

사문서위조·위조사문서행사·사기

[인천지방법원 2011. 10. 14. 2011노337]



【전문】

【피 고 인】

【항 소 인】 피고인 및 검사

【검 사】 이상혁

【변 호 인】 변호사 이광일(국선)

【원심판결】 인천지방법원 2011. 1. 28. 선고 2009고정5972 판결

【주문】

】

원심판결 중 유죄부분을 파기한다.

피고인을 벌금 700,000원에 처한다.

피고인이 위 벌금을 납입하지 아니하는 경우 50,000원을 1일로 환산한 기간 피고인을 노역장에 유치한다.

위 벌금에 상당한 금액의 가납을 명한다.

원심판결 중 무죄부분에 대한 검사의 항소를 기각한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인

피고인은 당시 공소외인으로부터 허락을 받고 공소외인 명의로 피해자 주식회사 LG파워콤의 인터넷 서비스에 가입신청을 하였으므로 피해자 회사를 기망하였다고 볼 수 없고, 이후 2008. 11. 중순경 및 같은 달 하순경 2회에 걸쳐 공소외인에게 인터넷 사용료로 30만 원을 지급하였으므로 원심 판시 53만 원 상당의 재산상 이익 중 30만 원 상당은 공소외인에게 인터넷 사용료가 청구되게 하는 방법으로 채무를 면한 사실이 없다 할 것이다.

그럼에도 원심은 피고인이 피해자 회사를 기망하여 공소외인 명의로 인터넷 서비스에 가입하여 53만 원 상당의 재산상 이익을 편취하였다고 인정하였는바, 이러한 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

나. 검사

(1) 사실오인

원심 판시 주식회사 LG파워콤(이하 'LG파워콤'이라 한다) 서비스 가입신청서(이하 '이 사건 가입신청서'라 한다) 중 '공소외인'이라고 서명된 부분의 경우 피고인이 직접 기재한 것이 아니라 인터넷을 설치한 직원이 제시하는 전자기기에 피고인이 '공소외인'이라고 서명한 것이 전자복사된 것이고, 당시 인터넷을 설치한 직원이 위와 같은 피고인의 서명이 이 사건 가입신청서에 전자복사된다는 설명을 하지 않았다고 하더라도, 피고인이 처음부터 공소외인 명의로 인터넷 가입신청을 하기로 마음먹은 이상 당시 피고인에게는 미필적으로나마 공소외인 명의로 이 사건 가입신청서를 작성한다는 인식이 있었다고 할 것이다.

그럼에도 원심은 피고인이 인터넷을 설치한 직원이 제시한 전자기기에 '공소외인'이라고 서명할 당시 피고인에게 이 사건 가입신청서의 위조나 그 행사에 대한 고의가 있었다고 단정하기 어렵다는 이유로 피고인에 대한 사문서위

조 및 동행사죄의 공소사실을 무죄로 인정하였는바, 이러한 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

(2) 법리오해

가사 피고인이 인터넷을 설치한 직원이 제시한 전자기기에 '공소외인'이라고 서명한 행위를 사문서위조 및 동행사죄로 처벌할 수 없다 하더라도, 위와 같은 피고인의 행위는 형법 제239조의 사서명위조 및 동행사죄에 해당하고, 피고인에 대한 사문서위조 및 동행사죄의 공소사실은 검사가 원심 법원에서 공소장변경신청을 한 사서명위조 및 동행사죄의 공소사실과 동일성이 인정되므로, 원심 법원으로서 위와 같은 검사의 공소장변경신청을 허가하였어야 할 것이다.

그럼에도 원심은 약식명령에 대한 정식재판청구사건에서는 사서명위조 및 동행사죄의 공소사실을 심판대상으로 삼을 수 없다는 이유로 검사의 공소장변경신청을 불허하였는바, 이러한 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

(3) 양형부당

이 사건 여러 양형조건에 비추어, 피고인에 대한 원심의 형(벌금 70만 원)은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 직권판단

피고인 및 검사의 항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살피건대, 이 사건 기록에 의하면 피고인은 2010. 7. 21. 인천지방법원에서 사인위조죄 등으로 징역 4월에 집행유예 2년을 선고받아 2011. 1. 27. 그 판결이 확정된 사실을 인정할 수 있는바, 원심 판시 사기죄는 위와 같이 2011. 7. 15. 판결이 확정된 사인위조죄 등과 형법 제37조 후단의 경합범 관계에 있어 형법 제39조 제1항에 따라 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여 형의 감경 또는 면제 여부까지 검토한 후에 형을 정하여야 하므로, 이 점에서 원심판결 중 유죄부분은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

다만, 위와 같은 직권파기사유가 있더라도 피고인 및 검사의 사실오인 및 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 판단 대상이 되므로, 아래에서는 이에 관하여 살펴본다.

3. 피고인 및 검사의 항소이유에 대한 판단

가. 피고인의 사실오인 주장에 대한 판단

살피건대, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 당심 증인 공소외인의 진술을 보태어 인정되는 다음과 같은 사실 즉, ① 공소외인은 수사기관에서부터 당심 법정에 이르기까지 일관하여 당시 피고인과 ○○직업전문학교를 함께 다니고 있었는데 피고인이 돈을 받을 곳이 있는데 신용불량자라 은행거래를 못한다며 자신의 계좌번호와 주민등록번호를 알려달라고 하여 이를 알려주었을 뿐 당시 피고인으로부터 자신의 명의로 인터넷 서비스를 신청하겠다는 말을 들은 사실이 없고, 이후 피고인에게 알려주었던 자신의 우체국 및 농협 계좌에서 인터넷 사은품 명목으로 금원이 입금되어 이를 피고인에게 돌려주었으며, 한편 2008. 9.경 자신의 우체국 및 농협 계좌에서 인터넷 사용료가 자동이체되어 피해자 회사를 찾아가 인터넷 가입신청 당시 녹음된 통화내용을 들어보니 피고인이 자신의 명의로 인터넷 서비스를 신청한 것을 알게 되었고, 피고인에게 이를 항의하였더니 피고인이 자신의 명의로 인터넷 서비스에 가입한 사실을 인정하며 사과하였을 뿐 피고인으로부터 현재까지 인터넷 사용료로 30만 원을 변제받은 사실이

없다고 진술하고 있는바, 위와 같은 공소외인의 진술은 그 내용이 구체적이고 일관되어 있어 신빙성이 있다 할 것인 점, ② 피고인은 당시 공소외인으로부터 공소외인 명의로 인터넷 서비스를 신청하는 것에 대하여 허락을 받았다고 주장하면서 공소외인이 자신의 주민등록번호까지 알려주었다는 점을 근거로 들고 있고, 이에 대하여 공소외인은 원심 및 당심 법정에서 당시 피고인이 피고인의 명의로 인터넷 서비스를 신청하는데 현금사은품을 받을 통장의 명의를 공소외인 명의로 되어 있어 자신의 주민등록번호까지 알려달라고 하였다고 진술하고 있는바, 공소외인 으로서는 ○○직업전문학교에서 알게 된 피고인에게 결국 자신에게 인터넷 이용요금이 청구되도록 자신의 명의로 인터넷 서비스를 신청하는 것을 허락할 이유가 없는 점에 비추어 보면, 당시 피고인은 공소외인의 진술과 같이 인터넷 서비스 신청인과 현금사은품을 받을 통장예금주가 다르다는 이유로 공소외인에게 공소외인의 주민등록번호도 알려달라고 한 것으로 보이는 점, ③ 또한 피고인은 당시 공소외인의 승낙이 있었다는 근거로 공소외인이 자신의 명의로 인터넷 서비스를 신청하는 것을 승낙하고 나서 피고인과 함께 우체국에 가서 우체국 계좌를 개설하여 피고인에게 알려주었다고 주장하나, 공소외인이 피고인에게 알려 준 우체국 계좌는 공소외인이 1999년경에 개설하여 사용하고 있었던 계좌이므로 위와 같은 피고인의 주장은 신빙성이 없는 점, ④ 한편, 공소외인이 피고인에게 알려준 농협 및 우체국 계좌의 통장내역에 의하면, 2008. 5. 17.경 농협 계좌로 16만 원, 2008. 5. 26. 우체국 계좌로 5만 원이 '인터넷 사은품' 명목으로 각 입금되어 있고, 피고인이 인터넷 서비스에 가입한 2008. 7. 25.경에는 '웅진코웨이 주식' 명목으로 공소외인의 우체국 계좌에 10만 원이 입금되어 있어 있을 뿐 공소외인의 농협 및 우체국 통장으로 '인터넷 사은품' 명목의 현금이 입금되어 있지 않으나, 공소외인이 검찰에서 피고인에게 농협 및 우체국 통장의 계좌번호 및 주민등록번호를 알려준 것이 2008. 5.경이라고 진술(증거기록 47쪽)하고 있는 점에 비추어 보면, 피고인은 2008. 5.경 공소외인에게 농협 및 우체국 통장의 계좌번호 및 주민등록번호를 알려달라고 한 다음 이를 이용하여 인터넷에 가입하여 인터넷 사은품 명목의 현금을 받고 나서, 다시 2008. 7. 25.경 위와 같은 경위로 이미 알고 있던 공소외인의 농협 및 우체국 통장의 계좌번호 및 주민등록번호를 이용하여 원심 판시와 같이 공소외인의 승낙 없이 주식회사 엘지파워콤의 인터넷 서비스에 가입하였을 가능성이 높은 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 피고인이 공소외인으로부터 승낙을 받지 않고 공소외인 명의로 인터넷 서비스에 가입하였고, 이후 공소외인에게 인터넷 사용료로 30만 원을 변제하지 않았다 할 것이므로, 피고인의 위 주장은 이유 없다.

따라서 원심이 피고인을 사기죄로 의율·처단한 조치는 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 피고인의 주장과 같은 판결에 영향을 미친 사실오인의 위법이 있음을 찾아볼 수 없다(피고인의 변호인이 2011. 6. 15.자 변론요지서에서 지적하고 있는 바와 같이 피고인이 이 사건 공소사실을 부인하고 있는 이상 경찰이 작성한 피의자신문조서는 증거능력이 없는 것으로 보아야 할 것임에도 원심은 이를 증거로 삼는 위법을 범하였다 할 것이나, 이를 제외한 나머지 증거들로도 이 부분 공소사실을 인정할 수 있으므로, 위와 같은 위반이 원심판결에 영향을 미쳤다고는 볼 수 없다).

나. 검사의 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단

(1) 이 부분 공소사실의 요지

(가) 사문서위조

피고인은 2008. 7. 25. 인천 남구 (이하 주소 생략)에서 LG파워콤에 전화를 걸어 성명불상의 담당자에게 행사할 목적으로 권한 없이 마치 자신이 공소외인인 것처럼 행세하면서 공소외인의 주민등록번호 등을 불러주는 방법으로 위 담당자로 하여금 공소외인 명의의 LG파워콤 서비스 신청서 1부를 작성하게 함으로써 권리의무에 관한 사문서인

위 공소외인 명의의 서비스 신청서 1부를 위조하였다.

(나) 위조사문서행사

피고인은 위 일시, 장소에서 위와 같은 방법으로 위 담당자로 하여금 공소외인 명의의 서비스 신청서 1매를 작성하게 하고, 그 정을 모르는 위 담당자로 하여금 그 무렵 비치하게 하여 이를 행사하였다.

(2) 원심의 판단

이에 대하여 원심은, 기록에 의하면 공소외인 명의의 이 사건 가입신청서 사본의 납부자란, 신청인란, 개인정보 수집·이용·제공 및 활용 동의란에 피고인 필적의 '공소외인' 서명이 포함되어 있는 사실은 인정되나, 검사가 제출한 증거들에 의하더라도 피고인이 당시 LG파워콤의 직원으로부터 이 사건 가입신청서를 제시받아 이를 읽어보고 그 취지를 이해한 다음 공소외인의 서명란에 서명을 하였는지 여부에 관하여는 이를 인정할 아무런 증거가 없고, 오히려 이 사건 가입신청서 사본의 기재 및 그 형상에 의하면, 이 사건 가입신청서에 기재된 피고인의 필적인 '공소외인' 부분은 볼펜이나 사인펜 등 필기구에 의한 것이 아니라 전자기기의 패널에 서명용 기구 또는 이와 유사한 물체로 기입한 서명을 전사해 놓은 것으로 보이는바(글자의 획이 연속되지 않고 간간히 끊어져 있으며, 납부자란과 신청인란의 서명은 전자적으로 복사된 동일 필체로 보인다), LG파워콤의 직원이 피고인으로부터 전자기기에 서명을 받을 당시 이 사건 가입신청서나 개인정보 수집·이용·제공 및 활용 동의서를 함께 제시하였다거나 적어도 피고인에게 위 각 서류의 내용을 설명하고 피고인의 전자기기에 대한 서명이 위 서류에 대한 전사된다는 취지를 알려 주었다는 점을 인정할 증거가 없는 이상(피고인으로서 인터넷 서비스에 설비를 설치받았음을 확인하는 의미로 서명을 하였을 가능성도 있다) 피고인에게 이 사건 가입신청서의 위조나 그 행사에 대한 고의가 있다고 단정하기 어렵다고 판단한 다음 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다는 이유로 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고하였다.

(3) 당심의 판단

(가) 사실오인 주장에 대한 판단

- 1) 살피건대, 먼저 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 당심 증인 공소외인의 진술 및 이 법원의 LG파워콤에 대한 사실조회 회보서의 기재를 보태어 보면, 피고인은 2008. 7. 25.경 전화로 LG파워콤의 인터넷 서비스에 가입하면서 담당직원에게 마치 자신이 공소외인인 것처럼 행세하면서 공소외인의 인적사항, 공소외인 명의의 계좌번호 등을 불러주어 공소외인 명의로 인터넷 서비스에 가입하였고, 이후 LG파워콤사의 인터넷 설치 담당직원이 2008. 7. 28.경 피고인의 집을 방문하여 인터넷을 설치해 주면서 피고인으로부터 PDA에 '공소외인'이라는 서명을 받았으며, 위와 같이 피고인이 자필로 기재한 '공소외인'이라는 서명이 전산처리되어 이 사건 가입신청서에 전자복사된 사실을 인정할 수 있다.
- 2) 위 인정사실 및 위 각 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피고인이 전화로 인터넷 가입신청을 하면서 LG파워콤의 담당직원에게 공소외인의 인적사항 등을 불러준 것만으로는 피고인이 이 사건 가입신청서를 위조하였다고 보기 어렵고, 피고인이 PDA에 '공소외인'이라고 서명을 하면서 위 서명이 이 사건 가입신청서에 전자복

사된다는 점이나 위와 같이 PDA에 '공소외인'이라고 서명하는 것이 이 사건 가입신청서에 직접 '공소외인'이라고 서명하는 것과 동일하게 볼 수 있다는 점에 관하여 알고 있었어야 비로소 피고인이 이 사건 가입신청서를 '공소외인' 명의로 위조하였다고 볼 수 있다 할 것인 점, ② 그러나 이 법원의 LG파워콤에 대한 사실조회 회보서의 기재에 의하면, LG파워콤의 인터넷 설치 담당직원은 인터넷 설치를 위하여 설치장소에 방문하더라도 이는 인터넷 설치 목적의 방문이므로 설치장소에 대기하고 있는 사람이 가입자 본인인지 여부를 확인하지 않고 있는바, 이 사건에서 담당직원이 피고인으로부터 PDA에 '공소외인'이라고 서명을 받은 것도 단순히 인터넷 설치를 완료하였음을 확인하는 의미였던 것으로 보이는 점, ③ 따라서 피고인은 당시 PDA에 '공소외인'이라고 서명을 하면서 위 서명이 이 사건 가입신청서에 전자복사될 것이라는 사정이나 위와 같이 서명하는 것이 이 사건 가입신청서에 서명하는 것과 동일하게 볼 수 있다는 사정에 관하여 설명을 듣지 못하였던 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 피고인은 LG파워콤의 인터넷 설치 담당직원이 제시하는 PDA에 '공소외인'이라고 서명을 할 당시 위 '공소외인' 명의의 서명이 이 사건 가입신청서에 전자복사된다거나 위와 같이 서명하는 것이 이 사건 가입신청서에 '공소외인'이라고 서명하는 것과 동일하게 볼 수 있다는 사정을 알고 있었다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으므로, 피고인에게는 이 부분 공소사실에 대한 고의가 있다고 볼 수 없다.

- 3) 따라서 달리 피고인의 고의를 인정할 만한 아무런 증거가 없으므로 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 때에 해당하여 형사소송법 제325조 후단에 의하여 피고인에게 무죄를 선고하여야 할 것인바, 같은 취지에서 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 원심의 조치는 정당하고, 검사의 위 항소논지는 이유 없다.

(나) 법리오해 주장에 대한 판단

- 1) 형사소송법 제298조 제1항의 규정에 의하면, '검사는 법원의 허가를 얻어 공소장에 기재한 공소사실 또는 적용법조의 추가·철회 또는 변경을 할 수 있고, 법원은 공소사실의 동일성을 해하지 아니하는 한도에서 이를 허가하여야 한다'고 되어 있으므로, 위 규정의 취지는 검사의 공소장 변경신청이 공소사실의 동일성을 해하지 아니하는 한 법원은 이를 허가하여야 한다는 뜻으로 해석하여야 할 것이고, 공소사실의 동일성은 그 사실의 기초가 되는 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일하면 그대로 유지되는 것이나, 이러한 기본적 사실관계의 동일성을 판단함에 있어서는 그 사실의 동일성이 갖는 기능을 염두에 두고 피고인의 행위와 그 사회적인 사실관계를 기본으로 하되 규범적 요소도 아울러 고려하여야 한다(대법원 1999. 5. 14. 선고 98도1438 판결 등 참조).
- 2) 위와 같은 법리에 비추어 이 사건을 살피건대, 기록에 의하면 검사가 원심에서 이 부분 공소사실을 주위적 공소사실로, '피고인은 이 부분 공소사실과 같은 일시, 장소에서 LG파워콤의 인터넷을 설치하면서 마치 자신이 공소외인인 것처럼 행세하면서 위 인터넷을 설치한 성명불상자가 제시하는 PDA에 공소외인 명의로 서명을 하여 행사할 목적으로 권한 없이 공소외인 명의의 서명을 위조하고, 위와 같이 PDA에 공소외인 명의로 서명하여 위 서명이 이 사건 가입신청서의 신청인란 및 납부자란에 기재되게 하고, 위조사실을 모르는 담당직원으로 하여금 이를 비치하게 하여 공소외인 명의의 서명을 행사하였다'는 내용으로 사서명위조 및 동행사죄의 공소사실을 예비적 공소사실로 추가하는 내용의 공소장변경을 신청하였으나 원심 법원이 이를 허가하지 않은 사실을 알 수 있는바, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 당심 증인 공소외인의 진술, 이 법원의 LG파워콤에 대한 사실조회 회보서의 기재를 보태어 인정되는 다음과 같은 사정 즉, ① 비록 검사가 공소장변경신청을 하면서 추가한 위 예비적 공소사실에는 피고인이

이 부분 공소사실과 같은 일시인 2008. 7. 25.경 공소외인 명의의 서명을 위조·행사한 것으로 기재되어 있으나, 앞서 인정사실에서 본 바와 같이 실제로 피고인이 인터넷 설치 담당직원의 PDA에 '공소외인' 명의의 서명을 기재한 것은 2008. 7. 28.경이므로 주위적 공소사실과 예비적 공소사실의 범행일시가 동일하거나 근접하다고 볼 수 없고, 각 공소사실의 내용도 주위적 공소사실의 경우 피고인이 전화로 LG파워콤에 인터넷 가입신청을 하면서 담당직원으로 하여금 이 사건 가입신청서를 위조·행사하게 하였다는 내용인 반면, 예비적 공소사실의 경우 피고인이 LG파워콤의 인터넷 설치 담당직원의 PDA에 공소외인 명의로 서명을 하여 공소외인 명의의 서명을 위조·행사하였다는 내용으로 범행방법이나 그로 인하여 침해되는 법익이 같다고 볼 수 없어 기본적인 사실관계가 동일하다고 보기 어려운 점, ② 더군다나 검사가 예비적 공소사실로 추가한 형법 제239조 제1항, 제2항의 사서명위조 및 동행사죄는 법정형이 징역형만 규정되어 있어 이 사건과 같이 피고인이 벌금형의 약식명령을 받고 정식재판청구를 한 사건에서는 원칙적으로 심판대상으로 삼을 수 없는 죄이므로 위와 같은 공소장변경을 허용하는 것은 피고인의 방어권을 침해할 소지가 있고, 법원으로서도 설령 피고인에게 사서명위조 및 동행사죄가 인정된다고 하더라도 형사소송법 제457조의2 규정에 따라 피고인에게 징역형이 아닌 벌금형을 선고할 수밖에 없으나 이는 사인위조 및 동행사죄에 대하여 징역형만 법정형으로 규정하고 있는 형법 규정에 위반하는 것으로 어느 규정을 우선하더라도 스스로 위법을 저지르게 되는 모순되는 상태에 빠지게 되는 점 등을 종합하면, 원심이 검사의 공소장변경허가신청을 불허한 조치는 정당한 것으로 수긍이 가고 거기에 판결에 영향을 미친 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없으므로, 검사의 위 주장도 이유 없다.

4. 결론

그렇다면 피고인의 사실오인 주장은 이유 없으나 원심판결 중 유죄부분에는 앞서 본 직권파기사유가 있으므로, 검사의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 의하여 원심판결 중 유죄부분을 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하고, 원심판결 중 무죄부분에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인

피고인은 당시 공소외인으로부터 허락을 받고 공소외인 명의로 피해자 주식회사 LG파워콤의 인터넷 서비스에 가입신청을 하였으므로 피해자 회사를 기망하였다고 볼 수 없고, 이후 2008. 11. 중순경 및 같은 달 하순경 2회에 걸쳐 공소외인에게 인터넷 사용료로 30만 원을 지급하였으므로 원심 판시 53만 원 상당의 재산상 이익 중 30만 원 상당은 공소외인에게 인터넷 사용료가 청구되게 하는 방법으로 채무를 면한 사실이 없다 할 것이다.

그럼에도 원심은 피고인이 피해자 회사를 기망하여 공소외인 명의로 인터넷 서비스에 가입하여 53만 원 상당의 재산상 이익을 편취하였다고 인정하였는바, 이러한 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

나. 검사

(1) 사실오인

원심 판시 주식회사 LG파워콤(이하 'LG파워콤'이라 한다) 서비스 가입신청서(이하 '이 사건 가입신청서'라 한다) 중 '공소외인'이라고 서명된 부분의 경우 피고인이 직접 기재한 것이 아니라 인터넷을 설치한 직원이 제시하는 전자기기에 피고인이 '공소외인'이라고 서명한 것이 전자복사된 것이고, 당시 인터넷을 설치한 직원이 위와 같은 피고인의 서명이 이 사건 가입신청서에 전자복사된다는 설명을 하지 않았다고 하더라도, 피고인이 처음부터 공소외인 명의로 인터넷 가입신청을 하기로 마음먹은 이상 당시 피고인에게는 미필적으로나마 공소외인 명의로 이 사건 가입신청서를 작성한다는 인식이 있었다고 할 것이다.

그럼에도 원심은 피고인이 인터넷을 설치한 직원이 제시한 전자기기에 '공소외인'이라고 서명할 당시 피고인에게 이 사건 가입신청서의 위조나 그 행사에 대한 고의가 있었다고 단정하기 어렵다는 이유로 피고인에 대한 사문서위조 및 동행사죄의 공소사실을 무죄로 인정하였는바, 이러한 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

(2) 법리오해

가사 피고인이 인터넷을 설치한 직원이 제시한 전자기기에 '공소외인'이라고 서명한 행위를 사문서위조 및 동행사죄로 처벌할 수 없다 하더라도, 위와 같은 피고인의 행위는 형법 제239조의 사서명위조 및 동행사죄에 해당하고, 피고인에 대한 사문서위조 및 동행사죄의 공소사실은 검사가 원심 법원에서 공소장변경신청을 한 사서명위조 및 동행사죄의 공소사실과 동일성이 인정되므로, 원심 법원으로서 위와 같은 검사의 공소장변경신청을 허가하여야 할 것이다.

그럼에도 원심은 약식명령에 대한 정식재판청구사건에서는 사서명위조 및 동행사죄의 공소사실을 심판대상으로 삼을 수 없다는 이유로 검사의 공소장변경신청을 불허하였는바, 이러한 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

(3) 양형부당

이 사건 여러 양형조건에 비추어, 피고인에 대한 원심의 형(벌금 70만 원)은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 직권판단

피고인 및 검사의 항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살피건대, 이 사건 기록에 의하면 피고인은 2010. 7. 21. 인천지방법원에서 사인위조죄 등으로 징역 4월에 집행유예 2년을 선고받아 2011. 1. 27. 그 판결이 확정된 사실을 인정할 수 있는바, 원심 판시 사기죄는 위와 같이 2011. 7. 15. 판결이 확정된 사인위조죄 등과 형법 제37조 후단의 경합범 관계에 있어 형법 제39조 제1항에 따라 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여 형의 감경 또는 면제 여부까지 검토한 후에 형을 정하여야 하므로, 이 점에서 원심판결 중 유죄부분은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

다만, 위와 같은 직권파기사유가 있더라도 피고인 및 검사의 사실오인 및 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 판단 대상이 되므로, 아래에서는 이에 관하여 살펴본다.

3. 피고인 및 검사의 항소이유에 대한 판단

가. 피고인의 사실오인 주장에 대한 판단

살피건대, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 당심 증인 공소외인의 진술을 보태어 인정되는 다음과 같은 사실 중, ① 공소외인은 수사기관에서부터 당심 법정에서 이르기까지 일관하여 당시 피고인과 ○○직업전문학교를 함께 다니고 있었는데 피고인이 돈을 받을 곳이 있는데 신용불량자라 은행거래를 못한다며 자신의 계좌번호와 주민등록번호를 알려달라고 하여 이를 알려주었을 뿐 당시 피고인으로부터 자신의 명의로 인터넷 서비스를 신청하겠다는 말을 들은 사실이 없고, 이후 피고인에게 알려주었던 자신의 우체국 및 농협 계좌에서 인터넷 사은품 명목으로 금원이 입금되어 이를 피고인에게 돌려주었으며, 한편 2008. 9.경 자신의 우체국 및 농협 계좌에서 인터넷 사용료가 자동이체되어 피해자 회사를 찾아가 인터넷 가입신청 당시 녹음된 통화내용을 들어보니 피고인이 자신의 명의로 인터넷 서비스를 신청한 것을 알게 되었고, 피고인에게 이를 항의하였더니 피고인이 자신의 명의로 인터넷 서비스에 가입한 사실을 인정하며 사과하였을 뿐 피고인으로부터 현재까지 인터넷 사용료로 30만 원을 변제받은 사실이 없다고 진술하고 있는바, 위와 같은 공소외인의 진술은 그 내용이 구체적이고 일관되어 있어 신빙성이 있다 할 것인 점, ② 피고인은 당시 공소외인으로부터 공소외인 명의로 인터넷 서비스를 신청하는 것에 대하여 허락을 받았다고 주장하면서 공소외인이 자신의 주민등록번호까지 알려주었다는 점을 근거로 들고 있고, 이에 대하여 공소외인은 원심 및 당심 법정에서 당시 피고인이 피고인의 명의로 인터넷 서비스를 신청하는데 현금사은품을 받을 통장의 명의를 공소외인 명의로 되어 있어 자신의 주민등록번호까지 알려달라고 하였다고 진술하고 있는바, 공소외인 으로서는 ○○직업전문학교에서 알게 된 피고인에게 결국 자신에게 인터넷 이용요금이 청구되도록 자신의 명의로 인터넷 서비스를 신청하는 것을 허락할 이유가 없는 점에 비추어 보면, 당시 피고인은 공소외인의 진술과 같이 인터넷 서비스 신청인과 현금사은품을 받을 통장예금주가 다르다는 이유로 공소외인에게 공소외인의 주민등록번호도 알려달라고 한 것으로 보이는 점, ③ 또한 피고인은 당시 공소외인의 승낙이 있었다는 근거로 공소외인이 자신의 명의로 인터넷 서비스를 신청하는 것을 승낙하고 나서 피고인과 함께 우체국에 가서 우체국 계좌를 개설하여 피고인에게 알려주었다고 주장하나, 공소외인이 피고인에게 알려 준 우체국 계좌는 공소외인이 1999년경에 개설하여 사용하고 있었던 계좌이므로 위와 같은 피고인의 주장은 신빙성이 없는 점, ④ 한편, 공소외인이 피고인에게 알려 준 농협 및 우체국 계좌의 통장내역에 의하면, 2008. 5. 17.경 농협 계좌로 16만 원, 2008. 5. 26. 우체국 계좌로 5만 원이 '인터넷 사은품' 명목으로 각 입금되어 있고, 피고인이 인터넷 서비스에 가입한 2008. 7. 25.경에는 '웅진코웨이 주식' 명목으로 공소외인의 우체국 계좌에 10만 원이 입금되어 있어 있을 뿐 공소외인의 농협 및 우체국 통장으로 '인터넷 사은품' 명목의 현금이 입금되어 있지 않으나, 공소외인이 검찰에서 피고인에게 농협 및 우체국 통장의 계좌번호 및 주민등록번호를 알려준 것이 2008. 5.경이라고 진술(증거기록 47쪽)하고 있는 점에 비추어 보면, 피고인은 2008. 5.경 공소외인에게 농협 및 우체국 통장의 계좌번호 및 주민등록번호를 알려달라고 한 다음 이를 이용하여 인터넷에 가입하여 인터넷 사은품 명목의 현금을 받고 나서, 다시 2008. 7. 25.경 위와 같은 경위로 이미 알고 있던 공소외인의 농협 및 우체국 통장의 계좌번호 및 주민등록번호를 이용하여 원심 판시와 같이 공소외인의 승낙 없이 주식회사 엘지파워콤의 인터넷 서비스에 가입하였을 가능성이 높은 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 피고인이 공소외인으로부터 승낙을 받지 않고 공소외인 명의로 인터넷 서비스에 가입하였고, 이후 공소외인에게 인터넷 사용료로 30만 원을 변제하지 않았다 할 것이므로, 피고인의 위 주장은 이유 없다.

따라서 원심이 피고인을 사기죄로 의율·처단한 조치는 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 피고인의 주장과 같은 판결에 영향을 미친 사실오인의 위법이 있음을 찾아볼 수 없다(피고인의 변호인이 2011. 6. 15.자 변론요지서에서 지적하고 있는 바와 같이 피고인이 이 사건 공소사실을 부인하고 있는 이상 경찰이 작성한 피의자신문조서는 증거능력이 없는 것으로 보아야 할 것임에도 원심은 이를 증거로 삼는 위법을 범하였다 할 것이나, 이를 제외한 나머지 증거들로도 이 부분 공소사실을 인정할 수 있으므로, 위와 같은 위반이 원심판결에 영향을 미쳤다고는 볼 수 없다).

나. 검사의 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단

(1) 이 부분 공소사실의 요지

(가) 사문서위조

피고인은 2008. 7. 25. 인천 남구 (이하 주소 생략)에서 LG파워콤에 전화를 걸어 성명불상의 담당자에게 행사할 목적으로 권한 없이 마치 자신이 공소외인인 것처럼 행세하면서 공소외인의 주민등록번호 등을 불러주는 방법으로 위 담당자로 하여금 공소외인 명의의 LG파워콤 서비스 신청서 1부를 작성하게 함으로써 권리의무에 관한 사문서인 위 공소외인 명의의 서비스 신청서 1부를 위조하였다.

(나) 위조사문서행사

피고인은 위 일시, 장소에서 위와 같은 방법으로 위 담당자로 하여금 공소외인 명의의 서비스 신청서 1매를 작성하게 하고, 그 정을 모르는 위 담당자로 하여금 그 무렵 비치하게 하여 이를 행사하였다.

(2) 원심의 판단

이에 대하여 원심은, 기록에 의하면 공소외인 명의의 이 사건 가입신청서 사본의 납부자란, 신청인란, 개인정보 수집·이용·제공 및 활용 동의란에 피고인 필적의 '공소외인' 서명이 포함되어 있는 사실은 인정되나, 검사가 제출한 증거들에 의하더라도 피고인이 당시 LG파워콤의 직원으로부터 이 사건 가입신청서를 제시받아 이를 읽어보고 그 취지를 이해한 다음 공소외인의 서명란에 서명을 하였는지 여부에 관하여는 이를 인정할 아무런 증거가 없고, 오히려 이 사건 가입신청서 사본의 기재 및 그 형상에 의하면, 이 사건 가입신청서에 기재된 피고인의 필적인 '공소외인' 부분은 볼펜이나 사인펜 등 필기구에 의한 것이 아니라 전자기기의 패널에 서명용 기구 또는 이와 유사한 물체로 기입한 서명을 전사해 놓은 것으로 보이는바(글자의 획이 연속되지 않고 간간히 끊어져 있으며, 납부자란과 신청인란의 서명은 전자적으로 복사된 동일 필체로 보인다), LG파워콤의 직원이 피고인으로부터 전자기기에 서명을 받을 당시 이 사건 가입신청서나 개인정보 수집·이용·제공 및 활용 동의서를 함께 제시하였다거나 적어도 피고인에게 위 각 서류의 내용을 설명하고 피고인의 전자기기에 대한 서명이 위 서류에 대한 전사된다는 취지를 알려 주었다는 점을 인정할 증거가 없는 이상(피고인으로서 인터넷 서비스에 설비를 설치받았음을 확인하는 의미로 서명을 하였을 가능성도 있다) 피고인에게 이 사건 가입신청서의 위조나 그 행사에 대한 고의가 있다고 단정하기 어렵다고 판단한 다음 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다는 이유로 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고하였다.

(3) 당심의 판단

(가) 사실오인 주장에 대한 판단

- 1) 살피건대, 먼저 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 당심 증인 공소외인의 진술 및 이 법원의 LG파워콤에 대한 사실조회 회보서의 기재를 보태어 보면, 피고인은 2008. 7. 25.경 전화로 LG파워콤의 인터넷 서비스에 가입하면서 담당직원에게 마치 자신이 공소외인인 것처럼 행세하면서 공소외인의 인적사항, 공소외인 명의의 계좌번호 등을 불러주어 공소외인 명의로 인터넷 서비스에 가입하였고, 이후 LG파워콤사의 인터넷 설치 담당직원이 2008. 7. 28.경 피고인의 집을 방문하여 인터넷을 설치해 주면서 피고인으로부터 PDA에 '공소외인'이라는 서명을 받았으며, 위와 같이 피고인이 자필로 기재한 '공소외인'이라는 서명이 전산처리되어 이 사건 가입신청서에 전자복사된 사실을 인정할 수 있다.
- 2) 위 인정사실 및 위 각 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피고인이 전화로 인터넷 가입신청을 하면서 LG파워콤의 담당직원에게 공소외인의 인적사항 등을 불러준 것만으로는 피고인이 이 사건 가입신청서를 위조하였다고 보기 어렵고, 피고인이 PDA에 '공소외인'이라고 서명을 하면서 위 서명이 이 사건 가입신청서에 전자복사된다는 점이나 위와 같이 PDA에 '공소외인'이라고 서명하는 것이 이 사건 가입신청서에 직접 '공소외인'이라고 서명하는 것과 동일하게 볼 수 있다는 점에 관하여 알고 있었어야 비로소 피고인이 이 사건 가입신청서를 '공소외인' 명의로 위조하였다고 볼 수 있다 할 것인 점, ② 그러나 이 법원의 LG파워콤에 대한 사실조회 회보서의 기재에 의하면, LG파워콤의 인터넷 설치 담당직원은 인터넷 설치를 위하여 설치장소에 방문하더라도 이는 인터넷 설치 목적의 방문이므로 설치장소에 대기하고 있는 사람이 가입자 본인인지 여부를 확인하지 않고 있는바, 이 사건에서 담당직원이 피고인으로부터 PDA에 '공소외인'이라고 서명을 받은 것도 단순히 인터넷 설치를 완료하였음을 확인하는 의미였던 것으로 보이는 점, ③ 따라서 피고인은 당시 PDA에 '공소외인'이라고 서명을 하면서 위 서명이 이 사건 가입신청서에 전자복사될 것이라는 사정이나 위와 같이 서명하는 것이 이 사건 가입신청서에 서명하는 것과 동일하게 볼 수 있다는 사정에 관하여 설명을 듣지 못하였던 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 피고인은 LG파워콤의 인터넷 설치 담당직원이 제시하는 PDA에 '공소외인'이라고 서명을 할 당시 위 '공소외인' 명의의 서명이 이 사건 가입신청서에 전자복사된다거나 위와 같이 서명하는 것이 이 사건 가입신청서에 '공소외인'이라고 서명하는 것과 동일하게 볼 수 있다는 사정을 알고 있었다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으므로, 피고인에게는 이 부분 공소사실에 대한 고의가 있다고 볼 수 없다.
- 3) 따라서 달리 피고인의 고의를 인정할 만한 아무런 증거가 없으므로 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 때에 해당하여 형사소송법 제325조 후단에 의하여 피고인에게 무죄를 선고하여야 할 것인바, 같은 취지에서 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 원심의 조치는 정당하고, 검사의 위 항소논지는 이유 없다.

(나) 법리오해 주장에 대한 판단

- 1) 형사소송법 제298조 제1항의 규정에 의하면, '검사는 법원의 허가를 얻어 공소장에 기재한 공소사실 또는 적용법조의 추가·철회 또는 변경을 할 수 있고, 법원은 공소사실의 동일성을 해하지 아니하는 한도에서 이를 허가하여야 한다'고 되어 있으므로, 위 규정의 취지는 검사의 공소장 변경신청이 공소사실의 동일성을 해하지 아니하는 한 법원은 이를 허가하여야 한다는 뜻으로 해석하여야 할 것이고, 공소사실의 동일성은 그 사실의 기초가 되는 사회적 사실관

계가 기본적인 점에서 동일하면 그대로 유지되는 것이나, 이러한 기본적 사실관계의 동일성을 판단함에 있어서는 그 사실의 동일성이 갖는 기능을 염두에 두고 피고인의 행위와 그 사회적인 사실관계를 기본으로 하되 규범적 요소도 아울러 고려하여야 한다(대법원 1999. 5. 14. 선고 98도1438 판결 등 참조).

- 2) 위와 같은 법리에 비추어 이 사건을 살피건대, 기록에 의하면 검사가 원심에서 이 부분 공소사실을 주위적 공소사실로, '피고인은 이 부분 공소사실과 같은 일시, 장소에서 LG파워콤의 인터넷을 설치하면서 마치 자신이 공소외인인 것처럼 행세하면서 위 인터넷을 설치한 성명불상자가 제시하는 PDA에 공소외인 명의로 서명을 하여 행사할 목적으로 권한 없이 공소외인 명의의 서명을 위조하고, 위와 같이 PDA에 공소외인 명의로 서명하여 위 서명이 이 사건 가입신청서의 신청인란 및 납부자란에 기재되게 하고, 위조사실을 모르는 담당직원으로 하여금 이를 비치하게 하여 공소외인 명의의 서명을 행사하였다'는 내용으로 사서명위조 및 동행사죄의 공소사실을 예비적 공소사실로 추가하는 내용의 공소장변경을 신청하였으나 원심 법원이 이를 허가하지 않은 사실을 알 수 있는바, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 당심 증인 공소외인의 진술, 이 법원의 LG파워콤에 대한 사실조회 회보서의 기재를 보태어 인정되는 다음과 같은 사정 즉, ① 비록 검사가 공소장변경신청을 하면서 추가한 위 예비적 공소사실에는 피고인이 이 부분 공소사실과 같은 일시인 2008. 7. 25.경 공소외인 명의의 서명을 위조·행사한 것으로 기재되어 있으나, 앞서 인정사실에서 본 바와 같이 실제로 피고인이 인터넷 설치 담당직원의 PDA에 '공소외인' 명의의 서명을 기재한 것은 2008. 7. 28.경이므로 주위적 공소사실과 예비적 공소사실의 범행일시가 동일하거나 근접하다고 볼 수 없고, 각 공소사실의 내용도 주위적 공소사실의 경우 피고인이 전화로 LG파워콤에 인터넷 가입신청을 하면서 담당직원으로 하여금 이 사건 가입신청서를 위조·행사하게 하였다는 내용인 반면, 예비적 공소사실의 경우 피고인이 LG파워콤의 인터넷 설치 담당직원의 PDA에 공소외인 명의로 서명을 하여 공소외인 명의의 서명을 위조·행사하였다는 내용으로 범행방법이나 그로 인하여 침해되는 법익이 같다고 볼 수 없어 기본적인 사실관계가 동일하다고 보기 어려운 점, ② 더군다나 검사가 예비적 공소사실로 추가한 형법 제239조 제1항, 제2항의 사서명위조 및 동행사죄는 법정형이 징역형만 규정되어 있어 이 사건과 같이 피고인이 벌금형의 약식명령을 받고 정식재판청구를 한 사건에서는 원칙적으로 심판대상으로 삼을 수 없는 죄이므로 위와 같은 공소장변경을 허용하는 것은 피고인의 방어권을 침해할 소지가 있고, 법원으로서도 설령 피고인에게 사서명위조 및 동행사죄가 인정된다고 하더라도 형사소송법 제457조의2 규정에 따라 피고인에게 징역형이 아닌 벌금형을 선고할 수밖에 없으나 이는 사인위조 및 동행사죄에 대하여 징역형만 법정형으로 규정하고 있는 형법 규정에 위반하는 것으로 어느 규정을 우선하더라도 스스로 위법을 저지르게 되는 모순되는 상태에 빠지게 되는 점 등을 종합하면, 원심이 검사의 공소장변경허가신청을 불허한 조치는 정당한 것으로 수긍이 가고 거기에 판결에 영향을 미친 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없으므로, 검사의 위 주장도 이유 없다.

4. 결론

그렇다면 피고인의 사실오인 주장은 이유 없으나 원심판결 중 유죄부분에는 앞서 본 직권파기사유가 있으므로, 검사의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 의하여 원심판결 중 유죄부분을 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하고, 원심판결 중 무죄부분에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인

피고인은 당시 공소외인으로부터 허락을 받고 공소외인 명의로 피해자 주식회사 LG파워콤의 인터넷 서비스에 가입신청을 하였으므로 피해자 회사를 기망하였다고 볼 수 없고, 이후 2008. 11. 중순경 및 같은 달 하순경 2회에 걸쳐 공소외인에게 인터넷 사용료로 30만 원을 지급하였으므로 원심 판시 53만 원 상당의 재산상 이익 중 30만 원 상당은 공소외인에게 인터넷 사용료가 청구되게 하는 방법으로 채무를 면한 사실이 없다 할 것이다.

그럼에도 원심은 피고인이 피해자 회사를 기망하여 공소외인 명의로 인터넷 서비스에 가입하여 53만 원 상당의 재산상 이익을 편취하였다고 인정하였는바, 이러한 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

나. 검사

(1) 사실오인

원심 판시 주식회사 LG파워콤(이하 'LG파워콤'이라 한다) 서비스 가입신청서(이하 '이 사건 가입신청서'라 한다) 중 '공소외인'이라고 서명된 부분의 경우 피고인이 직접 기재한 것이 아니라 인터넷을 설치한 직원이 제시하는 전자기기에 피고인이 '공소외인'이라고 서명한 것이 전자복사된 것이고, 당시 인터넷을 설치한 직원이 위와 같은 피고인의 서명이 이 사건 가입신청서에 전자복사된다는 설명을 하지 않았다고 하더라도, 피고인이 처음부터 공소외인 명의로 인터넷 가입신청을 하기로 마음먹은 이상 당시 피고인에게는 미필적으로나마 공소외인 명의로 이 사건 가입신청서를 작성한다는 인식이 있었다고 할 것이다.

그럼에도 원심은 피고인이 인터넷을 설치한 직원이 제시한 전자기기에 '공소외인'이라고 서명할 당시 피고인에게 이 사건 가입신청서의 위조나 그 행사에 대한 고의가 있었다고 단정하기 어렵다는 이유로 피고인에 대한 사문서위조 및 동행사죄의 공소사실을 무죄로 인정하였는바, 이러한 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

(2) 법리오해

가사 피고인이 인터넷을 설치한 직원이 제시한 전자기기에 '공소외인'이라고 서명한 행위를 사문서위조 및 동행사죄로 처벌할 수 없다 하더라도, 위와 같은 피고인의 행위는 형법 제239조의 사서명위조 및 동행사죄에 해당하고, 피고인에 대한 사문서위조 및 동행사죄의 공소사실은 검사가 원심 법원에서 공소장변경신청을 한 사서명위조 및 동행사죄의 공소사실과 동일성이 인정되므로, 원심 법원으로서 위와 같은 검사의 공소장변경신청을 허가하였어야 할 것이다.

그럼에도 원심은 약식명령에 대한 정식재판청구사건에서는 사서명위조 및 동행사죄의 공소사실을 심판대상으로 삼을 수 없다는 이유로 검사의 공소장변경신청을 불허하였는바, 이러한 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

(3) 양형부당

이 사건 여러 양형조건에 비추어, 피고인에 대한 원심의 형(벌금 70만 원)은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 직권판단

피고인 및 검사의 항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살피건대, 이 사건 기록에 의하면 피고인은 2010. 7. 21. 인천지방법원에서 사인위조죄 등으로 징역 4월에 집행유예 2년을 선고받아 2011. 1. 27. 그 판결이 확정된 사실을 인정할 수 있는바, 원심 판시 사기죄는 위와 같이 2011. 7. 15. 판결이 확정된 사인위조죄 등과 형법 제37조 후단의 경합범 관계에 있어 형법 제39조 제1항에 따라 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여 형의 감경 또는 면제 여부까지 검토한 후에 형을 정하여야 하므로, 이 점에서 원심판결 중 유죄부분은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

다만, 위와 같은 직권파기사유가 있더라도 피고인 및 검사의 사실오인 및 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 판단 대상이 되므로, 아래에서는 이에 관하여 살펴본다.

3. 피고인 및 검사의 항소이유에 대한 판단

가. 피고인의 사실오인 주장에 대한 판단

살피건대, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 당심 증인 공소외인의 진술을 보태어 인정되는 다음과 같은 사실 중, ① 공소외인은 수사기관에서부터 당심 법정에서 이르기까지 일관하여 당시 피고인과 ○○직업전문학교를 함께 다니고 있었는데 피고인이 돈을 받을 곳이 있는데 신용불량자라 은행거래를 못한다며 자신의 계좌번호와 주민등록번호를 알려달라고 하여 이를 알려주었을 뿐 당시 피고인으로부터 자신의 명의로 인터넷 서비스를 신청하겠다는 말을 들은 사실이 없고, 이후 피고인에게 알려주었던 자신의 우체국 및 농협 계좌에서 인터넷 사은품 명목으로 금원이 입금되어 이를 피고인에게 돌려주었으며, 한편 2008. 9.경 자신의 우체국 및 농협 계좌에서 인터넷 사용료가 자동이체되어 피해자 회사를 찾아가 인터넷 가입신청 당시 녹음된 통화내용을 들어보니 피고인이 자신의 명의로 인터넷 서비스를 신청한 것을 알게 되었고, 피고인에게 이를 항의하였더니 피고인이 자신의 명의로 인터넷 서비스에 가입한 사실을 인정하며 사과하였을 뿐 피고인으로부터 현재까지 인터넷 사용료로 30만 원을 변제받은 사실이 없다고 진술하고 있는바, 위와 같은 공소외인의 진술은 그 내용이 구체적이고 일관되어 있어 신빙성이 있다 할 것인 점, ② 피고인은 당시 공소외인으로부터 공소외인 명의로 인터넷 서비스를 신청하는 것에 대하여 허락을 받았다고 주장하면서 공소외인이 자신의 주민등록번호까지 알려주었다는 점을 근거로 들고 있고, 이에 대하여 공소외인은 원심 및 당심 법정에서 당시 피고인이 피고인의 명의로 인터넷 서비스를 신청하는데 현금사은품을 받을 통장의 명의를 공소외인 명의로 되어 있어 자신의 주민등록번호까지 알려달라고 하였다고 진술하고 있는바, 공소외인 으로서는 ○○직업전문학교에서 알게 된 피고인에게 결국 자신에게 인터넷 이용요금이 청구되도록 자신의 명의로 인터넷 서비스를 신청하는 것을 허락할 이유가 없는 점에 비추어 보면, 당시 피고인은 공소외인의 진술과 같이 인터넷 서비스 신청인과 현금사은품을 받을 통장예금주가 다르다는 이유로 공소외인에게 공소외인의 주민등록번호도 알려달라고 한 것으로 보이는 점, ③ 또한 피고인은 당시 공소외인의 승낙이 있었다는 근거로 공소외인이 자신의 명의로 인터넷 서비스를 신청하는 것을 승낙하고 나서 피고인과 함께 우체국에 가서 우체국 계좌를 개설하여 피고인에게 알려주었다고 주장하나, 공소외인이 피고인에게 알려 준 우체국 계좌는 공소외인이 1999년경에 개설하여 사용하고 있었던 계좌이므로 위와 같은 피고인의 주장은 신빙성이 없는 점, ④ 한편, 공소외인이 피고인에게 알려준 농협 및 우체국 계좌의 통장내역에 의하면, 2008. 5. 17.경 농협 계좌로 16만 원, 2008. 5. 26. 우체국 계좌로

5만 원이 '인터넷 사은품' 명목으로 각 입금되어 있고, 피고인이 인터넷 서비스에 가입한 2008. 7. 25.경에는 '웅진코웨이 주식' 명목으로 공소외인의 우체국 계좌에 10만 원이 입금되어 있어 있을 뿐 공소외인의 농협 및 우체국 통장으로 '인터넷 사은품' 명목의 현금이 입금되어 있지 않으나, 공소외인이 검찰에서 피고인에게 농협 및 우체국 통장의 계좌번호 및 주민등록번호를 알려준 것이 2008. 5.경이라고 진술(증거기록 47쪽)하고 있는 점에 비추어 보면, 피고인은 2008. 5.경 공소외인에게 농협 및 우체국 통장의 계좌번호 및 주민등록번호를 알려달라고 한 다음 이를 이용하여 인터넷에 가입하여 인터넷 사은품 명목의 현금을 받고 나서, 다시 2008. 7. 25.경 위와 같은 경위로 이미 알고 있던 공소외인의 농협 및 우체국 통장의 계좌번호 및 주민등록번호를 이용하여 원심 판시와 같이 공소외인의 승낙 없이 주식회사 엘지파워콤의 인터넷 서비스에 가입하였을 가능성이 높은 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 피고인이 공소외인으로부터 승낙을 받지 않고 공소외인 명의로 인터넷 서비스에 가입하였고, 이후 공소외인에게 인터넷 사용료로 30만 원을 변제하지 않았다 할 것이므로, 피고인의 위 주장은 이유 없다.

따라서 원심이 피고인을 사기죄로 의율·처단한 조치는 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 피고인의 주장과 같은 판결에 영향을 미친 사실오인의 위법이 있음을 찾아볼 수 없다(피고인의 변호인이 2011. 6. 15.자 변론요지서에서 지적하고 있는 바와 같이 피고인이 이 사건 공소사실을 부인하고 있는 이상 경찰이 작성한 피의자신문조서는 증거능력이 없는 것으로 보아야 할 것임에도 원심은 이를 증거로 삼는 위법을 범하였다 할 것이나, 이를 제외한 나머지 증거들로도 이 부분 공소사실을 인정할 수 있으므로, 위와 같은 위반이 원심판결에 영향을 미쳤다고는 볼 수 없다).

나. 검사의 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단

(1) 이 부분 공소사실의 요지

(가) 사문서위조

피고인은 2008. 7. 25. 인천 남구 (이하 주소 생략)에서 LG파워콤에 전화를 걸어 성명불상의 담당자에게 행사할 목적으로 권한 없이 마치 자신이 공소외인인 것처럼 행세하면서 공소외인의 주민등록번호 등을 불러주는 방법으로 위 담당자로 하여금 공소외인 명의의 LG파워콤 서비스 신청서 1부를 작성하게 함으로써 권리의무에 관한 사문서인 위 공소외인 명의의 서비스 신청서 1부를 위조하였다.

(나) 위조사문서행사

피고인은 위 일시, 장소에서 위와 같은 방법으로 위 담당자로 하여금 공소외인 명의의 서비스 신청서 1매를 작성하게 하고, 그 정을 모르는 위 담당자로 하여금 그 무렵 비치하게 하여 이를 행사하였다.

(2) 원심의 판단

이에 대하여 원심은, 기록에 의하면 공소외인 명의의 이 사건 가입신청서 사본의 납부자란, 신청인란, 개인정보 수집·이용·제공 및 활용 동의란에 피고인 필적의 '공소외인' 서명이 포함되어 있는 사실은 인정되나, 검사가 제출한 증거들에 의하더라도 피고인이 당시 LG파워콤의 직원으로부터 이 사건 가입신청서를 제시받아 이를 읽어보고 그 취지를 이해한 다음 공소외인의 서명란에 서명을 하였는지 여부에 관하여는 이를 인정할 아무런 증거가 없고, 오히려 이 사건 가입신청서 사본의 기재 및 그 형상에 의하면, 이 사건 가입신청서에 기재된 피고인의 필적인 '공소외인' 부분은 볼펜이나 사인펜 등 필기구에 의한 것이 아니라 전자기기의 패널에 서명용 기구 또는 이와 유사한 물체로 기입

한 서명을 전사해 놓은 것으로 보이는바(글자의 획이 연속되지 않고 간간히 끊어져 있으며, 납부자란과 신청인란의 서명은 전자적으로 복사된 동일 필체로 보인다), LG파워콤의 직원이 피고인으로부터 전자기기에 서명을 받을 당시 이 사건 가입신청서나 개인정보 수집·이용·제공 및 활용 동의서를 함께 제시하였다거나 적어도 피고인에게 위 각 서류의 내용을 설명하고 피고인의 전자기기에 대한 서명이 위 서류에 대한 전사된다는 취지를 알려 주었다는 점을 인정할 증거가 없는 이상(피고인으로서 인터넷 서비스에 설비를 설치받았음을 확인하는 의미로 서명을 하였을 가능성도 있다) 피고인에게 이 사건 가입신청서의 위조나 그 행사에 대한 고의가 있다고 단정하기 어렵다고 판단한다. 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다는 이유로 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고하였다.

(3) 당심의 판단

(가) 사실오인 주장에 대한 판단

- 1) 살피건대, 먼저 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 당심 증인 공소외인의 진술 및 이 법원의 LG파워콤에 대한 사실조회 회보서의 기재를 보태어 보면, 피고인은 2008. 7. 25.경 전화로 LG파워콤의 인터넷 서비스에 가입하면서 담당직원에게 마치 자신이 공소외인인 것처럼 행세하면서 공소외인의 인적사항, 공소외인 명의의 계좌번호 등을 불러주어 공소외인 명의로 인터넷 서비스에 가입하였고, 이후 LG파워콤사의 인터넷 설치 담당직원이 2008. 7. 28.경 피고인의 집을 방문하여 인터넷을 설치해 주면서 피고인으로부터 PDA에 '공소외인'이라는 서명을 받았으며, 위와 같이 피고인이 자필로 기재한 '공소외인'이라는 서명이 전산처리되어 이 사건 가입신청서에 전자복사된 사실을 인정할 수 있다.
- 2) 위 인정사실 및 위 각 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피고인이 전화로 인터넷 가입신청을 하면서 LG파워콤의 담당직원에게 공소외인의 인적사항 등을 불러준 것만으로는 피고인이 이 사건 가입신청서를 위조하였다고 보기 어렵고, 피고인이 PDA에 '공소외인'이라고 서명을 하면서 위 서명이 이 사건 가입신청서에 전자복사된다는 점이나 위와 같이 PDA에 '공소외인'이라고 서명하는 것이 이 사건 가입신청서에 직접 '공소외인'이라고 서명하는 것과 동일하게 볼 수 있다는 점에 관하여 알고 있었어야 비로소 피고인이 이 사건 가입신청서를 '공소외인' 명의로 위조하였다고 볼 수 있다 할 것인 점, ② 그러나 이 법원의 LG파워콤에 대한 사실조회 회보서의 기재에 의하면, LG파워콤의 인터넷 설치 담당직원은 인터넷 설치를 위하여 설치장소에 방문하더라도 이는 인터넷 설치 목적의 방문이므로 설치장소에 대기하고 있는 사람이 가입자 본인인지 여부를 확인하지 않고 있는바, 이 사건에서 담당직원이 피고인으로부터 PDA에 '공소외인'이라고 서명을 받은 것도 단순히 인터넷 설치를 완료하였음을 확인하는 의미였던 것으로 보이는 점, ③ 따라서 피고인은 당시 PDA에 '공소외인'이라고 서명을 하면서 위 서명이 이 사건 가입신청서에 전자복사될 것이라는 사정이나 위와 같이 서명하는 것이 이 사건 가입신청서에 서명하는 것과 동일하게 볼 수 있다는 사정에 관하여 설명을 듣지 못하였던 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 피고인은 LG파워콤의 인터넷 설치 담당직원이 제시하는 PDA에 '공소외인'이라고 서명을 할 당시 위 '공소외인' 명의의 서명이 이 사건 가입신청서에 전자복사된다거나 위와 같이 서명하는 것이 이 사건 가입신청서에 '공소외인'이라고 서명하는 것과 동일하게 볼 수 있다는 사정을 알고 있었다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으므로, 피고인에게 이 부분 공소사실에 대한 고의가 있다고 볼 수 없다.

- 3) 따라서 달리 피고인의 고의를 인정할 만한 아무런 증거가 없으므로 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 때에 해당하여 형사소송법 제325조 후단에 의하여 피고인에게 무죄를 선고하여야 할 것인바, 같은 취지에서 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 원심의 조치는 정당하고, 검사의 위 항소논지는 이유 없다.

(나) 법리오해 주장에 대한 판단

- 1) 형사소송법 제298조 제1항의 규정에 의하면, '검사는 법원의 허가를 얻어 공소장에 기재한 공소사실 또는 적용법조의 추가·철회 또는 변경을 할 수 있고, 법원은 공소사실의 동일성을 해하지 아니하는 한도에서 이를 허가하여야 한다'고 되어 있으므로, 위 규정의 취지는 검사의 공소장 변경신청이 공소사실의 동일성을 해하지 아니하는 한 법원은 이를 허가하여야 한다는 뜻으로 해석하여야 할 것이고, 공소사실의 동일성은 그 사실의 기초가 되는 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일하면 그대로 유지되는 것이나, 이러한 기본적 사실관계의 동일성을 판단함에 있어서는 그 사실의 동일성이 갖는 기능을 염두에 두고 피고인의 행위와 그 사회적인 사실관계를 기본으로 하되 규범적 요소도 아울러 고려하여야 한다(대법원 1999. 5. 14. 선고 98도1438 판결 등 참조).
- 2) 위와 같은 법리에 비추어 이 사건을 살피건대, 기록에 의하면 검사가 원심에서 이 부분 공소사실을 주위적 공소사실로, '피고인은 이 부분 공소사실과 같은 일시, 장소에서 LG파워콤의 인터넷을 설치하면서 마치 자신이 공소외인인 것처럼 행세하면서 위 인터넷을 설치한 성명불상자가 제시하는 PDA에 공소외인 명의로 서명을 하여 행사할 목적으로 권한 없이 공소외인 명의의 서명을 위조하고, 위와 같이 PDA에 공소외인 명의로 서명하여 위 서명이 이 사건 가입신청서의 신청인란 및 납부자란에 기재되게 하고, 위조사실을 모르는 담당직원으로 하여금 이를 비치하게 하여 공소외인 명의의 서명을 행사하였다'는 내용으로 사서명위조 및 동행사죄의 공소사실을 예비적 공소사실로 추가하는 내용의 공소장변경을 신청하였으나 원심 법원이 이를 허가하지 않은 사실을 알 수 있는바, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 당심 증인 공소외인의 진술, 이 법원의 LG파워콤에 대한 사실조회 회보서의 기재를 보태어 인정되는 다음과 같은 사정 즉, ① 비록 검사가 공소장변경신청을 하면서 추가한 위 예비적 공소사실에는 피고인이 이 부분 공소사실과 같은 일시인 2008. 7. 25.경 공소외인 명의의 서명을 위조·행사한 것으로 기재되어 있으나, 앞서 인정사실에서 본 바와 같이 실제로 피고인이 인터넷 설치 담당직원의 PDA에 '공소외인' 명의의 서명을 기재한 것은 2008. 7. 28.경이므로 주위적 공소사실과 예비적 공소사실의 범행일시가 동일하거나 근접하다고 볼 수 없고, 각 공소사실의 내용도 주위적 공소사실의 경우 피고인이 전화로 LG파워콤에 인터넷 가입신청을 하면서 담당직원으로 하여금 이 사건 가입신청서를 위조·행사하게 하였다는 내용인 반면, 예비적 공소사실의 경우 피고인이 LG파워콤의 인터넷 설치 담당직원의 PDA에 공소외인 명의로 서명을 하여 공소외인 명의의 서명을 위조·행사하였다는 내용으로 범행방법이나 그로 인하여 침해되는 법익이 같다고 볼 수 없어 기본적인 사실관계가 동일하다고 보기 어려운 점, ② 더군다나 검사가 예비적 공소사실로 추가한 형법 제239조 제1항, 제2항의 사서명위조 및 동행사죄는 법정형이 징역형만 규정되어 있어 이 사건과 같이 피고인이 벌금형의 약식명령을 받고 정식재판청구를 한 사건에서는 원칙적으로 심판대상으로 삼을 수 없는 죄이므로 위와 같은 공소장변경을 허용하는 것은 피고인의 방어권을 침해할 소지가 있고, 법원으로서도 설령 피고인에게 사서명위조 및 동행사죄가 인정된다고 하더라도 형사소송법 제457조의2 규정에 따라 피고인에게 징역형이 아닌 벌금형을 선고할 수밖에 없으나 이는 사인위조 및 동행사죄에 대하여 징역형만 법정형으로 규정하고 있는 형법 규정에 위반하는 것으로 어느 규정을 우선하더라도 스스로 위법을

저지르게 되는 모순되는 상태에 빠지게 되는 점 등을 종합하면, 원심이 검사의 공소장변경허가신청을 불허한 조치는 정당한 것으로 수긍이 가고 거기에 판결에 영향을 미친 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없으므로, 검사의 위 주장도 이유 없다.

4. 결론

그렇다면 피고인의 사실오인 주장은 이유 없으나 원심판결 중 유죄부분에는 앞서 본 직권파기사유가 있으므로, 검사의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 의하여 원심판결 중 유죄부분을 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하고, 원심판결 중 무죄부분에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인

피고인은 당시 공소외인으로부터 허락을 받고 공소외인 명의로 피해자 주식회사 LG파워콤의 인터넷 서비스에 가입신청을 하였으므로 피해자 회사를 기망하였다고 볼 수 없고, 이후 2008. 11. 중순경 및 같은 달 하순경 2회에 걸쳐 공소외인에게 인터넷 사용료로 30만 원을 지급하였으므로 원심 판시 53만 원 상당의 재산상 이익 중 30만 원 상당은 공소외인에게 인터넷 사용료가 청구되게 하는 방법으로 채무를 면한 사실이 없다 할 것이다.

그럼에도 원심은 피고인이 피해자 회사를 기망하여 공소외인 명의로 인터넷 서비스에 가입하여 53만 원 상당의 재산상 이익을 편취하였다고 인정하였는바, 이러한 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

나. 검사

(1) 사실오인

원심 판시 주식회사 LG파워콤(이하 'LG파워콤'이라 한다) 서비스 가입신청서(이하 '이 사건 가입신청서'라 한다) 중 '공소외인'이라고 서명된 부분의 경우 피고인이 직접 기재한 것이 아니라 인터넷을 설치한 직원이 제시하는 전자기기에 피고인이 '공소외인'이라고 서명한 것이 전자복사된 것이고, 당시 인터넷을 설치한 직원이 위와 같은 피고인의 서명이 이 사건 가입신청서에 전자복사된다는 설명을 하지 않았다고 하더라도, 피고인이 처음부터 공소외인 명의로 인터넷 가입신청을 하기로 마음먹은 이상 당시 피고인에게는 미필적으로나마 공소외인 명의로 이 사건 가입신청서를 작성한다는 인식이 있었다고 할 것이다.

그럼에도 원심은 피고인이 인터넷을 설치한 직원이 제시한 전자기기에 '공소외인'이라고 서명할 당시 피고인에게 이 사건 가입신청서의 위조나 그 행사에 대한 고의가 있었다고 단정하기 어렵다는 이유로 피고인에 대한 사문서위조 및 동행사죄의 공소사실을 무죄로 인정하였는바, 이러한 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

(2) 법리오해

가사 피고인이 인터넷을 설치한 직원이 제시한 전자기기에 '공소외인'이라고 서명한 행위를 사문서위조 및 동행사죄로 처벌할 수 없다 하더라도, 위와 같은 피고인의 행위는 형법 제239조의 사서명위조 및 동행사죄에 해당하고, 피고인에 대한 사문서위조 및 동행사죄의 공소사실은 검사가 원심 법원에서 공소장변경신청을 한 사서명위조 및 동행사죄의 공소사실과 동일성이 인정되므로, 원심 법원으로서 위와 같은 검사의 공소장변경신청을 허가하였어야 할 것이다.

그럼에도 원심은 약식명령에 대한 정식재판청구사건에서는 사서명위조 및 동행사죄의 공소사실을 심판대상으로 삼을 수 없다는 이유로 검사의 공소장변경신청을 불허하였는바, 이러한 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

(3) 양형부당

이 사건 여러 양형조건에 비추어, 피고인에 대한 원심의 형(벌금 70만 원)은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 직권판단

피고인 및 검사의 항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살피건대, 이 사건 기록에 의하면 피고인은 2010. 7. 21. 인천지방법원에서 사인위조죄 등으로 징역 4월에 집행유예 2년을 선고받아 2011. 1. 27. 그 판결이 확정된 사실을 인정할 수 있는바, 원심 판시 사기죄는 위와 같이 2011. 7. 15. 판결이 확정된 사인위조죄 등과 형법 제37조 후단의 경합범 관계에 있어 형법 제39조 제1항에 따라 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여 형의 감경 또는 면제 여부까지 검토한 후에 형을 정하여야 하므로, 이 점에서 원심판결 중 유죄부분은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

다만, 위와 같은 직권파기사유가 있더라도 피고인 및 검사의 사실오인 및 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 판단 대상이 되므로, 아래에서는 이에 관하여 살펴본다.

3. 피고인 및 검사의 항소이유에 대한 판단

가. 피고인의 사실오인 주장에 대한 판단

살피건대, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 당심 증인 공소외인의 진술을 보태어 인정되는 다음과 같은 사실 즉, ① 공소외인은 수사기관에서부터 당심 법정에 이르기까지 일관하여 당시 피고인과 ○○직업전문학교를 함께 다니고 있었는데 피고인이 돈을 받을 곳이 있는데 신용불량자라 은행거래를 못한다며 자신의 계좌번호와 주민등록번호를 알려달라고 하여 이를 알려주었을 뿐 당시 피고인으로부터 자신의 명의로 인터넷 서비스를 신청하겠다는 말을 들은 사실이 없고, 이후 피고인에게 알려주었던 자신의 우체국 및 농협 계좌에서 인터넷 사은품 명목으로 금원이 입금되어 이를 피고인에게 돌려주었으며, 한편 2008. 9.경 자신의 우체국 및 농협 계좌에서 인터넷 사용료가 자동이체되어 피해자 회사를 찾아가 인터넷 가입신청 당시 녹음된 통화내용을 들어보니 피고인이 자신의 명의로 인터넷 서비스를 신청한 것을 알게 되었고, 피고인에게 이를 항의하였더니 피고인이 자신의 명의로 인터넷 서비스에 가입한 사실을 인정하며 사과하였을 뿐 피고인으로부터 현재까지 인터넷 사용료로 30만 원을 변제받은 사실이 없다고 진술하고 있는바, 위와 같은 공소외인의 진술은 그 내용이 구체적이고 일관되어 있어 신빙성이 있다 할 것인 점, ② 피고인은 당시 공소외인으로부터 공소외인 명의로 인터넷 서비스를 신청하는 것에 대하여 허락을 받았다고 주장하면서 공소외인이 자신의 주민등록번호까지 알려주었다는 점을 근거로 들고 있고, 이에 대하여 공소외인은 원심 및 당심 법정에서 당시 피고인이 피고인의 명의로 인터넷 서비스를 신청하는데 현금사은품을 받을 통장

의 명의가 공소외인 명의로 되어 있어 자신의 주민등록번호까지 알려달라고 하였다고 진술하고 있는바, 공소외인 으로서는 ○○직업전문학교에서 알게 된 피고인에게 결국 자신에게 인터넷 이용요금이 청구되도록 자신의 명의로 인터넷 서비스를 신청하는 것을 허락할 이유가 없는 점에 비추어 보면, 당시 피고인은 공소외인의 진술과 같이 인터넷 서비스 신청인과 현금사은품을 받을 통장예금주가 다르다는 이유로 공소외인에게 공소외인의 주민등록번호도 알려달라고 한 것으로 보이는 점, ③ 또한 피고인은 당시 공소외인의 승낙이 있었다는 근거로 공소외인이 자신의 명의로 인터넷 서비스를 신청하는 것을 승낙하고 나서 피고인과 함께 우체국에 가서 우체국 계좌를 개설하여 피고인에게 알려주었다고 주장하나, 공소외인이 피고인에게 알려 준 우체국 계좌는 공소외인이 1999년경에 개설하여 사용하고 있었던 계좌이므로 위와 같은 피고인의 주장은 신빙성이 없는 점, ④ 한편, 공소외인이 피고인에게 알려 준 농협 및 우체국 계좌의 통장내역에 의하면, 2008. 5. 17.경 농협 계좌로 16만 원, 2008. 5. 26. 우체국 계좌로 5만 원이 '인터넷 사은품' 명목으로 각 입금되어 있고, 피고인이 인터넷 서비스에 가입한 2008. 7. 25.경에는 '웅진코웨이 주식' 명목으로 공소외인의 우체국 계좌에 10만 원이 입금되어 있어 있을 뿐 공소외인의 농협 및 우체국 통장으로 '인터넷 사은품' 명목의 현금이 입금되어 있지 않으나, 공소외인이 검찰에서 피고인에게 농협 및 우체국 통장의 계좌번호 및 주민등록번호를 알려준 것이 2008. 5.경이라고 진술(증거기록 47쪽)하고 있는 점에 비추어 보면, 피고인은 2008. 5.경 공소외인에게 농협 및 우체국 통장의 계좌번호 및 주민등록번호를 알려달라고 한 다음 이를 이용하여 인터넷에 가입하여 인터넷 사은품 명목의 현금을 받고 나서, 다시 2008. 7. 25.경 위와 같은 경위로 이미 알고 있던 공소외인의 농협 및 우체국 통장의 계좌번호 및 주민등록번호를 이용하여 원심 판시와 같이 공소외인의 승낙 없이 주식회사 엘지파워콤의 인터넷 서비스에 가입하였을 가능성이 높은 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 피고인이 공소외인으로부터 승낙을 받지 않고 공소외인 명의로 인터넷 서비스에 가입하였고, 이후 공소외인에게 인터넷 사용료로 30만 원을 변제하지 않았다 할 것이므로, 피고인의 위 주장은 이유 없다.

따라서 원심이 피고인을 사기죄로 의율·처단한 조치는 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 피고인의 주장과 같은 판결에 영향을 미친 사실오인의 위법이 있음을 찾아볼 수 없다(피고인의 변호인이 2011. 6. 15.자 변론요지서에서 지적하고 있는 바와 같이 피고인이 이 사건 공소사실을 부인하고 있는 이상 경찰이 작성한 피의자신문조서는 증거능력이 없는 것으로 보아야 할 것임에도 원심은 이를 증거로 삼는 위법을 범하였다 할 것이나, 이를 제외한 나머지 증거들로도 이 부분 공소사실을 인정할 수 있으므로, 위와 같은 위반이 원심판결에 영향을 미쳤다고는 볼 수 없다).

나. 검사의 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단

(1) 이 부분 공소사실의 요지

(가) 사문서위조

피고인은 2008. 7. 25. 인천 남구 (이하 주소 생략)에서 LG파워콤에 전화를 걸어 성명불상의 담당자에게 행사할 목적으로 권한 없이 마치 자신이 공소외인인 것처럼 행세하면서 공소외인의 주민등록번호 등을 불러주는 방법으로 위 담당자로 하여금 공소외인 명의의 LG파워콤 서비스 신청서 1부를 작성하게 함으로써 권리의무에 관한 사문서인 위 공소외인 명의의 서비스 신청서 1부를 위조하였다.

(나) 위조사문서행사

피고인은 위 일시, 장소에서 위와 같은 방법으로 위 담당자로 하여금 공소외인 명의의 서비스 신청서 1매를 작성하게 하고, 그 정을 모르는 위 담당자로 하여금 그 무렵 비치하게 하여 이를 행사하였다.

(2) 원심의 판단

이에 대하여 원심은, 기록에 의하면 공소외인 명의의 이 사건 가입신청서 사본의 납부자란, 신청인란, 개인정보 수집·이용·제공 및 활용 동의란에 피고인 필적의 '공소외인' 서명이 포함되어 있는 사실은 인정되나, 검사가 제출한 증거들에 의하더라도 피고인이 당시 LG파워콤의 직원으로부터 이 사건 가입신청서를 제시받아 이를 읽어보고 그 취지를 이해한 다음 공소외인의 서명란에 서명을 하였는지 여부에 관하여는 이를 인정할 아무런 증거가 없고, 오히려 이 사건 가입신청서 사본의 기재 및 그 형상에 의하면, 이 사건 가입신청서에 기재된 피고인의 필적인 '공소외인' 부분은 볼펜이나 사인펜 등 필기구에 의한 것이 아니라 전자기기의 패널에 서명용 기구 또는 이와 유사한 물체로 기입한 서명을 전사해 놓은 것으로 보이는바(글자의 획이 연속되지 않고 간간히 끊어져 있으며, 납부자란과 신청인란의 서명은 전자적으로 복사된 동일 필체로 보인다), LG파워콤의 직원이 피고인으로부터 전자기기에 서명을 받을 당시 이 사건 가입신청서나 개인정보 수집·이용·제공 및 활용 동의서를 함께 제시하였다거나 적어도 피고인에게 위 각 서류의 내용을 설명하고 피고인의 전자기기에 대한 서명이 위 서류에 대한 전사된다는 취지를 알려 주었다는 점을 인정할 증거가 없는 이상(피고인으로서 인터넷 서비스에 설비를 설치받았음을 확인하는 의미로 서명을 하였을 가능성도 있다) 피고인에게 이 사건 가입신청서의 위조나 그 행사에 대한 고의가 있다고 단정하기 어렵다고 판단한 다음 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다는 이유로 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고하였다.

(3) 당심의 판단

(가) 사실오인 주장에 대한 판단

1) 살피건대, 먼저 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 당심 증인 공소외인의 진술 및 이 법원의 LG파워콤에 대한 사실조회 회보서의 기재를 보태어 보면, 피고인은 2008. 7. 25.경 전화로 LG파워콤의 인터넷 서비스에 가입하면서 담당직원에게 마치 자신이 공소외인인 것처럼 행세하면서 공소외인의 인적사항, 공소외인 명의의 계좌번호 등을 불러주어 공소외인 명의로 인터넷 서비스에 가입하였고, 이후 LG파워콤사의 인터넷 설치 담당직원이 2008. 7. 28.경 피고인의 집을 방문하여 인터넷을 설치해 주면서 피고인으로부터 PDA에 '공소외인'이라는 서명을 받았으며, 위와 같이 피고인이 자필로 기재한 '공소외인'이라는 서명이 전산처리되어 이 사건 가입신청서에 전자복사된 사실을 인정할 수 있다.

2) 위 인정사실 및 위 각 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피고인이 전화로 인터넷 가입신청을 하면서 LG파워콤의 담당직원에게 공소외인의 인적사항 등을 불러준 것만으로는 피고인이 이 사건 가입신청서를 위조하였다고 보기 어렵고, 피고인이 PDA에 '공소외인'이라고 서명을 하면서 위 서명이 이 사건 가입신청서에 전자복사된다는 점이나 위와 같이 PDA에 '공소외인'이라고 서명하는 것이 이 사건 가입신청서에 직접 '공소외인'이라고 서명하는 것과 동일하게 볼 수 있다는 점에 관하여 알고 있었어야 비로소 피고인이 이 사건 가입신청서를 '공소외인' 명의로 위조하였다고 볼 수 있다 할 것인 점, ② 그러나 이 법원의 LG파워콤에 대한 사실조회 회보서의 기재에

의하면, LG파워콤의 인터넷 설치 담당직원은 인터넷 설치를 위하여 설치장소에 방문하더라도 이는 인터넷 설치 목적의 방문이므로 설치장소에 대기하고 있는 사람이 가입자 본인인지 여부를 확인하지 않고 있는바, 이 사건에서 담당직원이 피고인으로부터 PDA에 '공소외인'이라고 서명을 받은 것도 단순히 인터넷 설치를 완료하였음을 확인하는 의미였던 것으로 보이는 점, ③ 따라서 피고인은 당시 PDA에 '공소외인'이라고 서명을 하면서 위 서명이 이 사건 가입신청서에 전자복사될 것이라는 사정이나 위와 같이 서명하는 것이 이 사건 가입신청서에 서명하는 것과 동일하게 볼 수 있다는 사정에 관하여 설명을 듣지 못하였던 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 피고인은 LG파워콤의 인터넷 설치 담당직원이 제시하는 PDA에 '공소외인'이라고 서명을 할 당시 위 '공소외인' 명의의 서명이 이 사건 가입신청서에 전자복사된다거나 위와 같이 서명하는 것이 이 사건 가입신청서에 '공소외인'이라고 서명하는 것과 동일하게 볼 수 있다는 사정을 알고 있었다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으므로, 피고인에게는 이 부분 공소사실에 대한 고의가 있다고 볼 수 없다.

- 3) 따라서 달리 피고인의 고의를 인정할 만한 아무런 증거가 없으므로 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 때에 해당하여 형사소송법 제325조 후단에 의하여 피고인에게 무죄를 선고하여야 할 것인바, 같은 취지에서 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 원심의 조치는 정당하고, 검사의 위 항소논지는 이유 없다.

(나) 법리오해 주장에 대한 판단

- 1) 형사소송법 제298조 제1항의 규정에 의하면, '검사는 법원의 허가를 얻어 공소장에 기재한 공소사실 또는 적용법조의 추가·철회 또는 변경을 할 수 있고, 법원은 공소사실의 동일성을 해하지 아니하는 한도에서 이를 허가하여야 한다'고 되어 있으므로, 위 규정의 취지는 검사의 공소장 변경신청이 공소사실의 동일성을 해하지 아니하는 한 법원은 이를 허가하여야 한다는 뜻으로 해석하여야 할 것이고, 공소사실의 동일성은 그 사실의 기초가 되는 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일하면 그대로 유지되는 것이나, 이러한 기본적 사실관계의 동일성을 판단함에 있어서는 그 사실의 동일성이 갖는 기능을 염두에 두고 피고인의 행위와 그 사회적인 사실관계를 기본으로 하되 규범적 요소도 아울러 고려하여야 한다(대법원 1999. 5. 14. 선고 98도1438 판결 등 참조).
- 2) 위와 같은 법리에 비추어 이 사건을 살피건대, 기록에 의하면 검사가 원심에서 이 부분 공소사실을 주위적 공소사실로, '피고인은 이 부분 공소사실과 같은 일시, 장소에서 LG파워콤의 인터넷을 설치하면서 마치 자신이 공소외인인 것처럼 행세하면서 위 인터넷을 설치한 성명불상자가 제시하는 PDA에 공소외인 명의로 서명을 하여 행사할 목적으로 권한 없이 공소외인 명의의 서명을 위조하고, 위와 같이 PDA에 공소외인 명의로 서명하여 위 서명이 이 사건 가입신청서의 신청인란 및 납부자란에 기재되게 하고, 위조사실을 모르는 담당직원으로 하여금 이를 비치하게 하여 공소외인 명의의 서명을 행사하였다'는 내용으로 사서명위조 및 동행사죄의 공소사실을 예비적 공소사실로 추가하는 내용의 공소장변경을 신청하였으나 원심 법원이 이를 허가하지 않은 사실을 알 수 있는바, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 당심 증인 공소외인의 진술, 이 법원의 LG파워콤에 대한 사실조회 회보서의 기재를 보태어 인정되는 다음과 같은 사정 즉, ① 비록 검사가 공소장변경신청을 하면서 추가한 위 예비적 공소사실에는 피고인이 이 부분 공소사실과 같은 일시인 2008. 7. 25.경 공소외인 명의의 서명을 위조·행사한 것으로 기재되어 있으나, 앞서 인정사실에서 본 바와 같이 실제로 피고인이 인터넷 설치 담당직원의 PDA에 '공소외인' 명의의 서명을 기재한 것은 2008. 7. 28.경이므로 주위적 공소사실과 예비적 공소사실의 범행일시가 동일하거나 근접하다고 볼 수 없고,

각 공소사실의 내용도 주위적 공소사실의 경우 피고인이 전화로 LG파워콤에 인터넷 가입신청을 하면서 담당직원으로 하여금 이 사건 가입신청서를 위조·행사하게 하였다는 내용인 반면, 예비적 공소사실의 경우 피고인이 LG파워콤의 인터넷 설치 담당직원의 PDA에 공소외인 명의로 서명을 하여 공소외인 명의의 서명을 위조·행사하였다는 내용으로 범행방법이나 그로 인하여 침해되는 법익이 같다고 볼 수 없어 기본적인 사실관계가 동일하다고 보기 어려운 점, ② 더군다나 검사가 예비적 공소사실로 추가한 형법 제239조 제1항, 제2항의 사서명위조 및 동행사죄는 법정형이 징역형만 규정되어 있어 이 사건과 같이 피고인이 벌금형의 약식명령을 받고 정식재판청구를 한 사건에서는 원칙적으로 심판대상으로 삼을 수 없는 죄이므로 위와 같은 공소장변경을 허용하는 것은 피고인의 방어권을 침해할 소지가 있고, 법원으로서도 설령 피고인에게 사서명위조 및 동행사죄가 인정된다고 하더라도 형사소송법 제457조의2 규정에 따라 피고인에게 징역형이 아닌 벌금형을 선고할 수밖에 없으나 이는 사인위조 및 동행사죄에 대하여 징역형만 법정형으로 규정하고 있는 형법 규정에 위반하는 것으로 어느 규정을 우선하더라도 스스로 위법을 저지르게 되는 모순되는 상태에 빠지게 되는 점 등을 종합하면, 원심이 검사의 공소장변경허가신청을 불허한 조치는 정당한 것으로 수긍이 가고 거기에 판결에 영향을 미친 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없으므로, 검사의 위 주장도 이유 없다.

4. 결론

그렇다면 피고인의 사실오인 주장은 이유 없으나 원심판결 중 유죄부분에는 앞서 본 직권파기사유가 있으므로, 검사의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 의하여 원심판결 중 유죄부분을 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하고, 원심판결 중 무죄부분에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.