

주거침입죄에 있어서의 ‘침입’행위의 의미*

- 공동거주자의 허락이 대립하는 경우와 관련해서 -

Understanding the Meaning of ‘Breaking’ into a Residence under Article 319 (1) of the *Korean Penal Code*

김 성 규**
Kim, Seong-Gyu

목 차

- | | |
|---|------------------------------------|
| I. 서설 | III. <주거권설>에 있어서의 ‘침입’의 개념 |
| II. 공동거주자의 허락이 대립하는 경우에
있어서의 주거침입죄의 성립여부에
관한 논의 | IV. <평온설>에 있어서의 ‘침입’의 개념
V. 맺음말 |

「형법」 제319조 제1항은 사람의 주거 등에 침입하는 행위를 주거침입죄로 처벌하고 있다. 대법원은, 주거침입죄에 있어서의 보호법익이 사실상의 주거의 평온이라는 점을 분명히 하고 있다. 학설상으로는, 주거침입죄를 그와 같이 사실상의 주거의 평온에 대한 침해로 파악하는 입장이 있는가 하면, 그와는 달리 주거침입죄에 있어서의 보호법익을 법적 개념으로서의 주거권으로 파악하는 입장도 있다. 그와 같은 견해의 차이는, 주거침입죄를 구성하는 행위로서의 침입의 의미, 특히 복수의 주거인 가운데 일부만의 동의를 얻어서 주거에 들어가는 경우도 (공동)주거인 등의 의사(意思)에 반하는 것으로서 침입에 해당되는 것인지에 관해 의미를 가진다고 생각된다. 본 논문은, 거주자의 허락이 대립되는 경우, 즉 공동거주자 가운데 주거에의 출입을 허락하는 자와 허락하지 않는 자가 존재하는 경우를 어떻

DOI: 10.35148/ilsilr.2020..45.89

투고일: 2020. 1. 9. / 심사외탈일: 2020. 1. 28. / 게재확정일: 2020. 2. 6.

* 이 연구는 2019학년도 한국외국어대학교 교내학술연구비 지원으로 이루어진 것이다.

** 한국외국어대학교 법학전문대학원 교수

Dr.jur., Professor at Hankuk University of Foreign Studies Law School in Seoul

게 취급할 것인지의 문제와 관련해서, 주거침입죄를 구성하는 행위로서의 침입의 의미를 이해하는 데에 있어서는 거주자의 의사(意思)뿐만 아니라 출입의 목적 내지 태양(態樣) 등도 아울러 고려할 필요가 있는 점을 제시한다.

[주제어] 주거침입죄, 보호법익, 주거의 평온, 주거권, 「형법」 제319조 제1항

I. 서설

「형법」 제319조 제1항은 주거침입에 관해 “사람의 주거, 관리하는 건조물, 선박이나 항공기 또는 점유하는 방실에 침입한 자”를 3년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다. 그 해석론으로서, 한편으로는, 행위객체로서의 ‘주거’ 등의 의미가 문제되고,¹⁾ 다른 한편으로는, 실행행위로서의 ‘침입’의 의미가 문제된다.²⁾ 그 어느 것이나 보호법익과의 관계에서 논해질 필요가 있다고 본다. 형법의 해석에 있어서 법익은, 그 보호에 주목하는 목적론적 해석 하에서 종종 확장해석의 근거로서 기능하기도 하지만, 불법의 실질을 이루는 그 침해 내지 위태화에 향해진 행위만이 범죄를 구성하는 것이라고 보는 입장을 견지하는 경우에는 가벌성의 범위를 한정하는 기능도 가지고 있다고 생각된다. 주거침입죄를 구성하는 행위로서의 ‘침입’이란 주거인 등의 의사(意思)에 반해서 주거 등에 들어가는 것을 말한다고 보는 것이 일반적인데, 범죄를 구성하는 행위로서의 실행행위의 개념을 “범죄구성요건의 실현에 이르는 현실적 위험성을 포함하는 행위”,³⁾ 따라서 - 보호법익과의 관계에서는 - 법익의 침해 내지 위태화를 현실적으로 가능하게 하는 행위로 이해한다면, 주거침입죄에 있어서의 보호법익을 ‘사실상 주거의 평온’으로 보는 한에서는 그 구성요건적 행위로서의 침입이란 ‘사실상 주거의 평온’을

1) 류전철, “주거침입죄의 해석론과 적용상의 문제점”, 법학논총 제30권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2011, 87쪽 이하; 박혜진, “주거침입죄의 제한적 해석을 위한 비판적 고찰”, 고려법학 제61호, 고려대학교 법학연구원, 2011, 365쪽 이하; 이수현, “공동관리 사용하는 공간에 대한 주거침입죄의 성립여부와 주거침입죄의 규범의 보호목적”, 법학연구 제32집, 전북대학교 법학연구소, 2011, 87쪽 이하; 임상규, “주거침입죄에 관한 대법원의 주요판례와 그 해석 및 입법론적 보완책”, 법학논고 제34집, 경북대학교 법학연구소, 2010, 348쪽 이하; 홍승희, “공동주택의 공용공간에 대한 주거침입죄의 해석”, 형사판례연구 제21호, 한국형사판례연구회, 2013, 175쪽 이하 등.

2) 류전철, 앞의 논문, 90쪽 이하; 박혜진, 앞의 논문, 373쪽 이하; 김경락, “주거침입죄의 침입의 의미 - 보호법익과 ‘의사에 반하여’에 대한 해석을 중심으로 -”, 법학논총 제38권 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2018, 141쪽 이하 등.

3) 대법원 2008. 4. 10. 선고 2008도1464 판결 등.

침해할 현실적 위험성을 지닌 행위를 말한다고 볼 수 있을 것이다. 이와 관련해서는 대체로 두 가지의 논점이 있다고 생각된다. 하나는, 출입의 목적에 관해 주거인 등을 기망해서 그 동의를 받아 주거 등에 들어가거나 혹은 출입이 일반적으로 허용되어 있는 장소에 출입의 진정한 목적을 숨기고서 들어가는 경우도 주거인 등의 의사(意思)에 반하는 것으로서 침입에 해당되는 것인이다. 그 경우에는 특히 출입의 목적이 주거인 등의 이익에 반하는 것인 때(주로 범죄를 목적으로 하는 것인 때)가 논의의 대상이 된다. 다른 하나는, 복수의 주거인 등 가운데 일부만의 동의를 얻어서 주거 등에 들어가는 경우도 (공동)주거인 등의 의사(意思)에 반하는 것으로서 침입에 해당되는 것인이다. 전자(前者)에 있어서는 피해자의 승낙에 관한 법리 및 그것과는 구별되는 개념으로서의 양해(諒解)의 법적 성격이 본질적으로 문제되는 한편, 후자(後者)는 주거침입죄를 구성하는 행위로서의 침입의 개념 그 자체에 관한 문제로 이해될 수 있다고 본다. 이하에서는 후자(後者)에 관해 살펴보고자 한다.

II. 공동거주자의 허락이 대립하는 경우에 있어서의 주거침입죄의 성립여부에 관한 논의

1. <주거권설> vs. <평온설>

주거침입죄에 있어서의 보호법익에 관해서는 대체로 <주거권설>과 <평온설>이 대립하고 있다고 생각된다.⁴⁾ <주거권설>은 주거침입죄에 있어서의 보호법익을 (법적 개념으로서의) ‘주거권’으로 파악하는 것이고, <평온설>은 그것을 ‘사실상의 주거의 평온’으로 파악하는 것이다. 전자(前者)는, 일찍이는 가장(家長)(호주(戶主))의 주거권을 그 보호법익으로 보는 입장(<구(舊)주거권설>)으로서 제시되었지만, 현재로서는, 주거권자를 가장(家長)에 한정하지 않고 “주거에의 출입과 그 체재를 결정할 권리가 있는 사람”(“주거에 거주함으로써 그 장소에 대하여 privacy의 이익을 가진 사람”)⁵⁾으로 보는 것이다(<신

4) <주거권설>과 <평온설> 외에도, 양자(兩者)를 결합·절충하는 사고방식(<결합설> 또는 <절충설>) 및 사적(私的) 공간과 공중(公衆)에게 개방된 장소를 구분해서 그 보호법익을 개별화하는 사고방식(<구분설> 또는 <개별화설>)이 있다.

5) 이재상, 형법각론(제9판), 2013, 239쪽.

(新)주거권설>).

일본에서는 <구(舊)주거권설>이 부정되면서 <평온설>이 등장했다고 볼 수 있다.⁶⁾ <평온설>은, 봉건적 가족관에 기초해서 가장(家長)만이 주거에의 출입에 대한 허락권을 가진다고 보는 <구(舊)주거권설>의 불합리성을 시정하고 헌법적 가치관 - 주거의 불가침성 내지 프라이버시의 권리 - 에 상응하는 이론을 구성하고자 한 것이다. 그런데 <평온설>은, 주거침입죄에 있어서의 보호법익이 개인의 프라이버시 그 자체가 아니라 이를 보호하기 위한 사실적 장치로서의 주거의 안전 내지 평온이라는 점에서,⁷⁾ 그 보호법익을 법적인 권리가 아니라 사실상의 주거의 평온으로 파악하는 것이며, 주거에 관해서는 그곳에서 공동생활을 영위하는 자 전원이 그 평온을 외부로부터의 침해로부터 보호받을 이익을 가진다고 보는 것이다. 그런데 <평온설>이 등장한 후에도 주거권이라는 개념 자체가 부정된 것은 아니며 <평온설>을 비판하는 형식으로 <신(新)주거권설>이 주장된 것이다. <신(新)주거권설>은 주거권을 보호법익으로 파악하면서도 주거에 거주하는 자가 평등하게 이를 공유한다는 사고방식으로서, 프라이버시권 내지 자기결정권을 중시하는 경향을 주거침입죄에 있어서의 보호법익을 이해하는 데에 반영시킨 것이라고 할 수 있다.

독일의 「형법전(Strafgesetzbuch)」은 주거침입죄(Hausfriedensbruch)를 ‘공공의 질서에 대한 죄(Straftaten gegen die öffentliche Ordnung)’⁸⁾ 가운데에 두고 있다. 그 점에서는 주거침입죄가 사회적 법익에 대한 죄의 일종으로 생각될 여지가 있지만, 주거침입죄에 있어서의 보호법익은 개인적 법익으로서의 주거권(Hausrecht)으로 이해되는 것이 일반적이다.⁹⁾ 주거권은 개인의 자유(persönliche Freiheit) 또는 점유(Besitz)의 권리와 유사한 것으로 이해되기도 하는데,¹⁰⁾ 그 배경에는, 주거침입죄가 어디까지나 개인적 법익에 대한 죄인 점을 분명히 하려는 인식이 있었다.¹¹⁾ 현재로서는, 주거권을 “공간적으로 보호된 영역을 사실상 자유로이 지배할 법적 권한의 총체”로 파악하는 견해¹²⁾도 있고, 그와

6) 문채규, “주거침입죄의 보호법익 - ‘사실상 평온설’의 정립을 위하여 -”, 비교형사법연구 제12권 제2호, 한국비교형사법학회, 2010, 60쪽 이하 참조.

7) 鈴木晃, “住居侵入罪の保護法益について”, 中京法学 第47卷 第3-4号, 中京大学法学部, 2013, 300頁.

8) 독일 「형법전(Strafgesetzbuch)」 각칙 제7장.

9) Detlev Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 29. Auflage, Verlag C.H. Beck, 2014, § 123 Rdn.1.

10) Hans Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Auflage, Walter de Gruyter und Co, 1969, p. 332.

11) Jürgen Schäfer, in: Wolfgang Joecks & Klaus Miebach (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 3, 3. Auflage, Verlag C.H. Beck, 2017, § 123 Rdn.1 참조.

같이 포괄적이고 적극적인 의미에서의 권리가 아니라 오로지 소극적인 의미에서의, 타인으로부터 방해받지 않을 권리로 파악하는 견해¹³⁾도 있는 것처럼, 그 구체적인 내용에 관해서는 견해의 차이가 있는데, 대체로 말하면, 주거권을 개인의 자유 또는 점유의 권리와는 구별되는 (특수한 형태의) 개인적 법익으로 보는 것이며, 그 실질을 사적(私的) 영역에 관한 자유¹⁴⁾ 내지 안전¹⁵⁾에서 찾는 것이라고 생각된다.

2. 거주자의 허락이 대립되는 경우에 관한 사고방식의 차이 – ‘남편의 부재중 간통의 목적으로 처의 승낙 하에 주거에 들어간 경우’에 있어서의 주거침입죄의 성립여부

<주거권설>과 <평온설>의 대립은 침입의 개념에 관해서도 의미를 가진다고 생각되는데, 거주자의 허락이 대립되는 경우, 즉 공동거주자 가운데에 주거에의 출입을 허락하는 자와 허락하지 않는 자가 존재하는 경우를 어떻게 취급할 것인지에 관해서는, 그와 같은 사고방식의 차이가 반드시 결정적이지는 않은 것처럼 보인다.¹⁶⁾ 즉, ‘남편의 부재중 간통의 목적으로 처의 승낙 하에 주거에 들어간 경우’에 있어서의 주거침입죄의 성립여부에 관해, <평온설>을 취하는 입장 가운데에는, “행위불법은 행위 그 자체로서 평가되어야지 목적의 적법 여부로부터 영향을 받아서는 안 된다. 그런 목적을 알았다라면 다른 일방이 승낙하지 않았을 것이라는 논리는 사후적으로 처벌구실을 찾기 위한 억지논리에 지나지 않는다. 누구든 어느 한 사람의 승낙만 있으면 주거의 사실상 평온이 침해되었다고 보기는 어렵다.”¹⁷⁾고 하거나, “남편이 ‘부재 중’인 한, 남편 개인의 주거의 ‘사실상’의 평온이 깨어질 이유가 없으므로 침입행위라고 하기 어렵고, 따라서 주거침입죄의 성립을 부정함이 타당하다.”¹⁸⁾고 하는 것과 같이, 주거침입죄의 성립을 부정하는 견해가 유력

12) Heribert Tröndle & Thomas Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 54. Auflage, 2007, p. 846.

13) Detlev Sternberg-Lieben, op. cit., § 123 Rdn.1.

14) Hans Welzel, op. cit., p. 332; Hans Lilie, in: Heinrich Wilhelm Laufhütte, Ruth Rissing-van Saan & Klaus Tiedemann (Hrsg.), *Strafgesetzbuch: Leipziger Kommentar*, Grosskommentar, Band 5, 12. Auflage, Walter de Gruyter, 2006, § 123 Rdn1 참조.

15) Knut Amelung, “Der Hausfriedensbruch als Mißachtung physisch gesicherter Territorialität”, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Walter de Gruyter und Co, 1986, p. 403 참조.

16) 강용현, “주거침입죄의 범의와 기수시기”, 형사판례연구 [4], 한국형사판례연구회, 1996, 230쪽; 문채규, 앞의 논문, 55쪽 이하 참조.

17) 배종대, 형법각론(제10정판), 홍문사, 2018, 233쪽 이하.

18) 임웅, 형법각론(제10정판), 법문사, 2019, 296頁(“남편이 집안에 있음에도 불구하고 남편모르게 처의 양해하에

하지만, 그와는 달리, “공동주거자의 추정적 의사에 반하므로 주거침입죄가 성립한다”¹⁹⁾고 보는 입장²⁰⁾도 있다. 후자(後者)는, 복수(複數)의 주거권자 가운데 일부만의 동의를 얻어서 주거에 들어간 경우에 관해, 주거의 평온에 대한 침해와의 관계에서 주거침입죄의 성립여부를 논한 것이라기보다는 (공동)주거인의 의사(意思)에 반하는 점에 기초해서 주거침입죄의 성립을 긍정한 것이라고 생각된다. 한편, <주거권설>을 취하는 입장 가운데에는, “주거침입죄의 성립에는 주거권자가 현존함을 요하지 않고, 주거에 수인이 거주하는 때에는 다른 사람의 주거권도 보호되어야 하므로 [남편의 부재중 간통의 목적으로 처의 승낙 하에 주거에 들어간] 경우에도 [주거침입]죄는 성립한다”²¹⁾고 보는 입장이 있는가 하면, “부부 가운데 어느 누구도 일방의 의사를 무시하고 일방적·자의적으로 주거권을 행사할 수 없다. (...) 부부 중 일방의 허락의사가 기대될 수 없음에도 불구하고 타인의 주거 내 출입을 허락할 수는 없다”²²⁾고 보는 입장도 있다.

대법원은, 주거침입죄에 있어서의 보호법익이 법적 개념으로서의 주거권이 아니라 사적(私的) 생활관계에 있어서의 사실상 주거의 자유와 평온이라는 점을 분명히 함으로써, 주거침입죄에 있어서의 보호법익에 관해 <주거권설>을 부정하고 <평온설>을 채용하고 있으며,²³⁾ 그 점을 전제로 해서, 복수(複數)의 주거권자 가운데 1인의 승낙이 다른 거주자의 의사(意思)에 직접·간접으로 반하는 때에는 그 승낙에 의한 주거에의 출입은 다른 거주자의 주거의 평온을 해하는 것이 된다고 보았다.²⁴⁾ 그와 같은 관점에서 대법원은, ‘남편의 부재중 간통의 목적으로 처의 승낙 하에 주거에 들어간 경우’에 관해서도, 남편의 주거에 대한 지배·관리관계는 그 부재중에도 여전히 존속하는 점 및 사회통념상

간통의 목적으로 들어간 경우에는 남편의 주거의 사실상의 평온이 침해된 것으로서 침입행위라고 보아야 하고, 따라서 주거침입죄의 성립을 긍정함이 타당하다”고 한다).

19) 김성돈, 형법각론(제2판), 성균관대학교 출판부, 2009, 241쪽.

20) 손동권/김재윤, 새로운 형법각론, 율곡, 2013, 258쪽.

21) 이재상, 앞의 책, 240쪽.

22) 박상기, 형법강의, 법문사, 2010, 566쪽.

23) 대법원 1984. 6. 26. 선고 83도685 판결(“형법상 주거침입죄의 보호법익은 주거권이라는 법적 개념이 아니고 사적 생활관계에 있어서의 사실상 주거의 자유와 평온으로서 (...)”). 또한, 대법원 1983. 3. 8. 선고 82도1363 판결; 대법원 1984. 4. 24. 선고 83도1429 판결; 대법원 1985. 3. 26. 선고 85도122 판결; 대법원 1987. 11. 10. 선고 87도1760 판결; 대법원 1995. 9. 15. 선고 94도2561 판결; 대법원 1995. 9. 15. 선고 94도3336 판결; 대법원 2001. 4. 24. 선고 2001도1092 판결; 대법원 2007. 3. 15. 선고 2006도7044 판결; 대법원 2007. 7. 27. 선고 2006도3137 판결; 대법원 2007. 8. 23. 선고 2007도2595 판결; 대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도6990 판결; 대법원 2008. 5. 8. 선고 2007도11322 판결; 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009도14643 판결 등.

24) 대법원 1984. 6. 26. 선고 83도685 판결.

간통의 목적으로 주거에 들어오는 것은 남편의 의사(意思)에 반한다고 볼 수 있는 점에서, 설사 처의 승낙이 있었더라도 남편이 누리는 사실상의 주거의 평온은 깨어졌다고 할 것이어서 주거침입죄가 성립한다고 보았다.²⁵⁾ 그런데 앞서 살펴본 바와 같이, <평온설>을 취하는 입장 가운데에는 그와 같은 경우에 주거의 사실상의 평온이 침해되었다고 보기는 어렵다는 견해가 우세하다. 또한, 주거의 평온이 어디까지나 ‘사실상’의 그것을 가리키는 점에서 보면, 거주자가 외출함으로써 그가 누리는 평온이 ‘사실상’으로는 주거 내에 존재하지 않게 되므로, 대법원이 <평온설>을 채용하면서 부재중인 거주자의 사실상의 주거의 평온을 전제로 해서 주거침입죄의 성립을 인정한 것은 타당하지 않고, 그와 같은 결론은 <주거권설>의 관점에서 - 남편의 주거권은 그 부재중에도 여전히 존속하는 점에서 - 도출될 수 있는 것이라는 점도 지적된다.²⁶⁾

일본의 판례 가운데에도 일찍이, ‘남편의 부재중에 처의 승낙을 얻어 간통의 목적으로 그 집에 들어간 것’에 관해, 주거권자인 남편의 승낙이 없으면 처의 승낙은 무효라고 보아 주거침입죄의 성립을 긍정한 것이 있다.²⁷⁾ 그런데 이는, 주거침입죄의 본질이 타인의 ‘주거권’을 침해하는 것이라는 점을 전제로 한 것으로서, 주거침입죄의 보호법익에 관해 <주거권설>을 채용한 것이었다. 즉, 타인이 주거에 들어가는 것에 대해 주거권자의 승낙이 없거나 그 승낙이 통상적으로 추측될 수 없는 한에서는 그 가족이나 고용인(雇傭人)의 승낙만으로는 주거침입죄의 성립이 부정되지 않는다고 본 것이었다. 그와 같이 당시의 <주거권설>은 오로지 가장(家長)만이 주거권을 향유한다고 본 것이었다(<구(舊) 주거권설>). 그 점이 헌법적 관점에서 비판의 대상이 되면서,²⁸⁾ 일본의 최고재판소는,

25) 대법원 1984. 6. 26. 선고 83도685 판결. 일찍이는, [대법원 1969. 9. 23. 선고 1969도1130 판결]도 “被告人이 甲의 住居에 들어갈 때 甲의 妻 乙의 承諾을 얻어 들어간 경우라 할지라도 甲은 그의 妻 乙과 不倫關係를 맺고 있는 被告人이 住居에 들어오는 것을 容認하는 意思를 가지고 있지 않았다고 推測하는 것이 相當하므로 被告人이 甲의 住居에 侵入한 것으로 인정한 것은 正當하다”고 보았다(유기천, 형법학[각론강의], 전정신판, 법문사, 2012(영인본), 160쪽).

26) 김경락, “부재중인 거주자의 의사에 반하여 주거에 들어가는 행위에 대한 주거침입죄의 성립 여부 - 주거의 사실상의 평온설의 관점에서 판단한 대법원의 입장에 대한 비판적 검토 -”, 형사법연구 제22권 제3호, 한국형사판례연구회, 2010, 349쪽 이하.

27) 大審院 1918년 12월 6일의 판결(大審院事判決錄, 第24輯, 506頁).

28) 이른바 <구(舊)주거권설>은 봉건적 가족관에 기초해서 가장(家長)의 주거권을 인정하는 사고방식으로서, 가장(家長)만을 주거권자로서 인정하고, 그 승낙이 없는 경우는 모두 주거침입죄를 구성한다고 보는 것이다. 그런데 전후(戰後)의 일본 헌법, 따라서 일본의 현행 헌법 하에서는, 주거에 평온하게 거주하고 타인의 출입을 거부할 자유는 가장(家長)에게만 있는 것이 아니라 주거에 거주하는 자 모두에게 인정된다고 보는 것이 합리적이라고 인식되었다(須之内克彦, “住居侵入罪に関する一考察”, 愛媛法学会雑誌 第15卷 第34号, 愛媛大学法学会, 1989, 7頁).

명시적으로 판례의 변경을 선언하지는 않았지만, <평온설>을 채용한 것으로 풀이될 수 있는 입장²⁹⁾을 취하게 되었다.³⁰⁾ 특히, 하급심 판결 가운데에는, “주거침입죄에 있어서의 보호법익은 ‘주거권’이라고 하는 법적인 권리가 아니라 사실상의 주거의 평온이므로, 남편의 부재중에 주거인인 처의 승낙을 얻어 평온하게 그 주거에 들어가는 행위는, 설사 간통을 목적으로 한 것이더라도, 주거침입죄에 있어서의 보호법익인 사실상의 주거의 평온을 해하는 태양으로서의 출입이라고는 할 수 없기 때문에, 주거침입죄를 구성하지 않는다”³¹⁾고 본 것이 있다.

대법원은 주거침입죄에 있어서의 보호법익에 관해 <평온설>을 채용하면서, ‘복수(複數)의 거주자 가운데 1인의 승낙이 있었더라도 다른 (공동)거주자의 의사(意思)에 반해서 주거에 출입한 경우’에는 ‘주거의 사실상의 평온’이 침해된 점에서 주거침입죄의 성립을 인정하고 있다. 그런데 대법원이 그와 같은 경우에 주거의 평온이 침해되었다고 본 것은 그 출입이 다른 (공동)거주자의 ‘의사(意思)에 반하는’ 것이었던 점에서라고 생각된다. 즉, 궁극적으로는 주거의 사실상의 평온을 보호하고 있는 것이라고 해도, 일차적으로는 출입에 관한 (공동)거주자의 ‘의사(意思)’, 바꾸어 말하면 그 ‘허락권’을 보호하고 있는 것이고, 이를 통해 주거의 평온을 보호하고 있는 것이라고 풀이될 여지도 있다고 본다.

III. <주거권설>에 있어서의 ‘침입’의 개념

1. 주거권의 내용으로서의 허락권

주거권이란 “주거 또는 기타 건조물을 관리하는 권리의 일내용으로서, 타인의 출입을 인정할 것인지 말 것인지의 자유”³²⁾를 말한다고 보는 입장³³⁾에서는, 주거침입죄를 처벌하는 규정이 거주자의 허락권을 보호하는 것이라고 파악하게 된다. 그와 같은 입장은,

29) 예컨대, 最高裁判所 1953년 5월 14일의 결정(最高裁判所刑事判例集, 第7卷 第5号, 1042頁); 最高裁判所 1974년 5월 31일의 판결(最高裁判所裁判集刑事編, 第192号, 571頁); 最高裁判所 1976년 3월 4일의 결정(最高裁判所刑事判例集, 第30卷 第2号, 79頁) 등.

30) 団藤重光, 刑法綱要各論(第3版), 創文社, 1990, 502頁 참조.

31) 尼崎簡易裁判所 1968년 2월 29일의 판결(下級裁判所刑事裁判例集, 第10卷 第2号, 211頁).

32) 平野龍一, 刑法概説, 東京大学出版会, 1977, 182頁 이하.

33) 독일에서도, Jürgen Schäfer, op. cit., § 123 Rdn.2.

주거권의 내용으로서의 허락권이 반드시 민법상의 주거권자나 행정상의 관리권자에게 주어질 필요는 없고, 사실상 주거 등을 관리하고 있는 자에게 주어지면 족하다고 한다. 즉, 허락권이 거주자 전원에게 인정된다고 보는 것이다. 또한, 그와 같은 입장은, <평온설>에 대해, “거주자는, 아무리 평온한 태양의 것이라고 해도, 자신의 주거에 출입하는 것을 허락하지 않을 자유를 가진다. 따라서 평온·공연한 출입이라고 해도 거주자의 의사(意思)에 반하는 것인 경우에는 주거침입죄가 성립한다.”³⁴⁾고 논한다. 그와 같은 사고방식은, 주거침입죄에 있어서는 주거에의 출입을 인정할 것인지 말 것인지의 자유가 보호법익이 된다고 보는 것으로서, 주거 내에서의 실질적 이익은 주거침입죄의 성립 여부에 있어서는 고려되지 않는다고 보는 것이다. 그와 같이 주거침입죄의 성립여부에 관해 주거 내에서의 그 어떤 실질적 이익을 고려하는 것은 적절하지 않다고 보는 입장에서는, 그 실질적 이익이라는 것이 다양하기 때문에 한정불가능하며, 따라서 이를 보호법익으로서 고려하게 되면 주거침입죄의 성격이 극히 막연한 것이 된다고 한다.³⁵⁾ 그런데 주거침입죄의 성립여부에 관해 주거 내에서의 실질적 이익을 도외시키고 출입에 대한 허락의 자유 내지 허락권만을 그 보호법익으로 보는 것은 - 따라서 허락 없이 출입하면 주거침입죄가 성립한다고 보는 것은 - 주거침입죄를 단지 의사(意思)의 자유를 침해하는 범죄의 일종으로 보는 것이라고 생각될 여지가 있으며, 그와 같이 보는 것이 오히려 보호법익의 내용을 애매하게 만드는 것이 아닐까 생각된다. 즉, 예컨대 절도죄에 있어서도 의사(意思)의 자유에 대한 침해가 문제되지만 그 자체가 보호법익이라고 해석되지는 않는 것이다.³⁶⁾ 요컨대, 주거침입죄에 있어서의 보호법익을 허락권이라고 보는 것은 주거침입죄를 그 성질에 있어서 여타의 범죄로부터 구별케 하기에는 충분하지 않다는 것이다.³⁷⁾

2. 주거권의 내용으로서의 장소적 지배권 내지 관리권 - <평온설>과의 교차

<주거권설> 가운데에는, 주거침입죄의 성립여부에 관해 주거 내에서의 실질적 이익을 고려할 필요가 있다고 보는 입장이 있다. 주거권은 “형식적으로는, 일정한 장소 내에

34) 平野龍一, “刑法各論の諸問題”, 法学セミナー 第201号, 日本評論社, 1972, 68頁.

35) 山口厚, 問題探求刑法各論, 有斐閣, 1999, 66頁.

36) 嘉門優, “住居侵入罪における侵入概念について—意思侵害説の批判的検討—”, 法学雑誌 第55卷 第1号大阪市立大学法学会, 2008, 166頁.

37) 伊東研祐, 現代社会と刑法各論(第二版), 成文堂, 2002, 130頁.

누구를 출입시키고 머무르게 할 것인지를 결정할 자유 내지 권리이지만, 실질적으로는, 주거나 건조물에 대한 장소적 지배권 내지 관리권³⁸⁾이라고 보는 것이다. 그와 같은 입장에서는, 주거침입죄의 성립여부를 논함에 있어서 거주자 등의 의사(意思)가 중요한 것은 물론이지만 그것(만)을 절대시킬 수는 없다고 한다. 따라서 그와 같은 입장은, 거주자 등의 승낙이 없는 경우에도 주거 등에 대한 장소적 지배권 내지 관리권은 방해되지 않았다고 볼 수 있게 하는 사정이 생각될 수 있다는 것인데, 그 기준으로서 사실상의 주거의 평온을 고려하는 것이라면, 결과적으로는 <평온설>과의 차이는 거의 없다고도 할 수 있다.³⁹⁾ <주거권설> 가운데에는, 주거침입죄는 주거에 있어서의 개인의 생활자유 내지 프라이버시를 침해하거나 위협하게 하는 것으로서, 자유에 대한 죄 내지 인격(프라이버시)에 대한 죄의 일종이라고 보는 입장⁴⁰⁾도 있다. 그와 같은 사고방식도 <평온설>과의 접점을 가지는 것이다.⁴¹⁾

3. ‘침입’의 개념에 관한 사고방식으로서의 <의사침해설>

일본에서는 <신(新)주거권설>이 유력하게 주장되면서 판례의 입장에도 변화가 생겼다. 즉, 피고인들이 임금인상투쟁의 일환으로서 우체국 건물 내에 다수의 전단지를 붙일 목적으로, 그 관리권자인 국장의 사전 양해를 얻지 않고 들어간 사안에 관해, “[주거침입죄에서 말하는] ‘침입’이란 타인이 간수하는 건조물 등에 관리권자의 의사(意思)에 반해서 들어가는 것을 말한다고 해석해야 할 것이므로, 관리권자가 사전에 출입거부의 의사(意思)를 적극적으로 명시하지 않은 경우에도, 그 건조물의 성질·사용목적·관리상황

38) 山中敬一, 刑法各論(第2版), 成文堂, 2009, 160頁 이하. 또한, 박상기, 앞의 책, 562쪽도, “주거침입죄는 마치 절도죄가 타인으로부터 소유권자를 보호하듯이 타인으로부터 자기의 주거공간을 침해받지 않아야 한다는 법적 지위를 보호하기 위한 것이라고 볼 수 있다. 다시 말해 사람의 주거 중의 장소를 관리하고 지배할 수 있는 권리를 의미한다”고 한다.

39) 유기천, 앞의 책, 160쪽은, 주거침입죄에 있어서의 보호법익을 주거권으로 보면서도 주거의 의미를 “住居를支配하고 있는 事實關係”로 이해하고 있다. 이재상, 형법각론(제9판), 2013, 234쪽은, 주거침입죄에 있어서의 보호법익을 주거권으로 보면서도, 그 내용을 “사실상의 주거의 평온을 유지할 개인의 권리”라고 이해한다. 또한, 독일에서도, 주거침입죄에 있어서의 보호법익을 “주거의 평온을 확보하고 권한 없는 타인의 침입에 의해 이를 방해받지 않을 권리”(Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 26. Auflage, 2007, § 123 Rdn.1 등)로 이해하는 입장이 있다.

40) 平川宗信, 刑法各論, 有斐閣, 1995, 245頁.

41) 大塚仁, 刑法概説(各論), 第三版, 有斐閣, 1966, 110頁 참조. 또한, 독일에서도 주거침입죄에 있어서의 보호법익을 “주거 내에서 권한 없는 자의 존재에 의해 방해받지 않을 이익”으로 이해하는 입장(Paul Bockelmann, *Strafrecht, Besonderer Teil/2, Delikte gegen die Person*, 1977, p. 151)이 있다.

· 관리권자의 태도 · 출입의 목적 등에 비추어 당해 출입행위를 관리권자가 용인하고 있지 않다고 합리적으로 판단되는 때에는, 달리 범죄의 성립을 조각하는 사정이 인정되지 않는 이상, [주거침입]죄의 성립을 면할 수 없다⁴²⁾고 한 것이다. 그 판결은, 관리권자의 의사(意思)에 반하는 출입인지의 여부가 주거침입죄의 성립에 있어서 결정적인 요소인 점을 명언한 것인 점에서, 적어도 ‘침입’의 개념에 관해서는 말하자면 <의사침해설>을 채용한 것이라고 할 수 있다. 따라서 보호법익에 관해서도 <신(新)주거권설>을 채용한 것은 아닌가라고 생각할 여지가 있는 것이다. 그런데 그 판결은 주거침입죄에 있어서의 보호법익에 관해서는 명확하게 언급하고 있지 않다. 게다가, <평온설>을 채용하면서 ‘침입’의 개념에 관해서는 <의사침해설>을 채용하는 견해도 있는 점에서, 그 판결을 두고서 판례가 <신(新)주거권설>로 이행(移行)되었다고 판단하는 것은 적절하지 않다. 나아가, 그 판결이 “건조물의 성질 · 사용목적 · 관리상황 · 관리권자의 태도 · 출입의 목적”을 고려해서 의사침해를 판단하고 있는 것인 점에서는 <평온설>에 근접하는 것이라고도 생각될 여지가 있는 것이다. 그 후의 판례 가운데에도, “피고인들은, 현금자동인출기 이용객의 카드 비밀번호 등을 몰래 촬영할 목적으로, 현금자동인출기가 설치된 은행지점출장소에 그 영업 중에 들어간 것이며, 그와 같은 출입이 그곳의 관리권자인 은행지점장의 의사(意思)에 반하는 것인 점은 분명하므로, 그 출입의 외관이 일반 현금자동인출기 이용객의 그것과 특히 다르지 않은 것이라고 해도, 건조물침입죄가 성립한다⁴³⁾고 판시함으로써, ‘침입’의 개념에 관해서는 관리권자의 의사(意思)의 침해를 중시했다. 그런데, ‘침입’이란 타인이 간수하는 건조물 등에 관리권자의 의사(意思)에 반해서 들어가는 것을 말한다고 하면서도, “관리권자의 의사(意思)에 반해서 들어가는 것은, 관리권자의 관리권을 침해하는 것일 뿐만 아니라 그곳에서 사적(私的) 생활을 영위하는 자의 사생활의 평온을 침해하는 것이라고도 하지 않을 수 없다⁴⁴⁾고 판시하고 있는 점에서는, 보호법익에 관해 ‘주거권’뿐만 아니라 이와 더불어 ‘사생활의 평온’도 고려한 것이라고 할 수 있다.⁴⁵⁾ 그와 같이 보면, 판례가 침입의 개념에 관해서는 <의사침해설>을 채용하면서도, 보호법익에 관해서는 ‘평온’의 침해를 부정하는 것이 아니라, 거주자 내지 관리권자의 의사(意思)에 반하는 출입은 주거의 평온을 해하는 것이 된다는 논리를 취하고

42) 最高裁判所 1983년, 4월 8일의 판결(最高裁判所刑事判例集, 第37卷 第3号, 215頁).

43) 最高裁判所 2007년 7월 2일의 결정(最高裁判所刑事判例集, 第61卷 第5号, 379頁).

44) 最高裁判所 2008년 4월 11일의 판결(最高裁判所刑事判例集, 第62卷 第5号, 1217頁).

45) 山下貴司, “集合住宅における政治ビラ配布のための立入りと住居侵入罪の成否”, 研修 第742号, 法務総合研究所誌友会, 法務総合研究所, 法務研修所, 2010, 25頁 참조.

있는 것이다. 그 점은 앞서 살펴본 [대법원 1984. 6. 26. 선고 83도685 판결]에 있어서도 마찬가지라고 생각된다. 그런데 일본에서는, 그와 같은 판례의 태도에 대해, ‘평온의 침해’가 상당히 주관화되고 관념적인 것이 되어버리는 점에서 문제가 제기된다.⁴⁶⁾

IV. <평온설>에 있어서의 ‘침입’의 개념

1. ‘침입’의 개념에 관한 사고방식으로서의 <평온침해설>

<평온설>의 입장에서조차 주거침입죄를 구성하는 행위로서의 ‘침입’의 개념에 관해서는 사고방식의 차이가 있다. 하나는, 침입을 ‘거주자의 의사(意思) 또는 추정적 의사(意思)에 반해서 들어가는 것’이라고 해석하는 것이고(이른바 <주관적평온침해설>), 다른 하나는 그것을 ‘주거의 평온을 해하는 태양(態樣)으로 들어가는 것’이라고 해석하는 것이다(<이른바 <객관적평온침해설>).⁴⁷⁾ 전자(前者)를 일컬어 <주거자의사표준설>이라고도 하며, 후자(後者)를 일컬어 <전체적평가설>이라고도 한다.⁴⁸⁾

<주관적평온침해설>은, 현실의 거주자 등의 사실적 지배 내지 관리의사를 중시해서 평온의 개념을 주관화하고 있는 것이다. 즉, 평온성의 유무를 거주자나 관리자의 의사(意思)에 반하는 것인지의 여부에 따라 판단하는 것이다. 그와 같이 <주관적평온침해설>은 침입의 의미를 말하자면 ‘의사침해’로 이해하는 것으로서, 그 점에서 <신(新)주거권설>의 입장에 가까운 것이라고 할 수 있다.⁴⁹⁾ 그런데 <주관적평온침해설>이, 현실의 거주자 등의 사실적 지배 및 관리의사에 대한 침해만을 기초로 해서 침입의 개념을 확정하는 것은 아니다.⁵⁰⁾ 즉, <주관적평온침해설>도, “강도(強盜)의 목적 하에 고객으로 가장해서 상점에 들어가는 경우는 설사 점주가 현실로는 출입을 허락했더라도 침입에 해당된다”고 본 판례⁵¹⁾의 입장을 기본적으로는 지지하는 한편, 가령 뇌물을 건네줄 목적으로 방문한 경우는 거주자의 현실의 승낙이 있는 한 침입에는 해당되지 않는다고 한다.⁵²⁾ 물론,

46) 鈴木晃, 앞의 논문, 307頁.

47) 関哲夫, 住居侵入罪の研究, 成文堂, 1995, 170頁.

48) 平川宗信, 앞의 책, 244頁.

49) 関哲夫, 앞의 책, 170頁.

50) 関哲夫, 위의 책, 171頁.

51) 最高裁判所 1948년 5월 20일의 판결(最高裁判所刑事判例集, 第2卷 第5号, 489頁).

그와 같은 경우에는, 하자있는 의사(意思)에 기한 승낙인지의 여부를 판단함에 있어서 기준이 되는 ‘진실을 알았다더라면 상대방이 승낙하였을 것인지의 여부’를 통해 승낙의 유효성이 판단된다고도 볼 수 있는데, ‘승낙의 유무’를 판단함에 있어서 - 착오에 기한 것이기는 하지만 - 현실로는 피해자가 출입을 허락했는데도 그 효과를 부정하고 있는 점에서는 그 판단의 자료로서 ‘출입의 태양(態樣)’이 중요하게 고려되고 있다고 생각된다. 여기에서의 ‘출입의 태양(態樣)’은 출입 그 자체의 태양(態樣)에 한정되는 것이 아니라(강도의 목적을 숨기고 들어가는 경우도 출입의 태양(態樣) 그 자체는 평온한 것이다) 출입의 목적이 되는 행동도 포함하는 것이다.

침입의 개념에 관해 의사침해를 중시하는 사고방식은, 주거나 건조물의 사실적인 평온의 침해를 침입으로 이해하는 <객관적평온침해설>에서도 마찬가지로 존재한다. 예컨대, “주거자 내지 간수자의 승낙이 있거나 추정되는 경우에는 주거의 평온이 침해되지는 않는다고 생각되므로 (...) 그와 같은 경우에는 침입행위가 인정되지 않는다”⁵³⁾고 하는 것이다. 그런데 그와 같은 입장에서도 그 중점은 어디까지나 ‘주거의 평온’에 있는 것이며, 주거자 내지 간수자의 승낙 또는 추정적 승낙은 그 평온성의 중요한 판단자료가 되는 것이다. 그와 같은 <객관적평온침해설>에 따르면, 출입의 태양(態樣)이 평온한 한에서는 그것이 주거자 내지 관리자의 의사(意思)에 반하는 것이라고 해도 그것만으로는 ‘침입’이 되지는 않는 것이다.⁵⁴⁾ 다만, <객관적평온침해설>도, 강도의 목적 하에 고객으로 가장해서 상점에 들어가는 경우에는 침입이 인정된다고 보는데, 이는 들어가는 시점(時點)에서의 평온상태뿐만 아니라 들어간 후의 평온도 고려한 것이라고 할 수 있다.

2. <평온침해설>의 의의

침입의 개념에 관한 사고방식으로서의 <평온침해설>은, 거주자 내지 관리자에 대한 ‘의사침해’도 평온침해의 판단기준으로서 고려하면서, 그 의사침해의 판단에 있어서 결국은 출입의 목적 및 출입의 태양(態樣)을 중요시하는 것이라고 할 수 있다. 그와 같은 사고방식에 따르면, ‘납편의 부재중 간통의 목적으로 처의 승낙 하에 주거에 들어간

52) 団藤重光, 刑法綱要各論(第3版), 1990, 505頁.

53) 福田平, 全訂 刑法各論(第3版増補), 2002, 206頁.

54) 그와 같은 관점에서, 前田雅英, 刑法各論講義(第3版), 東京大学出版会, 1998, 108頁은, 가령 소매치기의 목적으로 백화점에 들어간 경우를, 침입의 개념을 ‘의사침해’로만 이해해서, 침입에 해당된다고 보는 것은 적절하지 않다고 한다.

경우’를 침입행위로 보는 것이 반드시 부당하다고는 생각되지 않으며, 그 한에서는 주거 침입죄의 성립을 긍정할 수 있다고 본다.⁵⁵⁾ 그와는 달리, 주거에의 출입이 공동주거인 가운데 일부의 의사(意思)에 반하는 경우라도 그 목적 내지 태양(態樣)에 비추어 주거의 사실상의 평온이 침해된 것으로 보기는 어렵다면 <평온침해설>의 관점에서는 침입행위를 인정하는 것이 곤란하다고 생각된다. 예컨대, 근자의 하급심 판결 가운데에는, 아파트 입주자대표회의가 피고인의 아파트 주차장 출입을 금지하는 결의를 한 후에 피고인의 아파트 주차장 출입금지 가처분을 신청하여 이를 인용하는 법원의 결정이 있었음에도 피고인이 일부 입주자들과의 개별적인 세차계약에 따라 그 명시적인 출입 동의를 얻어 세차영업을 위해 그 아파트 주차장에 들어간 사안에 관해, 그 출입이 세차계약을 체결한 입주자들이 의사(意思)에 반하는 것이 아닌 점에서 주거침입죄를 구성하는 행위로서의 ‘침입’에 해당되지 않는다고 본 것이 있다.⁵⁶⁾ 이는 ‘침입’의 개념에 관해 <의사침해설>을 채용하고 있는 것이라고 생각되는데,⁵⁷⁾ 오로지 거주자 내지 관리자의 의사(意思)에만 천착해서 침입 여부를 판단한다면, 공동주거권자인 다른 입주자들의 의사(意思)와의 관계에서는 그 출입이 침입에 해당된다고 보는 것이 가능하게 된다.⁵⁸⁾ 당해 판결은 주거

55) 그와 같은 경우를 처벌하는 것이, 간통죄가 헌법재판소의 위헌결정에 따라 폐지된 점과 관련해서, 부당하다고 보는 입장으로서, 이승현, “주거자 중 1인의 승낙을 받은 경우 주거침입죄의 성부”, 대한변협신문 제755호, 대한변호사협회, 2019, 8쪽(“정작 간통행위는 처벌하지 않으면서 처벌필요성이 이에 훨씬 미치지 못하는 주거침입행위를 처벌하는 것은 행위에 걸맞지 않은 형벌을 부과하는 것이며, 우회적으로 간통행위를 처벌하는 것에 다름이 아니다”).

56) 서울동부지방법원 2017. 8. 8. 선고 2017고정10 판결.

57) 서울동부지방법원 2017. 8. 8. 선고 2017고정10 판결은 “주거침입죄는 사실상의 주거의 평온을 보호법익으로 하는 것이므로 그 거주자 또는 관리자가 건조물 등에 거주 또는 관리할 권한을 가지고 있는가 여부는 범죄의 성립을 좌우하는 것이 아니고, 그 거주자나 관리자와의 관계 등으로 평소 그 건조물에 출입이 허용된 사람이라 하더라도 주거에 들어간 행위가 거주자나 관리자의 명시적 또는 추정적 의사에 반함에도 불구하고 감행된 것이라면 주거침입죄는 성립한다”는 점을 전제로 해서, “피고인은 ○○○○아파트의 일부 입주자들과 개별적으로 세차계약을 체결하였는바, 위 입주자들은 피고인이 ○○○○아파트 지하주차장에 들어오는 것을 동의 하였다. 이는 건조물침입죄의 구성요건해당성을 조각하는 양해에 해당한다고 볼 수 있다”고 하는 한편, “○○○○아파트 입주자대표회의가 입주자들로부터 관리권한을 위임받아 아파트 주차장의 관리권을 가지고 있는 하나 그러한 관리권이 입주자의 명시적 의사에 반하는 범위까지 미친다고 볼 수 없다”고 한다.

58) 그 사안에 대해 항소심 법원은, 그 출입이 공동주거권자인 다른 입주자들의 의사(意思)에 반하는 것인 점에서 ‘침입’에 해당된다고 보았다(서울동부지방법원 2017. 11. 24. 선고 2017노1250 판결). 즉, “복수의 주거권자가 있는 경우 한 사람의 승낙이 다른 거주자의 의사에 직접, 간접으로 반하는 경우에는 그에 의한 주거에의 출입은 그 의사에 반한 사람의 주거의 평온 즉 주거의 지배, 관리의 평온을 해치는 결과가 되므로 주거침입죄가 성립한다(…) 피고인이 이 사건 아파트 주차장에 들어간 행위는 피고인과 세차 계약을 체결하지 않은 다른 공동 주거권자들의 의사에 직접적으로 반하는 것으로서 위 주거권자들의 주거의 자유와 평온을 해치는 것에 해당하므로 건조물침입죄가 성립한다고 봄이 상당하다”고 본 것이다.

침입죄의 보호법익에 관해 <평온설>을 견지하고 있는바,⁵⁹⁾ 그 구성요건적 행위로서의 침입의 개념에 관해서도 <평온침해설>을 채용하는 것이 보호법익과의 관계에서는 논리적으로 자연스럽다고 생각되며, 특히 <객관적평온침해설>(전체적평가설)의 관점에서는 그와 같은 사안에서의 출입이 그 목적 내지 태양(態樣)에 비추어 평온한 것인 한에서는 공동주거권자의 의사(意思)에 반하는 것이라고 해도 그것만으로는 ‘침입’에 해당되지 않는다고 보아야 할 것이다.

V. 맺음말

공동거주자의 허락이 대립하는 경우, 즉 출입을 허락하는 자와 허락하지 않는 자가 병존하는 경우에 관해서는, 보호법익과의 관련성에 반드시 구애되지는 않더라도, 주거침입죄의 가벌성을 한정하는 사고방식이 존재한다. 출입을 허락하지 않는 거주자가 주거 내에 현재하고 있는 경우에는 그 주거에의 출입이 주거침입죄를 구성하지만 주거 내에 부재하는 경우에는 현재자의 허락이 우선시된다는 견해⁶⁰⁾도 있고, 공유부분에 관해서는 개개인의 지배·관리가 상호 배타성을 가지지 않는다는 견해⁶¹⁾도 있다. 또한, 사생활(privacy)의 이익은 공동거주자 사이에서는 공유되는 것으로서, 그 의사(意思)와의 관계에서 제한되는 이익이므로, 출입을 허락하지 않는 (공동)거주자가 현재하거나 부재하는 것과는 상관없이 1인의 허락이 있으면 나머지는 그 이익을 잃는다는 견해⁶²⁾도 있다. 그와 같은 견해의 차이는 결국 주거에의 출입에 대한 허락의 권한을 각 공동거주자가 ‘개별적으로’ 행사할 수 있는 것인지 혹은 ‘공동하여서만’ - 부재자와의 관계에서는 양해의 추정을 통해 - 행사될 수 있는 것인지의 문제로 귀착된다고 본다. 독일에서도 공동거주자의 허락이 대립하는 경우에 관해 그와 같은 견해차이가 존재하는데, 보통은 그와 같은 견해차이가 큰 의미를 가지지는 않는다. 왜냐하면 그 어느 견해에 있어서나, 공동거주자로서는 다른 공동거주자에게 있어서 기대될 수 없는 - 바꾸어 말하면 다른 공동거주자가 수인할 수 없는 - 외부인의 출입을 허락할 수는 없다고 이해되는 한편,

59) 각주 57).

60) 井田良, “住居侵入罪”, 法学教室 第215号, 有斐閣, 1998, 11頁.

61) 伊東研祐, 앞의 책, 2002, 132頁 이하.

62) 町野朔, “被害者の承諾”, 西原春夫/宮澤浩一/阿部純二/板倉宏/大谷實/芝原邦爾(編), 判例刑法研究(2): 違法性, 有斐閣, 1981, 212頁.

공동거주자로서는 다른 공동거주자의 허락을 얻은 외부인의 출입이 수인될 수 있는 것인 한에서는 그 외부인의 퇴거를 강제할 수 없다고 이해되기 때문이다.⁶³⁾ 그와 같은 이해방식은 무엇보다도 공동거주자 사이의 공동체적 관계에 착안해서 보호법익으로서의 주거권(Hausrecht)의 개념적 외연 및 침입(Eindringen)의 실질적 의미를 한정하고 있는 것이라고 생각된다. 한편, 독일에서는 주거침입죄를 구성하는 행위로서의 ‘침입(Eindringen)’의 개념을, “공간에로의 자유로운 진입을 제한하는 물리적·심리적 장벽의 돌파”라고 정의하는 입장이 유력하다.⁶⁴⁾ 그와 같은 입장은, 거주자가 출입을 실제로 허락한 경우에는 출입을 제한하는 장벽이 허물어졌기 때문에 설사 거주자를 기망해서 들어간 경우에도 ‘장벽의 돌파(Überwindung eines Hindernisses)’를 인정할 수 없고, 따라서 ‘침입’에 해당되지 않는다고 보는 것이다. 여기에서의 ‘장벽’, 특히 ‘심리적 장벽(Willensbarriere)’의 개념을 분석한 Bohnert는 그 점에 관해 다음과 같이 설명하고 있다. 우선, 물리적 장벽과 심리적 장벽의 관계에 관해 Bohnert는, 주거침입죄의 구성요건적 표지(標識)로서의 ‘장벽’으로서 본질적인 것은 후자(後者)이며, 전자(前者)는 부차적인 것이라고 한다. 가령 담을 넘는 경우와 같이 분명히 물리적인 장벽의 돌파가 존재하는 경우라도 그것이 거주자의 의사(意思)에 합치하는 것이라면 역시 ‘침입’이라고는 할 수 없는 것이며, 그와 같이 보면 물리적인 장벽 그 자체에 본질적인 의의가 있는 것은 아니라고 한다.⁶⁵⁾ 다음으로, 심리적 장벽의 개념 내지 의의에 관해 Bohnert는, 심리적 장벽으로서 중요한 것은 권리자의 의사(意思)인데, 출입을 거절하는 의사(意思)는 내심에 존재하는 것만으로는 족하지 않고 외부에 표시되어야 한다고 한다. 물론 여기에서 말하는 표시에는 언어적 표현뿐만 아니라 수족의 움직임과 같은 신체적 표현, 나아가, 문을 자물쇠로 잠그거나 울타리를 두르는 등 징표적인 안전조치(konkludente Sicherungsmaßnahmen)를 취하는 것도 포함된다고 한다. 따라서 물리적인 장벽의 유무도, 그 자체가 본질적인

63) Detlev Sternberg-Lieben, op. cit., § 123 Rdn.18.

64) Hans Lilie, in: Heinrich Wilhelm Laufhütte, Ruth Rissing-van Saan & Klaus Tiedemann (Hrsg.), *Strafgesetzbuch: Leipziger Kommentar, Grosskommentar*, Band 5, 12. Auflage, 2006, § 123 Rdn.45; Jürgen Schäfer, op. cit., § 123 Rdn.27 이하.

65) Joachim Bohnert, “Die Willensbarriere als Tatbestandsmerkmal des Hausfriedensbruchs”, in: *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, C.F. Müller, 1983, p. 3 이하. 그와는 달리, Walter Kargl, “Rechtsgüter und Tatobjekt der Strafbestimmung gegen Hausfriedensbruch”, in: *JuristenZeitung*, Mohr Siebeck, 1999, p. 937 이하는, 범죄구성요건의 명확성을 확보하기 위해서는 ‘침입’의 개념에 ‘의사(意思)에 반한다고 하는 요소’를 혼입시켜서는 안 된다고 하면서, ‘침입’의 의미를 ‘물리적인 장벽의 돌파’로(만) 파악한다. 그와 같은 견해는, 권리자의 허락이 있는 경우에도 ‘물리적인 장벽의 극복’이 존재하는 한에서는 ‘침입’ 자체는 인정되며, 동의의 존재로 인해 그 자율성에 대한 침해가 인정되지 점은 위법성(조각)의 단계에서 별도로 고려된다고 한다.

의의를 가진다고 할 수는 없지만, 심리적인 장벽의 강도(強度)와 양적으로 관계되는 요소로서는 의의를 가지게 된다고 한다.⁶⁶⁾ 주거침입죄를 구성하는 행위로서의 ‘침입’의 의미를 그와 같이 한정적으로 해석하는 경우에는, 앞서 언급한, ‘아파트 입주자대표회의가 피고인의 아파트 주차장 출입을 금지하는 결의를 한 후에 피고인의 아파트 주차장 출입금지 가처분을 신청하여 이를 인용하는 법원의 결정이 있었음에도 피고인이 일부 입주자들과의 개별적인 세차계약에 따라 그 명시적인 출입 동의를 얻어 세차영업을 위해 그 아파트 주차장에 들어간 사안’에 있어서는 피고인의 출입을 제한하는 심리적 장벽이 존재한다고 보기는 어렵지 않을까 생각된다.

수인(數人)의 주거인 가운데 일부만의 동의를 얻어서 주거에 들어간 경우와 관련해서는 그 주거에 거주하는 자가 형성하는 1개의 공동체 내부의 문제를 어떻게 볼 것인가가 중요하다고 본다. 주거에의 출입에 대한 공동주거인 사이의 의견대립은 어디까지나 그 공동체 내부에서 해결되어야 할 문제라고 생각된다.⁶⁷⁾ 주거에의 출입에 대한 허락에 관해 의견의 대립이 있는 경우에, 출입을 허락하지 않는 거주자의 의사를 보다 중시해서 형법의 개입을 인정하는 것이, 결과적으로는 국가가 형벌을 통해 그 주거 내에서의 의견의 일치를 강제하는 것이 될 여지도 있다고 본다.⁶⁸⁾ 그와 같은 관점에서 주거침입죄의 가벌성, 특히 침입행위의 개념에 관해서는 가급적 한정적인 해석이 필요하지 않을까 생각된다.⁶⁹⁾

66) Joachim Bohnert, op. cit., p. 6.

67) 독일 「형법전(Strafgesetzbuch)」 제123조 제2항은 주거침입죄(Hausfriedensbruch)를 친고죄(Antragsdelikt)로 규정하고 있다. 1992년의 형법개정법률안도 그와 같은 입법례를 고려해서 주거침입죄를 반의사불벌죄로 규정하고 있다(법무부, 형법개정법률안 제안이유서, 형사법개정자료(XIV), 법무부, 1992, 164쪽 참조). 송문호, “주거침입죄의 성립범위”, 형사정책연구 제20권 제3호, 한국형사정책연구원, 2009, 312쪽은, 주거침입죄를 처벌하는 규정의 취지가 개인의 프라이버시를 보호하는 데에 있는 점에서 이를 친고죄나 반의사불벌죄로 규정하는 것이 타당하다고 한다.

68) 関哲夫, 앞의 책, 342頁 이하; 平川宗信, 앞의 책, 248頁; 和田俊憲, “住居侵入罪”, 法学教室 第287号, 有斐閣, 2004, 63頁 참조. 류전철, 앞의 논문, 102쪽은, “[사적(私的) 영역을] 공유하는 수인사이의 내부적 문제는 형법상 평가의 대상으로 삼을 수는 없는 것”이라고 한다. 또한, 박혜진, 앞의 논문, 377쪽은, “복수의 주거자 모두에게 의사결정의 주체성을 인정하면서도 그 효과에 대해서는 마치 한 사람의 의사결정과 같이 의견의 통일을 요구하는 것은 불합리하다”고 한다.

69) 주거침입죄에 있어서의 보호법익에 관해 <평온살>의 관점을 회의적으로 보면서 그 구성요건적 행위로서의 침입의 의미에 관해서는 한정해석론을 지지하는 입장으로서 송문호, 앞의 논문, 312쪽.

참고문헌

1. 단행본

- 김성돈, 형법각론(제2판), 성균관대학교 출판부, 2009.
- 박상기, 형법강의, 법문사, 2010.
- 배종대, 형법각론(제10전정판), 홍문사, 2018.
- 법무부, 형법개정법률안 제안이유서, 형사법개정자료(XIV), 법무부, 1992.
- 손동권/김재운, 새로운 형법각론, 율곡, 2013.
- 유기천, 형법학[각론강의], 전정신판, 법문사, 2012(영인본).
- 이재상, 형법각론(제9판), 2013.
- 임웅, 형법각론(제10정판), 법문사, 2019.
- 関哲夫, 住居侵入罪の研究, 成文堂, 1995.
- 団藤重光, 刑法綱要各論(第3版), 創文社, 1990.
- 大塚仁, 刑法概説 (各論), 第三版, 有斐閣, 1966.
- 福田平, 全訂 刑法各論(第3版増補), 有斐閣, 2002.
- 山口厚, 問題探求刑法各論, 有斐閣, 1999.
- 山中敬一, 刑法各論(第2版), 成文堂, 2009.
- 西原春夫/宮澤浩一/阿部純二/板倉宏/大谷實/芝原邦爾(編), 判例刑法研究(2): 違法性, 有斐閣, 1981.
- 伊東研祐, 現代社会と刑法各論(第二版), 成文堂, 2002.
- 前田雅英, 刑法各論講義(第3版), 東京大学出版会, 1998.
- 平野龍一, 刑法概説, 東京大学出版会, 1977.
- 平川宗信, 刑法各論, 有斐閣, 1995.
- Bockelmann, Paul, Strafrecht, Besonderer Teil/2, Delikte gegen die Person, 1977.
- Joeks, Wolfgang & Klaus Miebach (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 3, 3. Auflage, 2017.
- Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 26. Auflage, 2007.

- Laufhütte, Heinrich Wilhelm, Ruth Rissing-van Saan & Klaus Tiedemann (Hrsg.), *Strafgesetzbuch: Leipziger Kommentar*, Grosskommentar, Band 5, 12. Auflage, Walter de Gruyter, 2006.
- Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 29. Auflage, Verlag C.H. Beck, 2014.
- Tröndle, Heribert & Thomas Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 54. Auflage, Verlag C.H. Beck, 2007.
- Welzel, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Auflage, 1969.

2. 학술지

- 강용현, “주거침입죄의 범의와 기수시기”, 형사판례연구 [4], 한국형사판례연구회, 1996, 225-243쪽.
- 김경락, “부채중인 거주자의 의사에 반하여 주거에 들어가는 행위에 대한 주거침입죄의 성립 여부 - 주거의 사실상의 평온설의 관점에서 판단한 대법원의 입장에 대한 비판적 검토 -”, 형사법연구 제22권 제3호, 한국형사판례연구회, 2010, 323-354쪽.
- _____, “주거침입죄의 침입의 의미 - 보호법익과 ‘의사에 반하여’에 대한 해석을 중심으로 -”, 법학논총 제38권 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2018, 139-162쪽.
- 류전철, “주거침입죄의 해석론과 적용상의 문제점”, 법학논총 제30권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2011, 81-108쪽.
- 문채규, “주거침입죄의 보호법익 - ‘사실상 평온설’의 정립을 위하여 -”, 비교형사법연구 제12권 제2호, 한국비교형사법학회, 2010, 49-73쪽.
- 박혜진, “주거침입죄의 제한적 해석을 위한 비판적 고찰”, 고려법학 제61호, 고려대학교 법학연구원, 2011, 357-387쪽.
- 송문호, “주거침입죄의 성립범위”, 형사정책연구 제20권 제3호, 한국형사정책연구원, 2009, 295-315쪽.
- 이수현, “공동관리 사용하는 공간에 대한 주거침입죄의 성립여부와 주거침입죄의 규범의 보호목적”, 법학연구 제32집, 전북대학교 법학연구소, 2011, 87-108쪽.
- 이승현, “주거자 중 1인의 승낙을 받은 경우 주거침입죄의 성부”, 대한변협신문 제755호, 대한변호사협회, 2019, 8쪽.
- 임상규, “주거침입죄에 관한 대법원의 주요판례와 그 해석 및 입법론적 보완책”, 법학논

- 고 제34집, 경북대학교 법학연구소, 2010, 337-360쪽.
- 홍승희, “공동주택의 공용공간에 대한 주거침입죄의 해석”, 형사판례연구 제21호, 한국 형사판례연구회, 2013, 175-199쪽.
- 嘉門優, “住居侵入罪における侵入概念について—意思侵害説の批判的検討—”, 法学雑誌 第55卷 第1号, 大阪市立大学法学会, 2008, 144-182頁.
- 鈴木晃, “住居侵入罪の保護法益について”, 中京法学 第47卷 第3-4号, 中京大学法学部, 2013, 295-315頁.
- 山下貴司, “集合住宅における政治ビラ配布のための立入りと住居侵入罪の成否”, 研修第742号, 法務総合研究所誌友会, 法務総合研究所, 法務研修所, 2010, 15-28頁.
- 須之内克彦, “住居侵入罪に関する一考察”, 愛媛法学会雑誌 第15卷 第3-4号, 愛媛大学法学会, 1989, 1-31頁.
- 井田良, “住居侵入罪”, 法学教室 第215号, 有斐閣, 1998, 9-11頁.
- 平野龍一, “刑法各論の諸問題”, 法学セミナー 第201号, 日本評論社, 1972, 65-88頁.
- 和田俊憲, “住居侵入罪”, 法学教室 第287号, 有斐閣, 2004, 56-63頁.
- Amelung, Knut, “Der Hausfriedensbruch als Mißachtung physisch gesicherter Territorialität”, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Walter de Gruyter und Co, 1986, pp. 355-408.
- Bohnert, Joachim, “Die Willensbarriere als Tatbestandsmerkmal des Hausfriedensbruchs”, in: *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, C.F. Müller, 1983, pp. 1-21.
- Kargl, Walter, “Rechtsgüter und Tatobjekt der Strafbestimmung gegen Hausfriedensbruch”, in: *JuristenZeitung*, Mohr Siebeck, 1999, pp. 930-938.

[Abstract]

Understanding the Meaning of ‘Breaking’ into a Residence under Article 319 (1) of the *Korean Penal Code*

Kim, Seong-Gyu^{*}

Under Article 319 (1) of the *Korean Penal Code*, it is punishable to break into a residence of another person or into a building guarded by another person etc. The Supreme Court of Korea has explicitly and repeatedly stated that the legal good protected by the provision is a factual state of household peace. In criminal law literature, some authors consider the offence of breaking into a residence, in accordance with the Court’s view, as an attack upon household peace, while some argue that the protected legal good is domestic authority which is based on legal title over the protected area and a factual state of living as well. Such a disagreement regarding the legal good protected by criminalisation of breaking into a residence leads to discussions for interpretation of the elements of the offence of breaking into a residence, especially the implicit meaning of ‘breaking’ (either ‘unauthorised entry’ or ‘trespass accompanied by a actual breach of the peace’) which often comes into question in cases where there are more persons than one who have equal authorization to control access to the protected home, for example in cases where more people share the same dwelling, which can lead to conflicts. This article discusses the issue of whether, in those situations, a consensual authorization of these persons is required for an entry to be authorized, and whether all authorized persons have to agree before the third-person can enter their home. It is suggested by way of conclusion that the term ‘breaking’ shall be defined as a whole by considering diverse factors including forms of entry, and purposes of entry with regard to the perspective of overcoming the obstacle of entry, since the object of protection becomes formalised to the protected space itself and control over it.

^{*} Dr. jur., Professor at Hankuk University of Foreign Studies Law School in Seoul

[Key Words] offence of breaking into a residence, legal good protected, household peace,
domestic authority, Article 319 (1) of the *Korean Penal Code*