

# 대 법 원

## 제 1 부

### 판 결

사 건	2005도9268	가. 부정수표단속법위반 나. 사기 다. 자격모용사문서작성 라. 자격모용작성사문서행사 마. 사기미수 바. 사문서위조 사. 위조사문서행사 아. 공문서위조 자. 위조공문서행사 차. 조세범처벌법위반
피 고 인	피고인	
상 고 인	피고인 및 검사	
변 호 인	변호사 최철	
원 심 판 결	서울남부지방법원	2005. 11. 4. 선고 2004노1716-1, 2005노747(병합), 2005노1459(병합) 판결
판 결 선 고	2006. 4. 13.	

### 주 문

원심판결 중 2000. 9. 8.자 자격모용사문서작성 및 같은 날 자격모용작성사문서행사의 점에 대한 무죄 부분을 제외한 나머지 부분을 모두 파기하고, 그 부분 사건을 서울남

부지방법원 합의부에 환송한다.

검사의 나머지 상고를 기각한다.

## 이 유

### 1. 피고인의 상고이유에 대하여 판단한다.

#### 가. 채증법칙위반 등 주장에 대하여

주식회사의 적법한 대표이사가 그 명의로 수표를 발행한 이상 아직 당좌계정상 대표이사 명의변경절차를 밟지 않은 상태라고 하더라도 수표 발행의 효력에는 아무런 영향이 없다. 원심의 채용 증거들을 기록에 비추어 살펴보면, 피고인은 공소외 1 주식회사의 적법한 대표이사로 선임된 공소외 2와 공모하여 그 명의로 수표를 발행하였고 그 후 당좌계정상 대표이사 명의변경절차까지 이루어졌음에도 불구하고 거래정지를 이유로 위 수표들이 지급되지 아니하게 한 사실이 인정되므로, 원심이 이에 대하여 부정수표단속법 제2조 제2항의 죄책을 인정한 것은 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같이 채증법칙을 위반하여 사실을 잘못 인정한 위법이나 부정수표단속법위반죄에 관한 법리를 오해한 위법 등이 있다고 볼 수 없다.

그 밖에 원심의 채용 증거들을 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 피고인에 대한 판시 공소외 3 주식회사 명의 수표 발행으로 인한 부정수표단속법위반죄, 2000. 9. 9.자 자격모용사문서작성죄와 같은 날 자격모용작성사문서행사죄 및 휴대전화 관련 사기죄, 위조사문서행사죄 및 그로 인한 사기미수죄, 공소외 1 주식회사 명의 세금계산서 발행으로 인한 조세범처벌법위반죄, 위조공문서행사죄 및 그로 인한 사기미수죄 등의 각 공소사실을 모두 유죄로 인정한 것은 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같이 채증법

칙을 위반하여 사실을 잘못 인정한 위법이나 법리를 오해한 위법 등이 있다고 볼 수 없다.

나. 판결 선고 전 구금일수 산입에 관한 법리오해 주장에 대하여

판결 선고 전 구금일수를 전부 산입할 것인가 또는 그 일부만을 산입할 것인가의 여부는 판결 법원의 자유재량에 속하는 것이므로, 항소심이 제1심판결을 파기하고 새로이 형을 선고함에 있어서 제1심판결 선고 전의 구금일수 중 일부를 본형에 산입하지 않았다고 하더라도 이를 위법하다 할 수 없다(대법원 1997. 10. 10. 선고 97도2109 판결 참조).

따라서, 원심이 3건의 제1심판결을 병합하여 심리한 다음 3건의 제1심판결 중 각 유죄부분을 파기하고 새로이 형을 선고함에 있어 제1심판결 선고 전의 구금일수 중 일부를 본형에 산입하지 않았다고 하여 이를 위법하다 할 수 없다. 원심판결에는 상고이유의 주장과 같이 판결 선고 전 구금일수 산입에 관한 법리를 오해한 위법 등이 없다.

2. 검사의 상고이유에 대하여 판단한다.

가. 2000. 9. 8.자 자격모용사문서작성 및 자격모용작성사문서행사의 점에 대하여

원심의 채용 증거들을 기록에 비추어 살펴보면, 2000. 9. 8.자 LG019PCS 가입계약서 및 단말기할부매매계약서가 공소외 4를 본인으로 하고 피고인을 대리인으로 하여 작성되었음에 대한 입증이 부족하므로, 원심이 같은 이유로 피고인에 대한 이 부분 공소사실에 대하여 그 증명이 없음을 이유로 무죄를 선고한 것은 정당한 사실인정과 판단으로 수긍이 간다. 원심판결에는 이에 관하여 상고이유의 주장과 같이 채증법칙을 위반하여 사실을 잘못 인정한 위법이나 법리를 오해한 위법 등이 없다.

나. 사문서위조의 점에 대하여

(1) 이 부분 공소사실의 요지는, 「피고인이 공소외 5와 공모하여 2001. 9.경 군포시 (이하 지번 생략) 소유자 공소외 6을 매도인으로 하고 공소외 5를 매수인으로 하여 위 토지에 관한 매매계약을 내용으로 하는 부동산매매계약서 1장을 위조하였다」는 것이다.

원심은, 공범 공소외 5의 일관된 진술 등에 의하면 피고인이 위조된 위 부동산매매 계약서 행사 및 이를 통하여 국민은행으로부터 대출금을 편취하려 한 사기미수 범행에 가담한 사실은 인정된다고 하여 그 부분은 유죄로 인정하면서도, 「피고인이 위 부동산매매계약서를 위조하였다고 볼 증거는 부족하다」는 이유로 사문서위조의 점에 대하여는 무죄를 선고하였다.

(2) 그러나, 원심의 판단은 아래와 같은 이유에서 수긍할 수 없다.

(가) 먼저, 원심이 적법하게 채용한 증거들을 기록에 비추어 살펴보면 아래 사실을 인정할 수 있다.

피고인은 이 사건 이전에도 토지 소유자의 주민등록증, 인감증명서, 근저당권설정계약서 등을 위조하여 무효의 근저당권을 설정해 주고 그 대가로 거액을 편취하는 등 이 사건과 같은 유형의 범행을 저질러 수회 처벌받은 전력이 있다. 공소외 5는 공소외 7의 소개로 은행 대출을 받아 줄 사람을 찾고 있다는 피고인을 만나게 되었는데, 당시 공소외 8이 대표이사로 피고인이 기획실장으로 있던 공소외 9 주식회사는 경리 여직원까지 포함하여 불과 6명 정도로 구성된 작은 회사로 실질적인 가치 있는 자산이나 경영실적 혹은 자금여력이 전혀 없었고 피고인을 비롯한 그 임·직원들도 신용불량 상태 등으로 자금여력이 전혀 없어, 위 회사나 그 임·직원들이 공소외 6으로부터 그 소유 토지를 매수한다는 것은 불가능한 상황이었다.

피고인은 공소외 5에게 공소외 5 명의로 토지를 구입하여 은행에서 대출을 받을 것 인데 도와주면 거액의 사례금을 줄테니 해외로 피신하라고 제의하여 공소외 5의 승낙 을 받았고, 피고인이 공소외 5의 인적사항을 공소외 8에게 전달하자 공소외 8은 이를 이용하여 공소외 5를 매수인, 공소외 6을 매도인으로 한 이 사건 부동산매매계약서를 위조하였다. 피고인은 위조된 부동산매매계약서를 이용하여 국민은행으로부터 2억 원 을 대출받으려다 미수에 그쳤고, 공소외 5는 위 범행으로 사문서위조죄 등에 관해 피 고인과의 공범으로 인정되어 유죄판결이 확정되었다.

(나) 위 인정사실에 의하면, 피고인이 공소외 8, 공소외 5와 공모하여 공소외 6 명의 의 부동산매매계약서를 위조한 사실은 충분히 인정된다.

아울러 기록에 의하면, 공소외 8은 제1심법원 제17회 공판기일에 증인으로 출석하여, ‘공소외 9 주식회사에 들어가서 피고인과 함께 근무하면서 은행을 상대로 담보작업을 하여 대출받아 보려고 하였는데 피고인이 그렇게 쓸 수 있는 담보가 있다고 하여 송반 장이라는 사람에게 부탁하여 이 사건 부동산매매계약서를 만들어달라고 하였다’는 내 용의 진술을 하여, 피고인과 더불어 이 사건 부동산매매계약서를 위조하였다는 사실을 대체로 시인한 바 있다. 그런데도 원심이 이 부분 공소사실에 대한 입증이 부족하다고 판단하면서 공소외 8의 이러한 법정진술을 배척하는 취지나 그 이유를 전혀 밝히지 않 은 것은 적절한 조치라 보기 어렵다. 물론 공소외 8은 위에서 본 진술과 더불어, ‘이 사건 부동산매매계약서를 들고 대출을 받기 위해 은행에 가기 전까지는 위조사실을 몰 랐고 그것은 피고인도 마찬가지였을 것이다’라거나 ‘이 사건 부동산매매계약서는 피고 인이 들고 가져와서 보게 되었다’거나 ‘피고인과 저는 중간역할을 했을 뿐이고 뒤에 확 인해보니 송반장이라는 사람이 따로 위조한 것을 알게 되었다’는 등의 진술도 하였으

나, 이는 자신이 한 앞서의 진술과 모순되거나 서로 어긋나는 내용일 뿐만 아니라 위에서 본 바와 같이 원심이 적법하게 채용한 다른 증거들에 의해 인정되는 사실과도 배치되는 것이어서 쉽사리 믿기 어렵다.

또한 피고인은 '공소외 9 주식회사의 직원으로 일하던 중 대표이사 공소외 8이 군포시에 있는 땅을 매입하였으니 이를 담보로 대출받을 사람을 찾아보라고 하여 공소외 5를 물색하여 그 승낙을 받았고, 공소외 8이 작성하여 건네 준 매매계약서가 진정하게 작성된 것인 줄 알고 대출에 관여하였다가 뒤늦게 매매계약서가 위조된 것인지 알았다'고 주장한다. 그러나, 그 주장 자체에 의하더라도 피고인이 공소외 5를 물색하여 그 인적사항을 공소외 8에게 전달함으로써 이 사건 매매계약서가 비로소 작성된 사실이 분명히 나타나는 바이고, 한편 공소외 8이 이 사건 토지를 공소외 6로부터 실제 매입한 줄 알았다는 피고인의 변명은 앞서 본 위 회사와 그 임·직원들의 재력 상황에 비추어 도저히 믿을 수 없다.

(다) 법원은 심리의 경과에 비추어 피고인의 방어권행사에 실질적인 불이익을 초래할 염려가 없다고 인정되는 때에는 공소장이 변경되지 않았더라도 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내에서 직권으로 공소사실과 다른 범죄사실을 인정할 수 있고, 이와 같은 경우 공소가 제기된 범죄사실과 대비하여 볼 때 실제로 인정되는 범죄사실의 사안이 중대하여 공소장이 변경되지 않았다는 이유로 이를 처벌하지 않는다면 적정절차에 의한 신속한 실체적 진실의 발견이라는 형사소송의 목적에 비추어 현저히 정의와 형평에 반하는 것으로 인정되는 경우라면 법원으로서도 직권으로 그 범죄사실을 인정하여야 한다(대법원 2003. 5. 13. 선고 2003도1366 판결 등 참조).

비록 이 부분 공소사실에 이 사건 부동산매매계약서를 위조한 공소외 8이 공범으로

함께 기재되어 있지 않다고 하더라도, 기록에 의하면 이 사건 수사 및 공판 과정에서 피고인은 공소외 8의 지시로 공소외 5를 물색하여 그 인적사항을 공소외 8에게 전달해 준 사실 관계는 대체로 인정하면서 실제 매매계약서를 위조한 것은 공소외 8이라고 계속 주장해 왔고, 이와 관련하여 공소외 8에 대한 이 부분 공소사실 관련 수사기록이 현출되고 제1심 법정에서의 공소외 8의 진술이 이루어짐에 따라 앞서 본 바와 같이 피고인이 공소외 8과 공모하여 이 사건 매매계약서를 위조한 사실이 밝혀지게 되었음을 알 수 있다. 그렇다면 이 사건 공판 과정에서의 피고인의 주장 내용은 요컨대 위 매매계약서를 위조한 것은 공소외 8의 단독 범행이고 피고인이 이에 가담한 것이 아니라는 취지로서 공소외 8과의 공모여부를 다투어왔던 셈이고, 그에 따라 이루어진 위와 같은 입증 경과 및 심리 결과 등을 종합적으로 고려해 볼 때, 공소장변경 없이 직권으로 피고인이 공소외 8과 공모하여 이 사건 부동산매매계약서를 위조한 공동정범이라고 인정한다고 하더라도 피고인의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래할 염려는 없다고 할 것이다. 또한 위와 같은 상황에서 이 부분 공소사실에 공소외 8이 공범으로 기재되어 있지 않다는 이유만으로 피고인을 처벌하지 않는다면 이는 형사소송의 목적에 비추어 현저히 정의와 형평에 반한다 할 것이다.

(3) 따라서, 원심으로서는 따로 공소장변경절차 없이도 직권으로 피고인이 공소외 8, 공소외 5와 공모하여 이 사건 부동산매매계약서를 위조하였다고 인정하였어야 할 것임에도 불구하고 이에 이르지 아니한 채 만연히 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고하고 말았으니, 원심판결에는 채증법칙을 위배하여 사실을 잘못 인정하였거나 공소장변경절차 없이 심판할 수 있는 범위에 관한 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

다. 공문서위조의 점에 대하여

(1) 이 부분 공소사실의 요지는, 「피고인이 공소외 10, 공소외 11, 공소외 8과 공모하여 2001. 9.경 공소외 11이 인천 서구 (이하 지번 생략) 등 토지의 소유자인 공소외 12 등을 상대로 제기한 소유권이전등기절차이행 청구소송의 승소판결문정본, 송달증명원, 확정증명원 등을 위조하였다」는 것이다.

원심은, 공범 공소외 10, 공소외 8의 진술 등에 의하면 피고인이 위조된 위 판결문정본 등 행사 및 이를 통하여 사회복지법인 (법인명 생략)으로부터 사례금을 편취하려 한 사기미수 범행에 가담한 사실은 인정된다고 하여 그 부분은 유죄로 인정하면서도, 「피고인이 위 판결문정본 등 위조 범행에까지 가담하였다고 볼 증거는 부족하다」는 이유로 공문서위조의 점에 대하여는 무죄를 선고하였다.

(2) 그러나, 원심의 판단은 아래와 같은 이유에서 수긍할 수 없다.

(가) 먼저, 원심이 적법하게 채용한 증거들을 기록에 비추어 살펴보면 아래 사실을 인정할 수 있다.

앞서 본 바와 같이 피고인은 이 사건과 같은 유형의 범행을 저질러 수회 처벌받은 전력이 있는데, 이 사건 판결문정본 등은 앞서 본 공소외 6 명의의 부동산매매계약서와 마찬가지로 2001. 9.경 피고인이 기획실장으로 있던 공소외 9 주식회사의 대표이사 공소외 8에 의하여 위조되었다. 공소외 11은 대출 명의를 빌려주면 사례를 하겠다는 공소외 8, 공소외 10, 피고인의 제의로 이 사건 판결문정본 위조 등 범행에 가담하게 되었고, 피고인은 직접 이 사건 토지를 답사하여 현황과 시세 등을 확인하기까지 하였다. 이 사건 판결문정본 위조 등 범행에 관한 위 4명의 모의는 주로 공소외 9 주식회사 사무실에서 이루어졌는데 처음에는 이 사건 판결문정본 등을 위조하여 대출금을 편



취하기 위해 국민은행 본점을 방문하였다가 실패하자 공소외 10이 아는 사람을 통하여 사회복지법인 (법인명 생략)과 접촉하면서 이 사건 사기미수 범행에 이르게 되었으며, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 8은 위 범행으로 공문서위조죄 등에 관해 피고인과의 공범으로 인정되어 유죄판결이 확정되었다.

(나) 위 인정사실에 의하면, 피고인이 공소외 10, 공소외 11, 공소외 8과 공모하여 이 사건 판결문정본 등을 위조한 사실은 충분히 인정된다.

원심의 지적처럼 이 사건 판결문정본 위조 등 범행을 누가 주도하였는지, 판결문정본 등을 실제로 누가 위조하였는지에 대한 공범들의 진술이 다소 불분명한 것은 사실이다.

그러나, 이 사건 판결문정본 등을 위조하여 금원을 편취하자는 범행을 피고인을 포함한 4명이 사전에 모의하고 진행하였다는 점에 대하여는 공소외 10, 공소외 11, 공소외 8의 검찰 및 제1심 법정에서의 진술이 대체로 일관되어 있으며 특별히 그 신빙성을 의심할 만한 정황은 보이지 않는다. 이 부분 공소사실과 관련하여, 공소외 11, 공소외 8은 제1심 법정에서 피고인이 이 사건에 적극적으로 가담하지는 않았으면서 전체적으로 피고인에게 유리한 내용으로 진술하면서도 피고인이 판결문정본 등을 위조하여 금원을 편취하려는 이 사건 범행에 처음부터 가담하여 함께 모의한 사실 자체를 부인하지 않았고, 공소외 10도 제1심 법정에서 피고인이 이 사건 범행에 관여하였는지에 대하여는 잘 모르겠지만 피고인을 공소외 9 주식회사에서 3-4번 본 것은 분명하다고 진술한 바 있다. 원심이 위 각 진술들을 포함한 공범들의 검찰 및 제1심 법정에서의 각 진술에 기초하여 피고인이 공범들과 공모하여 위조된 판결문정본 등을 행사하여 금원을 편취하려 하였다는 공소사실 부분을 모두 유죄로 인정하면서도, 판결문정본 등 위

조 행위를 공모하였다는 부분의 증명력만을 배척한 것은 납득하기 어렵다. 원심이 지적하는 사정은 공범들끼리 서로 자신이 범행을 주도한 것이 아니라면서 책임을 미루는 과정에서 생긴 지엽적인 진술의 차이에 불과할 뿐, 피고인이 판결문정본 등을 위조하는 범행을 함께 모의한 사실 자체를 배척할만한 사정이라고 보기 어렵기 때문이다.

또, 피고인은 ‘당시 공소외 9 주식회사 기획실장으로 일하면서 공소외 8의 지시로 내막은 모르는 상태에서 이 사건 토지를 답사한 것은 사실이나, 이 사건 판결문정본 위조 등 범행은 공소외 8, 공소외 10, 공소외 11이 저지른 것이고 피고인은 가담한 사실이 없다’고 주장하나, 피고인도 처음부터 판결문정본 등 위조를 포함한 범행 전부를 모의하였다는 공범들의 진술이나, 앞서 본 공소외 9 주식회사의 규모, 위 회사와 그 임·직원들의 재정 상황, 이 사건 판결문정본 위조 범행과 같은 시기, 장소에서 같은 방법으로 이루어진 공소외 6 명의 부동산매매계약서 위조 범행에서 나타난 피고인의 역할과 구체적인 행동 등을 고려하면 위와 같은 주장은 도저히 믿을 수 없다.

(3) 따라서, 원심이 이 부분 공소사실에 대하여 그 입증이 충분하지 않다는 이유로 무죄를 선고한 것은 채증법칙을 위배하여 사실을 잘못 인정함으로써 판결에 영향을 미친 위법을 범한 것이다.

### 3. 파기의 범위

앞서 본 바와 같이, 원심판결 중 사문서위조죄 및 공문서위조죄 무죄부분에 대한 검사의 상고는 정당하고, 피고인의 유죄 부분에 대한 상고 및 검사의 2000. 9. 8.자 자격모용사문서작성죄 및 같은 날 자격모용작성사문서행사죄 무죄부분에 대한 상고는 모두 받아들일 수 없는 것이나, 함께 공소제기된 이 사건 각 공소사실 중 결국 유죄로 인정되는 부분에 대하여는 하나의 형이 선고되어야 할 것이므로, 원심판결 중 유죄 부분은

위 사문서위조죄 및 공문서위조죄 무죄부분과 함께 파기하여 다시 심리하도록 한다(한편, 원심은 판시 각 조세범처벌법위반 행위에 대하여 2004. 12. 31. 법률 제7321호로 개정된 현행 조세범처벌법 제11조의2 제1항 제1호 내지 제4항을 각 적용하여 처벌하였다. 그러나 현행 조세범처벌법 부칙 제1항은 ‘이 법은 2005년 1월 1일부터 시행한다.’고 하고, 제2항은 ‘제11조의2 제1항 내지 제4항의 개정규정은 이 법 시행 후 최초로 제출 또는 교부하거나 교부받는 분부터 적용한다.’고 하며, 현행 조세범처벌법 제11조의2와 개정 전의 조세범처벌법 제11조의2를 비교하면 제1항의 법정형은 동일하고 제4항의 법정형은 더 중하게 변경되었으므로, 현행 법 시행 이전에 이루어진 이 사건 각 세금계산서 교부행위에 대하여는 현행 법으로 개정되기 전의 조세범처벌법 제11조의2 제1항 혹은 제4항을 적용하여야 할 것이다. 원심은 이를 간과하고 현행 법을 그대로 적용하였으나, 환송 후 유죄 부분을 다시 심판함에 있어서는 이 부분을 바로 잡을 필요가 있다).

#### 4. 결론

그러므로, 원심판결 중 2000. 9. 8.자 자격모용사문서작성 및 같은 날 자격모용작성사 문서행사의 점에 대한 무죄 부분을 제외한 나머지 부분을 모두 파기하여 그 부분 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하고, 검사의 나머지 상고를 기각하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장            대법관            고현철 \_\_\_\_\_

대법관      강신욱      \_\_\_\_\_

대법관      양승태      \_\_\_\_\_

주    심      대법관      김지형      \_\_\_\_\_