

홍형철 변호사 「쟁점정리 형법」  
제2판 사용자를 위한 추록 (2022-08-10)

P.121 쟁점 078 수정

\*(기존)

**쟁점 078**    **공동주거와 주거침입죄 성부**

**1. 쟁점의 정리**

같은 주거에 수인이 거주할 때 한 사람의 승낙이 부재 중인 다른 거주자의 의사에 직·간접으로 반하는 경우 주거침입죄의 보호법익과 관련하여 주거침입죄 성부가 문제된다.

**2. 견해의 대립**

① 긍정설은 다른 거주자의 승낙을 기대할 수 없을 때에는 다른 거주자의 주거권도 보호되어야 함을 근거로 주거침입죄의 성립을 긍정하고, ② 부정설은 거주자 1인의 승낙이 있는 이상 주거의 사실상 평온을 침해한 것으로 볼 수 없음을 근거로 주거침입죄의 성립을 부정한다.

**3. 판례의 태도**

판례는 긍정설의 입장에서 다른 주거자의 의사에 반할 때에는 주거의 사실상 평온은 깨어졌다 할 것이라고 보아 주거침입죄의 성립을 인정한다(83도685).

**4. 검토**

주거침입죄의 보호법익을 주거의 사실상 평온으로 보는 이상 주거 내에 있지 아니한 자는 주거에 대한 사실상의 평온을 가질 수 없다는 점에서 부정설이 타당하다.

**판례 정리** • [1] 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. [2] 동거자 중의 1인이 부재 중인 경우라도 주거의 지배관리관계가 외관상 존재하는 상태로 인정되는 한 위 법리에는 영향이 없다고 볼 것이니 남편이 일시 부재 중 간통의 목적 하에 그 처의 승낙을 얻어 주거에 들어간 경우라도 남편의 주거에 대한 지배관리관계는 여전히 존속한다고 봄이 옳고 사회통념상 간통의 목적으로 주거에 들어오는 것은 남편의 의사에 반한다고 보여지므로 처의 승낙이 있었다 하더라도 남편의 주거의 사실상의 평온은 깨어졌다 할 것이므로 이러한 경우에는 주거침입죄가 성립한다고 할 것이다(대판 1984.6.26. 83도685).

\*(수정)

**쟁점 078** 공동주거와 주거침입죄 성부

**1. 쟁점의 정리**

같은 주거에 수인이 거주할 때 한 사람의 승낙이 부재 중인 다른 거주자의 의사에 직·간접으로 반하는 경우 주거침입죄의 보호법익과 관련하여 주거침입죄 성부가 문제된다.

**2. 견해의 대립**

① 긍정설은 다른 거주자의 승낙을 기대할 수 없을 때에는 다른 거주자의 주거권도 보호되어야 함을 근거로 주거침입죄의 성립을 긍정하고, ② 부정설은 거주자 1인의 승낙이 있는 이상 주거의 사실상 평온을 침해한 것으로 볼 수 없음을 근거로 주거침입죄의 성립을 부정한다.

**3. 판례의 태도**

최근 판례는 견해를 변경하여 부정설의 입장에서 외부인이 공동거주자의 일부가 부재 중에 주거 내에 현재하는 거주자의 현실적인 승낙을 받아 통상적인 출입방법에 따라 공동주거에 들어간 경우라면 그것이 부재 중인 다른 거주자의 추정적 의사에 반하는 경우에도 주거침입죄가 성립하지 않는다고 판시하였다(2020도12630).

**4. 검토**

주거침입죄의 보호법익을 주거의 사실상 평온으로 보는 이상 주거 내에 있지 아니한 자는 주거에 대한 사실상의 평온을 가질 수 없다는 점에서 부정설이 타당하다.

**판례 정리** · [1] 외부인이 공동거주자의 일부가 부재 중에 주거 내에 현재하는 거주자의 현실적인 승낙을 받아 통상적인 출입방법에 따라 공동주거에 들어간 경우라면 그것이 부재 중인 다른 거주자의 추정적 의사에 반하는 경우에도 주거침입죄가 성립하지 않는다고 보아야 한다. 구체적인 이유는 다음과 같다. (가) 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 부재 중이라고 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 부재 중인 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 부재 중인 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, 부재 중인 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 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. 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. [2] 피고인이 갑의 부재 중에 갑의 처(처) 을과 혼외 성관계를 가질 목적으로 을이 열어 준 현관 출입문을 통하여 갑과 을이 공동으로 거주하는 아파트에 3회에 걸쳐 들어간 사안에서, 피고인이 을로부터 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 부재 중인 갑의 의사에 반하는 것으로 추정되더라도 그것이 사실상 주거의 평온을 보호법익으로 하는 주거침입죄의 성립 여부에 영향을 미치지 않는다는 이유로, 같은 취지에서 피고인에게 무죄를 선고한 원심의 판단이 정당하다고 한 사례(대판 2021.9.9. 2020도12630).

P.165 쟁점 109 수정

\*(기준)

**쟁점 109** 2자 간 명의신탁과 횡령죄

2자 간 명의신탁에서 수탁자가 임의로 수탁부동산을 처분한 경우 수탁자의 죄책이 문제된다. 이에 대해 ① 수탁자는 부동산을 보관하는 자에 해당하고 사실상의 위탁관계 또한 인정되므로 횡령죄가 성립한다는 **횡령죄설**과 ② 부동산실명법에 위반한 명의신탁약정은 무효이고 이에 기한 물건변동은 민법상의 불법원인급여이며 수탁부동산의 소유권은 수탁자에게 귀속되므로 횡령죄가 성립하지 않는다는 **무죄설**이 대립하고, 판례는 **횡령죄설**의 입장에서 ‘신탁자가 그 소유명의로 되어 있던 부동산을 수탁자에게 명의신탁하였는데 수탁자가 임의로 부동산에 관하여 근저당권을 설정하였다면 신탁자에 대한 횡령죄가 성립한다’고 판시하였다(99도5227). 생각건대, 2자 간 명의신탁에 있어 신탁부동산의 소유권은 위탁자에게 있고, 수탁자는 그 부동산을 유효하게 처분할 수 있으므로 **횡령죄설**이 타당하다.

**판례 정리** • 부동산을 소유자로부터 명의수탁받은 자가 이를 임의로 처분하였다면 명의신탁자에 대한 **횡령죄가 성립하며**, 그 명의신탁이 부동산실권리자명의등기에관한법을 시행 전에 이루어졌고 같은 법이 정한 유예기간 이내에 실명등기를 하지 아니함으로써 그 **명의신탁약정 및 이에 따라 행하여진 등기에 의한 물건변동이 무효로 된 후에 처분행위가 이루어졌다고 하여 달리 볼 것이 아니다**(대판 2000.2.22. 99도5227).

\*(수정)

**쟁점 109 2자 간 명의신탁과 횡령죄**

2자 간 명의신탁에서 수탁자가 임의로 수탁부동산을 처분한 경우 수탁자의 죄책이 문제된다. 이에 대해 ① 수탁자는 부동산을 보관하는 자에 해당하고 사실상의 위탁관계 또한 인정되므로 횡령죄가 성립한다는 횡령죄설과 ② 부동산실명법에 위반한 명의신탁약정은 무효이고 이에 기한 물권변동은 민법상의 불법원인급여이며 수탁부동산의 소유권은 수탁자에게 귀속되므로 횡령죄가 성립하지 않는다는 무죄설이 대립하고, 최근 판례는 횡령죄설의 입장에서 무죄설로 그 견해를 변경하면서 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 존재하는 사실상의 위탁관계는 형법상 보호할 만한 가치 있는 신임에 의한 것이 아닐 뿐만 아니라, 명의수탁자가 명의신탁자에 대한 관계에서 '타인의 재물을 보관하는 자'의 지위에 있다고 볼 수도 없다고 판시하였다(2016도18761). 생각건대, 횡령죄의 본질이 신임관계에 기초하여 위탁된 타인의 물건을 위법하게 영득하는 데 있음에 비추어 볼 때 무죄설이 타당하다.

**판례 정리** • [1] 형법 제355조 제1항이 정한 횡령죄에서 보관이란 위탁관계에 의하여 재물을 점유하는 것을 뜻하므로 횡령죄가 성립하기 위하여는 재물의 보관자와 재물의 소유자(또는 기타의 본권자) 사이에 법률상 또는 사실상의 위탁관계가 존재하여야 한다. 이러한 위탁관계는 사용대차·임대차·위임 등의 계약에 의해서뿐만 아니라 사무관리·관습·조리·신의칙 등에 의해서도 성립될 수 있으나, 횡령죄의 본질이 신임관계에 기초하여 위탁된 타인의 물건을 위법하게 영득하는 데 있음에 비추어 볼 때 위탁관계는 횡령죄로 보호할 만한 가치 있는 신임에 의한 것으로 한정함이 타당하다. [2] (중략) 부동산실명법의 명의신탁관계에 대한 규율 내용 및 태도 등에 비추어 보면, 부동산실명법을 위반하여 명의신탁자가 그 소유인 부동산의 등기명의를 명의수탁자에게 이전하는 이른바 양자간 명의신탁의 경우, 계약인 명의신탁약정과 그에 부수한 위임약정, 명의신탁약정을 전제로 한 명의신탁 부동산 및 그 처분대금 반환약정은 모두 무효이다. 나아가 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 무효인 명의신탁약정 등에 기초하여 존재한다고 주장될 수 있는 사실상의 위탁관계라는 것은 부동산실명법에 반하여 범위를 구성하는 불법적인 관계에 지나지 아니할 뿐 이를 형법상 보호할 만한 가치 있는 신임에 의한 것이라고 할 수 없다. 명의수탁자가 명의신탁자에 대하여 소유권이전등기말소 의무를 부담하게 되나, 위 소유권이전등기는 처음부터 원인무효여서 명의수탁자는 명의신탁자가 소유권에 기한 방해배제청구로 말소를 구하는 것에 대하여 상대방으로서 응할 처지에 있음에 불과하다. 명의수탁자가 제3자와 한 처분행위가 부동산실명법 제4조 제3항에 따라 유효하게 될 가능성이 있다고 하더라도 이는 거래 상대방인 제3자를 보호하기 위하여 명의신탁약정의 무효에 대한 예외를 설정한 취지일 뿐 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 위 처분행위를 유효하게 만드는 어떠한 위탁관계가 존재함을 전제한 것이라고는 볼 수 없다. 따라서 말소등기 의무의 존재나 명의수탁자에 의한 유효한 처분가능성을 들어 명의수탁자가 명의신탁자에 대한 관계에서 '타인의 재물을 보관하는 자'의 지위에 있다고 볼 수도 없다. 그러므로 부동산실명법을 위반한 양자 간 명의신탁의 경우 명의수탁자가 신탁받은 부동산을 임의로 처분하여도 명의신탁자에 대한 관계에서 횡령죄가 성립하지 아니한다. 이러한 법리는 부동산 명의신탁이 부동산실명법 시행 전에 이루어졌고 같은 법이 정한 유예기간 이내에 실명등기를 하지 아니함으로써 그 명의신탁약정 및 이에 따라 행하여진 등기에 의한 물권변동이 무효로 된 후에 처분행위가 이루어진 경우에도 마찬가지로 적용된다 (대판 2021.2.18. 2016도18761).