

주거침입죄에서 침입의 정의와 판단기준

Definition and Criteria for Trespassing in the Crime of Housebreaking

이 승 호*

Seung Ho Lee

목 차

- | | |
|--------------------------|----------------------|
| I. 들어가는 말 | IV. 침입의 정의와 판단기준에 관한 |
| II. 주거침입죄의 보호법익 | 이 글의 범위 |
| III. 침입의 정의와 판단기준에 관한 논란 | V. 나오는 말 |

최근에 대법원은 주거침입죄의 실행행위인 침입의 의미에 대한 판시를 변경하였다. 종래 판례는 침입의 핵심에 ‘의사침해’를 두었으나, 새로운 판례는 침입의 중심표지를 ‘평온침해’로 바꾼 것이다. 하지만 법리가 다소 미진하다는 것이 이 글의 평가이다. 그래서 이 글은 침입의 정의와 판단기준을 종합적으로 정리하여 제안하고 있다. 그 내용은 다음과 같이 요약된다.

① 침입은 “거주자가 주거에서 누리는 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거에 들어가는 것”으로 정의된다.

② 침입의 일차적 판단기준은 거주자의 의사에 반하는가 하는 점이다. 거주자가 출입거부의 의사를 현실적(명시적·묵시적)으로 표했음에도 그의 주거에 들어갔다면, 거주자의 평온이 침해된 것이고, 따라서 침입에 해당한다.

③ 거주자의 현실적 의사(출입 허락의 의사)가 착오로 인한 경우라든지, 현실적 의사가 확인되지 않아서 거주자의 의사를 추정해야 하는 경우, 또한 공동주거에서 거주자간에 의사가 상충하는 경우 등에서는 행위자 측의 요소가 침입의 판단기준으로 사용되어야 한다.

<https://doi.org/10.35148/ilsilr.2022..53.235>

투고일: 2022. 10. 31. / 심사완료일: 2022. 12. 21. / 게재확정일: 2022. 12. 25.

* 건국대학교 법학전문대학원 교수

Professor, Law School of Konkuk University, Ph.D. in Law

④ 침입의 판단기준으로 사용되는 행위자 측의 요소에는 행위자의 ‘주관적 의도’와 ‘객관적·외형적 행위태양’이 있다. 전자는 행위자가 타인의 주거에 들어가는 동기 및 목적이고, 후자는 행위자가 해당 주거에 출입하는 방법 및 모양이다. 새로운 판례의 <다수의견>은 후자에 중점을 두고 있지만, 이 글은 그러한 <다수의견>을 보완하여 양 요소를 모두 침입의 판단기준으로 제시하고 있다.

[주제어] 주거침입죄, 주거의 평온, 주거권, 평온침해, 의사침해

I. 들어가는 말

1. 이 글의 작성 배경

작년 가을, 대법원은 주거침입죄에 관해 상당히 주목되는 판결(대법원 2021. 9. 9. 선고 2020도12630 전원합의체 판결)을 내놓았다. 혼외 성관계 목적으로 상간자의 집에 들어가는 행위를 주거침입으로 볼 것인지에 관한 것인데, 종래의 판례(대법원 1984. 6. 26. 선고 83도685 판결)를 변경하여 주거침입죄의 성립을 부정하는 결론을 도출하였다.¹⁾ 이를 위한 전원합의체의 심리에서는 주거침입죄의 보호법익과 실행행위(침입)에 관해 치열한 법리 논쟁이 벌어졌다. 그 결과 보호법익의 논의에서는 종래 판례의 ‘사실상 평온설’이 유지되었으나, 침입의 의미가 변경되었다. 종래 판례는 주거침입죄에서 침입의 정의를 “거주자의 의사에 반하여 주거에 들어가는 것”이라고 판시하였음에 반하여(의사침해설), 이 판결에서 대법원은 침입의 정의를 “거주자가 주거에서 누리는 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거에 들어가는 것”이라고 변경한 것이다(평온침해설). 그러면서 “침입에 해당하는지 여부는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러나는 행위태양을 기준으로 판단함이 원칙”이라는 설명도 덧붙였다.

이렇게 침입의 의미를 변경함에 대법관 전원이 동의한 것은 아니다. 총 13인의 대법관 중에서 9인이 <다수의견>으로 ‘평온침해설’을 지지하였음에 반하여, 4인의 대법관은 다른 의견을 개진하였다. 그 중 2인은 각기 <별개의견 1>과 <별개의견 2>를 통해, 결론적으로 주거침입죄를 부정하는 점에 대해서는 동의하나, 침입의 의미 변경에 찬성하지

1) 유사한 사안에서 주거침입 혐의로 기소유에 처분을 받은 상간자가 헌법소원 심판을 청구하자, 헌법재판소는 위 대법원판결을 근거로 청구인의 주장을 받아들여 기소유에 처분을 취소하기도 하였다(헌법재판소 2021. 12. 23. 선고 2018헌마818 전원재판부 결정 참조).

않는다는 견해를 제시하였고, 또 다른 2인은 주거침입죄를 부정하는 점에도 반대하면서 침입의 의미 변경도 불필요하다는 <반대의견>을 제시하였다. 그들은 모두 침입의 의미에 관한 한, 종래 판례의 ‘의사침해설’이 옳다는 견해를 표명한 셈이다. 하지만 어쨌든 이 판결로 침입의 정의에 대한 판례는 변경되었고, <다수의견>이 제시한 ‘평온침해설’은 향후 법원의 재판을 향도하게 되었다.

이를 바탕으로 올해 봄에는 후속의 판례 변경도 행해졌다. ‘영업주 몰래 카메라를 설치하기 위하여 음식점에 출입한 경우 주거침입죄가 성립하는지 문제된 사건’(대법원 2022. 3. 24. 선고 2017도18272 전원합의체 판결)에서 대법원은 종래 판례(대법원 1997. 3. 28. 선고 95도2674 판결)를 변경하여 주거침입죄의 성립을 부정한 것이다. 종래 판례는 도청 장치를 설치할 목적으로 음식점에 들어가는 경우, 영업주의 명시적 또는 추정적 의사에 반한 출입이므로 주거침입죄에 해당한다고 판시하였다. 그런데 새로운 판결은 같은 내용의 사안에서, 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양에 비추어 사실상의 평온상태를 해치는 방법으로 음식점에 들어갔다고 평가할 수 없으므로 주거침입죄에 해당하지 않는다고 판시한 것이다. 하지만 이 판결에서도 <별개의견>이 제시되었다. 주거침입죄를 부정하는 결론에는 동의하지만, 주거침입죄에서 침입 여부는 원칙적으로 거주자의 의사를 기초로 판단해야 한다는 것이 <별개의견>의 내용이다. 대법원이 작년 가을의 판결에서 주거침입죄의 실행행위인 침입의 표지를 ‘거주자(피해자)의 의사’에서 ‘행위자(침입자)의 객관적·외형적 행위태양’으로 변경하였지만, 그러한 변경에 동의하지 않는 견해가 여전히 주장된 것이다.

이 글은 유사한 논쟁이 앞으로도 계속될 것으로 예견한다. 이는 새로운 판례의 ‘평온침해설’과 종래 판례의 ‘의사침해설’이 각기 나름의 근거를 갖는 것으로 생각되기 때문이다. 침입의 불법성을 ‘평온침해’에서 찾는 법리는 주거침입죄의 보호법익을 ‘사실상 주거의 평온’으로 설정하는 법리와 상호 친화적이다. 하지만 ‘의사침해설’도 나름대로 실용적 기능을 갖는다. 거주자는 주거침입죄의 피해자이므로 거주자의 ‘의사’는 침입의 판단기준으로 중요하게 사용될 수 있을 것이기 때문이다. 이렇게 각자의 착안에 나름의 근거가 있으니, 향후 침입의 인정 여부와 관련된 사안에서마다 침입의 의미에 대한 유사한 논쟁이 되풀이될 것이라는 이야기이다.

이 글은 그러한 평행 논쟁에 접합의 도구를 제공하기 위해 작성되었다. 침입의 불법성을 ‘평온침해’에서 찾는 새로운 판례의 착안을 존중하면서도 종래 판례의 ‘의사침해’ 역시 수용하는 법리를 구성해보고자 한다. 이를 위해 우선 침입의 의미를 변경한 대법원

전원합의체 판결(대상 판결)의 판시를 간단하게 정리하고(I-2), 전제 논의로서 주거침입죄의 보호법익을 검토한 후(II), 이 글의 주된 논제인 침입의 정의와 판단기준에 관해 제시된 다양한 법리를 분석하고(III), 마지막으로 그에 대한 이 글의 법리를 제시하고자 한다(IV).

2. 대상 판결의 정리

2.1 사안과 쟁점

피고인 갑(甲)이 피해자 V가 일시 부재중인 사이에 피해자의 처 A와 혼외 성관계를 가질 목적으로 A가 열어 준 현관 출입문을 통해 V와 A가 공동으로 생활하는 주거에 들어간 사안이다. 법리적인 쟁점은 외부인(갑)이 공동주거자 중 주거 내에 현재하는 거주자(A)의 현실적인 승낙을 받아 통상적인 출입 방법으로 공동주거에 들어갔으나 그것이 부재중인 다른 거주자(V)의 의사에 반하는 것으로 추정되는 경우, 주거침입죄에 해당하는가 하는 점이다.²⁾

2.2 대법원의 판단(다수의견)³⁾

2.2.1 보호법익

주거침입죄의 보호법익은 ‘사실상 주거의 평온’으로서, 거주자가 주거에서 누리는 사실적 지배와 관리가 평온하게 유지되는 상태를 말한다. 사실적 성질을 가지는 것이므로, 주거를 점유할 법적 권한이 없더라도 인정될 수 있다. 이 점에서는 기존의 판례와 차이가 없다.

2.2.2 침입

주거침입죄의 구성요건적 행위인 침입은 “거주자가 주거에서 누리는 사실상의 평온

2) 제1심법원은 기존의 판례를 따라(대법원 1984. 6. 26. 선고 83도685 판결) 주거침입죄의 성립을 인정하고 피고인에게 징역 6월에 집행유예 2년 및 사회봉사명령 120시간을 선고하였으나, 제2심법원은 원심판결을 파기하고 피고인에게 무죄를 선고하였으며, 이에 검사가 상고한 사건이다.

3) 9인의 대법관(김명수, 조재연, 박정화, 민유숙, 김선수, 노정희, 노태약, 이홍구, 천대엽)이 <다수의견>에 동의하였으며, 그중 2인의 대법관(박정화, 노태약)은 <보충의견>도 제시하였다.

상태를 해치는 행위태양으로 주거에 들어가는 것”이다. 그리고 침입에 해당하는지 여부는 “출입 당시 객관적·외형적으로 드러나는 행위태양”을 기준으로 판단함이 원칙이다. 이 점에서 침입을 ‘거주자의 의사에 반하여 주거에 들어가는 것’이라고 정의한 기존 판례의 판시는 변경한다.

2.2.3 공동주거

공동주거에서, 주거 내에 현재하는 거주자의 현실적인 승낙을 받아 통상적인 출입 방법으로 들어갔다면, 설령 부재중인 다른 거주자의 의사에 반하는 것으로 추정되더라도 (사실상 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거에 들어간 것이 아니므로) 주거침입죄에서 규정하는 침입행위에 해당하지 않는다. 따라서 주거침입죄가 성립하지 않는바, 같은 사안에서 주거침입죄의 성립을 인정한 기존의 판례(대법원 1984. 6. 26. 선고 83도 685 판결)를 변경한다.

2.3 별개의견과 반대의견

<별개의견 1>과 <별개의견 2>는 피고인에게 주거침입죄가 성립하지 않는다는 결론적 판단에서는 <다수의견>에 동의하면서도, 그러한 판단을 위한 법리를 별개로 제시한다. <별개의견 1>은 주거침입죄의 보호법익을 ‘주거권’으로 새롭게 설정하면서, 실행행위인 침입의 의미도 <다수의견>과 달리 ‘의사침해설’을 주장한다.⁴⁾ <별개의견 2>는 보호법익에서는 <다수의견>과 견해를 같이하지만, 침입의 의미에서 <다수의견>과 다르게 ‘의사침해설’이 옳다고 판시한다.⁵⁾ 반면에, <반대의견>은 종래 판례와 입장을 같이 하여, 주거침입죄의 보호법익은 ‘사실상 주거의 평온’이고, 침입의 의미는 ‘의사침해설’이 타당하며, 이를 바탕으로 피고인에게 주거침입죄의 성립을 인정하였다.⁶⁾

2.4 비교 정리

<다수의견>을 비롯한 각 의견의 내용을 <표>로 정리하면 다음과 같다.

4) 1인의 대법관(김재형)이 <별개의견 1>을 냈다.

5) 1인의 대법관(안철상)이 <별개의견 2>를 냈다.

6) 2인의 대법관(이기택, 이동원)이 <반대의견>을 냈으며, 그중 1인의 대법관(이기택)이 <보충의견>을 제시하였다.

〈표 1-1〉 대법원의 의견

	〈다수의견〉	〈별개의견 1〉	〈별개의견 2〉	〈반대의견〉
보호법익	사실상 평온	(신)주거권	사실상 평온	사실상 평온
침입	평온침해	의사침해	의사침해	의사침해
사안	주거침입죄부정	주거침입죄부정	주거침입죄부정	주거침입죄인정

II. 주거침입죄의 보호법익

1. 대립

그동안 판례는 주거침입죄의 보호법익을 ‘사실상 주거의 평온’이라고 판시하였다. 그러면서 그것이 ‘사실적’ 개념임을 강조하였는데,⁷⁾ 이는 일제 강점기에 조선고등법원이 주거침입죄의 보호법익을 ‘권리’의 면에서 찾으려 했던 것에 대한 반작용의 성격도 지녔던 것으로 설명된다. 당시의 법리는 주거침입죄의 보호법익을 ‘호주 또는 가장이 가지는 주거의 출입 허락권’으로 설정함으로써,⁸⁾ 보호법익의 주체가 호주 또는 가장으로 제한되는 문제를 안고 있었다. 이를 해결하는 방안으로 대법원은 ‘권리(주거권)에서 사실적 상태(사실상 주거의 평온)’로의 전환을 시도하였다는 설명이다.

하지만 이후 학계에서는 새로운 내용의 주거권 이론이 제안되었다. 독일 형법학의 영향을 받은 것으로, 모든 거주자가 주거권을 가진다는 점이 핵심이다. 주거권의 주체가 호주 또는 가장에 제한하는 문제가 해소될 뿐 아니라, 평온이라는 사실 개념의 추상성도 극복할 수 있다고 설명한다.⁹⁾ 대상 판결의 <별개의견 1>은 바로 이러한 새로운 주거권 이론, 즉 신주거권을 주거침입죄의 보호법익으로 제안한다. 여기서, 주거침입죄의 보호

7) “형법상 주거침입죄의 보호법익은 주거권이라는 법적 개념이 아니고 사적 생활관계에 있어서의 사실상 주거의 자유와 평온”이라는 것이 대법원의 판시이다(대법원 1984. 6. 26. 선고 83도685 판결).

8) 조선고등법원 1921. 6. 30. 판결(朝高判 大正 10年 6月 30日 刑上 第111號).

9) 주거권설을 주장하는 측에서는 ‘사실상 평온’이라는 개념이 임의적이고 자의적으로 활용될 가능성이 있음을 지적하기도 하며(임상규, “주거침입죄에 관한 대법원의 주요판례와 그 해석 및 입법론적 보완책”, 법학논고 제34집, 경북대학교 법학연구원, 2010, 345쪽), ‘사실상 평온설’은 주거침입죄의 합리적 해석을 불가능하게 한다고 지적하기도 한다(이정원, “주거침입죄의 구조와 문제점-주거침입죄 해석의 기준으로 사실상 평온과 주거권”, 법학논총 제21권 제1호, 조선대학교 법학연구원, 2014, 436쪽).

법익을 권리 개념으로 변경할 것인지 기존의 사실 개념을 유지할 것인지가 논란되는바, 항을 나누어 검토한다.

2. (신)주거권설

주거침입죄의 보호법익으로 주장되는 주거권은 ‘사람이 주거의 평온을 확보하고 권한 없는 사람의 침입으로부터 방해받지 않을 권리’를 말한다. 따라서 주거권자는 ‘다른 사람을 주거에 출입하도록 할 것인지를 결정할 수 있는 권리’를 갖게 된다.

소위 ‘신주거권설’의 핵심 법리는 이러한 주거권의 주체가 호주 또는 가장에 제한되지 않는다는 점이다. 기존 문헌 중에는 주거권자를 “주거에 거주함으로써 그 장소에 대하여 privacy의 이익을 가진 사람”이라고 설명하는 것도 눈에 띈다.¹⁰⁾ 따라서 주거에 가족이 거주하는 경우, 가족 모두가 주거권자의 지위를 갖는다는 설명이 가능해진다. 또한 주거권은 권리 개념이기 때문에 주거권을 가진 자가 부재중이라도 보호 대상이 된다는 설명에 무리가 없다. 권리는 현재 혹은 부재라는 사실 상태에 따라 인정 여부가 달라지지 않기 때문이다.

덧붙여서, <별개의견 1>은 주거권의 주체와 관련하여 다음의 법리를 제시한다. 첫째, 주거권자는 주거권의 행사를 다른 사람에게 명시적 혹은 묵시적으로 위임할 수 있으며, 가족 구성원에게는 묵시적 위임이 인정된다. 둘째, 적법하게 주거에 대한 점유를 개시하여 주거권이 발생한 경우에는 그 점유에 대한 근거가 소멸해도 주거에 대한 직접점유가 유지되고 있는 동안 주거권이 존속한다.

3. 사실상 평온설

‘사실상 주거의 평온’은 그동안 판례가 제시한 주거침입죄의 보호법익이다. 판례의 판시를 중심으로 ‘사실상 주거의 평온’을 이해하면, 그것은 다음의 4가지 특징을 지니는 개념으로 정리된다.¹¹⁾ ① 사실적 개념이다. 따라서 법적 권원이 요구되지 않는다. ②

10) 이재상/장영민/강동범, 형법각론 제12판, 박영사, 2021, 241쪽.

11) ‘사실상 주거의 평온’이 구체적으로 무엇을 의미하는지에 대해 학설은 여러 견해를 제시한다. 특히, ‘사실상’과 ‘평온’의 개념 표지에 관해 다양한 설명이 제시되는바(구체적인 내용은 문채규, “주거침입죄의 보호법익-‘사실상 평온설’의 정립을 위하여”, 비교형사법연구 제12권 제2호, 한국비교형사법학회, 2010, 57-60쪽 참조), 판례의 판시내용은 본문에서 적시한 4가지로 정리된다는 의미이다.

거주자 개인의 프라이버시를 보호하는 개인적 이익이다. 공동주거의 경우에도 거주자 개개인이 이익의 주체이며, 주거공동체가 집단으로 공유하는 이익을 이야기하는 것이 아니다. ③ 주거를 사실상 지배·관리하는 자가 누리는 이익이다. 이익의 주체가 주거에 현재하고 있을 필요는 없다. ④ 평온은 지배·관리의 평온을 뜻하며, 이는 대외적으로 주거에 대한 출입 통제가 유지되는 상태를 의미한다. 주거 내의 평화로움을 의미하지 않으므로, 소란이 야기되지 않더라도 평온은 해쳐질 수 있다.

이렇게 ‘사실상 주거의 평온’은 거주자의 사실 상태에서 생겨나는 이익을 말한다. 따라서 가족이 공동거주하는 경우 가족 모두가 향유자가 되며, 가족을 넘어선 범주로의 확대도 가능해진다. 또한 그것은 법적인 권리가 아니므로 향유자에게 법적 권원이 필수적으로 요구되지 않는다. 따라서 임대차 계약이 종료된 후에도 계속 거주하고 있는 임차인의 사례가 무리 없이 설명된다. 그러한 임차인은 주거의 법적 권리를 갖고 있지 않지만, 거주하고 있다는 사실 상태에서 비롯되는 평온의 이익에 대해서는 향유자가 될 수 있을 것이기 때문이다.¹²⁾

또한 판례는 부재중인 거주자도 ‘사실상 주거의 평온’의 향유자로 인정한다. 이를 설명하는 법리로는 앞에서 적시한 ③의 내용이 원용될 수 있다. 주거의 사실상 지배자는 주거에 현재하지 않더라도 주거의 평온이라는 이익의 주체가 된다는 것이 ‘사실상 평온설’의 설명이다.

4. 평가

‘신주거권설’과 ‘사실상 평온설’은 설명의 관점이 다르다. 전자는 주거침입죄의 보호법익을 권리 개념으로 설명하고, 후자는 사실 개념으로 설명한다. 하지만 과제의 해결에서는 같은 결과를 보인다. 보호법익의 주체(향유자)와 관련하여 제기되는 대표적인 3가지 과제를 다시 한번 정리해 보자. 첫째, 가장이나 호주가 아닌 가족도 보호법익의 주체(향유자)가 되는가? 둘째, 임대차 계약 종료 후에 주거에 머무는 임차인에게도 보호법익이 인정되는가? 셋째, 부재중인 거주자도 보호되는가? 이 3가지 질문에 대해 양 이론은 모두 ‘Yes’의 답을 한다. 이렇게 양 이론은 과제의 해결에서 차이를 보이지 않는 것이다. 그래서 혹자는 양 이론을 “동일한 실체에 대한 서로 다른 관점에서의 호명”이라고 이해하기도 한다.¹³⁾

12) 그래서 사법적 절차를 거치지 않고 임대인이 실력 행사로 주거에 들어가면 주거침입죄가 성립하는 것이다.

따라서 양 이론에 대한 평가는 어느 쪽의 법리가 더 자연스러운가로 좁혀진다. 먼저, 첫째 과제에 대한 설명을 보자. 가족 구성원 모두가 보호법익의 주체(향유자)라는 주장을 ‘신주거권설’은 주거권자 확대의 법리로 설명한다. 하지만 확대의 근거가 무엇인지에 대해서는 설명이 불명확하다. 특히 <별개의견 1>은 위임의 법리를 제시하는바, 그렇다면, 가장이나 호주가 아닌 가족의 주거권이 본래적인 것이 아니라 위임받은 것이라는 법리인지 의문이 든다. 위임받은 것이라면 소위 ‘구주거권설’의 가부장적 성격이 여전히 잔존하고 있다는 비판이 제기될 수 있을 것이다. 아울러 본래적인 것이라면 권원이 무엇인지 추가 설명이 있어야 할 것이다. 반면, ‘사실상 평온설’은 가족 구성원 모두를 평온의 향유자로 설명하는 것이 어렵지 않다. 주거의 평온이라는 사실 상태는 거주하는 가족 모두가 동등하게 누리는 이익일 것이기 때문이다. 이렇게 보면 첫째 과제의 해결에서는 ‘사실상 평온설’의 법리가 더 자연스럽다.

둘째, 임대차 계약이 종료된 후에 주거에 계속 머무는 임차인의 사례를 설명하기 위해 ‘신주거권설’은 권원의 시작이 적법했음을 강조한다. 일단 적법하게 주거권을 취득한 이상, (형법상의) 주거권은 민법상 점유의 근거 소멸 여하에 불문하고 임차인이 주거에 거주하는 한 존속된다는 것이다. 하지만 임차인의 (형법상) 주거권은 민법상의 계약으로 취득된 것이다. 따라서 계약이 종료되어 거주 근거가 소멸하였다면 주거권도 소멸하는 것이 이치에 맞는다. 그러한 임차인은 거주 ‘권리’를 가지는 것이 아니라 거주 ‘평온’을 주장할 수 있을 뿐이다. ‘사실상 평온설’은 이 점에서 임차인 사례의 설명에 무리가 없다. 임대차 계약이 종료되더라도 임차인이 계속 머물고 있다면 주거의 평온이라는 사실 상태는 임의로 침해될 수 없다는 설명이 충분히 가능할 것이기 때문이다. 이렇게 보면 둘째 과제의 해결에서도 ‘사실상 평온설’의 법리가 훨씬 더 자연스럽다.

셋째, 거주자가 부재중인 사례는 어떠한가? 우선, ‘신주거권설’의 법리에는 어색함이 없다. ‘권리’는 거주자의 위치에 따라 좌우되지 않기 때문이다. 따라서 부재중인 거주자도 당연히 주거권을 갖고 있으며, 그에 대한 침해는 주거침입죄를 구성하게 된다. 반면에, ‘사실상 평온설’에서는 다소 정치한 법리의 보충이 요구된다. 사실 개념이므로 거주자의

13) 김봉수, “‘공동거주자 간 법익충돌 사안’에 있어서 주거침입죄의 성부-대법원의 전원합의체판결(2020도12630 및 2020도6085)을 중심으로-”, 형사법연구 제34권 제1호, 한국형사법학회, 2022, 11쪽; 같은 관점에서, 보호법익에 관한 양 이론의 논쟁은 실익을 갖지 못하는 것으로 평가되기도 한다(송문호, “주거침입죄의 성립범위”, 형사정책연구 제20권 제3호, 한국형사정책연구원, 2009, 301쪽; 박혜진, “주거침입죄의 제한적 해석을 위한 비판적 고찰”, 고려법학 제61호, 고려대학교 법학연구원, 2011, 365쪽).

현재성 여부와 어떤 관계가 있는지 설명이 필요해지는 것이다. 그래서 여기서는 주거의 평온이 주거에 대한 지배·관리의 유지를 의미한다는 설명이 추가된다. 주거에 대한 지배와 관리의 유지는 거주자가 주거에 현재하든 부재중이든 불문하고 갖는 이익이고, 따라서 거주자가 부재중에 무단으로 출입하는 행위도 주거침입죄를 구성한다는 결론을 도출하는 것이다. 이렇게 보면 셋째 과제의 해결에서는 ‘신주거권설’의 법리가 간명하기는 하지만,¹⁴⁾ ‘사실상 평온설’도 나름의 법리를 마련하고 있는 것으로 평가된다.

양 이론의 법리에 대한 평가가 이와 같다면, 굳이 ‘신주거권설’으로의 변경을 꾀할 필요는 없을 것으로 생각된다. 양 이론은 구체적인 사안의 해결에서 답을 같이 한다. 그러면서 법리의 전개는 ‘사실상 주거의 평온’ 이론이 오히려 더 자연스럽다.¹⁵⁾ 덧붙여서, ‘사실상 평온설’은 지금까지 판례가 취해 온 입장이다. 그렇다면, 평가의 결론은 자명하다. 대법 판결에서 <별개의견 1>을 제외하고는 모두 ‘사실상 평온설’에 손을 들어 준 것도 그러한 인식의 반영으로 이해된다. 이 글 역시 그러한 결론에 동의한다.

III. 침입의 정의와 판단기준에 관한 논란

1. 논란의 출발-보호법익과의 관계

종래 판례는 주거침입죄의 실행행위인 ‘침입’을 ‘거주자의 의사에 반하여 주거에 들어가는 것’으로 판시하였다. 강학상 ‘의사침해설’이라 부르는데, 이는 판례의 오래된 입장이다. 그 시작은 주거침입죄의 보호법익에 관해 소위 ‘구주거권설’을 취했던 때로까지 올라간다. 주거침입죄의 보호법익을 “호주 또는 가장이 가지는 주거의 출입 허락권”으로

14) 이렇게 거주자가 부재중인 사안에서 주거침입죄의 인정에 자연스러운 법리를 제공할 수 있다는 점은 주거권설의 가장 중요한 논거이다(김경락, “부재중인 거주자의 의사에 반하여 주거에 들어가는 행위에 대한 주거침입죄의 성립여부-주거의 사실상의 평온설의 관점에서 판단한 대법원의 입장에 대한 비판적 검토”, 형사법연구 제22권 제3호, 한국형사법학회, 2010, 349-350쪽).

15) 사실상 평온설의 논거 중 독특한 것으로서, 주거침입죄의 객체에 ‘점유하는 방실’이 포함되어 있다는 점이 거론되기도 한다. 권리 여부를 묻지 않고 ‘점유한다’는 사실상의 지배상태를 보호하는 입장으로 이해될 수 있기 때문이다(신동운, 형법각론 제2판, 법문사, 2018, 821쪽). 또한 사실상 평온설의 계열 중에서, 주거침입죄의 객체를 개인의 사적 장소와 공공이 자유로이 출입할 수 있도록 개방된 장소로 구분하여, 전자를 대상으로 하면 ‘주거의 사실상 평온’이 보호법익으로 되지만, 후자의 경우에는 ‘업무상 평온과 비밀’이 보호법익이라는 색다른 설명도 발견된다(임웅, 형법각론 제12정판, 법문사, 2021, 301쪽).

보는 경우, 침입은 그러한 허락권의 침해가 된다.

이후 판례는 주거침입죄의 보호법익을 ‘사실상 평온설’로 변경하였지만, 침입의 의미에 대해서는 ‘의사침해설’을 여전히 유지하였다. 다만 그 내용에 있어서, 보호법익의 주체가 호주 또는 가장에서 거주자로 넓혀졌으니, 의사의 주체도 거주자로 확대하였을 뿐이다. 그래서 침입에 대한 정의도 “거주자의 의사에 반하여 주거에 들어가는 것”으로 보완되었다.

이렇게 판례가 ‘의사침해설’을 유지한 것에 대하여 반론이 제기될 수 있다. 주거침입죄의 보호법익을 권리 개념에서 사실적 상태 개념으로 변경하였다면 침해의 의미도 (권리침해에서 상태침해로) 변경하는 것이 사리에 맞는다는 지적이다.¹⁶⁾ 대상 판결의 <다수의견>은 그러한 지적을 수용한 것으로 이해된다. 그래서 침입의 정의에 대한 판시를 “거주자가 주거에서 누리는 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거에 들어가는 것”으로 변경한 것이다. 종래 판례의 판시를 ‘의사침해설’로 부른다면, 변경된 판시는 ‘평온침해설’이라고 할 수 있다. 항을 바꾸어 새로운 판례가 택한 ‘평온침해설’의 내용부터 살펴보기로 한다.

2. 평온침해설

2.1 정의와 판단기준

‘평온침해설’은 주거침입죄의 구성요건적 실행행위인 침입의 핵심 요소를 ‘거주자가 주거에서 누리는 평온의 침해’로 설명한다. 물론 행위의 방법은 ‘타인의 주거에 들어가는 것’이다. 따라서 둘을 합하면, 침입은 ‘거주자의 평온을 침해하며 주거에 들어가는 것’으로 정의된다.

문제는 ‘평온의 침해’ 여부를 판단하는 기준이다. 물리적 평온을 강조하면, 침입자의 행위 태양에 주목하게 된다. 행위 태양은 행위의 객관적·외형적 측면이다. 그래서 행위

16) ‘사실상 평온설’과 ‘의사침해설’의 조합은 모순이라고 지적하는 견해도 있다(이승준, “주거침입죄 관련 판례 흐름의 비판적 검토”, 법학연구 제30권 제2호, 충북대학교 법학연구소, 2019, 87쪽). 같은 맥락에서, ‘사실상 평온설’을 주장하더라도 거주자의 의사에 반하는지 여부로 침입을 판단하는 입장은 사실상 ‘주거권설’과 다를 바 없다는 평가도 제시된다(김준호, “간통 목적의 주거침입을 둘러싼 일본의 형법이론 변천에 관한 연구-울산지방법원 2020. 8. 21. 선고 2020노147 판결에 관한 평석을 겸하여-”, 법학연구 제31권 제3호, 연세대학교 법학연구원, 2021, 469쪽).

태양에서 평온의 침해를 찾는 견해를 ‘객관적 평온침해설’로 부르기도 한다. ‘의사침해설’을 반대하는 진영은 ‘평온침해설’의 내용을 ‘객관적 평온침해설’로 설명한다. 하지만 ‘평온침해설’을 택하면서도, 거주자의 의사를 평온 침해의 판단기준으로 제시하는 견해도 제시된다. 평온의 핵심에 거주자의 심리적 평온을 두게 되면, 평온의 침해는 ‘거주자의 의사에 반하여 주거에 들어가는 것’이 된다. 이를 ‘주관적 평온침해설’이라고 부르는데, 이는 결국 ‘의사침해설’과 별반 차이가 없는 견해가 된다. ‘주관적 평온침해설’은 주거침입죄의 보호법익에 관해 ‘사실상 평온설’을 취하면서도 구성요건적 실행행위인 침입의 판단기준으로는 거주자의 의사를 중시하는 견해이기 때문이다. 따라서 ‘평온침해설’은 침해의 판단기준을 침입자의 행위태양에서 찾는지 거주자의 의사에서 찾는지에 따라 내용이 달라진다.¹⁷⁾ 대상 판결의 (<다수의견>이 취하는) ‘평온침해설’은 어느 쪽인지 항을 바꾸어 살펴본다.

2.2 대상 판결의 평온침해설

대상 판결의 <다수의견>은 침입의 의미를 ‘거주자가 주거에서 누리는 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거에 들어가는 것’을 의미한다고 판시한다. 그러면서 판단기준에 관하여, “침입에 해당하는지 여부는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양을 기준으로 판단함이 원칙”이라고 한다. 문제는 거주자의 의사를 어떻게 취급하는지이다. “사실상의 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거에 들어가는 것이라면 대체로 거주자의 의사에 반하는 것”이라고 하여 행위자의 행위태양과 거주자의 의사를 연결하는 고리를 마련한다. 다만 “거주자의 의사에 반한다는 거주자의 주관적 사정만으로는 바로 침입에 해당한다고 볼 수는 없다”고 하여, 거주자의 의사가 침입의 독자적인 판단기준은 아니라고 판시한다.

<다수의견>에 대한 <보충의견>은 범죄체계론 차원의 설명도 덧붙인다. “범죄의 구성요건적 행위는 범죄의 불법성을 이루는 구성요건으로서 불법유형에 상응하는 행위태양인 객관적 구성요건”이므로, “범죄의 구성요건적 행위에 해당하는지 여부는 행위 당시에 객관적·외형적으로 드러난 행위태양을 기준으로 판단함이 원칙”이라는 설명이다. 하지

17) 이렇게 ‘객관적 평온침해설’과 ‘주관적 평온침해설’을 구별하여 설명하는 것은 주로 일본의 문헌에서 발견된다. 그에 관한 정리는 김성규, “주거침입죄에 있어서의 ‘침입’행위의 의미-공동거주자의 허락이 대립하는 경우와 관련해서-”, 일감법학 제45호, 건국대학교 법학연구소, 2020, 100-101쪽 참조.

만 <보충의견> 역시 “침입에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서 거주자의 의사를 완전히 배제하는 것은 아니다”라고 하면서, 거주자의 의사는 행위자의 침입 여부에 대한 ‘판단자료’가 된다고 덧붙인다.

3. 의사침해설

3.1 정의와 판단기준

의사침해설은 주거침입죄의 구성요건적 행위인 침입을 타인이 거주하는 주거에 그 타인의 “의사에 반하여 들어가는 것”으로 설명한다.¹⁸⁾ 침입이라는 단어의 불법 요소인 ‘침(侵)’의 핵심을 피해자의 ‘의사에 대한 침해’로 설정하는 것이다. 이는 타인 주거에의 출입이 전적으로 그 타인의 의사에 따라서 행해져야 함을 전제로 한다. 타인으로부터 허락받고 그의 주거에 들어가는 행위는 당연히 적법하다. 따라서 주거 ‘침입’의 불법성은 타인의 ‘의사에 반한 출입’에서 찾아져야 한다는 법리이다.

문제는 허락의 주체가 누구인가 하는 점이다. ‘주거권설’은 주거권자라고 답한다. 주거침입죄의 보호법익을 주거권으로 설정하면 주거에의 출입 허락을 결정할 수 있는 자는 그러한 주거권을 갖는 자, 즉 주거권자가 될 것이기 때문이다. 하지만 ‘사실상 평온설’은 주거의 이익을 사실 개념으로 설정하므로, 허락의 주체도 ‘거주자’ 등의 사실 개념이 될 수밖에 없다. 구체적인 내용은 항을 나누어 살펴본다.

3.2 주거권설과 의사침해설

대상 판결의 <별개의견 1>은 주거침입죄의 보호법익으로 주거권을 주장한다. 그러면 서 주거권은 “다른 사람을 주거에 출입하도록 할지 여부를 결정할 수 있는 권리”라고 설명한다. 따라서 주거침입죄의 구성요건적 행위인 ‘침입’은 자연스럽게 “주거권자의 의사에 반하여 주거에 들어가는 것”이 된다.

덧붙여서, 침입의 사전적 의미에서도 ‘의사침해설’이 옳다고 설명한다. 침입은 ‘침범

18) 참고로, 침입을 거주자의 ‘동의의사 없는 출입’으로 이해하는 견해도 제시될 수 있다. 그럴 경우, ‘의사에 반하는 출입’의 개념보다 범주가 더 넓어질 것이다(이에 대한 소개와 검토는 최준혁, “주거침입죄에서 기만에 의한 승낙의 효력-포괄적 승낙이 부여된 공공건물 출입과 관련하여-”, 형사법연구 제32권 제4호, 한국형사법학회, 2020, 111-113쪽 참조).

하여 들어가거나 들어옴'을 뜻하는데, '침범'은 '상대방의 승낙 없이 함부로 이루어지는 행위'를 개념표지로 삼고 있으므로, '침입'은 '상대방의 승낙 없이 함부로 들어가거나 들어오는 것'을 의미하게 된다는 것이다. 여기서 '상대방의 승낙 없이 함부로'가 곧 '주거권자의 의사에 반하여'와 같은 의미라고 설명한다.

어쨌든 <별개의견 1>의 내용은 주거침입죄의 보호법익에 관해 주거권설을 주장하는 전제하에 침입의 의미를 '의사의 침해'로 파악하는 법리이다. 따라서 주거에의 출입을 결정할 수 있는 주체는 주거권자가 되는데, 앞에서 설명하였듯이 <별개의견 1>은 주거권자를 가장이나 호주로 제한하지 않고 주거에 거주하는 자 모두에게로 넓힌다.

3.3 종래 판례(<별개의견 2>와 <반대의견>)의 의사침해설

종래 판례는 주거침입죄의 보호법익을 '사실상 주거의 평온'이라고 판시한다. 그러면 서 구성요건적 행위인 '침입'은 "거주자의 의사에 반하여 주거에 들어가는 것"이라고 정의한다. '사실상 평온설'과 '의사침해설'을 짝짓는 법리인데, 대상 판결의 <별개의견 2>와 <반대의견>은 이러한 종래 판례의 법리를 지지한다.

'사실상 평온설'과 '의사침해설'의 연결은 일견 부자연스럽게 보일 수도 있다. 평온은 상태임에 반하여, 의사는 내부 심리이기 때문이다. 그래서 <다수의견>은 보호법익을 '평온'으로 유지하면서 침입을 그러한 '평온의 침해'로 바꾸어 정의한다. 반면에, <별개의견 1>은 보호법익을 '(신)주거권'으로 변경함으로써 침입을 거주자의 '의사에 대한 침해'로 설명하는 바탕을 새롭게 제공하는 것이다.

하지만 <별개의견 2>는 그러한 수선이 필요하지 않다고 주장한다. 주거의 사실상 평온에는 물리적 평온뿐 아니라 심리적 평온도 포함되며, 오히려 후자가 더 중요하다는 것이 <별개의견 2>의 설명이다. 그래서 침입의 본질적 요소는 주거의 사실상 평온을 물리적으로 해치는 측면 보다 거주자의 의사에 반하여 주거에 들어감으로써 심리적 평온을 해치는 측면에서 찾아진다고 한다. 합하여 설명하면, 주거의 사실상 평온의 핵심은 거주자가 생활공간에서 누리는 '마음의 안도감'이므로, 거주자의 의사에 반하여 주거에 들어가면 해당 공간에 대한 거주자의 '심리적 장벽'을 돌파하는 침입이 된다는 것이다. 이렇게 '심리적 평온(마음의 안도감)'을 돌쩌귀로 삼아 '사실상 평온설'과 '의사침해설'을 짝짓는 것이 <별개의견 2>의 법리이다.

<반대의견>은 종래 판례의 입장을 보다 적극적으로 옹호한다. 주거침입죄의 보호법

익에 대한 논의와 상관없이 침입은 “거주자의 의사에 반하여 주거에 들어가는 것”으로 해석해야 한다고 주장한다. 그러면서, <다수의견>과 같이 객관적·외향적 평온의 침해를 기준으로 침입 여부를 판단하면, 출입문이 열려 있는 빈집에 출입하는 경우 주거침입에 해당하지 않는 부당함이 발생한다고 지적한다. 따라서 주거침입죄의 보호법익을 주거의 사실상 평온으로 설정하더라도 침입의 의미와 판단기준은 거주자의 의사에서 찾아져야 한다는 것이 <반대의견>의 판시이다.

4. 평가

<다수의견>이 판시하는 ‘평온침해설’은 주거침입죄의 보호법익에서 ‘직접적’으로 구성요건적 실행행위(침입)의 개념을 끌어내려고 한다. 보호법익이 ‘주거의 사실상 평온’이니, 침입은 그러한 평온의 침해, 즉 ‘거주자가 주거에서 누리는 평온의 침해’로 정의되어야 한다는 것이다. 반면에, 종래 판례(<별개의견 2>와 <반대의견>)의 ‘의사침해설’은 평온의 주체인 거주자를 중심에 놓고 주거침입죄의 구성요건적 실행행위(침입)의 내용을 채운다. 거주자의 의사에 반하는 출입이 침입이고, 그로부터 거주자의 평온을 보호하는 것이 주거침입죄의 목적이라는 것이다. 그리고 이러한 거주자 중심의 행위 개념은 주거침입죄의 보호법익을 (신)주거권으로 설정할 경우(<별개의견 1>) 한층 자연스러워진다. 주거권의 주체인 거주자의 의사에 반하는 출입이 거주자의 주거권을 침해하는 행위일 것이기 때문이다.

여기서, <별개의견 1>의 법리는 보호법익의 논의에서 이미 배제하였으므로 평가 대상에서 제외한다. 주거침입죄의 보호법익은 ‘주거의 사실상 평온’이다. 이를 전제로 주거침입죄의 구성요건적 실행행위(침입)의 정의와 판단기준을 정립한다면, 논의의 구도는 [<다수의견> 대 <종래 판례>]의 대립이 되는데, 이 글은 양 견해가 각기 장단점을 지니는 것으로 평가한다.

<다수의견>이 침입 개념의 키워드로 제시한 ‘평온의 침해’는 실행행위의 정의를 일반화할 수 있는 도구이다. 평온침해의 판단기준으로는 여러 가지가 제시될 수 있다. 거주자의 의사에 반하는지도 판단기준으로 사용될 수 있고, 행위자의 행위태양도 역시 판단기준이 될 수 있다. <다수의견>이 제시하는 ‘평온의 침해’는 이것들을 종합하는 기능을 지닌다. 그러나 문제는 <다수의견>이 ‘행위태양’이라는 판단기준을 침입의 개념에 명시적으로 추가함으로써 ‘평온의 침해’라는 개념의 종합성이 흔들리게 되었다는 점이다.

“거주자가 주거에서 누리는 사실상의 평온상태를 침해하며 주거에 들어가는 것”이라고 일반화하는 선에서 끝났으면 이리저리한 판단기준을 아우르는 실용적인 개념이 될 수 있었을 텐데, 중간에 ‘행위태양’이라는 단어를 첨가함으로써(“거주자가 주거에서 누리는 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거에 들어가는 것”) 다양한 판단기준의 활용을 자칫 봉쇄할 여지가 발생한 것이다.

반면에 종래 판례가 거주자의 의사를 침입 판단의 기준으로 삼은 것은 실무에서 중요한 의미를 지닌다. 거주자는 평온의 주체이며, 주거침입죄의 피해자이다. 거주자의 의사에 반하는 출입은 거주자가 주거에서 누리는 사실상 평온을 침해한다. 따라서 거주자의 의사는 침입 여부를 판단하는 일차적 기준으로 작용한다. 종래 판례의 침입 개념은 바로 이 점에 주안을 둔 것으로 이해된다. 하지만 문제는 거주자의 의사가 현실적(명시적·묵시적)으로 표현되지 않은 경우, 어떻게 해결할 것인가 하는 점이다. 이를 위해 종래 판례는 ‘추정적 의사’라는 개념을 사용하는데, 그러기 위해서는 추정의 근거에 대한 설명이 필요해진다. 나아가 거주자가 복수이고 그들의 의사가 다른 경우에도 설명이 궁색해진다. 이때에는 “거주자의 의사에 반하여 주거에 들어가는 것”이라는 종래 판례의 침입 개념만으로는 답의 도출이 힘들어지는 것이다. 거주자의 의사에 질적 차이를 두지 않는다면, 누구의 의사를 기준으로 침입 여부를 판단할 것인가? 주거침입죄의 보호법익에 관해 주거권, 그것도 구주거권 이론을 택하지 않는 한, 복수의 거주자가 타인의 출입에 대해 의사를 달리하는 경우, ‘의사침해설’만으로는 해결이 어려워지는 것이다.

이렇게 보면, 양 견해를 결합하여 침입의 법리를 다층적으로 구성하는 작업이 필요해짐을 인식하게 된다. 침입의 정의를 설정하는 단계에서는 ‘평온침해설’의 관점을 수용하고, 그러한 (거주자의) 평온이 침해되었는지를 판단하는 기준으로는 ‘거주자의 의사’를 중요하게 고려하면서 그에 덧붙여 행위자의 행위태양 등도 참고하는 구조이다. 장을 바꾸어 구체적인 내용을 설명하기로 한다.

IV. 침입의 정의와 판단기준에 관한 이 글의 법리

1. 침입의 정의

주거침입죄의 보호법익을 ‘사실상 주거의 평온’으로 상정하면, 주거침입죄의 실행행

위인 침입의 정의에서도 평온의 침해를 핵심적 요소로 설정하는 ‘평온침해설’을 택하는 것이 자연스럽다. 앞에서 기술한 바 있듯이, ‘평온침해설’의 원형은 ‘거주자가 주거에서 누리는 사실상 평온의 침해’라는 불법적 요소와 ‘타인의 주거에 들어감’이라는 행위 방법의 결합이다. 합하여 표현하면, “거주자가 주거에서 누리는 사실상의 평온상태를 침해하며 주거에 들어가는 것”이 된다.

하지만 <다수의견>은 그 중간에 ‘행위태양’이라는 단어를 추가하고 있다. “거주자가 주거에서 누리는 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거에 들어가는 것”이 <다수의견>의 침입에 대한 정의이다. 여기서 ‘행위태양’을 어떻게 이해할 것인지 문제된다. 거주자의 의사와는 절연된 행위자의 행위 형상만을 의미한다면, <다수의견>의 정의는 소위 ‘객관적 평온침해설’에 갇히게 된다. 사실, 그러한 경향이 <다수의견>의 판시에서 엿보이기는 한다. 침입의 판단기준으로 ‘출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양’을 중시하기 때문이다. 하지만 그래서는 ‘평온침해설’이 지니는 종합화의 장점이 손상된다. 그래서 이 글은 다음의 2가지 방안을 제안한다.

첫째, 침입의 정의에 대한 판시를 다시 변경하여 ‘평온침해설’의 원형 그대로를 수용하는 방안이다. ‘행위태양’이라는 단어를 삭제하고, 침입의 정의를 “거주자가 주거에서 누리는 사실상의 평온상태를 침해하며 주거에 들어가는 것”으로 간결하게 판시하면 된다. 판례 변경의 절차를 또 거쳐야 하지만, ‘평온침해설’의 장점을 명확하게 살리는 방안이 된다.

둘째, 침입의 정의에 대한 <다수의견>의 판시를 ‘평온침해설’의 취지에 맞추어 해석하는 방안이다. <다수의견>이 적시한 ‘행위태양’이라는 표현을 그 앞부분과 그 뒷부분의 연결고리만으로 이해하는 해석이다. 그것에 독자적인 의미를 부여하지 않고, ‘평온침해’라는 불법성과 ‘주거출입’이라는 행위 방법을 연결하는 표현으로만 이해하는 것이다. 그렇다면, <다수의견>의 정의에서 의미를 지니는 것은 앞부분의 ‘평온침해’와 뒷부분의 ‘주거출입’이고, 이는 위에서 적시한 ‘평온침해설’의 원형과 그 내용이 같아진다. 이러한 해석의 전제라면, 침입의 정의에 대한 <다수의견>의 설정을 수용하는 것도 가능해진다. 판례의 판시가 변경되기 전의 단계에서는, 이러한 해석을 제안한다.

2. 침입의 판단기준

2.1 거주자 측의 요소-거주자의 의사-

2.1.1 고려의 필요성

‘평온침해설’이 제시하는 바와 같이 침입의 불법성을 평온침해에서 찾을 때, 평온침해의 판단기준은 무엇일까? <다수의견>은 행위자의 객관적·외형적 행위태양을 거론하지만, 그것보다 먼저 고려해야 할 판단기준이 거주자의 의사이다. 주지하듯이, 거주자는 주거에서 평온을 누리는 자이며, 평온은 거주자의 평온을 말한다. 따라서 평온의 침해 여부는 거주자 측에서 판단해야 하는데, 그러기 위해서 가장 먼저 고려해야 할 사항은 행위자의 주거 출입에 대해 거주자가 어떤 의사를 지니고 있는가 하는 점이다. 거주자가 거부함에도 불구하고 그의 주거에 들어가면 거주자의 평온이 침해되는 것은 당연하다. 따라서 거주자의 의사는 평온침해를 판단하는 첫 번째 기준이 되는 것이다.

그런데 여기서 주의해야 할 사항이 있다. 평온침해의 판단기준인 거주자의 의사는 그에 대한 행위자의 태도와 연결되어야 의미를 지닌다는 점이다. 거주자가 타인의 출입에 대해 지니는 의사는 그 자체만 떼어놓고 보면 형법적 판단 대상이 아니다. 그러한 거주자의 의사는 그저 거주자 측의 (주관적) 사정일 뿐이다. 형법이 관심을 두는 것은 거주자의 의사에 대한 행위자의 반응이다. 거주자의 의사에 ‘반하여’ 그의 주거에 출입한다는 점이 판단 대상이고, 따라서 그것은 거주자의 주관적 사정에 그치는 요소가 아니라 행위자의 행위 요소로 흡수되는 불법 요소이다. 따라서 <다수의견>이 거주자의 의사를 거주자의 ‘주관적 사정만’에 그치는 요소로 지적하는 것은¹⁹⁾ 이러한 법리에 대한 오해의 탓이다. 다만 <다수의견>과 그에 대한 <보충의견>이 거주자의 의사를 완전히 배제하고 있지는 않으며,²⁰⁾ 특히 <보충의견>은 거주자의 의사를 평온침해의 ‘판단자료’라고 한 점에서²¹⁾ 거주자의 의사가 복권될 다소의 여지가 발견되는바, 이 글은 그러한 점에 대한 복권을 시도하고 있다.

19) <다수의견>은 “단순히 주거에 들어가는 행위 자체가 거주자의 의사에 반한다는 거주자의 주관적 사정만으로 바로 침입에 해당한다고 볼 수는 없다.”고 판시한다.

20) <다수의견>은 “사실상의 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거에 들어가는 것이라면 대체로 거주자의 의사에 반하는 것”이라고 하며, <보충의견>은 “다수의견은 침입에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서 거주자의 의사를 완전히 배제하는 것은 아니다”라고 설명한다.

21) <다수의견>에 대한 <보충의견>은 “거주자 등의 의사는 주거 등에 들어가는 것이 주거의 사실상 평온상태를 해치는 태양인지를 판단하기 위한 판단자료이다.”라고 설명한다.

2.1.2 현실적 의사

주거의 출입에 대한 거주자의 현실적 의사가 확인되는 경우 그에 반하여 주거에 들어가는 행위는 거주자의 평온을 침해하게 되고, 따라서 침입에 해당한다. 현실적 의사는 명시적(언어)으로뿐 아니라, 묵시적(행동)으로도 표해질 수 있다. 출입 금지의 팻말은 전자의 예이다. 출입문을 닫아 놓은 행위도 (시정(施錠) 유무와 상관없이) 외부인의 출입을 금지하는 의사로 취급되어야 할 것인바, 후자의 예로 설명할 수 있을 것이다. 따라서 절도 의사로 빌라(다가구용 단독주택)의²²⁾ 시정되지 않은 대문을 열고 들어가서 3층까지 올라가 문을 두드려 본 후 1층으로 내려온 경우, 거주자의 현실적 의사에 반하여 침입한 사안이 된다.²³⁾

현실적 의사는 명확한 판단기준이다. 대부분의 사안에서 거주자의 의사가 액면 그대로 확인되기 때문이다. 하지만 거주자의 의사가 착오로 인한 경우에는 표해진 그대로 인정하는 것에 논란이 제기될 수 있다. 이때에는 착오의 귀책 기준이 필요해지는데, 이를 위해서는 행위자(침입자) 측의 요소, 즉 행위자의 ‘주관적 의도’와 ‘객관적·외형적 행위태양’이 고려의 요소로 사용될 수 있을 것이다. 행위자 측의 요소에 대해서는 후술한다.

2.1.3 추정적 의사

거주자의 현실적 의사가 확인되지 않는 경우 어떻게 할 것인지 문제가 제기될 수 있다. 이때에는 거주자의 의사를 추정해야 하는데, 추정의 근거로는 역시 행위자 측의 요소가 고려될 수 있다. (후술하는) 행위자의 ‘주관적 의도’와 ‘객관적·외형적 행위태양’이 그것이다. 행위자가 거주자에게 해를 끼칠 의도를 지니고 비정상적인 행위태양으로 주거에 들어갔다면, 거주자의 출입 거부 의사가 추정되고, 그럴 경우, 해당 주거에 들어가는 행위는 침입에 해당한다.

22) 빌라와 같은 공동주택의 공용부분이 주거침입죄의 객체인지에 대해서는 논란이 있다. 원칙적으로 반대하는 견해도 있고(박혜진, 앞의 논문, 367쪽), 보안통제장치의 유무와 거주자의 의사를 고려하여 판단하자는 견해도 있으며(홍승희, “공동주택의 공용공간에 대한 주거침입죄의 해석”, 형사판례연구 제21권, 한국형사판례연구회, 2013, 186-188쪽과 195-196쪽; 김성돈, “주거침입죄의 주거개념과 기수시기”, 형사법연구 제22권 제1호, 한국형사법학회, 2010, 64-65쪽), ‘관리하는 건조물’로 취급하자는 견해도 제시된다(임상규, 앞의 논문, 354쪽). 이 글은 대법원 2009. 8. 20. 선고 2009도3452 판결과 대법원 2009. 9. 10. 선고 2009도4335 판결의 판시를 존중하여, 위 사안의 빌라 계단을 주거침입죄의 객체에 해당하는 것으로 판단하는 전제하에 침입 여부를 검토하고 있다.

23) 판례 역시 “주거인 공용 계단에 들어간 행위가 거주자의 의사에 반한 것이라면 주거에 침입한 것이라고 보아야 할 것이다.”라고 판시하였다(대법원 2009. 8. 20. 선고 2009도3452 판결).

2.1.4 거주자 간의 의사 불일치

공동주거에서 거주자 간에 의사가 상충하는 경우, 이때에는 거주자의 의사를 기준으로 침입 여부를 판단하는 것이 어려워진다. 한쪽에서는 출입 거부 의사, 또 다른 쪽에서는 출입 허락 의사, 외부인의 주거 출입은 침입인가, 아닌가?²⁴⁾ 종래 판례와 새로운 판례의 판시가 제시하는 해결방안은 3가지이다. 첫째, 출입 거부의 편에 있는 거주자의 의사에 손을 들어 주는 방안이다. 이는 또 다른 거주자의 출입 허락 의사는 배제된다는 의미이다.²⁵⁾ 따라서 그를 따라 들어간 자는 주거침입죄에 해당한다. 상간자 주거 출입의 사례에서 종래 판례는 이런 경향을 보였다. 둘째, 출입 허락의 편에 있는 거주자의 의사에 손을 들어 주는 방안이다. 다른 거주자들은 공동주거의 특수관계로 인해 출입을 허락한 거주자의 의사를 용인해야 한다는 점이 근거이다. 따라서 주거에 출입한 자를 주거침입죄로 처벌할 수 없다고 설명한다. <별개의견 2>가 이러한 입장이며, <별개의견 1>도 유사한 법리를 제시한다. 셋째, 침입의 판단기준을 거주자의 의사가 아닌 다른 요소에서 찾는 방안이다. <다수의견>은 이 방안을 제시하고 있다. 그러면서 <다수의견>은 행위자(침입자)의 객관적·외형적 행위태양을 침입의 판단기준으로 적시한다.

이 글은 <다수의견>의 법리를 보완하여 해결하는 방안을 제안한다. 공동주거에서 거주자들의 의사가 상충하면, 피해자(거주자) 측의 요소가 아닌 다른 요소에서 침입의 판단기준을 찾아야 하는바, 그 다른 요소는 마땅히 행위자(침입자) 측의 요소가 된다. 행위자 측의 요소에는 ‘의도(주관적 요소)’와 ‘객관적·외형적 행위태양(객관적 요소)’의 2가지가 있다. <다수의견>은 후자만을 적시하고 있지만, 이 글은 양자를 모두 검토하여 침입의 인정 여부를 판단해야 한다고 생각한다.²⁶⁾ 구체적인 내용은 항을 바꾸어 설명한다.

24) 이 사안을 침입 개념에 의해서가 아니라 공동거주자 간의 관계에서 해결해야 한다는 견해도 있다(김봉수, 앞의 논문, 24쪽). 반면에, 공동거주자 간의 관계는 공동체 내부의 문제이므로 형법적 평가의 대상으로 삼기 힘들고, 침입의 개념으로 처리해야 한다는 견해도 제시된다(류부곤, “공동주거에 대한 주거침입죄의 성립여부”, 형사법연구 제33권 제3호, 한국형사법학회, 2021, 112쪽; 류전철, “주거침입죄의 해석론과 적용상의 문제점”, 법학논총 제30권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2010, 102쪽; 김성규, 앞의 논문, 105쪽). 본문의 첫째와 둘째 방안은 공동거주자 간의 관계에 주목하고, 셋째 방안은 침입의 개념으로 해결을 시도한다. 이 글은 후자를 택하고 있다.

25) “거주자들 중 99%가 동의해도 1%가 반대한다면 그 행위는 (일부의) 의사에 반하여 이루어진 행위”라고 하면서, 사안에 따라 형법 ‘사회상규에 위배되지 않는 행위’의 법리로 주거침입죄의 성부를 결정하면 된다는 견해도 있다(김경락, “주거침입죄의 침입의 의미·보호법익과 ‘의사에 반하여’에 대한 해석을 중심으로-”, 법학논총 제38권 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2018, 159쪽).

26) 그렇더라도 대상 판결의 사안(상간자 주거 출입)에서 피고인에게 침입이 인정되지 않는다는 결론은 같아진다. 후술하겠지만, 행위자의 의도에 반가치성이 있더라도 출입의 행위태양이 정상적이면 원칙적으로 침입이 부정되기 때문이다.

2.2 행위자 측의 요소-주관적 의도와 객관적·외형적 행위태양

2.2.1 행위자의 주관적 의도

이 글이 제시하는 행위자의 ‘주관적 의도’는 행위자가 타인의 주거에 들어가는 동기 및 목적을 말한다. 따라서 주거침입의 고의와는 구별된다. 고의는 타인의 주거에 침입한다는 점에 대한 인식과 인용이지만, ‘주관적 의도’는 그렇게 침입해서 도모하려는 일의 계획을 의미한다. 그 계획은 선한 것일 수도 있고 악한 것일 수도 있다. 거주자를 위한 것일 수도 있고 거주자에게 해가 되는 것일 수도 있다. 그것이 지니는 가치가 정가치(正價値)인지 반가치(反價値)인지에 따라 행위자의 주거 출입이 침입인지의 판단이 달라지게 된다.

행위자의 ‘주관적 의도’는 거주자의 의사를 <보완>하거나 <대체>하는 판단기준이다. 거주자의 현실적 의사(출입 허락의 의사)가 착오로 인한 경우라든지, 거주자의 현실적 의사가 확인되지 않아 거주자의 의사를 추정할 필요가 있는 경우에는, 행위자의 ‘주관적 의도’가 (후술하는 행위자의 ‘객관적·외형적 행위태양’과 더불어) 거주자의 의사를 <보완>하는 기능을 한다. 나아가 공동주거에서 거주자 간에 의사가 서로 달라서 충돌하는 경우라면, 행위자의 ‘주관적 의도’는 (역시 행위자의 ‘객관적·외형적 행위태양’과 함께) 거주자의 의사를 <대체>하는 판단기준으로 사용될 수 있다.

2.2.2 행위자의 객관적·외형적 행위태양

행위자의 ‘주관적 의도’와 더불어 행위자 측의 요소를 구성하는 것이 행위자의 ‘객관적·외형적 행위태양’이다. 행위자가 해당 주거에 출입하는 방법 및 모양을 말하는데, 그것이 불법적이거나 비정상적이면 침입이라는 판단이 쉬워진다. 문을 부수고 타인의 주거에 들어간다든지 담을 넘어 타인의 주거에 들어가는 행위는 직관적으로도 침입이라고 판단될 수 있을 것이기 때문이다. <다수의견>이 행위자의 ‘객관적·외형적 행위태양’을 침입을 판단하는 기준으로 전면에 내세우는 것도 이러한 명료함 때문으로 이해된다.

하지만 외향이 침입적이라고 하여 본질도 침입이라고 판단하는 것은 성급하다. 문을 부수고 들어가든 담을 넘어 들어가든, 그것이 거주자의 진정한 요청에 의한 행위였다면 침입으로 처벌할 수 있겠는가? 또한 행위자의 ‘주관적 의도’가 거주자의 이익을 위한 것이었을 때 외향에만 의존하여 침입으로 단죄하는 것은 올바른가?

그래서 이 글은 <다수의견>을 보완하여 행위자의 ‘객관적·외향적 행위태양’의 위치

를 다소 뒤로 물리려고 하는 것이다. 그것은 행위자의 ‘주관적 의도’와 짝을 이루며, 거주자의 의사를 <보완> 혹은 <대체>하는 판단기준의 위상을 갖는 것이 맞는다. 즉, 거주자의 현실적 의사(출입 허락의 의사)에 착오 등의 불완전 사유가 발견된다든지, 거주자의 의사를 추정해야 하는 경우는 행위자의 ‘객관적·외형적 행위태양’이 (행위자의 ‘주관적 의도’와 더불어) 거주자의 의사를 <보완>하게 될 것이고, 공동주거에서 거주자 간의 의사가 충돌하는 경우에는 행위자의 ‘객관적·외형적 행위태양’이 (역시 행위자의 ‘주관적 의도’와 함께) 거주자의 의사를 <대체>하게 될 것이다.

2.2.3 판단의 방법

앞에서 설명한 대로, 주거침입죄의 실행행위인 침입의 불법성은 ‘평온침해’에 있다. 따라서 행위자의 ‘주관적 의도’와 ‘객관적·외형적 행위태양’을 기준으로 침입 여부를 판단하는 경우에도 궁극적인 시금석은 ‘평온침해’가 된다. 즉, 양자를 함께 고려하면서 궁극적으로 거주자의 평온을 침해하였는지 판단하는 것이다.

행위자의 ‘주관적 의도’와 ‘객관적·외형적 행위태양’이 모두 반가치적이면 침입의 인정이 쉬워진다. 거주자에게 해를 끼치기 위해 비정상적인 방법으로 출입하는 경우, 거주자의 평온이 침해될 것이기 때문이다.²⁷⁾ 하지만 양자 중에서 한쪽만 반가치적일 때에는 침입을 인정함에 신중할 필요가 있다. 행위자의 의도에 불법이 있어도 정상적인 방법으로 출입하였다면 거주자의 평온이 유지될 수 있으며,²⁸⁾ 행위자의 의도가 선한 경우라면(특히 거주자의 이익을 위한 경우) 출입의 방법이 비정상적이라도 거주자의 평온을 해하지 않을 수 있기 때문이다. 따라서 그러한 경우에는 원칙적으로 침입을 부정하되, 의도 혹은 출입 방법의 반가치성이 특수하게 중한 경우에만 침입을 인정하는 것이 타당하다.²⁹⁾

27) 소위 공중화장실 사례(피고인이 피해자가 사용 중인 공중화장실의 용변 칸을 노크하였고, 피해자가 남편인 줄 알고 “아빠야”라고 하며 밖이 보일 정도로 문을 열자, 피고인이 강간의 의도로 문을 더 열고 들어가 잠근 사안)는 피해자가 의사가 착오에 의한 대표적인 사례이다. 따라서 행위자(피고인) 측의 요소로 침입 여부를 따져보아야 하는데, 피고인에게서는 주관적 의도(강간 의사)의 반가치성과 객관적·외형적 행위태양(피해자가 있는 용변 칸의 문을 더 열고 들어가 문을 잠갔음)의 반가치성이 모두 있으므로 침입의 인정에 무리가 없다. 따라서 종래 판례(대법원 2003. 5. 30. 선고 2003도1256 판결)와 결론이 같아진다.

28) 카메라 설치 목적으로 음식점을 출입한 사례도 피해자의 출입 허락 의사가 착오에 의한 경우로 볼 수 있다. 그런데 이 사안에서는 행위자의 주관적 의도는 반가치적이지만, 출입의 객관적·외형적 행위태양은 정상적이다. 그러면서 도청 목적의 반가치성 정도로는 피해자의 주거 평온을 해쳤다고 볼 수 없으므로, 침입이 인정되지 않는다. 이 점에서 대법원이 올해 전원합의체 판결(대법원 2022. 3. 24. 선고 2017도18272 전원합의체 판결)에서 종래 판례(대법원 1983. 7. 12. 선고 83도1394 판결)를 변경하여 주거침입죄를 부정한 것은 타당하다.

3. 요약

이 글이 제안하는 침입의 정의와 판단기준에 관한 법리를 요약하면 다음과 같다.

① 주거침입죄의 구성요건적 실행행위인 침입은 “거주자가 주거에서 누리는 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거에 들어가는 것”으로 정의된다.

② 거주자의 의사에 반하는지 여부는 침입의 판단기준으로 먼저 확인될 필요가 있다. 거주자가 출입 거부 의사로 현실적(명시적·묵시적)으로 표했음에도 그의 주거에 들어갔다면, 거주자의 평온이 침해된 것이고, 따라서 침입에 해당한다.

③ 거주자의 현실적 의사(출입 허락의 의사)가 착오로 인한 경우라든지, 현실적 의사가 확인되지 않아서 거주자의 의사를 추정해야 하는 경우, 또한 공동주거에서 거주자간에 의사가 상충하는 경우 등에서는 행위자 측의 요소가 침입의 판단기준으로 사용되어야 한다.

④ 침입의 판단기준으로 사용되는 행위자 측의 요소에는 행위자의 ‘주관적 의도’와 ‘객관적·외형적 행위태양’이 있다. 전자는 행위자가 타인의 주거에 들어가는 동기 및 목적이고, 후자는 행위자가 해당 주거에 출입하는 방법 및 모양이다. <다수의견>은 후자에 중점을 두고 있지만, 이 글은 그러한 <다수의견>을 보완하여 양 요소를 모두 침입의 판단기준으로 제시하고 있다.

V. 나오는 말

앞에서 정리한 바대로, 대법원(대법원 2021. 9. 9. 선고 2020도12630 전원합의체 판결)의 <다수의견>은 주거침입죄의 보호법익으로부터 실행행위인 ‘침입’의 정의를 도출한다. 보호법익이 ‘사실상 주거의 평온’이니, 침입의 정의에서도 불법성의 표지는 ‘평온침해’가 되어야 한다는 것이 <다수의견>의 핵심 내용이다. 이 글은 이러한 <다수의견>의 판시 변경에 동의한다.

하지만 그렇다고 해서 종래의 ‘의사침해’ 법리가 용도폐기 되어야 하는 것은 아니다.

29) 이와 관련하여, 들어간 장소가 일반인의 출입이 허용되는 음식점 객실이면 주거침입죄가 부정되지만, 특정인을 위해 예약을 받는 음식점 내실이면 주거침입죄가 성립한다는 견해도 제시된다(손동권/김재윤, 새로운 형법각론 제2판, 율곡출판사, 2022, 256쪽).

거주자의 의사에 반한 출입인지의 여부는 ‘평온침해’를 판단하는 중요한 기준이기 때문이다. <다수의견>이 이 점을 확인하고 강조하였다면 보다 정치한 법리를 전개할 수 있었을 텐데, 그렇지 못한 것이 아쉽다.

이 글은 <다수의견>의 그러한 부족함을 채우려는 시도이다. 침입의 판단기준으로 ‘거주자의 의사’가 갖는 지위를 복원시켰으며, 그에 덧붙여 행위자의 ‘주관적 의도’와 ‘객관적·외형적 행위태양’도 ‘평온침해’의 표지가 될 수 있음을 설명하였다. 이 글은 향후 대법원이 침입의 정의와 판단기준에 대한 법리를 보다 정치하게 구축해 주기를 기대하고 있다. 또 한 번의 판례 변경을 통해서이든, 대상 판결의 판시를 창조적으로 해석하면서 발전시키는 방안이든, 침입의 정의와 판단기준을 체계적으로 정리함으로써 ‘평온침해설’과 ‘의사침해설’의 평행 논쟁을 접합시켜야 한다는 것이 이 글의 인식이다. 이 글이 그러한 작업이 도움이 될 수 있기를 희망한다.

참고문헌

1. 단행본

손동권/김재윤, 새로운 형법각론 제2판, 율곡출판사, 2022.

신동운, 형법각론 제2판, 법문사, 2018.

이재상/장영민/강동범, 형법각론 제12판, 박영사, 2021.

임웅, 형법각론 제12정판, 법문사, 2021.

2. 학술지

김경락, “부채중인 거주자의 의사에 반하여 주거에 들어가는 행위에 대한 주거침입죄의 성립여부-주거의 사실상의 평온설의 관점에서 판단한 대법원의 입장에 대한 비판적 검토-”, 형사법연구 제22권 제3호, 한국형사법학회, 2010, 323-354쪽.

_____, “주거침입죄의 침입의 의미-보호법익과 ‘의사에 반하여’에 대한 해석을 중심으로-”, 법학논총 제38권 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2018, 139-162쪽.

김봉수, “‘공동거주자 간 법익충돌 사안’에 있어서 주거침입죄의 성부-대법원의 전원합의체판결(2020도12630 및 2020도6085)을 중심으로-”, 형사법연구 제34권 제1호, 한국형사법학회, 2022, 3-28쪽.

김성규, “주거침입죄에 있어서의 ‘침입’행위의 의미-공동거주자의 허락이 대립하는 경우와 관련해서-”, 일감법학 제45호, 건국대학교 법학연구소, 2020, 89-110쪽.

김성돈, “주거침입죄의 주거개념과 기수시기”, 형사법연구 제22권 제1호, 한국형사법학회, 2010, 45-70쪽.

김준호, “간통 목적의 주거침입을 둘러싼 일본의 형법이론 변천에 관한 연구-울산지방법원 2020. 8. 21. 선고 2020노147 판결에 관한 평석을 겸하여-”, 법학연구 제31권 제3호, 연세대학교 법학연구원, 2021, 441-480쪽.

류부곤, “공동주거에 대한 주거침입죄의 성립여부”, 형사법연구 제33권 제3호, 한국형사법학회, 2021, 95-119쪽.

류전철, “주거침입죄의 해석론과 적용상의 문제점”, 법학논총 제30권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2010, 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 제61권, 고려대학교 법학연구원, 2011, 357-387쪽.
- 송문호, “주거침입죄의 성립범위”, 형사정책연구 제20권 제3호, 한국형사정책연구원, 2009, 295-315쪽.
- 이승준, “주거침입죄 관련 판례 흐름의 비판적 검토”, 법학연구 제30권 제2호, 충북대학교 법학연구소, 2019, 81-108쪽.
- 이정원, “주거침입죄의 구조와 문제점-주거침입죄 해석의 기준으로 사실상 평온과 주거권-”, 법학논총 제21권 제1호, 조선대학교 법학연구원, 2014, 419-441쪽.
- 임상규, “주거침입죄에 관한 대법원의 주요판례와 그 해석 및 입법론적 보완책”, 법학논고 제34집, 경북대학교 법학연구원, 2010, 337-360쪽.
- 최준혁, “주거침입죄에서 기망에 의한 승낙의 효력-포괄적 승낙이 부여된 공공건물 출입과 관련하여-”, 형사법연구 제32권 제4호, 한국형사법학회, 2020, 87-118쪽.
- 홍승희, “공동주택의 공용공간에 대한 주거침입죄의 해석”, 형사판례연구 제21권, 한국형사판례연구회, 2013, 175-199쪽.

[Abstract]

Definition and Criteria for Trespassing in the Crime of Housebreaking

Seung Ho Lee*

Recently, the Supreme Court has changed the meaning of trespass, which is an act of trespassing. Previous precedents put the ‘victim’s will’ at the core of trespass, but the new case changed the central mark of trespass to ‘intrusion of de facto tranquility’. However, this article evaluates that the jurisprudence of the new case law is rather incomplete. Therefore, this article proposes a comprehensive summary of the definition of trespass and the criteria for judging it. Its contents are summarized as follows.

① Trespass is defined as “entering into a dwelling in an act that harms the state of de facto tranquility enjoyed by a resident”.

② The primary criterion for judging trespass is whether it is against the will of the resident. If an outsider enters other’s residence even though the resident has expressed his intention to deny entry realistically (explicitly or implicitly), the resident’s tranquility is violated. Thus, entry by the outsider is treated as trespass.

③ In cases where the actual intention of the resident (intention to grant permission) is due to an error, when the intention of the resident has to be estimated because the actual intention is not confirmed, or when there is a conflict of intention between the residents in a common residence, the factor on the part of the actor should be used as a criterion for judgment.

④ The factors on the actor’s side used as the criterion for trespass are the actor’s ‘subjective intention’ and ‘objective and external behavior’. Although the <Majority Opinion> of the new precedent focuses on the latter, this article supplements the <Majority Opinion> and suggests both factors as the criterion for judging trespass.

* Professor, Law School of Konkuk University, Ph.D. in Law

[Key Words] housebreaking, residential serenity, residential right, tranquility infringement,
infringement of resident's intention