

## 공중화장실 용변칸 침입과 주거침입죄의 성립 여부\* \*\*

- 대법원 2003.5.30, 2003도1256 -

이 정 원

영남대학교 법학전문대학원 교수

### < 목 차 >

- I. 서론
- II. 용변칸에 들어가게 된 사실관계에 대한 원심과 대법원의 판단 및 차이
- III. 원심이 인정한 사실관계에서 부작위에 의한 주거침입죄의 성립가능성 여부
- IV. 주거권자의 의사와 주거침입죄의 성립가능성 여부
- V. 주거침입죄의 객체와 공중화장실의 여자화장실 내지 용변칸
- VI. 결론

### 【판시사항】

[1] 주거침입죄에 있어서 거주자의 반대의사가 추정될 수 있는지 여부(적극)

[2] 피고인이 피해자가 사용 중인 공중화장실의 용변칸에 노크하여 남편으로 오인한 피해자가 용변칸 문을 열자 강간할 의도로 용변칸에 들어간 것이라면 피해자가 명시적 또는 묵시적으로 이를 승낙하였다고 볼 수 없어 주거침입죄에 해당한다고 한 사례

\* 심사위원 : 양종모, 한인달, 김혜정

투고일자 : 2009. 1. 22, 심사일자 : 2009. 3. 15, 게재확정일자 : 2009. 3. 20.

\*\* 본고는 2009년 4월 영남대학교 법학연구소 정례판례연구발표회에서 발표한 논문임.

## 【판결요지】

[1] 타인의 주거에 거주자의 의사에 반하여 들어가는 경우는 주거침입죄가 성립하며 이 때 거주자의 의사라 함은 명시적인 경우뿐만 아니라 묵시적인 경우도 포함되고 주변사정에 따라서는 거주자의 반대의사가 추정될 수도 있다.

[2] 피고인이 피해자가 사용 중인 공중화장실의 용변칸에 노크하여 남편으로 오인한 피해자가 용변칸 문을 열자 강간할 의도로 용변칸에 들어간 것이라면 피해자가 명시적 또는 묵시적으로 이를 승낙하였다고 볼 수 없어 주거침입죄에 해당한다고 한 사례.

## 【사실관계】

피고인은 2002.8.18. 01:55경 안양시 소재 에향공원에서 그 곳 여자화장실에 들어간 피해자(여, 44세)를 발견하고 순간적으로 욕정을 일으켜 그녀를 강간하기로 마음먹고 피해자가 있던 여자화장실 내 용변칸으로 침입하여 피해자에게 “조용히 해, 가만히 있어.” 라고 말하며 한손으로 피해자의 입을 막고, 다른 손으로는 그녀의 몸통 부분을 붙잡아 그녀의 반항을 억압한 후 그녀를 간음하려 하였으나, 그 곳 남자화장실에 있던 피해자의 남편 공소외인이 달려오자 뜻을 이루지 못하고 미수에 그친 채, 피해자에게 약 2주간의 치료를 요하는 좌측관절 부좌상 등을 입게 하였다.

## I. 서론

대상판결의 사안에서 피고인은 성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률 위반죄(강간 등 치상)와 야간감금의 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반죄 및 야간상해의 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반죄로 기소되었는데, 이에 관하여 원심과 대법원은 완전히 다른 입장을 보이고 있다. 원심은 야간감금과 야간상해의 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반죄를 모두 유죄로 인정하여 각 죄가 형법 제37조 전단의 경합범에 해당한다고 하여 1개의 형을 선고하였고, 성폭

력범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률 위반죄(강간 등 치상)에 대하여는 이에 포함된 주거침입 및 강간치상의 점에 대하여는 각 무죄를, 나머지 강간 미수의 점에 대해서는 공소기각을 각 선고하였다. 이에 반하여 대법원은 피고인의 행위가 성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률 위반죄(주거침입 강간 등 치상)에 해당한다는 취지에서 원심판결을 파기하고, 사건을 원심법원으로 환송하였다.

대상판결의 사안에서 원심과 대법원의 상반된 입장은 본질적으로 동일한 사실관계에 대한 법률적 판단을 달리하는 것이 아니라 동일한 사안에 대한 사실 판단을 달리한다는 점에 있다. 특히 피고인이 피해자의 용변칸에 들어가게 된 사실에 대한 주거침입의 부분과 피해자의 왼쪽 발목 관절부의 좌상에 대한 평가에서 상반된 입장을 보이고 있다.<sup>1)</sup> 다만 본고에서는 피해자의 왼쪽 발목 관절부의 좌상에 대한 평가부분을 제외하고, 피고인이 피해자의 용변칸에 들어가게 된 사실에 대한 주거침입의 부분에 대해서만 검토하기로 한다. 여기서는 부작위에 의한 주거침입죄의 성립 여부, 피해자의 의사와 주거침입죄의 성립 여부 및 공중화장실의 용변칸과 주거침입죄에서의 행위객체 등의 문제점을 차례로 검토한다.

## II. 용변칸에 들어가게 된 사실관계에 대한 원심과 대법원의 판단 및 차이

### 1. 원심이 인정한 사실관계와 이에 대한 판단

원심은 피고인이 피해자의 용변칸에 들어가게 된 사실관계를 다음과 같이 인정하였다. 즉 피고인은 당시 여자친구와 만나서 자신의 주량을 넘는 많은 양의 음주를 하였고, 이후 만취상태에서 여자친구를 바래다 준 후 용변을 보기 위하여 길가에 있던 이 사건 여성용화장실에 잘못 들어가게 되었으며, 화장실 안에

1) 이 부분들은 어느 하나라도 피고인이 고소를 취소하여 원심에서 공소기각이 선고된 강간 미수죄의 부분과 연결되면 성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률 제5조 제1항(주거침입강간) 또는 제9조 제1항(동법 제5조 제1항에 의한 치상)에 의하여 비친고죄로 된다.

들어간 피고인은 피해자가 들어 있던 용변칸 앞으로 다가가 노크를 하였고, 이를 자신의 남편으로 오인한 피해자가 용변칸의 문을 열어주게 되었으며, 당시 용변칸 안에는 피해자가 용변을 보기 위하여 하의를 내린 채 좌변기에 앉아 있었는데, 피고인은 무심코 몸이 쏠리며 자연스럽게 용변칸 안으로 들어가게 되었다는 것이다.

이러한 사실관계에 대하여 원심은 “피고인이 애초부터 피해자의 반대를 무릅쓰고 주거에 들어갔다거나 또는 주거에 들어갈 당초부터 내심으로 피고인을 강간하려는 등의 목적이 있었다는 등, 피고인이 위 주거에 들어가는 행위가 피해자의 묵시적, 명시적 의사에 반함을 객관적으로 인정할 만한 사정이 엿보이지 아니하고, 오히려 피해자가 용변칸의 문을 열어주어 만취된 상태에서 자신도 모르게 용변칸 안으로 몸이 쏠리며 그 안으로 들어가게 된 것으로 이러한 경우에는 피고인은 비록 피해자의 착오에 기인한 것이긴 하나 피해자의 승낙하에 주거에 들어갔다고 봄이 상당하여 퇴거불응죄는 별론으로 하고, 주거침입죄로 의율할 수는 없다”고 판단하였다.

## 2. 대법원이 인정한 사실관계와 이에 대한 판단

대법원은 피고인이 피해자의 용변칸에 들어가게 된 사실관계를 다음과 같이 인정하였다. 즉 피해자는 이 사건 공중화장실의 용변칸에서 하의를 내리고 좌변기에 앉아 있던 중, 노크소리가 나서 남편인 줄 알고 ‘아빠야’라고 하면서 밖이 보일 정도로 용변칸의 문을 열었는데, 피고인이 문을 열고 들어와 문을 잠그면서 앞을 가로막았고, 이에 피해자가 놀라서 소리치면서 하의를 입고 밖으로 나가려고 일어서려고 하자 피고인은 얼굴색 하나 변하지 않고, 손으로 피해자의 입을 막고 피해자가 반항하지 못하도록 피해자의 손이나 몸을 붙잡고, 이어서 피해자를 벽에 밀어붙여 움직이지 못하게 한 후 손으로 피해자의 가슴을 만졌으며, 피고인이 용변칸으로 들어올 때 비틀거리지도 않았고 걸음으로 보기에 멀쩡하였다고 진술하고 있고, 또한 당시 이 사건 화장실은 조명시설로 인하여 환하였고, 용변칸 문은 오른쪽이 고정되어 있고 밖으로 열리며, 문을 열면 바로 앞에 좌변기가 옆으로 놓여 있어 좌변기에 사람이 앉아 있는 경우 바로 사람을 볼 수 있는 구조로 되어 있음을 알 수 있는바, 사정이 이러하다면, 피고인은 용변칸 문이 열리는 순간 무심코 몸이 쏠리며 자신도 모르게 용변칸 안으로 들어

가게 된 것이 아니라, 용변칸 문이 열려 피해자가 하의를 벗고 좌변기에 앉아 있는 것을 발견하고서도 용변칸 안으로 들어간 것이라고 보는 것이 사리에 부합한다는 것이다.

한편 대법원은 “타인의 주거에 거주자의 의사에 반하여 들어가는 경우는 주거침입죄가 성립하며 이 때 거주자의 의사라 함은 명시적인 경우뿐만 아니라 묵시적인 경우도 포함되고 주변사정에 따라서는 거주자의 반대의사가 추정될 수도 있는 것인데,<sup>2)</sup> 앞서 본 바에 의하면, 피해자는 피고인의 노크 소리를 듣고 피해자의 남편으로 오인하고 용변칸 문을 연 것이고, 피고인은 피해자를 강간할 의도로 용변칸에 들어간 것으로 봄이 상당한바, 그렇다면 피고인이 용변칸으로 들어오는 것을 피해자가 명시적 또는 묵시적으로 승낙하였다고는 볼 수 없다”고 판단함으로써 피고인의 행위를 주거침입으로 인정하였다.

### 3. 원심과 대법원의 사실인정의 차이 및 이에 대한 법률적 판단의 차이

대상판결의 사실판단에서 대법원과 원심은 “피해자가 공중화장실의 용변칸에서 하의를 내리고 좌변기에 앉아 있던 중, 노크소리가 나서 남편인 줄 알고 ‘아빠야’라고 하면서 밖이 보일 정도로 용변칸의 문을 열었다”는 점을 인정하고 있다. 다만 원심은 ‘피해자가 용변칸의 문을 열자 만취된 상태의 피고인이 자신도 모르게 용변칸 안으로 몸이 쏠리며 그 안으로 들어가게 된 것’으로 인정한 반면에, 대법원은 ‘피고인이 피해자를 강간할 의도로 용변칸에 들어간 것’으로 인정하였다.

이에 대하여 “피고인은 비록 피해자의 착오에 기인한 것이긴 하나 피해자의 승낙하에 주거에 들어갔다”는 것이 원심의 법률판단인 반면에, 대법원은 “거주자의 의사라 함은 명시적인 경우뿐만 아니라 묵시적인 경우도 포함되고 주변사정에 따라서는 거주자의 반대의사가 추정될 수도 있으므로, 피고인이 용변칸으로 들어오는 것을 피해자가 명시적 또는 묵시적으로 승낙하였다고는 볼 수 없다”고 판단하였다.

2) 대법원 2003.5.30. 2003도1256; 대법원 1993.3.23. 92도455; 대법원 1993.3.23. 92도455.

### III. 원심이 인정한 사실관계에서 부작위에 의한 주거침입죄의 성립가능성 여부

원심이 인정한 사실관계와 이에 대한 판단에서는 “피해자의 착오에 기인한 것이긴 하나 피해자의 승낙하에 주거에 들어갔다”는 것이며, 따라서 침입이 아니라는 것이다. 그러나 원심이 인정한 사실관계에 의해서도 ‘피해자가 용변칸의 문을 열어주어 만취된 상태에서 자신도 모르게 용변칸 안으로 몸이 쏠리며 그 안으로 들어가게 된 것’이라면, 피고인은 용변칸으로 들어간 후 ‘자신이 피해자의 용변칸에 들어가게 된 것이 피해자의 의사와 일치하지 않음’을 즉시 알아차렸을 것이다. 그렇다면 ‘자신이 피해자의 용변칸에 들어가게 된 것이 피해자의 의사와 일치하지 않음’을 즉시 알아차렸음에도 불구하고 나오지 않음이라는 부작위가 주거침입죄에 해당할 수는 없는지 문제된다.

학설에서는 주거침입죄의 구성요건적 행위인 침입이 부작위에 의하여도 가능하다는 것이 거의 異論 없는 통설<sup>3)</sup>의 입장이다. 이러한 통설의 입장에 의하면 착오로 타인의 주거에 들어온 자가 자신의 착오를 인식했지만 그대로 머무르는 경우가 전형적인 부작위에 의한 주거침입죄에 해당하며, ‘자신이 피해자의 용변칸에 들어가게 된 것이 피해자의 의사와 일치하지 않음’을 즉시 알아차렸음에도 불구하고 나오지 않음이라는 부작위도 주거침입죄에 해당하게 된다.

그러나 이러한 통설의 관점은 부당하다. 주거에서의 사생활의 평온에 대한 죄와 관련하여 형법은 퇴거불응죄를 진정부작위범의 형태로 규정하고 있기 때문이다. 또한 주거침입죄는 형식범이며 추상적 위법범이므로 부진정부작위 형태에 의한 정범의 성립은 불가능하다고 보아야 한다. 예컨대 경비원이나 수위가 제3자에 의한 주거 등에서의 침입을 방지하지 아니한 경우는 제3자가 주거침입자이고 경비원이나 수위는 주거침입죄의 방조범에 불과하다.<sup>4)</sup> 즉 경비원이 제3자의 침입을 방지하지 않았다는 것은 침입을 용이하게 해주는 행위이지, 그 자체가

3) 권오걸, 형법각론, 2009, 323면; 김성돈, 형법총론, 제2판, 2009, 239면; 김성천/김형준, 형법각론, 제3판, 2006, 381면; 김일수/서보하, 형법각론, 제7판, 2007, 250면; 배종대, 형법각론, 제6전정판, 2007, 332면; 손동권, 형법각론, 제2개정판, 2006, 248면; 이재상, 형법각론, 제5판 보정신판, 2007, 237면 이하; 정성근/박광민, 형법각론, 제4판, 2008, 251면; 조준현, 형법각론, 개정판, 2005, 224면; 진계호, 형법각론, 제7판, 2003, 268면.

4) 同旨, 박상기, 형법각론, 제6판, 2005, 234면; 백형구, 형법각론, 1999, 389면; 정영일, 형법각론, 개정판, 2008, 233면.



침입행위가 될 수는 없다. 이러한 형식범에서는 일단 침입이라는 행위정형의 동가치를 인정하는 것이 불가능하다. 주거침입죄는 침입이라는 특별한 행위반가치를 불법내용으로 하는 범죄이기 때문이다.

따라서 허가를 받고 들어온 자가 그 시간을 넘어서 머무르는 행위는 그 자체로 주거침입이 아니라, 퇴거요구에 불응하면 퇴거불응죄가 성립하게 된다. 또한 착오로 타인의 주거에 들어온 자가 자신의 착오를 인식했지만 그대로 머무르는 경우에도 동일하다. 침입당시 고의가 없는 행위를 사후에 이를 인용한다고 하여 본죄의 성립을 인정하는 것은 죄형법정주의의 원칙상 부당하다. 이는 결국 사후 고의를 인정하는 결과가 될 뿐이다. 따라서 침입이라는 행위정형의 동가치가 인정될 수 없는 이러한 경우를 부진정부작위범으로 처벌해서는 안 되며, 오직 퇴거요구에 불응하는 경우에 퇴거불응죄로서의 처벌만이 가능하다고 해야 한다. 또한 폐장 이후에 절도를 하기 위하여 백화점에 들어와서 폐장시간까지 숨어 있는 경우는 '나가지 않음'이라는 부작위가 아니라 '숨어 들음'이라는 작위의 침입행위로 평가되어야 한다.

#### IV. 주거권자의 의사와 주거침입죄의 성립가능성 여부

주거침입죄는 주거권자의 의사에 반하여 타인의 주거에 침입함으로써 성립한다. 따라서 주거권자의 동의가 있는 경우에는 주거침입죄의 성립이 불가능하게 된다. 문제는 주거권자의 착오에 의한 동의가 주거침입죄의 성립에 어떻게 작용하는가에 있다. 즉 원심과 같이 “주거권자의 착오에 의한 동의일지라도 차후 퇴거불응죄의 성립은 별론으로 하고 일단 주거권자의 유효한 동의로 판단해야 하는지” 아니면 대법원과 같이 “주변사정에 따라서 거주자의 반대의사를 추정할 수 있는지”에 관한 문제이다.

##### 1. 피해자의 승낙과 양해의 구별

###### 1) 통설의 입장

형법 제24조는 ‘처분할 수 있는 자의 승낙에 의하여 그 법익을 훼손한 행위’

라고 규정함으로써, 처분할 수 있는 자의 승낙이 있더라도 '법익을 훼손하는 행위'가 되지만 예외적으로 위법성이 조각되는 경우를 규정하고 있다. 그러나 구성요건의 특성에 따라서는 법익주체의 동의를 있으면 아예 처음부터 법익의 훼손이 일어나지 아니하는 경우도 있다. 예컨대 주거권자의 동의에 의하여 주거에 들어가는 것은 주거침입에 해당하지 않으며, 처음부터 아예 법익훼손이 일어나지 않게 된다. 이에 따라 통설<sup>5)</sup>은 법익주체의 동의를 구성요건의 특성에 따라 구성요건해당성 배제사유인 양해와 위법성조각사유인 승낙으로 구별한다.<sup>6)</sup> 즉 구성요건의 성격상 법익주체의 동의를 구성요건의 실현 자체를 배제하는 경우의 동의를 양해이며, 구성요건의 실현이 법익주체의 의사에 영향을 받지 않는 경우의 동의는 승낙<sup>7)</sup>이 된다.

## 2) 승낙과 양해 모두 구성요건해당성 배제사유라는 입장

법익주체의 동의를 승낙과 양해로 구별하지 아니하고, 이들을 전체적으로 결과반가치와 행위반가치의 제한 내지 배제의 측면에서 구성요건을 배제하는 문제영역으로 관찰하는 견해<sup>8)</sup>가 있다. 양해와 승낙의 구별이 불가능하거나 무의한 것이 아니라 할지라도 그들의 차이는 본질적인 성격상 또는 체계상의 차이에서 기인하는 것이 아니라, 단지 개개 구성요건의 구조에서 비롯된다는 것이다. 즉 양해와 승낙의 구별은 실질적으로 곤란하며, 이들을 구성요건단계에서 함께 취급하는 것이 실천적으로도 유용하다고 한다.<sup>9)</sup>

5) 권오걸, 형법총론, 제3판, 2009, 244면; 김성돈, 형법총론, 제2판, 2009, 295면; 김성천/김형준, 형법총론, 제3판, 2006, 367면; 손동권, 형법총론, 제2개정판, 2006, 220면; 신동운, 형법총론, 제3판, 2008, 310면; 안동준, 형법총론, 1998, 125면; 오영근, 형법총론, 2005, 373면; 이영란, 형법총론, 2008, 272면 이하; 이재상, 형법총론, 제5판, 보정신판, 2007, 263면 이하; 이형국, 형법총론, 2003, 166면 이하; 임웅, 형법총론, 개정판 보정, 2007, 248면; 정성근/박광민, 형법총론, 제4판, 2008, 272면; 정영일, 형법총론, 개정판, 2007, 226면 이하; 진계호, 형법총론, 제7판, 2003, 357면; 장영민, 피해자의 승낙, 고시계 1994.11, 66면; 최우찬, 피해자의 승낙, 고시계 1990.10, 109면.

6) 이는 독일통설의 입장이기도 하다: Jescheck/Weigend, Lehrbuch AT, 5. Aufl., 1996, S. 372 ff.; Lenkner, S-S StGB, 27. Aufl., 2006, Vorbem. §§ 32 Rdnr. 30 ff. mwN.

7) 폭행의 경우에는 법익주체의 동의 여부에 관계없이 법익훼손행위가 된다. 즉 법익주체의 동의를 있었더라도 폭행은 피해자의 신체라는 법익을 훼손하는 행위가 된다. 다만 형법 제24조에 의하여 위법성이 조각될 수 있을 뿐이다.

8) 김일수, 한국형법 I, 1996, 473면 이하, 476면 이하; 김일수/서보학, 형법총론, 제11판, 2006, 255면; 손해목, 형법총론, 1996, 536면 이하.



이러한 관점은 독일에서도 유력한 학자<sup>10)</sup>들에 의하여 주장되고 있다. 특히 전체구성요건이론의 지지자들이 이러한 입장을 견지하고 있으며, 이는 전체구성요건이론의 논리구조상 당연한 귀결이 된다. 즉 전체구성요건이론에 의하면 양해는 적극적인 구성요건요소와 관련된 문제이고, 승낙은 소극적 구성요건요소의 문제이기 때문에 양해나 승낙 모두 구성요건단계의 문제가 된다. 그러므로 구별이 곤란한 이들을 굳이 구별할 필요가 없다는 것이다.<sup>11)</sup>

그러나 승낙과 양해를 전체적으로 구성요건배제사유로 보는 견해에는 찬성할 수 없다. 예컨대 법익주체의 동의에 의하여 피해자에게 폭행 또는 상해하는 행위를 폭행죄 내지 상해죄의 구성요건에 해당하지 않는 행위로 보는 것은 잘못이다. 법익주체의 동의 여부에 관계없이 사람의 신체에 대하여 폭력을 휘두르거나 상처를 입히는 행위는 제260조, 제257조가 정형적으로 記述하고 있는 구성요건에 해당하는 행위, 즉 '제24조의 법익을 훼손하는 행위'가 틀림없기 때문이다. 따라서 이 경우는 제24조에 의하여 위법성조각의 여부만이 문제될 뿐이다. 물론 전체구성요건이론의 입장이라면 승낙과 양해개념의 구별이 실질적으로 의미가 없게 된다. 그러나 형법상의 범죄체계를 3단계 구조로 파악하는 한, 양해와 승낙개념은 구별되어야 한다.

### 3) 승낙과 양해 모두 위법성조각사유라는 입장

피해자의 승낙을 위법성조각사유로 본다는 점에서는 통설과 결론을 같이 하지만, 승낙과 양해개념의 구별을 반대하는 견해<sup>12)</sup>가 있다. 즉 승낙과 양해의 구별은 해석학적으로 부적합하며, 논증기준도 부적합할 뿐 아니라 구성요건배제기준이라는 것도 전혀 불필요하기 때문에 현실적으로 구별의 실익이 없다는 것이다. 따라서 양해와 승낙은 전체적으로 제24조의 피해자의 승낙으로서 구성요건배제사유가 아니라 위법성조각사유가 된다고 한다.

그러나 승낙과 양해를 전체적으로 위법성조각사유로 보는 견해에도 찬성할 수 없다. 예컨대 주거권자가 주거에 들어오는 것을 허락한 경우에는 주거침입죄

9) 김일수, 한국형법 I, 477면; 손해목, 형법총론, 536면 이하.

10) Vgl. Roxin, Lehrbuch, AT I, 4. Aufl., 2006, § 13 A Rdnr. 11. Fußn. 19 mwN.

11) Roxin, Lehrbuch, AT I, § 13 A Rdnr. 11.

12) 박상기, 형법총론, 제7판, 2007, 208면; 배종대, 형법총론, 제8전정판, 2005, 410면 이하는 양해라는 개념 자체를 부정한다.

의 구성요건에 해당하는 행위로 볼 수가 없다. 이 경우에는 법익주체의 동의에 의하여 제319조 1항이 정형적으로 記述하고 있는 구성요건에 해당하는 '주거에 침입하는 행위'가 될 수 없다. 즉 제24조의 '법익을 훼손하는 행위'<sup>13)</sup>가 될 수 없기 때문에 제24조의 적용 여부는 아예 처음부터 문제가 되지 않는다.<sup>14)</sup>

이와 같이 개별적인 구성요건의 성격에 따라 법익주체의 동의는 달리 평가되어야만 한다. 물론 개별적인 구성요건에서 "법익주체의 동의가 양해에 해당하는지 또는 승낙에 해당하는지"에 대한 구별의 어려움은 항상 등장할 수 있다. 그러나 학문적인 논리구조를 탐구하는 과정에서 구별의 어려움이나 곤란성은 결코 구별의 포기를 정당화할 수가 없다.

## 2. 승낙과 양해의 법적 성격

### 1) 승낙의 법적 성격

제24조에 의하여 피해자의 승낙이 위법성조각사유라는 것은 "피해자의 승낙에 의한 행위라 할지라도 그 행위는 구성요건에 해당하는, 즉 법익을 훼손하는 행위가 된다"는 의미이다. 이러한 법익훼손행위가 "허용될 수 있는가"라는 문제는 전체 법질서의 관점에서 평가하여야 한다. 즉 전체 법질서의 관점에서 규범적 판단에 의한 '피해자의 승낙'이 법익훼손행위를 허용할 수 있다면, 그러한 피해자의 동의는 당연히 규범적 평가에 의한 합당한 동의이어야 한다. 그러므로 승낙이라는 법익주체의 동의는 규범적인 개념이어야 할 것이며, 이에 따라 승낙의 유효요건이 정해지게 된다. 즉 법익주체의 동의가 유효한 승낙이 되기 위해서는 법익침해의 의미와 내용을 이해하고 이성적으로 판단할 수 있는 승낙능력을 가진 자의 자유의사에 의한 승낙이어야 하고, 사전에 명시적이든 또는 비명시적이든 외부에서 인식할 수 있는 정도의 표시가 되어야 하며, 필요한 경우에는 승낙을 받고자 하는 자에 대해서 설명의무까지 요구된다.

13) 이러한 점에서 제24조의 승낙과 양해의 이원적 구조를 인정하는 김성돈, 형법총론, 295면 이하; 정영일, 형법총론, 229면은 의문이다. 즉 양해에 해당하는 법익주체의 동의가 있으면 법익훼손이 일어나지 않으며, 따라서 제24조가 이러한 양해를 포함할 수는 없기 때문이다.

14) 즉 위법성의 징표가 되는 구성요건해당성이 존재하고 있어야만 비로소 위법성조각사유의 적용 여부가 의미를 가질 수 있다.

## 2) 양해의 법적 성격

구성요건해당성을 배제하는 법익주체의 동의인 양해의 법적 성격에 관하여는 견해의 다름이 있다. 소수설<sup>15)</sup>은 양해를 순수한 사실적인 성격을 갖는 개념으로 파악<sup>16)</sup>하는데 반하여, 통설<sup>17)</sup>은 양해도 개별적인 구성요건의 내용과 기능에 따라 각각 다른 성격을 갖는다고 파악<sup>18)</sup>한다.

양해가 개별적인 구성요건의 내용과 기능에 따라 각각 다른 성격을 갖는다고 파악하는 통설에 의하면, 양해는 구성요건에 따라 일정한 유효요건을 구비해야만 한다. 개인의 자유에 대한 죄 또는 재물에 대한 사실상의 지배와 관련된 범죄에서는 자연적 의사능력 있는 자의 동의로 양해의 요건이 충족되지만, 주거침입죄에 있어서는 법익주체의 판단능력이 있어야 유효한 양해가 성립할 수 있으며, 배임죄에서는 묵시적 동의로는 양해가 성립할 수 없고, 강제추행죄에서도 의사의 하자가 양해의 성립에서 의미를 갖는다고 한다.<sup>19)</sup> 또한 의료적 침해나 모욕에서는 양해자의 판단능력 또는 법률행위능력까지도 양해의 유효요건이 된다고 한다.<sup>20)</sup>

그러나 이러한 통설의 관점은 타당하다고 할 수 없다. “판단능력이 미흡한 주거권자의 동의에 의하여 주거에 들어가는 것도 침입이다”라는 해석을 제319조 1항의 구성요건에서 발견할 수가 없기 때문이다. 또한 성적자기결정권을 침해하

15) 이정원, 형법총론, 인터넷공개 제1판, 2009, 209면 이하; 同旨, 김성천/김형준, 형법총론, 368면.

16) 독일에서는 통설이 양해를 사실적 개념으로 파악한다. Vgl. Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 37. Aufl., 2007, Rdnr. 367 ff.; Hirsch, LK StGB, 11. Aufl., 1993, Vorbem. § 32 Rdnr. 92 ff.; Geerds, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht, GA 1954, S. 265; Welzel, Lehrbuch AT, 11. Aufl., 1969, S. 95; BGHSt 23, 1; BGH NJW 75, 269.

17) 권오걸, 형법총론, 245면; 김성돈, 형법총론, 297면; 손동권, 형법총론, 221면; 손해목, 형법총론, 529면; 안동준, 형법총론, 128면; 오영근, 형법총론, 381면; 이영란, 형법총론, 277면; 이재상, 형법총론, 265면; 이형국, 형법총론, 167면; 임웅, 형법총론, 250면; 정성근/박광민, 형법총론, 273면; 정영일, 형법총론, 229면; 진계호, 형법총론, 360면; 심현섭, 양해·승낙·추정적 승낙, 고시계 1977.2, 81면; 최우찬, 피해자의 승낙, 고시계 1990.10, 107면.

18) Vgl. Jescheck/Weigend, Lehrbuch AT, S. 374 mwN.

19) 김성돈, 형법총론, 299면; 손동권, 형법총론, 221면 이하; 이재상, 형법총론, 267면; 임웅, 형법총론, 249면.

20) 김성돈, 형법총론, 299면; 이형국, 형법총론, 167면; 임웅, 형법총론, 249면; 정성근/박광민, 형법총론, 274면; 진계호, 형법총론, 360면.

는 범죄에서는 원칙적으로 범의주체의 동의를 구성요건해당성을 배제하는 양해에 해당하며, 이 때 범의주체의 판단능력이나 의사의 하자를 고려하여 범의주체의 동의와 관계없이 성립하는 구성요건을 마련하고 있을 뿐이다. 예컨대 준강간·준강제추행죄와 의제강간·의제강제추행죄 및 기타 간음·추행죄 등은 범의주체의 동의 여부와 관계없이 또는 범의주체의 동의를 전제로 성립하는 범죄이다. 어쨌든 범의주체의 판단능력이나 의사의 하자 여부와 관계없이 범의주체의 현실적인 내적 동의가 있으면 제297조와 제298조는 성립할 여지가 없다. 이에 반하여 의료적 침해나 모욕은 범의주체의 동의가 있어도 범의의 훼손이 인정되므로, 이 경우의 범의주체의 동의는 제24조의 위법성조각사유인 승낙이라고 평가해야 한다.

구성요건해당성을 배제하는 양해는 순수한 사실적인 개념이어야 한다. 만약 양해를 규범적인 개념으로 파악하게 되면 구성요건요소가 모두 불확정적 개념이 될 수 있기 때문이다. 즉 구성요건에의 포섭이 범의주체의 동의의 質에 좌우되어야 한다면 죄형법정주의의 명확성의 원칙과 심각한 충돌을 일으키게 된다. 따라서 개별적인 구성요건과 관련하여 범의주체의 동의에 일정한 규범적 제한이 필요한 경우에는 그러한 동의에는 구성요건해당성을 배제하는 기능이 부여되어서는 안 되며, 전체 법규범의 평가와 관련된 위법성조각의 기능만이 인정되어야 할 것이다.

이에 따라 양해의 유효요건은 별도로 요구되지 않는다. 즉 양해라는 범의주체의 동의가 현실적으로 존재하고 있으면 언제나 유효한 양해가 된다. 의사능력이 있는 者の '의식된 현실적인 내적 동의'<sup>21)</sup>는 구성요건해당성을 배제하는 양해가 된다. 따라서 범의주체의 의사의 하자, 판단능력의 미흡, 의사의 표시여부 등은 양해의 성립에 전혀 영향을 주지 못한다. 또한 행위자의 기망도 범의주체의 양해에 영향을 주지 못한다. 다만 강요나 강박에 의한 피해자의 동의는 양해가 아니다. 이 경우에는 범의주체의 '현실적인 내적 동의'가 존재하지 않기 때문이다. 또한 동의하는 자는 최소한 자연적 의사능력을 구비해야 한다. 자연적 의사능력이 없는 자는 현실적으로 동의할 수 없기 때문이다.

21) 즉 범의주체가 내부적으로 동의하지 않는 한 외형적·형식적 동의만으로는 양해가 되지 않는다.

### 3. 용변칸의 문을 연 행위와 피해자의 의사

주거침입죄에서 주거권자의 동의를 구성요건해당성 배제사유인 양해로 파악하고, 양해를 사실적 개념으로 이해한다면, 주거권자의 착오에 의한 양해도 유효한 양해라고 해야 한다. 예컨대 잡상인이 노크를 하고, 이에 대하여 “들어오세요”라고 응답한 경우라면 ‘잡상인 출입금지’라는 문구를 문앞에 게시하였다 하여도 유효한 양해라고 해야 한다. 이 경우 비록 주거권자의 반대의사가 추정된다고 하여도 대법원의 입장과 같이 주거침입죄의 성립을 인정해서는 안 된다. 현실적으로 잡상인이 방안으로 평화롭게 들어 온 행위를 주거침입행위로 평가할 수는 없기 때문이다.

그러나 대상판결의 사안에서 피해자가 용변칸의 문을 연 행위가 피고인이 용변칸 안으로 들어오는 것에 대한 동의를 의미하지는 않는다. 피해자가 용변칸에 노크한 사람을 자신의 남편으로 착각하여 “아빠야”라고 하면서 용변칸의 문을 연 것은 사실이다. 그러나 이는 단순히 노크한 사람이 누구인가를 확인하기 위한 행동이거나 또는 만약 이를 피해자의 동의로 이해할 수 있는 경우라도 이는 “남편일 경우에는 들어와도 된다”는 조건부 동의일 뿐이며, “남편이 아닐 경우라도 아무나 들어와도 좋다”라는 동의가 아니라는 점은 명백하다. 따라서 대상판결의 사안에서 피해자가 용변칸의 문을 연 행위를 피고인이 들어와도 된다는 동의로 파악할 수는 없다.

대상판결의 사안에서 원심은 주거권자의 동의에 의한 행위이므로 주거침입죄에 해당하지 않는다고 판시하고 있다. 그러나 사실관계에서 원심이 인정한 바와 같이 ‘피고인이 만취된 상태에서 자신도 모르게 용변칸 안으로 몸이 쏠리며 그 안으로 들어가게 된 것’이라면, 이는 주거침입의 고의에 의한 행위라고 할 수 없다.

이에 반하여 대법원은 주거자의 반대의사를 추정할 수 있다는 점을 근거로 주거침입죄의 성립을 인정하고 있다. 그러나 대법원이 인정한 바와 같이 피고인이 의도적으로 피해자의 용변칸으로 들어 간 경우라면, 이 경우는 주거자의 반대의사가 추정되기 때문이 아니라 피고인이 용변칸으로 들어오는 것을 피해자가 동의하지 않았기 때문에 주거침입에 해당하는 것으로 보아야 한다.

## V. 주거침입죄의 객체와 공중화장실의 여자화장실 내지 용변칸

上記 'II, 3, (3) 용변칸의 문을 연 행위와 피해자의 의사'에서 살펴 본 바와 같이 피해자가 용변칸의 문을 연 행위를 피고인으로 하여금 용변칸 안으로 들어와도 좋다는 의사로 파악할 수는 없다. 따라서 '피고인이 만취된 상태에서 자신도 모르게 용변칸 안으로 몸이 쏠리며 그 안으로 들어가게 된 것'이 아니라 '피고인이 의도적으로 피해자의 용변칸으로 들어간 것'이라면 침입이 아니라고 할 수는 없다. 다만 공중화장실의 여자화장실 내지 용변칸도 주거침입죄의 행위 객체인 주거 등에 해당할 수 있는지 문제된다.

우선 공중화장실은 지방자치단체 등 관리 주체가 있는 건조물이므로 제319조 제1항의 관리하는 건조물에 해당할 수 있는지 문제된다. 또한 피해자가 사용하고 있던 공중화장실의 용변칸이 형법 제319조 제1항의 규정하는 점유하는 방실에 해당할 수 있는지 문제된다.

### 1. 공중화장실의 여자화장실과 관리하는 건조물

대상판결의 사안에서 피고인이 공중화장실의 남자화장실이 아닌 여자화장실로 들어간 행위는 일단 관리자의 의사에 반한 주거침입에 해당한다고 할 수도 있다. 물론 대상판결의 사안에서는 피고인이 공중화장실의 여자화장실을 남자화장실로 잘못 인식하고 들어간 것이므로 주거침입죄의 고의를 인정할 수는 없다. 다만 피고인의 고의를 판단하기 이전에, 남성이 의도적으로 공중화장실의 여자화장실로 들어가거나 또는 여성이 의도적으로 공중화장실의 남자화장실로 들어가는 행위를 관리자의 의사에 반한 주거침입행위로 평가해야 하는지 의문이 제기된다. 즉 공중화장실의 남녀 구획부분이 제319조 제1항이 의미하는 주거침입죄의 객체로서 '관리하는 건조물'에 해당하는지 여부에 관한 문제이다.

독일 형법은 주거침입죄를 사회적 법익에 대한 죄의 장에서 규정하고 있으나 이를 개인의 자유에 대한 죄로 해석<sup>22)</sup>하는 데에 異論이 없으며, 형법은 주거침

22) Vgl. Lenkner/Sternberg-Lieben, S-S StGB, § 123 Rdnr. 1; Ostendorf, Nomos StGB, 2. Aufl., 2005, § 123 Rdnr. 1; Wessels/Hettinger, Strafrecht BT/1, 31. Aufl., 2007, Rdnr. 573.



입죄를 개인적 법익에 대한 죄로 규정하고 있다. 따라서 공중화장실의 남녀 구획부분을 제319조 제1항이 의미하는 주거침입죄의 객체로서 '관리하는 건조물'로 해석하는 것은 적절하지 않다. 이러한 공중화장실의 남녀 구획부분을 개인의 공간적 체류이익이나 타인의 체재 여부에 대한 주거권자의 결정권한의 확보가 필요한 영역으로 볼 수는 없기 때문이다. 특히 공중화장실을 관리하는 지방자치단체 내지 관리인에 대하여 이러한 권한을 인정할 수는 없다. 또한 공중화장실의 각 구획부분을 이용하는 이용자에게 이러한 부분에 대한 개인의 공간적 체류이익 내지 타인의 체재 여부에 대한 결정권한을 인정할 수도 없다. 따라서 예컨대 야간에 공중화장실 여자화장실의 용변칸에 들어간 부인의 요청으로 여자화장실 안에서 부인을 기다리는 남편에 대하여 주거침입죄의 성립은 인정되지 않는다. 이는 규범의 보호목적의 관점에서 공중화장실 여자화장실이 주거침입죄의 관리하는 건조물에 해당한다고 볼 수 없기 때문이다.<sup>23)</sup>

## 2. 공중화장실의 용변칸과 점유하는 방식

대상판결의 사안에서 해당 공중화장실의 용변칸이 형법 제319조 제1항의 규정하는 점유하는 방식에 해당할 수 있는지 문제된다. 이러한 공간이 피해자가 혼자서 점유하면서 사용하고 있는 공간이라는 점에서 일단 문리적 의미에서는 피해자가 사용하고 있던 공중화장실의 용변칸을 제319조 제1항의 점유하는 방식이라고 이해할 수도 있다.<sup>24)</sup> 그러나 규범의 보호목적의 관점에서 용변 등의 일시적 용무나 노래방 등 일시적 휴식에 공하는 장소를 주거침입죄의 보호대상으로 해석하는 것이 타당한지 의문이 제기된다.<sup>25)</sup>

통설<sup>26)</sup>은 제319조 제1항의 행위객체인 선박이나 항공기를 해석함에 있어서

23) 이 경우 부인의 동의(양해)를 근거로 주거침입죄의 성립을 부정하는 것은 타당하지 않다. 부인이 공중화장실의 여자화장실 부분에 대하여 배타적인 주거권 내지 타인의 체재 여부에 관한 결정권한을 가질 수는 없기 때문이다.

24) 대상판결에서 대법원도 이러한 관점에서 피고인의 행위를 주거침입죄로 판단한 것으로 보여 진다.

25) Schall, Die Schutzfunktionen der Strafbestimmung gegen den Hausfriedensbruch, 1974, S. 131 ff, 136 f.; Roxin/Schünemann/Haffke, Strafrechtliche Klausurenlehre mit Fallrepetitorium, 2. Aufl., 1975, S. 64.

26) 권오걸, 형법각론, 321면; 김성돈, 형법총론, 238면; 김성천/김형준, 형법각론, 370면; 김일수/서보학, 형법각론, 245면; 박상기, 형법각론, 233면; 배종대, 형법각론, 327면; 손동권,

“본죄의 성격상 사람의 주거에 사용할 수 있는 정도의 규모이어야 한다”고 함으로써 규범의 보호목적의 관점을 고려하고 있다. 이러한 관점이라면 일시적 용무나 휴식에 공하는 방실에 대하여 단순히 개인이 점유하고 있다는 사실만으로 주거의 이익 내지 타인의 체재 여부에 대한 결정권한을 부여할 수는 없게 된다. 따라서 일시적 휴식 내지 오락에 공하는 장소인 룸싸롱이나 노래방의 방실을 점유하는 자에게 해당 공간에 대한 주거이익 내지 타인의 체재 여부에 대한 결정권한을 부여하는 것은 타당하지 않다.

### 3. 공중화장실의 용변칸과 관리하는 건조물

다만 일시적 용무나 휴식에 공하는 방실은 해당 방실을 포괄하는 주거 내지 관리하는 건조물에 해당할 수 있으며, 이 경우 해당 주거 내지 건조물의 관리자에게 주거이익 내지 타인의 체재 여부에 대한 결정권한이 부여될 수 있다. 따라서 예컨대 룸싸롱이나 노래방의 방실을 제3자가 침입했을 경우 방실의 점유자에 대한 주거침입죄는 성립하지 않으며, 오직 룸싸롱이나 노래방 주인에 대한 주거침입죄의 성립만이 가능하게 된다. 이 경우 제3자는 룸싸롱이나 노래방 주인이 손님에게 해당 방실을 제공하는 등의 결정권한을 침해한 것으로 평가된다. 이에 반하여 룸싸롱이나 노래방 주인이 해당 방실을 점유하는 손님의 의사에 반하여 해당 방실에 들어가도 주거침입죄는 성립하지 않는다. 그러나 대상판결에서의 공중화장실 용변칸에 대해서는 공중화장실의 관리자에게 이러한 해당 방실을 제공하는 등의 결정권한을 부여할 수 없다. 공중화장실의 용변칸은 관리자의 의사와 관계없이 누구나 임의로 이용할 수 있는 공간이기 때문이다.

## VI. 결론

대상판결의 사안에서 피고인의 피해자 용변칸 침입행위가 주거침입죄를 구성

형법각론, 247면; 오영근, 형법각론, 2005, 268면; 이영란, 형법각론, 2008, 241면; 이재상, 형법각론, 232면; 이형국, 형법각론, 2007, 297면; 임웅, 형법각론, 개정판 보정, 2005, 242면; 정성근/박광민, 형법각론, 248면; 정영일, 형법각론, 232면; 조준현, 형법각론, 223면; 진계호, 형법각론, 267면.

할 수 있는지의 문제는 비친고죄에 해당하는 성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률 제5조 제1항의 특수강간죄(주거침입강간죄)의 성립 여부와 관련된다. 따라서 피고인의 피해자 용변칸 침입 이후 '피해자의 퇴거요구에 응하지 않음'에 의하여 인정될 수 있는 퇴거불응죄의 성립 여부는 실질적으로 관심의 대상이 되지 않았다. 예컨대 원심은 용변칸으로 들어가 용변칸의 문을 잠근 피고인의 행위를 폭력행위 등 처벌에 관한 법률상의 야간감금죄로 판단하면서, 또한 “...비록 피해자의 착오에 기인한 것이긴 하나 피해자의 승낙하에 주거에 들어갔다고 봄이 상당하여 퇴거불응죄는 별론으로 하고, 주거침입죄로 의율할 수는 없고...”라고 판시하면서도 정작 퇴거불응죄에 대한 판단은 하지 아니하였다. 이는 “만약 성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률 제5조 제1항의 특수강간죄가 주거침입 뿐 아니라 퇴거불응에 의한 강간죄를 함께 규정하고 있었다면 원심과 대법원의 입장 차이는 존재하지 않았을 것”이라는 추정을 가능하게 한다.

대상판결의 사안에서 원심과 대법원의 입장 차이에서 나타난 관심의 대상이 되는 문제는 부작위에 의한 주거침입죄의 성립 여부 및 주거권자의 의사와 주거침입죄의 성립 여부의 문제라고 할 수 있다. 원심은 “피해자가 남편으로 오인하여 용변칸의 문을 열자, 무심코 피고인의 몸이 쏠리며 자연스럽게 용변칸 안으로 들어가게 되었다”고 함으로써 주거침입죄의 성립을 부정하였으나, 여기서는 통설이 인정하고 있는 부작위에 의한 주거침입죄의 성립 여부에 관한 판단을 하지 않았다. 또한 대법원은 주거자의 반대의사의 추정을 인정함으로써 원심을 파기하면서도 원심이 인정한 피해자의 동의(양해)에 관하여 충분한 판단을 하지 아니하였다.

이러한 문제점에 관한 검토에서 통설이 인정하는 부작위에 의한 주거침입죄의 성립을 인정하는 것은 퇴거불응죄를 규정한 형법의 목적에 배치될 뿐 아니라, 부작위에 의한 주거침입죄를 인정할 필요성도 없음을 발견할 수 있었다. 또한 양해라는 법익주체의 동의는 사실적인 내적 동의로 이해하여야 한다. 따라서 법익주체의 반대의사 추정으로 사실적인 내적 동의를 부정해서는 안 된다. 다만 대상판결의 사안에서는 대법원이 인정한 사실관계에 의하면 법익주체의 동의를 인정할 수 없는 경우에 해당한다.

대상판결에서는 특별한 문제점을 제기하지 아니하고 공중화장실의 용변칸을 주거침입죄의 객체라는 전제에서 법률적 판단을 하고 있다. 그러나 주거침입죄

라는 규범의 보호목적을 고려하면, 공중화장실의 남녀 구획부분이나 개개 용변칸을 주거침입죄의 객체인 관리하는 건조물 내지 점유하는 방실에 해당하는 것으로 파악하는 것은 부당하다. 일반적으로 일시적 용무나 휴식에 공하는 장소를 주거침입죄의 객체인 점유하는 방실로 파악하는 것은 부당하다. 또한 용변칸이 포함된 공중화장실을 주거침입죄의 객체인 관리하는 건조물로 파악하는 것도 타당하다고 할 수 없다.

주제어 : 주거침입죄, 화장실 용변칸 침입, 법익주체의 승낙과 양해, 양해의 법적 성격, 부작위에 의한 주거침입

## 참 고 문 헌

- 권오걸, 형법총론, 제3판, 형설출판사, 2009.
- 권오걸, 형법각론, 형설출판사, 2009.
- 김성돈, 형법총론, 제2판, 성균관대학교 출판부, 2009.
- 김성천·김형준, 형법총론, 제3판, 동현출판사, 2005.
- 김성천·김형준, 형법각론, 제2판, 동현출판사, 2006.
- 김일수, 한국형법 I, 박영사, 1996.
- 김일수·서보학, 형법총론, 제11판, 박영사, 2006.
- 김일수·서보학, 형법각론, 제7판, 박영사, 2007.
- 박상기, 형법총론, 제7판, 박영사, 2007.
- 박상기, 형법각론, 제6판, 박영사, 2005.
- 배종대, 형법총론, 제8전정판, 홍문사, 2005.
- 배종대, 형법각론, 제6전정판, 홍문사, 2007.
- 백형구, 형법각론, 청림출판, 1999.
- 손동권, 형법총론, 제2개정판, 율곡출판사, 2005.
- 손동권, 형법각론, 제2개정판, 율곡출판사, 2006.
- 손해목, 형법총론, 법문사, 1996.
- 신동운, 형법총론, 제3판, 법문사, 2008.
- 안동준, 형법총론, 학현사, 1998.
- 오영근, 형법총론, 박영사, 2005.
- 이영란, 형법총론, 형설출판사, 2008.
- 이재상, 형법총론, 제5판, 보정판, 박영사, 2007.
- 이재상, 형법각론, 제5판 보정판, 박영사, 2007.
- 이정원, 형법총론, 인터넷공개 제1판, 2009.
- 이형국, 형법총론, 법문사, 2003.
- 임웅, 형법총론, 개정판 보정, 법문사, 2007.
- 정성근·박광민, 형법총론, 제4판, 삼지원, 2008.
- 정성근·박광민, 형법각론, 제3판, 삼지원, 2008.
- 정영일, 형법총론, 개정판, 박영사, 2007.
- 정영일, 형법각론, 개정판, 박영사, 2008.

- 조준현, 형법각론, 개정판, 법원사, 2005.  
진계호, 형법총론, 제7판, 대왕사, 2003.  
진계호, 형법각론, 제5판, 대왕사, 2003.  
심헌섭, 양해·승낙·추정적 승낙, 고시계 1977.2.  
장영민, 피해자의 승낙, 고시계 1994.11.  
최우찬, 피해자의 승낙, 고시계 1990.10.

- Geerds, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht, GA 1954.  
Jescheck/Weigend, Lehrbuch AT, 5. Aufl., 1996.  
Leipziger Kommentar, StGB, 11. Aufl., 1993.  
Nomos Kommentar, StGB, 2. Aufl., 2005.  
Roxin, Lehrbuch, AT I, 4. Aufl., 2006.  
Roxin/Schünemann/Haffke, Strafrechtliche Klausurenlehre mit Fallrepetitorium, 2. Aufl., 1975.  
Schall, Die Schutzfunktionen der Strafbestimmung gegen den Hausfriedensbruch, 1974.  
Schönke-Schreoder Kommentar, StGB, 27. Aufl., 2006.  
Welzel, Lehrbuch AT, 11. Aufl., 1969.  
Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 37. Aufl., 2007.  
Wessels/Hettinger, Strafrecht BT/1, 31. Aufl., 2007.



[Zusammenfassung]

## Die Eindringung in die Toilettenkammer und der Hausfriedensbruch

Daebubweon 2003.5.30, 2003do1256

Lee, Jeong-Weon

Professor, Yeungnam Universität

Beim betreffenden Urteil ist es fraglich, ob ein Hausfriedensbruch durch Unterlassung begangen werden und welche Bedeutung der Wille des Hausrechtsinhabers beim Hausfriedensbruch beinhalten kann.

In diesem Sachreiben kann man es finden, daß spricht die herrschende Meinung, die das Hausfriedensbruch durch Unterlassung für möglich hält, dem Wille des Gesetzgebers wider. Denn das Strafrecht neben einem Hausfriedensbruch auch eine Verweigerung des Ausziehensanspruchs des Hausrechtsinhabers unter Strafe gestellt hat.

Der Wille des Rechtsgutsinhabers als Einverständnis bedeutet eine tatsächliche innere Zustimmung. Daher sollte die tatsächliche innere Zustimmung des Hausrechtsinhabers durch eine Vermutung des entgegengesetzten Willens nicht geleugnet werden.

Beim betreffenden Urteil wird die Eindringung in die Toilettenkammer als Hausfriedensbruch ohne besondere Fragestellung abgeurteilt. Wenn man aber den Schutzzweck des Rechtsnorms vom Hausfriedensbruch berücksichtigt würde, sollte es unrichtig sein, daß eine Toilettenkammer oder ein Trennungsteil von Damen und Herrn der öffentlichen Toiletten als Handlungsobjekt des Hausfriedensbruchs anerkannt wird. Im Allgemein konnte ein nur für die vorläufige und kurzzeitige Angelegenheit oder Erholung dienender Raum im befriedeten Besitztum im Sinne des Hausfriedensbruchs nicht subsumiert werden. Nun mehr konnte man auch

einen Trennungsteil von Damen und Herrn der öffentlichen Toiletten nicht als Handlungsobjekt des Hausfriedensbruchs ansehen.

Schlüsselwörter : Das Hausfriedensbruch, Die Eindringung in die Toilettenkammer, Die Einwilligung und das Einverständnis vom Rechtsgutsinhaber, Die rechtliche Charakter des Einverständnisses, Ein Hausfriedensbruch durch Unterlassen