

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2015도1230 외국환거래법위반  
피 고 인 피고인  
상 고 인 피고인  
변 호 인 법무법인 가온  
담당변호사 강남규 외 3인  
원 심 판 결 서울중앙지방법원 2015. 1. 9. 선고 2014노3509, 2014노3721(병  
합) 판결  
판 결 선 고 2019. 4. 11.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울중앙지방법원 합의부에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 이 사건 공소사실

검사는 피고인이 관여한 자본거래에 관하여, 외국환거래법이 2009. 1. 30. 법률 제

9351호로 개정되어 자본거래 허가 규정 및 그 벌칙조항이 삭제된 시점을 기준으로, 그 이전의 자본거래를 무허가 자본거래로, 그 이후의 자본거래를 미신고 자본거래로 구분하여 공소를 제기하였다.

## 2. 무허가 자본거래로 인한 외국환거래법 위반의 점에 관하여

가. 종래 외국환거래 관련 법령은 일정 범위의 외국환 자본거래에 관하여 허가를 받도록 규정하였다가 2006. 1. 1. 이후 자본거래 허가제를 완전히 폐지하고 허가대상 자본거래를 신고제로 전환하는 법개정이 이루어졌다. 그 구체적 경과는 다음과 같다.

1) 1998. 9. 16. 법률 제5550호 외국환거래법 부칙 제2조는 자본거래 허가제의 적용시한을 2005. 12. 31.까지로 규정하였고, 2000. 10. 23. 법률 제6277호 외국환거래법 부칙 제1항은 위 부칙 제2조의 개정규정은 2000. 12. 31.부터 시행한다고 규정하였다.

2) 구 외국환거래법 시행령이 2005. 12. 28. 대통령령 제19192호로 개정되면서 자본거래의 허가에 관한 제30조 제3항이 삭제되었고, 위 외국환거래법 부칙에 맞춰 구 외국환거래규정이 2006. 1. 1. 재정경제부고시 제2005-25호로 개정되면서 자본거래 신고 등의 절차를 규정한 제7-4조에서 자본거래의 허가에 관한 기재가 삭제되었다.

3) 그러나 무허가 자본거래를 처벌하는 외국환거래법 제27조 제1항 제10호, 제18조 제2항은 그에 맞춰 개정되지 않다가 2009. 1. 30. 법률 제9351호로 개정되면서 비로소 그 규정이 삭제되었다.

나. 위와 같은 외국환거래법령의 개정과정에 비추어 살펴보면, 자본거래 허가제 및 무허가 자본거래 처벌규정은 2005. 12. 31.까지만 효력을 가지므로, 2006. 1. 1.부터 2009. 1. 29. 사이의 무허가 자본거래로 인한 외국환거래법 위반의 점은 형사소송법 제325조 전단에서 정하고 있는 '범죄로 되지 아니하는 경우'에 해당한다고 보아야 한다.

다. 그런데도 원심은 2008. 12. 24.부터 2009. 1. 29.까지 이루어진 무허가 자본거래에 관하여 구 외국환거래법(2009. 1. 30. 법률 제9351호로 개정되기 전의 것) 제27조 제1항 제10호, 제18조 제2항, 형법 제30조를 적용하여 유죄로 인정하였다. 따라서 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

### 3. 미신고 자본거래로 인한 외국환거래법 위반의 점에 관하여

가. 이 부분에 적용되는 구 외국환거래법(2016. 3. 2. 법률 제14047호로 개정되기 전의 것)은 '자본거래를 하려는 자'는 대통령령으로 정하는 바에 따라 기획재정부장관에게 신고하도록 하고(제18조 제1항 본문), '제18조에 따른 신고의무를 위반한 금액이 5억 원 이상의 범위에서 대통령령으로 정하는 금액을 초과하는 자'를 처벌하고 있다(제29조 제6호). 위 법률의 규정 형식 및 취지에 비추어 볼 때, 미신고 자본거래로 인한 외국환거래법 위반죄는 신고의무를 이행하지 아니하였다는 것만으로 구성요건이 실현되는 것은 아니고, 나아가 자본거래까지 하였다는 요건을 충족하여야 비로소 구성요건이 실현되는 것이다.

나. 원심은 그 판시와 같은 이유를 들어, 피고인이 외국환거래법상 비거주자인 미국(공소외 회사)의 대리인으로서, 국내에서 적법한 신고 없이 거주자인 국내 회사들과 사이에 각 자본거래행위를 주관하여 진행하고 그로 인한 이익을 향유한 직접적인 행위자로서 처벌되어야 하는 형사책임의 주체라고 판단하였다.

다. 원심판결 이유를 앞서 본 법리와 적법하게 채택한 증거에 비추어 살펴보면, 피고인이 외국환거래법상 신고의무를 부담하는 거주자의 미신고 자본거래에 가담하여 직접적인 행위를 하였다고 평가하거나 그에 대한 본질적인 기여를 통한 기능적 행위지배가 있었다고 할 수 있다. 원심의 이유 설시에 적절하지 아니한 부분이 있지만, 피고인

이 미신고 자본거래로 인한 외국환거래법 위반죄의 공동정범에 해당한다고 판단한 것은 정당하다. 따라서 미신고 자본거래로 인한 외국환거래법 위반죄가 진정부작위범임을 전제로 하는 이 부분 상고이유를 받아들일 수 없고, 원심의 판단에 외국환거래법에 정한 '자본거래를 하려는 자' 및 공동정범에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

#### 4. 파기의 범위

원심판결 중 무허가 자본거래로 인한 외국환거래법 위반의 점에 관한 부분이 파기되어야 하는데, 위 부분과 피고인의 나머지 죄는 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 하나의 형이 선고되었으므로, 결국 원심판결 전부가 파기되어야 한다.

#### 5. 결론

원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장	대법관	조희대	_____
	대법관	김재형	_____
주심	대법관	민유숙	_____
	대법관	이동원	_____

