

복사문서의 문서간주가 창출한 새로운 변조개념에 의해 문서변조행위대상으로 평가되는 컴퓨터모니터 이미지*

류 석 준**

차 례

I. 문제의 제기

1. 제1사문서변조 및 행사의 점
2. 제2사문서변조 및 행사의 점
3. 소결

II. 사문서변조행위 및 행위객체에 대한 새로운 이해

1. 변조개념의 확장가능성
2. 진정하게 성립된 문서의 의미와 변조행위대상의 범위

III. 대상사안의 검토

1. 제1사문서변조 및 행사의 점에서의 변조의 대상
2. 제2사문서변조 및 행사의 점에서의 변조의 대상

IV. 결 론

* 본 논문은 영산대학교 교내연구비 지원에 의하여 연구되었음.

** 영산대학교 법과대학 부교수, 법학박사

접수일자 : 2013. 4. 27 / 심사일자 : 2013. 5. 30 / 게재확정일자 : 2013. 6. 4

[대상판결]: 대법원 2011.11.10., 2011도10468

【사문서변조·변조사문서행사】

[판시사항]

- [1] 형법상 문서에 관한 죄에서 ‘문서’의 의미
- [2] 컴퓨터 모니터에 나타나는 이미지가 형법상 ‘문서’에 해당하는지 여부(소극)

[공소사실과 판결요지¹⁾]

1. 평석대상 공소사실

(1) 제1사문서변조

피고인은 2010. 4. 22. 12:00~13:00경 피고인이 운영하는 ○○전기 사무실에서 행사할 목적으로 권한 없이 임대인 공소의 1과 피고인이 작성한 사무실전세계약서 원본을 스캐너로 복사하여 컴퓨터 화면에 띄운 후 포토샵을 이용하여 보증금액 “일천만 원, 10,000,000원”을 지워 보증금액을 공란으로 만든 후 그 자리에서 사무실전세계약서를 프린터로 출력하고, 검정색 볼펜으로 보증금액 공란에 “삼천만 원, 30,000,000원”으로 기재함으로써 행사할 목적으로 권리의무에 관한 사문서인 공소의 1 명의의 사무실전세계약서 1장을 변조하고, 그 자리에서 그 변조 사실을 모르는 공소의 2에게 변조한 사무실전세계약서를 마치 진정한 것처럼 팩스로 송부

1) 공소사실과 판결요지는 대상판결의 판결이유에서 인용한 것이다. 위에서 보는 바와 같이 대상판결의 판시사항이 너무 간단하게 기록되어 있어 이것만으로는 대상사안의 사실관계와 판결이유를 파악하기가 쉽지 않기 때문에 불가피하게 이에 대하여 먼저 소개하기로 한다. 대상판결은 공소사실을 세 부분으로 나누어 판시하고 있다. 대상판결에는 사무실전세계약서 변조행위에 대한 사실, 예금/신탁 잔액증명서 변조에 대한 두 개의 사실에 관하여 판시하고 있으나 후자 둘의 경우는 동일한 사안으로 이해되므로 본고에서는 후자의 경우는 하나의 사실만을 대상으로 하여 논의하고자 한다. 또한 대상판결은 1심판결과 달리 공소사실 전부에 대하여 무죄판결을 하고 있는 원심판결을 파기환송하고 있어 원심과는 다른 태도를 취하고 있기 때문에 원심과 1심판결의 내용도 다 함께 인용함을 밝혀둔다.

복사문서의 문서간주가 창출한 새로운 변조개념에 의해 문서변조행위대상으로 평가되는 컴퓨터모니터 이미지

하여 행사하였다.

(2) 제2사문서변조

피고인은 2010. 6. 30. 06:00~07:00경 위 ○○전기 사무실에서 행사할 목적으로 권한 없이 외환은행 명의인 2007. 1. 10.자 “예금/신탁 잔액증명서” 원본을 스캐너로 복사하여 컴퓨터 화면에 띄운 후 포토샵을 이용하여 발급날짜 “2007. 1. 10.”을 “2010. 6. 25.”로 변경함으로써 행사할 목적으로 권리의무에 관한 사문서인 외환은행 명의의 예금/신탁 잔액증명서 1장을 변조하고, 그 자리에서 그 변조사실을 모르는 공소외 2에게 변조한 예금/신탁 잔액증명서를 마치 진정한 것처럼 팩스로 송부하여 행사하였다.

2. 전심판결요지와 대법원판결이유

(1) 1심과 원심판결요지

제1심 법원은 공소사실 전부를 유죄로 인정하였고 검사는 양형을 부당을 이유로 항소하였다. 이에 반하여 원심은 위 각 사문서변조의 점의 범죄사실을 “피고인이 사무실전세계약서 원본을 스캐너로 복사하여 생성된 이미지 파일을 포토샵 프로그램을 이용하여 일부 내용을 변경하였다는 것”이라고 전제한 다음 “컴퓨터 화면에 나타나는 이미지는 형법상 문서에 관한 죄에 있어서의 문서에는 해당되지 않으므로, 피고인이 위와 같이 생성된 이미지 파일의 내용을 일부 변경하였다고 하여도 이를 진정하게 성립한 문서의 내용을 변경한 것과 동일하게 볼 수는 없고, 변조사문서행사죄도 변조된 사문서의 존재를 전제로 하여 성립할 수 있다.”는 이유로 제1심판결을 파기하고 위 각 사문서변조의 점 및 변조사문서행사의 점을 모두 무죄로 판단하였다.

(2) 대법원판결이유

1) 제1사문서변조 및 행사의 점

이 부분 공소사실에서 적시된 범죄사실은 ‘컴퓨터 모니터 화면상의 이미지를’ 변조하고 이를 행사한 행위가 아니라 ‘프린터로 출력된 문서’인 사무실전세계약서를 변조하고 이를 행사한 행위임을 알 수 있다. 그럼에

도 원심은, 검사가 기소하지 아니한 공소사실, 즉 컴퓨터 모니터 화면상의 이미지 파일에 대한 변조 및 그 행사의 점이 이 부분 공소사실인 것처럼 보아 이를 무죄로 판단하고 말았으니, 이러한 원심의 판단에는 심판 대상의 범위에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있어 그대로 유지될 수 없다.

2) 제2사문서변조 및 행사의 점

이 부분 공소사실은 ‘피고인이 예금/신탁 잔액증명서 원본을 스캐너로 복사하여 컴퓨터 화면에 띄운 후 그 발급일자를 임의로 고쳐 예금/신탁 잔액증명서 1장을 변조하고, 이를 팩스로 송부하여 행사하였다’는 것인데, 우선 사문서변조의 점에 관하여 적시된 공소사실의 내용만으로는 그 범행의 대상이 ‘컴퓨터 화면상의 이미지’인지 아니면 ‘프린터로 출력된 문서’인 ‘예금/신탁 잔액증명서 1장’인지가 분명하다고는 할 수 없으나, 적어도 변조사문서행사의 점에 관한 위 공소사실에서는 그 행사의 대상 및 방법을 ‘변조한 예금/신탁 잔액증명서’를 ‘팩스로 송부’하였다고 특정되어 있고, 기록에 의하면 피고인은 검찰 조사 당시 이와 관련하여 “위 증명서 원본을 스캔한 후 발행일자를 지운 다음 새로운 날짜를 기입해 넣고, 이를 출력하여 팩스로 보냈다.”고 진술하기도 하였음을 알 수 있다.

[연 구]

I. 문제의 제기

1. 제1사문서변조 및 행사의 점

대상판결은 제1사문서변조²⁾ 및 행사의 점과 관련한 판결이유에서 “이 부분 공소사실에서 적시된 범죄사실은 원심이 판단하고 있는 것처럼 ‘컴

2) 대상판결은 금액의 변경을 문제삼고 있다. 대법원 2006.1.26., 2005도4764에서는 금액의 변경은 변조행위로 평가될 수 있다는 취지로 판시하고 있다. 이에 의하면 대상사안의 경우도 위조가 아닌 변조행위를 전제로 논의되어야 한다. 따라서 날짜변경이 문제되고 있는 제2사문서변조의 경우도 그 논의대상이 변조행위임이 분명하다.

복사문서의 문서간주가 창출한 새로운 변조개념에 의해 문서변조행위대상으로 평가되는 컴퓨터모니터 이미지

퓨터 모니터 화면상의 이미지'를 변조하고 이를 행사한 행위가 아니라 '프린터로 출력된 문서'인 사무실전세계약서를 변조하고 이를 행사한 행위임을 알 수 있다.”고 판시하고 있다. 이러한 대상판결의 취지가 범죄사실을 원심과 달리하였을 경우 피고인의 행위가 유죄로 평가될 수 있다는 것인지는 분명하지 않다. 그러나 대상판결이 프린터로 출력된 출력물을 '문서'라고 지칭하고 이를 '변조'하였다고 하면서 원심이 범죄사실로 본 것과 다른 범죄사실을 구체적으로 적시하고 있다는 점에 의할 때, 대상판결의 관점은 원심이 출력물변조의 사실을 심판의 대상으로 하였다면 무죄판결을 하지 않을 수도 있었다는 취지인 것으로 이해된다.

그러나 기존의 판례가 일관되게 위조된 문서³⁾와 허위로 작성된 문서⁴⁾는 변조의 대상이 될 수 없다는 관점을 취하고 있는 점을 고려하면 작성권한 없이 원본문서의 내용과 다르게 출력한 별도의 출력물이 변조의 대상이 될 수 있는지 의문이다. 대부분의 학설⁵⁾도 문서변조는 진정하게 성립된 타인명의의 문서를 그 대상으로 한다고 한다. 더욱이 대상사안의 출력물인 사무실전세계약서는 금액란이 공란으로 변경된 것이어서 문서가 갖추어야 할 증명기능이 결여되어 있다.⁶⁾ 따라서 대상판결의 범죄사실에 대한 관점에 대해서는 심각한 의문을 제기하지 않을 수 없다. 그럼에도 불구하고 대상사안의 사실에 대하여 변조행위의 성립을 고수하고자 한다

3) 위조된 문서는 변조의 대상이 되지 않는다는 판례 : 대법원 1986.11.11.,86도1984; 대법원 2006.126.,2005도4764; 대법원 2006.1.26.,2005도4764; 대법원 2008.12.24.,2008도9494.

4) 허위작성문서가 변조의 대상이 될 수 없다는 판례 : 대법원 1986.11.11.,86도1984.

5) 김일수/서보학, 형법각론, 박영사, 2005, 729쪽; 권오걸, 형법각론, 형설출판사, 2011, 842쪽; 박상기, 형법각론, 박영사, 2005, 526쪽; 배종대, 형법각론, 홍문사, 2013, 703쪽; 손동권, 형법각론, 율곡출판사, 2007, 661쪽; 이영란, 형법학, 형설출판사, 2010, 638쪽; 이재상, 형법각론, 박영사, 2012, 583; 이정원, 형법각론, 신문사, 2012, 585; 임웅, 형법각론, 법문사, 2006, 636쪽; 정성근/박광민, 형법각론, 삼지원, 2006, 629쪽. 그러나 오영근, 형법각론, 박영사, 2009, 739쪽에서는 문서죄의 보호법익을 고려하면 위조문서도 변조의 대상이 될 수 있다고 한다.

6) 그러나 대법원 1982.6.22.,82도677에서는 액면난이 백지인 위조 약속어음의 액면난에 관한 없이 금액을 기입한 경우 당초의 백지어음위조와는 별개의 유가증권위조죄가 성립한다고 함으로써, 이처럼 공란으로 만들어진 것도 문서죄의 문서가 될 수 있는 것으로 판시하고 있다. 이와 관련해서는 III-3에서 문서죄의 보호법익과 관련하여 논의하기로 한다.

면 컴퓨터 모니터 화면상의 이미지를 변경하는 행위를 심판대상에서 배제할 수 있는지 의문이다. 왜냐하면 이것은 그 계속성은 유지될 수 없는 것이지만 원본 문서와 동일한 내용을 담고 있을 뿐만 아니라 실질적으로 직접적 '변경'행위의 '대상'이 되고 있기 때문이다. 이러한 논의는 결국 원심판결로의 회귀로 귀결될 것이다. 즉 이러한 전제에서는 변조행위와 관련하여 원심이 컴퓨터 모니터 화면상의 이미지를 행위의 대상으로 보고, 다만 이것은 문서가 될 수 없다는 기존의 판례의 관점에 따라 변조행위에 있어서 무죄판결을 한 것이 오히려 더 타당할 수도 있다.

그러나 결론적으로 본 사안에 대하여 컴퓨터 모니터 화면상의 이미지는 문서가 될 수 없기 때문에 이를 변경한 행위는 변조가 될 수 없다는 원심의 태도에 대해서도 의문을 제기하지 않을 수 없다. 왜냐하면 대상사안의 일련의 행위(스캔-모니터 이미지 변경-출력-수기에 의한 출력물 내용 변경)를 원본문서를 행위'객체'로 하여 그 행위객체인 문서의 '내용'을 변조복사 한 하나의 변조행위로 볼 수 있다면, 컴퓨터 모니터 화면상의 이미지를 '변경'하는 것은 사문서변조죄의 객관적 구성요건요소로서의 행위객체인 원본문서를 변조하는 행위가 아니라 전체적인 변조행위를 구성하는 하나의 부분적 수단에 불과한 행위로 볼 수 있기 때문이다.

물론 이러한 논의는 변조 및 그 행위객체의 개념으로부터 변경의 대상 개념을 분리할 수 있다는 전제에서 가능하다. 그러나 이에 대한 기존의 논의는 존재하지 않는다. 다만 이에 대해서는 이처럼 달리 복사된 문서의 경우 진정한 문서와 전혀 다르게 복사된 복사문서는 위조문서로 평가된다는 판례⁸⁾가 있을 뿐이다. 이에 대해서는 III에서 상세히 논의하기로 한다.

7) 대법원 2007.11.29.,2007도7480; 대법원 2008.4.10.,2008도1013; 서울북부지원 2008.12.23., 2008노1595; 부산지법 2010.5.7.,2010노427; 대법원 2010.7.15.,2010도6068. 같은 취지로 탁희성, “문서죄의 객체로서 전자기록의 포섭가능성 및 그 한계”, 형사정책연구 제19권 제3호, 2008, 38쪽.

8) 대법원 2000.9.5.,2000도2855; 대법원 2004.10.28.,2004도5183.

복사문서의 문서간주가 창출한 새로운 변조개념에 의해 문서변조행위대상으로 평가되는 컴퓨터모니터 이미지

2. 제2사문서변조 및 행사의 점

대상판결은 제2사문서변조행위에 있어서는 제1사문서변조 행위의 경우와는 달리 변조행위의 대상이 본 사안의 출력물인지 여부에 대해서는 적극적으로 적시하고 있지 않다. 그것은 아마도 본 출력물에 대해서는 위 제1사문서변조 행위의 경우와 달리 출력된 출력물에 대하여 수기에 의한 변경행위를 하지 않았기 때문일 것으로 사료된다. 그러나 대상판결은 출력된 문서인 예금/신탁 잔액증명서가 범행의 대상인지 여부에 대하여 심리·판단하지 않고 무죄로 판단한 원심이 부당하다고 판시하고 있으므로 판결의 취지 상 이를 변조행위의 대상인 것으로 간접적으로 적시하고 있다고 보아야 한다. 또한 대상판결은 컴퓨터 화면 상의 이미지는 문서죄에 있어서의 문서가 될 수 없으므로 이를 변경하는 행위는 문서변조행위가 되지 않는다는 거의 일관된 기존의 판례를 고려했을 것이므로⁹⁾ 대상판결이 범행대상으로 판단한 것은 컴퓨터 모니터 화면상의 이미지에서 낱자를 변경하여 프린트로 출력된 것임이 더욱 분명해 보인다.

그러나 대상판결이 판시하고 있는 ‘범행대상’의 의미가 무엇인지는 분명하지 않다. 우선 변조의 행위객체는 (컴퓨터 모니터 화면상의 이미지를 문서로 보지 않는 한) 문서죄의 문서로 평가될 수 있는 원본문서인 것으로 보아야 할 것이므로 대상판결의 범행대상이 행위객체를 의미하는 것으로 이해되지 않는다.¹⁰⁾ 다만 동행사죄의 경우 대상판결이 범행대상으로 보고 있는 출력물은 행위객체로 평가될 수 있을 것이므로 두 개념은 일치하게 된다. 그러나 대상판결은 판결이유에서 변조행위의 범행대상과 동행사행위의 범행대상을 동일시함으로써 범행대상의 포착에 있어 심각한 논리적 오류에 빠지고 있다. 왜냐하면 대상판결은 “사문서변조의 점에 관하여 적시된 공소사실의 내용만으로는 그 범행대상이 분명하다고는 할 수 없으나, 적어도 변조사문서행사의 점에 관한 위 공소사실에서는 그 행

9) 대상판결은 판결이유에서 “원심이 컴퓨터 모니터 화면에 나타나는 이미지는 이미지 파일을 보기 위한 프로그램을 실행할 경우에 그때마다 전자적 반응을 일으켜 화면에 나타나는 것에 지나지 아니하여 형법상 문서에 관한 죄에 있어서의 ‘문서’에 해당하지 않는다고 본 것은 정당하다.”고 판시하고 있다.

10) 대상사안의 원본문서에는 아무런 변경이 가해진 바 없다.

사의 대상 및 방법을 ‘변조한 예금/신탁 잔액증명서’를 ‘팩스로 송부’하였다고 특정”되어 있다고 함으로써, 본 사안의 출력물이 동행사행위의 범행 대상이므로 이것이 동시에 변조행위의 범행대상이라는 취지로 판시하고 있기 때문이다. 즉 변조문서행사죄가 변조된 문서를 행사함으로써 성립되는 범죄이므로, 동행사행위의 범행대상인 변조문서는 변조행위의 결과물일 뿐, 변조행위의 대상(범행대상)이 될 수 없다고 해야 한다. 이러한 논의에 의한다면 원심이 범행대상으로 본 컴퓨터 모니터 화면상의 이미지 이외에 대상판결이 ‘변조’행위의 범행대상으로 새로이 제시하고 있는 것은 존재하지 않는다. 이러한 변조행위의 범행대상과 관련한 대상판결의 오류는 본 사안의 출력물은 내용이 이미 변경되어 출력된 것이고 이에 대하여 어떤 추가적인 변경행위가 존재한다는 기록이 없다는 점에서도 분명하다.

그러나 그럼에도 불구하고 본 사안의 경우, 제1사문서변조행위와 마찬가지로 원본문서를 행위객체로 하여 몇 개의 부분 행위를 통하여 컴퓨터 모니터 화면상의 이미지로 시각화 된 ‘문서의 내용’을 그 변경의 대상으로 함으로써 변조행위를 한 것으로 평가될 여지는 있다. 다만 이러한 평가는 전술한 바와 같이 변조행위 및 객체로서의 문서의 개념으로부터 변경 및 대상 개념의 분리 가능성을 전제함으로써 가능할 수 있다. 이에 대해서는 III에서 상세하게 논의하기로 한다.

3. 소결

이상에서 살펴본 바에 의하면 그 무엇보다도 심판대상인 범죄사실이 무엇인지를 파악해내는 작업이 선행될 필요가 있다. 대상판결은 제1사문서변조행위의 경우, 내용이 변경되어 금액란이 공란으로 되어 출력된 출력물에 수기로 새로운 금액을 기입한 행위를 문제 삼고 있다. 그러나 이는 진정한 문서만이 변조의 대상이 될 수 있다는 전술한 판례의 관점에서 변조행위의 대상이 될 수 없다는 문제점을 안고 있다. 뿐만 아니라 제2사문서변조행위의 경우 대상판결은 사문서변조행위와 동행사죄에 있어 그 선후관계 파악에 오류를 범함으로써 범행(변조행위)대상을 적시하는 데에

복사문서의 문서간주가 창출한 새로운 변조개념에 의해 문서변조행위대상으로 평가되는 컴퓨터모니터 이미지

실패하고 있다. 뿐만 아니라 설혹 이것을 범행의 대상으로 삼는다고 하더라도, 기존의 판례¹¹⁾에 의하면 위조문서로 평가될 수 있을지는 몰라도 변조문서로 평가될 여지는 없어 보인다. 또한 컴퓨터 모니터 화면상의 이미지를 행위의 대상으로 볼 수도 없다. 이것은 전술한 기존의 판례의 관점과 충돌하기 때문이다. 그러나 본 사안의 행위들은 원본문서의 내용과 다르게 복사하는 행위를 통한 문서위조행위와 그 행위수단의 동일성이 인정되고 문서변조는 위조와 동일조항에 규정되어 같은 형으로 처벌되고 있다는 점에서 이러한 행위의 가벌성여부에 대한 논의가 필요하다. 판례¹²⁾는 이러한 복사행위의 경우 원본과 ‘전혀 다른’ 새로운 문서로 평가될 때, 문서위조행위로 평가된다고 판시하고 있을 뿐이다. 즉 원본문서의 동일성을 해하지 않고 복사되어 변조된 복사문서의 경우에 대한 판결은 존재하지 않는다. 따라서 이러한 행위는 형벌의 대상에서 제외되는 것인지 아니면 변조의 원래 문언적 의미를 고려할 때, 원본문서와 별도의 지면창출행위는 문서변조로 평가될 수 없는 것인지 현재로서는 명확하게 확인할 방법이 없다.

그러나 복사문서도 문서죄의 문서로 간주되고 있는 상황에서는 변조개념의 의미가 달리 이해될 수도 있다는 점과 문서죄의 보호법익과 법익보호의 정도를 고려할 때, 새로운 지면이 창출되었으나 그것이 위조에 이르지 않을 정도의 내용변경이라고 하더라도 이것은 문서변조행위로서 처벌 대상으로 삼아야 할 수도 있다. 왜냐하면 그것이 불법성의 동질성¹³⁾, 복사문서의 문서성, 문서죄의 보호법익의 관점에 부합할 수도 있기 때문이다. 이러한 주장의 타당성 여부는 변조행위개념과 행위객체에 대한 새로운 해석의 가능성을 전제로 한다. 따라서 이하에서는 이에 관하여 세밀하게 논의할 필요가 있다.

11) 대법원 2004.10.28., 2004도5183은 타인의 주민등록증을 이용하여 주민등록증상 이름과 사진을 하얀 종이로 가린 후 복사기로 복사하고 다시 컴퓨터를 이용하여 위조하고자 하는 당사자의 인적사항과 주소, 발급일자를 기재한 후 덮어쓰기를 하여 이를 다시 복사하는 방식으로 별개의 주민등록증사본을 창출시킨 행위에 대하여 공문서위조죄의 성립을 인정하였다. 같은 취지의 판례로 대법원 2000.9.5., 2000도2855.

12) 대법원 2000.9.5., 2000도2855; 대법원 2004.10.28., 2004도5183.

13) 이것은 대상사안의 출력물 출력과 출력한 것을 변경한 행위의 불법성과 원본과 내용이 다른 내용의 문서를 복사하는 행위의 불법성이 동일함을 의미한다.

II. 사문서변조행위 및 행위객체에 대한 새로운 이해

행위객체는 일반적으로 그 의미상 행위의 대상으로 이해된다. 그러나 문서위조는 그 개념상 특별한 경우¹⁴⁾를 제외하고 일반적으로는 위조 행위의 대상인 문서의 존재를 전제로 하지 않는다. 왜냐하면 일단 위조에 착수하여 위조 중(미완성)인 것은 증명기능 내지는 보장기능을 갖출 수 없으므로 문서로 평가될 수 없으며 이미 위조된 문서는 행위의 대상이라기보다 오히려 행위의 결과물¹⁵⁾로 이해되기 때문이다. 그럼에도 불구하고 문서위·변조죄의 경우 그 행위객체가 문서라는 데에 견해¹⁶⁾가 일치하고 있다. 따라서 문서위조의 행위객체란 위조행위의 대상이 아니라 위조행위의 결과물로 작성된 위조문서일 수밖에 없다. 이러한 관점에서라면 행위객체와 행위의 대상은 항상 일치해야 하는 것은 아니다.¹⁷⁾

한편 위조와 달리 변조는 그 개념상 항상 이미 존재하는 문서를 필요로 한다는 점에서 그리고 원칙적으로 문서 그 자체를 변경하는 행위라는 점에서 행위 객체와 대상을 분리하여 논의할 필요가 없다. 그러나 판례의 변경과 입법을 통하여 복사문서가 문서로 간주되는 현실에서, 특별한 수단을 이용하여 행위의 ‘객체’인 문서 그 자체에는 전혀 변경을 가하지 않고 ‘내용을 변경’하여 별도의 문서를 창출함으로써 실질적으로 변조행위로 평가될 수 있는 행위가 존재할 수 있게 되었다. 이러한 전제에서 변조

- 14) 물론 행사할 목적으로 작성권한 없이 기존의 문서를 변경하여 전혀 새로운 문서를 작성한 것으로 평가될 때의 그 기존의 원본문서를 의미한다.
- 15) 같은 취지로 김일수/서보학, 같은 책, 721쪽. 임웅, 같은 책, 627쪽에서는 “위조의 객체와 위조의 모방의 대상은 구별되어야 한다.”고 하고 “문서위조에서 행위객체는 부진정문서라고 함이 타당하다.”고 하면서 이것은 김일수/서보학, 같은 책, 721면의 주장과 비슷하다고 하고 있으나, 김일수/서보학, 같은 책, 721쪽에서는 “엄밀히 말해서 변조죄에서만 진정사문서가 행위객체이다. 위조죄에서는 위조사문서가 범죄행위의 결과로 창출된 행위자의 작품일 뿐이다.”라고 주장하고 있으므로 본 견해가 위조문서를 행위객체로 주장하고 있다고 할 수만은 없어 보인다.
- 16) 김일수/서보학, 같은 책, 721쪽; 권오걸, 같은 책, 833쪽; 박상기, 같은 책, 523쪽; 배종대, 같은 책, 699쪽; 손동권, 같은 책, 656쪽; 오영근, 같은 책, 735쪽; 이재상, 같은 책, 578쪽; 이정원, 같은 책, 580쪽.
- 17) 탁희성, 앞의 글, 48쪽에서는 “매체와 일체로서의 기록만을 문서죄의 객체로 보호하는 데는 한계가 생길 수밖에 없다”고 함으로써 이러한 해석의 가능성을 열어 두고 있는 것으로 이해된다.

복사문서의 문서간주가 창출한 새로운 변조개념에 의해 문서변조행위대상으로 평가되는 컴퓨터모니터 이미지에

있어서는 위조와 달리 그 행위 객체와 대상이 반드시 일치해야한다고 말할 수 있을지 의문이다. 만일 ‘변조의 대상’을 문서 그 자체(행위객체)가 아니라 문서의 ‘내용’(행위대상)으로 이해할 수 있다면, 원본과 다르게 변경하여 복사하는 원본문서 ‘내용’의 ‘변경’ 행위는 문서변조 행위로 평가될 여지도 있다. 그러나 변조의 행위객체 혹은 대상이 문서 그 자체인지 아니면 문서의 내용인지에 대한 판례는 존재하지 않으며 이에 대해 적극적으로 논의된 학설도 발견할 수 없다. 다만 이와 관련하여 문언의 의미상 서로 상이하게 생각될 수도 있는 변조에 관한 정의개념에서 그 논의의 가능성을 조심스럽게 타진해본다.

1. 변조개념의 확장가능성

(1) 변조의 정의 개념에 대한 이해

변조의 의미에 관하여 “변조란 권한 없이 이미 진정하게 성립된 타인 명의의 문서내용에 그 동일성을 해하지 않을 정도로 변경을 가하는 것을 말한다.”¹⁸⁾는 견해와 “변조는 진정하게 성립된 타인명의의 문서에 동일성을 해하지 않는 범위에서 권한 없이 그 내용을 변경하는 행위라고 한다.”¹⁹⁾는 견해는 그 의미가 거의 동일한 것으로 보인다. 그러나 문장의 구조 상 전자가 ‘문서내용에’ 변경을 가하는 것, 후자가 ‘문서에’ 변경을 가하는 것으로 달리 정의하고 있는 것으로 이해될 수도 있다. 이와 관련한 견해들의 의도가 무엇인지 분명히 알 수는 없다. 그리고 이 두 개의 정의에서, 문서의 내용을 변경하는 것이 변조라는 점에서 두 견해의 차이를 발견할 수는 없다. 그러나 다만 필자는 전자의 “문서내용에 동일성”과 후자의 “문서에 동일성”이라는 표현에 의하면 후자는 원본문서 그 자체의 변경을 변조행위의 성립요건으로 보는 반면 전자의 경우는 원본문서 그 자

18) 김일수/서보학, 같은 책, 729쪽; 권오걸, 같은 책, 842쪽; 박상기, 같은 책, 526쪽; 이재상, 같은 책, 583쪽; 정성근/박광민, 같은 책, 629쪽.

19) 배종대, 같은 책, 703쪽에서는 변조의 대상이 문서인 것으로 정의하고 있다. 동일한 내용은 아니지만 손동권, 같은 책, 661쪽도 같은 취지로 이해된다. 오영근, 같은 책, 739쪽; 이영란, 같은 책, 637쪽; 이정원, 같은 책, 585쪽; 임웅, 같은 책, 636쪽에서는 “문서의 동일성”이라고 하고 있는 것을 보면 같은 취지로 이해된다.

체의 변경 없이 내용의 변경만으로도 변조가 될 수 있다는 견해로 이해될 수 있다고 생각한다. 이처럼 이를 서로 다른 취지로 이해할 수 있다면, 전자의 견해에 따라 원본문서에 아무런 변경을 가하지 않고 원본문서와 그 내용이 다르게 원본문서의 ‘내용’이 변경된 별도의 문서를 창출해 낸 경우도 위조가 아닌 변조행위로 이해될 수 있다. 물론 이러한 논의는 문서변조의 행위객체는 문서라는 통설의 견해에 반하는 것으로 비추어질 수 있다. 그러나 이미 살펴본 바와 같이 문서죄에 있어서 행위객체와 그 행위의 대상이 반드시 일치해야 하는 것은 아니므로 전술한 필자의 견해에서도 문서죄의 행위객체는 여전히 문서로 유지될 수 있다.

(2) 복사문서의 문서성에 기한 변조개념의 확장 가능성

이러한 전자의 정의개념과 복사문서가 문서죄의 문서로 평가된다는 전 원합의체 판결 및 복사문서를 문서죄의 문서로 간주하고 있는 형법 제 237조의2의 취지에 의한다면 ‘원본문서의 원형을 그대로 유지하면서 복사 등 특별한 수단을 통하여 그 내용을 변경함으로써 별도의 지면상의 문서를 창출하는 행위(이하 D[T]-A[C]-d[t]²⁰행위 혹은 제2행위라 칭함)²¹’는 문서변조행위로 평가될 수 있을 것으로 생각된다. 물론 이러한 논의는 일반적으로 변조의 행위객체로 평가되는 원본문서를 변경하지 않은 행위를 변조개념에 포함시킴으로써 변조개념을 확장하게 된다.

1) 원본문서의 복사본을 변조한 행위의 평가에 근거한 변조개념의 확장 가능성

결론적으로 이러한 개념의 확장은 가능하다. 왜냐하면 원본문서의 원형을 유지하면서 ‘원본문서를 동일하게 복사하여 행사할 목적으로 권한 없이 그 복사물을 변조하는 행위(이하 D[T]-a1[C]-D’[T]-a2-d[t]²²행위 혹은

20) 이는 전술한 원본과 전혀 다르게 작성된 경우 위조를 인정한 판례와 달리 ‘전혀 다르게’가 충족되지 않는 경우를 의미한다. 여기서 편의상 D는 행위객체인 원본문서, T는 행위의 대상 또는 수단인 문서의 내용, A는 전체행위, a는 부분행위, C는 복사, d는 변경된 문서 자체, t는 변경된 문서의 내용을 지칭하기로 한다.

21) 이는 대상사안의 제2사문서변조행위와 유사한 경우로 볼 수 있다.

복사문서의 문서간주가 창출한 새로운 변조개념에 의해 문서변조행위대상으로 평가되는 컴퓨터모니터 이미지

제1행위라 칭함)’는, 복사문서도 문서죄의 문서라는 판례와 형법 제237조의2에 의해 복사문서를 행위객체 및 그 변경의 대상으로 한 문서변조행위로 평가될 수 있기 때문이다.²³⁾ 다시 말해서 복사문서가 복사문서로 인정되지 않는다면 이러한 행위는 변조행위로 평가될 수 있는 것이 아니지만, 복사문서의 문서성이 간주되고 있는 현실에서 이러한 행위에 대해 변조죄의 적용이 가능하게 될 것이고 이것은 결국 원본문서의 내용을 전혀 변경하지 않고 그 내용을 변경하는 행위를 변조행위에 포함시키는 결과를 초래하게 된다.

과거 복사문서가 문서로 인정되지 않던 상황에서는 제1행위와 같은 경우는 문서변조행위로 평가될 수 없었을 것이다. 그럼에도 불구하고 그러한 상황에서 이러한 행위를 변조행위로 평가하려고 한다면 복사문서는 문서가 아니므로 행위객체가 될 수 없고 따라서 원본문서를 행위객체로 하여 복사문서에 복사된 원본문서의 내용을 그 변경의 대상으로 하는 변조개념을 수용해야 할 것이다. 이것은 결국 행위객체와 변경대상의 분리를 의미하게 된다. 즉 이러한 주장의 타당성은 행위객체와 그 변경대상의 분리가능성을 전제함으로써만 가능하게 될 것이다. 물론 복사문서를 문서로 인정하지 않던 상황에서는 이러한 행위에 대한 가벌성을 논할 필요도 없었을 뿐만 아니라 더욱이 이러한 개념분리에 대한 논의는 무의미한 것이었을 것이다. 그러나 현재 복사문서는 문서로 간주되고 있고 따라서 제1행위와 같은 경우는 그 문서변조행위 평가에서 배제될 수 없을 것이다. 따라서 이러한 간주는 전술한 바와 같이 복사문서의 문서성 간주가 인정

22) 여기서 D'는 원본과 동일하게 복사된 복사문서, a1, a2는 부분행위를 지칭하기로 한다.

23) 대법원 1993.7.27. 선고 93도1435는 “문서위조 또는 변조 및 동행사죄의 보호법익은 문서 자체의 가치가 아니고 문서에 대한 공공의 신용이므로 문서위조 또는 변조의 객체가 되는 문서는 반드시 원본에 한한다고 보아야 할 근거는 없고 문서의 사본이라도 원본과 동일한 의식내용을 보유하고 증명수단으로서 원본과 같은 사회적 기능과 신용을 가지는 것으로 인정된다면 이를 위 문서의 개념에 포함시키는 것이 상당하다 할 것”이라고 판시하고 있다. 이러한 판결은 복사문서의 문서성을 인정하고 있는 전원합의체판결인 대법원 1989.9.12., 87도506에 따라 당연한 귀결이다. 같은 취지의 판결로 대법원 1992.11.27., 92도2226; 대법원 1994.3.22., 94도4; 대법원 1995.12.26., 95도2389; 대법원 1996.5.14., 96도785; 대법원 2000.9.5., 2000도2855; 대법원 2004.10.28., 2004도5183.

되지 않던 상황에서는, 변조개념으로 평가될 수 없었던 행위객체로부터 변경대상 분리를 전제로 한 변조개념을 인정하게 되는 결과를 초래한다. 즉 복사문서의 문서성 간주는 이처럼 변조의 개념을 확장할 수 있는 근거를 제공하고 있는 것이며 이에 따라 원본문서의 형식과 내용에는 전혀 변경을 가하지 않는 방법으로 그 내용을 변경하여 다른 변조물을 창출한 행위도 문서변조행위로 평가할 수 있는 명확한 근거 또한 제공하고 있는 셈이다. 이것은 변조개념의 문언적 개념파괴임과 동시에 새로운 변조개념의 창출을 의미하는 것이며 복사문서를 문서로 간주하는 한 이러한 변조개념의 재정립은 불가피 할 것으로 생각된다.

2) 제2행위에 대한 평가와 형법 제237조의2의 적용범위

이러한 논의에 의한다면 복사문서의 문서성을 인정하는 판례²⁴⁾와 형법 제237조의2의 존재²⁵⁾는 원본문서를 변경하지 않는 경우에도 변조행위로 평가 할 수 있는 법적 근거가 될 수 있다. 뿐만 아니라 진술한 바와 같이 문서죄의 행위객체와 그 행위의 대상이 반드시 일치해야 하는 것은 아니라는 점과 변조의 정의개념의 관점에서 원본문서를 원형 그대로 유지하면서 그 내용을 변경행위의 대상으로 하는 행위를 변조행위의 개념에 포함시키는 것도 가능하다. 이러한 점 또한 개념 확장의 근거가 될 수 있다.

이러한 논의에 따라 변조개념의 확장이 가능하다면 문서원본을 그대로 유지하면서 내용을 변경하여 복사함으로써 별도의 복사문서를 작성하는 제2행위와 같은 경우는 질적으로 제1행위와 달리 평가될 수

24) 전원합의체판결 대법원 1989.9.12.,87도506; 대법원 1992.11.27.,92도2226; 대법원 1993.7.27. 선고 93도1435; 대법원 1994.3.22.,94도4; 대법원 1995.12.26.,95도2389; 대법원 1996.5.14., 96도785; 대법원 2000.9.5.,2000도2855; 대법원 2004.10.28.,2004도5183. 같은 취지로 류전철, “통화·유가증권·문서 및 인장에 관한 죄 규정의 개정방안”, 한국형사정책연구원, 형사정책연구원연구총서, 2009.12, 401쪽.

25) 신동운, “복사문서와 공문서위조죄”, 고시연구, 1995.2, 34쪽에서는 복사문서에 대한 규정을 입법화할 것을 주장하고 있다. 그러나 독일 형법은 복사문서의 문서성 간주 규정을 두고 있지 않을 뿐만 아니라 판례와 다수설이 복사문서의 문서성을 부정하고 있다(Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 25. Aufl., München 1997, §267 Rn.40; Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 50. Aufl., 2001, §267 Rn.12b.).

복사문서의 문서간주가 창출한 새로운 변조개념에 의해 문서변조행위대상으로 평가되는 컴퓨터모니터 이미지

없다고 해야 할 것으로 생각되고 따라서 제2행위의 복사과정에서 변경되어 만들어진 것이 원본문서와 ‘전혀 다른’ 것으로 평가되지 않더라도 이는 문서변조죄의 변조물로 평가될 수 있을 것이다.²⁶⁾

그러나 변조란 문언의 의미상 원본문서의 변경을 전제로 성립하는 것이고, 문서는 사상이나 관념의 표시 그 자체이어야 하기 때문²⁷⁾에 형법 제237조의2의 규정에도 불구하고 복사문서의 문서성의 인정범위는 제한적으로 해석되어야 할 것이며 변조개념확장과 관련하여서도 가급적 그 적용범위를 축소하여야 할 것이다. 이러한 관점에서는 제1행위의 경우와 질적 차이가 없는 것으로 평가될 수는 있어도 완전히 동일한 것으로 평가되지 않는 제2행위에 대해서 이러한 제한적 해석과 적용이 타당할 수도 있다.

제1행위가 행위객체(원본문서)와 변경대상(복사된 문서에 기재된 원본문서의 내용)의 분리가 필요한 변조행위임에 반하여 제2행위는 제1행위와 달리 복사문서라는 매개물이 존재하지 않는 경우이므로 이 행위를 변조행위로 평가함에 있어 행위객체(원본문서)와 변경대상(원본문서에 기재된 원본문서의 내용)의 분리를 요하지 않는다. 이러한 점에서 제2행위는 제1행위와 동일한 행위로 평가될 수는 없고 따라서 제2행위는 형법 제237조의2에 따른 변조개념의 확장적용이 반드시 가능한지에 대해서는 단언할 수는 없다. 그러나 종국적으로 형법 제237조의2에 의해 원본문서의 형식과 내용에 전혀 변경을 가하지 않으면서도 가능한 변조개념이 가능하게 되었다면 그 불법의 질에서 제1행위와 달리 평가되지 않는 제2행위에 의한 문서변조개념을 부정할 수는 없다고 생각된다. 또한 이러한 제2행위와 매우 유사해 보이는 대상판결의 제1사문서변조행위와 관련하여,

26) 그러나 형법이 위조와 변조를 같이 규정하면서 같은 법정형으로 처벌하고 있다는 점에서는 이러한 개념의 확장은 불필요하다. 위와 같은 경우 문서위조로 평가하면 족하기 때문이다. 하지만 판례는 복사에 의해 전혀 다른 문서를 창출한 경우만을 위조로 평가하고 있으므로 이에 이르지 않는 경우에 대해서는 별도의 논의가 필요하다. 이러한 한도에서 본 논의는 의미가 있다.

27) 권오걸, 같은 책, 831쪽; 이재상, 같은 책, 576쪽; 이정원, 같은 책, 576쪽; 임웅, 같은 책, 625쪽; 정성근/박광민, 같은 책, 618쪽. 이에 반대하는 견해로는 오영근, 같은 책, 728쪽에서는 복사문서의 문서성을 인정하는 한 등본과 사본도 문서라고 한다.

대상판결이 원본문서와 다르게 변경되어 별도의 지면으로 출력되어 진정한 것으로 볼 수 없는 출력물이, 변조의 대상이 될 수 있다는 취지로 판시하고 있다는 점을 전혀 무의미한 것으로만 단정할 수도 없다.²⁸⁾

이러한 대상판결의 내용에 의하면 진정하게 성립된 것으로 볼 수 없는 위 출력물도 변조의 대상이 될 수 있다는 것이 대상판결의 취지인 것으로 이해된다. 하지만 이러한 대상판결의 관점에 반하여 기존의 판례가 진정하게 성립된 문서만이 변조의 대상이 될 수 있다고 판시하고 있어 두 견해의 대립을 해소할 방안이 요구된다. 이를 위해서는 변조행위에 있어서 진정성립의 의미와 이에 기한 변조행위의 대상범위에 관한 논의가 필요하다.

2. 진정하게 성립된 문서의 의미와 변조행위대상의 범위

전술한 변조행위의 정의개념에 따라 변조의 대상은 진정하게 성립된 타인명의 문서에 한정된다. 이러한 취지와 방향을 같이 하여 판례는 위조된 문서와 허위의 문서는 변조의 대상이 되지 않는다고 한다. 그러나 이러한 진정성립의 의미와 그 변조대상의 범위에 관하여 판례와 학설이 일치하고 있는 것은 아니다.

(1) 진정성립의 의미와 변조대상 범위에 대한 판례와 학설의 관점

판례에 의하면 변조의 대상이 될 수 있는 문서는 명의인에 의해 작성된 진실한 내용의 문서를 말한다고 한다. 따라서 이에 의하면 위조문서와 허위문서는 그 대상에서 제외된다고 한다. 그러나 이러한 판례의 관점에 대해, 의사가 작성한 허위진단서와 같은 허위문서를 변조하는 행위를 본죄의 대상에서 제외할 이유가 없다는 견해²⁹⁾가 있다. 물론 이러한 견해도 이미 위조된 문서는 변조행위의 대상이 될 수 없다고 한다. 이러한 허위 문서변조행위 성립 가능성을 인정하는 견해의 타당성을 인정할 수 있다.

28) 논의의 편의상 제1,2행위와 대상판결의 행위에 관한 비교설명은 'IV. 대상사안의 검토'부분에서 상세히 다루기로 한다.

29) 오영근, 같은 책, 740쪽; 이정원, 같은 책, 586쪽.

복사문서의 문서간주가 창출한 새로운 변조개념에 의해 문서변조행위대상으로 평가되는 컴퓨터모니터 이미지

왜냐하면 작성권한 있는 자가 작성한 허위내용의 문서라고 하더라도 권한 없이 이에 변경을 가하는 행위는 질적으로 다른 새로운 불법의 창출로 평가될 수 있기 때문이다.³⁰⁾ 그러나 허위문서 이외에 위조문서는 변조행위의 대상에서 제외해야 한다는 위 학설의 관점에 대해서는, 문서죄의 구조와 보호법익 및 법익보호의 정도를 고려할 때 다소 의문이 제기될 수 있다. 이하에서는 이에 관하여 보다 상세히 논의하고자 한다.

(2) 구성요건에 근거한 진정성립의 의미와 변조 대상의 범위

형법 제231조는 사문서변조의 대상을 타인의 문서 등으로 규정하고 있다. 이러한 법문에 의하면 타인의 문서 즉, 타인명의의 문서이면 변조행위의 대상이 되므로 그것이 진정한 문서일 필요는 없다. 그러나 진정하게 성립된 문서만이 변조행위의 대상이 된다는 것이 일치된 학설과 판례의 관점이다.³¹⁾ 이러한 관점은 독일형법의 영향으로 이해된다.

1) 독일형법의 문서변조죄에서의 진정성 성립의 의미

독일 형법 제267조³²⁾는 부진정한 문서를 작성(eine unechte Urkunde herstellt)한 행위와 진정한 문서를 위·변조³³⁾(eine echte Urkunde verfälscht)한 행위를 그 처벌대상으로 규정함으로써 변조의 대상을 진정한 문서로 제한할 수 있는 근거를 마련하고 있다. 또한 독일형법이 문서의 죄에 대

30) 이에 대해서는 아래 ‘2) 문서죄의 구조와 보호법익에 근거한 진정성립의 의미와 행위대상으로서의 위조문서’에서 논의하기로 한다.

31) 임웅, 같은 책, 626-627쪽에서는 다수설이 “부진정문서는 해당문서가 위조 또는 변조되었다는 사실을 조사하기 위한 검증의 목적물에 불과하고, 또 부진정문서에 대해서까지 공공의 신용을 보호할 필요는 없다고 보아, 진정문서만이 문서죄의 객체가 된다.”고 주장하고 있다고 하면서, 그러나 문서위조 행위의 객체는 부진정문서라고 함이 타당하다고 주장하고 있다.

32) Wer zur Tauschubung im Rechtsverkehr eine unechte Urkunde herstellt, eine echte Urkunde verfälscht oder eine unechte oder verfälschte Urkunde gebraucht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

33) verfälschen은 그 문언의 의미상 변조뿐만 아니라 위조의 의미로도 이해된다. 따라서 독일형법 제267조는 원본문서 없는 문서작성에 의한 위조행위뿐만 아니라 진정함 문서를 대상으로 한 문서위조행위도 함께 규정하고 있는 것으로 해석될 수 있다.

하여 형식주의를 취하고 있다는 견해³⁴⁾에 따르면 독일형법 제267조는 문서내용의 진실성 여부와 관계없이 문서의 작성명의의 진정이 인정되지 않을 때 처벌하는 규정으로 이해될 수 있다. 따라서 독일형법에서의 변조의 대상은 진정한 문서이고, 이것은 작성권한 있는 자가 작성한 진정한 문서로 해석될 수 있다. 이러한 해석에 의한다면 독일형법 제267조에서의 변조의 대상에서 위조문서는 제외되는 것이 당연할 것이나 작성권자에 의해 작성된 허위문서는 이에서 배제될 이유가 없다.

그러나 형법은 독일형법과 같은 구조로 규정되어 있지 않다. 그럼에도 불구하고 형법의 사문서위조행위를, 독일형법 제267조의 구조를 고려하여 문서의 진실성 여부와 관계없이 작성권한 없는 부진정한 문서의 작성행위로 해석하는 것에 대해서는 납득이 가능하다. 이것은 위조행위와 동일한 법정형을 규정하고 있는 자격모용에 의한 사문서작성죄(형법 제232조)를 고려하면 사문서위조는 타인의 명의를 모용하여(작성권한 없이) 문서를 작성하는 행위로 해석하는 것이 합리적일 것이기 때문이다. 또한 작성권한 있는 자의 허위사문서작성행위는 원칙적으로 처벌의 대상으로 하지 않겠다는 입법취지³⁵⁾의 근거로 이해될 수 있는 허위사문서작성죄(형법제 제233조)의 규정에 의하면 형법 제231조의 사문서위조는 문서내용의 진위여부와는 관계없이 권한 없이(명의로용에 의한) 사문서를 작성하는 행위를 의미한다고 볼 수 있다. 그리고 형법의 변조행위가 독일형법과 마찬가지로 위조행위와 같은 조항에 규정되어 있음을 고려할 때 형법의 변조행위는 권한 없는 문서변경행위로 해석될 수도 있다.

그러나 변조행위의 대상과 관련해서는 독일형법의 해석에 전적으로 의

34) 배종대, 같은 책, 691쪽; 손동권, 같은 책, 623쪽; 이재상, 같은 책, 569쪽; 임웅, “문서죄에 있어서의 문서의 개념”, 고시연구, 2001.5, 57쪽. 이에 반하여 독일형법은 형식주의를 기본으로 하고 실질주의를 가미하고 있다는 견해로 김일수/서보학, 같은 책, 712쪽.

35) 이러한 점에서 사문서와 관련된 범죄는 진위여부와 관계없이 성립의 부진정을 처벌의 대상으로 하는 형식주의를 취하고 있다고 볼 수 있다. 같은 취지로 임웅, 같은 글, 57쪽; 대법원 1985.1.22., 84도2422. 이에 반하여 공문서에 있어서는 허위작성문서를 원칙적으로 처벌하고 있으므로 형식주의뿐만 아니라 실질주의도 취하고 있다고 할 수 있을 것이다. 같은 취지로 김일수/서보학, 같은 책, 712쪽; 이재상, 같은 책, 569쪽.

복사문서의 문서간주가 창출한 새로운 변조개념에 의해 문서변조행위대상으로 평가되는 컴퓨터모니터 이미지

존할 수만은 없다. 왜냐하면 독일형법 제267조가 명시적으로 변조의 대상을 ‘진정한 문서’로 한정하고 있음에 반하여 형법 제231조는 ‘타인의 문서’ 등을 그 행위의 대상으로 규정하고 있을 뿐 이에 대한 다른 제한을 하고 있지 않기 때문이다. 이러한 구성요건의 문언적 구조만을 고려하면 학설과 판례가 형법 제231조 변조행위의 대상에서 배제하고 있는 허위문서와 위조문서는 변조행위의 대상이 될 수 있다고 하여야 한다. 특히 이러한 관점에서는 변조의 대상으로서의 허위사문서를 허위진단서로 한정할 이유도 없을 것이다. 그럼에도 불구하고 진정하게 성립된 문서만이 변조의 대상이 된다는 학설과 판례의 관점은 그 가별성의 범위를 축소하게 되므로 형법의 인권보장 기능 측면에서 바람직하다. 그러나 가별성 축소도 합리적인 법해석이 가능한 한도에서 허용될 수 있을 뿐이다. 이러한 법해석 가능성 여부를 판단하기 위해서는 형법의 문서죄의 구조를 살펴볼 필요가 있다.

2) 문서죄의 구조와 보호법익에 근거한 진정성립의 의미와 행위대상으로서의 위조문서

형법은 권한 없는 자의 문서작성 및 변경행위를 처벌하는 사문서위·변조죄와는 별도로, 허위사문서작성행위에 대한 처벌규정인 허위진단서작성죄(제233조)를 규정하고 있다. 본 규정은 위·변조행위와는 전혀 다른 행위를 그 처벌대상으로 규정하고 있으므로 문서위·변조죄와의 관계에서 독립적 구성요건으로 이해된다.³⁶⁾ 따라서 ‘작성권한에 기해 작성된’ 허위진단서에 대한 ‘작성 권한 없는’ 변조행위는 허위진단서작성행위의 불법과는 질적으로 다른 새로운 불법의 실현으로 평가될 수 있다.

그러나 이에 반하여 사문서위조행위에 대해서는 형법 제231조에서 사문서변조행위와 같이 동일한 조항에서 동일한 법정형을 규정하고 있다. 따라서 이미 작성권한 없이 작성된 문서를 다시 작성권한 없이 변경하는 행위는 질적으로 새로운 불법을 형성할 수 없다고 보아야 한다. 학설과

36) 김일수/서보학, 같은 책, 708쪽; 박상기, 같은 책, 517쪽; 손동권, 같은 책, 622쪽; 오영근, 같은 책, 720쪽; 이재상, 같은 책, 570쪽; 이정원, 같은 책, 565쪽; 정성근/박광민, 같은 책, 611쪽도 같은 취지로 이해된다.

판례도 동일한 취지로 이해된다. 그러나 그 구성요건과 불법의 동일성에도 불구하고 후행의 변조행위가 새로운 법익침해 행위로 평가될 여지가 전혀 없는 것은 아니다.³⁷⁾ 따라서 문서죄의 보호법익과 법익보호의 정도를 고려하여 위조문서가 변조행위의 대상에서 배제될 수 있는 지에 대한 검토가 필요하다.

문서죄의 보호법익은 문서에 대한 공공의 신용³⁸⁾ 혹은 문서에 대한 거래의 안전과 신용이라고 한다. 따라서 문서죄의 보호법익은 문서 자체가 아니라 문서와 기술기록 및 정보에 대한 법적 안전과 신용이라고 한다.³⁹⁾ 그리고 문서죄는 그 법익보호의 정도에 있어 추상적 위험범이라는 것이 통설⁴⁰⁾의 관점이다. 이러한 관점에서, 위조문서는 위조행위에 의해 이미 법익의 위태화가 초래된 것이므로 이에 대한 변조행위는 법익 위태화에 대한 중복 평가로 이해될 수도 있다.

가. 백지로 위조된 문서를 대상으로 한 변조행위의 성립 가능성

그러나 판례⁴¹⁾는 액면난이 백지인 위조⁴²⁾ 약속어음의 액면난에 권한 없이 금액을 기입하여 그 위조어음을 완성하는 행위가 당초의 위조행위와는 별개의 유가증권위조죄를 구성한다고 판시하고 있다. 본 판례의 취지에 의하면 작성권자에 의한 것이 아닌 최초의 위조(백지어음위조)행위에 의해 이미 위태화된 법익에 대한 새로운 위태화 (금액기재어음위조)행위가 불가능하다고만 할 수는 없다. 본 판결의 내용에서 분명하게 드러나 있지는 않으나, 백지어음의 경우는 그 액면난이 공난이라고 하더라도 별도의 보충행위에 의한 가치부여가 예정되어 있어 통화처럼 유통이 가능

37) 예컨대 상해행위로 인해 이미 침해된 신체에 대한 다른 상해행위가 얼마든지 가능하다.

38) 대법원 1993.7.27., 93도1435; 대법원 2003.9.26., 2003도3729; 대법원 2005.2.24., 2002도18 전원합의체판결; 대법원 2008.2.14., 2007도9606; 대법원 2011.9.29., 2011도6223.

39) 같은 취지로 김일수/서보학, 같은 책, 708쪽; 오영근, 같은 책, 719쪽; 이재상, 같은 책, 568쪽; 이정원, 같은 책, 563쪽; 정성근/박광민, 같은 책, 608쪽. 류전철, 앞의 글, 401쪽도 같은 취지로 이해된다.

40) 김일수/서보학, 같은 책, 709쪽; 배종대, 같은 책, 690쪽; 오영근, 같은 책, 720쪽; 이재상, 같은 책, 569쪽; 이정원, 같은 책, 563쪽; 임웅, 같은 책, 620쪽; 정성근/박광민, 같은 책, 608쪽.

41) 대법원 1982. 6. 22. 선고 82도677.

42) 이와 관련하여 배종대, “문서죄의 쟁점”, 고시계, 고시계사, 1994.7, 171쪽 참조.

복사문서의 문서간주가 창출한 새로운 변조개념에 의해 문서변조행위대상으로 평가되는 컴퓨터모니터 이미지

한 미완성의 어음이기 때문에 백지상태 그 자체로 경제적 가치가 인정된다고 본 것으로 이해된다. 이러한 백지어음의 성격을 고려할 때, 본 판례가 위조백지어음의 작성행위를 법익위험 창출행위로 본 것은 당연하고, 이에 따라 이를 다시 위조한 행위는 별도의 법익 새로운 위태화 행위로 평가될 수 있다. 즉 완전히 불법성이 동일한 위조와 위조의 관계에서 후속 위조행위에 의한 새로운 위험창출이 인정될 수 있다면, 이와 그 불법성이 동일하게 평가될 수는 있는 위조와 변조의 경우에 있어서도 달리 이해될 이유가 없다. 이러한 판례의 취지와 보호법익의 관점⁴³⁾에 의하면 진정하게 성립되지 않은 위조문서를 변조행위의 대상에서 반드시 제외해야만 하는지 의문이다.⁴⁴⁾

나. 진실한 내용의 진정문서를 대상으로 한 위조와 위조백지어음의 위조의 비교

한편 백지어음과 관련된 본 판례 이외에, 형식과 내용을 하자 없이 갖춘 문서를 대상으로 하여 변경행위를 하였을 경우, 문서위조죄의 성립을 인정하고 있는 다수의 다른 유사한 판례⁴⁵⁾가 존재하고 있다. 그러나 그러한 판례사안의 경우는 진정하게 성립된 진실한 내용의 문서를 전제로 하고 있고, 그 성립에 있어서도 원본문서와 ‘전혀 다른’ 문서로 평가될 것을 요구하고 있다. 하지만 위조백지어음판례의 변경대상 문서는 위조백지어음으로서 부진정한 문서일 뿐만 아니라 별도의 문서위조행위의 성립에 있어 본 판례는 ‘전혀 다른’이라는 요건도 요구하고 있지 않으므로 위 위조백지어음을 위조한 경우에 관한 판례는 진정문서를 위조한 경우인 판례와는 전혀 별개의 것으로 이해되어야 할 것이다. 따라서 위조백지어음

43) 오영근, 같은 책, 739쪽에서는 “문서에 관한 죄는 공공의 신용을 보호법익으로 하므로 형식과 외관에 의해 진정한 문서라고 오인할 수 있으면 족하므로 이미 위조·변조·허위작성 된 문서를 재료”로 작성하였더라도 문서변조죄가 성립한다고 한다.

44) 이에 반하여 백지로 작성되었다는 점에서는 동일하나 권한 있는 자의 동의에 의해 유효하게 성립된 백지사문서에 대한 위조의 경우는 위의 경우처럼 새로운 법익의 위태화가 존재하지 않는다. 왜냐하면 이러한 백지위조의 대상인 그 백지상태의 것은 타인이 날인 등을 통해서 동의를 한 것이므로, 이를 타인의 의사에 반한 내용을 보충함으로써 작성하여 위조한 행위가 최초의 위험의 실현으로 평가되어야 하기 때문이다. 이와 관련된 판례: 대법원 1984.6.12., 83도2408(백지건축주명의변경신청서); 대법원 1992.3.31., 91도2815(백지동의서); 대법원 1992.12.22., 92도2047(백지양도증명서).

45) 대법원 2000.9.5., 2000도2855; 대법원 2004.10.28., 2004도5183.

을 대상으로 한 유가증권위조의 성립을 인정한 판례는 대상판결의 원본 문서와 다르게 변경되어 출력된 출력물에 대한 변경이 새로운 위험창출 행위로 평가될 수 있느냐와 관련하여 판단의 근거가 될 수도 있다는 점에서 의미가 있다.

따라서 변조행위와 위조행위의 불법의 동일성에도 불구하고, 이러한 문서죄의 보호법익과 위조백지어음 판례의 관점을 고려한 논의에 의하면 변조행위는 이미 선행된 위조와는 별도의 법익 위태화 행위로 평가될 여지가 있다는 점을 부정할 수는 없다.

Ⅲ. 대상사안의 검토

이상의 논의에 따라 대상사안에 대한 대상판결취지의 타당성을 살펴보고자 한다.

1. 제1사문서변조 및 행사의 점에서의 변조의 대상

(1) 금액이 공난으로 되어 프린트 된 출력물

이미 살펴본 바와 같이 대상판결은 이 경우 컴퓨터모니터에서 금액란을 공난으로 그 내용을 변경한 후 출력한 출력물을 변경한 행위를 심판의 대상을 보고 있음이 분명하다. 이에 의하면 변조의 대상은 출력된 출력물로 보아야 한다. 이미 논의된 바에 의하면 변조행위는 위조문서 내지는 허위문서를 전제로 하여 성립될 수 있다. 따라서 대상판결의 심판대상판단의 타당성 여부는 위 출력물이 위조 혹은 허위문서로 평가될 수 있느냐에 달려 있다. 판례의 견해에 따라 본 출력물이 원본인 사무실전세계약서와 ‘전혀 다르게’ 출력된 것이라면 위조문서로 평가될 여지가 있다. 그러나 그러한 평가 이전에 본 출력물은 금액란을 공난으로 하여 출력된 것이기 때문에 문서의 증명기능을 결여하고 있다. 따라서 본 출력물은 문서로서의 요건을 갖추고 있지 못하다.

그럼에도 불구하고 이러한 증명기능을 완전히 충족하지 못하는 위조백

복사문서의 문서간주가 창출한 새로운 변조개념에 의해 문서변조행위대상으로 평가되는 컴퓨터모니터 이미지

지어음에 대한 별도의 위조행위의 성립을 인정하는 판례에 의하면 미완성의 본 출력물의 내용도 위조내지는 변조의 대상이 될 수도 있다. 그러나 이미 살펴본 바와 같이 미완성의 사무실전세계약서와 유가증권의 일종인 백지어음을 동일한 것으로 평가할 수는 없다. 백지어음은 미완성이지만 일반적으로 금전과 마찬가지로 널리 유통되는 것이어서 이를 위조하는 것은 완성된 어음을 위조하는 것과 동일하게 평가하는 것이 가능하지만, 미완성의 전세계약서를 완성된 전세계약서와 동일하게 평가할 수는 없으므로 위조된 백지어음의 위조와 권한 없이 변경되어 만들어진 전세계약서를 다시 변경하는 행위를 동일시 할 수는 없다. 그렇다면 위조백지어음에 대한 위조를 인정하는 판례가 대상사안에 있어서의 컴퓨터 모니터 화면상의 이미지에서 그 내용이 공란으로 변경되어 출력된 출력물인 사무실전세계약서의 내용이 변조의 대상이 된다는 평가의 근거가 될 수는 없다. 이러한 논의에 의한다면 대상판결의 심판대상에 대한 판단은 유지될 수 없다. 이에 대한 무죄판결 내지는 심판대상의 변경이 불가피하다.

(2) 심판대상의 변경

그러나 대상판결의 관점과 달리, 제1사문서변조행위의 심판대상을 ‘행위자는 원본문서(사무실전세계약서)를 행위객체로 한 일련의 행위(스캔-이미지변경-출력-출력 후 최종 변경)를 통하여 원본문서와 그 내용이 다른 문서를 창출하여 행사하였다.’로 한 논의가 필요하다. 왜냐하면 이러한 일련의 행위를 원본문서와 그 내용이 다르게 복사하는 제2행위(D[T]-A[C]-d[t])와 그 불법성이 동일한 행위로 이해할 수 있기 때문이다. 물론 이러한 행위에 대해서는 판례가 원본과 ‘전혀 다르게’ 복사된 경우 그 복사문서를 위조문서로 평가하고 있을 뿐, 전술한 바와 같이 이러한 요건을 갖추지 못한 경우에 대한 논의는 존재하지 않는다. 따라서 이에 대해서는 앞서 III-1에서 필자가 논의한 변조개념의 확장 가능성을 고려하여 논의하려고 한다.

본 사안의 제1사문서변조 행위를 기호화 해보면 D[T]-a1[C]-D '[T]-a2-d[t]-a3-d '[t']⁴⁶⁾로 나타낼 수 있다. 이러한 구조는 원본이 아닌 복

사된 문서를 그 변조의 대상으로 하는 $D[T]-a1[C]-D' [T]-a2-d[t]$ (제1행위)의 구조와 거의 유사하다. 그러나 대상사안의 경우는 제1행위에 비해 한 단계 더 나아가고 있다. 즉 원본이 아닌 복사된 이미지(D')의 내용 $[T]$ 를 변경($a2$)한 후 변경된 것(d)의 내용 $[t]$ 을 다시 한번 더 변경($a3$)하고 있는 셈이다. 그러나 일단 원심과 대상판결의 관점에 의하면 컴퓨터 모니터 화면상의 이미지에 불과한 $D' [T]$ (이미지와 그 내용)는 심판의 대상에서 배제되어야 한다. 물론 이러한 원심과 대상판결의 관점은 컴퓨터 모니터 화면상의 이미지는 문서죄에서의 문서가 아니라는 것이 일관된 판례의 취지를 따른 것이다. 이에 의하면 대상사안의 일련의 행위는 $D' [T]$ 를 소거한 $D[T]-a1[C]-a2-d[t]-a3-d' [t']$ 의 구조로 변경되게 된다. 뿐만 아니라 변경된 출력물의 내용은 변조의 대상이 될 수 없다는 전술한 IV-1-2.의 논의에 따라 $d[t]$ 도 이에서 소거되어야 한다.⁴⁷⁾ 그러면 최종적으로 남게 되는 부분은 $D[T]-a1[C]-a2-a3-d' [t']$ 이다. 이것은 원본문서D의 내용 T를 복사($a1$), 변경출력($a2$), 수기변경($a3$)함으로써 원본과 그 내용이 다른 $d' [t']$ 를 창출한 행위로 파악될 수 있다. 이러한 일련의 부분행위($a1[C]-a2-a3$)는 제2행위($D[T]-A[C]-d[t]$)의 구조에서 $A[C]$ 행위와 질적으로 달리 이해되지 않는다. 따라서 심판대상의 이러한 변경에 의하면 대상사안의 제1사문서변조행위는 문서변조죄로 평가될 수 있다. 그러나 변경된 심판대상의 부분행위의 결합은 복사 이후에 별도의 변경행위를 하고 있는 것이기 때문에 복사 자체가 변경행위인 제2행위의 $A[C]$ 와 완전히 동일한 것은 아니다. 뿐만 아니라 제2행위는 제1행위와도 행위가 완전히 동일한 것은 아니며, 따라서 이에 대해서는 제한적 해석이 필요하다는 점을 지적한 바 있다(II-1-(2)-2). 이러한 점을 고려하면 전술한 논의에 따른 대상사안에 대한 평가보다 더 합리적인 방법이 있다면 이에 대한 논의할 필요가 있을 것이다. 이와 관련해서는 이하에서 서술하기로 한다.

46) $D[T]-a1[C]-D' [T]-a2-d[t]-a3-d' [t']$ 에서 D는 사무실전세계약서, D' 는 컴퓨터 모니터 화면상의 이미지, d 는 이미지가 변경되어 출력된 출력물, d' 는 출력물을 수기로 변경한 것, $a1$ 은 스캔, $a2$ 는 이미지 변경, $a3$ 는 수기변경의 부분행위, T는 문서 D의 내용, t는 출력물 d의 내용을 의미한다.

47) 따라서 $d[t]$ 는 대상판결의 관점과 같이 변조행위의 대상이 아니라 부분행위 $a2$ 혹은 $a3$ 의 수단으로 이해함으로써 이에 흡수되는 것으로 이해하면 족할 것으로 생각된다.

복사문서의 문서간주가 창출한 새로운 변조개념에 의해 문서변조행위대상으로 평가되는 컴퓨터모니터 이미지

(3) 컴퓨터모니터 화면상 이미지의 의미

제2행위가 그 변조의 대상을 ‘원본문서의 내용’으로 하는 경우를 의미한 것이고, 제1행위도 그 직접적인 변경의 대상을 ‘복사문서의 내용’으로 하여 상정되었다는 점에서 본 심판대상의 행위는 제1,2행위와 반드시 동일한 것으로 평가될 수도 없다. 왜냐하면 변경된 심판대상 행위의 직접적 변경대상은 컴퓨터모니터 화면상의 ‘이미지의 내용’이지 원본문서나 복사문서 바로 자체의 내용이 아니기 때문이다. 이러한 점에서 이러한 이미지와 그 내용을 심판의 대상에 포함시켜야 할 것인지 여부에 대한 검토가 필요하다. 이를 위해서는 변조개념 확장의 의미와 문서죄에서의 컴퓨터모니터 화면상의 이미지가 어떤 의미를 갖는지와 관련된 기존의 판례의 취지를 살펴볼 필요가 있다.

필자는 앞에서 이러한 제2행위에 대한 변조행위 평가는 제1행위가 문서변조 행위로 평가될 수 있다는 전제하에서 가능하다는 점을 밝힌 바 있고, 이러한 제1행위의 변조행위평가도 변조개념의 검토와 복사문서의 문서성에 근거하여 행위객체와 행위대상의 분리가능성에 의한 변조개념의 확장에 의해서만 가능하다는 점도 이미 논의한 바 있다. 이러한 논의와 더불어 컴퓨터 모니터의 이미지는 문서죄의 문서가 될 수 없다는 기존의 판례의 취지가 문서위조행위의 결과물로서의 ‘위조’의 행위객체가 될 수 없다는 것이지 컴퓨터모니터 화면상 이미지의 내용이 ‘변조’행위의 직접적인 변경 대상이 될 수 없다는 것은 아니라는 점⁴⁸⁾을 고려하면 변경된 심판대상을 전제로 하는 이러한 논의에서 이미지의 ‘내용’이 반드시 소거될 필요는 없다.

필자는 이러한 논의에도 불구하고 어쨌든 판례가 컴퓨터모니터의 이미지는 문서가 아니라고 하므로 기호화된 변경된 심판대상에서 복사된 이미지인 D'를 심판의 대상에 배제하는 것에 굳이 반대하고 싶지는 않다.

48) 이것은 행위를 통해 컴퓨터 모니터 이미지를 만들어 출력한 행위(대법원 2004.10.28., 2004도5183) 이외에 이미지를 만들었을 뿐이거나 이를 메일로 전송한 것에 불과한 경우는 문서위조죄가 성립하지 않다는 판례(대법원 2007.11.29., 2007도7480; 대법원 2008.4.10., 2008도1013; 서울북부지원 2008.12.23., 2008노1595; 부산지법 2010.5.7., 2010노427; 대법원 2010.7.15., 2010도6068)의 취지를 고려하면 분명하다.

하지만 그 내용 T까지 심판대상에서 제외할 이유는 없다고 본다. 왜냐하면 전술한 바에 따라 행위객체와 행위대상은 구별될 수 있을 뿐만 아니라 본 사안에서 직접적 변경 대상은 원본문서(D)의 내용(T)이 아니라 이미지⁴⁹⁾ D'의 내용(T)이기 때문이다. 이에 의하면 심판의 대상은 D[T]-a1[C]-T-a2-a3-d' [t']행위로 이해될 수 있다.⁵⁰⁾ 이것은 결국 기술적인 방법(스캔과 컴퓨터모니터의 이미지를 수단)으로 원본문서에 일체화되어 있는 내용에서 별도로 (내용을 담은 형식 없이) 그 내용을 분리하여 그 내용을 변경한(이미지 변경 후 출력-출력물-수기변경) 행위로 이해될 수 있다. 이러한 구조는 제1행위로 상정한 D[T]-a1[C]-D' [T]-a2-d[t]와 거의 일치⁵¹⁾하고 있다.

전술한 바와 같이 제1행위는 복사문서의 문서성을 근거로 하여 복사문서를 직접 변조의 대상으로 한 변조행위로 평가될 수 있다는 점에서 필자가 상정한 변조행위이다. 그리고 제2행위는 제1행위와 반드시 동일한 행위는 아니나 그 행위의 질에 있어서 제1행위와 달리 평가되지 않는다는 점에서 이러한 제1행위에 기하여 필자가 또한 상정한 변조행위이다. 그렇다면 변경된 심판대상 행위의 변조행위 성립여부는, 그것이 가능하다면 제2행위보다는 제1행위와의 비교를 통하여 평가하는 것이 그 평가 오차의 범위를 축소하는 길일 것이다.

위에서 살펴본 바에 의하면 변경된 대상사안의 행위는 제1행위와 그 유사성이 인정될 수 있다. 이러한 논의에 의하면 변경된 심판대상의 행위는 제1행위와의 유사성에 근거하여 문서변조죄로 평가될 수 있게 된다. 물론 이러한 결론은 변조행위개념의 확장에 의해서만 가능하다.

2. 제2사문서변조 및 행사의 점에서의 변조의 대상

이미 살펴본 바와 같이 대상판결은 컴퓨터모니터 화면상의 이미지에서 날짜를 변경하여 출력한 출력물인 예금/신탁 잔액증명서를 범행대상으로

49) 복사문서는 아니지만 복사문서와 같은 차원에서 이해할 수 있을 것으로 생각된다.

50) 전술한 이유에서 d[t]를 소거한 것은 동일하다.

51) D'를 소거하지 않는다면 그 행위의 구조는 D[T]-a1[C]-D' [T]-a2-a3-d' [t']가 되어 그것이 제1행위와 동일한 것으로 평가하는데 문제가 없어 보인다.

복사문서의 문서간주가 창출한 새로운 변조개념에 의해 문서변조행위대상으로 평가되는 컴퓨터모니터 이미지

보고 있는 것으로 생각된다. 그러나 문제제기부분에서 논의한 바와 같이 이는 변조행위의 대상으로 이해될 수 없으므로 이에 대한 논의는 생략한다. 다만 제1사문서변조에 있어서와 같이 본사안의 변조행위를 일련의 연속된 행위(스캔-이미지변경-출력)를 통한 문서변조행위로 평가될 수 있는 가능성을 배제할 수 없다는 점에서 이를 대상으로 한 논의가 필요하다. 논의의 대상을 이처럼 전제하고 본 사안의 제2사문서변조 행위를 기호화해보면 $D[T]-a1[C]-D'[T]-a2-d[t]$ 로 나타낼 수 있다.

여기서 $D'[T]$ 는 판례에 근거하여 소거될 수 있음은 제1사문서변조행위의 경우에 있어서와 다르지 않다. 소거 후의 행위는 $D[T]-a1[C]-a2-d[t]$ 로 이해될 수 있으며 이는 제2행위($D[T]-A[C]-d[t]$)와 유사하다. 그러나 이는 제1사문서변조행위의 경우와 마찬가지로 제2행위와 정확히 일치하지는 않다. 행위 유사성과 행위불법의 동질성만 고려한다면, 이러한 논의만으로도 이것은 문서변조행위로 평가될 수 있을 것이다. 그러나 전술한 바와 같이 이러한 논의들은 변조개념의 확장을 전제로 진행되고 있다. 따라서 이에 기한 이러한 논의는 자칫 해석의 한계를 넘어 유추의 영역으로 진입될 위험성을 내포하고 있다. 따라서 이러한 불일치를 축소할 수 있는 다른 논의가 가능하다면 이에 대한 검토는 불가피하다.

이러한 위험성의 축소는 제1사문서변조행위에 대한 논의에서와 동일한 이유를 근거로 $D'[T]$ 에서 D' (이미지)만을 소거한 $D[T]-a1[C]-T-a2-d[t]$ 행위를 평가의 대상으로 함으로써 가능하다. 이것은 제1사문서변조행위의 경우에서 논의한 바와 마찬가지로 제1행위와 그 유사성이 인정된다. 이에 의하면 제2사문서변조행위도 처벌의 대상이 될 수 있을 것이다.

IV. 결 론

필자는 대상판결의 타당성을 논의하기 위한 전제로서 변조개념의 확장 가능성을 검토하였다. 논의의 결과 복사문서의 문서성을 간주하는 형법 제237조의2가 존재하는 한 이러한 개념의 확장은 불가피한 것으로 이해된다. 그러나 이러한 개념확장은 가벌성의 범위를 확장하고 이는 결국 형

법의 인권보장 기능에 반한다는 점에서 바람직한 것으로 이해되지는 않는다.

이러한 형법의 태도와는 달리 독일형법은 복사문서를 문서로 간주하는 규정을 두지 않고 있을 뿐만 아니라 독일의 판례와 다수설도 복사문서의 문서성을 인정하지 않는다고 한다.⁵²⁾ 또한 복사문서는 의사표시 그 자체가 아니므로 문서로서 평가될 수 없고, 따라서 제237조의2 복사 문서 간주규정은 폐지되는 것이 마땅하다는 견해도 있다.⁵³⁾ 이에 의하면 변조개념의 확장근거가 될 수 있는 형법 제237조의2의 입법에 대해서는 진지한 재고를 요한다고 할 수 있다.

그럼에도 불구하고 이러한 복사문서 간주규정이 반드시 필요한 것이라면 이러한 개념 확장 또한 허용될 수밖에 없을 것으로 생각된다. 이러한 전제에서라면 대상사안의 행위에 관한 평가에서 컴퓨터모니터 화면상의 이미지의 내용은 변조행위의 성립여부를 판단함에 있어 배제될 수 없는 요소라고 해야 할 것이다. 다시 말해서 이것이 판례의 관점에서처럼 문서죄의 문서로 평가될 수 없을지는 몰라도 변조개념의 확장에 따라 변조행위 개념의 한 요소인 변조의 대상으로서 자리 잡게 된다는 점을 인정해야 할 것이다.

52) 위 각주 25번 참조.

53) 이정원, 같은 책, 577-579쪽.

참 고 문 헌

1. 국내저서

- 김일수/서보학, 형법각론, 박영사, 2005.
권오걸, 형법각론, 형설출판사, 2011.
박상기, 형법각론, 박영사, 2005.
배종대, 형법각론, 홍문사, 2013.
손동권, 형법각론, 율곡출판사, 2007.
이영란, 형법학, 형설출판사, 2010.
이재상, 형법각론, 박영사, 2012.
이정원, 형법각론, 신론사, 2012.
임 응, 형법각론, 법문사, 2006.
정성근/박광민, 형법각론, 삼지원, 2006.
오영근, 형법각론, 박영사, 2009.

2. 외국문헌

- Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 25. Aufl., C.H.Beck, 1997.
Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 50. Aufl., C.H.Beck, 2001.

3. 논문

- 류전철, “통화·유가증권·문서 및 인장에 관한 죄 규정의 개정방안”, 한국
형사정책연구원, 형사정책연구원연구총서, 2009.12.
배종대, “문서죄의 쟁점”, 고시계, 고시계사, 1994.7.
신동운, “복사문서와 공문서위조죄”, 고시연구, 1995.2.
임 응, “문서죄에 있어서의 문서의 개념”, 고시연구, 2001.5.
탁희성, “문서죄의 객체로서 전자기록의 포섭가능성 및 그 한계”, 형사정
책연구 제19권 제3호, 2008.

<국문초록>

대상판결은 제1사문서행위와 관련된 사안에서 스캔하여 컴퓨터모니터 화면상의 이미지를 변경함으로써 금액란을 공란으로 만들어 프린트로 출력한 사무실전세계약서를 심판의 대상으로 보고 있다. 그러나 이 출력물은 금액란이 공란으로 되어 있고, 판례는 변조행위는 진정한 문서만을 대상으로 성립될 수 있다는 관점을 취하고 있으므로 이러한 판례에 따르면 이는 변조행위의 대상으로 평가될 수 없다. 따라서 대상판결의 심판대상에 대해 사문서변조죄가 반드시 성립된다고 할 수는 없다.

그러나 변조개념에 대한 고찰과 복사문서의 문서성, 그리고 문서죄의 보호법익과 법익보호의 정도를 고려하여 변조개념을 새롭게 이해함으로써 그 개념의 확장이 가능하다면 대상사안 행위에 대한 문서변조죄의 성립이 인정될 수도 있다. 또한 이러한 논의는 본 사안의 심판대상을 대상판결의 관점과 다르게 보는 것이 가능하다는 전제 하에서 가능하다.

심판대상의 변경에 의해 제1사문서변조행위를 일련의 연속된 행위(스캔-컴퓨터모니터 화면상의 이미지 변경-출력 후 수기 변경)로 이해하게 되면 이러한 행위는 원본문서를 복사하여 만들어진 복사문서를 그 변조의 대상으로 하여 문서변조행위를 하는 것과 질적으로 달리 평가되지 않는다. 따라서 제1사문서변조행위에 대한 문서변조행위의 성립을 인정할 수 있다. 물론 이것은 변조의 행위객체와 변조의 대상의 분리가 가능하다는 전제에서 가능하다. 그리고 이것은 복사문서의 문서성에 의할 때 불가능한 것이 아니다. 이러한 분리가능성에 의하게 되면 원본문서 자체에 어떠한 변경도 가하지 않는 변조개념의 상정이 가능하게 된다.

이러한 분리에 대한 논의가 필요한 것은 심판의 대상을 변경하더라도 대상판결이 전제한 심판대상에서와 마찬가지로 그 행위의 대상이 무엇인지 포착하는 것이 쉽지 않기 때문이다. 그러나 이러한 분리개념에 의하게 되면 컴퓨터모니터 화면상의 이미지를 변조행위의 대상으로 평가할 수 있다. 물론 이것은 문서죄의 행위객체는 문서라는 일반적인 견해와 컴퓨터모니터 화면상의 이미지는 문서죄의 문서가 아니라는 판례의 관점과

복사문서의 문서간주가 창출한 새로운 변조개념에 의해 문서변조행위대상으로 평가되는 컴퓨터모니터 이미지

충돌하는 것으로 비취질 수 있다. 그러나 전술한 바에 따른 변조개념의 확장에 의한다면 이러한 충돌은 존재하지 않는다. 즉 변경된 심판대상에서 변조행위의 객체는 원본문서이고 변조의 대상은 기술적인 방법에 의해 그것을 담을 수 있는 형식이 배제된 채 별도로 원본문서로부터 추출된 문서의 ‘내용’인 것으로 볼 수 있다면 대상사안의 행위는 문서변조행위로 평가될 수 있다.

대상판결은 제2사문서변조행위에 제1사문서변조행위의 경우와 달리 심판대상을 구체적으로 적시하고 있지 않다. 그러나 대상판결의 취지상 컴퓨터모니터 화면에서 그 내용을 변경한 출력물을 심판대상으로 보고 있는 것으로 이해된다. 그러나 이에 대해 사후적 변경행위가 없다는 점에서 이를 심판대상으로 볼 수는 없다. 따라서 이에 대해서도 제1사문서변조행위와 마찬가지로 심판대상의 변경을 고려하지 않을 수 없다. 이러한 심판대상의 변경에 의하면 이는 제1사문서변조행위의 경우와 그 행위구조에 있어서 달리 이해되지 않는다. 따라서 이에 대해서도 문서변조행위로 평가될 수 있다.

결론적으로 대상사안의 행위들은 변조개념의 확장이 가능하다는 전제하에서 문서변조행위로 평가될 수 있고, 이러한 변조개념의 확장에 의한다면 컴퓨터모니터 화면상의 이미지는 문서죄의 문서로 평가될 수 없으나 변조행위의 대상으로서 그 의미를 지닌다고 할 수 있을 것이다.

주제어 : 컴퓨터모니터 화면상의 이미지, 변조개념의 확장, 복사문서, 변조의 객체, 변조의 대상

The Computer Monitor's Image Evaluated at The Target of The
Falsification According to The New Conception of The
Falsification Made by Regarding the Reproduced Document as
The Document of Document crime

Ryu, Seok-Jun*

In this paper, the possibility of extension of falsification conception was investigated to discuss the validity of this precedent. Consequently this extension was indispensable according to the article 237-2 of criminal code which regards the reproduced document as the document in the document crime. However, this is against the security of human right.

On the contrary, there is not this kind of article in the German criminal code and the German precedents and majority theory are negative to regard it as the criminal document. And also, there is the point of view that the reproduced document is not the criminal document because it's not the expression itself of document nominee's intention, so the article 237-2 should be demolished in Korea. According to this opinion, the serious reconsideration should be required in the legislation of this article 237-2.

Nevertheless, if this extended conception is needed and it's possible, the meaning of the computer monitor's image is not able to be ignored in the conception of falsification. Therefore this should be regarded as the element of the falsification conception. In other words, this can't be evaluated as the object of falsification but the target of falsification, according to the conception extension, though the precedents do not regard it as the document in document crime.

Key Words : computer monitor's image, extension of falsification
conception, the reproduced document, the object of
falsification, the target of falsification

* Professor, Department of Law, Youngsan University, Ph.D. in Law