

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2011도1701 가. 업무상횡령
나. 보조금의예산및관리에관한법률위반

피 고 인 1. A
2. B

상 고 인 피고인들

변 호 인 법무법인 C

원 심 판 결 서울중앙지방법원 2011. 1. 12. 선고 2010노3212 판결

판 결 선 고 2013. 1. 31.

주 문

상고를 모두 기각한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 상고이유 제1점에 대하여

형사소송법 제298조 제1항은 "검사는 법원의 허가를 얻어 공소장에 기재한 공소사실

또는 적용법조의 추가·철회 또는 변경을 할 수 있다. 이 경우에 법원은 공소사실의 동일성을 해하지 아니하는 한도에서 허가하여야 한다."고 규정하고 있으므로, 위 규정의 취지는 검사의 공소장변경 신청이 공소사실의 동일성을 해하지 아니하는 한 법원은 이를 허가하여야 한다는 뜻으로 해석하여야 하고, 공소사실의 동일성은 그 사실의 기초가 되는 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일하면 그대로 유지되나, 이러한 기본적인 사실관계의 동일성을 판단할 때에는 그 사실의 동일성이 갖는 기능을 염두에 두고 피고인의 행위와 그 사회적인 사실관계를 기본으로 하되 규범적 요소도 아울러 고려하여야 한다(대법원 1999. 5. 14. 선고 98도1438 판결 등 참조).

기록에 의하면, 제1심과 원심에서 이루어진 공소장변경은 이 사건 공소사실 중 일부 업무상횡령죄와 상상적 경합 관계에 있는 보조금의 관리 및 예산에 관한 법률 위반죄를 추가한 것, 횡령행위의 기본적인 사실관계는 유지하면서 그 입출금 과정을 보충한 것, 동일한 사실관계를 전제로 법률적 평가만을 달리하여 피해자를 정정한 것, 공소사실의 표현을 다듬은 것 등임을 알 수 있으므로, 위 법리와 이 사건 소송의 경과 등에 비추어 볼 때 위와 같은 공소장변경은 공소사실의 동일성을 해하지 아니하는 범위 내에서 이루어진 것으로서, 그것이 시기에 늦은 공격방법으로 위법하다거나 피고인들의 방어권 행사에 실질적으로 불이익을 줄 염려가 있다고 인정될 정도는 아니므로, 제1심과 원심이 이 사건 각 공소장변경을 허가한 것에 상고이유 주장과 같이 공소장변경에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

2. 상고이유 제2점에 대하여

횡령죄에서 재물의 보관은 재물에 대한 사실상 또는 법률상 지배력이 있는 상태를 의미하고 그 보관이 위탁관계에 기인하여야 할 것임은 물론이나, 그것이 반드시 사용대

차·임대차·위임 등의 계약에 의하여 설정되는 것임을 요하지 아니하고, 사무관리·관습·조리·신의칙 등에 의해서도 성립될 수 있다. 그리고 민법상의 점유보조자라고 할지라도 그 물건에 대하여 사실상 지배력을 행사하는 경우에는 형법상 보관의 주체로 볼 수 있다(대법원 2003. 9. 23. 선고 2003도3840 판결 등 참조).

원심은, 피고인들이 이 사건 각 사업을 기획하고 그에 따른 외부 사업비 또는 보조금을 신청한 L 습지센터의 국장 및 간사로서 이 사건 각 사업 관련 자금에 대하여 출금 또는 자신들의 계좌로 입금하는 등의 방법으로 직접 관리, 집행, 정산 등의 업무를 수행한 점 등 판시와 같은 사정들에 비추어 보면, 피고인들은 이 사건 각 사업비 또는 보조금에 대하여 보관자의 지위에 있었다고 봄이 상당하다고 판단하였다.

원심판결 이유를 위 법리 및 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 이러한 판단에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 업무상횡령죄에서 업무상 보관자의 지위에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

3. 상고이유 제3, 4점에 대하여

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 자체로써 불법영득의 의사를 실현한 것이 되어 횡령죄가 성립한다(대법원 2008. 2. 29. 선고 2007도9755 판결, 대법원 2010. 9. 30. 선고 2010도987 판결 등 참조).

원심은, 피고인들이 D로부터 받은 'E'의 사업비, F로부터 받은 'G' 사업을 위한 국가 보조금, H로부터 받은 'I' 사업의 사업비, J로부터 받은 'K' 행사를 위한 보조금은

모두 용도가 엄격히 제한된 자금으로서, 위 각 사업의 해당 부서 담당자인 피고인들이 별도의 계좌를 개설하여 그 계좌로 위 보조금 등을 지급받았는데, 특정 사업의 사업비 또는 보조금 중 일부를 해당 부서 담당자로부터 송금 받아 이를 직원들의 급여, 운영비 등에 사용해 온 L의 관행에 따라 피고인들은 이 사건 각 사업비 또는 보조금 중 일부를 L 명의의 중앙 회계 계좌이자 직원들 급여 지급 계좌로 송금하여 직원들의 급여가 인출되게 하거나, 이 사건 보조금 등의 일부가 입금된 피고인들의 개인적인 계좌들에서 피고인들의 정기예금, 펀드대금, 아파트 구입비용, 중국 유학 경비 등이 인출된 사실 등의 관시와 같은 사정을 종합하면, 피고인들이 용도가 엄격히 제한된 이 사건 각 사업비 또는 보조금 중 일부를 이 사건 각 사업과 무관한 L 명의의 계좌 또는 피고인들 개인 명의의 계좌로 송금함으로써 송금한 금원에 대하여 불법영득의사가 표현되었고, 업무상횡령죄는 기수에 이르렀다고 판단하였다.

적법하게 채택된 증거들에 의하면, D의 '기부금관리규정'은 기부금을 지원받은 단체로 하여금 30일 이내에 기부금사용결과보고서를 제출하도록 하고 기부금을 부정하게 사용하거나 당초 제출한 사업계획서대로 집행하지 않은 경우 등에는 기부금을 환수하거나 향후 지원하지 않을 수 있도록 규정하고 있고, 피고인들이 F로부터 받은 보조금의 근거가 되는 구 보조금의 예산 및 관리에 관한 법률(2011. 7. 25. 보조금 관리에 관한 법률로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제22조 제1항은 "보조사업자는 보조금을 다른 용도에 사용하여서는 아니된다.", 제34조 제1항은 "보조사업자는 그 교부받은 보조금에 대하여 별도의 계정을 설정하고 자체의 수입 및 지출을 명백히 구분하여 처리하여야 한다."고 규정하고 있으며, M 보조금관리조례 제11조는 "보조금을 다른 용도에 사용하여서는 아니된다."고 규정하고 M 보조금 교부결정서에 첨부된 교부조건에는 "다

른 용도에 사용할 수 없고, 타 사업에 전용할 경우 보조금을 취소할 수 있다."고 정하고 있는 사실을 알 수 있으므로, 피고인들이 D, F, M로부터 받은 보조금이나 사업비는 용도가 엄격히 제한된 자금이라 할 것이다. 앞서 본 법리에 비추어 보면, 피고인들이 이와 같이 용도가 엄격히 제한된 보조금이나 사업비 중 일부를 이 사건 각 사업과 무관한 L 명의의 계좌 또는 피고인들 개인 명의의 계좌로 송금함으로써 불법영득의사는 실현되었고, 그 때 횡령죄는 기수에 이르렀다고 할 것이므로, 피고인들이 D, F, M로부터 받은 보조금이나 사업비에 관한 원심의 위와 같은 판단은 정당하다.

그런데 기록에 의하면, 피고인들이 H로부터 받은 돈은 H가 'I'라는 프로그램의 진행을 L에 맡기면서 4,800만 원을 지급한 것으로서, 법령의 규정 또는 H의 내부 규정 등에 의하여 위 자금의 용도가 엄격하게 제한되어 있지 아니하고, 달리 위 자금의 용도를 제한하고 있는 자료를 찾아볼 수 없어 H가 지급한 위 자금은 용도가 엄격히 제한된 자금이라고 단정하기 어려우므로, 피고인들이 H로부터 받은 자금도 용도가 엄격히 제한된 자금이라는 취지의 원심 판시는 적절하지 않다. 그러나 원심이 확정된 사실관계에 의하면, 피고인들은 H로부터 받은 위 자금 중에서 피고인들의 개인 명의 계좌에 송금된 일부 자금을 피고인들의 개인적인 용도로 사용한 사실을 알 수 있으므로, 그 일부 자금에 대한 불법영득의사 및 횡령죄의 성립을 인정함에 지장이 없고, 따라서 그 일부 자금을 피고인들 개인 명의 계좌로 송금함으로써 불법영득의사가 표현되어 횡령죄의 기수에 이르렀다는 원심의 결론은 정당하다.

결국 원심의 위와 같은 판단에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 횡령죄에서의 기수시기 또는 불법영득의사에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

4. 상고이유 제5점에 대하여

이 부분 상고이유 주장은, 상급자의 지시에 따라 L 명의의 계좌로 돈을 이체시킨 것에 불과한 피고인 B에게 보관자의 지위가 인정될 수 없다는 주장과 피고인 B가 2005. 4. 25. 3,500만 원을 출금한 사실이 없다는 주장 등에 대하여 원심이 판단하지 않은 것은 심리미진이라는 취지이나, 원심은 앞서 본 바와 같이 피고인들에게 업무상횡령죄의 보관자의 지위가 인정된다고 판단하였고, 증거들에 의하여 피고인 B가 2005. 4. 25. L 명의의 계좌에서 3,500만 원을 출금한 사실을 인정함으로써 위 주장에 대한 판단을 한 셈이 된다. 그뿐 아니라 형사소송법 제323조 제2항은 "법률상 범죄의 성립을 조각하는 이유 또는 형의 가중, 감면의 이유되는 사실의 진술에 대한 판단을 명시하여야 한다."고 규정하고 있으므로, 위와 같이 범죄의 구성요건에 해당하지 않는다는 취지의 주장에 대하여 원심이 판단하지 아니하였다고 하더라도 위법하다고 할 수 없다.

5. 상고이유 제6점에 대하여

피고인의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래할 염려가 없는 경우에는 공소사실과 기본적 사실이 동일한 범위 내에서 법원이 공소장변경절차를 거치지 아니하고 다르게 사실을 인정하였다고 할지라도 불고불리의 원칙에 위배되지 아니한다(대법원 2011.

6. 24. 선고 2011도5690 판결 등 참조).

원심은, 피고인들이 J로부터 'K' 행사를 위한 보조금 5,700만 원을 받아 그 중 1,800만 원을 수표로 출금하여 피고인의 동생 D의 계좌에 입금하는 등으로 D의 계좌에 위 보조금 중 25,090,000원을 보관하던 중 위 행사가 마쳐졌음에도 D의 계좌에 남아있던 J 자금 20,424,697원을 반환하지 않고 있다가 여러 차례 L 중앙 회계 계좌로 송금하여 직원들에 대한 급여 등으로 지급되게 함으로써 위 20,424,697원을 횡령하였다는 취지

의 범죄사실을 인정하면서, L 중앙 회계 계좌로의 일부 송금내역 중 날짜와 금액에 일부 오기가 있다고 보아 공소사실과 달리 인정하였다.

위 법리와 이 사건 소송의 경과 등에 비추어 보면, 위와 같이 피고인들이 위 행사가 종료된 후 D의 계좌에 남아있던 20,424,697원을 반환하지 않고 횡령하였다는 동일한 기본적 사실관계 아래 세부적인 출금 내역에 일부 오기가 있어 공소장변경 없이 공소사실과 달리 인정하였다고 하더라도, 피고인의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래할 염려가 있다고 보이지 아니하므로, 원심의 이러한 조치에 상고이유 주장과 같이 불고불리의 원칙을 위반한 위법이 있다고 할 수 없다.

6. 상고이유 제7점에 대하여

검사는 피의자의 연령·성행·지능과 환경, 피해자에 대한 관계, 범행의 동기·수단과 결과, 범행 후의 정황 등의 사항을 참작하여 공소를 제기할 것인지의 여부를 결정할 수 있는 것으로서(형사소송법 제247조), 자신의 행위가 범죄구성요건에 해당된다는 이유로 공소가 제기된 사람은 단순히 자신과 동일한 범죄구성요건에 해당하는 행위를 하였음에도 불구하고 공소가 제기되지 아니한 다른 사람이 있다는 사유만으로는 평등권이 침해되었다고 주장할 수 없다(대법원 2006. 12. 22. 선고 2006도1623 판결 등 참조).

이 사건에서 검사가, 피고인들로부터 이 사건 보조금 등의 일부를 받아 직원들의 급여에 사용한 L 실무진 등에 대해서는 문제 삼지 않으면서 피고인들에 대해서만 공소를 제기하였다고 하더라도, 그러한 사정만으로는 이 사건 공소제기가 소추재량권을 일탈한 것이라거나 피고인들의 평등권을 침해하는 것이라고 볼 수 없다.

같은 취지에서 이 사건 공소제기가 적법함을 전제로 하여 판단한 원심판결에 상고이

유 주장과 같이 평등권에 위배된 공소제기에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

7. 상고이유 제8점에 대하여

구 보조금의 예산 및 관리에 관한 법률 제2조는, '보조금'은 국가 외의 자가 행하는 사무 또는 사업에 대하여 국가가 이를 조성하거나 재정상의 원조를 하기 위하여 교부하는 보조금(지방자치단체에 대한 것과 기타 법인 또는 개인의 시설자금이나 운영자금에 대한 것에 한한다)·부담금 기타 상당한 반대급부를 받지 아니하고 교부하는 급부금을 말하고(제1호), '보조사업'은 보조금의 교부대상이 되는 사무 또는 사업을 말하며(제2호), '보조사업자'는 보조사업을 수행하는 자를 말한다(제3호)고 규정하고 있다. 같은 법 제22조 제1항은 '보조사업자'는 보조금을 다른 용도에 사용하여서는 아니된다고 규정하면서 이에 위반하여 '보조금을 다른 용도에 사용한 자'를 같은 법 제41조에 따라 처벌하도록 규정하고, 같은 법 제43조에서 법인 등에 대한 양벌규정을 두고 있다.

위와 같은 규정들의 내용과 취지 등에 비추어 보면, 위 법률 제22조가 규정한 '보조사업자'에는 보조사업의 주체가 법인이나 단체인 경우에 그 대표자나 실무자 등 구체적으로 보조사업을 수행하는 자연인도 포함될 수 있다고 봄이 상당하다.

같은 취지의 원심 판단에 상고이유 주장과 같이 보조금의 예산 및 관리에 관한 법률 위반죄의 주체에 대한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

8. 결론

그러므로 상고를 모두 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 신영철 _____

 대법관 이상훈 _____

주 심 대법관 김용덕 _____

 대법관 김소영 _____