

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2022도6434 가. 횡령
나. 사인위조
다. 위조사인행사
라. 변호사법위반
마. 업무상횡령
바. 사문서변조
사. 변조사문서행사

피 고 인 피고인 1 외 1인

상 고 인 피고인들

변 호 인 변호사 임정은(피고인 1을 위한 국선)

원 심 판 결 춘천지방법원 2022. 5. 13. 선고 2020노703 판결

판 결 선 고 2023. 2. 23.

주 문

상고를 모두 기각한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 피고인들의 변호사법위반 부분에 관한 상고이유에 대하여

가. 범죄 후 법률이 변경되어 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하게 되거나 형이 구법보다 가벼워진 경우에는 신법에 따라야 하고(형법 제1조 제2항), 범죄 후의 법령 개폐로 형이 폐지되었을 때는 판결로써 면소의 선고를 하여야 한다(형사소송법 제326조 제4호). 이러한 형법 제1조 제2항과 형사소송법 제326조 제4호의 규정은 입법자가 법령의 변경 이후에도 종전 법령 위반행위에 대한 형사처벌을 유지한다는 내용의 경과규정을 따로 두지 않는 한 그대로 적용되어야 한다. 따라서 범죄의 성립과 처벌에 관하여 규정한 형벌법규 자체 또는 그로부터 수권 내지 위임을 받은 법령의 변경에 따라 범죄를 구성하지 아니하게 되거나 형이 가벼워진 경우에는, 종전 법령이 범죄로 정하여 처벌한 것이 부당하였다거나 과형이 과중하였다는 반성적 고려에 따라 변경된 것인지 여부를 따지지 않고 원칙적으로 형법 제1조 제2항과 형사소송법 제326조 제4호가 적용된다.

그러나 해당 형벌법규 자체 또는 그로부터 수권 내지 위임을 받은 법령이 아닌 다른 법령이 변경된 경우 형법 제1조 제2항과 형사소송법 제326조 제4호를 적용하려면, 해당 형벌법규에 따른 범죄의 성립 및 처벌과 직접적으로 관련된 형사법적 관점의 변화를 주된 근거로 하는 법령의 변경에 해당하여야 하므로, 이와 관련이 없는 법령의 변경으로 인하여 해당 형벌법규의 가벌성에 영향을 미치게 되는 경우에는 형법 제1조 제2항과 형사소송법 제326조 제4호가 적용되지 않는다. 즉 해당 형벌법규 자체 또는 그로부터 수권 내지 위임을 받은 법령이 아닌 다른 법령이 변경된 경우에는 해당 형벌법

규에 따른 범죄 성립의 요건과 구조, 형벌법규와 변경된 법령과의 관계, 법령 변경의 내용·경위·보호목적·입법취지 등을 종합적으로 고려하여, 법령의 변경이 해당 형벌법규에 따른 범죄의 성립 및 처벌과 직접적으로 관련된 형사법적 관점의 변화를 주된 근거로 한다고 해석할 수 있을 때 형법 제1조 제2항과 형사소송법 제326조 제4호를 적용할 수 있다(대법원 2022. 12. 22. 선고 2020도16420 전원합의체 판결 참조).

나. 원심은, 피고인들에 대한 공소사실 중 변호사법위반 부분에 대하여, 피고인들의 변호사법 제109조 제1호 위반행위 이후 2020. 2. 4. 법률 제16911호 개정으로 개인의 파산사건 및 개인회생사건 신청의 대리를 법무사의 업무로 규정한 법무사법 제2조 제6호가 추가된 것(이하 '이 사건 법률 개정'이라고 한다)은 반성적 고려에서 비롯된 법령의 변경이 아니라고 보아 형법 제1조 제2항과 형사소송법 제326조 제4호를 적용하지 아니하는 등 판시와 같은 이유로 유죄로 판단하였다.

원심판결 이유와 기록을 통해 알 수 있는 다음과 같은 사정을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원심의 이유 설시에 일부 부적절한 부분이 있기는 하나, 이 사건 법률 개정은 형사법적 관점의 변화를 주된 근거로 하는 법령의 변경에 해당하지 아니하므로 형법 제1조 제2항과 형사소송법 제326조 제4호를 적용하지 아니하고 유죄로 인정한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 형법 제1조 제2항의 적용, 변호사법위반죄의 성립 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

1) 이 사건 법률 개정으로 제6호의 내용이 추가된 법무사법 제2조는 이 부분 공소사실의 해당 형벌법규인 변호사법 제109조 제1호 또는 그로부터 수권 내지 위임을 받은 법령이 아닌 별개의 다른 법령에 불과하다. 변호사법 제109조 제1호 위반죄의 성립 요건과 구조를 살펴보더라도 법무사법 제2조의 규정이 보충규범으로서 기능하고 있다고

보기 어렵다.

2) 법무사법 제2조는 법무사의 업무범위에 관한 규정으로서 기본적으로 형사법과 무관한 행정적 규율에 관한 내용이다. 따라서 이는 타법에서의 비형사적 규율의 변경이 문제된 형벌법규의 가벌성에 간접적인 영향을 미치는 경우에 해당할 뿐이므로, 원칙적으로 형법 제1조 제2항과 형사소송법 제326조 제4호의 적용 대상인 형사법적 관점의 변화에 근거한 법령의 변경에 해당한다고 볼 수 없다.

3) 법무사법 제2조가 변호사법 제109조 제1호 위반죄와 불가분적으로 결합되어 그 보호목적과 입법취지 등을 같이한다고 볼 만한 특별한 사정도 인정하기 어렵다.

2. 피고인 1의 나머지 상고이유에 대하여

원심판결 중 횡령, 업무상횡령 부분에 관하여 사실오인, 법리오해 등의 위법이 있다는 취지의 주장은 피고인 1이 이를 항소이유로 삼거나 원심이 직권으로 심판대상으로 삼은 바가 없는 것을 상고심에 이르러 비로소 주장하는 것으로서 적법한 상고이유가 되지 못한다.

원심판결에 특별양형인자의 적용에 관한 사실오인, 법리오해의 위법이 있다는 주장은 결국 양형부당 주장에 해당한다. 형사소송법 제383조 제4호에 의하면 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 사건에서만 양형부당을 사유로 한 상고가 허용된다. 따라서 피고인 1에 대하여 그보다 가벼운 형이 선고된 이 사건에서 형이 너무 무거워 부당하다는 주장도 적법한 상고이유가 되지 못한다.

3. 피고인 2의 나머지 상고이유에 대하여

형사소송법 제383조 제4호에 의하면 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 사건에서만 양형부당을 사유로 한 상고가 허용된다. 따라서 피고인 2에 대하여

그보다 가벼운 형이 선고된 이 사건에서 형이 너무 무거워 부당하다는 주장은 적법한 상고이유가 되지 못한다.

4. 결론

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

재판장 대법관 오석준 _____

 대법관 안철상 _____

주 심 대법관 노정희 _____

 대법관 이흥구 _____