

국민과 함께하는 **정의의 파수꾼**

2023. 9. 26. 보도자료

공보관실 02)708-3411 / 팩스 02)766-7757



제 목 : 9월 선고 즉시보도 외 사건 보도자료

우리 재판소에서 2023. 9. 26.(화) 선고한 심판사건 결정요지 등 (즉시보도 외 사건 보도자료)을 보내 드리오니 참고하시기 바랍니다.

- 일시 : 2023. 9. 26.(화) 14:30 ~
- 장소 : 헌법재판소 대심판정

붙임: 즉시보도 외 사건 보도자료 4건. 끝.

보 도 자 료

정당등록, 정당명칭사용금지, 지역정당, 법정당원수에 대한 정당법 사건

[2021헌가23 정당법 제59조 제2항 등 위헌제청, 2021헌마1465,
2022헌마215, 396, 2023헌마119(병합) 정당법 제3조 등 위헌확인]

[선 고]

헌법재판소는 2023년 9월 26일 등록을 정당의 설립요건으로 정한 정당법 제4조 제1항(정당등록조항), 정당법상 등록된 정당이 아니면 정당이라는 명칭을 사용하지 못하게 하는 정당법 제41조 제1항 및 제59조 제2항 중 제41조 제1항에 관한 부분(정당명칭사용금지조항), 정당은 수도 소재 중앙당과 5 이상의 시·도당을 갖추어야 한다고 정한 정당법 제3조, 제4조 제2항 중 제17조에 관한 부분, 제17조(전국 정당조항), 시·도당은 1천인 이상의 당원을 가져야 한다고 정한 정당법 제4조 제2항 중 제18조에 관한 부분 및 제18조(법정당원수조항)에 대하여 합헌 및 기각결정을 선고하였다. **[합헌, 기각]**

전국정당조항에 대하여는 재판관 유남석, 문형배, 정정미의 위헌의견과 재판관 김기영, 이미선의 위헌의견이 있고, 법정당원수조항에 대하여는 재판관 김기영, 이미선의 반대의견이 있다.



2023. 9. 26.
헌법재판소 공보관실

□ 사건개요

가. 2021헌가23

제청신청인은 ‘정당법상 등록된 정당이 아님에도 불구하고 사회변혁노동자당이라는 명칭을 사용하였다.’라는 공소사실로 약식기소되어 2020. 11. 23. 벌금 100만 원의 약식명령을 받고 이에 대하여 정식재판을 청구하여 재판을 받던 중 정당법 제59조 제2항, 제41조 제1항에 대하여 위헌법률심판제청을 신청하였다. 제청법원은 2021. 8. 13. 위 신청을 받아들여 정당법 제59조 제2항, 제41조 제1항에 대하여 위헌법률심판을 제청하면서, 정당법 제4조, 제17조, 제18조가 정당법 제59조 제2항에 따라 처벌하는 정당법 제41조 제1항의 등록의무의 내용에 관한 조항으로서 당해 사건의 직접적인 근거규정이 된다는 이유로 이들 조항에 대하여도 직권으로 위헌법률심판을 제청하였다.

나. 2021헌마1465

청구인 이○○는 2022. 6. 1. 실시된 제8회 전국동시지방선거 중 서울 영등포구 기초선거에 출마하고자 청구인 직접행동영등포당을 창당하였다. 청구인들은 2021. 10. 18. 서울특별시선거관리위원회에 정당등록을 신청하였으나, 2021. 10. 26. ‘귀하의 지역정당 등록신청서와 관련하여 정당법에는 지역정당에 관한 규정을 두고 있지 않음을 알려드립니다.’라는 회신을 받았다.

이에 청구인들은 정당법 제3조, 제4조, 제9조, 제17조 및 제18조가 청구인들의 정치적 표현의 자유, 정당설립의 자유, 정당가입의 자유, 정당활동의 자유, 평등권, 선거권, 공무담임권을 침해한다고 주장하며 2021. 11. 30. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

다. 2022헌마215

청구인 과천시민정치는 2022. 6. 1. 실시된 제8회 전국동시지방선거 중 과천시 기초선거에 참여하고자 창당하였다. 청구인은 2021. 12. 22. 경기도선거관리위원회에 정당등록을 신청하였으나, 2021. 12. 27. ‘귀하의 지역정당 등록신청과 관련하여 정당법상 지역정당 등록규정이 없어 우리 위원회에서 처리해 드릴 수 없음을 알려드리며, 그 외 정당성립과 등록에 관한 사항은 정당법 제3조(구성) 및 제4조(성립)를 참고하시기 바랍니다.’라는 회신을 받았다.

이에 청구인은 정당법 제3조, 제4조, 제9조, 제17조 및 제18조가 청구인의 정치적 표현의 자유, 정당설립의 자유, 정당가입의 자유, 정당활동의 자유, 평등

권, 선거권, 공무담임권을 침해한다고 주장하며 2022. 2. 18. 이 사건 헌법소원 심판을 청구하였다.

라. 2022헌마396

청구인 은평민들레당은 2022. 6. 1. 실시된 제8회 전국동시지방선거 중 서울 은평구 기초선거에 참여하고자 창당하였다. 청구인은 2022. 1. 18. 서울특별시 선거관리위원회에 정당등록을 신청하였으나, 2022. 1. 26. ‘귀하의 지역정당 등록신청서와 관련하여 정당법에는 지역정당에 대한 규정을 두고 있지 않음을 알려드립니다.’라는 회신을 받았다.

이에 청구인은 정당법 제3조, 제4조, 제9조, 제17조 및 제18조가 청구인의 정치적 표현의 자유, 정당설립의 자유, 정당가입의 자유, 정당활동의 자유, 평등권, 선거권, 공무담임권을 침해한다고 주장하며 2022. 4. 1. 이 사건 헌법소원 심판을 청구하였다.

마. 2023헌마119

청구인 페미니즘당 창당모임은 창당을 목적으로 설립되어 활동하고 있는 비영리법인이고 청구인 이□□, 이△△, 정◆◆, 최▲▲은 페미니즘 창당모임의 구성원들이다.

청구인들은 정당법 제3조, 제17조, 제18조가 청구인들의 정당설립의 자유, 정당활동의 자유, 정당조직의 자유, 평등권을 침해하여 위헌이라고 주장하며 2023. 1. 27. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

□ 심판대상

이 사건 심판대상은 정당법(2005. 8. 4. 법률 제7683호로 전부개정된 것) 제4조 제1항(이하 ‘정당등록조항’이라 한다), 제3조, 제4조 제2항 중 제17조에 관한 부분, 제17조(이하 합하여 ‘전국정당조항’이라 한다), 제4조 제2항 중 제18조에 관한 부분 및 제18조(이하 합하여 ‘법정당원수조항’이라 한다)가 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부 및 위 정당등록조항, 전국정당조항(정당법 제3조는 제외한다), 법정당원수조항, 정당법(2005. 8. 4. 법률 제7683호로 전부개정된 것) 제41조 제1항 및 제59조 제2항 중 제41조 제1항에 관한 부분(이하 합하여 ‘정당명칭 사용금지조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이다.

[심판대상조항]

정당법(2005. 8. 4. 법률 제7683호로 전부개정된 것)

제3조(구성) 정당은 수도에 소재하는 중앙당과 특별시·광역시·도에 각각 소재하는 시·도당(이하 “시·도당”이라 한다)으로 구성한다.

제4조(성립) ① 정당은 중앙당이 중앙선거관리위원회에 등록함으로써 성립한다.

② 제1항의 등록에는 제17조(법정시·도당수) 및 제18조(시·도당의 법정당원수)의 요건을 구비하여야 한다.

제17조(법정시·도당수) 정당은 5 이상의 시·도당을 가져야 한다.

제18조(시·도당의 법정당원수) ① 시·도당은 1천인 이상의 당원을 가져야 한다.

② 제1항의 규정에 의한 법정당원수에 해당하는 수의 당원은 당해 시·도당의 관할 구역 안에 주소를 두어야 한다.

제41조(유사명칭 등의 사용금지) ① 이 법에 의하여 등록된 정당이 아니면 그 명칭에 정당임을 표시하는 문자를 사용하지 못한다.

제59조(허위등록신청죄 등) ② 제41조(유사명칭 등의 사용금지) 제1항 또는 제2항의 규정을 위반한 자는 1년 이하의 징역이나 100만원 이하의 벌금에 처한다.

[관련조항]

정당법(2005. 8. 4. 법률 제7683호로 전부개정된 것)

제11조(등록신청) 창당준비위원회가 창당준비를 완료한 때에는 그 대표자는 관할 선거관리위원회에 정당의 등록을 신청하여야 한다.

제15조(등록신청의 심사) 등록신청을 받은 관할 선거관리위원회는 형식적 요건을 구비하는 한 이를 거부하지 못한다. 다만, 형식적 요건을 구비하지 못한 때에는 상당한 기간을 정하여 그 보완을 명하고, 2회 이상 보완을 명하여도 응하지 아니할 때에는 그 신청을 각하할 수 있다.

제44조(등록의 취소) ① 정당이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 당해 선거관리위원회는 그 등록을 취소한다.

1. 제17조(법정시·도당수) 및 제18조(시·도당의 법정당원수)의 요건을 구비하지 못하게 된 때. 다만, 요건의 흠결이 공직선거의 선거일 전 3월 이내에 생긴 때에는 선거일 후 3월까지, 그 외의 경우에는 요건흠결시부터 3월까지 그 취소

를 유예한다.

□ 결정주문

1. 정당법(2005. 8. 4. 법률 제7683호로 전부개정된 것) 제4조, 제17조, 제18조, 제41조 제1항 및 제59조 제2항 중 제41조 제1항에 관한 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.
2. 청구인들의 심판청구를 모두 기각한다.

□ 이유의 요지

[정당등록조항, 정당명칭사용금지조항에 대한 법정의견] (전원일치)

1. 정당등록제도는 어떤 정치적 결사가 정당법상 정당임을 법적으로 확인하여 줌으로써 법적 안정성과 확실성에 기여하고, 창당준비위원회가 형식적 요건을 구비하여 등록을 신청하면 중앙선거관리위원회는 이를 반드시 수리하여야 하므로, 정당등록제도가 정당의 이념 등을 이유로 등록 여부를 결정하는 것이라고 볼 수는 없다.

따라서 정당등록조항이 과잉금지원칙을 위반하여 정당의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

2. 정당명칭사용금지조항은 정당법에 따른 등록요건을 갖추지 못한 단체들이 임의로 정당이라는 명칭을 사용하는 것을 금지하여 정당등록제도 및 등록요건의 실효성을 담보하고, 국민의 정치적 의사형성 참여과정에 혼란이 초래되는 것을 방지하기 위한 것이다.

정당의 명칭사용과 관련하여 국민의 정치적 의사형성 참여과정에 위협이 되는 행위만 일일이 선별하여 금지하는 것은 현실적으로 어렵고, 1년 이하의 징역 또는 100만 원 이하의 벌금이라는 법정형이 과도하다고 보기도 어렵다.

따라서 정당명칭사용금지조항이 과잉금지원칙을 위반하여 정당의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

[전국정당조항에 대한 합헌 및 기각의견] (재판관 이은애, 이종석, 이영진, 김형두)

전국정당조항은, 정당이 특정 지역에 편중되지 않고 전국적인 규모의 구성과 조직을 갖추어 국민의 정치적 의사를 균형 있게 집약·결집하여 국가정책의 결정에 영향을 미칠 수 있도록 함으로써, 헌법 제8조 제2항 후단에 따라 정당에게 부여된 기능인 ‘국민의 정치적 의사형성에의 참여’를 실현하고자 하는 것이다.

지역적 연고에 지나치게 의존하는 정당정치 풍토가 다른 나라와 달리 우리의 정치현실에서는 특히 문제시되고 있고, 지역정당을 허용할 경우 지역주의를 심화시키고 지역 간 이익갈등이 커지는 부작용을 야기할 수도 있다는 점에서, 정당의 구성과 조직의 요건을 정함에 있어 전국적인 규모를 확보할 필요성이 인정된다. 이러한 정치현실과 우리나라에 현존하는 정당의 수에 비추어 보면, 전국정당조항이 과잉금지원칙에 반하여 정당의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

[전국정당조항에 대한 위헌의견] (재판관 유남석, 문형배, 정정미)

전국정당조항이 ‘국민의 정치적 의사형성에의 참여’라는 정당의 헌법적 기능과 임무를 실현할 수 있는 최소한의 요건을 정하고 있다고 볼 뚜렷한 근거는 없다. 지역정당의 출현으로 인한 지역주의 심화의 문제는 정당에 대한 규제가 아니라 정치문화적 접근으로 해결하여야 하고, 정보통신기술의 발달로 전국 어디에서든 정치 참여가 가능하고 지방자치가 확대되고 있는 현실에서 모든 정당이 전국 규모의 조직을 갖추고 전체 국민의 의사를 반영하기 위해 정당활동을 수행할 필요는 없다.

거대 양당에 의하여 정치가 이루어지는 현실에서 전국정당조항은 지역정당이나 군소정당, 신생정당이 정치영역에 진입할 수 없도록 높은 장벽을 세우고 있고, 각 지역 현안에 대한 정치적 의사를 적극적으로 반영할 수 있는 정당의 출현을 배제하여 풀뿌리 민주주의를 차단할 위험이 있다.

기성정당과 신생정당을 구별하여 중앙당 및 시·도당의 소재지, 시·도당의 수를 달리 정하는 방안 등 전국정당조항으로 인한 기본권 침해가 최소화될 수 있는 방안을 강구하는 것이 어려워 보이지도 않는다.

따라서 전국정당조항은 과잉금지원칙을 위반하여 정당의 자유를 침해한다.

[전국정당조항에 대한 위헌의견] (재판관 김기영, 이미선)

헌법 제8조 제1항의 정당설립의 자유와 헌법 제8조 제4항의 취지를 고려하여

볼 때, 정당의 설립, 조직, 활동에 대한 국가의 간섭이나 침해는 원칙적으로 허용되지 않는다.

‘국민의 정치적 의사형성에의 참여’라는 정당의 핵심적 기능을 수행하기 위하여 반드시 전국 규모의 조직이 필요하다고 볼 수 없고, 헌법이 전국 규모의 조직을 요구하는 것도 아니다. 그럼에도 불구하고 전국정당조항은 모든 정당에 대하여 일률적으로 전국 규모의 조직을 요구하여 지역정당이나 군소정당, 신생정당을 배제하고 있다. 이는 헌법 제8조 제1항의 정당의 자유를 부정하는 것이어서 입법목적의 정당성 및 수단의 적합성을 인정하기 어렵다.

설령 입법목적의 정당성 및 수단의 적합성을 인정하더라도, 국민의 정치적 의사형성에 참여하는 데 반드시 전국 규모의 조직이 필요한 것은 아닌 점, 지역정당의 배제는 지방정치를 중앙정치에 종속시켜 지방정치의 활성화를 억지하고, 군소정당 및 신생정당의 배제는 다양한 정치적 이해관계를 반영하는 정당의 출현을 막아 정당 간의 경쟁이나 정치적 다양성, 정치과정의 개방성을 약화시킬 우려가 있다는 점에서도 전국정당조항은 침해의 최소성 및 법익의 균형성을 갖추지 못하였다.

따라서 전국정당조항은 과잉금지원칙을 위반하여 정당의 자유를 침해한다.

[법정당원수조항에 대한 법정의견]

법정당원수조항은 국민의 정치적 의사형성에의 참여를 실현하기 위한 지속적이고 공고한 조직의 최소한을 갖추도록 하는 것이다. 우리나라에 현존하는 정당의 수, 각 시·도의 인구 및 유권자수, 인구수 또는 선거인수 대비 당원의 비율, 당원의 자격 등을 종합하여 보면, 각 시·도당에 1천인 이상의 당원을 요구하는 법정당원수조항이 신생정당의 창당을 현저히 어렵게 하여 과도한 부담을 지운 것으로 보기는 어렵다.

따라서 법정당원수조항이 과잉금지원칙을 위반하여 정당의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

[법정당원수조항에 대한 반대의견] (재판관 김기영, 이미선)

법정당원수조항은 헌법 제8조 제1항의 정당의 자유 자체를 처음부터 전면 부정

한다는 점에서 입법목적의 정당성 및 수단의 적합성을 인정하기 어렵다.
 설령 입법목적의 정당성과 수단의 적합성을 인정하더라도, 새로운 정책이념을 가진 신생정당이나 군소정당의 진입과 활동이 어렵지 않도록 당원의 수를 상대적으로 정하는 것이 정당설립의 자유와 복수정당제를 규정한 헌법 제8조 제1항의 취지에 부합하고, 당원수의 부족을 조직의 효율성 등 다른 기능적 요소를 통해 보완하거나 신생정당과 기성정당을 구분하여 당원수를 달리 정하는 방안 등 기본권 침해를 최소화하는 방안을 강구하는 것이 어려워 보이지 않는다.
 따라서 법정당원수조항은 과잉금지원칙을 위반하여 정당의 자유를 침해한다.

□ 결정의 의의

- 헌법재판소는 이 사건 법정당원수조항과 관련해서는, 심판대상이 실질적으로 동일한 정당법 제18조 제1항에 대하여 이미 기각결정을 한 바 있음(헌재 2022. 11. 24. 2019헌마445). 위 결정에는 재판관 이석태, 김기영, 이미선의 반대의견 있었음.
- 전국정당조항에 대하여는, 그 이유 구성은 다르지만 재판관 5인이 위헌의견임. 하지만 위헌결정을 위한 심판정족수에는 이르지 못하였으므로 위 조항에 대하여 합헌 및 기각결정을 선고하였음(4:5 합헌).

| | |
|--------------------|---------|
| 정당등록조항, 정당명칭사용금지조항 | 9:0(합헌) |
| 전국정당조항 | 4:5(합헌) |
| 법정당원수조항 | 7:2(합헌) |

보도자료

반사회질서의 법률행위를 무효로 하는 민법 제103조 사건

[2020헌바552 민법 제103조 위헌소원]

[선 고]

헌법재판소는 2023년 9월 26일 재판관 8인의 전원일치 의견으로, '선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률 행위' 를 무효로 하는 민법 제103조가 명확성원칙에 위반되지 않아 헌법에 위반되지 않는다는 결정을 선고하였다. [\[합헌\]](#)



2023. 9. 26.

헌법재판소 공보관실

□ 사건개요

- 청구인은 변호사로서 당해 사건 피고들 중 일부(이하 ‘형사사건 피고인들’)에 대한 형사재판의 변호를 수행하였는데, 위 형사재판에서 형사사건 피고인들에게 무죄판결이 선고되었다.
- 청구인은 형사사건 피고인들에게 무죄가 선고되었으므로, 위임계약상 보수지급 약정에 따라 피고들은 연대하여 청구인에게 미지급된 보수를 지급할 의무가 있다고 주장하며 위 보수의 지급을 구하는 소송을 제기하였다(부산지방법원 2019가합44886).
제1심법원은 2019. 11. 6. 청구인이 주장하는 보수지급 약정은 형사사건에서의 성공보수약정에 해당하여 민법 제103조에 따라 무효라고 판단하고, 청구인의 청구를 기각하였다.
- 청구인은 위 판결에 불복하여 항소하는 한편(부산고등법원 2019나58257), 항소심 계속 중 민법 제103조에 대하여 위헌법률심판제청을 신청하였다(부산고등법원 2020카기5002).
항소심법원은 청구인의 항소를 기각하면서 같은 날 위 제청신청을 기각하였고, 이에 청구인은 2020. 11. 12. 민법 제103조가 헌법에 위반된다고 주장하며 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

□ 심판대상

이 사건 심판대상은 민법(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정된 것) 제103조(이하 ‘심판대상조항’)가 헌법에 위반되는지 여부이다.

[심판대상조항]

민법(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정된 것)

제103조(반사회질서의 법률행위) 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위는 무효로 한다.

□ 결정주문

민법(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정된 것) 제103조는 헌법에 위반되지 아니한다.

□ 이유의 요지

- 명확성의 정도는 모든 법률에 있어서 동일한 정도로 요구되는 것은 아니며, 개개의 법률이나 법조항의 성격에 따라, 그리고 각 법률이 제정되게 된 배경이나 상황에 따라 차이가 있을 수 있다.

또한 통상적으로 법률규정은 일반성·추상성을 가지는 것으로서 입법기술상 어느 정도의 보편적 내지 일반적 개념의 용어사용은 부득이하므로, 당해 법률이 제정된 목적과 다른 규범과의 연관성을 고려하여 합리적인 해석이 가능한지의 여부에 따라 명확성의 구비 여부가 가려지고, 당해 법률조항의 입법취지와 전체적 체계 및 내용 등에 비추어 법관의 법 보충작용으로서의 해석을 통하여 그 의미가 분명해질 수 있다면 이 경우까지 명확성을 결여하였다고 할 수 없다(헌재 2020. 12. 23. 2019헌바25 등 참조).

그리고 민사법규는 사회현실에 나타나는 여러 가지 현상에 관하여 일반적으로 흠결 없이 적용될 수 있어야 하므로, 형벌법규보다는 상대적으로 더 추상적인 표현을 사용할 수 있을 것이다(헌재 2019. 2. 28. 2017헌바106 참조).

- 심판대상조항은 사회적·문화적 환경의 변화 속에서 실정법에 의하여 미처 구체화되지 못한 사회의 질서를 수용하여 법질서를 보충·구체화하며, 법률행위의 당사자들이 공동체의 전체질서 내에서 사적자치를 발현하도록 하고자, 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위의 효력을 무효로 하고 있다.

- ‘선량한 풍속’은 사회의 일반적 도덕관념 또는 건전한 도덕관념으로, 모든 국민에게 지킬 것이 요구되는 최소한의 도덕률로 해석할 수 있고, ‘사회질서’란 사회를 구성하는 여러 요소와 집단이 조화롭게 균형을 이룬 상태로 해석할 수 있다. 이러한 용어는 다소 추상적이고 광범위하며, 심판대상조항은 구체적으로 어떠한 내용의 법률행위가 이에 해당하는지를 일일이 규정하고 있지 않다.

그러나 법률에서 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 내용으로서 그 효력을 부인해야 하는 법률행위를 빠짐없이 규율하는 것은 입법기술상 매우 어렵고, 나아가 심판대상조항의 입법목적과 기능에 비추어 적절하지도 않다.

- 문제되는 법률행위의 내용이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 것인지 여부를 판단함에 있어서는 전체 법질서, 그 법질서가 추구하는 가치, 입법자가 이미 구체화해 놓은 개별입법 등을 종합적으로 고려하여야 하고, 학설과 판례 등

의 집적을 통해 반사회적 법률행위가 어느 정도 유형화되어 예측 가능성을 높일 수 있으므로, 그 판단이 헌법을 최고규범으로 하는 법 공동체의 객관적 관점에 의하여 이루어질 수 있다.

- 이상과 같은 점들을 종합하면, 심판대상조항은 명확성원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

□ 결정의 의의

- 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위를 무효로 하는 민법 제103조는 이른바 ‘일반조항’으로 불린다.
- 헌법재판소는 민법 제103조의 ‘선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항’이 다소 추상적이고 광범위한 의미를 가진 것으로 보이는 용어이기는 하나, 그 문언의 의미, 민법 제103조의 입법목적과 기능, 개별적·구체적 사안에서 문제되는 법률행위가 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 것인지는 헌법을 최고규범으로 하는 법 공동체의 객관적 관점에 의하여 판단될 수 있다는 점 등을 종합하면 명확성원칙에 위반된다고 볼 수 없다고 판단하였다.

보 도 자 료

대한민국 국민인 남성에 대한 병역의무 부과 사건

[2019헌마423등 병역법 제3조 제1항 전문 등 위헌확인 등]

[선 고]

헌법재판소는 2023년 9월 26일 재판관 전원일치 의견으로, 대한민국 국민인 남성에게 병역의무를 부과하는 구 병역법(2011. 5. 24. 법률 제10704호로 개정되고, 2019. 12. 31. 법률 제16852호로 개정되기 전의 것) 제3조 제1항 전문, 병역법(2019. 12. 31. 법률 제16852호로 개정된 것) 제3조 제1항 전문이 평등권을 침해하지 않는다는 결정을 선고하였다. [기각, 합헌]



2023. 9. 26.

헌법재판소 공보관실

□ 사건개요

- 청구인들은 대한민국 남성으로 병역의무를 이행 중이거나, 병역의무 이행 예정이거나, 병역의무 불이행으로 징역형을 선고 받은 자이다.
- 이에 청구인들은 대한민국 국민인 남성에게 병역의무를 부과하는 병역법 제3조 제1항 전문에 대한 헌법소원심판(2019헌마423, 2020헌마1182, 1214, 2021헌마1133, 2022헌마912) 및 위헌소원심판(2021헌바110)을 청구하였다.

□ 심판대상

이 사건 심판대상은, 구 병역법(2011. 5. 24. 법률 제10704호로 개정되고, 2019. 12. 31. 법률 제16852호로 개정되기 전의 것) 제3조 제1항 전문, 병역법(2019. 12. 31. 법률 제16852호로 개정된 것) 제3조 제1항 전문(이하 ‘병역의무조항’이라 한다)이 청구인 이○○, 박□□, 김△△, 오◆◆, 이▲▲, 공■□의 기본권을 침해하는지 여부 및 헌법에 위반되는지 여부이다.

[심판대상조항]

구 병역법(2011. 5. 24. 법률 제10704호로 개정되고, 2019. 12. 31. 법률 제16852호로 개정되기 전의 것)

제3조(병역의무) ① 대한민국 국민인 남성은 헌법과 이 법에서 정하는 바에 따라 병역의무를 성실히 수행하여야 한다. 여성은 지원에 의하여 현역 및 예비역으로만 복무할 수 있다.

병역법(2019. 12. 31. 법률 제16852호로 개정된 것)

제3조(병역의무) ① 대한민국 국민인 남성은 「대한민국헌법」과 이 법에서 정하는 바에 따라 병역의무를 성실히 수행하여야 한다. 여성은 지원에 의하여 현역 및 예비역으로만 복무할 수 있다.

□ 결정주문

- 병역법(2019. 12. 31. 법률 제16852호로 개정된 것) 제3조 제1항 전문은 헌법에 위반되지 아니한다.
- 청구인 이○○의 구 병역법(2011. 5. 24. 법률 제10704호로 개정되고, 2019.

12. 31. 법률 제16852호로 개정되기 전의 것) 제3조 제1항 전문에 대한 심판 청구 및 청구인 박□□, 김△△, 오◆◆, 이▲▲, 공▣▣의 병역법(2019. 12. 31. 법률 제16852호로 개정된 것) 제3조 제1항 전문에 대한 심판청구를 모두 기각한다.

□ 결정 요지

- 이 사건 병역의무조항은 ‘대한민국 국민인 남성은 헌법과 병역법이 정하는 바에 따라 병역의무를 성실하게 수행하여야 한다’고 정함으로써 병역의무 부담에 있어 대한민국 국민인 남성과 여성을 다르게 취급하고 있으므로, 병역의무조항으로 인하여 대한민국 국민인 남성의 평등권이 침해되는지 문제된다.
- 헌법재판소는 이 사건 병역의무조항과 동일한 내용인 구 병역법 제3조 제1항 전문이 평등권을 침해하지 않는다고 2010. 11. 25. 결정한 바 있고(2006헌마328), 이후 2011. 6. 30. 및 2014. 2. 27.에도 평등권을 침해하지 않는다고 결정한 바 있다(2010헌마460; 2011헌마825).
- 국방의 의무를 부담하는 국민 중 병역의무의 범위를 정하는 문제는, 국가의 안보상황·재정능력을 고려하여 급변하는 국내외 정세에 탄력적으로 대응하면서 국군이 최적의 전투력을 유지할 수 있도록 합목적적으로 정해야 할 사항이므로, 헌법재판소로서는 제반 사정을 고려하여 법률로 국방의 의무를 구체적으로 형성해야 하는 국회의 광범위한 입법재량을 존중할 필요성이 크다.
- 이와 함께, 일반적으로 집단으로서의 남성과 여성은 서로 다른 신체적 능력을 보유하는 점, 보충역과 전시근로역도 혹시라도 발생할 수 있는 국가비상사태에 즉시 전력으로 편입될 수 있는 예비적 전력인 점, 비교법적으로 보아도 징병제가 존재하는 70여 개 나라 중에서 여성에게 병역의무를 부과하는 나라는 극히 한정되어 있는 점 등을 고려할 때, 장기적으로는 출산율의 변화에 따른 병역자원 수급 등 사정을 고려하여 양성징병제의 도입 또는 모병제로의 전환에 관한 입법논의가 사회적 합의 과정을 통해 진지하게 검토되어야 할 것으로 예상되지만, 현재의 시점에서 제반 상황을 종합적으로 고려하여 기존 징병제도를 유지하고 있는 입법자의 판단이 현저히 자의적이라고 단정하기 어렵다.
- 사정이 이러하다면, 병역의무조항으로 인한 차별취급을 정당화할 합리적 이유

가 인정되므로, 병역의무조항은 청구인 이○○, 박□□, 김△△, 오◆◆, 이▲▲, 공■□의 평등권을 침해하지 아니하고, 헌법에 위반되지 아니한다.

□ 결정의 의의

- 헌법재판소 4기 재판부는 현재 2010. 11. 25. 2006헌마328 결정에서 처음으로, 재판관 4(기각)¹⁾ : 2(기각)²⁾ : 2(위헌)³⁾ : 1(각하)⁴⁾의 의견으로 대한민국 국민인 남성에게 병역의무를 부과한 병역의무조항이 평등권을 침해하지 아니한다고 결정하였다.
- 이후 헌법재판소 5기 재판부는 현재 2014. 2. 27. 2011헌마825 결정에서 위 4기 재판부의 기각의견(4)을 계승하여, 재판관 전원일치의 의견⁵⁾으로 병역의무조항이 평등권을 침해하지 아니한다고 결정하였다.
- 헌법재판소 6기 재판부는 이 사건에서 재판관 전원일치의 의견으로 현재의 시점에서 그 차별취급을 정당화할 합리적 이유가 있다고 판단함으로써, 병역의무조항에 대한 헌법재판소의 합헌 결론을 유지하였다.

1) 재판관 이강국, 재판관 김희욱, 재판관 이동흡, 재판관 송두환의 기각의견.

2) 재판관 조대현, 재판관 김종대의 기각의견.

3) 재판관 이공현, 재판관 목영준의 위헌의견.

4) 재판관 민형기의 각하의견.

5) 재판관 박한철, 재판관 이정미, 재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 김창중, 재판관 안창호, 재판관 강일원, 재판관 서기석, 재판관 조용호.

보도자료

공동거주자 내부관계에서 주거침입이 문제된 사건

[2021헌마1602 기소유예처분취소]

[선 고]

헌법재판소는 2023년 9월 26일 재판관 전원일치 의견으로, 청구인이 공동거주자의 지위에 있고 사실상 평온을 해치는 방법으로 공동주거에 들어간 사실이 인정되지 않음에도 불구하고, 주거침입 피의사실이 인정됨을 전제로 기소유예처분을 한 것은 자의적인 검찰권 행사로서 청구인의 평등권과 행복추구권을 침해한다는 취지로 청구인의 심판청구를 인용하는 결정을 선고하였다. [\[인용\]](#)



2023. 9. 26.

헌법재판소 공보관실

□ 사건개요

- 청구인은 2021. 9. 2.경 별거 중의 아내인 피해자가 거주하는 집에 비밀번호를 누르고 들어가 주거침입을 하였다는 피의사실로 기소유예처분을 받았다.
- 청구인은, ‘피해자가 청구인과 공동으로 거주하던 주택(이하 ‘이 사건 주택’이라 한다)에 청구인의 출입을 막을 정당한 이유가 없으므로 청구인이 피해자의 동의 없이 이 사건 주택에 들어갔다고 하여 주거침입 행위로 볼 수 없고, 사실상 평온을 해치지도 않았음에도 불구하고, 피청구인은 청구인의 주거침입 피의사실이 인정됨을 전제로 기소유예처분을 함으로써 청구인의 행복추구권 등을 침해하였다’고 주장하며 2021. 12. 29. 그 취소를 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

□ 결정주문

피청구인이 2021. 11. 29. 수원지방법검찰청 안산지청 2021년 형제31080호 사건에서 청구인에 대하여 한 기소유예처분은 청구인의 평등권과 행복추구권을 침해한 것이므로 이를 취소한다.

□ 이유의 요지

● 청구인이 이 사건 주택의 공동거주자 지위에 있는지 여부 - 적극

- 주거침입죄의 객체는 행위자 이외의 사람, 즉 ‘타인’이 거주하는 주거 등이라고 할 것이므로, 행위자 자신이 단독으로 또는 다른 사람과 공동으로 거주하거나 관리 또는 점유하는 주거 등에 임의로 출입하더라도 주거침입죄를 구성하지 않는다. 다만, 다른 사람과 공동으로 주거에 거주하거나 건조물을 관리하던 사람이 공동생활관계에서 이탈하거나 주거 등에 대한 사실상의 지배·관리를 상실한 경우 등 특별한 사정이 있는 경우에 주거침입죄가 성립할 수 있을 뿐이다(대법원 2021. 9. 9. 선고 2020도6085 전원합의체 판결 참조).
- 청구인은 피해자와 10년 넘는 혼인생활을 유지하여 왔고, 이 사건 주택 매매대금의 상당 부분을 마련하였으며, 다른 지역에서 일하면서도 휴일에는 이 사건 주택에서 생활하였다. 청구인은 피해자와의 이혼소송이 시작된 다음인 2021. 8.초경 휴가기간에도 이 사건 주택에 머물렀다. 청구인이 피해자로부터 이 사

건 주택에 들어오지 말 것을 요청받은 때는 이 사건이 있기 불과 약 2주 전이고, 당시 피해자는 코로나바이러스감염증-19로 인한 자가 격리를 이유로 들었다. 이 사건 주택에는 여전히 청구인의 짐이 보관되어 있었다. 이러한 사정을 종합하면, 이 사건 당시 청구인이 이 사건 주택의 공동거주자 지위에 있었던 사실을 인정할 수 있다.

- 이 사건이 있기 전 피해자가 청구인을 상대로 이혼을 청구하였다거나 청구인이 이 사건 주택에 일방적으로 들어오지 못하게 하였다는 사정만으로는, 청구인과 피해자 사이에 부부관계를 청산하고 청구인이 이 사건 주택에 더 이상 살지 않기로 하는 명시적인 합의가 있었다고 보기 어렵고, 그 밖에 청구인이 이 사건 주택의 공동거주자 지위에서 이탈하였다거나 배제되었다고 볼 만한 사정도 찾을 수 없다. 따라서 청구인이 임의로 이 사건 주택에 들어간 행위는 주거침입죄를 구성하지 않는다.

● **청구인이 사실상 평온을 해치는 행위태양으로 들어갔는지 여부 - 소극**

- 주거침입죄는 사실상 주거의 평온을 보호법익으로 한다. 주거침입죄의 구성요건적 행위인 침입은 주거침입죄의 보호법익과의 관계에서 해석하여야 하므로, 침입이란 주거의 사실상 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거에 들어가는 것을 의미하고, 침입에 해당하는지는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양을 기준으로 판단함이 원칙이다(대법원 2022. 3. 24. 선고 2017도18272 전원합의체 판결 참조).
- 이 사건 기소유예처분의 바탕이 된 피의사실은 청구인이 이 사건 주택에 비밀번호를 누르고 들어갔다는 것이다. 위 비밀번호는 청구인이 이 사건 주택의 공동거주자로서 자연스럽게 알고 있던 것일 뿐, 불법적이거나 은밀한 방법으로 취득한 것이 아니다. 또한, 청구인은 피해자가 이전에 자가 격리를 이유로 출입을 막았기 때문에 2주간의 격리 기간이 종료되었을 무렵 이 사건 주택에 들어가고자 한 것으로 보인다. 청구인은 이 사건 주택에 들어가 한동안 머무르다가 피해자가 퇴근 후 경찰을 대동하고 오자 안에서 문을 열어주었다. 이 사건 주택 출입 전후 객관적·외형적으로 드러난 청구인의 이 같은 행위태양을 두고 사실상의 평온을 해치는 것이라 평가하기는 어렵다.

□ 결정의 의의

- 오랫동안 공동생활을 하여 온 부부관계에서의 주거침입죄 성립 여부를 판단함에 있어서는, 일방이 이혼을 청구하고 상대방의 공동주거 출입을 금지한다고 하여 곧바로 그 상대방이 공동거주자 지위에서 이탈한다거나 배제된다고 단정하기 어렵고, 공동거주자 사이 관계, 공동주거의 이용 양태 등을 종합적으로 살펴야 한다.
- 이 사건 결정은 주거침입죄에서 말하는 ‘침입’에 해당하는지는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양을 기준으로 판단하여야 한다는 법리를 적용하여, 수사된 사실관계만으로는 청구인이 이 사건 주택에 들어간 행위를 주거침입으로 평가하기 어렵다는 이유로 피청구인의 기소유예처분을 취소한 사안이다.