없이 항문성교나 그 밖의 ‘추행’을 하는 경우 징역형에 처하도록 하고 다른 조항들에서는 강간, 강제추행 등 성폭력을 따로 규율하고 있다. 군형법상 ‘추행’죄는 성폭력을 처벌하는 것이 아니라 군인간의 성행위를 범죄화 하는 조항이다. 이 조항은 동성애 성행위를 ‘추한행위’라고 규정한다. 법원과 헌법재판소 역시 이 조항에서 말하는 ‘추행’이란 ‘동성애 성행위 등 객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성도덕관념에

23) 전현희, 추행죄의 “동성애의 법적 고찰”, 시민과 변호사 제83호, 서울지방법번호사회, 2000. -비범죄화를 주장하면서 ‘군 기강을 위하여 동성애 행위를 금지할 필요성이 있다면 동성애자의 군복무를 면제할 것이 필요하다’

24) 노기호, ‘군형법 제92조 추행죄의 위헌성 고찰’ 헌법학연구 제15권제2호, 한국헌법학회 2009. 6.

25) 박승호, ‘미국 헌법상 동성애자의 권리’ 사단법인 미국헌법학회 미국헌법학연구 제22권제2호 2011.

반하는 성만족 행위'라고 해석하고 있다. 동성애가 '혐오감'을 주고, '성 도덕관념'에도 반한다고 하고 있는 것이다.

동성애가 군이라는 공동 사회의 군기를 보호하기 위해 처벌되어야 하는 것, 군기를 위협하는 혐오적인 것이라는 주장은 군기의 핵심인 남성간의 위계질서와 연대감이 동성애 혐오에 기반하고 있다는 것을 보여준다. 군대가 다수의 훈령과 지침을 통해 동성애자 병사를 위한 인권 개선안까지 마련하고 있는 맥락에서 볼 때 이와 같은 '항문성교'에 대한 합헌 결정이 가져온 것은, '군에 동성애자는 있을 수 있되 동성애는 없어야 한다'는 것이다. 군형법은 동성애 행위를 범죄화 하고, 국방부의 훈령 등은 동성애자의 인권을 보호하는 이 같은 모순된 상황, 더구나 추행죄 조항이 그 시간적, 장소적 적용 범위가 특정되지 않기에 군인이라는 신분인 이상 부대내외, 근무시간 내외를 불문하고 동성애라는 행위와 관계가 금지된다는 것을 고려할 때, 이는 동성애자 군인은 동성애라는 성적 실천과는 무관한 규범적인 존재여야 함을 의미하는 것이다. 이와 같은 방식으로 '항문성교'는 군인 남성의 정체성을 이성애적으로 통제할 뿐만 아니라 동성애자 남성은 오직 '남성'으로서만 존재할 것을 요구한다.²⁶⁾

2) 성폭력 유발인자

동성애자를 성폭력의 잠재적 위험인자로 보는 시각은 군 내 일련의 규정뿐만 아니라 추행죄에 대한 위헌소송²⁷⁾ 과정에서도 반복되었다. “상급자가 같은 성적 지향을 가지지 아니한 하급자를 상로 동성애 성행위를 감행할 가능성이 높다”는 헌법재판소의 입법 목적에 대한 설시에서도 드러나듯, 동성애자는 언제든지 상대방을 ‘덮칠’ 수 있는 가능성, 성적 욕구의 과잉으로 인하여 잠재 적인 성폭력 유발 인자로 간주된다. 이와 같이 성폭력의 원인을 성적지향과 성향의 문제로 환원하는 ‘항문성교’와 정신의학적 언어들을 동원하여 동성애를 장애로 규정하며 병리화 시키는 군대 내 정책들은, 강간하는 남성은 정신적, 정서적으로 질병이 있는 사람으로, 보통의 이성애 남성은 강간을 하지 않는다는 신화, 강간은 낮은 존재들에 의해서만 일어난다는 신화를 강화시킨다. 즉, 다수의 이성애 남성 역시 남성에 대한 성폭력의 가해자가 될 수 있음은 은폐²⁸⁾되는 것이다.

3) 성폭력 피해자

동성애자가 성폭력의 피해자가 되는 경우에도 해법은 동성애 규율로 나타난다. 2005년 7월 발생한 동성애자에 대한 성희롱 사건²⁹⁾이 공론화된 직후, 국방부가 내놓은 해결책은

26) 추지현 앞의 글

27) 헌법재판소 2011.3.31선고 2008헌가21. 2차판결 다수의견 중

28) 추지현, ‘강간과 계간 사이’군형법상 “강간과 추행의 죄”의 법담론, 한국여성학 제29권3호 2013.

「정병신체검사등검사규칙」, 「군인사법 시행규칙」의 ‘심신장애등 급표’와 「군혈액관리규칙」등을 통해 동성애를 변태적 성 행위, 성적 성향 ‘장애’로 간주해왔다.

29) 한가람, 군대와 동성애 : 로맨스, 폭력,범죄화, 그리고 시민권 진보평론 제60호 2014 여름호

(한국게이인권운동단체 친구사이 회원사례, 정윙, 「군대 내 동성애자 인권침해 현실과 ‘병영 내 동성애자 관리지침’의 문제, 군대 내 동성애자 차별 철폐 토론회 자료집)

▶ 2006년 2월, 군대에서 동성애자 병사가 자신의 성적체성을 밝힘과 동시에 에이즈 강제검진을 받아야 했고, 성적체성 입증자료로 ‘성관계 사진’ 제출을 강요받은 사건이 발생했다

▶ 2007년 10월24일, 군에 입대해 자대를 배치받은 어느 병사가 선임병, 군 간부에 의해 40여 차례 지속적인

다시 동성애자를 모든 갈등의 중심에 놓는 것이었다. ‘동성애자의 유입과 확산을 차단하고, 인성검사를 통해 동성애 성향 잠재자라로 밝혀지면 보호 및 관심병사로 집중관리하고, 이성애자로의 전환 희망 시 적극지원하고 성에대한 관심을 다른 쪽으로 유도한다.’

이 사건을 계기로 국방부는 ‘부대관리훈령’ 개정을 통해 동성애자에 대한 차별금지를 기본으로 동성애자의 인권문제에 대한 적극적 대응의지를 표명한다. 즉 국방부는 동성애를 성폭력의 잠재적 유발인자로 지목하면서도 다른 한편, 동성애자들이 여성을 사랑하는 남성적 성 역할을 수행하지 않는다는 이유로 이성애자 남성에 의한 성희롱을 포함, 폭력에 노출되어 있음을 인정한다. 비 이성애적 주체에 대한 비하가 만연한 군대문화가 동성애자들을 성폭력의 피해자로 만들고 있음에도 동성애자들을 성폭력과 등치시킨다.³⁰⁾

특히 남성 간 성폭력에서 강간 등의 행위는 이성애자가 남성다움을 잃었다고 여겨지는 동성애자를 성폭력을 통하여 처벌하거나 지배하려는 것이 일반적인 동기³¹⁾로 하여 발생한다. 남성 간 성폭력은 성적욕구나 열정, 욕망 때문이 아니라 피해자를 욕보이고 수치심을 느끼게하고 권력을 행사하기 위한 의도로서 가해지는 것이다

4)이성애 정당화

① 동성애 없는 동성애자 군인, ‘군 기강’을 해하지 않는 ‘진정한 군인’이 되기 위해, 이들은 복무기간 동안 부대내외를 불문하고 ‘음란한’ 동성애를 하지 않는 자기 절제를 강요받는다. 하지만 이성애 군인에게에는 이러한 절제를 끊임없이 입증할 것이 요구되지 않을 뿐더러, 부부군인의 관내 혹은 사병의 휴가 중에서 이성과의 ‘성적 욕구 해소’는 정당화된다³²⁾. 국방부 역시 남성간의 성행위와 달리, 여성·남성 군인간의 성행위는 군기를 해할 위험이 없다는 주장을 통해 이성애적 성욕 해소를 정상화 한다.³³⁾ 남성 동성애자 군인에게 인정되는 정체성은 오로지 동성애적 성적실천과 결부되지 않은 ‘남성 군인’ 밖에 없는 상황에서 이들이 헤게모니적 남성성을 획득하는 방식은 이성애자로 ‘가장(passing)’하거나 이성애적인 성적실천에 동참하는 방식뿐이다. 군대는 성적인 언설들을 통해 남성간의 동맹을 드러내고, 여성에 대한 대상화와 집단적인 성희롱이 남성간의 연대감을 확인하는 하나의 의식이 되는 등 여성을 타자화 함으로써 공고히 되는 공간³⁴⁾이다.

언어·신체적 성희롱·성추행을 당한 사건이 드러났다.

30) 추지현 앞의 글 (한국여성단체연합·한국성폭력상담소 외, 2008; 민주사회를위한변호사모임, 2008; 국가인권위원회, 2010, 2011; 인권단체연석회의, 2008; 군관련성소수자인권침해·차별신고및지원을 위한네트워크, 2008, 2010a, 2010b; 성소수자차별반무지개행동, 2008).

31) 권인숙, 『군 섹슈얼리티 분석: 성욕, 남성성, 동성애 등을 심으로』, 경제와 사회 2009 여름(통권 제82호), 56-62쪽 참조. (한국성폭력상담소.)

32) 헌법재판소 2011. 3. 31. 선고 2008헌 가21 결정 중 -재판관 이동흡의 보충의견에 의하면 추행죄는 어디까지나 군 내부의 건전한 공적 생활을 영위하고, 군 조직 전체의 성적 건강을 유지하기 위하여 제정된 것이며, 이 같은 입법취지 및 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 보호법익은 추행죄의 적용범위를 해석함에 있어서도 가장 중요하게 고려되어야 할 사항이기 때문에, 추행죄가 적용되는 동성간의 성적 행위에는 동성 ‘군인’ 간의 성적 행위만이 포함되고, 동성 ‘민간인’과 의 사적 생활관계에서의 성적 행위는 포함되지 않는다고 한다.

33) 국방부장관 ‘위헌법률심판제청 사건에 대한 의견회신’ 2008.

34) 권인숙 앞의글 .(김현영(2002), “병역의무와 근적 국민정체성의 성별정치학”, 이화여자대학교 여성학과 석사학위논문)

② 육해공 3군 본부가 있는 충남 계룡대에 10년 넘게 유흥주점을 만들고 여성도우미를 이용했던 사건³⁵⁾이 말해주듯 이성애는 군대 밖에서만 허용되는 것은 아니다. 군대가 이성애 남성의 오락과 성행위를 얼마나 적극적으로 인정하는지를 보여준다. 성매매에 대한 관용적 또는 관습적 태도는 최근의 군대문화 변화에도 불구하고 별 차이가 나타나고 있지 않은 것으로 보인다.

③ 2009년 레바논에 파병된 국군 동명부대 관내에서는 남녀장교 두 명이 사무실에서 성관계를 하는 사건이 발생했다³⁶⁾. 합동참모본부 징계위원회는 이를 이유로 해당 장교들에 대해 정직과 감봉의 징계를 내렸다. ‘건전한 생활과 군기’가 필요하다면, 파병부대 내에서 작전 시설 내에서의 이와 같은 지휘관들의 행위는 동성애자 병사의 휴가 중 성관계보다 더욱 ‘군기’에 영향을 크게 미칠 수밖에 없다. 그런데 이성 간의 성행위는 이와 같이 징계로써 규율이 가능한 반면, 동성 간의 성행위는 징역형의 처벌이 가해져야 하는 것이다.

5. 사회학적 관점

1) 강제적 이성애

동성애 혐오와 성폭력의 발생 맥락간의 관계에 대한 설명은 이미 많은 페미니스트들의 ‘강제적 이성애’ ‘이성애주의’에 대한 비판을 통해 시도되어왔다.³⁷⁾ 리치(Rich, 1993)는 이성애 역시 문화적 구성물임을 강조하면서, 이성애를 당연한 것으로 가정하는 것이야말로 가부장제의 토대이자 제도라고 보았다. 그리고 이성애가 물리적으로 뿐만 아니라 의식의 통제를 통해 ‘강제’되고 있다는 것과, 여성들 역시 이를 자연스러운 것으로 받아들인다는 점에서 이것을 ‘강제적 이성애’라고 지칭한다

2) 동성애 공포, 혐오

군기강의 문제는 미군이 흑인병사를 받아들일 때도 여군을 받아들일 때도 항상 반대의 명분으로 사용되었지만 군 기강을 해치는 것은 이들의 존재가 아니라 이들에 대한 차별 관념의 소유자들과 문화다. 실제로 동성애자의 공개적 포함이 군 기강에 문제를 일으킨다는 보고는 통념과는 반대로 나오지 않고 있다³⁸⁾. 왜냐하면 이들을 공개적으로 포함시킨다는 것은 이들을 차별하는 문화에 대한 평가와 반성이 동반되었다는 것을 의미하기 때문이다. 동성애자가 포함되는 경우에 성폭력이나 성행위의 발생 가능성을 명분으로 삼고 있는 경우는 여성군인을 군대에 들일 수 없다는 주장과 다르지 않다. 왜냐하면 군대 안에는 상당수의 이성애 남성이 있고 동성애 반대 논리와 마찬가지로 여성과의 이성애나 성폭력은 더욱 막을 길이 없기 때문이다. 문제는 여성군인이 있는가? 아니면 동성애자가 있는가? 는 군대가 동성애나 여성 차별적, 계급 차별적 관념과 문화를 키우고 그런 문화

35) 권인숙 앞의글 (2007년 2월 6일 MBC 뉴스데스크 김세의 기자의 보도로 알려졌는데 김세의 기자는 불법침입문제로 군사법원에 기소되어 2009년 1월 30일 법원에서 유죄 확정되었다 (오마이뉴스, 2009년 1월 31일).

36) 김광수, 「軍, 해외 파병부대 性문란 사고 '쉬쉬」, (한국일보) 2010. 10. 5.자 .

37) 추지현 앞의글 (버틀러, 2003; Warner, 1999; Rubin, 1993; 이나영, 2009)

38) 권인숙 앞의글 (권석천 기자, “‘군형법’, ‘동성애 처벌 조항’ 헌재에 위헌 제청”, (중앙일보), 2008년 11월 16일.)

에 의존하면서 동반되는 성폭력문화를 극복할 수 있는가이다. 여성을 혐오하고 동성애를 혐오하는 문화를 지지하면서 이들이 존재하면 군 기강을 해할 것이라는 논리는 문제의 원인과 결과를 잘못 판단한 것이다. 동성애 혐오에 영향을 미치는 것은 군의 뿌리 깊은 여성 혐오와 남성성의 경쟁 또는 동맹이다³⁹⁾.

이와 같이 동성애자에 대한 편견과 혐오는 실제로 이성애자들에 의해 저질러지는 성폭력 가해를 무시하고 모든 문제를 동성애자에게로 돌려 자칫 군대내 성폭력의 구조와 원인을 위계질서와 권력의 문제가 아니라 동성애자들만의 문제로 잘못 인식하게 하도록 만들어 문제해결을 더욱 어렵게 한다. 허버트(Herbert, 1998)는 동성애 혐오는 모든 여성과 남성에게 영향을 미치는 성차별주의의 무기라고 규정한다. 남성의 여성화를 수치로 여기는 집단에서 동성애는 가장 치욕스러운 일로 여겨진다는 것이다.

6. 동성애에 대한 국제적 관점

동성애를 위협시키는 각종 추측과는 달리 커밍아웃한 동성애자들이 군대의 입대 금지를 해제한 프랑스, 네덜란드, 덴마크 등 14개국에 대한 미국회계감사원 재무국(US General Accounting Office)의 조사에 의하면 이 나라에서 추가적인 특별 한 문제가 발생하지 않았다(Goldstein, 2001: 377). 이스라엘과 같은 징병제 국가에 서도 1993년 이후 어떤 식의 동성애자에 대한 제재도 금지하고 있으며 동성애자를 포함하는 것을 군대 업무 진행에 효과적으로 보고 있다고 평하고 있다.

1) ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약’

제17조의1에는 어느 누구도 그의 사생활, 가정, 주거 또는 통신에 대하여 자의적이거나 불법적인 간섭을 받거나 또는 그의 명예와 신용에 대한 불법적인 비난을 받지 아니한다. 제2조의1. 이 규약의 각 당사국은 자국의 영토 내에 있으며, 그 관할권 하에 있는 모든 개인에 대하여 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등에 의한 어떠한 종류의 차별도 없이 이 규약에서 인정되는 권리들을 존중하고 확보할 것을 약속한다. 고 규정하고 있다. 따라서 동성애를 처벌하는 군형법상 추행죄는 이 규약에 위반된다⁴⁰⁾.

2) ‘성적지향 성별정체성에 근거한 폭력과 인권침해 근절’ 공동 선언

2011년 3월 22일 제16차 정기유엔인권이사회는 보편적 인권과 반차별 원칙에 관한 비엔나 선언과 행동강령의 시행과 후속조치에 관한 논의를 진행하였는데 이날 회의에서 성적지향과 성정체성에 근거한 폭력과 인권침해 근절을 골자로 한 성명서가 85개국이라는 기록적인 지지를 받으며 제출되었다. 이와 관련한 성명서는 지난 2006년과 2008년 유엔총회에서 각각 54개국, 66개국의 지지를 받았고 2006년 단 한차례 지지를 보낸 한

39) 권인숙, ‘군대 섹슈얼리티 분석’ 성욕, 남성성, 동성애등을 중심으로, 경제와사회 2009여름호(제82호)

40) 윤상민, ‘군형법상 성범죄 규정의 문제점과 개정방향’ 원광법학 제28권 제4호.2012.

-우리나라도 가입하여 1990.7.10부터 적용되고 있다.

국 정부는 군대내 동성 성관계 위헌심판 제청건과 성적체성과 관련한 양심적 병역거부 등 특별히 민감한 한국적 상황을 의식한 듯 이날 공동성명서에 서명하지 않았다⁴¹⁾. 우리나라는 동성애 비범죄화를 촉구하는 내용이 들어있다는 점과 관련해서 군형법상 ‘추행’죄를 이유로 서명을 거부하였다고 알려지는데 이 조항의 존재는 국제 인권영역에서 한국 정부가 성적지향 성별정체성 관련 인권을 옹호하는 데 있어 장애물로 작동한다.

3) 국가인권위원회법 등 동성애 차별금지법.

▶ 제2조 3항 성적지향에 의한 차별금지, 형의 집행 및 수용자 처우의 관한 법률, 군의 형의 집행 및 수용자 처우에 관한 법률 등 국내법 3곳에는 '성적지향에 의한 차별금지'가 명시되어 있다. ▶ 2002년 만들어진 법무부훈령 '인권수사준칙'에도 '성적지향에 의한 차별금지'가 명시되어 있으며, ▶ 2004년 '청소년보호법 시행령'에서 '동성애를 유해한 것으로 취급해 정보의 생산과 유포를 규제하는 경우 성적 소수자인 동성애자들의 인격권·행복추구권에 속하는 성적 자기결정권 및 알권리 등 헌법상 기본권을 제한할 우려가 있다는 견해도 있으나 청소년들에게 성적 자기정체성에 대한 진지한 성찰의 계기를 제공하는 것이 아니라 성적 상상이나 호기심을 조장하는 부작용을 야기해 인격형성에 지장을 초래할 우려 역시 부정할 수 없다'고 판시하여 청소년보호법 유해매체물 기준에서 동성애가 삭제⁴²⁾되기도 했다.

4) 대법원

‘동성애에 관하여는 이를 이성애와 같은 정상적인 성적 지향의 하나로 보아야 한다는 주장이 있고, 사회적인 분위기 역시 동성애를 비롯한 성적 소수자에 대한 이해와 관심이 높아져 가고 있으며, 동성애를 유해한 것으로 취급하여 그에 관한 정보의 생산과 유포를 규제하는 경우 성적 소수자인 동성애자들의 인격권·행복추구권에 속하는 성적 자기결정권 및 알 권리, 표현의 자유, 평등권 등 헌법상 기본권을 지나치게 제한할 우려가 있다’고 판단하기도 했다.

5) 이명박 · 박근혜 대통령

이명박 정부는 2012년 "'성적지향에 의한 차별금지' 등 동성애, 양성애, 이성애를 구분하고 대한민국 국민이라면 해당 조항이 명시된 국가인권위원회법등 법률을 준수해야 한다" 하고 박근혜대통령은 지난 2007년 중앙일보와의 인터뷰에서 ‘동성애를 개인의 취향으로 존중해야 한다.’고 밝힌바 있다.⁴³⁾

6) 동성애자 군복무 허용 국가

▶ 동성애자의 군복무를 허용하는 국가 중 징병제 국가 : 오스트리아, 덴마크, 독일, 이스라엘, 스위스, 태국, 대만 등이 있고 ▶ 모병제 국가는 미국, 호주, 캐나다, 프랑스, 네덜

41) 유엔인권정책센터 2011. 4. 11.

42) 법률신문 2007. 6. 28. 동성애 사이트 ‘엑스존’ 유해매체물 결정은 정당 [2004두619] ‘동성애의 조장’을 청소년유해매체물 해당 여부의 심의사유로 정한 구 청소년보호법시행령 규정의 위헌·위법 여부

43) 신문고뉴스 2014 .5. 12.

란드, 영국 등이 있다. ▶ 동성애자 군복무 금지 국가 징병제 : 브라질, 이집트 헝가리, 이란, 이탈리아, 북한, 포르투갈, 사우디, 베네수엘라⁴⁴⁾

① 미국은 1960년대까지 모든 주가 이성 및 동성간의 구강·항문성교를 금지하는 소도미(sodomy) 법을 시행하고 있었고, 1980년대에 합의에 의한 소도미가 허용되는지, 동성애자의 군입대가 허용되는지 등과 같은 구체적인 문제가 거론되었고 2003년 Lawrence 사건에서 소도미를 처벌하는 것은 수정헌법 제14조의 적법절차 조항에 위반되어 위헌이라고 판시하였다. 이후 동성애에 상대적으로 우호적인 클린턴 행정부가 집권하면서 '묻지도 답하지도 말라'는 (Don't Ask, Don't Tell) DADT 정책을 채택하여 동성애자 군인이라도 자신의 성적 지향을 공개적으로 밝히지 않으면 복무할 수 있고, 지휘관은 부하의 성적 지향을 공개적으로 물을 수 없다는 정책을 유지하다가 오바마 행정부는 2011. 9. 20일자로 DADT 정책을 폐지했다.⁴⁵⁾

② 영국의 군법 The Army Act 1955 및 이를 개정한 The Armd Forces Act 2006에는 제88조의 2에서 강간죄를 처벌하는 규정 외에 추행에 관한 규정은 없다.⁴⁶⁾

③ 프랑스와 독일의 경우 군형법은 순정군사법 중심으로 규정되어있어 군이라는 특수한 집단생활에 동참할 수 있는지 여부를 기준으로 전문가 상담을 통해 복무부적합 판정을 하고 있고 성범죄는 아예 포함되어 있지 않다.

④ 캐나다와 호주는 1992년에 각각 동성애자의 군복무 금지정책을 폐지하였고,

⑤ 이스라엘은 1993년에 동성애자의 군복무 금지정책을 폐지하였으며,

⑥ 대만은 동성애자의 군복무를 금지시키는 정책이나 규정이 없었다.

⑦ 일본은 군형법에 제882조의2에서 강간죄를 처벌하는 규정 외에 추행에 관한 규정은 없다.⁴⁷⁾

II 결론

동성애의 역사를 조사하려고 하니 문화적, 사회적, 역사적으로 방대한 자료가 있었다. 그래서 동성애에 대한 시각의 변화를 중심으로 역사적 사건에 초점을 두는 것을 목표로 하고 자료 수집을 시작하였다. 마치 현대에 나타난 질병같이 동성애는 최근에 자주 우리 앞에 등장한다. 하지만 마치 없을 것 같았던 부모님 세대에도 동성애가 있었다는 것에 우리는 단지 과거보다 부드러워진 동성애에 대한 시각이 동성애자들을 음지에서 양지로 끌어냈다는 결론을 내리고 과거부터 현재까지 동성애에 대한 시대적 인식을 알아보는 계기가 되었다.

군형법 제92조의6 조항은 ‘남성군인 간 성폭력’과 ‘동성애’라는 이질적인 성격의 두 행위가 하나의 범조항을 통해 규율가능하게 되면서 구성요건과 보호법익에 대한 법률 해석

44) 정연주 앞의 글.

45) 조국, ‘군형법 92조의5 제간·그밖의 추행죄 비판-군인간 합의동성애 형사처벌의 당부. 형사법연구 제23권제4호 한국 형사법학회, 2011. (정연주 2010)

46) 윤상민, ‘군형법상 성범죄 규정의 문제점과 개정방향’ 원광법학 제28권 제4호, 2012.

47) 윤상민, 앞의 글

의 모호함이 발생하고, 그 근본적인 차이를 해석하기 위한 문제점은 ‘강제성’과 ‘공연성’에서 찾아야한다.

강제성 : 남성군인 간 성폭력은 위계적 질서가 강한 계급사회에서 주로 발생하므로 강제성 여부가 중요하다. 구체적인 폭행이나 협박이 없더라도 피해자들이 저항을 쉽게 할 수 없고, 가해자와 피해자가 지속적으로 동일한 공간에서 집단생활을 유지해야 한다는 군조 직이라는 특수성을 배제할 수 없다. 이 경우 형법상 강제추행죄에서 요구하는 폭행 또는 협박의 강제성의 정도를 기다렸다가 개입할 경우에는⁴⁸⁾ 적절한 피해자보호가 될 수 없기 때문에 강제성의 범위를 확장하여 위계 또는 위력을 이용한 추행행위로 한정하는 것이 타당하다. 그러므로 추행죄의 구성요건을 ‘그 밖의 추행’에서 ‘위계 또는 위력을 이용하여 추행’한 경우로 개정해야만 강제성 여부로 인한 ‘합의에 의한 동성간 추행’을 처벌하는 것을 막을 수 있다.

공연성 : 공연성이 없이 합의에 의한 행위를 형사적 처벌하는 경우는 동성애자의 ‘성적 자기결정권’ ‘사생활의 비밀과 자유’ ‘평등권’을 침해하는 것이다. 성적 자기결정권의 행사는 원칙적으로 개인의 인격권의 영역에 속하는 것이기 때문에 그것이 외부에 표출되어 명백히 해악을 끼치는 경우에만 법률로써 규제할 수 있다고 해야 한다⁴⁹⁾. 강제에 의하지 않고 상호간에 은밀하게 행해짐으로써 타인의 혐오감을 직접 야기하지 않는 행위까지 처벌하는 것은 입법목적을 달성함에 필요한 정도를 넘어선 것이다. 이성 군인간의 비강제적인 성적 행동이 문제될 경우에는 주로 징계처벌로 규율할 수 있다는 점에서 입법 목적을 실현하기 위해 반드시 형사처벌이 필요하다고는 볼 수 없다. 이러한 행위가 지속적으로 부대에 영향을 미치는 경우에는 현역복무부적합처리를⁵⁰⁾ 통하여 해결할 수 있다. 다른 제재수단을 통해 입법목적을 달성 할 수 있다면 형벌조항을 삭제하는 것이 바람직하다.

인권 : 동성애자의 인권은 존중하지만 동성애자의 모든 성행위는 불인정이라는 모순적 규범이 말해주듯이 군대는 인권이란 차원에서 동성애를 보호하려 하지만 기본적으로 두려워하거나 혐오 또는 배척한다. 동성애자에 관한 규정은 「징병신체검사등 검사규칙」이나 「군인사법시행령」에는 ‘성 선호도장애’, ‘성 주체성장애’ ‘변태성벽자’에 대한 규정이 있어 동성애 등을 포함 성 소수자들을 일종의 장애 내지는 변태로 보고 있다. 그들은 입대와 동시에 가부장적인 남성중심 이성애주의자들에 의한 동성애 공포와 혐오적인 문화 속에서 이성애자로 가장하거나 동참하지 않으면, 동성애자라는 이유로 ▶잠재적 성폭력

48) 이경환, “군 내 동성애 행위 처벌에 하여”, 공익과 인권 제5권 제1호, 서울학교 BK21 법학연구단 공익인권법연구센터, 2008.

49) 박안서, “2009개정 군형법의 주요내용과 문제점” 형사정책연구 제22권4호, 한국형사정책연구원.2011

50) 노기호, “군형법 제92조 ‘추행죄’의 위헌성 고찰: 육군 제22사단 보통군사법원 2008.

▶간부의 경우 군인사법 시행규칙 제56조는 현역복무 부적합자 기준으로 총 18가지를 규정하고 있는데, 이 중 ① 사생활이 방종하여 근무에 지장을 초래하거나 군의 위신을 손상하게 하는 자, ② 변태적 성벽자, ③ 축첩행위자 등이 이에 해당할 수 있다. ▶병사의 경우 병역법 제65 조 병역처분변경 등(① 현역병 ... 으로서 제1호에 해당하는 사람에 하여는 신체검사를 거쳐 보충역 편입·제2국민역 편입 또는 병역면제 처분을 할 수 있 ... 다. 1. 전상·공상·질병 또는 심신장애로 인하여 병역을 감당할 수 없는 사람(이하 생략))에 따라 병역변경처분을 받는다.

유발인자로 찍히고, ▶사회유해성 있는 비정상적인 행위를 하는 범죄자가 되며, ▶이성애자에 의한 성희롱과 성폭력의 피해자가 될 수도 있다. 폐쇄적인 단체생활로 인해 모든 사람들이 성욕을 느낀다고 해서 성폭력범이 되는 것이 아닌 것처럼 모든 동성애자들이 하급자에 대한 성폭력을 행사하는 것도 아니다.

킨제이(Alfred Charles Kinsey 1948)보고서에 의하면 성인남성 37%가 동성애 경험이 있고, 13%는 일생에 3년은 동성애에 빠진다고, 동성애는 인간의 본성이고 속성이라고 한다. ▶청소년의 동성애에 대한 사이버상담건수가 2005년 112건에서 2008년 257건으로 증가했다.⁵¹⁾ ▶유명 연예인들이 커밍아웃을 하거나 동성결혼식을 올리고 ▶보수적인 도시 대구에서 제6회 퀴어문화축제⁵²⁾도 열렸다.

나와 ‘다르다’고 해서 틀린 것은 아니다. 우리나라도 동성애를 적대적으로 보던 편견에서 벗어나 성적 지향이 다름을 이유로 고용 등에서 차별하는 것을 평등권 침해로 인정하고 있다. 성적취향은 일단 획득되면 대부분은 변하지 않는다. 비록 변화할 수 있는 방법이 있다하여도, 어려운 외상적인 치료의 가능성이 존재한다는 사실만으로 성적 취향을 변화하는 것으로 볼 수는 없다. 사회적, 경제적, 정치적인 압력이나 부담 때문에 동성애적 취향을 가진 사람들은 그 사실을 감추게 되고 동성연애에 대해 우호적인 입법제정을 지지하지 못함으로서 정치적 절차를 활용하지 못하고 있다. 사회적, 문화적, 종교적 차원에서 동성애를 바라보는 시각이나 이를 받아들이는데 많은 어려움은 있겠지만, 마지막으로 사회에 바라는 바를 얘기 한다면, 동성애적 사랑의 표현을 ‘비정상적인 성적 만족행위’로만 보지 말고, 이성애자의 이성적인 관계와 같은 눈높이로 바라본다면 사회적 시선 또한 거부감 없이 모두가 행복해지는 아름다운 사회가 되지 않을까?

이 문제는 또다시 헌법재판소에 제기될 것으로 예상되고 헌법재판소도 계속 합헌결정을 내리기는 어려울 것이다. 분명한 것은 동성애자라는 이유로 헌법이 허용하지 않는 불이익이 가해지는 일은 없어야 할 것이다.

51) 이영선, 권보민, 이동훈 ‘청소년의 동성애 경험, 성의식, 동성애 혐오, 우울의 관계’ 한국재활심리학회

52) 국민일보 2014. 6.29. 29일 대구퀴어문화축제·기독교 행사 동시에 열려... 행사장 곳곳서 마찰

대구=최일영기자 . -대구지방경찰청 등에 따르면 지난 28일 오후 2시부터 대구 중구 2·28기념공원에서 대구 퀴어문화축제가 열렸다. 행사장에는 퀴어문화축제를 알리는 부스가 마련됐으며, 전국에서 모인 성 소수자 단체와 시민단체 회원, 시민 등 400여명이 참여했다.

[참고문헌]

- 최정학, 최관호 ‘형법각론 방송대출판문화원. 2012.
- 김일수, 서보학 ‘형법각론’ (제7판) 박영사, 2009.
- 권인숙, ‘군대 섹슈얼리티 분석’ 성욕, 남성성, 동성애등을 중심으로, 경제와사회 2009여름호(제82호)
- 노기호, “군형법 제92조 ‘추행죄’의 위헌성 고찰: 육군 제22사단 보통군사법원 2008.
- 박승호, ‘미국 헌법상 동성애자의 권리’ 사단법인 미국헌법학회 미국헌법학연구 제22권제2 호 2011.
- 박안서, ‘2009개정 군형법의 주요내용과 문제점’ 형사정책연구 제22권4호. 한국형사정책연구원.2011
- 박찬걸, ‘군형법상 추행죄의 문제점과 개선방향, 한양법학 제22권제3호 한양법학회 2011.8.
- 이경환, “군 내 동성애 행위 처벌에 하여”, 공익과 인권 제5권 제1호, 서울학교 BK21 법 학연구단 공익인권법연구센터, 2008.
- 이영선, 권보민, 이동훈. ‘청소년의 동성애 경험, 성의식, 동성애 혐오, 우울의 관계’ 한국재 활심리학회
- 윤상민, ‘군형법상 성범죄 규정의 문제점과 개정방향’ 원광법학 제28권 제4호.2012.
- 전현희, 추행죄의 “동성애의 법적 고찰”, 시민과 변호사 제83호, 서울지방변호사회, 2000.
- 정율, 한국게이인권운동단체 친구사이 회원사례, 「군대 내 동성애자 인권침해 실과 ‘병 내 동성애자리지침’의 문제», 군 내 동성애자 차별 철폐 토론회 자료집
- 정연주, 공법학연구 제12권제2호 2010. ‘군형법상 추행죄의 헌법적 문제’
- 조국, ‘군형법 92조의5 계간·그밖의 추행죄 비판-군인간 합의동성애 형사처벌의 당부. 형사 법연구 제23권제4호 한국형사법학회,2011.
- 추지현, ‘강간과 계간 사이’군형법상 “강간과 추행의 죄”의 법담론, 한국여성학 제29권3호 2013.
- 한가람, ‘군대와 동성애 : 로맨스, 폭력,범죄화, 그리고 시민권’.진보평론 제60호 2014여름호
- 국민일보 2014. 6.29. 대구퀴어문화축제·기독교 행사 동시에 열려… 행사장 곳곳서 마찰
대구=최일영 기자
- 신문고뉴스 2014. 5. 12. 박근혜 정부 "대한민국은 법으로 동성애 차별 금지하는 국가"
법무부 통해 밝혀…정부의 공식입장이라도 봐도 좋다
- 법률신문 2007. 6. 28 동성애 사이트 ‘엑스존’ 유해매체물 결정은 정당
- 한국일보 2010.10.5. 김광수, 「軍 , 해외 파병부대 性문란 사고 '쉬쉬」
- 유엔인권정책센터 2011. 4. 11.
- 국방부장관 ‘위헌법률심판제청 사건에 대한 의견회신’ 2008.

군형법 제92조의6, 동성애 처벌규정의 폐지에 찬성한다!

팀 명 : 돌파전진
대구경북지역대학 법학과
지대성 201321-121264
채예지 201321-121235
심재철 201321-121278
박미경 201321-121750

목 차

I. 서론

1. 군형법 제92조 6의 규정
 - 1) 군형법 제92조의 6의 내용
 - 2) 군형법 제92조이 6의 효과

II. 본론

1. “군형법 제92조의6의 문제점과 법적 쟁점”은 무엇인가?
2. “군형법 제92조의6의 헌법의 국민 기본권을 침해하는가?”
 - 1) ‘병영 내 동성애자 병사는 평등하게 취급되어야 하며, 동성애 성향을 지녔다는 이유로 차별받지 아니한다.
3. 사례

III. 결론

< 참고문헌 >

I. 서 론

1. “군형법 제92조 6의 규정

1) 내용: 군대 안에서 '동성 간 성행위'(동성애)에 대한 처벌 규정

(1) 군형법 제92조의 6의 내용

군형법 개정안에는 '군인, 군무원, 예비역·보충역·제2국민역인 군인 등을 상대로 항문성교나 그 밖의 추행을 한 사람은 2년 이하의 징역에 처 한다'는 내용이다.

"현행 군형법은 강제성과 공연성이 없는 성행위 일반은 처벌하지 않고 있는 반면 제92조의6 추행죄를 통해 강제성과 공연성이 없는 동성간 성행위만은 처벌하고 있다."

(2) 군형법 제92조이 6의 효과

"이에 따라 군대 내 이성간 성행위로 성 군기를 훼손할 경우에는 징계를 통해 규율하는데 그치는 반면 동성 간 성행위를 한 경우에는 2년 이하의 징역에 처하는 등 헌법상 평등원칙을 어기고 있다." 군대 안에서 성소수자(동성애자) 인권침해·차별 사회적 편견에 기대 동성애 혐오를 유지·강화하고 개인의 성적 자기결정권과 사생활의 자유, 평등권을 심각하게 침해하는 규정으로 생각된다.

군대 내 성소수자 인권을 고려한 합리적이고 상식적인 군형법 개정이 반드시 이뤄져야 한다.

II. 본 론

1. “군형법 제92조의6의 문제점과 법적 쟁점”은 무엇인가?

이미 군형법 안에는 동성 간의 합의되지 않은 성관계에 의한 조항이 있음에도 불구하고, 2013년 성폭력 관련 규정이 개정되면서 군형법 개정의 필요성이 제기됐다. 민주당의 김광진 의원과 남인순 의원, 그리고 새누리당 권성동 의원이 차례로 군형법일부 개정안을 제출했다.

세 의원은 모두 군형법에 포함된 ‘계간’ 조항이 동성애자를 비하하는 표현이므로 삭제해야 한다는 데에는 의견을 같이 했지만 남인순 의원안을 제외하고 합의에 의한 성적 접촉도 처벌할 수 있는 추행 조항을 그대로 남겨두는 모순적인 안들이 제출했다.

남인순 의원은 추행조항 앞에 ‘그 의사에 반하여’라는 조항을 삽입함으로써 합의에 의한 성적행위를 처벌대상에서 제외하려 했다. 하지만 2013년 3월 5일 국회는 국방부 의견을 받아들여 계간을 좀 더 직접적인 표현인 ‘항문성교’로 바꾼 군형법일부개정안을 통과시켰다.

이는 군형법 추행죄를 유지하고 동성애자들을 기만하는 행위였다. 추행이라는 모호한 표현은 흔히 ‘성추행’을 떠올리지만, 군형법에는 이미 성폭력을 처벌하는 조항들이 존재

한다. 추행죄는 동성애를 처벌하기 위한 조항인 것이다.

그리고 지난 4월 이러한 추행죄의 본질을 드러낸 사건이 있었다. 민주통합당 민홍철 의원이 군형법을 다시 한 번 개악하려고 한 것이다.

추행죄를 동성 간 간음죄로 개정해 군형법 제92조의6이 합의에 의한 동성 간 성행위 처벌법임을 명확히 하자는 것이었다.

군형법 개악 안이 상정되는 것 자체가 문제라고 생각한 성소수자들은 민주통합당 앞에서 긴급 기자회견을 개최했고 하루만에 108개 단체 및 모임, 1,537명의 개인이 연서명한 기자회견문을 발표할 수 있을 정도로 성소수자들의 분노는 엄청났다.

민홍철 의원의 개정안을 통해 분명히 드러났듯이, 군형법 제92조의6은 반 인권적이고 차별적인 동성애 처벌법이다.

본질은 국방부 부대관리훈령 ‘병영 내 동성애자 병사는 평등하게 취급되어야 하며, 동성애 성향을 지녔다는 이유로 차별받지 아니한다.’의 내용과도 모순되는, 호모포비아라고 할 수 있다.

친고죄가 폐지되며, 성폭력범죄를 비 친고 죄화 하던 군 형법상 추행죄는 (강제성과 공연성이 없는) 동성간 성적행위만을 처벌하는 법안으로 성격이 분명해졌다.(동성 군인 간 성폭력은 성폭력범죄를 처벌하는 다른 법조항으로 처벌할 수 있다.)

강제성과 공연성이 없는 ‘항문성교나 그 밖의 추행’을 징역형으로 처벌하는 군 형법상 추행죄를 폐지하기 위해 현행 법조항은 무엇이 ‘추행’인지, 즉 강제추행 등이 포함되는지가 불명확하고, 이성간 또는 여성 간에도 적용되는지가 불분명하며, 근무시간이 아닌 때 근무 장소가 아닌 곳에서 타 부대의 군인 간에 발생한 성적행위도 처벌할 것인지가 모두 불명확하고 포괄적이다.

결과적으로 ‘군의 전투력 보존에 위해가 발생’한다는 근거는 제시되지 못한 채 성소수자 군인의 성적 자기결정권과 평등권을 과도하게 침해하는 결과가 되고 있다.

성소수자 군인은 군 형법상 추행죄에 의해 ‘잠재적 성폭력 가해자’로 여겨지고 있다. ‘이성애자로의 전환 희망 시 적극 지원하고, 체육 활동을 통해서 성에 대한 관심을 다른 쪽으로 유도한다.’는 병영 내 동성애자 관리지침을 보면 군대가 성소수자를 보호/관리하는 동시에 차별하고, 과잉 성애 화하고 있음이 명확해진다.

이성간 성폭력의 경우 피해자의 저항여부를 문제 삼으며 추궁한다면, 동성 간 성폭력은 동성애를 호출한다고 비판했다. 심지어 성폭력피해를 입은 동성애자가 ‘성폭력이 성적 욕망에 기인한 것이라는 통념’ 때문에 성폭력피해를 부정당하고, 성폭력가해자와 같은 군 형법상 추행죄로 형사처벌 될 수도 있는 상황이다.

이성 군인 간 성폭력은 개인들 간의 문제로 사소화 해왔으면서도 동성 간 합의된 성적 행위만은 강력한 형사처벌을 적용하고 있다면 이때 국방부가 지키고자 하는 ‘군대라는

성적 가정과 성적 군기', '올바른 가치관과 성적 개념'은 무엇일지, 또한 국방부가 성소수자 군인을 '차별받는 사회적 소수자로서는 존재가 가능하지만, 성적 실천과 관련되어서는 불가능한 존재'로 만들고 있다면 이때 활동의 전략은 무엇이어야 할지 의문이 아닐 수 없다.

군 형법상 추행죄 폐지활동은 군대가 만들어내거나 강화하고 있는 규범이다.

군 형법상 추행죄가 특정 연령대, 특정 정체성의 집단을 넘어 전체 성소수자에게 긍정적이지 않은 영향을 미치고 있다고 지적하고 싶다.

한국사회에서 군대가 갖는 영향력이 큰 점, 헌법재판소가 '객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 성적 만족행위'로 동성 간 성적행위를 판단한 점 등을 고려한다면 군 형법상 추행죄가 반드시 폐지되어야 한다.

"군 동성애 합법화 법안에 반대 한다" "군에서의 동성애는 우리나라를 동성애 나라로 만드는 것" "자식들이 군대에서 항문섹스하고 에이즈 걸리는 꼴 보고 싶냐"는 의견까지. 여기서 다 열거할 수 없을 만큼 반대 의견이 만만치 않았다. 왜 이 법이 폐지되어야 하는지 법안 '제안 이유나 주요 내용'을 단 한 줄이라도 읽어봤나 하는 생각이 들 정도로 너무나 일관된 반대의견들이다.

군형법 제92조의 6은 '군인 또는 준 군인'에 대하여 항문성교나 그 밖의 추행을 하는 경우 2년 이하의 징역으로 형사 처벌하는 조항이다. 헌법재판소에 위헌법률심판이 신청된 적은 있었지만 폐지안이 국회에 상정된 적은 이번이 처음이라 내심 반기고 있다고 한다. 하지만 첫 입법 발의가 무색할 정도로 많은 분들이 군형법 제92조의 6이 폐지되면 더 이상 군대에서 동성 간 성추행 사건이 발생해도 처벌하지 못하게 되는 것 아니냐는 우려를 쏟아내고 있다.

더 나아가 군대에서 동성애가 만연해져 군 기강이 흔들리게 될 것이라는 주장도 들리고, 동성애가 허용된 군대에 아들을 보낼 수 없다는 어머니들의 외침도 만만치 않다. 유감스럽게도 법안이 발의된 다음날 대구의 한 육군부대에서 선임병이 후임병 14명을 성추행한 사건(아래 육군부대 성추행 사건)이 보도되다 보니 법안의 문제점을 잘 모르는 사람들의 경우 군형법 제92조의 6법안 폐지에 대한 오해가 더 많아졌다.

무엇이 두려워서 이렇게 반대하나요?

정말 군형법 제92조의 6이 폐지되면 이번 육군부대 성추행 사건처럼 군대에서 발생하는 성폭력 문제를 해결할 수 없는 것일까요? 결론부터 말하자면 지금처럼 충분히 처벌할 수 있다.

군형법 제92조의 6을 제외하더라도 다른 군형법 조항에 의거해 강간(군형법 제92조), 유사강간(군형법 제92조의 2), 강제추행(군형법 제92조의 3), 준강간, 준강제추행(군형법 제92조의 4), 미수범(군형법 제92조의 5)까지 처벌이 가능합니다. 그 외 일반형법이나 성폭력 관련법으로도 가능하다. 이번에 발생한 육군부대 성추행 사건은 군형법 제92조

의 6이 적용된 사례가 아니다. '추행'이라는 표현 때문에 많은 혼란을 주고 있지만 군형법 제92조의 6은 결국 합의에 의한 동성 간 성행위를 처벌하겠다는 의지를 표현하고 있는 것이다.

또 하나의 오해는 저처럼 군형법 제92조의 6 폐지를 주장하는 사람들이 마치 군대 내 성폭력 문제를 안일하게 바라보고 있다고 생각하는 것이다. 가재는 게 편이라는 생각 때문일까요? 하지만 동성 간 성폭력 가해자가 동성애자여서 관대한 처벌을 받을 것이라는 추측은 사실과 다르다. 오히려 동성애자들이 잠재적 성폭력 가해자일 것이라고 판단하는 게 문제이다.

2. “군형법 제92조의6의 헌법의 국민 기본권을 침해하는가?”

1) ‘병영 내 동성애자 병사는 평등하게 취급되어야 하며, 동성애 성향을 지녔다는 이유로 차별받지 아니한다.

후임병 14명을 성추행한 가해 사병이 동성애가 정신질환이기 때문에 형량을 적게 받았다는 지적이 있다. 이게 사실이라면 동성 간 성폭력 문제와 동성애자라는 사실을 별미로 형량을 적게 받은 경우를 명확히 구분해 판단해야 한다. 덧붙여 동성애가 정신질환이라는 주장에 형량을 낮춘 군사법원의 결정 또한 비판받아 마땅하다고 생각한다.

핵심은 가해사병이 동성애자라는 사실이 아니라 '동성 간 성폭력 가해자'라는 사실이다. 이 사건은 분명 군형법 제92조의 6 폐지와 구분해서 판단해야 한다. 왜냐하면, 군대 내 성폭력 문제와 군형법 제92조의 6은 아무 연관이 없기 때문이다.

2010년 10월 레바논에 파병된 국군 동명부대 내에서 성행위를 하다 적발된 남녀 장교가 각각 정직, 감봉의 징계를 받았다는 보도가 나온 적이 있다. 해외파병부대였고 충분히 군 전투력을 위협할 수 있는 상황이었음에도, 이성 간이었기에 군 인사법상 징계처벌을 받은 것이다.

군형법 제92조의 6을 통해 확인할 수 있는 것은 합의에 의한 동성 간 성행위를 범죄로 규정하고 있고 2년 이하의 형사처벌을 하고 있다는 사실이다. 여기서 '합의에 의한 관계'가 동성 간이라고 해서 꼭 형벌로 처벌해야 하는지 의문이다. 합의에 의한 것이라면 이성 간이든 동성 간이든 징계로도 충분하지 않을까요? 동성 간 성행위를 비정상적으로 바라보는 차별적인 시선과 혐오 때문에 '헌법 상 규정된 평등'이라는 말을 잊은 건 아닌지 다시 한 번 생각해봤으면 좋겠습니다.

마지막으로 군형법 제92조의 6이 폐지되면 군대 내 동성애(행위)가 허용되고 만연할 것이라는 우려에 대해 생각해보자. 이 답은 사실 국방부가 해야 할 것 같다. 한국은 법령상 동성애자 군 복무를 금지하고 있지 않다. 오히려 '부대관리훈령'에서는 동성애자 사병의 인권을 보호하고 다른 병사들과 동등하게 군 복무할 수 있도록 제반여건을 보장해야

한다고 명시하고 있다. 이것은 지금도 꽤 많은 수의 동성애자들이 군복무를 하고 있다는 의미다.

군형법 제92조의 6이 폐지된다고 하더라도 합의에 의한 관계든 성폭력, 성추행에 의한 관계든 징계별 이상으로 강력히 처벌하고 있는 상황에서 과연 동성애 행위가 만연할 것인지 저는 잘 모르겠다. 오히려 동성애에 대해 차별적이고 혐오적인 군대 문화에서 동성애자 사병들은 더 자신을 숨겨야 하는데 군형법 제92조의 6 하나 폐지된다고 한들 군대가 동성애자들의 천국처럼 될 것이라고 말하는 건 조금 지나친 생각이다.

인권이 보장되는 군대에서 사건사고가 일어날 확률은 보다 덜 할 것이다. 군형법 제92조의 6 폐지는 인권이 보장되는 길로 한 걸음 나아가는 것이기에 인권지향적인 군 문화를 만들어 가는데 도움이 되면 되었지, 동성애(행위)가 만연해지거나 군 기강을 위협할 일은 없을 것이다.

군형법 제92조의 6 폐지가 두렵다고요?

모든 부모님들이 그렇겠지만, 저 역시 군 입대를 앞둔 아들의 모습을 안타깝게 쳐다봤던 부모님의 표정을 지금도 잊을 수 없다. 군 복무를 마치고 건강하게 돌아오는 것만으로도 효도라는 말이 있다. 이 말 속에는 혹시 군 복무 중에 사고가 나지 않을까 하는 걱정, 우려가 함께 포함되어 있다.

군형법 제92조의 6이 폐지되면 아들을 군대에 절대 보낼 수 없다 라는 어머니들을 종종 본다. 무사전역으로 효도해야 할 아들이 군대에서 어떤 일을 당할지 모른다는 두려움이 동성애 혐오로 표현되는 것이다. 그런데 동성애에 대한 혐오감만 거두고 보면 군대에서 비일비재하게 일어나는 성폭력, 성추행 사건에 대해 부모들은 이미 알고 있고 그 사건들이 지금도 제대로 해결되지 못한다는 사실도 인지하고 있다.

군형법 제92조의 6이 폐지된다고 지금의 상황보다 더 악화되지 않다. 오히려 국방부가 보다 적극적으로 군대 내 성폭력, 성추행 사건이 일어나지 않도록 노력해야 하고 적극적으로 예방책을 마련해야 한다고 본다. 남성들의 성욕 운운하며 부대 내 성적문란 행위 예방을 위해서 군형법 제92조의 6을 존치해야 한다는 주장은 올바른 예방책이 아님을 다시금 상기해주길 바랄뿐이다. 아무런 실증적 근거가 없다는 것을 국방부가 더 잘 알고 있지 않은가.

군형법 제92조의 6 폐지가 곧 군대 내 동성애 허용·안보위협이라는 강력한 프레임과 동성애에 대한 뿌리깊은 혐오·편견이 결합되다 보니 합리적인 토론 자체가 불가능한 상황이다. 이제는 군형법 일부개정법률안이 국회에 상정된 만큼 보다 상식적 토론이 이루어지길 바란다. (오마이뉴스, 2014.4.1자)

3. 사례

특히, 외국의 사례를 참고하여 성소수자에 대한 법제도 변화는 비 범죄화와 형식적 평등, 가족구성권 인정, 차별금지와 같은 순차적인 흐름 속에 놓인다고 분석하고 동성애를

범죄화하는 군 형법상 추행죄는 폐지되어야 마땅하다고 생각한다.

최근 몇 년간 유엔의 정책 방향성을 살펴보자(유엔의 정책 방향성을 보여주는 반기문 총장의 발언)

2011년 6월 17일, 유엔 인권이사회는 '성 소수자에 대한 폭력과 차별에 대한 유엔 결의안'을 처음으로 채택했다. 이 결의안을 전후로 해서 정부들의 의견도 달라지고 있다. 2005년에 당시 유엔 인권위원회(현 유엔 인권이사회의 전신) 차원에서 처음으로 '성적 지향과 성 정체성에 관한 공동 성명'이 제기됐을 때는 겨우 32개 국가가 서명했을 뿐이다. 2011년에는 85개 국가로 늘어났고, 그 결과 최초의 유엔 결의안이 채택된 것이다. 또 유엔은 이 결의안에 기초해서 2011년 12월에는 유엔 인권최고대표의 보고서를 발표했다. 이 보고서 역시 최초의 공식적인 유엔 보고서 '성적 지향과 성 정체성을 이유로 한 개인들에 대한 차별적인 법과 관행, 폭력 행위에 관한 보고서'란 제목으로 노동, 교육, 건강 분야 등에서 이뤄지는 차별과 성 소수자들에게 자행되고 있는 증오 폭력을 고발하고 있다.

이 보고서의 핵심적인 권고 사항은 동의한 성인 간의 동성 관계를 범죄로 처벌해서는 안 된다는 것이다. 그런 법이 있다면 폐지하라고 권고하고 있다.(보고서 84(d) 아울러 성적 지향과 성 정체성을 차별 금지 사유로 명시한 포괄적인 차별금지법을 제정하라고 권고하고 있다.(보고서 84(e))

유감스럽게도 한국 사회의 방향성은 거꾸로 가고 있다. 포괄적인 차별금지법은 반대 세력에 굴복한 의원들의 퇴보로 법안 자체가 철회될 예정이라 하고, 동성애를 처벌하는 군형법 제 92조6을 폐지하기는커녕 더 개악하려는 시도가 공공연하게 벌어지고 있다.

추모와 애도의 정점은 우리의 관계를 형성하는 사회적 조건을 바꾸는 것일 게다. 그중 하나가 차별을 조장하는 법의 폐지이고 포괄적인 차별금지법의 제정이다. 인종 차별과 성 차별, 노동 차별을 없애는 것과 성적 지향과 성 정체성에 따른 차별을 없애는 것은 다르지 않은 인권 투쟁이다. 미국의 경우, 2009년 통과된 동성애자에 대한 혐오 범죄를 처벌하는 법은 마틴 루서 킹 목사 암살 이후 제정된 법이다. 혐오 범죄 항목에 성적 지향과 성 정체성을 추가한 것이다.

입법을 위해 노력해온 이 중에 주디 셰퍼드가 있다. 그녀의 아들인 매슈 셰퍼드는 1998년 동성애를 혐오하는 두 청년에게 잔인하게 살해당했다. 당시 매슈는 20세의 대학생이었다. 아들의 죽음 후 성 소수자에 대한 차별과 폭력에 맞서 온 어머니는 법안 통과를 기뻐하는 연설에서 이렇게 말했다. "당신이 누구이며, 당신이 누구를 사랑하는지에 대해 마음을 여십시오. 편견과 추측을 쫓아버리십시오. 증오를 이해와 공감과 수용으로 바꾸기 위한 지속적인 노력을 지지해주십시오."

III. 결론

국방의 의무를 수행하기위하여 군에 입대를 하였는데, 동성 간 성행위만으로 처벌을

받아 군에서 전과자를 양산하는 결과로서 사회복귀에 많은 어려움이 예상되나, 따라서 군형법 92조의 6을 폐지하고 민법의 제750조(불법행위)에 의한 손해배상제도로 해결을 주장한다.

반대의 입장에서 생각해 보면 동성애 처벌규정의 폐지가 되면 상명하복을 생명으로 하는 특수계급사회의 국군 장병들은 문제가 생긴다고 생각하는데, 만약 그것이 문제가 된다면 요즘 이슈가 되는 관심사병 관련해서 군 징집과정에서 세세한 신체검사를 진행하여 이모든 것을 걸러내는 심사 과정을 철저히하여 민간 사회에 문제없는 사회인으로 복귀할 수 있게 관심병사 제도를 더욱 강화를 하면 어떨까 하는 생각이 든다.

「군형법」상 추행죄는 입법 정책적 필요성이 현저히 낮은 반면 군인의 성적 자기결정권 및 사생활의 자유, 평등권을 침해하여 헌법상 평등원칙과 자기책임주의원칙, 과잉금지원칙에 위반됨. 우리나라의 경우에도 개인주의적? 성개방적인 사고방식에 따라 성에 관한 우리 국민의 법의식에도 많은 변화가 있었고, 동성 간의 성적 행위가 비정상적이며 사회의 성도덕을 심하게 침해한다는 부정적인 시각에서 점차 벗어나 성적 지향성이 다른 이유를 이유로 고용 등에 있어서 차별하는 것은 평등권침해행위로 인정하기까지 이르러서 사회적 변화에 따른 법 개정이 필요하다고 본다.

“성 소수자들은 다른 모든 사람과 마찬가지로 권리를 가졌다. 성 소수자들 역시 자유롭고 평등하게 태어났다.”(2012년 12월 11일, 유엔 뉴욕 본부에서 열린 <호모포비아에 대한 투쟁에서 지도력>에 관한 행사)

현 세계의 아주 많은 나라에서, 사람이 단지 같은 성의 다른 인간을 사랑한다는 이유만으로 사람을 단죄한다는 것은 분노할 일이다. 대부분의 경우에, 그런 법률들은 자국에서 생겨난 것이 아니다. 그런 법률들은 이전 식민 권력으로부터 물려받은 것이고, 사라져야만 하는 법률이다.

세계 인권선언 1조는 "모든 사람은 날 때부터 자유롭고 존엄성과 권리에 있어 평등하다"고 한다. '일부' 사람도 아니고, '대부분의' 사람도 아니고, '모든' 사람이라고 했다. 누구는 인권을 누릴 자격이 있고 누구에게는 그럴 자격이 없다고, 그 어느 누구도 결정할 수는 없다.

우리는 동성애 혐오에 맞서, 특히 대중의 관심을 받는 사람이나 사회적으로 지도자로 간주되는 이들을 향해 모두 크게 외쳐야만 한다.

여론에 맞서는 일이 어렵다는 것을 전 이해한다. 하지만 대다수가 특정 개인들을 못마땅해 한다고 해서, 국가가 그들의 기본적 권리를 보류할 수 있는 권한을 가질 수는 없다. 민주주의는 다수 지배가 아닌 그 이상의 것이다.

민주주의는 취약한 소수자들을 적대적인 다수자들로부터 보호할 것을 요구된다. 민주주의는 다양성 위에서 번창한다 라고 본다. 정부들은 편견을 부채질하는 것이 아니라 편견과 맞서 싸울 의무가 있다고 본다.

여러분과 저, 그리고 모든 곳의 양심 있는 사람들은 모든 사람을 위한 세계인권선언의 약속을 실현할 때까지 노력을 계속해야만 한다. 모든 사람이 갖고 태어난 자유, 존엄성, 평등한 권리는 사람들의 매일 매일에서 살아 있는 현실이 돼야만 한다."

<참고문헌>

1. 성적지향·성별정체성(SOGI) 법정책연구회 보고서.
2. 최정학·최관호, 「형법각론」, 한국방송통신대학교출판부, 2013

군형법 제92조의6, 동성애 처벌규정의 폐지-반대

팀 명 : 상선약수
인천지역대학 법학과
최익숙 201321-320358
조서광 201221-215243
박상록 201321-121937
김철기 201421-314175

목 차

I. 서론

II. 본론

1. 군형법 제92조상의 추행 죄 성립요건
 - 1) 추행죄의 구성요건
 - 2) 제간과 추행
 - 3) 군형법에 나타난 행위객체, 보호객체의 특수성
2. 군형법상 추행죄의 헌법적 결정요지
 - 1) 2002. 6. 27. 2001헌바70 사건
 - 2) 2011. 3. 31, 2008헌가21 사건
3. 군형법상 추행죄의 적용 실태
 - 1) 가해 집단 및 피해 집단의 계급적 특성
 - 2) 피해자에 대한 비난과 편견으로 은폐되는 성폭력
 - 3) 물리적 폭력을 동반하는 강제적이고 의도적인 성폭력
4. 동성애 처벌의 역사와 법적 논쟁-미국

III. 결론

< 참고문헌 >

I. 서론

과거나 현대, 세계 어느 나라든지 군대를 유지하는 것은 국가의 존립 이유로서 당연하다고 볼 수 있다. 특히 우리나라는 국방비 예산이 2013년 기준으로 35조원에 육박하여 전 세계에서 가장 국방비 지출이 많은 4개국 중 하나이며, 또한 세계에서 몇 안 되는 분쟁국으로써 휴전선을 사이에 두고 160만의 병력이 첨예하게 대치 중 인 것도 현실이다.

2차 세계대전 패전국이었던 일본은 평화헌법으로 항구적 전쟁의 포기를 선언 했었지만 집단적 자위권 등을 내세워 군국주의로 회귀하려 하고 있고, 강한 러시아의 부활을 꿈꾸는 러시아와도 국경을 마주하고 있으며, 또한 세계 최대의 병력을 보유하면서 동북아 지역에서의 주도권 장악의 의지를 숨기기 않는 중국과도 광대한 접경지역을 마주하는 것도 사실이다. 이렇듯 이념이 아닌 자국의 이익을 위해 세력 대결을 펼치는 신냉전 시대에서의 새롭게 변화되는 동북아의 냉엄한 현실에서 국가의 존립을 위한 강한 군사력을 보유하는 것은 당연하며, 이를 유지하기 위해서는 국가적, 사회적, 개인적 법익을 우선으로 한 특별법인 군형법이 존재해야 할 이유로도 충분하다고 할 것이다.

이처럼 시대의 변화와 사회적 요구에 군의 사기 진작과 강한 군대의 육성이 필요한 시점에 특수성을 가지는 군대 내에서의 소수자 인권을 신장 시킨다는 미명하에, 군형법 제92조 6(추행)의 폐지가 현실적 논제로 등장한 바, 이는 특별법인 군형법을 두어 형법보다 엄하게 처벌하는 것은 군기유지와 강한 전투력의 보전을 감안한 것인데, 이를 부정하는 것은 심각한 시대 역행적 발상이며 근시안적 처사라 아니 할 수 없다. 군형법 제92조 6(추행)은 “군인 및 준 군인에 항문성교나 그 밖의 추행을 한사람은 2년 이하의 징역에 처한다.” 라고 명시하고 있는데, 항문성교는 통상 남성간의 성행위를 지칭 하겠지만, 이는 남성 동성애자와 항문성교 애호자와의 행위는 전혀 다른 관점에서 해석해야 된다고 본다. 남성 동성애자는 여성을 성적 대상으로 생각하지 않겠지만, 항문성교 애호자는 남성 동성애자와 달리 외부와 단절된 군대 내에서 위계와 위력을 이용하여 추행 및 성폭행을 자행 할 수 있다는데 심각한 문제점이 있다고 할 수 있다.

동성애자의 합의된 성관계의 처벌에 있어서 이성애자와의 형평성과 헌법상 평등원칙, 성적 자기결정권을 주장하며 군형법 제92조 6(추행)을 폐지하여야 한다고 주장하지만, 이는 항문성교 애호자가 성적 자기정체성을 내세워 동성애자라 주장하면 마지막 처벌 조항조차 사라져 심각한 범죄자의 퇴로를 열어주는 것이 되며, 약자인 피해자가 외부와 단절된 군 특수성하에서 피해사실을 증명해야 하는 심각한 괴리가 발생된다는데 문제가 있다.

특별법인 군형법이 항문성교를 명시함으로서 동성애를 처벌하는 법으로 변질할 가능성은 있지만, 사실 군형법은 항문성교 애호자를 처벌하고자 하는 것이지 동성 간 성범죄 피해자를 처벌하자는 것은 아니다. 그러므로 이법은 변질된 항문성교 애호자와 폐쇄된 공간에서 상관의 위계 및 위력에 의한 성범죄를 처벌할 수 있는 최후의 보류권 점에서 소수의 동성애자를 처벌한다는 협의의 논리하고는 또 다른 관점에서 고찰해봐야 되는 견지로 군형법 제92조 6(추행) 폐지론은 조심스럽게 논의 해보아야 할 것이다.

II. 본론

1. 군형법 제92조상의 추행죄 성립요건

1) 추행죄의 구성요건

군형법 제92조는 “계간 기타 추행을 한자는 1년 이하의 징역에 처한다.”고 규정하고 있다. 이 규정으로부터 유추할 수 있는 군형법상의 추행 죄 구성요건은 “계간”과 “기타 추행”이다. 일반적으로 추행행위는 형법과 성폭력 범죄처벌법에 의해서도 처벌되고 있다. 즉 형법 제28조(강제추행)는 “폭행 또는 협박으로 사람에 대하여 추행을 한 자는 10년 이하의 징역 또는 1천500만 원 이하의 벌금에 처한다.” 제302조(미성년자 등에 대한 간음)는 “미성년자 또는 심신미약자에 대하여 위계 또는 위력으로써 간음 또는 추행을 한 자는 5년 이하의 징역에 처한다.”고 규정하고 있다.

한편, 성폭력범죄의처벌 및 피해자보호등에 관한 법률에서는 제11조(업무상 위력 등에 의한 추행) “① 업무 고용 기타 관계로 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람에 대하여 위계 또는 위력으로써 추행한 자는 2년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다. ② 법률에 의하여 구금된 사람을 감호하는 자가 그 사람을 추행한 때에는 3년 이하의 징역 또는 1천 500만 원 이하의 벌금에 처한다.” 제13조(공중밀집장소에서의 추행) “대중교통수단, 공연 집회장소 기타 공중이 밀집하는 장소에서 사람을 추행한 자는 1년 이하의 징역 또는 300만 원 이하의 벌금에 처한다.”고 규정하고 있다.

군형법상의 추행 죄는 형법이나 기타 성폭력범죄처벌법상의 추행 죄와 비교해 보면 공연성(공연음란성)과 강제성(강제 추행 죄)을 구성요건으로 하고 있지 않음을 알 수 있다. 이처럼 공연성이나 강제성이 없음에도 처벌할 수 있도록 규정한 이유는 집단생활을 하는 군대의 일상생활과 위신에 미치는 영향이 크기 때문이라고 설명하고 있다.¹⁾

2) 계간과 추행

계간이란 남자끼리의 성행위를 의미하며, 실무상 남성간의 항문성교로 해석하고 있다. 일반적으로는 남성간의 행위만을 지칭하나 보다 넓게는 ‘동성 간 또는 동물과의 비정상적인 성교행위’로 해석하는 견해도 있다. 연혁 적으로 볼 때 ‘계간’이 미국의 ‘소도미(sodomy)’를 의미하는 것으로 볼 수 있어 이러한 해석도 가능하나, 남성간의 행위로 보는 것이 다수의 견해이다. 여성 간 또는 동물과의 성적 행동은 ‘기타 추행’부분에 해당한다고 볼 수 있으므로 결과에 있어 큰 차이는 없다고 할 것이다.

한편 국가인권위원회는 2006년 1월 9일 ‘계간’이라는 용어가 동성애에 대한 차별과 편견을 보이고 있다고 지적하고, 군형법 및 군인사법시행규칙의 개정을 권고한바 있으며²⁾, 2008년 6월의 군형법 일부개정 법률안에서는 ‘계간’의 용어가 추행의 하나의 예시로서의 의미만을 가지고 있어 추행의 법적 의미를 해석하는 데 크게 도움이 되지 않으며, 이 용어를 삭제하더라도 과거 실무의 예나 판례 등을 참조하여 추행의 의미를 해석하는 데에 큰 장애가 없을 것으로 판단된다고 하며 ‘계간’ 용어를 삭제한 바 있다.³⁾

1) 육군사관학교, 군사법원론, 일신사, 1996, 277쪽

2) 국가인권위원회, 2007-2011 국가인권정책기본계획(NAP) 권고안 중 ‘10-2 성적 소수자의 기본권 보호’ 참조

추행의 개념에 대하여 균형법이나 형법 등 다른 법률에서도 아무런 정의 규정을 두고 있지 않다. 형법상의 강제 추행 죄는 폭행 또는 협박으로 사람을 추행함으로써 성립하는 범죄로써, 사람의 성적 자유 내지 성적 자기결정권을 보호법익으로 한다. 일반적으로 추행이란 성욕의 흥분, 자극 또는 만족의 목적으로 하는 행위로서 건전한 상식 있는 일반인으로 하여금 성적 수치, 혐오의 감정을 느끼게 하는 일체의 행위를 의미한다고 정의되고 있다.

(1) 대법원

대법원판례는 추행의 의미를 “객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서 피해자의 성적 자유를 침해하는 것이며, 이에 해당하는지의 여부는 피해자의 의사, 그 행위를 이르게 된 경우, 구체적 행위태양, 주의의 객관적 상황과 그 시대의 성적 도덕관념을 종합적으로 고려하여 결정되어야 한다.”⁴⁾

균형법 제92조상의 추행 죄에 있어서의 ‘추행’은 “계간(항문성교)에 이르지 아니한 동성애 성행위 등 객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 성적 만족 행위로서 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 침해하는 것을 의미한다.”고 판시하고 있다.⁵⁾

(2) 헌법재판소

균형법 제92조 규정상의 기타 추행의 부분이 지나치게 추상적이고 불명확하여, 그 규율범위가 너무 넓다는 이유로 헌법소원이 제기된 바 있었는데, 이에 대해 헌법재판소는 ‘추행’이란 “일반적으로 정상적인 성적 만족 행위에 대비되는 다양한 행위태양을 총칭하는 것”이라고 하면서 ‘계간’이라는 구체적인 예시와 위 대법원의 해석기준에 따르면 자의적인 확대해석의 여지가 없다고 하였다 또한 균형법상의 추행은 군법 피적용자간의 행위에만 적용되고 민간인과의 행위에는 적용되지 않으며, 친고죄에 해당되지 않는다고 하였다.⁶⁾

2) 균형법에 나타난 행위객체, 보호객체의 특수성

형법이 보호하는 보호법익에는 국가적 법익, 사회적 법익, 개인적 법익이 있는데, 이 중에서 개인적 법익이 차지하는 비중이 매우 크다. 그러나 균형법은 ‘국가의 안전보장과 국토방위를 위한 전투력 유지, 강화’를 위하여 제정된 특별법이므로 개인적 법익을 인정할 수 있는 여지가 매우 적고, 인정된다고 하더라도 ‘군 질서 유지’등의 국가적 법익과 함께 인정된다고 보아야 한다. 균형법에 친고죄, 반의사불법죄가 거의 없는 점도 균형법의 주된 보호객체가 국가적 법익이라는 점과 밀접한 관

3) 국방부, 균형법 일부개정 법률안 보충 설명자료, 2008.6

4) 대법원 1998. 01. 28. 선고 97도2506 판결; 대법원 2002. 04. 26. 선고 2001도2417판결. 이 판결은 ‘개인의 성적 자유’를 주된 보호법익으로 하는 업무상 우연에 의한 추행죄에 있어서의 ‘추행’개념에 대하여 판시한 것이다.

5) 대법원 2008. 05.29. 선고 08도2222 판결

6) 헌법재판소 2002.06.27. 선고 2001헌바70 결정

련이 있다. 따라서 군 형법상 피해자 있는 범죄라 하더라도 그 범죄의 보호법익에는 피해자의 개인적 법익만 존재하는 것이 아니라는 점을 명확히 이해하여야 한다. 즉 군형법의 구성요건에 해당하는 행위로 말미암아 나타나는 군의 질서문란 및 전투력 손실의 방지 역시 침해되는 개인적 법익과 함께 당해 범죄의 중요한 보호법익으로 보아야 한다.⁷⁾

군형법 제1조 군형법의 적용대상자가 군인 및 군무원이기 때문에 군형법 제92조의 피적용자, 즉 추행죄의 주체 및 상대방은 군인 및 군무원이라는 제한을 받을 뿐 남성이나 여성이나의 성별상의 제한이나 차별이 존재하는 것은 아니라고 하겠다. 따라서 군형법의 피적용자 사이의 추행에 대해서는 남녀를 불문하고 제92조 6의 추행죄가 적용된다고 하겠다.⁸⁾

그러나, 군의 구성원의 대다수가 남성이고 따라서 실제로 발생하는 추행사건이 주로 남성 간에 이루어지고 있다는 점과 아직은 사회의 일반정서상 이성간의 성적 행위보다는 남성간의 성적 행위가 부정적으로 평가되거나 주변에 악영향을 끼칠 가능성이 높다는 점에서 이러한 남성간의 동성애가 구 군형법 제 92조가 보호하고자하는 사회적 법익에 대한 침해가능성이 크다고 할 것이고, 따라서 군형법 제92조가 남성간의 동성애를 의미하는 내용을 대표적이고 전형적인 예시로 추행을 처벌하고 있다는 점에서 폐지 논란은 계속될 것으로 본다.

2. 군형법상 추행죄의 헌법적 결정요지

헌법재판소는 2002년에 이어 2011년에도 군형법상의 추행 죄가 헌법에 위반되지 않는다고 판시한 바 있다. 2011년 결정에서 헌법재판소의 다수의견은 군형법의 추행 죄 구성요건이 명확성원칙에 반하지 않으며, 성적 자기결정권에 대한 제한이기는 하지만 과잉금지원칙에 위배되지 않는다는 입장을 취하였다. 물론 반대의견으로 3명의 재판관은 명확성원칙에 위배되어 위헌이라는 의견이었고, 1명의 재판관은 이규정을 ‘군인이 군명 외에서 민간을 상대로 추행행위를 하는 경우에도 적용되는 것’은 위헌이라는 한정위헌의견을 낸바 있다.⁹⁾

1) 2002. 6. 27. 2001헌바70 사건

(1) 군형법 제92조는 군 내부의 건전한 공적생활을 영위하고, 이른바 군대가정의 성적 건강을 유지하기 위하여 제정된 것으로서, 주된 보호법익은 ‘개인의 성적 자유’가 아니라

7) 군형법주해 육군본부 법무실, 2011. p19~20

8) 군형법 제92조6(추행)

제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 사람에 대하여 항문성교나 그 밖의 추행을 한 사람은 2년 이하의 징역에 처한다. [개정 2013.4.5] [[시행일 2013.6.19]]

[본조신설 2009.11.2] [[시행일 2010.2.3]]

[본조개정 2013.4.5 제92조의5에서 이동, 중전의 제92조의6은 제92조의7로 이동] [[시행일 2013.6.19]]

9) 헌법재판소 2011.3.31. 선고 2008헌가21 결정

‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 사회적 법익이다.

군형법 제92조의 범죄구성요건사실인 ‘추행’은 공동사회의 건전한 생활과 군기‘라는 보호 법익을 침해하는 동시에 일반인의 입장에서 추행행위로 평가될 수 있는 행위이고, 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 군형법 피적용자는 어떠한 행위가 이 사건 법률조항의 구성요건에 해당되는지 여부를 어느 정도 쉽게 파악할 수 있으며, 법률적용자가 ‘기타 추행’부분을 자의적으로 확대하여 해석할 염려가 없기 때문에, 형벌법규의 명확성의 원칙에 위배되지 아니한다.

(2) 입법자가 사회적 법익을 주된 보호법익으로 하는 군형법 제92조를 제정하면서, 군형법 피적용자가 행한 추행의 유형이나 그 상대방의 피해상황 등을 구체적으로 구분하지 아니하고 위와 같은 사회적 법익을 침해한 모든 추행행위에 대하여 일괄적으로 1년 이하의 징역형으로 처벌하도록 규정하였다는 사유만으로 입법재량권을 자의적으로 행사하였다고 볼 수는 없으므로, 기타 추행 부분이 헌법상 과잉금지 원칙 등에 위배된다고 보기 어렵다.

2) 2011. 3. 31, 2008헌가21 사건

(1) 군형법 제92조가 추행에 관하여 별도의 처벌규정을 둔 이유는 상명하복의 엄격한 규율과 집단적 공동생활을 본질로 하는 군대의 특수한 사정을 고려한 것으로서, 주된 보호법익은 ‘개인의 성적 자유’가 아니라 ‘군 조직 전체의 건전한 생활과 군기’라는 사회적 보호법익이다.

(2) 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 군형법 피적용자인 군인들로서는 어떠한 행위가 군형법 제92조의 구성요건에 해당되는지 여부를 충분히 파악할 수 있고, 그 전형적인 사례인 ‘계간’은 ‘추행’이 무엇인지를 해석할 수 있는 판단지침이 되며, 대법원 판결 등에 의하여 구체적이고 종합적인 해석기준이 제시되고 있는 이상, 군형법 제92조는 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 아니한다.

(3) 군형법 제92조는 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기 확립을 목적으로 동성 군인 간의 성적만족 행위를 금지하고 이를 형사 처벌하므로 입법목적의 정당성 및 수단의 적절성이 인정되며, 추행의 유형이나 그 상대방의 피해상황 등을 구체적으로 구분하지 아니하고 보호법익을 침해한 모든 추행행위에 대하여 일괄적으로 1년 이하의 징역형으로 처벌하도록 규정하였다는 사유만으로는 입법재량권이 자의적으로 행사되었다고 보기 어려울 뿐만 아니라, 단순한 행정상의 제재만으로는 효과적으로 추행 행위를 규제하기 어려운 점, 다른 법률에 규정된 추행 관련 범죄와 비교하여 그 법정형이 지나치게 무겁다고 볼 수 없는 점 및 선고유예도 가능하다는 점에 비추어 볼 때, 피해 최소성 원칙에 반한다고 볼 수 없다. 나아가 기본권 제한 정도가 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활 및 군기의 보호’, 나아가 ‘국가안보’라는 공익보다 크다고 할 수 없어 법익 균형성을 일탈하였다고 보기도 어려우므로, 군형법 제92조는 과

잉금지원칙에 위반하여 군인들의 성적자기결정권이나 사생활의 비밀과 자유를 침해한 것으로 볼 수 없다.

(4) 군대는 엄격한 상명하복의 수직적인 인간관계로 이루어져 있고, 젊은 남성 의무복무자들이 장기간의 폐쇄적인 단체생활을 해야 하므로, 동성 간의 비정상적인 성적 교섭행위가 발생할 가능성 및 상급자가 하급자를 상대로 동성애 성행위를 감행할 가능성이 높으며, 이를 방지할 경우 군의 전투력 보전에 직접적인 위해가 발생할 우려가 크므로, 군형법 제92조가 동성 간의 성적 행위만을 금지하고 이를 위반한 경우 형사 처벌한다고 볼 경우에도, 그러한 차별에는 합리적인 이유가 인정되므로 동성애자의 평등권을 침해한다고 볼 수 없다.

2. 군형법상 추행죄의 적용 실태

군형법상 추행 죄는 강제 추행 죄나 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.¹⁰⁾

조사결과에 따르면 동성애를 허용할 시 ‘부정적인 영향을 미친다.’고 답한 것이 69.6%로 10명 중 7명이 문제가 있다고 보았고, 현행 군형법 제92조를 ‘유지하거나 오히려 강화해야 한다.’는 주장이 86.8%를 차지하였으며 (유지 22.6%, 오히려 강화 64.2%) 군대 내에서 군인 간 성추행이나 성폭행이 발생해도 신고하는 것이 ‘어렵다’는 것이 82.8%를 차지하였다. 이유는 ‘계급 사회의 특수성’ ‘보복 따돌림의 2차 피해’로 ‘주변 시선, 소문이 두려워’가 주된 이유였다고 소개했다.

(2014. 03. 28. 푸른한국닷컴)

1) 가해 집단 및 피해 집단의 계급적 특성

군대내 남성 간 성폭력은 주로 선임 병이 가해자이며 피해자는 주로 후임병인 것으로 드러났다. 설문조사결과 피해자의 71.1%는 가해자로 선임 병을 지목하였으며, 이외에도 부사관 7.0%, 장교 3.1%로 총 81.2%가 자신보다 계급이 높은 자가 강제적으로 성적 접촉을 했다고 응답했다. 면접인터뷰에 응한 가해사례8건과 피해사례 3건, 한국성폭력상담소의 상담일지 6건, 군법무관 속보자료에 따르면 피해자는 가해자보다 계급이 낮은 후임병이었다. 모든 피해자들은 선임 병에게 피해를 입었으며, 자신이 목격하거나 보고 들은 사례 역시 선임 병이 후임 병에게 성폭력을 저질렀다고 말했다.¹¹⁾

2) 피해자에 대한 비난과 편견으로 은폐되는 성폭력

10) [군형법 일부개정법률안] (최영희의원 대표발의) 국회 법제사법위원회 전문위원 검토보고서(2009. 4) p.7

11) 군대내성폭력실태조사. 국가인권위원회. 2004년 p8

일반적으로 이성간 성폭력 피해자들은 자신이 피해를 유도하지는 않았는지, 충분히 저항했는지, 혹은 피해를 입을 만한 신체적 특성을 지닌 것은 아닌지에 대해 끊임없이 갈등하고 불안해한다. 이것은 피해자에 대한 사회적 편견이 피해자로 하여금 스스로 결백함을 의심하게 만들기 때문이다. 마찬가지로 군대내 남성 간 성폭력 피해자들 역시 피해자에 대한 비난과 편견의 시선을 의식하고 스스로를 끊임없이 검열하는 과정을 겪고 있는 것으로 드러났다. 피해자에 대한 비난을 의식하는 것은 군대 내에서 피해자에 대한 지지와 공감의 정도가 낮은 것과도 직결된다.

3) 물리적 폭력을 동반하는 강제적이고 의도적인 성폭력

폐쇄적 계급사회인 군대에서 성폭력 가해 시에 물리적 폭력이 사용되는 성적 접촉의 강제성과 의도성을 보여줄 수 있다. 성폭력 피해가 다른 구타 등의 폭력과 동시에 이루어지는지, 처벌이나 기합과 같은 통제수단으로 사용되는지를 알아보기 위해 피해 당시 물리적 폭력의 유무를 질문한 결과 총 22명(21.4%)이 물리적 폭력이 동반된다고 응답했다. 듣거나 본 경우에는 12%가 물리적 폭력을 목격했다고 응답하였으며 44%가 모르겠다는 응답을 보였다. 보고된 103명의 피해 중 2명(총 21.4%)이 물리적 폭력을 동반했다고 응답한 것은 성폭력의 강제성 및 의도성이 매우 높다는 것을 증명한다.¹²⁾

4. 동성애 처벌의 역사와 법적 논쟁-미국

1) 소도미¹³⁾ 금지 규정에 대한 법적 논쟁

1961년까지 미국의 모든 주는 이성 및 동성 간의 모든 구강, 항문 성교를 금지하는 ‘소도미’법을 제정하고 있었다고 한다. 미국법률협회(American law institute)가 1955년 성인간의 합의에 의한 모든 성행위는 비범죄화되어야 한다는 권고를 한 이래 동성애 행위를 비범죄화하는 입법적 개혁이 뒤따르게 되었다. 그리고 1969년 ‘스톤월 항쟁’에 의해 동성애 권리 운동이 촉발되고, 1970년대와 1980년대 미국 심리학회 및 정신의 학회에서 동성애를 병리적 현상의 범주에서 제외한 이후, ‘소도미’법을 무효화하려는 법적인 소송들이 제기되었다.¹⁴⁾

2) Bowers 판결¹⁵⁾

1986. 6. 30. 연방대법원의 Bowers v. Hardwick 판결에서 1982.8. 미국 조지아 주 경찰은 술값을 내지 않은 혐의로 신고된 Hardwick의 집으로 찾아갔다가 그가 자신의 집 침실에서 동의하에 다른 남성과 동성애 행위를 하는 것을 목격하고 현장에서 체포되었다. Hardwick에 대한 기소는 1심에서 증거불충분으로 기각되었으나 이를 계기로

12) 군대내성폭력실태조사. 국가인권위원회. 2004년 p103

13) ‘소도미(sodomy)’라는 용어는 구약성경 창세기(19장)에 나오는 소돔과 고모라라는 도시의 이야기에서 유래 한다. 소돔과 고모라는 일반적으로 동성애 행위로 인해 파멸하였다고 해석되고 있다.

14) 강달천, “동성애자의 기본권에 관한 연구”, 중앙대학교 대학원 법학과 박사학위 논문, 2000

12. 제2장 제3절 참조.

15) Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186(1986) (노기호, “군형법 제92조 ”추행 죄“의 위헌성 고찰”: 육군 제22사단 보통군사법원 2008. 8. 6. 위헌제청결정사건(2008고10)을 중심으로“ 헌법학연구. 2009. p15 재인용)

Hardwick은 연방지방법원에 동성애 행위를 금지하는 조지아 법에 대해 위헌선언을 구하는 소를 제기하였다. 연방대법원은 5대4로 연방항소법원의 판단을 뒤엎는 합헌선언을 하였다. 다수의견은 동성애 행위의 자유는 헌법상 기본적 권리에 해당하지 않음을 전제로 동성애 행위를 불법으로 규정하였다.

3) Lawrence판결¹⁶⁾

2003년 Lawrence v. Texas 판결에서 연방대법원은 동성 간의 성행위를 범죄로 규정한 텍사스 주법에 대하여 6대3의 다수의견으로 적법절차조항을 침해하여 위헌이라 판시하였다. Lawrence 사건에서 연방대법원은 단지 동성애 행위의 성격에만 초점을 맞추는 대신 “성인으로서 수정조항 제4조에 규정된 적법절차 조항에 의한 자유권의 행사로 사적인 행위를 할 수 있었는지 여부”에 초점을 맞추었다.

그러나 Lawrence 판결은 일반 시민에 대해 적용되는 주법이 문제된 사안이므로, 이 판결로 인해 곧바로 군사통일 법전의 ‘소도미’조항을 위헌으로 볼 수는 없었다. 오히려 O'Connor 판사는 자신의 의견 결론 부분에서 텍사스 주법은 ‘국가안보와 같은 적법한 주의 이익’이 없다고 서술함으로써 추후에 군대 내 ‘소도미’ 금지규정에 대한 논의에서 국가안보가 정당화 근거로 제시될 수 있는 여지를 남겨두었다.

4) 미국 통일군형사법(UCM) 및 군사법원규칙(MCM)상의 Sodomy

미국 통일군형사법(UCM)은 “sodomy”라는 범죄조항을 두고 있고, 군사법원규칙(MCM)은 그 구성요건에 대하여 구체적으로 설명하고 있다.

모든 형태의 “비자연적인 동성 간 또는 이성간 또는 동물과의 비정상적인 성교해위”를 금지하는 제 125조를 두었으며, 이 조항은 지금까지 같은 형태로 유지되고 있다.

Lawrence 판결은 비록 민간인에 대한 판결이었으나 군사통일 법전 제125조나 군의 동성애 정책을 약화시키는 방향으로 영향을 미칠 것으로 예견되었다.

그러나 Lawrence 판결 이후 발생한 United States v. Marcum 사건¹⁷⁾과 United States v. Stirewalt 사건¹⁸⁾으로 인해 군대 내 소도미 금지에 대한 위헌성 문제가 법원의 판단을 받게 되었다.

16) Lawrence v. Texas, 123 S.Ct. 2472, 156 L.Ed.2d 508(2003) (노기호, “군형법 제92조 ”추행 죄“의 위헌성 고찰”: 육군 제22사단 보통군사법원 2008. 8. 6. 위헌제청결정사건(2008고10)을 중심으로“ 헌법학연구. 2009. p16 재인용)

17) U.S. v. Marcum, U.S. Armed Forces 2004, 60 M.J. 198 (노기호, “군형법 제92조 ”추행 죄“의 위헌성 고찰”: 육군 제22사단 보통군사법원 2008. 8. 6. 위헌제청결정사건(2008고10)을 중심으로“ 헌법학연구. 2009. p18 재인용)

18) Marum 사건은 중사였던 Marum이 하급자인 Harrison과 소도미 행위를 하였다는 이유로 기소된 사안이다. 강제적인 소도미 행위도 문제가 되었으나, 강제적 소도미는 무죄로 판단되고, 비강제적 소도미로 유죄판결을 받았다. 이 행위는 기지 밖의 숙소에서 업무외 시간에 이루어졌다. Stirewalt는 자신보다 더 높은 직위에 있는 여직원과 이성애 소도미 행위를 하여 기소되었는데, 이 사안은 완전한 합의에 의한 사건이었다.

II. 결론

군형법 제92조의 추행 죄는 공연성이라든지 폭행 또는 협박을 요건으로 하고 있지 않다는 점에서 특별 죄의 성격을 띠고 있는데, 군형법에서 이처럼 형법과는 별도의 추행 죄를 규정하여 처벌하고 있는 입법목적은 바로 형법에서 보호되진 않는 객관적 법익인 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’의 유지라고 하겠다.

상명하복의 엄격한 규율과 집단적 공동생활을 본질로 하는 군대의 특수한 사정, 그리고 우리나라의 독특한 안보현실, 계간 등 추행에 대한 우리사회의 일반적 정서, 징병제에 바탕을 둔 열악한 군 생활환경, 군복무에 대한 만연한 기피풍조 등 우리의 군의 특성과 현실 및 문제점 등을 감안할 때 타당하다고 할 것이다.

군 형법상 추행 죄는 동성애자 처벌규정이 아니다. 국방부 훈령인 부대관리훈령은 동성애자에 대한 차별을 명백히 금지하고 있으며, 군형법은 성적 정체성을 이유로 한 어떠한 처벌규정도 없다. 즉, 군 형법상 추행 죄는 ‘군기를 침해하는 비정상적인 성적 만족 행위’¹⁹⁾를 처벌하기 위한 조문이며, 범죄의 주체와 객체는 반드시 동성이어야 하는 법률적 제한은 없으며 이성인 경우에도 군 형법상 추행 죄 인정이 불가능한 것은 아니다. 군기를 침해하는 비정상적인 성적 만족 행위를 한 것이 인정된다면 군 형법상 추행 죄는 적용가능성을 배제하기는 어려울 것으로 판단되지만, 여군이 군에서 차지하는 비율이 아직은 많지 않고, 여군은 모두 간부이므로 영내생활을 하지 않는 점 등을 고려하여보면 영외에서 ‘비정상적인 성적 만족 행위’가 발생할 가능성이 적고, 설령 발생하였다고 하더라도 이를 인지하기는 극히 어렵다는 한계를 인정 할 수밖에 없다²⁰⁾

군 형법상 추행 죄는 사회적 법익에 관한 문제이다.

합의한 경우에 처벌하지 않은 범죄들은 주로 개인적 법익에 관한 범죄로 그 이유는 개인적 법익의 침해에 대하여 개인이 동의하였다면 국가의 적극적 형벌권행사의 필요성이 소멸되기 때문이다.

그러나 사회적 법익 내지 국가적 법익의 경우에는 범죄의 객체와 보호되는 법익이 구분되고 범죄의 객체인 피해자와 합의하거나 처벌을 원하지 않는 경우라고 하더라도 보호되는 사회적 법익에 따른 국가 형벌권행사의 필요성이 소멸되는 것은 아니기 때문이다. 군 형법상 추행 죄는 형법과 달리 ‘개인적인 법익의 범죄가 아니라, 사회적 법익에 관한 죄이므로 ‘합의’여부가 범죄의 핵심요소가 아니며, 따라서 국가형법권의 행사 필요성이 존재하고 있는 것이다.

군의 위계질서 등 군 기강은 군의 핵심요소이며, 폐쇄된 집단생활을 하는 군의 특성상 병영에서의 합의에 의한 상호간의 성행위를 허용하는 경우 군의 위계질서에 큰 손상이 발생할 것으로 판단되며, 결국 강한 군대를 육성 및 유지하는 것일 불가능해질 것으로

19) 대법원판결 2008.5.29. 선고2008도2222

20) 군형법 제92조의6 이대로 좋은가? 국회 긴급토론회/ 군인인권센터, 유승희 의원실.

진선미 의원실, 최원식 의원실, 서기호의원실 공동주최 중 p58~59 이광표중령 지정토론

생각된다. 그것은 징계 별 처벌로 충분하지 않으며, 징병제를 운영하고 있고, 병사의 경우 강한 징계별이 사실상 15일 이하의 영창처분에 불과하다는 점에서 성적 만족을 추구하는 욕구를 억제하기에는 그 위하력이 극히 미미하다고 할 것이다.

군은 계급사회이고 같은 계급이라고 하더라도 선후임관계가 있다. 특히 병사의 경우에는 상급자에 대한 처벌의 의사를 표현한다고 하더라도 구속이 되지 않는 한 같은 부대에 근무하여야 하며, 다른 부대로 전출되어 분리된다고 하더라도 조직논리상 적극적인 처벌 의사를 표현하는 것을 주저하게 되면 수사기관에서 이를 입증하는 것은 상당히 어려울 것이다. 또한 군의 계급구조의 특성상 적극적인 합의와 위력에 이르지 않는 정도의 의사전달 등 합의의 정도와 방법은 극히 다양하므로 위력에 이르지 않는 모든 경우를 처벌할 필요가 없다고 할 수는 없다.

군 형법상 추행 죄가 존재함으로써 ‘군기를 침해하는 비정상적인 성적 만족 행위’를 처벌하는 것으로 성적 호기심 등을 실행에 옮기지 못하게 하는 예방적인 효과가 있다는 점을 부인하기는 어려울 것으로 판단된다.

군 형법상 합의에 의한 추행을 처벌할 수 없다면 징병제하에서의 젊은이들의 격리된 공간 수용, 성적욕구 해소가 제한되는 점, 성적 호기심, 협소한 생활공간 등을 고려할 때 합의에 추행을 막을 수 있는 수단이 없을 것이다.

군대는 엄격한 상명하복의 수직적인 인간관계로 이루어져 있고, 젊은 남성 의무복무자들이 장기간의 폐쇄적인 단체생활을 해야 하므로, 동성 간의 비정상적인 성적 교섭행위가 발생할 가능성 및 상급자가 하급자를 상대로 동성애 성행위를 감행할 가능성이 높으며, 이를 방지할 경우 군의 전투력 보전에 직접적인 위해가 발생할 우려가 크므로, 군형법 제92조가 동성 간의 성적 행위만을 금지하고 이를 위반한 경우 형사 처벌한다고 볼 경우에도, 그러한 차별에는 합리적인 이유가 인정되므로 동성애자의 평등권을 침해한다고 볼 수 없다.

법은 모든 사람이 인식할 때 불평불만 없이 수긍 할 수 있는 것이라고 여겨지고 보편 타당하여야 함으로 군형법 제 92조의 6, 동성애 처벌규정의 폐지는 반대할 명분이 충분히 있다고 주장한다.

<참고자료>

- 노기호, “군형법 제92조 ”추행 죄“의 위헌성 고찰”: 육군 제22사단 보통군사법원
2008. 8. 6. 위헌제청결정사건(2008고10)을 중심으로“ 헌법학연구. 2009.
- 김명수, “성적 소수자의 법적 차별에 관한 고찰: 군형법 제92조에 관한 헌법재판소
의 결정을 중심으로“ . 2012.
- 정연주, “군 형법상 추행 죄의 헌법적 문제”. 공법학연구. 제12권 제2조(2011년 5월) 한국비교공법학회.
2011
- 박안서, “군형법의 개정방안에 관한 연구: 인권보장과 전투력강화의 조화를 중심으로“, 한양대학교 대학원.
2011.8
- 강달천, “동성애자의 기본권에 관한 연구”, 중앙대학교 대학원 법학과 박사학위 논문, 2000
-
- 군대내 성폭력 실태조사. 국가인권위원회. 2004년
 - “군형법 제92조의6 이대로 좋은가? 국회 긴급토론회”/ 군인인권센터, 유승희 의원실.진선미의원실, 최원식 의원실, 서기호 의원실 공동주최
 - “군대 내 동성에 행위 처벌에 대하여”. 공익과 인권 제5권 제1호. 서울대학교
조음, “군형법 개정론” 사법논집(제2집). 1972
 - “인권위, 윤정병 성폭행한 군 고위급 장교 수사의뢰: 국방부장관 등에 제발방지 및 피해자 신변보호 권
고”/국가인권위원회

군형법 제92조의6, 동성애 처벌규정의 폐지 여부

팀 명 : 경기지역본부 연합
경기지역대학 법학과
류원근 201221-121786
김운직 201221-122844
박경아 201321-121503
이예숙 201421-120213

목 차

I. 서론

II. 본론

1. 위헌성 여부 및 현재의 판단
 - 1) 군형법상 추행죄에 관하여
 - (1) 위헌여부에 관한 찬반 논란
 - (2) 위헌제청에 관한 헌법재판소의 결정 및 반대의견 등
2. 우리는 동성애를 왜 반대하여야 하는가!
 - 1) 동양적 윤리관에서의 관점
 - 2) 서양 기독교적 관점
 - 3) 보건 위생상에서의 관점
3. 군형법상 추행죄의 존속여부
 - 1) 군형법상 추행죄의 본질
 - (1) 군형법상 추행죄의 연혁과 보호법익
 - (2) 군형법상 추행죄의 존립근거
 - 가. 폐지 찬성 입장의 주장
 - 나. 폐지 반대 및 존립의 필요성
 - (3) 소 결

III. 결론

I. 서론

1. 들어가며

오래 전부터 동성애에 대한 전 세계적 관심의 대상이 되었다. 미국의 오바마 대통령 또한 민주당과 동성결혼을 지지하는 입장을 보이고 15개 나라에서 동성 간의 결혼을 합법화 하고 있다. 그러나 세계는 지금 동성애를 옹호하는 측과 동성애를 반대하는 측으로 나뉘어 있으나 동성 간의 결혼을 불법으로 처벌하는 국가가 78개국에 이르며 동성애에 대한 부정적 시각이 대세를 이루고 있다.

이러한 부정적 시각의 기류에도 불구하고 한국도 동성애를 옹호하려는 움직임이 나타나고 있다. 예로 들자면 서울시는 동성 간의 사랑을 합법화 하는 학생인권조례를 만들었고, 2013년 동성애를 합법화하자는 취지의 차별금지 법률안이 국회에 상정되었으나 철회되고 말았지만, 꾸준히 성적 자기 결정권을 이유로 하여 동성애의 차별을 금지하는 법안들이 잇달아 국회에서 발의하며 논란을 키우며 문제화 되고 있다.

민주당 진선미 의원 등 같은 당 소속의원(김광진, 배제정, 은수미, 장하나) 통진당(김제연, 이상규), 정의당(김재남, 박원석, 정진우) 등 10인은 지난 2014년 3월18일 동성애를 금지하고, 동성애자를 처벌할 수 있는 근거 규정인 군 형법 제92조의 6, 동성애 처벌 규정에 대하여 폐지를 위한 군 형법 일부 개정안 발의로 이어졌지만, 이 문제는 단지 군 형법만의 개정이라는 개별적 사안으로서 만의 문제가 아니다.

군형법 개정안의 발의로 촉발되어 우리사회에 뜨거운 논쟁을 불러일으켰으나 비등해진 여론에 밀려 법안은 철회되고 말았지만 아직 우리사회에 뜨거운 찬반논란이 일고 있다.

이러한 논란(군형법 폐지 찬, 반)에 대하여 첫째 추행죄에 관한 위헌성 여부 및 현재의 판단을 살펴보고, 둘째 우리는 동성애를 반대하여야 하는가! 라는 소주제로 동양적 윤리관의 관점과 서양의 기독교적 윤리관의 관점, 그리고 보건 위생상에서의 문제 등을 살펴보고 셋째 추행죄의 존속여부(본질, 성립근거, 폐지 찬, 반 등)에 관하여 논하였다.

결론으로 동성애를 합법화 할 것인가 아니면 이에 반대하여야 할 것인가의 문제를 반대론의 견지에서 논하려고 한다.

II. 본 론

1. 위헌성 여부 및 현재의 판단

1) 군형법상 추행죄에 관하여

(1) 위헌여부에 관한 찬반 논란

최근 군대내 동성애 문제가 사회적인 이슈가 되면서 군형법에서 규정하는 동성애 행위를 처벌하는 추행죄의 폐지여부와 관련하여 찬반 논의등 사회적인 관심이 뜨겁다. 외국에서도 군대 내 동성애자가 형사처벌을 받은 사례가 없으나 우리나라의 경우 군형법상 추행죄의 법률조항이 동성애 행위를 처벌하는 유일한 규정이어서 인권위, 시민사회단체, 종교계 등에서 바라는 보는 입장차이가 달라 법률조항의 위헌여부를 놓고 사회적 관심사로 부각한 것이다.

(2) 위헌제청에 관한 헌법재판소의 결정 및 반대의견 등

① 군형법상 추행죄는 상관과 부하를 불문하고 군인사이에서 이루어진 합의에 의한 성적행위를 처벌하는 규정인데 군형법상 추행죄의 법률조항은 명확성의 원칙 위반, 과잉금지원칙에 위반하여 성적자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유 침해, 평등권 침해로 인하여 헌법에 위배되어 위헌이라는 주장과 이와 반대되는 주장이 대립하고 있다.

② 헌법재판소에서는 군인간의 성행위 등은 군이라는 공공사회의 건전한 생활과 군기를 침해하는 것을 의미하는 것이 상당하다고 해석하여 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 아니하며, 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기 확립을 목적으로 동성 군인간의 성적 만족 행위를 금지하고 이를 형사처벌 하므로 입법목적 정당성 및 수단의 적절성등이 과잉금지원칙에 위반하여 군인들의 성적자기결정권이나 사생활의 비밀과 자유를 침해한 것으로 볼 수 없으며, 군대는 동성 간의 비정상적인 성적 교섭행위가 발생할 가능성이 현저히 높고, 상급자가 하급자를 상대로 동성애 성행위를 감행할 가능성이 높은 사정등 동성 간의 성적 행위만을 금지하고 이를 위반한 경우 형사처벌 한다고 볼 경우에도 차별적인 합리적인 이유가 인정되므로 동성애자간의 평등권을 침해하였다고 볼 수 없다고 판단하였다.

(헌법재판소 201111. 3. 31. 자 2008헌가21 결정 참조).

③ 그러나, 헌법재판소 재판관 김종대, 목영준, 송두환의 반대의견과 조대현의 한정위헌의견은 이성간의 성행위와 동성 간의 성행위를 차별하여 동성간의 성행위를 처벌하는 것이 타당한지 여부와 군대라는 폐쇄적인 특성을 고려하더라도 합의에 의한 성행위를 형사 처벌하는 것이 합리적인지, 군형법상 추행죄의 규정이 형벌법규의 명확성의 원칙을 위반하였다는 등의 의견이 여전히 남아 있다.

한편, 2014. 3. 17. 군형법 제92조의 6 폐지안이 입법발의 되었다. 입법예고기간동안 7만건이 넘는 반대의견이 제시되는 등군형법상 추행죄 폐지를 둘러싼 격렬한 논쟁을 피할 수 없는 상황이 되었다.

④ 하지만 군형법 제92조의 6, 동성애 처벌규정은 군대라는 특수적이고 폐쇄적인 공동사회에서 비정상적인 성적 교섭행위가 발생할 가능성이 높고, 상급자가 하급자를 상

대로 동성애 성행위를 감행할 가능성도 높으며, 이를 방지할 경우 군의 전투력 보존에 직접적인 위해가 발생할 우려가 커 동성애 성행위 등은 건전한 군기를 침해하는 것을 의미하는 것으로 해석함이 마땅하여 폐지는 반대하는 입장에서 군형법 제92조의 6 법률조항이 존속되어야 하는 이유에 관하여 보다 더 자세히 살펴보고자 한다.

2. 우리는 동성애를 왜 반대하여야 하는가!

1) 동양적 윤리관에서의 관점

우리의 성에 관한 전통적 윤리관의 입장은 과거 조선조 500년 역사 속에서, 아니 그 훨씬 이전부터 우리의 유전자에 담겨져 있는 것은 자연에 순응하고, 자연의 질서를 교란하지 않는다. 우리의 정신관은 토속신앙관이나 불교와 유가사상 및 도가의 영향을 받은 것에서 쉽게 알 수 있듯이 자연과 하나 되어 남성과 여성의 성적 역할이 분담되어 있는 것을 쉽게 알 수 있다.

그러나 요즘 들어 성개방 풍조 속에서 개인적 인권운운해가며 성적 자기결정권으로 합리화 하여 동성애를 합법화 하려는 움직임들이 보이고 있다. 조물주가 암,수를 구분 지워 놓은 것은 그들 나름대로의 기능이 있기 때문이다. 이러한 자연의 섭리를 망각하고 어기는 길로 들어서는 것은 동양적 윤리관의 입장에서 용인될 수 없다.

2) 서양 기독교적 관점

하나님께서 남자와 여자를 창조하시고, 한 여자로 이루어진 결혼제도를 만드셨다.(창세기 2:24)¹⁾ 정상적인 혼인관계 이외의 성관계는 죄악이라고 명시하셨으며(레위기 18장) 동성애 행위는 가증하다고 명시하셨다.(레위기 18:22~20:13). 두사람을 모두 죽이라고 하신 말씀은 동성간의 성폭행을 금지하기 위함이 아니고 합의하에 두사람이 행하는 동성애 행위를 금지하는 것임을 우리는 알 수 있다. 추론 하건데 소돔과 고모라가 멸망한 것은 인간의 추악한 회복할 수 없는 타락 즉 동성애의 기록에서 찾아 볼 수 있다. 이처럼 동성애를 매우 가증스럽게 여겼음을 우리는 쉽게 알 수 있다.

이렇듯 자연의 섭리, 질서를 무너트리는 행위를 신, 구약 전체를 통하여 동성애 행위는 용납되지 않고 한 남자와 한 여자로 이루어진 결혼제도 안에서만 성관계를 허용하는 하나님의 창조 원리에 어긋나는 크나큰 죄악으로 기독교 세계관적 입장은 동성애 행위를 분명히 죄악으로 간주하고 있다.

3) 보건 위생상에서의 관점

한국인 에이즈 감염자의 90% 이상이 남자이며, 이이즈 바이러스가 주로 남성

1) 하나님이 아담을 위해 하와 한 명을 지으셨다는 사실이 하나님께서 일부일처제를 만드셨음을 나타낸다.

동성애자에 의해 전파되고 있음이 한국 및 서구의 통계에서 밝혀지고 있다. 즉 남성간의 항문 성교는 에이즈를 전파하는 주요 통로임을 의미한다. 이러한 것을 균형법 92조의 6을 폐지함으로써 나타나게 될 엄청난 후폭풍을 예상하여 볼 수 있을 것이다. 동성 간의 교제로 에이즈 바이러스에 감염된 사람의 월 치료비가 수백 만 원에 이르고, 시간이 경과함에 따라 각종 합병증의 발병으로 치료비는 더욱더 가중되어 경제적으로도 궁핍하게 만드는 부작용이 발생한다.

3. 균형법상 추행죄의 존속여부

1) 균형법상 추행죄의 본질

(1) 균형법상 추행죄의 연혁과 보호법익²⁾

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 균형법은 제92조의 5로 위치를 변경하면서 구성요건의 변화 없이 법정형만 상향하였다(2년 이하의 징역). 2013. 4. 5. 개정된 균형법은 제92조의 6(추행)로 다시 위치를 변경하였다. 구 균형법 제92조는 균형법이 처음 개정된 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, 일본의 구 육군형법을 토대로 미국 전시법의 규정을 가미하여 만들어진 것이라고 한다. 국방경비법은 1928년 미국 전시법을 그대로 번역하여 만들어진 법률로서 당시 국방경비법에는 ‘기타 각족의 범죄’ 중 하나로 ‘계간’을 규정하여 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 사용하며 종교적인 배경이 반영되었던 것으로 보인다. 1950년 제정된 미국 군사통일재판법(the Uniform Code of Military Justice) 제125조에서는 모든 형태는 ‘동성 간 또는 이성간 또는 동물과의 비정상적인 성교행위’를 금지하고 있으며, 이 조항은 지금까지 같은 내용으로 유지되고 있다.

대법원과 헌법재판소는 균형법상 추행죄의 주된 보호법익을 ‘개인의 성적 자유’가 아닌 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 사회적 법익이라고 설명하고 있으며(대법원 2008. 5. 29. 선고 2008도2222판결; 헌법재판소 2002. 6. 27. 선고 2001헌바70 전원재판부 결정, 2011. 3. 21.자 2008헌가 21 결정 참조), 균형법상 추행죄에 있어

2) 이경환 변호사, 균형법 제92조의6 이대로 좋은가? 2013년 균형법상 추행죄(제92조의5) 개정의 문제점 5~6p

‘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 짓’으로 남성 간의 항문성교를 뜻한다.”라고 설명하고 있다(헌법재판소 2011. 3. 31.자 2008헌가21 결정).

(2) 군형법상 추행죄의 존립근거

가. 폐지 찬성 입장의 주장³⁾

① 현재 군인사법 등 관련 법령상 동성애자의 군복무를 금지하고 있는 규정은 존재 하지 않으며, 동성애자인 사람도 얼마든지 의무복무 또는 직업군인으로서 군복무를 할 수 있는 점,

② 군형법상 추행죄가 폐지되더라도 군대 내 동성간 성폭력은 처벌 가능한 점 (군형법상 추행죄는 강제력이 없는 당사자 간의 합의에 의한 동성 간 성적 행위를 처벌 하는데 그 취지가 있으며, 군대 내 성폭력의 처벌은 일반 형법이나 성폭력 관련법으로 가능하고, 2009. 11. 2. 군형법 개정으로 인해 일부 군대 내 성폭력범죄를 가중처벌하는 규정까지 군형법에 신설되었으므로 군형법상 추행죄는 성폭력의 처벌과는 무관하다)

③ 2009. 11. 2. 군형법 개정으로 군형법상 친고죄 규정(제92조의 8)이 폐지되어 군형법상 추행죄는 온전히 합의에 의한 성적 행위 처벌규정으로만 기능하는 점,

④ 국가인권위원회가 2003년 실시한 [군대 내 성폭력 실태조사]에 따르면 군대 내 남성간 성폭력에 대한 조사 사례 중 가해자가 동성애자인 경우는 한 건도 없었으며, 오히려 가해자들은 자신이 동성애자로 취급받는 것이 억울하다는 동성애혐오증을 보여 군대 내 성폭력의 가해자가 동성애자인 경우가 많을 것이라는 암묵적인 편견이 있는 점,

⑤ 2004. 1. 1.부터 2007. 12. 31.까지 4년 동안 육군에서 군형법상 추행죄가 적용된 전체 176건의 사건 중 172건은 강제추행에 해당하나 피해자와의 합의로 군형법상 추행죄가 적용된 경우였으며, 나머지 4건만이 비강제에 의한 동성애 행위가 문제된 경우로서, 전체 사건의 약 98%가 성폭력 범죄(강제추행)의 친고죄 규정을 회피하기 위해 군형법상 추행죄가 적용된 점(비강제에 의한 동성애 행위가 문제된 4건의 사건은 모두 기소유예 및 선고유예로 종결되어 실질적인 처벌이 전혀 이루어지지 않음),

⑥ 군형법상 추행죄는 입법목적과는 달리 사실상 강제추행죄나 강간죄에 대해

3) 2013년 군형법상 추행죄 개정의 문제점을 제기한 이경환 변호사의 주장 중 기존의 군형법상 추행죄의 관련 논쟁의 문제점을 정리하였다.

보충적으로 적용되어 피해자의 고소 취소 등으로 인해 가해자를 처벌할 수 없는 경우에도 이를 처벌할 수 있게 하는 군대 내 성폭력 범죄의 비친고죄화 기능을 수행하여 왔다는 점등 이다.

나. 폐지 반대 및 존립의 필요성

① 첫째, 현재 군인사법 등 관련 법령상 동성애자의 군복무를 금지하고 있는 규정은 존재 하지 않으며, 동성애자인 사람도 얼마든지 의무복무 또는 직업군인으로서 군복무를 할 수 있는 점을 들어 추행죄 폐지와 동성애자의 군복무 문제는 무관하다고 하나,

군대 내 동성애자가 근무하는 것에 관하여는 다툼이 없으나 군 복무 중 상급자와 하급자간 하급자와 상급자간 동성애 성행위로 인하여 타 상급자 및 하급자는 물론이고 일반인에게 혐오감을 일으키는 것은 우리나라의 정서 및 국민의 일반적인 도덕관념에 반하는 행위이므로 현 시대의 성적 도덕관념 등 제반 사정을 고려하여야 하나 군의 공동사회라는 점을 감안하면 동성애자들로 인하여 군 내부에 성적으로 문란한 행위가 만연하게 된다면 군의 전투력보존에 직접적인 위해가 발생할 가능성이 있어 결국, 군기를 상당히 침해하므로 추행죄를 적용하여 이러한 문제 발생의 예방이 필요하다 할 것이다.

② 둘째, 군형법상 추행 죄가 폐지되더라도 군대 내 동성간 성폭력은 처벌 가능한 점을 지적하나,

군대 내 동성간 성폭력은 처벌 가능하다는 점에서는 다툼이 없으나, 추행죄가 폐지되면 사실상 개인의 성적 자유라는 미명하에 상급자는 하급자에게 계급을 이용하여 강제력을 행사할 수도 있으며, 반강제적으로라도 성적접근하여 하급자가 거부의 의사표시를 하는 경우에도 지속적인 추행을 감행할 수 있어 이런 경우 형사처벌할 근거가 없게 되므로 최소한의 범위 내에서 처벌하기 위해 추행죄가 유지되어야 할 것이다.

③ 셋째, 군형법상 추행죄는 온전히 합의에 의한 성적 행위 처벌규정으로만 기능하는 점이라고 하나,

군대의 특성상 명령에 복종하는 계급 체계로 이루어진 까닭에 온전히 합의하였다고 하더라도 그 합의의 배경 및 합의에 이르던 과정, 동성애자의 관계, 상대방에 대한 신뢰성 여부등 일반사회에서 말하는 합의와 다른 배경등이 있다는 것은 군대의 특수한 현실여건이 고려될 수 밖에 없어 온전한 합의에 의한 성적 만족인지 의심스러울 것이며, 설령 온전한 합의가 있었다고 하더라도 군이라는 공동사회는 당사자만의 문제가 아니라 할 것이므로 동성 군인간의 성적 만족 행위를 금지하고 이를 형사처벌하는 추행 죄는 군대 병영문화상 존속이 필요한 이유이다.

④ 넷째, 국가인권위원회가 2003년 실시한 [군대 내 성폭력 실태조사]에 따르면 군대 내 남성간 성폭력에 대한 조사 사례 중 가해자가 동성애자인 경우는 한 건도 없었으며, 오히려 가해자들은 자신이 동성애자로 취급받는 것이 억울하다는 동성애혐오증을 보여 군대 내 성폭력의 가해자가 동성애자인 경우가 많을 것이라는 암묵적인 편견이 있는 점을 지적하고 있으나,

군인 간 일어난 동성애 사건은 대부분 장교 및 부사관과 사병 사이에서 발생하여 계급이란 혐의원칙 아래 사병들은 대부분 불가항력으로 명령에 복종하는 피해는 당한다는 것이다. 나아가 동성애자로 밝혀진 병사들은 동료 병사들에게 학대를 받기도 하며, 부대에 소문날 것이 두려워 피해사실이 전혀 없다고 거짓말을 하고 혼자 속앓이 하는 경우도 많아 사건이 수면위로 떠오르지 않으면 일반적인 실태조사에서는 명확한 사실관계 접근이 어려워 이와 같은 이유에서 추행죄의 형사처벌 조항이 필요하다 하겠다.

⑤ 다섯째, 실제 사건에서 추행죄 적용이 극히 적고 대부분인 98%의 사건에서 강제 추행 죄가 적용되어 성폭력 범죄(강제추행)의 친고죄 규정을 회피하기 위해 군형법상 추행 죄가 적용되고 있는 점을 보아도 추행죄는 유명무실하여 폐지는 당연한 것이라고 하나,

아무리 추행죄 적용이 미미 하더라도 동성애 성행위로 인하여 억울한 피해자 단 한 사람이 있을 수도 있으며, 그 피해자 한 사람이 내 가족 및 내 친척 내 이웃 지인일 경우 피해자 입장에서 생각한다면 군에 입대하여 정상적인 병영 생활 중 이와 같은 피해자로 전락하게 된 사실을 알게 되었을 때 가해자를 처벌할 규정이 전혀 없다면 도리어 피해자가 사생활의 비밀과 자유를 침해당하므로 추행 죄 적용 실태를 떠나 억울한 피해자 구제가 우선 적용되어야 하므로 추행 죄로 가해자를 처벌하는 현 법률조항인 추행 죄는 그 법정형의 조정이 필요함은 별론으로 하더라도 존속되어야 함은 이견이 없다 할 것이다.

⑥ 여섯째, 군형법상 추행 죄는 입법목적과는 달리 가해자를 처벌할 수 없는 경우에도 이를 처벌할 수 있게 하는 군대 내 성폭력 범죄의 비친고죄화 기능을 수행하여 왔다는 점이 폐지 사유의 이유라고 하나,

군형법상 추행 죄는 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기 확립을 목적으로 동성 군인간의 성적 만족 행위를 금지하고 이를 형사 처벌하므로 입법목적의 정당성과 수단의 적정성이 인정된다는 것이 헌법재판소의 합헌취지이며, 나아가 추행의 유형이나 그 상대방의 피해상황 등을 구체적으로 구분하지 아니하고 군의 특수성을 고려한 사회적 법익을 침해한 모든 추행행위에 대하여 일괄적으로 징역형으로 처벌하도록 하고 있어 이는 입법 재량권이 자의적으로 행사되었다고 보기도 어렵다는 것이어서 추행죄가 군대 내 성폭력 범죄의 비친고화 기능을 수행하였는지도 명확하지 않다.

(3) 소 결

결국, 군형법 제96조의 6(추행) 법률조항의 폐지는 주장하는 입장에서 살펴볼 때 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 강화하는 것이 군형법상 추행죄의 본질이어서 강제추행 등 포함 여부가 불명확하고, 추행의 주체 및 상대방이 불명확하며, 행위자들 사이의 관계 및 행위 장소 고려 여부가 불명확하여 입법목적의 정당성 및 수단의 적정성, 피해최소성 및 법익 균형성이 전혀 고려되지 않아 과잉금지 원칙에 위반하여 성적자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유를 침해하며, 동성애자의 평등권을 침해하는 위헌적인 법률에 해당하므로 2011년 헌법재판소의 군형법상 추행 죄에 대해 위헌 판단을 한 것은 여러 가지 측면에서 이해하기 어려운 결과로 받아들일 수도 있으나,

군형법상 추행죄의 적용은 군이라는 특수한 상황에서 발생하는 상급자와 하급자사이의 동성 성행위를 처벌하는 법률조항이므로 그 행위가 공동생활이나 군기에 미치는 영향과 그 시대의 성적 도덕관념 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 신중히 결정되어야 할 것이어서 위 군형법 제96조의 6(추행)은 대부분 현역에 복무하는 장교, 준사관, 부사관 및 병사를 그 적용대상자로 하므로(군형법 제1조) 이와 같은 적용대상자가 동성 간 항문성교나 그 밖의 추행을 한 사람은 2년이하의 징역에 처하는 법률조항은 우리나라의 안보상황과 징병제도 하에서 단순한 행정상의 재재만으로는 효과적으로 추행 행위를 규제하기 어려워 그 법정형이 지나치게 무겁다고 볼 수 없어 **현 군형법 추행 죄의 조항은 존치되어야 하며, 군형법이 국회에서 개정되는 경우도 그 개정 법률안이 적절한지 여부를 따져 추행죄는 존치되어야 할 것입니다.**

III. 결론

1. 나가며

군형법상 추행죄(제92조의 6) 법률조항 폐지여부에 대하여 서론 부분에 열거하며 문제 제기하였듯이 이는 심각한 문제로서 우리의 전통적 윤리관에서의 관점, 성경에 입각한 기독교적 윤리관의 관점에서 공통적으로 지적되고 있는 동성애의 부독덕성을 지적하고 있다. 이는 자연의 섭리를 어기는 것으로 매우 위중하다 여기지 않을 수 없다. 또한 이런 동성애의 만연은 각종 질병을 창궐하게 할 수 있는 여지가 다분하고 아직 치료약조차 개발되지 않은 에이즈 바이러스 감염이 그 대표적인 예라 하겠다. 에이즈 바이러스 감염자의 대다수가 남성간의 동성애 즉 항문 성교를 통하여 감염되었다는 연구 결과를 쉽게 접하여 확인 할 수 있다. 최근 대법원 및 헌법재판소의 판결에서도 밝히고 있다. 그 주된 보호법익을 개인의 성적자유가 아닌 군의 특수성을 전제하여 공동사회의 건전한 생활과 군기라는 사회적 법익 즉, 개인 보다는 사회의 불특정 다수인 공동의 입장에서

해석함이 상당하여 이를 전제로 한 동성간 합의하에 이루어지는 성행위는 상급자가 하급자를 상대한 한 가능성이 높아 강제적인 명령이 작용함이 계급사회의 특성상 가능성이 상당하여 군의 건전한 생활과 군기를 침해하는 것으로서 이를 폐지할 경우 성추행으로 고통 받는 병사들이 늘어나게 될 것은 자명한 일이고 나아가 비정상적인 성행위로 인한 에이즈 확산, 군대 내 희롱, 상급자로부터 성폭력 등이 암암리에 전개되어 군 기강이 해이 해져 전투력 손실은(우리나라의 경우 남북이 대치하고 있는 상황에서 군기강의 문제는 전투력 손실과 직결된다) 물론 안보의식마저 흔들릴 가능성 있습니다.

2013년 10월 여론전문기관인 한국갤럽조사연구소에서도 군 전역자 20대, 30대 중 1,020명에게 “군대 내 동성애 허용이 군 기강과 전투력에 미치는 영향”에 대해 물을 결과 약 70%가 ‘부정적 영향을 미친다.’고 응답하였고, 군형법 제92조의 6의 개정 움직임에 대하여도 64.2%가 ‘강화하는 방향으로 개정해야 한다.’며 목소리를 높였습니다. 반대로 ‘폐지해야 한다.’는 응답은 6.5%에 불과하였습니다. 이와 같이 이유에서 군형법 제92조의 6 법률조항은 존속되어야 할 것입니다.

군형법 제92조의6, 동성에 처벌규정의 폐지 여부

팀 명 : ing 2

전북지역대학 법학과

이기수 201221-122311

왕정금 201321-320106

국동현 201321-320109

김종표 201021-124772

목 차

I. 서론

II. 본론

1. 일반적 견해
2. 군형법 제 92조 6항의 내용 및 헌법재판소 판결에 대한 고찰
 - 1) 군형법 제 92조 6항의 내용
 - 2) 헌법재판소 판결에 대한 고찰
 - (1) 명확성의 원칙에 대한 고찰
 - (2) 목적의 정당성에 대한 고찰
 - (3) 과잉금지의 원칙에 대한 고찰
 - (4) 평등권을 침해 여부에 대한 고찰

III. 결론

< 참고문헌 >

I. 서론

우리 군형법은 군대 안에서 성행위에 대하여 처벌하고 있다. 특히 군형법 제 92조 6항은 동성 간의 성행위에 대하여 처벌을 명시하고 있다.

군은 무력에 의하여 국헌을 수호하고 국토를 방위함을 목적으로 한다. 이와 같은 사명을 다할 수 있기 위해서는 군 전체가 혼연일체로서 하나와 같이 행동할 수 있는 고도의 질서와 규율을 필요로 한다. 따라서 군의 조직은 상명하복(上命下服)의 엄격한 계층구조로 형성되며, 그 군 위계질서는 다른 어느 사회에서도 볼 수 없을 만큼 엄격함이 요구된다.¹⁾

<군형법>은 형벌이라는 실력적 제재를 통하여 그러한 군사회의 조직과 질서를 유지하고 전투력을 보전, 강화하기 위한 하나의 수단인 것이다.

2000년 연예인 홍석천의 커밍아웃과 2001년 트랜스젠더 하리수의 등장은 우리 사회에 동성애자의 존재와 트랜스젠더에 대한 인식에 큰 영향을 준 것이 사실이며 일반인들의 동성애를 처벌하는 법률규정은 두고 있지 않는 현실에 맞춰 군형법 제 92조의6을 둘러싼 동성애자에 대한 고찰이 필요하다.

최근에 군형법 제92조의6, 동성애 처벌규정에 대한 찬반의견이 많은바 “성적 지향”을 이유로 한 헌법 제10조 행복추구권 제11조 평등권 제21조 표현의자유 등을 침해하는 것으로 주장을 하나 이는 군형법의 목적을 모르는 주장이라 할 것 이다.

군형법 92조의 6의 추행죄는 군내부의 건전한 공적생활을 영위하고, 이른바 군대가정의 성적 건강을 유지하기 위하여 제정된 것으로서, 주된 보호법익은 “개인의 성적 자유”가 아니라 “ 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기”라는 사회적 법익이다.

성적자기결정권에 대한 견해

헌법 제10조는 "모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다."라고 규정하여 모든 기본권을 보장의 종국적 목적(기본이념)이라 할 수 있는 인간의 본질이며 고유한 가치인 개인의 인격권과 행복추구권을 보장하고 있다. 그리고 개인의 인격권·행복추구권에는 개인의 자기운명결정권이 전제되는 것이고, 이 자기운명결정권에는 성행위여부 및 그 상대방을 결정할 수 있는 성적자기결정권이 또한 포함되어 있으며 군 형법92조의6 규정이 개인의 성적자기결정권을 제한하는 것임은 틀림없다.

그러나 개인의 성적자기결정권도 국가적·사회적·공공복리 등의 존중에 의한 내재적 한계가 있는 것이며, 따라서 절대적으로 보장되는 것은 아닐 뿐만 아니라 헌법 제37조 제2항이 명시하고 있듯이 질서유지(사회적 안녕질서), 공공복리(국민공동의 행복과 이익) 등 공동체 목적을 위하여 그 제한이 불가피한 경우에는 성적자기결정권의 본질적 내용을 침해하지 않는 한도에서 법률로써 제한할 수 있는 것이다.²⁾

1) 네이버 한국민족문화대백과

2)헌법 37조 2항

그러므로 군 형법92조의6 규정이 성적자기결정권을 제한하는 법률로서 헌법 제37조 제2항이 규정한 기본권제한 기준에 합치되는 법률인가를 보건대, 동성간에 성관계를 맺는 것은 선량한 성도덕이나, 헌법 36조1항의 혼인제도에 반할 뿐더러, 동성애의 행위는 국가사회의 기초인 양성의 평등을 기초로 한 가정의 화합을 파괴하고 자녀문제, 이혼 등 사회에 여러 가지 해악을 초래하게 되는 것이 엄연한 현실이다.

그러므로 선량한 성도덕과 일부일처주의 혼인제도의 유지 및 가족생활의 보장을 위하여서나 동성애로 인하여 야기되는 사회적 해악의 사전예방을 위하여서는 동성애에 대해 규제하는 것은 불가피한 것이며, 그러한 행위를 한 자를 2년 이하의 징역에 처할 수 있도록 규정한 군 형법 제92조의 규정은 성적자기결정권에 대한 필요 및 최소한의제한으로서 자유와 권리의 본질적 내용을 침해하는 것은 아니라고 인정된다.

따라서 동성애의 규정을 개인의 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권을 부당하게 침해하는 법률이라고 할 수 없다. 그리고 신체의 자유제한은 자유형을 과하는 군 형사처벌에 당연히 수반되는 것이므로, 그것이 적법절차에 의한 것인 이상은 다른 형벌규정과 마찬가지로 신체의 자유에 대한 부당한 제한이 될 수 없다.

II. 본론

1. 일반적 견해

특정의 인간행위(동성애)에 대하여 그것이 불법이며 범죄라 하여 국가가 형벌을 행사하여 이를 규제할 것인지, 아니면 단순히 도덕률에 맡길 것인지를 문제는 인간과 인간, 인간과 사회와의 상호관계를 함수로 하여 시간과 공간에 따라 그 결과를 달리할 수 밖에 없는 것이고, 결국은 그 사회의 시대적인 상황·사회구성원들의 의식 등에 의하여 결정될 수밖에 없다. 우리는 여기서 기본적 가치에 대해 생각을 하지 않을 수 없다.

기본적 가치는 인간의 존엄성 보장처럼 대부분의 사람들이 바람직하다고 생각하며 근본적인 것으로 보는 가치로서, 가치 충돌 시 선택의 1차적 기준이 된다. 보편적 가치는 여러 사람들이 지속적으로 바람직하다고 생각하는 가치이다. 생명 · 자유 · 정직 · 신뢰 · 평화가 육체적 쾌락 · 개인적 즐거움 · 금전적 욕구보다 보편적이다. 아울러 인간의 존엄성 · 자유 · 평화 등과 같이 대부분의 사람이 의견을 같이 하고 바람직하다고 생각하는 가치를 기본적이고 보편적인 가치라고 한다. 이러한 가치는 금전적 욕구 · 육체적 쾌락 · 개인의 즐거움 등과 같은 한시적인 가치보다 우선적으로 선택할 필요가 있다. 그러므로 군형법 제 92조 6항은 성소수자의 차별이 아닌 합리적 차별이며 “같은 것은 같게, 다른 것은 다르게 하라”는

평등의원칙 과도 충돌되지 않는다.

그리고 군형법 제92조 6항 성적자기결정권침해라 하여 폐지하면 동성애보다 선량한 풍속을 해치고 혐오감이 더 크다고 할 수 있는 근친상간, 수간 등에 대하여도 논하지 않을 수 없으며 미성년자와의 성관계 그리고 성매매 방지법과 그리고 헌법36조1항의 혼인제도 및 법률혼주의 그리고 중혼금지제도, 축첩제도 등 에 대하여 부정의 결과를 초래할 우려가 크다 할 수 있다.

2. 군형법 제 92조 6항의 내용 및 헌법재판소 판결에 대한 분석

1) 군형법 제 92조 6항의 내용

군형법 제 92조 6항은 항문성교나 그 밖의 추행을 한 사람은 2년 이하의 징역에 처한다. 특히 2004년 7월 2일에 이경제 의원 등 35명의 국회의원들은 구 군형법 제92조 중 ‘계간’ 부분이 남성간의 동성애 행위만을 규정하여 형평성의 논란이 있고, 인의 성적 자기결정권의 측면에서 볼 때 형법에서 이를 다루는 것은 적절하지 않다는 이유로 구 군형법 제92조의 추행죄를 ‘위계 또는 위력’에 의한 경우로 한정하고, 군에서 동성 간의 성행위에 대해서는 내부의 징계절차 또는 현역복무적합회부제도³⁾ 등이 적절하다고 보아 단순 추행에 대해서는 구 군형법 제92조의 추행죄의 범죄구성요건에서 제외하고, 위계 또는 위력에 의한 추행에 대해 5년 이하의 징역에 처하도록 하며, 비친고죄임을 명문화하는 개정안을 제출하였으나, 입법이 이루어지지 못하였다.⁴⁾

그리고 제17대 국회에서 정부는 군형법 일부개정안을 발의하였는바, 그 내용들 중 구 군형법 제92조의 내용을 세분화하여 폭행 또는 협박으로 계간 그 밖의 추행을 한 경우, 위계 또는 위력으로 계간 또는 추행을 한 경우, 그 외의 방법으로 계간 또는 추행을 한 경우로 각각 분류하여 그 법정형을 다르게 규정하였는바, 동 개정안은 임기만료로 폐기되었다.⁵⁾

그리고 ‘추행’의 형법적 의미는 가해자가 성욕의 흥분이나 자극 또는 만족을 목적으로 하는 행위로서 건전한 상식 있는 일반인의 수치심이나 혐오감을 불러일으킬 수 있을 정도의 간음 이외의 일체의 성적 가해행위라고 보는 견해⁶⁾가 있으나, 이 견해는 가해자가 성적흥분이나 만족 등의 목적이 없이 다른 동기에 의한 음란행위를 본죄에서 부당하게 제외시키게 된다는 점과 개인의 성적 자유의 보호가 가해자의 목적이나 주관적 경향에 의해 좌우되는 불합리한 결과를 초래하게 된다는 점에서 피해자나 일반인에게 객관적으로 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하는 일체의 음란행위를 뜻한다고 보는 것이 다수설이며⁷⁾, 법원 판례의 입장이다.⁸⁾

이에 대해 2008년 5월 29일에 대법원은 “구군형법 제92조의 ‘기타 추행’이란 계간에 이르지 아니한 동성애 성행위등 객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 성적 만족 행위로서, 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 침해하는 것이며, 이에 해당하는지의 여부는 행위자의 의사, 구체적 행위태양, 행위자들 사이의 관계, 그 행위가 공동생활이나 군기에 미치는 영향과 그 시대의 성적 도덕관념 등을 종합적으로 고려하여 신중히 결정되어야 한다.”라고 판시하여⁹⁾ 형법상 강제추행

3) 병역법 제65조 제1항 제1호와 동 시행령 제137조 제1항 제3호에 의해 군복무가 곤란한 질병이나 심신장애가 있는 경우에는 병역처분의 변경을 통해 전역을 시킬 수 있는바, 이를 ‘현역복무적합 회부제도’라고 한다. 현재 군대에서의 처리기준으로 볼 때 동성애자라는 이유만으로 현역복무 부적합 판정이 되지 않고, 심각한 부적응이나 정신질환 또는 사고의 발생 등 추가적인 사정이 있을 때 한하여 현역복무 부적합판정을 하고 있다고 한다. 이경환, 위의 논문, 72쪽, 각주 35).

4) 이경환, 위의 논문, 72쪽.

5) 형사법연구 제21권 제4호(한국형사법학회, 2009), 394쪽, 각주 68).

6) 김일수/서보하, 새로 쓴 형법각론(박영사, 2004), 163쪽; 김종원, 형법각론(상)(법문사, 1971), 133쪽; 이재상, 형법각론(박영사, 2010), 168쪽; 임웅, 형법각론(법문사, 2011), 179쪽; 정영석, 형법각론(법문사, 1983), 275쪽 등.

7) 김성돈, 형법각론(성균관대 출판부, 2010), 164쪽; 배종대, 형법각론(홍문사, 2010), 260쪽; 손동권, 형법각론(울곡출판사, 2010), 154쪽; 오영근, 형법각론(박영사, 2009), 180쪽; 이형국, 형법각론(법문사, 2007), 219쪽 등.

8) 대법원은 “추행이라 함은 객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고, 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위다.”라고 판시하였다. 대법원 1998. 1. 23. 선고, 97도2506 판결; 대법원 2002. 04. 26. 선고, 2001도2417 판결.

죄에서의‘추행’과는 달리 구 군형법상 ‘추행’은 일반인의 혐오감을 일으키는 변태적성적 만족 행위에 한정하고 있고, 행위의 태성과 성적 만족을 목적으로 하는 주관적 요소를 강조하고 있으며, 피해자의 성적 자유의 침해가 아닌 군의 이익의 침해로 보고 있다.¹⁰⁾

군형법 제92조 6항에서 ‘기타행위’의 구성요건에 포함되어 처벌된다고 할 것이다. 이에 고등군사법원은 “옷을 입고 있는 피해자의 성기를 손으로 만지고 이불을 덮고 있는 피해자의 위에 올라타 성교하는 시늉을 한 행위는 구 군형법 제92조의 추행죄에 해당한다.”라고 판시하였으나,¹¹⁾ “공개된 장소에서 피해자의 뺨이나 이마에 1회 입맞춤을 한 행위의 정도로는 구 군형법 제92조의 추행죄에 해당하지 않는다.”라고 판시하였다.¹²⁾ 한편 대법원 73도1915 판결에서 군법 피 적용자와 민간인과 간에 이루어진 추행행위에도 군법 피 적용자에게 본조를 적용할 수 있다면 그 상대방인 민간인의 추행사실이 공개되어 그 명예를 오손하는 부당한 결과를 초래하게 되며, 구 군형법 제92조가 친고죄가 아니므로 고소 없이 처벌할 수 있으나, 구 군형법 제92조보다 중한 형법상의 강제 추행죄는 친고죄이므로 고소가 있어야 비로소 처벌할 수 있어 소송조건에도 균형을 잃은 결과가 된다.”라고 판시하였는바,¹³⁾ 이렇듯 군형법의 피 적용자가 추행을 공공연히 하면 형법상의 공연음란죄와 구 군형법 제92조의 추행죄가 상상적 경합관계에 있게 된다고 보는 것이 타당하다.¹⁴⁾

(1) 명확성의 원칙에 위반하는지 여부

헌법재판소의 2011년 3월 31일의 2008헌가21 결정에서 헌법재판소 재판관의 다수는 “구 군형법 제92조의 ‘기타 추행’이란, 예시적 입법규정인 ‘계간’에 이르지 아니한 동성 간의 성행위 등 객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 성적 만족 행위로서, 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 침해하는 것을 의미한다고 할 것이고, 이에 해당하는지 여부는 행위자의 의사, 구체적 행위태양, 행위자들 사이의 관계, 그 행위가 공동생활이나 군기에 미치는 영향과 그 시대의 성적 도덕관념 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 신중히 결정되어야 할 것인바, 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 군형법 피적용자는 어떠한 행위가 구 군형법 제92조의 ‘기타 추행’에 해당되는지의 여부를 충분히 파악할 수 있고, 그러한 전형적인 사례인 ‘추행’이 무엇인지를 해석할 수 있는 판단지침이 되며, 대법원 판결¹⁵⁾ 등에 의하여 구체적이고 종합적인 해석기준이 제시되고 있기 때문에 구 군형법 제92조는 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 반하지 않는다.”라고 판시하였다.¹⁶⁾

9) 대법원 2008. 05. 29. 선고, 2008도2222 판결.

10) 조인형, “군형법상 추행죄의 문제점 및 개선방안”, 공군법률논집 제13집 제1권(공군본부 법무실, 2009), 5쪽 이하.

11) 고등군사법원 2000. 12. 26. 선고, 2000노524 판결.

12) 고등군사법원 1999. 03. 30. 선고, 99노31 판결.

13) 대법원 1973. 09. 25. 선고, 73도1915 판결.

14) 고등군사법원, 앞의 책, 184쪽 이하; 이경환, 앞의 논문, 70쪽; 조인형, 앞의 논문, 6쪽.

15) 대법원 2002. 04. 26. 선고, 2001도2417 판결; 대법원 2008. 05. 29. 선고, 2008도2222 판결 등.

16) 헌법재판소 2011. 03. 31. 선고, 2008헌가21 결정. 이와 동시에 구 군형법 제92조의위헌여부에 대한 헌법재판소 2002. 06. 27. 선고, 2001헌바70 결정의 다수 견해이기도 하다.

(2) 목적의 정당성에 위반하는지 여부

2011년 03월 31일에 헌법재판소는 2008헌가21 결정에서 구 군형법 제92조는 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기 확립을 목적으로 동성 군인 간의 성적 만족 행위를 금지하고 이를 형사 처벌하므로 입법목적의 정당성 및 수단의 적정성이 인정된다고 판시하였다.¹⁷⁾

그리고 추행의 유형이나 그 상대방의 피해상황 등을 구체적으로 구분하지 아니하고 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 사회적 법익을 침해한 모든 추행행위에 대하여 일괄적으로 1년 이하의 징역형으로 처벌하도록 규정하였다는 사유만으로는 입법재량권이 자의적으로 행사되었다고 보기 어렵고, 단순한 행정상의 제재만으로는 효과적으로 추행 행위를 규제하기 어려우며, 다른 법률에 규정된 추행 관련 범죄와 비교하여 그 법정형이 지나치게 무겁다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 선고유예도 가능하다는 점을 종합해 보면, 피해 최소성 원칙에 반한다고 볼 수 없으며, 나아가 성적자기결정권이나 사생활의 비밀과 자유의 제한 정도가, ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활 및 군기의 보호’, 나아가 ‘국가안보’라는 공익보다 크다고 할 수 없다고 할 것 이다.

그리고 동성애 처벌규정을 폐지하면 자연스럽게 동성애 결혼을 허용해야하는 문제점이 야기되면, 동성결혼을 허용하면 결혼은 물론 가족개념 자체가 무너지고 사회적 혼란이 온다. 가족이란 독립된 양성의 화합이 전제이며, 가족을 통해 모든 사람은 사회화 되고 동물과 다른 인간성을 획득하게 된다. 그런데 동성결혼은 근본적으로 이런 가족의 역할을 부정 하게 되는 것이다. 성적 자기결정권에 대한 인권보호란 인간 존엄성에 해를 끼치지 않는 것이다. 반대론자들도 동성애 자들의 인격을 존중해 줄 자세는 되어있다. 하지만 모든 사람에게 혜택을 주는 것은 절대적 평등이지 인권존중이 아니다. 동성애 허용을 하게 되면 결국은 동성결혼도 인정해야 된다. 동성애 옹호론자들은 절대적 평등을 요구하는 것이다. 정당한 근거에 기반해 차등을 드는 것은 차별이 아니다. 아울러 미국과 유럽에서 동성애를 허용한다고 해서 생각과 사상 그리고 전통이 다른 우리가 무분별 아니 무차별적으로 받아 들여서는 안된다 할 것 이다.

(3) 과잉금지의 원칙에 위반하는지 여부

군형법 제92조의 기본권제한 원칙인 과잉금지의 원칙 위반여부에 대하여도 헌법재판소는 합헌으로 판시하고 있다. 즉, “입법자가 사회적 법익을 주된 보호법익으로 하는 군형법 제92조를 제정하면서, 군형법 피적용자가 행한 추행의 유형이나 그 상대방의 피해상황 등을 구체적으로 구분하지 아니하고 위와 같은 사회적 법익을 침해한 모든 추행행위에 대하여 일괄적으로 1년 이하의 징역에 처하도록 규정하였다는 사유만으로 입법재량권을 자의적으로 행사하였다고 볼 수는 없으므로, 군형법 제92조 중 ”기타 추행“부분이 헌법상 과잉금지 원칙등에 위배된다고 보기는 어렵다”라고 판시하였다.¹⁸⁾

17) 헌법재판소 2011. 03. 31. 선고, 2008헌가21 결정.

18)노기호, 군형법 제92조 “추행죄”의 위헌성고찰

(4) 평등권을 침해하는지 여부

평등권에 비추어 볼 때 구 군형법 제92조의 위헌 여부에 대한 2011년 3월 31일의 2008헌가21 결정에서 헌법재판소는 “군대는 엄격한 상명하복의 수직적인 인간관계로 이루어져 있고, 절대 다수의 혈기왕성한 젊은 남성 의무복무자들이 이성 간의 성적 욕구를 원활하게 해소할 방법이 없는 상태에서 장기간의 폐쇄적인 단체생활을 해야 하므로, 군대는 동성인 남성 간의 비정상적인 성적 교섭행위가 발생할 가능성이 현저히 높고, 상급자가 하급자를 상대로 남성 간 동성에 성행위를 감행할 가능성이 높으며, 이를 방지할 경우 군의 전투력 보존에 직접적인 위해가 발생할 우려가 크다.

이에 반하여 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 명령체제나 위계질서를 위태롭게 할 우려가 크다고 할 수도 없으므로, 구 군형법 제92조가 동성 간의 성적 행위만을 금지하고 이를 위반한 경우 형사처벌 한다고 보더라도 그러한 차별에는 합리적인 이유가 인정되므로, 동성애자의 평등권을 침해한다고 볼 수 없다.”라고 판시하였다.¹⁹⁾

III. 결론

1. 우리의 군대 내 동성애 정책에 대한 검토

우리나라의 경우 동성애를 직접적으로 규율하고 있는 일반법은 없다. 그러나 현재 우리의 군형법 92조의 6항에서는 “사람에 대하여 항문성교나 그 밖의 추행을 한 사람은 2년 이하의 징역에 처한다” 라고 규정하고 있다.²⁰⁾

1) 군형법92조 위헌소원

이 사건에서의 당시 군형법 제92조는 ‘계간 기타 추행한 자는 1년 이하의 징역에 처한다.’라고 규정하고 있었다. 헌법재판소는 이 조항의 ‘기타 추행’부분이 형벌법규의 명확성의 원칙이나 헌법상 과잉금지의 원칙에 위배되는지 여부에 대하여 판단하였다.

헌법재판소는 “이 법률조항은 군 내부의 건전한 공적생활을 영위하고, 이른바 군대 가정의 성적 건강을 유지하기 위하여 제정된 것으로서, 주된 보호법익은 ‘개인의 성적 자유’가 아니라 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 사회적 법익”이라고 밝히고 있다. 헌법재판소는 “이 사건의 주된 쟁점 중 하나인 ‘추행’이란 일반적으로 정상적인 성적 만족행위에 대비되는 다양한 행위태양을 총칭하는 것이고, 입법자가 ‘추행’에 해당하는 행위를 일일이 구체적, 서술적으로 열거하는 방식으로 명확성의 원칙을 관철하는 것은 입법기술상 불가능하거나 현저히 곤란하다. 이 사건 법률조항의 범죄구성요건사실인 ‘추행’은 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 보호법익을 침해하는 동시에 일반인의 입장에서 추행행위로 평가될 수 있는 행위이고, 건전한 상식과 통상적인 법을 감

19)헌법재판소 2011. 03 .31. 선고, 2008헌가 결정에서 3-라-(2) 참조

20)군형법 92조 6(추행)

정을 가진 균형법 피 적용자는 어떠한 행위가 이 사건 법률조항의 구성요건에 해당되는지 여부를 어느 정도 쉽게 파악할 수 있으며, 법률적용자가 이 사건 법률조항 중 ‘기타 추행’ 부분을 자의적으로 확대하여 해석할 염려가 없기 때문에, 형벌법규의 명확성의 원칙에 위배되지 아니”한다고 하고 있다.

그리고 헌법재판소는 “입법자가 이 법에 위반되는 추행행위에 대하여 일괄적으로 1년 이하의 징역형으로 처벌하도록 규정하였다는 사유만으로 입법재량권을 자의적으로 행사하였다고 볼 수는 없다. 그러므로 이 사건 법률조항 중 ‘기타추행’ 부분이 헌법상 과잉금지의 원칙 등에 위배된다고 보기도 어렵”다고 하였다.

2) 균형법 92조 위헌제청

이 사건에서는 헌법재판소는 “계간 기타 추행한 자는 1년 이하의 징역에 처한다.”라고 규정한 구 균형법이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되는지 여부와 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위반하여 성적자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유를 침해하는지 여부 그리고 이 사건 법률조항이 동성애자의 평등권을 침해하는지 여부에 대하여 판단하였다.

헌법재판소는 “여기에서의 ‘기타 추행’이란, 계간에 이르지 아니한 동성애 성행위 등 객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 성적 만족 행위로서 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 침해하는 것을 의미한다고 할 것이고, 이는 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 균형법 피적용자는 어떠한 행위가 이 사건 법률조항의 구성요건에 해당되는지 여부를 충분히 파악할 수 있고, 그 전형적인 사례인 ‘계간’은 ‘추행’이 무엇인지를 해석할 수 있는 판단지침이 되며, 대법원 판결 등에 의하여 구체적이고 종합적인 해석기준이 제시되고 있는 이상, 이 사건 법률조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 아니”한다고 하고 있다.

그리고 “이 사건 법률조항은 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기 확립을 목적으로 동성 군인 간의 성적 만족 행위를 금지하고 이를 형사 처벌하므로 입법목적의 정당성 및 수단의 적정성이 인정된다. 나아가 성적자기결정권이나 사생활의 비밀과 자유의 제한 정도가, ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활 및 군기의 보호’, 나아가 ‘국가안보’라는 공익보다 크다고 할 수 없어, 법익 균형성을 일탈하였다고 보기도 어려우므로, 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위반하여 군인들의 성적자기결정권이나 사생활의 비밀과 자유를 침해한 것으로 볼 수 없다”고 하고 있다. 또, “군대는 동성 간의 비정상적인 성적 교섭행위가 발생할 가능성이 현저히 높고, 상급자가 하급자를 상대로 동성애 성행위를 감행할 가능성이 높으며, 이 이를 방지할 경우 군의 전투력 보존에 직접적인 위해가 발생할 우려가 크므로, 이 사건 법률조항이 동성 간의 성적 행위만을 금지하고 이를 위반한 경우 형사 처벌한다고 볼 경우에도, 그러한 차별에는 합리적인 이유가 인정되므로 동성애자의 평등권을 침해한다고 볼 수 없다”고 한다.

3) 균형법 제 92조 6항에 관한 폐지 여부에 대한 검토

균형법 92조의 6항의 추행죄는 군내부의 건전한 공적생활을 영위하고, 이른바 군대가정의 성적 건강을 유지하기 위하여 제정된 것으로서, 주된 보호법익은 “개인의

성적 자유”가 아니라 “ 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기”라는 사회적 법익이다.

일부의 동성애자들이 주장하는 행복추구권의 중국적 목적(기본이념)이라 할 수 있는 것은 인간의 본질이며 고유한 가치인 개인의 인격권과 행복추구권을 보장하는 것이다. 그리고 개인의 인격권·행복추구권에는 성행위여부 및 그 상대방을 결정할 수 있는 성적 자기결정권이 또한 포함되어 있으며 군 형법92조의6 규정이 개인의 성적자기결정권을 제한하는 것임은 틀림없다.

그러나 성적자기결정권을 제한하는 법률로서 헌법 제37조 제2항이 규정한 기본권제한 기준에 합치되는 법률인가를 보건대, 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한 할 수 있는 것 인바 동성간에 성관계를 맺는 것은 선량한 성도덕이나, 헌법 36조1항의 혼인제도에 반할 뿐더러, 동성애의 행위는 국가사회의 기초인 양성의 평등을 기초 로 한 가정의 화합을 파괴하고 자녀문제, 이혼 등 사회에 여러 가지 해악을 초래하게 될 것이 현실이다.

동성애자들의 성적자기결정권이란 성행위여부 결정의 자유, 성행위 내용결정의 자유 및 성행위 상대방결정의 자유를 포함한다고 할 수 있다. 그렇다 하면서 벌어지는 미성년과의 성행위 그리고 스와핑, 근친상간, 수간 등은 어떻게 설명할 수 있는가 생각하지 않을 수 없다.

서구의 여러 나라에서 허용한다고 해서 그것이 마치 만병통치약이라 할 수 없다. 헌법 36조 1항에의 의거한 양성의 평등을 기초 로 한 우리나라는 법률혼주의를 택하고 있다. 동성애자들의 차별을 폐지하면 법률혼주의도 그리고 중혼 금지규정, 축첩제도 , 일부일처제, 성매매 방지법 등은 존재의 이유가 사라질 것이다. 보편타당 함 이란 일부의 육체적 쾌락주의가 아닙니다. 인류의 숭고한 가치일 것이다.

참고문헌

헌법

네이버, 한국민족 문화대백과

노기호, 군형법 제92조 “추행죄”의 위헌성고찰

헌법재판소 2011. 03. 31. 선고, 2008헌가21 결정.

병역법 제65조 제1항 제1호와 동 시행령 제137조 제1항 제3호

형사법연구 제21권 제4호(한국형사법학회, 2009), 394쪽, 각주 68).

김일수/서보학, 새로 쓴 형법각론

헌법재판소 2002.06.27. 선고 2001헌바 전원재판부

조인형, “군형법상 추행죄의 문제점 및 개선방안”, 공군법률논집 제13집 제1권

군형법 제92조의6, 동성애 처벌규정의 폐지 반대

팀 명 : 시나브로
서울지역대학 법학과
이준태 201321-120757
오인옥 201321-120764
김숙이 201321-120799
전운경 201421-119911

목 차

I. 서론

II. 본론

1. 군형법 92조6항
 - 1) 입법취지
 - 2) 계간
 - 3) 기타추행
2. 군형법 92조6항 개정에 대하여
 - 1) 폐지주장 자들의 주장
 - 2) 국방부의 입장 및 대치현황
 - 3) 기독교계의 입장
 - 4) 폐지반대 자들의 주장
3. 법원의 판단
 - 1) 헌법재판소의 판단
 - 2) 대법원의 판단
4. 경제협력개발기구(OECD) 주요 국가의 입법 및 판례

III. 결론

< 참고문헌 >

I. 서론

현행 군형법 제92조6항은 ‘군인 또는 준군인’에 대하여 항문성교나 그 밖의 ‘추행’을 하는 경우 2년 이하의 징역으로 형사 처분하고 있는 조항이다. 논란이 되고 있는 ‘추행’에서 일반 형법은 강제성과 공연성이 없는 성행위 일반은 처벌하지 않고 있는 반면 군형법 제92조의6은 추행의 규정을 강제성과 공연성이 없는 동성 간 성행위를 처벌하고 있다. 이에 대하여 폐지에 찬성하는 측과 폐지 반대자들 간 논쟁이 벌어지고 있고 일부에서는 실효행사가 벌어지고 있다.

실제 국회법제사법위원회 자유게시판에는 409건의 폐지반대자들의 항의성 글을 올리고, 개신교교단은 반대성명서를 발표하고 군형법 폐지를 발의한 의원들의 실명과 연락처들을 공개하였고, 폐지에 찬성하는 측에서는 군대 내 성폭력은 군형법(제15장 강간과 추행의 죄)으로 처벌할 수 있으며, 형법과 성폭력특별법에 의해서도 처벌할 수 있음에도 불구하고 군형법 제92조의6에서 동성 간 합의하에 이루어지는 성행위를 형사 처벌하는 것은 사회적 편견에 기대어 동성애 혐오를 유지·강화하고 개인의 성적 자기결정권과 사생활의 자유, 평등권을 심각하게 침해하는 법률이라고 주장하고 있으며, 이를 계기로 군대 내 성소수자 인권을 고려한 합리적이고 상식적인 군형법 개정이 반드시 이뤄져야 한다는 입장이다.

이에 대해 폐지를 반대하는 입장에서는 군부대란 특수한 환경에 동성들끼리 모여서 단체로 생활을 하는 곳이며, 상관의 명령에 무조건 순종해야 하는 군의 특성 때문에 성추행으로 고통 받는 병사들이 늘어나게 될 것을 우려하고 있다. 최근 군성범죄가 확대되고 있는 상황에서 남성간 성관계로 인하여 AIDS나 성병이 확산 될 수 있어 군 기강의 해이는 물론 전투력 보존에도 직접적인 위해가 발생할 것이라고도 한다.

헌법재판소는 군형법 제92조에 대한 위헌법률심판 사건(2011. 3. 31. 2008헌가21)에서 이 사건 법률조항은 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기 확립을 목적으로 동성 군인 간의 성적 만족 행위를 금지하고 형사 처벌하기 위한 규정으로서 과잉금지원칙에 위반하여 군인들의 성적자기결정권이나 사생활의 비밀과 자유를 침해한 것으로 볼 수 없다고 하고, 군대는 동성 간의 비정상적인 성적 교섭행위가 발생할 가능성이 현저히 높고, 상급자가 하급자를 상대로 동성애 성행위를 감행할 가능성이 높으며, 이를 방지할 경우 군의 전투력 보존에 직접적인 위해가 발생할 우려가 크므로, 이 사건 법률조항이 동성 간의 성적 행위만을 금지하고 이를 위반한 경우 형사 처벌한다고 볼 경우에도, 그러한 차별에는 합리적인 이유가 인정되므로 동성애자의 평등권을 침해한다고 볼 수 없다고 판시하여 합헌결정을 내린 바 있다.

II. 본론

1. 군형법 92조6항

1) 입법취지

군형법 제92조의 보호법익은 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기 또는 ‘군 내적 기강확립’이나 ‘전투력보존’을 근거로 군형법 피적용자의 동성애 행위를 형사범죄화 하여 처벌함을 목적으로 하고 있다.¹⁾

군대가정의 성적건강을 유지하기 위하여 제정된 것으로서, 주된 보호법익은 ‘개인의 성적 자유’가 아니라 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 사회적 법익이다.”으로 일반 성폭력 범죄와 구분된 사회적 법익을 침해하는 특별한 범죄의 일종으로 보고 있다.

이에 대하여 고등군사법원에서도 군형법상 추행죄의 입법취지에 대해 ‘군사회 기강 문란 및 전투력 약화, 개인의 성도덕 관념과 성생활의 자유를 침해하는 행위를 벌하기 위한 것’이라고 판시하고 있다.

2) 계간

계간(鷄姦)이란 남자끼리의 성행위를 의미하며,²⁾ 실무상 남성간의 항문성교로 해석하고 있다.³⁾ 즉, 남성간의 성행위를 처벌하는 것이며, 항문성교에 해당하지 않는 애무 등 성적 행위는 ‘기타 추행’에 해당하여 결국 동성간의 성행위를 처벌하는 내용이 된다. 이 규정은 강제력을 필요로 하지 않으므로 상대방이 원하지 않는에도 억지로 추행을 한 경우 외에도, 두 명이 서로 좋아서 합의에 의해 성행위를 해도 처벌을 받게 되어 있다. 이 규정은 군인 사이의 행위에만 적용되며, 민간인의 경우에는 전혀 적용되지 않는다.⁴⁾

일반적으로는 남성간의 행위만을 지칭하나 보다 넓게는 ‘동성간 또는 동물과의 비정상적인 성교 행위’로 해석하는 견해도 있다. 연혁적으로 볼 때 ‘계간’이 미국의 ‘소도미(sodomy)’를 의미하는 것으로 볼 수 있어 이러한 해석도 가능하나, 남성간의 행위로 보는 것이 다수의견해이다. 여성간 또는 동물과의 성적 행동은 ‘기타추행’부분에 해당한다고 볼 수 있으므로 결과에 있어 큰 차이는 없다고 할 것이다.

국가인권위원회는 ‘계간’이 라는 용어가 동성애에 대한 차별로 보고, 군형법의 개정을 권고하여, 2008. 6. 군형법을 개정하면서 ‘계간’ 용어를 삭제하였다. 구 군형법 제92조는 “계간 기타 추행을 한 자는 1년 이하의 징역에 처한다.”고 규정하고 있다.

3) 기타추행(추행)

추행의 개념에 대하여 군형법이나 형법 등 다른 법률에서도 아무런 정의 규정을 두고 있지 않다. 형법상의 강제추행죄⁵⁾는 폭행 또는 협박으로 사람을 추행함으로써 성립하는

1) 노기호, “군형법 제92조 ‘추행죄’의 위헌성 고찰-육군 제22사단 보통군사법원 2008. 8. 6. 위헌제청결정 사건(2008고10)을 중심으로”, 헌법학연구 제15권

2) 헌법재판소 2002. 6. 27. 선고 2001헌바70 재판관 송인준, 재판관 주선회의 반대의견 중

3) 일반적으로는 남성간의 행위만을 지칭하나, 더 넓게 해석하여 ‘동성간 또는 동물과의 비정상적인 성교 행위’로 해석하는 견해도 있다(육군종합행정학교, 『군형법』, 2006. 2, p.315). 입법연혁적으로 볼 때 ‘계간’이 미국의 ‘소도미(sodomy)’를 의미하는 것으로 볼 수 있어 위와 같은 해석도 가능하나, 남성간의 행위로 보는 것이 압도적인 다수의 견해이다. 여성간 또는 동물과의 성적 행동은 ‘기타 추행’ 부분에 포함된다고 해석되므로 결과에 있어 차이는 존재하지 않는다.

4) 대법원 1973. 9. 25. 선고 73도1915 사건

5) 형법 제298조(강제추행)폭행 또는 협박으로 사람에 대하여 추행을 한 자는 10년 이하의 징역 또는 1천 500만원 이하의 벌금에 처한다.

범죄로써, 사람의 성적 자유내지 성적 자기결정권을 보호법익으로 한다. 일반적으로 추행이란 성욕의 흥분, 자극 또는 만족을 목적으로 하는 행위로서 건전한 상식 있는 일반인으로 하여금 성적수치·혐오의 감정을 느끼게 하는 일체의 행위를 의미한다고 정의되고 있다.

추행이란 주관적으로는 성욕을 흥분 또는 자극케 하거나 성적 만족을 얻으려는 목적으로 행해지고, 객관적으로는 일반인의 성적 수치심을 해하며, 선량한 성도덕관념에 반하는 행위로 정의하는 주관설과 객관적으로 일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하는 일체의 행위로 보는 객관설이 있다.

대법원은 판례 추행의 의미를 “객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서 피해자의 성적 자유를 침해하는 것이며, 이에 해당하는지의 여부는 피해자의 의사, 그 행위에 이르게 된 경우, 구체적 행위태양, 주의의 객관적 상황과 그 시대의 성적 도덕관념을 종합적으로 고려하여 결정되어야 한다.”고 하여 객관설에 입각한 종합고려설을 취하고 있다.

한편, 대법원은 군형법 제92조 상의 추행죄에 있어서의 ‘추행’은 “계간(항문성교)에 이르지 아니한 동성애 성행위 등 객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 성적 만족 행위로서 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 침해하는 것을 의미 한다”고 판시하고 있다.

헌법재판소도 군형법 제92조 규정상의 ‘기타추행’의 부분이 지나치게 추상적이고 불명확하며, 그 규율범위가 너무 넓다는 이유로 헌법소원이 제기된 바 있었는데, 이에 대해 헌법재판소는 ‘추행’이란 “일반적으로 정상적인 성적 만족 행위에 대비되는 다양한 행위태양을 총칭하는 것”이라고 하면서 ‘계간’이라는 구체적인 예시와 위 대법원의 해석기준에 따르면 자의적인 확대해석의 여지가 없다고 하였다 또한 군형법상의 추행은 군법 피적용자간의 행위에만 적용되고, 민간인과의 행위에는 적용되지 않으며, 친고죄에 해당 되지 않는다고 하였다.

2. 군형법 92조6항 개정에 대하여

1) 폐지주장자들의 주장

군 네트워크와 인권단체들은 강제성과 공연성이 없는 ‘항문성교나 그 밖의 추행’을 징역형으로 처벌하는 군형법상 추행죄를 폐지를 주장하며 현행 법조항은 무엇이 ‘추행’인지, 즉 강제추행 등이 포함되는지가 불명확하고, 이성간 또는 여성 간에도 적용되는지가 불분명하며, 근무시간이 아닌 때 근무장소가 아닌 곳에서 타 부대의 군인간에 발생한 성적 행위도 처벌할 것인지가 모두 불명확하지요. 결과적으로 ‘군의 전투력 보존에 위해가 발생’한다는 근거는 제시되지 못한 채 성소수자 군인의 성적 자기결정권과 평등권을 과도하게 침해하는 결과가 되고 있다. 라고 주장하고 있다.

군형법상 추행죄는 기본권이 침해되었고, 군형법 제92조는 성적자기결정권 및 평등권⁶⁾이 침해로 군형법 제9조는 행위주체 및 상대방, 시간, 장소, 행위태양등에 대한 아무런 규정을 두고 있지 않아 군형법 적용자의 해석만으로 처벌을 확정할 수 있어 과도한 규제이므로 성적자기결정권⁷⁾을 침해하였다.

헌법에 보장된 사생활의 비밀과 자유를 침해하였다. 군인도 일반인과 마찬가지로 헌법 제17조⁸⁾에 의하여 사생활의 비밀과 자유를 향유하여야 하나 부부나 여인사이의 성적관계에 대해서 국가가 개입하여 정상과 비정상을 구분하고 국가의 판단에 따라 처벌까지 가능하게 될 수 있어 기본권이 침해된다고 보아야한다.⁹⁾

군형법의 보호법익 중 ‘성생활의 자유’강제적 추행을 처벌하는 근거는 될 수 있으나 자신의 의사에 따라 자유롭게 이루어지는 비강제적 추행까지 적용의 여지가 없으며, ‘개인의 성도덕관념’은 정당한 보호법익이라고 볼 수 없고 ‘군대사회의 기강’과 ‘전투력’보존의 수단으로 군형법 제92조가 적합한 수단이 될 수 없다.

또한 군형법은 죄형법정주의의 ‘명확성의 원칙¹⁰⁾’에 위배되며, 기본권 제한의 ‘과잉금지의 원칙’에 위배된다.

2) 국방부의 입장 및 대처현황

(1) 군사법원의 입장

군사법원은 군형법 92조 위반 혐의로 기소된 중사 A씨(26) 사건에서 군형법 92조는 '계간 기타 추행'이라고만 규정해 비강제에 의한 것인지, 강제에 의한 것인지 여부가 불분명하고, 남성 간의 추행만을 대상으로 하는지, 여성 간 또는 이성 간의 추행도 대상으로 하는지가 분명하지 않고, 건전한 상식을 가진 군인이 범죄인지 여부를 판단하기 어렵고

6) 헌법 제10조 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 보장할 의무를 진다.

7) 성적자기결정권이란 국가 등 어느 누구로부터 간섭을 받음이 없이 스스로 성행위 여부 및 그 상대방을 결정할 수 있는 권리를 말하며, 이에 대한 헌법상의 명문규정은 없으나 인격권과 행복추구권을 규정한 헌법 제10조에 근거한다고 해석되고 있다. - 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2007. pp498-

8) 헌법 제17조 모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다.

9) 2002년 「군형법」 상 추행죄에 대한 헌법재판소 결정(2001헌바70)에서 헌법재판관 주선회, 송인준은 “오늘날과 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 어려우며, 따라서 이를 금지하는 군형법 상 추행죄는 과잉금지원칙에 위배된다”라면서 위헌의견을 개진한 바 있음.

10) 헌법재판소는 군형법 제92조의 ‘추행’의 의미에 대해서 통상의 판단능력을 가진 군형법 피적용자는 이를 이해할 수 있어 명확성여부는 문제되지 않는다고 보고 있다.

헌법재판소는 범죄의 구성요건이 추상적이거나 모호한 개념으로 이루어지거나, 그 적용범위가 너무 광범위하고 포괄적이어서 불명확한 경우에는 국민이 법률에 의하여 금지된 행위가 무엇인지 알 수 없게 되어 죄형법정주의의 원칙에 위배되며, 구성요건이 어느 정도 특정되어야 명확성의 원칙에 반하지 않는가를 판단함에 있어 통상의 판단능력을 가진 사람이 그 의미를 이해할 수 있는가를 기준으로 하고 있다. -헌법재판소 1997. 9. 26. 선고 96헌가16결정. 헌법재판소판례집 제9집 제2권 322쪽.

법률 적용자가 자의적으로 확대 해석할 염려가 있어 형벌 법규의 명확성의 원칙에 어긋나며, 강제에 의하지 않은 동성 간 추행을 징역형만으로 처벌하는 것은 과도한 규제"라고 지적했다.

"군형법 92조가 동성 간의 행위에만 적용될 경우 평등권¹¹⁾과 성적 자기결정권을 침해할 소지가 있다"고 결정하였다.

(2) 국방부 입장

법률조항은 집단적 공동생활을 본질로 하는 군대사회에서는 비정상적이고 도덕 감정에 반하는 행위를 사적 자유에 방임할 수 없기 때문에 제정된 것으로서, 그 입법취지는 집단적 공동생활을 전제로 하는 군의 절대적 요소인 군기를 유지하기 위한 것이다. 이 사건 법률조항의 “기타 추행”이라는 문구가 다소 일반적이고 포괄적이라고 볼 여지가 있으나, 군내에서 발생하는 추행의 방법이 매우 다양하기 때문에 구체적인 행위태양을 빠짐 없이 상세하게 규정하는 것은 입법기술상 부적절하고, 나아가 형법이나 성폭력범죄의 처벌및피해자보호등에관한법률 등¹²⁾ 관련 조항에도 단지 ‘추행’이라고만 규정되어 있을 뿐, 그 행위태양이 구체적으로 열거되어 있지 않다는 점등에 비추어 볼 때에, ‘추행’이라는 용어자체가 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 사람으로 하여금 구체적으로 어떠한 행위가 이에 해당하는지 의심을 가질 정도로 불확정한 개념이라고 볼 수 없다. 따라서, 위와 같은 입법목적 등을 고려할 때에, 이 사건 법률조항은 그 문구만으로도 건전한 상식과 성적관념을 가진 일반인이라면 무엇이 금지된 행위인가를 충분히 알 수 있기 때문에, 명확성의 원칙 등 죄형법정주의의 원칙에 위배되는 법률로 볼 수 없다.

(3) 국방부의 대처현황

우리나라 군대의 동성애자 수용성은 매우 높은 편이라 할 수 있다. 입대 단계에서 동성애자를 배척하지도 않고, 동성애자임이 밝혀졌다고 하여 전역시키지도 않으며, 차별적 제도도 없다. 추행죄가 존재하기는 하지만 실제 처벌 사례는 매우 적다.

우리나라에서 차별적 제도가 적은 것은 동성애자라는 소수집단의 존재를 인식하고, 차별적인 제도에 대한 논의를 통해 이를 제거한 결과가 아니라, 아예 동성애자의 존재에 대한 인식 자체가 없었기 때문이다. 무관심과 무시는 문제점을 정확히 파악하는데 어려움을 가져오고, 더구나 잘못된 편견, 혐오 등이

11) 현행 「군형법」 상에는 강제성과 공연성이 없는 성행위 일반에 대한 처벌조항이 없는 반면, 제92조의6 추행죄를 통해 강제성과 공연성이 없는 동성 간 성행위만은 처벌하고 있음. 그렇기 때문에 군대 내 이성간 성행위로 성군기를 훼손할 경우 징계를 통해 규율하는 반면, 동성 간 성행위를 한 경우 2년 이하의 징역에 처하게 되어 현법상 평등원칙에 위배됨.

12) 성폭력범죄의 처벌및피해자보호등에관한법률제11조(업무상 위력등에 의한 추행)①업무·고용 기타 관계로 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람에 대하여 위계 또는 위력으로써 추행한 자는 2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

②법률에 의하여 구금된 사람을 감호하는 자가 그 사람을 추행한 때에는 3년 이하의 징역 또는 1천 500만원 이하의 벌금에 처한다.

제13조(공중밀집장소에서의 추행)대중교통수단, 공연·집회장소 기타 공중이 밀집하는 장소에서 사람을 추행한 자는 1년 이하의 징역 또는 300만 원 이하의 벌금에 처한다.

비가시적인 형태로 드러날 수 있기 때문에 오히려 차별적 제도가 가시적으로 존재하는 경우보다 더 나쁜 상황일 수도 있다. 그래도 다행인 것은, 동성애자에 대한 인식이 늦기는 했지만, 다른 나라에서의 인권·반차별 담론을 학습하여 이를 정책에 반영하는 후발주자로서의 이점이 있고, 최근 언론을 통해 문제된 군대 내 동성애자 문제로 인해 국방부가 동성애자 지침¹³⁾을 발표하고, 인권팀에서 이를 논의하는 등 새롭게 올바른 기준을 정립하려고 노력하고 있다.

3) 기독교계의 입장

남자와 여자가 결합에 의해 가정을 이루고 자녀를 낳아 기르며 성적순결을 지키는 것이 행복한 삶의 기초이며 동성애는 기독교 윤리에 옳지 못하며, 국회에서 군대내의 동성간 성행위나 추행조항 폐지 발의에 대하여 예장통합 총회에서 2014. 6. 7. 에 성명서를 반대 발표하고, 남자와 여자의 결합에 의해 가정을 이루고 자녀를 낳아 기르며 성적 순결을 지키는 것이 행복한 삶의 기초라고 믿기에, 동성애는 기독교 윤리에서 옳지 못하며 마땅히 금해야 한다는 입장을 지키고 있다”며 국회의원 10인이 군대 내 동성간 성행위나 추행에 대한 처벌조항 폐지안을 발의에 대하여 “사회와 국가의 윤리적 근간을 뒤흔드는 행위로 이에 대하여 염려하고 있으며, 동성애를 수용하는 입장으로 선회하는 일부 서구 교회의 경향에 대해서도 동일한 우려를 갖고 있다”고 지적했다.

성경이 동성애를 거룩하신 하나님의 뜻에 어긋나는 타락한 인간들의 죄악된 현상 가운데 하나요, 부정한 동기와 학습에 의한 결과라고 가르치고 있다고 믿고 있다.(레 18:22¹⁴⁾, 20:13¹⁵⁾, 롬 1:26-27¹⁶⁾, 고전 6:9-11¹⁷⁾, 딤후 1:9-10¹⁸⁾).

동성애 문제를 사회적 현상으로 볼 때 성적 정체성의 문제와 쾌락 추구 차원의 성적 취향의 문제가 혼재되어 나타나고 있다는 점을 이해하고, 성적 자기결정권에 대한 인권 보호의 문제가 창조주 하나님의 창조질서에 어긋나는 세속화된 육체적 쾌락 추구의 문제와는 변별력 있게 구분해서 다루어지기를 바란다는 입장을 나타내고 있다.

또한 군대 내 동성간 성행위나 성추행 처벌조항인 군형법 제92조 6항의 폐지로 군대 내

13) 국방부 예규 제370호로 ‘병영 내 동성애자 관리지침’이 제정되었다. 이 지침은 2008. 6. 19. 같은 내용의 ‘병영 내

동성애자 관리에 대한 훈령’(국방부 훈령 제898호)으로 대체되었다. 이하에서는 ‘국방부 훈령’이라고 지칭하기로 한다.

14) 너는 여자와 동침함 같이 남자와 동침하지 말라 이는 가증한 일이니라 -레18:22-

15) 누구든지 여인과 동침하듯 남자와 동침하면 둘 다 가증한 일을 행함인즉 반드시 죽일지니 자기의 피가 자기에게로 돌아가리라 -레20:13-

16) 이 때문에 하나님께서 그들을 부끄러운 욕심에 내버려 두셨으니 곧 그들의 여자들도 순리대로 쓸 것을 바꾸어 역리로 쓰며, 그와 같이 남자들도 순리대로 여자 쓰기를 버리고 서로 향하여 음욕이 불 일듯 하며 남자가 남자와 더불어 부끄러운 일을 행하여 그들의 그릇됨에 상당한 보응을 그들 자신이 받았느니라. -롬1:26~27-

17) 불의한 자가 하나님의 나라를 유업으로 받지 못할 줄을 알지 못하느냐 미혹을 받지 말라 음행하는 자나 우상 숭배하는 자나 간음하는 자나 탐색하는 자나 남색하는 자나, 도적이거나 탐욕을 부리는 자나 술 취하는 자나 모욕하는 자나 속여 빼앗는 자들은 하나님의 나라를 유업으로 받지 못하리라. 너희 중에 이와 같은 자들이 있더니 주 예수 그리스도의 이름과 우리 하나님의 성령 안에서 씻음과 거룩함과 의롭다 하심을 받았느니라. -고전6:9~11-

18) 알 것은 이것이니 율법은 옳은 사람을 위하여 세운 것이 아니요 오직 불법한 자와 복종하지 아니하는 자와 경건하지 아니한 자와 죄인과 거룩하지 아니한 자와 망령된 자와 아버지를 죽이는 자와 어머니를 죽이는 자와 살인하는 자며, 음행하는 자와 남색하는 자와 인신매매를 하는 자와 거짓말하는 자와 거짓 맹세하는 자와 기타 바른 교훈을 거스르는 자를 위함이니 -딤후1:9~10-

동성애와 에이즈 확산, 군 기강 해이, 전투력 저하 등의 폐해를 초래하여 국가안보와 국가의 기반인 건강한 가정을 무너뜨리고 국가의 미래를 위협하는 불행한 결과를 야기할 수 있어 균형법 제92조6항이 존속되어야 한다는 입장이다.

4) 폐지반대자들의 주장

우리 국군은 남북이 대치된 상황 속에서도 국가안보와 세계평화에 지금까지 매우 중요한 역할을 해왔습니다. 이는 건강하고 확고한 군 규율과 군 기강이 그 바탕이 되어 주었기 때문입니다. 군대 내의 동성애 허용은 군기강 해이, 사기력 저하, 전쟁 시 전투력 저하를 초래할 것이며 이는 국가와 국가 미래의 근간을 흔드는 심각한 사태가 우려되며, 균형법 제92조6항의 유지 및 강화되어야 한다고 폐지반대자들은 주장하고 있다.

균형법 폐지반대자들의 주장은

군대 내의 성추행·성폭력사건은 끊이지 않고 있고 한국 성폭력상담소에서 사병 671명을 대상으로 조사한 결과 성폭력피해 경험이 있다고 한 응답한 사람은 103명(15.4%) 이었고, 성폭력을 듣거나 본적이 있다고 한 응답자는 166명(24.7%)입니다. 일부 피해 장병들은 스트레스성 장애로 조기 전역하거나 전역 후에도 기억상실증 등의 후유증으로 고통받고 있습니다. 군대의 엄격한 상하계급구조 특성상 동성애자가 선임이 되면 내무반 내 수많은 하급자들을 성추행·성폭행하는 것이 일반 사회보다 용이하므로 동성을 성적 대상으로 삼는 동성애자에게 군대는 그야말로 자신의 성적 환상을 마음껏 충족시키는 장소로 전락될 수 있다.

군대 내의 균형법92조6항이 폐지된다면 AIDS를 급속하게 확산시킬 수 있다.

AIDS는 남성 환자 중 43%가 동성애에 의한 것(질병관리본부)이며 AIDS를 판명 받은 동성애자들도 성관계 상대가 일반인보다 3-4배가 많고 양성애자인 경우가 많습니다. 양성애자들은 일반인과도 성관계를 맺기 때문에 일반인에게도 AIDS가 확산됩니다. 군대 내 동성애 허용은 군대뿐 아니라 국가적으로 AIDS를 확산시키는 결과를 초래할 수도 있다.

군에 아들을 보내야 되는 어머니들은 이렇게 외칩니다. “나라 지키러 군대 간 내 아들, 동성애자가 되고 AIDS 걸려 돌아오나! 군대 내 동성애 허용하면 내 아들 군대 절대 안 보낸다”¹⁹⁾ 군대 내의 동성애 허용은 부모들이 군대에 아들을 보내지 않는 ‘시민 불복종 운동’을 야기할 수도 있고 사회적으로도 큰 혼란과 갈등을 초래하게 될 것이다.

2013년 10월 갤럽조사에 의하면 군 전역자 1,020명 중 69.6%가 "군대 내 동성애 허용이 군 기강과 전투력에 부정적 영향을 미친다"라고 응답했으며, 64.2%가 "균형법 92조 6항을 강화하는 방향으로 개정해야 한다."라고 응답했고 '폐지해야 한다'는 응답은 6.5%에 불과했습니다.

군대 내 동성애가 허용된다면 군대 내 에이즈 확산, 군기강 문란, 군전력 약화는 시간문

19) 조선일보, “군내동성애”, 2010. 10. 29.자 기사

제일 것이며, 상하 위계질서가 엄격한 군대 내에서 동성애가 허용된다면 선임들의 후임들에 대한 성추행 행위가 난무할 가능성이 크며, 그렇게 될 경우 '합법'이라는 이름하에 후임들의 말 못할 피해만 견잡을 수 없이 커져갈 것이다.

동성애를 군대 내에 허용은 불가하며 위계질서를 흔들 뿐 아니라 혹시나 하는 호기심으로 한번 경험하게 되면 그것에 빠져드는 전염성의 가능성을 보일 수 있다.

군형법92조6항의 폐지되면 성범죄로 인해 군 본연의 임무를 수행하는 데 방해가 될 뿐만 아니라 피해자에게 씻을 수 없는 상처를 줄 것으로 판단됩니다. 폐지가 아니라 더욱 강화되어야 한다고 생각합니다. 군대 내의 동성애 허용은 부모들이 군대에 아들을 보내지 않는 '시민 불복종 운동'을 야기 시킬 수도 있고 사회적으로도 큰 혼란과 갈등을 초래하게 될 것입니다.

3. 법원의 판단

1) 헌법재판소의 판단

헌법재판소는 2011년 군형법 제92조에 대하여 “ 남성 의무복무자들이 장기간 폐쇄적인 단체생활을 해야 해 동성간 비정상적인 교섭 행위가 발생할 가능성이 큰 군대에서 계간 기타추행을 한자를 처벌하는 것은 합리적 이유가 있다”고 합헌 결정을 내렸다.

헌재는 2002년 6월 군형법 92조의 '기타 추행' 부분에 대한 헌법소원 사건(2001헌바70)에서 "모든 변태성 성적 만족 행위를 미리 예상한 다음, '추행'에 해당하는지 일일이 구체적, 서술적으로 열거하기는 입법기술상 불가능하거나 현저히 곤란해 명확성의 원칙에 위배되지 않는다."며 김경일 재판관을 제외한 재판관 8명중 6(합헌)대 2(위헌)의 의견으로 합헌 결정을 내렸다.

당시 송인준 주선회 재판관은 반대 의견에서 "성에 대한 사회적 의식 및 제도가 개방된 시점에서 공연성이 없고 강제에 의하지 않은 동성간의 추행을 군의 전투력 보존에 직접적인 위험을 줄 가능성이 있다고 보기 어렵다"며 "해당 조항은 과잉금지 원칙 등에 어긋나 헌법에 위반 된다"고 주장했다.

2008헌가21 위헌제청사건에서 군형법 제92조 중 “기타 추행”에 관한 부분이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되는지와 과잉금지원칙에 위반하여 성적자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유를 침해하는지, 동성애자의 평등권을 침해하는지 여부에 대하여“기타 추행”이란, 계간에 이르지 아니한 동성애 성행위 등 객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 성적 만족 행위로서 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 침해하는 것을 의미한다고 할 것이고, 이에 해당하는지 여부는 행위자의 의사, 구체적 행위태양, 행위자들 사이의 관계, 그 행위가 공동생활이나 군기에 미치는 영향과 그 시대의 성적 도덕관념 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 신중히 결정되어야 할 것이다.²⁰⁾

대법원 판결 등에 의하여 구체적이고 종합적인 해석기준이 제시되고 있는 이상, 이 사건 법률조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 아니하며, 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기 확립을 목적으로 동성 군인 간의 성적 만족 행위를 금지하고 이를 형사 처벌 하므로 입법목적의 정당성 및 수단의 적정성이 인정된다. 성적자기결정권이나 사생활의 비밀과 자유의 제한 정도가, ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활 및 군기의 보호’, 나아가 ‘국가안보’라는 공익보다 크다고 할 수 없어, 법익 균형성을 일탈하였다고 보기도 어려우므로, 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위반하여 군인들의 성적자기결정권이나 사생활의 비밀과 자유를 침해한 것으로 볼 수 없다. 라고 결정하였다.

보호법익이 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 사회적 법익이므로, 쌍방의 합의에 의한 성적 교섭행위일지라도 군 공동체생활의 건전성과 군 기강에 부정적인 영향을 미치는지 여부는 마찬가지인 점, “기타 추행”이 동성 간의 성적 교섭행위를 뜻하는 계간과 동일한 항에 병렬적으로 규정된 점, 폐쇄적으로 단체생활을 하면서 동성 간에 일정 공간을 공동으로 사용해야 하는 군대 내에서는 비정상적인 동성 간의 성적 교섭행위가 발생할 가능성이 높아진다는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 법률조항은 계간과 마찬가지로 동성 간의 성적 행위에만 적용되고, 다만, 이 사건 법률조항이 적용되는 동성 간의 성적 행위에는 동성 ‘군인’ 간의 성적 행위만이 포함되고, 동성 ‘민간인’과의 사적 생활관계에서의 성적 행위는 포함되지 않는다고 해석함이 상당하다

이 사건 법률조항이 적용됨에 있어 시간적, 장소적 제한이 있는지에 관하여 보건대, 구체적인 사건에 있어서 이 사건 법률조항이 적용될 수 있는지 여부는 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 것이며, 어떤 행위가 법적인 구성요건을 충족시키는가 하는 것에 관하여 다소 의문이 있을 수 있다는 것은 형벌규범의 일반성과 추상성에 비추어 불가피한 것이므로, 그러한 사정만으로 형벌규범인 이 사건 법률조항이 불명확하다고 볼 수는 없다.

군대는 동성 간의 비정상적인 성적 교섭행위가 발생할 가능성이 현저히 높고, 상급자가

20) 추행의 행위의 정도

이 사건 법률조항은 제목을 ‘추행’이라고 명시한 다음 개별적 구성요건해당행위로 ‘계간’을 예시하고, 그 바로 뒤에 ‘기타 추행’이라는 일반조항을 기술함으로써 예시적 규정의 형식을 갖추고 있다. 일반적으로 예시적 규정 중 개별적 예시조항은 그 자체로 일반조항의 해석을 위한 판단지침이 된다고 해석되므로, 이 사건 법률조항에서 ‘기타 추행’은 적어도 ‘계간에 준하는 행위’로 봄이 상당하다.

그러나 앞에서 본 대법원 판결은 이러한 통상적 해석과는 달리 ‘기타 추행’을 ‘계간에 이르지 아니한 동성애 성행위’로 보아 음란의 정도가 계간보다 약하여도 무방하다고 보고 있으므로, ‘기타 추행’에 해당하는 행위인지 여부를 판단함에 있어 ‘계간’이 그 기준이 될 수 없을 뿐 아니라, 음란정도가 어느 정도에 이를 때 ‘기타 추행’에 해당한다고 할 수 있을지에 관한 아무런 기준을 제시하지 못하고 있다.

결국 이 사건 법률조항은 ‘행위의 정도’에 관하여도 모호하게 규정함으로써, 행위자로 하여금 법률에 의하여 처벌받을 행위가 무엇인지를 예견할 수 없게 하고, 수사기관, 공소제기기관 및 재판기관의 자의적인 해석과 적용을 초래하게 되었다.

하급자를 상대로 동성애 성행위를 감행할 가능성이 높으며, 이를 방지할 경우 군의 전투력 보존에 직접적인 위해가 발생할 우려가 크므로, 이 사건 법률조항이 동성 간의 성적 행위만을 금지하고 이를 위반한 경우 형사 처벌한다고 볼 경우에도, 그러한 차별에는 합리적인 이유가 인정되므로 동성애자의 평등권을 침해한다고 볼 수 없다.라고 하면서 합헌결정을 하였다.

2) 대법원의 판단

대법원은 2008도2222 가혹행위, 추행 사건에서 군형법 제92조의 추행죄는 군 내부의 건전한 공적생활을 영위하고, 이른바 군대가정의 성적 건강을 유지하기 위하여 제정된 것으로서, 주된 보호법익은 ‘개인의 성적 자유’가 아니라 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 사회적 법익²¹⁾으로 형법에서 규정하고 있는 추행관련 범죄의 행위에 따라 징역형부터 벌금형에 이르기까지 다양한 법정형을 규정하고 있지만 군형법 제92조의 추행죄는 구성요건적 수단이나 제한이 없고 “계간”²²⁾을 판단지침으로 ‘일괄적으로 1년 이하의 징역형’으로 규정하고 있다.

군형법의 추행죄는 개인적 성적 자유를 주된 보호법익으로 형법에서의 “추행”²³⁾의 의미와 달리 군형법 제92조에서 말하는 “추행”이라함은 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 군기를 침해하는 것이라고 할 것이고, 이에 해당하는지 여부는 행위자의 의사, 구체적 행위태양, 행위자들 사이의 관계, 그 행위가 공동생활이나 군기에 미치는 영향과 그 시대의 성적 도덕관념 등을 고려하여 신중하게 결정되어야 한다. 라고 판결하였습니다.

4. 경제협력개발기구(OECD) 주요 국가의 입법 및 판례

(1) 미국의 동성애 금지 입법과 판례동향

미국의 모든 주는 1961년까지 이성 및 동성간의 모든 구강·항문성교를 금지하는 이른바 ‘소도미(Sodomy: 동성애)’법을 시행하고 있었다. 주에 따라서는 이성간의 행위 또는 결혼관계에서의 행위는 소추대상에서 제외하는 등의 약간의 차이는 있었다. 1868년 수정헌법 제14조가 통과되던 당시 5개주를 제외한 모든 주가 ‘소도미’법을 제정하였으며, 1986년 Bowers v. Hardwick 판결이 있을 당시에는 24개주와 콜롬비아지구가 ‘소도미’행위에 대해 형벌을 부과하였다. 그리고 2003년 Lawrence v. Texas 판결 당시에는 9개주에서 ‘소도미’행위를 형사소추의 대상으로 삼고 있었다. 그러나 1960년 이후로 미국에서 동성애 행위를 대상으로 하는 법률은 제정되지 않았다.

21) 대법원 1973. 9. 25. 선고 73도1915 판결, 헌법재판소 2002. 6. 27. 선고 2001헌바70 전원재판부 결정,

22) 사내끼리 성교하듯이 하는 짓. [비슷한 말] 계간(鷄姦)·남색(男色)·단수(斷袖)·면수(面首).비역

23) 추행이라함은 객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서 피해자의 성적 자유를 침해하는 것이라고 할 것이다.(대법원 2005. 7. 14. 선고 2003도7107 판결, 2002. 4.

26. 선고 2001도2417 판결, 2002. 8. 23. 선고 2002도2860 판결)

미국에서 ‘소도미’법에 대한 동성애자들의 권리주장은 주로 프라이버시권을 중심으로 이루어졌으며, 특히 미국 헌법상 최초로 프라이버시권을 인정한 *Griswold v. Connecticut* 판결이후, 여러 판결들에서 ‘소도미’법이 헌법상의 프라이버시권과 평등권을 위반하였다고 선언되었다.

(2) 유럽 국가들의 동성애금지입법과 판례

미국만 하더라도 군대에서의 동성애자의 전면적인 배제정책을 유지하다가, 1993년 절충안을 마련하여 동성애자임을 묻지는 않으나, 동성애자임을 밝힐 경우에는 전역을 시키는 이른바 “Don't Ask, Don't Tell” 정책을 채택하였으나, 이 정책에 대해서도 위헌성 논의가 끊이지 않고 있다²⁴⁾. 영국의 경우에도 동성애자를 전역시키는 정책을 유지하다가 1999년 *Lustig-Prean & Beckett v. UK* 사건과 *Smith & Grady v. UK* 사건²⁵⁾을 통해 2000년 1월 위 정책을 폐기하게 된다. 그 밖에 이스라엘, 캐나다, 호주 등에서도 같은 문제가 사회적으로 이슈화 되어 논의된 바 있다.

유럽은 미국에 비해 일찍부터 동성애 행위 금지 법률을 폐지하여 왔다. 유럽 인권위원회는 1978년의 *Dudgeon v. UK* 사건에서 처음으로 협약 제8조 위반을 인정하고, 1981년 유럽 인권재판소가 위와 같은 결론을 재차 확인하면서 유럽위원회 회원국가의 동성애 행위 금지 법률을 폐지하는 흐름으로 이어지게 되었다.²⁶⁾

III 결론

과거 미국과 유럽을 비롯한 대부분의 국가들에서 동성간의 성적 행위에 대하여 범죄행위로 금지하여왔으나 최근 개인의 성적 프라이버시권을 인정하면서 동성간의 결혼을 허용하는 추세로 확대되어 가고 있고, 우리나라도 개인주의적, 성개방적인 사고방식으로 기존 부정적 인식에서 개인의 성적 평등권 침해 행위를 인정하는 방향으로 변해가고 있는 상황에서 군형법 제92조 6항의 위헌문제가 시민단체를 비롯하여 일부 법조계, 정치권에서 폐지를 추진하고 있으나 우리법원은 아직까지 군형법 제92조에 대하여 합헌성을 유지하고 있다.

현행 군형법은 1962년에 제정되어 지금까지 13차례 개정되어 왔고, 군형법 제92조의 추행죄 규정도 존속되어왔다.

이는 군형법 제92조의 추행죄의 보호법익이 ‘개인의 성적자유’가 아니라 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 사회적 법익을 목적으로 하고 있다.

특히 우리나라는 세계에서 몇 안 되는 휴전국으로 군대의 사기는 나라의 안보와 국민의

24) Kenneth Williams, GAYS IN THE MILITARY: THE LEGAL ISSUES, University of San Francisco Law Review, Summer, 1994(28 U.S.F. L. Rev. 919)

25) *Lustig-Prean & Beckett v. UK*, 29 Eur. H.R. Rep. 49(1999); *Smith & Grady v. UK*, 29 Eur. H.R. Rep. 548(1999)

26) 유럽 국가에서 동성애 관련 입법의 변화과정을 보면 ① 동성애에 대한 차별(동성애 금지법의 존재) -> ② 반차별(동성애금지법의 철폐) -> ③ 동성커플 보호 법률 제정의 순서를 거치며 유사한 단계를 밟고 있다고 한다. 강달천, “동성애자의 권리보호”, 법제연구(한국법제연구원) 23호, 2002, p. 89

안전을 위해 그 어느 나라보다도 중요한 실정이다. 군형법 92조 6항을 폐지한다면 대부분이 동성집단이면서 계급사회인 군대에서 성추행이나 성폭행 같은 성문제들이 불거질 것이고 이는 군사기를 크게 저해하게 될 것이다.

그리고 성소수자들의 인권을 위해서라는 명목 하에 이 법을 폐지한다면 군대와 같은 계급사회에서 성소수자인 상급자에 의해 정신적, 육체적으로 피해를 입게 될 수도 있는 하급자들의 인권에 대한 보호 장치가 없는 상황에서 군형법 제92조의 폐지는 커다란 사회적 문제가 발생될 수 있을 것이다.

또한 군형법 92조 6항을 폐지한다면 소중한 아들을 군대에 보내는 부모님들이 마음 편히 자식을 군대에 보낼 수 있을지 생각해 봐야 할 문제이다. 이 법의 폐지는 사랑하는 아들을 군대로 보내고 노심초사하는 부모님들에게 더 큰 걱정을 얻어드리게 될 것이다.

군대는 대다수의 남성으로 구성된 특별한 집단이다. 아들을 군에 보내야 하는 대부분의 어머니들은 자녀가 동성애자와 함께 생활하라는 데에 부정적인 생각을 가지고 있으며, 군대는 군기를 중요시하고, 계급이 존재하는 곳으로 내 자식이 선임병으로부터 성추행을 당하지 않을까 불안하다는 의견들이 있다.

실제로 국회 법제사법위원회 게시판에 409건의 군형법 92조6항 조항의 폐지 반대의 글이 올라와 있고, 기독교신문에서 시민 6,000명을 대상으로 설문조사에서도 70%로가 폐지 반대, 찬성이 36.4%로 차지했고, 일부단체들은 소수의 인권도 중요하지만 다수의 군인들의 인권도 존중해야 한다, 라고 하고 있습니다.

헌법재판소는 “우리나라의 안보상황과 징병제도 하에서 단순한 행정상의 제재만으로는 효과적으로 추행 행위를 규제하기 어렵고, 법률조항으로 인하여 군인들이 받게 되는 성적자기결정권이나 사생활의 비밀과 자유의 제한 정도가, 이 사건 법률조항을 통하여 달성하고자 하는 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활 및 군기의 보호’, 나아가 국가의 존립과 모든 자유의 전제조건인 ‘국가안보’라는 공익보다 크다고 할 수 없으므로, 법의 균형성을 일탈하였다고 보기도 어렵다.

군형법 제92조6항의 법률조항의 주된 보호법익은 ‘개인의 성적 자유’가 아니라 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 사회적 법익이므로, 쌍방의 합의에 의한 성적 교섭행위일지라도 군 공동체생활의 건전성과 군 기강에 부정적인 영향을 미치기는 마찬가지인 점, 형법상 강제추행, 미성년자 등에 대한 간음죄 등 개인의 성적 자유를 보호법익으로 하는 범죄와 달리, 이 사건 법률조항은 폭행, 협박이나 위계, 위력 등 강제력과 관련된 구성요건요소를 규정하지 않고 있는 점, 법률조항은 어디까지나 군 내부의 건전한 공적 생활을 영위하고, 군 조직 전체의 성적건강을 유지하기 위하여 제정된 것이며, 이 같은 입법취지 및 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 보호법익은 이 사건 법률조항의 적용범위를 해석함에 있어서도 가장 중요하게 고려되어야 할 사항이다.”라고 판단하고 있고 대법원도 비슷한 경정을 한바 있으며 일부 소수의 재판관의 위헌의견이

있으나 아직은 우리나라의 안보상황과 군이라는 특수성, 대다수 국민들의 정서를 고려해 볼 때 군형법 제92조6항의 폐지는 어렵다고 봐야할 것이다.

최근 군인 성범죄가 증가하고 있는 추세이며, 일부학자들은 군인 성범죄를 예방하기 위하여 실무적인 처벌규정과 실무지침을 마련하여 군 수사기관에서 전담하며, 보완처분이나 보호관찰제도의 활용도 검토해봐야 한다는 의견이 있으나 우리 군의 특성상 아직 본격적으로 논의되고 있지 않은 것 같다.

<참고문헌>

1. 이계수, 오동석, 최정학, 오병두, “군 사법제도 운영 및 인권침해현황 실태조사”, 「2003년도 인권실태조사 연구용역보고서」, 국가인권위원회, 2004. 3. 8. pp.327
2. 노기호, “군형법 제92조 ‘추행죄’의 위헌성 고찰-육군 제22사단 보통군사법원 2008. 8. 6. 위헌제청결정 사건(2008고10)을 중심으로”, 헌법학연구 제15권
3. 오경식, “군인 성범죄예방을 위한 보안처분제도의 문제점과 그 개선방안”, 「형사법의 신동향 통권 제43호 2014년 6월호 연구논문」, 대검찰청, 2014. 6. pp 1 ~ 39
4. 오경식, “미국의 보안처분제도와 군인 성범죄자 처벌에 대한 연구”, 「형사법의 신동향 통권 제42호 2014년 3월호 연구논문」, 대검찰청, 2014. 3. pp 300 ~ 347
5. 조국, “군형법 제95조5‘계간 그밖의 추행죄’비판-군인간 합의 동성에 형사처벌의 당부”, 「형사법연구 제 23권 제4호 2011 겨울 통권 제49호」, 2011. 12. 31. pp 291 ~ 316

■ 「연합수련회와 제11회 변론대회」 진행 순서

첫째 날 (오 후)			
시 간	행 사	행 사 내 용	소요시간
2:00 ~ 2:30	등록 및 친교		' 30
2:30 ~ 3:00	개회식	연합회장 개회선언 및 인사말 학과장 인사말 동문회장 격려사 지역대학별 소개와 인사	' 30
3:00 ~ 3:20	준비시간	주제별 장소 이동	' 20
3:20 ~ 4:30	변론대회 본선 (1,2부)	주제별 4개팀씩 4개조로 진행	' 70 (1,2부 각 35분)
4:30 ~ 4:50	쉬는 시간 / 준비		' 20
4:50 ~ 6:00	변론대회 결선	주제별 4개팀이 각각 동시 진행	' 70
6:00 ~ 7:00	저녁식사		' 60
7:00 ~ 7:50	스터디 우수활동 사례 발표		' 50
7:50 ~ 8:00	쉬는 시간 / 준비		' 10
8:00 ~ 9:10	교수님과의 대화		' 70
9:10 ~ 9:30	쉬는 시간 / 준비		' 20
9:30 ~ 11:00	장기경연대회 및 연찬	지역대학별 대항전 (참가자 수에 따라 가중치 부여)	' 90
11:00 ~	자유시간 (친목도모의 시간)		

둘째 날 (오 전)			
시 간	행 사	행 사 내 용	소요시간
7:00 ~ 8:00	산보		' 60
8:00 ~ 9:00	아침식사		' 60
9:00 ~ 10:00	교수 특강		' 60
10:00 ~ 10:10	쉬는 시간 / 준비		' 10
10:10 ~ 10:50	법률퀴즈 대회	개인전 (도전, 골든벨 방식)	' 40
10:50 ~ 11:00	쉬는 시간 / 준비		' 10
11:00 ~ 12:00	폐회식	시상식 학과장 인사말 연합회장 환송사 및 폐회선언 애찬과 석별의 시간	' 60

「2014학년도 법학과 연합수련회와 제11회 변론대회」 시상내역

< 법률퀴즈대회 > 시상식

법률퀴즈대회 최우수상 : 경기지역대학 장희순 학우(2011학번)

법률퀴즈대회 우수상 : 부산지역대학 손정곤 학우(2014학번)

법률퀴즈대회 장려상 : 경기지역대학 이정필 학우(2012학번)

< 장기경연대회 > 시상식

장기경연대회 최우수상 : 대전·충남지역대학 참가팀

장기경연대회 우수상 : 경기지역대학 참가팀

장기경연대회 장려상 : 인천지역대학 참가팀 / 부산지역대학 참가팀

< 스터디 우수활동 사례 발표 > 시상식

최우수상 : 경기지역대학 - 법마루

부산지역대학 - 처음처럼

서울지역대학 - 시나브로

우수상 : 전북지역대학 - 베르디체

제주지역대학 - 다이돌핀

광주·전남지역대학 - 살림

< 변론대회 > 시상식

『교사의 정단가입 제한은 정당한가?』의 주제에 대한 시상

대상 : 경기지역대학 - 디케Ⅳ

「대한변호사협회」상 : 전북지역대학 - 베르디체

「공익인권법재단 공감」상 : 대전·충남지역대학 - 민주광장 24

「인권재단 사람」상 : 경기지역대학 - 법사공 2

『군형법 제92조의6, 동성애 처벌규정의 폐지 여부』의 주제에 대한 시상

대상 : 광주·전남지역대학 - 살림

「대한변호사협회」상 : 인천지역대학 - 상선약수

「공익인권법재단 공감」상 : 인천지역대학 - 쏘맥

「인권재단 사람」상 : 서울지역대학 - 시나브로

< 종합우승 > 시상

* 종합우승은 변론대회, 장기경연대회, 법률퀴즈대회에 대한 성적과 지역대학별 학생들의 참여도, 적극성, 단합과 질서 등을 평가하여 선정

종합우승 : 경기지역대학 참가팀

2014학년도 연합수련회와 변론대회의 모습들...



개회식 준비 모습
(장소: 서울 국제청소년유스호텔)



교수님과 튜터 선생님도 참석하시고 ...



드디어 시작된 변론대회



변론대회의 모습들



변론대회의 모습들



변론대회의 모습들



응원의 열기도 뜨겁게!! 단, 조용히..



교수님과의 대화



스터디 우수활동 사례 발표



장기경연대회
- 모의법정



장기경연대회
조금은 민망하더라도...오늘은 잼나게



장기경연대회
차렷시범으로 분위기 이어가고...



장기경연대회

이보다 더 화끈할 순 없다!!...댄스!댄스!댄스!



장기경연대회

오늘만큼은 나이도 잊고...애들이 되어 보자!!



장기경연대회

춤마 걸그룹도 나오고...^^



즐거운 연찬 한마당



즐거운 연찬 한마당



즐거운 연찬 한마당



즐거운 연찬 한마당
피날레는 대동 단결로...



이튿날 아침을 여는 이상영교수님의
게릴라특강... 지금 여기는 아테네학당(?)
일찍 일어나야 들을 수 있어요~ ^^



법률퀴즈대회^^



교수특강-김재완 교수님



시상식
-종합우승은 경기지역대학 참가팀에게



폐회식