

특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)·특정경제범죄가중처벌등

에관한법률위반(사기)·업무상횡령

[대전고등법원 2005. 5. 20. 2003노627]



【전문】

【피 고 인】

【항 소 인】 피고인

【검 사】 김태광

【변 호 인】 변호사 이관형외 5인

【원심판결】 청주지방법원 2003. 12. 2. 선고 2003고합95 판결

【주문】

】

원심판결을 파기한다.

피고인을 징역 2년 6월에 처한다.

원심판결 선고 전의 구금일수 9일을 위 형에 산입한다.

다만, 이 판결 확정일로부터 3년간 위 형의 집행을 유예한다.

이 사건 공소사실 중 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)의 점은 무죄.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 사실오인 또는 법리오해

피고인이 경찰, 검찰 및 원심법정에서 이 사건 공소사실 중 전부 또는 일부에 대하여 자백한 것은 사실이나, 자백 경위 및 당시 상황 등에 비추어 이를 그대로 믿기는 어렵고, 이에 부합하는 피고인의 자백 외의 대부분의 진술증거도 진술자의 개인적인 견해에 불과하거나 전문진술로서 신빙성이 없거나 그 증명력이 부족하며, 그 밖의 다른 증거 역시 피고인의 이 사건 공소사실을 인정할 직접증거가 되지 아니하거나 오히려 피고인의 변호내용에 부합하는 부분이 많음에도 원심은 이를 모두 유죄로 인정하였으니, 거기에는 아래에서 보는 바와 같이 채증법칙위배로 인하여 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다.

(1) 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령) 부분(제1 공소사실)

(가) 피고인이 충북 (상세 행정구역명 생략)에 있는 (명칭 생략)전문대학(현 (명칭 생략)정보대학, 이하 (명칭 생략)정보대학'이라 한다)으로부터 1969년 피고인이 설립한 학교법인 공소외 1 학원(현 공소외 2 학원, 이하 공소외 2 학원이라 한다) 및 그 법인에 속한 (명칭 생략)외국어고등학교, (명칭 생략)여자고등학교에게 원심 판시와 같이 1994. 5. 17.부터 1996. 11. 29.까지 합계 1,228,283,561원을 지출(이하, '이 사건 지출금원'이라 한다)한 것은 사실이나, 이는 원심이 인정하는 바와 같이 (명칭 생략)여자고등학교 등의 교사 증축 공사비 등의 명목 등으로 지출한 것이 아니라 1994년도에 개교한 (명칭 생략)정보대학의 교사를 건축하는데 자금이 부족하여 그 교사건축비로 사용하기 위하여 공소외 2 학원 등으로부터 일시 융통하였던 약속어음 및 차용금을 변제한 것에 불과하므로, 피고인에게는 (명칭 생략)정보대학의 교비에 속한 자금을 다른 법인 등을 위하여 사용하려는 의사, 즉 불법영득의사가 있다고 할 수 없어 이를 업무상횡령죄로 의율할 수 없다.

(나) 설령 피고인의 위와 같은 행위가 각각 업무상횡령죄를 구성한다고 하더라도 이를 통틀어 포괄일죄로 볼 수 있는 것은 각각의 횡령행위가 단일하고 계속된 범의 아래 이루어진 경우에 한한다 할 것인데, 이 사건 지출금원의 대상과 목적이 다양한 점에 비추어 이를 포괄일죄로 보기는 어렵다.

따라서 이 부분에 관하여 특정경제범죄가중처벌등에관한법률이 적용될 수 없음은 물론 이 부분 공소사실 중 1996. 3. 20. 이전에 범한 횡령죄에 대하여는 이미 공소시효가 완성되었다.

(2) 각 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기) 부분(제2 공소사실)

(가) 피고인이 학교법인 공소외 3 학원(현 공소외 4 학원, 이하 공소외 4 학원이라 한다) 명의로 1996. 6. 7. 10억 원, 1997. 4. 17. 3억 원 및 같은 해 5. 13. 6억 원 등 합계 19억 원(이하, '이 사건 용자금'이라 한다) 등 1995. 7. 18.부터 1998. 7. 10.까지 6회에 걸쳐 한국사학진흥재단(이하, 편의상 '재단'이라 한다)으로부터 합계 38억 원을 용자받은 것은 사실이나, 일부는 용자 후 그 목적에 맞게 사용하였고, 일부는 미리 증축한 다음에 그 소요자금을 신청하였던 것으로 그 건축시기가 다소 차이가 날 뿐 결국 이 사건 용자금 대부분을 용자목적인 (명칭 생략)정보대학의 교육환경 개선을 위하여 사용하였으므로 사기의 범의가 없었고, 설령 결과적으로 당초 제시한 용도로 사용되지 않은 부분이 있다고 하더라도 용자신청 당시부터 그럴 의사로 용자받은 것은 아니므로 재단을 의도적으로 기망하였다고 볼 수는 없다.

(나) 이 부분은 피고인이 재단으로부터 받은 용자금 중 1996. 6. 7. 송금 받은 10억 원으로 1997. 1. 28. 서울 강남구 신사동 (지번 생략) 토지 및 건물(이하 (명칭 생략)빌딩)이라 한다)을 매입하고, 1997. 4. 17. 송금 받은 3억 원과 같은 해 5. 13. 송금 받은 6억 원을 합한 9억 원으로 1997. 7. 16. 법인에탁금 8억 3,000만 원을 예치하였음을 전제로 기소된 것이나, 위 10억 원은 1996. 6. 13., 위 3억 원은 1997. 5. 13. 위 6억 원은 같은 달 16. 각 출금되었음에 비추어, 위 각 금원이 바로 (명칭 생략)빌딩 매입이나 위 법인에탁금 예치에 사용되었다고 단정하기도 어렵고, 당시 (명칭 생략) 4학원이나 피고인 및 피고인의 처는 상당한 액수의 재산을 보유하고 있었으므로 굳이 위와 같이 용자금을 편취하여 사용할 아무런 이유도 없었다.

(3) 각 업무상횡령 부분(제3 공소사실)

(가) 피고인이 원심 판시 임대보증금 8,000만 원과 통학버스 요금 합계 233,451,670원을 (명칭 생략)정보대학을 위하여 업무상 보관중 모두 사용한 것은 사실이나, 이는 (명칭 생략)정보대학의 총무과장이 관리하면서 피고인이 업무상 필요한 경우 인출해 주어 이를 학생들 행사비, 교직원 회식비 등 (명칭 생략)정보대학 학장의 직무를 수행함에 있어서 필요한 판공비 등으로 사용하였을 뿐 개인적인 용도로 사용한 것은 아니므로 피고인에게 불법영득의 의사를 인정하기 어려워 업무상횡령죄가 성립되지 아니한다.

(나) 원심은 통학버스 요금이 사립학교법 제29조 제2항 소정의 '수업료 기타 납부금'에 해당한다는 전제하에 교비회계에 속하는 금원을 다른 목적으로 사용하였다고 하여 업무상횡령죄를 인정하였으나, 통학버스 요금이 위 수업료 기타 납부금에 해당하는지 불분명할 뿐더러, 설령 그에 해당한다고 하더라도 사립학교법 제73조의2 소정의 죄를 구성함은 별론으로 하되, 불법영득의 의사가 없으므로 업무상횡령죄는 성립되지 아니한다.

나. 양형부당

그렇지 않다 하더라도, 피고인이 이 사건 각 범행으로 인하여 개인적으로 이익을 추구한 바는 없고, 손해액을 전부 배상한 점 등을 감안하면, 원심의 선고형(징역 3년에 집행유예 4년과 징역 1년에 집행유예 4년)은 너무 무거워 부당하다.

2. 판 단

먼저, 사실오인 또는 법리오해의 점에 관하여 본다

가. 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령) 부분(제1 공소사실)

(1) 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(대법원 1994. 9. 9. 선고 94도998 판결 등 참조), 피고인이 (명칭 생략)정보대학으로부터 용도가 엄격히 제한된 교비회계 자금을 위탁받아 집행하면서 그 제한된 용도 이외의 목적으로 자금을 사용하였다면 일응 그 사용행위 자체로서 불법영득의 의사를 실현한 것이 되어 횡령죄가 성립한다고 추단할 수 있겠지만, 그렇지 아니하고 불법영득의사의 존재를 인정하기 어려운 사유를 들어 그 돈의 행방이나 사용처에 대한 설명을 하고 있고 이에 부합하는 자료도 있다면 달리 피고인이 그 위탁받은 돈을 일단 타용도로 소비한 다음 그만한 돈을 별도로 입금 또는 반환한 것이라는 등의 사정이 인정되지 아니하는 한 함부로 그 위탁받은 돈을 불법영득의사로 인출하여 횡령하였다고 인정할 수는 없다고 보아야 할 것이다.

(2) 그런데 원심에서 적법하게 조사·채택한 증거들과 증 제6호증의 1 내지 증 제21호증의 7의 각 기재, 당사 증인 공소외 5, 공소외 6의 각 진술에 의하면, 피고인은 1994년 공소외 4 학원 소속의 (명칭 생략)정보대학 학장으로 취임하여 2002. 9.경까지 근무하면서 사실상 공소외 4 학원의 이사장도 겸하여 (명칭 생략)정보대학과 공소외 4 학원의 자금 보관, 관리 및 집행업무를 총괄하였던 사실, (명칭 생략)정보대학은 1993. 3.경부터 1996. 8.경까지 교사를 신·증축하여 왔는데 그 자금이 부족하자 그 때 그 때 필요에 따라 자재대금 등 건축에 소요되는 비용의 변제를 위하여 공소외 2 학원 이사장 공소외 7과 그 법인 소속의 (명칭 생략)여자고등학교의 교장인 피고인 명의로 약속어음을 발행하여 자재대금 등의 채권자들에게 교부하거나, 위 법인의 법인회계 또는 (명칭 생략)여자고등학교 및 공소외 2 학원 소속 (명칭 생략)외국어고등학교의 교비회계에서 자금을 일시 융통하여 (명칭 생략)정보대학 또는 자재대금 등의 채권자들에게 지급해 온 사실, 이와 같은 경위로 공소외 2 학원 이사장 이금희 명의로 발행되어 결제된 약속어음의 액면금 합계가 547,488,791원(80,200,000원(1994. 9. 3. ~ 같은 달 25., 증 제1호증, 증 제2호증의 1 내지 5, 7 내지 15, 증 제7호증의 1 내지 14, 이 부분은 범죄일람표(1) 순번 1 내지 4와 대체적으로 일치한다) + 141,907,000원(1993. 3. 29.과 1993. 6. 28., 증 제2호증의 16, 17) + 325,381,791원(1994. 1. 18. ~ 1994. 8. 6., 증 제1호증, 증 제6호증의 1 내지 41)), 공소외 2 학원의 법인회계 또는 그 소속 (명칭 생략)여자고등학교와 (명칭 생략)외국어고등학교의 교비회계에서 (명칭 생략)정보대학(또는 공소외 4 학원)으로 송금된 금원의 합계액이 895,023,165원(1994. 10. 15. ~ 1996. 8. 29., 증 제8호증의 1 내지 증 제9호증의 29), 그 외 공소외 2 학원이 주식회사 제일은행으로부터 1994. 2. 23.과 같은 해 4. 25. 두 차례에 걸쳐 합계 10억 원을 대출받아 (명칭 생략)정보대학

의 교사 시공업자인 대영건설 주식회사 등에게 위 금원을 공사대금으로 대위변제해 주는 등(증 제10, 11호증의 각 1, 2, 3), (명칭 생략)정보대학이 공소외 2 학원 등으로부터 융통한 어음 및 차용금 등의 합계액이 2,442,511,956원(547,488,791원 + 895,023,165원 + 10억 원)에 이르는 사실을 각 인정할 수 있다.

위에서 본 이 사건 지출금원의 수액 및 지출시기, 위 각 약속어음 및 (명칭 생략)정보대학으로 송금된 금원의 수액, 송금 및 결제시기, 위 대위변제 금액 및 대위변제 일시 등에 비추어 보면, 피고인이 공소외 2 학원 및 그 법인에 속한 (명칭 생략)여자고등학교와 (명칭 생략)외국어고등학교에 지출하였다는 (명칭 생략)정보대학의 교비회계 자금 1,228,283,561원은 피고인의 변소와 같이 (명칭 생략)정보대학이 공소외 2 학원 등으로부터 공사비 등으로 융통한 어음 및 차용금 등에 대한 변제 등을 위하여 지급되었다고 볼 여지가 충분하다고 보인다.

다만, 일계표사본(수사기록 제6책 중 1권 164면 이하)의 기재에 의하면 (명칭 생략)정보대학의 담당자가 작성한 일계표 상 이 사건 지출금원 중 일부 지출란에 '공소외 1 학원 밴드부', '(명칭 생략)여고 밴드부', '(명칭 생략)여고 공사대금' 등의 기재가 되어 있어 피고인이 위 기재와 같은 명목으로 공소외 2 학원 등에게 (명칭 생략)정보대학의 교비회계 자금을 먼저 송금해 준 것이 아닌가 하는 의심을 할 수도 있으나 (명칭 생략)정보대학이 공소외 2 학원 등에게 위에서 인정한 바와 같은 변제 등을 위하여 지급하면서도 장부정리의 편의라든지 입금의뢰자의 당시 수요에 응하여 얼마든지 그와 같이 기재할 수도 있다고 보이므로, 위와 같은 일계표 지출란의 기재만으로는 피고인이 공소외 2 학원 등에게 (명칭 생략)정보대학의 교비회계 자금을 먼저 송금해 준 다음 (명칭 생략)정보대학이 공소외 2 학원 등으로부터 위 2,442,511,956원을 받은 것으로 보기에 부족하고, 달리 이를 인정할 아무런 증거도 없다.

그렇다면 이 사건 지출금원은 (명칭 생략)정보대학이 공소외 2 학원 등으로부터 공사비 등으로 융통한 어음 및 차용금 등 2,442,511,956원에 대한 변제를 위하여 지출된 것이 아니라고 볼 만한 특별한 사정이 없으므로 피고인이 이를 다른 명목으로 공소외 2 학원 등에 임의 지출하여 횡령한 것으로 단정할 수는 없다고 할 것이고, 결국 피고인에게는 (명칭 생략)정보대학의 교비에 속한 자금을 다른 법인 등을 위하여 사용하려는 의사, 즉 불법영득의사가 있었다고 할 수 없으므로 피고인에 대한 이 부분 공소사실을 업무상횡령죄로 의율할 수 없다.

(3) 따라서 이 점을 지적하는 피고인의 이 부분 사실오인 주장은 이유 있다.

나. 각 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기) 부분(제2 공소사실)

(1) 사기죄의 주관적 구성요건인 편취의 범의는 피고인이 자백하지 않는 이상 범행 전후의 피고인 등의 재력, 환경, 범행의 경위와 내용, 거래의 이행과정 등과 같은 객관적인 사정 등을 종합하여 판단할 수밖에 없다(대법원 1996. 5. 14. 선고 96도481 판결, 2002. 6. 28. 선고 2002도1376 판결 등 참조).

(2) 그런데 피고인은 검찰 제4회 피의자신문시 피고인이 1995년 말 교육부로부터 4년제 대학의 인가요건을 완화한다는 내용의 준칙을 통보 받은 후 1년여 동안 (명칭 생략)대학교 설립에 따른 예비설립인가신청 준비를 한 다음 1996. 8. 29.자로 대학설립계획서를 교육부에 제출하고 위 준칙에 의거한 4년제 대학의 인가에 필요한 학교법인의 교육용 기본재산 외의 수익용 기본재산 2억 원 이상의 구비요건을 충족시키기 위하여 18억 3,000만 원 상당의 법인 수익용 기본재산을 취득한 것으로서 당시에는 용자금을 받지 않고는 인가요건을 충족시킬 여력이 없었기 때문에 이 사건 용자금신청 당시부터 신청목적 대로 용자금을 사용할 의사 없이 대학설립인가를 목적으로 법인의 수익용 기본재산을 취득하기 위한 자금을 마련할 생각을 갖고서 재단에 용자신청을 하였다고 자발적으로 진술하는 등 비교적 소상

하게 이 사건 용자금 신청 경위를 설명하면서 이 사건 각 사기의 범의를 인정한 바 있고, 원심법정에서도 같은 취지에서 이 사건 각 사기 범행을 자백하였을 뿐만 아니라, 원심에서 적법하게 조사·채택한 증거들에 의하면, 재단의 용자금은 이자율, 변제조건 등에서 유리한 반면, 한국사학진흥재단법 및 그 시행령의 규정에 따라 사학기관의 교육시설의 개·보수 및 확충 기타 사학기관의 교육환경개선을 위하여 사용하도록 그 용도가 엄격하게 제한되어 있고, 재단이 사학기관의 교육시설의 개·보수 등을 위한 자금을 용자하고자 할 경우에 그 용자금의 이자율·상환기간·연체이자율 등에 관한 사항은 미리 교육인적자원부장관의 승인을 얻어 정하여야 하는 등 자금의 용자대상·조건·방법 기타 상환 등에 관하여도 제한이 있으며, 특히 자금을 용자받은 사학기관이 그 용자금을 용자목적 외에 사용한 사실을 안 때에는 지체 없이 이를 환수하거나 그 시정을 요구하고 당해 사학기관의 관할청에 그 사실을 통보하도록 하는 등 그 기금의 적정한 운영을 기하고 있는 사실, (명칭 생략)정보대학은 이 사건 용자금 신청을 전후하여 충북 (상세 행정구역명 생략) 단평리 (지번 생략) 외 3필지 지상에 교사 나동과 다동을 증축하고 라동 내지 차-1동 등 18동의 건물을 신축한 사실, 피고인은 수사기관에서 조사받으면서 일관하여 (명칭 생략)정보대학의 강의동과 실습동의 증축자금 용도로 1995. 7. 18.부터 1998. 7. 10.까지 6회에 걸쳐 재단으로부터 용자받은 38억 원 중 18억 3,000만 원은 위와 같이 공소외 4 학원의 수익용 기본재산을 취득하는 데 사용하고, 8억 5,000만 원은 1999. 9.경 (명칭 생략)정보대학 충주캠퍼스 부지인 충북 중원군 이류면 만정리 (지번 생략) 외 2필지의 매입비로, 5억 7,000만 원은 (명칭 생략)정보대학 시설건축비로, 나머지 5억 5,000만 원은 위 재단 용자금 상환 등 필요시설비로 각 사용하였다고 진술하는 한편, 위 5억 7,000만 원은 (명칭 생략)정보대학이 개교한 이후인 1994년부터 2002년까지 투입된 시설건축비인데, 위 용자금 외에 교비회계에서 충당된 부분도 일부 있으나 그 정확한 금액은 알 수 없다고 진술한 사실(수사기록 제6책 중 3권 1566면)을 각 인정할 수 있는바, 위 인정과 같이 피고인이 재단으로부터 용자받은 총액 38억 원 중 실제로 용자목적에 맞게 지출된 금액은 5억 7,000만 원에 불과한 점(피고인의 변호인은 당심에 이르러 재단으로부터 용자받은 금원 중 1997. 5. 12.에 152,149,999원, 1997. 10. 8.에 232,586,000원을 (명칭 생략)정보대학의 시설비로 사용하였다고 주장하나, 증 제25호증의 기재만으로는 이를 인정하기에 부족하다), 이 사건 용자금 신청은 피고인이 (명칭 생략)대학교 설립을 위한 대학설립계획서를 교육부에 제출하고 그 인가에 필요한 법인의 수익용 기본재산을 취득하려 한 1996. 8. 29.을 전후하여 이루어졌고, 실제 피고인은 이 사건 용자가 실행된 지 수개월 이내에 이 사건 용자금과 거의 같은 가액의 공소외 4 학원 수익용 기본재산을 취득한 점, 뒤에서 보는 바와 같이 공소외 4 학원이나 피고인 또는 피고인의 처는 이 사건 용자금 외에는 당시 위 기본재산을 취득할 만한 여력도 별로 없었던 것으로 보이는 점 등을 모두 종합하여 고려하면, 이 사건 용자신청 당시 피고인은 재단으로부터 이 사건 용자금을 (명칭 생략)정보대학의 강의동과 실습동의 증축자금 용도로 차용하더라도 이를 그와 같은 용도로 사용할 의사 없이 공소외 4 학원의 수익용 기본재산을 취득할 목적이었음을 넉넉히 추인할 수 있다고 할 것이고, 재단의 용자금이 이자율, 변제조건 등에서 유리하다는 점 때문에 사용용도가 엄격히 제한되어 있는 점 등에 비추어 보면, 처음부터 사용용도를 속이고 용자신청을 하는 경우뿐만 아니라 용자신청 당시 이미 그 목적으로 표시된 사업이 완료되었음에도 불구하고 그 용도로 용자신청하는 경우에도 재단을 기망하는 행위에 해당한다고 하여야 한다.

- (3) 피고인은 이 사건 용자금 신청 당시 공소외 4 학원이나 피고인 및 피고인의 처가 상당한 액수의 재산을 보유하고 있었으므로 굳이 위와 같이 용자금을 편취하여 사용할 아무런 이유도 없었다고 주장하나, 이 사건 용자금 편취의 범의는 당초 신청한 용자용도와는 다른 용도로 용자금을 사용할 의사가 있으면서 그 용도를 속이고 용자를 받으면 바

로 인정되는 것으로서 설령 그 당시 피고인 등에게 그와 같은 금액을 지출할 능력이 있었다고 하더라도 사기죄 성립에 지장이 있다고 할 수 없을 뿐만 아니라, 피고인 등이 보유하고 있었다고 주장하는 재산의 내역을 살펴보면 (명칭 생략)대학교 설립을 위하여 피고인 또는 피고인의 처 명의로 공소외 4 학원에 출연한 것이거나(이 사건 용자금으로 취득한 (명칭 생략)빌딩 및 8억 3,000만 원의 예탁금과 (명칭 생략)대학교 교지 2필지), 위와 같이 공소외 4 학원에 출연을 약속한 것{제일종합금융 (지점명생략)지점 22억 2,400만 원의 보통예금, 서울 서초구 서초동 (지번 생략) 토지 및 건물((건물명 생략)빌딩)} 또는 (명칭 생략)대학교의 교지 매입비 등으로서(증 제13호증의 1 내지 18) 이미 용도가 특정되어 있었기 때문에 정해진 용도 외의 전용은 현실적으로 어려웠던 것으로 보이므로, 피고인이 주장하는 사유만으로 피고인이 이 사건 용자금을 편취할 만한 이유가 없었다 할 수도 없다.

(4) 따라서 피고인의 이 부분 사실오인 또는 법리오해의 주장은 이유 없다.

(5) 다만 직권으로 보건대, 이 사건 용자신청은 공소외 4 학원 명의의 수익용 기본재산을 취득하기 위한 것일 뿐, 피고인 자신의 이득을 취득하기 위한 것은 아니라고 할 것인데도 원심판결은 피고인 자신이 이득을 취한 것으로 판시하면서 적용법조도 잘못 적용한 흠이 있다.

그러나 위와 같은 법령적용의 착오가 판결에 영향을 미칠 정도는 아니라고 할 것이므로 이 점을 들어 원심판결을 파기할 것은 아니지만, 어차피 뒤에서 보는 바와 같이 원심판결이 전부 파기되는 바이므로 이 부분도 함께 바로잡기로 한다.

다.

각 업무상횡령 부분(제3 공소사실)

(1) 업무상횡령죄에 있어서의 불법영득의 의사라 함은 자기 또는 제3자의 이익을 꾀할 목적으로 업무상의 임무에 위배하여 보관하고 있는 타인의 재물을 자기의 소유인 것과 같이 사실상 또는 법률상 처분하는 의사를 의미하는 것으로, 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 성립한다고 할 것이다(대법원 1999. 7. 9. 선고 98도4088 판결, 대법원 2000. 3. 14. 선고 99도4923 판결 등 참조).

(2) 또한 사립학교법 제29조 및 같은법시행령에 의하여 학교법인의 회계는 학교회계와 법인회계로 구분되고, 학교회계는 교비회계와 부속병원회계로 구분할 수 있으며, 원심 판시 임대보증금과 통학버스 요금은 사립학교법 제29조 제2항, 제1항, 같은법시행령 제13조 제1항 제3호 소정의 '학교시설의 사용료 및 이용료' 또는 제9호 소정의 '기타 학교법인의 수입으로서 다른 회계에 속하지 아니하는 수입'에 해당하여 교비회계에 속하고, 교비회계의 경우에는 사립학교법 제29조 제4항, 제6항에 의하여 당해 학교의 예산·결산자문위원회의 자문을 거쳐 학교의 장이 예산을 편성하여 학교법인의 이사회가 심의·의결하고 학교의 장이 집행하며, 교비회계에 속하는 수입은 다른 회계에 전출하거나 대여할 수 없는 등 그 용도가 엄격히 제한되어 있다.

그럼에도 불구하고 피고인이 (명칭 생략)정보대학의 교비회계에 속하는 위 각 금원을 판공비 등의 명목으로 임의로 사용한 행위는 불법영득의 의사를 실현하는 횡령행위에 해당한다고 할 것이다.

(3) 따라서 피고인의 이 부분 사실오인 또는 법리오해 주장 또한 이유 없다.

3. 결 론

가. 따라서 이 사건 공소사실 중 특정경제범죄가중처벌등에관한법률(횡령)위반 부분에 대한 피고인의 항소는 이유 있으므로 이 부분 원심판결은 파기를 면할 수 없는데, 원심이 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하면서 위 죄와 각 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)죄 및 1999. 4. 2.자 8,000만 원의 업무상횡령죄가 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있다 하여 하나의 형을 선고하였으므로 이 부분 원심판결은 전부 파기를 면치 못한다.

나. 한편 직권으로 살피건대, 원심은 피고인이 1999. 12. 30. 청주지방법원 충주지원에서 건축법위반죄로 벌금 200만 원의 약식명령을 고지 받아 2000. 1. 15. 위 약식명령이 확정되고, 2002. 12. 23. 청주지방법원 충주지원에서 노동조합 및노동관계조정법위반죄로 벌금 500만 원의 약식명령의 고지 받아 2003. 2. 4. 위 약식명령이 확정된 사실을 인정한 다음, 위 건축법위반죄의 약식명령 확정 전에 범한 원심 판시 제1, 2 및 3의 가.죄와 위 노동조합및노동관계조정법위반죄의 약식명령 확정 전에 범한 원심 판시 제3의 나.죄에 대하여 각 따로 형을 선고하였다.

그런데 2004. 1. 20. 법률 제7077호로 공포, 시행된 형법 제37조 후단은 종전의 '판결이 확정된 죄'를 '금고 이상의 형에 처한 판결이 확정된 죄'로 개정하였고, 위 개정법률은 특별한 경과규정을 두고 있지 않으나, 형법 제37조는 경합범의 처벌에 관한 규정으로서 일반적으로 두 개의 형을 선고하는 것보다 하나의 형을 선고하는 것이 피고인에게 유리하므로 위 개정법률을 적용하는 것이 오히려 피고인에게 불리하게 되는 등의 특별한 사정이 없는 한, 형법 제1조 제2항을 유추적용하여 위 개정법률 시행 당시 법원에 계속중인 사건에도 위 개정법률이 적용되는 것으로 보아야 한다.

나아가, 이 사건에서 위 개정법률을 적용하는 것이 피고인에게 오히려 불리하게 된다고 볼 만한 사정은 찾아볼 수 없으니 피고인에 대하여는 위 개정법률을 적용하여야 하고, 원심이 유죄로 인정한 그 판시 제2, 3의 각 죄는 형법 제37조 전단의 경합범관계에 있어 하나의 형을 선고하여야 하므로, 피고인에게 위 각 약식명령이 확정된 죄가 있다는 이유로 위 각 죄에 대하여 앞서 본 바와 같이 형을 따로 선고한 원심판결에는 결과적으로 법률위반의 위법이 있게 되었다.

다.

그렇다면 피고인의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략하고, 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 따라 원심판결 전부를 파기하고, 변론을 거쳐 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 사실오인 또는 법리오해

피고인이 경찰, 검찰 및 원심법정에서 이 사건 공소사실 중 전부 또는 일부에 대하여 자백한 것은 사실이나, 자백 경위 및 당시 상황 등에 비추어 이를 그대로 믿기는 어렵고, 이에 부합하는 피고인의 자백 외의 대부분의 진술증거도 진술자의 개인적인 견해에 불과하거나 전문진술로서 신빙성이 없거나 그 증명력이 부족하며, 그 밖의 다른 증거 역시 피고인의 이 사건 공소사실을 인정할 직접증거가 되지 아니하거나 오히려 피고인의 변소내용에 부합하는 부분이 많음에도 원심은 이를 모두 유죄로 인정하였으니, 거기에는 아래에서 보는 바와 같이 채증법칙위배로 인하여 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다.

(1) 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령) 부분(제1 공소사실)

(가) 피고인이 충북 (상세 행정구역명 생략)에 있는 (명칭 생략)전문대학(현 (명칭 생략)정보대학, 이하 (명칭 생략)정보대학'이라 한다)으로부터 1969년 피고인이 설립한 학교법인 공소외 1 학원(현 공소외 2 학원, 이하 공소외 2 학원이라 한다) 및 그 법인에 속한 (명칭 생략)외국어고등학교, (명칭 생략)여자고등학교에게 원심 판시와 같이 1994. 5. 17.부터 1996. 11. 29.까지 합계 1,228,283,561원을 지출(이하, '이 사건 지출금원'이라 한다)한 것은 사실이나, 이는 원심이 인정하는 바와 같이 (명칭 생략)여자고등학교 등의 교사 증축 공사비 등의 명목 등으로 지출한 것이 아니라 1994년도에 개교한 (명칭 생략)정보대학의 교사를 건축하는데 자금이 부족하여 그 교사건축비로 사용하기 위하여 공소외 2 학원 등으로부터 일시 융통하였던 약속어음 및 차용금을 변제한 것에 불과하므로, 피고인에게는 (명칭 생략)정보대학의 교비에 속한 자금을 다른 법인 등을 위하여 사용하려는 의사, 즉 불법영득의사가 있다고 할 수 없어 이를 업무상횡령죄로 의율할 수 없다.

(나) 설령 피고인의 위와 같은 행위가 각각 업무상횡령죄를 구성한다고 하더라도 이를 통틀어 포괄일죄로 볼 수 있는 것은 각각의 횡령행위가 단일하고 계속된 범의 아래 이루어진 경우에 한한다 할 것인데, 이 사건 지출금원의 대상과 목적이 다양한 점에 비추어 이를 포괄일죄로 보기는 어렵다.

따라서 이 부분에 관하여 특정경제범죄가중처벌등에관한법률이 적용될 수 없음은 물론 이 부분 공소사실 중 1996. 3. 20. 이전에 범한 횡령죄에 대하여는 이미 공소시효가 완성되었다.

(2) 각 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기) 부분(제2 공소사실)

(가) 피고인이 학교법인 공소외 3 학원(현 공소외 4 학원, 이하 공소외 4 학원이라 한다) 명의로 1996. 6. 7. 10억 원, 1997. 4. 17. 3억 원 및 같은 해 5. 13. 6억 원 등 합계 19억 원(이하, '이 사건 용자금'이라 한다) 등 1995. 7. 18.부터 1998. 7. 10.까지 6회에 걸쳐 한국사학진흥재단(이하, 편의상 '재단'이라 한다)으로부터 합계 38억 원을 용자받은 것은 사실이나, 일부는 용자 후 그 목적에 맞게 사용하였고, 일부는 미리 증축한 다음에 그 소요자금을 신청하였던 것으로 그 건축시기가 다소 차이가 날 뿐 결국 이 사건 용자금 대부분을 용자목적인 (명칭 생략)정보대학의 교육환경 개선을 위하여 사용하였으므로 사기의 범의가 없었고, 설령 결과적으로 당초 제시한 용도로 사용되지 않은 부분이 있다고 하더라도 용자신청 당시부터 그럴 의사로 용자받은 것은 아니므로 재단을 의도적으로 기망하였다고 볼 수는 없다.

(나) 이 부분은 피고인이 재단으로부터 받은 용자금 중 1996. 6. 7. 송금 받은 10억 원으로 1997. 1. 28. 서울 강남구 신사동 (지번 생략) 토지 및 건물(이하 (명칭 생략)빌딩)이라 한다)을 매입하고, 1997. 4. 17. 송금 받은 3억 원과 같은 해 5. 13. 송금 받은 6억 원을 합한 9억 원으로 1997. 7. 16. 법인에탁금 8억 3,000만 원을 예치하였음을 전제로 기소

된 것이나, 위 10억 원은 1996. 6. 13., 위 3억 원은 1997. 5. 13. 위 6억 원은 같은 달 16. 각 출금되었음에 비추어, 위 각 금원이 바로 (명칭 생략)빌딩 매입이나 위 법인에탁금 예치에 사용되었다고 단정하기도 어렵고, 당시 (명칭 생략) 4학원이나 피고인 및 피고인의 처는 상당한 액수의 재산을 보유하고 있었으므로 굳이 위와 같이 용자금을 편취하여 사용할 아무런 이유도 없었다.

(3) 각 업무상횡령 부분(제3 공소사실)

(가) 피고인이 원심 판시 임대보증금 8,000만 원과 통학버스 요금 합계 233,451,670원을 (명칭 생략)정보대학을 위하여 업무상 보관중 모두 사용한 것은 사실이나, 이는 (명칭 생략)정보대학의 총무과장이 관리하면서 피고인이 업무상 필요한 경우 인출해 주어 이를 학생들 행사비, 교직원 회식비 등 (명칭 생략)정보대학 학장의 직무를 수행함에 있어서 필요한 판공비 등으로 사용하였을 뿐 개인적인 용도로 사용한 것은 아니므로 피고인에게 불법영득의 의사를 인정하기 어려워 업무상횡령죄가 성립되지 아니한다.

(나) 원심은 통학버스 요금이 사립학교법 제29조 제2항 소정의 '수업료 기타 납부금'에 해당한다는 전제하에 교비회계에 속하는 금원을 다른 목적으로 사용하였다고 하여 업무상횡령죄를 인정하였으나, 통학버스 요금이 위 수업료 기타 납부금에 해당하는지 불분명할 뿐더러, 설령 그에 해당한다고 하더라도 사립학교법 제73조의2 소정의 죄를 구성함은 별론으로 하되, 불법영득의 의사가 없으므로 업무상횡령죄는 성립되지 아니한다.

나. 양형부당

그렇지 않다 하더라도, 피고인이 이 사건 각 범행으로 인하여 개인적으로 이익을 추구한 바는 없고, 손해액을 전부 배상한 점 등을 감안하면, 원심의 선고형(징역 3년에 집행유예 4년과 징역 1년에 집행유예 4년)은 너무 무거워 부당하다

2. 판 단

먼저, 사실오인 또는 법리오해의 점에 관하여 본다

가. 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령) 부분(제1 공소사실)

(1) 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(대법원 1994. 9. 9. 선고 94도998 판결 등 참조), 피고인이 (명칭 생략)정보대학으로부터 용도가 엄격히 제한된 교비회계 자금을 위탁받아 집행하면서 그 제한된 용도 이외의 목적으로 자금을 사용하였다면 일응 그 사용행위 자체로서 불법영득의 의사를 실현한 것이 되어 횡령죄가 성립한다고 추단할 수 있겠지만, 그렇지 아니하고 불법영득의사의 존재를 인정하기 어려운 사유를 들어 그 돈의 행방이나 사용처에 대한 설명을 하고 있고 이에 부합하는 자료도 있다면 달리 피고인이 그 위탁받은 돈을 일단 타용도로 소비한 다음 그만한 돈을 별도로 입금 또는 반환한 것이라는 등의 사정이 인정되지 아니하는 한 함부로 그 위탁받은 돈을 불법영득의사로 인출하여 횡령하였다고 인정할 수는 없다고 보아야 할 것이다.

(2) 그런데 원심에서 적법하게 조사·채택한 증거들과 증 제6호증의 1 내지 증 제21호증의 7의 각 기재, 당사 증인 공소외 5, 공소외 6의 각 진술에 의하면, 피고인은 1994년 공소외 4 학원 소속의 (명칭 생략)정보대학 학장으로 취임하여 2002. 9.경까지 근무하면서 사실상 공소외 4 학원의 이사장도 겸하여 (명칭 생략)정보대학과 공소외 4 학원의 자금 보관, 관리 및 집행업무를 총괄하였던 사실, (명칭 생략)정보대학은 1993. 3.경부터 1996. 8.경까지 교사를 신·증축하여 왔는데 그 자금이 부족하자 그 때 그 때 필요에 따라 자재대금 등 건축에 소요되는 비용의 변제를 위하여 공소외 2 학원 이사장 공소외 7과 그 법인 소속의 (명칭 생략)여자고등학교의 교장인 피고인 명의로 약속어음을 발행하여 자재대금 등의 채권자들에게 교부하거나, 위 법인의 법인회계 또는 (명칭 생략)여자고등학교 및 공소외 2 학원 소속 (명칭 생략)외국어고등학교의 교비회계에서 자금을 일시 융통하여 (명칭 생략)정보대학 또는 자재대금 등의 채권자들에게 지급해 온 사실, 이와 같은 경위로 공소외 2 학원 이사장 이금희 명의로 발행되어 결제된 약속어음의 액면금 합계가 547,488,791원(80,200,000원(1994. 9. 3. ~ 같은 달 25., 증 제1호증, 증 제2호증의 1 내지 5, 7 내지 15, 증 제7호증의 1 내지 14, 이 부분은 범죄일람표(1) 순번 1 내지 4와 대체적으로 일치한다) + 141,907,000원(1993. 3. 29.과 1993. 6. 28., 증 제2호증의 16, 17) + 325,381,791원(1994. 1. 18. ~ 1994. 8. 6., 증 제1호증, 증 제6호증의 1 내지 41)), 공소외 2 학원의 법인회계 또는 그 소속 (명칭 생략)여자고등학교와 (명칭 생략)외국어고등학교의 교비회계에서 (명칭 생략)정보대학(또는 공소외 4 학원)으로 송금된 금원의 합계액이 895,023,165원(1994. 10. 15. ~ 1996. 8. 29., 증 제8호증의 1 내지 증 제9호증의 29), 그 외 공소외 2 학원이 주식회사 제일은행으로부터 1994. 2. 23.과 같은 해 4. 25. 두 차례에 걸쳐 합계 10억 원을 대출받아 (명칭 생략)정보대학의 교사 시공업자인 대영건설 주식회사 등에게 위 금원을 공사대금으로 대위변제해 주는 등(증 제10, 11호증의 각 1, 2, 3), (명칭 생략)정보대학이 공소외 2 학원 등으로부터 융통한 어음 및 차용금 등의 합계액이 2,442,511,956원(547,488,791원 + 895,023,165원 + 10억 원)에 이르는 사실을 각 인정할 수 있다.

위에서 본 이 사건 지출금원의 수액 및 지출시기, 위 각 약속어음 및 (명칭 생략)정보대학으로 송금된 금원의 수액, 송금 및 결제시기, 위 대위변제 금액 및 대위변제 일시 등에 비추어 보면, 피고인이 공소외 2 학원 및 그 법인에 속한 (명칭 생략)여자고등학교와 (명칭 생략)외국어고등학교에 지출하였다는 (명칭 생략)정보대학의 교비회계 자금 1,228,283,561원은 피고인의 변소와 같이 (명칭 생략)정보대학이 공소외 2 학원 등으로부터 공사비 등으로 융통한 어음 및 차용금 등에 대한 변제 등을 위하여 지급되었다고 볼 여지가 충분하다고 보인다.

다만, 일계표사본(수사기록 제6책 중 1권 164면 이하)의 기재에 의하면 (명칭 생략)정보대학의 담당자가 작성한 일계표상 이 사건 지출금원 중 일부 지출란에 '공소외 1 학원 밴드부', '(명칭 생략)여고 밴드부', '(명칭 생략)여고 공사대금' 등의 기재가 되어 있어 피고인이 위 기재와 같은 명목으로 공소외 2 학원 등에게 (명칭 생략)정보대학의 교비회계 자금을 먼저 송금해 준 것이 아닌가 하는 의심을 할 수도 있으나 (명칭 생략)정보대학이 공소외 2 학원 등에게 위에서 인정한 바와 같은 변제 등을 위하여 지급하면서도 장부정리의 편의라든지 입금의뢰자의 당시 수요에 응하여 얼마든지 그와 같이 기재할 수도 있다고 보이므로, 위와 같은 일계표 지출란의 기재만으로는 피고인이 공소외 2 학원 등에게 (명칭 생략)정보대학의 교비회계 자금을 먼저 송금해 준 다음 (명칭 생략)정보대학이 공소외 2 학원 등으로부터 위 2,442,511,956원을 받은 것으로 보기에 부족하고, 달리 이를 인정할 아무런 증거도 없다.

그렇다면 이 사건 지출금원은 (명칭 생략)정보대학이 공소외 2 학원 등으로부터 공사비 등으로 융통한 어음 및 차용금 등 2,442,511,956원에 대한 변제를 위하여 지출된 것이 아니라고 볼 만한 특별한 사정이 없으므로 피고인이 이를 다른 명목으로 공소외 2 학원 등에 임의 지출하여 횡령한 것으로 단정할 수는 없다고 할 것이고, 결국 피고인에게 (명칭 생략)정보대학의 교비에 속한 자금을 다른 법인 등을 위하여 사용하려는 의사, 즉 불법영득의사가 있었다고 할 수 없으므로 피고인에 대한 이 부분 공소사실을 업무상횡령죄로 의율할 수 없다.

(3) 따라서 이 점을 지적하는 피고인의 이 부분 사실오인 주장은 이유 있다.

나. 각 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기) 부분(제2 공소사실)

(1) 사기죄의 주관적 구성요건인 편취의 범의는 피고인이 자백하지 않는 이상 범행 전후의 피고인 등의 재력, 환경, 범행의 경위와 내용, 거래의 이행과정 등과 같은 객관적인 사정 등을 종합하여 판단할 수밖에 없다(대법원 1996. 5. 14. 선고 96도481 판결, 2002. 6. 28. 선고 2002도1376 판결 등 참조).

(2) 그런데 피고인은 검찰 제4회 피의자신문시 피고인이 1995년 말 교육부로부터 4년제 대학의 인가요건을 완화한다는 내용의 준칙을 통보 받은 후 1년여 동안 (명칭 생략)대학교 설립에 따른 예비설립인가신청 준비를 한 다음 1996. 8. 29.자로 대학설립계획서를 교육부에 제출하고 위 준칙에 의거한 4년제 대학의 인가에 필요한 학교법인의 교육용 기본재산 외의 수익용 기본재산 2억 원 이상의 구비요건을 충족시키기 위하여 18억 3,000만 원 상당의 법인 수익용 기본재산을 취득한 것으로서 당시에는 용자금을 받지 않고는 인가요건을 충족시킬 여력이 없었기 때문에 이 사건 용자금신청 당시부터 신청목적 대로 용자금을 사용할 의사 없이 대학설립인가를 목적으로 법인의 수익용 기본재산을 취득하기 위한 자금을 마련할 생각을 갖고서 재단에 용자신청을 하였다고 자발적으로 진술하는 등 비교적 소상하게 이 사건 용자금 신청 경위를 설명하면서 이 사건 각 사기의 범의를 인정한 바 있고, 원심법정에서도 같은 취지에서 이 사건 각 사기 범행을 자백하였을 뿐만 아니라, 원심에서 적법하게 조사·채택한 증거들에 의하면, 재단의 용자금은 이자율, 변제조건 등에서 유리한 반면, 한국사학진흥재단법 및 그 시행령의 규정에 따라 사학기관의 교육시설의 개·보수 및 확충 기타 사학기관의 교육환경개선을 위하여 사용하도록 그 용도가 엄격하게 제한되어 있고, 재단이 사학기관의 교육시설의 개·보수 등을 위한 자금을 용자하고자 할 경우에 그 용자금의 이자율·상환기간·연체이자율 등에 관한 사항은 미리 교육인적자원부장관의 승인을 얻어 정하여야 하는 등 자금의 용자대상·조건·방법 기타 상환 등에 관하여도 제한이 있으며, 특히 자금을 용자받은 사학기관이 그 용자금을 용자목적 외에 사용한 사실을 안 때에는 지체 없이 이를 환수하거나 그 시정을 요구하고 당해 사학기관의 관할청에 그 사실을 통보하도록 하는 등 그 기금의 적정한 운영을 기하고 있는 사실, (명칭 생략)정보대학은 이 사건 용자금 신청을 전후하여 충북 (상세 행정구역명 생략) 단평리 (지번 생략) 외 3필지 지상에 교사 나동과 다동을 증축하고 라동 내지 차-1동 등 18동의 건물을 신축한 사실, 피고인은 수사기관에서 조사받으면서 일관하여 (명칭 생략)정보대학의 강의동과 실습동의 증축 자금 용도로 1995. 7. 18.부터 1998. 7. 10.까지 6회에 걸쳐 재단으로부터 용자받은 38억 원 중 18억 3,000만 원은 위와 같이 공소외 4 학원의 수익용 기본재산을 취득하는 데 사용하고, 8억 5,000만 원은 1999. 9.경 (명칭 생략)정보대학 충주캠퍼스 부지인 충북 중원군 이류면 만정리 (지번 생략) 외 2필지의 매입비로, 5억 7,000만 원은 (명칭 생략)정보대학 시설건축비로, 나머지 5억 5,000만 원은 위 재단 용자금 상환 등 필요시설비로 각 사용하였다고 진술하는 한편, 위 5억 7,000만 원은 (명칭 생략)정보대학이 개교한 이후인 1994년부터 2002년까지 투입된 시설건축비인데, 위 용자금 외에 교비회계에서 충당된 부분도 일부 있으나 그 정확한 금액은 알 수 없다고 진술한 사실(수사기록

제6책 중 3권 1566면)을 각 인정할 수 있는바, 위 인정과 같이 피고인이 재단으로부터 용자받은 총액 38억 원 중 실제로 용자목적에 맞게 지출된 금액은 5억 7,000만 원에 불과한 점(피고인의 변호인은 당시에 이르러 재단으로부터 용자받은 금원 중 1997. 5. 12.에 152,149,999원, 1997. 10. 8.에 232,586,000원을 (명칭 생략)정보대학의 시설비로 사용하였다고 주장하나, 증 제25호증의 기재만으로는 이를 인정하기에 부족하다), 이 사건 용자금 신청은 피고인이 (명칭 생략)대학교 설립을 위한 대학설립계획서를 교육부에 제출하고 그 인가에 필요한 법인의 수익용 기본재산을 취득하려 한 1996. 8. 29.을 전후하여 이루어졌고, 실제 피고인은 이 사건 용자가 실행된 지 수개월 이내에 이 사건 용자금과 거의 같은 가액의 공소외 4 학원 수익용 기본재산을 취득한 점, 뒤에서 보는 바와 같이 공소외 4 학원이나 피고인 또는 피고인의 처는 이 사건 용자금 외에는 당시 위 기본재산을 취득할 만한 여력도 별로 없었던 것으로 보이는 점 등을 모두 종합하여 고려하면, 이 사건 용자신청 당시 피고인은 재단으로부터 이 사건 용자금을 (명칭 생략)정보대학의 강의동과 실습동의 증축자금 용도로 차용하더라도 이를 그와 같은 용도로 사용할 의사 없이 공소외 4 학원의 수익용 기본재산을 취득할 목적이었음을 넉넉히 추인할 수 있다고 할 것이고, 재단의 용자금이 이자율, 변제조건 등에서 유리하다는 점 때문에 사용용도가 엄격히 제한되어 있는 점 등에 비추어 보면, 처음부터 사용용도를 속이고 용자신청을 하는 경우뿐만 아니라 용자신청 당시 이미 그 목적으로 표시된 사업이 완료되었음에도 불구하고 그 용도로 용자신청하는 경우에도 재단을 기망하는 행위에 해당한다고 하여야 한다.

- (3) 피고인은 이 사건 용자금 신청 당시 공소외 4 학원이나 피고인 및 피고인의 처가 상당한 액수의 재산을 보유하고 있었으므로 굳이 위와 같이 용자금을 편취하여 사용할 아무런 이유도 없었다고 주장하나, 이 사건 용자금 편취의 범의는 당초 신청한 용자용도와는 다른 용도로 용자금을 사용할 의사가 있으면서 그 용도를 속이고 용자를 받으면 바로 인정되는 것으로서 설령 그 당시 피고인 등에게 그와 같은 금액을 지출할 능력이 있었다고 하더라도 사기죄 성립에 지장이 있다고 할 수 없을 뿐만 아니라, 피고인 등이 보유하고 있었다고 주장하는 재산의 내역을 살펴보면 (명칭 생략)대학교 설립을 위하여 피고인 또는 피고인의 처 명의로 공소외 4 학원에 출연한 것이거나(이 사건 용자금으로 취득한 (명칭 생략)빌딩 및 8억 3,000만 원의 예탁금과 (명칭 생략)대학교 교지 2필지), 위와 같이 공소외 4 학원에 출연을 약속한 것(제일종합금융 (지점명생략)지점 22억 2,400만 원의 보통예금, 서울 서초구 서초동 (지번생략) 토지 및 건물((건물명 생략)빌딩)) 또는 (명칭 생략)대학교의 교지 매입비 등으로서(증 제13호증의 1 내지 18) 이미 용도가 특정되어 있었기 때문에 정해진 용도 외의 전용은 현실적으로 어려웠던 것으로 보이므로, 피고인이 주장하는 사유만으로 피고인이 이 사건 용자금을 편취할 만한 이유가 없었다 할 수도 없다.

- (4) 따라서 피고인의 이 부분 사실오인 또는 법리오해의 주장은 이유 없다.

- (5) 다만 직권으로 보건대, 이 사건 용자신청은 공소외 4 학원 명의의 수익용 기본재산을 취득하기 위한 것일 뿐, 피고인 자신의 이득을 취득하기 위한 것은 아니라고 할 것인데도 원심판결은 피고인 자신이 이득을 취한 것으로 판시하면서 적용법조도 잘못 적용한 흠이 있다.

그러나 위와 같은 법령적용의 착오가 판결에 영향을 미칠 정도는 아니라고 할 것이므로 이 점을 들어 원심판결을 파기할 것은 아니지만, 어차피 뒤에서 보는 바와 같이 원심판결이 전부 파기되는 바이므로 이 부분도 함께 바로잡기로 한다.

다.

각 업무상횡령 부분(제3 공소사실)

- (1) 업무상횡령죄에 있어서의 불법영득의 의사라 함은 자기 또는 제3자의 이익을 꾀할 목적으로 업무상의 임무에 위배하여 보관하고 있는 타인의 재물을 자기의 소유인 것과 같이 사실상 또는 법률상 처분하는 의사를 의미하는 것으로, 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 성립한다고 할 것이다(대법원 1999. 7. 9. 선고 98도4088 판결, 대법원 2000. 3. 14. 선고 99도4923 판결 등 참조).
- (2) 또한 사립학교법 제29조 및 같은법시행령에 의하여 학교법인의 회계는 학교회계와 법인회계로 구분되고, 학교회계는 교비회계와 부속병원회계로 구분할 수 있으며, 원심 판시 임대보증금과 통학버스 요금은 사립학교법 제29조 제2항, 제1항, 같은법시행령 제13조 제1항 제3호 소정의 '학교시설의 사용료 및 이용료' 또는 제9호 소정의 '기타 학교법인의 수입으로서 다른 회계에 속하지 아니하는 수입'에 해당하여 교비회계에 속하고, 교비회계의 경우에는 사립학교법 제29조 제4항, 제6항에 의하여 당해 학교의 예산·결산자문위원회의 자문을 거쳐 학교의 장이 예산을 편성하여 학교법인의 이사회가 심의·의결하고 학교의 장이 집행하며, 교비회계에 속하는 수입은 다른 회계에 전출하거나 대여할 수 없는 등 그 용도가 엄격히 제한되어 있다.

그럼에도 불구하고 피고인이 (명칭 생략)정보대학의 교비회계에 속하는 위 각 금원을 판공비 등의 명목으로 임의로 사용한 행위는 불법영득의 의사를 실현하는 횡령행위에 해당한다고 할 것이다.

- (3) 따라서 피고인의 이 부분 사실오인 또는 법리오해 주장 또한 이유 없다.

3. 결 론

가. 따라서 이 사건 공소사실 중 특정경제범죄가중처벌등에관한법률(횡령)위반 부분에 대한 피고인의 항소는 이유 있으므로 이 부분 원심판결은 파기를 면할 수 없는데, 원심이 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하면서 위 죄와 각 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)죄 및 1999. 4. 2.자 8,000만 원의 업무상횡령죄가 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있다 하여 하나의 형을 선고하였으므로 이 부분 원심판결은 전부 파기를 면치 못한다.

나. 한편 직권으로 살피건대, 원심은 피고인이 1999. 12. 30. 청주지방법원 충주지원에서 건축법위반죄로 벌금 200만 원의 약식명령을 고지 받아 2000. 1. 15. 위 약식명령이 확정되고, 2002. 12. 23. 청주지방법원 충주지원에서 노동조합 및노동관계조정법위반죄로 벌금 500만 원의 약식명령의 고지 받아 2003. 2. 4. 위 약식명령이 확정된 사실을 인정한 다음, 위 건축법위반죄의 약식명령 확정 전에 범한 원심 판시 제1, 2 및 3의 가.죄와 위 노동조합및노동관계조정법위반죄의 약식명령 확정 전에 범한 원심 판시 제3의 나.죄에 대하여 각 따로 형을 선고하였다.

그런데 2004. 1. 20. 법률 제7077호로 공포, 시행된 형법 제37조 후단은 종전의 '판결이 확정된 죄'를 '금고 이상의 형에 처한 판결이 확정된 죄'로 개정하였고, 위 개정법률은 특별한 경과규정을 두고 있지 않으나, 형법 제37조는 경합범

의 처벌에 관한 규정으로서 일반적으로 두 개의 형을 선고하는 것보다 하나의 형을 선고하는 것이 피고인에게 유리하므로 위 개정법률을 적용하는 것이 오히려 피고인에게 불리하게 되는 등의 특별한 사정이 없는 한, 형법 제1조 제2항을 유추적용하여 위 개정법률 시행 당시 법원에 계속중인 사건에도 위 개정법률이 적용되는 것으로 보아야 한다.

나아가, 이 사건에서 위 개정법률을 적용하는 것이 피고인에게 오히려 불리하게 된다고 볼 만한 사정은 찾아볼 수 없으니 피고인에 대하여는 위 개정법률을 적용하여야 하고, 원심이 유죄로 인정한 그 판시 제2, 3의 각 죄는 형법 제37조 전단의 경합범관계에 있어 하나의 형을 선고하여야 하므로, 피고인에게 위 각 약식명령이 확정된 죄가 있다는 이유로 위 각 죄에 대하여 앞서 본 바와 같이 형을 따로 선고한 원심판결에는 결과적으로 법률위반의 위법이 있게 되었다.

다.

그렇다면 피고인의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략하고, 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 따라 원심판결 전부를 파기하고, 변론을 거쳐 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 사실오인 또는 법리오해

피고인이 경찰, 검찰 및 원심법정에서 이 사건 공소사실 중 전부 또는 일부에 대하여 자백한 것은 사실이나, 자백 경위 및 당시 상황 등에 비추어 이를 그대로 믿기는 어렵고, 이에 부합하는 피고인의 자백 외의 대부분의 진술증거도 진술자의 개인적인 견해에 불과하거나 전문진술로서 신빙성이 없거나 그 증명력이 부족하며, 그 밖의 다른 증거 역시 피고인의 이 사건 공소사실을 인정할 직접증거가 되지 아니하거나 오히려 피고인의 변호내용에 부합하는 부분이 많음에도 원심은 이를 모두 유죄로 인정하였으니, 거기에는 아래에서 보는 바와 같이 채증법칙위배로 인하여 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다.

(1) 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령) 부분(제1 공소사실)

(가) 피고인이 충북 (상세 행정구역명 생략)에 있는 (명칭 생략)전문대학(현 (명칭 생략)정보대학, 이하 (명칭 생략)정보대학'이라 한다)으로부터 1969년 피고인이 설립한 학교법인 공소외 1 학원(현 공소외 2 학원, 이하 공소외 2 학원이라 한다) 및 그 법인에 속한 (명칭 생략)외국어고등학교, (명칭 생략)여자고등학교에게 원심 판시와 같이 1994. 5. 17.부터 1996. 11. 29.까지 합계 1,228,283,561원을 지출(이하, '이 사건 지출금원'이라 한다)한 것은 사실이나, 이는 원심이 인정하는 바와 같이 (명칭 생략)여자고등학교 등의 교사 증축 공사비 등의 명목 등으로 지출한 것이 아니라 1994년도에 개교한 (명칭 생략)정보대학의 교사를 건축하는데 자금이 부족하여 그 교사건축비로 사용하기 위하여 공소외 2 학원 등으로부터 일시 융통하였던 약속어음 및 차용금을 변제한 것에 불과하므로, 피고인에게는 (명칭 생략)정보대학의 교비에 속한 자금을 다른 법인 등을 위하여 사용하려는 의사, 즉 불법영득의사가 있다고 할 수 없어 이를 업무상횡령죄로 의율할 수 없다.

(나) 설령 피고인의 위와 같은 행위가 각각 업무상횡령죄를 구성한다고 하더라도 이를 통틀어 포괄일죄로 볼 수 있는 것은 각각의 횡령행위가 단일하고 계속된 범의 아래 이루어진 경우에 한한다 할 것인데, 이 사건 지출금원의 대상과 목적이 다양한 점에 비추어 이를 포괄일죄로 보기는 어렵다.

따라서 이 부분에 관하여 특정경제범죄가중처벌등에관한법률이 적용될 수 없음은 물론 이 부분 공소사실 중 1996. 3. 20. 이전에 범한 횡령죄에 대하여는 이미 공소시효가 완성되었다.

(2) 각 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기) 부분(제2 공소사실)

(가) 피고인이 학교법인 공소외 3 학원(현 공소외 4 학원, 이하 공소외 4 학원이라 한다) 명의로 1996. 6. 7. 10억 원, 1997. 4. 17. 3억 원 및 같은 해 5. 13. 6억 원 등 합계 19억 원(이하, '이 사건 용자금'이라 한다) 등 1995. 7. 18.부터 1998. 7. 10.까지 6회에 걸쳐 한국사학진흥재단(이하, 편의상 '재단'이라 한다)으로부터 합계 38억 원을 용자받은 것은 사실이나, 일부는 용자 후 그 목적에 맞게 사용하였고, 일부는 미리 증축한 다음에 그 소요자금을 신청하였던 것으로 그 건축시기가 다소 차이가 날 뿐 결국 이 사건 용자금 대부분을 용자목적인 (명칭 생략)정보대학의 교육환경 개선을 위하여 사용하였으므로 사기의 범의가 없었고, 설령 결과적으로 당초 제시한 용도로 사용되지 않은 부분이 있다고 하더라도 용자신청 당시부터 그럴 의사로 용자받은 것은 아니므로 재단을 의도적으로 기망하였다고 볼 수는 없다.

(나) 이 부분은 피고인이 재단으로부터 받은 용자금 중 1996. 6. 7. 송금 받은 10억 원으로 1997. 1. 28. 서울 강남구 신사동 (지번 생략) 토지 및 건물(이하 (명칭 생략)빌딩)이라 한다)을 매입하고, 1997. 4. 17. 송금 받은 3억 원과 같은 해 5. 13. 송금 받은 6억 원을 합한 9억 원으로 1997. 7. 16. 법인에탁금 8억 3,000만 원을 예치하였음을 전제로 기소된 것이나, 위 10억 원은 1996. 6. 13., 위 3억 원은 1997. 5. 13. 위 6억 원은 같은 달 16. 각 출금되었음에 비추어, 위 각 금원이 바로 (명칭 생략)빌딩 매입이나 위 법인에탁금 예치에 사용되었다고 단정하기도 어렵고, 당시 (명칭 생략) 4학원이나 피고인 및 피고인의 처는 상당한 액수의 재산을 보유하고 있었으므로 굳이 위와 같이 용자금을 편취하여 사용할 아무런 이유도 없었다.

(3) 각 업무상횡령 부분(제3 공소사실)

(가) 피고인이 원심 판시 임대보증금 8,000만 원과 통학버스 요금 합계 233,451,670원을 (명칭 생략)정보대학을 위하여 업무상 보관중 모두 사용한 것은 사실이나, 이는 (명칭 생략)정보대학의 총무과장이 관리하면서 피고인이 업무상 필요한 경우 인출해 주어 이를 학생들 행사비, 교직원 회식비 등 (명칭 생략)정보대학 학장의 직무를 수행함에 있어서 필요한 판공비 등으로 사용하였을 뿐 개인적인 용도로 사용한 것은 아니므로 피고인에게 불법영득의 의사를 인정하기 어려워 업무상횡령죄가 성립되지 아니한다.

(나) 원심은 통학버스 요금이 사립학교법 제29조 제2항 소정의 '수업료 기타 납부금'에 해당한다는 전제하에 교비회계에 속하는 금원을 다른 목적으로 사용하였다고 하여 업무상횡령죄를 인정하였으나, 통학버스 요금이 위 수업료 기타 납부금에 해당하는지 불분명할 뿐더러, 설령 그에 해당한다고 하더라도 사립학교법 제73조의2 소정의 죄를 구성함은 별론으로 하되, 불법영득의 의사가 없으므로 업무상횡령죄는 성립되지 아니한다.

나. 양형부당

그렇지 않다 하더라도, 피고인이 이 사건 각 범행으로 인하여 개인적으로 이익을 추구한 바는 없고, 손해액을 전부 배상한 점 등을 감안하면, 원심의 선고형(징역 3년에 집행유예 4년과 징역 1년에 집행유예 4년)은 너무 무거워 부당하다.

2. 판 단

먼저, 사실오인 또는 법리오해의 점에 관하여 본다

가. 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령) 부분(제1 공소사실)

(1) 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(대법원 1994. 9. 9. 선고 94도998 판결 등 참조), 피고인이 (명칭 생략)정보대학으로부터 용도가 엄격히 제한된 교비회계 자금을 위탁받아 집행하면서 그 제한된 용도 이외의 목적으로 자금을 사용하였다면 일응 그 사용행위 자체로서 불법영득의 의사를 실현한 것이 되어 횡령죄가 성립한다고 추단할 수 있겠지만, 그렇지 아니하고 불법영득의사의 존재를 인정하기 어려운 사유를 들어 그 돈의 행방이나 사용처에 대한 설명을 하고 있고 이에 부합하는 자료도 있다면 달리 피고인이 그 위탁받은 돈을 일단 타용도로 소비한 다음 그만한 돈을 별도로 입금 또는 반환한 것이라는 등의 사정이 인정되지 아니하는 한 함부로 그 위탁받은 돈을 불법영득의사로 인출하여 횡령하였다고 인정할 수는 없다고 보아야 할 것이다.

(2) 그런데 원심에서 적법하게 조사·채택한 증거들과 증 제6호증의 1 내지 증 제21호증의 7의 각 기재, 당사자인 공소외 5, 공소외 6의 각 진술에 의하면, 피고인은 1994년 공소외 4 학원 소속의 (명칭 생략)정보대학 학장으로 취임하여 2002. 9.경까지 근무하면서 사실상 공소외 4 학원의 이사장도 겸하여 (명칭 생략)정보대학과 공소외 4 학원의 자금 보관, 관리 및 집행업무를 총괄하였던 사실, (명칭 생략)정보대학은 1993. 3.경부터 1996. 8.경까지 교사를 신·증축하여 왔는데 그 자금이 부족하자 그 때 그 때 필요에 따라 자재대금 등 건축에 소요되는 비용의 변제를 위하여 공소외 2 학원 이사장 공소외 7과 그 법인 소속의 (명칭 생략)여자고등학교의 교장인 피고인 명의로 약속어음을 발행하여 자재대금 등의 채권자들에게 교부하거나, 위 법인의 법인회계 또는 (명칭 생략)여자고등학교 및 공소외 2 학원 소속 (명칭 생략)외국어고등학교의 교비회계에서 자금을 일시 융통하여 (명칭 생략)정보대학 또는 자재대금 등의 채권자들에게 지급해 온 사실, 이와 같은 경위로 공소외 2 학원 이사장 이금희 명의로 발행되어 결제된 약속어음의 액면금 합계가 547,488,791원(80,200,000원(1994. 9. 3. ~ 같은 달 25., 증 제1호증, 증 제2호증의 1 내지 5, 7 내지 15, 증 제7호증의 1 내지 14, 이 부분은 범죄일람표(1) 순번 1 내지 4와 대체적으로 일치한다) + 141,907,000원(1993. 3. 29.과 1993. 6. 28., 증 제2호증의 16, 17) + 325,381,791원(1994. 1. 18. ~ 1994. 8. 6., 증 제1호증, 증 제6호증의 1 내지 41)), 공소외 2 학원의 법인회계 또는 그 소속 (명칭 생략)여자고등학교와 (명칭 생략)외국어고등학교의 교비회계에서 (명칭 생략)정보대학(또는 공소외 4 학원)으로 송금된 금원의 합계액이 895,023,165원(1994. 10. 15. ~ 1996. 8. 29., 증 제8호증의 1 내지 증 제9호증의 29), 그 외 공소외 2 학원이 주식회사 제일은행으로부터 1994. 2. 23.과 같은 해 4. 25. 두 차례에 걸쳐 합계 10억 원을 대출받아 (명칭 생략)정보대학

의 교사 시공업자인 대영건설 주식회사 등에게 위 금원을 공사대금으로 대위변제해 주는 등(증 제10, 11호증의 각 1, 2, 3), (명칭 생략)정보대학이 공소외 2 학원 등으로부터 융통한 어음 및 차용금 등의 합계액이 2,442,511,956원(547,488,791원 + 895,023,165원 + 10억 원)에 이르는 사실을 각 인정할 수 있다.

위에서 본 이 사건 지출금원의 수액 및 지출시기, 위 각 약속어음 및 (명칭 생략)정보대학으로 송금된 금원의 수액, 송금 및 결제시기, 위 대위변제 금액 및 대위변제 일시 등에 비추어 보면, 피고인이 공소외 2 학원 및 그 법인에 속한 (명칭 생략)여자고등학교와 (명칭 생략)외국어고등학교에 지출하였다는 (명칭 생략)정보대학의 교비회계 자금 1,228,283,561원은 피고인의 변소와 같이 (명칭 생략)정보대학이 공소외 2 학원 등으로부터 공사비 등으로 융통한 어음 및 차용금 등에 대한 변제 등을 위하여 지급되었다고 볼 여지가 충분하다고 보인다.

다만, 일계표사본(수사기록 제6책 중 1권 164면 이하)의 기재에 의하면 (명칭 생략)정보대학의 담당자가 작성한 일계표 상 이 사건 지출금원 중 일부 지출란에 '공소외 1 학원 밴드부', '(명칭 생략)여고 밴드부', '(명칭 생략)여고 공사대금' 등의 기재가 되어 있어 피고인이 위 기재와 같은 명목으로 공소외 2 학원 등에게 (명칭 생략)정보대학의 교비회계 자금을 먼저 송금해 준 것이 아닌가 하는 의심을 할 수도 있으나 (명칭 생략)정보대학이 공소외 2 학원 등에게 위에서 인정한 바와 같은 변제 등을 위하여 지급하면서도 장부정리의 편의라든지 입금의뢰자의 당시 수요에 응하여 얼마든지 그와 같이 기재할 수도 있다고 보이므로, 위와 같은 일계표 지출란의 기재만으로는 피고인이 공소외 2 학원 등에게 (명칭 생략)정보대학의 교비회계 자금을 먼저 송금해 준 다음 (명칭 생략)정보대학이 공소외 2 학원 등으로부터 위 2,442,511,956원을 받은 것으로 보기에 부족하고, 달리 이를 인정할 아무런 증거도 없다.

그렇다면 이 사건 지출금원은 (명칭 생략)정보대학이 공소외 2 학원 등으로부터 공사비 등으로 융통한 어음 및 차용금 등 2,442,511,956원에 대한 변제를 위하여 지출된 것이 아니라고 볼 만한 특별한 사정이 없으므로 피고인이 이를 다른 명목으로 공소외 2 학원 등에 임의 지출하여 횡령한 것으로 단정할 수는 없다고 할 것이고, 결국 피고인에게는 (명칭 생략)정보대학의 교비에 속한 자금을 다른 법인 등을 위하여 사용하려는 의사, 즉 불법영득의사가 있었다고 할 수 없으므로 피고인에 대한 이 부분 공소사실을 업무상횡령죄로 의율할 수 없다.

(3) 따라서 이 점을 지적하는 피고인의 이 부분 사실오인 주장은 이유 있다.

나. 각 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기) 부분(제2 공소사실)

(1) 사기죄의 주관적 구성요건인 편취의 범의는 피고인이 자백하지 않는 이상 범행 전후의 피고인 등의 재력, 환경, 범행의 경위와 내용, 거래의 이행과정 등과 같은 객관적인 사정 등을 종합하여 판단할 수밖에 없다(대법원 1996. 5. 14. 선고 96도481 판결, 2002. 6. 28. 선고 2002도1376 판결 등 참조).

(2) 그런데 피고인은 검찰 제4회 피의자신문시 피고인이 1995년 말 교육부로부터 4년제 대학의 인가요건을 완화한다는 내용의 준칙을 통보 받은 후 1년여 동안 (명칭 생략)대학교 설립에 따른 예비설립인가신청 준비를 한 다음 1996. 8. 29.자로 대학설립계획서를 교육부에 제출하고 위 준칙에 의거한 4년제 대학의 인가에 필요한 학교법인의 교육용 기본재산 외의 수익용 기본재산 2억 원 이상의 구비요건을 충족시키기 위하여 18억 3,000만 원 상당의 법인 수익용 기본재산을 취득한 것으로서 당시에는 용자금을 받지 않고는 인가요건을 충족시킬 여력이 없었기 때문에 이 사건 용자금신청 당시부터 신청목적 대로 용자금을 사용할 의사 없이 대학설립인가를 목적으로 법인의 수익용 기본재산을 취득하기 위한 자금을 마련할 생각을 갖고서 재단에 용자신청을 하였다고 자발적으로 진술하는 등 비교적 소상

하게 이 사건 용자금 신청 경위를 설명하면서 이 사건 각 사기의 범의를 인정한 바 있고, 원심법정에서도 같은 취지에서 이 사건 각 사기 범행을 자백하였을 뿐만 아니라, 원심에서 적법하게 조사·채택한 증거들에 의하면, 재단의 용자금은 이자율, 변제조건 등에서 유리한 반면, 한국사학진흥재단법 및 그 시행령의 규정에 따라 사학기관의 교육시설의 개·보수 및 확충 기타 사학기관의 교육환경개선을 위하여 사용하도록 그 용도가 엄격하게 제한되어 있고, 재단이 사학기관의 교육시설의 개·보수 등을 위한 자금을 용자하고자 할 경우에 그 용자금의 이자율·상환기간·연체이자율 등에 관한 사항은 미리 교육인적자원부장관의 승인을 얻어 정하여야 하는 등 자금의 용자대상·조건·방법 기타 상환 등에 관하여도 제한이 있으며, 특히 자금을 용자받은 사학기관이 그 용자금을 용자목적 외에 사용한 사실을 안 때에는 지체 없이 이를 환수하거나 그 시정을 요구하고 당해 사학기관의 관할청에 그 사실을 통보하도록 하는 등 그 기금의 적정한 운영을 기하고 있는 사실, (명칭 생략)정보대학은 이 사건 용자금 신청을 전후하여 충북 (상세 행정구역명 생략) 단평리 (지번 생략) 외 3필지 지상에 교사 나동과 다동을 증축하고 라동 내지 차-1동 등 18동의 건물을 신축한 사실, 피고인은 수사기관에서 조사받으면서 일관하여 (명칭 생략)정보대학의 강의동과 실습동의 증축자금 용도로 1995. 7. 18.부터 1998. 7. 10.까지 6회에 걸쳐 재단으로부터 용자받은 38억 원 중 18억 3,000만 원은 위와 같이 공소외 4 학원의 수익용 기본재산을 취득하는 데 사용하고, 8억 5,000만 원은 1999. 9.경 (명칭 생략)정보대학 충주캠퍼스 부지인 충북 중원군 이류면 만정리 (지번 생략) 외 2필지의 매입비로, 5억 7,000만 원은 (명칭 생략)정보대학 시설건축비로, 나머지 5억 5,000만 원은 위 재단 용자금 상환 등 필요시설비로 각 사용하였다고 진술하는 한편, 위 5억 7,000만 원은 (명칭 생략)정보대학이 개교한 이후인 1994년부터 2002년까지 투입된 시설건축비인데, 위 용자금 외에 교비회계에서 충당된 부분도 일부 있으나 그 정확한 금액은 알 수 없다고 진술한 사실(수사기록 제6책 중 3권 1566면)을 각 인정할 수 있는바, 위 인정과 같이 피고인이 재단으로부터 용자받은 총액 38억 원 중 실제로 용자목적에 맞게 지출된 금액은 5억 7,000만 원에 불과한 점(피고인의 변호인은 당심에 이르러 재단으로부터 용자받은 금원 중 1997. 5. 12.에 152,149,999원, 1997. 10. 8.에 232,586,000원을 (명칭 생략)정보대학의 시설비로 사용하였다고 주장하나, 증 제25호증의 기재만으로는 이를 인정하기에 부족하다), 이 사건 용자금 신청은 피고인이 (명칭 생략)대학교 설립을 위한 대학설립계획서를 교육부에 제출하고 그 인가에 필요한 법인의 수익용 기본재산을 취득하려 한 1996. 8. 29.을 전후하여 이루어졌고, 실제 피고인은 이 사건 용자가 실행된 지 수개월 이내에 이 사건 용자금과 거의 같은 가액의 공소외 4 학원 수익용 기본재산을 취득한 점, 뒤에서 보는 바와 같이 공소외 4 학원이나 피고인 또는 피고인의 처는 이 사건 용자금 외에는 당시 위 기본재산을 취득할 만한 여력도 별로 없었던 것으로 보이는 점 등을 모두 종합하여 고려하면, 이 사건 용자신청 당시 피고인은 재단으로부터 이 사건 용자금을 (명칭 생략)정보대학의 강의동과 실습동의 증축자금 용도로 차용하더라도 이를 그와 같은 용도로 사용할 의사 없이 공소외 4 학원의 수익용 기본재산을 취득할 목적이었음을 넉넉히 추인할 수 있다고 할 것이고, 재단의 용자금이 이자율, 변제조건 등에서 유리하다는 점 때문에 사용용도가 엄격히 제한되어 있는 점 등에 비추어 보면, 처음부터 사용용도를 속이고 용자신청을 하는 경우뿐만 아니라 용자신청 당시 이미 그 목적으로 표시된 사업이 완료되었음에도 불구하고 그 용도로 용자신청하는 경우에도 재단을 기망하는 행위에 해당한다고 하여야 한다.

- (3) 피고인은 이 사건 용자금 신청 당시 공소외 4 학원이나 피고인 및 피고인의 처가 상당한 액수의 재산을 보유하고 있었으므로 굳이 위와 같이 용자금을 편취하여 사용할 아무런 이유도 없었다고 주장하나, 이 사건 용자금 편취의 범의는 당초 신청한 용자용도와는 다른 용도로 용자금을 사용할 의사가 있으면서 그 용도를 속이고 용자를 받으면 바

로 인정되는 것으로서 설령 그 당시 피고인 등에게 그와 같은 금액을 지출할 능력이 있었다고 하더라도 사기죄 성립에 지장이 있다고 할 수 없을 뿐만 아니라, 피고인 등이 보유하고 있었다고 주장하는 재산의 내역을 살펴보면 (명칭 생략)대학교 설립을 위하여 피고인 또는 피고인의 처 명의로 공소외 4 학원에 출연한 것이거나(이 사건 용자금으로 취득한 (명칭 생략)빌딩 및 8억 3,000만 원의 예탁금과 (명칭 생략)대학교 교지 2필지), 위와 같이 공소외 4 학원에 출연을 약속한 것{제일종합금융 (지점명생략)지점 22억 2,400만 원의 보통예금, 서울 서초구 서초동 (지번 생략) 토지 및 건물((건물명 생략)빌딩)} 또는 (명칭 생략)대학교의 교지 매입비 등으로서(증 제13호증의 1 내지 18) 이미 용도가 특정되어 있었기 때문에 정해진 용도 외의 전용은 현실적으로 어려웠던 것으로 보이므로, 피고인이 주장하는 사유만으로 피고인이 이 사건 용자금을 편취할 만한 이유가 없었다 할 수도 없다.

(4) 따라서 피고인의 이 부분 사실오인 또는 법리오해의 주장은 이유 없다.

(5) 다만 직권으로 보건대, 이 사건 용자신청은 공소외 4 학원 명의의 수익용 기본재산을 취득하기 위한 것일 뿐, 피고인 자신의 이득을 취득하기 위한 것은 아니라고 할 것인데도 원심판결은 피고인 자신이 이득을 취한 것으로 판시하면서 적용법조도 잘못 적용한 흠이 있다.

그러나 위와 같은 법령적용의 착오가 판결에 영향을 미칠 정도는 아니라고 할 것이므로 이 점을 들어 원심판결을 파기할 것은 아니지만, 어차피 뒤에서 보는 바와 같이 원심판결이 전부 파기되는 바이므로 이 부분도 함께 바로잡기로 한다.

다.

각 업무상횡령 부분(제3 공소사실)

(1) 업무상횡령죄에 있어서의 불법영득의 의사라 함은 자기 또는 제3자의 이익을 꾀할 목적으로 업무상의 임무에 위배하여 보관하고 있는 타인의 재물을 자기의 소유인 것과 같이 사실상 또는 법률상 처분하는 의사를 의미하는 것으로, 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 성립한다고 할 것이다(대법원 1999. 7. 9. 선고 98도4088 판결, 대법원 2000. 3. 14. 선고 99도4923 판결 등 참조).

(2) 또한 사립학교법 제29조 및 같은법시행령에 의하여 학교법인의 회계는 학교회계와 법인회계로 구분되고, 학교회계는 교비회계와 부속병원회계로 구분할 수 있으며, 원심 판시 임대보증금과 통학버스 요금은 사립학교법 제29조 제2항, 제1항, 같은법시행령 제13조 제1항 제3호 소정의 '학교시설의 사용료 및 이용료' 또는 제9호 소정의 '기타 학교법인의 수입으로서 다른 회계에 속하지 아니하는 수입'에 해당하여 교비회계에 속하고, 교비회계의 경우에는 사립학교법 제29조 제4항, 제6항에 의하여 당해 학교의 예산·결산자문위원회의 자문을 거쳐 학교의 장이 예산을 편성하여 학교법인의 이사회가 심의·의결하고 학교의 장이 집행하며, 교비회계에 속하는 수입은 다른 회계에 전출하거나 대여할 수 없는 등 그 용도가 엄격히 제한되어 있다.

그럼에도 불구하고 피고인이 (명칭 생략)정보대학의 교비회계에 속하는 위 각 금원을 판공비 등의 명목으로 임의로 사용한 행위는 불법영득의 의사를 실현하는 횡령행위에 해당한다고 할 것이다.

(3) 따라서 피고인의 이 부분 사실오인 또는 법리오해 주장 또한 이유 없다.

3. 결 론

가. 따라서 이 사건 공소사실 중 특정경제범죄가중처벌등에관한법률(횡령)위반 부분에 대한 피고인의 항소는 이유 있으므로 이 부분 원심판결은 파기를 면할 수 없는데, 원심이 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하면서 위 죄와 각 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)죄 및 1999. 4. 2.자 8,000만 원의 업무상횡령죄가 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있다 하여 하나의 형을 선고하였으므로 이 부분 원심판결은 전부 파기를 면치 못한다.

나. 한편 직권으로 살피건대, 원심은 피고인이 1999. 12. 30. 청주지방법원 충주지원에서 건축법위반죄로 벌금 200만 원의 약식명령을 고지 받아 2000. 1. 15. 위 약식명령이 확정되고, 2002. 12. 23. 청주지방법원 충주지원에서 노동조합 및노동관계조정법위반죄로 벌금 500만 원의 약식명령의 고지 받아 2003. 2. 4. 위 약식명령이 확정된 사실을 인정한 다음, 위 건축법위반죄의 약식명령 확정 전에 범한 원심 판시 제1, 2 및 3의 가.죄와 위 노동조합및노동관계조정법위반죄의 약식명령 확정 전에 범한 원심 판시 제3의 나.죄에 대하여 각 따로 형을 선고하였다.

그런데 2004. 1. 20. 법률 제7077호로 공포, 시행된 형법 제37조 후단은 종전의 '판결이 확정된 죄'를 '금고 이상의 형에 처한 판결이 확정된 죄'로 개정하였고, 위 개정법률은 특별한 경과규정을 두고 있지 않으나, 형법 제37조는 경합범의 처벌에 관한 규정으로서 일반적으로 두 개의 형을 선고하는 것보다 하나의 형을 선고하는 것이 피고인에게 유리하므로 위 개정법률을 적용하는 것이 오히려 피고인에게 불리하게 되는 등의 특별한 사정이 없는 한, 형법 제1조 제2항을 유추적용하여 위 개정법률 시행 당시 법원에 계속중인 사건에도 위 개정법률이 적용되는 것으로 보아야 한다.

나아가, 이 사건에서 위 개정법률을 적용하는 것이 피고인에게 오히려 불리하게 된다고 볼 만한 사정은 찾아볼 수 없으니 피고인에 대하여는 위 개정법률을 적용하여야 하고, 원심이 유죄로 인정한 그 판시 제2, 3의 각 죄는 형법 제37조 전단의 경합범관계에 있어 하나의 형을 선고하여야 하므로, 피고인에게 위 각 약식명령이 확정된 죄가 있다는 이유로 위 각 죄에 대하여 앞서 본 바와 같이 형을 따로 선고한 원심판결에는 결과적으로 법률위반의 위법이 있게 되었다.

다.

그렇다면 피고인의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략하고, 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 따라 원심판결 전부를 파기하고, 변론을 거쳐 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 사실오인 또는 법리오해

피고인이 경찰, 검찰 및 원심법정에서 이 사건 공소사실 중 전부 또는 일부에 대하여 자백한 것은 사실이나, 자백 경위 및 당시 상황 등에 비추어 이를 그대로 믿기는 어렵고, 이에 부합하는 피고인의 자백 외의 대부분의 진술증거도 진술자의 개인적인 견해에 불과하거나 전문진술로서 신빙성이 없거나 그 증명력이 부족하며, 그 밖의 다른 증거 역시 피고인의 이 사건 공소사실을 인정할 직접증거가 되지 아니하거나 오히려 피고인의 변소내용에 부합하는 부분이 많음에도 원심은 이를 모두 유죄로 인정하였으니, 거기에는 아래에서 보는 바와 같이 채증법칙위배로 인하여 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다.

(1) 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령) 부분(제1 공소사실)

(가) 피고인이 충북 (상세 행정구역명 생략)에 있는 (명칭 생략)전문대학(현 (명칭 생략)정보대학, 이하 (명칭 생략)정보대학'이라 한다)으로부터 1969년 피고인이 설립한 학교법인 공소외 1 학원(현 공소외 2 학원, 이하 공소외 2 학원이라 한다) 및 그 법인에 속한 (명칭 생략)외국어고등학교, (명칭 생략)여자고등학교에게 원심 판시와 같이 1994. 5. 17.부터 1996. 11. 29.까지 합계 1,228,283,561원을 지출(이하, '이 사건 지출금원'이라 한다)한 것은 사실이나, 이는 원심이 인정하는 바와 같이 (명칭 생략)여자고등학교 등의 교사 증축 공사비 등의 명목 등으로 지출한 것이 아니라 1994년도에 개교한 (명칭 생략)정보대학의 교사를 건축하는데 자금이 부족하여 그 교사건축비로 사용하기 위하여 공소외 2 학원 등으로부터 일시 융통하였던 약속어음 및 차용금을 변제한 것에 불과하므로, 피고인에게 (명칭 생략)정보대학의 교비에 속한 자금을 다른 법인 등을 위하여 사용하려는 의사, 즉 불법영득의사가 있다고 할 수 없어 이를 업무상횡령죄로 의율할 수 없다.

(나) 설령 피고인의 위와 같은 행위가 각각 업무상횡령죄를 구성한다고 하더라도 이를 통틀어 포괄일죄로 볼 수 있는 것은 각각의 횡령행위가 단일하고 계속된 범의 아래 이루어진 경우에 한한다 할 것인데, 이 사건 지출금원의 대상과 목적이 다양한 점에 비추어 이를 포괄일죄로 보기는 어렵다.

따라서 이 부분에 관하여 특정경제범죄가중처벌등에관한법률이 적용될 수 없음은 물론 이 부분 공소사실 중 1996. 3. 20. 이전에 범한 횡령죄에 대하여는 이미 공소시효가 완성되었다.

(2) 각 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기) 부분(제2 공소사실)

(가) 피고인이 학교법인 공소외 3 학원(현 공소외 4 학원, 이하 공소외 4 학원이라 한다) 명의로 1996. 6. 7. 10억 원, 1997. 4. 17. 3억 원 및 같은 해 5. 13. 6억 원 등 합계 19억 원(이하, '이 사건 용자금'이라 한다) 등 1995. 7. 18.부터 1998. 7. 10.까지 6회에 걸쳐 한국사학진흥재단(이하, 편의상 '재단'이라 한다)으로부터 합계 38억 원을 용자받은 것은 사실이나, 일부는 용자 후 그 목적에 맞게 사용하였고, 일부는 미리 증축한 다음에 그 소요자금을 신청하였던 것으로 그 건축시기가 다소 차이가 날 뿐 결국 이 사건 용자금 대부분을 용자목적인 (명칭 생략)정보대학의 교육환경 개선을 위하여 사용하였으므로 사기의 범의가 없었고, 설령 결과적으로 당초 제시한 용도로 사용되지 않은 부분이 있다고 하더라도 용자신청 당시부터 그럴 의사로 용자받은 것은 아니므로 재단을 의도적으로 기망하였다고 볼 수는 없다.

(나) 이 부분은 피고인이 재단으로부터 받은 용자금 중 1996. 6. 7. 송금 받은 10억 원으로 1997. 1. 28. 서울 강남구 신사동 (지번 생략) 토지 및 건물(이하 (명칭 생략)빌딩)이라 한다)을 매입하고, 1997. 4. 17. 송금 받은 3억 원과 같은 해 5. 13. 송금 받은 6억 원을 합한 9억 원으로 1997. 7. 16. 법인예탁금 8억 3,000만 원을 예치하였음을 전제로 기소

된 것이나, 위 10억 원은 1996. 6. 13., 위 3억 원은 1997. 5. 13. 위 6억 원은 같은 달 16. 각 출금되었음에 비추어, 위 각 금원이 바로 (명칭 생략)빌딩 매입이나 위 법인예탁금 예치에 사용되었다고 단정하기도 어렵고, 당시 (명칭 생략) 4학원이나 피고인 및 피고인의 처는 상당한 액수의 재산을 보유하고 있었으므로 굳이 위와 같이 용자금을 편취하여 사용할 아무런 이유도 없었다.

(3) 각 업무상횡령 부분(제3 공소사실)

(가) 피고인이 원심 판시 임대보증금 8,000만 원과 통학버스 요금 합계 233,451,670원을 (명칭 생략)정보대학을 위하여 업무상 보관중 모두 사용한 것은 사실이나, 이는 (명칭 생략)정보대학의 총무과장이 관리하면서 피고인이 업무상 필요한 경우 인출해 주어 이를 학생들 행사비, 교직원 회식비 등 (명칭 생략)정보대학 학장의 직무를 수행함에 있어서 필요한 판공비 등으로 사용하였을 뿐 개인적인 용도로 사용한 것은 아니므로 피고인에게 불법영득의 의사를 인정하기 어려워 업무상횡령죄가 성립되지 아니한다.

(나) 원심은 통학버스 요금이 사립학교법 제29조 제2항 소정의 '수업료 기타 납부금'에 해당한다는 전제하에 교비회계에 속하는 금원을 다른 목적으로 사용하였다고 하여 업무상횡령죄를 인정하였으나, 통학버스 요금이 위 수업료 기타 납부금에 해당하는지 불분명할 뿐더러, 설령 그에 해당한다고 하더라도 사립학교법 제73조의2 소정의 죄를 구성함은 별론으로 하되, 불법영득의 의사가 없으므로 업무상횡령죄는 성립되지 아니한다.

나. 양형부당

그렇지 않다 하더라도, 피고인이 이 사건 각 범행으로 인하여 개인적으로 이익을 추구한 바는 없고, 손해액을 전부 배상한 점 등을 감안하면, 원심의 선고형(징역 3년에 집행유예 4년과 징역 1년에 집행유예 4년)은 너무 무거워 부당하다

2. 판 단

먼저, 사실오인 또는 법리오해의 점에 관하여 본다

가. 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령) 부분(제1 공소사실)

(1) 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(대법원 1994. 9. 9. 선고 94도998 판결 등 참조), 피고인이 (명칭 생략)정보대학으로부터 용도가 엄격히 제한된 교비회계 자금을 위탁받아 집행하면서 그 제한된 용도 이외의 목적으로 자금을 사용하였다면 일응 그 사용행위 자체로서 불법영득의 의사를 실현한 것이 되어 횡령죄가 성립한다고 추단할 수 있겠지만, 그렇지 아니하고 불법영득의사의 존재를 인정하기 어려운 사유를 들어 그 돈의 행방이나 사용처에 대한 설명을 하고 있고 이에 부합하는 자료도 있다면 달리 피고인이 그 위탁받은 돈을 일단 타용도로 소비한 다음 그만한 돈을 별도로 입금 또는 반환한 것이라는 등의 사정이 인정되지 아니하는 한 함부로 그 위탁받은 돈을 불법영득의사로 인출하여 횡령하였다고 인정할 수는 없다고 보아야 할 것이다.

(2) 그런데 원심에서 적법하게 조사·채택한 증거들과 증 제6호증의 1 내지 증 제21호증의 7의 각 기재, 당사 증인 공소외 5, 공소외 6의 각 진술에 의하면, 피고인은 1994년 공소외 4 학원 소속의 (명칭 생략)정보대학 학장으로 취임하여 2002. 9.경까지 근무하면서 사실상 공소외 4 학원의 이사장도 겸하여 (명칭 생략)정보대학과 공소외 4 학원의 자금 보관, 관리 및 집행업무를 총괄하였던 사실, (명칭 생략)정보대학은 1993. 3.경부터 1996. 8.경까지 교사를 신·증축하여 왔는데 그 자금이 부족하자 그 때 그 때 필요에 따라 자재대금 등 건축에 소요되는 비용의 변제를 위하여 공소외 2 학원 이사장 공소외 7과 그 법인 소속의 (명칭 생략)여자고등학교의 교장인 피고인 명의로 약속어음을 발행하여 자재대금 등의 채권자들에게 교부하거나, 위 법인의 법인회계 또는 (명칭 생략)여자고등학교 및 공소외 2 학원 소속 (명칭 생략)외국어고등학교의 교비회계에서 자금을 일시 융통하여 (명칭 생략)정보대학 또는 자재대금 등의 채권자들에게 지급해 온 사실, 이와 같은 경위로 공소외 2 학원 이사장 이금희 명의로 발행되어 결제된 약속어음의 액면금 합계가 547,488,791원(80,200,000원(1994. 9. 3. ~ 같은 달 25., 증 제1호증, 증 제2호증의 1 내지 5, 7 내지 15, 증 제7호증의 1 내지 14, 이 부분은 범죄일람표(1) 순번 1 내지 4와 대체적으로 일치한다) + 141,907,000원(1993. 3. 29.과 1993. 6. 28., 증 제2호증의 16, 17) + 325,381,791원(1994. 1. 18. ~ 1994. 8. 6., 증 제1호증, 증 제6호증의 1 내지 41)), 공소외 2 학원의 법인회계 또는 그 소속 (명칭 생략)여자고등학교와 (명칭 생략)외국어고등학교의 교비회계에서 (명칭 생략)정보대학(또는 공소외 4 학원)으로 송금된 금원의 합계액이 895,023,165원(1994. 10. 15. ~ 1996. 8. 29., 증 제8호증의 1 내지 증 제9호증의 29), 그 외 공소외 2 학원이 주식회사 제일은행으로부터 1994. 2. 23.과 같은 해 4. 25. 두 차례에 걸쳐 합계 10억 원을 대출받아 (명칭 생략)정보대학의 교사 시공업자인 대영건설 주식회사 등에게 위 금원을 공사대금으로 대위변제해 주는 등(증 제10, 11호증의 각 1, 2, 3), (명칭 생략)정보대학이 공소외 2 학원 등으로부터 융통한 어음 및 차용금 등의 합계액이 2,442,511,956원(547,488,791원 + 895,023,165원 + 10억 원)에 이르는 사실을 각 인정할 수 있다.

위에서 본 이 사건 지출금원의 수액 및 지출시기, 위 각 약속어음 및 (명칭 생략)정보대학으로 송금된 금원의 수액, 송금 및 결제시기, 위 대위변제 금액 및 대위변제 일시 등에 비추어 보면, 피고인이 공소외 2 학원 및 그 법인에 속한 (명칭 생략)여자고등학교와 (명칭 생략)외국어고등학교에 지출하였다는 (명칭 생략)정보대학의 교비회계 자금 1,228,283,561원은 피고인의 변소와 같이 (명칭 생략)정보대학이 공소외 2 학원 등으로부터 공사비 등으로 융통한 어음 및 차용금 등에 대한 변제 등을 위하여 지급되었다고 볼 여지가 충분하다고 보인다.

다만, 일계표사본(수사기록 제6책 중 1권 164면 이하)의 기재에 의하면 (명칭 생략)정보대학의 담당자가 작성한 일계표상 이 사건 지출금원 중 일부 지출란에 '공소외 1 학원 밴드부', '(명칭 생략)여고 밴드부', '(명칭 생략)여고 공사대금' 등의 기재가 되어 있어 피고인이 위 기재와 같은 명목으로 공소외 2 학원 등에게 (명칭 생략)정보대학의 교비회계 자금을 먼저 송금해 준 것이 아닌가 하는 의심을 할 수도 있으나 (명칭 생략)정보대학이 공소외 2 학원 등에게 위에서 인정한 바와 같은 변제 등을 위하여 지급하면서도 장부정리의 편의라든지 입금의뢰자의 당시 수요에 응하여 얼마든지 그와 같이 기재할 수도 있다고 보이므로, 위와 같은 일계표 지출란의 기재만으로는 피고인이 공소외 2 학원 등에게 (명칭 생략)정보대학의 교비회계 자금을 먼저 송금해 준 다음 (명칭 생략)정보대학이 공소외 2 학원 등으로부터 위 2,442,511,956원을 받은 것으로 보기에 부족하고, 달리 이를 인정할 아무런 증거도 없다.

그렇다면 이 사건 지출금원은 (명칭 생략)정보대학이 공소외 2 학원 등으로부터 공사비 등으로 융통한 어음 및 차용금 등 2,442,511,956원에 대한 변제를 위하여 지출된 것이 아니라고 볼 만한 특별한 사정이 없으므로 피고인이 이를 다른 명목으로 공소외 2 학원 등에 임의 지출하여 횡령한 것으로 단정할 수는 없다고 할 것이고, 결국 피고인에게 (명칭 생략)정보대학의 교비에 속한 자금을 다른 법인 등을 위하여 사용하려는 의사, 즉 불법영득의사가 있었다고 할 수 없으므로 피고인에 대한 이 부분 공소사실을 업무상횡령죄로 의율할 수 없다.

(3) 따라서 이 점을 지적하는 피고인의 이 부분 사실오인 주장은 이유 있다.

나. 각 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기) 부분(제2 공소사실)

(1) 사기죄의 주관적 구성요건인 편취의 범의는 피고인이 자백하지 않는 이상 범행 전후의 피고인 등의 재력, 환경, 범행의 경위와 내용, 거래의 이행과정 등과 같은 객관적인 사정 등을 종합하여 판단할 수밖에 없다(대법원 1996. 5. 14. 선고 96도481 판결, 2002. 6. 28. 선고 2002도1376 판결 등 참조).

(2) 그런데 피고인은 검찰 제4회 피의자신문시 피고인이 1995년 말 교육부로부터 4년제 대학의 인가요건을 완화한다는 내용의 준칙을 통보 받은 후 1년여 동안 (명칭 생략)대학교 설립에 따른 예비설립인가신청 준비를 한 다음 1996. 8. 29.자로 대학설립계획서를 교육부에 제출하고 위 준칙에 의거한 4년제 대학의 인가에 필요한 학교법인의 교육용 기본재산 외의 수익용 기본재산 2억 원 이상의 구비요건을 충족시키기 위하여 18억 3,000만 원 상당의 법인 수익용 기본재산을 취득한 것으로서 당시에는 용자금을 받지 않고는 인가요건을 충족시킬 여력이 없었기 때문에 이 사건 용자금신청 당시부터 신청목적 대로 용자금을 사용할 의사 없이 대학설립인가를 목적으로 법인의 수익용 기본재산을 취득하기 위한 자금을 마련할 생각을 갖고서 재단에 용자신청을 하였다고 자발적으로 진술하는 등 비교적 소상하게 이 사건 용자금 신청 경위를 설명하면서 이 사건 각 사기의 범의를 인정한 바 있고, 원심법정에서도 같은 취지에서 이 사건 각 사기 범행을 자백하였을 뿐만 아니라, 원심에서 적법하게 조사·채택한 증거들에 의하면, 재단의 용자금은 이자율, 변제조건 등에서 유리한 반면, 한국사학진흥재단법 및 그 시행령의 규정에 따라 사학기관의 교육시설의 개·보수 및 확충 기타 사학기관의 교육환경개선을 위하여 사용하도록 그 용도가 엄격하게 제한되어 있고, 재단이 사학기관의 교육시설의 개·보수 등을 위한 자금을 용자하고자 할 경우에 그 용자금의 이자율·상환기간·연체이자율 등에 관한 사항은 미리 교육인적자원부장관의 승인을 얻어 정하여야 하는 등 자금의 용자대상·조건·방법 기타 상환 등에 관하여도 제한이 있으며, 특히 자금을 용자받은 사학기관이 그 용자금을 용자목적 외에 사용한 사실을 안 때에는 지체 없이 이를 환수하거나 그 시정을 요구하고 당해 사학기관의 관할청에 그 사실을 통보하도록 하는 등 그 기금의 적정한 운영을 기하고 있는 사실, (명칭 생략)정보대학은 이 사건 용자금 신청을 전후하여 충북 (상세 행정구역명 생략) 단평리 (지번 생략) 외 3필지 지상에 교사 나동과 다동을 증축하고 라동 내지 차-1동 등 18동의 건물을 신축한 사실, 피고인은 수사기관에서 조사받으면서 일관하여 (명칭 생략)정보대학의 강의동과 실습동의 증축 자금 용도로 1995. 7. 18.부터 1998. 7. 10.까지 6회에 걸쳐 재단으로부터 용자받은 38억 원 중 18억 3,000만 원은 위와 같이 공소외 4 학원의 수익용 기본재산을 취득하는 데 사용하고, 8억 5,000만 원은 1999. 9.경 (명칭 생략)정보대학 충주캠퍼스 부지인 충북 증원군 이류면 만정리 (지번 생략) 외 2필지의 매입비로, 5억 7,000만 원은 (명칭 생략)정보대학 시설건축비로, 나머지 5억 5,000만 원은 위 재단 용자금 상환 등 필요시설비로 각 사용하였다고 진술하는 한편, 위 5억 7,000만 원은 (명칭 생략)정보대학이 개교한 이후인 1994년부터 2002년까지 투입된 시설건축비인데, 위 용자금 외에 교비회계에서 충당된 부분도 일부 있으나 그 정확한 금액은 알 수 없다고 진술한 사실(수사기록

제6책 중 3권 1566면)을 각 인정할 수 있는바, 위 인정과 같이 피고인이 재단으로부터 용자받은 총액 38억 원 중 실제로 용자목적에 맞게 지출된 금액은 5억 7,000만 원에 불과한 점(피고인의 변호인은 당시에 이르러 재단으로부터 용자받은 금원 중 1997. 5. 12.에 152,149,999원, 1997. 10. 8.에 232,586,000원을 (명칭 생략)정보대학의 시설비로 사용하였다고 주장하나, 증 제25호증의 기재만으로는 이를 인정하기에 부족하다), 이 사건 용자금 신청은 피고인이 (명칭 생략)대학교 설립을 위한 대학설립계획서를 교육부에 제출하고 그 인가에 필요한 법인의 수익용 기본재산을 취득하려 한 1996. 8. 29.을 전후하여 이루어졌고, 실제 피고인은 이 사건 용자가 실행된 지 수개월 이내에 이 사건 용자금과 거의 같은 가액의 공소외 4 학원 수익용 기본재산을 취득한 점, 뒤에서 보는 바와 같이 공소외 4 학원이나 피고인 또는 피고인의 처는 이 사건 용자금 외에는 당시 위 기본재산을 취득할 만한 여력도 별로 없었던 것으로 보이는 점 등을 모두 종합하여 고려하면, 이 사건 용자신청 당시 피고인은 재단으로부터 이 사건 용자금을 (명칭 생략)정보대학의 강의동과 실습동의 증축자금 용도로 차용하더라도 이를 그와 같은 용도로 사용할 의사 없이 공소외 4 학원의 수익용 기본재산을 취득할 목적이었음을 넉넉히 추인할 수 있다고 할 것이고, 재단의 용자금이 이자율, 변제조건 등에서 유리하다는 점 때문에 사용용도가 엄격히 제한되어 있는 점 등에 비추어 보면, 처음부터 사용용도를 속이고 용자신청을 하는 경우뿐만 아니라 용자신청 당시 이미 그 목적으로 표시된 사업이 완료되었음에도 불구하고 그 용도로 용자신청하는 경우에도 재단을 기망하는 행위에 해당한다고 하여야 한다.

- (3) 피고인은 이 사건 용자금 신청 당시 공소외 4 학원이나 피고인 및 피고인의 처가 상당한 액수의 재산을 보유하고 있었으므로 굳이 위와 같이 용자금을 편취하여 사용할 아무런 이유도 없었다고 주장하나, 이 사건 용자금 편취의 범의는 당초 신청한 용자용도와는 다른 용도로 용자금을 사용할 의사가 있으면서 그 용도를 속이고 용자를 받으면 바로 인정되는 것으로서 설령 그 당시 피고인 등에게 그와 같은 금액을 지출할 능력이 있었다고 하더라도 사기죄 성립에 지장이 있다고 할 수 없을 뿐만 아니라, 피고인 등이 보유하고 있었다고 주장하는 재산의 내역을 살펴보면 (명칭 생략)대학교 설립을 위하여 피고인 또는 피고인의 처 명의로 공소외 4 학원에 출연한 것이거나(이 사건 용자금으로 취득한 (명칭 생략)빌딩 및 8억 3,000만 원의 예탁금과 (명칭 생략)대학교 교지 2필지), 위와 같이 공소외 4 학원에 출연을 약속한 것(제일종합금융 (지점명생략)지점 22억 2,400만 원의 보통예금, 서울 서초구 서초동 (지번생략) 토지 및 건물((건물명 생략)빌딩)) 또는 (명칭 생략)대학교의 교지 매입비 등으로서(증 제13호증의 1 내지 18) 이미 용도가 특정되어 있었기 때문에 정해진 용도 외의 전용은 현실적으로 어려웠던 것으로 보이므로, 피고인이 주장하는 사유만으로 피고인이 이 사건 용자금을 편취할 만한 이유가 없었다 할 수도 없다.

- (4) 따라서 피고인의 이 부분 사실오인 또는 법리오해의 주장은 이유 없다.

- (5) 다만 직권으로 보건대, 이 사건 용자신청은 공소외 4 학원 명의의 수익용 기본재산을 취득하기 위한 것일 뿐, 피고인 자신의 이득을 취득하기 위한 것은 아니라고 할 것인데도 원심판결은 피고인 자신이 이득을 취한 것으로 판시하면서 적용법조도 잘못 적용한 흠이 있다.

그러나 위와 같은 법령적용의 착오가 판결에 영향을 미칠 정도는 아니라고 할 것이므로 이 점을 들어 원심판결을 파기할 것은 아니지만, 어차피 뒤에서 보는 바와 같이 원심판결이 전부 파기되는 바이므로 이 부분도 함께 바로잡기로 한다.

다.

각 업무상횡령 부분(제3 공소사실)

- (1) 업무상횡령죄에 있어서의 불법영득의 의사라 함은 자기 또는 제3자의 이익을 꾀할 목적으로 업무상의 임무에 위배하여 보관하고 있는 타인의 재물을 자기의 소유인 것과 같이 사실상 또는 법률상 처분하는 의사를 의미하는 것으로, 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 성립한다고 할 것이다(대법원 1999. 7. 9. 선고 98도4088 판결, 대법원 2000. 3. 14. 선고 99도4923 판결 등 참조).
- (2) 또한 사립학교법 제29조 및 같은법시행령에 의하여 학교법인의 회계는 학교회계와 법인회계로 구분되고, 학교회계는 교비회계와 부속병원회계로 구분할 수 있으며, 원심 판시 임대보증금과 통학버스 요금은 사립학교법 제29조 제2항, 제1항, 같은법시행령 제13조 제1항 제3호 소정의 '학교시설의 사용료 및 이용료' 또는 제9호 소정의 '기타 학교법인의 수입으로서 다른 회계에 속하지 아니하는 수입'에 해당하여 교비회계에 속하고, 교비회계의 경우에는 사립학교법 제29조 제4항, 제6항에 의하여 당해 학교의 예산·결산자문위원회의 자문을 거쳐 학교의 장이 예산을 편성하여 학교법인의 이사회가 심의·의결하고 학교의 장이 집행하며, 교비회계에 속하는 수입은 다른 회계에 전출하거나 대여할 수 없는 등 그 용도가 엄격히 제한되어 있다.

그럼에도 불구하고 피고인이 (명칭 생략)정보대학의 교비회계에 속하는 위 각 금원을 판공비 등의 명목으로 임의로 사용한 행위는 불법영득의 의사를 실현하는 횡령행위에 해당한다고 할 것이다.

- (3) 따라서 피고인의 이 부분 사실오인 또는 법리오해 주장 또한 이유 없다.

3. 결 론

가. 따라서 이 사건 공소사실 중 특정경제범죄가중처벌등에관한법률(횡령)위반 부분에 대한 피고인의 항소는 이유 있으므로 이 부분 원심판결은 파기를 면할 수 없는데, 원심이 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하면서 위 죄와 각 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)죄 및 1999. 4. 2.자 8,000만 원의 업무상횡령죄가 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있다 하여 하나의 형을 선고하였으므로 이 부분 원심판결은 전부 파기를 면치 못한다.

나. 한편 직권으로 살피건대, 원심은 피고인이 1999. 12. 30. 청주지방법원 충주지원에서 건축법위반죄로 벌금 200만 원의 약식명령을 고지 받아 2000. 1. 15. 위 약식명령이 확정되고, 2002. 12. 23. 청주지방법원 충주지원에서 노동조합 및노동관계조정법위반죄로 벌금 500만 원의 약식명령의 고지 받아 2003. 2. 4. 위 약식명령이 확정된 사실을 인정한 다음, 위 건축법위반죄의 약식명령 확정 전에 범한 원심 판시 제1, 2 및 3의 가.죄와 위 노동조합및노동관계조정법위반죄의 약식명령 확정 전에 범한 원심 판시 제3의 나.죄에 대하여 각 따로 형을 선고하였다.

그런데 2004. 1. 20. 법률 제7077호로 공포, 시행된 형법 제37조 후단은 종전의 '판결이 확정된 죄'를 '금고 이상의 형에 처한 판결이 확정된 죄'로 개정하였고, 위 개정법률은 특별한 경과규정을 두고 있지 않으나, 형법 제37조는 경합범

의 처벌에 관한 규정으로서 일반적으로 두 개의 형을 선고하는 것보다 하나의 형을 선고하는 것이 피고인에게 유리하므로 위 개정법률을 적용하는 것이 오히려 피고인에게 불리하게 되는 등의 특별한 사정이 없는 한, 형법 제1조 제2항을 유추적용하여 위 개정법률 시행 당시 법원에 계속중인 사건에도 위 개정법률이 적용되는 것으로 보아야 한다.

나아가, 이 사건에서 위 개정법률을 적용하는 것이 피고인에게 오히려 불리하게 된다고 볼 만한 사정은 찾아볼 수 없으니 피고인에 대하여는 위 개정법률을 적용하여야 하고, 원심이 유죄로 인정한 그 판시 제2, 3의 각 죄는 형법 제37조 전단의 경합범관계에 있어 하나의 형을 선고하여야 하므로, 피고인에게 위 각 약식명령이 확정된 죄가 있다는 이유로 위 각 죄에 대하여 앞서 본 바와 같이 형을 따로 선고한 원심판결에는 결과적으로 법률위반의 위법이 있게 되었다.

다.

그렇다면 피고인의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략하고, 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 따라 원심판결 전부를 파기하고, 변론을 거쳐 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 사실오인 또는 법리오해

피고인이 경찰, 검찰 및 원심법정에서 이 사건 공소사실 중 전부 또는 일부에 대하여 자백한 것은 사실이나, 자백 경위 및 당시 상황 등에 비추어 이를 그대로 믿기는 어렵고, 이에 부합하는 피고인의 자백 외의 대부분의 진술증거도 진술자의 개인적인 견해에 불과하거나 전문진술로서 신빙성이 없거나 그 증명력이 부족하며, 그 밖의 다른 증거 역시 피고인의 이 사건 공소사실을 인정할 직접증거가 되지 아니하거나 오히려 피고인의 변호내용에 부합하는 부분이 많음에도 원심은 이를 모두 유죄로 인정하였으니, 거기에는 아래에서 보는 바와 같이 채증법칙위배로 인하여 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다.

(1) 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령) 부분(제1 공소사실)

(가) 피고인이 충북 (상세 행정구역명 생략)에 있는 (명칭 생략)전문대학(현 (명칭 생략)정보대학, 이하 (명칭 생략)정보대학'이라 한다)으로부터 1969년 피고인이 설립한 학교법인 공소외 1 학원(현 공소외 2 학원, 이하 공소외 2 학원이라 한다) 및 그 법인에 속한 (명칭 생략)외국어고등학교, (명칭 생략)여자고등학교에게 원심 판시와 같이 1994. 5. 17.부터 1996. 11. 29.까지 합계 1,228,283,561원을 지출(이하, '이 사건 지출금원'이라 한다)한 것은 사실이나, 이는 원심이 인정하는 바와 같이 (명칭 생략)여자고등학교 등의 교사 증축 공사비 등의 명목 등으로 지출한 것이 아니라 1994년도에 개교한 (명칭 생략)정보대학의 교사를 건축하는데 자금이 부족하여 그 교사건축비로 사용하기 위하여 공소외 2 학원 등으로부터 일시 융통하였던 약속어음 및 차용금을 변제한 것에 불과하므로, 피고인에게는 (명칭 생략)정보대학의 교비에 속한 자금을 다른 법인 등을 위하여 사용하려는 의사, 즉 불법영득의사가 있다고 할 수 없어 이를 업무상횡령죄로 의율할 수 없다.

(나) 설령 피고인의 위와 같은 행위가 각각 업무상횡령죄를 구성한다고 하더라도 이를 통틀어 포괄일죄로 볼 수 있는 것은 각각의 횡령행위가 단일하고 계속된 범의 아래 이루어진 경우에 한한다 할 것인데, 이 사건 지출금원의 대상과 목적이 다양한 점에 비추어 이를 포괄일죄로 보기는 어렵다.

따라서 이 부분에 관하여 특정경제범죄가중처벌등에관한법률이 적용될 수 없음은 물론 이 부분 공소사실 중 1996. 3. 20. 이전에 범한 횡령죄에 대하여는 이미 공소시효가 완성되었다.

(2) 각 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기) 부분(제2 공소사실)

(가) 피고인이 학교법인 공소외 3 학원(현 공소외 4 학원, 이하 공소외 4 학원이라 한다) 명의로 1996. 6. 7. 10억 원, 1997. 4. 17. 3억 원 및 같은 해 5. 13. 6억 원 등 합계 19억 원(이하, '이 사건 용자금'이라 한다) 등 1995. 7. 18.부터 1998. 7. 10.까지 6회에 걸쳐 한국사학진흥재단(이하, 편의상 '재단'이라 한다)으로부터 합계 38억 원을 용자받은 것은 사실이나, 일부는 용자 후 그 목적에 맞게 사용하였고, 일부는 미리 증축한 다음에 그 소요자금을 신청하였던 것으로 그 건축시기가 다소 차이가 날 뿐 결국 이 사건 용자금 대부분을 용자목적인 (명칭 생략)정보대학의 교육환경 개선을 위하여 사용하였으므로 사기의 범의가 없었고, 설령 결과적으로 당초 제시한 용도로 사용되지 않은 부분이 있다고 하더라도 용자신청 당시부터 그럴 의사로 용자받은 것은 아니므로 재단을 의도적으로 기망하였다고 볼 수는 없다.

(나) 이 부분은 피고인이 재단으로부터 받은 용자금 중 1996. 6. 7. 송금 받은 10억 원으로 1997. 1. 28. 서울 강남구 신사동 (지번 생략) 토지 및 건물(이하 (명칭 생략)빌딩)이라 한다)을 매입하고, 1997. 4. 17. 송금 받은 3억 원과 같은 해 5. 13. 송금 받은 6억 원을 합한 9억 원으로 1997. 7. 16. 법인에탁금 8억 3,000만 원을 예치하였음을 전제로 기소된 것이나, 위 10억 원은 1996. 6. 13., 위 3억 원은 1997. 5. 13. 위 6억 원은 같은 달 16. 각 출금되었음에 비추어, 위 각 금원이 바로 (명칭 생략)빌딩 매입이나 위 법인에탁금 예치에 사용되었다고 단정하기도 어렵고, 당시 (명칭 생략) 4학원이나 피고인 및 피고인의 처는 상당한 액수의 재산을 보유하고 있었으므로 굳이 위와 같이 용자금을 편취하여 사용할 아무런 이유도 없었다.

(3) 각 업무상횡령 부분(제3 공소사실)

(가) 피고인이 원심 판시 임대보증금 8,000만 원과 통학버스 요금 합계 233,451,670원을 (명칭 생략)정보대학을 위하여 업무상 보관중 모두 사용한 것은 사실이나, 이는 (명칭 생략)정보대학의 총무과장이 관리하면서 피고인이 업무상 필요한 경우 인출해 주어 이를 학생들 행사비, 교직원 회식비 등 (명칭 생략)정보대학 학장의 직무를 수행함에 있어서 필요한 판공비 등으로 사용하였을 뿐 개인적인 용도로 사용한 것은 아니므로 피고인에게 불법영득의 의사를 인정하기 어려워 업무상횡령죄가 성립되지 아니한다.

(나) 원심은 통학버스 요금이 사립학교법 제29조 제2항 소정의 '수업료 기타 납부금'에 해당한다는 전제하에 교비회계에 속하는 금원을 다른 목적으로 사용하였다고 하여 업무상횡령죄를 인정하였으나, 통학버스 요금이 위 수업료 기타 납부금에 해당하는지 불분명할 뿐더러, 설령 그에 해당한다고 하더라도 사립학교법 제73조의2 소정의 죄를 구성함은 별론으로 하되, 불법영득의 의사가 없으므로 업무상횡령죄는 성립되지 아니한다.

나. 양형부당

그렇지 않다 하더라도, 피고인이 이 사건 각 범행으로 인하여 개인적으로 이익을 추구한 바는 없고, 손해액을 전부 배상한 점 등을 감안하면, 원심의 선고형(징역 3년에 집행유예 4년과 징역 1년에 집행유예 4년)은 너무 무거워 부당하다.

2. 판 단

먼저, 사실오인 또는 법리오해의 점에 관하여 본다

가. 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령) 부분(제1 공소사실)

(1) 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(대법원 1994. 9. 9. 선고 94도998 판결 등 참조), 피고인이 (명칭 생략)정보대학으로부터 용도가 엄격히 제한된 교비회계 자금을 위탁받아 집행하면서 그 제한된 용도 이외의 목적으로 자금을 사용하였다면 일응 그 사용행위 자체로서 불법영득의 의사를 실현한 것이 되어 횡령죄가 성립한다고 추단할 수 있겠지만, 그렇지 아니하고 불법영득의사의 존재를 인정하기 어려운 사유를 들어 그 돈의 행방이나 사용처에 대한 설명을 하고 있고 이에 부합하는 자료도 있다면 달리 피고인이 그 위탁받은 돈을 일단 타용도로 소비한 다음 그만한 돈을 별도로 입금 또는 반환한 것이라는 등의 사정이 인정되지 아니하는 한 함부로 그 위탁받은 돈을 불법영득의사로 인출하여 횡령하였다고 인정할 수는 없다고 보아야 할 것이다.

(2) 그런데 원심에서 적법하게 조사·채택한 증거들과 증 제6호증의 1 내지 증 제21호증의 7의 각 기재, 당사 증인 공소외 5, 공소외 6의 각 진술에 의하면, 피고인은 1994년 공소외 4 학원 소속의 (명칭 생략)정보대학 학장으로 취임하여 2002. 9.경까지 근무하면서 사실상 공소외 4 학원의 이사장도 겸하여 (명칭 생략)정보대학과 공소외 4 학원의 자금 보관, 관리 및 집행업무를 총괄하였던 사실, (명칭 생략)정보대학은 1993. 3.경부터 1996. 8.경까지 교사를 신·증축하여 왔는데 그 자금이 부족하자 그 때 그 때 필요에 따라 자재대금 등 건축에 소요되는 비용의 변제를 위하여 공소외 2 학원 이사장 공소외 7과 그 법인 소속의 (명칭 생략)여자고등학교의 교장인 피고인 명의로 약속어음을 발행하여 자재대금 등의 채권자들에게 교부하거나, 위 법인의 법인회계 또는 (명칭 생략)여자고등학교 및 공소외 2 학원 소속 (명칭 생략)외국어고등학교의 교비회계에서 자금을 일시 융통하여 (명칭 생략)정보대학 또는 자재대금 등의 채권자들에게 지급해 온 사실, 이와 같은 경위로 공소외 2 학원 이사장 이금희 명의로 발행되어 결제된 약속어음의 액면금 합계가 547,488,791원(80,200,000원(1994. 9. 3. ~ 같은 달 25., 증 제1호증, 증 제2호증의 1 내지 5, 7 내지 15, 증 제7호증의 1 내지 14, 이 부분은 범죄일람표(1) 순번 1 내지 4와 대체적으로 일치한다) + 141,907,000원(1993. 3. 29.과 1993. 6. 28., 증 제2호증의 16, 17) + 325,381,791원(1994. 1. 18. ~ 1994. 8. 6., 증 제1호증, 증 제6호증의 1 내지 41)), 공소외 2 학원의 법인회계 또는 그 소속 (명칭 생략)여자고등학교와 (명칭 생략)외국어고등학교의 교비회계에서 (명칭 생략)정보대학(또는 공소외 4 학원)으로 송금된 금원의 합계액이 895,023,165원(1994. 10. 15. ~ 1996. 8. 29., 증 제8호증의 1 내지 증 제9호증의 29), 그 외 공소외 2 학원이 주식회사 제일은행으로부터 1994. 2. 23.과 같은 해 4. 25. 두 차례에 걸쳐 합계 10억 원을 대출받아 (명칭 생략)정보대학

의 교사 시공업자인 대영건업 주식회사 등에게 위 금원을 공사대금으로 대위변제해 주는 등(증 제10, 11호증의 각 1, 2, 3), (명칭 생략)정보대학이 공소외 2 학원 등으로부터 융통한 어음 및 차용금 등의 합계액이 2,442,511,956원(547,488,791원 + 895,023,165원 + 10억 원)에 이르는 사실을 각 인정할 수 있다.

위에서 본 이 사건 지출금원의 수액 및 지출시기, 위 각 약속어음 및 (명칭 생략)정보대학으로 송금된 금원의 수액, 송금 및 결제시기, 위 대위변제 금액 및 대위변제 일시 등에 비추어 보면, 피고인이 공소외 2 학원 및 그 법인에 속한 (명칭 생략)여자고등학교와 (명칭 생략)외국어고등학교에 지출하였다는 (명칭 생략)정보대학의 교비회계 자금 1,228,283,561원은 피고인의 변소와 같이 (명칭 생략)정보대학이 공소외 2 학원 등으로부터 공사비 등으로 융통한 어음 및 차용금 등에 대한 변제 등을 위하여 지급되었다고 볼 여지가 충분하다고 보인다.

다만, 일계표사본(수사기록 제6책 중 1권 164면 이하)의 기재에 의하면 (명칭 생략)정보대학의 담당자가 작성한 일계표 상 이 사건 지출금원 중 일부 지출란에 '공소외 1 학원 밴드부', '(명칭 생략)여고 밴드부', '(명칭 생략)여고 공사대금' 등의 기재가 되어 있어 피고인이 위 기재와 같은 명목으로 공소외 2 학원 등에게 (명칭 생략)정보대학의 교비회계 자금을 먼저 송금해 준 것이 아닌가 하는 의심을 할 수도 있으나 (명칭 생략)정보대학이 공소외 2 학원 등에게 위에서 인정한 바와 같은 변제 등을 위하여 지급하면서도 장부정리의 편의라든지 입금의뢰자의 당시 수요에 응하여 얼마든지 그와 같이 기재할 수도 있다고 보이므로, 위와 같은 일계표 지출란의 기재만으로는 피고인이 공소외 2 학원 등에게 (명칭 생략)정보대학의 교비회계 자금을 먼저 송금해 준 다음 (명칭 생략)정보대학이 공소외 2 학원 등으로부터 위 2,442,511,956원을 받은 것으로 보기에 부족하고, 달리 이를 인정할 아무런 증거도 없다.

그렇다면 이 사건 지출금원은 (명칭 생략)정보대학이 공소외 2 학원 등으로부터 공사비 등으로 융통한 어음 및 차용금 등 2,442,511,956원에 대한 변제를 위하여 지출된 것이 아니라고 볼 만한 특별한 사정이 없으므로 피고인이 이를 다른 명목으로 공소외 2 학원 등에 임의 지출하여 횡령한 것으로 단정할 수는 없다고 할 것이고, 결국 피고인에게는 (명칭 생략)정보대학의 교비에 속한 자금을 다른 법인 등을 위하여 사용하려는 의사, 즉 불법영득의사가 있었다고 할 수 없으므로 피고인에 대한 이 부분 공소사실을 업무상횡령죄로 의율할 수 없다.

(3) 따라서 이 점을 지적하는 피고인의 이 부분 사실오인 주장은 이유 있다.

나. 각 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기) 부분(제2 공소사실)

(1) 사기죄의 주관적 구성요건인 편취의 범의는 피고인이 자백하지 않는 이상 범행 전후의 피고인 등의 재력, 환경, 범행의 경위와 내용, 거래의 이행과정 등과 같은 객관적인 사정 등을 종합하여 판단할 수밖에 없다(대법원 1996. 5. 14. 선고 96도481 판결, 2002. 6. 28. 선고 2002도1376 판결 등 참조).

(2) 그런데 피고인은 검찰 제4회 피의자신문시 피고인이 1995년 말 교육부로부터 4년제 대학의 인가요건을 완화한다는 내용의 준칙을 통보 받은 후 1년여 동안 (명칭 생략)대학교 설립에 따른 예비설립인가신청 준비를 한 다음 1996. 8. 29.자로 대학설립계획서를 교육부에 제출하고 위 준칙에 의거한 4년제 대학의 인가에 필요한 학교법인의 교육용 기본재산 외의 수익용 기본재산 2억 원 이상의 구비요건을 충족시키기 위하여 18억 3,000만 원 상당의 법인 수익용 기본재산을 취득한 것으로서 당시에는 용자금을 받지 않고는 인가요건을 충족시킬 여력이 없었기 때문에 이 사건 용자금신청 당시부터 신청목적 대로 용자금을 사용할 의사 없이 대학설립인가를 목적으로 법인의 수익용 기본재산을 취득하기 위한 자금을 마련할 생각을 갖고서 재단에 용자신청을 하였다고 자발적으로 진술하는 등 비교적 소상

하게 이 사건 용자금 신청 경위를 설명하면서 이 사건 각 사기의 범의를 인정한 바 있고, 원심법정에서도 같은 취지에서 이 사건 각 사기 범행을 자백하였을 뿐만 아니라, 원심에서 적법하게 조사·채택한 증거들에 의하면, 재단의 용자금은 이자율, 변제조건 등에서 유리한 반면, 한국사학진흥재단법 및 그 시행령의 규정에 따라 사학기관의 교육시설의 개·보수 및 확충 기타 사학기관의 교육환경개선을 위하여 사용하도록 그 용도가 엄격하게 제한되어 있고, 재단이 사학기관의 교육시설의 개·보수 등을 위한 자금을 용자하고자 할 경우에 그 용자금의 이자율·상환기간·연체이자율 등에 관한 사항은 미리 교육인적자원부장관의 승인을 얻어 정하여야 하는 등 자금의 용자대상·조건·방법 기타 상환 등에 관하여도 제한이 있으며, 특히 자금을 용자받은 사학기관이 그 용자금을 용자목적 외에 사용한 사실을 안 때에는 지체 없이 이를 환수하거나 그 시정을 요구하고 당해 사학기관의 관할청에 그 사실을 통보하도록 하는 등 그 기금의 적정한 운영을 기하고 있는 사실, (명칭 생략)정보대학은 이 사건 용자금 신청을 전후하여 충북 (상세 행정구역명 생략) 단평리 (지번 생략) 외 3필지 지상에 교사 나동과 다동을 증축하고 라동 내지 차-1동 등 18동의 건물을 신축한 사실, 피고인은 수사기관에서 조사받으면서 일관하여 (명칭 생략)정보대학의 강의동과 실습동의 증축자금 용도로 1995. 7. 18.부터 1998. 7. 10.까지 6회에 걸쳐 재단으로부터 용자받은 38억 원 중 18억 3,000만 원은 위와 같이 공소외 4 학원의 수익용 기본재산을 취득하는 데 사용하고, 8억 5,000만 원은 1999. 9.경 (명칭 생략)정보대학 충주캠퍼스 부지인 충북 중원군 이류면 만정리 (지번 생략) 외 2필지의 매입비로, 5억 7,000만 원은 (명칭 생략)정보대학 시설건축비로, 나머지 5억 5,000만 원은 위 재단 용자금 상환 등 필요시설비로 각 사용하였다고 진술하는 한편, 위 5억 7,000만 원은 (명칭 생략)정보대학이 개교한 이후인 1994년부터 2002년까지 투입된 시설건축비인데, 위 용자금 외에 교비회계에서 충당된 부분도 일부 있으나 그 정확한 금액은 알 수 없다고 진술한 사실(수사기록 제6책 중 3권 1566면)을 각 인정할 수 있는바, 위 인정과 같이 피고인이 재단으로부터 용자받은 총액 38억 원 중 실제로 용자목적에 맞게 지출된 금액은 5억 7,000만 원에 불과한 점(피고인의 변호인은 당심에 이르러 재단으로부터 용자받은 금원 중 1997. 5. 12.에 152,149,999원, 1997. 10. 8.에 232,586,000원을 (명칭 생략)정보대학의 시설비로 사용하였다고 주장하나, 증 제25호증의 기재만으로는 이를 인정하기에 부족하다), 이 사건 용자금 신청은 피고인이 (명칭 생략)대학교 설립을 위한 대학설립계획서를 교육부에 제출하고 그 인가에 필요한 법인의 수익용 기본재산을 취득하려 한 1996. 8. 29.을 전후하여 이루어졌고, 실제 피고인은 이 사건 용자가 실행된 지 수개월 이내에 이 사건 용자금과 거의 같은 가액의 공소외 4 학원 수익용 기본재산을 취득한 점, 뒤에서 보는 바와 같이 공소외 4 학원이나 피고인 또는 피고인의 처는 이 사건 용자금 외에는 당시 위 기본재산을 취득할 만한 여력도 별로 없었던 것으로 보이는 점 등을 모두 종합하여 고려하면, 이 사건 용자신청 당시 피고인은 재단으로부터 이 사건 용자금을 (명칭 생략)정보대학의 강의동과 실습동의 증축자금 용도로 차용하더라도 이를 그와 같은 용도로 사용할 의사 없이 공소외 4 학원의 수익용 기본재산을 취득할 목적이었음을 넉넉히 추인할 수 있다고 할 것이고, 재단의 용자금이 이자율, 변제조건 등에서 유리하다는 점 때문에 사용용도가 엄격히 제한되어 있는 점 등에 비추어 보면, 처음부터 사용용도를 속이고 용자신청을 하는 경우뿐만 아니라 용자신청 당시 이미 그 목적으로 표시된 사업이 완료되었음에도 불구하고 그 용도로 용자신청하는 경우에도 재단을 기망하는 행위에 해당한다고 하여야 한다.

- (3) 피고인은 이 사건 용자금 신청 당시 공소외 4 학원이나 피고인 및 피고인의 처가 상당한 액수의 재산을 보유하고 있었으므로 굳이 위와 같이 용자금을 편취하여 사용할 아무런 이유도 없었다고 주장하나, 이 사건 용자금 편취의 범의는 당초 신청한 용자용도와는 다른 용도로 용자금을 사용할 의사가 있으면서 그 용도를 속이고 용자를 받으면 바

로 인정되는 것으로서 설령 그 당시 피고인 등에게 그와 같은 금액을 지출할 능력이 있었다고 하더라도 사기죄 성립에 지장이 있다고 할 수 없을 뿐만 아니라, 피고인 등이 보유하고 있었다고 주장하는 재산의 내역을 살펴보면 (명칭 생략)대학교 설립을 위하여 피고인 또는 피고인의 처 명의로 공소외 4 학원에 출연한 것이거나(이 사건 용자금으로 취득한 (명칭 생략)빌딩 및 8억 3,000만 원의 예탁금과 (명칭 생략)대학교 교지 2필지), 위와 같이 공소외 4 학원에 출연을 약속한 것{제일종합금융 (지점명생략)지점 22억 2,400만 원의 보통예금, 서울 서초구 서초동 (지번 생략) 토지 및 건물((건물명 생략)빌딩)} 또는 (명칭 생략)대학교의 교지 매입비 등으로서(증 제13호증의 1 내지 18) 이미 용도가 특정되어 있었기 때문에 정해진 용도 외의 전용은 현실적으로 어려웠던 것으로 보이므로, 피고인이 주장하는 사유만으로 피고인이 이 사건 용자금을 편취할 만한 이유가 없었다 할 수도 없다.

(4) 따라서 피고인의 이 부분 사실오인 또는 법리오해의 주장은 이유 없다.

(5) 다만 직권으로 보건대, 이 사건 용자신청은 공소외 4 학원 명의의 수익용 기본재산을 취득하기 위한 것일 뿐, 피고인 자신의 이득을 취득하기 위한 것은 아니라고 할 것인데도 원심판결은 피고인 자신이 이득을 취한 것으로 판시하면서 적용법조도 잘못 적용한 흠이 있다.

그러나 위와 같은 법령적용의 착오가 판결에 영향을 미칠 정도는 아니라고 할 것이므로 이 점을 들어 원심판결을 파기할 것은 아니지만, 어차피 뒤에서 보는 바와 같이 원심판결이 전부 파기되는 바이므로 이 부분도 함께 바로잡기로 한다.

다.

각 업무상횡령 부분(제3 공소사실)

(1) 업무상횡령죄에 있어서의 불법영득의 의사라 함은 자기 또는 제3자의 이익을 꾀할 목적으로 업무상의 임무에 위배하여 보관하고 있는 타인의 재물을 자기의 소유인 것과 같이 사실상 또는 법률상 처분하는 의사를 의미하는 것으로, 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 성립한다고 할 것이다(대법원 1999. 7. 9. 선고 98도4088 판결, 대법원 2000. 3. 14. 선고 99도4923 판결 등 참조).

(2) 또한 사립학교법 제29조 및 같은법시행령에 의하여 학교법인의 회계는 학교회계와 법인회계로 구분되고, 학교회계는 교비회계와 부속병원회계로 구분할 수 있으며, 원심 판시 임대보증금과 통학버스 요금은 사립학교법 제29조 제2항, 제1항, 같은법시행령 제13조 제1항 제3호 소정의 '학교시설의 사용료 및 이용료' 또는 제9호 소정의 '기타 학교법인의 수입으로서 다른 회계에 속하지 아니하는 수입'에 해당하여 교비회계에 속하고, 교비회계의 경우에는 사립학교법 제29조 제4항, 제6항에 의하여 당해 학교의 예산·결산자문위원회의 자문을 거쳐 학교의 장이 예산을 편성하여 학교법인의 이사회가 심의·의결하고 학교의 장이 집행하며, 교비회계에 속하는 수입은 다른 회계에 전출하거나 대여할 수 없는 등 그 용도가 엄격히 제한되어 있다.

그럼에도 불구하고 피고인이 (명칭 생략)정보대학의 교비회계에 속하는 위 각 금원을 판공비 등의 명목으로 임의로 사용한 행위는 불법영득의 의사를 실현하는 횡령행위에 해당한다고 할 것이다.

(3) 따라서 피고인의 이 부분 사실오인 또는 법리오해 주장 또한 이유 없다.

3. 결 론

가. 따라서 이 사건 공소사실 중 특정경제범죄가중처벌등에관한법률(횡령)위반 부분에 대한 피고인의 항소는 이유 있으므로 이 부분 원심판결은 파기를 면할 수 없는데, 원심이 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하면서 위 죄와 각 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)죄 및 1999. 4. 2.자 8,000만 원의 업무상횡령죄가 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있다 하여 하나의 형을 선고하였으므로 이 부분 원심판결은 전부 파기를 면치 못한다.

나. 한편 직권으로 살피건대, 원심은 피고인이 1999. 12. 30. 청주지방법원 충주지원에서 건축법위반죄로 벌금 200만 원의 약식명령을 고지 받아 2000. 1. 15. 위 약식명령이 확정되고, 2002. 12. 23. 청주지방법원 충주지원에서 노동조합 및노동관계조정법위반죄로 벌금 500만 원의 약식명령의 고지 받아 2003. 2. 4. 위 약식명령이 확정된 사실을 인정한 다음, 위 건축법위반죄의 약식명령 확정 전에 범한 원심 판시 제1, 2 및 3의 가.죄와 위 노동조합및노동관계조정법위반죄의 약식명령 확정 전에 범한 원심 판시 제3의 나.죄에 대하여 각 따로 형을 선고하였다.

그런데 2004. 1. 20. 법률 제7077호로 공포, 시행된 형법 제37조 후단은 종전의 '판결이 확정된 죄'를 '금고 이상의 형에 처한 판결이 확정된 죄'로 개정하였고, 위 개정법률은 특별한 경과규정을 두고 있지 않으나, 형법 제37조는 경합범의 처벌에 관한 규정으로서 일반적으로 두 개의 형을 선고하는 것보다 하나의 형을 선고하는 것이 피고인에게 유리하므로 위 개정법률을 적용하는 것이 오히려 피고인에게 불리하게 되는 등의 특별한 사정이 없는 한, 형법 제1조 제2항을 유추적용하여 위 개정법률 시행 당시 법원에 계속중인 사건에도 위 개정법률이 적용되는 것으로 보아야 한다.

나아가, 이 사건에서 위 개정법률을 적용하는 것이 피고인에게 오히려 불리하게 된다고 볼 만한 사정은 찾아볼 수 없으니 피고인에 대하여는 위 개정법률을 적용하여야 하고, 원심이 유죄로 인정한 그 판시 제2, 3의 각 죄는 형법 제37조 전단의 경합범관계에 있어 하나의 형을 선고하여야 하므로, 피고인에게 위 각 약식명령이 확정된 죄가 있다는 이유로 위 각 죄에 대하여 앞서 본 바와 같이 형을 따로 선고한 원심판결에는 결과적으로 법률위반의 위법이 있게 되었다.

다.

그렇다면 피고인의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략하고, 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 따라 원심판결 전부를 파기하고, 변론을 거쳐 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 사실오인 또는 법리오해

피고인이 경찰, 검찰 및 원심법정에서 이 사건 공소사실 중 전부 또는 일부에 대하여 자백한 것은 사실이나, 자백 경위 및 당시 상황 등에 비추어 이를 그대로 믿기는 어렵고, 이에 부합하는 피고인의 자백 외의 대부분의 진술증거도 진술자의 개인적인 견해에 불과하거나 전문진술로서 신빙성이 없거나 그 증명력이 부족하며, 그 밖의 다른 증거 역시 피고인의 이 사건 공소사실을 인정할 직접증거가 되지 아니하거나 오히려 피고인의 변호내용에 부합하는 부분이 많음에도 원심은 이를 모두 유죄로 인정하였으니, 거기에는 아래에서 보는 바와 같이 채증법칙위배로 인하여 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다.

(1) 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령) 부분(제1 공소사실)

(가) 피고인이 충북 (상세 행정구역명 생략)에 있는 (명칭 생략)전문대학(현 (명칭 생략)정보대학, 이하 (명칭 생략)정보대학'이라 한다)으로부터 1969년 피고인이 설립한 학교법인 공소외 1 학원(현 공소외 2 학원, 이하 공소외 2 학원이라 한다) 및 그 법인에 속한 (명칭 생략)외국어고등학교, (명칭 생략)여자고등학교에게 원심 판시와 같이 1994. 5. 17.부터 1996. 11. 29.까지 합계 1,228,283,561원을 지출(이하, '이 사건 지출금원'이라 한다)한 것은 사실이나, 이는 원심이 인정하는 바와 같이 (명칭 생략)여자고등학교 등의 교사 증축 공사비 등의 명목 등으로 지출한 것이 아니라 1994년도에 개교한 (명칭 생략)정보대학의 교사를 건축하는데 자금이 부족하여 그 교사건축비로 사용하기 위하여 공소외 2 학원 등으로부터 일시 융통하였던 약속어음 및 차용금을 변제한 것에 불과하므로, 피고인에게는 (명칭 생략)정보대학의 교비에 속한 자금을 다른 법인 등을 위하여 사용하려는 의사, 즉 불법영득의사가 있다고 할 수 없어 이를 업무상횡령죄로 의율할 수 없다.

(나) 설령 피고인의 위와 같은 행위가 각각 업무상횡령죄를 구성한다고 하더라도 이를 통틀어 포괄일죄로 볼 수 있는 것은 각각의 횡령행위가 단일하고 계속된 범의 아래 이루어진 경우에 한한다 할 것인데, 이 사건 지출금원의 대상과 목적이 다양한 점에 비추어 이를 포괄일죄로 보기는 어렵다.

따라서 이 부분에 관하여 특정경제범죄가중처벌등에관한법률이 적용될 수 없음은 물론 이 부분 공소사실 중 1996. 3. 20. 이전에 범한 횡령죄에 대하여는 이미 공소시효가 완성되었다.

(2) 각 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기) 부분(제2 공소사실)

(가) 피고인이 학교법인 공소외 3 학원(현 공소외 4 학원, 이하 공소외 4 학원이라 한다) 명의로 1996. 6. 7. 10억 원, 1997. 4. 17. 3억 원 및 같은 해 5. 13. 6억 원 등 합계 19억 원(이하, '이 사건 용자금'이라 한다) 등 1995. 7. 18.부터 1998. 7. 10.까지 6회에 걸쳐 한국사학진흥재단(이하, 편의상 '재단'이라 한다)으로부터 합계 38억 원을 용자받은 것은 사실이나, 일부는 용자 후 그 목적에 맞게 사용하였고, 일부는 미리 증축한 다음에 그 소요자금을 신청하였던 것으로 그 건축시기가 다소 차이가 날 뿐 결국 이 사건 용자금 대부분을 용자목적인 (명칭 생략)정보대학의 교육환경 개선을 위하여 사용하였으므로 사기의 범의가 없었고, 설령 결과적으로 당초 제시한 용도로 사용되지 않은 부분이 있다고 하더라도 용자신청 당시부터 그럴 의사로 용자받은 것은 아니므로 재단을 의도적으로 기망하였다고 볼 수는 없다.

(나) 이 부분은 피고인이 재단으로부터 받은 용자금 중 1996. 6. 7. 송금 받은 10억 원으로 1997. 1. 28. 서울 강남구 신사동 (지번 생략) 토지 및 건물(이하 (명칭 생략)빌딩)이라 한다)을 매입하고, 1997. 4. 17. 송금 받은 3억 원과 같은 해 5. 13. 송금 받은 6억 원을 합한 9억 원으로 1997. 7. 16. 법인에탁금 8억 3,000만 원을 예치하였음을 전제로 기소

된 것이나, 위 10억 원은 1996. 6. 13., 위 3억 원은 1997. 5. 13. 위 6억 원은 같은 달 16. 각 출금되었음에 비추어, 위 각 금원이 바로 (명칭 생략)빌딩 매입이나 위 법인에탁금 예치에 사용되었다고 단정하기도 어렵고, 당시 (명칭 생략) 4학원이나 피고인 및 피고인의 처는 상당한 액수의 재산을 보유하고 있었으므로 굳이 위와 같이 용자금을 편취하여 사용할 아무런 이유도 없었다.

(3) 각 업무상횡령 부분(제3 공소사실)

(가) 피고인이 원심 판시 임대보증금 8,000만 원과 통학버스 요금 합계 233,451,670원을 (명칭 생략)정보대학을 위하여 업무상 보관중 모두 사용한 것은 사실이나, 이는 (명칭 생략)정보대학의 총무과장이 관리하면서 피고인이 업무상 필요한 경우 인출해 주어 이를 학생들 행사비, 교직원 회식비 등 (명칭 생략)정보대학 학장의 직무를 수행함에 있어서 필요한 판공비 등으로 사용하였을 뿐 개인적인 용도로 사용한 것은 아니므로 피고인에게 불법영득의 의사를 인정하기 어려워 업무상횡령죄가 성립되지 아니한다.

(나) 원심은 통학버스 요금이 사립학교법 제29조 제2항 소정의 '수업료 기타 납부금'에 해당한다는 전제하에 교비회계에 속하는 금원을 다른 목적으로 사용하였다고 하여 업무상횡령죄를 인정하였으나, 통학버스 요금이 위 수업료 기타 납부금에 해당하는지 불분명할 뿐더러, 설령 그에 해당한다고 하더라도 사립학교법 제73조의2 소정의 죄를 구성함은 별론으로 하되, 불법영득의 의사가 없으므로 업무상횡령죄는 성립되지 아니한다.

나. 양형부당

그렇지 않다 하더라도, 피고인이 이 사건 각 범행으로 인하여 개인적으로 이익을 추구한 바는 없고, 손해액을 전부 배상한 점 등을 감안하면, 원심의 선고형(징역 3년에 집행유예 4년과 징역 1년에 집행유예 4년)은 너무 무거워 부당하다.

2. 판 단

먼저, 사실오인 또는 법리오해의 점에 관하여 본다

가. 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령) 부분(제1 공소사실)

(1) 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(대법원 1994. 9. 9. 선고 94도998 판결 등 참조), 피고인이 (명칭 생략)정보대학으로부터 용도가 엄격히 제한된 교비회계 자금을 위탁받아 집행하면서 그 제한된 용도 이외의 목적으로 자금을 사용하였다면 일응 그 사용행위 자체로서 불법영득의 의사를 실현한 것이 되어 횡령죄가 성립한다고 추단할 수 있겠지만, 그렇지 아니하고 불법영득의사의 존재를 인정하기 어려운 사유를 들어 그 돈의 행방이나 사용처에 대한 설명을 하고 있고 이에 부합하는 자료도 있다면 달리 피고인이 그 위탁받은 돈을 일단 타용도로 소비한 다음 그만한 돈을 별도로 입금 또는 반환한 것이라는 등의 사정이 인정되지 아니하는 한 함부로 그 위탁받은 돈을 불법영득의사로 인출하여 횡령하였다고 인정할 수는 없다고 보아야 할 것이다.

(2) 그런데 원심에서 적법하게 조사·채택한 증거들과 증 제6호증의 1 내지 증 제21호증의 7의 각 기재, 당사 증인 공소외 5, 공소외 6의 각 진술에 의하면, 피고인은 1994년 공소외 4 학원 소속의 (명칭 생략)정보대학 학장으로 취임하여 2002. 9.경까지 근무하면서 사실상 공소외 4 학원의 이사장도 겸하여 (명칭 생략)정보대학과 공소외 4 학원의 자금 보관, 관리 및 집행업무를 총괄하였던 사실, (명칭 생략)정보대학은 1993. 3.경부터 1996. 8.경까지 교사를 신·증축하여 왔는데 그 자금이 부족하자 그 때 그 때 필요에 따라 자재대금 등 건축에 소요되는 비용의 변제를 위하여 공소외 2 학원 이사장 공소외 7과 그 법인 소속의 (명칭 생략)여자고등학교의 교장인 피고인 명의로 약속어음을 발행하여 자재대금 등의 채권자들에게 교부하거나, 위 법인의 법인회계 또는 (명칭 생략)여자고등학교 및 공소외 2 학원 소속 (명칭 생략)외국어고등학교의 교비회계에서 자금을 일시 융통하여 (명칭 생략)정보대학 또는 자재대금 등의 채권자들에게 지급해 온 사실, 이와 같은 경위로 공소외 2 학원 이사장 이금희 명의로 발행되어 결제된 약속어음의 액면금 합계가 547,488,791원(80,200,000원(1994. 9. 3. ~ 같은 달 25., 증 제1호증, 증 제2호증의 1 내지 5, 7 내지 15, 증 제7호증의 1 내지 14, 이 부분은 범죄일람표(1) 순번 1 내지 4와 대체적으로 일치한다) + 141,907,000원(1993. 3. 29.과 1993. 6. 28., 증 제2호증의 16, 17) + 325,381,791원(1994. 1. 18. ~ 1994. 8. 6., 증 제1호증, 증 제6호증의 1 내지 41)), 공소외 2 학원의 법인회계 또는 그 소속 (명칭 생략)여자고등학교와 (명칭 생략)외국어고등학교의 교비회계에서 (명칭 생략)정보대학(또는 공소외 4 학원)으로 송금된 금원의 합계액이 895,023,165원(1994. 10. 15. ~ 1996. 8. 29., 증 제8호증의 1 내지 증 제9호증의 29), 그 외 공소외 2 학원이 주식회사 제일은행으로부터 1994. 2. 23.과 같은 해 4. 25. 두 차례에 걸쳐 합계 10억 원을 대출받아 (명칭 생략)정보대학의 교사 시공업자인 대영건설 주식회사 등에게 위 금원을 공사대금으로 대위변제해 주는 등(증 제10, 11호증의 각 1, 2, 3), (명칭 생략)정보대학이 공소외 2 학원 등으로부터 융통한 어음 및 차용금 등의 합계액이 2,442,511,956원(547,488,791원 + 895,023,165원 + 10억 원)에 이르는 사실을 각 인정할 수 있다.

위에서 본 이 사건 지출금원의 수액 및 지출시기, 위 각 약속어음 및 (명칭 생략)정보대학으로 송금된 금원의 수액, 송금 및 결제시기, 위 대위변제 금액 및 대위변제 일시 등에 비추어 보면, 피고인이 공소외 2 학원 및 그 법인에 속한 (명칭 생략)여자고등학교와 (명칭 생략)외국어고등학교에 지출하였다는 (명칭 생략)정보대학의 교비회계 자금 1,228,283,561원은 피고인의 변소와 같이 (명칭 생략)정보대학이 공소외 2 학원 등으로부터 공사비 등으로 융통한 어음 및 차용금 등에 대한 변제 등을 위하여 지급되었다고 볼 여지가 충분하다고 보인다.

다만, 일계표사본(수사기록 제6책 중 1권 164면 이하)의 기재에 의하면 (명칭 생략)정보대학의 담당자가 작성한 일계표상 이 사건 지출금원 중 일부 지출란에 '공소외 1 학원 밴드부', '(명칭 생략)여고 밴드부', '(명칭 생략)여고 공사대금' 등의 기재가 되어 있어 피고인이 위 기재와 같은 명목으로 공소외 2 학원 등에게 (명칭 생략)정보대학의 교비회계 자금을 먼저 송금해 준 것이 아닌가 하는 의심을 할 수도 있으나 (명칭 생략)정보대학이 공소외 2 학원 등에게 위에서 인정한 바와 같은 변제 등을 위하여 지급하면서도 장부정리의 편의라든지 입금의뢰자의 당시 수요에 응하여 얼마든지 그와 같이 기재할 수도 있다고 보이므로, 위와 같은 일계표 지출란의 기재만으로는 피고인이 공소외 2 학원 등에게 (명칭 생략)정보대학의 교비회계 자금을 먼저 송금해 준 다음 (명칭 생략)정보대학이 공소외 2 학원 등으로부터 위 2,442,511,956원을 받은 것으로 보기에 부족하고, 달리 이를 인정할 아무런 증거도 없다.

그렇다면 이 사건 지출금원은 (명칭 생략)정보대학이 공소외 2 학원 등으로부터 공사비 등으로 융통한 어음 및 차용금 등 2,442,511,956원에 대한 변제를 위하여 지출된 것이 아니라고 볼 만한 특별한 사정이 없으므로 피고인이 이를 다른 명목으로 공소외 2 학원 등에 임의 지출하여 횡령한 것으로 단정할 수는 없다고 할 것이고, 결국 피고인에게 (명칭 생략)정보대학의 교비에 속한 자금을 다른 법인 등을 위하여 사용하려는 의사, 즉 불법영득의사가 있었다고 할 수 없으므로 피고인에 대한 이 부분 공소사실을 업무상횡령죄로 의율할 수 없다.

(3) 따라서 이 점을 지적하는 피고인의 이 부분 사실오인 주장은 이유 있다.

나. 각 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기) 부분(제2 공소사실)

(1) 사기죄의 주관적 구성요건인 편취의 범의는 피고인이 자백하지 않는 이상 범행 전후의 피고인 등의 재력, 환경, 범행의 경위와 내용, 거래의 이행과정 등과 같은 객관적인 사정 등을 종합하여 판단할 수밖에 없다(대법원 1996. 5. 14. 선고 96도481 판결, 2002. 6. 28. 선고 2002도1376 판결 등 참조).

(2) 그런데 피고인은 검찰 제4회 피의자신문시 피고인이 1995년 말 교육부로부터 4년제 대학의 인가요건을 완화한다는 내용의 준칙을 통보 받은 후 1년여 동안 (명칭 생략)대학교 설립에 따른 예비설립인가신청 준비를 한 다음 1996. 8. 29.자로 대학설립계획서를 교육부에 제출하고 위 준칙에 의거한 4년제 대학의 인가에 필요한 학교법인의 교육용 기본재산 외의 수익용 기본재산 2억 원 이상의 구비요건을 충족시키기 위하여 18억 3,000만 원 상당의 법인 수익용 기본재산을 취득한 것으로서 당시에는 용자금을 받지 않고는 인가요건을 충족시킬 여력이 없었기 때문에 이 사건 용자금신청 당시부터 신청목적 대로 용자금을 사용할 의사 없이 대학설립인가를 목적으로 법인의 수익용 기본재산을 취득하기 위한 자금을 마련할 생각을 갖고서 재단에 용자신청을 하였다고 자발적으로 진술하는 등 비교적 소상하게 이 사건 용자금 신청 경위를 설명하면서 이 사건 각 사기의 범의를 인정한 바 있고, 원심법정에서도 같은 취지에서 이 사건 각 사기 범행을 자백하였을 뿐만 아니라, 원심에서 적법하게 조사·채택한 증거들에 의하면, 재단의 용자금은 이자율, 변제조건 등에서 유리한 반면, 한국사학진흥재단법 및 그 시행령의 규정에 따라 사학기관의 교육시설의 개·보수 및 확충 기타 사학기관의 교육환경개선을 위하여 사용하도록 그 용도가 엄격하게 제한되어 있고, 재단이 사학기관의 교육시설의 개·보수 등을 위한 자금을 용자하고자 할 경우에 그 용자금의 이자율·상환기간·연체이자율 등에 관한 사항은 미리 교육인적자원부장관의 승인을 얻어 정하여야 하는 등 자금의 용자대상·조건·방법 기타 상환 등에 관하여도 제한이 있으며, 특히 자금을 용자받은 사학기관이 그 용자금을 용자목적 외에 사용한 사실을 안 때에는 지체 없이 이를 환수하거나 그 시정을 요구하고 당해 사학기관의 관할청에 그 사실을 통보하도록 하는 등 그 기금의 적정한 운영을 기하고 있는 사실, (명칭 생략)정보대학은 이 사건 용자금 신청을 전후하여 충북 (상세 행정구역명 생략) 단평리 (지번 생략) 외 3필지 지상에 교사 나동과 다동을 증축하고 라동 내지 차-1동 등 18동의 건물을 신축한 사실, 피고인은 수사기관에서 조사받으면서 일관하여 (명칭 생략)정보대학의 강의동과 실습동의 증축 자금 용도로 1995. 7. 18.부터 1998. 7. 10.까지 6회에 걸쳐 재단으로부터 용자받은 38억 원 중 18억 3,000만 원은 위와 같이 공소외 4 학원의 수익용 기본재산을 취득하는 데 사용하고, 8억 5,000만 원은 1999. 9.경 (명칭 생략)정보대학 충주캠퍼스 부지인 충북 중원군 이류면 만정리 (지번 생략) 외 2필지의 매입비로, 5억 7,000만 원은 (명칭 생략)정보대학 시설건축비로, 나머지 5억 5,000만 원은 위 재단 용자금 상환 등 필요시설비로 각 사용하였다고 진술하는 한편, 위 5억 7,000만 원은 (명칭 생략)정보대학이 개교한 이후인 1994년부터 2002년까지 투입된 시설건축비인데, 위 용자금 외에 교비회계에서 충당된 부분도 일부 있으나 그 정확한 금액은 알 수 없다고 진술한 사실(수사기록

제6책 중 3권 1566면)을 각 인정할 수 있는바, 위 인정과 같이 피고인이 재단으로부터 용자받은 총액 38억 원 중 실제로 용자목적에 맞게 지출된 금액은 5억 7,000만 원에 불과한 점(피고인의 변호인은 당시에 이르러 재단으로부터 용자받은 금원 중 1997. 5. 12.에 152,149,999원, 1997. 10. 8.에 232,586,000원을 (명칭 생략)정보대학의 시설비로 사용하였다고 주장하나, 증 제25호증의 기재만으로는 이를 인정하기에 부족하다), 이 사건 용자금 신청은 피고인이 (명칭 생략)대학교 설립을 위한 대학설립계획서를 교육부에 제출하고 그 인가에 필요한 법인의 수익용 기본재산을 취득하려 한 1996. 8. 29.을 전후하여 이루어졌고, 실제 피고인은 이 사건 용자가 실행된 지 수개월 이내에 이 사건 용자금과 거의 같은 가액의 공소외 4 학원 수익용 기본재산을 취득한 점, 뒤에서 보는 바와 같이 공소외 4 학원이나 피고인 또는 피고인의 처는 이 사건 용자금 외에는 당시 위 기본재산을 취득할 만한 여력도 별로 없었던 것으로 보이는 점 등을 모두 종합하여 고려하면, 이 사건 용자신청 당시 피고인은 재단으로부터 이 사건 용자금을 (명칭 생략)정보대학의 강의동과 실습동의 증축자금 용도로 차용하더라도 이를 그와 같은 용도로 사용할 의사 없이 공소외 4 학원의 수익용 기본재산을 취득할 목적이었음을 넉넉히 추인할 수 있다고 할 것이고, 재단의 용자금이 이자율, 변제조건 등에서 유리하다는 점 때문에 사용용도가 엄격히 제한되어 있는 점 등에 비추어 보면, 처음부터 사용용도를 속이고 용자신청을 하는 경우뿐만 아니라 용자신청 당시 이미 그 목적으로 표시된 사업이 완료되었음에도 불구하고 그 용도로 용자신청하는 경우에도 재단을 기망하는 행위에 해당한다고 하여야 한다.

- (3) 피고인은 이 사건 용자금 신청 당시 공소외 4 학원이나 피고인 및 피고인의 처가 상당한 액수의 재산을 보유하고 있었으므로 굳이 위와 같이 용자금을 편취하여 사용할 아무런 이유도 없었다고 주장하나, 이 사건 용자금 편취의 범의는 당초 신청한 용자용도와는 다른 용도로 용자금을 사용할 의사가 있으면서 그 용도를 속이고 용자를 받으면 바로 인정되는 것으로서 설령 그 당시 피고인 등에게 그와 같은 금액을 지출할 능력이 있었다고 하더라도 사기죄 성립에 지장이 있다고 할 수 없을 뿐만 아니라, 피고인 등이 보유하고 있었다고 주장하는 재산의 내역을 살펴보면 (명칭 생략)대학교 설립을 위하여 피고인 또는 피고인의 처 명의로 공소외 4 학원에 출연한 것이거나(이 사건 용자금으로 취득한 (명칭 생략)빌딩 및 8억 3,000만 원의 예탁금과 (명칭 생략)대학교 교지 2필지), 위와 같이 공소외 4 학원에 출연을 약속한 것(제일종합금융 (지점명생략)지점 22억 2,400만 원의 보통예금, 서울 서초구 서초동 (지번생략) 토지 및 건물((건물명 생략)빌딩)) 또는 (명칭 생략)대학교의 교지 매입비 등으로서(증 제13호증의 1 내지 18) 이미 용도가 특정되어 있었기 때문에 정해진 용도 외의 전용은 현실적으로 어려웠던 것으로 보이므로, 피고인이 주장하는 사유만으로 피고인이 이 사건 용자금을 편취할 만한 이유가 없었다 할 수도 없다.

- (4) 따라서 피고인의 이 부분 사실오인 또는 법리오해의 주장은 이유 없다.

- (5) 다만 직권으로 보건대, 이 사건 용자신청은 공소외 4 학원 명의의 수익용 기본재산을 취득하기 위한 것일 뿐, 피고인 자신의 이득을 취득하기 위한 것은 아니라고 할 것인데도 원심판결은 피고인 자신이 이득을 취한 것으로 판시하면서 적용법조도 잘못 적용한 흠이 있다.

그러나 위와 같은 법령적용의 착오가 판결에 영향을 미칠 정도는 아니라고 할 것이므로 이 점을 들어 원심판결을 파기할 것은 아니지만, 어차피 뒤에서 보는 바와 같이 원심판결이 전부 파기되는 바이므로 이 부분도 함께 바로잡기로 한다.

다.

각 업무상횡령 부분(제3 공소사실)

- (1) 업무상횡령죄에 있어서의 불법영득의 의사라 함은 자기 또는 제3자의 이익을 꾀할 목적으로 업무상의 임무에 위배하여 보관하고 있는 타인의 재물을 자기의 소유인 것과 같이 사실상 또는 법률상 처분하는 의사를 의미하는 것으로, 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 성립한다고 할 것이다(대법원 1999. 7. 9. 선고 98도4088 판결, 대법원 2000. 3. 14. 선고 99도4923 판결 등 참조).
- (2) 또한 사립학교법 제29조 및 같은법시행령에 의하여 학교법인의 회계는 학교회계와 법인회계로 구분되고, 학교회계는 교비회계와 부속병원회계로 구분할 수 있으며, 원심 판시 임대보증금과 통학버스 요금은 사립학교법 제29조 제2항, 제1항, 같은법시행령 제13조 제1항 제3호 소정의 '학교시설의 사용료 및 이용료' 또는 제9호 소정의 '기타 학교법인의 수입으로서 다른 회계에 속하지 아니하는 수입'에 해당하여 교비회계에 속하고, 교비회계의 경우에는 사립학교법 제29조 제4항, 제6항에 의하여 당해 학교의 예산·결산자문위원회의 자문을 거쳐 학교의 장이 예산을 편성하여 학교법인의 이사회가 심의·의결하고 학교의 장이 집행하며, 교비회계에 속하는 수입은 다른 회계에 전출하거나 대여할 수 없는 등 그 용도가 엄격히 제한되어 있다.

그럼에도 불구하고 피고인이 (명칭 생략)정보대학의 교비회계에 속하는 위 각 금원을 판공비 등의 명목으로 임의로 사용한 행위는 불법영득의 의사를 실현하는 횡령행위에 해당한다고 할 것이다.

- (3) 따라서 피고인의 이 부분 사실오인 또는 법리오해 주장 또한 이유 없다.

3. 결 론

가. 따라서 이 사건 공소사실 중 특정경제범죄가중처벌등에관한법률(횡령)위반 부분에 대한 피고인의 항소는 이유 있으므로 이 부분 원심판결은 파기를 면할 수 없는데, 원심이 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하면서 위 죄와 각 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)죄 및 1999. 4. 2.자 8,000만 원의 업무상횡령죄가 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있다 하여 하나의 형을 선고하였으므로 이 부분 원심판결은 전부 파기를 면치 못한다.

나. 한편 직권으로 살피건대, 원심은 피고인이 1999. 12. 30. 청주지방법원 충주지원에서 건축법위반죄로 벌금 200만 원의 약식명령을 고지 받아 2000. 1. 15. 위 약식명령이 확정되고, 2002. 12. 23. 청주지방법원 충주지원에서 노동조합 및노동관계조정법위반죄로 벌금 500만 원의 약식명령의 고지 받아 2003. 2. 4. 위 약식명령이 확정된 사실을 인정한 다음, 위 건축법위반죄의 약식명령 확정 전에 범한 원심 판시 제1, 2 및 3의 가.죄와 위 노동조합및노동관계조정법위반죄의 약식명령 확정 전에 범한 원심 판시 제3의 나.죄에 대하여 각 따로 형을 선고하였다.

그런데 2004. 1. 20. 법률 제7077호로 공포, 시행된 형법 제37조 후단은 종전의 '판결이 확정된 죄'를 '금고 이상의 형에 처한 판결이 확정된 죄'로 개정하였고, 위 개정법률은 특별한 경과규정을 두고 있지 않으므로, 형법 제37조는 경합범

의 처벌에 관한 규정으로서 일반적으로 두 개의 형을 선고하는 것보다 하나의 형을 선고하는 것이 피고인에게 유리하므로 위 개정법률을 적용하는 것이 오히려 피고인에게 불리하게 되는 등의 특별한 사정이 없는 한, 형법 제1조 제2항을 유추적용하여 위 개정법률 시행 당시 법원에 계속중인 사건에도 위 개정법률이 적용되는 것으로 보아야 한다.

나아가, 이 사건에서 위 개정법률을 적용하는 것이 피고인에게 오히려 불리하게 된다고 볼 만한 사정은 찾아볼 수 없으니 피고인에 대하여는 위 개정법률을 적용하여야 하고, 원심이 유죄로 인정한 그 판시 제2, 3의 각 죄는 형법 제37조 전단의 경합범관계에 있어 하나의 형을 선고하여야 하므로, 피고인에게 위 각 약식명령이 확정된 죄가 있다는 이유로 위 각 죄에 대하여 앞서 본 바와 같이 형을 따로 선고한 원심판결에는 결과적으로 법률위반의 위법이 있게 되었다.

다.

그렇다면 피고인의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략하고, 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 따라 원심판결 전부를 파기하고, 변론을 거쳐 다음과 같이 판결한다.