

대 전 지 방 법 원

판 결

사 건 2014고단656 변호사법위반
피 고 인 甲
검 사 정명호(기소), 장태형(공판)
변 호 인 변호사 문현웅(국선)
판 결 선 고 2014. 5. 30.

주 문

피고인은 각 무죄.

이 유

1. 공소사실의 요지

피고인은 대전 유성구에서 ‘甲 공인중개사·행정사’라는 상호로 공인중개사 및 행정사 업무를 하였는데, 아래와 같이 변호사가 아니면서 돈을 받거나 받을 것을 약속하고 그 밖에 일반의 법률사건에 관하여 대리·중재·법률상담·법률관계 문서 작성 및 그 밖의 법률사무를 취급하였다.

1. 피고인은 2011. 3. 초순경 자신의 사무실에서 乙로부터 일정 실적과 짓갈을 가공할 수 있는 공장을 보유한 법인을 물색하여 양도·양수를 성사시켜 달라는 제의를 받고 1,500만 원을 지급받기로 약속한 후 2011. 3. 14. 논산시 주식회사 *** 사무실에서

주주들과 丙·丁 사이의 주식 양도양수계약 및 이에 따른 책임각서 등의 법률관계 문서를 작성하면서 거래가액, 계약 교섭·체결, 계약 이행과 관련한 의견 조율 등에 있어 乙 측을 위하여 적극적으로 실질적인 대리·중재 등의 행위를 하였다.

2. 피고인은 2011. 5. 27. 충남 강경읍 ‘**’ 사무실에서 다시 ***의 주주들과 丙 사이의 주식 양도양수 계약서 등의 법률관계 문서들을 작성하면서 거래가액, 계약 교섭·체결, 계약 이행과 관련한 의견 조율 등에 있어 乙 측을 위하여 적극적으로 실질적인 대리·중재 등의 행위를 한 후 2011. 말경 乙로부터 그 대가로 700만 원을 지급 받았다.

2. 판단

가. 쟁점

1) 구성요건 해당성의 관점

공소사실의 구성요건은, ① 변호사가 아닌 자가, ② 금품 등 그 밖의 이익을 받거나 받을 것을 약속하고, ③ 일반의 법률사건에 관하여, ④ 대리·중재·법률상담·법률관계 문서 작성 그 밖의 법률사무를 취급한 것이다.

검사가 제출한 증거에 따르면, ① 피고인은 공인중개사 겸 행정사일 뿐 변호사가 아닌 점, ② 피고인은 乙로부터 ‘법인’의 양도양수계약을 의뢰받으면서 대가를 지급받기로 약속하였고, 실제로 2011. 말경 700만 원을 받은 점, ③ ‘일반의 법률사건’이란 법률상의 권리·의무에 관하여 다툼·의문이 있거나 새로운 권리·의무관계의 발생에 관한 사건 일반인바(대법원 2001. 11. 27. 선고 2000도513 판결, 대법원 2001. 8. 21. 선고 2001도1316 판결, 대법원 1998. 8. 21. 선고 96도2340 판결 등 참조), 본건 주식 양도양수계약은 ‘새로운 권리·의무관계의 발생에 관한 사건’으로 ‘일반의 법률사건’에 해당

되는 점을 알 수 있다.

결국 공소사실의 구성요건 중 문제가 되는 것은 피고인의 행위가 ‘대리·중재·법률 상담·법률관계 문서 작성 그 밖의 법률사무’에 해당하는지 여부(④ 요건)이다.

2) 변호사법의 적용범위의 관점

먼저, 피고인이 2011. 3. 14.자 및 2011. 5. 27.자 주식 양도양수계약서 및 그 부속서류를 ‘작성’한 행위 자체는 행정사법 제2조 제1항 제2호에 따른 정당한 행위이다.

그런데 검사가 제출한 증거에 따른 아래의 인정사실을 종합하면, 피고인은 단순히 행정사법 제2조 제1항 제2호에서 말하는 ‘권리·의무나 사실증명에 관한 서류의 작성’ 행위에 그친 것이 아니라 주식 양도양수계약의 체결을 위하여 쌍방의 의사를 실질적으로 조정·조율하는 적극적인 역할을 하였기에 이러한 행위는 행정사의 정당한 업무에 속하지 않는다.

다음으로, 공인중개사의 중개 범위는 ‘토지·건축물 그 밖의 토지 정착물’과 ‘입목에 관한 법률에 따른 입목’ 및 ‘공장 및 광업재단 저당법에 따른 공장재단·광업재단’으로 한정(공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률 제3조 및 동 시행령 제2조) 되므로, 본건 주식 양도양수계약의 목적물 중 적어도 부동산을 제외한 ‘***의 주식·동산·영업권·부채·가수금 등’에 관한 권리의 득실변경에 관한 행위를 중개한 것은 공인중개사의 업무에도 속하지 않는다(대법원 2009. 1. 15. 선고 2008도9427 판결, 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008도3673 판결, 대법원 2006. 9. 22. 선고 2005도6054 판결 등 참조).

결국 피고인의 행위는 행정사 및 공인중개사의 업무에 모두 속하지 않는 것인데, 행정사와 공인중개사의 업무 범위에 해당되지 않은 계약의 중개행위를 오로지 변호사만

이 할 수 있는지가 변호사법의 적용범위와 관련한 다른 측면의 쟁점이다.

나. 인정사실

피고인은 그 전부터 공장이 포함된 법인을 인수하려는 乙로부터 적정한 양도인과 매매 목적물의 물색 등을 의뢰받았다.

피고인은 乙이 의뢰한 조건에 맞는 양도인과 매매 목적물을 물색하여 본건 양도인들을 찾았고, 쌍방의 계약 체결 의사를 확인하였다.

피고인은 2011. 3. 14.자 계약의 체결과 관련하여 乙이 동석한 상태에서 양도인 측을 설득하여 양도금액이 최초 9억 원에서 최종적으로 8억 4,000만 원까지 낮추었고, 인수날짜·계약 내용 등의 세부사항을 조율하였다.

피고인은 2011. 3. 14.자 계약의 이행이 무산된 후 乙의 요청에 따라 양도인 측을 찾아가 무산된 계약의 중도금을 지급하려는 시도를 몇 번 하였다.

피고인은 그 후 양도인 측에게 2011. 5. 27.자 계약을 체결하는 것을 설득하였고, 그 과정에서 乙이 동석하지 않은 채 양도인 측과 직접 협의하여 매매대금·계약금도 정하였다.

피고인은 2011. 말경 업무를 위임한 乙로부터 700만 원의 ‘대가’를 지급받은 것 외에 두 차례에 걸친 계약이 무산된 후 자신에게 업무를 위임하지도 않은 양도인 중 戊를 찾아가서 계약 파기로 9,000만 원의 이익을 얻은 것을 이야기하면서 자신에게 대가를 지급할 것을 요구하여 200만 원을 지급받았다.

다. 검토

인정사실에 따른 피고인의 행위가 변호사법이 금지하는 ‘대리·중재·법률상담·법률관계 문서 작성 그 밖의 법률사무를 취급’ 중 어디에 해당하는지 본다.

검사가 제출한 증거에 따르더라도, 피고인이 ‘중재·법률상담’을 한 사정이 보이지 않으므로, 문제되는 것은, ① 대리, ② 법률관계 문서 작성, ③ 법률사무만이 남게 되는 바, 차례대로 검토한다.

1) 대리

‘대리’는 법률사건에 관하여 본인을 대신하여 사건을 처리하는 제반행위로서 분쟁처리에 관한 사실행위를 포함하는 것이지만(대법원 1995. 2. 14. 선고 93도3453 판결 등 참조), 그 과정에서 법률적 지식이 없거나 부족한 본인을 위하여 ‘법률상의 전문지식’을 이용하여 사실상 사건의 처리를 주도함을 의미한다(대법원 2007. 6. 28. 선고 2006도 34356 판결, 대법원 2002. 11. 13. 선고 2002도2725 판결 등 참조).

인정사실에서 본 바와 같이 피고인이 주식 양도양수계약 체결 과정에서 매도인의 최초 희망 매도가격보다 다소 낮은 금액으로 조율하였으나, 이러한 사정만으로 피고인이 乙을 ‘대리’하였다고 볼 수는 없다.

왜냐하면 피고인의 한 행위는 전체적으로 보아 양수인의 의뢰를 받아 양도인과 적절한 대상물을 물색한 후 쌍방의 의사를 조율하여 매매계약의 체결을 알선한 행위인데, 매매대금이 정해지는 과정은 상당히 유동적이고, 궁극적으로는 쌍방의 의사의 합치에 따른 결과이지 최초 희망 가격보다 매매대금이 높아지거나 낮아졌다고 하여 피고인이 일방을 대리하였다고 볼 수는 없기 때문이다.

또한 피고인이 주식 양도양수계약의 체결을 위해 조율한 매매대금·인수날짜·계약 내용에 특별한 법률상의 전문지식이 필요한 사정이 보이지도 않고, 2011. 5. 27.자 계약 체결 과정에서 乙이 동석하지 않은 채 피고인과 戊만이 참석한 적이 1회 있다는 사정도 동일한 양도인·양수인·목적물로 된 계약이 체결되었다가 해제된 후 다시 체결된

경위에 비추어 보면, 양도인·양수인 사이의 의견이 일치된 적이 있음을 전제로 세부적인 내용만 조율한 것에 불과할 뿐 이를 들어 피고인이 乙을 ‘대리’하였다고 단정하기는 어렵다.

2) 법률관계 문서 작성

검사가 제출한 증거에 따르면, 피고인이 주식 양도양수계약서 및 책임각서 등 법률관계 문서를 작성한 사실은 인정된다.

그러나 피고인은 행정사로서 행정사법 제2조 제1항 제2호에 따라 ‘권리·의무나 사실증명에 관한 서류’를 작성할 수 있으므로, 행정사의 정당한 직무범위에 속하는 행위로서 변호사법에서 금지하는 법률관계 문서 작성의 ‘예외’에 해당한다.

3) 법률사무

먼저, 변호사법의 ‘법률사무’의 개념이 매우 포괄적이므로, 이를 ‘법률사건에 관한 일체의 사무’로 해석할 것이 아니라 ‘법률상의 효과를 발생·변경·소멸시키는 사항의 처리 및 법률상의 효과를 보전하거나 명확하게 하는 사항의 처리’로 제한적으로 해석해야 한다(대법원 2008. 2. 28. 선고 2007도1039 판결, 헌법재판소 2000. 4. 27. 선고 98헌바95·96, 99헌바2, 2000헌바4 전원재판부 결정 등 참조).

인정사실에 따르면, 피고인이 한 행위는 양도인·양수인 사이에 양도양수계약의 체결이라는 법률행위가 용이하게 성립할 수 있도록 쌍방의 의견을 실질적으로 조율·조정함으로써 당사자들을 조력하고 주선한 사실행위로, 중개대상물인 주식·동산·부동산 등에 대하여 당사자인 乙·戊 등 사이의 양도양수계약의 체결을 알선한 것에 해당한다.

이러한 ‘알선’ 행위는 본질적으로 법률상의 전문지식에 기하여 제공되는 서비스가 아니므로, 이에 부수하여 변호사의 직무와 일부 관련 있는 행위가 있다고 하더라도, 위와

같은 ‘알선’ 또는 ‘중개’ 행위가 변호사법 제3조에서 말하는 ‘일반 법률사무’에 포함된다
고 보기 어렵다(대법원 2006. 5. 11. 선고 2003두14888 판결 등 참조).

다음으로, ‘법률사무’의 해당 여부를 판단함에 있어 조문에 기재된 ‘감정·대리·중
재·화해·청탁·법률상담 또는 법률관계 문서 작성, 그 밖의 법률사무’의 규정 형식도
고려할 필요가 있다.

즉 ‘감정·대리·중재·화해·청탁·법률상담 또는 법률관계 문서 작성’은 ‘법률사무’
의 예시 또는 열거에 해당하므로, 그 해석론을 참고해야 한다. 이러한 측면에서도 ‘법
률사무’는 ‘법률사건에 관한 모든 사무’를 의미하는 것이 아니라 ‘법률상의 전문지식에
기하여 제공되는 법적 서비스’에 해당되는지 여부에 따라 판단해야 한다.

이러한 관점에서 볼 때 피고인의 본건 행위와 같은 중개행위의 일종은 ‘법률상의 전
문지식에 기한 서비스’에 해당되지 않으므로, ‘법률사무’에 포함되지 않는다.

마지막으로, 이와 같이 해석하지 않을 경우, 중개 자격을 법률로 규정해 놓은 부동산
등을 제외한 일반적인 재화와 용역의 거래행위에 대한 중개 행위를 오직 변호사만이
할 수 있다는 결론에 도달하게 되는데, 이는 변호사의 직역을 무한히 확대시킬 뿐만
아니라 변호사 아닌 자가 이러한 업무에 관련되는 경우 모두 변호사법 제109조 제1호
의 처벌대상이 되는 불합리한 결과가 초래될 우려가 크다.

피고인이 비록 행정사 및 공인중개사의 업무 범위에 속하지 않는 행위를 하였더라
도, 그러한 행위가 변호사가 아닌 다른 자격의 업무 범위에 속하지 않는다고 이를 오
로지 변호사만이 할 수 있는 것이라고 단정할 수는 없다. 행정사·공인중개사 등 업무
범위를 위반한 것에 대해서는 해당 법률에 금지 및 처벌규정이 있다면 이에 따라야 할
것이고, 그러한 규정이 없다면 이를 처벌할 수 없는 것이지, 이를 무조건 변호사법 제

109조 제1호에 해당한다고 보는 것은 ‘전문 자격사의 업무 범위에 속하지 않는 범위는 모두 변호사의 업무 범위에 속한다.’라는 논리적 비약을 전제로 하는 것이다.

3. 결론

피고인이 행정사·공인중개사의 정당한 업무 범위 내의 행위를 한 것은 아니지만, 이러한 사정에 검사가 제출한 증거를 더하여 보더라도, 공소사실을 인정하기에 부족하므로, 형사소송법 제325조 후단에 따라 무죄를 선고한다.

판사 최누림 _____