

대 법 원

판 결

사 건 2020도12630 주거침입
피 고 인 피고인
상 고 인 검사
변 호 인 변호사 최창원 외 2인(국선)
원 심 판 결 울산지방법원 2020. 8. 21. 선고 2020노147 판결
판 결 선 고 2021. 9. 9.

주 문

상고를 기각한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 사건의 개요와 쟁점

가. 이 사건 공소사실의 요지

이 사건 공소사실의 요지는, 피해자의 처와 교제하고 있던 피고인이 피해자와 피해자의 처가 공동으로 거주하는 이 사건 아파트에 이르러 피해자의 처가 열어 준 현관 출입문을 통해 피해자의 주거에 3회에 걸쳐 침입하였다는 것이다.

나. 원심의 판단

원심은, 피고인이 피해자의 일시 부재중에 피해자의 처와 간통(간통죄가 2016. 1. 6. 법률 제13719호로 개정된 형법에 의하여 폐지되었으므로 이하에서는 '혼외 성관계'라는 표현을 사용한다)할 목적으로 피해자와 피해자의 처가 공동으로 생활하는 주거에 들어간 사실을 인정한 다음, 피고인이 위 주거에 들어갈 당시 피해자의 처로부터 승낙을 받았기 때문에 피고인이 위 주거의 사실상 평온상태를 해할 수 있는 행위태양으로 들어간 것이 아니어서 주거에 침입한 것으로 볼 수 없고, 설령 피고인의 주거 출입이 부재중인 다른 거주자인 피해자의 추정적 의사에 반하는 것이 명백하더라도 그것이 사실상 주거의 평온을 보호법익으로 하는 주거침입죄의 성립 여부에 영향을 미치지 않는다는 이유로, 이 사건 공소사실을 유죄로 인정한 제1심판결을 직권으로 파기하고 무죄로 판단하였다.

다. 검사의 상고이유 요지

1) 대법원은 종전에 다음과 같은 이유로 남편의 일시 부재중에 혼외 성관계를 가질 목적으로 그 처의 승낙을 받아 주거에 들어간 사안에서 주거침입죄의 성립을 인정하였다.

즉 "형법상 주거침입죄의 보호법익은 주거권이라는 법적 개념이 아니고, 사적 생활관계에 있어서의 사실상 주거의 자유와 평온으로서 그 주거에서 공동생활을 하고 있는 전원이 평온을 누릴 권리가 있다 할 것이나 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. 동거자 중 1인이 부재중인 경우라도 주거의 지배·관리관계가 외관상 존재하는 상태로 인정되는 한 위 법리에는 영향이 없다고 볼 것이다. 따라서 남편이 일시 부재중 혼외 성관계를 가질 목적으로 그 처의 승낙을 얻어 주거에 들어

간 경우라도 남편의 주거에 대한 지배·관리관계는 여전히 존속한다고 봄이 옳고, 사회 통념상 혼외 성관계를 가질 목적으로 주거에 들어오는 것은 남편의 의사에 반한다고 보
이므로 처의 승낙이 있었다 하더라도 남편의 주거의 사실상의 평온은 깨어졌다 할 것이
어서 이러한 경우에는 주거침입죄가 성립한다."는 것이었다(대법원 1984. 6. 26. 선고
83도685 판결 등 참조).

2) 검사의 상고이유는 원심이 위 대법원 판결과 배치되는 판단을 하였다는 것이다.

라. 이 사건의 쟁점

이 사건의 쟁점은 가족 등 여러 사람이 함께 거주하는 주거(이하 '공동주거'라 한다)
에 있어 그 주거에서 거주하는 사람 이외의 자(이하 '외부인'이라 한다)가 공동으로 거
주하는 사람(이하 '공동거주자'라 한다) 중 주거 내에 현재하는 거주자의 현실적인 승낙
을 받아 통상적인 출입방법에 따라 공동주거에 들어갔으나 그것이 부재중인 다른 거주
자의 의사에 반하는 것으로 추정되는 경우 주거침입죄가 성립하는지 여부이다.

2. 이 사건 쟁점에 관한 판단

외부인이 공동거주자의 일부가 부재중에 주거 내에 현재하는 거주자의 현실적인 승낙
을 받아 통상적인 출입방법에 따라 공동주거에 들어간 경우라면 그것이 부재중인 다른
거주자의 추정적 의사에 반하는 경우에도 주거침입죄가 성립하지 않는다고 보아야 한
다. 구체적인 이유는 다음과 같다.

가. 주거침입죄의 보호법익

주거침입죄의 보호법익은 사적 생활관계에 있어서 사실상 누리고 있는 주거의 평온,
즉 '사실상 주거의 평온'으로서, 주거를 점유할 법적 권한이 없더라도 사실상의 권한이
있는 거주자가 주거에서 누리는 사실적 지배·관리관계가 평온하게 유지되는 상태를

말한다. 외부인이 무단으로 주거에 출입하게 되면 이러한 사실상 주거의 평온이 깨어지는 것이다. 이러한 보호법익은 주거를 점유하는 사실상태를 바탕으로 발생하는 것으로서 사실적 성질을 가진다.

한편 공동주거의 경우에는 여러 사람이 하나의 생활공간에서 거주하는 성질에 비추어 공동거주자 각자는 다른 거주자와의 관계로 인하여 주거에서 누리는 사실상 주거의 평온이라는 법익이 일정 부분 제약될 수밖에 없고, 공동거주자는 공동주거관계를 형성하면서 이러한 사정을 서로 용인하였다고 보아야 한다.

부재중인 일부 공동거주자에 대하여 주거침입죄가 성립하는지를 판단할 때에도 이러한 주거침입죄의 보호법익의 내용과 성질, 공동주거관계의 특성을 고려하여야 한다. 공동거주자 개개인은 각자 사실상 주거의 평온을 누릴 수 있으므로 어느 거주자가 부재중이라고 하더라도 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양으로 들어가거나 그 거주자가 독자적으로 사용하는 공간에 들어간 경우에는 그 거주자의 사실상 주거의 평온을 침해하는 결과를 가져올 수 있다. 그러나 공동거주자 중 주거 내에 현재하는 거주자의 현실적인 승낙을 받아 통상적인 출입방법에 따라 들어갔다면, 설령 그것이 부재중인 다른 거주자의 의사에 반하는 것으로 추정된다고 하더라도 주거침입죄의 보호법익인 사실상 주거의 평온을 깨트렸다고 볼 수는 없다. 만일 외부인의 출입에 대하여 공동거주자 중 주거 내에 현재하는 거주자의 승낙을 받아 통상적인 출입방법에 따라 들어갔음에도 불구하고 그것이 부재중인 다른 거주자의 의사에 반하는 것으로 추정된다는 사정만으로 주거침입죄의 성립을 인정하게 되면, 주거침입죄를 의사의 자유를 침해하는 범죄의 일종으로 보는 것이 되어 주거침입죄가 보호하고자 하는 법익의 범위를 넘어서게 되고, '평온의 침해' 내용이 주관화·관념화되며, 출입 당시 현실적으로 존재하지 않는, 부재중인

거주자의 추정적 의사에 따라 주거침입죄의 성립 여부가 좌우되어 범죄 성립 여부가 명확하지 않고 가벌성의 범위가 지나치게 넓어지게 되어 부당한 결과를 가져오게 된다.

나. 주거침입죄의 구성요건적 행위로서 침입

주거침입죄의 구성요건적 행위인 침입은 주거침입죄의 보호법익과의 관계에서 해석하여야 한다. 따라서 침입이란 '거주자가 주거에서 누리는 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거에 들어가는 것'을 의미하고, 침입에 해당하는지 여부는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양을 기준으로 판단함이 원칙이다. 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거에 들어가는 것이라면 대체로 거주자의 의사에 반하는 것이겠지만, 단순히 주거에 들어가는 행위 자체가 거주자의 의사에 반한다는 거주자의 주관적 사정만으로 바로 침입에 해당한다고 볼 수는 없다.

앞서 보호법익에서 살펴본 바와 같이 외부인이 공동거주자 중 주거 내에 현재하는 거주자로부터 현실적인 승낙을 받아 통상적인 출입방법에 따라 주거에 들어간 경우라면, 특별한 사정이 없는 한 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거에 들어간 것이라고 볼 수 없으므로 주거침입죄에서 규정하고 있는 침입행위에 해당하지 않는다.

3. 판례의 변경의 범위

이와 달리 공동거주자 중 한 사람의 승낙에 따라 주거에 출입한 것이 다른 거주자의 의사에 반한다는 사정만으로 다른 거주자의 사실상 주거의 평온을 해치는 결과가 된다는 전제에서, 공동거주자 중 주거 내에 현재하는 거주자의 현실적인 승낙을 받아 통상적인 출입방법에 따라 주거에 출입하였는데도 부재중인 다른 거주자의 추정적 의사에 반한다는 사정만으로 주거침입죄가 성립한다는 취지로 판단한 앞서 본 대법원 83도685 판결을 비롯한 같은 취지의 대법원 판결들은 이 사건 쟁점에 관한 이 판결의 견해에

배치되는 범위 내에서 모두 변경하기로 한다.

4. 이 사건에 대한 판단

가. 인정되는 사실관계

원심판결 이유와 원심이 적법하게 채택한 증거에 의하면, 피고인은 피해자의 부재중에 피해자의 처와 혼외 성관계를 가질 목적으로 이 사건 공소사실 기재 일시에 피해자의 처가 열어 준 현관 출입문을 통하여 피해자와 피해자의 처가 공동으로 생활하는 이 사건 아파트에 들어간 사실이 인정된다.

나. 상고이유에 대한 판단

이러한 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 피고인이 피해자의 부재중에 피해자의 처로부터 현실적인 승낙을 받아 통상적인 출입방법에 따라 주거에 들어갔으므로 주거의 사실상 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거에 들어간 것이 아니어서 주거에 침입한 것으로 볼 수 없고, 설령 피고인의 주거 출입이 부재중인 피해자의 의사에 반하는 것으로 추정되더라도 그것이 사실상 주거의 평온을 보호법익으로 하는 주거침입죄의 성립 여부에 영향을 미치지 않는다고 할 것이다.

같은 취지의 원심판단에 상고이유 주장과 같은 주거침입죄의 성립에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

5. 결론

그러므로 상고를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다. 이 판결에는 대법관 김재형의 별개의견, 대법관 안철상의 별개의견과 대법관 이기택, 대법관 이동원의 반대의견이 있는 외에는 관여 법관의 의견이 일치하였고, 다수의견에 대한 대법관 박정화, 대법관 노태악의 보충의견, 반대의견에 대한 대법관 이기택의 보충의견이 있다.

6. 대법관 김재형의 별개의견

다수의견은 이 사건 쟁점에 관하여 판단하면서 주거침입죄의 보호법익을 '사실상 주거의 평온'이라고 보고, 그 연장선에서 침입의 의미도 '평온 침해'라고 파악하여 배우자가 있는 사람과 혼외 성관계를 가질 목적이 있더라도 평온한 방법으로 주거에 들어간 경우에는 주거침입죄가 성립하지 않는다고 판단하고 있다.

'주거의 평온'이라는 추상적 개념으로 공동주거권자 중 한 사람의 승낙을 얻어 주거에 침입한 구체적인 사안을 해결하는 것이 얼마나 설득력이 있을까? 먼저 다수의견과 같이 주거침입죄의 보호법익을 '사실상' 주거의 평온으로 파악하는 것이 타당한가? 다수의견과 달리 침입의 의미를 이른바 의사침해설에 따라 주거권자의 의사에 반하여 들어가는 것이라는 지금까지 일관된 판례는 잘못된 것인가? 공동주거권자 중 한 사람의 부재중에 다른 공동주거권자의 승낙을 받아 혼외 성관계를 목적으로 주거에 들어간 이 사건에서 평온한 방법으로 들어갔는지에 따라 주거침입죄의 성립 여부를 판단하는 것이 타당한가? 이러한 사안에서 적절한 판단기준은 무엇일까?

이 사건에서 피고인을 주거침입죄로 처벌할 수 없다는 다수의견의 결론에는 동의하나 그 이유에는 찬성할 수 없으므로 그 이유를 별개의견으로 제시하고자 한다. 먼저 이 별개의견의 결론을 제시하면 다음과 같다.

첫째, 주거침입죄의 보호법익은 주거권이다. 주거침입죄가 주거의 평온을 보호하기 위한 것이라고 해서 그 보호법익을 주거권으로 파악하는 데 장애가 되지 않는다. 주거침입죄의 보호법익에 관하여 대법원 판결에서 '사실상 주거의 평온'이라는 표현을 사용한 사안들은 그 보호법익을 주거권으로 보더라도 사안의 해결에 영향이 없다.

둘째, 주거침입죄에서 말하는 침입은 이른바 의사침해설에 따라 '거주자의 의사에 반

하여 주거에 들어가는 것'이라고 본 판례가 타당하다.

셋째, 동등한 권한이 있는 공동주거권자 중 한 사람의 승낙을 받고 주거에 들어간 경우에는 어느 한쪽의 의사나 권리를 우선시킬 수 없어 원칙적으로 주거침입죄가 성립하지 않는다. 다른 공동주거권자의 의사에 반한다고 해서 형법 제319조 제1항이 정한 침입에 해당하는 것으로 보아 주거침입죄로 처벌하는 것은 죄형법정주의가 정한 명확성의 원칙이나 형법의 보충성 원칙에 반할 수 있다. 평온한 방법으로 주거에 들어갔는지 여부가 주거침입죄의 성립 여부를 판단하는 기준이라고 볼 근거도 없다.

넷째, 부부인 공동주거권자 중 남편의 부재중에 아내의 승낙을 받아 혼외 성관계를 가질 목적으로 주거에 들어갔다고 해서 주거침입죄로 처벌할 수 없다. 주거침입죄는 목적범이 아닌 데다가 현재 혼외 성관계는 형사처벌의 대상이 아니기 때문에 이러한 목적의 유무에 따라 주거침입죄의 성립이 좌우된다고 볼 수 없다.

가. 주거침입죄의 보호법익: "사실상 평온에서 주거권으로"

주거침입죄의 보호법익은 헌법상 주거의 자유에 기초한 '주거권'이라고 보아야 한다.

1) 헌법은 제16조 전문에서 "모든 국민은 주거의 자유를 침해받지 아니한다."라고 정하고 있다. 주거의 자유는 국가권력에 의한 침해로부터 주거를 보호하고자 하는 기본권으로서 개인의 사적인 생활공간을 확보해 주는 기능을 한다.

개인의 주거는 민법상 소유권이나 점유권 등 물권에 관한 여러 규정이나 불법행위 규정 등을 통하여 민사법적으로 보호받을 뿐만 아니라 형법상 주거침입죄의 보호 대상이 된다. 즉, 다른 사람의 주거에 관한 권리를 침해한 사람은 민사책임은 물론 형사책임을 질 수 있다.

2) 주거침입죄는 헌법상 기본권인 '주거의 자유'가 사인에 의하여 침해되는 것을 구체

적으로 보호하기 위한 처벌규정이므로, 주거침입죄가 보호하는 법익은 '주거권'이라는 권리 개념에서 규범적으로 파악하여야 한다. 주거권이란 '사람이 주거의 평온을 확보하고 권한 없는 사람의 침입으로부터 방해받지 않을 권리'로서, 주거권자가 다른 사람을 주거에 출입하도록 할 것인지를 결정할 수 있는 권리를 뜻한다. 즉, 누가 자기의 주거공간 안에 들어오고 머물러도 좋은지를 결정할 수 있는 권리이다.

3) 주거권은 자신의 주거공간에서 누리는 사생활, 자신의 주거공간에 대한 자기결정권 또는 자유권을 요소로 하므로, 원치 않는 사람의 침입이나 체류로 주거의 평온을 방해하는 데 주거침입죄의 불법성이 있다.

주거에 대한 소유권 등의 본권이 있는 경우뿐만 아니라 점유권이 있는 경우에도 주거권이 있다고 볼 수 있다. 그러나 아무런 법적 근거 없이 위법하게 주거를 사실상 점유하고 있다고 해서 주거침입죄의 보호 대상이 될 수 없다. 적법하게 주거에 대한 점유를 개시하여 주거권이 발생한 경우에는 그 점유의 근거가 되는 본권이나 법률관계가 소멸하더라도 주거에 대한 직접점유가 유지되고 있는 동안에는 주거권이 바로 없어지는 것이 아니므로 주거침입죄의 보호 대상이 된다.

가령 임차인이 임대차 종료 후에 임차건물에서 거주하고 있는 경우를 생각해 보자. 임대인과 임대차계약을 체결하고 적법하게 주거에 대한 점유를 개시하여 거주하고 있다가 임대차기간이 종료되어 임차권을 상실하더라도 임대인이 주거에 침입한 경우에는 주거침입죄가 성립한다. 임대인이 출입구를 폐쇄한 경우에 임차인이 이를 뜯고 주거에 들어가더라도 주거침입죄는 성립하지 않는다. 임차인의 주거권은 임대차계약에 기초하여 적법하게 점유를 개시한 이상 임대차기간이 종료된 후에도 소멸하지 않고 퇴거할 때 비로소 소멸한다고 보아야 한다. 이는 주거침입죄가 주거권자의 사생활과 비밀영역을 보

호하는 기능을 가지고 있기 때문이므로, 임대차 종료 후 점유 문제를 설명하기 위하여 주거침입죄의 보호법익을 '사실상 주거의 평온'이라고 볼 필요는 없다.

주거침입죄의 보호법익에 관한 대법원 판결(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 2007. 3. 15. 선고 2006도7044 판결, 대법원 2007. 7. 27. 선고 2006도3137 판결, 대법원 2008. 5. 8. 선고 2007도11322 판결 등 참조)의 논리는 다음과 같이 정리할 수 있다. 첫째, 주거침입죄는 사실상의 주거의 평온을 보호법익으로 하므로 거주자가 주거에 거주할 권리를 가지고 있는가는 범죄의 성립을 좌우하는 것이 아니다. 둘째, 점유할 권리가 없는 자의 점유라고 하더라도 그 주거의 평온은 보호되어야 하므로, 권리자가 그 권리를 실행하면서 법에 정해진 절차에 의하지 않고 주거에 침입한 경우에는 주거침입죄가 성립한다.

그러나 주거침입죄의 보호법익을 주거권으로 보더라도, 주거권자가 점유를 적법하게 개시하여 주거에서 거주하는 이상 그 후 점유할 권원을 상실하더라도 주거권자의 주거권은 주거침입죄의 보호 대상이 된다고 보면, 위와 같은 대법원 판결과 같은 결론에 이르게 된다.

주거권자는 주거권의 행사를 다른 사람에게 위임할 수 있다. 주거권 행사의 위임은 명시적으로나 묵시적으로 이루어질 수 있다. 가족구성원에게는 묵시적으로 위임한 것으로 인정된다. 그 의미를 이해할 수 있는 경우에는 미성년자녀에게도 주거권을 위임할 수 있다.

4) 주거권자가 부재중인 빈집에 주거권자의 의사에 반하여 출입한 경우는 주거침입죄가 성립하는 전형적인 사안이다. 이 경우 빈집에 주거권자의 승낙 없이 출입하더라도

주거권자가 누리는 주거의 평온이라는 사실상태가 깨어졌다고 볼 수는 없다. 따라서 주거침입죄의 보호법익을 주거권이라는 권리의 관점에서 규범적으로 파악하지 않고 '사실상 주거의 평온'이라는 사실상태를 기준으로 파악할 경우에는 위와 같은 빈집 사안에서 주거침입죄가 성립하는 근거를 설명할 수 없다.

5) 형법학계에서는 대체로 판례가 주거침입죄의 보호법익에 관하여 '사실상의 평온설'을 취한 것이라고 평가하고 있다. 그러나 판례의 태도를 이와 같이 파악하는 것이 타당한지는 검토할 필요가 있다.

이 판결에 따라 변경되는 대법원 83도685 판결은 주거침입죄의 보호법익을 '사실상 주거의 평온'이라고 보면서도 이를 권리 개념으로 파악하였다. 즉, 위 대법원 판결은 "주거에서 공동생활하고 있는 전원이 평온을 누릴 '권리'가 있다 할 것이나 복수의 '주거권자'가 있는 경우 한 사람의 승낙이 다른 거주자의 의사에 직접·간접으로 반하는 경우에는 주거침입죄가 성립한다."라고 판단하였다.

또한 대법원은 아래에서 보는 것처럼 '침입'의 의미를 '거주자의 의사에 반하여 주거에 들어가는 것'이라고 하였는데, 이는 주거침입죄의 보호법익을 주거권이라고 볼 때 일관성 있게 설명할 수 있다.

6) 주거침입죄의 보호법익에 관한 '사실상 평온설'의 유래에 관하여 살펴볼 필요가 있다. 일제 강점기에 조선고등법원은 주거침입죄의 보호법익을 주거권으로 보면서 그것을 주거의 출입에 대하여 가장이나 호주가 갖는 허락권으로 이해하였다(조선고등법원 1921. 6. 30. 판결, 조선고등법원 1928. 11. 8. 판결 참조). 이를 현재의 주거권설과 구분하기 위하여 '구 주거권설'이라고 부른다.

사실상 평온설은 주거침입죄의 보호법익을 주거권이라는 권리가 아니라 주거를 지배

하고 있는 사실관계, 즉 주거에 대한 공동생활자 전원의 사실상 평온이라고 한다. 이 견해는 구 주거권설의 다음과 같은 문제점을 극복하려고 제기되었다. 구 주거권설은 주거권의 본질을 민법상 점유권에 근거를 둔 허락권으로 보고 그 주체를 가장이나 호주에게만 인정하는데, 이는 남녀평등의 이념에 반하고 다른 거주자가 주거침입죄에 의한 보호범위에서 제외된다는 단점이 있다. 사실상 평온설은 주거침입죄의 보호법익을 '주거의 사실상 평온'으로 파악함으로써 사실상 주거를 평온하게 지배·관리하거나 향유하는 사람이라면 누가 적법한 법적 근거에 따라 지배·관리하고 있는지와 상관없이 보호법익의 주체로 볼 수 있다.

그러나 주거권의 주체를 가장이나 호주에 한정할 이유가 없고, 현재는 호주제도가 폐지되었기 때문에 상황이 달라졌다. 위에서 보았듯이 주거권은 '사람이 주거의 평온을 확보하고 권한 없는 사람의 침입으로부터 방해받지 않을 권리' 또는 '주거 안에서 권한 없는 사람의 존재에 의하여 방해받지 않을 권리'를 뜻한다(강학상 이를 구 주거권설과 구분하여 '신 주거권설'이라고 부른다).

독일, 오스트리아, 스위스에서 판례와 통설은 주거침입죄의 보호법익을 주거권(Hausrecht)으로 보고 그 의미를 '일정한 공간을 방해 없이 지배하고 그 안에서 자신의 의사를 자유롭게 펼칠 수 있는 권리'라고 파악한다. 비교법적으로 볼 때 일본의 특유한 상황에서 유래한 사실상 평온설을 고수할 이유가 없다.

7) 요컨대, 주거침입죄는 헌법상 기본권인 주거의 자유를 형사법적으로 보장하기 위한 것으로서 그 보호법익은 '주거권'이라고 보아야 한다. 주거침입죄의 보호법익을 '사실상 주거의 평온'이라고 볼 법적 근거가 없다. 다수의견에서 말하는 '사실상 주거의 평온'은 모호한 개념이다. 다수의견은 법적으로 보호받지 못하는 '사실상 주거' 또는 '사실상

주거의 평온'을 주거침입죄를 통하여 '보호해야 할 법익'으로 보는 이유를 설명하지 못한다.

나. 주거침입죄에서 '침입'의 의미: 의사침해설의 타당성

주거침입죄는 주거에 '침입'한 자를 처벌한다. 주거침입죄의 실행행위는 '침입'이다. 주거침입죄의 보호법익, 침입의 사전적 의미에 비추어 주거침입죄의 실행행위인 '침입'은 '주거권자의 의사에 반하여 주거에 들어가는 것'이라고 보아야 한다.

1) '침입'의 사전적 의미는 '침범하여 들어가거나 들어옴'을 뜻하고, '침범'은 '어떤 대상이 남의 영토나 구역, 권리 따위를 함부로 쳐들어가 해치거나 건드림'을 뜻한다. '침범'은 '상대방의 승낙 없이 함부로 이루어지는 행위'를 그 개념표지로 삼고 있다. 따라서 '침입'은 상대방의 승낙 없이 함부로 들어가거나 들어온다는 것을 뜻하고 승낙은 의사를 통하여 표명되므로, '침입'의 사전적 의미에 비추어 보면, 주거침입죄의 실행행위인 침입이란 '주거권자의 의사에 반하여 주거에 들어가는 것'을 가리킨다고 볼 수 있다.

2) 주거침입죄에서 '침입'의 의미를 그 보호법익과의 관계에서 살펴볼 필요가 있다. 위에서 보았듯이 주거침입죄의 보호법익인 주거권은 주거권자가 다른 사람을 주거에 출입하도록 할지 여부를 결정할 수 있는 권리를 뜻한다. 주거권은 주거권자의 의사에 따라 이루어지는 주거에 대한 출입통제로 구체화 된다. 따라서 주거권자의 의사에 반하여 주거에 들어가는 것을 '침입'이라고 해석하여야 한다. 즉, 거주자의 승낙 없이 무단으로 주거에 들어간 것을 '침입'이라고 보아야 한다.

3) 대법원은 주거침입죄에서 '침입'의 의미에 관하여 최근까지 일관하여 '거주자의 의사에 반하여 주거에 들어가는 것'이라고 판단해 왔다(대법원 1955. 12. 23. 선고 4288형상25 판결, 대법원 1983. 3. 8. 선고 82도1363 판결, 대법원 2009. 9. 10. 선고 2009도

293 판결, 대법원 2012. 5. 24. 선고 2010도9963 판결, 대법원 2016. 3. 10. 선고 2013도7186 판결, 대법원 2021. 1. 14. 선고 2017도21323 판결 등 참조). 이러한 판례를 바꾸지 않으면서 침입의 의미를 평온 침해로 전환하는 것은 혼란을 초래할 뿐만 아니라 타당하지도 않다.

4) 판례와 통설이 주거침입죄의 보호법익을 주거권으로 보는 독일, 오스트리아, 스위스에서도 침입의 의미를 '주거권자의 의사에 반하여 들어가는 것'이라고 보고 있다. 침입의 의미를 이와 같이 보는 것이 주거침입죄의 보호법익과의 관계에서 일관성 있는 해석이다.

5) 다수의견은 침입이란 '거주자가 주거에서 누리는 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거에 들어가는 것'이라고 하면서, 침입에 해당하는지는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양을 기준으로 판단하여야 하고, 주거에 들어가는 행위 자체가 거주자의 의사에 반한다는 거주자의 주관적 사정만으로 바로 침입에 해당한다고 볼 수 없다고 한다.

그러나 위에서 보았듯이 주거침입죄의 보호법익은 '주거권'이기 때문에, 사실상 평온상태를 깨뜨리는 방법으로 주거에 들어갔는지는 침입을 판단하는 결정적인 요소가 될 수 없다. 주거권자의 의사에 반하는지 여부라는 명확한 요건 대신 '사실상 주거의 평온을 깨뜨렸는지 여부'라는 요건으로 주거침입의 성립 여부를 판단할 경우 형사책임의 성립 여부가 불명확하게 된다. 그리고 다수의견이 말하는 '사실상의 평온상태를 해치는 행위태양' 또한 무엇을 가리키는지 알기 어렵다.

6) 침입의 의미와 그 판단기준에 관한 다수의견에 따른다면, 공동주거권자 중 한 사람의 승낙에 따라 외부인이 출입을 한 것이 부재중인 주거권자의 의사에 반하는 경우에

만 주거침입죄가 성립하지 않는다는 것을 설명할 수 있을 뿐, 주거 내에 현재하는 다른 주거권자의 의사에 반하는 경우에는 주거침입죄가 성립하는지 여부를 설명할 수 없다. 즉, 다수의견에서는 외부인의 출입을 반대하거나 반대하는 것으로 보이는 다른 거주자가 주거 내에 현재하는 경우와 부재중인 경우를 구별하여 주거침입죄가 성립하는지를 달리 판단하게 되는 문제가 발생한다. 다수의견에 따를 경우 주거 내에 현재하는 다른 거주자가 외부인의 출입을 반대하는 의사를 명시적으로 표시한 경우에는 그에 반한 외부인의 출입은 그 거주자의 사실상 평온상태를 해친다고 보아 주거침입죄가 성립한다고 하겠지만, 과연 그러한 결론이 타당한 것인지는 의문이다.

다. 외부인이 공동주거권자 중 한 사람의 승낙을 받아 공동주거에 들어간 경우 주거침입죄가 성립하는지 여부

1) 외부인이 공동주거권자 중 한 사람의 승낙을 받아 공동주거에 들어간 경우에는 그것이 다른 주거권자의 의사에 반하더라도 원칙적으로 주거침입죄가 성립하지 않는다고 보아야 한다. 이는 다른 주거권자가 주거 내에 현재하거나 부재중인 경우를 구분하지 않는다. 구체적인 이유는 다음과 같다.

가) 동등한 권한이 있는 공동주거권자 중 한 사람의 승낙을 받고 주거에 들어간 경우에는 원칙적으로 주거침입죄가 성립하지 않는다.

주거침입죄는 개인적 법익에 관한 죄이다. 보호법익의 주체는 주거권자 개인이다. 여러 주거권자가 함께 거주하는 공동주거에서는 공동주거권자 개개인이 주거권을 가진다. 공동주거권자는 각자가 독자적으로 주거권을 가지고, 그 주거권의 내용과 보호 정도도 동등하다. 주거권자가 부재중인 경우에도 그의 주거권은 보호되므로 공동주거권자 중 한 사람이 부재중이더라도 그의 주거권은 주거 내에 현재하는 주거권자의 주거권과 그

내용이나 보호 정도가 동등하다고 보아야 한다.

공동주거권자들 내부관계에서는 각자의 주거권이 다른 주거권자의 권리를 침해해서는 안 된다는 제한을 받는다. 공동주거권자 일방은 다른 주거권자의 주거권을 배제할 수 없다. 공동주거권자 일방이 다른 주거권자의 의사에 반하여 공동주거에 들어가더라도 주거침입죄가 성립하지 않는다.

공동주거권자는 각자가 공동주거에 대한 주거권을 가지고 있으므로 독자적·개별적으로 외부인의 출입을 승낙할 수 있다. 공동주거권자 중 한 사람의 승낙을 받고 주거에 출입하는 것이 생활세계의 모습이다. 공동주거권자 중 한 사람이 주거에 들어와도 좋다고 했으면 외부인으로서 주거 출입이 허용된다고 생각하는 것이 일반적이다. 따라서 외부인이 공동주거권자 중 한 사람으로부터 승낙을 받은 경우에는 공동주거에 출입할 권한을 부여받았으므로 원칙적으로 주거침입죄가 성립하지 않는다고 보아야 한다.

나) 공동주거권자 중 한 사람의 승낙을 받은 외부인의 공동주거 출입행위가 다른 주거권자의 의사에 반한다는 사정으로 형법 제319조 제1항이 정한 '침입'에 해당한다고 해석한다면, 죄형법정주의가 정한 명확성의 원칙에 위반될 수 있다.

죄형법정주의는 범죄와 형벌이 법률로 정해져야 함을 뜻하고, 그 파생 원칙인 명확성의 원칙은 누구나 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 예견할 수 있고 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건이 명확할 것을 뜻하는 것으로서, 처벌법규의 구성요건 내용이 모호하거나 추상적이어서 불명확하면 무엇이 금지된 행위인지를 국민이 알 수 없고 범죄의 성립 여부가 법관의 자의적인 해석에 맡겨져 죄형법정주의로 국민의 자유와 권리를 보장하려는 법치주의의 이념은 실현될 수 없게 된다(헌법재판소 2002. 2. 28. 선고 99헌가8 결정 등 참조).

형법상 주거침입죄는 주거에 침입한 사람을 처벌한다고 정하고 있고, 위에서 보았듯이 침입이란 '주거권자의 의사에 반하여 주거에 들어가는 것'이다. 그렇다면 주거권자의 승낙을 받은 경우에는 침입에 해당하지 않아 주거침입죄가 성립하지 않는다.

공동주거의 경우에는 공동주거권자 사이에 의사와 법익의 충돌이 생길 수 있다. 외부인이 공동주거권자 중 한 사람으로부터 승낙을 받아 공동주거에 들어갔으나 그것이 다른 주거권자의 의사에 반하는 경우에는 외부인의 출입행위가 주거침입죄에서 정한 '침입'에 해당하는지가 명확하지 않다.

공동주거권자 중 한 사람으로부터 승낙을 받은 경우 과연 공동주거에 출입해도 되는지 아니면 출입하면 안 되는지, 무엇이 허용되고 무엇이 금지된 행위인지 국민이 쉽게 알 수 없어 법을 지키기가 어려운 상황에 직면할 수 있다. 공동주거권자 중 누구의 의사를 우선시할 것인지 또는 그 의사를 어떻게 해석할 것인지, 그리고 공동주거권자들과 외부인 사이의 이익을 형량하여 어느 쪽이 우월한지에 따라 주거침입죄의 성립 여부를 판단하는 것은 어려운 문제이다. 따라서 외부인이 공동주거권자 중 한 사람으로부터 승낙을 받은 경우라도 그의 승낙에 따른 공동주거 출입의 자유와 권리가 불안정한 상태에 놓이게 된다.

다) 공동주거권자 중 한 사람의 승낙을 받은 외부인의 공동주거 출입행위가 다른 주거권자의 의사에 반한다는 사정만으로 외부인을 주거침입죄로 형사처벌하게 되면 주거침입죄로 처벌되는 가벌성의 범위가 확장되는 결과를 가져오고 형법의 보충성 원칙에도 반할 수 있다.

외부인의 출입에 관하여 공동주거권자 사이에 의사가 대립하는 경우에는 공동주거권자 사이에서 자율적으로 해결함이 바람직하다. 이러한 경우는 형법의 규율 대상인 다른

규범이나 사회적 통제수단으로는 해결할 수 없는 중대한 법익에 대한 침해의 위험이 명백한 행위이거나 사회에 끼치는 해악이 큰 행위에 해당한다고 볼 수 없다. 이러한 경우 까지 주거침입죄로 형사처벌하는 것은 국가 형벌권의 과도한 개입으로서 형법의 보충성 원칙에 반한다. 가령 공동주거권자인 남편으로부터 출입 승낙을 받아 공동주거에 출입한 그의 친구의 공동주거 출입행위가 다른 주거권자인 처의 의사에 반한다고 하여 그 친구를 주거침입죄로 형사처벌하는 것은 일반 국민의 상식에 맞지 않는다.

위와 같은 경우 외부인이 공동주거권자 중 한 사람으로부터 출입 승낙을 받았다면 주거침입죄가 성립하지 않는다고 보는 것이 주거침입죄의 성립 여부를 명확히 할 수 있을 뿐만 아니라 가벌성의 범위를 한정할 수 있다.

2) 공동주거권자 각자가 독자적으로 주거권을 가지고 있더라도 주거권자 각자가 자신의 권리를 무제한적으로 행사하는 것을 허용한다면 다른 주거권자의 법익이 침해될 수 있다. 따라서 공동주거권자 중 한 사람이 단독으로 외부인의 출입을 승낙할 수 있는 범위에는 한계가 있을 수밖에 없다. 그러나 공동주거권자 중 한 사람의 승낙만을 받았더라도 다른 주거권자에 대한 관계에서 외부인이 형사상 처벌되는 범죄가 되지 않는 행위를 목적으로 공동주거에 들어간 경우에는 주거침입죄가 성립한다고 볼 수는 없다. 이러한 경우에까지 주거침입죄가 성립한다고 보게 되면 주거침입죄의 성립 범위가 지나치게 확장된다.

3) 외부인이 공동주거권자 중 한 사람의 승낙을 받아 공동주거에 들어간 경우에 주거침입을 긍정하는 판례는 오래 전에 나온 일본 판례의 영향을 받았다. 즉, 일본 대심원은 부부 중 일방 배우자의 부재중에 다른 배우자와 간통을 할 목적으로 주거에 들어간 경우에 주거침입죄가 성립한다고 하였다[대심원 1918. 12. 6. 판결, 대심원 1939. 12. 22.

판결 참조]. 그러나 일본 하급심 판결 중에는 "주거침입죄의 보호법익은 주거권이라는 법적 권리가 아니라 사실상 주거의 평온인 이상, 남편의 부재중에 거주자인 처의 승낙을 얻어 평온하게 그 주거에 들어가는 행위는 설령 간통을 할 목적이 있었다고 하더라도, 주거침입죄가 보호하려는 사실상 주거의 평온을 해치는 태양의 진입이라고는 할 수 없는 이상, 주거침입죄는 성립하지 않는다."라고 판단한 오래된 사례가 있다[후쿠오카(福岡)지방법관소 고쿠라(小倉)지부 1962. 7. 4. 판결 등 참조].

독일에서는 공동권리자 사이에 의견이 합치하지 않을 때 공동권리자 중 한 사람이 다른 공동권리자에게 기대할 수 없는 방식으로 그의 의사에 반하여 자의적으로 권리를 행사해서는 안 된다는 법리가 확립되어 있었다. 주거침입죄와 관련해서는 독일의 오래된 하급심 판결이 이러한 법리에 기초하여 다른 공동권리자가 중대한 이유로 기대가능성의 관점에서 외부인의 체류를 수인할 필요가 없는 경우에는 출입을 금지할 수 있다고 하였다[OLG Hamm, Urteil vom 20. 1. 1955 - (2) Ss 1554/54, NJW 1955, 761; OLG Hamm, Urteil vom 22. 4. 1965 - 2 Vs 1/65, NJW 1965, 2067 참조]. 스위스 연방대법원 판결은 현장에 없는 동순위 권리자의 의사가 현장에 있는 동순위 권리자의 의사보다 우선해야 한다는 것은 어떤 경우든 납득할 수 없다고 하였다(Bundesgericht, Urteil vom 24. 1. 2019, 6B_258/2018 참조).

위와 같은 판결에 대해서는 찬반양론이 있는데, 동등한 권한이 있는 권리자들 사이에 의사가 합치하지 않는 경우에 그들 중 한 사람의 의사만으로 제3자의 주거 출입을 보장하기에 충분하다는 견해도 유력하다. 이는 공동주거권자 중 한쪽의 승낙을 받고 주거에 출입한 경우에 다양한 해결방안이 있다는 점을 알려준다. 일본의 하급심 판결을 보면, 주거침입죄의 보호법익을 주거권이 아니라 사실상 주거의 평온으로 파악하는 것이 주거

침입죄의 성립 범위를 좁히는 것처럼 보이지만, 주거침입죄의 보호법익을 위와 같이 보는 근거가 무엇인지는 분명하지 않다. 남편의 부재중에 간통 목적으로 거주자인 처의 승낙을 얻어 주거에 들어간 경우에 '평온하게' 들어갔다는 이유로 주거침입죄의 성립을 부정하는 것은 비교법적으로 이례적이다.

4) 요컨대, 외부인의 출입에 관한 의사가 대립하는 경우에는 동등한 권한이 있는 공동주거권자 사이에서 어느 한 주거권자의 의사가 우선한다고 볼 수 없다. 사회생활에서 공동주거권자 중 한 사람의 승낙으로 주거에 출입하는 것이 일반적이다. 따라서 공동주거권자 중 한 사람의 승낙을 받은 외부인의 출입행위는 주거침입죄의 구성요건적 행위인 침입에 해당하지 않는다고 해석하여야 한다. 이것이 외부인의 출입을 승낙한 공동주거권자와 그 외부인의 공동주거 출입에 관한 자유와 권리를 보장하는 것이다.

라. 배우자 있는 사람과의 혼외 성관계 목적과 주거침입죄의 성립 여부

이 사건에서 실제 쟁점은 부부 중 한 사람이 집을 비운 사이에 그 배우자와 성관계를 갖기로 하고 그 집에 들어간 외부인을 주거침입죄로 처벌할 수 있는가라는 문제이다. 여기에는 위 다.에서 본 공동주거권자 사이의 의사가 충돌하는 경우 주거침입죄가 성립하는가라는 문제와 함께, 배우자 있는 사람이 집에서 외부인과 성관계를 가지려는 목적으로 주거에 들어온 행위를 주거침입죄로 처벌할 것인가라는 문제가 있다.

현장에 없는 동순위 권리자의 의사가 현장에 있는 동순위 권리자의 의사보다 우선할 수는 없다. 부재중인 권리자의 의사(다수의견에서는 이를 추정적 의사라고 하나, 피해자의 행위에 의해 추정되는 의사가 아니라 피해자가 외부인의 출입을 배제하려는 일반적인 의사 또는 피해자가 외부인의 출입 목적을 알았더라면 갖게 되었을 가정적 의사라고 볼 수 있다)가 동등한 권한이 있는 다른 주거권자의 명시적인 승낙에 우선한다고 볼 수

없다. 외부인의 공동주거 출입이 부재중인 권리자의 일반적 또는 가정적 의사에 반한다는 것만으로 주거침입죄가 성립한다고 볼 수 없다.

헌법재판소는 2015. 2. 16. 선고 2009헌바17 등 결정에서 간통죄에 대하여 성적 자기 결정권, 사생활의 비밀과 자유를 침해한다는 이유로 위헌이라고 결정하였고, 2016. 1. 6. 법률 제13719호로 형법이 개정되어 간통죄가 폐지되었다. 배우자 있는 사람과 성관계를 갖는 행위는 이제 더 이상 형법으로 처벌되는 범죄가 아니다. 그런데도 그 수단인 주거 출입을 주거침입죄로 처벌하게 되면 주거침입죄가 형법상 폐지된 간통죄를 부분적으로 대신하는 결과가 된다.

주거침입죄에서 침입의 목적은 고려사항이 아니다. 배우자 있는 사람과 혼외 성관계를 가지려는 목적은 주거침입죄와 상관이 없다. 배우자 있는 사람의 승낙을 받고 그와 성관계를 가질 목적으로 주거에 들어간 행위를 주거침입죄로 처벌하는 것은 주거침입죄의 본질이나 규범목적에 흐리게 하는 것으로서 허용되지 않는다고 보아야 한다.

마. 이 사건에 대한 판단

원심판결 이유와 원심이 적법하게 채택한 증거에 따르면, 피고인은 피해자의 처와 혼외 성관계를 가질 목적으로 이 사건 공소사실 기재 일시에 피해자의 처가 열어 준 현관 출입문을 통하여 피해자와 피해자의 처가 공동으로 생활하는 주거에 들어가 피해자의 처와 성관계를 가진 사실을 알 수 있다.

이러한 사실관계를 위에서 본 법리에 비추어 살펴보면, 피고인이 이 사건 아파트의 공동주거권자인 피해자의 처로부터 승낙을 받았으므로 이 사건 아파트에 출입할 권한이 있고, 설령 피고인이 이 사건 아파트에 출입한 행위가 피해자의 처와 혼외 성관계를 가질 목적이므로 부재중인 피해자의 의사에 반한다고 하더라도 그것은 '침입'에 해

당한다고 볼 수 없어 주거침입죄가 성립하지 않는다.

바. 결론

주거침입죄의 보호법익을 주거권으로 보고 침입의 의미를 주거권자의 의사에 반하여 주거에 들어가는 것으로 보아야 한다. 공동주거권자 중 한 사람의 승낙에 따른 외부인의 출입이 다른 주거권자의 의사에 반하는 경우 다른 주거권자가 주거 내에 현재하든지 부재중이든지 그에 대한 관계에서 주거침입죄가 성립하지 않는다고 보아야 한다. 이 방법이 주거침입죄의 성립 여부를 일관되고 명확하게 설명할 수 있다.

부부가 함께 살던 집에 남편의 부재중에 외부인이 아내의 승낙을 받아 혼외 성관계를 가질 목적으로 들어갔다고 해서 주거침입죄로 처벌할 수 없다. 주거침입죄는 목적범이 아닌데다가 헌법에 위반된다는 이유로 간통죄가 폐지되어 혼외 성관계는 더 이상 형사 처벌의 대상이 아니다. 그런데도 위와 같은 목적이 있다고 해서 주거침입죄가 성립한다고 하는 것은 부분적으로 주거침입죄로 간통죄를 대체하는 결과가 되어 바람직하지 않다.

이 사건에서 피고인은 피해자의 처로부터 승낙을 받았으므로 이 사건 아파트에 출입할 권한이 있고, 설령 피고인이 이 사건 아파트에 출입한 행위가 부재중인 피해자의 의사에 명백히 반하더라도 그것은 침입에 해당한다고 볼 수 없어 주거침입죄가 성립하지 않는다. 원심판단에는 상고이유 주장과 같이 주거침입죄의 성립에 관한 법리를 오해한 잘못이 없으므로 상고를 기각하여야 한다.

이 의견은 상고를 기각하여야 한다는 이 사건 결론에서는 다수의견과 같지만, 결론에 이르기까지 구체적인 이유와 논거가 다르므로 별개의견으로 한다.

7. 대법관 안철상의 별개의견

가. 이 사건의 쟁점과 별개의견의 요지

이 사건의 쟁점은, 외부인이 공동거주자 중 한 사람의 승낙을 받아 공동주거에 출입하였으나, 그것이 다른 거주자의 의사에 반하는 경우 주거침입죄가 성립하는지 여부이다. 다수의견은 이 사건의 쟁점을 부재중인 다른 거주자의 추정적 의사에 반하는 경우에 한정하여 논의하고 있다. 그러나 공동거주자 개개인은 각자 사실상 주거의 평온이라는 보호법익을 동등하게 누린다고 보아야 하고, 거주자가 주거에 현재하고 있는지 여부나 출입 거부 의사가 표시되었는지 아니면 추정되는지 여부에 따라 그 보호의 내용과 정도를 달리 보아야 할 것은 아니다. 따라서 이 사건의 쟁점을 다른 거주자가 부재중인 경우로서 그의 반대의사가 추정적인 경우에 한정하여 논의할 것이 아니라, 다른 거주자가 주거 내에 현재하는 경우로서 그의 반대의사가 명시적인 경우에까지 함께 논의하는 것이 타당하다.

이 별개의견의 요지는, 외부인이 공동거주자 중 한 사람의 승낙을 받아 공동주거에 출입한 경우에는 그것이 다른 거주자의 의사에 반하더라도 특별한 사정이 없는 한 주거침입죄가 성립하지 않는다는 것이다. 공동거주자 중 한 사람의 승낙에 따른 외부인의 공동주거 출입행위 그 자체는 외부인의 출입을 승낙한 공동거주자의 통상적인 공동주거의 이용행위 내지 이에 수반되는 행위에 해당한다고 할 것이고, 다른 거주자는 외부인의 출입이 그의 의사에 반하더라도 여러 사람이 함께 거주함으로써 사생활이 제약될 수밖에 없는 공동주거의 특성에 비추어 공동거주자 중 한 사람의 승낙을 받은 외부인의 출입을 용인하여야 하기 때문이다. 즉 공동거주자 중 한 사람이 다른 거주자의 의사에 반하여 공동주거에 출입하더라도 주거침입죄가 성립하지 않는 것과 마찬가지로 공동거주자 중 한 사람의 승낙에 따라 공동주거에 출입한 외부인이 다른 거주자의 의사에 반

하여 공동주거에 출입하더라도 주거침입죄가 성립하지 않는다고 보아야 한다는 것이다.

나. 다수의견에 대한 관견

1) 침입의 의미와 판단기준

다수의견은, 주거침입죄의 구성요건적 실행행위인 침입은 주거침입죄의 보호법익과의 관계에서 해석하여야 하므로 침입이란 '거주자가 주거에서 누리는 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거에 들어가는 것'을 의미한다고 하면서, 침입에 해당하는지 여부는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양을 기준으로 판단하여야 하고, 주거에 들어가는 행위 자체가 거주자의 의사에 반한다는 거주자의 주관적 사정만으로 바로 침입에 해당한다고 볼 수 없다고 한다. 그러나 이러한 다수의견에 찬성하기 어렵다. 그 구체적인 이유는 다음과 같다.

가) 다수의견은 침입의 의미를 주거침입죄의 보호법익인 '사실상 주거의 평온'과의 관계에서 해석하여야 한다고 한다. 이는 대법원이 주거침입죄의 보호법익을 '사실상 주거의 평온'이라고 보면서도 침입의 의미를 '거주자의 의사에 반하여 주거에 들어가는 것'이라고 해석하는 데 대하여, 침입의 의미가 주거침입죄의 보호법익과의 관계에서 일관되지 못하다는 형법학계에서의 비판적인 견해를 수용한 것으로 보인다. 다수의견이 침입의 의미를 이렇게 보는 이유는, 거주자의 의사에 반하는 것으로 추정된다는 사정만으로 주거침입죄의 성립을 인정하게 되면, 주거침입죄를 의사의 자유를 침해하는 범죄의 일종으로 보는 것이 되어 주거침입죄가 보호하고자 하는 법익을 넘어서게 된다고 설명한다.

그러나 의사의 자유를 침해하는 범죄라 함은 협박죄와 같이 피해자가 의사를 결정 또는 의사의 표현 등을 못하도록 그 자유를 침해하는 범죄를 말한다고 할 수 있다. 침입

의 의미를 '거주자의 의사에 반하여 주거에 들어가는 것'으로 해석한다고 하여, 의사의 자유를 침해하는 범죄의 일종으로 보는 것이라고 할 수 없다. 피해자의 의사에 반하여 하는 행위를 직접 처벌하는 법률 규정도 있지만(「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제14조 등), 학설·판례에서 구성요건적 행위를 피해자의 '의사에 반하여' 하는 행위라는 의미로 해석하는 경우도 많다. 대법원 판례는 절도죄의 구성요건적 행위인 '절취'의 의미를 "타인이 점유하고 있는 재물을 '점유자의 의사에 반하여' 그 점유를 배제하고 자기 또는 제3자의 점유로 옮기는 것"이라고 판시하고 있는데(대법원 2008. 7. 10. 선고 2008도3252 판결, 대법원 2016. 12. 15. 선고 2016도15492 판결 등 참조), 대법원이 절도죄를 의사의 자유를 침해하는 범죄의 일종으로 보고 있다고 할 수 없다.

나) 다수의견은, '침입'이란 거주자가 주거에서 누리는 사실상의 평온상태를 해치는 태양으로 주거에 들어가는 것을 의미한다고 한다. 이는 침입이라는 법률 용어를 다른 말로 풀이한 것으로 평가할 수는 있지만, 이러한 해석을 선뜻 받아들이기는 어렵다.

종전 대법원 판례는 침입의 의미를 '거주자의 의사에 반하여 주거에 들어가는 것'이라고 해석함으로써 일반인들에게 침입의 의미를 구체적이고도 명확하게 제시하였다. 주거침입죄의 구성요건적 행위인 침입은 주거침입죄를 구성하는 불법유형에 상응하는 행위태양으로서 법익관련성을 지닌 결과반가치를 구성하는 것이 아니라 행위자의 태도와 관련된 행위반가치를 구성한다. 이러한 점에서 침입의 의미를 직접적으로 보호법익과 관련시켜 파악하거나 보호법익의 내용이 곧바로 구성요건적 행위를 구성하는 내용이 되어야 하는 것은 아니다. 소유권이라는 보호법익을 침해하는 행위라도 형법은 그 구체적인 행위태양에 따라 절도, 횡령, 손괴 등으로 구별하여 처벌하고 있다. 절도죄의 구성요건적 행위인 절취의 의미를 앞서 본 대법원 판례와 달리 '타인의 재물을 소유권(또는 점

유권)을 해치는 행위태양으로 자기 또는 제3자의 점유로 옮기는 것'이라고 해석한다면 타당하다고 볼 수 있을지 의문이다.

형벌 규정은 죄형법정주의의 관점에서 명확성과 예측가능성이 중요하다. 다수의견의 침입에 관한 해석은 '평온상태를 해치는 행위태양'이 무엇인지 또다른 해석을 필요로 하게 되어 구체적인 사건의 해결에 도움을 준다고 보기 어렵다. 나아가 침입의 의미를 추상적이고 불명확하게 변경함으로써 일반 국민이나 법률 실무자들에게 혼란을 줄 우려가 있다. 예를 들어, 거주자가 부재중인 빈집이나 출입금지가 표시된 관리자가 없는 건물에 조용히 들어갔다가 나오는 경우, 침입의 의미를 다수의견과 같이 해석할 때 주거침입죄나 건조물침입죄가 성립하는지 의문이 제기된다.

다) 인간이 자신의 인격을 발현하고 인간의 존엄과 가치를 실현하기 위해서는 아무에게도 간섭받지 않고 자기만이 누릴 수 있는 사적 생활공간을 확보할 필요가 있다. 이러한 생활공간에는 마음의 안도감을 갖는 것이 중요하다. 주거침입죄의 보호법익인 주거의 사실상 평온은 이러한 관점에서 해석되어야 한다. 다시 말하면, 주거의 사실상 평온에는 물리적 평온뿐만 아니라 심리적 평온도 포함된다고 이해할 수 있다. 이와 관련하여 주거침입죄를 구성하는 행위로서 침입의 개념을 '공간에로의 자유로운 진입을 제한하는 물리적·심리적 장벽의 돌파'라고 정의하는 견해가 있다. 이러한 입장에서는 거주자가 출입을 실제로 허락한 경우에는 출입을 제한하는 장벽이 허물어졌기 때문에 '장벽의 돌파'를 인정할 수 없어 침입에 해당되지 않는다고 본다. 그리고 침입에 있어 본질적인 표지는 '물리적 장벽'의 돌파라기보다는 '심리적 장벽'의 돌파에 있고, 심리적 장벽으로 중요한 것은 거주자의 의사이므로, '물리적 장벽' 그 자체에 본질적인 의의가 있는 것은 아니라고 한다.

다수의견은, 침입에 해당하는지 여부를 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양을 기준으로 판단하여야 한다고 한다. 그러나 주거의 평온은 인간 존엄성 실현 및 인격 발현을 위한 사생활 보호의 전제 조건이다. 평온의 침해 여부를 판단함에는 물리적 평온과 심리적 평온을 함께 고려하여야 하고, 앞서 본 바와 같이 심리적 평온을 더 중시할 수도 있다. 다수의견과 같이 침입에 해당하는지 여부를 객관적·외형적으로 드러난 행위태양을 기준으로 판단한다는 것은 물리적 평온에 치중하는 의미가 되어 바람직하다고 보기 어렵다.

2) 공동거주자 중 한 사람의 승낙을 받은 외부인의 공동주거 출입행위가 주거침입죄를 구성하지 않는다는 논거

다수의견은 위와 같은 주거침입죄에서 말하는 침입의 의미와 판단기준을 주된 이유로 하여, 공동거주자의 일부가 부재중인 경우 주거 내에 현재하는 거주자의 승낙을 받아 공동주거에 외부인이 출입한 경우 주거침입죄가 성립하지 않는다고 한다. 그러나 이러한 다수의견에는 다음과 같은 문제가 있다.

가) 다수의견은, 그 논거의 타당성을 떠나, 공동거주자 중 한 사람의 승낙에 따른 외부인의 출입이 부재중인 공동거주자의 추정적 의사에 반하는 경우 주거침입죄가 성립하지 않는다고 설시하고 있을 뿐이고, 주거 내에 현재하는 공동거주자의 의사에 반하는 경우 주거침입죄가 성립하는지에 대하여는 아무런 설명이 없다. 공동거주자 중 한 사람의 승낙에 따른 외부인의 출입행위가 다른 거주자에 대한 주거침입죄가 성립하는지 여부는 외부인의 출입을 반대하거나 반대할 것으로 보이는 거주자가 주거 내에 현재하거나 부재중인 경우와 관계없이 위 각 사안에 공통적으로 적용될 수 있는 법리에 따라 판단하여야 함이 마땅하다. 거주자가 주거 내에 현재하든 부재중이든, 그의 출입금지 의사

가 명시적이든 추정적이든 거주자가 주거 내에서 누리는 사실상 주거의 평온의 내용과 그 보장 정도는 동일하고, 공동주거에 있어서도 공동거주자 각자가 주거 내에서 누리는 위 법익의 내용과 그 보장 정도가 동등하기 때문이다.

나) 다수의견은 주거 내에 현재하는 다른 거주자가 외부인의 출입을 명시적으로 반대하는 경우에도 주거침입죄가 성립한다는 것인지에 대하여 그 입장을 명시적으로 밝히지 않고 있다. 즉 다수의견이 외부인의 출입을 반대하는 다른 거주자가 주거 내에 현재하는 경우와 부재중인 경우를 구별하여 주거침입죄의 성립을 달리 판단할 것인지는 분명하지 않다. 다수의견에 의하면, 주거 내에 현재하는 다른 거주자가 외부인의 출입을 반대하는 의사를 명시적으로 표시한 경우에는 그에 반한 외부인의 출입은 그 거주자의 사실상 평온상태를 해치는 행위태양인 것으로 볼 수 있어 주거침입죄가 성립할 수 있다고 볼 여지가 크다. 그러나 공동거주자 중 한 사람이 주거 내에 현재하든 부재중이든 그가 주거 내에서 누리는 사실상 주거의 평온의 내용과 그 보장 정도가 동일한데도, 각각의 경우에 주거침입죄의 성립 여부를 달리 판단한다면, 이것은 주거침입죄의 보호법익의 내용이나 법적 성질에 어긋난다. 공동거주자 중 한 사람의 승낙에 따른 외부인의 출입이 다른 거주자의 의사에 반하는 경우에는, 다른 거주자가 주거 내에 현재하든지 부재중이든지 그에 대한 관계에서 주거침입죄가 성립하는지 여부에 관한 결론이 동일하여야 주거침입죄의 보호법익의 내용이나 법적 성질에 부합하는 판단이다.

다) 다수의견은 외부인이 공동거주자 중 주거 내에 현재하는 거주자의 현실적인 승낙을 받아 공동주거에 출입하였으나 그것이 부재중인 다른 거주자의 추정적 의사에 반하는 경우 주거침입죄가 성립하지 않는다는 결론을 내린 다음, 이와 다른 취지의 대법원 판결의 견해를 변경하는 이유를 도출해 내기 위해 그동안 대법원이 확립하여 왔던 주거

침입죄에서의 침입의 의미와 판단기준을 변경하였다. 이는 공동주거라는 특수한 예외적 상황에서 발생한 주거침입죄의 문제를 그 상황에 대한 이론 구성을 통하여 해결한 것이 아니라 일반론의 법리로 예외를 포섭함으로써 주거침입죄 전반에 영향을 미치는 방법으로 해결한 것으로서 그 방법이나 내용이 적절하다고 보기 어렵다. 비록 다른 거주자의 부재중인 경우로 한정된 사안에 대한 법리라 하더라도, 그 내용의 일반성으로 인해 다른 사안에서 문제가 될 소지가 있다. 특히 '평온상태를 해치는 행위태양'을 침입의 기준으로 제시한 것은 그 태양이 다양한 모습으로 나타나는 것이어서 일반 국민으로서는 어떤 행위가 침입에 해당하는지 구체적인 사안에서 예측하기가 상당히 어려운 새로운 문제를 제기한다. 이러한 문제는 다수의견이 주거침입죄의 침입의 의미와 판단기준을 불완전하게 변경함으로써 발생하는 문제이다.

다만, 다수의견이 침입의 의미에 관한 종전 대법원 판례의 태도를 전부 폐기하거나 변경한 것은 아니다. 그리고 종전 대법원 판례도 뒤에서 보는 바와 같이 평온을 해칠 수 있는 정도에 이르지 아니하면 침입에 해당하지 아니한다고 보고 있다. 이를 종합하면, 다수의견의 취지를, '평온상태를 해치는 행위태양'의 내용으로 일반적인 경우에는 종전 대법원 판례와 같이 거주자의 의사에 반하여 주거에 들어가는 것으로 보면서, 거주자의 의사에 반하더라도 사실상 주거의 평온이 침해되지 아니하는 예외적인 경우가 있는데 이 사건 사안은 예외적인 경우에 해당한다고 본 것으로 선해할 수 있다. 이렇게 본다면, 다수의견이 '주거에 현재하는 거주자로부터 승낙을 받아 통상적인 출입방법에 따라 주거에 들어간 행위'가 평온상태를 해치는 행위태양에 해당하지 아니한다고 본 것에 대한 비판은 별론으로 하더라도, 종전 대법원 판례와 다수의견의 법리가 서로 충돌되지 아니하고 공존하는 합리적인 설명이 가능하다고 본다.

다. 별개의견의 구체적인 이유

1) 주거침입죄의 보호범의

헌법은 제10조 전문에서 "모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다."라고 하여 인간의 존엄성과 행복추구권을 보장하고 있다. 모든 사람이 인간으로서의 존엄과 가치를 누리면서 인격의 자유로운 발현과 행복을 추구하기 위해서는 사생활이 보호되어야 한다. 헌법은 사생활영역을 보호하는 개별 기본권으로 제16조 전문에서 "모든 국민은 주거의 자유를 침해받지 아니한다."라고 하여 '주거의 자유'를 보장하고 있고, 제17조에서 "모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다."라고 하여 '사생활의 비밀과 자유'를 보장하고 있다. '사생활의 비밀과 자유'는 사생활영역의 보호에 관한 일반적인 기본권이라 할 것이고, '주거의 자유'는 주거라는 사적 공간 내에서의 사생활의 비밀과 자유를 특별히 보호하기 위한 기본권이다. 결국 주거의 자유는 주거라는 사적 생활공간을 외부의 간섭이나 방해, 관찰로부터 차단하고 보호함으로써 인간존엄성 실현과 인격의 자유로운 발현 및 행복을 추구하기 위하여 불가결한 생활공간을 사생활의 일부로서 특별히 보호하고자 하는 기본권이다. 이러한 점에서 주거의 자유는 그 보호의 필요성이 매우 크다.

헌법은 헌법이 보장하는 주거의 자유를 구체적으로 보호하기 위하여 제319조에서 주거침입죄를 처벌하는 규정을 두었다. 주거침입죄는 인간생활의 기본 조건으로서 다른 사람의 방해를 받지 않고 배타적으로 사용하는 주거 등의 공간을 침입하는 범죄로서 그 공간의 평온과 안전의 보호를 목적으로 한다(헌법재판소 2020. 9. 24. 선고 2018헌바171 결정 참조). 개별존재로서의 인간이 자신의 인격을 실현하고 인간의 존엄과 가치를 확보하기 위해서는 각자 사생활의 영역에서 아무에게도 간섭받지 않고 자기만이 누릴

수 있는 장소적·정신적 평온이 필요하다. 이러한 점에서 주거침입죄의 보호법익은 사회적 생활관계에 있어서의 사실상 주거의 자유와 평온이라고 할 것이다. 주지하는 바와 같이 대법원도 오랜 기간 동안 주거침입죄의 보호법익은 '사실상 주거의 평온'이라고 인정하여 왔고(대법원 1983. 3. 8. 선고 82도1363 판결, 대법원 1995. 9. 15. 선고 94도 2561 판결, 대법원 2001. 4. 24. 선고 2001도1092 판결, 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009도14643 판결 등 참조), 다수의견도 밝힌 바와 같이 이러한 대법원 판례의 태도는 기본적으로 타당하다.

2) 침입의 의미와 판단기준

가) 주거침입죄의 구성요건적 행위는 사람의 주거에 침입하는 것이다. 침입의 사전적 의미는 '침범하여 들어오거나 들어감'을 뜻한다. 여기서 침범은 '거주자의 허락 없이 무단으로, 또는 거주자의 의사에 반하여 함부로 주거 등에 넘어간다'는 의미이며, 들어감은 '행위자의 신체가 주거 등의 안으로 들어가는 것'을 가리킨다. 사전적 의미에서도 알 수 있듯이 침입은 '거주자의 의사에 반하여 주거에 들어가는 것'을 뜻한다. 침입에 해당하는지 여부도 거주자의 의사를 기준으로 판단할 수밖에 없고, 거주자의 의사인 승낙 여부에 따라 주거침입죄의 성립 여부가 결정된다. 즉 거주자가 명시적, 묵시적으로 출입을 거부하는 의사를 표시하거나 출입을 거부하는 의사가 추정되는 경우에는 주거침입죄가 성립하고, 거주자의 출입 승낙이 있거나 그러한 승낙이 추정되는 경우에는 주거침입죄가 성립하지 않는다.

주거침입죄의 보호법익과의 관계에 비추어 보더라도, 침입은 거주자의 의사를 기준으로 판단할 수밖에 없다. 즉 주거침입죄의 보호법익인 사실상 주거의 평온은 기본적으로 거주자의 의사대로 주거에 대한 지배·관리가 통제되어야 지켜질 수 있고, 이러한 주거

에 대한 지배·관리의 통제는 주거에 대한 출입통제로 구체화된다. 이러한 주거에 대한 출입통제는 통상 거주자의 의사를 통해서 이루어지는 것이므로 거주자의 의사에 반하여 주거에 출입하면 거주자의 사실상 주거의 평온이 침해되어 주거침입죄가 성립한다. 따라서 열려 있는 빈집에 거주자의 승낙 없이 출입한 경우에는 거주자의 주거에 대한 출입통제가 유지되는 상태가 깨어졌기 때문에 주거침입죄가 성립한다고 볼 수 있다.

나) 대법원도 오래 전부터 최근까지 일관하여 침입은 '거주자의 의사에 반하여 주거에 들어가는 것'이라고 판시하여 그 견해를 확립하고 있다(대법원 1955. 12. 23. 선고 4288형상25 판결, 대법원 1983. 3. 8. 선고 82도1363 판결, 대법원 2009. 9. 10. 선고 2009도293 판결, 대법원 2012. 5. 24. 선고 2010도9963 판결, 대법원 2021. 1. 14. 선고 2017도21323 판결 등 참조). 또한 다수의 대법원 판례는 거주자가 누리는 사실상의 주거의 평온을 해할 수 있는 정도에 이르렀는지 여부에 따라 침입에 해당하는지를 판단하고 있다(대법원 1995. 9. 15. 선고 94도2561 판결, 대법원 2001. 4. 24. 선고 2001도1092 판결, 대법원 2003. 10. 24. 선고 2003도4417 판결, 대법원 2006. 9. 14. 선고 2006도2824 판결, 대법원 2008. 4. 10. 선고 2008도1464 판결 등 참조).

이러한 판례들을 통해, 대법원이 종래 '침입'의 요건 충족 여부를 판단하면서 의사 침해를 침입의 주된 기준으로 삼으면서도 평온 침해 역시 판단 요소로 보아왔음을 알 수 있다. 다시 말하면, 대법원은 거주자의 의사에 반하여 주거에 들어가면 일반적으로 주거의 사실상 평온이 침해되었다고 평가할 수 있기 때문에 별도로 평온의 침해 여부를 판시하지 않았을 뿐이고, 쟁점이 되어 판단이 필요한 경우에는 보호법익과의 관계에서 평온이 침해되어야 침입에 해당함을 밝히고 있다. 앞서 본 침입의 사전적 의미와 주거침입죄의 보호법익과의 관계에 비추어 보더라도, 이러한 대법원의 해석은 지극히 타당하

다.

3) 외부인이 공동거주자 중 한 사람의 승낙에 따라 공동주거에 출입한 경우 주거침입죄가 성립하는지 여부

외부인이 공동거주자 중 한 사람의 승낙에 따라 공동주거에 출입한 경우 주거침입죄가 성립하지 않는다고 보아야 한다. 설령 그것이 다른 공동거주자의 의사에 반하는 것이더라도 마찬가지이고, 다른 거주자가 주거 내에 현재하고 있는 경우와 다른 거주자가 부재중인 경우를 구별할 필요가 없다. 구체적인 이유는 다음과 같다.

가) 주거침입죄는 개인적 법익에 관한 죄이고, 헌법이 정한 '주거의 자유'와 '사생활의 비밀과 자유'라는 기본권의 주체도 개인인 사람이므로, 여러 사람이 함께 거주하는 공동주거에서 공동거주자 개개인은 각자가 사실상 주거의 평온이라는 보호법익을 가진다. 따라서 외부인의 출입이 공동거주자 중 어느 한 사람의 법익을 침해한 경우에는 그 거주자에 대한 관계에서 주거침입죄가 성립하게 된다. 그러나 외부인이 다른 거주자의 의사에 반함에도 공동거주자 중 한 사람의 승낙에 따라 공동주거에 출입한 경우에 다른 거주자의 법익을 침해하였다고 볼 것인지는 위의 경우와 차원이 다른 문제이다.

(1) 공동주거는 여러 사람이 함께 거주하는 주거공간이라는 특성상 공동거주자 상호간에 내부적으로 다른 거주자의 사생활에 간섭하거나 그의 법익을 침해할 수 있어 분쟁 발생의 위험이 상존하고 있다. 이러한 점에서 공동거주자 상호간에는 각자가 공동주거 내에서 누리는 사실상 주거의 평온이라는 법익이 제약되고, 공동거주자도 공동주거관계를 형성하면서 이러한 사정을 서로 용인하였다고 보아야 한다. 이 경우 공동거주자 각자가 공동으로 생활하는 주거공간에서 누리는 법익은 서로 영향을 주고받으면서 제약된 채로 존재하게 된다. 따라서 공동거주자 중 한 사람이 다른 거주자의 의사에 반하여 공

동주거에 출입하더라도 다른 거주자의 사실상 주거의 평온이 침해되었다고 볼 수 없으므로 침입행위에 해당하지 않는다.

외부인의 출입이 공동거주자 중 한 사람의 승낙에 따른 것일 경우에도 이와 마찬가지로 이다. 즉 외부인이 공동거주자 중 한 사람의 승낙에 따라 공동주거에 출입한 경우에는 그것이 다른 거주자의 의사에 반하는 것이라고 하더라도 특별한 사정이 없는 한 다른 거주자의 사실상 주거의 평온이 침해되었다고 볼 수 없으므로 침입행위에 해당하지 않는다고 보아야 한다. 외부인은 공동주거에 자유로이 출입하고 이를 이용할 수 있는 권한을 가진 공동거주자 중 한 사람으로부터 그곳에 출입할 권한을 부여받았으므로 공동거주자와 마찬가지로 그곳에 출입할 수 있고 이를 이용할 수 있다고 보아야 하기 때문이다. 공동거주자 사이에는 공동주거 내에서 누리는 사실상 주거의 평온이라는 법익이 제약되고 공동거주자도 이러한 사정을 서로 용인한 것으로 볼 수 있는 공동주거의 특성에 비추어, 공동거주자 중 한 사람의 승낙을 받은 외부인이 공동주거에 출입하였다고 하여 그 출입행위 자체로 다른 공동거주자에 대한 관계에서 별개의 새로운 법익이 침해된다고 보기도 어렵다. 그리고 출입 목적의 비윤리성 정도에 따라 주거침입죄의 성립 여부를 판단할 것도 아니다.

공동거주자 중 한 사람의 승낙에 따른 외부인의 공동주거 출입 그 자체는 외부인의 출입을 승낙한 공동거주자의 통상적인 공동주거의 이용행위 내지 이에 수반되는 행위에 해당한다고 볼 수 있다. 예를 들어, 공동주거에 있어 공동거주자들 각자가 독자적으로 사용하는 생활공간이 있고, 그 생활공간에 이르기 위해서는 공동거주자들이 공동으로 생활하는 공간, 가령 공동현관이나 로비 등을 통하여야만 하는 경우를 상정하면, 외부인이 공동거주자 중 한 사람으로부터 그가 독자적으로 사용하는 생활공간에 출입하는 것

을 승낙받아 그에 따라 그 공간에 이르기 위하여 공동생활의 장소에 출입한 경우 그것이 다른 거주자의 의사에 반하더라도 외부인이 그 공동생활을 장소에 출입한 행위를 침입행위로 보아 주거침입죄로 규율할 수는 없다. 이는 우리가 일상생활에서 흔히 볼 수 있는 택배나 음식의 배달원이 이를 배달하기 위하여 공동주택의 공동생활 장소에 출입하는 경우를 생각하면 쉽게 이해할 수 있다.

(2) 외부인이 공동거주자 중 한 사람의 승낙을 받아 공동주거에 출입한 경우, 그것이 다른 거주자의 의사에 반한다고 하여 주거침입죄가 성립한다고 보게 되면, 외부인의 출입에 관한 공동거주자 사이의 의견 대립 문제로 그 외부인이 주거침입죄로 형사처벌을 받는 결과가 된다. 이는 국가 형벌권의 적정한 행사인지 문제를 제기한다.

법규범으로서 형법의 본질과 임무는 사회의 존립과 유지에 필요불가결한 기본가치를 보호하는 데 있고, 형법의 규율 대상은 다른 규범이나 사회적 통제수단으로는 해결할 수 없는 중대한 법익에 대한 위험이 명백한 행위나 사회에 끼치는 해악이 큰 행위에 한정된다. 형법은 주거침입죄의 구성요건적 행위를 침입이라고 규정하고 있고, 그 형벌도 3년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금으로 처벌하고 있다. 위와 같은 형법의 본질과 그 규율 내용 등에 비추어 보면, 침입이라는 개념에는 그 자체로서 이미 중대한 법익에 대한 위험이 명백한 행위 또는 사회에 끼치는 해악이 큰 행위라는 법적 평가가 포함되어 있다고 할 것이므로, 출입행위가 이러한 형법의 규율 대상이 되는 행위, 즉 침입으로 평가되어야 주거침입죄로 처벌할 수 있다. 그런데 공동거주자 중 한 사람의 승낙을 받아 공동주거에 들어간 행위는 다른 규범이나 사회적 통제수단으로 해결할 수 없는 중대한 법익에 대한 위험이 명백한 행위 또는 사회에 끼치는 해악이 큰 행위에 해당한다고 보기 어렵다.

인간으로서의 존엄과 가치를 보장하기 위해서는 개인의 자유가 보장되어야 하고, 이를 위해서는 형법을 통한 규율보다는 사회공동체의 자기규율이 더 중요하게 강조되어야 한다. 이러한 점에서 공동거주자 사이에 외부인의 출입에 관한 의사가 대립하는 경우 외부인의 출입에 관한 문제는 공동거주자 사이에서 자율적으로 해결하는 것이 바람직하다. 이를 자율적으로 해결할 수 없는 경우에는 먼저 공동주거의 법률관계를 규율하는 공·사법적 수단을 통하여 해결하여야 할 것이다. 이러한 경우까지 주거침입죄로 형사처벌하는 것은 국가 형벌권의 과도한 개입으로서 형법의 보충성 원칙에 반한다. 가령 가족 중 일부의 승낙을 받은 그 부모나 동료의 출입이 다른 가족의 의사에 반한다는 사실만으로 주거침입죄로 형사처벌하는 것이 부당함은 자명하다. 공동거주자 중 한 사람의 승낙을 받은 경우에는 주거침입죄가 성립하지 않는다고 하게 되면 주거침입죄의 성립 여부를 명확히 할 수 있고, 그 가별성의 범위도 적정하게 할 수 있다.

공동거주자 중 한 사람의 승낙을 받은 외부인이 공동주거에 출입하는 과정에서 또는 주거에 출입한 후에 다른 거주자의 생명이나 신체, 재산 등의 법익을 침해하는 행위를 한 경우에는 그 법익의 침해로 인한 범죄로 형사처벌할 수 있다.

(3) 공동주거관계에서 공동거주자 각자가 누리는 사실상 주거의 평온의 내용과 보호의 정도는 공동거주자 사이에 동등하다. 공동거주자가 모두 주거 내에 현재하는 경우나 공동거주자 중 일부가 부재중인 경우에도 마찬가지이다. 거주자가 부재중인 주거에 거주자의 승낙을 받지 않고 출입하는 경우에는 주거침입죄가 성립하므로 부재중인 거주자도 주거 내에서 사실상 주거의 평온이라는 보호법익을 누릴 수 있다. 공동거주자가 모두 부재하는 경우나 그 일부가 부재하는 경우에도 부재중인 거주자는 주거 내에서 사실상 주거의 평온을 누리므로, 공동거주자 중 일부가 주거 내에 현재하더라도 달리 취급

할 것이 아니다.

이와 같이 공동거주자 각자가 공동주거에서 누리는 사실상 주거의 평온의 내용과 보호의 정도가 동일하다. 그럼에도 외부인의 출입에 관하여 공동거주자 중 어느 한 사람의 의사에 반한다고 하여 주거침입죄가 성립한다고 보게 되면, 외부인의 출입을 거부한 공동거주자의 의사나 법익만을 보호하고, 외부인의 출입을 승낙한 다른 거주자의 의사나 법익을 도외시하는 결과를 초래할 수 있어 부당하다.

나) 다만, 현대 사회에서 공동주거의 형태가 다종·다양하고 공동주거의 법률관계도 복잡다단할 수 있으므로 원활한 공동주거관계의 유지를 위해서는 사안에 따라 특별한 방법으로 이를 규율할 필요도 있다.

법령이나 법원 재판 등에서 공동주거의 관리사항을 정함으로써 공동거주자가 법적으로 이에 따를 의무가 있는 경우(대법원 2021. 1. 14. 선고 2017도21323 판결 참조) 또는 공동거주자 사이에 제약되고 용인되는 것을 넘어 외부인의 출입 그 자체로 다른 규범이나 사회적 통제수단으로는 해결할 수 없는 별개의 새로운 법익을 침해할 위험이 명백한 경우 등에는 외부인이 공동거주자의 승낙에 따라 공동주거에 출입하였더라도 예외적으로 주거침입죄가 성립하는 경우를 상정할 수 있을 것이다.

4) 이 사건에 대한 판단

가) 원심판결 이유와 원심이 적법하게 채택한 증거에 의하면, 피고인은 피해자의 처와 혼외 성관계를 가질 목적으로 이 사건 공소사실 기재 일시에 피해자의 처가 열어준 현관 출입문을 통하여 피해자와 피해자의 처가 공동으로 생활하는 이 사건 아파트에 들어간 사실이 인정된다.

나) 이러한 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 피고인이 피해자의 처로부

터 승낙을 받았으므로 이 사건 아파트에 출입할 수 있고, 설령 피고인이 이 사건 아파트에 출입한 행위가 부재중인 피해자의 의사에 반하는 것이라 하더라도, 피해자의 처로부터 승낙을 받아 이 사건 아파트에 출입한 피고인의 행위 그 자체는 공동주거의 특성에 비추어 피해자의 처가 이 사건 아파트를 통상적으로 이용하는 행위이거나 그에 수반하는 행위라고 볼 수 있어 주거에 침입하였다고 볼 수 없다. 따라서 피고인에 대하여는 주거침입죄가 성립하지 않는다.

라. 결론

피고인이 공동거주자 중 한 사람인 피해자의 처로부터 승낙을 받아 이 사건 아파트에 들어간 행위는 주거침입죄에 해당하지 않는다. 결국 원심의 판단에는 상고이유 주장과 같이 주거침입죄의 성립에 관한 법리를 오해한 잘못이 없으므로 상고를 기각하여야 한다.

이와 같이 상고를 기각하여야 한다는 이 사건 결론에는 다수의견과 견해를 같이 하지만, 결론에 이르기까지의 구체적인 이유가 다르므로 별개의견으로 이를 밝혀둔다.

8. 대법관 이기택, 대법관 이동원의 반대의견

종전 대법원 판결(위 대법원 83도685 판결)은 공동거주자 중 한 사람의 승낙에 따라 주거에 출입하는 것이 다른 거주자의 의사에 반하는 경우에는 다른 거주자의 사실상 주거의 평온을 해치는 결과가 되어 주거침입죄가 성립하고, 공동거주자 중 한 사람이 부재중인 경우에도 위 법리가 적용된다는 전제에서 '배우자 중 한 사람의 일시 부재중에 간통을 할 목적으로 주거 내에 현재하는 다른 배우자의 승낙을 얻어 주거에 들어갔더라도 사회통념상 간통을 할 목적으로 주거에 들어오는 것은 부재중인 배우자의 의사에 반하므로 부재중인 배우자의 사실상 주거의 평온을 해치는 결과가 되어 주거침입죄가 성

립한다'고 하였다.

이에 대하여 다수의견은 공동거주자의 일부가 부재중에 외부인이 주거 내에 현재하는 거주자로부터 현실적인 승낙을 받아 통상적인 출입방법에 따라 주거에 들어간 경우에는 그것이 부재중인 다른 거주자의 추정적 의사에 반하더라도 주거침입죄가 성립하지 않는다고 판시하면서 위 견해와 배치되는 범위 내에서 위 대법원 판결을 변경한다고 한다.

그러나 종전 대법원 판결은 주거침입죄의 법적 성질과 보호법익의 실체에 부합하고, 일반적인 주거관계와 공동주거관계에서 주거침입죄가 성립하는지 여부에 관하여 모순 없이 일관되게 적용할 수 있으며, 사회 일반의 통념에도 들어맞는 논리적이고 합리적인 판결이므로, 그대로 유지되어야 한다. 이를 변경하려는 다수의견에 찬성할 수 없다.

가. 이 사건 쟁점에 관한 반대의견의 요지와 근거

1) 논의의 전제

가) 오늘날 주거의 공동사용의 모습은 매우 다양하다. 전통적인 공동주거, 즉 가족이 하나의 생활공동체를 이루어 거주하는 경우와 같이 공동거주자의 주거의 평온이 주거 전체에 걸쳐서 긴밀하게 이루어지는 경우가 있고, 여러 사람이 경제적인 이유 등으로 하나의 주거공간을 나누어 사용하는 경우와 같이 공동거주자의 주거의 평온이 각자의 독립된 생활공간을 중심으로 이루어지는 경우도 있다. 이 사건에서 문제되고 있는 주거의 평온은 가족 구성원들이 주거 전체에 걸쳐서 긴밀하게 누리는 주거의 평온에 관한 것이므로, 이하에서의 논의는 이를 전제로 한다.

나) 다수의견은 이 사건 쟁점을 '공동주거에 있어 외부인이 공동거주자 중 주거 내에 현재하는 거주자의 현실적인 승낙을 받아 통상적인 출입방법에 따라 공동주거에 들어

았으나 그것이 부재중인 다른 거주자의 의사에 반하는 것으로 추정되는 경우 주거침입죄가 성립하는지 여부'로 한정하고 있다. 반대의견은 다수의견이 파악하고 있는 쟁점의 내용 중 '통상적인 출입방법에 따라' 부분을 제외한 나머지 부분만을 쟁점으로 보고 있다. 다수의견이나 반대의견 모두 외부인이 공동거주자 중 주거 내에 현재하는 거주자의 현실적인 승낙을 받았으나 부재중인 다른 거주자의 추정적 의사에 반하여 공동주거에 들어가는 것이 주거침입죄에 해당하는지 여부를 논하고 있으므로 이를 쟁점으로 한정하여 논의하기로 하되, '통상적인 출입방법에 따라' 부분에 관하여도 따로 의견을 밝히기로 한다.

2) 이 사건 쟁점에 대한 판단 기준

이 사건은 피고인이 공동거주자 중 한 사람의 부재중에 주거 내에 현재하는 다른 거주자의 승낙을 받아 주거에 들어간 사안이다. 승낙한 거주자에 대한 관계에서 주거침입죄의 성립 여부를 논하는 것이 아니라 부재중인 거주자에 대한 관계에서 주거침입죄의 성립 여부를 논하는 것이다. 이러한 경우 주거침입죄가 성립하는지 여부는 부재중인 거주자가 만일 그 자리에 있었다면 피고인의 출입을 거부하였을 것이 명백한지 여부에 따라야 한다. 즉 부재중인 거주자가 그 자리에 있었다면 피고인의 출입을 거부하였을 것이 명백한 경우에는 주거침입죄가 성립하고, 그렇지 않을 경우에는 주거침입죄가 성립하지 않는다고 보아야 한다. 그 구체적인 이유는 다음과 같다.

가) 주거침입죄는 거주자의 의사에 반하여 주거에 들어가는 경우에 성립한다.

주거침입죄는 사람의 주거에 침입한 경우, 즉 거주자 외의 사람이 거주자의 승낙 없이 무단으로 주거에 출입하는 경우에 성립하는 것이다. 거주자는 주거에 대한 출입이 자신의 의사대로 통제되고 지배·관리되어야 주거 내에서 평온을 누릴 수 있다. 이러한

점에서 주거침입죄의 보호법익인 '사실상 주거의 평온'은 '법익의 귀속주체인 거주자의 주거에 대한 지배·관리, 즉 주거에 대한 출입의 통제가 자유롭게 유지되는 상태'를 말한다고 할 것이다.

이러한 주거에 대한 지배·관리 내지 출입 통제의 방식은 거주자의 의사 및 의사 표명을 통하여 이루어지게 된다. 따라서 주거침입죄에 있어 침입은 '거주자의 의사에 반하여 주거에 들어가는 것'이라고 해석하여야 한다.

대법원도 주거침입죄에 있어 침입의 의미에 관하여 최근까지 일관하여 '거주자의 의사에 반하여 주거에 들어가는 것'이라고 판시하여 왔다(대법원 1955. 12. 23. 선고 4288형상25 판결, 대법원 1983. 3. 8. 선고 82도1363 판결, 대법원 2009. 9. 10. 선고 2009도293 판결, 대법원 2009. 12. 10. 선고 2009도5383 판결, 대법원 2012. 5. 24. 선고 2010도9963 판결, 대법원 2016. 3. 10. 선고 2013도7186 판결, 대법원 2021. 1. 14. 선고 2017도21323 판결 등 참조).

나) 부재중인 거주자의 경우에도 그의 '사실상 주거의 평온'이라는 법익은 보호되므로 그의 법익이 침해된 경우에는 주거침입죄가 성립한다.

거주자의 승낙 없이 거주자가 부재중인 빈집에 무단으로 들어간 경우는 주거침입죄로 처벌하는 가장 전형적인 사안이고, 이러한 경우 주거침입죄가 성립한다는 점에 대해서는 이론이 없다고 본다. 이는 거주자가 부재중 출입문이 열려 있는 빈집에 조용히 들어왔다가 나간 경우에도 그 출입이 거주자의 승낙을 받지 않은 무단출입이라면 출입의 통제 상태, 즉 주거의 자유로운 지배·관리 상태를 깨뜨린 것이 되어 그의 '사실상 주거의 평온'을 침해하는 것이기 때문이다.

출입 당시 사전에 거주자로부터 출입에 관한 승낙을 받았거나, 거주자와의 관계 등에

비추어 거주자가 그의 출입을 승낙하였을 것으로 추정되는 경우에는 주거침입죄가 성립하지 않는다.

다) 공동주거에 있어서도 외부인의 출입이 공동거주자 중 부재중인 거주자의 의사에 반하는 것이 명백한 경우에는 그 거주자에 대한 관계에서 사실상 주거의 평온이 깨어졌다고 보아 주거침입죄의 성립을 인정하는 것이 주거침입죄의 법적 성질과 보호법익의 실체에 부합하는 해석이다.

(1) 주거침입죄는 개인적 법익에 관한 죄로서 공동주거에서 생활하고 있는 공동거주자 개개인이 모두 사실상 주거의 평온을 누릴 수 있고, 보호법익의 주체인 거주자에는 주거 내에 현재하는 거주자뿐만 아니라 앞서 본 바와 같이 부재중인 거주자도 포함되므로 주거 내에 현재하는 거주자뿐만 아니라 부재중인 거주자 각자가 모두 독자적으로 사실상 주거의 평온을 누릴 수 있다고 보아야 한다. 공동거주자 중 한 사람이 해외나 다른 지역에 체류하는 등으로 장기간 부재중인 경우와 달리 주거에 언제라도 귀가할 수 있는 일시 부재중인 경우에는 그의 주거에 대한 지배·관리관계, 즉 외부인의 출입에 관한 통제 권한이 여전히 주거 내에 남아있다고 보아야 하고, 이러한 점에서 공동거주자가 주거 내에 현재하는 경우와 본질적으로 다르지 않다. 부재중인 거주자가 외출하면서 주거에 현재하는 거주자에게 주거의 평온에 관한 자신의 독자적인 법익을 양도할 수도 없고, 공동거주자 모두가 부재중인 경우에도 그들의 의사에 반하여 출입하면 현실적인 평온상태를 해치는 별다른 행위가 없더라도(가령 출입문이 열려 있는 빈집에 들어간 경우가 이에 해당할 수 있다) 주거침입죄가 성립한다. 따라서 공동거주자 중 주거 내에 현재하는 거주자가 있더라도 부재중인 다른 거주자에 대하여는 그 거주자가 주거 내에 현재하고 있었을 경우 또는 공동거주자 모두가 부재중인 경우에 보장되는 정도의 주거

의 평온이 보장되어야 함이 마땅하다. 결국 외부인이 공동거주자 중 일부가 부재중에 공동거주자 중 주거 내에 현재하는 거주자의 승낙을 받아 그 주거에 출입하였더라도 그것이 부재중인 다른 거주자의 의사에 반하는 것이 명백한 경우에는 그 거주자가 주거 내에 현재하였을 경우와 마찬가지로 부재중인 거주자가 독자적으로 누리는 사실상 주거의 평온, 즉 주거에 대한 자유로운 지배·관리가 유지되는 상태를 깨뜨리는 것이 되어 주거침입죄가 성립한다.

(2) 공동주거에서 생활하고 있는 공동거주자 개개인이 독자적으로 사실상 주거의 평온을 누릴 수 있고 공동거주자 각자가 개별적·독자적으로 외부인의 출입을 통제할 수 있으므로 공동거주자 중 한 사람의 의사에 반하여 그 주거에 들어간 경우에는 그 의사에 반하는 거주자에 대한 관계에서 주거침입죄가 성립하는 것이다. 가령 공동거주자가 모두 주거 내에 현재하는 상태에서 한 사람은 외부인의 출입을 승낙하지만 다른 사람이 외부인의 출입을 거부하는 경우에는 그 출입을 거부하는 사람에 대한 관계에서 주거침입죄가 성립하는 것이다. 공동거주자 중 주거에 현재하지 않은 거주자라도 여전히 사실상 주거의 평온을 누릴 수 있고 독자적으로 외부인의 출입을 통제할 수 있다고 보는 것이 주거침입죄의 법적 성질과 보호법익의 실체에 부합하므로 외부인의 출입이 부재중인 거주자의 의사에 반하는 것이 명백한 경우에는 그가 주거 내에 현재하였을 경우와 마찬가지로 그의 사실상 주거의 평온을 침해하는 것이어서 그 부재중인 거주자에 대한 관계에서 주거침입죄가 성립하는 것이다.

우리가 이 사건에서 주거침입죄가 성립하는지 여부를 논하는 국면은 외부인의 출입을 승낙한 주거 내에 현재하는 거주자에 대한 관계에서가 아니라 그의 출입을 거부하였을 것이 명백한 부재중인 다른 거주자에 대한 관계에 관한 것이다. 즉 주거 내에 현재하는

거주자는 그가 외부인의 출입을 승낙하여 그의 독자적인 법익의 침해가 없기 때문에 그에 대한 관계에서 주거침입죄가 성립하지 않을 뿐이고, 외부인의 출입을 거부하였을 것이 명백한 부재중인 다른 거주자에 대한 관계에서 주거 내에 현재하는 거주자의 승낙은 주거침입죄의 성립을 부정하는 근거가 될 수 없다.

주거 내에 현재하는 거주자의 외부인 출입에 관한 승낙을 부재중인 거주자에 대한 관계에서 주거침입죄의 성립을 부정하는 근거로 보는 것은 공동거주자 개개인이 독자적으로 사실상 주거의 평온을 누릴 수 있고 공동거주자 각자가 개별적·독자적으로 외부인의 출입을 통제할 수 있다는 주거침입죄의 법적 성질과 그 보호법익의 실체에 반하는 해석이고 논리의 일관성이 없다.

(3) 종전 대법원 판결도 이러한 취지에서 공동거주자 중 한 사람의 승낙에 의한 외부인의 출입이 다른 거주자의 주거의 평온을 해치는 경우에는 주거침입죄가 성립하고(다수의견이 종전 대법원 판결의 이러한 취지까지 변경하는 것은 아니다), 다른 거주자가 부재중인 경우에도 그 거주자의 주거의 평온이 침해되면 주거침입죄가 성립한다고 본 것이다. 종전 대법원 판결에 의하면 다른 거주자가 부재중인 경우라도 주거의 지배·관리관계가 외관상 존재하는 상태로 인정되는 경우에는 외부인의 출입이 그의 의사에 반하면 주거의 평온이 침해되어 주거침입죄가 성립하게 되는데, 이는 다른 거주자가 주거 내에 현재하는 경우 외부인의 출입이 그의 의사에 반하면 주거의 평온이 침해되어 주거침입죄가 성립하는 경우와 마찬가지로 다른 거주자가 부재중인 경우에도 만일 그가 주거 내에 현재하였다면 외부인의 출입을 거부하였을 것이라고 인정되는 경우에는 부재중인 거주자가 누리는 주거의 평온이 침해된다고 볼 수 있기 때문에 주거침입죄가 성립하게 된다는 것으로 매우 당연한 논리이다.

(4) 형법 제319조 제2항은 퇴거불응죄를 규정하고 있다. 퇴거불응죄도 주거침입죄와 마찬가지로 '사실상 주거의 평온'을 보호법익으로 한다. 주거침입죄와 보호법익을 같이 하는 퇴거불응죄와의 관계에 비추어 보더라도, 외부인의 출입이 공동거주자 중 부재중인 거주자의 의사에 반하는 것이 명백한 경우에는 부재중인 거주자에 대한 관계에서 그 거주자의 사실상 주거의 평온이 깨어졌다고 보아 주거침입죄의 성립을 인정하는 것이 보호법익의 내용이나 성질에 부합한다. 즉 공동거주자 중 한 사람이 주거 내에 있었다면 출입을 승낙하지 않았을 외부인이 그 거주자가 아주 잠시 집을 비운 사이에 주거 내에 현재하는 다른 거주자의 승낙을 받고 주거에 들어간 경우를 상정하면, 집을 잠시 비운 거주자가 곧바로 집으로 돌아와 외부인의 퇴거를 요구하였는데도 외부인이 이에 불응할 경우 퇴거불응죄가 성립하게 되는데, 거주자가 집을 아주 잠시 비운 사이에 출입을 승낙하지 않았을 외부인이 출입한 경우도 그 거주자의 사실상 주거의 평온이 침해되는 정도는 외부인이 퇴거불응한 경우와 본질적으로 다르다고 볼 수 없으므로 주거침입죄가 성립한다고 보아야 한다.

라) 외부인의 출입이 부재중인 거주자의 의사에 반하는 것이 명백한 경우에 해당하는지에 대한 판단은 우리 사회에서 건전한 상식을 가지고 있는 일반 국민의 의사를 기준으로 객관적으로 하고 그에 관한 증명책임은 검사가 부담하므로, 외부인의 출입이 부재중인 거주자의 의사에 반하는 것이 명백한 경우에는 주거침입죄가 성립한다고 보더라도 처벌 범위가 확장되는 것이 아니다.

즉, 반대의견은 외부인이 공동주거에 출입할 당시 공동거주자 중 주거 내에 현재하는 거주자의 승낙을 받았더라도 부재중인 다른 거주자의 사전 승낙이 있거나 그의 승낙이 추정되어야만 비로소 공동주거에 출입할 수 있다고 주장하는 것이 아니다. 일반적으로

외부인은 주거 내에 현재하는 공동거주자로부터 승낙을 받은 경우 공동주거에 출입할 수 있다. 다만, 부재중인 다른 거주자가 만일 그 자리에 있었다면 출입을 거부하였을 것이 명백하다고 보이는 경우에 한하여 공동주거에 출입하여서는 아니 된다는 것이다.

부재중인 다른 거주자의 의사에 명백히 반하는지 여부는 우리 사회에서 건전한 상식을 가지고 있는 일반 국민을 기준으로 객관적으로 판단하는 것이고, 이는 피고인이 증명하여야 하는 것이 아니라 일반 증명책임의 원칙에 따라 검사가 증명하여야 하는 것이므로, 공동주거에 출입하는 문제에 대하여 일반 국민에게 과도한 불편을 주거나 무거운 책임을 부과하는 것도 아니다. 종전 대법원 판결도 부재중인 다른 거주자의 의사에 반하는지를 판단함에 있어 '사회통념'을 기준으로 판단하였다.

우리 사회에서 건전한 상식을 가지고 있는 일반 국민을 기준으로 할 때 부재중인 다른 거주자의 의사에 반하는 것이 명백한지 여부에 대한 판단은 그리 복잡하거나 어렵지 않다. 외부인과 각 공동거주자 사이의 관계, 공동거주자의 주거 내에서의 일상적인 생활 관계, 출입 행태와 출입 목적 등에 비추어 부재중인 거주자가 주거 내에 현재하였더라면 외부인의 출입을 거부하였을 것이 명백한 경우에는 주거침입죄가 성립하는 것이고, 그러한 경우라고까지 보기 어려운 경우에는 주거침입죄가 성립하지 않는 것이다. 부재중인 거주자의 의사에 명백히 반하는 것이라고 인정하기 모호한 경우에는 증명책임의 일반원칙에 따라 주거침입죄의 성립을 부정하여야 한다. 가령 외부인이 배우자 중 한 사람의 일시 부재중에 간통을 할 목적으로 주거 내에 현재하는 다른 배우자의 승낙을 얻어 주거에 들어갔더라도 그 부부관계가 사실상 파탄에 이르렀고, 부부간에 상대방의 주거 사용에 관하여 관여하지 아니하는 정도에 이른 경우에는 우리 사회에서 건전한 상식을 가지고 있는 일반 국민의 의사를 기준으로 하더라도 외부인의 출입이 부재중인 배

우자의 의사에 명백히 반한다고 보기 어려우므로 주거침입죄가 성립하지 않는다고 보아야 할 것이다.

나아가 외부인이 주거 내에 현재하는 공동거주자의 승낙을 받아 공동주거에 들어간 경우에는 그것이 부재중인 다른 거주자의 의사에 명백히 반한다는 사정을 인식하기 어려워 주거침입의 고의가 부정되는 경우가 대부분일 것이다. 부재중인 다른 거주자의 의사에 명백히 반한다는 사정을 인식하였는지 여부도 우리 사회에서 건전한 상식을 가지고 있는 일반 국민의 의사를 기준으로 판단하여야 하고 그에 대한 판단도 그리 어렵거나 복잡하지 않다. 침입의 고의에 대한 증명도 증명책임의 일반원칙에 따라 검사가 지므로 이를 인정하기 모호한 경우에는 주거침입죄의 성립을 부정하여야 한다. 가령 외부인이 배우자 중 한 사람의 일시 부재중에 간통을 할 목적으로 주거 내에 현재하는 다른 배우자의 승낙을 얻어 주거에 들어갔더라도 그의 출입을 승낙한 배우자로부터 '부부관계가 파탄에 이르렀고, 부부간에 상대방의 주거 사용에 관하여 관여하지 않고 있다'는 말을 듣고 이를 믿은 경우에는 일반 국민의 의사를 기준으로 하더라도 외부인의 입장에서 그의 출입이 부재중인 배우자의 의사에 명백히 반한다는 사정을 인식하였다고 보기 어려우므로 주거침입죄가 성립하지 않는다고 보아야 할 것이다.

이러한 증명책임의 일반원칙에 따라 주거침입죄의 성립 여부를 판단하게 되면 주거침입죄가 성립하는 경우나 가벌성의 범위가 부당하게 확장되지 않는다. 실제 일선 법원 재판 실무에서도 이러한 증명책임의 일반원칙에 따라 다른 거주자의 의사에 반한다고 인정하기에 부족하다고 하거나, 행위자가 다른 거주자의 의사에 반한다는 사정을 인식하였다고 인정하기에 부족하다고 판단하여 주거침입죄가 성립하는 범위를 제한하여 왔다.

한편 부재중인 공동거주자가 외부인의 주거 출입을 거부할 것임이 명백하지는 않더라도 일반 국민의 입장에서 부재중인 거주자의 특별한 의사를 기준으로 주거침입에 해당하는지 여부를 판단하여야 하는 경우도 있을 수 있다. 가령 부재중인 거주자의 의사가 외부적으로 표명되어 있고(물론 외부인도 출입 당시 이를 알고 있어야 한다), 그 의사가 사회상규에 비추어 수긍될 수 있는 것인 때에는 그 의사에 반하여 출입한 외부인에게 주거침입의 죄책을 물을 수 있을 것이다.

3) 이 사건에 대한 판단

이 사건은 피고인이 피해자의 부재중에 피해자의 처와 간통을 할 목적으로 피해자의 처로부터 승낙을 받아 주거에 들어간 사안이다. 피고인과 피해자 및 피해자의 처와의 관계, 피고인의 출입 목적 등에 비추어 피고인의 주거 출입이 부재중인 피해자의 의사에 반하는 것이 명백한 경우에 해당하여 그의 사실상 주거의 평온이 침해되었다는 점에 대하여 건전한 상식을 가진 우리 국민 중 어느 누구도 의문을 품지 않을 것이고, 피고인이 이러한 상황을 인식하였다는 점 또한 별다른 이견이 없을 것이라고 본다. 따라서 피고인에 대하여는 주거침입죄가 성립한다고 할 것이다.

나. 다수의견에 대하여

1) 다수의견은 공동주거에서 생활하고 있는 공동거주자 개개인이 모두 사실상 주거의 평온을 누릴 수 있고, 공동거주자 중 부재중인 거주자도 독자적으로 주거 내에 현재하는 거주자와 동등하게 사실상 주거의 평온을 누리며 그의 사실상 주거의 평온이 침해되는 경우에는 주거침입죄의 성립을 인정한다. 그러면서도 공동거주자 중 주거 내에 현재하는 거주자의 현실적인 승낙을 받아 주거에 들어간 경우에는 그것이 통상적인 출입방법이므로 부재중인 다른 거주자의 사실상 주거의 평온이 침해되지 않았다고 보아 주거

침입죄가 성립하지 않는다고 한다.

2) 그러나 이러한 다수의견은 실질적으로 외부인의 출입을 거부하였을 것이 명백한 부재중인 공동거주자의 사실상 주거의 평온이라는 독자적인 법익을 인정하지 않고 외부인의 출입을 통제하는 개별적인 권한도 없다고 보는 것과 같아 주거침입죄의 법적 성질이나 보호법익의 실체에 반하는 해석이다.

가) 다수의견도 인정하는 바와 같이, 공동주거에서 생활하고 있는 공동거주자 개개인이 모두 사실상 주거의 평온을 누릴 수 있고, 공동거주자 중 부재중인 거주자도 독자적으로 주거 내에 현재하는 거주자와 동등하게 사실상 주거의 평온을 누리며 그의 사실상 주거의 평온이 침해되는 경우에는 주거침입죄가 성립한다. 한편 앞서 반대의견에서 본 바와 같이, 주거침입죄의 보호법익의 내용은 '거주자의 주거에 대한 지배·관리, 즉 주거에 대한 출입의 통제가 자유롭게 유지되는 상태'를 말하고 이러한 주거에 대한 지배·관리 내지 출입 통제의 방식은 거주자의 의사 및 의사 표명을 통하여 이루어지고, 부재중인 거주자가 주거 내에서 누리는 사실상 주거의 평온의 내용과 그 보장 정도는 그가 공동주거 내에 현재하였을 경우와 동일하므로, 부재중인 거주자가 만일 주거 내에 있었다면 외부인의 출입을 거부하였을 것이 명백한 경우에는 그의 주거에 대한 출입의 통제가 자유롭게 유지되는 상태가 침해되었다고 보아야 하고, 이러한 경우에는 부재중인 거주자에 대한 관계에서 주거침입죄의 성립을 인정하는 것이 주거침입죄의 보호법익의 내용과 실체에 부합하는 것이다. 다수의견에 의하면, 주거 내에 현재하는 거주자의 현실적인 승낙을 받고 주거에 들어간 경우에는 부재중인 거주자에 대한 관계에서 주거침입죄의 성립을 인정할 수 있는 경우를 상정하기 어렵다. 이는 사실상 부재중인 거주자의 독자적인 법익 주체성을 부정하는 것과 마찬가지로이다.

나) 또한 다수의견에 의하면, 외부인의 출입을 명시적으로 거부하였거나, 또는 거부하였을 것이 명백한 다른 거주자가 주거 내에 현재하는 경우와 부재중인 경우를 구별하여 주거침입죄가 성립하는지를 달리 판단하게 되는 문제가 발생할 수 있다.

그렇게 되면 공동거주자 중 한 사람이 주거 내에 현재하든 부재중이든 그가 주거 내에서 누리는 사실상 주거의 평온의 내용과 그 보장 정도가 동일한데도, 그가 주거 내에 있었는지, 부재중이었는지에 따라 주거침입죄의 성립 여부를 달리 판단하게 되어 주거침입죄의 보호법익의 내용이나 법적 성질에 반하게 된다.

다) 다수의견은 주거침입죄의 보호법익의 내용이 거주자가 주거에서 누리는 사실적 지배·관리관계가 평온하게 유지되는 상태를 의미하고, 이러한 보호법익은 주거를 점유하는 사실상태를 바탕으로 발생하는 것이기 때문에 외부인의 출입에 대하여 주거 내에 현재하는 거주자의 현실적인 승낙이 있었다면 그것이 부재중인 다른 거주자의 의사에 반하는 것으로 추정되더라도 주거침입죄가 성립하지 않는다고 한다.

그러나 다수의견과 같이 주거침입죄의 보호법익의 내용과 성질을 이해하더라도 부재중인 공동거주자에 대한 관계에서 주거침입죄의 성립을 부정할 수 없다. 주거침입죄의 보호법익의 내용을 사실적 지배·관리관계가 평온하게 유지되는 상태를 의미하고, 주거를 점유하는 사실상태를 바탕으로 하는 것이라고 본다 하더라도 이는 주거를 점유할 법적인 권리나 권한이 있는지 여부를 묻지 않고 주거 내에서 누리는 사실상의 평온을 보호하여야 한다는 취지에서 그렇다는 것이기 때문에 이를 거주자가 부재중인지 여부에 따라 거주자가 주거 내에서 누리는 사실상 주거의 평온의 내용과 그 보장 정도가 달라진다는 근거로 삼을 수는 없다.

라) 한편 다수의견은 공동주거의 경우에는 여러 사람이 하나의 생활공간에서 거주하

는 성질에 비추어 공동거주자 각자는 다른 거주자와의 관계로 인하여 주거에서 누리는 사실상 주거의 평온이라는 법익이 일정 부분 제약될 수밖에 없고, 공동거주자는 공동주거관계를 형성하면서 이러한 사정을 서로 받아들였다는 점에서 공동거주자 중 주거 내에 현재하는 거주자로부터 현실적인 승낙을 받은 외부인의 출입이 부재중인 다른 거주자의 의사에 반하더라도 주거침입죄가 성립하지 않는다고 한다.

(1) 그러나 앞서 본 바와 같이 이 사건에서 문제되고 있는 주거의 평온은 가족 구성원들, 특히 부부가 하나의 생활공동체를 이루어 주거 전체에 걸쳐서 긴밀하게 누리는 주거의 평온에 관한 것이다. 혹시 부부 각자가 독자적으로 사용하는 주거공간이 있고 그 부분에 대한 침입이 문제된 것이라면 그 사용관계에 따라 달리 볼 여지가 있을 수 있으나, 이 사건에서는 그와 같은 독자적인 주거공간을 전제하고 있지 않다. 따라서 그와 같은 공동주거관계의 특성으로 인하여 부재중인 거주자의 사실상 주거의 평온이라는 독자적인 법익을 가볍게 볼 수 없는 것이다.

(2) 또한 여러 사람이 공동주거를 함께 이용하기 때문에 공동주거관계의 특성 등에 비추어 공동거주자 상호간에 다른 거주자의 공동주거의 이용행위를 수인하여야 할 필요가 있고, 공동거주자의 일부가 부재중인 경우 그의 승낙이 없더라도 주거 내에 현재하는 다른 거주자의 승낙만으로 외부인의 출입을 허용할 수 있다고 하더라도, 외부인의 출입이 부재중인 거주자의 의사에 반하는 것이 명백한 경우에까지 그의 출입을 허용하는 것은 부재중인 거주자가 수인하여야 하는 한계를 넘어서는 것이 되어 부당하다. 공동거주자의 일부가 부재중인 경우 공동거주자 중 주거 내에 현재하는 거주자가 단독으로 외부인의 출입을 허용할 수 있는 범위는 무한정적일 수 없고, 공동주거관계의 특성이나 공동생활의 성질 등에 비추어 보더라도 일정한 한계가 있을 수밖에 없다.

즉 공동거주자는 상호간에 다른 거주자의 법익을 침해하지 않는 한도에서 이를 자유롭게 이용할 수 있는 것이고, 다른 거주자는 자신의 법익이 침해되는 경우에만 일방 공동거주자의 공동주거 이용행위를 수인할 의무는 없는 것이다.

나아가 부부간에도 상호간 주거공간의 이용과 관련하여 사실상 주거의 평온이라는 법익이 일정 부분 제약된다고 볼 수 있으나, 배우자 중 한 사람과 간통을 하기 위하여 들어오는 상간자의 출입을 부부 상호간에 서로 받아들인다는 것은 일반적으로 상정하기 어렵고, 이 사건에서도 마찬가지이다.

(3) 다수의견은 주거 내에 현재하는 거주자의 승낙에 따른 외부인의 출입행위를 통상적인 출입방법이라고 단정하나, 이는 외부인이 출입을 승낙한 거주자에 대한 관계에서만 그런 것이지, 외부인의 출입을 거부하였을 것임이 명백한 부재중인 거주자에 대한 관계에서까지 그의 출입행위를 통상적인 출입방법이라고 볼 수는 없다. 결국 외부인의 출입 그 자체가 부재중인 거주자의 의사에 반하는 것임이 명백한 경우에는 그의 사실상 주거의 평온이 침해되었으므로 주거침입죄가 성립한다고 보아야 한다. 주거 내에 현재하는 거주자의 승낙에 따른 외부인의 출입행위가 통상적인 출입방법이라는 이유로 주거침입죄의 성립을 부정하게 되면 부재중인 거주자에 대한 관계에서는 언제나 주거침입죄가 성립하지 않게 된다.

마) 나아가 다수의견은 외부인의 출입에 대하여 공동거주자 중 주거 내에 현재하는 거주자의 승낙이 있었음에도 불구하고 그것이 부재중인 다른 거주자의 의사에 반하는 것으로 추정된다는 사정만으로 주거침입죄의 성립을 인정하게 되면, 주거침입죄를 의사의 자유를 침해하는 범죄의 일종으로 보는 것이 되어 주거침입죄가 보호하고자 하는 법익의 범위를 넘어서게 되고, '평온의 침해' 내용이 주관화·관념화된다고 한다.

그러나 앞서 반대의견에서 본 바와 같은 주거침입죄의 보호법익의 내용과 이의 실현 방식에 비추어 보면, 부재중인 다른 거주자가 외부인의 출입을 거부하였을 것이 명백한 경우, 즉 외부인의 출입이 부재중인 거주자의 의사에 반하는 것이 명백한 경우에는 주거침입죄가 성립한다고 보는 것이 주거침입죄의 보호법익의 내용과 실체에 부합하고, 외부인의 출입이 부재중인 거주자의 의사에 반하는 것이 명백한 경우에 해당하는지에 대한 판단은 우리 사회에서 건전한 상식을 가지고 있는 일반 국민의 의사를 기준으로 객관적으로 이루어진다는 점에 비추어 보면, '평온의 침해' 내용이 주관화·관념화된다는 우려는 기우에 불과하다.

바) 다수의견은 외부인의 출입에 대하여 공동거주자 중 주거 내에 현재하는 거주자의 승낙이 있었음에도 불구하고 그것이 부재중인 거주자의 의사에 반하는 것으로 추정된다는 사정만으로 주거침입죄의 성립을 인정하게 되면 주거 내에 현재하는 거주자의 현실적인 의사보다 부재중인 거주자의 추정적 의사를 우선시 하여 출입 당시 현실적으로 존재하지 않는 다른 거주자의 추정적 의사에 따라 주거침입죄의 성립 여부가 좌우되어 범죄 성립 여부가 명확하지 않고, 가벌성의 범위가 넓어지게 된다고 한다.

그러나 다수의견의 이러한 입장은 오히려 앞서 본 바와 같이 부재중인 다른 거주자의 독자적인 보호법익을 무시하는 해석이다. 외부인의 출입이 부재중인 거주자의 의사에 명백히 반하는 것이어서 주거침입죄의 구성요건적 실행행위인 침입행위에 해당하여 부재중인 거주자의 사실상 주거의 평온이라는 법익이 침해되면 주거침입죄로 처벌되는 것이 형법이 주거침입죄를 범죄로 규정한 취지이다.

그리고 반대의견이 앞서 거듭 밝히고 있는 바와 같이 외부인의 출입이 부재중인 거주자의 의사에 반하는 것이 명백한지 여부에 관한 판단기준의 객관성과 증명책임의 엄격

성에 비추어 가벌성의 범위는 넓어지지 않는다.

더욱이 남편의 부재중에 처와 간통을 할 목적으로 주거에 들어간 이 사건 사안에서는 피고인, 피해자, 피해자의 배우자 모두 피고인이 피해자의 의사에 반하여 피해자의 주거에 침입한다는 사실을 명백하게 인식하고 있는 것인데, 이러한 경우 어떻게 범죄 성립여부가 명확하지 않다거나 가벌성의 범위가 넓어진다는 주장을 펼치는 것인지 이해하기 어렵다.

3) 주거침입죄의 구성요건적 행위로서 침입의 의미나 판단기준을 변경할 만한 특별한 이유가 없다.

가) 다수의견은 주거침입죄에 있어 구성요건적 행위인 침입은 주거침입죄의 보호법익과의 관계에서 해석하여야 하므로 침입이란 주거의 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거에 들어가는 것을 의미하고, 이에 해당하는지 여부는 출입 당시에 객관적·외형적으로 드러난 행위태양을 기준으로 판단하여야 한다고 한다.

그러나 앞서 반대의견에서 본 바와 같이 침입은 '거주자의 의사에 반하여 주거에 들어가는 것'이라고 해석하여야 한다. 주거의 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거에 들어가는 것은 침입의 유형 중 하나에 불과한 것이다. 형법학자들 사이에서도 주거침입죄의 보호법익에 관한 견해대립과 상관없이 침입의 의미를 위와 같이 해석하는 것이 일반적이고, 대법원도 앞서 반대의견에서 본 바와 같이 최근까지 일관하여 침입의 의미를 위와 같이 해석하여 왔다. 일선 재판 실무에서도 이를 무리 없이 받아들이고 있다. 그런데 다수의견은 주거침입죄에서 침입의 의미에 관하여 긴요한 논의가 없는 상황에서 대법원 판례로 오랜 기간 유지하여 온 침입의 의미와 판단기준을 갑작스럽게 변경하려고 한다. 이러한 다수의견의 태도는 바람직하다고 할 수 없다.

한편 다수의견은 침입의 판단기준과 관련하여 '사실상의 평온을 해치는 행위태양으로 주거에 들어가는 것이라면 특별한 사정이 없는 한 거주자의 의사에 반하는 것'이라고 하여 침입이 '거주자의 의사에 반하는 것'이라는 점을 전제로 하고 있기도 하다.

나) 침입의 의미를 다수의견과 같이 이해할 경우, 출입문이 열려 있는 빈집에 출입하거나 출입금지 표시만 있을 뿐 관리인이 없는 건조물에 출입한 경우에는 주거침입죄 내지 건조물침입죄가 성립하지 않는다고 보아야 한다. 그러나 위와 같은 경우는 침입에 해당하는 전형적인 사안으로 볼 수 있다. 대법원은 최근 아파트의 일부 입주자 등과 세차용역계약을 체결하고 그 계약의 이행을 위하여 아파트의 지하주차장에 출입하던 세차업자가 그의 출입을 금지하는 입주자대표회의의 결정에 반하여 아파트의 지하주차장에 출입한 사안에서, 건조물침입죄는 건조물 관리자의 의사에 반하여 건조물에 침입함으로써 성립한다는 전제에서 출입 당시 관리자로부터 구체적인 제지를 받지 않았더라도 건조물침입죄가 성립한다고 하였다(대법원 2021. 1. 14. 선고 2017도21323 판결 참조). 그런데 침입의 의미를 다수의견과 같이 이해하게 되면 위 대법원 판결과 같은 사안의 경우에는 건조물침입죄가 성립한다고 볼 수 없게 된다.

또한 대법원은, 거주자나 관리자와의 관계 등으로 평소 그 주거 등에 출입이 허용된 사람이라 하더라도 범죄 목적으로 주거 등에 들어가거나 주거 등에 들어간 행위가 거주자 등의 추정적 의사에 반함에도 불구하고 감행된 것이라면 주거침입죄가 성립한다고 인정하여 왔고(대법원 1955. 12. 23. 선고 4288형상25 판결, 대법원 1979. 10. 30. 선고 79도1882 판결, 대법원 2011. 10. 13. 선고 2011도8349 판결 등 참조), 일반적으로 개방되어 있는 장소나 일반인의 출입이 허용된 건조물이라 하더라도 범죄의 목적으로 또는 관리자의 '추정적 의사'에 반하여 건조물에 들어간 경우에도 건조물침입죄의 성립을

인정하여 왔다(대법원 1967. 12. 26. 선고 67도1439 판결, 대법원 1997. 3. 28. 선고 95도2674 판결 등 참조). 다수의견에 의할 경우에는 위와 같은 대법원 판결은 더 이상 유지될 수 없게 된다.

이러한 다수의견의 문제점은 종전 대법원 판결에 따르더라도 우리 사회에서 건전한 상식을 가지고 있는 일반 국민의 의사를 기준으로 하여 객관적으로 일반적인 증명책임의 원칙에 따라 부재중인 다른 거주자의 의사에 명백히 반하는지에 관하여 합리적으로 사실인정을 하여 침입에 해당하는지 여부를 판단할 수 있는데, 무리하게 공동거주자의 일부가 부재중에 외부인이 주거 내에 현재하는 거주자로부터 현실적으로 승낙을 받아 공동주거에 들어간 경우에는 주거침입죄가 성립하지 않는다고 법리화를 하려다 보니 발생하는 것이라 할 수 있다.

다) 다수의견이 위와 같이 주거침입죄에 있어 침입의 의미와 판단기준을 변경함에 따라 앞서 본 바와 같이 위 대법원 2017도21323 판결을 포함하여 변경대상으로 삼고 있지 않은 다수의 대법원 판결들과 배치되는 문제가 발생할 수 있다. 그런데도 다수의견은 이에 관한 전반적인 논의나 검토 없이 침입의 의미와 판단기준을 변경하여 오직 이 사건 쟁점에 한정하여 판례를 변경하려고 한다. 이 사건 쟁점에 관한 판례를 변경하기 위하여 무리하게 주거침입죄의 기본을 이루는 침입의 의미와 판단기준을 변경하는 것이라는 인상을 지울 수 없다.

다수의견으로서 이 사건 쟁점에 대한 대법원 판결뿐만 아니라 침입의 의미에 관하여 '거주자의 의사에 반하여 주거에 들어가는 것'이라는 기존 법리에 따라 주거침입죄의 성립을 인정한 수많은 대법원 판결들도 모두 변경할지 여부에 대해서 의견을 밝히는 것이 바람직하다. 그래야 이 사건 전원합의체 판결로 인하여 초래될 수 있는 하급심의 혼

등을 방지할 수 있다.

4) 다수의견에 의하면, 행위자가 부재중인 거주자에 대한 범죄 목적으로 주거에 들어간 경우에도 주거 내에 현재하는 거주자의 현실적인 승낙에 따른 것이라면 주거침입죄가 성립하지 않게 된다.

이러한 다수의견에 의할 때, 주거침입을 전제로 한 결합범의 성립 범위가 축소되는 문제가 발생한다. 가령 행위자가 야간에 부재중인 거주자에 대한 절도의 목적으로 주거 내에 현재하는 거주자의 현실적인 승낙을 받고 주거에 들어가 부재중인 거주자의 재물을 절취하더라도 야간주거침입절도죄(형법 제330조)로 처벌할 수 없게 된다.

이러한 문제는 비단 공동거주자 중 부재중인 거주자가 있고, 공동거주자 사이에 외부인의 출입에 관한 의사가 다른 경우에만 발생하는 것이 아니다. 다수의견에 의한 침입의 의미와 판단기준에 의하면, 주거침입을 전제로 한 결합범의 성립이 상당 부분 부정될 수 있다. 즉 강간 등 범죄 목적을 숨기고 어느 한 거주자의 승낙을 받아 주거에 들어가 주거 내에 있는 다른 거주자에 대하여 목적한 범죄를 저지른 경우 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 위반(주거침입강간등)죄 등으로 처벌할 수 있는지 여부가 명확하지 않다.

다수의견이 결합범에 관련된 이러한 문제를 모두 고려하여 침입의 의미와 판단기준을 변경하는 것인지 의문이다. 관련된 법체계의 정합성을 깨뜨릴 수 있음에도 불구하고 충분한 논의 없이 선불리 침입의 의미와 판단기준을 바꾸는 것은 아닌지 우려스러운 부분이다.

5) 공동거주자 중 부재중인 거주자가 외부인의 출입을 거부하였을 것이라는 사정이 명백한데도 불구하고 외부인이 이러한 부재중인 거주자의 의사에 반하여 주거에 들어간

것은 객관적·외형적 행위태양에 비추어 보더라도 부재중인 거주자의 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거에 들어간 것으로 평가할 수 있으므로 주거침입죄가 성립한다고 보아야 한다.

가) 다수의견은 앞서 본 바와 같은 침입의 의미와 판단기준을 전제로, 공동거주자 중 한 사람의 현실적인 승낙을 받아 통상적인 출입방법에 따라 공동주거에 들어간 경우에는 그 출입 자체의 객관적·외형적 행위태양에 비추어 그것이 부재중인 다른 거주자의 거부 의사가 추정되는 상황이라 하더라도 그것만으로는 부재중인 다른 거주자가 주거에서 누리는 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거에 들어간 것이 아니므로 침입행위로 볼 수 없다고 한다.

그러나 이러한 다수의견이 제시하는 침입의 의미와 판단기준에 의하더라도 부재중인 거주자가 그 자리에 있었을 경우 외부인의 출입을 거부하였을 것이 명백한 상황임에도 불구하고 그 거주자의 부재중에 주거에 들어간 것은 부재중인 거주자 '몰래' 그 주거에 들어간 것으로 평가할 수 있고, 이는 부재중인 거주자에 대한 관계에서 거주자가 부재중으로서 출입문이 열려 있는 빈집에 '몰래' 출입한 경우와 그 출입 자체의 객관적·외형적 행위태양이 별반 다르지 않다.

다수의견의 위와 같은 판단은 공동거주자 중 주거 내에 현재하면서 외부인의 출입을 승낙한 거주자와의 관계에서만 그 출입의 행위태양을 평가한 것으로, 외부인의 출입을 거부하였을 것이 명백한 부재중인 거주자와의 관계에서는 그 출입의 행위태양을 제대로 평가하지 않은 것이다. 즉 외부인의 출입이 통상적인 출입방법에 따르는 것이라고 보는 것은 그의 출입을 승낙한 거주자와의 관계에서만 그런 것이지, 외부인의 출입을 거부하였을 것이 명백한 부재중인 거주자에 대한 관계에서는 그의 출입을 결코 통상적인 출입

방법에 따르는 것이라고 평가할 수 없는 것이다. 거주자가 그 자리에 있었을 경우 외부인의 출입을 거부하였을 것이 명백하기 때문에 그 거주자의 부재중에 그 주거에 '몰래' 들어온 것을 과연 부재중인 거주자에 대한 관계에서 통상적인 출입방법에 따른 것이라고 볼 수 있는지 반문하지 않을 수 없다.

나) 이 사건은 피고인이 피해자의 처와 간통을 할 목적으로 피해자의 부재중에 피해자의 처로부터 승낙을 받아 주거에 출입한 사안이다. 피해자가 만일 그 자리에 있었다면 자신의 처와 간통하려는 목적을 가진 피고인의 출입을(그러한 목적이 없었더라도 자신의 처와 내연관계에 있는 피고인의 출입 그 자체를) 거부하였을 것이 명백하기 때문에 피고인은 피해자가 부재중에 피해자 '몰래' 주거에 들어간 것으로 평가할 수 있다. 그렇다면 피고인이 주거 내에 현재하는 피해자의 처로부터 승낙을 받고 주거에 들어갔더라도 부재중인 피해자에 대한 관계에서 그 출입의 행위태양이 통상적인 출입방법에 따른 것이라고 볼 수 없고, 오히려 부재중인 피해자의 사실상 주거의 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거에 출입한 것이라고 보아야 함이 명확한 경우이다.

6) 다수의견이 말하는 '통상적인 출입방법'에 해당하는지 여부는 외부인과 공동거주자의 관계, 출입 목적과 출입 태양 등을 고려하여 우리 사회에서 건전한 상식을 가지고 있는 일반 국민의 의사를 기준으로 개별적·구체적 사안에 따라 객관적으로 판단하여야 한다. 공동거주자의 일부가 부재중에 주거 내에 현재하는 거주자로부터 현실적인 승낙을 받아 주거에 들어갔다고 하여 일률적으로 '통상적인 출입방법'에 따른 것이라고 볼 수는 없다.

위와 같은 판단기준에 의할 때, 공동거주자의 일부가 부재중에 주거 내에 현재하는 거주자가 그의 부모나 친구를 주거에 출입하도록 하는 것은 통상적인 출입방법에 따른

것이라고 볼 수 있을 것이다. 그러나 배우자 중 한 사람이 부재중에 주거 내에 현재하는 다른 배우자와 내연관계에 있는 사람이 그 배우자와 간통을 할 목적으로 주거에 출입하는 행위는 통상적인 출입방법에 따른 것이라고 볼 수 없다.

간통은 형사상 처벌되지 않는다고 하더라도, 다른 배우자에 대한 관계에서 민법상 불법행위에 해당하고(대법원 2005. 5. 13. 선고 2004다1899 판결, 대법원 2014. 11. 20. 선고 2011므2997 전원합의체 판결, 대법원 2015. 5. 29. 선고 2013므2441 판결 등 참조), '부정한 행위'로서 민법 제840조 제1호가 정한 재판상 이혼사유에 해당한다(대법원 1987. 5. 26. 선고 87므5, 87므6 판결, 위 전원합의체 판결 등 참조). 즉 간통은 전체 법질서에 비추어 허용되지 않는 위법한 행위이다.

또한 여러 사건들을 보면, 전에 간통을 처벌하던 시절은 물론이고, 현재에도 간통을 하는 사람들이 부재중인 배우자가 있는 주거를 간통의 장소로 사용하는 경우는 드문 일임을 알 수 있다. 적어도 상대방의 배우자에 대한 인간적 도리로 또는 출입과정에서 부딪칠 많은 눈 때문에 그 집을 피하는 것이 일반적이다. 배우자가 부재중인 주거가 아니라도 그 밖에 평온하게 간통을 할 수 있는 장소는 얼마든지 있다. 그 많은 장소를 피하여 굳이 남의 가정에 간통을 할 목적으로 들어가는 것을 주거침입죄로 처벌하더라도 주거침입죄로 간통죄를 대체한다고 할 수 없을 뿐만 아니라 간통 자체를 처벌하는 것이 아니라 주거의 평온을 위한 것뿐이므로 간통죄를 폐지한 취지에도 반하지 않는다. 주거침입죄가 폐지된 간통죄를 대체한다는 주장은 누구에게나 보장되어야 할 사적 공간에 대한 지배·관리의 자유와 평온을 보호하고자 하는 주거침입죄의 본질이나 규범의 목적을 간과한 것이다.

이와 같이 전체 법질서에 비추어 허용되지 않는 위법한 행위인 간통을 할 목적으로

타인의 주거에 출입하는 행위를 주거의 통상적인 출입방법에 따른 출입이라고는 도저히 볼 수 없다. 건전한 상식을 가진 우리 국민 중 어느 누구도 이에 대하여 의문을 품지 않을 것이다. 다수의견은 이 사회를 향하여 간통을 할 목적으로 배우자의 일방이 부재중일 때 다른 배우자의 승낙을 얻어 주거에 들어가더라도 현관문을 통하여 조용히 들어가기만 한다면 통상적인 출입행위라고 선언하고 있는 것이다. 이는 상식에 비추어 수긍하기 어려운 법리이다.

다. 결론

위와 같은 이유로 피고인이 피해자의 처와 간통을 할 목적으로 세 차례에 걸쳐 피해자의 주거에 출입한 것은 부재중인 피해자의 의사에 명백히 반하여 피해자의 사실상 주거의 평온을 침해한 것이므로 모두 주거침입죄가 성립한다고 보아야 한다. 그런데도 원심은 피고인이 공동거주자 중 한 사람인 피해자의 처로부터 승낙을 받고 주거에 들어갔으므로 주거에 침입한 것으로 볼 수 없다고 보아 이 사건 공소사실을 무죄로 판단하였다. 이러한 원심판결에는 주거침입죄의 성립에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 그러므로 원심판결을 파기하고 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하여야 한다.

이상과 같은 이유로 다수의견에 찬성할 수 없음을 밝힌다.

9. 다수의견에 대한 대법관 박정화, 대법관 노태악의 보충의견

다수의견은 이 사건의 쟁점에 관하여 주거침입죄의 보호법익과 구성요건적 행위 관점에서 검토하여 외부인이 공동거주자의 일부가 부재중에 주거 내에 현재하는 거주자의 현실적인 승낙을 받아 통상적인 출입방법에 따라 주거에 들어간 경우에는 그것이 부재중인 다른 거주자의 추정적 의사에 반하더라도 주거침입죄가 성립하지 않는다고 판단하

였다.

이하 다수의견에 대한 보충의견에서는 주거침입죄의 보호법익의 내용과 법적 성질, 구성요건적 행위로서의 침입의 의미와 판단기준을 비교적 상세히 검토하여 다수의견의 논거를 보충함과 아울러 반대의견과 대법관 김재형의 별개의견(이하 '별개의견1'이라고 한다), 대법관 안철상의 별개의견(이하 '별개의견2'라고 한다)의 지적에 대하여도 설명하고자 한다.

가. 주거침입죄의 보호법익으로서 사실상의 평온

1) 헌법상 보장되는 주거의 자유에 대한 형법상 보호

주거공간은 사생활의 중심으로 개인의 인격과 불가분적으로 연결되어 있으므로 그 불가침이 보장되지 않고서는 인간 행복의 최소한의 조건인 개인의 사적 영역이 지켜질 수 없다. 헌법 제16조에서는 "모든 국민은 주거의 자유를 침해받지 아니한다."라고 규정하여 주거의 자유를 기본권으로 특별히 보장하고 있는바, 주거는 생활의 기초단위로서 구성원 전체의 인격이 형성되고 발현되는 사적 공간이므로 그 보호의 필요성이 매우 크다 (헌법재판소 2020. 9. 24. 선고 2018헌바171 결정 참조).

형법은 헌법이 기본권으로 보장하는 '주거의 자유'를 구체적으로 보호하기 위하여 제 319조에서 "사람의 주거, 관리하는 건조물, 선박이나 항공기 또는 점유하는 방실에 침입한 자는 3년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다."라고 규정하여 주거침입죄를 처벌하고 있다.

주거침입죄는 인간생활의 기본 조건으로서 다른 사람의 방해를 받지 않고 배타적으로 사용하는 주거공간을 침입하는 범죄로서 그 공간의 평온과 안전의 보호를 목적으로 한다(위 헌법재판소 2018헌바171 결정 참조). 주거침입죄를 처벌하는 규정이 직접적으로

보호하고자 하는 것은 개인의 사생활의 자유나 주거의 자유 그 자체라기보다는 이를 보호하기 위한 사실적 장치로서의 주거의 평온과 안전이라는 점에서 주거침입죄의 보호법익은 주거권이라는 법적 개념이 아니라 사적 생활관계에 있어서 사실상 누리고 있는 주거의 평온으로서 그 주거에서 공동생활을 하고 있는 거주자 개개인이 누리는 사실상의 평온이다. 이러한 주거침입죄의 보호법익은 주거를 점유하는 사실상태를 바탕으로 발생하는 것이다. 따라서 거주자가 주거에 거주할 법률상의 권리 또는 권한이 없더라도 그 주거에 대한 지배·관리가 사실상 평온하게 이루어진 경우라면 형법적인 보호를 받는다.

대법원도 주거침입죄의 보호법익에 관하여 일관하여 사실상 주거의 평온이라고 하여 왔다(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 1996. 5. 10. 선고 96도419 판결, 대법원 2001. 4. 24. 선고 2001도1092 판결, 대법원 2007. 8. 23. 선고 2007도2595 판결, 대법원 2008. 5. 8. 선고 2007도11322 판결, 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009도14643 판결 등 참조).

2) 보호법익으로서 사실상 주거의 평온에 관하여

주거침입죄는 거주자 개개인이 주거공간을 배타적으로 지배·관리하면서 그 주거 내에서 언제든지 사생활의 자유나 주거의 자유를 누릴 수 있도록 공간을 확보해주는 기능을 한다. 사실상 주거의 평온은 거주자 개개인이 주거공간 내에서 누리는 사생활의 자유나 주거의 자유를 보호하기 위한 전제조건이다. 그러한 점에서 사실상 주거의 평온은 거주자가 주거 내에 머물면서 현재 누리는 평온에 한정되지 않고, 거주자가 부재중인

주거의 평온상태도 보호법익의 영역에 속한다. 주거침입죄의 보호법익이 주거를 점유하는 사실상태를 바탕으로 발생하는 것이라고 하여 부재중인 거주자의 주거의 평온상태가 보호되지 않는 것이 아니다.

주거침입죄의 보호법익인 사실상 주거의 평온에서 '사실상'의 의미는 주거권이란 법적 개념에 대립하는 것으로서 보호법익의 실체인 평온의 귀속주체가 주거에 거주할 법률상의 권리 또는 권한을 갖는 거주자가 아니라 사실상의 거주자임을 말한다. 따라서 거주자나 관리자, 점유자(이하 '거주자 등'이라 한다)가 주거, 관리하는 건조물, 선박이나 항공기 또는 점유하는 방실(이하 '주거 등'이라 한다)에 거주 또는 관리·점유할 법적인 권리나 권한을 가지고 있는지 여부는 주거침입죄의 성립을 좌우하지 않는다. 대법원도 이러한 취지에서 '점유할 권리 없는 자의 점유라고 하더라도 그 주거의 평온은 보호되어야 할 것이므로, 권리자가 그 권리를 실행함에 있어 법에 정하여진 절차에 의하지 아니하고 주거 등에 침입한 경우에는 주거침입죄가 성립한다'고 인정하여 왔다(대법원 2007. 3. 15. 선고 2006도7044 판결, 대법원 2007. 7. 27. 선고 2006도3137 판결, 대법원 2010. 7. 15. 선고 2010도5624 판결, 대법원 2010. 7. 22. 선고 2009도14370 판결, 대법원 2012. 7. 26. 선고 2011도919 판결 등 참조).

그리고 '평온'의 의미는 주거침입죄의 보호법익의 실체인 주거의 평온이 권리라는 법적 지위가 아니라 평온 상태라는 사실적 이익을 말하는 것으로서, 주거 등에 대한 사실적 지배·관리관계가 평온하게 유지되는 상태, 다시 말하면 주거에 대한 출입이 통제되는 상태를 각 의미한다.

결국 주거침입죄의 보호법익으로서 사실상 주거의 평온이란 법익의 귀속주체인 사실상의 거주자 등이 주거 등에서 누리는 사실적 지배·관리관계가 평온하게 유지되는 상

태로서 거주자 등 이외 사람이 주거 등에 무단으로 출입하는 것이 통제되는 상태를 의미한다고 할 것이다.

이러한 점에서 빈집에 조용히 들어왔다가 나갔다 하더라도 그 출입이 거주자의 승낙을 받지 않고 무단으로 출입한 것이라면 출입의 통제 상태, 즉 주거에 대한 사실적 지배·관리관계의 평온함이 유지되는 상태를 깨트린 것이므로 평온의 침해에 해당한다고 볼 수 있다.

3) 공동주거와 주거의 평온

주거침입죄는 개인적 법익에 관한 죄이고, 거주자가 주거에 거주할 법률상의 권리 또는 권한이 없더라도 그 주거에 대한 지배·관리가 사실상 평온하게 이루어진 경우라면 형법적인 보호를 받는다. 따라서 여러 사람이 함께 거주하는 공동주거의 경우 공동주거에 거주하는 공동거주자 개개인이 각자 주거의 평온이라는 보호법익을 누릴 수 있으므로 각자가 개별적으로 주거에 대한 출입을 통제할 수 있다. 부재중인 거주자의 경우에도 주거의 평온이라는 법익을 누릴 수 있으므로 공동거주자가 부재중인 경우에도 개별적으로 주거에 대한 출입을 통제할 수 있다.

그런데 공동주거의 경우 공동거주자 개개인이 가지는 주거의 평온이라는 법익은 서로 충돌될 수 있으므로 공동거주자 각자는 다른 거주자와의 관계로 인하여 주거에서 누리는 주거의 평온이라는 법익이 일정 부분 제약될 수밖에 없고, 공동거주자는 공동주거관계를 형성하면서 이러한 사정을 서로 용인하였다고 보아야 한다. 따라서 공동거주자 상호간에는 주거에 대한 출입 통제가 제한되어 특별한 사정이 없는 한 일방의 거주자는 다른 거주자의 출입을 금지할 수 없고, 외부인에 대한 관계에서도 공동거주자 중 한 사람의 승낙에 따라 주거에 출입하는 외부인의 출입을 금지하는 데에도 일정 부분 제약이

있다고 볼 수밖에 없다.

이러한 공동거주자 사이에서 주거의 평온이라는 법익에 제약이 있더라도 공동거주자 중 일부의 승낙을 받은 외부인의 출입이 다른 공동거주자의 주거의 평온이라는 독자적인 법익을 침해하는 경우에는 주거침입죄가 성립하게 된다. 이때 주거침입죄가 성립하는지 여부는 주거침입죄의 구성요건적 행위인 침입에 해당하는지를 본 다음, 침입 경위와 침입 목적, 침입의 구체적인 행태, 공동거주자 사이의 관계 등을 개별적, 구체적으로 살펴 판단하여야 한다.

나. 주거침입죄의 구성요건적 행위로서 침입

1) 구성요건적 행위의 해석

범죄의 구성요건적 행위는 불법의 실질을 이루는 법익을 침해하거나 법익 침해의 위험성을 야기하는 행위를 말하고, 범죄의 보호법익은 이러한 불법한 행위에 대한 가벌성의 범위를 한정하는 기능을 한다. 따라서 범죄의 구성요건적 행위는 범죄의 보호법익과의 관계에서 살펴보아야 한다.

또한 범죄의 구성요건적 행위는 범죄의 불법성을 이루는 구성요건으로서 불법유형에 상응하는 행위태양이고, 행위는 행위자의 주관적 의사와 밀접한 관련을 맺고 있지만 구성요건적 행위 그 자체는 행위자의 주관적인 인식 또는 의사가 객관화된 객관적 구성요건으로 객관적·외부적 평가의 대상이다. 따라서 범죄의 구성요건적 행위에 해당하는지 여부는 행위 당시에 객관적·외형적으로 드러난 행위태양을 기준으로 판단함이 원칙이다.

2) 침입에 해당하는지 여부에 대한 판단

가) 주거침입죄의 구성요건적 행위는 사람의 주거 등에 침입하는 것이다. 침입의 사

전적 의미는 '침범하여 들어오거나 들어감'을 뜻하고, 여기서 침범은 '거주자 등의 주거 등에 함부로 넘어간다는 것'을 의미하며, 들어감은 행위자의 신체가 주거 등의 안으로 들어가는 것을 가리킨다.

주거침입죄는 사실상 주거의 평온을 보호법익으로 하므로 주거침입죄의 객관적 구성요건적 행위인 침입이란 거주자 등이 누리는 주거의 사실상 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거 등에 들어가는 것을 말하고, 거주자 등의 의사는 주거 등에 들어가는 것이 주거의 사실상 평온상태를 해치는 태양인지를 판단하기 위한 판단자료이다. 따라서 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거에 들어가는 것이라면 특별한 사정이 없는 한 거주자의 의사에 반하는 것이겠지만, 출입방법이나 수단이 통상적인 경우에는 그것이 거주자 등의 의사에 반하더라도 주거침입죄의 구성요건적 행위인 침입에 해당한다고 볼 수는 없다.

그리고 주거침입죄의 구성요건적 행위인 침입은 출입 동기와 목적 등 행위자의 주관적 의사와 밀접한 관련을 맺고 있지만, 객관적 구성요건요소로서 객관적·외부적 평가의 대상이라는 점에서 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양을 기준으로 침입 여부를 판단하여야 한다.

나) 주거침입죄의 보호법익의 실체인 주거의 평온이 유지되는 상태는 거주자 이외의 사람이 주거 등에 무단으로 출입하는 것이 통제되는 상태를 말하므로, 거주자의 승낙이 없는 무단출입은 주거의 평온을 침해하는 전형적인 행위태양에 해당한다. 행위자가 거주자 등의 승낙이 없는 상태에서 거주자 모르게 주거 등에 출입하거나, 출입 당시 거주자 등이 직접적으로 표시한 출입금지나 제한을 어기고 출입한 경우가 전형적인 무단출입으로 볼 수 있다. 출입이 금지된 시간에 출입하거나 출입문을 통한 정상적인 출입이

아닌 경우, 출입문의 잠금장치를 손괴하고 주거 등에 들어간 경우, 일반적으로는 개방되어 있는 장소이지만 관리자가 출입금지를 표시한 경우에 소란을 피우면서 출입하는 경우도 이에 포함된다. 위와 같이 무단출입에 해당하는 행위태양으로 볼 수 있는 경우에는 침입에 해당한다고 할 것이다.

3) 공동주거와 침입 여부에 대한 판단

가) 이러한 주거침입죄의 구성요건적 행위로서 침입의 의미와 일반적으로 침입에 해당하는 행위태양에 비추어 보면, 거주자 등의 승낙을 받아 통상적인 출입방법에 따라 주거 등에 들어가는 것은 평온을 해친 것이 아니므로 침입에 해당하지 않는다. 공동주거의 경우도 마찬가지이다. 공동거주자 중 한 사람으로부터 승낙을 받아 통상적인 출입방법으로 주거에 들어갔다면 침입이라 볼 수 없고, 다른 거주자의 의사에 반하더라도 그러한 주관적인 사정만으로 위와 같은 외부인의 출입을 형사처벌의 대상으로 삼을 수는 없다.

결국 외부인이 공동거주자 중 일부가 부재중에 주거 내에 현재하는 거주자의 현실적인 승낙을 받고 통상적인 출입방법에 따라 주거에 들어갔다면 외부인의 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양에 비추어 주거 내에 현재하는 거주자나 부재중인 거주자의 사실상 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거에 들어간 것이 아니므로 침입이라고 할 수 없다.

주거의 사실상 평온이 유지되는 상태는 거주자 이외의 사람이 주거 등에 무단으로 출입하는 것이 통제되는 상태를 말하는데, 외부인이 공동거주자 중 주거 내에 현재하는 거주자의 현실적인 승낙을 받았고, 외부인의 출입을 현실적으로 반대하는 다른 거주자가 없었는데도 이를 무단출입이라고 하는 것은 사회통념에 비추어 보더라도 맞지 않는

다. 공동거주자 중 부재중인 거주자가 있는 경우 그 주거에 들어갈 때 주거 내에 현재 하는 거주자의 승낙을 받아 들어가는 것이 지극히 일상적이고 보편적인 출입방법이다.

다시 말하면, 공동거주자 중 일부가 부재중에 주거 내에 현재하는 거주자의 현실적인 승낙을 받고 통상적인 출입방법에 따라 주거에 들어간 경우, 그것이 부재중인 다른 거주자에 대한 관계에서 침입에 해당하는지 여부는 출입행위 당시 그 자체에서 드러난 객관적·외형적 행위태양을 기준으로 판단하여야 하고, 단순히 부재중인 거주자의 의사에 반하는 것으로 추정된다는 주관적인 사정만으로 침입에 해당한다고 볼 수 없는 것이다. 그렇다고 하더라도 공동주거 내 부재중인 거주자가 독자적으로 사용하는 공간이나 그 거주자가 사전에 외부적으로 표시한 출입금지에 반하여 들어간 경우라면 객관적·외형적 행위태양에 비추어 침입에 해당한다고 볼 수 있는 경우도 있을 것이다.

나) 나아가 공동주거의 경우 외부인이 주거 내에 현재하는 거주자의 현실적인 승낙에 따라 공동주거에 출입하였으나 그것이 주거 내에 현재하는 다른 거주자의 의사에 반하는 경우에 관하여 본다.

이 경우에도 외부인의 출입행위가 다른 거주자에 대한 관계에서 침입에 해당하는지 여부는 앞서 본 침입의 의미와 판단기준에 따라 판단하여야 한다. 즉 외부인의 출입행위가 다른 거주자의 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양으로 이루어졌다면 침입이고, 이에 해당하는지 여부는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양을 기준으로 판단하여야 한다. 출입 당시 다른 거주자가 명시적으로 출입에 반대하였는데도 이를 무시하거나 무릅쓰고 출입한 경우에는 객관적·외형적 행위태양에 비추어 침입에 해당한다고 볼 수 있을 것이다.

다만 위와 같은 경우에도(앞서 본 부재중인 공동거주자가 사전에 외부적으로 표시한

출입금지에 반하여 주거에 들어간 경우도 포함한다) 공동주거의 경우 공동거주자 각자는 다른 거주자와의 관계로 인하여 주거에서 누리는 주거의 평온이라는 법익이 일정 부분 제약될 수밖에 없고, 공동거주자는 공동주거관계를 형성하면서 이러한 사정을 서로 용인하였다고 보아야 하므로 공동거주자 중 한 사람의 승낙에 따라 주거에 출입하는 외부인의 출입을 다른 거주자가 금지하는 데에도 일정 부분 제약이 있기 때문에 주거침입죄가 성립하는지 여부는 출입 당시의 구체적 사정을 고려하여 개별적으로 판단하여야 할 것이다.

다. 반대의견 및 각 별개의견에 대하여

1) 침입의 의미와 판단기준에 관하여

가) 반대의견과 각 별개의견은 침입은 '거주자의 의사에 반하여 주거에 들어가는 것'이라고 해석하여야 한다고 한다.

그러나 앞서 본 바와 같이 주거침입죄의 구성요건적 행위인 침입은 본죄의 보호법익과의 관계에서 해석하여야 하므로, 침입은 '거주자 등의 사실상 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거 등에 들어가는 것'을 의미하고, 그에 대한 판단기준은 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양이어야 한다. 범죄의 보호법익은 구성요건적 행위에 대한 가벌성의 범위를 한정하는 기능을 하고, 구성요건적 행위는 범죄의 객관적 구성요건요소로서 객관적·외부적 평가대상이므로 행위 당시에 객관적·외형적으로 드러난 행위태양을 기준으로 판단함이 원칙이기 때문이다.

주거에 대한 지배·관리 내지 출입 통제 방식이 거주자의 의사 내지 의사 표명을 통하여 이루어진다고 하여 침입을 '거주자의 의사에 반하여 주거에 들어가는 것'이라고 해석할 수 없다.

침입의 의미를 종전과 같이 거주자의 의사에 반하여 주거에 들어가는 것이라고만 해석하게 되면 주관적 사정인 거주자의 의사를 기준으로 침입 여부를 판단하게 되어 범죄의 성립 여부가 명확하지 않고, 가벌성의 범위가 지나치게 넓어지게 되는 결과를 가져오게 된다.

범죄의 구성요건적 행위는 범죄를 이루는 객관적 구성요건이므로 그 행위를 객관적·외형적으로 파악할 필요가 있고, 범죄 행위로 인하여 처벌받는 행위자의 행위 그 자체를 기준으로 그러한 행위가 범죄의 실행행위에 해당하는지 여부를 판단하는 것이 범죄 성립 여부를 명확히 할 수 있다. 따라서 주거침입죄에 있어 구성요건적 행위인 침입에 해당하는지는 출입하는 행위자의 출입행위 그 자체를 객관적·외형적으로 판단하는 것이 원칙이라고 할 것이고, 여기서 거주자의 의사는 침입에 해당하는지 여부를 판단함에 있어 하나의 자료에 그치게 된다.

나) 다수의견은 침입에 해당하는지 여부를 판단함에 있어 거주자의 의사를 완전히 배제하는 것이 아니다. 다만 침입에 해당하는지 여부를 거주자의 의사라는 주관적 사정만으로 판단할 수 없고 객관적·외형적으로 드러난 행위태양을 통하여 판단하겠다는 것으로, 출입행위 그 자체가 거주자의 의사에 반하더라도 출입 당시의 객관적·외형적으로 드러난 행위태양에 비추어 그것이 거주자의 사실상 평온상태를 해쳐야 침입에 해당하는 것이다.

그러한 점에서 반대의견이나 각 별개의견에서 예로 들고 있는, 출입문이 열려 있는 빈집에 출입한 경우나 출입금지 표시만 있을 뿐 관리인이 없는 건조물에 출입한 경우에도 출입 당시의 객관적·외형적으로 드러난 행위태양에 비추어 거주자의 사실상 평온상태를 해치는 경우에 해당한다면 주거침입죄나 건조물침입죄가 성립할 수 있다. 거주자

나 관리인이 부재중인 빈집이나 건조물에 출입하는 모든 경우가 침입에 해당한다고 볼 수는 없으며, 위와 같은 경우에도 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위자의 행위태양을 기준으로 침입 여부 판단하여야 한다는 것이다.

한편 반대의견이 들고 있는 대법원 2017도21323 판결은 피고인이 그의 출입을 명시적으로 금지하는 입주자대표회의 결정과 법원의 출입금지가처분 결정에 반하여 아파트 지하주차장에 출입한 사안으로, 피고인의 출입 당시 객관적·외형적 행위태양에 비추어 그 관리자의 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양으로 아파트 지하주차장에 출입한 경우에 해당하여 건조물침입죄가 성립하는 것으로 볼 수 있다.

범죄 목적을 숨기고 주거 또는 건조물에 들어갔다고 하더라도 출입 당시 객관적·외형적 행위태양에 비추어 사실상의 평온상태를 해치는지 여부에 따라 침입 여부를 판단하여야 한다.

주거침입과 결합된 범죄의 처벌도 주거침입죄의 성립 또는 실행의 착수를 전제로 한다. 예컨대 야간주거침입절도죄는 주거침입죄와 절도죄의 결합범으로 원래 수단이 되는 주거침입죄와 목적이 되는 절도죄가 실체적 경합관계에 있지만 이를 하나로 묶어 처벌하는 것이다. 주거침입죄에 해당하지 않는다면 당연히 이를 전제로 한 결합범이 성립하지 않는다고 보아야 한다. 헌법상 대원칙인 죄형법정주의와 그에서 비롯된 엄격해석 및 유추해석금지의 원칙에서 비롯된 것임을 부연 설명할 필요가 없다. 결국 출입당시 구체적 행위태양을 고려함이 없이 특정 사안으로 단순화시켜 주거침입을 전제로 한 결합범의 일반적인 성립 여부를 논하거나 그 성립범위가 축소된다고 단정하는 것은 온당치 않다.

다) 다수의견이 침입의 의미와 판단기준을 앞서 본 바와 같이 변경하였다고 하여, 침

입을 '거주자 등의 의사에 반하여 주거 등에 들어가는 것'이라는 판시하여 온 수많은 판결을 모두 변경할 필요는 없다. 위와 같은 침입의 의미와 판단기준에 따라 주거침입죄의 성립을 인정하여 온 종전 대법원 판례의 구체적인 사안들을 보면, 출입 당시의 객관적·외형적 행위태양에 비추어 거주자 등의 사실상 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거 등에 침입한 사안으로 볼 수 있기 때문이다.

라) 다수의견은 이 사건 쟁점에 관한 종전 대법원 판결의 변경을 위하여 갑작스럽게 침입의 의미와 판단기준을 변경한 것이 아니다.

대법원은 종래 침입의 의미에 대하여 '거주자의 의사에 반하여 주거에 들어가는 것'이라고 판시하여 왔다. 그런데 형법학계에서는 주거침입죄의 보호법익을 사실상 주거의 평온으로 보면서도 주거침입죄의 구성요건적 행위인 침입의 의미를 위와 같이 해석하는 판례의 태도에 대하여 주거침입죄의 보호법익의 내용과 침입의 의미가 논리적으로 일관되지 못하다는 비판이 오래 전부터 있어 왔다. 그리고 거주자의 추정적 의사에 반한다는 사정만으로 침입에 해당한다고 보는 것은 주거침입죄의 성립 여부를 불명확하게 하고 가벌성의 범위가 확장된다는 비판도 있었다. 특히 이 사건 쟁점 사항, 즉 공동거주자 중 일부가 부재중에 주거 내에 현재하는 거주자의 현실적인 승낙을 받아 통상적인 출입 방법에 따라 주거에 들어갔는데 그것이 부재중인 다른 거주자의 추정적 의사에 반한다는 사정만으로 주거침입죄가 성립한다고 보는 것이 타당한지에 대하여 최근까지 논쟁이 계속하여 이어져 왔다.

대법원은 이러한 문제의식 하에 이 사건을 전원합의체에 회부하고 공개변론을 통하여 변호인들과 검사, 형사법전문가인 참고인들, 기관 및 단체의 의견을 청취하는 등 심리한 결과, 다수의견은 침입의 의미와 판단기준을 앞서 본 바와 같이 변경하기에 이른 것이

다.

마) 침입의 의미와 판단기준을 다수의견과 같이 변경하더라도 하급심의 일선 재판에 혼동을 초래하지도 않는다. 오히려 다수의견에 따른 침입의 의미와 판단기준에 의할 때 침입에 해당하는지 여부에 대한 판단이 명확해진다.

2) 주거침입죄의 법적 성질과 보호법익에 관하여

가) 반대의견은, 외부인의 출입이 부재중인 거주자의 의사에 반하는 것이 명백한 경우에는 그 거주자에 대한 관계에서 사실상 주거의 평온이 깨어졌다고 보아 주거침입죄의 성립을 인정하여야 하고, 위와 같이 판단하여야 주거침입죄의 법적 성질과 보호법익의 실체에 부합하는 해석이라고 한다. 나아가 다수의견에 대하여는, 실질적으로 외부인의 출입을 거부하였을 것이 명백한 부재중인 공동거주자의 사실상 주거의 평온이라는 독자적인 법익을 인정하지 않고 외부인의 출입을 통제하는 개별적인 권한도 없다고 보는 것과 같아 주거침입죄의 법적 성질이나 보호법익의 실체에 반한다고 한다.

그러나 다수의견도 앞서 본 바와 같이 반대의견이 말하는 주거침입죄의 보호법익의 내용과 법적 성질을 달리하지 않는다. 즉 공동거주자 개개인이 모두 사실상 주거의 평온을 누릴 수 있고, 공동거주자가 부재중에도 그가 주거 내에 현재하는 경우와 마찬가지로 사실상 주거의 평온이라는 법익을 누리며, 부재중인 거주자라도 사실상 주거의 평온이라는 법익이 침해된 경우에는 주거침입죄가 성립한다고 본다.

나) 이 사건 쟁점에 관하여 다수의견이 반대의견과 차이가 나는 것은 주거 내에 현재하는 거주자로부터 현실적인 승낙을 받은 경우에는 그것이 부재중인 다른 거주자의 추정적 의사에 반한다는 주관적인 사정만으로 침입이라 볼 수는 없고, 그렇기 때문에 부재중인 다른 거주자에 대한 관계에서 주거침입죄가 성립하지 않는다는 것이다. 다수의

견은 주거 내에 현재하는 거주자의 외부인 출입에 관한 승낙이 있었다는 사정만을 근거로 부재중인 거주자에 대한 관계에서 주거침입죄의 성립을 부정하는 것이 아니다.

다) 다수의견은 외부인의 출입을 명시적으로 거부하였거나 거부하였을 것이 명백히 추정되는 다른 거주자가 주거 내에 현재하는 경우와 부재중인 경우를 구별하여 주거침입죄가 성립하는지를 달리 판단하고 있지 않다.

외부인의 출입행위가 다수의견에 의한 침입의 의미와 판단기준에 따른 침입에 해당하고, 침입으로 인하여 다른 거주자의 주거의 평온이라는 법익이 침해된 경우에는 그 거주자가 주거 내에 현재하는지 부재중인지를 가리지 않고 주거침입죄가 성립하는 것이고, 침입에 해당하지 않는다면 다른 거주자의 주거의 평온이라는 법익이 침해되지 않으므로 주거침입죄가 성립하지 않는 것이다.

다만 공동주거의 경우에는 공동거주자 각자는 다른 거주자와의 관계로 인하여 주거에서 누리는 주거의 평온이라는 법익이 일정 부분 제약될 수밖에 없고, 공동거주자는 공동주거관계를 형성하면서 이러한 사정을 서로 용인하였다고 보아야 하므로 공동거주자 중 한 사람의 승낙에 따라 주거에 출입하는 외부인의 출입을 다른 거주자가 금지하는 데에도 일정 부분 제약이 있기 때문에 주거침입죄가 성립하는지 여부는 출입 당시의 구체적 사정을 고려하여 개별적으로 판단하여야 함은 앞서 본 바와 같다.

이 사건의 경우에는 이 사건 아파트의 공동거주자인 피해자의 부재중에 피고인이 이 사건 아파트 내에 현재하는 거주자인 피해자의 처로부터 현실적인 승낙을 받았으므로, 부재중인 다른 거주자인 피해자의 추정적 의사에 반한다는 사정만으로는 침입에 해당하지 않는다는 결론에 이른 것이다.

3) 거주자의 의사에 반하는 것인지 여부에 대한 증명책임의 문제에 관하여

반대의견은 외부인의 출입이 부재중인 거주자의 의사에 반하는 것이 명백한 경우에 해당하는지에 대한 판단은 우리 사회에서 건전한 상식을 가지고 있는 일반 국민의 의사를 기준으로 객관적으로 하고 그에 대한 증명책임은 검사가 부담하므로, 그와 같은 경우에는 주거침입죄가 성립한다고 보더라도 처벌 범위가 확장되는 것이 아니라고 한다.

그러나 부재중인 다른 거주자의 의사에 명백히 반하는지 여부에 따라 공동거주자 중 한 사람으로부터 승낙을 받아 주거에 출입한 외부인에 대한 주거침입죄의 성립 여부를 판단하는 것은 앞서 본 바와 같이 그 자체로 주거침입죄의 보호법익과의 관계나 침입의 의미와 판단기준에 맞지 않는 해석이고, 우리 사회의 건전한 상식을 가지고 있는 일반 국민의 통념을 기준으로 하더라도 범행 당시 추정적 의사가 명백하였는지 여부는 많은 경우 가변적일 수 있고, 또 자의적인 판단이 가능하므로 주거침입죄의 성립 여부에 관하여 일반 국민에게 일반적인 행위기준을 제시하는 데 한계가 있다.

그리고 증명책임의 원칙에 따라 가벌성의 범위를 제한하려는 것 또한 침입에 대한 판단 기준이 명확하지 않기 때문이다. 공동거주자 중 어느 한 사람이 외부인의 출입이 그 당시 그의 의사에 반한다는 주관적 사정만으로 주거침입죄로 고소를 하여 수사 및 기소가 이루어진 경우에는 법원에서 증명책임의 원칙에 따라 무죄로 인정되더라도 그 과정에서 일반 국민이 겪는 불편은 매우 크다. 오히려 다수의견과 같이 침입에 해당하는지 여부를 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양을 기준으로 하는 것이 주거침입죄의 성립 여부에 대하여 일반 국민과 수사기관 및 법원에 일반적인 행위기준이나 규범적 판단기준을 명확하게 제시하는 것이라 할 것이다.

4) 공동거주자 중 일부의 승낙에 따른 출입과 무단출입의 구별

반대의견은 공동거주자 중 부재중인 거주자가 외부인의 출입을 거부하였을 것이라는

사정이 명백한데도 불구하고 외부인이 이러한 부재중인 거주자의 의사에 반하여 주거에 들어간 것은 객관적·외형적 행위태양에 비추어 보더라도 부재중인 거주자의 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거에 들어간 것으로 평가할 수 있으므로 주거침입죄가 성립한다고 보아야 한다고 한다.

그러나 일부 공동거주자의 부재중에 주거 내에 현재하는 거주자로부터 현실적인 승낙에 따라 주거에 들어간 외부인의 출입행위 그 자체를 객관적·외형적으로 보면, 이를 부재중인 다른 거주자 '몰래' 주거에 들어간 것으로 볼 수는 없다. 그의 출입 목적이라는 주관적 사정에 비추어 다른 거주자 몰래 주거에 들어간 것으로 평가할 수는 있을지 몰라도 객관적·외형적으로 드러난 행위태양 그 자체에 비추어 부재중인 다른 거주자의 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거에 들어간 것이 아니다. 공동거주자가 모두 부재중인 빈집에 무단으로 들어가는 행위태양과 공동거주자 중 주거 내에 현재하는 거주자의 승낙을 받고 주거에 통상적인 출입방법에 따라 주거에 들어가는 행위태양은 객관적·외형적으로 구분되는 것이고, 이를 부재중인 다른 거주자에 대한 관계에서 동일한 행위로 평가할 수 없다.

5) 통상적인 출입방법에 해당하는지 여부의 판단에 관하여

가) 반대의견은 통상적인 출입방법에 해당하는지 여부는 외부인과 공동거주자의 관계, 출입 목적과 출입 태양 등을 고려하여 우리 사회에서 건전한 상식을 가지고 있는 일반 국민의 통념을 기준으로 개별적·구체적 사안에 따라 객관적으로 판단하여야 한다고 한다.

외부인과 공동거주자의 관계, 출입 목적 등도 사실상 평온상태를 해치는 행위태양인지를 판단하는 자료로 삼을 수는 있으나, 앞서 여러 번 강조한 것처럼 사실상 평온상태

를 해치는 행위태양인지 여부는 출입 당시의 행위태양을 객관적·외형적으로 판단함이 원칙이다. 통상적인 출입방법은 그 자체로 사실상 평온상태를 해치는 행위태양이 아니다.

나) 개개인의 행위가 비록 도덕률에 반하더라도 본질적으로 개인의 사생활에 속하고 사회유해성이 없거나 법익에 대한 명백한 침해가 없는 경우에는 국가권력이 개입해서는 안 된다는 사생활의 영역에 대한 비범죄화 경향이 현대 형법의 추세이다(헌법재판소 2009. 11. 26. 선고 2008헌바58, 2009헌바191 결정, 헌법재판소 2015. 2. 26. 선고 2009헌바17, 205 등 결정 참조). 이에 따라 헌법재판소는 배우자 있는 자의 간통행위 및 그와의 상간행위를 2년 이하의 징역에 처하도록 규정한 구 형법(2016. 1. 6. 법률 제 13719호로 개정되기 전의 것) 제241조가 성적 자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유를 침해하여 헌법에 위반된다고 판단하였다(위 헌법재판소 2009헌바17, 205 등 결정 참조).

피고인이 비록 피해자의 처와 혼외 성관계를 가질 목적으로 피해자의 부재중에 이 사건 아파트에 들어가 피해자의 처와 혼외 성관계를 가졌다고 하더라도, 간통죄가 폐지되어 더 이상 피고인이 본래 목적으로 한 행위를 간통죄로 처벌할 수 없다. 그런데도 위와 같은 행위를 목적으로 한 피고인의 출입이 피해자의 의사에 반한다는 사정만으로 주거침입죄로 처벌하게 되면 주거침입죄가 간통죄를 대체한다는 비판이 있을 수 있다.

배우자 있는 사람과의 혼외 성관계를 목적으로 한 주거 출입행위를 주거침입죄로 처벌하는 것은 사생활 영역에 대한 비범죄화라는 현대 형법의 흐름과 간통죄를 폐지한 취지에 반하는 것이라 할 수 있다.

6) 공동거주자 권한 행사의 한계 범위에 관하여

가) 별개의견1과 별개의견2는 외부인이 공동주거권자 또는 공동거주자 중 한 사람으로부터 승낙을 받은 경우 그의 출입을 승낙한 공동주거권자, 공동거주자와 마찬가지로 공동주거에 자유롭게 출입할 수 있고 이를 이용할 수 있으므로, 외부인이 공동주거권자, 공동거주자 중 한 사람으로부터 승낙을 받아 공동주거에 출입한 경우 그것이 다른 공동주거권자, 공동거주자의 의사에 반하더라도 주거침입죄가 성립하지 않는다고 한다. 아울러 별개의견1과 별개의견2는 공동주거권자 또는 공동거주자의 권한 행사에 한계가 있음을 인정하고 있다.

그런데 별개의견1은 다른 주거권자에 대한 관계에서 외부인이 형사상 처벌되는 범죄가 되지 않는 행위를 목적으로 공동주거에 들어간 경우에는 주거침입죄가 성립한다고 볼 수 없다고만 함으로써 그 구체적인 한계의 범위를 설정하지 않았다. 별개의견2는 그 한계를 법령이나 법원 재판 등에서 공동주거의 관리사항을 정함으로써 공동거주자가 법적으로 이에 따를 의무가 있는 경우 또는 다른 규범이나 사회적 통제수단으로는 해결할 수 없는 별개의 새로운 법익을 침해할 위험이 명백한 경우로 보았다.

그러나 별개의견1은 공동거주자의 권한 행사의 한계의 범위가 분명하지 않고, 별개의견2는 공동거주자의 권한 행사의 한계로 설정한 범위가 너무 한정적이어서 개별 사안에서 사회통념에 어긋나는 결론에 이르게 되는 경우가 있을 수 있다는 점에서 선뜻 동의하기 어렵다.

나) 별개의견1은 주거침입죄의 보호법익을 주거권이라고 하나, 이는 종래 대법원 판례가 오랜 기간 유지하여 온 주거침입죄의 보호법익에 관한 입장과 다르고, 국내 형법학계에서도 큰 지지를 받지 못하고 있는 상태에서 주거침입죄의 보호법익을 주거권으로 다시 바꾸어야 할지는 많은 고민이 든다.

이상과 같이 다수의견에 대한 보충의견을 밝혀둔다.

10. 반대의견에 대한 대법관 이기택의 보충의견

이 사건 전원합의체 판결에서는 대법원 83도685 판결의 변경 여부에 대하여 논하였다. 위 대법원 판결은 외부인의 출입에 관한 공동거주자 사이의 의사가 서로 대립하는 경우 다른 거주자의 의사에 반한 외부인의 출입이 주거침입죄를 구성하는지에 대한 일반적인 법리를 담고 있다.

그런데 다수의견은 이 사건의 쟁점을 주거 내에 현재하는 공동거주자의 현실적인 승낙을 받았으나 그것이 부재중인 다른 거주자의 추정적 의사에 반하는 경우로 한정한다. 위와 같은 경우에는 부재중인 다른 거주자의 추정적 의사에 반하더라도 주거침입죄가 성립하지 않는다는 결론을 내렸다. 또한 다수의견은 위와 같은 일반적인 법리를 담고 있는 위 대법원 판결을 위 쟁점에 한정하여 변경하였다.

이러한 다수의견이 내린 결론에 의하면, 공동거주자 사이에서 외부인의 출입에 관한 의사가 서로 대립하는 경우 외부인의 출입이 주거침입죄를 구성하는지에 대하여 하나의 기준에 따라 일반적·통일적으로 규율할 수 없게 된다.

이하 반대의견에 대한 보충의견에서는 다수의견이 내린 결론의 문제점에 대하여 말하고자 한다.

아울러 공동거주자 사이의 공동주거관계에 대한 법질서를 어떻게 정하는 것이 바람직한지에 대해서도 생각해 본다.

가. 대법원 83도685 판결의 구조

대법원 83도685 판결은 '공동거주자가 있는 경우 한 사람의 승낙이 다른 거주자의 의사에 직접, 간접으로 반하는 경우에는 공동거주자 중 한 사람의 승낙에 따라 주거에 출

입하였더라도 그 의사에 반한 다른 거주자의 주거의 평온, 즉 주거의 지배·관리의 평온을 해치는 결과가 되므로 주거침입죄가 성립한다(이하 '①법리'라 한다)'고 하여 공동거주자 사이에 외부인의 출입에 관한 의사가 대립하는 경우 주거침입죄의 성립 여부에 관한 일반적인 법리를 실시하였다. 그런 다음 '공동거주자 중 한 사람의 부재중인 경우라도 주거의 지배·관리관계가 외관상 존재하는 상태로 인정되는 한 위 법리에는 영향이 없다(이하 '②법리'라 한다)'고 하여 공동거주자 중 한 사람이 부재중인 경우에도 위 '①법리'가 그대로 적용된다고 하였다. 즉 '②법리'는 '①법리'에서 파생된 법리이다.

'①법리'는 공동거주자 중 외부인의 출입을 반대하는 거주자가 주거 내에 존재하든 부재중이든, 그의 의사가 명시적·묵시적이든, 추정적이든 구별하지 않고, 공동거주자 사이에 외부인의 출입에 관한 의사가 대립하는 모든 경우에 적용되는 일반 법리이다.

'②법리'(파생법리)의 변경을 위해서는 '①법리'(일반법리)를 변경할 필요가 있을 것으로 보이고, '①법리'와 분리하여 따로 변경할 경우 공동거주자 사이에 외부인의 출입에 관한 의사가 대립하는 모든 경우를 일반적·통일적으로 규율할 수 없게 되는 문제가 발생할 수 있다. 즉 외부인의 출입을 반대하는 거주자가 주거 내에 존재하는지, 부재중인지에 따라, 그리고 각각의 경우 그의 반대의사가 명시적·묵시적인지, 추정적인지에 따라 주거침입죄의 성립 여부와 판단 기준이 달라질 수 있다.

나. 다수의견의 결론

1) 다수의견은 이 사건의 쟁점을 "공동거주자 중 주거 내에 존재하는 거주자의 현실적인 승낙을 받아 통상적인 출입방법에 따라 공동주거에 들어갔으나 그것이 '부재중인' 다른 거주자의 '추정적' 의사에 반하는 경우"로 한정하여 주거침입죄의 성립 여부를 판단하였다. 즉 외부인의 출입을 반대하는 거주자가 부재중으로 그의 반대의사가 추정적

인 경우로 쟁점을 한정한다.

2) 다수의견은 주거침입죄에서 침입의 의미를 '사실상 주거의 평온'이라는 보호법익과의 관계에서 해석하여 침입이란 '사실상의 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거에 들어가는 것'을 의미하고, 이에 해당하는지 여부는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양을 기준으로 판단하여야 한다고 하면서 이 사건 쟁점과 같은 사안의 경우에는 주거침입죄가 성립하지 않는다고 한다.

3) 다수의견은 이 사건 쟁점에 한정하여 대법원 83도685 판결을 변경한다고 한다. 즉 위 대법원 판결 중 '②법리' 부분을 '공동거주자 중 주거 내에 현재하는 거주자의 현실적인 승낙을 받아 통상적인 출입방법에 따라 주거에 출입하였으나 부재중인 다른 거주자의 추정적 의사에 반하는 경우에는 주거침입죄가 성립하지 않는다'(이하 '②-1법리'라 한다)고 변경한다. 즉 외부인의 출입을 반대하는 거주자가 부재중으로 그의 의사가 추정적인 경우에 한정하여 위 대법원 판결을 변경한다.

다. 다수의견의 문제점

1) 이러한 다수의견이 내린 결론에 따르면 공동거주자 사이에 외부인의 출입에 관한 의사가 대립하는 경우 외부인의 출입이 주거침입죄를 구성하는지를 일반적·통일적으로 규율할 수 없다고 보인다.

가) 대법원 83도685 판결의 '①법리'와 다수의견이 내린 '②-1법리'를 서로 결합하여 본다.

공동거주자가 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(이상 '①법리').

공동거주자 중 주거 내에 현재하는 거주자의 현실적인 승낙을 받아 통상적인 출입방법에 따라 주거에 출입하였으나 부재중인 다른 거주자의 추정적 의사에 반하는 경우에는 주거침입죄가 성립하지 않는다(이상 '②-1법리').

나) 위와 같이 '①법리'와 '②-1법리'를 결합하여 보면 알 수 있는 것처럼 '①법리'와 '②-1법리'는 그 체계적 연결관계가 논리적이지 않은 것으로 보인다. 즉 공동거주자 사이에서 외부인의 출입에 관한 의사가 대립하는 경우 외부인이 다른 거주자의 의사에 반하여 주거에 출입하면 주거침입죄가 성립하는데('①법리'), 그 경우에서 '다른 거주자가 부재중으로서 그의 반대의사가 추정적인 경우'에는 주거침입죄가 성립하지 않는다('②-1법리'). 일견 보더라도 공동거주자 사이에서 외부인의 출입에 관한 의사가 대립하는 경우 다른 거주자의 의사에 반한 외부인의 출입이 주거침입죄를 구성하는지에 대하여 일반적·통일적으로 규율하지 못하는 것으로 보인다. 즉 외부인이 공동거주자 중 한 사람의 승낙을 받아 공동주거에 출입한 경우, 외부인의 출입을 반대하는 다른 거주자가 주거 내에 현재하는지, 부재중인지에 따라, 그리고 각 경우에 그의 반대의사가 명시적·묵시적인지, 추정적인지에 따라 주거침입죄의 성립 여부가 달라질 수 있고, 그 판단 구조도 달라지기 때문이다.

(1) 다수의견에 따르면, 공동거주자 중 주거 내에 현재하는 거주자의 현실적인 승낙을 받아 통상적인 출입방법에 따라 주거에 출입한 경우, 다른 거주자가 부재중으로 그의 반대의사가 추정되더라도 주거침입죄가 성립하지 않는다(이 사건에서 다수의견이 내린 결론이다).

그 이외의 경우, 즉 외부인의 출입을 금지하는 거주자가 주거 내에 현재하고, 그의 반대의사가 명시적·묵시적 또는 추정적인 경우, 외부인의 출입을 금지하는 거주자가 부

재중이고 그의 반대의사가 사전에 명시적으로 표시된 경우에는 다수의견의 논거를 근거로 그 결론을 추측하자면, 외부인의 출입 당시의 객관적·외형적 행위태양 등에 비추어 주거침입죄가 성립할 수도 있고 그렇지 않을 수도 있을 것이다(다만, 다수의견은 이 부분에 대하여는 명시적으로 그 의견을 밝히지 않고 있다).

(2) 공동거주자 각자가 공동주거 내에서 누리는 사실상 주거의 평온이라는 보호법의 은 공동거주자가 주거 내에 현재하든 부재중이든, 출입금지의 의사가 명시적이든 추정적이든, 그 보호의 가치와 정도에 차이가 없다. 그런데 다수의견은 주거 내에 현재하는 공동거주자의 현실적인 승낙의 의사와 부재중인 다른 거주자의 추정적인 금지의 의사가 대립하는 경우에만 부재중인 다른 거주자에 대한 관계에서 침입에 해당하지 않는다고 보아 주거침입죄가 성립하지 않는다고 한다.

특히 거주자의 의사에 반하는지와 관련해서 명시적·묵시적인 경우와 추정적인 경우를 구분할 필요가 없다. 이는 단순히 의사 해석에 있어 명확함의 정도에 차이가 있을 뿐이다. 그리고 거주자가 부재중인 경우에도 정보통신 수단의 발달로 그 의사를 표시하는 방법이 다양하고 신속히 전달되므로 의사가 명시적·묵시적인지 추정적인지 구분할 실익도 적다.

(3) 다수의견은 공동거주자 중 주거 내에 현재하는 거주자의 현실적인 승낙을 받아 통상적인 출입방법에 따라 주거에 출입하였으나 부재중인 다른 거주자의 추정적 의사에 반하는 경우에만 앞서 본 것처럼 별도의 법리('㉔-1법리')에 따라 주거침입죄의 성립을 부정한다. 즉 공동거주자 사이에서 외부인의 출입에 관한 의사가 대립하는 경우 외부인의 출입이 주거침입죄를 구성하는지에 대하여 하나의 기준에 따라 일반적·통일적으로 규율할 수가 없다.

2) 다수의견의 이러한 결론은 주거침입죄에 대한 공동거주자 사이에 외부인의 출입에 관한 의사가 대립하는 경우 외부인의 출입이 주거침입죄를 구성하는지에 대한 일반 법리, 즉 '①법리' 중에서 파생되는 법리인 '②법리'만을 '②-1법리'로 변경하였기 때문에 발생하는 문제라는 점을 지적하여 둔다.

3) 이 사건은 대법원 83도685 판결의 변경을 위하여 대법원 전원합의체에 회부하고, 공개변론을 통하여 형사법 전문가와 각계의 의견을 청취하기까지 하였다. 그런데 이 사건의 다수의견은 공동거주자 사이에 외부인의 출입에 관한 의사가 대립하는 경우 외부인의 출입이 주거침입죄를 구성하는지에 대하여 일반적이고 통일적인 법리를 제시하지 못한 채 이 사건 쟁점에 한정하여서만 결론을 내렸다. 아쉬운 결론이다. 대법원 83도 685 판결의 '①법리'가 여전히 유효한 이상 하급심에서 공동거주자 사이에서 외부인의 출입에 관한 의사가 대립하는 경우 주거침입죄가 성립하는지 여부를 판단함에 있어 적지 않은 혼란이 있을 것으로 예상된다.

라. 공동의 법률관계에서의 바람직한 법질서

여러 사람이 함께 거주하는 공동주거에 있어 공동거주자 사이의 관계를 어떻게 정하는 것이 바람직한지에 대하여 말하고자 한다.

1) 하나의 대상에 대하여 여러 사람이 중첩적으로 권리나 법익을 보유한 경우 그 사람들 사이에서는 권리나 법익이 충돌되어 분쟁이 발생할 수 있으므로 이를 합리적으로 규율할 필요가 있다.

법질서의 일부이기는 하지만, 민법은 위와 같은 경우 공유물에 대한 법률관계를 통하여, 형법은 재산범죄에 있어 공동소유·점유물에 대한 법률관계를 통하여 규율하고 있다.

가) 공유물에 대한 민사적 법률관계를 본다.

(1) 공유관계에서는 1개의 소유권이 여러 사람에게 나뉘어 귀속되어 있기 때문에 공유자들은 단독 소유자와 달리 공유물에 대한 소유권을 행사하는 데 일정한 제약을 받는다. 공유자는 자신의 공유지분을 자유롭게 처분할 수 있지만(민법 제263조), 공유물 자체를 처분하기 위해서는 다른 공유자들의 동의가 있어야 한다(민법 제264조). 공유물의 사용, 수익에 관하여는 공유자들은 공유물 전부를 지분의 비율로 사용, 수익할 수 있을 뿐이다(민법 제263조).

공유물의 관리에 관한 사항은 공유자 지분의 과반수로써 결정한다(민법 제265조). 판례는 공유자 사이에 공유물의 구체적인 사용, 수익 방법을 정하는 것은 위 규정에서 말하는 '공유물의 관리에 관한 사항'으로 공유지분의 과반수로써 결정해야 한다고 한다(대법원 1992. 6. 13.자 92마290결정, 대법원 2002. 5. 14. 선고 2002다9738 판결 등 참조). 따라서 공유자들은 공유물을 어떻게 사용, 수익할 것인지 협의하여야 하고 공유자 사이에 의견 일치가 이루어지지 않은 경우 지분의 과반수로 그 방법을 결정할 수 있다. 그런데 공유자들 사이에 과반수 지분에 따른 결정이 이루어지지 않은 경우 어느 공유자도 그 내용이 어떠한지 간에 자신이 주장하는 바와 같은 방법으로 그 공유물을 사용, 수익할 권리가 있다고 할 수 없다(대법원 2020. 5. 21. 선고 2018다287522 전원합의체 판결 중 방해배제 청구에 관한 대법관 이기택의 반대의견 참조).

(2) 만일 이와 달리 보아 공유물의 소수지분권자 누구라도 임의로 공유물의 전부 또는 일부를 사용·수익할 수 있도록 하게 되면, 공유물을 먼저 차지하는 소수지분권자가 공유물을 독점적으로 사용·수익하는 것을 허용하는 것이어서, 소수지분권자 사이에 공유물의 사용·수익이라는 이익의 귀속을 정하기 위해서 싸움이 발생하게 되고, 그 싸움

에서 이긴 사람이 공유물의 전부 또는 일부의 사용·수익을 독점적으로 차지하게 된다는 의미에서의 '충돌적·쟁탈적 법질서'가 형성될 것이다.

나) 공동소유물, 공동점유물에 대한 형사적 법률관계에 대하여 본다.

(1) 형법은 재산범죄에 있어 공동소유와 공동점유를 타인의 소유 또는 타인의 점유로 취급한다. 즉 공유자 중 한 사람이 다른 공유자가 점유하고 있는 공유물을 임의로 탈취하거나 공동점유하고 있는 공유물을 임의로 탈취한 경우 절도죄가 성립한다. 공유자 중 한 사람이 자기가 점유하는 공유물을 임의로 처분하면 횡령죄가 성립한다.

가령 갑과 을이 공동으로 소유하고 점유하는 물건을 공유자 중 한 사람인 갑이 임의로 자기의 점유상태로 옮긴 경우 절도죄가 성립한다. 그리고 갑과 을이 공동으로 소유하는 물건을 공유자 중 한 사람인 갑이 보관하던 중 이를 임의로 처분하거나 반환을 거부하면 횡령죄가 성립한다.

공유물은 공유자의 한 사람이 볼 때는 자기의 소유임과 동시에 다른 공유자의 소유에도 속하는 것이고, 공동점유자 중 한 사람의 점유는 다른 공동점유자와의 관계에서는 타인의 점유에 해당하기 때문이다.

공유자 상호간에는 소유권의 행사가 제한되므로 다른 공유자의 소유권 등의 재산권에 관한 법익을 침해하면 형사적으로 처벌된다.

(2) 만일 이와 달리 보아 공유자 중 누구라도 공유물을 임의로 처분하거나 자기의 점유상태로 옮기는 것을 처벌하지 않는다면, 공유물을 먼저 차지하는 사람이 공유물에 대한 경제적 이익을 전부 차지하는 것을 허용하는 것이어서, 마찬가지로 공유자 사이에 공유물의 사용·수익을 둘러싸고 '충돌적·쟁탈적 법질서'가 형성될 수밖에 없다.

다) 앞서 공유물에 대한 민사적 법률관계와 공동소유·점유물에 대한 형사적 법률관

계에서 본 것처럼 공동소유관계에서 공유자들 상호간에는 소유권을 행사하는 데 일정한 제약을 받고, 다른 공유자의 소유권과 사용·수익권을 침해하여서는 안 된다. 즉 공유자들 사이에는 다른 공유자가 가지는 권리와 법익을 고려하고 존중하는 방향으로 법질서가 형성되어 있음을 알 수 있다. 위와 같이 공유자들 사이에서 다른 공유자의 권리와 법익을 고려하고 존중하는 법질서를 통하여 공유자들 사이에 공유물의 소유와 사용·수익을 둘러싼 분쟁이 발생하는 것을 합리적으로 규율할 수 있다.

앞서 본 바와 같이, 공유자 상호간에 공유물의 소유와 사용·수익과 관련하여 '충돌적·쟁탈적 법질서'가 형성되고 이를 유지하도록 하는 것은 공유물의 소유, 사용·수익에 대한 올바른 법적 규율이 아니라는 점은 누구나 알 수 있다.

2) 공동거주자 사이에서 외부인의 공동주거 출입에 관한 의사가 대립하는 경우는 공동거주자 사이에서 공동주거의 이용을 둘러싸고 분쟁이 발생한 경우로 볼 수 있다. 이러한 상황은 공유물에 대하여 공유자 사이에서 공유물의 소유와 사용·수익을 둘러싸고 분쟁이 발생한 경우와 유사한 측면이 있다. 따라서 앞서 본 공유물의 소유, 사용·수익에 대한 민사적·형사적 법률관계를 공동거주자 사이에서 외부인의 출입에 관한 의사가 대립하는 경우에 적용하여 볼 수 있다.

가) 이해의 편의를 위해서 공동거주자 사이에 외부인의 출입에 관한 의사와 공동주거 이용에 관한 의사가 대립하는 경우를 예를 들어 설명한다.

(1) 가령 친구인 갑과 을 2명이 공동으로 거주하는 주거가 있고, 위 주거는 갑과 을 2명을 포함하여 총 3명만 머무를 수 있는 공간인 상황을 상정한다. 갑과 을은 상호 협의 없이 각자 친구 1명씩을 데려와 위 주거에서 함께 머물려고 하는데, 갑과 을은 모두 상대방이 데려온 친구의 출입을 원하지 않는다.

(2) 이 경우 대법원 83도685 판결의 '①법리'에 따르면, 갑과 을이 각자 상대방이 데려온 친구의 출입을 금지하면, 갑과 을만 공동주거에 출입할 수 있고 각자가 데리고 온 친구들은 모두 공동주거에 출입할 수 없다. 공동거주자 모두의 법익을 고려하고 존중하는 태도이다.

(3) 만일 이와 달리 볼 경우, 갑과 을 중 어느 누구라도 먼저 친구를 데리고 온 사람이 공동주거 전체를 이용할 수 있고, 나중에 친구를 데려 온 사람은 공동주거를 이용할 수 없게 된다. 역시 '충돌적·쟁탈적 법질서'가 형성된다.

나) 공동주거의 경우 공동거주자 각자는 모두 동등하게 주거 내에서 사실상 주거의 평온이라는 법익을 가진다. 따라서 공동거주자 각자는 개별적·독자적으로 외부인의 출입을 통제할 수 있다. 공동거주자 중 한 사람이 외부인의 출입을 승낙하였으나 다른 거주자가 이를 금지한 경우에는 공동거주자 사이에서 외부인의 공동주거 출입과 공동주거 이용에 관한 의사와 법익이 서로 충돌하게 된다.

다) 이러한 경우 대법원 83도685 판결의 '①법리'에 따르면, 외부인이 다른 거주자의 의사에 반하여 공동주거에 들어가면 주거침입죄가 성립하게 된다. 즉 다른 거주자가 공동거주자로서 가지는 법익을 고려하고 존중하는 태도이다.

라) 다수의견의 '②-1법리'에 따르면, 다른 거주자가 부재중인 경우에는 외부인의 출입이 그의 의사에 반하는 것으로 추정되더라도 주거침입죄가 성립하지 않는다. 즉 다른 거주자가 공동거주자로서 가지는 법익을 고려, 존중하지 않는 태도이다. 다수의견의 결론에 의하면, 공동거주자 사이에 외부인의 출입과 공동주거 이용에 관한 의사와 법익이 대립하는 '충돌적·쟁탈적 법질서'가 형성되는 것이다. 즉 공동거주자 사이에 서로 먼저 자신들이 원하는 외부인을 공동주거에 출입시키기 위하여 다툼이 생기고, 이에 먼저 출

입하는 데 성공한 공동거주자와 그의 승낙에 따라 공동주거에 출입한 외부인이 다른 공동거주자의 의사를 제압하고 공동주거를 함께 사용할 수 있게 되어 다른 거주자의 사실상 주거의 평온이라는 법익이 침해되었는데도 주거침입죄로 처벌할 수 없게 된다. 이것은 사회적으로 용인할 수 있는 법질서가 아니다.

다수의견에 의하면, 위와 같은 경우 이외에도 위와 같이 '충돌적·쟁탈적 법질서'가 형성되는 상황이 발생할 수 있다. 즉 다수의견의 논거를 근거로 그 결론을 추측하자면, 외부인의 출입을 금지하는 거주자가 주거 내에 현재하고, 그의 반대의사가 명시적·묵시적 또는 추정적인 경우, 외부인의 출입을 금지하는 거주자가 부재중이고 그의 반대의사가 사전에 명시적으로 표시된 경우에는, 외부인의 출입 당시의 객관적·외형적 행위태양 등에 비추어 주거침입죄가 성립할 수도 있고 그렇지 않을 수도 있기 때문이다.

마) (1) 공동주거관계에서 외부인의 출입과 공동주거 이용관계에 관하여 공동거주자 사이에서 의사나 법익이 충돌할 때 앞서 본 바와 같이 공동거주자들 사이에서 다른 거주자의 법적 지위와 법익을 고려하고 존중하는 방향으로 법질서가 형성되도록 하여야 한다. 그래야 공동거주자 사이에서 외부인의 출입과 공동주거 이용관계에 관한 '충돌적·쟁탈적 법질서'가 형성되는 것을 방지할 수 있다.

이러한 점에서 '공동거주자 중 한 사람의 승낙이 다른 거주자의 의사에 직접, 간접으로 반하는 경우에는 그에 의한 주거의 출입은 그 의사에 반한 사람의 주거의 평온을 해치는 결과가 되어 주거침입죄가 성립한다'는 대법원 83도685 판결의 '①법리'는 이러한 법질서에 부합하는 것으로 옳다. 또한 공동거주자 사이에 외부인의 출입에 관한 의사가 대립하는 경우 주거침입죄를 구성하는지에 관하여 일반적·통일적으로 규율할 수 있다. 나아가 공유물의 소유, 사용·수익에 관한 민사적·형사적 법률관계에도 부합한다.

(2) 다수의견의 결론에 따르면, 외부인의 출입과 공동주거 이용에 관하여 공동거주자들 사이에서 의사가 대립하고 법익이 충돌되어 외부인의 출입을 거부하는 다른 거주자의 법익이 침해되더라도 이를 주거침입죄로 규율할 수 없게 되는 경우가 발생한다. 특히 외부인의 출입을 금지할 것으로 추정되는 거주자가 부재중인 경우에는 그의 추정적 의사에 반하더라도 주거침입죄가 성립하지 않는다. 공동거주자 중 한 사람의 승낙을 받은 외부인을 주거침입죄로 처벌하느냐 처벌하지 않느냐의 문제를 떠나서 위와 같은 '충돌적·쟁탈적 법질서'를 형성하게 하는 것이 바람직하지 않음은 분명하다.

3) 하나의 대상에 대하여 여러 사람이 중첩적으로 권리나 법익을 보유한 경우에, 그들 사이의 법률관계를 평화적으로 규율하는 법질서를 추구함이 마땅하다. 공동주거관계에서도 마찬가지이다. 공동거주자 사이에 외부인의 출입에 관한 의사가 대립하는 경우 다른 거주자의 공동거주자로서의 지위와 그의 법익을 고려하고 존중하는 방향으로 규율하는 것이 공동주거관계에 대한 바람직한 법질서이다.

이상과 같이 반대의견에 대한 보충의견을 밝힌다.

재판장 대법원장 김명수

 대법관 이기택

 대법관 김재형

대법관 조재연

대법관 박정화

주 심 대법관 안철상

대법관 민유숙

대법관 김선수

대법관 이동원

대법관 노정희

대법관 노태약

대법관 이흥구

대법관 천대엽