

공동주택 공동구역에서의 주거침입죄 - 대법원 2021.1.14. 선고 2017도21323 판결 -

이 정 원* · 백 윤 진**

< 목 차 >

- I. 서론
- II. 주거침입죄의 보호범익
- III. 주거침입죄에서 주거권자의 의사
- IV. 공동주택 공동구역에서의 주거침입죄
- V. 결론

[판례사안]

(1) 손세차 서비스 영업을 하는 피고인은 2009년경부터 아파트 입주자대표회의 허락을 받은 후 관리사무소와 방문세차계약을 체결하고, 아파트 일부 입주자 등과는 별도로 방문세차계약을 체결한 다음 세차영업을 하여 왔다.

(2) 피고인과 관리사무소 사이의 방문세차계약이 종료된 후 아파트 입주자대표회의는 세차영업을 할 업체에 대하여 공개입찰을 하였으나 2회 유찰되었고, 이에 아파트 관리사무소는 2015.11.17. 수의계약으로 공소외인 등과 방문세차계약을 체결하였다.

(3) 그런데 피고인은 그 후에도 일부 입주자 등과 체결한 세차용역계약의 이행을 위하여 이 사건 아파트의 지하주차장에서 세차영업을 계속하여 왔다. 이에 아파트 입주자대표회의는 피고인이 세차영업을 위하여 지하주차장에 출입하는 것을 금지하는 결의를 한 다음, 피고인의 이 사건 아파트 지하주차장에 대

* 영남대학교 법학연구소 연구원, 전 영남대학교 법학전문대학원 교수(2020.3. 정년퇴임).

** 영남대학교 법학연구소 선임연구원, 법학박사.

한 출입금지 가처분을 신청하였고, 법원은 피고인의 출입금지 가처분 인용결정을 하였는데, 피고인은 이 사건 가처분결정문을 송달받은 후에도 아파트 지하 주차장에 들어가 피고인과 세차용역계약을 체결한 일부 입주자 등의 차량을 세차하였다.

[관시사항]

[1] 건조물침입죄의 보호법익과 성립요건 / 건조물의 거주자나 관리자와의 관계 등으로 평소 건조물에 출입이 허용된 사람이 거주자나 관리자의 명시적 또는 추정적 의사에 반하여 건조물에 들어간 경우, 건조물침입죄가 성립하는지 여부(적극)

[2] 공동주택의 입주자대표회의가 입주자 등이 아닌 자(외부인)의 단지 안 주차장에 대한 출입을 금지하는 결정을 하고 그 사실을 외부인에게 통보하였음에도 외부인이 입주자대표회의의 결정에 반하여 그 주차장에 들어간 경우, 출입 당시 관리자로부터 구체적인 제지를 받지 않았더라도 건조물침입죄가 성립하는지 여부(적극) / 이때 외부인이 일부 입주자 등의 승낙을 받고 단지 안의 주차장에 들어간 경우, 건조물침입죄가 성립하는지 여부(한정 적극) 및 판단 기준

[판결요지]

[1] 건조물침입죄는 건조물의 사실상 평온을 보호법익으로 하고 있으므로 건조물 관리자의 의사에 반하여 건조물에 침입함으로써 성립한다. 건조물의 거주자나 관리자와의 관계 등으로 평소 건조물에 출입이 허용된 사람이라 하더라도 건조물에 들어간 행위가 거주자나 관리자의 명시적 또는 추정적 의사에 반함에도 불구하고 감행된 것이라면 건조물침입죄가 성립한다.

[2] 입주자대표회의는 구 주택법 또는 공동주택관리법에 따라 구성되는 공동주택의 자치의결기구로서 공동주택의 입주자 및 사용자(이하 ‘입주자 등’이라 한다)를 대표하여 공동주택의 관리에 관한 주요사항을 결정할 수 있고, 개별입주자 등은 원활한 공동생활을 유지하기 위하여 공동주택에서의 본질적인 권리가 침해되지 않는 한 입주자대표회의가 결정한 공동주택의 관리에 관한 사항을 따를 의무가 있다. 공동주택의 관리에 관한 사항에는 ‘단지 안의 주차장 유지 및 운영에 관한 사항’도 포함된다. 따라서 입주자대표회의가 입주자 등이 아닌 자(이하 ‘외부인’이라 한다)의 단지 안 주차장에 대한 출입을 금지하는 결정

을 하고 그 사실을 외부인에게 통보하였음에도 외부인이 입주자대표회의의 결정에 반하여 그 주차장에 들어갔다면, 출입 당시 관리자로부터 구체적인 제지를 받지 않았다고 하더라도 그 주차장의 관리권자인 입주자대표회의의 의사에 반하여 들어간 것이므로 건조물침입죄가 성립한다. 설령 외부인이 일부 입주자 등의 승낙을 받고 단지 안의 주차장에 들어갔다고 하더라도 개별 입주자 등은 그 주차장에 대한 본질적인 권리가 침해되지 않는 한 입주자대표회의의 단지 안의 주차장 관리에 관한 결정에 따를 의무가 있으므로 건조물침입죄의 성립에 영향이 없다. 외부인의 단지 안 주차장 출입을 금지하는 입주자대표회의의 결정이 개별 입주자 등의 본질적인 권리를 침해하는지 여부는 주차장의 유지 및 운영에 관한 입주자대표회의에서 제정·개정된 제 규정의 내용, 주차장의 본래 사용용도와 목적, 입주자 등 사이의 관계, 입주자 등과 외부인 사이의 관계, 외부인의 출입 목적과 출입 방법 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

I. 서론

현대의 주거형태로는 공동의 편리함을 공유할 수 있는 연립주택·빌라·오피스텔·아파트 등 공동주택의 행태가 점점 더 늘어나고 있으며, 특히 공동의 편리함을 극대화 할 수 있는 대단지 아파트에 대한 일반의 선호도 역시 증대하고 있다. 공동주택의 규모가 커지면 커질수록 공동주택 내의 공동구역의 범위도 확대되는데, 이 경우 개별거주자의 공동구역에 대한 관심 내지 권리의식은 점점 약화될 수밖에 없다. 따라서 공동주택의 공동구역에서는 어느 범위에서 무엇을 근거로 주거침입죄의 성립 여부가 결정될 수 있는지 문제될 수 있다. 이는 주거침입죄가 개인적 법익에 대한 죄라는 점에서, 그리고 공동주택의 공동구역에 대한 개별거주자의 관심이나 권리의식이 약화된다는 점에서 제기되는 문제라고 할 수 있다.

대상판례에서 대법원은 피고인이 아파트 입주자대표회의 의사에 반하여 아파트 단지 내 공동구역인 지하주차장에 들어간 행위를 주거침입죄로 판단하였다. 설령 피고인이 일부 입주자 등의 동의를 받고 단지 안의 주차장에 들어갔다고 하더라도 개별 입주자 등은 그 주차장에 대한 본질적인 권리가 침해되지

않는 한 입주자대표회의의 단지 안의 주차장 관리에 관한 결정에 따른 의무가 있다는 것이다.

그러나 “개별거주자들이 입주자대표회의의 단지 안의 주차장 관리에 관한 결정에 따른 의무가 있다”는 법률관계에 의해서 곧바로 개별거주자들은 이에 반한 주거권의 행사가 불가능하게 되는 것인지, 더욱이 입주자대표회의의 결정이라는 내부의 자치규약의 효력이 외부인인 피고인에게까지 미치는 것인지 의문이 제기된다. 개별거주자의 내부 자치규약 위반에 대해서는 자치규약의 허용된 범위에서의 제재만 가능할 뿐이기 때문이다. 즉 개별거주자의 내부 자치규약 위반행위에 대해서 자치규약으로 주거권 등과 같은 기본권을 제한하는 제재를 가할 수는 없다. 그렇다면 자치규약 위반의 개별거주자에 대한 자치규약에 의한 제재는 별론으로 하고, 자치규약 위반의 개별거주자의 주거권행사 자체를 무효화 시킬 수는 없다.

그 밖에 대상판례 사안에서 피고인의 아파트 지하주차장 출입금지 가처분신청에 대한 법원의 인용결정이 개별거주자의 주거권행사를 제한하는 결정으로도 효력이 있는 것인지 문제된다. 그러나 법원의 결정은 피고인의 지하주차장 출입을 금지하는 입주자대표회의의 가처분신청을 인용할 것일 뿐이므로, 여기에 개별거주자에 대한 주거권의 행사를 제한하는 효력이 인정되어서는 안 된다. 입주자대표회의에서도 이러한 효력의 가처분을 신청한 것이 아님은 분명하다.

이러한 점에서 피고인과 세차용역계약을 체결한 일부 입주자 등의 차량을 세차하기 위해서 아파트 지하주차장에 들어간 피고인의 행위는 일단 계약이 유지되는 동안 세차용역계약을 체결한 일부 입주자들의 동의가 인정되는 경우라고 보아야 한다. 그렇다면 피고인의 아파트 지하주차장 출입을 금지하는 입주자대표회의의 결정과 일부 입주자들이 피고인과 체결한 지하주차장 세차용역계약이 각각 공동주택 공동구역에서의 주거침입죄 성립 여부에 어떻게 작용하게 되는지 면밀한 검토를 필요로 한다. 이를 위해서는 우선 주거침입죄의 보호법익을 규명하고, 주거침입죄의 성립에서 주거권자의 의사가 갖는 기능과 의미를 분명히 해야 한다.

Ⅱ. 주거침입죄의 보호법익

주거침입죄의 보호법익에 관하여는 주거권설과 사실상 평온설의 대립이 있다. 주거권설은 주거침입죄의 보호법익을 규범적 개념으로 파악하며, 사실상 평온설은 이를 사실적 개념으로 이해한다.¹⁾

1. 사실상 평온설과 주거권설

(1) 사실상 평온설

통설²⁾과 판례³⁾는 주거침입죄의 보호법익을 사실상 평온으로 파악한다. 주거침입죄의 보호법익은 사적 생활관계에 있어서 사실상 누리고 있는 주거의 평온, 즉 ‘사실상 주거의 평온’으로서, 주거를 점유할 법적 권한이 없더라도 사실상의 권한이 있는 거주자가 주거에서 누리는 사실적 지배·관리관계가 평온하게 유지되는 상태를 말하며, 이러한 보호법익은 주거를 점유하는 사실상태를 바탕으로 발생하는 것으로서 사실적 성질을 가진다고 한다.⁴⁾

사실상 평온설은 주거침입죄의 보호법익을 ‘주거에서의 평온이라는 사실상의 상태’라고 파악하여 이를 사실적 개념으로 이해하고 있다. 물론 사실상 평온설이 객관적인 사실상태만을 기준으로 주거침입죄를 판단하는 것이 아님은 분명하다. 사실상 평온설의 입장에서라도 빈집에 무단으로 들어가는 행위를 주거침입

1) 배종대, 「형법각론」 제13판, 홍문사, 2021, 255면: 주거권설이 주거권을 형식적으로 이해하는 반면에, 사실상 평온설은 주거권을 실질적으로 파악하는 이론이라고 한다.

2) 김성돈, 「형법각론」 제8판, 성균관대학교 출판부, 2022, 286면 이하; 김혜정/박미숙/안경옥/원혜욱/이인영, 「형법각론」 제2판, 도서출판 정독, 2022, 245면; 박찬걸, 「형법각론」 제2판, 박영사, 2022, 322면; 오영근, 「형법각론」 제7판, 박영사, 2022, 214면; 정성근/정준섭, 「형법강의 각론」 제2판, 박영사, 2022, 214면; 최호진, 「형법각론」, 박영사, 2022, 313면; 구별설의 입장에서 개인의 사적장소에 관하여 사실상 평온설을 지지하는 임용, 「형법각론」 제12정판, 법문사, 2021, 301면.

3) 대법원 1995.9.15. 94도3336 판결; 대법원 2006.9.14. 2006도2824; 대법원 2007.7.27. 2006도3137; 대법원 2008.5.8. 2007도11322; 대법원 2009.9.10. 2009도4335; 대법원 2010.4.29. 2009도14643; 대법원 2012.5.24. 2010도9963; 대법원 2021.9.9. 2020도12630 전원합의체 판결; 대법원 2022.1.27. 2021도15507; 대법원 2022.3.24. 2017도18272 전원합의체 판결; 대법원 2022.8.25. 2022도3801.

4) 대법원 2021.9.9. 2020도12630 전원합의체 판결.

이 아니라고 판단하거나 광란의 댄스파티에 초청되어 들어가는 행위를 주거침입이라고 판단하지는 않기 때문이다. 결국 사실상 평온설은 대부분의 경우 ‘주거에서의 평온이라는 사실상의 상태’를 주거침입죄의 보호법익으로 이해하면서도, 특수한 경우에는 이를 ‘주거에서의 사실상의 평온이라는 상태를 유지할 수 있는 주거권자의 권리’라는 규범적 관점⁵⁾에서 판단하고 있음을 알 수 있다.⁶⁾⁷⁾ 이와 유사하게 절충설⁸⁾은 주거침입죄의 보호법익을 ‘일정하게 구획된 개인의 생활 또는 업무의 장소에서 개인이 누릴 수 있는 법적 지위 내지 사실상의 평온’이라고 한다. 절충설은 주거권설과 사실상 평온설을 결합시킴으로써 각 학설의 결함을 해소할 수 있다고 한다. 그러나 이러한 사실적 관점과 규범적 관점의 교차적용에 대하여 합리적이고 당위적인 근거를 제시하지 못한다면 이론의 결합이라는 비판을 면할 수 없게 된다.

사실상 평온설에서는 “적법하게 타인의 주거에 진입한 자가 사생활의 평온을 해하는 난폭행동으로 주거권자의 퇴거요구를 받은 경우, 이에 따르지 않으면 주거권을 해하는 퇴거불응죄에 해당한다”는 단순한 논리를 음미할 필요가 있다. 사생활의 평온을 해하는 난폭행동 시점에는 적법한 진입이라는 점에서 주거권의 훼손이 없으며, 퇴거요구에 따르지 않는 시점에는 아무리 평온하고 안전하게 머물러도 주거권을 훼손하는 퇴거불응행위에 해당한다.

-
- 5) 사실상 평온에 잠재적 평온을 포함시키는 문채규, “공동주거에 대한 주거침입”, 『형사법연구』 제34권 제3호, 한국형사법학회, 2022.9., 166면; 홍가혜, “혼외 성관계 목적의 주거출입과 주거침입죄의 성립 여부”, 『한국범죄심리연구』 제13권 제2호, 한국범죄심리학회, 2017.6., 194면; 관념적인 평온으로 이해하는 류부곤, “공동주거에 대한 주거침입죄의 성립 여부”, 『형사법연구』 제33권 제3호, 한국형사법학회, 2021.9., 108면, 기대되는 사실상 평온이라는 이찬엽, “보호법익의 관점에서 행위양태 및 주체에 따른 주거침입죄 성부”, 『법학논총』 제36권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2012.6., 424면; 동취지, 배종대, 앞의 책, 255면은 주거권을 주거침입죄의 간접적 보호법익이라 한다.
- 6) 대법원 2021.9.9. 2020도12630 전원합의체 판결: [대법관 김재형의 별개의견] 주거침입죄의 보호법익은 주거권이다. 주거침입죄가 주거의 평온을 보호하기 위한 것이라고 해서 그 보호법익을 주거권으로 파악하는 데 장애가 되지 않는다. 주거침입죄의 보호법익에 관하여 대법원판결에서 ‘사실상 주거의 평온’이라는 표현을 사용한 사안들은 그 보호법익을 주거권으로 보더라도 사안의 해결에 영향이 없다.
- 7) 사실상 평온이라는 사실적 개념으로 주거침입죄의 파악이 곤란한 상황을 규명하는 학술논문에서는 대부분 이를 규범적 개념으로 논술하고 있다. 예컨대 문채규, 앞의 논문, 169면 이하; 류부곤, 앞의 논문, 101면 이하 등 참조.
- 8) 김일수, 『한국형법 III』, 박영사, 1997, 472면.

(2) 주거권설

주거권설은 주거침입죄의 보호법익을 ‘장소적 자유영역에 관한 특수한 개인적 법익 중의 하나인 주거권’으로 파악한다. 다만 주거침입죄를 통하여 보호받는 주거권은 포괄적이고 적극적인 의미에서 ‘주거에 대한 지배 내지 관리의 권한’이 아니라, 단지 소극적으로 ‘방해받지 아니하는 자유공간의 확보’라는 부분적 관점에서 이해된다.⁹⁾ ‘특별한 보호가치가 있는 주거에서 장소적 평온의 확보’ 내지 ‘타인의 출입과 체재 여부에 대한 주거권자의 결정’이라는 내용을 가진 ‘주거권’이 주거침입죄의 보호법익이 된다.¹⁰⁾¹¹⁾

주거권설은 주거침입죄의 보호법익을 ‘장소적 자유영역에 관한 특수한 개인적 법익 중의 하나인 주거권’이라고 파악함으로써 이를 분명한 규범적 개념으로 이해하고 있다. 주거권설은 다양하고 구체적인 사안에서 주거권이라는 권리의 범위와 내용을 규범적 판단을 통하여 세밀하게 정립할 수 있다는 점에서 주거침입죄의 성립 여부에 관하여 합리적이고 당위적인 결론을 도출할 수 있는 이론이라고 본다.

주거침입죄의 보호법익을 사실상 평온으로 파악하는 대법원¹²⁾에서는 “관리자가 건조물을 사실상 점유·관리하는 경우라면 설령 정당한 권원이 없는 사법상 불법점유이더라도 적법한 절차에 의하여 점유를 풀지 않는 한 그에 따른 사실상 평온은 보호되어야 하므로 사법상 권리자라 하더라도 정당한 절차에 의하지 아니하고 건조물에 침입한 경우에는 건조물침입죄가 성립한다”는 입장이다. 물론 법적 정비가 불안정한 무허가건물 등의 난립 상황에서는 불법점거에 대하여

9) Lenkner/Sternberg-Lieben, S-S StGB, 26. Aufl., 2006, § 123 Rdnr. 1; Tröndle/Fischer, StGB, 52. Aufl., 2004, § 123 Rdnr. 1; Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl., 2011, § 123 Rdnr. 1.

10) 박상기/전지연, 『형법학 [총론·각론]』 제5판, 도서출판 집현재, 2021, 577면; 이재상/장영민/강동범, 『형법각론』 제12판, 박영사, 2021, 237면 이하; 동취지, 류진철, “주거침입죄의 해석론과 적용상의 문제”, 『법학논총』 제30권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2010.8., 100면.

11) 이는 독일 통설의 입장이다. Vgl. Lenkner/Sternberg-Lieben, S-S StGB, § 123 Rdnr. 1 mwN.; Wessels/Hettinger, BT/I, 31. Aufl., 2007, Rdnr. 573.

12) 대법원 2023.2.2. 2022도5940: “건조물침입의 범죄행위로 점유를 개시한 현 점유자의 점유를 탈환하기 위하여 건조물에 들어간 경우 건조물침입죄의 성립 여부(한정 적극)”; 동지, 대법원 1984.4.24. 83도1429; 대법원 2006.9.28. 2006도4875.

긴급피난 등의 예외적 허용상황을 인정함으로써 보호가능한 주거권이라는 해석이 필요할 수도 있다. 그러나 적극적 건조물침입의 범죄행위에 의한 불법점거를 형벌로 보호해 주어야 할 주거권으로 해석하는 것은 타당하다고 할 수 없다. 주거침입죄의 보호법익을 주거권으로 파악하는 한, 주거권은 법적 보호가치가 인정될 수 있어야 한다.

Ⅲ. 주거침입죄에서 주거권자의 의사

1. 주거침입죄와 법익주체의 동의

(1) 승낙과 양해의 구별

형법 제24조는 처분할 수 있는 자의 승낙에 의하여 그 법익을 훼손한 행위를 피해자의 승낙이라는 위법성조각사유로 규정하고 있다. 이는 승낙이라는 법익주체의 동의에도 불구하고 법익훼손이 형성되어 구성요건해당성이 인정되어도 위법성을 조각시킬 수 있는 규정이다. 이에 반하여 법익주체의 동의가 있을 경우 아예 법익훼손이 형성되지 않는다면 위법성의 조각 이전에 처음부터 구성요건해당성이 배제된다. 형법이론에서는 이러한 법익주체의 동의를 구성요건해당성배제사유인 양해로 이해한다. 이와 같이 법익주체의 동의를 승낙과 양해로 구별하는 것이 통설¹³⁾¹⁴⁾의 입장이다.

이에 반하여 승낙과 양해를 구별하지 않고 이들을 전체적으로 결과반가치와 행위반가치의 제한 내지 배제의 문제, 즉 구성요건해당성배제사유로 파악하는 견해¹⁵⁾가 있다. 이는 구성요건해당성과 위법성을 통합하여 전체를 하나의 구성

13) 신동운, 「형법총론」 제13판, 법문사, 2021, 340면 이하; 오영근, 「형법총론」 제6판, 박영사, 2021, 235면; 이재상/장영민/강동범, 「형법총론」 제11판, 박영사, 2022, 286면 이하; 이형국/김혜경, 「형법총론」 제6판, 법문사, 2021, 231면 이하; 임웅, 「형법총론」 제13정판, 법문사, 2022, 289면 이하; 동취지, 김성돈, 「형법총론」 제8판, 성균관대학교 출판부, 2022, 331면; 박상기/전지연, 앞의 책, 140면 이하.

14) 독일통설의 입장: Vgl. Lenckner, S-S StGB, Vorbem. §§ 32 Rdnr. 29 ff. mwN.; Günther, SK StGB, 6. Aufl., 1999, Vor § 32 Rdnr. 51; Hirsch, LK StGB, 11. Aufl., 1993, Vor § 32 Rdnr. 96 ff.; Jakobs, Lehrbuch AT, 2. Aufl., 1991, S. 241.

요건해당성의 문제로 이해하는 전체구성요건이론¹⁶⁾의 당연한 귀결이기도 하다. 또한 승낙과 양해의 개념구별을 반대하면서, 이들 모두 제24조의 피해자의 승낙으로 파악하는 견해¹⁷⁾가 있다. 승낙과 양해의 구별은 해석학적으로 부적합하며, 논증기준도 부적합할 뿐 아니라 구성요건해당성 배제기준이라는 것도 전혀 불필요하기 때문에 현실적으로 구별의 실익이 없다는 것이다.

그러나 구성요건해당성, 위법성, 책임이라는 3단계구조의 범죄이론을 채택하는 한 승낙과 양해는 개념적으로 구별되어야 한다. 사실적 개념으로 이해되어야 하는 구성요건요소로서의 양해와 규범적 개념으로 파악되어야 하는 위법성요소로서의 승낙이 내용적으로 동일할 수가 없기 때문이다. 즉 3단계구조의 범죄이론에서 법익을 훼손함으로써 구성요건에 해당하는 행위는 당연히 위법하므로 원칙적으로 형사책임의 대상이 되는데, 우월적 이익의 원칙이나 이익흡결의 원칙 등 규범적 평가에 의하여 더 큰 목적이 있을 경우 예외적으로 그러한 법익훼손을 허용하게 된다. 따라서 위법성의 요소들은 개념적으로 더 큰 목적의 판단을 위한 규범적 평가의 대상이 되어야 하며, 이러한 관점에서 피해자의 승낙은 내용적으로 규범적 평가를 필요로 한다. 이에 반하여 구성요건요소들은 가능한 사실판단의 대상으로 명확하게 구축될 필요가 있다. 물론 이러한 관점이 규범적 구성요건요소의 존재를 부정하는 것은 아니다. 법익주체의 동의와 같은 요소에서 ‘의사의 질’까지 판단해야 하는 규범적 평가가 필요한 경우라면 이를 위법성의 요소로 구축하면 충분하다는 의미이다. 즉 이러한 경우에는 법익주체의 동의에도 불구하고 법익훼손이 긍정되도록 구성요건을 구축하고 피해자의 승낙으로 위법성의 조각이 가능하도록 법리가 구성이 되어야 한다는 의미이다.

15) 김일수, 「한국형법 I」, 박영사, 1996, 473면 이하, 476면 이하; 김일수/서보학, 「새로쓴 형법총론」 제13판, 박영사, 2018, 168면 이하; 손해목, 「형법총론」, 법문사, 1996, 536면 이하; 한정환, 「형법총론」 제1권, 한국학술정보, 2010, 336면, 338면.

16) Roxin, Lehrbuch, AT I, 4. Aufl., 2006, § 13 A Rdnr. 11. Fußn. 19 mwN.

17) 배종대, 「형법총론」 제16판, 홍문사, 2022, 287면 이하; 한상훈/안성조, 「형법개론」 제3판, 도서출판 정독, 2022, 138면; 동취지, 제24조에는 구성요건의 특성에 따라 구성요건해당성을 배제하는 승낙도 포함된 것으로 이해하는 김성돈, 앞의 “형법총론”, 331면.

(2) 양해의 법적 성격

구성요건해당성 배제사유인 양해의 성격에 관하여는 양해도 개별적인 구성요건의 내용과 기능에 따라 각각 다른 특성을 갖는 규범적 성격의 개념¹⁸⁾이라는 것이 다수설¹⁹⁾의 입장이다. 그러나 상기 ‘(1) 승낙과 양해의 구별’에서 논술한 바와 같이 양해는 순수한 사실적 성격의 개념으로 이해되어야 한다.²⁰⁾²¹⁾

양해가 순수한 사실적인 성격을 갖는 개념으로 이해하는 한, 양해의 유효요건은 별도로 요구되지 않는다. 양해라는 법익주체의 동의가 현실적으로 존재하고 있으면 언제나 유효한 양해가 된다. 즉 의사능력이 있는 자의 ‘의식된 현실적인 내적 동의’²²⁾는 구성요건해당성을 배제하는 양해가 된다. 따라서 법익주체의 의사의 하자, 판단능력의 미흡, 의사의 표시 여부 등은 양해의 유효성에 영향을 주지 못한다. 또한 행위자의 기망도 법익주체의 양해에 영향을 주지 못한다. 다만 강요나 강박에 의한 피해자의 동의는 양해가 아니다. 이 경우는 외적 동의표현에도 불구하고 내적 부동의로 평가될 뿐이므로, 법익주체의 ‘현실적인 내적 동의’는 존재하지 않는다. 또한 동의하는 자는 최소한 자연적 의사능력을 구비해야 한다. 자연적 의사능력이 없는 자는 현실적으로 동의할 수 없기 때문이다.

2. 위계 등 기망과 주거권자의 동의

주거침입죄의 침입은 주거권자의 의사에 반하여 주거 등에 들어가는 것이다.

18) Jescheck/Weigend, Lehrbuch AT, 5. Aufl., 1996, S. 374.

19) 이재상/장영민/강동범, 앞의 “형법총론”, 288면 이하; 이형국/김혜경, 앞의 책, 233면; 임웅, 앞의 “형법총론”, 291면; 동취지, 김성돈, 앞의 “형법총론”, 333면. 그밖에 김일수, 김일수/서보학, 손해목, 한정환, 배종대, 한상훈/안성조의 문헌에서는 승낙과 양해를 구별하지 아니하므로 이들 모두는 개별 구성요건마다 달리 판단되어야 하는 규범적 개념이 된다.

20) 이상돈, 「형법강의」 제1판, 법문사, 2010, 348면; 동취지, 성낙현, 「형법총론」 제3판, 박영사, 2020, 303면 이하.

21) 독일 통설도 동일한 입장이다: Vgl. Wessels/Beulke, AT, 37. Aufl., 2007, Rdnr. 367 ff.; Hirsch, LK StGB, Vor. § 32 Rdnr. 92 ff.; Lackner/Kühl, StGB, Vor § 32 Rdnr. 11; BGHSt 23, 1; BGH NJW 75, 269.

22) 법익주체가 내부적으로 동의하지 않는 한 외형적·형식적 동의만으로는 양해가 되지 않는다.

피해자인 주거권자의 동의가 있으면 본죄의 구성요건적 행위인 침입의 요건을 충족시키지 못한다. 따라서 본죄의 피해자의 동의는 구성요건해당성을 배제하는 양해로 평가된다. 상기 ‘(2) 양해의 법적 성격’에서 논술한 바와 같이 순수한 사실적 성격의 양해는 법익주체의 의사의 하자, 판단능력의 미흡, 의사의 표시 여부, 행위자의 기망 등의 영향과 상관없이 ‘의식된 현실적인 내적 동의’만으로 그 유효성이 인정되어야 한다. 그러나 다수설과 판례는 구성요건의 종류에 따라 다양한 양해의 유효요건을 요구하고 있다.

주거침입죄와 관련하여 행위자가 직접적으로 주거권자의 하자 있는 동의를 이끌어 낸 경우에는 주거권자의 추정적 의사에 합치하지 않는 한 침입이라는 것이 다수설²³⁾의 입장이다. 따라서 입장권이 없는 입장이나 대리시험 또는 도청기를 설치하기 위하여 타인의 건조물 등에 들어간 경우는 침입에 해당한다고 한다. 종래의 판례²⁴⁾도 동일한 입장이었으나, 대법원²⁵⁾은 사실상 평온상태를 해치는 행위태양이 판단의 기준이라고 하여 전원합의체 판결로 종래의 입장을 변경하였다.

그러나 기망이나 현혹에 의한 착오의 상황이라도 주거권자는 현실적으로 기망자의 출입을 내적으로 동의하고 있으므로 이를 침입이라고 할 수는 없다. 따라서 입장권 없이 입장하는 경우에는 사기죄, 대리시험을 위하여 시험장에 입실한 경우에는 업무방해죄 내지 위계에 의한 공무집행방해죄, 도청하기 위한 경우는 통신비밀보호법위반은 별론으로 하고, 주거침입죄는 성립할 여지가 없다.²⁶⁾ 특히 입장권 없이 입장하는 경우에 통설과 같이 주거침입죄의 성립을 인정한다면, 입장을 허가한 피해자의 의사에 의한 처분행위를 부정하는 결과가

23) 박찬걸, 앞의 책, 327면 이하; 배종대, 앞의 “형법각론”, 260면; 오영근, 앞의 “형법각론”, 218면; 정성근/정준섭, 앞의 책, 178면; 최호진, 앞의 책, 321면 이하.

24) 대법원 1967.12.19. 67도1281; 대법원 1978.10.10. 75도2665; 대법원 1979.10.10. 79도1882; 대법원 1997.3.28. 95도2674; 대법원 2003.5.30. 2003도1256; 대법원 2007.8.23. 2007도2595.

25) 대법원 2022.3.22. 2017도18272 전원합의체 판결: “거주자의 의사에 반하는지는 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양인지를 평가할 때 고려할 요소 중 하나이지만 주된 평가 요소가 될 수는 없다. 따라서 침입행위에 해당하는지는 거주자의 의사에 반하는지가 아니라 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양인지에 따라 판단되어야 한다.”; 동지 대법원 2022.8.25. 2022도3801.

26) 김성천/김형준, 「형법각론」 제6판, 도서출판 소진, 2017, 298면; 김일수/서보학, 「새로운 형법각론」 제8판 증보판, 박영사, 2016, 205면 이하; 박상기/전지연, 앞의 책, 580면; 이재상/장영민/강동범, 앞의 “형법각론”, 243면 이하; 하태훈, “승낙의 의사표시의 흠결과 주거침입죄의 성부”, 「형사판례연구」 제6권, 한국형사판례연구회, 1998.7., 232면.

되는데, 그렇다면 이 경우 사기죄의 인정이 곤란하게 되고, 절도죄는 채물죄이므로 결국 재산죄에 대해서는 형벌의 공백이 발생하게 된다.

일반적인 기망과 범죄목적의 기망을 구별하여 일반적인 기망의 경우에는 주거침입죄의 성립을 부정하는 반면에, 범죄목적의 기망인 경우는 프라이버시의 침해가 있었는가를 기준으로 본죄의 성립 여부를 결정하는 견해²⁷⁾가 있다. 예컨대 뇌물공여의 목적을 숨긴 경우는 주거권자에 대한 프라이버시의 침해가 없으므로 본죄의 성립이 부정된다는 것이다.

그러나 이 견해는 프라이버시의 침해가 존재할 경우 일반적인 기망과 범죄목적의 기망을 구별하는 근거가 무엇인지 의문이 제기된다. 예컨대 집요한 채권 추심의 목적을 숨기고 외판원으로 가장하여 주거에 들어간 경우와 절도의 목적을 숨기고 이웃집을 방문한 경우가 주거침입죄의 성립 여부에서 달리 평가되어야 이유를 발견할 수 없다. 더욱이 뇌물공여의 목적을 숨긴 경우에 주거권자에 대한 프라이버시의 침해가 없다는 결론은 너무 공허하다. 약속된 뇌물을 주고 받는 과정에서 주거에 들어가는 행위라면 주거침입죄에서 논의될 필요조차 없으며, 뇌물공여를 숨기는 기망의 경우라면 뇌물공여를 기대하던 주거권자 외에는 굳이 프라이버시의 침해를 부정할 근거도 거의 사라지기 때문이다.

3. 공중에 출입이 허용된 장소와 주거침입죄

주거권자의 동의와 관련하여 공중에 출입이 허용된 장소의 경우가 문제된다. 이 경우는 사전에 주거권자의 동의가 전제되어 있기 때문이다. 소수설²⁸⁾에서는 공중에 출입이 허용된 장소라 할지라도 부정행위를 할 목적으로 들어간 경우 주거침입죄의 성립을 인정한다. 그러나 단순히 목적이 불법하다는 것만으로 주거침입죄의 성립을 인정할 수는 없다는 것이 통설²⁹⁾의 입장이다. 공중에 출입

27) 김성돈, 앞의 “형법각론”, 290면; 임웅, 앞의 “형법각론”, 305면 이하.

28) 김성돈, 앞의 “형법각론”, 293면; 이영란, 「형법학 각론강의」 제3판, 형설출판사, 2011, 255면; 조준현, 「형법각론」 제3정판, 법원사, 2012, 291면 이하; 최호진, 앞의 책, 322면.

29) 김혜정/박미숙/안경옥/원혜옥/이인영, 앞의 책, 252면; 박상기/전지연, 앞의 책, 580면 이하; 박찬걸, 앞의 책, 329면; 배종대, 앞의 “형법각론”, 260면; 오영근, 앞의 “형법각론”, 219면; 이재상/장영민/강동범, 앞의 “형법각론”, 245면; 임웅, 앞의 “형법각론”, 307면; 정성근/정준섭, 앞의 책, 180면.

이 허용된 장소에 들어가는 것은 주거권자의 의사에 반하지 않으므로 침입에 해당할 수 없다는 점에서 통설의 입장은 타당하다. 다만 통설 중에서도 ‘행위자가 직접적으로 주거권자의 하자 있는 동의를 이끌어 낸 경우’에 주거침입죄의 성립을 인정하는 반면에, ‘공중의 출입이 허가된 장소를 범죄목적으로 들어 간 경우’에 주거침입죄를 부정하는 견해³⁰⁾는 논리의 일관성을 유지하지 못한다는 비판을 면할 수 없다.

공중에 출입이 허용된 장소라 할지라도 화장실 창문 등을 통하여 몰래 잠입³¹⁾한다든지 또는 복면을 하거나 흉기를 들고 난입하는 경우³²⁾는 침입에 해당한다. 잠입이나 난입이라는 주거 진입방법은 주거권을 훼손하는 전형적인 불법주거침입행위이기 때문이다. 대법원도 “침입이란 주거의 사실상 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거에 들어가는 것³³⁾을 의미하고, 침입에 해당하는지는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양을 기준으로 판단함이 원칙이며, ...일반인의 출입이 허용된 장소에 통상적인 출입방법으로 들어갔다면 설령 행위자가 범죄 등을 목적으로 출입한 경우라도 침입행위에 해당하지 않는다”고 하여 전원합의체 판결³⁴⁾로 종래의 입장³⁵⁾을 변경하였다.

IV. 공동주택 공동구역에서의 주거침입죄

공동주택의 복도·계단·엘리베이터·지하주차장 등 공동구역도 주거침입죄의 대상이 된다는 점에서는 의문의 여지가 없다. 외부의 출입에 대해서 경비실과 담으로 관리하는 아파트 등의 경우에는 아파트 단지 내부도 관리하는 건조

30) 배중대, 앞의 “형법각론”, 260면; 오영근, 앞의 “형법각론”, 218면, 219면; 정성근/정준섭, 앞의 책, 178면, 180면.

31) 대법원 1990.3.13. 90도173; 대법원 1995.9.15. 94도3336; 대법원 2007.8.23. 2007도2595.

32) 대법원 1983.3.8. 82도1363; 대법원 1996.5.10. 96도419.

33) 다만 여기서 주거의 사실상 평온상태를 해치는 행위태양이라는 사실관계도 주거권을 침해하는 규범적 내용의 하나로 이해되어야 한다. 사실상 평온하게 무단으로 빈집에 들어가는 것도 침입이기 때문이다.

34) 대법원 2022.3.24. 2017도18272 전원합의체 판결; 동지, 대법원 2022.4.28. 2020도8030; 대법원 2022.6.16. 2021도7087; 대법원 2022.8.25. 2022도3801.

35) 대법원 1967.12.19. 67도1281; 대법원 1979.10.10. 79도1882; 대법원 1997.3.28. 95도2674; 대법원 2007.3.15. 2006도7079.

물의 위요지로서 주거침입죄의 객체가 된다. 그러나 이들 공동구역에서는 공동주거자 외에도 다양한 사람들이 다양한 목적으로 특별한 제재 없이 출입하고 있으므로 어느 한도에서 주거침입죄가 성립할 수 있는지 문제가 된다.

1. 공동주거권과 주거권자의 의사

하나의 주거에 수인이 같이 거주할 때에는 각자가 공동주거권자로서 주거권을 갖게 된다. 이 경우 공동주거권자들 내부관계에서는 각자의 주거권이 다른 공동주거권자의 권리를 침해해서는 안 된다는 제한을 받게 되어, 공동주거권자의 일방은 다른 공동주거권자의 주거권을 배제할 수 없다. 따라서 공동주거권자 일방이 다른 공동주거권자의 의사에 반하여 주거에 들어가도 주거침입죄에 해당하지 않는다.

공동주거권자와 제3자의 외부관계에서는 공동주거권자들 사이의 법률관계를 기준으로 각각의 주거권을 판단하게 된다. 이 때 공동주거권자들 사이의 법률관계는 제3자의 출입과 체재에 관하여 “각각의 공동주거권자 단독으로 결정할 수 있는지 또는 공동으로 결정해야 하는지”의 기준이 된다. 또한 제3자의 출입과 체재 여부에 관한 각 공동주거권자의 결정의 범위는 공동주거권자 사이의 법률관계를 기준으로 다른 공동주거권자의 인용의 기대불가능성(Unzumurbarklausel)에 의하여 그 한계가 인정된다. 따라서 원칙적으로 각각의 공동주거권자에게는 독립적인 주거권이 인정된다. 타방 공동주거권자의 의사에 반한 경우라도 일방 공동주거권자의 동의에 의하여 제3자가 주거 등에 들어왔을 때에는 본죄가 성립하지 않는다. 그러나 기대불가능성의 관점에서 다른 공동주거권자에게 제3자의 출입과 체재에 대한 인용의 요구가 불가능한 경우에는 그 제3자가 일방 주거권자의 동의에 의하여 주거에 들어왔어도 본죄가 성립한다고 해야 한다.³⁶⁾ 예컨대 배우자 일방과 간통의 목적으로 주거에 들어오는 것을 타방 배우자는 인용할 필요가 없으며, 이 경우에는 본죄의 성립이 긍정되어야 한다.³⁷⁾ 이에 반

36) 이는 독일 통설의 입장이다: Vgl. Lenkner/Sternberg-Lieben, S-S StGB, § 123 Rdnr. 18 mwN.

37) 권오걸, 형법각론, 290면; 김혜정/박미숙/안경옥/원혜옥/이인영, 앞의 책, 250면; 박상기/전지연, 앞의 책, 581면; 손동권/김재윤, 「새로운 형법각론」, 율곡출판사, 2013, 258면; 이재상/장영민/강동범, 앞의 “형법각론”, 242면; 조준현, 앞의 책, 293면.

하여 일방 배우자가 타방 배우자의 명백한 거부사에도 불구하고 유혹 친구들과 함께 주거로 들어오는 것에 대하여 타방 배우자는 이를 인용해야 한다.

일부의 학설³⁸⁾에서는 남편이 출타 중에 부인과의 간통을 위하여 부인의 동의로 주거에 들어와도 본죄가 성립하지 않는다고 한다. 본죄의 보호법익이 사실상 평온이라는 입장에서 주거권자가 현실적으로 출입에 동의했다면 사실상의 평온이 침해되지 않는다는 것을 근거로 한다.³⁹⁾ 특히 이러한 입장의 관철을 위하여 “남편이 부재중인 경우에는 본죄가 성립하지 않지만, 남편이 현재 주거에 있는 상태에서는 남편의 추정적 의사에 반하기 때문에 본죄가 성립한다”는 견해⁴⁰⁾도 있다. 그러나 본죄는 형식범, 추상적 위법범이며, 따라서 본죄는 주거에 대한 사실상의 평온이 현실적으로 침해되는 것을 요구하지 않는다. 주거권자의 부재중에도 본죄는 항상 성립할 수 있다. 대낮 빈집털이 절도의 경우에도 주거침입죄는 부정되지 않는다. 본질적으로 사실상 평온의 현실적 침해라는 기준에 의해서 본죄의 성립 여부를 판단하는 견해는 타당하다고 할 수 없다. 주거침입죄는 ‘장소적 자유영역에 관한 특수한 개인적 법익 중의 하나인 주거권’이 보호법익이라는 규범적 관점에서 해석되어야 한다.⁴¹⁾

주거권자가 주거권의 행사를 타인에게 위탁한 경우에도 위탁의 범위에서 공동주거권이 인정된다. 따라서 이 경우에도 기대불가능성이라는 일반조항에 의

38) 김성돈, 앞의 “형법각론”, 293면; 김일수/서보학, 「형법각론」, 207면; 박찬걸, 앞의 책, 331면; 배종대, 앞의 “형법각론”, 259면; 오영근, 앞의 “형법각론”, 218면; 최호진, 앞의 책, 321면.

39) 대법원 2021.9.9. 2020도12630 전원합의체 판결: ‘사실상 주거의 평온’을 근거로 종래의 입장을 변경하였다. 이에 반하여 대법원 2021.9.9. 2020도6085 전원합의체 판결: 공동거주자의 사실상 평온상태를 해치는 행위태양으로 공동주거에 들어간 경우에도 다른 공동거주자가 이에 출입하여 이용하는 것을 용인할 수인의무도 있다는 이유로 주거침입죄의 성립을 부정하였다. 전후의 대법원 전원합의체 판결은 상간자 출입에 관한 배우자의 결정에 대하여 용인할 수인의무가 부과될 수 없음에도 ‘사실상 주거의 평온’이라는 기준으로 주거침입을 부정하면서, ‘사실상 주거의 평온’의 침해에도 불구하고 ‘주거 출입을 용인할 수인의무’를 근거로도 주거침입을 부정하였다. 반대로 이해하면 두 경우 모두 주거침입이 인정될 수도 있다는 의미가 된다.

40) 김일수, 앞의 “한국형법 III”, 480면; 김성천/김형준, 앞의 책, 301면; 임웅, 앞의 “형법각론”, 308면.

41) 이에 반하여, 사실상 평온설과 주거권설의 대립이 사안해결에서 핵심적 쟁점이 아니라는 김봉수, “‘공동거주자 간 법익충돌 사안’에 있어서 주거침입죄의 성부 - 대법원의 전원합의체판결(2020도12630 및 2020도6085)을 중심으로 -”, 「형사법연구」 제34권 제1호, 한국형사법학회, 2022.3., 11면; 문채규, 앞의 논문, 164면.

하여 주거침입죄의 범위가 결정된다. 기대불가능성의 판단기준은 물론 공동주거권자 사이의 법률관계이다. 따라서 수탁자가 위탁의 범위를 넘어서 주거권을 행사한 경우에도 기대가능성의 범위에서는 본죄가 성립하지 않는다. 예컨대 가정부가 자신의 부모나 친구를 주거에 들어오도록 한 경우에는 비록 주인의 의사에 반할지라도 본죄의 성립은 부정된다. 그러나 주인 여자의 간통증거를 찾으려는 심부름센터직원이 주거에 들어오는 경우에는 비록 가정부가 이에 동의했어도 기대불가능성의 관점에서 본죄의 성립이 인정된다.

2. 공동주택 공동구역에서의 공동주거권

공동주택의 주거침입죄에서 개별거주자의 거주지는 사람의 주거에 해당하고, 공동구역은 관리하는 건조물에 해당한다. 개별거주자의 거주지는 공동주택이라고 하여 주거침입죄에서 특별한 해석을 필요로 하지는 않는다.

공동주택의 공동구역은 다양한 공동거주자의 공동관리 구역이라는 점에서 주거침입죄의 해석에서 특별한 고려를 필요로 한다. 공동주택의 공동구역에서는 공동주거자의 주거권의 내용이 각 공동구역의 기능·역할에 따라, 그리고 각각의 공동주택의 형태·규모나 거주자 특성 등에 따라 조금씩 다르게 파악되기 때문이다.

공동주택 내 각 공동구역은 관리하는 건조물 내지 그 위요지이며, 각 구역의 관리형태에 따라 공동주거자의 주거권이 다르게 평가된다. 단지를 구성하고 있는 공동주택의 단지 내부는 비록 외부의 출입에 대하여 담과 경비실을 두어 관리하고 있을지라도 비교적 다양한 사람들이 다양한 목적으로 자유롭게 출입하고 있는 실정이다. 따라서 잠입이나 난입 또는 담을 넘는 등의 특별한 침입형식 이외의 출입은 공동주거권의 침해로 평가되지 않는다.

외부인의 공동주택 공동현관 내부 계단이나 엘리베이터의 진입은 일반 공동주거권의 범리에 따라 주거침입 여부가 결정된다. 인용의 기대가능성의 기준에 의하여 일반적으로 공동거주자는 다른 공동거주자의 주거권 행사를 인용해야 한다. 예컨대 청결하지 못하고 연속 기침하는 외부인들 또는 시끄럽고 부산스

러운 어린이들을 정기적으로 초대하여 음식 등을 대접하는 경우, 공동거주자 1인이 초대한 외부인들의 공동현관 내부 계단이나 엘리베이터의 진입을 다른 공동거주자들은 인용해야 한다. 입주자대표회의의 결의에 반한 에어비앤비 숙박대여의 경우에도 내부규약위반자에 대한 내부의 제재는 별론으로 하고, 여행객의 공동현관 내부 계단이나 엘리베이터의 진입이 주거침입죄를 구성하지는 않는다.

아파트 등 공동주택에서는 공동거주자 누구로부터도 출입허가를 받지 아니하고 스티커 부착 등 영업활동의 목적으로 공동현관 내부 계단이나 엘리베이터 또는 지하주차장에 진입하는 경우는 허다하지만, 특별한 상황이 아니라면 공동거주자의 목인이 인정되는 경우라고 볼 수 있다.

그러나 공동주택의 특정주거자의 허락 없이 또는 명시적 의사에 반하여 채권의 불법추심이나 원치 않는 취재 등 특정 주거의 방문을 목적으로 공동현관 내부 계단이나 엘리베이터에 진입하는 것은 주거침입에 해당한다. 이 때 공동주택의 다른 거주자가 공동현관 앞에서 진입하려는 자를 위하여 출입문을 열어주었어도 상황이 달라지지는 않는다. 다른 거주자가 출입문을 열어 준 것은 공동현관 내부로 진입하려는 자에게 출입 자격이나 권한이 있다고 여기면서 단지 출입편의를 위해서 한 행동일 뿐이며, 이것이 다른 거주자의 주거권 행사로서 공동현관 내부로 진입하려는 자의 출입에 동의하는 행위로 평가되지 않는다. 이 경우는 시정되지 아니한 문으로 진입하는 침입에 해당한다.

V. 결론

주거침입죄의 보호법익은 사실상 평온이라는 사실적 관점이 아니라, '장소적 자유영역에 관한 특수한 개인적 법익 중의 하나인 주거권'이라는 규범적 관점에서 파악되어야 한다. 본문에서 다루어진 거의 모든 사안들에서도 '주거의 사실상 평온'이라는 사실적 관점보다, '각각의 사안에서 주거권의 내용이 어떻게 파악되어야 하는가'라는 규범적 관점에서 주거침입 여부가 판단되었어야 했다. 구체적인 사안에서 주거권이라는 권리의 범위와 내용은 규범적 판단을 통해서만 세밀하게 정립될 수 있었기 때문이다. 실제로 통설과 판례의 사실상 평온설도 주거침입죄의 보호법익을 순수하게 사실적 관점에서만 해석하고 있는 것이

아니었다. 경우에 따라서는, 즉 사실적 관점에서 해결이 안 될 경우에는 ‘주거에서의 사실상의 평온이라는 상태를 유지할 수 있는 주거권자의 권리’라는 규범적 관점에서 해석하고 있음을 알 수 있었다. 다만 사실적 관점과 규범적 관점의 교차적용에 대한 합당한 근거와 원칙이 제시되고 있지 않았다.

주거침입죄에서 주거권자의 의사(동의)는 구성요건해당성 배제사유인 양해로 해석된다. 규범적 평가를 요하는 위법성조각사유인 승낙과 달리, 구성요건해당성 배제사유인 양해는 사실판단의 대상으로 명확하게 구축될 필요가 있다. 따라서 양해는 의사능력이 있는 자의 ‘의식된 현실적인 내적 동의’로 충분하며, 법외주체의 의사(의사)의 하자, 판단능력의 미흡, 의사(의사)의 표시 여부 등이 양해의 유효성에 영향을 주지 못한다.

주거침입죄의 해석에서는 ‘보호법익에 대한 규범적 관점의 주거권설’과 ‘사실적 개념으로 파악되는 양해라는 주거권자의 의사’에 대한 논리적 체계만으로 핵심적인 내용의 대부분이 해결된다. 공동주택 공동구역에서의 주거침입죄도 공동거주자의 주거권 및 양해의 판단을 통해서 그 성립 여부가 결정될 수 있다.

대상판례의 공동주택 지하주차장 출입과 관련하여, 피고인과 세차용역계약을 체결한 일부 입주자 등의 차량을 세차하기 위해서 아파트 지하주차장에 들어간 피고인의 행위에 대해서는 일단 계약이 유지되는 동안 세차용역계약을 체결한 일부 입주자들의 양해가 인정되며, 이 한도에서 피고인의 주거침입죄의 성립은 부정된다. 입주자대표회의의 결정과 이를 법적으로 확인한 법원의 출입금지가 처분 인용결정이 피고인의 지하주차장 출입을 명백히 불허하고 있지만, 이는 공동거주자 모두에게 입주자대표회의의 결정을 공지하고 법원은 가치분인용결정으로 이를 확인하고 있을 뿐이다. 법원의 출입금지가 처분 인용결정도 입주자대표회의와 세차업자 사이의 민사적 분쟁에 관한 판단으로서 손해배상 등 민사책임 여부는 별론으로 하고, 개별 공동주거자의 주거권 행사를 제약하는 결정으로 평가되지는 않는다. 즉 공동거주자들은 대표회의결정에 따를 의무가 있지만, 내부 자치규약위반에 대해서는 위약제재금 등 일정한 민사적 제재만이 가능할 뿐이고, 이에 의해서 개인의 주거권행사가 제한될 수는 없다. 또한 인용의 기대불가능성의 관점에서 외부인의 공동구역 지하주차장 출입에 대한 일부 공

동주거자의 공동주거권에 대해서는 이에 반한 다른 공동주거자의 공동주거권에서 당연히 인용해야 한다. 공동주택에서 일부 공동주거자의 인적 교류를 다른 공동주거자들이 출입금지로 인용을 거부할 수는 없다. 대상판례사안은 내용적으로도 입주자대표회의와 세차용역업자 사이의 민사적 분쟁사안에 불과하다.

투고일 : 2023.5.21. / 심사완료일 : 2023.6.11. / 게재확정일 : 2023.6.15.

[참고문헌]

- 김성돈, 「형법각론」 제8판, 성균관대학교 출판부, 2022.
_____, 「형법총론」 제8판, 성균관대학교 출판부, 2022.
김성천/김형준, 「형법각론」 제6판, 도서출판 소진, 2017.
김일수, 「한국형법 I」, 박영사, 1996.
_____, 「한국형법 III」, 박영사, 1997.
김일수/서보학, 「새로쓴 형법각론」 제8판 증보판, 박영사, 2016.
_____, 「새로쓴 형법총론」 제13판, 박영사, 2018.
김혜정/박미숙/안경옥/원혜욱/이인영, 「형법각론」 제2판, 도서출판 정독, 2022.
박상기/전지연, 「형법학 [총론·각론]」 제5판, 도서출판 집현재, 2021.
박찬걸, 「형법각론」 제2판, 박영사, 2022.
배종대, 「형법각론」 제13판, 홍문사, 2021.
_____, 「형법총론」 제16판, 홍문사, 2022.
성낙현, 「형법총론」 제3판, 박영사, 2020.
손동권/김재윤, 「새로운 형법각론」, 율곡출판사, 2013.
손해목, 「형법총론」, 법문사, 1996.
신동운, 「형법총론」 제13판, 법문사, 2021.
오영근, 「형법각론」 제7판, 박영사, 2022.
_____, 「형법총론」 제6판, 박영사, 2021.
이상돈, 「형법강의」 제1판, 법문사, 2010.
이영란, 「형법학 각론강의」 제3판, 형설출판사, 2011.
이재상/장영민/강동범, 「형법각론」 제12판, 박영사, 2021.
_____, 「형법총론」 제11판, 박영사, 2022.
이형국/김혜경, 「형법총론」 제6판, 법문사, 2021.
임 용, 「형법각론」 제12정판, 법문사, 2021.
_____, 「형법총론」 제13정판, 법문사, 2022.
정성근/정준섭, 「형법강의 각론」 제2판, 박영사, 2022.
조준현, 「형법각론」 제3정판, 법원사, 2012.
최호진, 「형법각론」, 박영사, 2022.
한상훈/안성조, 「형법개론」 제3판, 도서출판 정독, 2022.
한정환, 「형법총론」 제1권, 한국학술정보, 2010.

- 김봉수, “공동거주자 간 법익충돌 사안’에 있어서 주거침입죄의 성부 - 대법원의 전원합의체판결(2020도12630 및 2020도6085)을 중심으로 -”, 「형사법연구」 제34권 제1호, 한국형사법학회, 2022.
- 류부곤, “공동주거에 대한 주거침입죄의 성립 여부”, 「형사법연구」 제33권 제3호, 한국형사법학회, 2021.
- 류전철, “주거침입죄의 해석론과 적용상의 문제”, 「법학논총」 제30권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2010.
- 문채규, “공동주거에 대한 주거침입”, 「형사법연구」 제34권 제3호, 한국형사법학회, 2022.
- 이찬엽, “보호법익의 관점에서 행위양태 및 주체에 따른 주거침입죄 성부”, 「법학논총」 제36권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2012.
- 하태훈, “승낙의 의사표시의 흠결과 주거침입죄의 성부”, 「형사판례연구」 제6권, 한국형사판례연구회, 1998.
- 홍가혜, “혼외 성관계 목적의 주거출입과 주거침입죄의 성립 여부”, 「한국범죄심리연구」 제13권 제2호, 한국범죄심리학회, 2017.
- Jakobs, Günter: Strafrecht Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 2. Aufl., 1991.
- Jescheck/Weigend: Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996.
- Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, 27. Aufl., 2011.
- Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, 11. Aufl., 1993.
- Maurach/Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil I, Lehrbuch, 8 Aufl., 1992.
- Nomos Kommentar, 3 Aufl., 2010.
- Schönke/Schröder Kommentar, Strafgesetzbuch, 27. Aufl., 2006.
- Systematische Kommentar, Strafgesetzbuch, 6. Aufl., 1999.
- Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch, 52. Aufl., 2004.
- Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 37. Aufl., 2007.
- Wessels/Hettinger, Strafrecht Besonderer Teil I, 31. Aufl., 2007.

[국문초록]

공동주택 공동구역에서의 주거침입죄

- 대법원 2021.1.14. 선고 2017도21323 판결 -

이 정 원* · 백 윤 진**

주거침입죄의 해석에서는 ‘보호법익에 대한 규범적 관점의 주거권설’과 ‘사실적 개념으로 파악되는 양해라는 주거권자의 의사’에 대한 논리적 체계만으로 핵심적인 내용의 대부분이 해결된다. 공동주택 공동구역에서의 주거침입죄도 공동거주자의 주거권 및 양해의 판단을 통해서 그 성립 여부가 결정될 수 있다.

대상판례의 공동주택 지하주차장 출입과 관련하여, 피고인과 세차용역계약을 체결한 일부 입주자 등의 차량을 세차하기 위해서 아파트 지하주차장에 들어간 피고인의 행위에 대해서는 일단 계약이 유지되는 동안 세차용역계약을 체결한 일부 입주자들의 양해가 인정되며, 이 한도에서 피고인의 주거침입죄의 성립은 부정된다. 입주자대표회의의 결정과 이를 법적으로 확인한 법원의 출입금지가 처분 인용결정이 피고인의 지하주차장 출입을 명백히 불허하고 있지만, 이는 공동거주자 모두에게 입주자대표회의의 결정을 공지하고 법원은 가처분인용결정으로 이를 확인하고 있을 뿐이다. 공동거주자들은 대표회의결정에 따를 의무가 있지만, 내부 자치규약위반에 대해서는 위약제재금 등 일정한 민사적 제재만이 가능할 뿐이고, 이에 의해서 개인의 주거권행사가 제한될 수는 없다. 또한 인용의 기대불가능성의 관점에서 외부인의 공동구역 주차차장 출입에 대한 일부 공동주거자의 공동주거권에 대해서는 이에 반한 다른 공동주거자의 공동주거권에서 당연히 인용해야 한다. 공동주택에서 일부 공동주거자의 인적 교류를 다른 공동주거자들이 출입금지로 인용을 거부할 수는 없다.

주제어 : 주거침입죄, 주거침입죄의 보호법익, 사실상 평온과 주거권, 승낙과 양해, 공동주거권

* 영남대학교 법학연구소 연구원, 전 영남대학교 법학전문대학원 교수(2020.3. 정년퇴임).

** 영남대학교 법학연구소 선임연구원, 법학박사.

[Abstract]

Der Hausfriedensbruch in der Gemeinschaftsräumen des Wohnhochhauses

- Daebubwon Urteil 2021.1.14. 2017Do21323 -

Jeong Weon Lee* · Yun Jin Baek**

In der Auslegung des Hausfriedensbruchs löst das logische System der "normalen Wohnrechtsperspektive" und "die Absicht des Wohnsitznehmers, das als ein realistisches Konzept verstanden wird" die meisten Schlüsselinhalt. Der Hausfriedensbruch in den Gemeinschaftsräumen des Wohnhochhauses wie z. B. Apartments kann auch durch ein Urteil über das Wohnrecht des gemeinsamen Wohnsitznehmers und dessen Einverständnis festgestellt werden.

Im Zusammenhang mit dem Eintritt in die Tiefgarage des Wohnhochhauses wird das Einverständnis der Bewohnerschaften über das Verhalten des Angeklagten, der in die Tiefgarage des Wohnhochhauses eintritt, um das Fahrzeug einiger Bewohnerschaften, die mit dem Angeklagten einen Waschvertrag abgeschlossen haben, zu waschen, während der Laufzeit des Waschvertrages anerkannt, und deshalb in dieser Begrenzung wird der Hausfriedensbruch des Angeklagten verneint. Die Entscheidung der Wohnsitznehmervertretung des Wohnhochhauses und die Entscheidung des Gerichtes über das Verbot des Eintritts in die Tiefgarage des Angeklagten sind ausdrücklich untersagt. Die Mitbewohner sind verpflichtet, sich an die Beschlüsse des Repräsentantenrates zu halten, aber bei Verstößen gegen den internen Selbstverwaltungspakt sind nur bestimmte zivilrechtliche Sanktionen im zulässigen internen Selbstverwaltungspakt möglich. Auch im Hinblick auf die Unwahrscheinlichkeit von Akzeptieren ist das

* Pensionierter(März 2020) Professor von Uni. Yeungnam.

** Senior-Forschungsmitarbeiter für Rechtswissenschaft von Uni. Yeungnam.

gemeinsamen Hausrecht einiger Bewohnerschaften auf den Zugang von Außenstehenden zur gemeinsamen Tiefgarage selbstverständlich aus dem gegenständlichen gemeinsamen Hausrecht zu akzeptieren. Es ist nicht möglich, dass andere Bewohnerschaften durch die Eintrittsverbote in Gemeinschaftsräumen des Wohnhochhauses das Hausrecht für einige Bewohnerschaften ablehnen.

Key words : Der Hausfriedensbruch ; Das Schutzrechtsgut des Hausfriedensbruchs ;
Der tatsächliche Hausfrieden und das Hausrecht ;
Die Einwilligung und das Einverständnis ; Der gemeinsame Hausrecht