

# 대 법 원

## 판 결

사 건 2020도6085 가. 폭력행위등처벌에관한법률위반(공동재물손괴등)  
나. 폭력행위등처벌에관한법률위반(공동주거침입)  
다. 폭력행위등처벌에관한법률위반(공동상해)

피 고 인 피고인 1 외 2인

상 고 인 피고인들 및 검사(피고인 1에 대하여)

변 호 인 변호사 김현근, 박성철, 김지선(피고인들을 위한 국선)

원 심 판 결 서울동부지방법원 2020. 4. 24. 선고 2019노1473 판결

판 결 선 고 2021. 9. 9.

## 주 문

원심판결 중 피고인 2에 대한 유죄 부분과 피고인 3에 대한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울동부지방법원 합의부에 환송한다.

검사와 피고인 1의 상고를 각 기각한다.

## 이 유

상고이유를 판단한다.

1. 이 법원의 심판 범위

이 사건 공소사실 중 피고인 2, 피고인 3에 대한 「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」(이하 '폭력행위처벌법'이라 한다)위반(공동상해)의 점에 대하여 제1심이 무죄를 선고하였고, 검사가 항소하였으나 원심은 이를 기각하였다. 이에 대하여는 검사가 상고하지 않았으므로 이 부분은 확정되었다. 따라서 피고인 2, 피고인 3에 대하여는 이미 무죄로 확정된 이 부분을 제외한 나머지 부분만이 이 법원의 심판대상이 된다 할 것이므로, 이에 관한 상고이유만을 살펴보기로 한다.

## 2. 사건의 개요와 쟁점

가. 심판대상 공소사실의 요지는 다음과 같다.

피고인 1은 공소외 1의 남편이자 공소외 2의 형부이고, 피고인 2, 피고인 3은 피고인 1의 부모이자 공소외 1의 시부모이다.

### 1) 폭력행위처벌법위반(공동채물손괴등)

피고인들은 2018. 5. 19. 14:30경 피해자 공소외 1의 주거지인 이 사건 아파트에 찾아가 출입문을 열 것을 요구하였다. 하지만 피해자 공소외 1은 외출한 상태로 동생인 공소외 2가 출입문에 설치된 체인형 걸쇠를 걸어 "언니가 귀가하면 오라"며 문을 열어주지 않았다. 이에 피고인 1, 피고인 2는 공동하여, 피고인 1은 열린 틈사이로 손을 넣어 위 체인형 걸쇠를 수차례 내려치고, 피고인 2는 문고리를 계속 흔들며 위 출입문에 설치되어 있던 체인형 걸쇠가 출입문에서 떨어져 나가게 하였다.

이로써 피고인 1, 피고인 2는 피해자 공소외 1 소유의 금액 미상의 체인형 걸쇠를 손괴하여 그 효용을 해하였다.

### 2) 폭력행위처벌법위반(공동주거침입)

피고인들은 공동하여 제1항 기재 일시 및 장소에서 피해자 공소외 2가 머무르고 있

던 주거지의 출입문에 설치된 체인형 걸쇠를 손괴한 후 침입하였다.

나. 원심은 다음과 같이 판단하였다.

1) 피고인 1, 피고인 2에 대한 폭력행위처벌법위반(공동채물손괴등) 부분에 관하여는 이를 유죄로 판단한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

2) 피고인 1에 대한 폭력행위처벌법위반(공동주거침입) 부분에 관하여는, 형법상 주거침입죄의 객체인 주거는 타인이 거주하는 것에 한하고, 타인과 공동으로 생활하고 있는 자가 행위자인 경우에는 그가 공동생활에서 이탈한 후가 아니면 당해 주거는 본죄의 객체가 되지 않는데, 피고인 1이 이 사건 당시 이 사건 아파트에 대한 공동거주자의 지위에서 이탈되었다고 볼 수 없다는 이유로 주거침입죄가 성립하지 않는다고 판단하여 이를 유죄로 인정한 제1심판결을 파기하고 무죄를 선고하였다.

3) 피고인 2, 피고인 3에 대한 폭력행위처벌법위반(공동주거침입) 부분에 관하여는, 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 성립하는데, 피고인 2, 피고인 3이 이 사건 아파트의 공동거주자인 피고인 1의 승낙을 받고 이 사건 아파트에 들어갔더라도 다른 거주자인 공소외 1이나 위 공소외 1로부터 주거에 대한 출입관리를 위탁받은 피해자 공소외 2의 승낙을 받지 못하여 피해자 공소외 2의 사실상 주거의 평온을 깨뜨렸으므로 주거침입죄가 성립한다는 이유로 이를 유죄로 인정한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

다. 검사와 피고인들의 상고이유의 요지는 다음과 같다.

1) 검사의 상고이유

피고인 1은 이 사건 아파트에서 이탈하여 공동거주자의 지위를 상실하였고, 피고인 2, 피고인 3과 함께 폭력적인 방법을 사용하여 이 사건 아파트에 들어갔으므로 주거침입죄가 성립한다. 그럼에도 불구하고 이와 달리 주거침입죄가 성립하지 않는다고 판단한 원심판결에는 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 주거침입죄의 성립에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

## 2) 피고인들의 상고이유

가) 피고인 1, 피고인 2에 대한 폭력행위처벌법위반(공동재물손괴등) 부분에 관하여 피고인 1, 피고인 2가 이 부분 공소사실 기재와 같이 체인형 걸쇠를 손괴한 사실이 없고 이를 손괴하려는 고의도 없었다. 설령 그렇지 않더라도 위 피고인들의 행위는 자구행위 또는 정당행위에 해당한다. 그럼에도 불구하고 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 원심판결에는 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 폭력행위처벌법위반(공동재물손괴등)죄의 성립, 정당행위, 자구행위에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

나) 피고인 2, 피고인 3에 대한 폭력행위처벌법위반(공동주거침입) 부분에 관하여

(1) 공동거주자 중 한 사람의 승낙을 받고 공동주거에 들어간 경우에는 다른 거주자에 대한 범죄 목적으로 들어가는 등의 특별한 사정이 없는 이상 다른 거주자의 의사에 반하더라도 주거침입죄가 성립하지 않는다. 피고인 2, 피고인 3은 이 사건 아파트의 공동거주자인 피고인 1의 승낙을 받고 이 사건 아파트에 들어갔고, 다른 거주자인 공소외 1이나 피해자 공소외 2에 대한 범죄를 목적으로 들어간 것도 아니므로 위 피고인들에 대하여는 주거침입죄가 성립하지 않는다.

(2) 피고인 2, 피고인 3에게는 주거침입의 고의가 없었고, 위 피고인들의 행위는 형

법 제20조에서 정한 사회상규에 위배되지 않는 정당행위 또는 형법 제23조에서 정한 자구행위에 해당하여 위법성이 조각된다.

(3) 그럼에도 불구하고 위 피고인들에 대한 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심 판결에는 주거침입죄의 성립, 정당행위, 자구행위에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

#### 라. 관련 법리

주거침입죄는 사실상 주거의 평온을 보호법익으로 한다. 주거침입죄의 구성요건적 행위인 침입은 주거침입죄의 보호법익과의 관계에서 해석하여야 하므로, 침입이란 거주자가 주거에서 누리는 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거에 들어가는 것을 의미하고, 침입에 해당하는지 여부는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양을 기준으로 판단함이 원칙이다. 사실상의 평온을 해치는 행위태양으로 주거에 들어가는 것이라면 특별한 사정이 없는 한 거주자의 의사에 반하는 것이겠지만, 단순히 주거에 들어가는 행위 자체가 거주자의 의사에 반한다는 거주자의 주관적 사정만으로 바로 침입에 해당한다고 볼 수 없다(대법원 2021. 9. 9. 선고 2020도12630 전원합의체 판결 참조).

마. 이 사건의 주된 쟁점 사항은 다음과 같다.

#### 1) 논의의 전제

이 사건은 이 사건 아파트의 공동거주자이던 피고인 1이 그의 부모이자 다른 공동거주자 공소외 1의 시부모인 피고인 2, 피고인 3과 함께 이 사건 아파트에 출입하는 과정에서, 공소외 1의 위탁으로 이 사건 아파트 내에 머무르고 있던 피해자 공소외 2가 이 사건 아파트 출입문에 체인형 걸쇠를 걸어 출입문을 열어주지 않는 등 피고인 1의 출입을 금지하자 그 체인형 걸쇠를 손괴하는 등 물리력을 행사한 사안이다. 피고인들

의 이 사건 아파트 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양에 비추어 피해자 공소외 2의 사실상 평온상태를 해치는 경우에 해당한다고 볼 수는 있다.

## 2) 이 사건의 주된 쟁점 사항

가) 첫 번째 쟁점은, 공동거주자 중 한 사람이 그의 출입을 금지한 다른 공동거주자의 사실상 평온상태를 해치는 행위태양으로 공동주거에 들어간 경우 그것이 공동주거의 보편적인 이용형태에 해당한다고 평가할 수 있는 경우에도 주거침입죄가 성립하는지 여부이다.

나) 두 번째 쟁점은, 공동거주자 중 한 사람이 그의 공동주거 출입을 금지한 다른 공동거주자에 대하여 물리력의 행사를 통해 공동주거에 출입함에 있어 이러한 공동거주자의 행위에 외부인이 가담하여 함께 그들의 출입을 금지하는 다른 공동거주자의 사실상 평온상태를 해치는 행위태양으로 공동주거에 들어간 경우 그것이 외부인의 출입을 승낙한 공동거주자의 통상적인 공동주거 이용행위이거나 이에 수반되는 행위에 해당한다면 그 외부인에 대하여 주거침입죄가 성립하는지 여부이다.

## 3. 검사의 상고이유에 대한 판단

가. 피고인 1에 대한 폭력행위처벌법위반(공동주거침입) 부분에 관하여

1) 형법은 제319조 제1항에서 '사람의 주거, 관리하는 건조물, 선박이나 항공기 또는 점유하는 방실에 침입한 자'를 주거침입죄로 처벌한다고 규정하고 있는바, 주거침입죄는 주거에 거주하는 거주자, 건조물이나 선박, 항공기의 관리자, 방실의 점유자(이하 '거주자 등'이라 한다) 이외의 사람이 위 주거, 건조물, 선박이나 항공기, 방실(이하 '주거 등'이라 한다)에 침입한 경우에 성립한다. 따라서 주거침입죄의 객체는 행위자 이외의 사람, 즉 '타인'이 거주하는 주거 등이라고 할 것이므로 행위자 자신이 단독으로 또

는 다른 사람과 공동으로 거주하거나 관리 또는 점유하는 주거 등에 임의로 출입하더라도 주거침입죄를 구성하지 않는다. 다만 다른 사람과 공동으로 주거에 거주하거나 건조물을 관리하던 사람이 공동생활관계에서 이탈하거나 주거 등에 대한 사실상의 지배·관리를 상실한 경우 등 특별한 사정이 있는 경우에 주거침입죄가 성립할 수 있을 뿐이다.

대법원은 이러한 취지에서 피해자와 피고인이 동거하는 주거는 타인의 주거에 해당하지 않는다는 이유로 피고인이 그 주거에 들어갔더라도 주거침입죄가 성립하지 않는다고 판단한 원심을 수긍하였고(대법원 2012. 12. 27. 선고 2010도16537 판결 참조), 공동관리 중인 건조물에 공동점유자 중의 1인이 임의로 출입하였더라도 건조물침입죄가 성립하지 않는다고 판단하였다(대법원 1982. 4. 27. 선고 81도2956 판결 참조).

2) 한편 주거침입죄가 사실상 주거의 평온을 보호법익으로 하는 이상, 공동주거에서 생활하는 공동거주자 개개인은 각자 사실상 주거의 평온을 누릴 수 있다고 할 것이다. 그런데 공동거주자 각자는 특별한 사정이 없는 한 공동주거관계의 취지 및 특성에 맞추어 공동주거 중 공동생활의 장소로 설정한 부분에 출입하여 공동의 공간을 이용할 수 있는 것과 같은 이유로, 다른 공동거주자가 이에 출입하여 이용하는 것을 용인할 수인의무도 있다. 그것이 공동거주자가 공동주거를 이용하는 보편적인 모습이기도 하다. 이처럼 공동거주자 각자가 공동생활의 장소에서 누리는 사실상 주거의 평온이라는 법익은 공동거주자 상호간의 관계로 인하여 일정 부분 제약될 수밖에 없고, 공동거주자는 이러한 사정에 대한 상호 용인 하에 공동주거관계를 형성하기로 하였다고 보아야 한다. 따라서 공동거주자 상호간에는 특별한 사정이 없는 한 다른 공동거주자가 공동생활의 장소에 자유로이 출입하고 이를 이용하는 것을 금지할 수 없다.

공동거주자 중 한 사람이 법률적인 근거 기타 정당한 이유 없이 다른 공동거주자가 공동생활의 장소에 출입하는 것을 금지한 경우, 다른 공동거주자가 이에 대항하여 공동생활의 장소에 들어갔더라도 이는 사전 양해된 공동주거의 취지 및 특성에 맞추어 공동생활의 장소를 이용하기 위한 방편에 불과할 뿐, 그의 출입을 금지한 공동거주자의 사실상 주거의 평온이라는 법익을 침해하는 행위라고는 볼 수 없으므로 주거침입죄는 성립하지 않는다. 설령 그 공동거주자가 공동생활의 장소에 출입하기 위하여 출입문의 잠금장치를 손괴하는 등 다소간의 물리력을 행사하여 그 출입을 금지한 공동거주자의 사실상 평온상태를 해쳤더라도 그러한 행위 자체를 처벌하는 별도의 규정에 따라 처벌될 수 있음은 별론으로 하고, 주거침입죄가 성립하지 아니함은 마찬가지이다.

3) 원심은 아래와 같은 사실관계와 이유를 근거로 피고인 1에 대하여 폭력행위처벌법위반(공동주거침입)죄가 성립하지 않는다고 보았다.

가) 원심이 인정한 사실관계

(1) 피고인 1과 공소외 1은 2015. 9. 5. 혼인한 법률상 부부로, 그 사이에는 자녀가 1명이 있고, 2016. 8. 15. 무렵부터 이 사건 아파트에서 부부생활을 영위해 왔다.

(2) 피고인 1과 공소외 1은 2018. 1.경부터 신축 아파트 분양문제로 다툼이 잦아졌고, 피고인 1은 2018. 4. 9. 공소외 1과 싸우고 자신의 짐 일부를 챙겨 이 사건 아파트에서 나갔는데, 피고인 1은 2018. 4. 13. 이 사건 아파트를 찾아갔다가 공소외 1과 다시 싸우고 집을 나왔다. 그 이후 공소외 1은 이 사건 아파트의 출입문의 비밀번호를 일방적으로 변경하고 출입문에 체인형 걸쇠도 부착하였다.

(3) 피고인 1은 휴대전화 메시지를 통해 2018. 4. 17.과 2018. 4. 19. 공소외 1에게 이 사건 아파트 현관 출입문의 비밀번호를 알려줄 것을 요청하였고, 2018. 5. 4.에는



이 사건 아파트를 찾아가 현관에서 출입문을 열어줄 것을 요청하기도 하였지만 거부당했다.

(4) 공소외 1은 이 사건 발생 이후인 2018. 6. 28.경 법원에 이혼 등을 청구하였고, 2018. 9. 4. 피고인 1과 공소외 1 사이에 이혼조정이 성립되었다.

#### 나) 원심의 판단 이유

이 사건 당시 피고인 1과 공소외 1 사이에 부부관계를 청산하고 피고인 1이 공동주거인 이 사건 아파트에서 나가서 살기로 하는 명시적인 합의가 있었다고 보기 어렵다. 이러한 상황에서 피고인 1이 위 아파트에서 짐 일부를 챙겨 나갔다가 공소외 1이 일방적으로 출입문의 비밀번호를 변경하여 피고인 1을 들어오지 못하게 하였다는 사정만으로 피고인 1이 공동거주자의 지위에서 이탈하거나 배제되었다고 볼 수 없다. 따라서 피고인 1이 이 사건 아파트에 들어가는 과정에서 출입문에 설치된 체인형 걸쇠를 손괴하는 등의 방법을 사용하였다고 하더라도 주거침입죄가 성립하지 않는다.

#### 4) 원심판결 이유를 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴본다.

검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 1이 이 사건 아파트에서의 공동생활관계에서 이탈하였다거나 그에 대한 지배·관리를 상실하였음을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다. 나아가 이 사건 아파트의 공동거주자인 공소외 1이나 그로부터 이 사건 아파트에 대한 출입관리를 위탁받은 피해자 공소외 2가 이 사건 아파트의 공동거주자인 피고인 1의 이 사건 아파트 출입을 금지할 법률적인 근거 기타 정당한 이유가 있었다고 인정되지 않는다.

그렇다면 이 사건 아파트에 대한 공동거주자의 지위를 계속 유지하고 있던 피고인 1이 이 사건 아파트에 출입하는 과정에서 정당한 이유 없이 이를 금지하는 피해자 공소

외 2의 조치에 대항하여 이 사건 아파트의 출입문에 설치된 체인형 걸쇠를 손괴하는 등 물리력을 행사하였다고 하여 주거침입죄가 성립한다고 볼 수는 없다. 같은 취지의 원심의 판단에는 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 주거침입죄의 성립에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

나. 피고인 1에 대한 나머지 부분에 관하여

한편 검사는 원심판결 중 피고인 1 부분 전부에 대하여 상고하였으나, 원심이 유죄로 판단한 폭력행위처벌법위반(공동재물손괴등)에 대하여는 상고장이나 상고이유서에 이에 관한 구체적인 불복이유를 기재하지 않았다.

4. 피고인들의 상고이유에 대한 판단

가. 피고인 1, 피고인 2에 대한 폭력행위처벌법위반(공동재물손괴등) 부분에 관하여

원심판결 이유를 관련 법리와 적법하게 채택한 증거에 비추어 살펴보면, 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 것은 정당하다고 판단된다. 따라서 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 폭력행위처벌법위반(공동재물손괴등)죄의 성립, 자구행위, 정당행위에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

나. 피고인 2, 피고인 3에 대한 폭력행위처벌법위반(공동주거침입) 부분에 관하여

1) 공동주거에서 생활하고 있는 공동거주자 개개인은 각자가 사실상 주거의 평온을 누릴 수 있으므로 외부인이 공동거주자 중 한 사람의 승낙을 받아 공동주거에 들어가더라도 다른 공동거주자에 대한 관계에서 그의 사실상 평온상태를 해치는 행위태양으로 들어간 경우에는 다른 공동거주자의 사실상 주거의 평온에 대한 침해가 된다는 점에서 주거침입죄를 구성한다고 볼 수도 있을 것이다.

그러나 공동거주자 각자는 특별한 사정이 없는 한 공동주거관계의 취지 및 특성에 맞추어 공동주거 중 공동생활의 장소에 출입하고 이를 이용할 수 있을 뿐만 아니라, 다른 공동거주자가 이에 출입하고 이를 이용하는 것도 용인하여야 한다. 이처럼 공동거주자 각자가 공동생활의 장소에서 누리는 사실상 주거의 평온이라는 법익은 공동거주자 상호간의 관계로 인하여 일정 부분 제약될 수밖에 없고, 공동거주자는 이러한 사정에 대한 상호 용인 하에 공동주거관계를 형성하기로 하였다고 보아야 한다. 그렇다면 공동거주자가 상호 용인한 범위 내에서 통상적으로 공동생활의 장소에 출입하고 이를 이용하는 행위는 설령 그 행위태양이 다른 공동거주자의 사실상 평온상태를 해치는 것으로 볼 수 있을지라도 그의 주거의 평온을 침해하는 행위라고 볼 수 없으므로 주거침입죄가 성립하지 않는다. 외부인이 공동거주자 중 한 사람의 승낙에 따라서 공동생활의 장소에 함께 출입한 것이 다른 공동거주자의 주거의 평온을 침해하는 행위가 된다고 볼 수 있는지 여부도 이러한 측면에서 살펴볼 필요가 있다.

2) 공동거주자 각자가 상호 용인한 통상적인 공동생활 장소의 출입 및 이용행위의 내용과 범위는 공동주거의 형태와 성질, 공동주거를 형성하게 된 경위 등에 따라 개별적·구체적으로 살펴보아야 한다. 공동거주자 중 한 사람의 승낙에 따른 외부인의 공동생활 장소의 출입 및 이용행위가 외부인의 출입을 승낙한 공동거주자의 통상적인 공동생활 장소의 출입 및 이용행위의 일환이자 이에 수반되는 행위로 평가할 수 있는 경우에는 이러한 외부인의 행위는 전체적으로 그 공동거주자의 행위와 동일하게 평가할 수 있다. 따라서 공동거주자 중 한 사람이 법률적인 근거 기타 정당한 이유 없이 다른 공동거주자가 공동생활의 장소에 출입하는 것을 금지하고, 이에 대항하여 다른 공동거주자가 공동생활의 장소에 들어가는 과정에서 그의 출입을 금지한 공동거주자의 사실

상 평온상태를 해쳤더라도 주거침입죄가 성립하지 않는 경우로서, 그 공동거주자의 승낙을 받아 공동생활의 장소에 함께 들어간 외부인의 출입 및 이용행위가 전체적으로 그의 출입을 승낙한 공동거주자의 통상적인 공동생활 장소의 출입 및 이용행위의 일환이자 이에 수반되는 행위로 평가할 수 있는 경우라면, 이를 금지하는 공동거주자의 사실상 평온상태를 해쳤음에도 불구하고 그 외부인에 대하여도 역시 주거침입죄가 성립하지 않는다고 봄이 타당하다. 구체적인 이유는 다음과 같다.

가) 개인의 법익이 침해되는가를 판단함에 있어 그 법익의 사회적 함의 및 한계도 함께 고려할 필요가 있다. 그런데 공동주거의 경우 공동거주자 각자의 개별적인 법익 보호라는 측면만이 아니라 공동주거라고 하는 공동생활의 의미와 그에 따르는 사회적 한계를 고려하여 주거침입죄의 보호법익의 침해 여부 및 범죄의 성립 여부를 살펴보아야 한다. 여러 사람이 함께 거주하는 공동주거에서는 공동거주자 각자가 누리는 주거에서의 법익이 일정 부분 제약되고, 공동거주자 상호간에 이러한 제약을 용인하였다고 보아야 한다. 공동거주자 중 한 사람의 승낙에 따른 외부인의 출입이 공동주거의 형태와 성질, 공동주거관계를 형성하게 된 경위, 공동거주자와 외부인의 관계, 외부인이 공동주거에 출입한 목적, 출입태양 등에 비추어 그의 출입을 승낙한 공동거주자의 통상적인 공동생활 장소의 출입 및 이용행위의 일환이자 이에 수반되는 행위로 평가할 수 있는 경우임에도 다른 공동거주자의 공동주거 내에서의 사실상 평온상태를 깨뜨리는 측면이 있다는 이유만으로 주거침입죄의 성립을 인정하는 것은 공동거주자 상호간에 용인한 의사에 반할 뿐만 아니라 공동주거의 본질과 특성, 다양성 및 그에 따르는 사회적 한계를 무시하는 불합리한 해석이 된다.

나) 공동거주자 중 한 사람의 승낙에 따른 외부인의 출입이 이를 승낙한 공동거주자

의 통상적인 공동생활 장소의 출입 및 이용행위의 일환이자 이에 수반되는 행위로 평가할 수 있는 경우까지 다른 공동거주자의 사실상 평온상태를 해치는 방법으로 출입하였다는 사정만으로 주거침입죄의 성립을 인정하게 되면, 공동거주자 사이의 공동주거 내에서의 상충된 법익, 즉 일반적·적극적 주거의 자유 향유와 소극적 주거의 자유와 평온의 향유 사이의 충돌이라고 하는 공동거주자 내부의 우연한 사정만으로 외부인의 주거침입죄 성립 여부가 좌우되는 불합리한 결과가 발생할 수 있다.

법규범으로서 형법의 본질과 임무는 사회의 존립과 유지에 필요불가결한 기본가치를 보호함에 있고, 형법의 규율 대상은 다른 규범이나 사회적 통제수단으로는 해결할 수 없는 중대한 법익에 대한 위협이 명백한 행위나 사회에 끼치는 해악이 큰 행위에 한정함이 바람직하다. 법규범 중에서도 특히 형법에 대하여 개인의 자유와 권리를 박탈하거나 제한하는 강력한 제재수단을 부여한 취지 역시 같은 맥락에서 이해하여야 한다. 형법은 주거침입죄의 구성요건적 행위를 침입이라고만 규정하고 있고, 그 형벌도 3년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금으로 독일 등 다른 나라의 입법례 등에 비하여 높으며, 비친고죄로 규율하고 있다. 위와 같은 형법의 본질과 그 규율 내용에 더하여 공동주거 및 침입이라는 개념 자체가 갖는 사회적, 규범적 의미를 보태어 보면, 주거침입죄에 있어서의 침입이라는 개념에는 그 자체로서 이미 사회적으로 용인될 수 있는 범위를 넘어선 주거의 평온이라는 법익에 대한 중대한 침해의 위협이 있는 행위 또는 사회에 끼치는 해악이 큰 행위라는 법적 평가가 포함되어 있다고 할 것이므로 이러한 형법의 규율 대상이 되는 행위로 평가되어야 주거침입죄로 처벌할 수 있다고 해석함이 타당하다. 그런데 공동거주자 중 한 사람의 승낙에 따라 공동주거에 출입한 행위가 이를 승낙한 공동거주자의 통상적인 공동생활 장소의 출입 및 이용행위의 일환이자 이에

수반되는 행위로 평가할 수 있는 경우는 다른 규범이나 사회적 통제수단으로는 해결할 수 없는 중대한 법익에 대한 위협이 있는 행위이거나 사회에 끼치는 해악이 큰 행위에 해당한다고 보기 어렵다. 외부인의 공동주거 출입으로 인하여 다른 공동거주자의 신체 자유 등 별도의 법익이 침해되고, 그 법익의 침해가 별도의 범죄를 구성하는 경우에는 그 범죄로 처벌하는 것으로 충분하고, 이에 대한 처벌 규정은 이미 형법 등에 구비되어 있기도 하다. 이러한 경우까지 주거침입죄로 형사처벌하는 것은 공동거주에 따르는 사회적 관계의 다양성과 특수성 및 자율규제의 가능성을 무시한 국가 형벌권의 과도한 개입으로서 부당하다.

다) 공동거주자 사이에는 각자가 공동주거에서 누리는 법익의 보호가치가 동등하다고 볼 수 있는데, 외부인의 출입과 관련하여 공동거주자 사이의 법익이 충돌되는 상황에서 다른 공동거주자의 사실상 주거의 평온이라는 법익이 침해되었다고 보아 외부인에 대하여 주거침입죄의 성립을 인정하게 되면, 외부인의 출입을 거부한 공동거주자의 법익만을 우선하고, 외부인의 출입을 승낙한 다른 공동거주자의 법익은 무시하는 것이 된다는 측면에서도 부당하다.

라) 공동거주자 중 한 사람의 승낙에 따른 공동주거 출입행위가 이를 승낙한 공동거주자의 통상적인 공동생활 장소의 출입 및 이용행위의 일환이자 이에 수반되는 행위로 평가할 수 있는 경우에도 외부인을 주거침입죄로 처벌하게 되면 그의 출입을 승낙한 공동거주자를 주거침입죄의 공범으로 처벌할 수 있는지도 문제가 될 수 있을 것이다. 그러나 앞서 본 바와 같이 공동거주자는 공동생활관계에서 이탈하지 않거나 그의 공동주거 출입행위를 금지할 법률적인 근거 기타 정당한 이유가 없는 이상 주거침입죄로 처벌할 수 없으므로 위와 같은 경우 공동거주자의 승낙에 따라 공동주거에 출입한 외부인

만을 주거침입죄로 처벌할 수밖에 없는데, 이러한 결론은 외부인의 출입이 이를 승낙한 공동거주자의 통상적인 공동생활 장소의 출입 및 이용행위의 일환이자 이에 수반되는 행위로 평가할 수 있는 한, 공동생활의 현실과 사회 일반의 관념에 맞지 않고, 형사처벌의 보충성에 비추어 보아도 부당하다. 특히 공동거주자 중 한 사람이 적극적으로 외부인의 출입을 권유하여 함께 주거에 들어온 경우를 생각해보면 그 부당함이 더욱 분명하게 드러난다.

3) 가) 이 사건 기록에 의하면, 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

(1) 이 사건 아파트의 공동거주자인 공소외 1은 이 사건 범행 당일인 2018. 5. 19.경 외출하면서 자신의 어머니와 동생인 피해자 공소외 2에게 아이를 돌보아 달라고 부탁하였고, 피해자 공소외 2는 이 사건 범행 당시 이 사건 아파트에서 머무르고 있었다.

(2) 피고인 2, 피고인 3은 공소외 1이 외출한 사실을 알지 못한 채 그 주장에 의하면 피고인 1과 공소외 1을 화해시키고, 손녀를 만나기 위하여 피고인 1과 함께 이 사건 아파트를 방문하였다. 그런데 피해자 공소외 2는 피고인들이 들어올 수 없도록 출입문에 설치된 체인형 걸쇠를 걸고 문을 열어 주지 않았다. 그러자 이 사건 아파트의 공동거주자인 피고인 1은 이 사건 아파트의 출입문에 설치된 체인형 걸쇠를 손괴하였고, 피고인 2도 이에 가담하였다. 그 후 피고인들은 함께 이 사건 아파트에 들어갔다.

나) 이러한 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴본다. 피고인 2, 피고인 3은 이 사건 아파트의 공동거주자이자 아들인 피고인 1의 공동주거인 이 사건 아파트에 출입함에 있어 다른 공동거주자인 공소외 1로부터 출입관리를 위탁받은 피해자 공소외 2의 정당한 이유 없는 출입금지 조치에 대항하여 이 사건 아파트에 출입하는 데에 가담한 것으로 볼 수 있다. 비록 그 과정에서 피고인 1이 출입문에 설치된 체인형 걸쇠를 손

피하는 등 물리력을 행사하였고, 피고인 2도 이에 가담함으로써 공동으로 재물손괴의 범죄를 저질렀으나, 피고인 1의 이러한 행위는 공동생활관계에서 이탈하지 않은 상태에서 정당한 이유 없이 이루어진 출입금지 조치에 대항하여 공동거주자로서 공동생활의 장소에 출입하고, 이를 이용하기 위한 방편이라고 볼 수 있고, 피고인 2의 행위는 그 실질에 있어 피고인 1의 이러한 행위에 편승, 가담한 것에 불과하다. 그렇다면 피고인 2, 피고인 3이 이 사건 아파트에 출입한 행위 그 자체는 전체적으로 공동거주자인 피고인 1이 이 사건 아파트에 출입하고 이를 이용하는 행위의 일환이자 이에 수반되어 이루어진 것에 해당한다고 평가할 수 있으므로, 피고인 2, 피고인 3에 대하여는 폭력행위처벌법위반(공동주거침입)죄가 성립하지 않는다고 보아야 한다.

다) 그런데도 원심은 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였는바, 이러한 원심판결에는 주거침입죄의 성립에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 피고인 2, 피고인 3의 상고이유 주장은 이유 있다.

## 5. 파기의 범위

위에서 본 것과 같은 이유로 피고인 2에 대한 폭력행위처벌법위반(공동주거침입) 부분은 파기되어야 한다. 그리고 피고인 2에 대한 나머지 유죄 부분은 위 파기 부분과 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 하나의 형이 선고되어 함께 파기되어야 하므로, 결국 원심판결 중 피고인 2에 대한 유죄 부분은 모두 파기되어야 한다.

## 6. 결론

그러므로 피고인 2, 피고인 3의 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결 중 피고인 2에 대한 유죄 부분과 피고인 3에 대한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하고, 검사와 피고인 1의 상



고를 각 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다. 이 판결에는 대법관 이기택의 별개의견과 대법관 조재연, 대법관 민유숙, 대법관 이동원의 반대의견이 있는 외에는 관여 법관의 의견이 일치하였고, 다수의견에 대한 대법관 김선수, 대법관 천대엽의 보충의견과 반대의견에 대한 대법관 민유숙의 보충의견이 있다.

#### 7. 피고인들에 대한 각 폭력행위처벌법위반(공동주거침입) 부분에 대한 대법관 이기택의 별개의견

이 사건의 쟁점은 이 사건 아파트에 대한 공동거주자인지 여부가 다투어지는 피고인 1과 그의 승낙을 받은 피고인 2, 피고인 3이 피해자 공소외 2의 외부적 출입금지 의사에 반하여 이 사건 아파트에 들어간 것이 주거침입죄에 해당하는지 여부이다. 이에 대하여 다수의견에서는 피고인들의 이 사건 아파트 출입행위가 공동거주자의 보편적인 이용형태 등에 해당하는지를 기준으로 주거침입죄의 성립 여부를 논하였다. 이와 달리 별개의견에서는 피고인들에 대하여 출입금지 의사를 표시한 피해자 공소외 2의 진정한 의사해석을 통하여 피고인들에 대한 주거침입죄의 성립 여부를 논하고자 한다.

##### 가. 거주자의 의사에 반하는지에 대한 해석의 다양성

1) 가) 대법원 2021. 9. 9. 선고 2020도12630 전원합의체 판결의 법리에 따라 살펴본다. 주거침입죄의 구성요건적 행위인 침입의 의미가 '거주자가 주거에서 누리는 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거에 들어가는 것'을 의미하고, 이에 해당하는지 여부는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양을 기준으로 판단함이 원칙이다.

나) 하지만 침입에 해당하는지 여부는 기본적으로 거주자의 의사해석의 문제이다. 사실상의 평온을 해치는 행위태양으로 주거에 들어가는 것이라면 대체로 거주자의 의사에 반하는 것으로 해석된다.

2) 행위자의 출입이 거주자의 의사에 반하는지는 출입 당시의 객관적 사정을 구체적으로 고려하여 거주자의 진정한 의사를 합리적으로 해석하여 판단하여야 한다. 거주자의 의사에 반하는지는 외부적으로 드러난 의사를 기준으로 판단하는 것이 원칙이라고 할 것이나, 그 외 출입 당시의 상황 등 구체적인 사실관계에 따라 달리 판단될 수 있는 경우가 있을 수 있다. 결국 거주자의 의사에 반하는지에 관한 해석은 사실인정의 영역이라고 할 것이다.

3) 거주자가 명시적으로 출입금지의 의사를 표시한 경우 그러한 출입금지의 의사에 반하여 주거에 들어간 경우에는 대체로 침입에 해당한다고 볼 수 있을 것이다. 가령 거주자가 집에 들어오려는 외판원에게 '들어오지 마세요'라고 명시적으로 말하였는데도 외판원이 그 집에 들어가면 거주자의 의사에 반하는 것이 분명하므로 침입에 해당한다.

한편 거주자의 출입금지에 관한 의사에는 그 이유가 있기 마련이다. 거주자의 의사에 반하는지를 판단함에 있어서도 거주자가 출입을 금지한 이유를 알아야 비로소 그 진정한 의사가 확인되는 경우가 있다. 이러한 경우 단순히 외부적으로 표시한 출입금지의 의사를 기준으로 하여 거주자의 의사에 반하는 것이라고 해석할 경우 부당한 결론에 이르게 되는 경우가 있을 수 있다. 이렇게 되면 주거침입죄의 가벌성의 범위가 부당하게 넓어질 수 있다. 그만큼 거주자의 의사에 반하는지를 판단함에 있어 거주자의 진정한 의사가 중요한 이유이다.

거주자가 명시적으로 출입금지의 의사를 표시하였더라도 그러한 의사에 전제나 배경이 있는 경우가 있을 수 있다. 가령 거주자가 출입이 허용되는 신분이나 자격을 전제로 출입 허용 여부를 정한 경우를 생각해 볼 수 있다. 이러한 경우에는 출입이 허용되는 신분이나 자격이 있는 사람이 출입한 경우에는 침입이라고 볼 수 없으나 출입이 허용되

지 않는 신분이나 출입 자격이 없는 경우에는 침입이라고 볼 수 있다. 가령 어느 종교의 신자의 경우에는 출입이 허용되는 성직자의 기도공간이 있다. 이 경우 성직자의 기도공간에 신자가 출입한 경우에는 침입이라고 볼 수 없으나, 신자 이외의 사람이 출입한 경우에는 침입이라고 보아야 할 것이다. 어느 회사에서 영업비밀 보호를 이유로 그 임직원만이 출입이 허용된 사무실에 그 회사의 임직원이 출입한 경우에는 침입이라고 볼 수 없으나, 퇴직한 직원이나 경쟁사의 임직원이 출입한 경우에는 침입이라고 보아야 할 것이다.

그런데 위와 같이 거주자가 출입을 허용할지 여부를 신분이나 자격을 전제로 정한 경우에도 그 신분이나 자격 등에 대하여 다툼이 있는 경우가 있을 수 있다.

가령 거주자는 갑이 출입할 수 없는 사람이라고 생각하고 그의 출입을 금지하였는데 나중에 갑의 신분이나 자격이 확인되어 출입할 수 있는 사람이라고 판명된 경우를 생각해 볼 수 있다. 이러한 경우에는 갑의 출입을 금지하는 전제 사실이 존재하지 않았으므로 갑이 거주자의 의사에 반하여 출입한 것으로 볼 수 없다.

앞서 본 예와 같이, 신자의 경우에는 출입이 허용되는 성직자의 기도공간이 있다. 갑이 위 기도공간에 출입하려 하는데 성직자는 갑이 신자가 아니라고 생각하고 그의 기도공간 출입을 막았으나 갑이 기도공간으로 들어왔다. 나중에 갑이 신자임이 확인되었다. 이 경우 갑에 대하여 주거침입죄가 성립한다고 볼 수 있는가?

또 다른 예로, 어느 회사의 임직원에게 한하여 출입이 허용되는 영업비밀이 보관되어 있는 사무실이 있다. 갑이 위 사무실에 출입하려고 하였는데 위 사무실의 관리자는 갑이 회사의 임직원이 아니라고 생각하고 그의 사무실 출입을 막았으나 갑이 그대로 위 사무실에 들어왔다. 나중에 갑이 회사의 임직원임이 확인되었다. 이 경우 갑에 대하여

주거침입죄가 성립한다고 볼 수 있는가?

앞서 든 각 사례에서 성직자나 사무실 관리자의 진정한 의사에 근거하여 본다면 성직자나 사무실 관리자가 외부적으로 표시된 의사만을 기준으로 갑에 대하여 주거침입죄가 성립한다고 보는 것은 진정한 출입금지 의사를 파악하지 못한 것이다. 갑의 출입을 금지한 전제 사실이 처음부터 존재하지 아니하므로 갑의 기도공간이나 사무실 출입이 성직자나 사무실 관리자의 의사에 반한 것으로 볼 수 없기 때문이다. 위 각 사례에서 성직자나 사무실 관리자의 진정한 의사에 의한다면 갑에 대하여는 주거침입죄가 성립하지 않는다고 보아야 할 것이다.

나. 피고인들에 대한 각 폭력행위처벌법위반(공동주거침입)죄의 성립 여부에 관한 판단

1) 논의의 전제

이 사건은 이 사건 아파트에 대한 공동거주자인지 여부가 다투어지는 피고인 1과 그로부터 출입 승낙을 받은 피고인 2, 피고인 3이 피해자 공소외 2의 외부적으로 표시한 출입금지 의사에 반하여 이 사건 아파트에 들어간 것이 주거침입죄에 해당하는지 여부가 쟁점이다.

이 사건에서 피해자 공소외 2가 피고인들에 대하여 이 사건 아파트에 출입하는 것을 금지하는 의사의 기본적인 전제는 피고인 1이 이 사건 아파트의 공동거주자가 아니라는 점에 있다고 볼 수 있다.

피해자 공소외 2가 피고인들에 대하여 이 사건 아파트에 출입하는 것을 금지하는 진정한 의사를 해석하기 위해서는 피고인 1이 이 사건 아파트의 공동거주자인지 여부를 우선적으로 살펴볼 필요가 있다.

이하 이 사건의 사실관계를 살펴보고, 피고인 1이 이 사건 아파트의 공동거주자인지

여부를 판단한 다음, 피고인들이 이 사건 아파트에 출입하는 것에 대한 피해자 공소외 2의 진정한 의사를 해석하여 피고인들에 대하여 주거침입죄가 성립하는지 여부를 판단하기로 한다.

2) 이 사건의 사실관계

원심판결 이유 및 이 사건 기록에 의하면 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

가) 피고인 1과 공소외 1은 2015. 9. 5. 혼인한 법률상 부부이다. 피고인 1과 공소외 1 사이에는 자녀가 1명이 있고, 2016. 8. 15. 무렵부터 이 사건 아파트에서 생활하여 왔다.

나) 피고인 1과 공소외 1은 2018. 1.경부터 신축 아파트 분양문제로 다툼이 잦아졌다. 피고인 1은 2018. 4. 9. 공소외 1과 싸우고 자신의 짐 일부를 챙겨 이 사건 아파트에서 나갔다. 피고인 1은 2018. 4. 13. 이 사건 아파트를 찾아갔다가 공소외 1과 다시 싸우고 집을 나왔다. 그 이후 공소외 1은 이 사건 아파트의 출입문의 비밀번호를 일방적으로 변경하고 출입문에 체인형 걸쇠도 부착하였다.

다) 피고인 1은 휴대전화 메시지를 통해 2018. 4. 17.과 2018. 4. 19. 공소외 1에게 이 사건 아파트 현관 비밀번호를 알려줄 것을 요청하였다. 피고인 1은 2018. 5. 4.경 이 사건 아파트를 찾아가 공소외 1에게 문을 열어줄 것을 요청하기도 하였는데, 공소외 1은 이를 거부하였다.

라) 이 사건 아파트의 공동거주자인 공소외 1은 이 사건 범행 당일인 2018. 5. 19.경 외출하면서 자신의 어머니와 동생인 피해자 공소외 2에게 아이를 돌보아달라고 부탁하였고, 피해자 공소외 2는 이 사건 범행 당시 이 사건 아파트에서 머무르고 있었다.

마) 피고인 2, 피고인 3은 공소외 1이 외출한 사실을 알지 못한 채 피고인 1과 함께

이 사건 아파트를 방문하였다. 그런데 피해자 공소외 2는 피고인들이 이 사건 아파트에 출입하는 것을 거부하였다. 그러자 이 사건 아파트의 공동거주자인 피고인 1은 이 사건 아파트의 출입문에 설치된 체인형 걸쇠를 손괴하였고, 피고인 2도 이에 가담하였다. 그 후 피고인들은 함께 이 사건 아파트에 들어갔다.

바) 공소외 1은 이 사건 발생 이후인 2018. 6. 28.경 법원에 이혼 청구를 하였고, 2018. 9. 4. 피고인 1과 공소외 1 사이에 이혼조정이 성립되었다.

### 3) 피고인 1이 이 사건 아파트의 공동거주자인지 여부

가) 주거침입죄는 거주자 이외의 사람이 주거에 침입한 경우에 성립한다. 주거침입죄의 객체인 주거는 다른 사람이 거주하는 것에 한한다. 다른 사람과 공동으로 공동주거에서 생활하고 있는 공동거주자 중 한 사람이 행위자인 경우 당해 공동주거는 주거침입죄의 객체로 되지 않는다. 다만 공동거주자가 공동생활관계에서 이탈하였거나 주거에 대한 사실상의 지배·관리관계를 상실하였다고 인정할 수 있는 경우에는 당해 주거는 주거침입죄의 객체에 해당한다. 공동거주자가 공동생활관계에서 이탈하였거나 공동주거에 대한 사실상의 지배·관리관계가 상실되었는지 여부는 공동거주자 사이의 관계, 공동거주자 사이의 다툼의 발생 경위, 공동주거에서 벗어난 경위 등 구체적 사정을 고려하여 개별적으로 판단하여야 한다.

한편 공동거주자 중 한 사람이 다른 공동거주자를 상대로 법원에 공동주거의 출입을 금지하는 가처분을 신청하여 법원으로부터 출입금지가처분 결정을 받은 경우나 공동거주자 중 한 사람이 「가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」(이하 '가정폭력처벌법'이라 한다)이나 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」(이하 '아동학대처벌법'이라 한다)에 따라 '주거로부터의 퇴거 등 격리' 또는 '주거에서 100미터 이내의 접근 금지'의 임시조

치 결정(가정폭력처벌법 제29조 제1항 제1, 2호, 아동학대처벌법 제19조 제1항 제1, 2호)을 받은 경우 등 법률적인 근거에 따라 공동주거의 출입이 금지되는 경우도 있을 수 있다. 이와 같은 경우는 공동거주자가 공동생활관계에서 이탈하였거나 공동주거에 대한 사실상의 지배·관리관계가 상실된 경우에 해당하는 것으로 볼 수 있다.

나) 위와 같은 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴본다.

이 사건 당시 피고인 1과 공소외 1 사이에 부부관계를 청산하고 피고인 1이 이 사건 아파트에서 나가서 살기로 하는 명시적인 합의가 있었다거나, 피고인 1과 공소외 1 사이의 부부관계가 파탄에 이르렀다고 보기 어렵다. 이러한 상황에서 피고인 1이 위 아파트에서 짐 일부를 챙겨 나갔다가 공소외 1이 일방적으로 출입문의 비밀번호를 변경하여 피고인 1을 들어오지 못하게 하였다는 사정만으로 피고인 1이 이 사건 아파트에서의 공동생활관계에서 이탈하였다거나 그에 대한 지배·관리를 상실하였다고 인정하기는 어렵다. 따라서 피고인 1이 이 사건 당시 이 사건 아파트에 대한 공동거주자의 지위를 유지하고 있었다고 할 것이다.

4) 피해자 공소외 2의 진정한 의사 해석

가) 앞서 본 사실관계에 의하여 피고인들이 이 사건 아파트에 출입하는 것을 금지하는 피해자 공소외 2의 진정한 의사를 살펴보기로 한다.

나) 앞서 본 사실관계에 의하여 인정되는 피고인들과 공소외 1, 피해자 공소외 2의 관계, 이 사건의 분쟁 경위 등에 비추어 보면, 피해자 공소외 2는 피고인 1과 공소외 1 사이의 부부관계가 파탄에 이르렀고, 피고인 1이 이 사건 아파트에 대한 공동거주자의 지위를 상실하여 공소외 1의 승낙 없이는 이 사건 아파트에 출입할 수 없다고 생각하여 피고인들의 출입을 금지하였다고 봄이 상당하다. 위와 같은 사정 이외에 달리 피해자 공소외 2가 피고

인 1이나 그의 승낙을 받은 피고인 2, 피고인 3이 이 사건 아파트에 출입하는 것을 금지하는 동기나 이유가 될 만한 별도의 사정은 기록상 찾아볼 수 없다.

다) 피해자 공소외 2가 피고인들에 대하여 한 이 사건 아파트에 대한 출입금지 의사의 전제 사실은 피고인 1과 공소외 1 사이의 부부관계가 파탄에 이르렀고, 피고인 1이 더 이상 이 사건 아파트에 대한 공동거주자가 아니어서 공소외 1의 승낙 없이는 이 사건 아파트에 출입할 수 없다는 것으로 볼 수 있다. 그런데 피고인 1과 공소외 1 사이의 부부관계가 파탄에 이르렀다거나, 피고인 1이 이 사건 아파트에서의 공동생활관계에서 이탈하였거나 그에 대한 지배·관리를 상실하였다고 인정하기는 어렵다는 점은 앞서 본 바와 같다.

그렇다면 피해자 공소외 2가 외부적으로 피고인들에 대하여 이 사건 아파트에 출입하는 것을 금지하는 의사를 표시하였다고 하더라도, 피해자 공소외 2의 진정한 의사는 피고인 1과 공소외 1 사이의 부부관계가 파탄에 이르지 않았고, 피고인 1이 이 사건 아파트에서의 공동생활관계에서 이탈하였다거나 그에 대한 지배·관리를 상실하지 않았다면 피고인들이 이 사건 아파트에 들어오는 것을 금지하지 않았을 것이라고 봄이 합리적이라고 할 것이다. 따라서 피고인들의 이 사건 아파트에 대한 출입이 피해자 공소외 2의 의사에 반하여 이루어졌다고 볼 수 없으므로 피고인들에 대하여 주거침입죄가 성립한다고 인정할 수 없다. 나아가 피고인들이 이 사건 아파트에 출입하는 과정에서 이 사건 아파트의 출입문에 설치된 체인형 걸쇠를 손괴하였다고 하더라도 이는 이 사건 아파트에 출입하기 위한 최소한의 물리력 행사라고 볼 수 있으므로 위와 같은 사정이 피고인들의 주거침입죄의 성립 여부에 영향을 미치지 않는다.

##### 5) 검사 및 피고인 2, 피고인 3의 상고이유에 대한 판단

위와 같은 이유로 피고인들에 대한 각 폭력행위처벌법위반(공동주거침입) 부분은 모



두 무죄로 판단되어야 한다.

피고인 1에 대한 폭력행위처벌법위반(공동주거침입) 부분을 무죄로 판단한 원심판결의 결론은 정당하다. 따라서 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 주거침입죄의 성립에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

그러나 피고인 2, 피고인 3에 대한 폭력행위처벌법위반(공동주거침입) 부분을 유죄로 판단한 원심판결에는 피해자 공소외 2의 의사에 반하는지를 판단함에 있어 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나 사실을 잘못 인정하거나, 침입에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다. 이를 지적하는 피고인 2, 피고인 3의 상고이유 주장은 이유 있다.

#### 다. 소결론

따라서 원심판결 중 피고인 2, 피고인 3에 대한 각 폭력행위처벌법위반(공동주거침입) 부분은 파기되어야 한다. 그리고 피고인 2에 대한 위 파기 부분과 나머지 유죄 부분은 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 하나의 형이 선고되어 함께 파기되어야 하므로, 원심판결 중 피고인 2에 대한 유죄 부분은 모두 파기되어야 한다. 피고인 2, 피고인 3의 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결 중 피고인 2에 대한 유죄 부분과 피고인 3에 대한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하여야 하고, 검사와 피고인 1의 상고는 각 기각하여야 한다.

위와 같은 이 사건 결론은 다수의견과 견해를 같이 하지만, 결론에 이르기까지의 구체적인 이유가 다르므로 별개의견으로 이를 밝혀둔다.

8. 피고인들에 대한 각 폭력행위처벌법위반(공동주거침입) 부분에 대한 대법관 조재연, 대법관 민유숙, 대법관 이동원의 반대의견

가. 반대의견의 요지

대법원은 이번 전원합의체 판결로 주거침입죄의 보호법익이 '주거권'이 아니고 '사실상 주거의 평온'이라는 점을 재확인하였다. 이는 공동주거의 경우에도 동일하다.

주거 내에 현재하는 공동거주자가 출입을 금지하였는데도 불구하고 폭력적인 방법 또는 비정상적인 경로로 공동주거에 출입한 경우는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양에 비추어 주거 내에 현재하는 공동거주자의 평온상태를 명백히 해치는 것이어서 침입행위에 해당하므로 주거침입죄가 성립한다. 그러한 주거침입행위자가 스스로 집을 나간 공동거주자이거나, 그 공동거주자로부터 승낙을 받은 외부인이라 하여도 마찬가지이다.

다수의견은 행위자가 공동으로 거주하거나 관리 또는 점유하는 주거 등에 다른 공동거주자의 사실상 평온상태를 해치는 행위태양으로 출입하더라도 주거침입죄를 구성하지 않는다고 하나, 찬성할 수 없다.

나. 논의의 전제

1) 먼저 이 사건과 대법원 2021. 9. 9. 선고 2020도12630 전원합의체 판결과의 관계를 분명히 하고자 한다. 이 사건은 대법원 2020도12630 전원합의체 판결의 법정의견을 전제로 하지만, 사실관계와 법리적 쟁점을 달리한다.

대법원 2020도12630 전원합의체 판결에서는 '주거지에 현재하는 거주자의 승낙에 따라 평온하게 출입한 행위'에 대한 주거침입죄의 성립이 문제된다. '부재중인 공동거주자의 추정적 반대의사'에 대한 평가가 쟁점이다. 이 사건은 '스스로 주거지를 나온 후

통상적인 방법으로는 출입할 수 없게 된 거주자가 그 주거지에 현재하는 공동거주자의 출입금지에도 불구하고 폭력적인 방법을 사용하여 출입한 행위'가 문제된다. '주거지에 현재하는 공동거주자의 사실상 평온을 침해한 행위'에 대한 평가가 쟁점이다.

2) 주거의 평온에 대한 보호 필요성의 증대 및 공동주거관계의 구체적·개별적 규율 필요성에 대하여 본다.

가) 현대 사회생활과 주거생활의 변화로 주거의 평온에 대한 보호 필요성이 더욱 증대되었다. 현대사회에서는 대중매체의 발달과 정보·통신수단의 발달로 사생활의 비밀에 대한 침해가능성이 커짐에 따라 사생활 보호의 중요성이 더욱 강조되기에 이르렀고, 사생활의 비밀을 보호하기 위한 여건으로서 주거의 평온을 보호할 필요성이 더욱 커졌다. 즉 주거공간이 침해되는 경우에는 사생활의 비밀이 침해될 가능성이 높기 때문에 주거의 평온도 이 단계에서 이미 침해될 가능성이 커졌다. 더욱이 도시화의 심화로 개인의 주거공간이 좁은 공간으로 한정되어 외부인의 출입에 의한 주거의 평온에 대한 침해 우려는 과거에 비하여 심각해졌고, 그 보호의 필요성은 훨씬 증대되었다.

나) 대다수의 국민이 혼인 등의 사유로 가족관계를 이루거나 그 밖에 경제적인 이유 등으로 여러 사람이 하나의 주거공간을 공동으로 사용하고 있다. 도시화·밀집화로 많은 국민이 공동주택에서 거주하고 있다. 한편 주거의 개념에는 다가구용 단독주택이나 다세대주택·연립주택·아파트 등 공동주택 내부에 있는 엘리베이터, 공용 계단과 복도도 포함된다(대법원 2009. 8. 20. 선고 2009도3452 판결 등 참조). 이와 같이 대다수 국민이 주거공간에 대하여 공동거주자로서의 지위를 갖는 현대사회에서, 공동거주자 사이의 지위관계, 공동주거 내에서 공동거주자가 누리는 법익이 상호간 충돌하는 양상과 이에 대한 규율의 필요성 등도 천차만별이다. 공동주거관계의 규율은 공동주거 형

성 경위, 형태, 공동거주자 상호관계 등 구체적 사정을 살펴 개별적으로 이루어져야 한다.

3) 공동주거에서 주거침입죄가 성립하는지 여부의 문제는 공동거주자 사이의 법익이 충돌할 때 발생한다. '불행한 가정은 저마다의 이유로 불행하다'는 말에서 알 수 있듯, 가정이라는 하나의 주거공간에서 가정구성원들 사이의 법익침해 양상과 주거의 평온을 보호할 필요성도 다양하다. 그런데 이를 공동주거 내지 공동거주자라는 이유로 일률적·추상적으로 규율하여 일의적으로 주거침입죄가 성립하는지 여부를 논의하는 것은 다양한 분쟁상황에 대한 올바른 법적규율이라고 할 수 없다. 또한 공동주거를 규율하는 법령이 존재하는 경우에도 공동거주자 또는 외부인에 대하여 주거침입죄가 성립하는지 여부는 그 법령에 따르는 공동거주자 내부관계, 외부인과의 관계 등을 개별적·구체적으로 살펴 판단하여야 할 문제로서 일률적·추상적으로 그 판단기준을 미리 설정하는 것은 옳지 않다.

결국 공동주거에서 주거침입죄가 성립하는지 여부는 헌법이 보장하는 '주거의 자유'와 '혼인과 가족생활의 보호', '주거침입죄의 입법 목적과 취지', '주거침입죄의 보호법익의 구체적 내용과 법적 성질', '침입의 의미와 그 판단기준' 등을 종합적으로 고려하여 구체적·개별적으로 판단하여야 한다.

다. 공동거주자를 주거침입죄로 처벌할 수 있는지 여부

1) 주거침입죄는 개인적 법익에 관한 죄이고, 그 주거지에서 거주하는 사람이 여럿인 경우 보호법익의 침해는 거주자 개개인이 누리는 주거의 평온을 기준으로 판단하여야 한다.

가) 공동주거는 자기의 주거지인 동시에 타인의 주거지이기도 하므로 공동거주자의

한 사람이 다른 공동거주자와의 관계에서 그 사람의 주거의 평온을 해치는 행위를 한다면, 주거침입죄의 보호법의 침해가 발생한다.

나) 헌법은 제16조 전문에서 "모든 국민은 주거의 자유를 침해받지 아니한다."라고 규정하여 주거의 자유를 기본권으로 보장하고 있다. 또한 헌법은 제36조 제1항에서 "혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다."라고 규정하여 혼인과 가족을 국가의 특별한 보호 하에 두고 있다. 혼인과 가족생활은 주거라는 장소를 통해 실현되므로 주거의 자유는 혼인과 가족생활의 공간적 영역을 보장함으로써 혼인과 가족생활에 관한 기본권을 확보하는 기능을 한다.

주거공간은 사생활의 중심으로 개인의 인격과 불가분적으로 연결되어 있으므로 그 불가침이 보장되지 않고서는 인간 행복의 최소한의 조건인 개인의 사적 영역이 지켜질 수 없다(헌법재판소 2020. 9. 24. 선고 2018헌바171 결정 참조). 주거는 사생활의 중심이 되는 장소이기 때문에 그 불가침성이 보장되지 않고서는 개인의 생명, 신체, 재산의 안전도 지켜지기 어렵다. 따라서 헌법이 보장하는 주거의 자유는 주거에 거주하는 개인을 기본권의 주체로 하고, 혼인과 가족생활에 관한 기본권도 혼인을 하고 가족을 이루는 개인을 기초로 하여 보장된다. 주거침입죄는 헌법이 기본권으로 보장하는 주거의 자유를 구체적으로 보호하기 위한 규정이고, 헌법이 보장하는 혼인과 가족생활도 간접적으로 보호하는 기능을 하므로, 주거침입죄가 보호하는 법익의 주체도 개인인 거주자이다. 주거침입죄의 이러한 법적 성질은 공동거주자 내부관계에서도 그대로 유지되어야 한다.

다) 다수의견이 참고로 인용한 판결들은 이 사건 쟁점과 사안을 달리하여 인용할 수

없다. 즉 대법원 1982. 4. 27. 선고 81도2956 판결, 대법원 2012. 12. 27. 선고 2010도 16537 판결은 모두 거주·점유 권한 없는 자의 출입행위임을 전제로 주거침입죄 등으로 기소되었으나, 심리결과 공동 거주해 온 사정 또는 적법한 점유권원이 인정되어 주거침입죄 등이 성립하지 않는다고 판단된 사안으로서 객관적·외형적으로 드러난 행위태양이 다른 공동점유자나 공동거주자의 주거의 평온을 해치는 방법에 의한 경우가 아니다.

2) 다수의견은 공동거주자 일방이 그의 출입을 금지한 공동거주자의 평온상태를 해치는 행위태양으로 들어갔더라도 이는 공동주거를 이용하는 보편적인 형태라고 한다.

그러나 다수의견은 주거침입죄의 보호법익의 내용이나 법적 성질, 침입의 의미와 판단기준에 반하고, 양립할 수 없는 공동거주자의 '공동주거의 보편적 이용형태'와 '사실상 평온상태를 해치는 행위태양'을 양립 가능한 것으로 본 잘못이 있다.

가) 주거침입죄의 구성요건적 행위인 침입은 거주자가 주거에서 누리는 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거에 들어가는 것으로 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양을 기준으로 판단하여야 한다는 원칙은 다수의견도 인정하고 있다.

그렇다면 공동거주자라도 잠금장치를 손괴하는 등 폭력적인 방법 또는 비정상적인 경로로 공동주거에 출입한 경우에는 객관적·외형적으로 보아 다른 공동거주자의 평온상태를 해치는 행위태양으로 출입한 것이므로 침입행위에 해당한다.

나) 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양에 의한 출입행위는 공동주거의 보편적 이용형태와 양립할 수 없다.

공동거주자 상호간에 용인한 공동주거에 대한 보편적인 이용형태에 포함되려면 잠금장치의 열쇠를 각자 소지하거나 비밀번호를 공유하면서 공동거주자 각자가 그 열쇠 또

는 비밀번호를 이용하여 잠금장치를 풀고 출입문을 열어 주거지에 출입할 수 있어야 한다.

공동거주자가 스스로 집을 나간 후 주거지 이용이나 소유권 귀속을 다투면서 계속적으로 다른 공동거주자와 충돌하며 폭력을 행사하는 태도는 공동주거의 보편적인 이용 형태라고 볼 수 없다. 집에 남아 있는 공동거주자에게 이를 용인할 부담을 지우기 어렵다. 그 집에서 미성년자녀를 키우고 있다면 폭력적 출입을 금지할 필요성은 더욱 높아진다.

그 상황에서 거주자가 평온에 위협을 느끼고 잠금장치를 변경하여 상대방의 출입을 금지함으로써 집을 나간 공동거주자가 정상적인 출입이 불가능해지자 손괴, 폭력행사 등 평온을 해치는 수단을 사용하여 공동주거에 출입한다면 이는 공동주거의 이용행위의 한계를 벗어난 침입행위이다.

다) 다수의견이 스스로 인정하고 있듯이, 공동거주자 상호간에 용인되는 이용의 내용과 범위는 공동주거를 형성한 경위, 공동주거의 형태와 성질, 공동거주자들의 관계에 따라 개별적으로 살펴보아야 한다. 공동거주자라는 사정만으로 그 거주자의 공동주거 출입·이용행위를 항상 용인하여야 하는 것은 아니다.

3) 다수의견에 따르면 공동거주자에서 이탈하기까지의 기간을 규율의 공백상태로 방치하게 되어 부당하다.

가) 다수의견은 공동거주자의 지위에 있는 한 주거침입죄의 성립을 부정한다. 다수의견은 '특별한 사정'이 있으면 공동거주자에게도 주거침입죄를 인정할 수 있다고 하면서도 특별한 사정이란 '공동생활에서 이탈하였거나 사실상 지배·관리를 상실한 경우'라고 한다. 그런데 공동거주를 이탈하였거나 사실상 지배·관리를 상실한 사람은 이미 '

공동거주자'에 포함되지 않는다. 공동거주자의 의미에 관한 동어반복일 뿐이다. 따라서 다수의견은 공동거주자에 대하여 사실상 예외 없이 주거침입죄를 부정하는 견해로 보인다. 다수의견의 진의가 이와 다르다면, '특별한 사정'의 판단기준과 범위에 관한 견해를 명시하여야 할 것이다.

나) 다수의견은 공동거주자 상호간에 용인한 공동주거 이용행위의 내용과 범위는 공동거주자 내부관계에 따라 개별적으로 판단하여야 한다고 하면서도, 평온하고 일상적인 공동주거를 전제로 공동거주자가 공동생활관계 또는 공동거주자로서의 지위에서 이탈하기까지는 다른 공동거주자의 평온상태를 해치는 출입행위도 공동거주자라는 이유로 주거침입죄의 보호범위에서 제외한다. 그러나 공동주거를 형성하게 된 경위, 공동주거의 형태와 성질 등에 따라 공동거주자가 공동거주자로서의 지위에서 이탈하기 전이라도 주거침입죄가 성립할 수 있다.

다) 오히려 다수의 재판례에서 알 수 있듯이, 공동거주자 사이에서 주거침입죄 성립 여부가 문제되는 경우는 공동주거관계가 와해되는 과정(공동생활관계에서 이탈하기 전 단계로서 공동거주자로서의 지위는 인정된다), 즉 공동거주자 사이에서 분쟁이 발생하여 일방이 주거지를 나갔다가 들어오기를 반복하면서 갈등과 충돌을 일으켜 거주자로서는 주거의 평온을 지키기 위하여 잠금장치의 열쇠나 비밀번호를 변경할 수밖에 없는 경우에 발생한다.

특히 이 사건과 같이 부부 사이의 혼인관계가 파탄되어 이혼에 이르기까지의 과정은 구체적인 경우마다 다양한 양상을 보이며, 많은 사례에서 장기간 부부를 포함한 가족 공동체는 갈등과 대립에 휩싸이고, 심각한 폭력사태가 발생하기도 한다. 공동거주의 해소에 이르지 못하였으나 공동생활을 감내하기도 어려운 기간이 계속된다.



라) 반대의견은 공동생활관계가 해소되는 과정에서 발생하는 폭력에 적극적으로 대처하여 구성원들의 평온과 안전을 보호하는 방향으로 주거침입죄의 해석이 이루어져야 한다는 취지이다.

4) 다수의견이 '정당한 이유'를 주거침입죄의 성립을 부정하는 근거로 연결하는 점에 찬성하기 어렵다.

가) 다수의견은, 공동거주자가 법률적인 근거 기타 정당한 이유 없이 다른 공동거주자의 출입을 금지한 경우에는 폭력을 동원하여 출입하더라도 주거침입죄가 성립하지 않는다고 한다. '출입금지에 대항하는' 것이고 '공동주거의 취지에 맞추어 이용하기 위한 방편'이라는 이유를 들고 있다.

이는 피해자에게 법률적인 근거 또는 이에 준하는 정당한 사유가 존재할 것을 요구하는 것과 마찬가지로 침입행위 이전의 권리관계를 가려서 범죄성립 여부를 판단한다는 결론에 이른다.

그러나 확립된 대법원 판례는, 권리자라고 하더라도 권리실행으로써 자력구제의 수단으로 주거지나 건조물에 침입한 경우에는 주거침입죄나 건조물침입죄가 성립한다는 입장이다.

'주거의 평온'을 보호법익으로 하여 이를 침해하는 행위를 처벌하는 주거침입죄에 있어서 '피해자가 출입을 금지한 행위가 법적 근거를 갖추었는지 여부'를 판단기준으로 삼는다면 확립된 대법원의 입장에 부합하지 않는다.

나) 나아가 '정당한 이유'를 고려할 수 있다고 할지라도, 출입의 금지가 정당한지 여부는 분쟁의 전체적인 과정과 출입금지에 이르게 된 경위를 모두 살핀 후에 판단하여야 하고 이는 사실심의 심리를 통하여 확정할 수 있는 사실인정의 문제이다.

분쟁과정에 있는 공동거주자들, 특히 혼인공동체의 해소 과정에서 발생하는 개별 행위들의 정당성 여부 또는 책임의 소재는 특정 시점의 단편적인 사정만으로 가릴 수 없다. '출입 금지'의 결과적인 조치만 들어 피해자는 정당성이 결여되었고 피고인의 출입은 허용된다고 결론짓는 것은 아닌지 우려스럽다.

다) 다수의견이 전제하는 '공동거주자 중 한 사람이 정당한 이유 없이 상대방의 출입을 금지'하는 경우는 형법 이론서에서 논의되는 가상의 사례일 수 있겠으나(아내가, 밤늦게 술친구를 데리고 귀가하려는 남편을 불만스럽게 여겨 출입문을 잠그는 예시가 거론되기도 한다), 현실의 분쟁과 거리가 멀다는 점을 다시 지적한다.

5) 다수의견은 주거침입죄의 독자적인 가치를 지나치게 축소한 태도로서 최근의 법령개정 방향에 부합하지 않는다.

가) 다수의견은 공동거주자 등의 출입 과정에서 다른 공동거주자의 신체의 자유 등 별도의 법익이 침해되는 경우에는 그 해당 범죄로 처벌할 수 있고 이로써 충분하다고 하나, 이는 주거침입죄의 의의를 제대로 파악하지 못하였거나 가볍게 평가한 것이다.

나) 주거의 자유와 평온을 형벌로써 보호하는 이유는 누구나 자기의 주거 안에 있는 동안에는 최대한의 안전을 기대할 수 있고 그러한 기대를 국가가 적극적으로 보호한다는 데 있다. 이는 신체의 자유 등 다른 기본적 자유의 맨 앞에 있는 문지기과 같은 기본적인 권리이자 국가에 대한 기대와 요청이라고 할 수 있다. 이를 제쳐두고 상해죄나 손괴죄 등으로 처벌하면 된다는 견해는, 주거의 자유와 평온에 대하여 개개인이 기대하는 가치의 무거움을 제대로 이해하지 못한 것이다.

주거침입죄는 주거의 평온과 안전의 보호를 목적으로 하고, 주거에 대한 출입통제를 통하여 주거 내에서 발생할 수 있는 생명, 신체, 재산의 침해를 방지하는 기능을 하므

로, 주거침입죄에서의 보호법익을 독자적으로 보호할 필요가 있다. 따라서 공동거주자 일방이나 외부인의 출입행위가 다른 공동거주자의 사실상 주거의 평온이라는 법익을 침해한 경우에는 주거침입죄로 처벌하여야 하고, 나아가 출입 과정에서 또는 출입 후에 다른 공동거주자의 생명이나 신체, 재산 등의 법익을 별도로 침해한 경우에는 그 법익의 침해로 인하여 구성되는 범죄로 처벌함이 타당하다.

다) 오늘날 주거의 평온에 대한 침해의 위협은 외부인에 의한 침해 못지않게 가족 등 공동거주자에 의해서도 일어날 수 있다.

특히 주거지에 남아 있는 배우자가 미성년자녀를 양육하는 대부분의 경우 폭력적인 출입행위는 분쟁의 경위와 책임소재를 떠나 미성년자녀의 복지에 중대한 위해를 미치게 된다.

과거에는 '가정 내 분쟁에 형법은 개입하지 않는다'는 관념 하에 가정 내 분쟁은 가정 내에서 자율적으로 해결하고, 국가형벌권은 보충적으로 개입하는 것이 바람직하다고 인식하였던 때가 있었다. 그러나 이러한 태도는 가정폭력에 대한 보호의 거부로 이어져 가정 내 범죄를 야기하는 원인이 되었고, 이에 대한 반성으로 「가정폭력방지 및 피해자보호 등에 관한 법률」과 가정폭력처벌법이 제정되어 국가가 적극적으로 가정폭력에 개입할 수 있게 되었다.

나아가, 아직도 가정 내에서 이루어지는 폭력의 예방과 피해자 보호가 미흡하다는 지적에 따라 미비점을 개선·보완하기 위하여 가정폭력처벌법이 2020. 10. 20. 법률 제 17499호로 개정되어 2021. 1. 21. 시행되었다. 개정법은 가정폭력범죄에 형법 제2편 제 36장 주거침입의 죄를 포함시켰다(제2조 제3호 사목). 가정폭력처벌법의 적용대상인 가정구성원은 배우자, 직계존비속, 동거친족으로서(제2조 제2호 가 내지 라목) 공동거주

자와 범위가 거의 일치한다. 따라서 위 형법 제2편 제36장에 정해진 주거침입죄, 퇴거불응죄는 물론 그 미수범까지 가정폭력처벌법이 정한 가정폭력범죄에 포함되게 되었다.

다수의견과 달리 입법은 가정폭력처벌법의 개정을 통하여 공동거주자에 대하여도 다른 가정구성원의 신체적·정신적 평온을 해치는 행위를 엄단하기 위하여 적극적으로 규율하려는 입장이다.

라. 공동거주자 중 한 사람의 승낙을 받은 외부인이 다른 공동거주자의 평온상태를 해치는 행위태양으로 공동주거에 들어간 경우 주거침입죄가 성립하는지 여부

1) 다수의견은 외부인이 주거 내에 현재하는 공동거주자의 평온상태를 해치는 행위태양으로 공동주거에 출입한 경우에도 그의 출입이 다른 공동거주자의 승낙에 의한 것이라는 이유로 주거침입죄의 성립을 부정하나, 이 또한 부당하다.

외부인이 주거 내에 현재하는 공동거주자의 출입금지를 폭력적인 방법으로 제압하고 공동주거에 출입하면 주거침입죄가 성립하고, 공동거주자 중 한 사람의 승낙을 받았다는 이유로 주거침입죄의 성립을 부정할 수 없다.

다수의견이 추상적으로 표현한 '공동거주자의 승낙에 따른 외부인의 출입행위'의 실상은 외부인이 공동거주자와 합세하여 폭력적인 방법으로 집에 있는 공동거주자의 출입금지를 제압하고 공동주거에 침입한 행위이다.

2) 공동거주자 사이에 공동주거 내에서 발생하는 법익충돌은 그들의 내부관계라고 할지라도 외부인이 공동주거에 침입하는 행위는 그것만으로 구성요건에 해당하고 독립적으로 처벌되어야 한다.

외부인의 공동주거 출입행위는 공동거주자 사이의 통상적인 공동주거 이용행위와 전

혀 관계가 없다. 외부인은 거주자가 출입을 금지한다는 사정을 인식하면서도 이를 제압하고 출입을 감행하였다. 이를 공동거주자 내부관계에서의 법익충돌로 평가할 근거가 없고, 오히려 다른 공동거주자의 승낙을 이유로 주거침입죄의 성립을 부정하는 것은 외부인의 출입을 금지하는 다른 공동거주자의 독자적인 법익주체성을 무시하는 결과에 이른다.

3) 나아가 다수의견이 외부인의 침입행위를 정당화하는 사유로 들고 있는 것들도 옳지 않다.

가) 형법 제319조 제1항이 정한 구성요건에 해당하는 행위를 한 사람에 대하여 그 법정형의 범위 내에서 처벌하는 것은 국가형벌권의 정당한 행사이다. 외부인의 공동주거 출입행위가 주거침입죄의 구성요건에 해당하면 그 법정형이 정한 범위 내에서 처벌하여야 한다. 다수의견은 입법자가 마련한 주거침입죄의 구성요건에 해당함에도 침해법익의 경중을 다시 가리거나, 사회적 해악을 구성요건으로 추가로 요구한다는 것이지만 근거는 제시하지 않고 있다. 나아가 외부인이 다른 공동거주자의 반대를 무릅쓰고 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양으로 공동주거에 출입한 행위는 그 자체로 이미 사회적으로 용인할 수 있는 범위를 넘어선 법익침해행위로서 사회에 끼치는 해악 또한 크다고 할 것이다.

나) 형법상 주거침입죄에 관한 법정 최고형이 3년의 징역형이고, 비친고죄로 규율된다는 점은 입법자의 입법형성권 범위 내의 것으로 이 사건 쟁점과 논리적 관련성을 찾기 어렵다.

나아가 주거침입죄에 관하여 스위스 형법(제186조), 일본 형법(제130조), 중국 형법(제245조)도 법정 최고형을 3년의 자유형 내지 징역형으로 정하여 우리 형법이 정한

법정 최고형과 동일할 뿐만 아니라 일부 다른 나라의 형법에서 정한 주거침입죄의 법정형과 우리 형법에서 정한 주거침입죄의 법정형을 형식적·산술적으로 비교하여 주거침입죄의 성립 범위를 제한하는 것도 적절하지 않다(외부인의 공동주거 침입행위가 공동거주자의 승낙에 따른 것이라는 사정은 필요한 경우 그 구체적 사정을 개별적으로 고려하여 양형에서 적절히 참작하면 충분하다).

2021. 10. 21. 시행을 앞두고 있는 「스토킹범죄의 처벌 등에 관한 법률」은 주거 등 일상적으로 생활하는 장소 또는 그 부근에서 '기다리거나 지켜보는 행위'를 한 경우, 즉 주거 등 '침입'에 이르지 않는 행위를 한 경우에도 그 법정 최고형을 3년의 징역형으로 정하고 있다(제18조 제1항, 제2조 제1항 나목).

다) 어떤 범죄를 친고죄로 규정할지 여부는 피해자의 의사나 감정 등을 고려한 입법정책상의 문제일 뿐더러 이 사건을 비롯하여 피해자의 고소나 신고에 의하여 수사가 개시되는 대부분의 주거침입 처벌 사례를 참작한다면 우리 형법이 주거침입죄를 친고죄로 규정하고 있지 않음을 이유로 외부인의 공동주거 침입행위를 정당화할 수 없다.

라) 공동거주자 상호간 공동주거에서 누리는 법익의 보호가치는 동등하므로 외부인의 공동주거 침입행위로 공동거주자의 주거의 평온이 침해된 경우에도 동등하게 보호되어야 한다. 다수의견과 반대의견의 대립은 공동거주자 사이의 법익이 충돌되는 상황에서 이익 형량의 기준을 달리하는 데서 비롯된다. 반대의견은 힘과 다수의 위세로부터 보호받아야 할 주거의 자유와 평온이라는 법익을 보다 우위에 두어야 한다는 입장이다. 다수의견은 이 경우 외부인을 처벌하면 그에 동조한 공동거주자의 법익을 무시하여 부당하다고 하나, 법익형량과 처벌의 당·부당의 판단은 구별되어야 한다.

마. 이 사건에 대한 판단

1) '정당한 이유' 관련 인정사실

다수의견은 '피해자 공소외 2가 피고인 1의 출입을 금지할 법률적인 근거 기타 정당한 이유가 없다'고 하였다.

가) 다수의견은 공소외 1이 2018. 4. 13. 이 사건 아파트 출입문의 비밀번호를 변경하고 출입문에 체인형 걸쇠도 부착하였으며, 피고인 1에게 출입문의 비밀번호도 알려주지 않았다는 점과 이 사건 범행 당시 피해자 공소외 2가 출입문을 열어주지 않았다는 점을 근거로 위와 같이 단정한 듯하다.

그러나 이 사건 범행 발생 약 한 달 전부터 전개된 일련의 과정 중에서 위의 단편적인 사정만을 들어 판단할 수 없고, 공소외 1이 비밀번호를 변경한 경위, 피해자 공소외 2가 범행 당시 위와 같은 언동을 하게 된 맥락까지 고려하여야 비로소 그 정당한 이유가 있는지를 판단할 수 있다.

나) 원심까지 이 부분이 쟁점이 되지 않았으므로, 부득이 공소외 1의 제1심법정 진출 등 원심이 배척하지 않은 증거들에 의하여 기록상 인정되는 사실관계까지 살펴 다수의견의 부당함을 지적하기로 한다.

(1) 피고인 1은 공소외 1과 신축 아파트 분양문제로 갈등을 빚다가 2018. 4. 9. 경 '너 혼자 살아라. 애는 아빠 없다고 해라'라고 말을 하고, 옷가지(겨울옷, 여름옷 포함)와 신발 등을 챙겨 이 사건 아파트에서 나갔다. 그리고 그 다음 날 이 사건 아파트로 들어와 본인 명의 통장 등을 가지고 다시 나갔다(피고인 1이 위 일자에 스스로 집을 나간 점은 원심에서도 인정된 사실관계이다).

(2) 피고인 1은 2018. 4. 13. 이 사건 아파트에 찾아와 공소외 1에게 별거를 하려고 하니 이 사건 아파트의 임대차보증금 중 일부를 돌려달라고 하면서 다투다가 들고 있

던 컵을 내리쳐 깨지게 하였다. 이에 공소외 1이 112에 신고를 하였고, 경찰이 이 사건 아파트에 찾아오는 상황까지 발생하였다. 당시 피해자 공소외 2도 그 현장에 있었다. 그 후 공소외 1은 출입문의 비밀번호를 변경하고 출입문에 걸쇠를 부착하였다.

(3) 피고인 1은 2018. 4. 9. 이 사건 아파트에서 나와 피고인 2, 피고인 3의 주거지에서 머물고 있었으므로 피고인 2, 피고인 3도 피고인 1의 별거 사실을 알고 있었다.

다) 이 사건 범행 당일의 상황에 관한 아래의 사정은 이미 원심이 인정한 바와 같다.

(1) 피고인들은 범행 당일 아무런 연락 없이 이 사건 아파트에 찾아가 초인종을 누른 다음 출입문이 열리지 않자 욕설을 하였다. 그간의 경과를 알고 있던 피해자 공소외 2는 출입문을 열어주지 않았고, 인터폰을 통하여 피고인들에게 공소외 1이 귀가하면 오라고 하였다. 그러자 피고인들은 출입문을 열라고 문을 두드리면서 소란을 피웠고, 피해자 공소외 2가 출입문을 조금 열고 걸쇠를 걸자 피고인 2가 출입문을 열라고 하면서 열린 문 틈 사이로 발을 집어넣어 문을 닫지 못하도록 하면서 문고리를 계속 흔들었고, 피고인 1은 열린 출입문 틈 사이로 손을 넣어 체인형 걸쇠를 여러 차례 내리쳤다. 이 사건 아파트 출입문에 부착된 걸쇠는 출입문을 닫아야 해제할 수 있는데 위 피고인들이 위와 같이 출입문을 닫을 수 없게 하여 걸쇠를 해제할 수도 없는 상황이 되었다. 그 과정에서 피고인 1, 피고인 2는 공동으로 위와 같은 행위를 하여 걸쇠가 출입문에서 떨어져 나가게 하였다.

(2) 피고인들은 걸쇠가 떨어져나가 출입문이 열리자마자 이 사건 아파트 안으로 들이닥쳤다(피고인 1은 그 과정에서 현관 출입문 앞에 있던 피해자 공소외 2를 밀쳐서 상해죄의 유죄판결을 받아 그 판결이 확정되었다). 당시 이 사건 아파트에 머물고 있던 공소외 1의 어머니는 피고인들이 갑자기 아파트 내로 들어오는 것에 당황하여 놀



라 넘어졌고 그 직후 바로 아이를 데리고 안방으로 들어가 문을 잠갔다. 이후 양측이 안방 문을 사이에 두고 서로 대치하기에 이르렀다.

라) 위와 같은 일련의 과정에 비추어 본다면, 이 사건 범행 당시 피해자 공소외 2가 한 '출입 금지'에 정당한 이유가 없다고 단정할 수 없고, 피고인들의 출입을 정당화하는 근거로 삼을 수도 없다.

마) 별개의견은 피해자 공소외 2의 진정한 의사가 피고인 1이 이 사건 아파트에서의 공동생활관계에서 이탈하였다거나 그에 대한 지배·관리를 상실하지 않았다면 피고인들이 이 사건 아파트에 들어오는 것을 금지하지 않았을 것이라고 한다.

이러한 별개의견 역시 기록에 의하여 인정되는 이 사건의 분쟁 경위와 내용, 공소외 1이 이 사건 아파트의 출입문 비밀번호를 변경하고 걸쇠를 설치하게 된 경위, 피해자 공소외 2가 피고인들의 출입을 금지한 구체적인 상황과는 동떨어진 의사해석이다.

## 2) 피고인 1에 대한 폭력행위처벌법위반(공동주거침입)죄의 성립 여부

가) 원심은 피고인 1이 이 사건 아파트의 공동거주자라는 점을 들어 위 피고인에 대한 폭력행위처벌법위반(공동주거침입) 부분을 무죄라고 판단하였다.

나) 앞서 본 바와 같이 피고인 1은 공소외 1과 싸우고 스스로 공동주거지에서 나와 별거를 시작하였고, 공소외 1이 위 피고인의 출입을 허용하는 동안 출입하여서는 통장 등을 가져가거나 공소외 1과 싸우고 다시 공동주거지에서 나왔다. 피고인 1은 공소외 1이 출입문 비밀번호를 변경하자 몇 차례 출입을 요청하다가 이 사건 범행에 이르렀다.

피고인 1은 피해자 공소외 2가 출입을 거절하였음에도 걸쇠를 손괴하는 등 폭력적인 방법을 사용하여 피해자 공소외 2를 제압하고 이 사건 아파트에 들어갔다.

다) 이와 같이 피고인 1이 스스로 집을 나가 별거가 개시된 경위, 피해자 측도 처음에는 위 피고인의 출입을 막지 않았다가 분쟁과 충돌이 이어지자 출입문의 잠금장치를 교체하고 위 피고인의 출입을 금지하게 된 경위 등을 종합하여 보면, 피고인 1의 이러한 이 사건 아파트 출입행위는 객관적·외형적으로 드러난 행위태양에 비추어 보더라도 피해자 공소외 2의 사실상의 평온상태를 명백히 해친 경우에 해당하고 공동거주자로서의 이용범위를 벗어난 것으로 허용되지 않는다. 피해자 공소외 2가 위 피고인의 출입을 제지한 데에 정당한 이유가 있고, 위 피고인에게 폭력행위처벌법위반(공동주거침입)죄의 성립을 인정할 수 있다.

피고인 1이 공동거주자의 지위에서 이탈하지 않았다는 점만으로 폭력행위처벌법위반(공동주거침입)죄의 성립을 부정할 수 없다.

라) 그런데도 원심은 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다. 이러한 원심판결에는 주거침입죄의 성립에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 검사의 상고이유 주장은 이유 있다.

### 3) 피고인 2, 피고인 3에 대한 폭력행위처벌법위반(공동주거침입)죄의 성립 여부

가) 피고인 2, 피고인 3이 피해자 공소외 2에 대하여 폭력적인 방법을 사용하여 이들의 출입을 거절한 위 피해자를 제압하고 이 사건 아파트에 출입한 행위는 객관적·외형적으로 드러난 행위태양에 비추어 보더라도 피해자 공소외 2의 사실상의 평온상태를 명백히 해친 경우에 해당하므로, 위 피고인들에 대하여 폭력행위처벌법위반(공동주거침입)죄가 성립한다. 위 피고인들의 출입이 공동거주자인 피고인 1의 승낙에 따른 것이라 하더라도 위 범죄의 성립에 영향이 없다.

나) 피고인 2, 피고인 3에 대한 폭력행위처벌법위반(공동주거침입) 부분을 유죄로 인

정한 제1심을 그대로 유지한 원심의 판단에는 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 주거침입죄의 성립에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

바. 소결론

위와 같은 이유로 피고인들에 대한 폭력행위처벌법위반(공동주거침입) 부분은 모두 유죄로 인정되어야 한다. 따라서 원심판결 중 피고인 1에 대한 폭력행위처벌법위반(공동주거침입) 부분은 파기되어야 한다. 한편 위 파기 부분과 원심이 피고인 1에 대하여 유죄로 인정한 나머지 범죄는 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 하나의 형이 선고되어야 하므로, 결국 원심판결 중 피고인 1에 대한 부분 전부를 파기하고 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하여야 하고, 피고인 2, 피고인 3의 상고는 각 기각하여야 한다.

이상과 같은 이유로 다수의견에 찬성할 수 없음을 밝힌다.

9. 다수의견에 대한 대법관 김선수, 대법관 천대엽의 보충의견

다수의견에서는 공동거주자가 상호 용인 하에 공동주거를 이용하는 보편적인 형태의 관점에서 이 사건 각 쟁점을 검토하였다. 그 결과 공동거주자 중 한 사람이 법률적인 근거나 정당한 이유 없이 일방적으로 다른 공동거주자가 출입문을 잠그는 등 공동생활의 장소에 출입하는 행위 자체를 실력으로 저지, 금지한 경우, 다른 공동거주자가 이에 대항하여 공동생활의 장소에 들어가기 위해 그 출입 봉쇄 조치를 해제하는 취지의 물리력을 행사하였더라도 이는 공동거주자가 공동주거에 출입하고 이를 이용하기 위한 방편에 불과한 것으로 평가할 수 있고, 그와 함께 이루어진 외부인의 출입도 이를 승낙한 공동거주자의 통상적인 공동생활 장소의 출입 및 이용행위의 일환이자 이에 수반되는

행위로 평가할 수 있는 경우라면 역시 주거침입죄가 성립하지 않는다고 판단하였다.

이하 이 사건 각 쟁점에 대한 다수의견의 취지를 보다 분명히 함과 아울러 그 논거를 보완하고, 반대의견의 지적에 대한 견해를 밝히기로 한다.

#### 가. 공동주거 내 공동생활관계의 의미와 한계

주거란 인간의 삶을 구성하는 물리적이고 객관적인 환경인 동시에 주관적이고 사회심리적인 환경을 의미한다. 주거의 의미와 역할에 관한 다양한 생각과 인식, 각 개인이 경험한 주거에 대한 문화적 차이는 각각의 주거관의 차이로 나타난다.

공동주거는 이를 이루는 공동거주자 상호간의 협력적인 주거의 한 형태를 일컫는 것으로, 그 자체로 완전한 하나의 공동체를 의미하는 것은 아니다. 공동주거는 각자의 사적인 주거공간을 갖추고 있을 수도, 공동거주자 전부를 위한 공동체적 주거공간만으로 이루어질 수도 있고, 이는 고정적인 것이 아니라 상호 합의나 관행, 상황 등을 토대로 변화 가능한 열린 공간으로서의 개념이기도 하다.

공동거주는 삶의 방식과 가치를 공유하는 사람들의 독립성과 공동체성이 조화를 이루는 주거문화의 한 형태로, 그 생활의 장인 공동주거를 구성하는 공동거주자 사이의 결합의 정도는 다양하고, 단독거주와 공동거주의 경계도 언제나 명확한 것은 아니다. 전통적인 공동주거형태인 가족공동체에서 갖는 공동주거 혹은 공동거주의 의미와, 도회에서의 현대적인 공동주거형태인 세어 하우스(share house)에서 갖는 의미가 다른 것이 그 단적인 예이다. 공동거주는 개인의 존엄성이 실현되는 주거의 근본가치를 유지하면서도 사적 공간으로서의 권리에 대한 제약을 감내하고 같은 주거공간 내에서 함께 하는 공동거주자로서 공존의 삶을 수용하는 주거문화이다. 공동주거 내에서 각자가 누리는 사적 삶의 영역이 어디까지인지는 상호 합의 및 거주의 형태와 관행, 그에 대

한 사회의 보편적 인식 등에 따라 결정된다. 이러한 공동거주는 단일한 주거공간 내에서 공유와 공존의 삶을 받아들이는 경우에 비로소 시작된다. 그럼에도 공동거주자 사이의 주거관의 차이, 사적인 영역과 공동의 영역 간의 경계에 대한 서로 다른 인식 등이 상시적인 긴장관계를 조성하게 된다.

가장 기본적인 주거공동체인 가정의 경우를 보더라도, 가령 자녀가 단독으로 사용하는 방에 부모가 임의로 출입하는 행위가 공동주거 내 사적 영역의 침범인지를 두고 가족 구성원들 사이에 갈등을 야기할 수도 있을 것이다. 그 경우 자녀가 일방적으로 자신의 온전한 사적 영역으로 선언하고 부모의 출입을 금지하였다고 하여 그 방에 부모가 출입한 것에 대한 법적 평가를 달리해야 할 것인지에 대해 쉽게 그렇다고 단정하기 어렵다. 특히 주거침입죄의 적용 문제에 있어서는 형사처벌의 보충성에 비추어 더욱 이를 긍정하기 어려울 것이다. 반면 욕실 등 특정 목적의 온전한 사적 이용에 대한 상호 용인과 합의가 전제되어 있는 공간임에도 비정상적인 방법으로 출입하여 이를 침해하는 행위의 경우에는 단순히 공동주거 내의 공간에 대한 공동거주자의 출입이라는 이유만으로 그 침입의 불법성을 쉽게 부정하기 어려울 것이다. 공용화된 전체 공동주거의 공간 내에 개인적인 공간이 혼재되어 있는 주거형태의 경우라면 사적인 공간과 공동의 공간의 경계를 둘러싼 갈등이 더욱 심화될 수 있다.

이처럼 공동주거 내에는 개인과 주거 공동체라는 다면적인 관계가 존재하는 까닭에 개인의 사적 영역과 공간을 온전히 배제할 수는 없겠지만, 공동의 공간으로 인정되는 영역은 폐쇄적 공간이 아닌 상호간에 열린 공동의 시간과 삶을 경험하고 소통하는 공간으로서 기능한다. 그 안에서 공동거주자 각자는 자기만의 독립적인 공간으로만 사용하는 삶의 계획은 지양해야 하고, 이를 감내할 의사가 없으면 공동주거관계를 해체하

거나 공동주거에서 이탈하여야 하고, 그와 같은 해체 내지 이탈의 상황에 이르면 더 이상 공동주거 내지 공동거주에 수반되는 권리와 의무를 주장할 수 없다.

공동주거 내 공동거주자의 공동체적 소통과 참여는 주거 공동체로서의 공간을 함께 사용하며 가치관을 공유하는 과정이다. 개인의 프라이버시와 공동의 삶을 균형 있게 유지하는 공간이 되기 위하여 개인이 점유하는 공간과 다른 사람과 공유하는 공간이 무엇인지 확인하고 양해해 가는 과정도 필요하다. 무엇보다 중요한 것은 공동거주자 상호간에 주거 공동체의 의미와 그 안에서의 사적인 영역과 삶의 한계를 이해, 용인하고 그 속에서 함께 살아가겠다는 인식과 태도, 상호 존중의 자세가 필요하다.

이 사건 각 쟁점에 대한 다수의견의 견해 및 결론은 위와 같이 공동주거 내에서 공동 생활관계가 가지는 의미와 한계에 대한 이해에 따른 것이다.

나. 공동거주자를 주거침입죄로 처벌할 수 있는지 여부

1) 형법 제319조 제1항 문언의 해석상 주거침입죄의 객체는 행위자 이외의 사람, 즉 타인이 거주하는 주거이고, 공동거주자 중 한 사람이 행위자인 경우에는 그가 공동생활의 관계에서 이탈하거나 주거에 대한 사실상의 지배·관리를 상실하는 등의 특별한 사정이 없는 한 다른 사람과 공동으로 거주하는 주거도 주거침입죄의 객체에 해당하지 않는다.

2) 공동주거는 공동거주자 중 한 사람에 대하여는 자기의 주거임과 동시에 다른 거주자에 대한 관계에서는 타인의 주거로서의 지위를 겸한다. 공동주거의 이러한 이중적인 성격 때문에 공동거주자 개개인은 각자 공동주거에서 사실상 주거의 평온이라는 법익을 누리는 한편, 공동거주자 상호간의 관계에서는 각자가 누리는 주거의 법익이 일정 부분 제약될 수밖에 없고, 공동거주자는 공동주거관계를 형성하면서 이러한 사정을 용인한

것으로 볼 수 있다. 공동거주자가 공동거주 기간 중 공동생활의 장소에 자유롭게 출입하는 것은 공동거주자로서 공동주거를 이용하는 통상적인 모습이자 공동거주자 각자가 용인하고 수인해야 하는 공동주거관계의 가장 기본에 속하는 부분이다. 따라서 특별한 사정이 없는 한 공동거주자 사이에서는 어느 한 사람이 다른 공동거주자의 출입을 금지할 수 없고, 이를 무시하고 자유롭게 출입하였다고 하여 주거침입죄가 성립하지 않는다.

3) 다만 공동거주자의 공동주거 출입이 다른 공동거주자와의 관계에서 주거침입죄에 해당하는 특별한 사정이 존재하는 예외적인 경우도 배제할 수는 없을 것이다. 다수의견도 이러한 예외적인 가능성마저 부정하는 취지가 아니다.

우선, 공동거주자가 공동거주의 경위와 형태, 경과, 현황 등 구체적인 사실관계 하에서 공동주거에서 이탈한 것으로 인정되면 위 특별한 사정이 존재하는 경우라고 볼 수 있을 것이다.

다음으로, 공동거주자 중 한 사람이 다른 공동거주자를 상대로 법원에 공동주거의 출입을 금지하는 가처분을 신청하여 법원으로부터 출입금지가처분 결정을 받은 경우, 공동거주자 중 한 사람이 가정폭력행위자에 해당하여 가정폭력처벌법에 따라 '피해자 또는 가정구성원의 주거 또는 점유하는 방실로부터의 퇴거 등 격리', '피해자 또는 가정구성원이나 그 주거·직장 등에서 100미터 이내의 접근 금지'의 임시조치 결정을 받은 경우(제29조 제1항 제1, 2호), 공동거주자 중 한 사람이 아동학대행위자에 해당하여 아동학대처벌법에 따른 주거로부터의 퇴거 등 격리 또는 주거 등에서 100미터 이내의 접근 금지의 임시조치 결정을 받은 경우(제19조 제1항 제1, 2호) 등과 같이 법률적인 근거에 따른 출입금지에 반하여 공동주거에 들어간 경우에는 주거침입죄가 성립한다고 볼 수 있을 것이다. 이는 주거에 대한 사실상의 지배·관리를 상실한 특별한 사정이 존재하는

경우라고 볼 수 있다.

4) 위와 같은 특별한 사정 내지 이에 준하는 경우가 아니라면, 공동거주자는 다른 공동거주자의 공동생활의 장소 출입을 금지할 수 없다. 이는 공동생활의 장소를 이용하기 위해 출입하는 다른 공동거주자를 정당한 이유 없이 공동주거에서 배제하는 것이어서 허용될 수 없기 때문이다. 이처럼 정당한 이유 없이 출입금지를 당한 공동거주자가 이에 대항하여 공동생활의 장소에 출입하여도 주거침입죄가 성립하지 않는다고 본다면, 그 출입에 앞서 다른 공동거주자가 출입문을 잠그는 등 실행행사를 통해 출입 자체를 봉쇄한 조치를 해제하는 취지의 물리력의 행사가 있었다 하더라도 그 행위 자체를 처벌할 수 있음은 별론으로 하더라도 공동생활의 장소로의 출입행위가 주거침입죄를 구성하지 않음은 마찬가지이다.

물론, 위와 같은 출입금지가처분 등 적법한 절차를 취하기 전이라 하더라도 공동거주자로부터 주거의 평온에 대한 보호가 필요한 이례적인 상황, 가령 공동주거가 공동거주자 일방의 심각한 가정폭력이나 아동학대 등으로부터 다른 공동거주자와 그의 보호를 받는 미성년자녀를 보호해주는 피신처로서 기능하고 있는 상황임에도 공동거주자 일방이 물리력을 행사하여 강제적으로 출입하는 등의 경우에는 구체적인 사실관계에 따라 침입행위로 인정될 수 있을 것이다. 공동거주자의 공동주거 내 출입의 자유가 인간 존엄성을 실현하는 도구로서의 주거공간을 전제로 하는 것이므로, 공동주거 혹은 그 내부의 특정 공간이 이러한 인간 존엄성의 실현을 위한 공동주거의 기능을 상실한 채 오로지 공동거주자 일방의 폭력과 그 피해자인 다른 공동거주자의 생명, 신체의 안전에 대한 심각한 위험이 임박하거나 도래한 상황 하에서 그 피신처로서의 역할을 수행하고 있는 경우라면, 그 실질에 있어서 다른 공동거주자의 주거의 평온에 대한 보호가 필요



한 특별한 사정이 존재한다고 볼 수도 있기 때문이다.

이 점에 있어서 반대의견의 지적과 달리 다수의견은 2020. 10. 20. 개정된 가정폭력 처벌법이 주거침입죄를 가정폭력범죄에 포함시킨 개정취지에 반한다고 볼 수 없다. 다수의견의 취지도 가정폭력의 예방과 피해자보호라고 하는 가정폭력처벌법의 개정취지를 존중하고 이에 부합하는 것이기 때문이다. 나아가 가정폭력처벌법은 가정폭력을 수반하는 특정 범죄의 형사처벌 절차에 관한 특례 등을 정한 것으로, 주거침입죄가 가정폭력 범죄에 포함되었다 하더라도 이는 가정구성원 사이의 신체적, 정신적 또는 재산상 피해를 수반하는 행위가 주거침입죄의 방법으로 이루어진 경우를 대상으로 하는 것일 뿐, 주거침입죄에 해당하지 않는 주거의 출입행위가 그 과정에서 가정구성원의 신체적, 정신적 또는 재산상 피해를 야기하였다 하여 그 출입행위를 주거침입죄로 의율, 처벌한다는 의미는 아니기 때문이다. 전통적인 공동주거형태인 가족공동체를 구성하는 공동거주자 내부관계에서 주거침입죄가 성립하는지는 앞서 본 법리를 토대로 구체적인 사실관계 하에서 사안의 실체를 가려 판단할 문제일 뿐이다. 그러한 실체에 대한 고려 없이 공동거주자가 공동주거에 출입하는 과정에서 물리력의 행사가 있었다는 이유만으로 일률적으로 주거침입죄로 의율하여 처벌할 수는 없다.

더구나 가정폭력처벌법의 적용 요건인 가정구성원은 배우자, 직계존비속, 동거 친족 등을 의미하는데, 이 사건의 경우 피고인 1의 출입을 금지한 피해자 공소외 2가 이에 해당한다고 보기 어려우므로 이를 반대의견의 논거로 삼는 것도 적절하지 않다.

5) 가) 다수의견은 이와 같이 공동거주자 일방의 출입을 금지할 법률적인 근거 기타 정당한 이유가 없는데도 공동거주자 중 한 사람이 다른 공동거주자의 출입 그 자체를 일방적인 실력의 행사로써 금지한 경우를 전제로 하여, 그러한 허용되지 않는 출입금지

에 대항하여 출입한 공동거주자에 대한 주거침입죄의 성립 여부를 논한 것이다. 공동거주자 일방의 출입을 금지할 법률적인 근거 기타 정당한 이유가 있는데도 불구하고 공동거주자 일방이 이를 무시하고 주거의 사실상 평온상태를 해치는 행위태양으로 출입한 경우까지 전면적으로 주거침입죄의 성립을 부정하는 취지는 아니다.

다수의견의 취지는, 공동거주자 사이의 분쟁과 관련하여 그중 한 사람에 대한 주거침입죄의 성립 여부를 판단할 때에는 균형 있고 신중한 접근이 필요하다는 것이다. 공동거주로부터 이탈의 인정, 법원의 출입금지가처분 결정 또는 접근 금지 등 임시조치 결정에 따른 공동주거에 대한 사실상의 지배·관리의 박탈 등 사실관계의 인정 내지 법적 절차에 따라 공동거주자 사이의 분쟁 및 그 공동주거형태의 난맥상을 바로 잡을 수 있는 상황임에도 그러한 절차 없이 공동거주자의 공동생활 장소 출입을 곧바로 범죄시하는 것은 온당하지 못하기 때문이다. 주거침입죄는 피해자가 처벌의사를 철회하더라도 처벌되는 범죄로서, 공동거주자 내 분쟁의 와중에 국가가 형벌법규를 적용하여 성급하게 개입하게 되면, 경우에 따라서는 자칫 공동주거를 형성하게 된 원인관계를 회복시킬 수 없는 지경에 이르게 할 수도 있다. 일상의 삶이 영위되는 기본적 장소인 공동주거는 공동거주자 누구를 막론하고 인간의 존엄성이 일상적으로 실현되는 장소임을 감안하면 그에 대한 권리 내지 지위를 박탈함에는 한층 신중을 기할 필요가 있기도 하다.

나) 이 사건에 관하여 다수의견은, 피고인 1이 이 사건 아파트에 대한 공동생활관계에서 이탈한 바 없고, 피고인 1에 대하여 출입금지가처분 결정 또는 접근 금지 등 임시조치 결정 등 법원의 결정이 내려진 사실도 없어 공동거주자인 공소외 1이나 그로부터 이 사건 아파트에 대한 출입관리의 위탁을 받은 피해자 공소외 2가 피고인 1의 출입을 금지할 수 있는 '특별한 사정'을 인정할 수 없음을 전제로, 피해자 공소외 2의 피

고인 1에 대한 일방적인 실행행사에 의한 출입금지는 허용될 수 없고, 피고인 1이 이에 대항하여 이 사건 아파트에 출입하기 위하여 이 사건 아파트의 출입문에 설치된 체인형 걸쇠를 손괴하는 등 물리력을 행사하여 이 사건 아파트에 출입하였다고 하더라도 이는 피고인 1이 공동주거인 이 사건 아파트에 출입하기 위한 방편에 불과하다고 보아 피고인 1에 대하여 주거침입죄가 성립하지 않는다고 판단한 것이다. 이 사건의 경우 공동거주자의 공동주거 출입행위라 하더라도 주거침입죄가 성립하는 이례적인 상황에 해당한다고 볼 수 없어 이를 전제로 하는 예외적인 법리를 적용할 사안이 아니라는 것이 다수의견의 취지이다.

다) 반대의견은 피해자 공소외 2나 공소외 1의 진술 등을 근거로 피해자 공소외 2가 피고인 1에 대하여 출입금지 조치를 하게 된 정당한 이유와 관련하여 새로이 사실인정을 한 다음, 이 사건 당시 피해자 공소외 2가 한 '출입금지'에 정당한 이유가 없다고 단정할 수 없다고 한다.

그러나 반대의견은 원심이 인정하지 않은 사실관계를 근거로 위와 같은 판단을 하였다는 점에서 문제가 있다. 다수의견은 원심이 인정한 사실을 전제로 출입 당시의 사정에 비추어 피해자 공소외 2가 피고인 1에 대하여 출입금지 조치를 할 법률적 근거 기타 정당한 이유가 없다고 본 것이다[한편 기록상, 피고인 1은 수사기관에서 2018. 4. 13. 집에서 쫓겨났다고 진술하였는데(증거기록 1권 50면), 그 상대방인 피해자 공소외 2나 공소외 1의 진술 등을 근거로 한 반대의견의 사실인정이 설득력이 있는지도 의문이라는 점을 덧붙인다].

6) 가) 반대의견은 공동거주자 일방이 그의 출입을 금지한 공동거주자의 평온상태를 해치는 행위태양으로 공동주거에 들어간 이상 이는 공동주거를 이용하는 보편적인 형태

가 될 수 없고, 통상적인 공동주거의 이용 한계를 벗어난 것이라고 한다.

그러나 거주자가 주거에 출입하면서 다소간의 물리력을 행사하였다고 하여 거주자 아닌 자가 주거에 침입하는 행위로 될 수 없는 것처럼, 공동거주자가 공동생활의 장소에 출입하면서 다른 공동거주자의 일방적인 실력행사에 의한 출입금지에 대항하여 이를 해제하는 취지의 물리력을 행사하였다는 이유만으로 그 출입행위의 성질이 침입행위로 바뀐다고 볼 수 없다. 공동주거에 출입하는 것은 공동주거관계에 따른 공동주거 이용의 가장 기본적인 전제가 되는 데다가, 그 행사한 물리력에 대해서는 이를 처벌하는 형벌 조항이 별도로 존재하기 때문이다.

나) 반대의견의 견해는 이 사건에서 공동거주자 일방의 출입 자체를 법률적인 근거나 정당한 이유 없이 일방적인 실력행사를 통해 금지한 다른 공동거주자의 선행 조치의 문제점을 애써 무시하거나 간과한 것이기도 하다. 공동거주자가 다른 공동거주자의 공동주거 출입을 실력으로 저지, 금지하는 행위는 그 자체로 다른 공동거주자의 주거의 평온을 침해하는 행위로 평가할 수 있고, 나아가 출입을 봉쇄당한 공동거주자가 마땅히 지낼 곳조차 없는 경우를 상정해보면, 그러한 일방적인 출입 봉쇄 조치가 정당하다는 전제에서 이를 제압하고 출입한 행위를 도리어 주거침입으로 평가하여 처벌하는 것은 사회통념에도 맞지 않는다.

이 사건의 경우 처가 공동주거에 거주하고 남편이 집을 나왔다가 들어가고자 하는 사안이지만, 그와 반대로 처가 일시 공동주거에서 나간 틈을 이용하여 남편이 출입문 잠금장치의 열쇠나 비밀번호를 변경하여 처로 하여금 들어오지 못하게 하여 처가 친정 부모와 함께 잠금장치를 파손 내지 해제하고 집안으로 들어간 경우를 상정하면, 반대의견에 따를 경우 이때에도 주거침입죄가 성립한다고 보아야 하는데, 이와 같은 결론은

누구도 선뜻 수긍할 수 없기 때문이다.

이러한 경우에도 주거침입죄가 성립한다고 보아 형사처벌하게 되면 공동주거에서 쫓겨난 약자인 공동거주자에게 가혹한 결론에 이를 수도 있다.

다) 반대의견은 다수의견이 주거의 평온을 보호법익으로 하여 이를 침해하는 행위를 처벌하는 주거침입죄에 있어서 '피해자가 출입을 금지한 행위가 법적 근거를 갖추었는지 여부'를 판단기준으로 삼는다면, '권리자라고 하더라도 권리실행으로써 자력구제의 수단으로 주거지나 건조물에 침입한 경우에는 주거침입죄나 건조물침입죄가 성립한다'는 확립된 대법원의 입장에 부합하지 않는다고 한다.

반대의견이 언급하는 대법원 판결은, 주거나 건조물에 대한 주거 혹은 점유에 관한 권리의 독점적 귀속을 둘러싸고 상호 대립하는 이해관계자들 사이의 분쟁 중 그 점유를 이미 상실한 당사자가 이를 되찾기 위한 권리실행으로써 자력구제의 수단을 이용하여 주거나 건조물에 출입한 경우에 관한 사안으로 이해되고, 이러한 일반적인 사안의 경우에는 위와 같은 대법원의 입장이 타당하다고 함에 별다른 이론이 없다.

그러나 이 사건과 같이 공동주거관계가 일방의 이탈 등에 의한 중단 내지 단절 없이 계속 유지되고 있어 공동거주자 각자의 공동주거 출입 등 이용의 자유와 평온이 보장된 가운데 공동거주자의 한 사람이 공동주거에 출입함에 있어 다른 공동거주자의 정당한 이유 없는 출입금지 조치에 대항하여 출입하는 행위가 주거침입죄에 해당하는지 여부는 앞서 본 권리자라고 자력구제가 금지된다고 보아 주거침입죄나 건조물침입죄의 성립을 인정한 경우와는 그 분쟁의 실질을 달리하여 위와 같은 대법원 판결의 법리가 그대로 적용될 수 없다. 공동주거관계로부터의 이탈이 인정되지 않는 사실관계 하의 공동주거 내에서는 개인의 존엄성이 실현되는 주거의 자유와 평온을 공동거주자 각자가 누릴 수

있는 한편, 주거의 공동 이용에 따른 공동거주자 각자의 권리행사에 제약이 수반되고 다른 공동거주자의 존재와 그 권리행사에 대한 상호 용인도 요구되기 때문이다.

거듭하여 말하지만 다수의견은 공동거주자가 공동주거를 이용하는 보편적인 모습에 비추어, 공동거주자가 거주자로서 주거의 보편적인 이용형태로 통상적인 출입방법에 따라 주거에 출입하려고 하는데, 다른 공동거주자가 법률적인 근거 기타 정당한 이유 없이 그의 출입을 일방적으로 금지하는 경우 그 주거에 들어가려고 하는 공동거주자를 주거침입죄로 처벌할 수 있는지에 대하여 말하는 것이다.

다. 공동거주자 중 한 사람의 승낙을 받은 외부인이 다른 공동거주자의 평온상태를 해치는 행위태양으로 공동주거에 들어간 경우 주거침입죄가 성립하는지 여부

1) 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. 공동주거의 경우에도 공동주거에 거주하는 공동거주자 개개인이 각자 외부로부터 주거의 평온이라는 보호법익을 누릴 수 있는 지위에 있다.

다른 한편, 공동주거의 경우 공동거주자 개개인이 가지는 주거의 평온이라는 법익이 상호 충돌될 수 있으므로 공동거주자 각자는 다른 공동거주자와의 관계로 인하여 공동주거에서 누리는 주거의 평온이라는 법익이 일정 부분 제약될 수밖에 없고, 공동거주자는 공동주거관계를 형성하면서 이러한 사정을 상호 용인하였다고 보아야 한다.

공동거주자 각자가 상호 용인한 통상적인 공동생활 장소의 출입 및 이용행위의 내용과 범위는 공동주거의 형태와 성질 및 공동주거를 형성하게 된 경위 등에 따라 개별적·구체적으로 살펴보아야 한다. 공동거주자 중 한 사람이 외부인을 초대하여 공동주거에 출입하도록 하는 것은 공동거주자가 공동주거를 이용하는 보편적인 모습의 하나이

다. 가령 한 가정에서 부부 중 일방이 그의 부모나 동료를 집에 초대하는 경우를 상정하면 일반인의 통상적인 생활관계에 비추어 이는 공동거주자로서 공동주거를 이용하는 보편적인 모습으로 볼 수 있다. 따라서 공동거주자 일방의 초대나 승낙에 따라 외부인이 공동주거에 출입하는 것은 특별한 사정이 없는 한 공동거주자가 공동생활 장소에 출입하고 이를 이용하는 행위의 일환이자 이에 수반되는 행위로 평가할 수 있다. 반면, 공동거주자로서의 통상적인 공동주거 이용에 수반되거나 포섭되는 행위라고 볼 수 없음에도 공동거주자 중 한 사람의 승낙이 있었다는 사정만으로 다른 공동거주자의 반대를 무릅쓰고 외부인이 공동주거에 출입하는 행위의 경우에는 달리 보아야만 할 것이다.

이처럼 공동거주자 중 한 사람의 승낙에 따라 외부인이 공동주거에 출입한 것이 이에 반대하는 다른 공동거주자와의 관계에서 주거침입죄가 성립하는지 여부는 일률적으로 평가하기 어렵다. 그 평가 기준으로 삼을 수 있는 것은 외부인의 출입을 승낙한 공동거주자의 관점에서는 그러한 외부인의 출입이 공동주거에 대한 그 공동거주자의 통상의 이용에 수반되는 행위로서 평가할 수 있는지 여부가 될 것이고, 다른 공동거주자의 관점에서는 이를 수인할 수 있는 범위 내에 있다고 평가할 수 있는지 여부가 될 것이다. 그 구체적인 판단은 해당 공동주거관계의 특성과 공동거주자 사이의 합의 내지 규율 기타 관련 사실관계를 종합하여 사안에 부합하는 합리적인 결론을 내리는 것으로 충분할 것이다.

2) 위와 같은 법리와 평가기준은 외부인이 공동거주자 중 한 사람의 승낙에 따라 그 공동거주자의 공동주거에 출입하는 과정에서 다른 공동거주자의 사실상의 평온상태를 해친 경우에도 마찬가지로 적용될 수 있다.

즉, 그와 같은 경우에도 이를 승낙한 공동거주자가 공동생활의 장소에 출입하고 이를

이용하는 행위의 일환이자 이에 수반되는 행위로 평가할 수 있는지, 다른 공동거주자가 해당 공동주거관계의 특성상 이를 수인하여야 하는 범위 내라고 평가할 수 있는지 여부 등을 살펴 주거침입죄의 성립 여부를 판단하여야 한다.

앞서 살펴본 것처럼 공동거주자가 공동생활의 장소에 출입하는 것임에도 이에 대한 다른 공동거주자의 일방적인 실력행사에 의한 출입 봉쇄 조치에 대항하여 공동주거에 출입하는 과정에서 다소간의 물리력을 행사하였다는 이유만으로 그 출입행위의 성질이 침입행위로 바뀐다고 볼 수 없고, 그 물리력 행사에 대해서는 이를 처벌하는 별도의 형벌 조항으로 규율함이 타당하다는 논리 및 형사처벌의 보충성은, 그 공동거주자의 통상적인 공동주거 이용으로서의 출입행위에 수반하여 이루어진 외부인에 대해서도 마찬가지로 적용되어야 하기 때문이다.

3) 반대의견은 이 사건과 같이 공동거주자 중 한 사람의 승낙을 받은 외부인이 공동주거에 출입하기 위하여 물리력을 행사하여 다른 공동거주자의 사실상 평온상태를 해친 경우에는 주거침입죄로 처벌하여야 한다고 한다.

먼저, 공동거주자의 공동주거 출입 및 그의 승낙 하에 그에 수반하여 이루어진 외부인의 공동주거 출입 과정에서 다른 공동거주자의 사실상의 평온을 해치는 행위태양이 있었다는 이유만으로 일률적으로 이를 주거침입죄로 처벌하는 것이 공동주거와 관련한 주거침입죄의 올바른 해석 및 적용이 될 수 없음은 앞서 살펴본 바와 같다.

나아가 공동거주자가 다른 공동거주자의 공동주거 출입 자체를 실력으로 저지, 금지하는 것은 그 자체가 선제적으로 다른 공동거주자의 주거의 평온을 침해하는 행위로 평가할 수 있고, 출입을 봉쇄당한 공동거주자가 마땅히 지낼 곳조차 없는 경우를 상정해보면, 그러한 일방적인 출입 봉쇄 조치가 정당하다는 전제에서 이를 해제하고 출입



하는 행위를 도리어 침입행위로 평가하는 것은 사회통념에도 맞지 않다는 점 역시 앞서 살펴본 바와 같다. 이 사건의 경우 공동거주자인 공소외 1 또는 그로부터 이 사건 아파트에 대한 출입관리의 위탁을 받은 피해자 공소외 2가 당시 공동주거관계에서 이탈한 상태가 아닌 다른 공동거주자인 피고인 1의 출입을 금지할 수 있는 특별한 사정이 존재하지 않음에도 피고인 1의 출입을 실력으로 저지, 금지한 까닭에 피고인 1이 이 사건 아파트에 출입하기 위하여 이 사건 아파트 출입문에 설치된 체인형 걸쇠를 손괴하는 등 물리력을 행사하게 된 것이다. 피고인 2, 피고인 3은 공소외 1의 시부모이자 피고인 1의 부모 지위에서 피고인 1의 행위에 가담하여 그에 수반하여 함께 출입하게 된 것으로, 이는 전체적으로 피고인 1이 공동주거인 이 사건 아파트에 출입하고 이용하는 행위의 일환이자 이에 수반되는 행위로서 이루어진 것으로 평가할 수 있다.

다수의견은 이와 같은 상황을 전제로, 공동주거관계에 따르는 상호간의 권리의 제약과 수인의무의 법리에 비추어 피고인 2, 피고인 3의 출입행위는 공동거주자인 피고인 1의 출입행위와 동일한 평가를 받을 수 있다고 본 것이다.

반대의견의 취지가 외부인의 공동주거 출입 과정에서 물리력이 행사된 경우는 일률적으로 주거침입죄가 성립하여야 한다는 것이건, 이 사건의 경우 그와 같이 보아야 한다는 것이건, 모두 온당한 법리 내지 결론이라고 다수의견이 보지 않는 이유이다.

4) 반대의견은 다수의견이 힘과 다수의 위세로부터 보호받아야 할 주거의 자유와 평온이라는 법익을 보호하는 데 미흡하다는 취지로도 주장한다.

그러나 이는 다수의견의 취지를 오해한 것이다. 반복하여 말하지만, 다수의견은 공동거주자 중 한 사람이 공동거주자로서 서로 용인한 범위 내에서 공동주거를 이용하는 행위로서 공동주거 중 공동생활의 장소에 출입하고, 외부인의 출입 역시 그에 수반하

여 그 공동거주자의 승낙을 받고 그와 함께 이루어지는 통상적인 공동주거의 이용에 관한 상황임을 전제로 하는 것이다. 이러한 경우에도 정당한 이유 없이 출입금지 조치를 한 공동거주자에 대한 관계에서 주거침입죄가 성립한다고 하면, 이는 공동거주자가 공동주거에서 누리는 일상적인 주거의 평온이라는 법익이 다른 공동거주자의 일방적인 실행행사에 의해 부정당하게 된다. 그것이야말로 일방의 힘과 위세에 의하여 주거의 자유와 평온의 법익을 침해하는 것이자 이를 용인하는 것이다.

5) 다수의견이 형법상 주거침입죄의 법정형과 주거침입죄를 비친고죄로 규정한 다른 나라의 경우와 비교한 것은, 형법상 주거침입죄의 형벌과 규율체계에 비추어 공동거주자 중 한 사람의 승낙에 따라 공동주거에 출입하는 행위가 이를 승낙한 공동거주자의 통상적인 공동생활 장소의 출입 및 이용행위의 일환이자 이에 수반되는 행위로 평가할 수 있는데도 그 외부인을 주거침입죄로 처벌하는 것은 과도한 국가형벌권의 행사라는 점을 지적하고자 한 것이다.

이 점과 관련하여 다수의견의 취지는, 국가 형벌권을 통한 사적인 영역에의 국가의 과도한 개입은 필연적으로 그에 따르는 민간 영역의 자율성과 민사적·가사적 법리와 제도의 발전을 막는 부작용을 초래할 수 있으므로 신중을 기할 필요가 있다는 것이다. 가정을 비롯한 사적 영역에서 국가에 의한 사회적 약자 보호의 필요성이 날로 증대하고 있지만 그 수단으로 형벌법규의 적용 및 형사처벌의 범위를 넓히는 방향으로 쉽게 주거침입죄를 적용하는 것이 주저되는 이유이기도 하다.

이상과 같이 다수의견에 대한 보충의견을 밝힌다.

## 10. 반대의견에 대한 대법관 민유숙의 보충의견

### 가. 반대보충의견의 요지

이번 전원합의체 판결이 향후 재판에 미칠 영향 및 관련 법령의 해석론을 전망하기로 한다.

나. '공동주거관계로부터의 이탈' 인정 요건의 변화

다수의견은 공동거주자에 대하여 주거침입죄의 성립을 부정하므로, 공동거주자의 지위에서 이탈하였는지 여부가 주거침입죄 성립의 중요한 판단기준이 될 것이다.

공동거주자가 그 지위에서 이탈하였는지를 인정할 확립된 기준은 없고, 구체적인 사건마다 인정되는 사실관계에 따라 개별적으로 판단되어야 한다. 아직까지 인정기준을 판시한 대법원 판례도 찾을 수 없다.

이혼으로 혼인공동체가 해소되어 부부 중 한 사람이 공동주거에서 벗어난 경우에는 공동거주자의 지위에서 이탈하였음이 명백하다. 그러나 공동주거관계를 형성하게 된 원인관계가 해소되거나 주거지에 대한 점유 권원을 상실하여야만 공동거주자의 지위에서 이탈하는 것은 아니다.

대법원은, 피고인이 가정불화로 집을 나와 5개월 정도 별거하면서 출입문 열쇠도 곁 혼중매인을 통하여 아내에게 교부하고 이후 열쇠의 반환을 요구하지 않았다면, 설령 피고인이 임차인으로 그 집에 피고인의 짐을 두고 있었다고 하더라도, 피고인은 공동거주자의 지위에서 이탈하였다고 보아 출입문의 자물쇠를 뜯어내고 집에 출입한 행위를 주거침입죄로 인정한 원심을 수긍하였다(대법원 1995. 9. 15. 선고 94도3336 판결 참조).

다수의견은 공동거주자에 대하여 주거침입죄가 성립하지 않는 근거를 '공동주거의 통상적인 이용형태'와 '공동거주자가 상호 용인하여야 하는 법익의 제약'에서 찾고 있으므로, 앞으로 공동주거관계에서 이탈되었는지의 판단 역시 여기에서 기준을 찾아야

할 것이다. 그리고 그 판단은 공동거주자가 별거에 이르게 된 경위와 기간, 집에 남아 있는 공동거주자가 상대방의 출입을 금지하는 조치(비밀번호 변경 등)를 취하게 된 경위와 그 이후 쌍방의 대처 등의 사정을 심리한 결과 인정되는 사실관계에 따라 구체적·개별적으로 이루어져야 할 것이다.

#### 다. 가정폭력처벌법과의 관계

반대의견에서 밝힌 바와 같이 2021. 1. 21. 시행된 개정 가정폭력처벌법에 따르면, 공동거주자인 가정구성원 사이에서 발생하는 형법상 주거침입죄(형법 제319조 제1항)와 퇴거불응죄(형법 제319조 제2항), 특수주거침입죄(형법 제320조), 위 각 범죄의 미수범(형법 제322조)도 위 법이 정한 '가정폭력범죄'에 해당한다(제2조 제3호 사목).

또한 가정폭력범죄의 신고를 받고 현장에 출동한 사법경찰관리는 폭력행위의 제지, 가정폭력행위자·피해자의 분리 조치는 물론 형사소송법 제212조에 따른 현행범인의 체포 등 범죄수사까지 하여야 하는 내용으로 개정되었다(제5조 제1호, 제1의2호).

다수의견에 따라 공동거주자에 대하여 주거침입죄의 성립을 부정하는 결론은 형법상 주거침입죄로 기소된 경우에 한정된 것으로 해석하여야 한다. 다수의견이 '법령상 다른 규정이 있는 경우'에는 그 법령에 따라야 한다는 점을 부정하는 것은 아니라고 보인다.

공동거주자가 폭력적인 수단으로 다른 공동거주자의 거부를 제압하고 공동의 주거지에 출입한 행위는 설령 다수의견에 따라 형법상 주거침입죄로 의율할 수는 없더라도, 개정 가정폭력처벌법이 정한 가정폭력범죄에 해당하고 가정폭력처벌법에 의하면 가정폭력 신고를 받은 수사기관은 현장에 출동하여 가정폭력행위자를 현행범체포하는 등 범죄수사를 할 권한과 책무를 갖게 되었다. 위와 같은 행위에 대하여 피해자 또는 가정구성원의 주거 등으로부터 퇴거 등 격리 또는 100미터 이내의 접근금지의 임시조치

결정(제29조 제1항 제1, 2호), 위와 같은 내용의 피해자보호명령(제55조의2 제1항 제1, 2호)과 임시보호명령(제55조의4 제1항), 피해자 또는 가정구성원에게 접근하는 행위를 제한하는 보호처분 결정(제40조 제1항 제1호)이 내려질 수 있다. 만약 공동거주자가 위 처분 등을 위반하여 주거지에 출입하면 같은 법 제63조의 보호처분 등 불이행죄에 해당하여 형사처벌 대상이 된다. 위와 같이 임시조치 등을 위반한 행위는 '공동주거에 출입을 금지한 법원의 조치'에도 불구하고 출입한 행위로서 다수의견에 따르더라도 별도로 형법상 주거침입죄도 성립할 것이다.

만약 다수의견이 '공동거주자가 폭력적인 수단으로 다른 공동거주자의 거부를 제압하고 공동의 주거지에 출입한 행위는 형법상 주거침입죄를 구성하지 않으므로 가정폭력처벌법이 정한 가정폭력범죄에도 해당하지 않는다'는 견해라면, 다수의견으로 인하여 가정폭력처벌법의 개정취지가 완전히 몰각된다. 가정구성원, 즉 공동거주자라고 할지라도 폭력적인 수단에 의한 주거침입행위에 대하여 피해를 입는 가정구성원을 보호하기 위하여 가정폭력처벌법이 개정되어 형법 제2편 제36장 주거침입의 죄를 명시적으로 포함시켰음에도 해석으로 이를 가정폭력범죄에서 제외하는 결과가 되기 때문이다.

이상과 같은 이유로 반대의견에 대한 보충의견을 밝힌다.

재판장            대법원장            김명수

                  대법관            이기택

대법관 김재형

대법관 조재연

대법관 박정화

대법관 안철상

주 심 대법관 민유숙

대법관 김선수

대법관 이동원

대법관 노정희

대법관 노태악

대법관 이흥구

대법관 천대엽