

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건 2023도10718 공문서위조(예비적 죄명 허위공문서작성)  
피 고 인 피고인  
상 고 인 검사  
변 호 인 변호사 이강우  
환 송 판 결 대법원 2022. 9. 29. 선고 2022도1610 판결  
원 심 판 결 대구지방법원 2023. 7. 12. 선고 2022노3744 판결  
판 결 선 고 2023. 12. 28.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 대구지방법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 공소사실의 요지

가. 주위적 공소사실

피고인은 상주시 ○○동 △△센터에서 기간제 계약직 직원으로 근무하면서 □□계장

인 공소외 1이 담당하는 인감증명서 발급 등 각종 주민등록 보조 업무를 담당한 사람으로 인감증명서 발급 권한이 없었다.

피고인은 2017. 9. 26. 위 ○○동 △△센터에서 공소외 2의 부탁을 받고 공소외 3이 방문하지 않았음에도 마치 공소외 3이 직접 방문하여 발급 신청한 것처럼 인감증명서 발급대장의 '인감신고인' 란에 "공소외 3"과 그의 인적사항을 기재하고 '대리인' 란에 "본인"이라고 기재하고, 인감증명서의 우측 상단 '본인' 란에 "○"표시를 한 뒤 공소외 2에게 발급해주었다.

이로써 피고인은 공소외 2와 공모하여 행사할 목적으로 공문서인 인감증명서 발급대장과 상주시 ○○동장 명의로 된 공소외 3의 인감증명서 1통을 위조하였다.

#### 나. 예비적 공소사실

피고인은 상주시 ○○동 △△센터에서 기간제 계약직 직원으로 근무하면서 □□계장인 공소외 1이 담당하는 인감증명서 발급 등 각종 주민등록 보조 업무를 담당한 사람이다.

피고인은 2017. 9. 26. 위 ○○동 △△센터에서 공소외 2의 부탁을 받고 마치 공소외 3이 직접 방문하여 발급 신청한 것처럼 인감증명서의 우측 상단 '본인' 란에 "○"표시를 한 뒤 공소외 2에게 발급해주었다.

이로써 피고인은 공소외 2와 공모하여 행사할 목적으로 그 직무에 관하여 공문서인 인감증명서를 허위로 작성하였다.

## 2. 소송의 경과

기록에 의하면 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

가. 검사는 공소장에 주위적 공소사실과 같은 공소사실을 기재하여 공소를 제기하였

다.

나. 환송 전 원심은 예비적 공소사실을 추가하는 검사의 공소장변경허가신청을 허가한 후, 피고인이 인감증명서 발급 권한이 있었던 것으로 보인다는 이유로 주위적 공소사실은 이유에서 무죄로 판단하고, 예비적 공소사실을 유죄로 판단하였다.

다. 환송 전 원심판결의 유죄 부분에 대하여 피고인만 상고하였다. 이에 따라 환송 전 원심판결 중 '인감증명서 발급대상'에 관한 무죄부분은 분리·확정되었다.

라. 대법원은, 피고인이 형법상 공무원에 해당하는지, 신분상 공무원이 아니더라도 허위공문서작성죄 등으로 처벌할 수 있는 특별규정이 있는지 등에 관하여 심리하지 않고 예비적 공소사실을 유죄로 판단한 환송 전 원심에는 허위공문서작성죄의 성립에 관한 법리오해나 심리미진의 위법이 있다고 판단하면서, 환송 전 원심판결 중 인감증명서 부분 전부를 파기환송하였다.

마. 그런데 원심은, '주위적 공소사실'에 대하여는 이미 심판대상에서 벗어나 이를 심리·판단하여 유죄를 선고할 수 없다는 이유로 환송 전 원심의 판단을 그대로 유지하고, '예비적 공소사실'에 대하여는 피고인이 형법상 공무원이 아니므로 범죄가 되지 아니하거나 범죄의 증거가 없다는 이유로 무죄로 판단하면서, 검사의 항소를 기각하였다.

### 3. 대법원의 판단

가. 원래 주위적·예비적 공소사실의 일부에 대한 상고제기의 효력은 나머지 공소사실 부분에 대하여도 미치는 것이고, 동일한 사실관계에 대하여 서로 양립할 수 없는 적용법조의 적용을 주위적·예비적으로 구하는 경우에는 예비적 공소사실만 유죄로 인정되고 그 부분에 대하여 피고인만 상고하였다고 하더라도 주위적 공소사실까지 함께 상고심의 심판대상에 포함된다(대법원 2006. 5. 25. 선고 2006도1146 판결 참조). 이때

상고심이 예비적 공소사실에 대한 원심판결이 잘못되었다는 이유로 원심판결을 전부 파기환송한다면, 환송 후 원심은 예비적 공소사실은 물론 이와 동일체 관계에 있는 주위적 공소사실에 대하여도 이를 심리·판단하여야 한다.

나. 앞서 본 사실관계를 위 법리에 비추어 보면 다음과 같이 판단할 수 있다.

1) 검사는 '피고인이 인감증명서를 작성하여 발급하였다'는 동일한 사실관계에 대하여 주위적으로는 형법 제225조, 예비적으로는 형법 제227조의 적용을 구하였고, 위와 같은 적용법조들은 서로 양립할 수 없다. 대법원은 예비적 공소사실에 대한 환송 전 원심판결이 잘못되었다는 이유로 이를 전부 파기환송하였으므로, 원심으로서도 주위적 공소사실에 대하여 이를 심리·판단한 후, 주위적 공소사실을 유죄로 판단하지 않는 경우에 한하여 예비적 공소사실을 심리·판단하였어야 한다.

2) 그럼에도 원심은 위 인감증명서 발급에 관한 주위적 공소사실에 대하여 실질적인 심리·판단을 하지 않은 채 환송 전 원심의 판단을 유지하고, 예비적 공소사실에 대한 판단으로 나아가 이를 무죄로 판단하였다.

3) 이러한 원심 판단에는 파기환송 후 항소심의 심판대상에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 검사의 상고이유 주장은 이유 있다.

#### 4. 결론

원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

