

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2022도3801 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(주거침입강제
추행), 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메
라등이용촬영·반포등), 성폭력범죄의처벌등에관한
특례법위반(카메라등이용촬영물소지등), 공연음란

피 고 인 피고인

상 고 인 피고인

변 호 인 법무법인 산들
담당변호사 김창일

원 심 판 결 서울고등법원 2022. 3. 10. 선고 2021노2006 판결 및 2021초기
438 위헌법률심판제청

판 결 선 고 2022. 8. 25.

주 문

원심판결 중 피고사건 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.

이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 경과한 후 제출된 서면은 상고이유를 보충하는 범

위에서)를 판단한다.

1. 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」(이하 '성폭력처벌법'이라 한다)위반(주거침입강제추행) 부분에 관한 판단

가. 관련 법리

1) 성폭력처벌법위반(주거침입강제추행)죄는 형법 제319조 제1항의 주거침입죄 내지 건조물침입죄와 형법 제298조의 강제추행죄의 결합범이므로(대법원 2012. 3. 15. 선고 2012도914 판결 등 참조) 위 죄가 성립하려면 형법 제319조가 정한 주거침입죄 내지 건조물침입죄에 해당하여야 한다.

주거침입죄는 사실상 주거의 평온을 보호법익으로 한다. 주거침입죄의 구성요건적 행위인 침입은 주거침입죄의 보호법익과의 관계에서 해석하여야 하므로, 침입이란 주거의 사실상 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거에 들어가는 것을 의미하고, 침입에 해당하는지는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양을 기준으로 판단함이 원칙이다. 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거에 들어가는 것이라면 대체로 거주자의 의사에 반하겠지만, 단순히 주거에 들어가는 행위 자체가 거주자의 의사에 반한다는 주관적 사정만으로는 바로 침입에 해당한다고 볼 수 없다(대법원 2021. 9. 9. 선고 2020도12630 전원합의체 판결, 대법원 2022. 3. 24. 선고 2017도18272 전원합의체 판결 등 참조). 거주자의 의사에 반하는지는 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양 인지를 평가할 때 고려할 요소 중 하나이지만 주된 평가 요소가 될 수는 없다. 따라서 침입행위에 해당하는지는 거주자의 의사에 반하는지가 아니라 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양인지에 따라 판단하여야 한다(위 대법원 2017도18272 전원합의체 판결 등 참조).

2) 다가구용 단독주택이나 다세대주택·연립주택·아파트와 같은 공동주택 내부의 엘리베이터, 공용 계단, 복도 등 공용 부분도 그 거주자들의 사실상 주거의 평온을 보호할 필요성이 있으므로 주거침입죄의 객체인 '사람의 주거'에 해당한다(대법원 2009. 9. 10. 선고 2009도4335 판결 등 참조).

거주자가 아닌 외부인이 공동주택의 공용 부분에 출입한 것이 공동주택 거주자들에게 대한 주거침입에 해당하는지 여부를 판단할 때에도 공용 부분이 일반 공중에 출입이 허용된 공간이 아니고 주거로 사용되는 각 가구 또는 세대의 전용 부분에 필수적으로 부속하는 부분으로서 거주자들 또는 관리자에 의하여 외부인의 출입에 대한 통제·관리가 예정되어 있어 거주자들의 사실상 주거의 평온을 보호할 필요성이 있는 부분인지, 공동주택의 거주자들이나 관리자가 평소 외부인이 그곳에 출입하는 것을 통제·관리하였는지 등의 사정과 외부인의 출입 목적 및 경위, 출입의 태양과 출입한 시간 등을 종합적으로 고려하여 '주거의 사실상 평온상태가 침해되었는지'의 관점에서 객관적·외형적으로 판단하여야 한다. 따라서 아파트 등 공동주택의 공동현관에 출입하는 경우에도, 그것이 주거로 사용하는 각 세대의 전용 부분에 필수적으로 부속하는 부분으로 거주자와 관리자에게만 부여된 비밀번호를 출입문에 입력하여야만 출입할 수 있거나, 외부인의 출입을 통제·관리하기 위한 취지의 표시나 경비원이 존재하는 등 외형적으로 외부인의 무단출입을 통제·관리하고 있는 사정이 존재하고, 외부인이 이를 인식하고서도 그 출입에 관한 거주자나 관리자의 승낙이 없음은 물론, 거주자와의 관계 기타 출입의 필요 등에 비추어 보더라도 정당한 이유 없이 비밀번호를 임의로 입력하거나 조작하는 등의 방법으로 거주자나 관리자 모르게 공동현관에 출입한 경우와 같이, 출입 목적 및 경위, 출입의 태양과 출입한 시간 등을 종합적으로 고려할 때 공동주

택 거주자의 사실상 주거의 평온상태를 해치는 행위태양으로 볼 수 있는 경우라면 공동주택 거주자들에 대한 주거침입에 해당할 것이다(대법원 2022. 1. 27. 선고 2021도 15507 판결 등 참조).

3) 일반인의 출입이 허용된 상가 등 영업장소에 영업주의 승낙을 받아 통상적인 출입방법으로 들어갔다면 특별한 사정이 없는 한 건조물침입죄에서 규정하는 침입행위에 해당하지 않는다. 설령 행위자가 범죄 등을 목적으로 영업장소에 출입하였거나 영업주가 행위자의 실제 출입 목적을 알았더라면 출입을 승낙하지 않았을 것이라는 사정이 인정되더라도 그러한 사정만으로는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양에 비추어 사실상의 평온상태를 해치는 방법으로 영업장소에 들어갔다고 평가할 수 없으므로 침입행위에 해당하지 않는다(위 대법원 2017도18272 전원합의체 판결 등 참조).

나. 이 부분 공소사실의 요지

1) 피고인은 2021. 4. 5. 19:20경 피해자 공소외 1(여, 가명, 17세)를 추행하기로 마음먹고 피해자를 뒤따라가 피해자의 주거지인 ○○아파트 ○○동에 들어간 다음, 위 아파트 1층 계단을 오르는 피해자의 뒤에서 갑자기 피해자의 교복 치마 안으로 손을 넣어 피해자의 음부와 허벅지를 만졌다.

2) 피고인은 2021. 4. 5. 22:20경 피해자 공소외 2(여, 가명, 16세)을 추행하기로 마음먹고, 피해자를 뒤따라 □□프라자 상가 1층에 들어가, 그곳에서 엘리베이터를 기다리는 피해자의 뒤에서 갑자기 피해자의 교복 치마 안으로 손을 넣어 피해자의 음부를 만졌다.

3) 피고인은 2021. 4. 6. 00:00경 △△아파트 △△동 인근에서, 피해자 공소외 3(여, 가명, 17세)을 발견하고 피해자를 추행하기로 마음먹고, 피해자를 뒤따라 위 아파트 1

층 현관으로 들어간 뒤, 그곳에서 엘리베이터를 기다리던 피해자의 뒤에서 갑자기 피해자의 교복 치마 안으로 손을 넣어 피해자의 음부를 만졌다.

다. 원심의 판단

원심은, 일반인의 출입이 허용된 건조물이라고 하더라도 관리자의 명시적 또는 추정적 의사에 반하여 그곳에 들어간 것이라면 건조물침입죄가 성립하는 것이므로, 일반인의 출입이 허용된 건조물에 강제추행 등 범죄의 목적으로 들어간 경우에는 건조물침입죄가 성립된다(대법원 2007. 3. 15. 선고 2006도7079 판결 등 참조)는 전제에서 판시와 같은 이유로 피고인이 주거 내지 건조물에 침입하여 피해자들을 강제로 추행한 사실이 인정된다고 보아 이 부분 공소사실을 모두 유죄로 판단하였다.

라. 대법원의 판단

1) 피해자 공소외 1, 공소외 3에 대한 범행 부분에 관하여

원심판결 이유와 적법하게 채택한 증거에 따라 알 수 있는 아래의 사정을 앞서 본 관련 법리에 비추어 살펴보면, 피고인이 위 피해자들을 포함한 이 사건 각 아파트에 대한 거주자들이나 관리자의 사실상 평온상태를 해치는 행위태양으로 이 사건 각 아파트의 공동현관 내 계단 또는 엘리베이터 앞 부분까지 침입하여 위 피해자들을 각 강제로 추행하였다고 인정된다. 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 성폭력처벌법위반(주거침입강제추행)죄의 법리를 오해하거나 위헌인 법조항을 적용한 잘못이 없다.

가) 피고인이 위 피해자들을 뒤따라 들어간 이 사건 각 아파트의 공동현관 내 계단 또는 엘리베이터 앞 부분은 거주자가 아닌 외부인의 자유로운 출입이 허용되는 공간이 아니고 각 세대의 전용 부분에 필수적으로 부속하는 부분으로서 거주자들의 사실상 평

온을 보호할 필요성이 있는 장소에 해당한다.

나) 이 사건 각 아파트의 공동현관에는 CCTV가 설치되어 있었는데, 이는 외부인의 출입을 통제·감시하기 위한 것으로 보인다.

다) 피고인은 위 피해자들을 각 추행할 목적으로 늦은 밤 시간에 위 피해자들을 뒤 쫓아 이 사건 각 아파트의 공동현관에 출입하여 그곳에 있는 계단이나 엘리베이터 앞 부분까지 들어갔는데, 이 사건 각 아파트의 주거로서의 용도·성질과 평소 외부인에 대한 출입의 통제·관리 방식과 상태 등에 비추어 피고인은 이 사건 각 아파트의 거주자이거나 관리자 모르게 이 사건 각 아파트의 공동현관에 들어간다는 의도가 있었던 것으로 볼 수 있다. 나아가 피고인과 위 피해자들의 관계, 피고인의 출입 목적 등에 비추어 피고인이 이 사건 각 아파트의 공동현관 내 계단이나 엘리베이터 앞 부분 계단까지 출입하는 것에 대하여 위 피해자들을 포함한 이 사건 각 아파트의 거주자이거나 관리자의 추정적 승낙이 있었을 것으로 보이지도 않는다.

2) 피해자 공소외 2에 대한 범행 부분에 관하여

이 부분에 대한 원심의 판단은 받아들일 수 없다. 그 이유는 다음과 같다.

가) 원심이 적법하게 채택한 증거에 따르면, 피고인은 야간에 일반인의 출입이 허용되는 이 사건 상가 건물 1층의 열려져 있는 출입문을 통하여 통상적인 출입방법으로 들어간 사실을 알 수 있고, 피고인의 출입 당시 모습 등에 비추어 이 사건 상가 건물에 대한 관리자의 사실상 평온상태가 침해되었다고 볼 만한 사정이 보이지 않는다. 이 사건 상가 건물 1층에 CCTV가 설치되어 있으나 이 사건 상가 건물의 용도와 성질 등에 비추어 상가 건물의 일반적인 관리를 위한 것이라고 보이고 외부인의 출입을 통제·감시하기 위한 것이라고 단정하기는 어렵다.

나) 이러한 사실을 앞서 본 관련 법리에 비추어 살펴보면, 피고인이 야간에 위 피해자를 뒤따라 들어가 이 사건 상가 건물 1층에 출입하였다고 하더라도 건조물 침입행위가 있었다고 단정하기 어렵다. 범죄 등을 목적으로 한 출입이라는 사정이 인정되는 경우에도 그 출입행위가 주거 등 침입죄에서 규정하는 침입행위에 해당하려면, 출입하려는 주거 등의 형태와 용도·성질, 외부인에 대한 출입의 통제·관리 방식과 상태, 행위자의 출입 경위와 방법 등을 종합적으로 고려하여 행위자의 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양에 비추어 주거 등의 사실상의 평온상태가 침해되었다고 평가되어야 하고, 이때 거주자의 의사도 고려되지만 주거 등의 형태와 용도·성질, 외부인에 대한 출입의 통제·관리 방식과 상태 등 출입 당시 상황에 따라 그 정도는 달리 평가될 수 있는데(위 대법원 2017도18272 전원합의체 판결 등 참조), 앞서 본 이 사건 상가 건물의 용도와 성질, 출입문 상태 및 피해자와 피고인의 출입 당시 모습 등 여러 사정을 종합하여 보더라도 그것이 범죄 등을 목적으로 한 출입으로서 침입에 해당한다는 점에 대한 증거가 충분하다고 볼 수 없기 때문이다. 그럼에도 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결에는 성폭력처벌법위반(주거침입강제추행)죄의 성립에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 않은 잘못이 있다. 이를 지적하는 취지의 이 부분 상고이유는 이유 있다.

마. 나머지 주장에 대한 판단

피고인이 추행을 목적으로 피해자들을 따라간 것이 아니고, 공소사실 기재와 같이 피해자들의 음부를 만져 추행한 사실이 없다는 취지의 주장은 피고인이 항소이유로 삼거나 원심이 직권으로 심판대상으로 삼은 바 없는 것을 상고심에 이르러 비로소 주장하는 것으로 적법한 상고이유가 아니다.

2. 파기의 범위

원심판결의 피고사건 부분 중 피해자 공소외 2에 대한 성폭력처벌법위반(주거침입강제추행) 부분은 파기되어야 하는데, 이 부분 공소사실과 유죄로 인정된 나머지 공소사실은 경합범 관계에 있다는 이유로 하나의 형이 선고되었으므로, 결국 원심판결 중 피고사건 부분은 전부 파기되어야 한다.

3. 결론

그러므로 원심판결 중 피고사건 부분을 파기하고, 이 부분사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 이동원 _____

주 심 대법관 조재연 _____

 대법관 민유숙 _____

 대법관 천대엽 _____