

【동기설 변경 전합 판례 내용】

1. [1] 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.**

[2] 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.**

[3] **형벌법규가** 대통령령, 총리령, 부령과 같은 법규명령이 아닌 고시 등 행정규칙, 행정명령, 조례 등(이하 **‘고시 등 규정’이라고 한다**)에 **구성요건의 일부를 수권 내지 위임한 경우에도** 이러한 고시 등 규정이 위임입법의 한계를 벗어나지 않는 한 형벌법규와 결합하여 법령을 보충하는 기능을 하는 것이므로, **그 변경에 따라 범죄를 구성하지 아니하게 되거나 형이 가벼워졌다면 마찬가지로 형법 제1조 제2항과 형사소송법 제326조 제4호가 적용된다.**

[4] 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.**

[5] 한편 **법령이 개정 내지 폐지된 경우가 아니라**, 스스로 유효기간을 구체적인 일자나 기간으로 특정하여 효력의 상실을 예정하고 있던 법령이 **그 유효기간을 경과함으로써 더 이상 효력을 갖지 않게 된 경우도** 형법 제1조 제2항과 형사소송법 제326조 제4호에서 말하는 **법령의 변경에 해당한다고 볼 수 없다.**

[6] **대법원은 전원합의체 판결을 통하여**, 형법 제1조 제2항과 형사소송법 제326조 제4호는 종래의 처벌 자체가 부당하였다거나 또는 과형이 과중하였다는 반성적 고려에서 법령을 변경하였을 경우에만 적용된다고

한 **대법원 1963. 1. 31. 선고 62도257 판결 등 종래 대법원판례 법리(이른바 ‘동기설’)**를 변경하여, 범죄의 성립과 처벌에 관하여 규정한 형벌법규 자체 또는 그로부터 수권 내지 위임을 받은 법령의 변경에 따라 범죄를 구성하지 아니하게 되거나 형이 가벼워진 경우에는 **반성적 고려에 따라 변경된 것인지 여부를 따지지 않고 원칙적으로 형법 제1조 제2항과 형사소송법 제326조 제4호가 적용된다**고 판시하였다.

[7] 원심판결 선고 후 시행된 개정 도로교통법에 따르면 이 사건 **전동킥보드와 같은 개인형 이동장치 음주운전 행위**는 ‘자동차등’에 관한 제148조의2가 아니라 ‘자전거등’에 관한 제156조 제11호의 적용 대상이 됨으로써 **그 법정형이 종전보다 가벼워진 경우에 해당하므로** 형법 제1조 제2항을 적용하여야 한다. 따라서 **경한 신법인 도로교통법 제156조 제11호로 처벌할 수 있을 뿐이어서 행위시법인 구 도로교통법 제148조의2 제1항을 적용한 원심판결은 더 이상 유지될 수 없다고** 보아, 원심판결을 파기·환송하였다(대법원 2022. 12. 22. 선고 2020도16420판결).

★★★ 위 전원합의체판결에 따라 법 제1조 제2항 (신법)이 적용되지 않는 것은?

(3개 - 유·다·경 : 반드시 정리)

① 입법자가 법령의 변경 이후에도 종전 법령 위반행위에 대한 형사처벌을 유지한다는 내용의 **경과규정을 따로 두고 있는 경우(경)**

② **다른 법령이 변경된 경우, 해당 형벌법규에 따른 범죄의 성립 및 처벌과 직접적으로 관련이 없는 법령의 변경으로 인하여** 해당 형벌법규의 가벌성에 영향을 미치게 되는 경우(**다**) (**다른 법령이 변경된 경우, 관련 최근 판례**)

법무사 갑이 변호사법에서 금지되어있는 개인회생사건을 돈받고 신청 대리하였다가 **변호사법 위반(범죄후)**으로 기소되었는데, 그후 **법무사법 개정**으로(**법률의 변경으로**) 법무사도 개인회생신청 대리 업무가 허용되는 것으로 추가되어 **이제는 범죄가 되지 아니한 때에 해당하여도 해당 형벌법규인 변호사법 제109조 제1호 또는 그로부터 수권 내지 위임을 받은 법령이 아닌 별개의 다른 법령에 불과하고**, 법무사의 업무범위에 관한 규정으로서 **기본적으로 형사법과 무관한 행정적 규율에 관한 내용**이므로, 위 제1조 제2항이 적용되지 아니하여 면소판결선고 사유가 되지 아니하여 **변호사법위반으로 처벌되었다.**

☞ 이처럼 **다른 법령이 변경된 경우(변호사법과 관련이 없는 법무사법이 개정된 경우는 형법 제1조 제2항이 적용되지 않고**, 그대로 제1조 제1항에 따라 처벌된다(대법원 2023. 2. 23. 선고 2022도6434 판결).

③ 스스로 **유효기간을 구체적인 일자나 기간으로 특정하여** 효력의 상실을 예정하고 있던 법령이 **그 유효기간을 경과함으로써 더 이상 효력을 갖지 않게 된 경우**