

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2009도5786 가. 사기미수
나. 공정증서원본불실기재
다. 불실기재공정증서원본행사
라. 사문서변조
마. 변조사문서행사

피 고 인 **피고인 1 외 1인**

상 고 인 피고인들 및 검사(피고인들에 대하여)

원 심 판 결 서울남부지방법원 2009. 6. 5. 선고 2009노81 판결

판 결 선 고 2012. 4. 26.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울남부지방법원 합의부에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 피고인들의 상고이유에 대하여

가. 증거의 취사선택과 사실의 인정은 논리와 경험칙에 반하지 않는 한 사실심의 전권에 속하는 것인데, 기록에 비추어 살펴보아도 원심이 피고인들이 허위의 채권을 가장하여 법원을 기망하여 배당을 받으려 하였다는 등 그 판시와 같은 사정을 들어 피고인들에 대한 사기미수의 공소사실을 유죄로 인정한 데에 논리와 경험칙에 반하고 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없으므로, 그에 관한 주장은 적법한 상고이유가 되지 못한다.

나. 기록에 의하면, **피고인 2**는 사문서변조 및 변조사문서행사의 공소사실을 유죄로 인정한 제1심판결에 대하여 항소를 제기하지 아니하였음을 알 수 있는바, 이러한 경우가 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결에 범리오해의 위법이 있다는 취지의 주장은 적법한 상고이유가 되지 못한다.

2. 검사의 상고이유에 대하여

가. 형법 제228조 제1항의 공정증서원본불실기재죄는 공무원에 대하여 진실에 반하는 허위신고를 하여 공정증서원본 또는 이와 동일한 전자기록 등 특수매체기록에 실체관계에 부합하지 않는 불실의 사실을 기재 또는 기록하게 함으로써 성립한다. 그런데 발행인과 수취인이 통모하여 진정한 어음채무의 부담이나 어음채권의 취득에 관한 의사 없이 단지 발행인의 채권자로부터 채권의 추심이나 강제집행을 받는 것을 회피하기 위하여 형식적으로만 약속어음의 발행을 가장한 경우 이러한 어음발행행위는 통정허위표시로서 무효이므로(대법원 1996. 8. 23. 선고 96다18076 판결, 대법원 2005. 4. 15. 선고 2004다70024 판결 등 참조), 이와 같이 발행인과 수취인 사이에 통정허위표시로서 무효인 어음발행행위를 공증인에게는 마치 진정한 어음발행행위가 있는 것처럼 허위로

신고함으로써 공증인으로 하여금 그 어음발행행위에 대하여 집행력 있는 어음공정증서 원본을 작성케하고 이를 비치하게 하였다면, 이러한 행위는 공정증서원본불실기재 및 불실기재공정증서원본행사죄에 해당한다고 봄이 상당하다(대법원 2007. 7. 12. 선고 2007도3005 판결 등 참조).

나. 원심은, **피고인 1**이 **피고인 2**에 대하여 아무런 채무를 부담하고 있지 않는데도 그 정을 모르는 공증인으로 하여금 액면 3억 원의 약속어음을 허위로 공증하게 하고 이를 그 사무실에 비치하게 하였다는 취지의 공소사실에 대하여, 피고인들 사이에 약속어음의 원인채무관계가 존재하지 않는다는 이유만으로 약속어음이 허위라고 할 수는 없다고 전제한 다음, 피고인들이 그들의 의사에 따라 실제로 위 약속어음을 작성하고 공증인이 피고인들의 촉탁에 따라 위 약속어음이 진정하게 발행·교부되었음을 확인한 이상 위 약속어음 발행의 원인이 되는 채권이 존재하지 않았다고 하여 위 공정증서가 증명하는 사항이 불실기재되었다고 볼 수는 없다고 보아, 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

그러나 원심의 판단은 다음과 같은 이유로 수긍하기 어렵다.

원심이 인정한 사실과 그 채택 증거들에 의하면, 피고인들 사이에 이 사건 약속어음 발행의 원인이 된 채권·채무가 존재하지 않았음은 물론이지만, 무엇보다 피고인들은 공증인에게 이 사건 어음공정증서의 작성을 촉탁함에 있어, 피고인들 사이에 진정으로 약속어음을 발행할 의사 없이 통모하여 마치 진정한 약속어음을 발행하는 것처럼 가장함으로써 이에 대한 어음공정증서의 작성을 촉탁하였고, 그에 따라 공증인으로 하여금 이 사건 어음공정증서를 작성하게 하여 그 원본을 비치하게 한 사실(그 후 피고인들은 **피고인 1**의 채권자인 **공소외인**이 채권배당절차에서 배당을 받지 못하도록 이 사건 어

음공정증서를 집행권원으로 신청하여 채권압류 및 추심명령을 받음으로써 배당법원으로부터 배당을 받으려 하였다)을 알 수 있다.

앞서 본 법리에 의하면 피고인들의 어음발행행위는 통정허위표시로서 무효이므로, 이러한 무효인 어음발행행위에 대하여 공증인으로 하여금 어음공정증서원본을 작성하고 비치하게 한 것은 공정증서원본불실기재 및 불실기재공정증서원본행사죄에 해당한다고 할 것이다.

이와 달리 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결에는 어음공정증서원본불실기재등 죄에 관한 법리를 오해한 위법이 있고, 이를 지적하는 상고이유는 이유있다.

3. 파기의 범위

수개의 범죄사실에 대하여 항소심이 일부는 유죄, 일부는 무죄의 판결을 하고 그 판결에 대하여 피고인 및 검사 쌍방이 상고를 제기하였으나 유죄부분에 대한 피고인의 상고는 이유 없고 무죄부분에 대한 검사의 상고만 이유 있는 경우, 항소심이 유죄로 인정한 죄와 무죄로 인정한 죄가 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있다면 항소심판결의 유죄부분도 무죄부분과 함께 파기되어야 하므로(대법원 2000. 11. 28. 선고 2000도 2123 판결, 대법원 2009. 2. 12. 선고 2007도2733 판결 등 참조), 이 사건에서 원심판결의 무죄부분과 유죄부분은 전부 파기될 수 밖에 없다.

4. 결론

그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 이상훈 _____

주 심 대법관 전수안 _____

 대법관 양창수 _____

 대법관 김용덕 _____