

성적 목적 다중이용장소 침입죄상 다중이용장소의 범위

- 대법원 2015. 4. 9. 선고 2015도114 판결;
대법원 2016. 8. 24. 선고 2016도8272 판결 -

조 현 욱*

< 목 차 >

- I. 들어가는 말
- II. 성적 목적 다중이용장소 침입죄 고찰
- III. 대상판례 검토
- IV. 나오는 말

대상판례 1 : 대법원 2015. 4. 9. 선고 2015도114 판결

1. 사실관계

피고인은 자기의 성적 욕망을 만족시킬 목적으로 2013년 7월 18일 광주광역시 某주점에 설치된 여자용 화장실에 들어가서 바로 옆 칸에서 용변을 보고 있는 피해자의 모습을 위, 아래로 훑쳐봄으로써 성적목적 공공장소침입 혐의로 기소되었다.

2. 재판의 경과

제1심재판부는 “이 사건 화장실은 주점을 이용하는 손님들을 위하여 주점의 주인이 설치한 것으로, 주점의 홀을 통하여만 드나들 수 있고, 위 주점이 영업

* 건국대학교 법학연구소 학술연구교수, 법학박사

을 하는 동안 주점을 이용하는 손님들과 주인, 종업원이 이용하는 화장실인 사실을 인정할 수 있다. 공중화장실 등에 관한 법률(이하 공중화장실법이라 한다) 제2조에 따르면 ‘공중화장실 등’은 공중화장실, 개방화장실, 이동화장실, 간이화장실, 유료화장실을 말한다. 또한 위 법은 ‘공중화장실 등’에 대하여 국가 및 지방자치단체에게 국민의 편의 증진 및 위생수준 향상을 도모하기 위하여 공중이 이용할 수 있도록 그 설치·지정·관리에 필요한 시책을 마련할 책무를 부과하고, 면적에 따른 대·소변기수 등 설치기준을 구체적으로 정하고 있으며, 공중화장실을 관리하는 관리인을 지정하여 관리하고 그 관리기준을 준수하여야 한다는 내용 등의 공중화장실 관리에 대한 규정도 따로 두고 있다. 이러한 규정에 비추어 볼 때 이 사건 화장실이 개인주점을 운영하는 주인이 공중의 이용에 제공하기 위하여 설치한 것이라기보다 주점을 이용하는 불특정 다수의 손님들이 이용할 수 있도록 설치한 것이라 보므로 위 법의 적용을 받은 ‘공중화장실 등’에 해당한다고 보기 어렵다.”고 판단하여 무죄를 선고하였다.¹⁾

검사는 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(이하 성폭력처벌법이라 한다) 제12조 위반을 주위적 공소사실로, 형법 제319조(건조물침입) 위반을 예비적 공소사실로 기재하여 항소하였다. 이에 제2심재판부는 “주위적 공소사실인 성폭력처벌법위반죄는 목적범으로 ‘성적 욕망을 만족시킬 목적’이 필요하지만, 예비적 공소사실인 건조물침입죄는 목적범이 아니므로 이러한 목적을 필요로 하지 않는다. 따라서 침입당시 성적 목적이 없었다 하더라도 여자 화장실인 줄 알고서 고의로 들어간 것이라 한다면 특별한 사정이 없는 한 그 자체로 관리자의 추정적 내지 묵시적 의사에 반하는 것이므로, 건조물침입의 고의를 인정할 수 있다. 따라서 여자 화장실에 침입한 순간 죄가 성립하는 것이고, 피고인의 신체의 일부가 피해자가 있는 화장실 칸으로 넘어갔는지 여부는 건조물침입죄의 성립에 아무런 영향이 없다. 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하면 피고인이 고의로 여자화장실에 들어갔음을 인정할 수 있다.”고 판단하여 벌금 2백만원을 선고하였다.²⁾

대법원도 동일한 이유로 검사의 상고를 모두 기각하고, 원심판결을 확정하였다.

1) 광주지방법원 2014.4.23. 선고 2013고단6387 판결.

2) 광주지방법원 2014.12.10. 선고 2014노1071 판결.

대상판례 2 : 대법원 2016. 8. 24. 선고 2016도8272 판결

1. 사실관계

30대 남성 피고인은 전주시 덕진구에 있는 국수집 부근의 실외 공중화장실로 들어가는 20대 여성 피해자를 따라 들어가 자기의 성적 욕망을 만족시킬 목적으로 피해자가 용변보는 칸의 바로 옆 칸에서 칸막이 사이의 빈 공간으로 머리를 들이밀어 훑쳐봄으로써 성적목적 공공장소 침입혐의로 기소되었다.

2. 재판의 경과

제1심재판부³⁾와 제2심재판부⁴⁾는 “전주시장에 대한 사실조회 회신서에 첨부된 전주시 덕진구에 위치한 공중화장실 등 현황에는 국수집 부근의 이 실외화장실이 포함되어 있지 않은 점, 이 화장실은 음식점 밖 왼쪽에 있는 건물의 2층으로 올라가는 계단 중간에 설치되어 있고, 음식점 영업시간에 맞추어 개방·폐쇄하여 음식점을 이용하는 불특정 다수의 손님을 위하여 제공되고 있는 점 등을 종합하여 보면, 이 화장실이 성폭력처벌법의 적용을 받는 ‘공중화장실 등’에 해당하지 않는다.”고 판단하고 무죄를 선고하였다.

대법원도 동일한 이유로 검사의 상고를 기각하고, 원심판결을 확정하였다.

[평석]

I. 들어가는 말

성폭력처벌법 제12조에 규정된 성적 목적을 위한 다중이용장소 침입행위(이하 성적목적 다중이용장소침입죄라 한다)는 “자기의 성적 욕망을 만족시킬 목적으로 화장실, 목욕장·목욕실 또는 발한실(發汗室), 모유수유시설, 탈의실 등 불특정 다수가 이용하는 다중이용장소에 침입하거나 같은 장소에서 퇴거의 요

3) 전주지방법원 2015.9.16. 선고 2014고단1638 판결.

4) 전주지방법원 2016.5.19. 선고 2015노1324 판결.

구를 받고 응하지 아니하는 사람은 1년 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금에 처한다.”고 규정하고 있다.

본죄의 경우 과거에는 성범죄로 취급하지 않았으나, 인권의식 제고와 사회·문화적인 변화에 따라 현재는 성범죄로 규율되고 있다.⁵⁾

구(舊) 성폭력처벌법 제12조에 규정된 성적 목적을 위한 공공장소 침입행위(이하 성적목적 공공장소침입죄라 한다)의 적용에 있어 가장 중요한 판단요소는 관련법에서 규정하고 있는 공중화장실 등의 공공장소 해당여부였다. 대법원도 대상판례의 사안에 대해 자기의 성적 욕망을 만족시킬 목적으로 불특정 다수가 이용하는 화장실에 들어가 피해자가 용변을 보는 모습을 보았더라도 그 화장실이 구(舊) 성폭력처벌법 제12조에 규정된 공중화장실법 제2조 제1호부터 제5호까지에 따른 공중화장실에 해당하지 않는다는 이유로 무죄를 선고하였다. 판례의 입장을 따르게 되면 공중화장실법에서 규정하고 있는 공중화장실 등에 해당하지 않는 술집이나 음식점 화장실 등 상가건물에 설치된 개인 또는 법인 화장실 안을 몰래 훑쳐보아도 카메라 등으로 촬영⁶⁾한 증거가 있지 않는 한 처벌할 수 없다는 문제가 발생하게 된다.

대상판례의 사안에 대해 형법상 주거침입죄⁷⁾를 적용하여 처벌할 수는 있다. 그러나 이러한 우회적인 처벌방법은 성폭력처벌법과 본죄의 입법목적 및 취지를 몰각시킬 수 있다. 해마다 발생건수가 증가하고 있는 현실에서 처벌의 필요성이 요구되는 사안임에도 불구하고 본죄의 구성요건 흠결로 인해 자칫 처벌의 공백이 발생할 소지가 있었다.⁸⁾

본 논문에서는 상가건물에 설치된 음식점이나 주점 화장실이 본죄의 공공장소 또는 다중이용장소 해당하는지에 대해 구(舊) 성폭력처벌법 제12조 및 개정

5) 이원상, “형법상 강제추행죄의 역할 - 대법원 2015.4.23. 선고 2014도16129 판결 -”, 「형사판례연구」 제25권, 한국형사판례연구회, 2017, 293면.

6) 카메라 등을 이용하여 다른 사람의 신체를 몰래 촬영하는 경우 성폭력처벌법 제14조 제1항에 규정된 카메라 등 이용촬영죄가 성립할 수 있다. 이에 대한 자세한 내용은 김영철·조현욱, “성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체부위 해당여부 판단기준 - 대법원 2014.7.24. 선고 2014도6309 판결 -”, 「법학연구」 제57권 제3호, 부산대학교 법학연구소, 2016, 151-177면 참조.

7) 형법 제319조 (주거침입) ①사람의 주거, 관리하는 건조물, 선박이나 항공기 또는 점유하는 방실에 침입한 자는 3년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

8) 2013년부터 2015년까지 성적목적 공공장소침입죄의 처리 현황을 살펴보면 아래와 같다(검찰연감DB(<http://prosec.crimstats.or.kr/main/index.k2?cmd=main>), 2017.10.16. 방문).

성폭력처벌법 제12조의 구성요건을 비교·적용한 다음, 형법상 주거침입죄로 규율할 수 있는지도 아울러 검토해 보고자 한다.

Ⅱ. 성적 목적 다중이용장소 침입죄 고찰

1. 입법 목적과 개정 경과

1) 입법 목적

새로운 유형의 성폭력범죄가 발생하자 기존의 법체계로는 대응할 수 없는 상황이 초래되었기에 폭력이 수반되는 성범죄에 대한 처벌규정을 강화하고자 1994년 1월 5일 법률 제4702호로 “성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률”이 제정되었다.⁹⁾

구(舊) 성폭력처벌법 제12조 성적목적 공공장소침입죄는 “자기의 성적 욕망을 만족시킬 목적으로 공중화장실법 제2조 제1호부터 제5호까지에 따른 공중화장실 등 및 공중위생관리법 제2조 제1항 제3호에 따른 목욕장업의 목욕장 등 대통령령으로 정하는 공공장소에 침입하거나 같은 장소에서 퇴거의 요구를 받고 응하지 아니하는 사람은 1년 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금에 처한

처리 연도	접수계	처리계	처리		
			기소	불기소	기타
2013	204	203	112	69	22
2014	463	454	233	180	41
2015	633	619	244	282	93
3년간 총계	1,300	1,276	589	531	156

9) 이강민, “성폭력범죄 처벌규정의 체계적 정비방안”, 『이화여자대학교법학논집』 제21권 제4호, 이화여자대학교 법학연구소, 2017, 160면; 이덕인, “형법과 형사특별법상 성범죄 처벌규정에 대한 비판적 고찰”, 『경찰연구논집』 제8호, 이실학회, 2011, 4면; 이주원, 『제4판 특별형법』, 홍문사, 2016, 505면; 정훈진·박광섭, “성폭력범죄 관련 법률의 문제점과 개선방안”, 『법학연구』 제24권 제2호, 충남대학교 법학연구소, 2013, 384면; 성폭력처벌법 최초개정안 및 시행령개정안 등에 대한 자세한 내용은 서효원, “성적 목적을 위한 공공장소 침입 행위 관련 「성폭력 범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제12조 개정 검토”, 『형사법의 신동향』 제53호, 대검찰청, 2016, 328-332면 참조.

다.”고 규정함으로써 2012년 12월 18일 성폭력처벌법(2013년 6월 19일 시행) 전면개정시 최초로 입법화되었다.

제7차 개정(2012.12.18. 법률 제11556호)시 원래 성폭력처벌법 제12조에 규정되었던 ‘통신매체를 이용한 음란행위’가 제13조로 자리를 옮기고, 제12조에 ‘성적 목적을 위한 공공장소 침입행위’가 자리 잡게 되었다.

제11차 개정(2017.12.12. 법률 제15156호)시 표제어를 ‘성적 목적을 위한 공공장소 침입행위’에서 ‘성적 목적을 위한 다중이용장소 침입행위’로 바꾸고,¹⁰⁾ 그 구성요건 중 장소적 범위를 사적인 공간이 아닌 “불특정 다수가 이용하는” 등으로 제한하여 처벌 대상이 지나치게 확장되는 것을 방지하는 한편, 현행법상 성적 목적을 위한 침입 금지 대상 공공장소의 개념을 “화장실 등 불특정 다수가 이용하는 다중이용장소”로 개정함으로써 명확성의 원칙을 준수하는 범위에서 장소의 범위를 확대 설정하여 입법적 공백을 방지하기 위해 성폭력처벌법 제12조(성적 목적 다중이용장소 침입행위)를 “자기의 성적 욕망을 만족시킬 목적으로 화장실, 목욕장·목욕실 또는 발한실(發汗室), 모유수유시설, 탈의실 등 불특정 다수가 이용하는 다중이용장소에 침입하거나 같은 장소에서 퇴거의 요구를 받고 응하지 아니하는 사람은 1년 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금에 처한다.”로 개정하였다.

2) 개정 경과

성적목적 공공장소침입죄는 공공장소의 범위는 물론 관련법 조문을 구체적으로 열거하고 있어 명확성의 원칙을 준수하고 있는 것처럼 보이지만 실제로는 각 법률에서 규율하는 공중화장실 등의 범위를 관련법 조문만으로 파악하기는 어렵고 당해 법률 및 시행령의 세부적인 내용까지 확인하여야만 정확하게 파악할 수 있는 난점이 있으며, 구체적인 법률조문까지 적시하여 적용 대상을 한정하고자 한 성폭력처벌법 및 동법 시행령으로 인해 오히려 적용 대상이 불분명해 진다는 비판적 시각¹¹⁾을 적극 수용하여, 대상판례의 사안과 같이 구체적 사

10) 성폭력처벌법 제11조(공중 밀집 장소에서의 추행)에서는 여전히 공중이라는 표제어를 사용하고 있다. 공중(公衆)은 사회의 대부분의 사람들, 일반 사람들, 일반인을 지칭한다, 다중(多衆)은 많은 사람 또는 못사람을 지칭하고, 대중(大衆)은 수많은 사람의 무리를 지칭한다. 향후 표제어 통일이 필요하다고 본다.

11) 서효원, 앞의 논문, 353-356면; 서울북부지방법원 2016.1.7. 선고 2015고단3260 판결(공중

건에서 처벌의 공백이 발생하는 부분을 형벌법규를 확장·유추 해석한 것이 아니라 입법적으로 해결¹²⁾하기 위해 이와 같이 개정된 것이다.

그동안 다수의 국회의원발의 성폭력처벌법 일부개정법률안이 제출되었는데,¹³⁾ ① 대통령령에 위임된 공공장소의 범위를 법률에 직접 규정하면서 현재 시행령에 규정된 공공장소에 공중화장실법의 공중화장실 등과 유사한 불특정 다수가 이용하는 화장실(안 제12조 제1호), 숙박업소, 이용업소, 미용업소(안 제12조 제2호), 준대규모점포, 임시시장, 상점가, 전문상가단지의 탈의실 또는 목욕실(안 제12조 제4호 나목)을 추가하는 개정안,¹⁴⁾ ② 공중화장실 등과 「부가가치세법」 제8조, 「소득세법」 제168조 또는 「법인세법」 제111조에 따른 사업자등록을 마친 ‘상가건물의 화장실’을 추가(안 제12조)하는 개정안,¹⁵⁾ ③ 공중화장실법에 규정된 화장실 등을 포함한 모든 화장실 등을 적용 대상으로 하는 개정안,¹⁶⁾ ④ 공중화장실 등, 건물이나 영업장 내 또는 이와 부속하여 설치된 화장

화장실법 제정 경과 등에 비추어 볼 때 ‘공중화장실’의 범위나 정의에 관한 불명확한 부분이 있고, 공중화장실법과 성폭력처벌법은 그 입법목적이나 취지가 다름에도 성폭력처벌법 제12조가 신설될 당시 개정법률안이나 국회의회의록 등에 이에 관하여 별다른 문제 제기나 반론이 나타나지 않은 것을 보면, 당시 사회문제가 되었던 공중화장실에 침입하여 엿보는 행위를 처벌한다는 것에 치중한 나머지 예컨대 성적 목적으로 ‘불특정 다수인이 사용하는 화장실’을 침입하는 경우 등으로 하지 않고 마침 제정되어 있는 공중화장실법을 인용한 것으로 보인다).

12) 대법원 2016.6.23. 선고 2016도5590 판결.

13) 국회의안정보시스템(<http://likms.assembly.go.kr/bill/main.do>), 2017.10.19. 방문.

14) 이원욱의원안(의안번호 56, 2016.5.31. 발의) 제12조(성적 목적을 위한 공공장소 침입행위) 자기의 성적 욕망을 만족시킬 목적으로 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 공공장소에 침입하거나 같은 장소에서 퇴거의 요구를 받고 응하지 아니하는 사람은 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 「공중화장실 등에 관한 법률」 제2조제1호부터 제5호까지에 따른 공중화장실, 개방화장실, 이동화장실, 간이화장실, 유료화장실 및 그 밖에 이와 유사한 불특정 다수가 이용하는 화장실

2. 「공중위생관리법」에 따른 숙박업소, 목욕장업소, 이용업소 및 미용업소

3. 「모자보건법」 제10조의3에 따른 모유수유시설로서 임산부가 영유아에게 모유를 먹일 수 있도록 설치된 장소

4. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 시설에 설치된 탈의실 또는 목욕실

가. 「체육시설의 설치·이용에 관한 법률」 제2조제1호에 따른 체육시설

나. 「유통산업발전법」 제2조제3호부터 제5호까지 및 제7호·제8호에 따른 대규모점포, 준대규모점포, 임시시장, 상점가 및 전문상가단지

15) 심체철의원안(의안번호 1232, 2016.7.27. 발의) 제12조(성적 목적을 위한 공공장소 등 침입 행위) ----- 「공중화장실 등에 관한 법률」 제2조제1호부터 제5호까지에 따른 공중화장실 등과 「부가가치세법」 제8조, 「소득세법」 제168조 또는 「법인세법」 제111조에 따른 사업자등록을 마친 상가건물의 화장실 등 -----.

16) 신용현의원안(의안번호 2346, 2016.9.20. 발의) 제12조(성적 목적을 위한 공공장소 등 침입

실을 그 적용대상으로 하고, 법정형도 1천만 원 이하의 벌금으로 상향 조정하는 개정안,¹⁷⁾ ⑤ 공중화장실과 법인 또는 개인이 설치한 화장실 등을 그 적용대상으로 하고, 법정형도 500만원 이하의 벌금으로 상향 조정하는 개정안¹⁸⁾ 그리고 ⑥ 불특정 다수가 이용하는 화장실, 탈의실, 목욕실, 모유수유시설 등 공공장소를 그 적용대상으로 하는 개정안¹⁹⁾ 등이다.

이 중 이정현의원안이 성폭력처벌법 제12조에서 자기의 성적 욕망을 만족시킬 목적으로 ‘사적인 공간이 아닌 공공장소에 침입하는 행위’로 처벌 대상을 한정할 필요가 있으므로 ‘불특정 다수가 이용하는’ 등으로 장소적 범위를 제한하여 처벌 대상이 지나치게 확장되는 것을 방지하여야 한다는 측면에서 볼 때 이 개정안에 등장하는 불특정 다수라는 표현은 판례²⁰⁾와 법률에서 이미 널리 사용되는 용어이므로 명확성의 원칙에 반하는 것으로 보기는 어렵다는 점, 현행 개인정보 보호법 제25조 제2항²¹⁾을 참고하여 개정방향을 검토하고 있다는 점도 긍정적으로 평가할 수 있다는 점, ‘불특정 다수가 이용하는 화장실, 탈의실, 목욕실, 모유수유시설 등 공공장소’로 개정함으로써 명확성의 원칙을 준수하는 범위 내에서 성적 목적을 위한 침입 대상이 될 수 있는 공공장소의 범위를 설정하여 처벌의 공백을 방지하고자 하는 취지도 담고 있다는 점²²⁾에서 대안으로 채택되어 개정된 것으로 보인다.

본죄가 처벌의 공백을 메울 수 있는 바람직한 방향으로 개정되었다고 생각하

행위) -----「공중화장실 등에 관한 법률」 제2조제1호부터 제5호까지에 따른 공중화장실을 포함한 모든 화장실 등-----.

17) 김삼화의원안(의안번호 4874, 2016.12.30. 발의) 제12조(성적 목적을 위한 공공장소 침입 행위)-----공중화장실 등, 건물이나 영업장 내 또는 이와 부속하여 설치된 화장실-----1천만원-----.

18) 윤호중의원안(의안번호 7688, 2017.6.29. 발의) 제12조(성적 목적을 위한 공공장소 등 침입 행위) -----공중화장실과 법인 또는 개인이 설치한 화장실 등 및 -----500만원-----.

19) 이정현의원안(의안번호 8111, 2017.7.20. 발의) 제12조(성적 목적을 위한 공공장소 침입 행위) -----불특정 다수가 이용하는 화장실, 탈의실, 목욕실, 모유수유시설 등 공공장소-----.

20) 대법원 2015.4.9. 선고 2015도114 판결; 대법원 2016.8.24. 선고 2016도8272 판결.

21) 개인정보 보호법 제25조 제2항(누구든지 불특정 다수가 이용하는 목욕실, 화장실, 발한실, 탈의실 등 개인의 사생활을 현저히 침해할 우려가 있는 장소의 내부를 볼 수 있도록 영상정보처리기기를 설치·운영하여서는 아니 된다).

22) 이정현의원안 제안이유 및 주요 내용 참조; ‘불특정 다수가 이용하는 화장실, 탈의실, 목욕실, 샤워실, 모유수유시설 등 (개인의 사생활을 현저히 침해할 우려가 있는) 공공장소’로 개정하자는 견해로 서효원, 앞의 논문, 357면.

지만, 개정 성폭력처벌법 제12조(성적목적 다중이용장소침입죄)에서 규정하고 있는 ‘불특정 다수’라는 개념이 ‘불특정 또는 다수’라는 개념과 동일한 것인지 검토해 볼 필요가 있다.

불특정 다수는 통상 ‘소속이나 신분, 성격 등이 특별히 정해지지 않은 여러 사람’이라는 의미로 새긴다.

명예훼손죄와 모욕죄의 구성요건인 공연성의 의미에 대해서는 ‘불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태’라고 보는 것이 다수설과 판례의 입장이다.²³⁾ 여기서 불특정이란 행위시에 상대방이 누구인가가 구체적으로 특정되어 있지 않다는 의미가 아니라, 특수한 관계에 의해서 한정된 범위에 속하는 사람이 아니라는 의미이다. 따라서 ‘특수한 관계에 의해서 한정된 범위에 속하는 사람’은 특정인이 되고, 그러하지 않으면 불특정인이 된다.²⁴⁾ 또한 다수인은 상당한 다수임을 요한다고 보는 것이 학설과 판례의 입장²⁵⁾이다. 즉 불특정이면 수의 다소를 불문하고, 다수인인 경우에는 특정되어도 상관이 없다는 것이다.

생각건대 불특정 다수의 의미를 불특정 또는 다수와 동일하게 새길 수도 있으나, 본죄가 비신분범인 점과 침입행위자의 다소를 불문한다는 점 그리고 그동안 축적된 판례와 학설의 해석을 고려해 볼 때 ‘불특정 또는 다수’라고 규정하는 것이 논란의 소지를 줄일 수 있다고 본다. 따라서 향후 현행 성적목적 다중이용장소침입죄의 적용대상을 ‘자기의 성적 욕망을 만족시킬 목적으로 불특정 또는 다수가 이용하는 화장실 등’으로 규정하는 방안도 고려해 볼 필요가 있다.

2. 다중이용장소의 범위와 그 장소에의 침입행위

대상판례 1,2와 관련된 구성요건은 다중이용장소의 범위와 그 장소에의 침입행위이다.

23) 박재윤(편집대표), 「제4판 주석 형법각칙(IV) §§269~312」, 한국사법행정학회, 2006, 384면; 안경옥, “명예훼손죄의 ‘공연성’ 해석의 재검토”, 「법조」 제575호, 법조협회, 2004, 84면.

24) 임웅, 「형법각론[제7정판]」, 법문사, 2016, 230-231면.

25) 조현욱, “명예훼손죄에 있어서 공연성의 의미와 판단기준- 대법원 2008.2.14. 선고 2007도 8155 판결 -”, 「법학연구」 제32집, 한국법학회, 2008, 362면; 판례도 10여명 이상(대법원 1955.4.22. 선고 4287형상36 판결; 대법원 1981.8.25. 선고 81도149 판결(71명); 대법원 1984.2.28. 선고 83도3124 판결(15명); 대법원 1984.2.28. 선고 83도3292 판결(200여명); 대법원 1990.12.26. 선고 90도2473 판결(10여명 또는 30여명); 대법원 1991.6.25. 선고 91도 347 판결(19명, 193명)의 경우 다수인으로 파악하고 있다.

1) 다중이용장소의 범위

(1) 구(舊) 성폭력처벌법 제12조에 규정된 공공장소의 범위

공공장소의 정의는 공중화장실법과 공중위생관리법에서 규정하고 있으며, <표1>에 정리했듯이 공공장소의 구체적인 범위는 대통령령인 성폭력처벌법 시행령 제1조의2에 열거되어 있다.

대상판례에서 문제된 공중화장실이란 불특정 다수가 아닌 ‘공중(公衆)이 이용하도록 제공하기 위하여 국가, 지방자치단체, 법인 또는 개인이 설치하는 화장실’을 말한다.

<표1> 공공장소의 범위

종류	근거 법률	내용
공중화장실 등	공중화장실 등에 관한 법률 제2조 제1호부터 제5호	공중화장실, ²⁶⁾ 개방화장실, ²⁷⁾ 이동화장실, ²⁸⁾ 간이화장실, ²⁹⁾ 유료화장실 ³⁰⁾
목욕장	공중위생관리법 제2조 제1항 제3호	물로 목욕을 할 수 있는 시설, 설비 맥반석 등을 가열하여 발생하는 열기 또는 원적외선 등을 이용하여 땀을 낼 수 있는 시설 및 설비
모유수유 시설	모자보건법 제10조의3	국가와 지방자치단체는 모유수유시설의 설치를 지원 산후조리원, 의료기관, 보건소는 모유수유시설을 설치하기 위하여 노력
체육시설의 탈의실, 목욕실	체육시설의 설치·이용에 관한 법률 제2조 제1호	체육 활동에 지속적으로 이용되는 시설과 그 부대시설
대규모점포의 탈의실, 목욕실	유통산업발전법 제2조 제3호	건물 안에 하나 또는 여러 개로 나누어 설치되고 상시 운영되는 매장면적의 합계가 3천 제곱미터 이상인 매장을 보유한 점포의 집단

(2) 개정 성폭력처벌법 제12조에 규정된 다중이용장소의 범위

구(舊) 성폭력처벌법 제12조(성적목적 공공장소침입죄)에서 관련법에 따라 규

- 26) 공중이 이용하도록 제공하기 위하여 국가, 지방자치단체, 법인 또는 개인이 설치하는 화장실
- 27) 공공기관의 시설물에 설치된 화장실 중 공중이 이용하도록 개방된 화장실 또는 특별자치도지사·시장·군수·구청장이 지정한 화장실
- 28) 많은 사람이 모이는 행사 등에 일시적으로 이용하기 위하여 설치하는 화장실
- 29) 공중화장실을 설치하기 어려운 지역에 설치한 소규모의 화장실
- 30) 화장실의 설치·관리자가 이용자에게 이용료를 받을 수 있는 화장실

정하고 있던 공중화장실 등, 목욕장, 모유수유시설, 탈의실 등의 공공장소의 범위를 화장실, 목욕장·목욕실 또는 발한실(發汗室), 모유수유시설, 탈의실 등 불특정 다수가 이용하는 다중이용장소로 개정하였다.

2) 다중이용장소 침입 및 퇴거요구불응 행위

(1) 침입

침입이란 자기의 성적 욕망을 만족시킬 목적으로 화장실 등 다중이용장소에 들어가는 것을 말한다. 본죄에 미수범 처벌규정도 없으므로 성적 목적으로 화장실 등 다중이용장소에 침입하기만 하면 기수가 된다.

형법상 주거침입죄에 있어서 침입이란 주거권자의 의사에 반하여 사람신체의 전부나 일부³¹⁾가 들어가는 것을 말한다.³²⁾ 주거권자는 주거에의 출입과 체류를 결정할 수 있는 사람을 말하며, 임차인도 포함된다. 수인이 공동거주하는 경우에는 각자가 주거권을 가진다.

공중이 자유롭게 출입할 수 있도록 개방된 장소에의 공개된 시간 내에 허락된 출입방법에 의한 출입은 침입행위가 되지 않는다.³³⁾ 공중화장실 용변칸에 들어간 경우³⁴⁾도 침입이다.³⁵⁾

31) 대법원 1995.9.15. 선고 94도2561 판결(주거침입죄는 사실상의 주거의 평온을 보호법적으로 하는 것이므로, 반드시 행위자의 신체의 전부가 범행의 목적인 타인의 주거 안으로 들어야만 성립하는 것이 아니라 신체의 일부만 타인의 주거 안으로 들어갔다고 하더라도 거주자가 누리는 사실상의 주거의 평온을 해할 수 있는 정도에 이르렀다면 범죄구성요건을 충족하는 것이라고 보아야 하고, 따라서 주거침입죄의 범의는 반드시 신체의 전부가 타인의 주거 안으로 들어간다는 인식이 있어야만 하는 것이 아니라 신체의 일부라도 타인의 주거 안으로 들어간다는 인식이 있으면 족하다).

32) 임웅, 앞의 책, 285면; 조현욱, 「형법각론강의(I)」, 진원사, 2008, 254면.

33) 대법원 1990.3.13. 선고 90도173 판결(일반적으로 출입이 허가된 건물에 비정상적인 방법으로 들어간 것이 건조물침입에 해당한다고 본 사례 : 일반적으로 출입이 허가된 건물이라 하여도 피고인이 출입이 금지된 시간에 그 건물담벽에 있던 드럼통을 들고 담벽을 넘어 들어간 후 그 곳 마당에 있던 아이스박스통과 삼을 같은 건물 화장실 유리창문 아래에 놓고 올라가 위 창문을 연 후 이를 통해 들어간 것이라면 그 침입방법 자체가 일반적인 허가에 해당되지 않는 것이 분명하게 나타난 것이므로 건조물침입죄가 성립되는 것이다).

34) 대법원 2003.5.30. 선고 2003도1256 판결(피고인이 피해자가 사용 중인 공중화장실의 용변칸에 노크하여 남편으로 오인한 피해자가 용변칸 문을 열자 강간할 의도로 용변칸에 들어간 것이라면 피해자가 명시적 또는 묵시적으로 이를 승낙하였다고 볼 수 없어 주거침입죄에 해당한다고 한 사례); 이 판례에 대한 평석으로 이정원, “공중화장실 용변칸 침입과 주거침입죄의 성립여부 - 대법원 2003.5.30, 2003도1256 -”, 「영남법학」 제28호, 영남대학교 법학연구소, 2009, 117-138면 참조.

(2) 퇴거요구불응

퇴거요구불응이란 자기의 성적 욕망을 만족시킬 목적으로 화장실 등 다중이용장소에 침입한 후 그 장소로부터의 퇴거요구를 받고 응하지 아니하는 것을 말한다.³⁶⁾ 여기서 퇴거란 행위자의 신체가 주거에서 나감을 의미한다.³⁷⁾

예컨대 남자가 성적 목적 없이 우연히 또는 착각으로 여자화장실에 들어갔다 가 피해자로부터 퇴거하라는 항의를 받고도 퇴거요구에 응하지 않은 경우에 다중이용장소퇴거불응죄가 성립할 수 있다. 이때 퇴거불응을 요구할 권리가 누구에게 있는지도 문제된다.

침입을 주거권자가 없는 장소에의 침입으로 해석하는 견해도 있으나,³⁸⁾ 주거권자는 법률상의 개념이 아니라 사실상의 개념이므로 여자화장실에서 용변을 보려고 하는 여성피해자를 주거권자, 즉 퇴거요구권자로 볼 수 있다.

형법상 퇴거불응죄는 적법하게 주거에 들어간 자가 퇴거요구를 받고 나가지 않음으로써 성립하는 범죄이다. 진정부작위범으로서는 유일하게 미수범 처벌조항을 두고 있다.

3) 침입과 퇴거불응의 죄수 관계

35) 한국타임즈, “행정안전부, 공중화장실 등에 관한 법률 시행령 개정”, 2017.11.15. (<http://www.hktimes.kr/read.php3?aid=151069920097079003> : 2017.12.17. 방문).

2018년부터 2000㎡ 이상 근린시설은 남녀화장실을 의무적으로 분리해야 한다. 행정안전부는 공중화장실법 적용범위를 확대하는 내용의 ‘공중화장실 등에 관한 법률 시행령 개정안’이 2017년 11월 14일 국무회의를 통과했다고 밝혔다. 개정안은 화장실 남녀분리설치 의무 대상을 확대하는 내용을 담고 있다. 이는 공용화장실 이용시 불편함을 줄이고 화장실 범죄를 예방하는 차원에서 남녀화장실 의무 분리 기준을 시설별 1,000㎡씩 하향시켜, 남녀 분리설치 의무를 확대한 것이다.

36) 대법원 1992.4.28. 선고 91도2309 판결(피고인이 예배의 목적이 아니라 교회의 예배를 방해하여 교회의 평온을 해할 목적으로 교회에 출입하는 것이 판명되어 위 교회 건물의 관리주체라고 할 수 있는 교회당회에서 피고인에 대한 교회출입금지의결을 하고, 이에 따라 위 교회의 관리인이 피고인에게 퇴거를 요구한 경우 피고인의 교회출입을 막으려는 위 교회의 의사는 명백히 나타난 것이기 때문에 이에 기하여 퇴거요구를 한 것은 정당하고 이에 불응하여 퇴거를 하지 아니한 행위는 퇴거불응죄에 해당한다. 사회통념상 현관도 건물의 일부임이 분명한 것이므로 피고인이 교회 건물의 현관에 들어간 이상 그 곳에서 교회 관리인의 퇴거요구를 받고 이에 응하지 않았다면 퇴거불응죄가 성립한다).

37) 대법원 2007.11.15. 선고 2007도6990 판결(주거침입죄와 퇴거불응죄는 모두 사실상의 주거의 평온을 그 보호법익으로 하고, 주거침입죄에서의 침입이 신체적 침해로서 행위자의 신체가 주거에 들어가야 함을 의미하는 것과 마찬가지로 퇴거불응죄의 퇴거 역시 행위자의 신체가 주거에서 나감을 의미한다).

38) 이주원, 앞의 책, 504면.

형법상 퇴거불응죄는 타인의 주거에 들어갈 때에는 상대방의 동의를 받는 등 적법하였으나, 타인의 주거에 머무는 동안 퇴거요구를 받고 응하지 않는 경우에 성립한다. 따라서 이미 주거자 등의 의사에 반해서 주거 등에 들어온 자가 주거자 등의 퇴거요구에 응하지 않는 경우는 주거침입죄만을 구성할 뿐 그것과는 별도로 퇴거불응죄를 구성하지 않는다. 주거침입죄와 퇴거불응죄는 법조경합 중 보충관계에 있다.³⁹⁾

이와 같이 형법상 주거침입죄만 성립한다면, 성적목적 다중이용장소침입죄의 경우는 이미 불법(자기의 성적 욕망 만족이라는 범죄 목적)으로 들어간 경우이므로 성적목적 다중이용장소침입죄만 성립하고 따로 다중이용장소퇴거불응죄가 성립할 여지가 없다고 보아야 한다.

4) 판례의 태도

(1) 성적목적 공공장소침입죄 성립여부만 판단한 사례

대법원은 대상판례 2에서 “국수집 부근의 이 실외화장실은 국수집을 운영하는 주인이 공중의 이용에 제공하기 위하여 설치한 것이 아니라, 국수집을 이용하는 불특정 다수의 손님들의 이용에 제공하기 위하여 설치한 것으로 공중화장실법 제2조 제1호부터 제5호까지에 따른 공중화장실 등에 해당하지 않으므로, 성적목적 공공장소침입죄가 성립하지 않는다.”고 판시하였다.

이러한 대법원판례의 입장을 하급심도 그대로 수용하고 있다.⁴⁰⁾

39) 임웅, 앞의 책, 291-292면.

40) 울산지방법원 2014.1.23. 선고 2013고단3548 판결(피고인은 2013.8.26. 15:00경 울산 ○○구 ○○동1873-1 코오롱 파크폴리스 4층 남자화장실에서 용변을 보고 나오던 중 옆에 있는 여자화장실에서 AOO(여, 31세)가 위 화장실 칸에서 용변을 보고 있고, 일행인 BOO(여, 30세)가 위 화장실 세면대 앞에 서서 대화를 하는 것을 듣고 자기의 성적 욕망을 만족시킬 목적으로 공중화장실인 위 여자화장실에 침입하였다. 재판부는 성적목적 공공장소침입죄의 성립을 긍정하고 피고인에게 벌금 1백만 원을 선고하였다); 부산지방법원 2014.4.9. 선고 2014고단1321 판결(피고인은 자기의 성적 욕망을 만족시킬 목적으로, 2014.1.26. 20:10경 부산 북구 C에 있는 D지하철역 안 여자화장실 5번 칸에 들어가, 그곳 좌변기에 올라서서 옆 칸에서 용변을 보고 있던 피해자 E(여, 16세)의 모습을 훑쳐보고, 같은 해 2. 20. 23:11경 전항과 같은 장소에서, 옆 칸에서 용변을 보고 있던 피해자 F(여, 20세)의 모습을 훑쳐보기 위해 들어갔다. 재판부는 성적목적 공공장소침입죄의 성립을 긍정하고 피고인에게 징역 6월을 선고하였다); 대전지방법원 2014.10.15. 선고 2014고단2723 판결(피고인은 2014.4.경 대전 유성구에 있는 OO찜질방에서 빨래 수거함에 들어있는 여성용 찜질복을 발견하고, 여장한 후 여성 탈의실에 들어가 여성들의 나체를 보기로 마음먹었다. 이에 따

(2) 성적목적 공공장소침입죄 및 주거침입죄 성립여부를 함께 판단한 사례

대법원은 대상판례 1에서 “주점 화장실은 주점을 운영하는 주인이 공중의 이용에 제공하기 위하여 설치한 것이라기보다는 주점을 이용하는 불특정 다수의 손님들이 이용할 수 있도록 설치한 것이라 보이므로 본죄의 적용을 받는 공중 화장실 등에 해당한다고 보기 어렵다. 성적목적 공공장소침입죄는 목적범이나, 형법상 건조물침입죄는 목적범이 아니다. 따라서 침입 당시는 성적 목적이 없었다고 하더라도 화장실 등의 장소에 알고서 들어갔다면 특별한 사정이 없는 한 그 자체로 관리자의 추정적 내지 묵시적 의사에 반하는 것이므로, 건조물침입의 고의를 인정할 수 있다. 이로써 화장실 등의 장소에 침입한 순간 건조물침입죄가 성립하고, 피고인의 신체 전부 또는 일부가 피해자가 있는 화장실 칸으로 넘어갔는지 여부는 건조물침입죄의 성립에 아무런 영향이 없다.”고 판시하였다.

본죄는 자기의 성적 욕망을 만족시킬 목적이 있어야만 성립하는 목적범이며, 성적 욕망의 달성여부는 본죄의 성립에 영향이 없다.⁴¹⁾ 여기서 목적은 미필적

라 피고인은 그 무렵 여성용 속옷, 여성용 가발 등을 구입하고, 2014.5.17. 13:30경 위 찜질방에 들어갔다. 이후 피고인은 2014.5.18. 01:00경 3층 공용찜질방 빨래 수거함에서 여성용 찜질복1벌을 꺼내 남자화장실로 간 후, 위 여성용 찜질복과 미리 준비한 여성용 속옷, 여성용 가발 등을 착용하여 여장하고, 2층 여자 탈의실로 들어가 같은 날 10:00경까지 약 9시간가량 머물면서 불특정 다수 여성들의 나체를 훑쳐보았다. 이로써 피고인은 자기의 성적 욕망을 만족시킬 목적으로 목욕장 등 공공장소에 침입하였다. 재판부는 성적목적 공공장소침입죄의 성립을 인정하고 피고인에게 징역 4월을 선고하였다); 울산지방법원 2015.3.19. 선고 2014고단3506 판결(피고인은 2014.9.13. 05:45경 울산 남구 삼산로 254번길에 있는 0000 여자화장실에 들어가 비어있는 칸에 숨어 있다가 때마침 피해자 제갈OO(여, 22세)가 그 옆칸 변기에 앉아 용변을 보자 변기를 밟고, 올라서서 피해자의 용변 보는 모습을 보고, 뒤이어 들어온 피해자 송OO(여, 18세)에 대하여도 같은 방법으로 용변 보는 모습을 보았다. 이로써 피고인은 자기의 성적 욕망을 만족시킬 목적으로 공공장소인 여자 화장실에 침입하였다. 재판부는 성적목적 공공장소침입죄의 성립을 인정하고 피고인에게 벌금 3백만 원을 선고하였다); 울산지방법원 2015.4.2. 선고 2014고단3609 판결(피고인은 2014.9.4. 03:40경 울산 남구 왕생로40번길 22 1층에 있는 “또친” 술집여자화장실에 몰래 들어가 있다가 피해자 김OO(여, 19세)가 그 옆 칸 변기에 앉아 용변을 보자 변기를 밟고 올라서서 피해자의 용변 보는 모습을 몰래 쳐다보았다. 이로써 피고인은 자기의 성적 욕망을 만족시킬 목적으로 공공장소인 여자 화장실에 침입하였다. 재판부는 성적목적 공공장소침입죄의 성립을 인정하고 피고인에게 징역 4월을 선고하였다); 춘천지방법원 2016.2.2. 선고 2015고단1233 판결(피고인은 2015.10.12. 23:17경 B에 있는 C대학교 D대학 1호관 203동 여자화장실 앞에 이르러 여성이 용변 보는 모습을 피고인의 휴대폰 카메라로 몰래 촬영할 생각으로 위 여자화장실 두 번째 용변칸까지 들어갔다. 이로써 피고인은 자기의 성적 욕망을 만족시킬 목적으로 공공장소인 여자 공중화장실에 침입하였다. 재판부는 성적목적 공공장소침입죄의 성립을 인정하고 피고인에게 벌금 400만 원을 선고하고, 40시간 성폭력 치료프로그램 이수를 명하였다).

인식(의도)으로 족하다는 입장⁴²⁾과 고의보다 강고한 의지적 요소를 가진 의사로 새겨야 한다는 입장⁴³⁾이 대립하고 있다.

성적 목적 없이 단순실수로 들어가는 경우는 본죄가 성립하지 않는다. 다만, 성적 목적이 있다고 인정되면 신체 일부라도 침입한 경우 본죄가 성립한다.⁴⁴⁾ 중요한 것은 침입을 하고자 하는 인식(범의)이지 신체의 전부 또는 일부 침입 여부가 아니다.

이러한 대법원판례의 입장을 하급심도 그대로 수용하고 있다.⁴⁵⁾

-
- 41) 이주원, 앞의 책, 504면; 헌법재판소 2016.3.31. 자 2014헌바397 결정; 대법원 2015.1.22. 선고 2014도10978 전원합의체 판결.
- 42) 대법원 2015.1.22. 선고 2014도10978 전원합의체 판결; 목적은 미필적 의도로 족하나, 형사 제재를 가하는 경우인 만큼 목적의 판단기준을 명확하게 정립할 필요가 있다는 견해로 임회진, “성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법의 검토”, 『이화젠더법학』 제5권 제2호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2013, 186면.
- 43) 오영근, “2015년도 형법판례 회고”, 『형사판례연구』 제24권, 한국형사판례연구회, 2016, 660-661면(목적은 미필적 인식으로도 족하다고 하는 것은 개념모순이다. 고의, 과실, 목적, 불법영득의사, 동기 등을 포괄하는 개념으로서 의사라는 개념이 사용된다. 과실이 의지적 요소가 가장 약한 의사이고, 목적이 의지적 요소가 가장 강한 의사이다. 고의는 그 중간이다. 고의에는 미필적 고의와 확정적 고의가 있다. 확정적 고의는 결과발생에 대한 의욕이 있는 경우로서 결과발생에 대한 목적을 수반한 고의라고 할 수 있다. 따라서 고의보다 더 강한 의지적 요소를 지닌 의사인 목적이 미필적 인식만으로도 성립할 수 있다고 하는 것은 목적의 개념에 반하는 것이다); 임웅, 앞의 책, 125면(목적범에 있어서 목적은 일상적인 어법상 고의보다 강고한 의지적 태도를 의미하는 것으로 이해해야 한다).
- 44) 대법원 1995.9.15. 선고 94도2561 판결(소위 ‘얼굴만 침입’사건); 대법원 2016.6.23. 선고 2016도5590 판결.
- 45) 서울고등법원 2016.4.5. 선고 2015노3433 판결(피고인은 다섯 차례에 걸쳐 서울 성동구 D 빌딩 1층에 있는 남녀공용 상가화장실의 한 용변칸에 그 옆 칸에서 용변을 보는 여성의 모습을 지켜보거나 그 여성을 추행하기 위하여 들어감으로써 자기의 성적 욕망을 만족시킬 목적으로 공공장소에 침입하였다. 이 사건 화장실은 상가건물 1층에 설치되어 손님이나 건물 이용자들이 무료로 사용할 수 있으므로 공중화장실법에서 정한 이동화장실·간이화장실·유료화장실이 아니며, 개방화장실에도 해당하지 않는 이상 이 사건 화장실이 공중화장실에 해당된다고 볼 수 없다. 피고인은 용변칸에서 여성이 용변을 보는 모습을 지켜보거나 추행할 의도로 타인이 관리하는 건조물에 침입하였으므로 형법상 건조물침입죄가 성립한다. 재판부는 피고인에게 징역 2년 6월을 선고하고, 80시간 성폭력 치료프로그램 이수를 명하였다); 광주지방법원 2016.11.4. 선고 2016고단3389 판결(피고인은 2016.6.6. 20:18경 여자화장실 안에서 변기를 밟고 올라가 칸막이 위로 얼굴을 내밀어 옆 칸을 훑쳐보는 방법으로 여성의 하반신을 훑쳐보기로 마음먹고 광주 북구 경열로에 있는 OO 병원 1층에 이르러 그 곳 여자화장실 문을 열고 칸막이 안까지 들어가 위 병원 화장실 관리자의 의사에 반하여 그가 관리하는 건조물에 침입하였다. 이 사건 화장실은 공중화장실법 제2조에 규정된 공중화장실 등에 해당하지 않으므로 성적목적 공공장소침입죄는 성립하지 않으나, 형법상 건조물침입죄는 성립한다).

Ⅲ. 대상판례 검토

1. 성폭력처벌법 적용

1) 구(舊) 성폭력처벌법 제12조(성적목적 공공장소침입죄)의 적용

주점 화장실과 국수집 부근의 실외화장실은 공중화장실법에 규정된 공중화장실 등에 해당하지 않으므로, 구(舊)성폭력처벌법 제12조의 성적목적 공공장소침입죄의 구성요건을 충족하지 못하므로 본죄가 성립하지 않는다고 판단한 대법원의 입장은 죄형법정주의 명확성의 원칙에 비추어 타당하다. 또한 주점 화장실과 국수집 부근의 실외화장실 침입 당시 카메라 등으로 촬영하지도 않았으므로 성폭력처벌법 제14조 제1항에 규정된 카메라등이용촬영죄도 성립하지 않는다.

2) 개정 성폭력처벌법 제12조(성적목적 다중이용장소침입죄)의 적용

주점 화장실은 공중화장실법에 규정된 공중화장실 등에 해당하지 않으므로, 구(舊)성폭력처벌법 제12조의 성적목적 공공장소침입죄의 구성요건을 충족하지 못하므로 본죄가 성립하지 않는다고 판단한 대법원의 입장은 죄형법정주의 명확성의 원칙에 비추어 타당하다. 또한 주점 화장실 침입 당시 카메라 등으로 촬영하지도 않았으므로 성폭력처벌법 제14조 제1항에 규정된 카메라등이용촬영죄도 성립하지 않는다.

주점 화장실과 국수집 부근의 실외화장실은 주점과 음식점 영업시간에 맞추어 개방·폐쇄하여 주점과 음식점을 이용하는 불특정 다수의 손님을 위하여 제공되고 있는 점을 고려하면 이 화장실은 개정 성폭력처벌법 제12조의 적용을 받는 불특정 다수가 이용하는 다중이용장소에 해당한다. 따라서 구(舊) 성폭력처벌법 제12조(성적목적 공공장소침입죄)에서는 처벌할 수 없었던 대상판례의 사안은 개정 성폭력처벌법 제12조(성적목적 다중이용장소침입죄)로 처벌가능하게 된다.

2. 형법 제319조 제1항의 주거침입죄 적용

성적 목적으로 주점 화장실을 침입한 경우를 형법상 주거침입죄로 처벌할 수 있는지 문제된다. 즉, 현행 형법 제319조 제1항 주거침입죄를 예비적 공소사실로 공소장에 기재하거나 처음부터 오로지 주거침입죄만 적용하자는 것이다.

주거침입죄 적용이유로는 ① 성적목적 공공장소침입죄(법정형은 1년 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금)가 적용되지 않더라도 이보다 형이 더 무거운 형법 제319조 주거침입죄(법정형은 3년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금)로 처벌 가능하므로 형사처벌과 관련된 입법 공백이 있다고 단정하기 어렵다.⁴⁶⁾ ② 성적목적 공공장소침입죄의 침입행위는 주거침입죄에 해당하고, 성적자기결정권을 침해하는 성폭력범죄로 보기는 어렵다.⁴⁷⁾ ③ 성적목적 공공장소침입죄의 객체인 공중화장실 등의 공공장소는 주거권자가 없어 주거침입죄가 성립하지 않으므로 본죄의 존재의의가 있다는 주장도 가능하나, 아무도 없는 공중화장실 등에 성적 목적으로 침입하는 행위는 처벌할 필요가 없고, 사람이 사용 중인 공중화장실 등의 경우는 ‘건조물’ 내지 ‘점유하는 방실’⁴⁸⁾에 해당하여 주거침입죄가 성립⁴⁹⁾한다. 또한 판례도 공중에 개방이 허용된 장소라도 범죄목적으로 들어가는 경우 주거침입죄성립을 인정⁵⁰⁾한다는 점을 들고 있다.

건조물이란 주위 벽, 기둥과 지붕 또는 천정으로 구성된 구조물로 사람이 기거하거나 출입할 수 있는 장소이다. 화장실은 건조물에 포함된다.⁵¹⁾

46) 이강민, 앞의 논문, 160면.

47) 이정원, “현행법의 체계에서 성폭력범죄의 구조와 문제점 : 강간과 추행의 죄를 중심으로”, 『중앙대학교 법학논문집』 제39집 제1호, 중앙대학교 법학연구원, 2015, 117면; 정훈진·박광섭, 앞의 논문, 406면 참조.

48) 이강민, 앞의 논문, 160면.

49) 대법원 2003.5.30. 선고 2003도1256 판결(피고인이 피해자가 사용 중인 공중화장실의 용변간에 노크하여 남편으로 오인한 피해자가 용변칸 문을 열자 강간할 의도로 용변칸에 들어간 것이라면 피해자가 명시적 또는 묵시적으로 이를 승낙하였다고 볼 수 없어 주거침입죄에 해당한다).

50) 대법원 1967.12.19. 선고 67도1281 판결; 대법원 1997.3.28. 선고 95도2674 판결; 대법원 2007.3.15. 선고 2006도7079 판결.

51) 울산지방법원 2013.5.24. 선고 2013고합66 판결(피고인은 이 부분 범행 당시 여자화장실에 들어가 용변칸 문을 잠그고 있었던 점, 피고인은 이 사건 범행 직후 여자화장실을 나가 도망갔음에도 잠시 후 다시 같은 화장실에 있다가 경찰에 적발된 점 등에 비추어 보면 피고인은 이 부분 범행 당시 여자를 추행할 목적으로 건조물에 침입하였다고 인정된다. 가사 피고인이 여자를 추행할 목적이 아니라 단순한 호기심에 여자화장실에 들어갔다 하

일개인이 사용하는 화장실 한 칸은 독립적으로 개인이 안주할 수 있고 누릴 수 있는 건조물 내지 점유하는 방실에 해당된다.⁵²⁾ 따라서 건조물 내지 점유하는 방실에 불법적인 목적을 가지고 침입하는 사람은 주거의 평온을 깨뜨린 것이므로 주거침입죄가 성립한다.⁵³⁾

침입당시 성적 목적이 없었다 하더라도 화장실임을 인식하고 들어간 것이라면 특별한 사정이 없는 한 그 자체로 관리자의 추정적 내지 묵시적 의사에 반하는 것이므로, 주거침입의 고의를 인정할 수 있다.⁵⁴⁾ 따라서 주점 화장실 관리자의 의사에 반하여 그가 관리하는 여자화장실에 침입한 대상판례 사안의 경우 주거침입죄가 성립한다.

이 방안에 따를 경우 주거침입죄는 목적범이 아니므로 성적 목적 등에 대한 입증책임을 덜 수 있다는 장점이 있다. 그러나 성적목적 공공장소침입죄를 범할 경우 형벌 이외에 신상정보등록, 취업제한 등 피고인의 기본권이 제한될 수 있는 보안처분의 추가적인 부과 가능하므로 단순한 법정형의 비교만으로 주거침입죄의 법정형이 더 중하다고 단정적으로 말할 수도 없으며,⁵⁵⁾ 주거침입죄

더라도, 여자화장실 관리인의 의사는 특별한 사정이 없는 한 여자의 출입만을 허용하고 남자의 출입은 금지한다는 것이므로, 이러한 여자화장실 관리인의 의사에 반하여 여자화장실에 들어간 피고인의 행위에 건조물침입죄가 성립함은 마찬가지이다).

- 52) 대상판례 1에서는 점유하는 방실이 아닌 건조물로 파악하나, 주거침입죄가 성립한다는 점에서는 차이가 없다.
- 53) 대법원 1958.5.23. 자 4291형상117 결정; 대법원 1969.9.23. 선고 69도1130 판결; 대법원 1984.6.26. 선고 83도685 판결.
- 54) 조성훈, “주거침입과 정보통신망침입 : 보호법익과 ‘침입’의 해석론을 중심으로”, 『선진사법법률연구』 통권 제80호, 법무부, 2017, 325면.
- 55) 성적목적 공공장소침입죄의 적용 대상이 되는 경우에는 성폭력처벌법과 아동·청소년의 성보호에 관한 법률에 규정된 각종 제도들이 적용되므로 실질적인 차이가 있다. 즉, 형벌과 수강명령 등의 병과(성폭력처벌법 제16조), 판결 전 조사(제17조), 고소 제한에 대한 예외(제18조), 형법상 감경규정에 관한 특례(제20조), 공소시효에 관한 특례(제21조), 특강법의 준용, 피해자, 신고인 등에 대한 보호조치(제23조), 피해자의 신원과 사생활 비밀 누설 금지(제24조), 피의자의 얼굴 등 공개(제25조), 성폭력범죄의 피해자에 대한 전담조사제(제26조), 성폭력범죄 피해자에 대한 변호사 선임의 특례(제27조), 성폭력범죄에 대한 전담재판부(제28조), 수사 및 재판절차에서의 배려(제29조), 영상물의 촬영·보존 등(제30조), 심리의 비공개(제31조), 전문가의 의견 조회(제33조), 신뢰관계 있는 사람의 동석(제34조), 진술조력인의 수사과정 참여(제36조), 진술조력인의 재판과정 참여(제37조), 비디오 등 증거장치에 의한 증인신문(제40조), 증거보전의 특례(제41조) 등이 적용된다. 특히 본죄로 유죄 판결이 확정되는 경우 신상정보 등록 대상자가 되고, 등록정보의 공개·고지의 대상이 될 수 있으며, 아동·청소년의 성보호에 관한 법률에 따라 아동·청소년 관련기관 등에의 취업제한 대상이 되어 건조물침입죄가 적용되는 경우와 실질적인 차이가 발생한다. 서효원, 앞의 논문, 350-351면 참조.

를 적용하는 우회적인 방법을 선택함으로써 성폭력처벌법의 입법목적 및 취지가 몰각될 우려도 있다.

3. 검토

대법원은 구(舊) 성폭력처벌법 제12조 성적 목적을 위한 화장실 침입행위가 성립하려면 피고인이 침입한 화장실이 공중화장실법 제2조 제1호부터 제5호까지에 따른 공중화장실, 개방화장실, 이동화장실, 간이화장실 또는 유료화장실에 해당하여야 한다는 입장을 견지하고 있다. 즉, “죄형법정주의의 원칙에 비추어 볼 때 공중화장실은 ‘공중이 이용하도록 제공하기 위하여 국가·지방자치단체·법인 또는 개인이 설치하는 화장실’이라고 규정되어 있으므로, 그 문언상 ‘화장실 설치 후의 이용 현황’이 아니라 ‘당초의 설치 목적’이 공중의 이용에 관한 것임을 요구하고 있음이 명백하다. 공중화장실의 통상적인 의미가 불특정 다수인이 사용하는 화장실이라고 하더라도 ‘당초 공중의 이용을 위하여 설치되는’이었으나, 현실적으로 공중이 이용하고 있는 화장실’이 포함된다고 해석할 수는 없다. 따라서 대상판례에서 문제가 된 화장실이 공중화장실법에서 규정하는 공중화장실 등에 포함될 수 있다고 해석하는 것은 피고인에게 불리한 형법법규의 확장해석 또는 유추해석으로 죄형법정주의에 반하여 허용될 수 없다.”는 것이다. 이는 성폭력처벌법 제12조, 성폭력처벌법 시행령 제1조의2, 공중화장실법 제2조에 규정된 문언의 의미를 충실히 해석한 것으로 볼 수 있다.

성적목적 공공장소침입죄 및 주거침입죄를 함께 판단한 경우, 주위적 공소사실인 성적목적 공공장소침입죄의 성립은 인정하지 않더라도 예비적 공소사실인 형법상 주거침입죄의 성립은 대체적으로 인정하고 있으므로 공판과정에서 공소장변경을 통한 형법상 주거침입죄로의 처벌 가능성을 열어놓고 있다. 따라서 대상판례2의 경우 공판과정에서 검사가 형법상 주거침입죄로 공소장변경신청을 하지 않은 것은 아쉬움이 남는 부분이다.

개정 성폭력처벌법 제12조(성적목적 다중이용장소침입죄)을 적용하면 대상판례의 사안은 본죄로 처벌가능하게 된다.

남녀공용화장실에 침입한 경우에는 화장실 침입 그 자체만으로는 고의를 인정하기 곤란하여 형법상 주거침입죄가 성립하지 않을 가능성도 있지만, 대상판례 사안과 같은 경우라면 처음부터 형법상 주거침입죄로만 기소해도 처벌가능

할 것으로 판단된다.⁵⁶⁾ 그러나 본죄는 주거침입죄가 규율하지 못하는 침입행위를 처벌하고자 특별법에 신설한 규정이다.⁵⁷⁾ 개정 성폭력처벌법 제12조에 의하면 대부분의 사안을 규율할 수 있으리라 판단되며, 특별히 성적 목적 등의 입증이 어려운 경우를 대비하여 주거침입죄를 적용하는 방식은 지양해야 할 것이다.

IV. 나오는 말

현행 성적목적 다중이용장소침입죄의 적용에 있어 가장 중요한 구성요건요소는 불특정 다수가 이용하는 화장실 등의 다중이용장소이다. 즉, 어떤 화장실이 불특정 다수가 이용하는 다중이용장소에 해당되는지가 문제된다. 따라서 구(舊) 성폭력처벌법 제12조(성적목적 공공장소침입죄)에 따르면 대상판례의 음식점이나 술집 화장실 등 상가건물에 설치된 화장실은 관련법상 공중화장실 등에 해당하지 않아 그 화장실 안을 몰래 훑쳐보아도 카메라 등으로 촬영하지 않는 한 처벌할 수 없다는 문제가 발생하게 된다.

개정 성폭력처벌법 제12조(성적목적 다중이용장소침입죄)에 따르면 대상판례의 음식점이나 술집 화장실 등 상가건물에 설치된 화장실은 불특정 다수가 이용하는 다중이용장소에 해당하므로 본죄로 처벌할 수 있게 된다.

또한 개정 성폭력처벌법 제12조(성적목적 다중이용장소침입죄)로 대상판례의 사안은 물론 대부분의 사안을 규율할 수 있으리라 판단되며, 특별히 성적 목적 등의 입증이 어려운 경우를 대비하여 주거침입죄를 적용하는 방식은 지양해야 할 것이다.

개정 성폭력처벌법 제12조에 규정된 불특정 다수의 의미를 불특정 또는 다수

56) 이는 주거침입이 성립할 수 없는 경우라 하더라도 '성적 욕망을 만족시킬 목적으로 들어간 경우는 처벌한다는 취지이다. 따라서 일반적 출입허가가 있는 장소에 범죄목적으로 들어간 경우 주거침입의 성립을 인정하는 판례논리와 맥을 같이하는 것이라는 견해로 조성훈, 앞의 논문, 324면.

57) 본죄의 최초개정안인 윤호중의원안(의안번호 939, 2012.7.30. 발의)에서도 '성폭력처벌법에는 화장실 등 공공장소에 몰래 들어가 성적 욕망을 충족하기 위해 이성의 신체를 훑쳐보거나 소리를 엿듣는 등의 변태적 행동을 처벌할 명확한 법적 근거가 없어 형법 제319조 제1항에 따른 주거침입의 혐의를 적용하거나 죄를 물을 수 없는 경우가 발생한다. 이는 명백히 피해자의 성적 수치심을 유발하는 행위이므로 처벌의 타당한 법적 근거를 마련하고자 함'이라고 개정이유를 밝히고 있다. 국회의안정보시스템(<http://likms.assembly.go.kr/bill/main.do>) 참조.

와 동일하게 새길 수도 있으나, 본죄가 비신분범인 점과 침입행위자의 다소를 불문한다는 점 그리고 그동안 축적된 ‘불특정이면 수의 다소를 불문하고, 다수인인 경우에는 특정되어도 상관이 없다.’는 판례와 학설의 해석을 고려해 볼 때 ‘불특정 또는 다수’라고 규정하는 것이 논란의 소지를 줄일 수 있다고 생각한다.

향후 본죄의 구성요건 중 ‘불특정 다수’가 이용하는 다중이용장소를 ‘불특정 또는 다수’가 이용하는 다중이용장소로 개정하는 방안도 논의할 필요가 있다고 본다.

투고일 : 2017.11.30 / 심사완료일 : 2017.12.12 / 게재확정일 : 2017.12.18

[참고문헌]

- 김영철·조현욱, “성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체부위 해당여부 판단기준 - 대법원 2014.7.24. 선고 2014도6309 판결 -”, 법학연구 제57권 제3호, 부산대학교 법학연구소, 2016.
- 박재운(편집대표), 「제4판 주석 형법각칙(IV) §§269~312」, 한국사법행정학회, 2006.
- 서효원, “성적 목적을 위한 공공장소 침입행위 관련 「성폭력 범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제12조 개정 검토”, 「형사법의 신동향」 제53호, 대검찰청, 2016.
- 안경옥, “명예훼손죄의 ‘공연성’ 해석의 재검토”, 「법조」 제575호, 법조협회, 2004.
- 오영근, “2015년도 형법판례 회고”, 「형사판례연구」 제24권, 한국형사판례연구회, 2016.
- 이강민, “성폭력범죄 처벌규정의 체계적 정비방안”, 「이화여자대학교법학논집」 제21권 제4호, 이화여자대학교 법학연구소, 2017.
- 이덕인, “형법과 형사특별법상 성범죄 처벌규정에 대한 비판적 고찰”, 「경찰연구논집」 제8호, 이실학회, 2011.
- 이원상, “형법상 강제추행죄의 역할 - 대법원 2015.4.23. 선고 2014도16129 판결 -”, 「형사판례연구」 제25권, 한국형사판례연구회, 2017.
- 이정원, “공중화장실 용변칸 침입과 주거침입죄의 성립여부 - 대법원 2003.5.30. 2003도1256 -”, 「영남법학」 제28호, 영남대학교 법학연구소, 2009.
- _____, “현행법의 체계에서 성폭력범죄의 구조와 문제점 : 강간과 추행의 죄를 중심으로”, 「중앙대학교 법학논문집」 제39집 제1호, 중앙대학교 법학연구원, 2015.
- 이주원, 「제4판 특별형법」, 홍문사, 2016.
- 임 응, 「형법각론[제7정판]」, 법문사, 2016.
- 임희진, “성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법의 검토”, 「이화젠더법학」 제5권 제2호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2013.
- 정훈진·박광섭, “성폭력범죄 관련 법률의 문제점과 개선방안”, 「법학연구」 제24권 제2호, 충남대학교 법학연구소, 2013.
- 조성훈, “주거침입과 정보통신망침입 : 보호법익과 ‘침입’의 해석론을 중심으로”, 「선진상사법률연구」 통권 제80호, 법무부, 2017.
- 조현욱, “명예훼손죄에 있어서 공연성의 의미와 판단기준 - 대법원 2008.2.14. 선고 2007도8155 판결 -”, 「법학연구」 제32집, 한국법학회, 2008.
- _____, 「형법각론강의(I)」, 진원사, 2008.

검찰연감DB(<http://prosec.crimestats.or.kr/main/index.k2?cmd=main>), 2017.10.16. 방문.

국회의안정보시스템(<http://likms.assembly.go.kr/bill/main.do>), 2017.10.19. 방문.

한국타임즈, “행정안전부, 공중화장실 등에 관한 법률 시행령 개정”, 2017.11.15.,

(<http://www.hktimes.kr/read.php3?aid=151069920097079003>), 2017.12.17. 방문.

[국문초록]

성적 목적 다중이용장소 침입죄상 다중이용장소의 범위
- 대법원 2015. 4. 9. 선고 2015도114 판결;
대법원 2016. 8. 24. 선고 2016도8272 판결 -

조 현 옥*

구(舊) 성폭력처벌법 제12조(성적목적 공공장소침입죄)의 적용에 있어 가장 중요한 판단요소는 관련법에서 규정하고 있는 공중화장실 등의 공공장소이다. 즉, 어떤 화장실이 관련법에서 규정하고 있는 공중화장실 등에 해당되는지가 문제된다.

개정 성폭력처벌법 제12조(성적목적 다중이용장소침입죄)의 적용에 있어 가장 중요한 판단요소도 역시 불특정 다수가 이용하는 화장실 등의 다중이용장소이다. 즉, 어떤 화장실이 불특정 다수가 이용하는 다중이용장소에 해당되는지가 문제된다. 따라서 구(舊) 성폭력처벌법 제12조(성적목적 공공장소침입죄)에 따르면 대상판례의 음식점이나 술집 화장실 등 상가건물에 설치된 화장실은 관련법상 공중화장실 등에 해당하지 않아 그 화장실 안을 몰래 훑쳐보아도 카메라 등으로 촬영하지 않는 한 처벌할 수 없다는 문제가 발생하게 된다.

개정 성폭력처벌법 제12조(성적목적 다중이용장소침입죄)에 따르면 대상판례의 음식점이나 술집 화장실 등 상가건물에 설치된 화장실은 불특정 다수가 이용하는 다중이용장소에 해당하므로 본죄로 처벌할 수 있게 된다.

앞으로 개정 성폭력처벌법 제12조(성적목적 다중이용장소침입죄)으로 대상판례의 사안은 물론 대부분의 사안을 규율할 수 있으리라 판단되며, 특별히 성적 목적 등의 입증이 어려운 경우를 대비하여 주거침입죄를 적용하는 방식은 지양해야 할 것이다.

개정 성폭력처벌법 제12조에 규정된 불특정 다수의 의미를 불특정 또는 다수와 동일하게 새길 수도 있으나, 본죄가 비신분범인 점과 침입행위자의 다소를 불문한다는 점 그리고 그동안 축적된 ‘불특정이면 수의 다소를 불문하고, 다수

* 건국대학교 법학연구소 학술연구교수, 법학박사

인인 경우에는 특정되어도 상관이 없다.’는 판례와 학설의 해석을 고려해 볼 때 ‘불특정 또는 다수’라고 규정하는 것이 논란의 소지를 줄일 수 있다고 생각한다.

향후 본죄의 구성요건 중 ‘불특정 다수’가 이용하는 다중이용장소를 ‘불특정 또는 다수’가 이용하는 다중이용장소로 개정하는 방안도 논의할 필요가 있다고 본다.

주제어 : 성적 목적, 불특정 다수, 불특정 다수가 이용하는 화장실, 다중이용장소, 다중이용장소 침입, 퇴거불응

[Abstract]

The range of place where multiple uses in crime of Intrusion upon
Places where multiple uses with Intent to Satisfy Sexual Urges

- Supreme Court Decision 2015Do114 Decided April 9, 2015;
2016Do8272 Decided August 24, 2016 -

Cho, Hyun Wook*

According to configuration requirement of old Article 12(Intrusion upon Public Places with Intent to Satisfy Sexual Urges) of ACT ON SPECIAL CASES CONCERNING THE PUNISHMENT, ETC. OF SEXUAL CRIMES, if a user steals a toilet in a mall such as a bar or a restaurant, it can not be punished unless it is photographed with a camera or the like.

It is clearly shown in Supreme Court Decision 2015Do114 Decided April 9, 2015 and 2016Do8272 Decided August 24, 2016.

But according to the configuration requirement of newly revised Article 12(Intrusion upon Places where multiple uses with Intent to Satisfy Sexual Urges) of ACT ON SPECIAL CASES CONCERNING THE PUNISHMENT, ETC. OF SEXUAL CRIMES, it can be punished by imprisonment for not more than one year or by a fine not exceeding three million won.

It is a measure to punish for the crime of Article 319 (Intrusion upon Habitation) of Criminal Act.

In the future, the newly revised Article 12(Intrusion upon Places where multiple uses with Intent to Satisfy Sexual Urges) of ACT ON SPECIAL CASES CONCERNING THE PUNISHMENT, ETC. OF SEXUAL CRIMES is judged to be able to discipline most cases as well as the case of the Supreme Court Decision 2015Do114 Decided April 9, 2015 and 2016Do8272 Decided August 24, 2016.

* Professor, Konkuk University Institute of Legal Studies

Especially, in case that it is difficult to prove the sexual desire, it is necessary to avoid the method of applying the crime of Intrusion upon Habitation.

The meaning of the unspecified number of people as defined in Article 12 may be indefinitely or equally authentic, but considering the interpretation of legal scholars and precedents, I think that it is possible to reduce the possibility of controversy by specifying “unspecific or multiple.”

It is necessary to discuss which is the better between the ‘unspecified number of people’ and ‘unspecified or multiple’.

Key words : sexual desire, an unspecified number of people, toilets used by many unspecified people, place where multiple uses, intrusion upon place where multiple uses, refusal to leave

