

## 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)(일부인정된죄명:업무상

### 횡령)-건축법위반-공공기관의기록물관리에관한법률위반

[대구고법 2007. 7. 20. 2007노133]



#### 【판시사항】

- [1] 사립학교의 경리책임자가 교비회계 자금을 실제보다 초과지출한 후 그 초과분을 학교발전기금 또는 리베이트 명목으로 반환받아 비자금으로 조성한 경우, 그 비자금이 교비회계에 속하는지 여부(적극)
- [2] 사립학교의 경리책임자가 교비회계 자금을 실제보다 초과지출한 후 그 초과분을 학교발전기금 또는 리베이트 명목으로 반환받아 비자금을 조성하여 직원의 급여와 법인 사무실 운영경비 등으로 사용한 사안에서, 업무상횡령죄의 불법영득의사를 인정한 사례
- [3] 사립학교의 경리책임자가 교비회계 자금을 실제보다 초과지출한 후 그 초과분을 학교발전기금 또는 리베이트 명목으로 반환받아 조성한 비자금을 교비회계에 속하는 입시홍보비 등 대학신입생 유치를 위한 경비·체육관 공사비 등으로 지출한 사안에서, 업무상횡령죄의 불법영득의사를 부인한 사례

#### 【판결요지】

- [1] 사립학교의 경리책임자가 학교의 공사·구매·용역 등 계약의 체결과 관련하여 실제보다 높은 가격으로 계약을 체결한 후 차액 중 부가가치세를 제외한 나머지 부분을 리베이트 형식으로 반환받아 비자금으로 조성하는 등 교비회계 자금을 실제보다 초과지출한 후 그 초과분을 반환받았다면 이는 교비회계 자금으로서의 성질을 잃지 않는다고 보아야 하므로, 위 경리책임자가 업체로부터 학교발전기금 명목으로 지급받았다는 돈은 교비회계에 속하는 수입으로 봄이 상당하다.
- [2] 사립학교의 경리책임자가 교비회계 자금을 실제보다 초과지출한 후 그 초과분을 학교발전기금 또는 리베이트 명목으로 반환받아 비자금을 조성하여 직원의 급여와 법인 사무실 운영경비 등으로 사용한 사안에서, 업무상횡령죄의 불법영득의사를 인정한 사례.
- [3] 사립학교의 경리책임자가 교비회계 자금을 실제보다 초과지출한 후 그 초과분을 학교발전기금 또는 리베이트 명목으로 반환받아 조성한 비자금을 교비회계에 속하는 입시홍보비 등 대학신입생 유치를 위한 경비·체육관 공사비 등으로 지출한 사안에서, 업무상횡령죄의 불법영득의사를 부인한 사례.

#### 【참조조문】

- [1] 사립학교법 제29조, 사립학교법 시행령 제13조 제1항
- [2] 형법 제355조 제1항, 제356조, 사립학교법 제29조, 사립학교법 시행령 제13조 제1항
- [3] 형법 제355조 제1항, 제356조, 사립학교법 제29조, 사립학교법 시행령 제13조 제1항

#### 【전문】

【피 고 인】 피고인 1 외 1인

【항 소 인】 피고인들 및 검사

【검 사】 유종완

【변 호 인】 변호사 김진기 외 2인

【원심판결】 대구지법 경주지원 2007. 2. 9. 선고 2006고합22 판결

【주문】

】

원심판결을 파기한다.

피고인 1을 징역 3년에, 피고인 2를 징역 1년 6월에 각 처한다.

원심판결 선고 전의 구금일수 262일을 피고인 1에 대한, 261일을 피고인 2에 대한 위 각 형에 산입한다.

【이유】

】 1. 항소이유의 요지

가. 피고인들

(1) 사실오인 내지 법리오해의 점

(가) 피고인 1의 경우

공소외 1, 공소외 2, 공소외 3, 공소외 4 명의의 차명계좌에 입금된 돈 중 학교발전기금으로 지급받은 돈은 입시홍보비 등에 사용하기 위하여 조성한 것으로서 교비회계에 속하지 아니하므로 이를 다른 용도에 사용하였다고 하더라도 횡령죄가 성립하지 않고, 위 차명계좌에서 출금된 돈 중 검사가 사용처를 입증한 것은 경주대학교 계좌에 입금된 3억 원(별지 범죄일람표 5의 순번 3), 학교법인 원석학원의 직원 공소외 5 계좌에 입금된 돈(범죄일람표 1), 원석학원의 감사 공소외 6의 처 공소외 7 계좌에 입금된 돈뿐인데도, 원심은 피고인 1이 범죄일람표 2 내지 5의 돈(여기에는 범죄일람표 1의 돈도 포함되어 있다) 전부를 횡령한 것으로 인정하였다.

(나) 피고인 2의 경우

공소외 8, 피고인 2 명의의 차명계좌에 입금된 돈은 전부 학교발전기금으로 지급받은 것으로서 교비회계에 속하지 아니하므로 이를 다른 용도에 사용하였다고 하더라도 횡령죄가 성립하지 않고, 위 차명계좌에서 출금된 돈 중 검사가 사용처를 입증한 것은 학교법인 원석학원의 직원 공소외 5 계좌에 입금된 돈(범죄일람표 6)뿐인데도, 원심은 피고인 2가 범죄일람표 7 내지 8의 돈(여기에는 범죄일람표 6의 돈도 포함되어 있다) 전부를 횡령한 것으로 인정하였다(이하에서는 공소외 1, 공소외 2, 공소외 3, 공소외 4, 공소외 8, 피고인 2 명의의 차명계좌를 통틀어 '이 사건 차명계좌'라고 하고, 이 사건 차명계좌에 입금된 돈을 '이 사건 비자금'이라고 한다).

(2) 양형부당의 점

이 사건 비자금은 모두 학교(서라벌대와 경주대)의 경리와 직원들이 공동으로 관리하던 돈들이 밝혀졌고, 또 피고인들이 이를 개인적으로 착복하지는 아니한 점, 이 사건 범행은 재정상태가 열악한 지방 사립대에서 학생 미달이 등록금 수입의 감소로 이어지고 학교재정에 심각한 타격을 입혀 도산의 위기에 직면하게 될 뿐만 아니라 학생 모집이 학교 및 교직원의 생계와 연결되는 절박한 상황에서 급기야 온갖 물량공세로 학생들을 모집하는 지경에까지 이르러 정식 교비회계에 책정된 입시홍보비가 모자라 다소 변칙적으로 모금한 돈으로 모자라는 입시홍보비에 충당하고자 하는 과정에서 일어난 일로서 그 동기에 참작할 점이 많은 점, 피고인들이 잘못을 깊이 뉘우치고 있는 점 등을

고려하여 보면, 원심이 피고인 1에게 선고한 징역 3년 및 피고인 2에게 선고한 징역 1년 6월의 형은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사(양형부당)

피고인들이 독단적 판단에 의하여 120억 원에 이르는 대학의 교비를 차명계좌를 통하여 무분별하게 조성, 집행한 점, 피고인들은 스스로 중형을 각오한 채 비자금 사용처를 감추기 위하여 증거를 인멸한 점, 위와 같은 피고인들의 행위로 인하여 사립학교의 자주성, 공공성, 건전성에 커다란 지장을 초래한 점 등에 비추어 보면, 원심이 피고인들에게 선고한 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령)의 공소사실의 요지

피고인 1은 1994.경부터 서라벌대학 총무과장으로 근무하면서 위 대학의 재산관리, 회계, 교직원 인사 등의 업무에 종사하는 사람이고, 피고인 2는 1988.경부터 경주대학 총무과장, 사무부처장 및 사무처장으로 근무하면서 위 대학의 인사, 경리, 회계 등의 업무를 담당해 온 사람인바, 학교법인회계는 학교회계와 법인회계로 구분되고 학교회계 중 특히 교비회계에 속하는 수입은 다른 회계에 전출하거나 대여할 수 없는 등 그 용도가 엄격히 제한되어 있으며, 사립학교법 시행령 제13조 제2항의 경우 교비회계 세출에 대해 그 용도를 한정해 놓고 있기 때문에 교비회계 자금을 다른 용도에 편성, 사용할 수 없음에도 불구하고,

가. 피고인 1은,

2000. 1. 4.경부터 2004. 3. 22.경까지 포항시 북구 (지번 생략)에 있는 서라벌대학 거래업체인 주식회사 우인정보시스템 대표이사인 공소외 9를 비롯한 서라벌대학 거래업체인 우성가구, 아카데미정보통신, 애드파크, 백석상사 등에게 세금계산서상의 물품거래가격보다 할인된 금액으로 거래할 수 있음에도 그 할인폭 상당의 차액을 거래사례금 명목 등으로 되돌려달라고 부탁하는 방법으로 일단 위 세금계산서상의 금액을 위 업체들에게 지급한 후 그 중 일부를 다시 위 대학에서 관리하는 비자금 계좌로서 위 대학 직원의 친인척들인 공소외 1 내지 4 명의의 국민은행 경주지점 계좌로 반환받는 방법으로 위 대학 교비회계에 편성·집행하여야 할 자금으로 9,123,889,361원 상당의 비자금을 조성한 후,

(1) 위 대학이 소속된 학교법인 원석학원 사무국장 공소외 10과 공모하여,

2001. 5. 25. 그 중 금 3,000,000원을 위 법인 직원인 공소외 5의 계좌로 입금하여 위 법인의 직원 월급과 법인 사무실 경비로 임의로 사용한 것을 비롯하여, 그때부터 2004. 11. 11.까지 별지 범죄일람표 1 기재와 같이 총 44회에 걸쳐 위 대학 교비 합계 238,002,000원을 위 법인 직원 급여 및 법인 사무실 경비 등으로 임의로 사용하고,

(2) 2000. 4. 25. 그 중 2,600,000원을 위 법인의 감사인 공소외 6의 처 공소외 7의 계좌로 입금하여 위 공소외 6의 수당으로 임의로 사용한 것을 비롯하여, 2000. 1. 6.부터 2004. 4. 23.까지 별지 범죄일람표 2 내지 5 기재와 같이 총 310회에 걸쳐 위 대학 교비 및 국고보조금 합계 8,885,887,361원(비자금 조성액 9,123,889,361원에서 전항 기재 공소외 5의 계좌로 입금된 238,002,000원을 공제한 나머지 금액)을 위 법인 감사의 수당 등으로 지급하거나 불상의 개인적인 용도로 임의로 사용하여, 서라벌대학의 교비 및 국고보조금 합계 9,123,889,361원을 횡령하고,

나. 피고인 2는,

1999. 12. 30.경부터 2004. 10. 27.경까지 서울 마포구 상암동에 있는 경주대학 거래업체인 대성기업사 대표이사인 공소외 11을 비롯한 위 대학 거래업체인 한국이지시스템 대구, 캐드뱅크 거목, 광성 등에게 세금계산서상의 물품거래가 격보다 할인된 금액으로 거래할 수 있음에도 그 할인폭 상당의 차액을 거래사례금 명목 등으로 되돌려달라고 부탁하는 방법으로 일단 위 세금계산서상의 금액을 위 업체들에게 지급한 후 그 중 일부를 다시 위 대학에서 관리하는 비자금 계좌인 위 대학 총무과 직원의 이모인 공소외 8 명의의 국민은행 경주지점 계좌 및 피고인 2 명의의 국민은행, 농협 계좌로 반환받는 방법으로 위 대학 교비회계에 편성·집행되어야 할 자금으로 2,989,238,308원 상당의 비자금을 조성한 후,

(1) 위 공소외 10과 공모하여,

2001. 5. 25. 그 중 3,000,000원을 위 공소외 5의 계좌로 입금하여 위 법인 직원의 월급 및 사무실 경비로 임의로 사용한 것을 비롯하여, 그때부터 2005. 8. 25.까지 별지 범죄일람표 6 기재와 같이 총 62회에 걸쳐 위 대학 교비 합계 328,746,030원을 위 법인 직원 급여 및 사무실 경비로 임의로 사용하고,

(2) 2001. 11. 22. 그 중 10,200,000원을 위 대학이 소속된 학교법인 원석학원 감사인 공소외 6에게 차용금 변제조로 지급하여 임의로 사용한 것을 비롯하여, 2000. 1. 4.부터 2004. 10. 27.까지 별지 범죄일람표 7 내지 9 기재와 같이 총 470회에 걸쳐 위 대학 교비 합계 2,660,492,278원(비자금 조성액 2,989,238,308원에서 전항 기재 공소외 5 계좌로 입금된 328,746,030원을 공제한 나머지 금액)을 위 대학 처장 등 보직자 판공비로 지급하거나 불상의 개인적인 용도로 임의로 사용하여, 경주대학의 교비 합계 2,989,238,308원을 횡령하였다.

### 3. 항소이유에 대한 판단

가. 피고인들이 조성한 이 사건 비자금이 교비회계에 속하는지 여부

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인들은 서라벌대학, 경주대학교의 공사·구매·용역 등 계약의 체결과 관련하여 실제보다 높은 가격으로 계약을 체결한 후 차액 중 부가가치세를 제외한 나머지 부분을 리베이트 형식으로 반환받아 비자금으로 조성한 사실(서라벌대학의 경우에는 피고인 1이 관리하는 계좌로서 서라벌대학 직원의 친인척인 공소외 1 내지 4 명의의 국민은행 경주지점 계좌로, 경주대학교의 경우에는 피고인 2가 관리하는 계좌로서 경주대학교 직원 공소외 12의 친척인 공소외 8 명의의 국민은행 계좌와 위 피고인 명의의 국민은행 및 농협 계좌로 반환받았다)을 인정할 수 있고, 위 인정 사실과 같이 교비회계 자금을 실제보다 초과지출한 후 그 초과분을 반환받았다면 이는 교비회계 자금으로서의 성질을 잃지 않는다고 보아야 할 것이므로, 피고인들이 업체로부터 학교발전기금 명목으로 지급받았다는 돈은 교비회계에 속하는 수입으로 봄이 상당하다{ 사립학교법 시행령 제13조 제1항은 '다른 회계로부터 전입되는 전입금'( 제4호)이나 '기타 학교법인의 수입으로서 다른 회계에 속하지 아니하는 수입'( 제9호)을 교비회계의 세입으로 한다고 규정하고 있다}.

피고인 1은 자신이 관리하던 차명계좌에 입금된 돈에는 학교발전기금 명목으로 지급받은 부분 이외에도, ① 국고지원금이나 교비회계자금을 인출한 후 실제 지급시까지 임의로 보관한 부분, ② 차명계좌에서 출금 후 미사용금액을 재입금하거나 교비회계에 대여하였다가 회수한 부분이 혼재되어 있다고 주장하므로 살피건대, 위 ①의 돈은 결국 교비회계자금에 다름아니라는 것이고, 위 ②의 돈은 위 피고인이 예산에 편입하여 결산서를 명확히 작성하지 아니하고 차명계좌에 보관한 이상, 검사가 그 부존재를 증명하는 것은 사회통념상 불가능하고 결국 위 피고인이 그러한 사실의 존재를 수긍할 만한 소명자료를 제시할 부담을 지며 이때 제시하여야 할 소명자료는 적어도 검사의 입증활동이 현실적으로 가능할 정도의 구체성은 갖추어야 할 것인데, 위 피고인이 차명계좌에 입금된 기간 동안 수입·지출증빙

서철을 모두 파기하여 자금추적을 할 수 없는 이 사건에서 위 피고인은 위 ②의 돈이 교비회계자금이라는 점에 대하여 책임을 져야 할 것이다.

또, 피고인 2는 거래와는 무관하게 업체로부터 학교발전기금 명목으로 돈을 지급받았다고 주장하나, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 업체에 결제자금조로 송금하였다가 학교발전기금 명목으로 반환받은 부분은 이들 업체들과 반복된 거래과정을 통하여 당초 교비에서 지출될 때부터 이를 학교발전기금이나 리베이트 명목으로 반환받아 비자금으로 조성하고자 예정되어 있었던 사실을 인정할 수 있으므로 위 피고인의 주장도 이유 없다.

나. 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령)죄 부분에 관한 사실오인 내지 법리오해의 점

(1) 업무상횡령죄에 있어서의 불법영득의 의사라 함은 자기 또는 제3자의 이익을 꾀할 목적으로 업무상의 임무에 위배하여 보관하는 타인의 재물을 자기의 소유인 것 같이 사실상 또는 법률상 처분하는 의사를 말하는 것이고, 불법영득의사를 실현하는 행위로서의 횡령행위가 있다는 점은 어디까지나 검사가 입증하여야 하는 것으로서, 그 입증은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신을 생기게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 하고, 이와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다 할 것인바, 피고인이 자신이 위탁받아 보관하고 있던 돈이 모두 없어졌는데도 그 행방이나 사용처를 제대로 설명하지 못한다면 일응 피고인이 이를 임의소비하여 횡령한 것이라고 추단할 수 있겠지만, 그렇지 아니하고 피고인이 불법영득의사의 존재를 인정하기 어려운 사유를 들어 돈의 행방이나 사용처에 대한 설명을 하고 있고 이에 부합하는 자료도 있다면 달리 피고인이 위탁받은 돈을 일단 타용도로 소비한 다음 그만한 돈을 별도로 입금 또는 반환한 것이라는 등의 사정이 인정되지 아니하는 한 함부로 위탁받은 돈을 불법영득의사로 인출하여 횡령하였다고 인정할 수는 없다( 대법원 1994. 9. 9. 선고 94도998 판결, 1998. 2. 13. 선고 97도1962 판결 등).

또, 사립학교에 있어서 학교교육에 직접 필요한 시설, 설비를 위한 경비 등과 같이 원래 교비회계에 속하는 자금으로 지출할 수 있는 항목에 관하여 교비회계 자금을 지출한 경우 이러한 자금지출 행위에 관하여 교비회계 자금을 임의로 횡령하고자 하는 불법영득의 의사가 있다고 보기는 어렵고, 만일 그 행위자가 이러한 지출을 하는 과정에서 사립학교법의 관련 규정을 제대로 준수하지 아니하였다면 이에 대하여 사립학교법에 따른 형사적 제재 등이 부과될 수 있을 뿐이다( 대법원 2006. 4. 28. 선고 2005도4085 판결 참조).

(2) 그런데 원심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들과 수사기록 별책 1권(경주대학교 회계서류 등), 별책 2권(원석학원 회계서류 등) 및 원심 변호인이 제출한 2006. 11. 7.자 참고자료 제5의 1~8(공판기록 1094~1155), 2006. 11. 21.자 참고자료 제3의 1~7(공판기록 1370~1376), 당심 변호인이 제출한 2007. 3. 27.자 참고자료 제3의 1~7, 제4의 1~6, 제5의 1~3과 2007. 5. 10.자 및 2007. 5. 30.자 참고자료의 각 기재, 피고인들의 원심 및 당심 법정에서의 진술 등을 종합하면 다음과 같은 사실이 인정된다.

(가) 경주시 소재 서라벌대학과 경주대학교는 학교법인 원석학원 산하의 사립학교인데, 위 대학들과 학교법인의 설립자는 공소외 13으로서 그가 실질적인 경영자이다.

(나) 피고인 1은 공소외 13의 처 공소외 14의 6촌으로서, 1994.경부터 서라벌대학에 총무과장으로 근무하면서 2000.경부터는 경리팀장으로 위 대학의 재산관리, 회계, 교직원 인사 등의 업무에 종사해 왔는데, 위 대학의 학장은 공소외 15이고 그 밑에 행정지원처장(공소외 2), 총무과장, 담당계장이 있으며, 피고인 2는 1988.경부터 경주대학교 총무과장, 사무부처장 및 사무처장으로 근무하면서 위 대학교의 경리, 회계 등의 업무를 담당해 왔는데, 위 대학교의 총장

은 1999. 2.경부터 2005. 2.경까지는 공소외 16, 2005. 3.경부터 2006. 8.경까지는 공소외 13이고, 그 밑에 사무처장, 총무과장, 담당계장이 있다.

(다) 1990년대 들어 학생 수급조절과 맞지 않는 대학신설허가가 이루어진 탓으로 점차 전국의 대학신입생 모집정원보다 고교 졸업 후 대학진학희망자수가 적게 되는 현상이 발생하게 되자 대학마다 신입생 유치에 많은 노력을 기울이고 있는데, 서라벌대학과 경주대학교도 신입생 유치를 위한 각종 대책을 세우고 교직원들로 하여금 적극적인 입시홍보를 하도록 독려하여 왔으며(수사기록 4743~4762), 이에 소요되는 막대한 경비 등을 조달하기 위하여 피고인들이 학장 등 상급자들의 묵인하에 여러 개의 차명계좌를 이용해 비자금을 조성, 집행하여 왔다.

(라) 서라벌대학의 경우, 2000년부터 2004년까지 5년간 신입생 유치를 위하여 지출된 경비 중 장학금과 원룸지원비를 제외한 입시홍보광고료, 홍보출장비, 입시관련 식대, 입시홍보 행사비, 입시홍보 학과지원비, 입시홍보 대책비 등 입시경비로 지출된 금액은 총 8,959,643,668원인데, 그 중 교비에서 책정되어 지출된 금액은 매년 약 5~6억 원으로 2,804,799,683원이고, 피고인 1이 관리하는 차명계좌(공소외 1 내지 4)에서 지출된 금액은 6,154,843,985원이며(수사기록 1370~1375), 경주대학교의 경우 같은 기간 동안 입시경비로 지출된 금액은 총 9,855,956,358원인데, 그 중 교비에서 책정되어 지출된 금액은 7,158,879,460원이고, 피고인 2가 관리하는 차명계좌에서 지출된 금액은 2,337,076,898원이다(2007. 3. 27.자 참고자료 제3의 1~7, 제4의 1~6, 제5의 1~3). 또 2005년도 입시홍보비(홍보비 + 입시관리비) 지출금액은 서라벌대학의 경우 1,245,415,687원(교비 758,385,687원 + 차명계좌 487,030,000원)이고, 경주대학교의 경우 2,289,000,060원(교비에서만 지출)이며, 그 외에 인근 다른 대학들도 10억 원 가량 되고(공판기록 416), 2006년도 입시경비 예산액도 서라벌대학의 경우 1,241,025,000원, 경주대학교의 경우 942,525,000원으로 책정되었다(2007. 5. 30.자 참고자료).

(마) 이와 같이 많은 금액을 입시홍보비로 지출하는 등으로 인하여 대구·경북지역 전문대학의 최종등록률 현황에서 서라벌대학은 정원내 등록률이 2003년~2005년 평균 74.8%로 22개 전문대학 중 5위에 해당하였고, 2006년도에는 93.7%에 이르렀다(공판기록 483, 2007. 5. 10.자 참고자료 2).

(바) 위와 같이 대학에서 입시홍보비로 지출되는 금액은 학교회계 예·결산서상의 계정과목에 연구·학생경비(4300) 관(款)의 입시관리비(4330) 항(項), 입시수당(4331) 및 입시경비(4332) 목(目)으로 분류되어 있고, 그 산출근거도 상세히 기재되어 있다.

(사) 한편, 서라벌대학은 1999년경 실내체육관 신축을 위한 설계용역을 마치고 2000. 12. 15.경 화성산업 주식회사(이하 '화성산업'이라 한다)와 사이에 공사비 6,325,000,000원(추후 몇 차례 변경되어 공사금액이 증가됨)으로 한 공사도급 계약을 체결하는 등 각종 도급계약을 체결하였고, 화성산업은 2001. 1.경 공사를 착공하여 2002년경 준공을 마쳤는데, 위 실내체육관 신축공사에 소요된 총공사비는 합계 8,742,440,000원(설계비 283,800,000원 + 건축감리비 188,320,000원 + 전기감리비 22,000,000원 + 소방감리비 3,850,000원 + 건축공사비 6,734,200,000원 + 전기공사비 963,570,000원 + 부대토목공사비 546,700,000원)이며, 위 공사비는 서라벌대학의 교비계좌에서 출금된 5,332,512,000원, 국민은행 경주지점으로부터의 차입금 2,000,000,000원 및 피고인 1이 관리하는 차명계좌의 자금 중 1,409,928,000원으로 지급되었다.

(아) 피고인들은 위와 같이 이 사건 비자금에서 서라벌대학과 경주대학교의 입시홍보비로 2000년부터 2004년까지 5년간 각각 61억 원과 23억 원 가량을 지출하였고, 서라벌대학의 실내체육관 공사비로 2001년~2002년경 14억 원 가량을 지출하였으나, 대부분 이 사건 각 차명계좌에서 현금으로 은행 입출금 과정을 거친 데다가 피고인들이 2000 ~ 2004학년도 수입·지출 증빙서류 일체를 폐기해 버리는 바람에 차명계좌의 출금일자별 사용내역이나 각 차명계좌별 총 사용금액에 대한 추적은 사실상 불가능하다.

(3) 불법영득의사의 유무에 관한 판단

위에서 본 법리와 이 사건 비자금의 조성목적, 조성절차, 비자금의 관리형태 및 사용내역, 서라벌대학과 경주대학교의 입시홍보비 및 서라벌대학의 실내체육관 공사비의 각 지출금액과 지출시기 등과 원심 및 당심에서 채택하여 조사한 증거들에 비추어 이 사건 공소사실 중 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 부분에 대하여 그 범죄일람표별로 피고인들에게 불법영득의사가 있었는지 여부에 관하여 살펴보면 다음과 같다.

(가) 범죄일람표 1, 6에 대하여

- ① 타인으로부터 용도가 엄격히 제한된 자금을 위탁받아 집행하면서 그 제한된 용도 이외의 목적으로 자금을 사용하는 것은 그 사용이 개인적인 목적에서 비롯된 경우는 물론 결과적으로 자금을 위탁한 본인을 위하는 면이 있더라도 그 사용행위 자체로서 불법영득의 의사를 실현한 것이 되어 횡령죄가 성립하는바, 사립학교법 제29조 및 같은법 시행령에 의해 학교법인의 회계는 학교회계와 법인회계로 구분되고 학교회계 중 특히 교비회계에 속하는 수입은 다른 회계에 전출하거나 대여할 수 없는 등 용도가 엄격히 제한되어 있기 때문에 교비회계 자금을 다른 용도에 사용하였다면 그 자체로서 횡령죄가 성립하고, 또 어떤 학교의 교비회계 자금을 같은 학교법인에 속하는 다른 학교의 교비회계에 사용한 경우에도 불법영득의사가 있다고 인정된다( 대법원 2002. 5. 10. 선고 2001도1779 판결, 2004. 12. 24. 선고 2003도4570 판결, 2005. 9. 28. 선고 2005도3929 판결 등).
- ② 이러한 법리에 비추어 보면, 이 사건 비자금 계좌에서 학교법인 원석학원의 직원인 공소외 5의 계좌로 입금하여 위 학교법인 직원의 급여와 법인 사무실 운영경비로 사용한 범죄일람표 1, 6 기재 각 입금, 사용액은 일응 피고인들에게 불법영득의사가 인정되므로 업무상횡령죄가 성립한다.

다만, 범죄일람표 1의 순번 29번의 횡령금액은 그 액수가 6,500,000원이라는 증거가 없고 단지 5,500,000원으로 인정될 뿐이고(수사기록 1392), 순번 43번의 일시는 2004. 5. 27.이 아니라 2004. 5. 25.로 인정되며(수사기록 1397), 범죄일람표 6의 순번 1, 2, 45번 기재 금액은 피고인 2가 관리하는 차명계좌에서 입금되었음을 인정할 증거가 없고(이 사건 비자금 계좌에서 공소외 5 계좌로 입금된 것 중 입금의뢰인이 '공소외 17'로 되어 있는 부분은 서라벌대학의 차명계좌에서, '공소외 12'로 되어 있는 부분은 경주대학교의 차명계좌에서 각 입금된 것이다.

), 순번 53번의 일시는 2004. 11. 26.이 아니라 2004. 11. 25.로 인정된다(수사기록 1398).

(나) 범죄일람표 3의 순번 16, 17, 18번과 범죄일람표 5의 순번 3, 67, 75, 90, 94, 97, 102, 105, 109, 113, 119번 중 각 일부 금액 및 범죄일람표 7의 순번 268, 284번에 대하여

범죄일람표 3의 순번 16, 17, 18번 기재 출금액은 피고인 1이 공소외 2 명의의 차명계좌에서 관리하던 서라벌대학의 비자금을 학교법인 원석학원의 감사 공소외 6의 처 공소외 7 명의의 계좌로 입금하여 공소외 6의 급여로 사용한 것이고, 범죄일람표 5의 순번 3번 기재 출금액 중 3억 원은 피고인 1이 공소외 4 명의의 차명계좌에서 관리하던 서라벌

대학의 비자금을 인출하여 경주대학교의 교비통장에 입금하여 위 대학교의 운영비 등으로 사용한 것이고, 범죄일람표 5의 순번 67, 75, 90, 94, 97, 102, 105, 109, 113, 119번 기재 각 출금액 중 범죄일람표 1의 해당 순번 기재와 같이 공소외 5에게 입금한 금액을 뺀 나머지 금액(당심 범죄일람표 12의 순번 2 내지 11번 기재 금액)은 피고인 1이 공소외 4 명의의 차명계좌에서 관리하던 서라벌대학의 비자금을 위 학교법인의 감사 공소외 6의 급여로 입금하여 사용한 것이며, 범죄일람표 7의 순번 268번 기재 출금액 중 12,000,000원은 피고인 2가 공소외 8 명의의 차명계좌에서 관리하던 경주대학교의 비자금을 수표로 공소외 6에게 임의로 지급하여 사용한 것이고, 같은 범죄일람표의 순번 284번 기재 출금액은 피고인 2가 위 경주대학교의 비자금 계좌에서 수표로 발행, 출금하여 공소외 13의 처 공소외 14의 한복 구입대금으로 임의로 지급하여 사용한 것(수사기록 2297, 2329, 2336)임을 인정할 수 있으므로, 위 각 인정금액에 관하여는 피고인들에게 불법영득의사가 인정되어 업무상횡령죄가 성립한다.

(다) 범죄일람표 7 중 순번 144, 147, 158, 163, 164, 175, 179, 188, 190, 194, 198, 209, 216, 225, 232, 241, 244, 252, 257, 272, 276, 277, 288, 319번에 대하여

위 각 출금액은 피고인 2가 공소외 8 명의의 차명계좌에서 관리하던 경주대학교의 비자금을 출금하여 '설립자 기부금'의 형식으로 법인장부에 표기하였다가 다시 '법정부담금' 명목으로 경주대학교의 교비통장(국민은행 계좌번호 생략)에 전액 그대로 입금한 사실이 인정되므로(2007. 3. 27.자 참고자료 제1의 1~2, 제2), 피고인 2가 경주대학교의 교비회계 자금을 다른 용도에 사용하였다고 보기 어려워 위 피고인에게 불법영득의사를 인정할 수 없고, 업무상횡령죄가 성립하지 아니한다.

(라) 범죄일람표 2, 범죄일람표 3의 순번 1 내지 15, 19 내지 71번, 범죄일람표 4, 범죄일람표 5 중 위 (나)항에서 유죄로 인정되는 부분을 제외한 나머지 부분, 범죄일람표 7 중 위 (다)항 기재 부분과 순번 268, 284번을 제외한 나머지 부분, 범죄일람표 8, 9에 대하여

#### ① 위 각 지출금원이 교비지출에 해당하는지 여부

사립학교법 시행령 제13조 제2항에 의하면, 교비회계의 세출은 '학교운영에 필요한 인건비 및 물건비'( 제1호), '학교교육에 직접 필요한 시설·설비를 위한 경비'( 제2호), '교원의 연구비, 학생의 장학금, 교육지도비 및 보건체육비'( 제3호), '기타 학교교육에 직접 필요한 경비'( 제5호) 등으로 규정하고 있고, 사학기관재무회계규칙 제21조에 의하면, '학교에 속하는 회계의 세출예산은 이를 목적외에 사용하지 못하며 교비회계에서는 다른 회계로 전출하지 못한다'( 제2항), ' 제2항의 규정에 불구하고 동일 예산 관내의 항간 또는 목간에 예산의 과부족이 있는 경우에는 상호 전용할 수 있다'( 제3항)고 규정하고 있다.

위 각 규정과 위 제3의 나(2)의 (다), (라), (바), (사)항 기재 사실에 비추어 볼 때, 이 사건 비자금에서 피고인들이 지출하였다고 주장하는 서라벌대학과 경주대학교의 입시홍보비 등 신입생 유치를 위한 경비는 사립학교법 시행령 제13조 제2항 제3호 또는 제5호에 해당한다고 볼 수 있고, 또 피고인 1이 지출하였다는 서라벌대학의 실내체육관 공사비는 학교교육에 직접 필요한 시설을 위한 경비( 같은 항 제2호)에 해당한다고 인정되므로, 결국 이 사건 비자금 중 상당부분의 사용용도로 주장하는 입시홍보비와 체육관 공사비는 사립학교의 교비회계에서 지출되는 경비라고 할 것이다.



② 앞서 인정한 사실관계에 나타난 피고인들의 위 각 대학에서의 지위와 역할, 이 사건 비자금의 조성경위와 조성 목적, 비자금의 관리형태와 사용내역 등을 위에서 본 법리에 비추어 검토하여 보면, 비록 피고인들이 끝까지 학장이나 총장의 구체적인 지시 없이 독자적으로 이 사건 비자금을 조성하여 사용하였다고 주장하고 있다고 하더라도, 이 사건 비자금 중 위 각 출금액 부분은 여전히 서라벌대학과 경주대학교의 관리하에 있었다고 봄이 상당하고(공소사실에서도 이 사건 비자금 계좌를 위 각 대학이 관리하고 있는 것으로 적시하고 있다), 달리 위 비자금 부분이 위 각 대학을 위하여 보관한 것이 아니라 피고인들의 사적 용도에 제공될 목적으로 조성되었다거나 불법영득할 의사로 지출되었다고 인정할 증거가 없으며, 피고인들이 위 각 대학의 정식 교비계좌에서 직접 출금하여 사용하기 어려운 입시홍보비 등 자금을 충당하기 위하여 비정상적인 절차와 방법으로 이 사건 비자금의 조성 및 지출에 관여하였다는 사정만으로 업무상횡령죄에 있어서의 불법영득의 의사가 있다고 단정할 수도 없다.

물론, 위 제3의 나(2)의 (아)항에서 인정되는 사실에 비추어 보면 피고인들이 조성하여 관리하는 비자금을 피고인들 또는 그 상급자의 개인용도에 일단 사용하기 위하여 그와 같은 조치를 취하였던 것이 아닌가 하는 의심을 갖게 하기에 족하다고 할 것이지만, 앞서 본 바와 같이 비자금 계좌에서 출금된 돈의 사용처에 대한 피고인들의 변명이 사실로 밝혀지거나 사실일 가능성이 뒷받침되고 있는 마당에 위와 같은 의심스러운 일부 사정이 있고 출금된 돈의 최종적인 사용처가 명백하게 밝혀지지 않았다는 사유만으로는 피고인들이 이 사건 비자금을 자신들의 개인적인 용도에 사용하였다고 단정할 수 없고, 그 밖에 검사가 제출한 모든 증거를 살펴봐도 이를 인정할 수 없다.

그렇다면 위 각 지출금원 중 범죄일람표 2, 범죄일람표 3의 순번 1 내지 15, 19 내지 71번, 범죄일람표 4, 범죄일람표 5 중 위 (나)항에서 유죄로 인정되는 부분을 제외한 나머지 부분은 피고인 1이 서라벌대학의 입시홍보비와 실내체육관 공사비 등 서라벌대학을 위하여, 범죄일람표 7 중 위 (다)항 기재 부분과 순번 268, 284번을 제외한 나머지 부분 및 범죄일람표 8, 9의 각 부분은 피고인 2가 경주대학교의 입시홍보비 등 경주대학교를 위하여 각 지출한 것이 아니라 불 만한 특별한 사정이 없는 이상, 피고인들이 이를 개인적인 다른 명목으로 임의 지출하여 횡령한 것으로 인정할 수 없으므로 피고인들에 대한 이 부분 공소사실을 업무상횡령죄로 의율할 수 없음에도 원심은 피고인들이 이 부분 판시 범행을 범하였다고 인정하였으니 원심판결에는 사실을 오인하거나 횡령죄에 있어서의 불법영득의사에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 것이다.

#### 4. 결 론

따라서 이 사건 공소사실 중 위 제3의 나(3)의 (다), (라)항 기재 부분에 대한 피고인들의 항소가 이유 있으므로, 피고인들 및 검사의 각 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채, 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고, 본론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

#### 【이유】

##### 】 1. 항소이유의 요지

###### 가. 피고인들

###### (1) 사실오인 내지 법리오해의 점

###### (가) 피고인 1의 경우

공소외 1, 공소외 2, 공소외 3, 공소외 4 명의의 차명계좌에 입금된 돈 중 학교발전기금으로 지급받은 돈은 입시홍보비 등에 사용하기 위하여 조성한 것으로서 교비회계에 속하지 아니하므로 이를 다른 용도에 사용하였다고 하더라도 횡령죄가 성립하지 않고, 위 차명계좌에서 출금된 돈 중 검사가 사용처를 입증한 것은 경주대학교 계좌에 입금된 3억 원(별지 범죄일람표 5의 순번 3), 학교법인 원석학원의 직원 공소외 5 계좌에 입금된 돈(범죄일람표 1), 원석학원의 감사 공소외 6의 처 공소외 7 계좌에 입금된 돈뿐인데도, 원심은 피고인 1이 범죄일람표 2 내지 5의 돈(여기에는 범죄일람표 1의 돈도 포함되어 있다) 전부를 횡령한 것으로 인정하였다.

(나) 피고인 2의 경우

공소외 8, 피고인 2 명의의 차명계좌에 입금된 돈은 전부 학교발전기금으로 지급받은 것으로서 교비회계에 속하지 아니하므로 이를 다른 용도에 사용하였다고 하더라도 횡령죄가 성립하지 않고, 위 차명계좌에서 출금된 돈 중 검사가 사용처를 입증한 것은 학교법인 원석학원의 직원 공소외 5 계좌에 입금된 돈(범죄일람표 6)뿐인데도, 원심은 피고인 2가 범죄일람표 7 내지 8의 돈(여기에는 범죄일람표 6의 돈도 포함되어 있다) 전부를 횡령한 것으로 인정하였다(이하에서는 공소외 1, 공소외 2, 공소외 3, 공소외 4, 공소외 8, 피고인 2 명의의 차명계좌를 통틀어 '이 사건 차명계좌'라고 하고, 이 사건 차명계좌에 입금된 돈을 '이 사건 비자금'이라고 한다).

(2) 양형부당의 점

이 사건 비자금은 모두 학교(서라벌대와 경주대)의 경리와 직원들이 공동으로 관리하던 돈들이 밝혀졌고, 또 피고인들이 이를 개인적으로 착복하지는 아니한 점, 이 사건 범행은 재정상태가 열악한 지방 사립대에서 학생 미달이 등록금 수입의 감소로 이어지고 학교재정에 심각한 타격을 입혀 도산의 위기에 직면하게 될 뿐만 아니라 학생 모집이 학교 및 교직원의 생계와 연결되는 절박한 상황에서 급기야 온갖 물량공세로 학생들을 모집하는 지경에까지 이르러 정식 교비회계에 책정된 입시홍보비가 모자라 다소 변칙적으로 모금한 돈으로 모자라는 입시홍보비에 충당하고자 하는 과정에서 일어난 일로서 그 동기에 참작할 점이 많은 점, 피고인들이 잘못을 깊이 뉘우치고 있는 점 등을 고려하여 보면, 원심이 피고인 1에게 선고한 징역 3년 및 피고인 2에게 선고한 징역 1년 6월의 형은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사(양형부당)

피고인들이 독단적 판단에 의하여 120억 원에 이르는 대학의 교비를 차명계좌를 통하여 무분별하게 조성, 집행한 점, 피고인들은 스스로 중형을 각오한 채 비자금 사용처를 감추기 위하여 증거를 인멸한 점, 위와 같은 피고인들의 행위로 인하여 사립학교의 자주성, 공공성, 건전성에 커다란 지장을 초래한 점 등에 비추어 보면, 원심이 피고인들에게 선고한 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령)의 공소사실의 요지

피고인 1은 1994.경부터 서라벌대학 총무과장으로 근무하면서 위 대학의 재산관리, 회계, 교직원 인사 등의 업무에 종사하는 사람이고, 피고인 2는 1988.경부터 경주대학 총무과장, 사무부처장 및 사무처장으로 근무하면서 위 대학의 인사, 경리, 회계 등의 업무를 담당해 온 사람인바, 학교법인회계는 학교회계와 법인회계로 구분되고 학교회계 중 특히 교비회계에 속하는 수입은 다른 회계에 전출하거나 대여할 수 없는 등 그 용도가 엄격히 제한되어 있으며, 사립학교법 시행령 제13조 제2항의 경우 교비회계 세출에 대해 그 용도를 한정해 놓고 있기 때문에 교비회계 자금을 다

른 용도에 편성, 사용할 수 없음에도 불구하고,

가. 피고인 1은,

2000. 1. 4.경부터 2004. 3. 22.경까지 포항시 북구 (지번 생략)에 있는 서라벌대학 거래업체인 주식회사 우인정보시스템 대표이사인 공소외 9를 비롯한 서라벌대학 거래업체인 우성가구, 아카데미정보통신, 애드파크, 백석상사 등에게 세금계산서상의 물품거래가격보다 할인된 금액으로 거래할 수 있음에도 그 할인폭 상당의 차액을 거래사례금 명목 등으로 되돌려달라고 부탁하는 방법으로 일단 위 세금계산서상의 금액을 위 업체들에게 지급한 후 그 중 일부를 다시 위 대학에서 관리하는 비자금 계좌로서 위 대학 직원의 친인척들인 공소외 1 내지 4 명의의 국민은행 경주지점 계좌로 반환받는 방법으로 위 대학 교비회계에 편성·집행하여야 할 자금으로 9,123,889,361원 상당의 비자금을 조성한 후,

(1) 위 대학이 소속된 학교법인 원석학원 사무국장 공소외 10과 공모하여,

2001. 5. 25. 그 중 금 3,000,000원을 위 법인 직원인 공소외 5의 계좌로 입금하여 위 법인의 직원 월급과 법인 사무실 경비로 임의로 사용한 것을 비롯하여, 그때부터 2004. 11. 11.까지 별지 범죄일람표 1 기재와 같이 총 44회에 걸쳐 위 대학 교비 합계 238,002,000원을 위 법인 직원 급여 및 법인 사무실 경비 등으로 임의로 사용하고,

(2) 2000. 4. 25. 그 중 2,600,000원을 위 법인의 감사인 공소외 6의 처 공소외 7의 계좌로 입금하여 위 공소외 6의 수당으로 임의로 사용한 것을 비롯하여, 2000. 1. 6.부터 2004. 4. 23.까지 별지 범죄일람표 2 내지 5 기재와 같이 총 310회에 걸쳐 위 대학 교비 및 국고보조금 합계 8,885,887,361원(비자금 조성액 9,123,889,361원에서 전항 기재 공소외 5의 계좌로 입금된 238,002,000원을 공제한 나머지 금액)을 위 법인 감사의 수당 등으로 지급하거나 불상의 개인적인 용도로 임의로 사용하여, 서라벌대학의 교비 및 국고보조금 합계 9,123,889,361원을 횡령하고,

나. 피고인 2는,

1999. 12. 30.경부터 2004. 10. 27.경까지 서울 마포구 상암동에 있는 경주대학 거래업체인 대성기업사 대표이사인 공소외 11를 비롯한 위 대학 거래업체인 한국이지시스템 대구, 캐드뱅크 거목, 광성 등에게 세금계산서상의 물품거래가격보다 할인된 금액으로 거래할 수 있음에도 그 할인폭 상당의 차액을 거래사례금 명목 등으로 되돌려달라고 부탁하는 방법으로 일단 위 세금계산서상의 금액을 위 업체들에게 지급한 후 그 중 일부를 다시 위 대학에서 관리하는 비자금 계좌인 위 대학 총무과 직원의 이모인 공소외 8 명의의 국민은행 경주지점 계좌 및 피고인 2 명의의 국민은행, 농협 계좌로 반환받는 방법으로 위 대학 교비회계에 편성·집행되어야 할 자금으로 2,989,238,308원 상당의 비자금을 조성한 후,

(1) 위 공소외 10과 공모하여,

2001. 5. 25. 그 중 3,000,000원을 위 공소외 5의 계좌로 입금하여 위 법인 직원의 월급 및 사무실 경비로 임의로 사용한 것을 비롯하여, 그때부터 2005. 8. 25.까지 별지 범죄일람표 6 기재와 같이 총 62회에 걸쳐 위 대학 교비 합계 328,746,030원을 위 법인 직원 급여 및 사무실 경비로 임의로 사용하고,

(2) 2001. 11. 22. 그 중 10,200,000원을 위 대학이 소속된 학교법인 원석학원 감사인 공소외 6에게 차용금 변제조로 지급하여 임의로 사용한 것을 비롯하여, 2000. 1. 4.부터 2004. 10. 27.까지 별지 범죄일람표 7 내지 9 기재와 같이 총 470회에 걸쳐 위 대학 교비 합계 2,660,492,278원(비자금 조성액 2,989,238,308원에서 전항 기재 공소외 5 계좌로 입금된 328,746,030원을 공제한 나머지 금액)을 위 대학 처장 등 보직자 판공비로 지급하거나 불상의 개인적인 용도로 임의로 사용하여, 경주대학의 교비 합계 2,989,238,308원을 횡령하였다.

### 3. 항소이유에 대한 판단

가. 피고인들이 조성한 이 사건 비자금의 교비회계에 속하는지 여부

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인들은 서라벌대학, 경주대학교의 공사·구매·용역 등 계약의 체결과 관련하여 실제보다 높은 가격으로 계약을 체결한 후 차액 중 부가가치세를 제외한 나머지 부분을 리베이트 형식으로 반환받아 비자금으로 조성한 사실(서라벌대학의 경우에는 피고인 1이 관리하는 계좌로서 서라벌대학 직원의 친인척인 공소외 1 내지 4 명의의 국민은행 경주지점 계좌로, 경주대학교의 경우에는 피고인 2가 관리하는 계좌로서 경주대학교 직원 공소외 12의 친척인 공소외 8 명의의 국민은행 계좌와 위 피고인 명의의 국민은행 및 농협 계좌로 반환받았다)을 인정할 수 있고, 위 인정 사실과 같이 교비회계 자금을 실제보다 초과지출한 후 그 초과분을 반환받았다면 이는 교비회계 자금으로서의 성질을 잃지 않는다고 보아야 할 것이므로, 피고인들이 업체로부터 학교발전기금 명목으로 지급받았다는 돈은 교비회계에 속하는 수입으로 봄이 상당하다{ 사립학교법 시행령 제13조 제1항은 '다른 회계로부터 전입되는 전입금'( 제4호)이나 '기타 학교법인의 수입으로서 다른 회계에 속하지 아니하는 수입'( 제9호)을 교비회계의 세입으로 한다고 규정하고 있다}.

피고인 1은 자신이 관리하던 차명계좌에 입금된 돈에는 학교발전기금 명목으로 지급받은 부분 이외에도, ① 국고지원금이나 교비회계자금을 인출한 후 실제 지급시까지 임의로 보관한 부분, ② 차명계좌에서 출금 후 미사용금액을 재입금하거나 교비회계에 대여하였다가 회수한 부분이 혼재되어 있다고 주장하므로 살피건대, 위 ①의 돈은 결국 교비회계자금에 다름아니라는 것이고, 위 ②의 돈은 위 피고인이 예산에 편입하여 결산서를 명확히 작성하지 아니하고 차명계좌에 보관한 이상, 검사가 그 부존재를 증명하는 것은 사회통념상 불가능하고 결국 위 피고인이 그러한 사실의 존재를 수긍할 만한 소명자료를 제시할 부담을 지며 이때 제시하여야 할 소명자료는 적어도 검사의 입증활동이 현실적으로 가능할 정도의 구체성은 갖추어야 할 것인데, 위 피고인이 차명계좌에 입금된 기간 동안 수입·지출증빙서철을 모두 파기하여 자금추적을 할 수 없는 이 사건에서 위 피고인은 위 ②의 돈이 교비회계자금이라는 점에 대하여 책임을 져야 할 것이다.

또, 피고인 2는 거래와는 무관하게 업체로부터 학교발전기금 명목으로 돈을 지급받았다고 주장하나, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 업체에 결제자금조로 송금하였다가 학교발전기금 명목으로 반환받은 부분은 이들 업체들과 반복된 거래과정을 통하여 당초 교비에서 지출될 때부터 이를 학교발전기금이나 리베이트 명목으로 반환받아 비자금으로 조성하고자 예정되어 있었던 사실을 인정할 수 있으므로 위 피고인의 주장도 이유 없다.

나. 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령)죄 부분에 관한 사실오인 내지 법리오해의 점

(1) 업무상횡령죄에 있어서의 불법영득의 의사라 함은 자기 또는 제3자의 이익을 꾀할 목적으로 업무상의 임무에 위배하여 보관하는 타인의 재물을 자기의 소유인 것 같이 사실상 또는 법률상 처분하는 의사를 말하는 것이고, 불법영득의사를 실현하는 행위로서의 횡령행위가 있다는 점은 어디까지나 검사가 입증하여야 하는 것으로서, 그 입증은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신을 생기게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 하고, 이와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다 할 것인바, 피고인이 자신이 위탁받아 보관하고 있던 돈이 모두 없어졌는데도 그 행방이나 사용처를 제대로 설명하지 못한다면 일응 피고인이 이를 임의소비하여 횡령한 것이라고 추단할 수 있겠지만, 그렇지 아니하고 피고인이 불법영득의사의 존재를 인정하기 어려운 사유를 들어 돈의 행방이나 사용처에 대한 설명을 하고 있고 이에 부합하

는 자료도 있다면 달리 피고인이 위탁받은 돈을 일단 타용도로 소비한 다음 그만한 돈을 별도로 입금 또는 반환한 것이라는 등의 사정이 인정되지 아니하는 한 함부로 위탁받은 돈을 불법영득의사로 인출하여 횡령하였다고 인정할 수는 없다( 대법원 1994. 9. 9. 선고 94도998 판결, 1998. 2. 13. 선고 97도1962 판결 등).

또, 사립학교에 있어서 학교교육에 직접 필요한 시설, 설비를 위한 경비 등과 같이 원래 교비회계에 속하는 자금으로 지출할 수 있는 항목에 관하여 교비회계 자금을 지출한 경우 이러한 자금지출 행위에 관하여 교비회계 자금을 임의로 횡령하고자 하는 불법영득의 의사가 있다고 보기는 어렵고, 만일 그 행위자가 이러한 지출을 하는 과정에서 사립학교법의 관련 규정을 제대로 준수하지 아니하였다면 이에 대하여 사립학교법에 따른 형사적 제재 등이 부과될 수 있을 뿐이다( 대법원 2006. 4. 28. 선고 2005도4085 판결 참조).

(2) 그런데 원심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들과 수사기록 별책 1권(경주대학교 회계서류 등), 별책 2권(원석학원 회계서류 등) 및 원심 변호인이 제출한 2006. 11. 7.자 참고자료 제5의 1~8(공판기록 1094~1155), 2006. 11. 21.자 참고자료 제3의 1~7(공판기록 1370~1376), 당심 변호인이 제출한 2007. 3. 27.자 참고자료 제3의 1~7, 제4의 1~6, 제5의 1~3과 2007. 5. 10.자 및 2007. 5. 30.자 참고자료의 각 기재, 피고인들의 원심 및 당심 법정에서의 진술 등을 종합하면 다음과 같은 사실이 인정된다.

(가) 경주시 소재 서라벌대학과 경주대학교는 학교법인 원석학원 산하의 사립학교인데, 위 대학들과 학교법인의 설립자는 공소외 13으로서 그가 실질적인 경영자이다.

(나) 피고인 1은 공소외 13의 처 공소외 14의 6촌으로서, 1994.경부터 서라벌대학에 총무과장으로 근무하면서 2000.경부터는 경리팀장으로 위 대학의 재산관리, 회계, 교직원 인사 등의 업무에 종사해 왔는데, 위 대학의 학장은 공소외 15이고 그 밑에 행정지원처장(공소외 2), 총무과장, 담당계장이 있으며, 피고인 2는 1988.경부터 경주대학교 총무과장, 사무부처장 및 사무처장으로 근무하면서 위 대학교의 경리, 회계 등의 업무를 담당해 왔는데, 위 대학교의 총장은 1999. 2.경부터 2005. 2.경까지는 공소외 16, 2005. 3.경부터 2006. 8.경까지는 공소외 13이고, 그 밑에 사무처장, 총무과장, 담당계장이 있다.

(다) 1990년대 들어 학생 수급조절과 맞지 않는 대학신설허가가 이루어진 탓으로 점차 전국의 대학신입생 모집정원보다 고교 졸업 후 대학진학희망자수가 적게 되는 현상이 발생하게 되자 대학마다 신입생 유치에 많은 노력을 기울이고 있는데, 서라벌대학과 경주대학교도 신입생 유치를 위한 각종 대책을 세우고 교직원들로 하여금 적극적인 입시홍보를 하도록 독려하여 왔으며(수사기록 4743~4762), 이에 소요되는 막대한 경비 등을 조달하기 위하여 피고인들이 학장 등 상급자들의 묵인하에 여러 개의 차명계좌를 이용해 비자금을 조성, 집행하여 왔다.

(라) 서라벌대학의 경우, 2000년부터 2004년까지 5년간 신입생 유치를 위하여 지출된 경비 중 장학금과 원룸지원비를 제외한 입시홍보광고료, 홍보출장비, 입시관련 식대, 입시홍보 행사비, 입시홍보 학과지원비, 입시홍보 대책비 등 입시경비로 지출된 금액은 총 8,959,643,668원인데, 그 중 교비에서 책정되어 지출된 금액은 매년 약 5~6억 원으로 2,804,799,683원이고, 피고인 1이 관리하는 차명계좌(공소외 1 내지 4)에서 지출된 금액은 6,154,843,985원이며(수사기록 1370~1375), 경주대학교의 경우 같은 기간 동안 입시경비로 지출된 금액은 총 9,855,956,358원인데, 그 중 교비에서 책정되어 지출된 금액은 7,158,879,460원이고, 피고인 2가 관리하는 차명계좌에서 지출된 금액은 2,337,076,898원이다(2007. 3. 27.자 참고자료 제3의 1~7, 제4의 1~6, 제5의 1~3). 또 2005년도 입시홍보비(홍보비 + 입시관리비) 지출금액은 서라벌대학의 경우 1,245,415,687원(교비 758,385,687원 + 차명계좌 487,030,000원)이고

, 경주대학교의 경우 2,289,000,060원(교비에서만 지출)이며, 그 외에 인근 다른 대학들도 10억 원 가량 되고(공판기록 416), 2006년도 입시경비 예산액도 서라벌대학의 경우 1,241,025,000원, 경주대학교의 경우 942,525,000원으로 책정되었다(2007. 5. 30.자 참고자료).

(마) 이와 같이 많은 금액을 입시홍보비로 지출하는 등으로 인하여 대구·경북지역 전문대학의 최종등록률 현황에서 서라벌대학은 정원내 등록률이 2003년~2005년 평균 74.8%로 22개 전문대학 중 5위에 해당하였고, 2006년도에는 93.7%에 이르렀다(공판기록 483, 2007. 5. 10.자 참고자료 2).

(바) 위와 같이 대학에서 입시홍보비로 지출되는 금액은 학교회계 예·결산서상의 계정과목에 연구·학생경비(4300) 관(款)의 입시관리비(4330) 항(項), 입시수당(4331) 및 입시경비(4332) 목(目)으로 분류되어 있고, 그 산출근거도 상세히 기재되어 있다.

(사) 한편, 서라벌대학은 1999년경 실내체육관 신축을 위한 설계용역을 마치고 2000. 12. 15.경 화성산업 주식회사(이하 '화성산업'이라 한다)와 사이에 공사비 6,325,000,000원(추후 몇 차례 변경되어 공사금액이 증가됨)으로 한 공사도급 계약을 체결하는 등 각종 도급계약을 체결하였고, 화성산업은 2001. 1.경 공사를 착공하여 2002년경 준공을 마쳤는데, 위 실내체육관 신축공사에 소요된 총공사비는 합계 8,742,440,000원(설계비 283,800,000원 + 건축감리비 188,320,000원 + 전기감리비 22,000,000원 + 소방감리비 3,850,000원 + 건축공사비 6,734,200,000원 + 전기공사비 963,570,000원 + 부대토목공사비 546,700,000원)이며, 위 공사비는 서라벌대학의 교비계좌에서 출금된 5,332,512,000원, 국민은행 경주지점으로부터의 차입금 2,000,000,000원 및 피고인 1이 관리하는 차명계좌의 자금 중 1,409,928,000원으로 지급되었다.

(아) 피고인들은 위와 같이 이 사건 비자금에서 서라벌대학과 경주대학교의 입시홍보비로 2000년부터 2004년까지 5년간 각각 61억 원과 23억 원 가량을 지출하였고, 서라벌대학의 실내체육관 공사비로 2001년~2002년경 14억 원 가량을 지출하였으나, 대부분 이 사건 각 차명계좌에서 현금으로 은행 입출금 과정을 거친 데다가 피고인들이 2000 ~ 2004학년도의 수입·지출 증빙서류 일체를 폐기해 버리는 바람에 차명계좌의 출금일자별 사용내역이나 각 차명계좌별 총 사용금액에 대한 추적은 사실상 불가능하다.

### (3) 불법영득의사의 유무에 관한 판단

위에서 본 법리와 이 사건 비자금의 조성목적, 조성절차, 비자금의 관리형태 및 사용내역, 서라벌대학과 경주대학교의 입시홍보비 및 서라벌대학의 실내체육관 공사비의 각 지출금액과 지출시기 등과 원심 및 당심에서 채택하여 조사한 증거들에 비추어 이 사건 공소사실 중 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 부분에 대하여 그 범죄일람표별로 피고인들에게 불법영득의사가 있었는지 여부에 관하여 살펴보면 다음과 같다.

#### (가) 범죄일람표 1, 6에 대하여

① 타인으로부터 용도가 엄격히 제한된 자금을 위탁받아 집행하면서 그 제한된 용도 이외의 목적으로 자금을 사용하는 것은 그 사용이 개인적인 목적에서 비롯된 경우는 물론 결과적으로 자금을 위탁한 본인을 위하는 면이 있더라도 그 사용행위 자체로서 불법영득의 의사를 실현한 것이 되어 횡령죄가 성립하는바, 사립학교법 제29조 및 같은법 시행령에 의해 학교법인의 회계는 학교회계와 법인회계로 구분되고 학교회계 중 특히 교비회계에 속하는 수입은 다른

회계에 전출하거나 대여할 수 없는 등 용도가 엄격히 제한되어 있기 때문에 교비회계 자금을 다른 용도에 사용하였다면 그 자체로서 횡령죄가 성립하고, 또 어떤 학교의 교비회계 자금을 같은 학교법인에 속하는 다른 학교의 교비회계에 사용한 경우에도 불법영득의사가 있다고 인정된다( 대법원 2002. 5. 10. 선고 2001도1779 판결, 2004. 12. 24. 선고 2003도4570 판결, 2005. 9. 28. 선고 2005도3929 판결 등).

- ② 이러한 법리에 비추어 보면, 이 사건 비자금 계좌에서 학교법인 원석학원의 직원인 공소외 5의 계좌로 입금하여 위 학교법인 직원의 급여와 법인 사무실 운영경비로 사용한 범죄일람표 1, 6 기재 각 입금, 사용액은 일응 피고인들에게 불법영득의사가 인정되므로 업무상횡령죄가 성립한다.

다만, 범죄일람표 1의 순번 29번의 횡령금액은 그 액수가 6,500,000원이라는 증거가 없고 단지 5,500,000원으로 인정될 뿐이고(수사기록 1392), 순번 43번의 일시는 2004. 5. 27.이 아니라 2004. 5. 25.로 인정되며(수사기록 1397), 범죄일람표 6의 순번 1, 2, 45번 기재 금액은 피고인 2가 관리하는 차명계좌에서 입금되었음을 인정할 증거가 없고(이 사건 비자금 계좌에서 공소외 5 계좌로 입금된 것 중 입금의뢰인이 '공소외 17'로 되어 있는 부분은 서라벌대학의 차명계좌에서, '공소외 12'로 되어 있는 부분은 경주대학교의 차명계좌에서 각 입금된 것이다.

), 순번 53번의 일시는 2004. 11. 26.이 아니라 2004. 11. 25.로 인정된다(수사기록 1398).

- (나) 범죄일람표 3의 순번 16, 17, 18번과 범죄일람표 5의 순번 3, 67, 75, 90, 94, 97, 102, 105, 109, 113, 119번 중 각 일부 금액 및 범죄일람표 7의 순번 268, 284번에 대하여

범죄일람표 3의 순번 16, 17, 18번 기재 출금액은 피고인 1이 공소외 2 명의의 차명계좌에서 관리하던 서라벌대학의 비자금을 학교법인 원석학원의 감사 공소외 6의 처 공소외 7 명의의 계좌로 입금하여 공소외 6의 급여로 사용한 것이고, 범죄일람표 5의 순번 3번 기재 출금액 중 3억 원은 피고인 1이 공소외 4 명의의 차명계좌에서 관리하던 서라벌대학의 비자금을 인출하여 경주대학교의 교비통장에 입금하여 위 대학교의 운영비 등으로 사용한 것이고, 범죄일람표 5의 순번 67, 75, 90, 94, 97, 102, 105, 109, 113, 119번 기재 각 출금액 중 범죄일람표 1의 해당 순번 기재와 같이 공소외 5에게 입금한 금액을 뺀 나머지 금액(당심 범죄일람표 12의 순번 2 내지 11번 기재 금액)은 피고인 1이 공소외 4 명의의 차명계좌에서 관리하던 서라벌대학의 비자금을 위 학교법인의 감사 공소외 6의 급여로 입금하여 사용한 것이며, 범죄일람표 7의 순번 268번 기재 출금액 중 12,000,000원은 피고인 2가 공소외 8 명의의 차명계좌에서 관리하던 경주대학교의 비자금을 수표로 공소외 6에게 임의로 지급하여 사용한 것이고, 같은 범죄일람표의 순번 284번 기재 출금액은 피고인 2가 위 경주대학교의 비자금 계좌에서 수표로 발행, 출금하여 공소외 13의 처 공소외 14의 한복 구입대금으로 임의로 지급하여 사용한 것(수사기록 2297, 2329, 2336)임을 인정할 수 있으므로, 위 각 인정금액에 관하여는 피고인들에게 불법영득의사가 인정되어 업무상횡령죄가 성립한다.

- (다) 범죄일람표 7 중 순번 144, 147, 158, 163, 164, 175, 179, 188, 190, 194, 198, 209, 216, 225, 232, 241, 244, 252, 257, 272, 276, 277, 288, 319번에 대하여

위 각 출금액은 피고인 2가 공소외 8 명의의 차명계좌에서 관리하던 경주대학교의 비자금을 출금하여 '설립자 기부금'의 형식으로 법인장부에 표기하였다가 다시 '법정부담금' 명목으로 경주대학교의 교비통장(국민은행 계좌번호 생략)에 전액 그대로 입금한 사실이 인정되므로(2007. 3. 27.자 참고자료 제1의 1~2, 제2), 피고인 2가 경주대학교의 교비회계 자금을 다른 용도에 사용하였다고 보기 어려워 위 피고인에게 불법영득의사를 인정할 수 없고, 업무상횡령죄가 성립하지 아니한다.

(라) 범죄일람표 2, 범죄일람표 3의 순번 1 내지 15, 19 내지 71번, 범죄일람표 4, 범죄일람표 5 중 위 (나)항에서 유죄로 인정되는 부분을 제외한 나머지 부분, 범죄일람표 7 중 위 (다)항 기재 부분과 순번 268, 284번을 제외한 나머지 부분, 범죄일람표 8, 9에 대하여

① 위 각 지출금원이 교비지출에 해당하는지 여부

사립학교법 시행령 제13조 제2항에 의하면, 교비회계의 세출은 '학교운영에 필요한 인건비 및 물건비'( 제1호), '학교교육에 직접 필요한 시설·설비를 위한 경비'( 제2호), '교원의 연구비, 학생의 장학금, 교육지도비 및 보건체육비'( 제3호), '기타 학교교육에 직접 필요한 경비'( 제5호) 등으로 규정하고 있고, 사학기관재무회계규칙 제21조에 의하면, '학교에 속하는 회계의 세출예산은 이를 목적외에 사용하지 못하며 교비회계에서는 다른 회계로 전출하지 못한다'( 제2항), ' 제2항의 규정에 불구하고 동일 예산 관내의 항간 또는 목간에 예산의 과부족이 있는 경우에는 상호 전용할 수 있다'( 제3항)고 규정하고 있다.

위 각 규정과 위 제3의 나(2)의 (다), (라), (바), (사)항 기재 사실에 비추어 볼 때, 이 사건 비자금에서 피고인들이 지출하였다고 주장하는 서라벌대학과 경주대학교의 입시홍보비 등 신입생 유치를 위한 경비는 사립학교법 시행령 제13조 제2항 제3호 또는 제5호에 해당한다고 볼 수 있고, 또 피고인 1이 지출하였다는 서라벌대학의 실내체육관 공사비는 학교교육에 직접 필요한 시설을 위한 경비( 같은 항 제2호)에 해당한다고 인정되므로, 결국 이 사건 비자금 중 상당부분의 사용용도로 주장하는 입시홍보비와 체육관 공사비는 사립학교의 교비회계에서 지출되는 경비라고 할 것이다.

② 앞서 인정한 사실관계에 나타난 피고인들의 위 각 대학에서의 지위와 역할, 이 사건 비자금의 조성경위와 조성 목적, 비자금의 관리형태와 사용내역 등을 위에서 본 법리에 비추어 검토하여 보면, 비록 피고인들이 끝까지 학장이나 총장의 구체적인 지시 없이 독자적으로 이 사건 비자금을 조성하여 사용하였다고 주장하고 있다고 하더라도, 이 사건 비자금 중 위 각 출금액 부분은 여전히 서라벌대학과 경주대학교의 관리하에 있었다고 봄이 상당하고(공소사실에서도 이 사건 비자금 계좌를 위 각 대학이 관리하고 있는 것으로 적시하고 있다), 달리 위 비자금 부분이 위 각 대학을 위하여 보관한 것이 아니라 피고인들의 사적 용도에 제공될 목적으로 조성되었다거나 불법영득할 의사로 지출되었다고 인정할 증거가 없으며, 피고인들이 위 각 대학의 정식 교비계좌에서 직접 출금하여 사용하기 어려운 입시홍보비 등 자금을 충당하기 위하여 비정상적인 절차와 방법으로 이 사건 비자금의 조성 및 지출에 관여하였다는 사정만으로 업무상횡령죄에 있어서의 불법영득의 의사가 있다고 단정할 수도 없다.

물론, 위 제3의 나(2)의 (아)항에서 인정되는 사실에 비추어 보면 피고인들이 조성하여 관리하는 비자금을 피고인들 또는 그 상급자의 개인용도에 일단 사용하기 위하여 그와 같은 조치를 취하였던 것이 아닌가 하는 의심을 갖게 하기에 족하다고 할 것이지만, 앞서 본 바와 같이 비자금 계좌에서 출금된 돈의 사용처에 대한 피고인들의 변명이 사실로 밝혀지거나 사실일 가능성이 뒷받침되고 있는 마당에 위와 같은 의심스러운 일부 사정이 있고 출금된 돈의 최종적인 사용처가 명백하게 밝혀지지 않았다는 사유만으로는 피고인들이 이 사건 비자금을 자신들의 개인적인 용도에 사용하였다고 단정할 수 없고, 그 밖에 검사가 제출한 모든 증거를 살펴봐도 이를 인정할 수 없다.



그렇다면 위 각 지출금원 중 범죄일람표 2, 범죄일람표 3의 순번 1 내지 15, 19 내지 71번, 범죄일람표 4, 범죄일람표 5 중 위 (나)항에서 유죄로 인정되는 부분을 제외한 나머지 부분은 피고인 1이 서라벌대학의 입시홍보비와 실내체육관 공사비 등 서라벌대학을 위하여, 범죄일람표 7 중 위 (다)항 기재 부분과 순번 268, 284번을 제외한 나머지 부분 및 범죄일람표 8, 9의 각 부분은 피고인 2가 경주대학교의 입시홍보비 등 경주대학교를 위하여 각 지출한 것이 아니라고 볼 만한 특별한 사정이 없는 이상, 피고인들이 이를 개인적인 다른 명목으로 임의 지출하여 횡령한 것으로 인정할 수 없으므로 피고인들에 대한 이 부분 공소사실을 업무상횡령죄로 의율할 수 없음에도 원심은 피고인들이 이 부분 판시 범행을 범하였다고 인정하였으니 원심판결에는 사실을 오인하거나 횡령죄에 있어서의 불법영득의사에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 것이다.

#### 4. 결 론

따라서 이 사건 공소사실 중 위 제3의 나(3)의 (다), (라)항 기재 부분에 대한 피고인들의 항소가 이유 있으므로, 피고인들 및 검사의 각 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채, 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

#### 【이유】

##### 】 1. 항소이유의 요지

###### 가. 피고인들

###### (1) 사실오인 내지 법리오해의 점

###### (가) 피고인 1의 경우

공소외 1, 공소외 2, 공소외 3, 공소외 4 명의의 차명계좌에 입금된 돈 중 학교발전기금으로 지급받은 돈은 입시홍보비 등에 사용하기 위하여 조성한 것으로서 교비회계에 속하지 아니하므로 이를 다른 용도에 사용하였다고 하더라도 횡령죄가 성립하지 않고, 위 차명계좌에서 출금된 돈 중 검사가 사용처를 입증한 것은 경주대학교 계좌에 입금된 3억 원(별지 범죄일람표 5의 순번 3), 학교법인 원석학원의 직원 공소외 5 계좌에 입금된 돈(범죄일람표 1), 원석학원의 감사 공소외 6의 처 공소외 7 계좌에 입금된 돈뿐인데도, 원심은 피고인 1이 범죄일람표 2 내지 5의 돈(여기에는 범죄일람표 1의 돈도 포함되어 있다) 전부를 횡령한 것으로 인정하였다.

###### (나) 피고인 2의 경우

공소외 8, 피고인 2 명의의 차명계좌에 입금된 돈은 전부 학교발전기금으로 지급받은 것으로서 교비회계에 속하지 아니하므로 이를 다른 용도에 사용하였다고 하더라도 횡령죄가 성립하지 않고, 위 차명계좌에서 출금된 돈 중 검사가 사용처를 입증한 것은 학교법인 원석학원의 직원 공소외 5 계좌에 입금된 돈(범죄일람표 6)뿐인데도, 원심은 피고인 2가 범죄일람표 7 내지 8의 돈(여기에는 범죄일람표 6의 돈도 포함되어 있다) 전부를 횡령한 것으로 인정하였다(이하에서는 공소외 1, 공소외 2, 공소외 3, 공소외 4, 공소외 8, 피고인 2 명의의 차명계좌를 통틀어 '이 사건 차명계좌'라고 하고, 이 사건 차명계좌에 입금된 돈을 '이 사건 비자금'이라고 한다).

###### (2) 양형부당의 점

이 사건 비자금은 모두 학교(서라벌대와 경주대)의 경리와 직원들이 공동으로 관리하던 돈들이 밝혀졌고, 또 피고인들이 이를 개인적으로 착복하지는 아니한 점, 이 사건 범행은 재정상태가 열악한 지방 사립대에서 학생 미달이 등록금 수입의 감소로 이어지고 학교재정에 심각한 타격을 입혀 도산의 위기에 직면하게 될 뿐만 아니라 학생 모집이

학교 및 교직원의 생계와 연결되는 절박한 상황에서 급기야 온갖 물량공세로 학생들을 모집하는 지경에까지 이르러 정식 교비회계에 책정된 입시홍보비가 모자라 다소 변칙적으로 모금한 돈으로 모자라는 입시홍보비에 충당하고자 하는 과정에서 일어난 일로서 그 동기에 참작할 점이 많은 점, 피고인들이 잘못을 깊이 뉘우치고 있는 점 등을 고려하여 보면, 원심이 피고인 1에게 선고한 징역 3년 및 피고인 2에게 선고한 징역 1년 6월의 형은 너무 무거워서 부당하다.

#### 나. 검사(양형부당)

피고인들이 독단적 판단에 의하여 120억 원에 이르는 대학의 교비를 차명계좌를 통하여 무분별하게 조성, 집행한 점, 피고인들은 스스로 중형을 각오한 채 비자금 사용처를 감추기 위하여 증거를 인멸한 점, 위와 같은 피고인들의 행위로 인하여 사립학교의 자주성, 공공성, 건전성에 커다란 지장을 초래한 점 등에 비추어 보면, 원심이 피고인들에게 선고한 형은 너무 가벼워서 부당하다.

#### 2. 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령)의 공소사실의 요지

피고인 1은 1994.경부터 서라벌대학 총무과장으로 근무하면서 위 대학의 재산관리, 회계, 교직원 인사 등의 업무에 종사하는 사람이고, 피고인 2는 1988.경부터 경주대학 총무과장, 사무부처장 및 사무처장으로 근무하면서 위 대학의 인사, 경리, 회계 등의 업무를 담당해 온 사람인바, 학교법인회계는 학교회계와 법인회계로 구분되고 학교회계 중 특히 교비회계에 속하는 수입은 다른 회계에 전출하거나 대여할 수 없는 등 그 용도가 엄격히 제한되어 있으며, 사립학교법 시행령 제13조 제2항의 경우 교비회계 세출에 대해 그 용도를 한정해 놓고 있기 때문에 교비회계 자금을 다른 용도에 편성, 사용할 수 없음에도 불구하고,

##### 가. 피고인 1은,

2000. 1. 4.경부터 2004. 3. 22.경까지 포항시 북구 (지번 생략)에 있는 서라벌대학 거래업체인 주식회사 우인정보시스템 대표이사인 공소외 9를 비롯한 서라벌대학 거래업체인 우성가구, 아카데미정보통신, 애드파크, 백석상사 등에게 세금계산서상의 물품거래가격보다 할인된 금액으로 거래할 수 있음에도 그 할인폭 상당의 차액을 거래사례금 명목 등으로 되돌려달라고 부탁하는 방법으로 일단 위 세금계산서상의 금액을 위 업체들에게 지급한 후 그 중 일부를 다시 위 대학에서 관리하는 비자금 계좌로서 위 대학 직원의 친인척들인 공소외 1 내지 4 명의의 국민은행 경주지점 계좌로 반환받는 방법으로 위 대학 교비회계에 편성·집행하여야 할 자금으로 9,123,889,361원 상당의 비자금을 조성한 후,

(1) 위 대학이 소속된 학교법인 원석학원 사무국장 공소외 10과 공모하여,

2001. 5. 25. 그 중 금 3,000,000원을 위 법인 직원인 공소외 5의 계좌로 입금하여 위 법인의 직원 월급과 법인 사무실 경비로 임의로 사용한 것을 비롯하여, 그때부터 2004. 11. 11.까지 별지 범죄일람표 1 기재와 같이 총 44회에 걸쳐 위 대학 교비 합계 238,002,000원을 위 법인 직원 급여 및 법인 사무실 경비 등으로 임의로 사용하고,

(2) 2000. 4. 25. 그 중 2,600,000원을 위 법인의 감사인 공소외 6의 처 공소외 7의 계좌로 입금하여 위 공소외 6의 수당으로 임의로 사용한 것을 비롯하여, 2000. 1. 6.부터 2004. 4. 23.까지 별지 범죄일람표 2 내지 5 기재와 같이 총 310회에 걸쳐 위 대학 교비 및 국고보조금 합계 8,885,887,361원(비자금 조성액 9,123,889,361원에서 전항 기재 공소외 5의 계좌로 입금된 238,002,000원을 공제한 나머지 금액)을 위 법인 감사의 수당 등으로 지급하거나 불상의

개인적인 용도로 임의로 사용하여, 서라벌대학의 교비 및 국고보조금 합계 9,123,889,361원을 횡령하고,  
나. 피고인 2는,

1999. 12. 30.경부터 2004. 10. 27.경까지 서울 마포구 상암동에 있는 경주대학 거래업체인 대성기업사 대표이사인 공소외 11을 비롯한 위 대학 거래업체인 한국이지시스템 대구, 캐드뱅크 거목, 광성 등에게 세금계산서상의 물품거래가 격보다 할인된 금액으로 거래할 수 있음에도 그 할인폭 상당의 차액을 거래사레금 명목 등으로 되돌려달라고 부탁하는 방법으로 일단 위 세금계산서상의 금액을 위 업체들에게 지급한 후 그 중 일부를 다시 위 대학에서 관리하는 비자금 계좌인 위 대학 총무과 직원의 이모인 공소외 8 명의의 국민은행 경주지점 계좌 및 피고인 2 명의의 국민은행, 농협 계좌로 반환받는 방법으로 위 대학 교비회계에 편성·집행되어야 할 자금으로 2,989,238,308원 상당의 비자금을 조성한 후,

(1) 위 공소외 10과 공모하여,

2001. 5. 25. 그 중 3,000,000원을 위 공소외 5의 계좌로 입금하여 위 법인 직원의 월급 및 사무실 경비로 임의로 사용한 것을 비롯하여, 그때부터 2005. 8. 25.까지 별지 범죄일람표 6 기재와 같이 총 62회에 걸쳐 위 대학 교비 합계 328,746,030원을 위 법인 직원 급여 및 사무실 경비로 임의로 사용하고,

(2) 2001. 11. 22. 그 중 10,200,000원을 위 대학이 소속된 학교법인 원석학원 감사인 공소외 6에게 차용금 변제조로 지급하여 임의로 사용한 것을 비롯하여, 2000. 1. 4.부터 2004. 10. 27.까지 별지 범죄일람표 7 내지 9 기재와 같이 총 470회에 걸쳐 위 대학 교비 합계 2,660,492,278원(비자금 조성액 2,989,238,308원에서 전항 기재 공소외 5 계좌로 입금된 328,746,030원을 공제한 나머지 금액)을 위 대학 처장 등 보직자 판공비로 지급하거나 불상의 개인적인 용도로 임의로 사용하여, 경주대학의 교비 합계 2,989,238,308원을 횡령하였다.

### 3. 항소이유에 대한 판단

가. 피고인들이 조성한 이 사건 비자금이 교비회계에 속하는지 여부

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인들은 서라벌대학, 경주대학교의 공사·구매·용역 등 계약의 체결과 관련하여 실제보다 높은 가격으로 계약을 체결한 후 차액 중 부가가치세를 제외한 나머지 부분을 리베이트 형식으로 반환받아 비자금으로 조성한 사실(서라벌대학의 경우에는 피고인 1이 관리하는 계좌로서 서라벌대학 직원의 친인척인 공소외 1 내지 4 명의의 국민은행 경주지점 계좌로, 경주대학교의 경우에는 피고인 2가 관리하는 계좌로서 경주대학교 직원 공소외 12의 친척인 공소외 8 명의의 국민은행 계좌와 위 피고인 명의의 국민은행 및 농협 계좌로 반환받았다)을 인정할 수 있고, 위 인정 사실과 같이 교비회계 자금을 실제보다 초과지출한 후 그 초과분을 반환받았다면 이는 교비회계 자금으로서의 성질을 잃지 않는다고 보아야 할 것이므로, 피고인들이 업체로부터 학교발전기금 명목으로 지급받았다는 돈은 교비회계에 속하는 수입으로 봄이 상당하다{ 사립학교법 시행령 제13조 제1항은 '다른 회계로부터 전입되는 전입금'( 제4호)이나 '기타 학교법인의 수입으로서 다른 회계에 속하지 아니하는 수입'( 제9호)을 교비회계의 세입으로 한다고 규정하고 있다}.

피고인 1은 자신이 관리하던 차명계좌에 입금된 돈에는 학교발전기금 명목으로 지급받은 부분 이외에도, ① 국고지원금이나 교비회계자금을 인출한 후 실제 지급시까지 임의로 보관한 부분, ② 차명계좌에서 출금 후 미사용금액을 재입금하거나 교비회계에 대여하였다가 회수한 부분이 혼재되어 있다고 주장하므로 살피건대, 위 ①의 돈은 결국 교비회계자금에 다름아니라는 것이고, 위 ②의 돈은 위 피고인이 예산에 편입하여 결산서를 명확히 작성하지 아니하고 차명계좌에 보관한 이상, 검사가 그 부존재를 증명하는 것은 사회통념상 불가능하고 결국 위 피고인이 그러한 사실

의 존재를 수궁할 만한 소명자료를 제시할 부담을 지며 이때 제시하여야 할 소명자료는 적어도 검사의 입증활동이 현실적으로 가능할 정도의 구체성은 갖추어야 할 것인데, 위 피고인이 차명계좌에 입금된 기간 동안 수입·지출증빙서철을 모두 파기하여 자금추적을 할 수 없는 이 사건에서 위 피고인은 위 ②의 돈이 교비회계자금이라는 점에 대하여 책임을 져야 할 것이다.

또, 피고인 2는 거래와는 무관하게 업체로부터 학교발전기금 명목으로 돈을 지급받았다고 주장하나, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 업체에 결제자금조로 송금하였다가 학교발전기금 명목으로 반환받은 부분은 이들 업체들과 반복된 거래과정을 통하여 당초 교비에서 지출될 때부터 이를 학교발전기금이나 리베이트 명목으로 반환받아 비자금으로 조성하고자 예정되어 있었던 사실을 인정할 수 있으므로 위 피고인의 주장도 이유 없다.

나. 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령)죄 부분에 관한 사실오인 내지 법리오해의 점

(1) 업무상횡령죄에 있어서의 불법영득의 의사라 함은 자기 또는 제3자의 이익을 꾀할 목적으로 업무상의 임무에 위배하여 보관하는 타인의 재물을 자기의 소유인 것 같이 사실상 또는 법률상 처분하는 의사를 말하는 것이고, 불법영득의사를 실현하는 행위로서의 횡령행위가 있다는 점은 어디까지나 검사가 입증하여야 하는 것으로서, 그 입증은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신을 생기게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 하고, 이와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다 할 것인바, 피고인이 자신이 위탁받아 보관하고 있던 돈이 모두 없어졌는데도 그 행방이나 사용처를 제대로 설명하지 못한다면 일응 피고인이 이를 임의소비하여 횡령한 것이라고 추단할 수 있겠지만, 그렇지 아니하고 피고인이 불법영득의사의 존재를 인정하기 어려운 사유를 들어 돈의 행방이나 사용처에 대한 설명을 하고 있고 이에 부합하는 자료도 있다면 달리 피고인이 위탁받은 돈을 일단 타용도로 소비한 다음 그만한 돈을 별도로 입금 또는 반환한 것이라는 등의 사정이 인정되지 아니하는 한 함부로 위탁받은 돈을 불법영득의사로 인출하여 횡령하였다고 인정할 수는 없다( 대법원 1994. 9. 9. 선고 94도998 판결, 1998. 2. 13. 선고 97도1962 판결 등).

또, 사립학교에 있어서 학교교육에 직접 필요한 시설, 설비를 위한 경비 등과 같이 원래 교비회계에 속하는 자금으로 지출할 수 있는 항목에 관하여 교비회계 자금을 지출한 경우 이러한 자금지출 행위에 관하여 교비회계 자금을 임의로 횡령하고자 하는 불법영득의 의사가 있다고 보기는 어렵고, 만일 그 행위자가 이러한 지출을 하는 과정에서 사립학교법의 관련 규정을 제대로 준수하지 아니하였다면 이에 대하여 사립학교법에 따른 형사적 제재 등이 부과될 수 있을 뿐이다( 대법원 2006. 4. 28. 선고 2005도4085 판결 참조).

(2) 그런데 원심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들과 수사기록 별책 1권(경주대학교 회계서류 등), 별책 2권(원석학원 회계서류 등) 및 원심 변호인이 제출한 2006. 11. 7.자 참고자료 제5의 1~8(공판기록 1094~1155), 2006. 11. 21.자 참고자료 제3의 1~7(공판기록 1370~1376), 당심 변호인이 제출한 2007. 3. 27.자 참고자료 제3의 1~7, 제4의 1~6, 제5의 1~3과 2007. 5. 10.자 및 2007. 5. 30.자 참고자료의 각 기재, 피고인들의 원심 및 당심 법정에서의 진술 등을 종합하면 다음과 같은 사실이 인정된다.

(가) 경주시 소재 서라벌대학과 경주대학교는 학교법인 원석학원 산하의 사립학교인데, 위 대학들과 학교법인의 설립자는 공소외 13으로서 그가 실질적인 경영자이다.

(나) 피고인 1은 공소외 13의 처 공소외 14의 6촌으로서, 1994.경부터 서라벌대학에 총무과장으로 근무하면서 2000.경부터는 경리팀장으로 위 대학의 재산관리, 회계, 교직원 인사 등의 업무에 종사해 왔는데, 위 대학의 학장은 공소외

15이고 그 밑에 행정지원처장(공소외 2), 총무과장, 담당계장이 있으며, 피고인 2는 1988.경부터 경주대학교 총무과장, 사무부처장 및 사무처장으로 근무하면서 위 대학교의 경리, 회계 등의 업무를 담당해 왔는데, 위 대학교의 총장은 1999. 2.경부터 2005. 2.경까지는 공소외 16, 2005. 3.경부터 2006. 8.경까지는 공소외 13이고, 그 밑에 사무처장, 총무과장, 담당계장이 있다.

(다) 1990년대 들어 학생 수급조절과 맞지 않는 대학신설허가가 이루어진 탓으로 점차 전국의 대학신입생 모집정원보다 고교 졸업 후 대학진학희망자수가 적게 되는 현상이 발생하게 되자 대학마다 신입생 유치에 많은 노력을 기울이고 있는데, 서라벌대학과 경주대학교도 신입생 유치를 위한 각종 대책을 세우고 교직원들로 하여금 적극적인 입시홍보를 하도록 독려하여 왔으며(수사기록 4743~4762), 이에 소요되는 막대한 경비 등을 조달하기 위하여 피고인들이 학장 등 상급자들의 묵인하에 여러 개의 차명계좌를 이용해 비자금을 조성, 집행하여 왔다.

(라) 서라벌대학의 경우, 2000년부터 2004년까지 5년간 신입생 유치를 위하여 지출된 경비 중 장학금과 원룸지원비를 제외한 입시홍보광고료, 홍보출장비, 입시관련 식대, 입시홍보 행사비, 입시홍보 학과지원비, 입시홍보 대책비 등 입시경비로 지출된 금액은 총 8,959,643,668원인데, 그 중 교비에서 책정되어 지출된 금액은 매년 약 5~6억 원으로 2,804,799,683원이고, 피고인 1이 관리하는 차명계좌(공소외 1 내지 4)에서 지출된 금액은 6,154,843,985원이며(수사기록 1370~1375), 경주대학교의 경우 같은 기간 동안 입시경비로 지출된 금액은 총 9,855,956,358원인데, 그 중 교비에서 책정되어 지출된 금액은 7,158,879,460원이고, 피고인 2가 관리하는 차명계좌에서 지출된 금액은 2,337,076,898원이다(2007. 3. 27.자 참고자료 제3의 1~7, 제4의 1~6, 제5의 1~3). 또 2005년도 입시홍보비(홍보비 + 입시관리비) 지출금액은 서라벌대학의 경우 1,245,415,687원(교비 758,385,687원 + 차명계좌 487,030,000원)이고, 경주대학교의 경우 2,289,000,060원(교비에서만 지출)이며, 그 외에 인근 다른 대학들도 10억 원 가량 되고(공판기록 416), 2006년도 입시경비 예산액도 서라벌대학의 경우 1,241,025,000원, 경주대학교의 경우 942,525,000원으로 책정되었다(2007. 5. 30.자 참고자료).

(마) 이와 같이 많은 금액을 입시홍보비로 지출하는 등으로 인하여 대구·경북지역 전문대학의 최종등록률 현황에서 서라벌대학은 정원내 등록률이 2003년~2005년 평균 74.8%로 22개 전문대학 중 5위에 해당하였고, 2006년도에는 93.7%에 이르렀다(공판기록 483, 2007. 5. 10.자 참고자료 2).

(바) 위와 같이 대학에서 입시홍보비로 지출되는 금액은 학교회계 예·결산서상의 계정과목에 연구·학생경비(4300) 관(款)의 입시관리비(4330) 항(項), 입시수당(4331) 및 입시경비(4332) 목(目)으로 분류되어 있고, 그 산출근거도 상세히 기재되어 있다.

(사) 한편, 서라벌대학은 1999년경 실내체육관 신축을 위한 설계용역을 마치고 2000. 12. 15.경 화성산업 주식회사(이하 '화성산업'이라 한다)와 사이에 공사비 6,325,000,000원(추후 몇 차례 변경되어 공사금액이 증가됨)으로 한 공사도급 계약을 체결하는 등 각종 도급계약을 체결하였고, 화성산업은 2001. 1.경 공사를 착공하여 2002년경 준공을 마쳤는데, 위 실내체육관 신축공사에 소요된 총공사비는 합계 8,742,440,000원(설계비 283,800,000원 + 건축감리비 188,320,000원 + 전기감리비 22,000,000원 + 소방감리비 3,850,000원 + 건축공사비 6,734,200,000원 + 전기공사비 963,570,000원 + 부대토목공사비 546,700,000원)이며, 위 공사비는 서라벌대학의 교비계좌에서 출금된 5,332,512,000원, 국민은행 경주지점으로부터의 차입금 2,000,000,000원 및 피고인 1이 관리하는 차명계좌의 자금

중 1,409,928,000원으로 지급되었다.

(아) 피고인들은 위와 같이 이 사건 비자금에서 서라벌대학과 경주대학교의 입시홍보비로 2000년부터 2004년까지 5년간 각각 61억 원과 23억 원 가량을 지출하였고, 서라벌대학의 실내체육관 공사비로 2001년~2002년경 14억 원 가량을 지출하였으나, 대부분 이 사건 각 차명계좌에서 현금으로 은행 입출금 과정을 거친 데다가 피고인들이 2000 ~ 2004학년도의 수입·지출 증빙서류 일체를 폐기해 버리는 바람에 차명계좌의 출금일자별 사용내역이나 각 차명계좌별 총 사용금액에 대한 추적은 사실상 불가능하다.

(3) 불법영득의사의 유무에 관한 판단

위에서 본 법리와 이 사건 비자금의 조성목적, 조성절차, 비자금의 관리형태 및 사용내역, 서라벌대학과 경주대학교의 입시홍보비 및 서라벌대학의 실내체육관 공사비의 각 지출금액과 지출시기 등과 원심 및 당심에서 채택하여 조사한 증거들에 비추어 이 사건 공소사실 중 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 부분에 대하여 그 범죄일람표별로 피고인들에게 불법영득의사가 있었는지 여부에 관하여 살펴보면 다음과 같다.

(가) 범죄일람표 1, 6에 대하여

- ① 타인으로부터 용도가 엄격히 제한된 자금을 위탁받아 집행하면서 그 제한된 용도 이외의 목적으로 자금을 사용하는 것은 그 사용이 개인적인 목적에서 비롯된 경우는 물론 결과적으로 자금을 위탁한 본인을 위하는 면이 있더라도 그 사용행위 자체로서 불법영득의 의사를 실현한 것이 되어 횡령죄가 성립하는바, 사립학교법 제29조 및 같은법 시행령에 의해 학교법인의 회계는 학교회계와 법인회계로 구분되고 학교회계 중 특히 교비회계에 속하는 수입은 다른 회계에 전출하거나 대여할 수 없는 등 용도가 엄격히 제한되어 있기 때문에 교비회계 자금을 다른 용도에 사용하였다면 그 자체로서 횡령죄가 성립하고, 또 어떤 학교의 교비회계 자금을 같은 학교법인에 속하는 다른 학교의 교비회계에 사용한 경우에도 불법영득의사가 있다고 인정된다( 대법원 2002. 5. 10. 선고 2001도1779 판결, 2004. 12. 24. 선고 2003도4570 판결, 2005. 9. 28. 선고 2005도3929 판결 등).
- ② 이러한 법리에 비추어 보면, 이 사건 비자금 계좌에서 학교법인 원석학원의 직원인 공소외 5의 계좌로 입금하여 위 학교법인 직원의 급여와 법인 사무실 운영경비로 사용한 범죄일람표 1, 6 기재 각 입금, 사용액은 일응 피고인들에게 불법영득의사가 인정되므로 업무상횡령죄가 성립한다.

다만, 범죄일람표 1의 순번 29번의 횡령금액은 그 액수가 6,500,000원이라는 증거가 없고 단지 5,500,000원으로 인정될 뿐이고(수사기록 1392), 순번 43번의 일시는 2004. 5. 27.이 아니라 2004. 5. 25.로 인정되며(수사기록 1397), 범죄일람표 6의 순번 1, 2, 45번 기재 금액은 피고인 2가 관리하는 차명계좌에서 입금되었음을 인정할 증거가 없고(이 사건 비자금 계좌에서 공소외 5 계좌로 입금된 것 중 입금의뢰인이 '공소외 17'로 되어 있는 부분은 서라벌대학의 차명계좌에서, '공소외 12'로 되어 있는 부분은 경주대학교의 차명계좌에서 각 입금된 것이다.

), 순번 53번의 일시는 2004. 11. 26.이 아니라 2004. 11. 25.로 인정된다(수사기록 1398).

(나) 범죄일람표 3의 순번 16, 17, 18번과 범죄일람표 5의 순번 3, 67, 75, 90, 94, 97, 102, 105, 109, 113, 119번 중 각 일부 금액 및 범죄일람표 7의 순번 268, 284번에 대하여

범죄일람표 3의 순번 16, 17, 18번 기재 출금액은 피고인 1이 공소외 2 명의의 차명계좌에서 관리하던 서라벌대학의 비자금을 학교법인 원석학원의 감사 공소외 6의 처 공소외 7 명의의 계좌로 입금하여 공소외 6의 급여로 사용한 것이

고, 범죄일람표 5의 순번 3번 기재 출금액 중 3억 원은 피고인 1이 공소외 4 명의의 차명계좌에서 관리하던 서라벌 대학의 비자금을 인출하여 경주대학교의 교비통장에 입금하여 위 대학교의 운영비 등으로 사용한 것이고, 범죄일람표 5의 순번 67, 75, 90, 94, 97, 102, 105, 109, 113, 119번 기재 각 출금액 중 범죄일람표 1의 해당 순번 기재와 같이 공소외 5에게 입금한 금액을 뺀 나머지 금액(당심 범죄일람표 12의 순번 2 내지 11번 기재 금액)은 피고인 1이 공소외 4 명의의 차명계좌에서 관리하던 서라벌대학의 비자금을 위 학교법인의 감사 공소외 6의 급여로 입금하여 사용한 것이며, 범죄일람표 7의 순번 268번 기재 출금액 중 12,000,000원은 피고인 2가 공소외 8 명의의 차명계좌에서 관리하던 경주대학교의 비자금을 수표로 공소외 6에게 임의로 지급하여 사용한 것이고, 같은 범죄일람표의 순번 284번 기재 출금액은 피고인 2가 위 경주대학교의 비자금 계좌에서 수표로 발행, 출금하여 공소외 13의 처 공소외 14의 한복 구입대금으로 임의로 지급하여 사용한 것(수사기록 2297, 2329, 2336)임을 인정할 수 있으므로, 위 각 인정금액에 관하여는 피고인들에게 불법영득의사가 인정되어 업무상횡령죄가 성립한다.

(다) 범죄일람표 7 중 순번 144, 147, 158, 163, 164, 175, 179, 188, 190, 194, 198, 209, 216, 225, 232, 241, 244, 252, 257, 272, 276, 277, 288, 319번에 대하여

위 각 출금액은 피고인 2가 공소외 8 명의의 차명계좌에서 관리하던 경주대학교의 비자금을 출금하여 '설립자 기부금'의 형식으로 법인장부에 표기하였다가 다시 '법정부담금' 명목으로 경주대학교의 교비통장(국민은행 계좌번호 생략)에 전액 그대로 입금한 사실이 인정되므로(2007. 3. 27.자 참고자료 제1의 1~2, 제2), 피고인 2가 경주대학교의 교비회계 자금을 다른 용도에 사용하였다고 보기 어려워 위 피고인에게 불법영득의사를 인정할 수 없고, 업무상횡령죄가 성립하지 아니한다.

(라) 범죄일람표 2, 범죄일람표 3의 순번 1 내지 15, 19 내지 71번, 범죄일람표 4, 범죄일람표 5 중 위 (나)항에서 유죄로 인정되는 부분을 제외한 나머지 부분, 범죄일람표 7 중 위 (다)항 기재 부분과 순번 268, 284번을 제외한 나머지 부분, 범죄일람표 8, 9에 대하여

① 위 각 지출금원이 교비지출에 해당하는지 여부

사립학교법 시행령 제13조 제2항에 의하면, 교비회계의 세출은 '학교운영에 필요한 인건비 및 물건비'( 제1호), '학교교육에 직접 필요한 시설·설비를 위한 경비'( 제2호), '교원의 연구비, 학생의 장학금, 교육지도비 및 보건체육비'( 제3호), '기타 학교교육에 직접 필요한 경비'( 제5호) 등으로 규정하고 있고, 사학기관재무회계규칙 제21조에 의하면, '학교에 속하는 회계의 세출예산은 이를 목적외에 사용하지 못하며 교비회계에서는 다른 회계로 전출하지 못한다'( 제2항), ' 제2항의 규정에 불구하고 동일 예산 관내의 항간 또는 목간에 예산의 과부족이 있는 경우에는 상호 전용할 수 있다'( 제3항)고 규정하고 있다.

위 각 규정과 위 제3의 나(2)의 (다), (라), (바), (사)항 기재 사실에 비추어 볼 때, 이 사건 비자금에서 피고인들이 지출하였다고 주장하는 서라벌대학과 경주대학교의 입시홍보비 등 신입생 유치를 위한 경비는 사립학교법 시행령 제13조 제2항 제3호 또는 제5호에 해당한다고 볼 수 있고, 또 피고인 1이 지출하였다는 서라벌대학의 실내체육관 공사비는 학교교육에 직접 필요한 시설을 위한 경비( 같은 항 제2호)에 해당한다고 인정되므로, 결국 이 사건 비자금 중 상당 부분의 사용용도로 주장하는 입시홍보비와 체육관 공사비는 사립학교의 교비회계에서 지출되는 경비라고 할 것이다.

② 앞서 인정한 사실관계에 나타난 피고인들의 위 각 대학에서의 지위와 역할, 이 사건 비자금의 조성경위와 조성 목적, 비자금의 관리형태와 사용내역 등을 위에서 본 법리에 비추어 검토하여 보면, 비록 피고인들이 끝까지 학장이나 총장의 구체적인 지시 없이 독자적으로 이 사건 비자금을 조성하여 사용하였다고 주장하고 있다고 하더라도, 이 사건 비자금 중 위 각 출금액 부분은 여전히 서라벌대학과 경주대학교의 관리하에 있었다고 봄이 상당하고(공소사실에서도 이 사건 비자금 계좌를 위 각 대학이 관리하고 있는 것으로 적시하고 있다), 달리 위 비자금 부분이 위 각 대학을 위하여 보관한 것이 아니라 피고인들의 사적 용도에 제공될 목적으로 조성되었다거나 불법영득할 의사로 지출되었다고 인정할 증거가 없으며, 피고인들이 위 각 대학의 정식 교비계좌에서 직접 출금하여 사용하기 어려운 입시홍보비 등 자금을 충당하기 위하여 비정상적인 절차와 방법으로 이 사건 비자금의 조성 및 지출에 관여하였다는 사정만으로 업무상횡령죄에 있어서의 불법영득의 의사가 있다고 단정할 수도 없다.

물론, 위 제3의 나(2)의 (아)항에서 인정되는 사실에 비추어 보면 피고인들이 조성하여 관리하는 비자금을 피고인들 또는 그 상급자의 개인용도에 일단 사용하기 위하여 그와 같은 조치를 취하였던 것이 아닌가 하는 의심을 갖게 하기에 족하다고 할 것이지만, 앞서 본 바와 같이 비자금 계좌에서 출금된 돈의 사용처에 대한 피고인들의 변명이 사실로 밝혀지거나 사실일 가능성이 뒷받침되고 있는 마당에 위와 같은 의심스러운 일부 사정이 있고 출금된 돈의 최종적인 사용처가 명백하게 밝혀지지 않았다는 사유만으로는 피고인들이 이 사건 비자금을 자신들의 개인적인 용도에 사용하였다고 단정할 수 없고, 그 밖에 검사가 제출한 모든 증거를 살펴봐도 이를 인정할 수 없다.

그렇다면 위 각 지출금원 중 범죄일람표 2, 범죄일람표 3의 순번 1 내지 15, 19 내지 71번, 범죄일람표 4, 범죄일람표 5 중 위 (나)항에서 유죄로 인정되는 부분을 제외한 나머지 부분은 피고인 1이 서라벌대학의 입시홍보비와 실내체육관 공사비 등 서라벌대학을 위하여, 범죄일람표 7 중 위 (다)항 기재 부분과 순번 268, 284번을 제외한 나머지 부분 및 범죄일람표 8, 9의 각 부분은 피고인 2가 경주대학교의 입시홍보비 등 경주대학교를 위하여 각 지출한 것이 아니라 불 만한 특별한 사정이 없는 이상, 피고인들이 이를 개인적인 다른 명목으로 임의 지출하여 횡령한 것으로 인정할 수 없으므로 피고인들에 대한 이 부분 공소사실을 업무상횡령죄로 의율할 수 없음에도 원심은 피고인들이 이 부분 판시 범행을 범하였다고 인정하였으니 원심판결에는 사실을 오인하거나 횡령죄에 있어서의 불법영득의사에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 것이다.

#### 4. 결 론

따라서 이 사건 공소사실 중 위 제3의 나(3)의 (다), (라)항 기재 부분에 대한 피고인들의 항소가 이유 있으므로, 피고인들 및 검사의 각 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채, 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

#### 【이유】

##### 】 1. 항소이유의 요지

###### 가. 피고인들

###### (1) 사실오인 내지 법리오해의 점



(가) 피고인 1의 경우

공소외 1, 공소외 2, 공소외 3, 공소외 4 명의의 차명계좌에 입금된 돈 중 학교발전기금으로 지급받은 돈은 입시홍보비 등에 사용하기 위하여 조성한 것으로서 교비회계에 속하지 아니하므로 이를 다른 용도에 사용하였다고 하더라도 횡령죄가 성립하지 않고, 위 차명계좌에서 출금된 돈 중 검사가 사용처를 입증한 것은 경주대학교 계좌에 입금된 3억 원(별지 범죄일람표 5의 순번 3), 학교법인 원석학원의 직원 공소외 5 계좌에 입금된 돈(범죄일람표 1), 원석학원의 감사 공소외 6의 처 공소외 7 계좌에 입금된 돈뿐인데도, 원심은 피고인 1이 범죄일람표 2 내지 5의 돈(여기에는 범죄일람표 1의 돈도 포함되어 있다) 전부를 횡령한 것으로 인정하였다.

(나) 피고인 2의 경우

공소외 8, 피고인 2 명의의 차명계좌에 입금된 돈은 전부 학교발전기금으로 지급받은 것으로서 교비회계에 속하지 아니하므로 이를 다른 용도에 사용하였다고 하더라도 횡령죄가 성립하지 않고, 위 차명계좌에서 출금된 돈 중 검사가 사용처를 입증한 것은 학교법인 원석학원의 직원 공소외 5 계좌에 입금된 돈(범죄일람표 6)뿐인데도, 원심은 피고인 2가 범죄일람표 7 내지 8의 돈(여기에는 범죄일람표 6의 돈도 포함되어 있다) 전부를 횡령한 것으로 인정하였다(이하에서는 공소외 1, 공소외 2, 공소외 3, 공소외 4, 공소외 8, 피고인 2 명의의 차명계좌를 통틀어 '이 사건 차명계좌'라고 하고, 이 사건 차명계좌에 입금된 돈을 '이 사건 비자금'이라고 한다).

(2) 양형부당의 점

이 사건 비자금은 모두 학교(서라벌대와 경주대)의 경리와 직원들이 공동으로 관리하던 돈들이 밝혀졌고, 또 피고인들이 이를 개인적으로 착복하지는 아니한 점, 이 사건 범행은 재정상태가 열악한 지방 사립대에서 학생 미달이 등록금 수입의 감소로 이어지고 학교재정에 심각한 타격을 입혀 도산의 위기에 직면하게 될 뿐만 아니라 학생 모집이 학교 및 교직원의 생계와 연결되는 절박한 상황에서 급기야 온갖 물량공세로 학생들을 모집하는 지경에까지 이르러 정식 교비회계에 책정된 입시홍보비가 모자라 다소 변칙적으로 모금한 돈으로 모자라는 입시홍보비에 충당하고자 하는 과정에서 일어난 일로서 그 동기에 참작할 점이 많은 점, 피고인들이 잘못을 깊이 뉘우치고 있는 점 등을 고려하여 보면, 원심이 피고인 1에게 선고한 징역 3년 및 피고인 2에게 선고한 징역 1년 6월의 형은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사(양형부당)

피고인들이 독단적 판단에 의하여 120억 원에 이르는 대학의 교비를 차명계좌를 통하여 무분별하게 조성, 집행한 점, 피고인들은 스스로 중형을 각오한 채 비자금 사용처를 감추기 위하여 증거를 인멸한 점, 위와 같은 피고인들의 행위로 인하여 사립학교의 자주성, 공공성, 건전성에 커다란 지장을 초래한 점 등에 비추어 보면, 원심이 피고인들에게 선고한 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령)의 공소사실의 요지

피고인 1은 1994.경부터 서라벌대학 총무과장으로 근무하면서 위 대학의 재산관리, 회계, 교직원 인사 등의 업무에 종사하는 사람이고, 피고인 2는 1988.경부터 경주대학 총무과장, 사무부처장 및 사무처장으로 근무하면서 위 대학의 인사, 경리, 회계 등의 업무를 담당해 온 사람인바, 학교법인회계는 학교회계와 법인회계로 구분되고 학교회계 중 특히 교비회계에 속하는 수입은 다른 회계에 전출하거나 대여할 수 없는 등 그 용도가 엄격히 제한되어 있으며, 사립

학교법 시행령 제13조 제2항의 경우 교비회계 세출에 대해 그 용도를 한정해 놓고 있기 때문에 교비회계 자금을 다른 용도에 편성, 사용할 수 없음에도 불구하고,

가. 피고인 1은,

2000. 1. 4.경부터 2004. 3. 22.경까지 포항시 북구 (지번 생략)에 있는 서라벌대학 거래업체인 주식회사 우인정보시스템 대표이사인 공소외 9를 비롯한 서라벌대학 거래업체인 우성가구, 아카데미정보통신, 애드파크, 백석상사 등에게 세금계산서상의 물품거래가격보다 할인된 금액으로 거래할 수 있음에도 그 할인폭 상당의 차액을 거래사례금 명목 등으로 되돌려달라고 부탁하는 방법으로 일단 위 세금계산서상의 금액을 위 업체들에게 지급한 후 그 중 일부를 다시 위 대학에서 관리하는 비자금 계좌로서 위 대학 직원의 친인척들인 공소외 1 내지 4 명의의 국민은행 경주지점 계좌로 반환받는 방법으로 위 대학 교비회계에 편성·집행하여야 할 자금으로 9,123,889,361원 상당의 비자금을 조성한 후,

(1) 위 대학이 소속된 학교법인 원석학원 사무국장 공소외 10과 공모하여,

2001. 5. 25. 그 중 금 3,000,000원을 위 법인 직원인 공소외 5의 계좌로 입금하여 위 법인의 직원 월급과 법인 사무실 경비로 임의로 사용한 것을 비롯하여, 그때부터 2004. 11. 11.까지 별지 범죄일람표 1 기재와 같이 총 44회에 걸쳐 위 대학 교비 합계 238,002,000원을 위 법인 직원 급여 및 법인 사무실 경비 등으로 임의로 사용하고,

(2) 2000. 4. 25. 그 중 2,600,000원을 위 법인의 감사인 공소외 6의 처 공소외 7의 계좌로 입금하여 위 공소외 6의 수당으로 임의로 사용한 것을 비롯하여, 2000. 1. 6.부터 2004. 4. 23.까지 별지 범죄일람표 2 내지 5 기재와 같이 총 310회에 걸쳐 위 대학 교비 및 국고보조금 합계 8,885,887,361원(비자금 조성액 9,123,889,361원에서 전항 기재 공소외 5의 계좌로 입금된 238,002,000원을 공제한 나머지 금액)을 위 법인 감사의 수당 등으로 지급하거나 불상의 개인적인 용도로 임의로 사용하여, 서라벌대학의 교비 및 국고보조금 합계 9,123,889,361원을 횡령하고,

나. 피고인 2는,

1999. 12. 30.경부터 2004. 10. 27.경까지 서울 마포구 상암동에 있는 경주대학 거래업체인 대성기업사 대표이사인 공소외 11을 비롯한 위 대학 거래업체인 한국이지시스템 대구, 캐드뱅크 거목, 광성 등에게 세금계산서상의 물품거래가격보다 할인된 금액으로 거래할 수 있음에도 그 할인폭 상당의 차액을 거래사례금 명목 등으로 되돌려달라고 부탁하는 방법으로 일단 위 세금계산서상의 금액을 위 업체들에게 지급한 후 그 중 일부를 다시 위 대학에서 관리하는 비자금 계좌인 위 대학 총무과 직원의 이모인 공소외 8 명의의 국민은행 경주지점 계좌 및 피고인 2 명의의 국민은행, 농협 계좌로 반환받는 방법으로 위 대학 교비회계에 편성·집행되어야 할 자금으로 2,989,238,308원 상당의 비자금을 조성한 후,

(1) 위 공소외 10과 공모하여,

2001. 5. 25. 그 중 3,000,000원을 위 공소외 5의 계좌로 입금하여 위 법인 직원의 월급 및 사무실 경비로 임의로 사용한 것을 비롯하여, 그때부터 2005. 8. 25.까지 별지 범죄일람표 6 기재와 같이 총 62회에 걸쳐 위 대학 교비 합계 328,746,030원을 위 법인 직원 급여 및 사무실 경비로 임의로 사용하고,

(2) 2001. 11. 22. 그 중 10,200,000원을 위 대학이 소속된 학교법인 원석학원 감사인 공소외 6에게 차용금 변제조로 지급하여 임의로 사용한 것을 비롯하여, 2000. 1. 4.부터 2004. 10. 27.까지 별지 범죄일람표 7 내지 9 기재와 같이 총 470회에 걸쳐 위 대학 교비 합계 2,660,492,278원(비자금 조성액 2,989,238,308원에서 전항 기재 공소외 5 계좌로 입금된 328,746,030원을 공제한 나머지 금액)을 위 대학 처장 등 보직자 판공비로 지급하거나 불상의 개인적인 용

도로 임의로 사용하여, 경주대학의 교비 합계 2,989,238,308원을 횡령하였다.

### 3. 항소이유에 대한 판단

가. 피고인들이 조성한 이 사건 비자금이 교비회계에 속하는지 여부

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인들은 서라벌대학, 경주대학교의 공사·구매·용역 등 계약의 체결과 관련하여 실제보다 높은 가격으로 계약을 체결한 후 차액 중 부가가치세를 제외한 나머지 부분을 리베이트 형식으로 반환받아 비자금으로 조성한 사실(서라벌대학의 경우에는 피고인 1이 관리하는 계좌로서 서라벌대학 직원의 친인척인 공소외 1 내지 4 명의의 국민은행 경주지점 계좌로, 경주대학교의 경우에는 피고인 2가 관리하는 계좌로서 경주대학교 직원 공소외 12의 친척인 공소외 8 명의의 국민은행 계좌와 위 피고인 명의의 국민은행 및 농협 계좌로 반환받았다)을 인정할 수 있고, 위 인정 사실과 같이 교비회계 자금을 실제보다 초과지출한 후 그 초과분을 반환받았다면 이는 교비회계 자금으로서의 성질을 잃지 않는다고 보아야 할 것이므로, 피고인들이 업체로부터 학교 발전기금 명목으로 지급받았다는 돈은 교비회계에 속하는 수입으로 봄이 상당하다{ 사립학교법 시행령 제13조 제1항은 '다른 회계로부터 전입되는 전입금'( 제4호)이나 '기타 학교법인의 수입으로서 다른 회계에 속하지 아니하는 수입'( 제9호)을 교비회계의 세입으로 한다고 규정하고 있다}.

피고인 1은 자신이 관리하던 차명계좌에 입금된 돈에는 학교발전기금 명목으로 지급받은 부분 이외에도, ① 국고지원금이나 교비회계자금을 인출한 후 실제 지급시까지 임의로 보관한 부분, ② 차명계좌에서 출금 후 미사용금액을 재입금하거나 교비회계에 대여하였다가 회수한 부분이 혼재되어 있다고 주장하므로 살피건대, 위 ①의 돈은 결국 교비회계자금에 다름아니라는 것이고, 위 ②의 돈은 위 피고인이 예산에 편입하여 결산서를 명확히 작성하지 아니하고 차명계좌에 보관한 이상, 검사가 그 부존재를 증명하는 것은 사회통념상 불가능하고 결국 위 피고인이 그러한 사실의 존재를 수긍할 만한 소명자료를 제시할 부담을 지며 이때 제시하여야 할 소명자료는 적어도 검사의 입증활동이 현실적으로 가능할 정도의 구체성은 갖추어야 할 것인데, 위 피고인이 차명계좌에 입금된 기간 동안 수입·지출증빙서철을 모두 파기하여 자금추적을 할 수 없는 이 사건에서 위 피고인은 위 ②의 돈이 교비회계자금이라는 점에 대하여 책임을 져야 할 것이다.

또, 피고인 2는 거래와는 무관하게 업체로부터 학교발전기금 명목으로 돈을 지급받았다고 주장하나, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 업체에 결제자금조로 송금하였다가 학교발전기금 명목으로 반환받은 부분은 이들 업체들과 반복된 거래과정을 통하여 당초 교비에서 지출될 때부터 이를 학교발전기금이나 리베이트 명목으로 반환받아 비자금으로 조성하고자 예정되어 있었던 사실을 인정할 수 있으므로 위 피고인의 주장도 이유 없다.

나. 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령)죄 부분에 관한 사실오인 내지 법리오해의 점

(1) 업무상횡령죄에 있어서의 불법영득의 의사라 함은 자기 또는 제3자의 이익을 꾀할 목적으로 업무상의 임무에 위배하여 보관하는 타인의 재물을 자기의 소유인 것 같이 사실상 또는 법률상 처분하는 의사를 말하는 것이고, 불법영득의사를 실현하는 행위로서의 횡령행위가 있다는 점은 어디까지나 검사가 입증하여야 하는 것으로서, 그 입증은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신을 생기게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 하고, 이와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다 할 것인바, 피고인이 자신이 위탁받아 보관하고 있던 돈이 모두 없어졌는데도 그 행방이나 사용처를 제대로 설명하지 못한다면 일응 피고인이 이를 임의소비하여 횡령한 것이라고 추단할 수 있겠지만, 그렇지 아니하고 피고인이

불법영득의사의 존재를 인정하기 어려운 사유를 들어 돈의 행방이나 사용처에 대한 설명을 하고 있고 이에 부합하는 자료도 있다면 달리 피고인이 위탁받은 돈을 일단 타용도로 소비한 다음 그만한 돈을 별도로 입금 또는 반환한 것이라는 등의 사정이 인정되지 아니하는 한 함부로 위탁받은 돈을 불법영득의사로 인출하여 횡령하였다고 인정할 수는 없다( 대법원 1994. 9. 9. 선고 94도998 판결, 1998. 2. 13. 선고 97도1962 판결 등).

또, 사립학교에 있어서 학교교육에 직접 필요한 시설, 설비를 위한 경비 등과 같이 원래 교비회계에 속하는 자금으로 지출할 수 있는 항목에 관하여 교비회계 자금을 지출한 경우 이러한 자금지출 행위에 관하여 교비회계 자금을 임의로 횡령하고자 하는 불법영득의 의사가 있다고 보기는 어렵고, 만일 그 행위자가 이러한 지출을 하는 과정에서 사립학교법의 관련 규정을 제대로 준수하지 아니하였다면 이에 대하여 사립학교법에 따른 형사적 제재 등이 부과될 수 있을 뿐이다( 대법원 2006. 4. 28. 선고 2005도4085 판결 참조).

(2) 그런데 원심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들과 수사기록 별책 1권(경주대학교 회계서류 등), 별책 2권(원석학원 회계서류 등) 및 원심 변호인이 제출한 2006. 11. 7.자 참고자료 제5의 1~8(공판기록 1094~1155), 2006. 11. 21.자 참고자료 제3의 1~7(공판기록 1370~1376), 당심 변호인이 제출한 2007. 3. 27.자 참고자료 제3의 1~7, 제4의 1~6, 제5의 1~3과 2007. 5. 10.자 및 2007. 5. 30.자 참고자료의 각 기재, 피고인들의 원심 및 당심 법정에서의 진술 등을 종합하면 다음과 같은 사실이 인정된다.

(가) 경주시 소재 서라벌대학과 경주대학교는 학교법인 원석학원 산하의 사립학교인데, 위 대학들과 학교법인의 설립자는 공소외 13으로서 그가 실질적인 경영자이다.

(나) 피고인 1은 공소외 13의 처 공소외 14의 6촌으로서, 1994.경부터 서라벌대학에 총무과장으로 근무하면서 2000.경부터는 경리팀장으로 위 대학의 재산관리, 회계, 교직원 인사 등의 업무에 종사해 왔는데, 위 대학의 학장은 공소외 15이고 그 밑에 행정지원처장(공소외 2), 총무과장, 담당계장이 있으며, 피고인 2는 1988.경부터 경주대학교 총무과장, 사무부처장 및 사무처장으로 근무하면서 위 대학교의 경리, 회계 등의 업무를 담당해 왔는데, 위 대학교의 총장은 1999. 2.경부터 2005. 2.경까지는 공소외 16, 2005. 3.경부터 2006. 8.경까지는 공소외 13이고, 그 밑에 사무처장, 총무과장, 담당계장이 있다.

(다) 1990년대 들어 학생 수급조절과 맞지 않는 대학신설허가가 이루어진 탓으로 점차 전국의 대학신입생 모집정원보다 고교 졸업 후 대학진학희망자수가 적게 되는 현상이 발생하게 되자 대학마다 신입생 유치에 많은 노력을 기울이고 있는데, 서라벌대학과 경주대학교도 신입생 유치를 위한 각종 대책을 세우고 교직원들로 하여금 적극적인 입시홍보를 하도록 독려하여 왔으며(수사기록 4743~4762), 이에 소요되는 막대한 경비 등을 조달하기 위하여 피고인들이 학장 등 상급자들의 묵인하에 여러 개의 차명계좌를 이용해 비자금을 조성, 집행하여 왔다.

(라) 서라벌대학의 경우, 2000년부터 2004년까지 5년간 신입생 유치를 위하여 지출된 경비 중 장학금과 원룸지원비를 제외한 입시홍보광고료, 홍보출장비, 입시관련 식대, 입시홍보 행사비, 입시홍보 학과지원비, 입시홍보 대책비 등 입시경비로 지출된 금액은 총 8,959,643,668원인데, 그 중 교비에서 책정되어 지출된 금액은 매년 약 5~6억 원으로 2,804,799,683원이고, 피고인 1이 관리하는 차명계좌(공소외 1 내지 4)에서 지출된 금액은 6,154,843,985원이며(수사기록 1370~1375), 경주대학교의 경우 같은 기간 동안 입시경비로 지출된 금액은 총 9,855,956,358원인데, 그 중 교비에서 책정되어 지출된 금액은 7,158,879,460원이고, 피고인 2가 관리하는 차명계좌에서 지출된 금액은 2,337,076,898원이다(2007. 3. 27.자 참고자료 제3의 1~7, 제4의 1~6, 제5의 1~3). 또 2005년도 입시홍보비(홍보비

+ 입시관리비) 지출금액은 서라벌대학의 경우 1,245,415,687원(교비 758,385,687원 + 차명계좌 487,030,000원)이고, 경주대학교의 경우 2,289,000,060원(교비에서만 지출)이며, 그 외에 인근 다른 대학들도 10억 원 가량 되고(공판기록 416), 2006년도 입시경비 예산액도 서라벌대학의 경우 1,241,025,000원, 경주대학교의 경우 942,525,000원으로 책정되었다(2007. 5. 30.자 참고자료).

(마) 이와 같이 많은 금액을 입시홍보비로 지출하는 등으로 인하여 대구·경북지역 전문대학의 최종등록률 현황에서 서라벌대학은 정원내 등록률이 2003년~2005년 평균 74.8%로 22개 전문대학 중 5위에 해당하였고, 2006년도에는 93.7%에 이르렀다(공판기록 483, 2007. 5. 10.자 참고자료 2).

(바) 위와 같이 대학에서 입시홍보비로 지출되는 금액은 학교회계 예·결산서상의 계정과목에 연구·학생경비(4300) 관(款)의 입시관리비(4330) 항(項), 입시수당(4331) 및 입시경비(4332) 목(目)으로 분류되어 있고, 그 산출근거도 상세히 기재되어 있다.

(사) 한편, 서라벌대학은 1999년경 실내체육관 신축을 위한 설계용역을 마치고 2000. 12. 15.경 화성산업 주식회사(이하 '화성산업'이라 한다)와 사이에 공사비 6,325,000,000원(추후 몇 차례 변경되어 공사금액이 증가됨)으로 한 공사도급 계약을 체결하는 등 각종 도급계약을 체결하였고, 화성산업은 2001. 1.경 공사를 착공하여 2002년경 준공을 마쳤는데, 위 실내체육관 신축공사에 소요된 총공사비는 합계 8,742,440,000원(설계비 283,800,000원 + 건축감리비 188,320,000원 + 전기감리비 22,000,000원 + 소방감리비 3,850,000원 + 건축공사비 6,734,200,000원 + 전기공사비 963,570,000원 + 부대토목공사비 546,700,000원)이며, 위 공사비는 서라벌대학의 교비계좌에서 출금된 5,332,512,000원, 국민은행 경주지점으로부터의 차입금 2,000,000,000원 및 피고인 1이 관리하는 차명계좌의 자금 중 1,409,928,000원으로 지급되었다.

(아) 피고인들은 위와 같이 이 사건 비자금에서 서라벌대학과 경주대학교의 입시홍보비로 2000년부터 2004년까지 5년간 각각 61억 원과 23억 원 가량을 지출하였고, 서라벌대학의 실내체육관 공사비로 2001년~2002년경 14억 원 가량을 지출하였으나, 대부분 이 사건 각 차명계좌에서 현금으로 은행 입출금 과정을 거친 데다가 피고인들이 2000 ~ 2004학년도의 수입·지출 증빙서류 일체를 폐기해 버리는 바람에 차명계좌의 출금일자별 사용내역이나 각 차명계좌별 총 사용금액에 대한 추적은 사실상 불가능하다.

### (3) 불법영득의사의 유무에 관한 판단

위에서 본 법리와 이 사건 비자금의 조성목적, 조성절차, 비자금의 관리형태 및 사용내역, 서라벌대학과 경주대학교의 입시홍보비 및 서라벌대학의 실내체육관 공사비의 각 지출금액과 지출시기 등과 원심 및 당심에서 채택하여 조사한 증거들에 비추어 이 사건 공소사실 중 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 부분에 대하여 그 범죄일람표별로 피고인들에게 불법영득의사가 있었는지 여부에 관하여 살펴보면 다음과 같다.

#### (가) 범죄일람표 1, 6에 대하여

① 타인으로부터 용도가 엄격히 제한된 자금을 위탁받아 집행하면서 그 제한된 용도 이외의 목적으로 자금을 사용하는 것은 그 사용이 개인적인 목적에서 비롯된 경우는 물론 결과적으로 자금을 위탁한 본인을 위하는 면이 있더라도 그 사용행위 자체로서 불법영득의 의사를 실현한 것이 되어 횡령죄가 성립하는바, 사립학교법 제29조 및 같은법 시행

령에 의해 학교법인의 회계는 학교회계와 법인회계로 구분되고 학교회계 중 특히 교비회계에 속하는 수입은 다른 회계에 전출하거나 대여할 수 없는 등 용도가 엄격히 제한되어 있기 때문에 교비회계 자금을 다른 용도에 사용하였다면 그 자체로서 횡령죄가 성립하고, 또 어떤 학교의 교비회계 자금을 같은 학교법인에 속하는 다른 학교의 교비회계에 사용한 경우에도 불법영득의사가 있다고 인정된다( 대법원 2002. 5. 10. 선고 2001도1779 판결, 2004. 12. 24. 선고 2003도4570 판결, 2005. 9. 28. 선고 2005도3929 판결 등).

- ② 이러한 법리에 비추어 보면, 이 사건 비자금 계좌에서 학교법인 원석학원의 직원인 공소외 5의 계좌로 입금하여 위 학교법인 직원의 급여와 법인 사무실 운영경비로 사용한 범죄일람표 1, 6 기재 각 입금, 사용액은 일응 피고인들에게 불법영득의사가 인정되므로 업무상횡령죄가 성립한다.

다만, 범죄일람표 1의 순번 29번의 횡령금액은 그 액수가 6,500,000원이라는 증거가 없고 단지 5,500,000원으로 인정될 뿐이고(수사기록 1392), 순번 43번의 일시는 2004. 5. 27.이 아니라 2004. 5. 25.로 인정되며(수사기록 1397), 범죄일람표 6의 순번 1, 2, 45번 기재 금액은 피고인 2가 관리하는 차명계좌에서 입금되었음을 인정할 증거가 없고(이 사건 비자금 계좌에서 공소외 5 계좌로 입금된 것 중 입금의뢰인이 '공소외 17'로 되어 있는 부분은 서라벌대학의 차명계좌에서, '공소외 12'로 되어 있는 부분은 경주대학교의 차명계좌에서 각 입금된 것이다.

), 순번 53번의 일시는 2004. 11. 26.이 아니라 2004. 11. 25.로 인정된다(수사기록 1398).

- (나) 범죄일람표 3의 순번 16, 17, 18번과 범죄일람표 5의 순번 3, 67, 75, 90, 94, 97, 102, 105, 109, 113, 119번 중 각 일부 금액 및 범죄일람표 7의 순번 268, 284번에 대하여

범죄일람표 3의 순번 16, 17, 18번 기재 출금액은 피고인 1이 공소외 2 명의의 차명계좌에서 관리하던 서라벌대학의 비자금을 학교법인 원석학원의 감사 공소외 6의 처 공소외 7 명의의 계좌로 입금하여 공소외 6의 급여로 사용한 것이고, 범죄일람표 5의 순번 3번 기재 출금액 중 3억 원은 피고인 1이 공소외 4 명의의 차명계좌에서 관리하던 서라벌대학의 비자금을 인출하여 경주대학교의 교비통장에 입금하여 위 대학교의 운영비 등으로 사용한 것이고, 범죄일람표 5의 순번 67, 75, 90, 94, 97, 102, 105, 109, 113, 119번 기재 각 출금액 중 범죄일람표 1의 해당 순번 기재와 같이 공소외 5에게 입금한 금액을 뺀 나머지 금액(당심 범죄일람표 12의 순번 2 내지 11번 기재 금액)은 피고인 1이 공소외 4 명의의 차명계좌에서 관리하던 서라벌대학의 비자금을 위 학교법인의 감사 공소외 6의 급여로 입금하여 사용한 것이며, 범죄일람표 7의 순번 268번 기재 출금액 중 12,000,000원은 피고인 2가 공소외 8 명의의 차명계좌에서 관리하던 경주대학교의 비자금을 수표로 공소외 6에게 임의로 지급하여 사용한 것이고, 같은 범죄일람표의 순번 284번 기재 출금액은 피고인 2가 위 경주대학교의 비자금 계좌에서 수표로 발행, 출금하여 공소외 13의 처 공소외 14의 한복 구입대금으로 임의로 지급하여 사용한 것(수사기록 2297, 2329, 2336)임을 인정할 수 있으므로, 위 각 인정금액에 관하여는 피고인들에게 불법영득의사가 인정되어 업무상횡령죄가 성립한다.

- (다) 범죄일람표 7 중 순번 144, 147, 158, 163, 164, 175, 179, 188, 190, 194, 198, 209, 216, 225, 232, 241, 244, 252, 257, 272, 276, 277, 288, 319번에 대하여

위 각 출금액은 피고인 2가 공소외 8 명의의 차명계좌에서 관리하던 경주대학교의 비자금을 출금하여 '설립자 기부금'의 형식으로 법인장부에 표기하였다가 다시 '법정부담금' 명목으로 경주대학교의 교비통장(국민은행 계좌번호 생략)에 전액 그대로 입금한 사실이 인정되므로(2007. 3. 27.자 참고자료 제1의 1~2, 제2), 피고인 2가 경주대학교의 교비회계 자금을 다른 용도에 사용하였다고 보기 어려워 위 피고인에게 불법영득의사를 인정할 수 없고, 업무상횡령죄가 성립하지 아니한다.

(라) 범죄일람표 2, 범죄일람표 3의 순번 1 내지 15, 19 내지 71번, 범죄일람표 4, 범죄일람표 5 중 위 (나)항에서 유죄로 인정되는 부분을 제외한 나머지 부분, 범죄일람표 7 중 위 (다)항 기재 부분과 순번 268, 284번을 제외한 나머지 부분, 범죄일람표 8, 9에 대하여

① 위 각 지출금원이 교비지출에 해당하는지 여부

사립학교법 시행령 제13조 제2항에 의하면, 교비회계의 세출은 '학교운영에 필요한 인건비 및 물건비'( 제1호), '학교교육에 직접 필요한 시설·설비를 위한 경비'( 제2호), '교원의 연구비, 학생의 장학금, 교육지도비 및 보건체육비'( 제3호), '기타 학교교육에 직접 필요한 경비'( 제5호) 등으로 규정하고 있고, 사학기관재무회계규칙 제21조에 의하면, '학교에 속하는 회계의 세출예산은 이를 목적외에 사용하지 못하며 교비회계에서는 다른 회계로 전출하지 못한다'( 제2항), ' 제2항의 규정에 불구하고 동일 예산 관내의 항간 또는 목간에 예산의 과부족이 있는 경우에는 상호 전용할 수 있다'( 제3항)고 규정하고 있다.

위 각 규정과 위 제3의 나(2)의 (다), (라), (바), (사)항 기재 사실에 비추어 볼 때, 이 사건 비자금에서 피고인들이 지출하였다고 주장하는 서라벌대학과 경주대학교의 입시홍보비 등 신입생 유치를 위한 경비는 사립학교법 시행령 제13조 제2항 제3호 또는 제5호에 해당한다고 볼 수 있고, 또 피고인 1이 지출하였다는 서라벌대학의 실내체육관 공사비는 학교교육에 직접 필요한 시설을 위한 경비( 같은 항 제2호)에 해당한다고 인정되므로, 결국 이 사건 비자금 중 상당부분의 사용용도로 주장하는 입시홍보비와 체육관 공사비는 사립학교의 교비회계에서 지출되는 경비라고 할 것이다.

② 앞서 인정한 사실관계에 나타난 피고인들의 위 각 대학에서의 지위와 역할, 이 사건 비자금의 조성경위와 조성 목적, 비자금의 관리형태와 사용내역 등을 위에서 본 법리에 비추어 검토하여 보면, 비록 피고인들이 끝까지 학장이나 총장의 구체적인 지시 없이 독자적으로 이 사건 비자금을 조성하여 사용하였다고 주장하고 있다고 하더라도, 이 사건 비자금 중 위 각 출금액 부분은 여전히 서라벌대학과 경주대학교의 관리하에 있었다고 봄이 상당하고(공소사실에서도 이 사건 비자금 계좌를 위 각 대학이 관리하고 있는 것으로 적시하고 있다), 달리 위 비자금 부분이 위 각 대학을 위하여 보관한 것이 아니라 피고인들의 사적 용도에 제공될 목적으로 조성되었다거나 불법영득할 의사로 지출되었다고 인정할 증거가 없으며, 피고인들이 위 각 대학의 정식 교비계좌에서 직접 출금하여 사용하기 어려운 입시홍보비 등 자금을 충당하기 위하여 비정상적인 절차와 방법으로 이 사건 비자금의 조성 및 지출에 관여하였다는 사정만으로 업무상횡령죄에 있어서의 불법영득의 의사가 있다고 단정할 수도 없다.

물론, 위 제3의 나(2)의 (아)항에서 인정되는 사실에 비추어 보면 피고인들이 조성하여 관리하는 비자금을 피고인들 또는 그 상급자의 개인용도에 일단 사용하기 위하여 그와 같은 조치를 취하였던 것이 아닌가 하는 의심을 갖게 하기에 족하다고 할 것이지만, 앞서 본 바와 같이 비자금 계좌에서 출금된 돈의 사용처에 대한 피고인들의 변명이 사실로 밝혀지거나 사실일 가능성이 뒷받침되고 있는 마당에 위와 같은 의심스러운 일부 사정이 있고 출금된 돈의 최종적인 사용처가 명백하게 밝혀지지 않았다는 사유만으로는 피고인들이 이 사건 비자금을 자신들의 개인적인 용도에 사용하였다고 단정할 수 없고, 그 밖에 검사가 제출한 모든 증거를 살펴봐도 이를 인정할 수 없다.

그렇다면 위 각 지출금원 중 범죄일람표 2, 범죄일람표 3의 순번 1 내지 15, 19 내지 71번, 범죄일람표 4, 범죄일람표 5 중 위 (나)항에서 유죄로 인정되는 부분을 제외한 나머지 부분은 피고인 1이 서라벌대학의 입시홍보비와 실내체육관 공사비 등 서라벌대학을 위하여, 범죄일람표 7 중 위 (다)항 기재 부분과 순번 268, 284번을 제외한 나머지 부분 및 범죄일람표 8, 9의 각 부분은 피고인 2가 경주대학교의 입시홍보비 등 경주대학교를 위하여 각 지출한 것이 아니라고 볼 만한 특별한 사정이 없는 이상, 피고인들이 이를 개인적인 다른 명목으로 임의 지출하여 횡령한 것으로 인정할 수 없으므로 피고인들에 대한 이 부분 공소사실을 업무상횡령죄로 의율할 수 없음에도 원심은 피고인들이 이 부분 판시 범행을 범하였다고 인정하였으니 원심판결에는 사실을 오인하거나 횡령죄에 있어서의 불법영득의사에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 것이다.

#### 4. 결 론

따라서 이 사건 공소사실 중 위 제3의 나(3)의 (다), (라)항 기재 부분에 대한 피고인들의 항소가 이유 있으므로, 피고인들 및 검사의 각 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채, 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

#### 【이유】

##### 】 1. 항소이유의 요지

###### 가. 피고인들

###### (1) 사실오인 내지 법리오해의 점

###### (가) 피고인 1의 경우

공소외 1, 공소외 2, 공소외 3, 공소외 4 명의의 차명계좌에 입금된 돈 중 학교발전기금으로 지급받은 돈은 입시홍보비 등에 사용하기 위하여 조성한 것으로서 교비회계에 속하지 아니하므로 이를 다른 용도에 사용하였다고 하더라도 횡령죄가 성립하지 않고, 위 차명계좌에서 출금된 돈 중 검사가 사용처를 입증한 것은 경주대학교 계좌에 입금된 3억 원(별지 범죄일람표 5의 순번 3), 학교법인 원석학원의 직원 공소외 5 계좌에 입금된 돈(범죄일람표 1), 원석학원의 감사 공소외 6의 처 공소외 7 계좌에 입금된 돈뿐인데도, 원심은 피고인 1이 범죄일람표 2 내지 5의 돈(여기에는 범죄일람표 1의 돈도 포함되어 있다) 전부를 횡령한 것으로 인정하였다.

###### (나) 피고인 2의 경우

공소외 8, 피고인 2 명의의 차명계좌에 입금된 돈은 전부 학교발전기금으로 지급받은 것으로서 교비회계에 속하지 아니하므로 이를 다른 용도에 사용하였다고 하더라도 횡령죄가 성립하지 않고, 위 차명계좌에서 출금된 돈 중 검사가 사용처를 입증한 것은 학교법인 원석학원의 직원 공소외 5 계좌에 입금된 돈(범죄일람표 6)뿐인데도, 원심은 피고인 2가 범죄일람표 7 내지 8의 돈(여기에는 범죄일람표 6의 돈도 포함되어 있다) 전부를 횡령한 것으로 인정하였다(이하에서는 공소외 1, 공소외 2, 공소외 3, 공소외 4, 공소외 8, 피고인 2 명의의 차명계좌를 통틀어 '이 사건 차명계좌'라고 하고, 이 사건 차명계좌에 입금된 돈을 '이 사건 비자금'이라고 한다).

###### (2) 양형부당의 점

이 사건 비자금은 모두 학교(서라벌대와 경주대)의 경리와 직원들이 공동으로 관리하던 돈들이 밝혀졌고, 또 피고인들이 이를 개인적으로 착복하지는 아니한 점, 이 사건 범행은 재정상태가 열악한 지방 사립대에서 학생 미달이 등록금 수입의 감소로 이어지고 학교재정에 심각한 타격을 입혀 도산의 위기에 직면하게 될 뿐만 아니라 학생 모집이



학교 및 교직원의 생계와 연결되는 절박한 상황에서 급기야 온갖 물량공세로 학생들을 모집하는 지경에까지 이르러 정식 교비회계에 책정된 입시홍보비가 모자라 다소 변칙적으로 모금한 돈으로 모자라는 입시홍보비에 충당하고자 하는 과정에서 일어난 일로서 그 동기에 참작할 점이 많은 점, 피고인들이 잘못을 깊이 뉘우치고 있는 점 등을 고려하여 보면, 원심이 피고인 1에게 선고한 징역 3년 및 피고인 2에게 선고한 징역 1년 6월의 형은 너무 무거워서 부당하다.

#### 나. 검사(양형부당)

피고인들이 독단적 판단에 의하여 120억 원에 이르는 대학의 교비를 차명계좌를 통하여 무분별하게 조성, 집행한 점, 피고인들은 스스로 중형을 각오한 채 비자금 사용처를 감추기 위하여 증거를 인멸한 점, 위와 같은 피고인들의 행위로 인하여 사립학교의 자주성, 공공성, 건전성에 커다란 지장을 초래한 점 등에 비추어 보면, 원심이 피고인들에게 선고한 형은 너무 가벼워서 부당하다.

#### 2. 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령)의 공소사실의 요지

피고인 1은 1994.경부터 서라벌대학 총무과장으로 근무하면서 위 대학의 재산관리, 회계, 교직원 인사 등의 업무에 종사하는 사람이고, 피고인 2는 1988.경부터 경주대학 총무과장, 사무부처장 및 사무처장으로 근무하면서 위 대학의 인사, 경리, 회계 등의 업무를 담당해 온 사람인바, 학교법인회계는 학교회계와 법인회계로 구분되고 학교회계 중 특히 교비회계에 속하는 수입은 다른 회계에 전출하거나 대여할 수 없는 등 그 용도가 엄격히 제한되어 있으며, 사립학교법 시행령 제13조 제2항의 경우 교비회계 세출에 대해 그 용도를 한정해 놓고 있기 때문에 교비회계 자금을 다른 용도에 편성, 사용할 수 없음에도 불구하고,

##### 가. 피고인 1은,

2000. 1. 4.경부터 2004. 3. 22.경까지 포항시 북구 (지번 생략)에 있는 서라벌대학 거래업체인 주식회사 우인정보시스템 대표이사인 공소외 9를 비롯한 서라벌대학 거래업체인 우성가구, 아카데미정보통신, 애드파크, 백석상사 등에게 세금계산서상의 물품거래가격보다 할인된 금액으로 거래할 수 있음에도 그 할인폭 상당의 차액을 거래사례금 명목 등으로 되돌려달라고 부탁하는 방법으로 일단 위 세금계산서상의 금액을 위 업체들에게 지급한 후 그 중 일부를 다시 위 대학에서 관리하는 비자금 계좌로서 위 대학 직원의 친인척들인 공소외 1 내지 4 명의의 국민은행 경주지점 계좌로 반환받는 방법으로 위 대학 교비회계에 편성·집행하여야 할 자금으로 9,123,889,361원 상당의 비자금을 조성한 후,

(1) 위 대학이 소속된 학교법인 원석학원 사무국장 공소외 10과 공모하여,

2001. 5. 25. 그 중 금 3,000,000원을 위 법인 직원인 공소외 5의 계좌로 입금하여 위 법인의 직원 월급과 법인 사무실 경비로 임의로 사용한 것을 비롯하여, 그때부터 2004. 11. 11.까지 별지 범죄일람표 1 기재와 같이 총 44회에 걸쳐 위 대학 교비 합계 238,002,000원을 위 법인 직원 급여 및 법인 사무실 경비 등으로 임의로 사용하고,

(2) 2000. 4. 25. 그 중 2,600,000원을 위 법인의 감사인 공소외 6의 처 공소외 7의 계좌로 입금하여 위 공소외 6의 수당으로 임의로 사용한 것을 비롯하여, 2000. 1. 6.부터 2004. 4. 23.까지 별지 범죄일람표 2 내지 5 기재와 같이 총 310회에 걸쳐 위 대학 교비 및 국고보조금 합계 8,885,887,361원(비자금 조성액 9,123,889,361원에서 전항 기재 공소외 5의 계좌로 입금된 238,002,000원을 공제한 나머지 금액)을 위 법인 감사의 수당 등으로 지급하거나 불상의

개인적인 용도로 임의로 사용하여, 서라벌대학의 교비 및 국고보조금 합계 9,123,889,361원을 횡령하고,  
나. 피고인 2는,

1999. 12. 30.경부터 2004. 10. 27.경까지 서울 마포구 상암동에 있는 경주대학 거래업체인 대성기업사 대표이사인 공소외 11을 비롯한 위 대학 거래업체인 한국이지시스템 대구, 캐드뱅크 거목, 광성 등에게 세금계산서상의 물품거래가 격보다 할인된 금액으로 거래할 수 있음에도 그 할인폭 상당의 차액을 거래사레금 명목 등으로 되돌려달라고 부탁하는 방법으로 일단 위 세금계산서상의 금액을 위 업체들에게 지급한 후 그 중 일부를 다시 위 대학에서 관리하는 비자금 계좌인 위 대학 총무과 직원의 이모인 공소외 8 명의의 국민은행 경주지점 계좌 및 피고인 2 명의의 국민은행, 농협 계좌로 반환받는 방법으로 위 대학 교비회계에 편성·집행되어야 할 자금으로 2,989,238,308원 상당의 비자금을 조성한 후,

(1) 위 공소외 10과 공모하여,

2001. 5. 25. 그 중 3,000,000원을 위 공소외 5의 계좌로 입금하여 위 법인 직원의 월급 및 사무실 경비로 임의로 사용한 것을 비롯하여, 그때부터 2005. 8. 25.까지 별지 범죄일람표 6 기재와 같이 총 62회에 걸쳐 위 대학 교비 합계 328,746,030원을 위 법인 직원 급여 및 사무실 경비로 임의로 사용하고,

(2) 2001. 11. 22. 그 중 10,200,000원을 위 대학이 소속된 학교법인 원석학원 감사인 공소외 6에게 차용금 변제조로 지급하여 임의로 사용한 것을 비롯하여, 2000. 1. 4.부터 2004. 10. 27.까지 별지 범죄일람표 7 내지 9 기재와 같이 총 470회에 걸쳐 위 대학 교비 합계 2,660,492,278원(비자금 조성액 2,989,238,308원에서 전항 기재 공소외 5 계좌로 입금된 328,746,030원을 공제한 나머지 금액)을 위 대학 처장 등 보직자 판공비로 지급하거나 불상의 개인적인 용도로 임의로 사용하여, 경주대학의 교비 합계 2,989,238,308원을 횡령하였다.

### 3. 항소이유에 대한 판단

가. 피고인들이 조성한 이 사건 비자금이 교비회계에 속하는지 여부

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인들은 서라벌대학, 경주대학교의 공사·구매·용역 등 계약의 체결과 관련하여 실제보다 높은 가격으로 계약을 체결한 후 차액 중 부가가치세를 제외한 나머지 부분을 리베이트 형식으로 반환받아 비자금으로 조성한 사실(서라벌대학의 경우에는 피고인 1이 관리하는 계좌로서 서라벌대학 직원의 친인척인 공소외 1 내지 4 명의의 국민은행 경주지점 계좌로, 경주대학교의 경우에는 피고인 2가 관리하는 계좌로서 경주대학교 직원 공소외 12의 친척인 공소외 8 명의의 국민은행 계좌와 위 피고인 명의의 국민은행 및 농협 계좌로 반환받았다)을 인정할 수 있고, 위 인정 사실과 같이 교비회계 자금을 실제보다 초과지출한 후 그 초과분을 반환받았다면 이는 교비회계 자금으로서의 성질을 잃지 않는다고 보아야 할 것이므로, 피고인들이 업체로부터 학교발전기금 명목으로 지급받았다는 돈은 교비회계에 속하는 수입으로 봄이 상당하다{ 사립학교법 시행령 제13조 제1항은 '다른 회계로부터 전입되는 전입금'( 제4호)이나 '기타 학교법인의 수입으로서 다른 회계에 속하지 아니하는 수입'( 제9호)을 교비회계의 세입으로 한다고 규정하고 있다}.

피고인 1은 자신이 관리하던 차명계좌에 입금된 돈에는 학교발전기금 명목으로 지급받은 부분 이외에도, ① 국고지원금이나 교비회계자금을 인출한 후 실제 지급시까지 임의로 보관한 부분, ② 차명계좌에서 출금 후 미사용금액을 재입금하거나 교비회계에 대여하였다가 회수한 부분이 혼재되어 있다고 주장하므로 살피건대, 위 ①의 돈은 결국 교비회계자금에 다름아니라는 것이고, 위 ②의 돈은 위 피고인이 예산에 편입하여 결산서를 명확히 작성하지 아니하고 차명계좌에 보관한 이상, 검사가 그 부존재를 증명하는 것은 사회통념상 불가능하고 결국 위 피고인이 그러한 사실

의 존재를 수궁할 만한 소명자료를 제시할 부담을 지며 이때 제시하여야 할 소명자료는 적어도 검사의 입증활동이 현실적으로 가능할 정도의 구체성은 갖추어야 할 것인데, 위 피고인이 차명계좌에 입금된 기간 동안 수입·지출증빙서철을 모두 파기하여 자금추적을 할 수 없는 이 사건에서 위 피고인은 위 ②의 돈이 교비회계자금이라는 점에 대하여 책임을 져야 할 것이다.

또, 피고인 2는 거래와는 무관하게 업체로부터 학교발전기금 명목으로 돈을 지급받았다고 주장하나, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 업체에 결제자금조로 송금하였다가 학교발전기금 명목으로 반환받은 부분은 이들 업체들과 반복된 거래과정을 통하여 당초 교비에서 지출될 때부터 이를 학교발전기금이나 리베이트 명목으로 반환받아 비자금으로 조성하고자 예정되어 있었던 사실을 인정할 수 있으므로 위 피고인의 주장도 이유 없다.

나. 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령)죄 부분에 관한 사실오인 내지 법리오해의 점

(1) 업무상횡령죄에 있어서의 불법영득의 의사라 함은 자기 또는 제3자의 이익을 꾀할 목적으로 업무상의 임무에 위배하여 보관하는 타인의 재물을 자기의 소유인 것 같이 사실상 또는 법률상 처분하는 의사를 말하는 것이고, 불법영득의사를 실현하는 행위로서의 횡령행위가 있다는 점은 어디까지나 검사가 입증하여야 하는 것으로서, 그 입증은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신을 생기게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 하고, 이와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다 할 것인바, 피고인이 자신이 위탁받아 보관하고 있던 돈이 모두 없어졌는데도 그 행방이나 사용처를 제대로 설명하지 못한다면 일응 피고인이 이를 임의소비하여 횡령한 것이라고 추단할 수 있겠지만, 그렇지 아니하고 피고인이 불법영득의사의 존재를 인정하기 어려운 사유를 들어 돈의 행방이나 사용처에 대한 설명을 하고 있고 이에 부합하는 자료도 있다면 달리 피고인이 위탁받은 돈을 일단 타용도로 소비한 다음 그만한 돈을 별도로 입금 또는 반환한 것이라는 등의 사정이 인정되지 아니하는 한 함부로 위탁받은 돈을 불법영득의사로 인출하여 횡령하였다고 인정할 수는 없다( 대법원 1994. 9. 9. 선고 94도998 판결, 1998. 2. 13. 선고 97도1962 판결 등).

또, 사립학교에 있어서 학교교육에 직접 필요한 시설, 설비를 위한 경비 등과 같이 원래 교비회계에 속하는 자금으로 지출할 수 있는 항목에 관하여 교비회계 자금을 지출한 경우 이러한 자금지출 행위에 관하여 교비회계 자금을 임의로 횡령하고자 하는 불법영득의 의사가 있다고 보기는 어렵고, 만일 그 행위자가 이러한 지출을 하는 과정에서 사립학교법의 관련 규정을 제대로 준수하지 아니하였다면 이에 대하여 사립학교법에 따른 형사적 제재 등이 부과될 수 있을 뿐이다( 대법원 2006. 4. 28. 선고 2005도4085 판결 참조).

(2) 그런데 원심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들과 수사기록 별책 1권(경주대학교 회계서류 등), 별책 2권(원석학원 회계서류 등) 및 원심 변호인이 제출한 2006. 11. 7.자 참고자료 제5의 1~8(공판기록 1094~1155), 2006. 11. 21.자 참고자료 제3의 1~7(공판기록 1370~1376), 당심 변호인이 제출한 2007. 3. 27.자 참고자료 제3의 1~7, 제4의 1~6, 제5의 1~3과 2007. 5. 10.자 및 2007. 5. 30.자 참고자료의 각 기재, 피고인들의 원심 및 당심 법정에서의 진술 등을 종합하면 다음과 같은 사실이 인정된다.

(가) 경주시 소재 서라벌대학과 경주대학교는 학교법인 원석학원 산하의 사립학교인데, 위 대학들과 학교법인의 설립자는 공소외 13으로서 그가 실질적인 경영자이다.

(나) 피고인 1은 공소외 13의 처 공소외 14의 6촌으로서, 1994.경부터 서라벌대학에 총무과장으로 근무하면서 2000.경부터는 경리팀장으로 위 대학의 재산관리, 회계, 교직원 인사 등의 업무에 종사해 왔는데, 위 대학의 학장은 공소외

15이고 그 밑에 행정지원처장(공소외 2), 총무과장, 담당계장이 있으며, 피고인 2는 1988.경부터 경주대학교 총무과장, 사무부처장 및 사무처장으로 근무하면서 위 대학교의 경리, 회계 등의 업무를 담당해 왔는데, 위 대학교의 총장은 1999. 2.경부터 2005. 2.경까지는 공소외 16, 2005. 3.경부터 2006. 8.경까지는 공소외 13이고, 그 밑에 사무처장, 총무과장, 담당계장이 있다.

(다) 1990년대 들어 학생 수급조절과 맞지 않는 대학신설허가가 이루어진 탓으로 점차 전국의 대학신입생 모집정원보다 고교 졸업 후 대학진학희망자수가 적게 되는 현상이 발생하게 되자 대학마다 신입생 유치에 많은 노력을 기울이고 있는데, 서라벌대학과 경주대학교도 신입생 유치를 위한 각종 대책을 세우고 교직원들로 하여금 적극적인 입시홍보를 하도록 독려하여 왔으며(수사기록 4743~4762), 이에 소요되는 막대한 경비 등을 조달하기 위하여 피고인들이 학장 등 상급자들의 묵인하에 여러 개의 차명계좌를 이용해 비자금을 조성, 집행하여 왔다.

(라) 서라벌대학의 경우, 2000년부터 2004년까지 5년간 신입생 유치를 위하여 지출된 경비 중 장학금과 원룸지원비를 제외한 입시홍보광고료, 홍보출장비, 입시관련 식대, 입시홍보 행사비, 입시홍보 학과지원비, 입시홍보 대책비 등 입시경비로 지출된 금액은 총 8,959,643,668원인데, 그 중 교비에서 책정되어 지출된 금액은 매년 약 5~6억 원으로 2,804,799,683원이고, 피고인 1이 관리하는 차명계좌(공소외 1 내지 4)에서 지출된 금액은 6,154,843,985원이며(수사기록 1370~1375), 경주대학교의 경우 같은 기간 동안 입시경비로 지출된 금액은 총 9,855,956,358원인데, 그 중 교비에서 책정되어 지출된 금액은 7,158,879,460원이고, 피고인 2가 관리하는 차명계좌에서 지출된 금액은 2,337,076,898원이다(2007. 3. 27.자 참고자료 제3의 1~7, 제4의 1~6, 제5의 1~3). 또 2005년도 입시홍보비(홍보비 + 입시관리비) 지출금액은 서라벌대학의 경우 1,245,415,687원(교비 758,385,687원 + 차명계좌 487,030,000원)이고, 경주대학교의 경우 2,289,000,060원(교비에서만 지출)이며, 그 외에 인근 다른 대학들도 10억 원 가량 되고(공판기록 416), 2006년도 입시경비 예산액도 서라벌대학의 경우 1,241,025,000원, 경주대학교의 경우 942,525,000원으로 책정되었다(2007. 5. 30.자 참고자료).

(마) 이와 같이 많은 금액을 입시홍보비로 지출하는 등으로 인하여 대구·경북지역 전문대학의 최종등록률 현황에서 서라벌대학은 정원내 등록률이 2003년~2005년 평균 74.8%로 22개 전문대학 중 5위에 해당하였고, 2006년도에는 93.7%에 이르렀다(공판기록 483, 2007. 5. 10.자 참고자료 2).

(바) 위와 같이 대학에서 입시홍보비로 지출되는 금액은 학교회계 예·결산서상의 계정과목에 연구·학생경비(4300) 관(款)의 입시관리비(4330) 항(項), 입시수당(4331) 및 입시경비(4332) 목(目)으로 분류되어 있고, 그 산출근거도 상세히 기재되어 있다.

(사) 한편, 서라벌대학은 1999년경 실내체육관 신축을 위한 설계용역을 마치고 2000. 12. 15.경 화성산업 주식회사(이하 '화성산업'이라 한다)와 사이에 공사비 6,325,000,000원(추후 몇 차례 변경되어 공사금액이 증가됨)으로 한 공사도급계약을 체결하는 등 각종 도급계약을 체결하였고, 화성산업은 2001. 1.경 공사를 착공하여 2002년경 준공을 마쳤는데, 위 실내체육관 신축공사에 소요된 총공사비는 합계 8,742,440,000원(설계비 283,800,000원 + 건축감리비 188,320,000원 + 전기감리비 22,000,000원 + 소방감리비 3,850,000원 + 건축공사비 6,734,200,000원 + 전기공사비 963,570,000원 + 부대토목공사비 546,700,000원)이며, 위 공사비는 서라벌대학의 교비계좌에서 출금된 5,332,512,000원, 국민은행 경주지점으로부터의 차입금 2,000,000,000원 및 피고인 1이 관리하는 차명계좌의 자금

중 1,409,928,000원으로 지급되었다.

(아) 피고인들은 위와 같이 이 사건 비자금에서 서라벌대학과 경주대학교의 입시홍보비로 2000년부터 2004년까지 5년간 각각 61억 원과 23억 원 가량을 지출하였고, 서라벌대학의 실내체육관 공사비로 2001년~2002년경 14억 원 가량을 지출하였으나, 대부분 이 사건 각 차명계좌에서 현금으로 은행 입출금 과정을 거친 데다가 피고인들이 2000 ~ 2004학년도의 수입·지출 증빙서류 일체를 폐기해 버리는 바람에 차명계좌의 출금일자별 사용내역이나 각 차명계좌별 총 사용금액에 대한 추적은 사실상 불가능하다.

(3) 불법영득의사의 유무에 관한 판단

위에서 본 법리와 이 사건 비자금의 조성목적, 조성절차, 비자금의 관리형태 및 사용내역, 서라벌대학과 경주대학교의 입시홍보비 및 서라벌대학의 실내체육관 공사비의 각 지출금액과 지출시기 등과 원심 및 당심에서 채택하여 조사한 증거들에 비추어 이 사건 공소사실 중 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 부분에 대하여 그 범죄일람표별로 피고인들에게 불법영득의사가 있었는지 여부에 관하여 살펴보면 다음과 같다.

(가) 범죄일람표 1, 6에 대하여

- ① 타인으로부터 용도가 엄격히 제한된 자금을 위탁받아 집행하면서 그 제한된 용도 이외의 목적으로 자금을 사용하는 것은 그 사용이 개인적인 목적에서 비롯된 경우는 물론 결과적으로 자금을 위탁한 본인을 위하는 면이 있더라도 그 사용행위 자체로서 불법영득의 의사를 실현한 것이 되어 횡령죄가 성립하는바, 사립학교법 제29조 및 같은법 시행령에 의해 학교법인의 회계는 학교회계와 법인회계로 구분되고 학교회계 중 특히 교비회계에 속하는 수입은 다른 회계에 전출하거나 대여할 수 없는 등 용도가 엄격히 제한되어 있기 때문에 교비회계 자금을 다른 용도에 사용하였다면 그 자체로서 횡령죄가 성립하고, 또 어떤 학교의 교비회계 자금을 같은 학교법인에 속하는 다른 학교의 교비회계에 사용한 경우에도 불법영득의사가 있다고 인정된다( 대법원 2002. 5. 10. 선고 2001도1779 판결, 2004. 12. 24. 선고 2003도4570 판결, 2005. 9. 28. 선고 2005도3929 판결 등).
- ② 이러한 법리에 비추어 보면, 이 사건 비자금 계좌에서 학교법인 원석학원의 직원인 공소외 5의 계좌로 입금하여 위 학교법인 직원의 급여와 법인 사무실 운영경비로 사용한 범죄일람표 1, 6 기재 각 입금, 사용액은 일응 피고인들에게 불법영득의사가 인정되므로 업무상횡령죄가 성립한다.

다만, 범죄일람표 1의 순번 29번의 횡령금액은 그 액수가 6,500,000원이라는 증거가 없고 단지 5,500,000원으로 인정될 뿐이고(수사기록 1392), 순번 43번의 일시는 2004. 5. 27.이 아니라 2004. 5. 25.로 인정되며(수사기록 1397), 범죄일람표 6의 순번 1, 2, 45번 기재 금액은 피고인 2가 관리하는 차명계좌에서 입금되었음을 인정할 증거가 없고(이 사건 비자금 계좌에서 공소외 5 계좌로 입금된 것 중 입금의뢰인이 '공소외 17'로 되어 있는 부분은 서라벌대학의 차명계좌에서, '공소외 12'로 되어 있는 부분은 경주대학교의 차명계좌에서 각 입금된 것이다.

), 순번 53번의 일시는 2004. 11. 26.이 아니라 2004. 11. 25.로 인정된다(수사기록 1398).

(나) 범죄일람표 3의 순번 16, 17, 18번과 범죄일람표 5의 순번 3, 67, 75, 90, 94, 97, 102, 105, 109, 113, 119번 중 각 일부 금액 및 범죄일람표 7의 순번 268, 284번에 대하여

범죄일람표 3의 순번 16, 17, 18번 기재 출금액은 피고인 1이 공소외 2 명의의 차명계좌에서 관리하던 서라벌대학의 비자금을 학교법인 원석학원의 감사 공소외 6의 처 공소외 7 명의의 계좌로 입금하여 공소외 6의 급여로 사용한 것이

고, 범죄일람표 5의 순번 3번 기재 출금액 중 3억 원은 피고인 1이 공소외 4 명의의 차명계좌에서 관리하던 서라벌 대학의 비자금을 인출하여 경주대학교의 교비통장에 입금하여 위 대학교의 운영비 등으로 사용한 것이고, 범죄일람표 5의 순번 67, 75, 90, 94, 97, 102, 105, 109, 113, 119번 기재 각 출금액 중 범죄일람표 1의 해당 순번 기재와 같이 공소외 5에게 입금한 금액을 뺀 나머지 금액(당심 범죄일람표 12의 순번 2 내지 11번 기재 금액)은 피고인 1이 공소외 4 명의의 차명계좌에서 관리하던 서라벌대학의 비자금을 위 학교법인의 감사 공소외 6의 급여로 입금하여 사용한 것이며, 범죄일람표 7의 순번 268번 기재 출금액 중 12,000,000원은 피고인 2가 공소외 8 명의의 차명계좌에서 관리하던 경주대학교의 비자금을 수표로 공소외 6에게 임의로 지급하여 사용한 것이고, 같은 범죄일람표의 순번 284번 기재 출금액은 피고인 2가 위 경주대학교의 비자금 계좌에서 수표로 발행, 출금하여 공소외 13의 처 공소외 14의 한복 구입대금으로 임의로 지급하여 사용한 것(수사기록 2297, 2329, 2336)임을 인정할 수 있으므로, 위 각 인정금액에 관하여는 피고인들에게 불법영득의사가 인정되어 업무상횡령죄가 성립한다.

(다) 범죄일람표 7 중 순번 144, 147, 158, 163, 164, 175, 179, 188, 190, 194, 198, 209, 216, 225, 232, 241, 244, 252, 257, 272, 276, 277, 288, 319번에 대하여

위 각 출금액은 피고인 2가 공소외 8 명의의 차명계좌에서 관리하던 경주대학교의 비자금을 출금하여 '설립자 기부금'의 형식으로 법인장부에 표기하였다가 다시 '법정부담금' 명목으로 경주대학교의 교비통장(국민은행 계좌번호 생략)에 전액 그대로 입금한 사실이 인정되므로(2007. 3. 27.자 참고자료 제1의 1~2, 제2), 피고인 2가 경주대학교의 교비회계 자금을 다른 용도에 사용하였다고 보기 어려워 위 피고인에게 불법영득의사를 인정할 수 없고, 업무상횡령죄가 성립하지 아니한다.

(라) 범죄일람표 2, 범죄일람표 3의 순번 1 내지 15, 19 내지 71번, 범죄일람표 4, 범죄일람표 5 중 위 (나)항에서 유죄로 인정되는 부분을 제외한 나머지 부분, 범죄일람표 7 중 위 (다)항 기재 부분과 순번 268, 284번을 제외한 나머지 부분, 범죄일람표 8, 9에 대하여

#### ① 위 각 지출금원이 교비지출에 해당하는지 여부

사립학교법 시행령 제13조 제2항에 의하면, 교비회계의 세출은 '학교운영에 필요한 인건비 및 물건비'( 제1호), '학교교육에 직접 필요한 시설·설비를 위한 경비'( 제2호), '교원의 연구비, 학생의 장학금, 교육지도비 및 보건체육비'( 제3호), '기타 학교교육에 직접 필요한 경비'( 제5호) 등으로 규정하고 있고, 사학기관재무회계규칙 제21조에 의하면, '학교에 속하는 회계의 세출예산은 이를 목적외에 사용하지 못하며 교비회계에서는 다른 회계로 전출하지 못한다'( 제2항), ' 제2항의 규정에 불구하고 동일 예산 관내의 항간 또는 목간에 예산의 과부족이 있는 경우에는 상호 전용할 수 있다'( 제3항)고 규정하고 있다.

위 각 규정과 위 제3의 나(2)의 (다), (라), (바), (사)항 기재 사실에 비추어 볼 때, 이 사건 비자금에서 피고인들이 지출하였다고 주장하는 서라벌대학과 경주대학교의 입시홍보비 등 신입생 유치를 위한 경비는 사립학교법 시행령 제13조 제2항 제3호 또는 제5호에 해당한다고 볼 수 있고, 또 피고인 1이 지출하였다는 서라벌대학의 실내체육관 공사비는 학교교육에 직접 필요한 시설을 위한 경비( 같은 항 제2호)에 해당한다고 인정되므로, 결국 이 사건 비자금 중 상당 부분의 사용용도로 주장하는 입시홍보비와 체육관 공사비는 사립학교의 교비회계에서 지출되는 경비라고 할 것이다.

② 앞서 인정한 사실관계에 나타난 피고인들의 위 각 대학에서의 지위와 역할, 이 사건 비자금의 조성경위와 조성 목적, 비자금의 관리형태와 사용내역 등을 위에서 본 법리에 비추어 검토하여 보면, 비록 피고인들이 끝까지 확장이나 총장의 구체적인 지시 없이 독자적으로 이 사건 비자금을 조성하여 사용하였다고 주장하고 있다고 하더라도, 이 사건 비자금 중 위 각 출금액 부분은 여전히 서라벌대학과 경주대학교의 관리하에 있었다고 봄이 상당하고(공소사실에서도 이 사건 비자금 계좌를 위 각 대학이 관리하고 있는 것으로 적시하고 있다), 달리 위 비자금 부분이 위 각 대학을 위하여 보관한 것이 아니라 피고인들의 사적 용도에 제공될 목적으로 조성되었다거나 불법영득할 의사로 지출되었다고 인정할 증거가 없으며, 피고인들이 위 각 대학의 정식 교비계좌에서 직접 출금하여 사용하기 어려운 입시홍보비 등 자금을 충당하기 위하여 비정상적인 절차와 방법으로 이 사건 비자금의 조성 및 지출에 관여하였다는 사정만으로 업무상횡령죄에 있어서의 불법영득의 의사가 있다고 단정할 수도 없다.

물론, 위 제3의 나(2)의 (아)항에서 인정되는 사실에 비추어 보면 피고인들이 조성하여 관리하는 비자금을 피고인들 또는 그 상급자의 개인용도에 일단 사용하기 위하여 그와 같은 조치를 취하였던 것이 아닌가 하는 의심을 갖게 하기에 족하다고 할 것이지만, 앞서 본 바와 같이 비자금 계좌에서 출금된 돈의 사용처에 대한 피고인들의 변명이 사실로 밝혀지거나 사실일 가능성이 뒷받침되고 있는 마당에 위와 같은 의심스러운 일부 사정이 있고 출금된 돈의 최종적인 사용처가 명백하게 밝혀지지 않았다는 사유만으로는 피고인들이 이 사건 비자금을 자신들의 개인적인 용도에 사용하였다고 단정할 수 없고, 그 밖에 검사가 제출한 모든 증거를 살펴봐도 이를 인정할 수 없다.

그렇다면 위 각 지출금원 중 범죄일람표 2, 범죄일람표 3의 순번 1 내지 15, 19 내지 71번, 범죄일람표 4, 범죄일람표 5 중 위 (나)항에서 유죄로 인정되는 부분을 제외한 나머지 부분은 피고인 1이 서라벌대학의 입시홍보비와 실내체육관 공사비 등 서라벌대학을 위하여, 범죄일람표 7 중 위 (다)항 기재 부분과 순번 268, 284번을 제외한 나머지 부분 및 범죄일람표 8, 9의 각 부분은 피고인 2가 경주대학교의 입시홍보비 등 경주대학교를 위하여 각 지출한 것이 아니라 불 만한 특별한 사정이 없는 이상, 피고인들이 이를 개인적인 다른 명목으로 임의 지출하여 횡령한 것으로 인정할 수 없으므로 피고인들에 대한 이 부분 공소사실을 업무상횡령죄로 의율할 수 없음에도 원심은 피고인들이 이 부분 판시 범행을 범하였다고 인정하였으니 원심판결에는 사실을 오인하거나 횡령죄에 있어서의 불법영득의사에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 것이다.

#### 4. 결 론

따라서 이 사건 공소사실 중 위 제3의 나(3)의 (다), (라)항 기재 부분에 대한 피고인들의 항소가 이유 있으므로, 피고인들 및 검사의 각 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채, 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.