

## 모해증거위조·모해위조증거사용·허위공문서작성·허위작성공문서행사·

### 사문서위조·위조사문서행사

[대법원 2015. 10. 29. 2015도9010]



#### 【판시사항】

- [1] 허위공문서작성죄에서 '직무에 관한 문서'의 의미 및 구체적인 행위가 공무원의 직무에 속하는지 판단하는 기준
- [2] 허위공문서작성죄에서 '허위'의 의미 및 허위의 인식 정도
- [3] 하관에게 상관의 위법 내지 불법한 명령에 따라야 할 의무가 있는지 여부(소극)
- [4] 증거위조죄에서 '증거', '위조' 및 '타인의 형사사건 등에 관한 증거를 위조한다'는 것의 의미
- [5] 참고인이 타인의 형사사건 등에서 직접 진술 또는 증언하는 것을 대신하거나 진술 등에 앞서 허위의 사실확인서나 진술서를 작성하여 수사기관 등에 제출하거나 제3자에게 교부하여 제3자가 이를 제출한 것이 증거위조죄를 구성하는지 여부(소극)

#### 【참조조문】

- [1] 형법 제227조
- [2] 형법 제227조
- [3] 형법 제12조, 제227조
- [4] 형법 제155조 제1항
- [5] 형법 제155조 제1항

#### 【참조판례】

- [1] 대법원 1995. 4. 14. 선고 94도3401 판결(공1995상, 1914), 대법원 2009. 9. 24. 선고 2007도4785 판결 /
- [2] 대법원 2013. 10. 24. 선고 2013도5752 판결 /
- [3] 대법원 1999. 4. 23. 선고 99도636 판결(공1999상, 1100), 대법원 2013. 11. 28. 선고 2011도5329 판결 /
- [4]
- [5] 대법원 2011. 7. 28. 선고 2010도2244 판결 /
- [4] 대법원 1995. 4. 7. 선고 94도3412 판결(공1995상, 1909), 대법원 2007. 6. 28. 선고 2002도3600 판결(공2007하, 1195)

#### 【전문】

##### 【피 고 인】

【상 고 인】 피고인들 및 검사

【변 호 인】 법무법인(유한) 동인 외 7인

【원심판결】 서울고법 2015. 5. 20. 선고 2014노3430 판결

【주문】

】

상고를 모두 기각한다.

【이유】

】 상고이유를 판단한다.

1. '제1심판결 판시 제1, 5항의 각 영사 확인서 등' 관련 피고인들의 상고이유에 관하여

가. 허위공문서작성죄 관련 '공문서'와 '허위성'에 관한 법리오해 등 피고인들의 주장에 관하여

1) 허위공문서작성죄에 있어서 직무에 관한 문서라 함은 공무원이 직무권한 내에서 작성하는 문서를 말하고, 그 문서는 대외적인 것이거나 내부적인 것을 구별하지 아니하며, 그 직무권한이 반드시 법률상 근거가 있음을 필요로 하는 것이 아니고 명령, 내규 또는 관례에 의한 직무집행의 권한으로 작성하는 경우라도 포함되는 것이다(대법원 1995. 4. 14. 선고 94도3401 판결 참조). 그리고 구체적인 행위가 공무원의 직무에 속하는지 여부는 그것이 공무의 일환으로 행하여졌는가 하는 형식적인 측면과 함께 그 공무원이 수행하여야 할 직무와의 관계에서 합리적으로 필요하다고 인정되는 것이라고 할 수 있는가 하는 실질적인 측면을 아울러 고려하여 결정하여야 할 것이다(대법원 2009. 9. 24. 선고 2007도4785 판결 참조).

원심은, 국가정보원(이하 '국정원'이라고 한다)에서 주선양총영사관에 파견된 영사인 피고인 3은 공식적으로는 외교부 소속 사건사고 담당 영사로서, 비공식적으로는 국정원 소속 해외정보관으로 근무하면서, 국정원의 지시에 따라 국정원에서 파견된 영사가 수행하는 직무권한 범위 내에서 공무의 일환으로써 '주선양총영사관 피고인 3 명의'로 '2013. 9. 27.자 확인서 및 사실확인서'(제1심판결 판시 제1항)와 '2013. 12. 17.자 확인서'(제1심판결 판시 제5항)를 작성하였으므로, 위 각 확인서 등은 허위공문서작성죄의 객체가 되는 공문서에 해당한다고 판단하였다.

원심판결 이유를 위 법리와 원심 및 제1심이 적법하게 채택한 증거에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 허위공문서작성죄의 객체가 되는 공문서에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

2) 허위공문서작성죄에서 허위라 함은 표시된 내용과 진실이 부합하지 아니하여 그 문서에 대한 공공의 신용을 위태롭게 하는 경우를 말하는 것이고, 허위공문서작성죄는 허위공문서를 작성함에 있어 그 내용이 허위라는 사실을 인식하면 성립한다 할 것이다(대법원 2013. 10. 24. 선고 2013도5752 판결 참조).

원심은 (1) 2013. 9. 27.자 확인서 및 사실확인서는, 단지 그 첨부서류인 공소외 1의 출입경기록을 통해 획득한 인식 결과를 기재한 것에 불과한 것이 아니고, 피고인 3이 직접 위 출입경기록의 내용이 사실인지 여부 등을 전혀 확인한 바가 없음에도 위 피고인이 직접 확인하였다는 취지로 기재되어 있어 그 표시 내용이 진실과 부합하지 아니하므로 허위이며, (2) 2013. 12. 17.자 확인서는, 피고인 3 자신이 직접 중국 삼합변방검사참에 관련사항을 문의하거나 확인하지 않았고 일종의 답변서인 '일사적답복' 등을 교부받지 않았음에도 위 피고인이 직접 문의하고 확인하여 위 확인서의 첨부서류인 삼합변방검사참 명의의 '일사적답복'과 일종의 범죄신고서인 공소외 2, 공소외 3 명의의 '거보재료'를 교부받았다는 취지로 기재되어 있어 그 표시 내용이 진실과 부합하지 아니하므로 허위이고, (3) 국정원 직원들로서 위 확인서 등의 작성을 지시하거나 이를 작성한 피고인 3, 피고인 2, 피고인 4는 2013. 9. 27.자 확인서 및 사실확인서의 내용이, 피고인 3, 피고인 1, 피고인 2는 2013. 12. 17.자 확인서의 내용이 허위라는 사실을 충분히 인식하고 있었다고 판단하였다.

원심판결 이유를 위 법리와 원심 및 제1심이 적법하게 채택한 증거에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 허위공문서 작성죄에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 아니하는 등의 잘못이 없다.

나. 허위공문서작성죄의 공모관계 법리오해 등 피고인 3, 피고인 2의 주장에 관하여

1) 2인 이상이 범죄에 공동가공하는 공범관계에서 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고 2인 이상이 공모하여 범죄에 공동가공하여 범죄를 실현하려는 의사의 결합만 있으면 되는 것으로서, 비록 전체의 모의과정이 없더라도 수인 사이에 순차적으로 또는 암묵적으로 상통하여 의사의 결합이 이루어지면 공모관계가 성립한다.

그리고 이러한 공모관계를 인정하기 위해서는 엄격한 증거가 요구되지만, 피고인이 범죄의 주관적 요소인 공모의 점을 부인하는 경우에는 사물의 성질상 이와 상당한 관련성이 있는 간접사실 또는 정황사실을 증명하는 방법으로 이를 증명할 수밖에 없으며, 이때 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하는 방법으로 하여야 한다(대법원 2011. 12. 22. 선고 2011도9721 판결 참조).

원심은, (1) 피고인 3은 피고인 2, 피고인 4와 공모하여 자신이 확인하지도 않은 사실을 직접 확인한 사실인 것처럼 허위 내용의 2013. 9. 27.자 확인서 및 사실확인서를 작성하였고, (2) 피고인 3, 피고인 2는 피고인 1과 공모하여 피고인 3이 확인하지도 않은 사실을 직접 확인한 것처럼 허위 내용의 2013. 12. 17.자 확인서를 작성하였다고 판단하였다.

원심판결 이유를 위 법리와 원심 및 제1심이 적법하게 채택한 증거에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 공동정범 성립에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

2) 상고심은 항소법원 판결에 대한 사후심이므로 항소심에서 심판대상이 되지 않은 사항은 상고심의 심판범위에 들지 않는 것이어서 피고인이 항소심에서 항소이유로 주장하지 아니하거나 항소심이 직권으로 심판대상으로 삼은 사항 이외의 사유에 대하여 이를 상고이유로 삼을 수는 없다(대법원 2006. 6. 30. 선고 2006도2104 판결, 대법원 2013. 11. 28. 선고 2013도4430 판결 참조).

피고인 2에 대한 이 사건 공소사실 중 2013. 9. 27.자 확인서 및 사실확인서에 관한 허위공문서작성 및 동행사의 점을 유죄로 인정한 원심판결에 공동정범의 성립에 관한 법리오해의 잘못이 있다는 주장은 위 피고인이 이를 항소이유로 삼거나 원심이 직권으로 심판대상으로 삼은 바 없는 것을 상고심에 이르러 비로소 주장하는 것으로 적법한 상고이유가 될 수 없다.

나아가 직권으로 살펴봐도 원심판결에 상고이유 주장과 같은 잘못이 없다.

다.

허위작성공문서행사죄의 행사의 목적 및 성립에 관한 법리오해 등 피고인 3, 피고인 1의 주장에 관하여

1) 원심은, 피고인 3이 피고인 2 등의 전문 지시에 따라 '2013. 9. 27.자 확인서 및 사실확인서'와 '2013. 12. 17.자 확인서'를 작성한 후 이를 국정원 해외○○국에 송부하였다고 하더라도 위 확인서 등이 법원 등에 증거로 제출될 것임을 인식하고 있었던 이상 피고인 3에게는 위 허위의 확인서 등을 진정한 문서인 것처럼 사용하려고 한 행사의 목적을 인정할 수 있다고 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 원심 및 제1심이 적법하게 채택한 증거에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 허위작성 공문서행사죄의 행사의 목적에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

- 2) 원심은, 공소외 1에 대한 국가보안법위반(잠입·탈출) 등의 관련 사건의 공판검사는 '2013. 9. 27.자 확인서 및 사실확인서'와 '2013. 12. 17.자 확인서'의 작성을 지시하는 등으로 위 확인서 등의 형식, 내용과 의미 등을 잘 알고 있었다거나 위 확인서 등이 허위로 작성되었다는 점을 아는 공범자에 해당한다고 보기 어려우므로, 피고인 3 등이 위 확인서 등을 공판검사에게 제출한 행위는 허위작성공문서행사죄가 성립한다고 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 원심 및 제1심이 적법하게 채택한 증거에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 허위작성 공문서행사죄의 성립에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

- 3) 한편 공범자인 공판검사에게 제출한 것이어서 행사죄가 성립하지 아니함에도, 피고인 1에 대한 이 사건 공소사실 중 2013. 12. 17.자 확인서에 관한 허위작성공문서행사의 점을 유죄로 인정한 원심판결에 법리오해의 잘못이 있다는 주장은, 위 피고인이 이를 항소이유로 삼거나 원심이 직권으로 심판대상으로 삼은 바 없는 것을 상고심에 이르러 비로소 주장하는 것으로 적법한 상고이유가 될 수 없다.

라. '위법성의 인식'과 '기대가능성'에 관한 법리오해 등 피고인 3의 주장에 관하여

- 1) 형법 제16조에서 자기가 행한 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니한 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다고 규정하고 있는 것은 일반적으로 범죄가 되는 경우이지만 자기의 특수한 경우에는 법령에 의하여 허용된 행위로서 죄가 되지 아니한다고 그릇 인식하고 그와 같이 그릇 인식함에 정당한 이유가 있는 경우에는 벌하지 아니한다는 취지이고, 이러한 정당한 이유가 있는지 여부는 행위자에게 자기 행위의 위법의 가능성에 대해 심사숙고하거나 조회할 수 있는 계기가 있어 자신의 지적 능력을 다하여 이를 회피하기 위한 진지한 노력을 다하였더라면 스스로의 행위에 대하여 위법성을 인식할 수 있는 가능성이 있었음에도 이를 다하지 못한 결과 자기 행위의 위법성을 인식하지 못한 것인지 여부에 따라 판단하여야 할 것이고, 이러한 위법성의 인식에 필요한 노력의 정도는 구체적인 행위정황과 행위자 개인의 인식능력 그리고 행위자가 속한 사회집단에 따라 달리 평가되어야 한다(대법원 2006. 3. 24. 선고 2005도3717 판결 참조).

원심은, 국정원 소속 해외정보관으로서 공무를 수행하는 과정에서 영사 명의로 확인서를 작성하는 경우에 그 사실 여부를 직접 확인하는 등으로 공문서에 대한 공공의 신용을 담보하여야 할 의무가 있는 피고인 3이, 위 확인서 등이 관련 사건의 항소심 재판부에 증거로 제출하기 위한 목적임을 잘 알고 있었고, 그 작성 과정에서 공증담당 영사인 공소외 4가 공증 자체에 난색을 표시하는 등 스스로 일련의 절차가 다소 비정상적이라는 생각을 한 적이 있음에도, 피고인 2 등으로부터 '첨부된 확인서 건본을 참조하여 영사 확인서를 작성하여 보고하라'는 취지의 전문 지시를 받아 별다른 사실 여부 확인 절차도 없이 위 2013. 9. 27.자 확인서 등과 2013. 12. 17.자 확인서를 작성하였으므로, 피고인 3이 자신의 행위의 위법의 가능성에 대해 심사숙고하거나 자신의 지적 능력을 다하여 이를 회피하기 위한 진지한 노력을 다하였다고 볼 수 없고, 그 결과 자신의 행위의 위법성을 인식하지 못하여 위 확인서 등 작성 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니한 것으로 오인하였다고 하더라도 거기에 정당한 이유가 있다고 보기 어렵다고 판단하였다.

원심판결 이유를 위 법리와 원심 및 제1심이 적법하게 채택한 증거에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 법률의 착오에 있어서의 정당한 이유의 해석에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

- 2) 공무원이 그 직무를 수행함에 있어 상관은 하관에 대하여 범죄행위 등 위법한 행위를 하도록 명령할 직권이 없는 것이며, 또한 하관은 소속 상관의 적법한 명령에 복종할 의무는 있으나 위와 같이 명백히 위법 내지 불법한 명령인 때에는 이는 벌써 직무상의 지시명령이라 할 수 없으므로 이에 따라야 할 의무는 없다(대법원 1999. 4. 23. 선고 99도 636 판결, 대법원 2013. 11. 28. 선고 2011도5329 판결 참조).

원심은, 상명하복 관계가 비교적 엄격한 국정원의 조직특성을 고려하더라도, 이 사건과 같이 허위의 공문서를 작성하라는 지시는 위법한 명령에 해당할 뿐만 아니라, 위와 같은 위법한 명령을 피고인 3이 거부할 수 없는 특별한 상황이었다고 보기 어려우므로, 위 2013. 9. 27.자 및 2013. 12. 17.자 허위의 확인서 등 작성 범행이 강요된 행위 등으로서 적법행위에 대한 기대가능성이 없는 경우에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하였다.

원심판결 이유를 위 법리와 원심 및 제1심이 적법하게 채택한 증거에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 기대가능성에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

## 2. 피고인 1의 나머지 상고이유에 관하여

### 가. 공소사실 불특정 및 사문서위조죄의 객체에 관한 법리오해 등 주장에 관하여

원심판결에 (1) 피고인 1에 대한 이 사건 공소사실 중 화룡시公安국 명의 출입경기록(제1심판결 판시 제2항)과 화룡시公安국 명의 회신 공문(제1심판결 판시 제3항)에 관한 각 사문서위조 및 위조사문서행사의 점 등의 공소사실 특정에 관한 법리를 오해한 잘못이 있고, (2) 위 출입경기록과 회신 공문 및 제1심판결 판시 제4, 6항의 각 서류들이 사문서위조죄의 객체가 되는 사문서에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다는 주장은, 위 피고인이 이를 항소이유로 삼거나 원심이 직권으로 심판대상으로 삼은 바 없는 것을 상고심에 이르러 비로소 주장하는 것으로 적법한 상고이유가 될 수 없다.

### 나. 자유심증주의 한계 일탈 등 주장에 관하여

원심은, 그 판시와 같은 사정을 들어 (1) 피고인 1이 공소외 5와 공소외 1의 출입경기록을 위조하여 행사하기로 공모한 후, 공동의사에 의한 기능적 행위지배를 통하여 중국에서 화룡시公安국 명의 출입경기록을 위조하였거나 적어도 위조되었음을 미필적으로나마 인식하면서 위 출입경기록을 공판검사 등에게 행사하였고, (2) 피고인 1이 화룡시公安국 명의 회신 공문을 위조한 후, 웹팩스를 이용하여 화룡시公安국에서 보내는 것처럼 가장하여 주선양총영사관에 위조된 회신 공문을 발송한 다음 이를 행사하였으며, (3) 피고인 1이 관련 사건의 피고인인 공소외 1을 모해할 목적으로 공소외 6과 공모하여 일사적답복을 위조하고, 공소외 6이 거보재료를 위조하였음을 알면서도 일사적답복 및 거보재료를 진정하게 작성된 문서인 것처럼 사용 및 행사하였고(제1심판결 판시 제4항), (4) 피고인 1이 진정한 연변조선족자치주公安국 출입경관리국 명의의 공소외 1 출입경기록 및 이에 대한 공증서를 발급받을 수 없는 상황을 잘 알면서 공소외 6과 공모하여 공소외 6 작성 연변주 출입경기록 및 장춘시 공증서를 위조하였다고(제1심판결 판시 제6항) 판단하여 위 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 원심 및 제1심이 적법하게 채택한 증거에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 필요한

심리를 다하지 아니하는 등의 잘못이 없다.

### 3. 검사의 상고이유에 관하여

가. 증거위조죄에 관한 법리오해 등 주장에 관하여

1) 타인의 형사사건 또는 징계사건에 관한 증거를 위조한 경우에 성립하는 형법 제155조 제1항의 증거위조죄에서 '증거'라 함은 타인의 형사사건 또는 징계사건에 관하여 수사기관이나 법원 또는 징계기관이 국가의 형벌권 또는 징계권의 유무를 확인하는 데 관계있다고 인정되는 일체의 자료를 의미하고, 타인에게 유리한 것이건 불리한 것이건 가리지 아니하며 또 증거가치의 유무 및 정도를 불문하는 것이고, 여기서의 '위조'란 문서에 관한 죄에 있어서의 위조 개념과는 달리 새로운 증거의 창조를 의미하는 것이므로 존재하지 아니한 증거를 이전부터 존재하고 있는 것처럼 작출하는 행위도 증거위조죄에 해당하며, 증거가 문서의 형식을 갖는 경우 증거위조죄에 있어서의 증거에 해당하는지 여부가 그 작성권한의 유무나 내용의 진실성에 좌우되는 것은 아니다(대법원 2007. 6. 28. 선고 2002도3600 판결 참조). 그리고 타인의 형사사건 등에 관한 증거를 위조한다 함은 증거 자체를 위조함을 말하는 것이고, 참고인이 수사기관에서 허위의 진술을 하는 것은 여기에 포함되지 않는다(대법원 1995. 4. 7. 선고 94도3412 판결 참조). 한편 참고인이 타인의 형사사건 등에서 직접 진술 또는 증언하는 것을 대신하거나 그 진술 등에 앞서서 허위의 사실확인서나 진술서를 작성하여 수사기관 등에 제출하거나 또는 제3자에게 교부하여 제3자가 이를 제출한 것은 존재하지 않는 문서를 이전부터 존재하고 있는 것처럼 작출하는 등의 방법으로 새로운 증거를 창조한 것이 아닐뿐더러, 참고인이 수사기관에서 허위의 진술을 하는 것과 차이가 없으므로, 증거위조죄를 구성하지 않는다고 할 것이다(대법원 2011. 7. 28. 선고 2010도2244 판결 참조).

2) 원심은, '2013. 9. 27.자 확인서 및 사실확인서'와 '2013. 12. 17.자 확인서'는 그 목적이 공적인 증명에 있다기보다는 영사인 피고인 3이 국정원 수사팀의 지시에 따라 '공소외 1 등의 출입경사실을 확인하였다'는 내용과 '삼합변방검사참에 정황설명서에 관해 문의한 것처럼 하여 그 결과 등'을 보고 형식으로 기재한 일종의 보고서로서 그 명칭 여하에 상관없이 위 피고인 스스로의 진술을 기재한 '진술서'의 성격을 가지고, 비록 위 확인서 등에 주선양총영사관의 관인이 날인되어 있거나 또는 사서증서 인증이 되어 있고, 첨부서류로 '피고인 4 입수 출입경기록' 또는 '일사적답복 및 거보재료'가 첨부되어 있다 하더라도 이로써 그 진술의 취지와 본질이 달라지는 것은 아니라고 할 것이며, 피고인 2와 피고인 4 또는 피고인 1이 피고인 3과 공모하여 관련 사건의 증거로 제출하기 위해 위 허위의 확인서 등을 작성하였다고 하더라도 이는 존재하지 않는 문서를 이전부터 존재하고 있는 것처럼 작출하는 등의 방법으로 새로운 증거를 창조하는 것이 아닐뿐더러, 피고인 3이 관련 사건에 관하여 수사기관에서 허위의 진술을 하는 것과 차이가 없다고 할 것이므로, 증거위조죄에서의 '증거위조'에 해당하지 않는다고 판단하였다.

또한 원심은, 공소외 7이 작성한 설명서의 내용이 공소외 7 자신이 집안변방검사참에서 근무한 특별한 지식·경험에 기초한 것이라고 하더라도 위 설명서가 감정서에 가까워 독립된 증거가치가 있다고 보기 어렵고, 공소외 7이 위 설명서를 작성하여 피고인 4에게 교부한 것은 그 명칭 여하에 상관없이 공소외 7이 타인의 형사사건 등에 관하여 자신의 경험과 기억에 반하는 허위 내용의 진술서를 제출한 것과 다를 바 없어서 증거위조죄에서의 '증거위조'에 해당하지 않는다고 판단하였다.

원심판결 이유를 위 법리와 원심 및 제1심이 적법하게 채택한 증거에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 증거위조죄에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 잘못이 없다.

나. 공모공동정범에 관한 법리오해 등 주장에 관하여

- 1) 형법 제30조의 공동정범이 성립하기 위하여는 주관적 요건인 공동가공의 의사와 객관적 요건으로서 그 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통하여 범죄를 실행하였을 것이 필요하고, 여기서 공동가공의 의사란 타인의 범행을 인식하면서도 이를 제지함이 없이 용인하는 것만으로는 부족하고 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 하는 것이어야 한다(대법원 2013. 1. 10. 선고 2012도12732 판결 참조).

한편 형사재판에서 범죄사실의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 하므로, 검사의 증거가 위와 같은 확신을 가지게 하는 정도에 충분히 이르지 못한 경우에는 비록 피고인의 주장이나 변명이 모순되거나 석연치 않은 면이 있는 등 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단하여야 한다(대법원 2012. 6. 28. 선고 2012도231 판결 참조).

- 2) 원심은, (1) 피고인 1의 2013. 11. 27.자 화릉시公安국 명의 '회신 공문'에 관한 사문서위조 등의 범행과 관련하여, ① 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 2가 피고인 1과 회신 공문 위조 등 범행을 위한 범죄공동체를 형성하였거나, 피고인 2가 위 범행에 이르는 사태의 핵심적 경과를 조종하거나 지지·촉진하는 등으로 지배하여 자신의 의사를 실행에 옮기는 정도에 이르렀다고 인정하기에 부족하고, ② 피고인 4의 2013. 10. 23. 이전 관여 부분만으로는 피고인 4에게 위 회신 공문 위조 등 이 부분 공소사실에 대한 본질적인 기여를 통한 기능적 행위지배가 있었다고 인정하기 어려우며, (2) 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 4가 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3과 허위 내용의 2013. 12. 17.자 확인서 작성 등 범행을 위한 범죄공동체를 형성하였다거나, 피고인 4가 위 범행에 이르는 사태의 핵심적 경과를 조종하거나 지지·촉진하는 등으로 지배하여 자신의 의사를 실행에 옮기는 정도에 이르렀다고 인정하기에 부족하다고 판단하였다.

원심판결 이유를 위 법리와 원심 및 제1심이 적법하게 채택한 증거에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 공모공동정범에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 잘못이 없다.

#### 4. 결론

그러므로 상고를 모두 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 권순일(재판장) 김용덕 박보영(주심) 김신