

## 【판례분석】

교비 횡령 사건에서의 배상 및 반환 청구에 대한  
사례 검토\*

오길영

화성의과학대학교 교수, 과학기술법

eclaw@daum.net

## &lt;국문초록&gt;

본고는 교비 횡령이라는 범죄의 피해자인 ‘공범 2’가 주범인 ‘공범 1’과 방조범인 ‘공범 3’을 상대로 하여 불법행위로 인한 손해배상 및 부당이득의 반환을 청구한 민사사건을 대상 판결로 하고 있다.

구체적인 사실관계를 기반으로 검토하여 본고는 해당 청구가 모두 불가능한 것으로 판단하였다. 민법 제35조 제1항에 기반한 손해배상 청구의 경우, 횡령행위의 본질상 ‘공범 1’이 ‘공범 3’의 대표자로서 그 ‘직무에 관한 행위로 인하여’ ‘공범 2’의 손해를 발생시킬 수가 없기 때문에 요건에 해당하지 않는다. 민법 제750조의 경우도 마찬가지이다. ‘공범 1’의 횡령 가능성을 알면서도 ‘공범 3’이 자신의 직인과 인감을 보관시키고 자신의 회계직원을 ‘자금의 저수지’에 파견한 행위가 문제가 되는데, 이를 ‘공범 3’ 스스로에 대한 횡령의 방조행위로 볼 수는 있어도 이를 ‘공범 2’에서 진행된 횡령의 방조로는 볼 수 없기 때문에 불법행위가 성립하지 않는다. 따라서 민법 제750조에 의한 손해배상의 청구도 불가능하다. 결국 어느 규정을 근거로 하건, 책임을 구성할 수가 없어 불법행위로 인한 손해배상의 청구는 불가능하다.

책임의 구성이 불가능한 이러한 사정을 접어두고, 단순히 손해의 산정 부분만을 바라본다고 하여도 대상 판결의 판단은 수궁하기가 힘들다. 책임 산정에 있어 전제되는 ‘귀속의 여부’가 ‘공범 1’이 치밀하게 자행한 ‘세탁’때문에 현실적으로 인정될 수가 없음에도 불구하고, 이를 전혀 고려하지 않고 손해의 산정을 진행했기 때문이다. 또한 구체적인 책임의 산정에 있어서도 쉬이 납득할 수 없는 논리

\* 심사위원: 이은희, 김재완, 이용인

투고일자: 2023. 6. 7.

심사개시: 2023. 6. 8.

게재확정: 2023. 6. 25.

와 계산법을 사용하고 있어, 이를 신뢰하거나 인정하기가 매우 곤란하기도 하다. 따라서 대상 판결은 전체적으로 타당하지 못하고 법리해석의 오류와 논리 전개상 흠결을 인정하지 않을 수 없다.

주제어: 불법행위, 부당이득, 불법원인급여, 횡령, 이혼하

< 차례 >

- I. 들어가며
- II. 사안의 정리
- III. 법리적 검토
- IV. 나오며

## I. 들어가며

대학이 어렵다고들 한다. 학령인구 감소로 인하여 줄도산이 눈앞에 있다고들 하는데,<sup>1)</sup> 상황이 이 정도에 이르자 돌파구를 찾기보다는 오히려 폐교로 인한 사회적 부담을 줄이기 위한 논의가 진행 중이다.<sup>2)</sup> 대학에 몸담고 있는 많은 이들에게는 안타깝고도 다소 공포스러운 이야기가 될 수 있겠으나, 이미 폐교의 위기를 제대로 체험해 본 바 있는 필자의 입장에서 그저 담담하게 다가올 뿐이다. 이러한 논의에 있어 빠지지 않고 등장하는 것이 바로 ‘책임론’이다. ‘누구 때문에’ 또는 ‘어떤 문제 때문에’ 폐교가 되는 것이니 책임을 지워야 한다는 것인데, 이러한 책임론의 문제점은 대체로 ‘탓’을 할 뿐 책임을 지거나 질 수 있는 대상이 마땅하지 않다는 것이다. 그리고 교육기관인 대학의 특성상, 책임의 ‘내용’ 또한 문제이다. 교직원의 임금과 학교의 부채에 대해서만 전면적으로 논의될

1) 문화일보, “문단은 20개 대학중 19개가 지방대… 앞으로 전국서 195곳 추가 폐교”, 2023. 5. 17., <<https://www.munhwa.com/news/view.html?no=2023051701031027106001>>, 검색일: 2023. 5. 20.

2) 교수신문, “부실대학 조기퇴출이 더 공약”, 2023. 5. 19., <<http://www.kyosu.net/news/articleView.html?idxno=104962>> 검색일: 2023. 5. 20.

뿐, 교육 내용의 변질과 학생들에 대한 무배려는 항상 순위 밖의 문제로 떠밀려 있기 때문이다.

엄혹한 위기의 시기에 오히려 신흥무관학교를 세우며 조국의 미래를 준비했던 우당(友堂) 이회영 선생이, 여순감옥에서 모진 고문 끝에 순국하면서 유언하시길 ‘조국 광복을 이루지 못했으니 몸과 유품은 불태우고 제사도 지내지 말라’고 하셨다고 한다.<sup>3)</sup> 교육이 미래이자 꿈이었던 그의 가슴 아픈 유언은, 현재 폐교를 눈앞에 두고 대책 없는 책임 공방을 하고 있는 우리에게 교육의 본질과 이유에 대하여 재고하게 한다. 대학교육이 점차 경쟁화되면서 일종의 ‘서비스’일 수는 있어도 이익과 손실만이 논해지는 ‘영업’이 되어서는 곤란하지 않겠는가 하는 질문이 바로 그것이다. 이러한 질문에 대한 답안을 찾기 위해서는 교육 영업화의 사례를 통한 검토, 즉 반면교사(反面教師)의 방식으로 진행되는 검증이 매우 효과적이다. 교육을 영업화했던 대표적인 인물로 우리는 ‘이홍하’<sup>4)</sup>를 기억하고 있다. ‘사학대도(私學大盜)’라는 독특한 ‘호(號)’를 가지고 있는 그는 현재 수감 중이나, 그가 설립했던 ‘영업소’들은 폐교 및 청산 중<sup>5)</sup>이거나 끝을 알 수 없는 송사의 와중<sup>6)</sup>에 있다. 그렇다. 교육은 거룩해야만 한다. 뜻을 잃고 이익을 탐하는 교육은 결국 사회적 손실만을 남길 뿐인 것이다.

3) 내 손안에 서울, “사진보다 선명하게 남은 이름, 독립운동가 우당 이회영”, 2022. 11. 30., <<https://mediahub.seoul.go.kr/archives/2006178>>, 검색일: 2023. 5. 20.

4) 학술의 목적으로 작성되는 본고의 성격상 개인의 성명을 직접 명시하는 것이 그다지 바람직하지는 않겠으나, 그의 성명은 이미 한 개인의 이름이라는 의미를 넘어 사학비리의 대명사로 사용되고 있는 바, 이러한 취지에서 본고에서도 사례를 설명하기 위해 필요한 최소한의 범위 내에서 그의 성명을 그대로 명시하기로 한다. 그에 대한 상세는 <<https://namu.wiki/w/이홍하>>, 검색일: 2023. 5. 20. 참조. 원고나 피고의 직접적인 명칭의 사용 또한 동일하다.

5) 서남대학교(이하 서남학원)는 2018. 2., 한려대학교(이하 서호학원)는 2022. 2.에 각각 폐교되었다.

6) 수년간 폐교·청산 논의가 진행되어 온 바 있는 광양보건대학교는 폐교의 문턱에서 제정 기여자를 만나 정상화를 진행 중인 화성의과학대학교(구 신경대학교)를 상대로 하여, 이홍하가 진행한 교비횡령에 대한 불법행위로 인한 손해배상 청구 및 부당이득 반환청구 소송을 제기하였다. 대법원에서 장시간 계류 중이던 동 사건은 2023. 6. 1.자로 피고 신경학원 등에 대한 패소 부분을 ‘과기환송’하는 선고가 난 바 있다.

본고는 이렇듯 교육 영업화의 종국에 서 있는 두 대학교의 소송 사례를 검토하는 글이다. 이러한 면에서 그야말로 막장 드라마이자 제대로 된 반면교사의 사례가 아닐까 한다. 광양보건대학교(이하 양남학원)는 실질적인 설립자인 이흥하의 교비 횡령으로 피해를 입었으며 횡령된 교비가 이흥하가 설립한 또 다른 대학인 신경대학교(이하 신경학원)로 귀속되었으므로 부당이득에 의한 반환청구 및 불법행위로 인한 손해배상청구의 소를 이흥하와 신경학원을 상대로 제기하였다. 그러나 해당 횡령 행위에 있어 양남학원과 신경학원은 모두 피해자이자 공범의 지위를 가지고 있다. 즉 어떤 이들의 공동불법행위에 대하여 피해를 입은 제3자가 해당 불법행위자들을 상대로 제기한 소송이 아니라, 교비 횡령이라는 범죄의 ‘공범 2’가 ‘공범 1’과 ‘공범 3’을 상대로 하여 제기한 소송인 것이다.<sup>7)</sup>

7) 이렇듯 필자가 ‘공범 1, 2, 3’이라는 표현을 사용하면서도 본 사건의 평석을 진행하고 있는 이 글의 본문 내용상으로는 결국 그 공범성을 부정하고 있다는 지적을 본고의 심사과정에서 받은 바 있다. 이러한 지적은 틀린 말이 아니다. 특히 필자는 대상 판결에 대하여 ‘공범 1’과 ‘공범 3’의 공범성을 본문에서 정면으로 부정하고 있다. 그럼에도 불구하고 필자는 이 글의 시작과 끝부분에 등장하는 ‘공범’이라는 용어를 수정하지 않기로 결단하였다. 이는 심사위원들의 지적을 수용하지 않겠다는 취지가 아니라 필자가 굳이 ‘공범’이라는 용어로 칭하고자 하는 다른 의도가 있기 때문이다. 즉 대상 판결만을 바라보자면 ‘공범 1’과 ‘공범 3’의 공범성을 부정하지 않을 수 없겠으나, 널리 이흥하라는 인물의 사학비리 범죄행각의 전체를 조망하자면 ‘공범 3’ 또한 횡령의 주체이자 객체의 목적으로 설립되고 운용되어 온 것이 분명하다. 또한 본고의 대상 판결이 아닌 다른 사건에서 ‘공범 3’은 ‘공범 1’의 횡령행위에 대하여 공범으로서의 역할을 충실히 이행한 바 있으며, 덕분에 해당 총장 또한 유죄를 선고받을 수형을 한 바 있다. 이러한 의미에서 이흥하가 설립한 산하 대학 전체가 동일하게 사학비리의 공범이자 횡령자금의 세탁을 위한 세탁소의 역할을 수행해 왔다는 점을 이 글의 이면에서 강조하고 싶은 것이 필자의 바람이다. 따라서 이렇듯 필자가 굳이 ‘공범’이라는 용어를 사용하고자 함은 다시는 이러한 일이 재발하지 않기를 바라는 마음에서 비롯된 필자 나름의 소신인 것이다. 그리고 무엇보다 이 글은 대상 판결이 대법원에서 파기환송되어 다시금 심리가 진행될 경우에 대비하여, 처음부터 재판부에 자료로 제출될 목적으로 기획되었다는 점이 ‘공범’이라는 용어를 고집하는 또 다른 이유이다. 즉 1심과 항소심이 바라보고 있는 ‘공범’이라는 시각을 그대로 반영하여 글의 외연을 구성하면서도 글의 내면에서는 그 공범이라는 시각의 논리적 허구성을 지적하는 방식을 채택하여 환송심의 이해와 접근의 편의를 돕고자 하는 실용적 취지를 가지고 있다는 점 또한 고려해야 한다. 따라서 순수한 연구목적의 논문에서 요구되는 표현상의

대체로 이러한 이야기를 접하게 되면 공범들 간의 ‘진흙탕 싸움’이라는 형사적인 선입견 때문에 그 결론을 무시하기 쉬우나, 현실은 전혀 그러하지 않다. 형사적인 판단의 이면에 서 있는 민사적 논쟁의 결론은 엄연한 현실이자 누군가의 ‘생존의 문제’이기 때문이다. 특히 폐교 논쟁에 휩싸여 있는 원고 양남학원과는 달리 피고 신경학원은 폐교의 문턱에서 기적 같은 재정 기여자를 만나 교육부가 제시한 정상화의 절차를 충실히 이행하고 있다는 점에서, 양남학원의 소송은 학교의 ‘영업적 손실’을 이유로 교육부의 정책을 무력화하고자 하는 취지 또한 포함하고 있다는 점을 주목해야 한다. 이러한 점에서 해당 소송에 대한 검토를 내용으로 하는 본고는, 단순히 민사적 법리 적용의 타당 여부를 논하는 것 이상의 의미가 있다고 본다. 즉 폐교나 정상화를 고민하고 있거나 고민하게 될 적지 않은 대학들과 교육부에 있어 본 사례는, 그 결정에 앞서 반드시 짚어보아야 하는 타산지석인 것이다.

## II. 사안의 정리

### 1. 사실관계의 요약

#### 1.1. 이홍하의 형사사건<sup>8)</sup>

이홍하는 신경학원, 서호학원, 서남학원, 양남학원 등 4개의 학교법인 및 산하 대학교를 설립<sup>9)</sup>하고, 서남학원 산하에 2개의 지역 병원<sup>10)</sup>을

---

정합성을 다소 회생하더라도 글의 실용·실무적 목적에 더욱 충실하고자 하는 취지가 있으니, 이러한 특별한 사정에 대한 양해를 구하는 바이다.

8) 광주지방법원 2013. 6. 20. 2012고합575·562(병합)·583(병합), 2013고합60(병합); 광주고등법원 2015. 10. 29. 2013노318·504(병합), 2015노174(병합); 대법원 2016. 5. 24. 2015도17597 판결에서의 사실관계를 종합하여 요약하였다.

9) 서남학원의 서남대학교는 1991.2., 양남학원의 광양보건대학교는 1994. 3., 서호학원의 한려대학교는 1995. 3., 신경학원의 신경대학교는 2005. 3.에 각각 설립되었다.

10) 1995.경 광주광역시의 녹십자병원을 인수하여 서남대학교병원으로 명칭을 변경

인수하여 부속병원으로 설치함과 동시에 해당 대학교들의 시설 및 건축을 전담시키는 목적으로 성아건설이라는 회사를 설립<sup>11)</sup>하였다. 이러한 학교들을 실질적으로 지배·운영하기 위해 이흥하 스스로는 아무런 직책이 없도록 하는 한편 자신의 처나 친인척, 신뢰하는 산하 학교의 교직원이나 병원장 등을 학교법인의 이사나 총장 등 주요 보직에 교차 배치하는 방식을 사용하였다. 실질적인 운영은 모두 한곳에서 진행되었다. 서남대학교 부속병원 6층에 소위 ‘법인 기획실’을 만들어 놓고 산하 대학교에서 파견<sup>12)</sup>된 15명의 교직원이 근무하였는데, 각 대학의 총장 직인과 교비통장 및 차명 통장 등을 모두 갖다 놓고 각 대학의 수입·지출 기안서와 교육부의 공문 등을 이흥하가 직접 검토하고 각 대학교와 성아건설의 각종 업무와 수입·지출에 관하여도 직접 결재하였다.

성아건설의 경우 수금을 위한 창구로 사용하였는데, 각 대학교의 모든 건설관련 업무를 성아건설이 전담하도록 해놓고 실제 공사를 한 사실이 없음에도 공사비나 노임 등의 명목으로 금원을 지출하는 것처럼 지출결의서 및 노임 대장을 허위로 작성한 후, 이를 근거로 각 대학교의 교비를 성아건설로 빼돌리고 이를 다시금 제3자의 차명계좌로 입금케 하여 전액 현금으로 인출하는 방법으로 비자금을 조성하였다. 교직원에 대한 급여지급 외의 모든 거래는 이처럼 자금추적을 피하고자 현금이나 자금세탁을 통하여 집행하도록 하였다. 이렇게 모인 횡령금은 법인 기획실에서 통합 회계로 관리하면서 교직원 명의 대출<sup>13)</sup>원리금 상환비용, 서남대

---

하였고, 1997.경 광주광역시외의 남광병원을 인수하여 서남대학교 부속병원으로 설치하였다.

11) 성아건설 이전에는 동일한 용도로 1996. 8.경에 설립한 하남건설이 있었으며, 조세포탈의 혐의로 형사처벌을 받는 등 더 이상 운영할 수 없게 되자 폐업하고 2006. 6.경에 새로이 설립한 것이 성아건설이다.

12) 15명의 법인 기획실 근무자의 경우 그들의 임금이 각 대학교에서 지급되도록 했으므로 법적으로는 각 학교에서 파견된 형태이겠으나, 실제로는 해당 학교의 현지에서는 전혀 근무하지 않았으므로 이를 파견으로 표현하는 것이 정확한 표현은 아니다.

13) 이흥하는 자신이 임용한 산하 대학교 소속 교원을 상대로 사학연금에서 강제로 대출을 올 것을 강압하고, 이를 통해 모은 자금 또한 용도불명의 비자금으로 사용한 바 있다. 이에 관한 상소는 경향신문, “‘사학 재벌’ 이흥하씨, 교수들에 연금 대출 강요”, 2013. 8. 6., <<https://www.khan.co.kr/national/incident/article/20>>

병원 및 부속병원의 운영비, 부동산 매수 자금, 학교 관련자들이 교비 횡령으로 신고받은 교직원의 벌금 납부 비용, 차명으로 구입한 부동산 관련 제세공과금, 학교 관련 분쟁 소송비용, 이홍하 자녀의 아파트 및 차량구입 비용, 생활비 및 기타 개인적 용도로의 현금 사용 등으로 집행되었다.

이홍하는 ‘산하 대학들의 총장 등과 공모하여 약 1,004억 원을 횡령하였다’는 범죄사실<sup>14)</sup>로 기소되어, 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 위반(횡령)죄 등으로 징역 9년 및 벌금 90억 원의 형을 선고받았고, 해당 판결은 2016. 5.경 확정되었다.

## 1.2. 양남학원의 민사소송<sup>15)</sup>

원고 양남학원은 상기 이홍하의 횡령 내용을 아래의 표와 같이 정리하여 법원에 제출하였다.<sup>16)</sup>

<표 1> 양남학원이 제출한, 이홍하의 횡령액<sup>17)</sup>

횡령 피해자 <sup>18)</sup>	횡령기간	횡령액 <sup>19)</sup>
원고 양남학원	2007.1.2.부터 2012.8.16.까지	40,289,967,900원
원고 서호학원	2007.1.8.부터 2012.8.17.까지	14,836,000,000원
피고 서남학원	2007.1.9.부터 2012.8.17.까지	32,998,660,000원
피고 신경학원	2007.1.9.부터 2012.5.4.까지	1,558,110,000원
피고 성아건설	2008. 3.4.부터 2012.8.31.까지	10,605,505,000원

1308060600025>, 검색일: 2023. 5. 21.

14) 중앙일보, “1004억 횡령하고, 교수를 인부로 부리고”, 2012. 12. 27., <<https://www.joongang.co.kr/article/10271753#home>>, 검색일: 2023. 5. 21.

15) 광주지방법원 2017. 1. 13. 2014가합6949; 광주고등법원 2019. 12. 20. 2017나123.

16) 원고 양남학원은 피해액을 산정하기 위해 회계법인에 용역을 주고 그 결과보고서를 제출하였다; 신승회계법인, 합의된 절차수행에 의한 채권·채무 확정 검토 보고서(2014. 5.), 26쪽.

17) 이는 광주지방법원 2017. 1. 13. 2014가합6949 판결의 판결문 5쪽의 표를 그대로 인용한 것이다.

18) 양남학원이 제기한 민사소송에 있어 원고는 양남학원과 서호학원이고 피고는 서남학원과 신경학원, 그리고 성아건설이다. 여기에서 서호학원과 서남학원은 앞서 밝히 바와 같이 폐교되어 청산절차가 진행중에 있고 성아건설 또한 폐업되었으므로, 소송의 제기 시점과는 달리 현재 유의한 소송의 당사자는 원고 양

각 대학교별 횡령액의 합계는 ₩89,682,737,900원이고, 여기에다 성아건설의 경우까지 합산하면 ₩100,288,242,900원이라는 것이다. 여기에서 각 대학별로 다시금 교비회계로 재입금되어 환원<sup>20)</sup>된 금액을 산출하였는데 양남학원은 ₩10,484,163,067원, 서호학원은 ₩9,166,346,208원, 서남학원은 ₩31,507,287,958원, 신경학원은 ₩4,809,188,939원으로 설정하였다. 따라서 실제의 피해액은 횡령액에서 환원 금액을 차감한 금액이 되고, 이를 아래와 같은 표로 정리하였다.

<표 2> 양남학원이 제출한, 횡령금에서 교비 환원금을 제외한 금액<sup>21)</sup>

(단위: 원)	양남학원	서호학원	서남학원	신경학원
가) 횡령금	40,289,967,900	14,836,000,000	32,998,660,000	1,558,110,000
나) 교비환원금	10,484,163,067	9,166,346,208	31,507,287,958	4,809,188,939
가) - 나) 차액	29,805,804,833	5,669,653,792	1,491,372,042	-3,251,078,939

즉 원고인 양남학원은 298억여 원, 서호학원은 56억여 원, 서남학원은 15억여 원의 손해가 발생하였으나, 신경학원의 경우 32억여 원의 이득이 있다는 것이다. 이 이득을 원고들이 청구하기 위하여, 먼저 두 원고의 손해액의 비율을 계산하고 이를 토대로 신경학원의 이득액을 각 원고의 손해액 비율대로 청구한다. 그 금액은 아래의 표와 같다.

남학원과 피고 신경학원 뿐이다. 따라서 본고에서는 가급적 양남학원과 신경학원만을 각각 원고와 피고로 설정하여 논의를 진행하기로 한다.

19) 해당 회계법인은 횡령액의 계산에 대하여 ① 검찰주장 횡령금액(횡령금액 일람표) ② 횡령금액 사용내역(검찰주장 횡령금액 사용 내역, 자금일계표, 서남대학 교병원 금융계좌, 토지구입관련 원천증빙 등) ③ 각 학교별 자금수지 추정(횡령금액 일람표, 각 법인 및 대학의 결산 재무제표, 현금출납부, 우리은행 등 금융계좌 및 성아건설 보통예금 출납부 등) ④ 횡령금액의 교비회계 재입금액 검토(각 법인 및 대학의 우리은행 등 금융계좌) ⑤ 대출금 검토(각 금융기관별 여신거래 내역 등) ⑥ 채권·채무 확정 검토(횡령금액 일람표, 각 법인·병원 및 대학의 우리은행 등 금융계좌) 등을 근거로 업무를 수행하였다고 한다. 신승회계법인, 앞의 보고서, 2쪽.

20) 각 법인 계좌를 경유하여 각 교비 회계로 환원된 금액을 말한다. 신승회계법인, 합의된 절차수행에 의한 채권·채무 확정 검토보고서, 40쪽.

21) 양남학원의 소장, 15-16쪽.



<표 3> 양남학원이 제출한, 피고 신경학원이 원고들에게 지급해야 할 금액<sup>22)</sup>

청구권자	금액	계산 근거 (단위: 원)
원고 양남학원	2,731,494,619	$3,251,078,939 \times 29,805,804,833 / (29,805,804,833 + 5,669,653,792)$
원고 서호학원	519,584,320	$3,251,078,939 \times 5,669,653,792 / (29,805,804,833 + 5,669,653,792)$

※ 계산근거: 이득액(피고 신경학원의 초과 환원금) × 각 원고의 손해액 비율(각 원고의 횡령금 차액 ÷ 두 원고의 횡령금 차액 합계)<sup>23)</sup>

따라서 피고 신경학원은 양남학원에 대하여 2,731,494,619원의 손해를 배상해야 한다는 것이다.<sup>24)</sup>

## 2. 법원의 판단

### 2.1. 책임에 관한 판단 부분

#### 2.1.1. 1심 법원의 판단

먼저 손해배상책임에 대하여 1심 법원은 “용도가 엄격히 제한되어 있는 원고 산하 대학교의 교비회계에 속하는 자금을 허위 노임 등의 지급 명목으로 별도로 관리하는 차명계좌로 입금한 후 현금으로 인출하는 방법으로 이를 횡령하였으므로, 민법 제750조에 따라 위와 같은 횡령행위로 원고들이 입은 손해를 배상할 의무가 있다.”<sup>25)</sup>라고 판시하여 피고 이홍하의 불법행위에 의한 손해배상책임을 인정하였다.

22) 양남학원의 소장, 17쪽.

23) 양남학원의 소장, 17쪽의 표현을 본고의 표현대로 변환하였다.

24) 그러나 양남학원은 “원고들이 피고들로부터 반환받아야 할 금액의 합계는 약 400억 원에 이르고 있고, 이를 전액 청구할 경우 소장에 첨부해야 할 인지액만도 약 1억 3,000만 원에 이”르기 때문에 고가의 인지액을 납부하는 것이 부담이 되어 “우선 반환받고자 하는 금액의 100분의 1만 청구하도록 하고, 향후 청구취지를 확장”하기로 하여 실제 해당 소에 있어 신경학원에 대한 청구금액은 27,314,946원이다. 큰따옴표 안의 내용은 양남학원의 소장, 23쪽을 인용함; 즉 양남학원은 인지액의 부담때문에 해당 소송에서는 일단 손해 총액의 ‘100분의 1’만 청구한 것이다.

25) 광주지방법원 2017. 1. 13. 2014가합6949 판결의 판결문 7쪽.

한편 피고 서남학원, 신경학원, 성아건설에 대하여는 “피고 이홍하는 피고 서남학원, 신경학원, 성아건설을 설립하여 그 운영에 관한 모든 사항을 결정하는 등 이를 실질적으로 운영하였으므로 민법 제35조 제1항을 적용함에 있어 피고 이홍하가 피고 서남학원, 신경학원, 성아건설의 대표자에 해당한다.”<sup>26)</sup>고 전제하고 “피고 이홍하가 원고들 산하 대학교의 교비에서 횡령한 금전 중 일부를 피고 서남학원, 신경학원, 성아건설에 기부금이나 공사대금 수령 등의 명목으로 귀속시켰다면, 피고 이홍하의 위와 같은 불법행위는 외형상 피고 서남학원, 신경학원, 성아건설의 자금조달이나 채권행사 등 행위에 해당하여 그 직무와의 관련성도 충분히 인정”되어 “그와 같이 귀속된 금전에 관하여 피고 서남학원, 신경학원, 성아건설은 민법 제35조 제1항에 따른 손해배상책임을 부담한다고 할 것”<sup>27)</sup>이라고 판단하였다. 즉 양쪽 모두 손해배상책임을 부담하기는 하나, 이홍하는 민법 제750조, 신경학원 등은 민법 제35조 제1항에 의한 손해배상책임을 부담한다고 판시하여 적용법조를 달리하였다.

다음으로 부당이득반환 책임에 관하여는 “① 이 사건 횡령행위 및 횡령금의 사용은 모두 피고 이홍하의 결정 및 지시에 따라 이루어진 점, ② 피고 이홍하는 이 사건 간 학교법인을 설립하여 그 운영에 관한 모든 사항을 결정하는 등 실질적인 운영자의 지위에서 있던 점 등에 비추어 보면, 원고들에 대한 횡령금 중 일부가 피고 서남학원, 신경학원, 성아건설에 귀속되었다면 기부금이나 공사대금 명목으로 금전을 수령하는 등 귀속의 원인이 되는 법률관계가 존재한다고 하더라도 위 피고들은 귀속된 금전이 횡령한 것이라는 사실을 알았다고 봄이 타당”하므로 “원고들에 대한 관계에서 그와 같이 귀속된 금전에 관하여 법률상 원인이 존재한다고 할 수 없으므로 피고 서남학원, 신경학원, 성아건설은 이를 부당이득으로 반환하여야 한다.”<sup>28)</sup>라고 판시하였다. 즉 부당이득의 요건인 법률상 원인의 결여에 관하여 종전의 횡령 사례를 인용하면서 “횡령한 금원을 자신의 채권변제에 사용한 경우 채권자가 그 변제를 수령함에 있어 해당 금전이 횡령한 것이라는 사실에 대하여 악의 또는 중과실이 없는 한 채권자의 금전

26) 광주지방법원 2017. 1. 13. 2014가합6949 판결의 판결문 10쪽.

27) 광주지방법원 2017. 1. 13. 2014가합6949 판결의 판결문 10-11쪽.

28) 광주지방법원 2017. 1. 13. 2014가합6949 판결의 판결문 9-10쪽.

취득은 피해자에 대한 관계에서 법률상 원인이 있는 것으로 봄이 상당”<sup>29)</sup> 한데, 그 반대해석으로 본 사건의 경우 피고 신경학원 등이 이홍하의 횡령 사실을 인지하고 있었으므로 악의 또는 중과실이 인정되어 법률상의 원인이 결여되고 따라서 민법 제741조가 적용된다는 것이다.

### 2.1.2. 항소심의 판단

책임에 관한 항소심의 판단 부분은 1심과 거의 동일하다. 이홍하의 경우 민법 제750조에 의한 손해배상책임을 인정하였고,<sup>30)</sup> 피고 신경학원 등은 민법 제35조 제1항의 배상책임을 부담한다는 것이다.<sup>31)</sup> 차이가 있다면 ① 피고 신경학원 등이 이홍하의 횡령행위에 공모하거나 방조하였다는 것을 명시적으로 확인한 점,<sup>32)</sup> ② 공모 내지 방조행위의 구체적인 사실관계로 “피고들의 총장들과 대표이사도 피고 이홍하의 위와 같은 법인 기획실을 통한 자금관리 사실을 알면서도 이를 도와주기 위해 총장 직인이나 법인 인감을 법인 기획실에 보관시키고 회계직원 등을 파견”한 것을 들고 있다는 점,<sup>33)</sup> 따라서 ③ 원고 양남학원에 대하여 피고 이홍하와 공동불법행위의 책임을 부담한다고 적시한 점<sup>34)</sup> 정도이다.

한편 부당이득에 관하여는 “횡령이라는 하나의 사실행위에 대하여 피고들의 위 각 불법행위로 인한 원고들의 피고들에 대한 손해배상청구권과 피고들이 위와 같이 법률상 원인 없이 이 사건 학교들의 교비를 횡령하여 얻은 돈에 관한 원고들의 피고들에 대한 부당이득반환청구권은 결합하여 병존하고, 원고들 역시 이를 선택적으로 청구하고 있으므로, 앞서 살펴본 바와 같이 원고들의 이 사건 학교들의 교비 횡령을 이유로 불법행위에 기한 손해배상청구를 구하여 받아들여진 이상, 부당이득반환청구에 관하여는 따로 판단하지 않는다.”라고 설시하였다. 따라서 부당이득반환 책임의 상세에 대하여는 항소심의 판단을 확인할 수가 없다.

29) 대법원 2012. 1. 12. 2011다74246.

30) 광주고등법원 2019. 12. 20. 2017나123 판결의 판결문 13쪽.

31) 광주고등법원 2019. 12. 20. 2017나123 판결의 판결문 13-14쪽.

32) 광주고등법원 2019. 12. 20. 2017나123 판결의 판결문 13쪽.

33) 광주고등법원 2019. 12. 20. 2017나123 판결의 판결문 14쪽.

34) 광주고등법원 2019. 12. 20. 2017나123 판결의 판결문 13쪽.

## 2.2. 손해액에 대한 판단 부분

### 2.2.1. 1심 법원의 판단

손해액의 산정에 관하여 1심 법원은 양남학원이 제시한 <표 2>의 내용을 대체로 수용하였다. 즉 이홍하가 양남학원에서 횡령한 금액을 40,289,967,900원인 것으로 수용하였고, 교비회계로 환원된 금액 또한 10,484,163,067원으로 인정하였다. 그러나 실제의 피해액, 즉 횡령액에서 환원 금액을 차감한 금액의 경우에는 새로이 기재상환에 사용된 금액 1,849,587,116원을 반영하였다. 따라서 양남학원의 손해액(40,289,967,900-(10,484,163,067+1,849,587,116))을 27,956,217,717원으로 확정하였다.<sup>35)</sup> 즉 민법 제750조에 의해 피고 이홍하에게 동 금액의 손해배상을 명하였다.

한편 피고 신경학원 등의 손해배상책임에 대하여는 “원고들이 제출하고 있는 증거들만 가지고는 원고들에 대한 횡령금 중 일부가 피고 서남학원, 신경학원, 성아건설에 귀속되었는지 여부나 그 액수를 확정할 수가 없고, 달리 이를 확정할 만한 증거가 없다”<sup>36)</sup>는 이유로, 앞서 살핀 바와 같이 민법 제35조 제1항의 배상책임을 인정하면서도 배상의 청구 자체는 배척하였다. 이러한 판단의 구체적인 사유를 살펴보면, 부당이득반환 내지 불법행위책임을 부담하기 위해서는 이홍하의 횡령으로 횡령금 중 일부가 피고 신경학원 등에 귀속되었음이 전제되어야 하고 그 책임의 범위도 귀속된 금전의 액수에 한정되어야 하는데 ① 원고들의 횡령금이 피고 신경학원 등에 귀속되었다는 것을 직접적으로 확인할 수 있는 객관적인 금융 자료가 존재하지 않고 ② 이홍하가 피고 성아건설에서 횡령한 금액에 대하여 원고들은 각 대학교의 교비에서 횡령된 금액으로 전제하고 있으나 이를 인정할 증거가 없다는 점 ③ 피고 신경학원 등에 귀속된 횡령금은 원고 양남학원으로부터 횡령된 금액뿐만이 아니라 피고 성아건설에서 횡령된 금액도 포함되어 있어 귀속된 금액의 출처가 피고 성아건설에 대한 횡령금에 해당할 여지가 있다는 점 ④ 피고 이홍하가 개인적인 용도로 사용한 32억여 원의 출처가 원고 양남학원으로부터 횡령된 금액일

35) 광주지방법원 2017. 1. 13. 2014가합6949 판결의 판결문 8쪽.

36) 광주지방법원 2017. 1. 13. 2014가합6949 판결의 판결문 12쪽.

수도 있다는 점 ⑤ 교직원 명의 대출원리금 상환비용, 부동산 매수 자금, 학교 관련자들이 교비 횡령으로 선고받은 교직원의 벌금 납부비용, 차명  
으로 구입한 부동산 관련 제세공과금, 학교 관련 분쟁 소송비용 등의 명  
목으로 지출한 자금의 출처와 그 비용 지출로 인한 법률적·경제적 이익  
의 귀속 주체를 특정할 수 없다는 점 ⑥ 원고 양남학원이 피고 신경학원  
등에 귀속되었다고 주장하는 금원이 원고들로부터 횡령한 금액이 아니라  
교직원 명의로 이루어진 대출금에 해당할 여지가 있다는 점 ⑦ 횡령금  
산정을 위해 원고 양남학원이 제출한 회계법인 검토보고서의 경우 자금  
수지 추정액의 객관성과 정확성을 담보할 만한 근거가 부족하고 원고 양  
남학원으로부터 횡령한 금액이 피고 신경학원 등에게 귀속되지 않았을  
가능성을 납득할 만한 이유를 들어 배제하지 못한 채 허술한 가정에 의  
존하여 반환 대상 금액으로 판단하고 있어 증거로서의 가치가 높지 않다  
는 점 등<sup>37)</sup>이다. 즉 이홍하의 횡령 수법이 횡령한 교비의 세탁을 위한  
‘자금의 저수지’를 만들어 놓고 횡령금을 퍼담고 필요시에 빼 쓰기를 반  
복해 온 방식이므로, 설령 양남학원으로부터 횡령된 금액이 존재함을 인  
정한다고 하더라도 해당 금원이 어디에 어떠한 경로로 사용·귀속되었다  
는 것을 확정할 수가 없고 원고가 배상금액 산정의 기초자료로 제출한  
회계법인의 검토보고서 또한 이를 밝히지 못하고 있다는 입장이다. 요컨  
대 세탁된 이상 배상의 청구를 쉬이 인용할 수는 없다는 것이다.

### 2.2.2. 항소심의 판단

항소심에서는 ‘허위 교직원 급여’가 새로이 횡령액에 포함되었다. 이홍  
하가 서남대학교병원 및 서남대학교 부속병원에 근무하던 직원 14명에게  
형식상 원고 양남학원에다 교원임용 신청을 하도록 지시하여 임용시키고  
실제로는 원래 근무하던 병원에서 그대로 업무를 수행하면서, 임금은 양  
남학원으로부터 지급받도록 했기 때문이다.<sup>38)</sup> 이로 인한 1,844,369,449원  
또한 횡령된 피해액으로 원고 양남학원이 주장하였고 항소심이 이를 수  
용하여 피해액이 42,134,337,349원으로 증액되었다[1심에서의 배상액

37) 광주지방법원 2017. 1. 13. 2014가합6949 판결의 판결문 11-12쪽.

38) 광주고등법원 2019. 12. 20. 2017나123 판결의 판결문 9-10쪽.

(40,289,967,900원)+허위 교직원 급여(1,844,369,449원)].<sup>39)</sup> 여기에서 양남학원이 전보받은 금액<sup>40)</sup> 12,333,750,183원을 제하여 이홍하의 배상액을 29,800,587,166원으로 확정하였다.<sup>41)</sup>

한편 피고 신경학원 등에 대하여는 1심과는 완전히 다른 입장을 취한다. 즉 민법 제35조 제1항의 법리를 적용하여 피고 신경학원 등에게 새로이 배상액을 확정하는데, 이 부분에 대하여 ‘횡령금 중 일부가 피고 신경학원 등에 귀속되었는지 여부나 그 액수를 확정할 수가 없다’고 했던 1심의 입장을 수용하지 않은 이유를 적시하지는 않았다. 그러면서도 매우 독특하게도 ‘50% 공식’을 신설 적용하였다. 즉 “피고 서남학원, 신경학원, 성아건설이 그 실질적 대표자인 피고 이홍하 등의 고의에 의한 불법행위로 인해 피해자인 원고 양남학원에 대하여 부담하는 손해배상액 전액을 부담하게 한다면, 피고 서남학원, 신경학원, 성아건설로서는 원고 양남학원의 대표자인 피고 이홍하 등이 한 직무상 행위로 인하여 손해를 입게 되고, 피해자인 원고 양남학원으로서는 민법 제35조에 의하여 피고 서남학원, 신경학원, 성아건설에 대하여 손해배상책임을 부담하게 되어 원고 양남학원과 피고 서남학원, 신경학원, 성아건설 사이에서 손해배상 청구소송이 순환·반복될 수밖에 없게 되는 점을 고려해 볼 때, 위와 같은 경우에는 피고 서남학원, 신경학원, 성아건설이 원고 양남학원에 부담하여야 할 손해배상의 범위를 정함에 있어서 원고 양남학원 대표자가 불법행위에 가담한 정도, 불법행위로 인한 이득의 귀속 여부 등을 참작하여 손해분담의 공평이라는 손해배상제도의 이념에 비추어 그 배상액을 제한할 수 있다’<sup>42)</sup>고 전제하였다. 즉 이홍하가 원고의 대표자이자 피고의 대표자이기도 한 매우 특별한 조건을 고려하여, 피고가 부담해야 할 손해배상액을 산정할 때 이홍하가 원고의 대표자로서 원고가 부담해야 할 손해배상액을 미리 차감하는 것을 고려할 수 있다는 입장으로 보인다. 또한

39) 한편 이외는 별도로 공사대금을 부풀리는 방식으로 피고 성아건설에 지급된 금액 4,099,714,386원 또한 주장하였으나 이는 받아들여지지 않았다. 광주고등법원 2019. 12. 20. 2017나123 판결의 판결문 15쪽.

40) 교비회계로 환원된 금액(10,484,163,067원)+기채상환에 사용된 금액(1,849,587,116원)=12,333,750,183원.

41) 광주고등법원 2019. 12. 20. 2017나123 판결의 판결문 17쪽.

42) 광주고등법원 2019. 12. 20. 2017나123 판결의 판결문 16쪽.

이렇게 해야만 ‘핑퐁’ 소송을 막을 수 있다는 것이다. 이러한 전제 위에서 ‘① 원고 양남학원의 대표자인 이홍하가 그 직무를 위반하여 횡령을 통한 재산상의 손해를 양남학원에 입힌 점 ② 그 횡령금의 일부를 이홍하의 지시하에 다시 입금받기도 한 점 ③ 원고 양남학원의 이사진이 이홍하의 친인척으로 이홍하의 횡령행위를 용인해 온 점’ 등의 제반 사정을 고려하여 피고 신경학원 등이 이홍하와의 공동 횡령으로 원고 양남학원에 부담하여야 할 책임 비율을 전체 손해액의 50%로 제한함이 타당하다고 판단하였다.<sup>43)</sup> 즉 ①·②·③ 등의 이유로 양남학원이 신경학원 등에 대하여 부담하게 되는 책임의 비율을 50%로 산정한 것이다.

항소심은 이렇듯 매우 독특한 ‘50% 공식’ 위에서 1심에서 확정된 양남학원의 손해액을 반영하여 서남학원에 대하여는 8,733,418,491 원[(1심 양남학원 손해액<sup>44)</sup>+허위 교직원 급여)×50%(양남학원 책임)-양남학원이 전보받은 금액<sup>45)</sup>], 신경학원은 7,811,233,767 원[1심 양남학원 손해액×50%(양남학원 책임)-양남학원이 전보받은 금액], 성아건설은 7,811,233,767 원[1심 양남학원 손해액×50%(양남학원 책임)-양남학원이 전보받은 금액]의 배상액을 확정하였다.

### Ⅲ. 법리적 검토

#### 1. 책임의 구성에 관하여

앞서 살핀 바와 같이 1심과 항소심은 모두, 피고 이홍하에게 민법 제 750조에 의한 손해배상책임을 인정하였다. 피고 신경학원 등에 민법 제 35조 제1항에 의한 손해배상책임을 인정하고 있는 것 또한 1심과 항소심 모두 동일하다. 즉 손해배상책임을 구성에 있어 양 법원은 동일한 논리를 사용하고 있다. 한편 부당이득의 반환에 있어서는 입장의 정리가 다소 모

43) 광주고등법원 2019. 12. 20. 2017나123 판결의 판결문 16쪽.

44) 40,289,967,900원이다.

45) 각주 40 참조.

호하다. 1심에서는 그 반환의 책임을 명시적으로 인정하고 있으나, 항소심에서는 굳이 검토하지 않겠다는 입장이라 그 상세를 알아낼 수가 없다. 그러나 청구권의 경합을 인정하고 있다는 점에서 항소심 또한 구체적인 판단을 했더라면 긍정했으리라 추론해 볼 수 있다. 그러나 어떠한 이유에 서인지 피고 이흥하에게는 부당이득의 반환에 대한 판단을 양 법원이 모두 하지 않고 있다는 점은 유의할 만하다. 앞서 사실관계에서 언급된 바와 같이 피고 이흥하 개인이 수익한 내용이 분명히 존재하는 이상 당연히 피고 이흥하에 대한 이익반환의 판단이 존재해야만 하고, 따라서 양 법원이 모두 이 점에 관한 판단을 누락한 것은 부정할 수 없는 심리미진의 경우라고 본다.

### 1.1. 손해배상 책임의 구성

이유를 알 수는 없으나, 피고 신경학원 등에 원고 양남학원은 피고 이흥하에게 적용한 민법 제750조가 아니라 민법 제35조 제1항을 근거로 손해배상을 청구하였다. 이러한 덕분에 살핀 바와 같이 1심과 항소심은 모두, 원고 양남학원이 선택한 제35조 제1항을 근거로 배상책임을 구성하고 있다. 그러나 이러한 법원의 판단이 타당한지 의문이다.

#### 1.1.1. 민법 제35조 제1항

민법은 제35조에서 법인의 불법행위능력에 관하여 규정하면서, 법인의 이사 기타 대표자가 그 직무에 관하여 타인에게 손해를 가한 경우, 해당 법인이 손해를 배상해야 함을 규정<sup>46)</sup>하고 있다. 손해를 야기한 이사 기타 대표자 또한 자기의 손해배상책임을 면하지 못함<sup>47)</sup>은 당연하다.<sup>48)</sup> 동

46) 민법 제35조 제1항 본문 전단부.

47) 민법 제35조 제1항 본문 후단부.

48) 이때 학교법인과 이사장의 손해배상책임은 부진정 연대채무관계로 보아야 하고, 이 경우 학교법인은 이사장에 대하여 선량한 관리자로서의 주의의무(민법 제61조)를 게을리하였다는 이유로 구상권을 행사(민법 제65조)할 수 있다고 해석한다. 배병일, “부당적립 및 시설미비에 관한 사립대학 학교법인과 총장의 손해배상책임”, 일감법학 제48호(건국대학교 법학연구소), 2021, 133쪽.



규정은 대표기관을 통하여 활동할 수밖에 없는 법인의 행위능력에 상응하는 불법행위능력을 규정한 것이다. 즉 자연인과 달리 법인에 있어서는 정관으로 정한 목적의 범위 내에 속하는 권리의 취득 또는 의무의 부담만이 법인의 행위로 귀속된다.<sup>49)</sup> 따라서 이러한 범주를 넘는 대표기관의 행위는 법인의 행위가 아니라 대표기관 개인의 행위일 뿐이다.<sup>50)</sup> 한편 불법행위능력에 대하여는 ① 대표기관이 행한 행위로서 ② 직무에 관한 행위로 인하여 ③ 타인에게 손해를 가한 경우라면 손해배상책임을 지도록 규정하고 있다. 1심 법원은 동 규정의 적용에 있어 ①에 대하여 “피고 이흥하는 피고 서남학원, 신경학원, 성아건설을 설립하여 그 운영에 관한 모든 사항을 결정하는 등 이를 실질적으로 운영하였으므로 민법 제35조 제1항을 적용함에 있어 피고 이흥하가 피고 서남학원, 신경학원, 성아건설의 대표자에 해당한다”라고 판단하였다. 스스로는 아무런 직책이 없도록 하는 한편 자신의 처나 친인척, 신뢰하는 산하 학교의 교직원이나 병원장 등을 학교법인의 이사 등 주요한 보직에 배치하는 방식을 사용했던 이흥하의 꾀수를 무력화하는 법원의 판단으로, 이는 수긍할 수 있다.

그러나 ②와 ③에 대하여는 심각한 의문이 있다. 왜냐하면 설립 이흥하를 신경학원 등의 대표기관으로 상정하더라도 ② ‘직무에 관한 행위’로 인하여 손해가 발생해야 하는데, 다른 학교의 교비를 횡령하는 것을 직무라고 볼 것인지 하는 물음표가 발생하기 때문이다. 이러한 ‘직무관련성’의 판단에 있어 그 최대한은 어찌 되었든 민법 제34조가 법정하고 있는 바와 같이 ‘정관으로 정한 목적의 범위 내’이어야 하는데, 신경학원 등의 정관 어디에도 횡령을 목적으로 적시하고 있지 않다. 따라서 이흥하의 횡령행위는 ‘목적범위 외의 사항’으로서 신경학원 등이 이를 추인할 수도 없고 표현대리 또한 성립할 수가 없다.<sup>51)</sup>

49) 민법 제34조

50) 이러한 경우 그 행위를 추인할 수도 없으며, 목적범위 외의 사항에 대하여 표현대리 또한 성립할 수가 없다. 지원립, 민법강의(홍문사), 2005, 107쪽.

51) 물론 ‘직무에 관한 행위’가 대표자 개인의 사리를 도모하기 위한 것이거나 법령의 규정에 위반한 것이라고 하더라도 행위의 외형을 기준으로 객관적으로 직무관련성을 판단하여야 함(대법원 2004. 2. 27. 2003다15280.)은 당연하다. 본 사례의 경우 신경학원의 대표자인 이흥하가 신경학원에다 자금을 유입하는 행위 자체만을 두고 이를 직무관련성의 시각에서 객관적으로 살펴보면 불법성은

또한 신경학원 등의 직무에 관한 행위로 ‘인하여’ 손해가 발생해야 하는데, 본 사건에 있어 횡령이 발생한 것은 이홍하가 원고 양남학원의 대표자로서 양남학원의 교비를 횡령한 것이지 신경학원의 대표자로서 그 직무에 관한 행위로 ‘인하여’ 양남학원의 교비를 횡령한 것이 아니다.<sup>52)</sup> 아니, 아예 그럴 수가 없다. 횡령행위의 본질상 ‘A 법인’의 대표자가 ‘B 법인’의 자금을 횡령할 수는 없기 때문이다.<sup>53)</sup> 따라서 1심 법원이 판단한 바와는 달리, 피고 신경학원 등의 대표자인 이홍하는 신경학원 등의 직무에 관하여 ③ 타인인 원고 양남학원에게 본 사건 횡령으로 인한 손해를 가하는 것이 원천적으로 불가능하다. 본 사건에서의 횡령행위는 원고 양남학원의 대표자인 이홍하가 양남학원의 직무에 관하여 타인이 아니라 ‘본인’인 양남학원에게 손해를 발생시킨 경우이기 때문이다. 이것이 우리 형법이 바라보고 있는 횡령행위의 본질이기도 하다. 따라서 1심과 항소심

---

존재하지 않고 이러한 행위만으로는 타인에게 손해가 발생하지도 않는다. 원고에게 손해가 발생하는 것은 결국 자금의 유입을 위해 전제되는 사실, 즉 횡령이라는 불법행위가 존재함을 고려해야만 하는데 이는 곧 자금 유입행위의 원인 행위이다. 직무관련성을 인정하는 경우가 된다. 그런데 사례에서의 횡령행위는 자금 유입행위와는 시간적·개념적으로 완전히 분리하여 파악할 수밖에 없는 그야말로 별도의 행위인 경우이다. 즉 횡령을 하고 이를 곧바로 자금으로 유입한 ‘일련의 범죄행위’가 아니라는 것이다. 따라서 이렇듯 완전히 서로 다른 행위인 양자를 두고 민법 제35조를 적용하기 위해서는 ‘직무에 관한 행위’의 해석 범위를 매우 무리하게 확장해야 하고, 그 분리된 양자의 관계를 시간적·개념적으로 다시금 연결해내기 위한 확장 해석의 최대한은 결국 규정상 민법 제34조의 범주로 귀착되어야 한다. 그런데 ① 완성된 범죄행위인 횡령이 이미 존재하고 그로부터 수년의 시간이 경과한 이후에 진행된 자금의 유입, 이 양자를 연결하여 직무에 관한 ‘하나(일련)의 행위’로 수용해야 한다는 점, ② 원고에게 피해가 발생했음을 인정하기 위해서는 단순한 자금 유입행위가 아니라 그 이전에 기수로 완성된 횡령행위가 존재하고 유입된 자금이 바로 그 횡령된 금원임을 전제해야만 한다는 점 등을 고려하자면, 이는 마치 정관 자체가 범죄행위를 목적으로 하는 ‘범죄단체’의 경우가 아닌 다음에야 불가능한 상황이라는 것이다.

52) 본 사건만이 가지는 매우 특별한 혼돈의 사유, 즉 이홍하가 원고의 대표자이자 동시에 피고의 대표자이기도 하다는 점 때문에 발생한 오류로 판단된다.

53) ‘A 법인’의 대표자가 ‘B 법인’의 자금을 불법적으로 영득했다면, 이는 ‘절도나 강도, 사기나 공갈’ 등에 해당할 수는 있어도 횡령이 될 여지는 없다. 횡령은 위탁관계 등에 의해 타인의 재물을 적법하게 점유·보관하는 자만이 주체가 될 수 있기 때문이다. 형법 제355조 제1항.

이 모두 민법 제35조 제1항을 본 사건 손해배상의 근거로 채택하고 있는 것은 ‘분명한 오답’이다.

### 1.1.2. 민법 제750조 및 제760조

민법 제750조는 ‘고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다’고만 규정하고 있을 뿐, 그 위법행위가 민사상 또는 형사상 어떠한 규정이나 죄목에 해당하여야 함을 특정하고 있지 않다. 따라서 널리 위법행위임이 인정되는 한 본조가 적용될 수 있다고 해야 한다. 특히 항소심의 경우 다소 불명확하기는 하나, 배상책임을 인정하고 피고 신경학원 등이 이홍하의 횡령행위에 공모하거나 방조하였다는 것을 명시적으로 확인하면서 제760조의 공동불법행위 책임을 인정<sup>54)</sup>한 것을 주목해야 한다. 즉 항소심이 인정한 피고 신경학원 등의 책임은 원칙적으로 민법 제35조 제1항임은 분명하다.<sup>55)</sup> 그러나 설령 앞서 필자가 검토한 바와 같이 민법 제35조 제1항의 적용이 오류인 이유로 그 부분에 대한 판단이 무효로 된다고 하더라도, 피고 신경학원이 이홍하와 함께 공모하거나 방조하여 자행한 행위가 민법 제35조 제1항이 아닌 그 어떠한 위법행위로 성립할 수는 있기 때문이다. 이럴 경우 민법 제750조를 기반하여 제760조가 적용됨은 당연하다.

그런데 항소심은 공모 내지 방조행위의 구체적인 사실관계로 “피고들의 총장들과 대표이사도 피고 이홍하의 위와 같은 법인 기획실을 통한 자금관리 사실을 알면서도 이를 도와주기 위해 총장 직인이나 법인 인감을 법인 기획실에 보관시키고 회계직원 등을 파견”한 것을 들고 있다.<sup>56)</sup> 즉 항소심의 바라본 위법행위는 이홍하의 횡령 가능성을 알면서도 피고 신경학원 등의 총장 및 대표이사가 자신의 직인과 인감을 보관시키고 자신의 회계직원을 법인 기획실에 파견한 것이다. 그러나 이러한 위법행위는 원고 양남학원에 ‘대한’ 횡령의 공모 또는 방조가 아니라, 이홍하가 피고 신경학원 등에 ‘대하여’ 진행하는 횡령을 공모하거나 방조한 경우가 아니겠는가. 원고 양남학원의 교비를 횡령하는 지출기안서에 피고 신경학

54) 광주고등법원 2019. 12. 20. 2017나123 판결의 판결문 13쪽.

55) 광주고등법원 2019. 12. 20. 2017나123 판결의 판결문 13쪽.

56) 광주고등법원 2019. 12. 20. 2017나123 판결의 판결문 14쪽.

원 등의 총장 직인이나 이사장의 인감이 필요하지 않거니와, 그 기안서상의 결재란에 피고 신경학원 등에서 파견된 회계직원의 서명이 들어가지도 않기 때문이다. 즉 항소심이 주목한 위법행위의 고의 또는 과실은 피고 신경학원 등을 대상으로 하는 횡령에 관한 것일 뿐이고, 설령 피고 신경학원 등이 원고 양남학원에 대한 이홍하의 횡령 가능성을 알면서 그 횡령을 돕거나 방조하기 위한 목적으로 직인과 인감을 보관시키고 회계직원을 파견하였다고 한들 이러한 행위로는 도무지 다른 법인에서의 횡령과는 그 인과관계<sup>57)</sup>를 설정할 수가 없다. 법적인 의미에서 양자는 서로 무관하고 완전히 상이한 행위이자 별도의 범죄이기 때문이다. 이는 본질적으로 원고 양남학원에 대한 횡령에 있어 피고 신경학원 등이 구체적으로 관여(공모)하거나 조력(방조)하는 내용을 찾아내지 못하여 그 행위의 위법성을 인정하기가 곤란하기 때문에 발생하는 문제이기도 하다. 요컨대 원고 양남학원에 대한 횡령에 대하여는 횡령행위의 본질상 오직 양남학원 측의 공모나 방조가 있을 수 있을 뿐이라는 것이다.

여기에서도 항소심은 본 사건만이 가지는 매우 특별한 혼돈의 사유, 즉 이홍하가 피고의 대표자이자 원고의 대표자이기도 하다는 점 때문에 발생하는 오류에서 벗어나지 못하고 있다는 것을 확인할 수 있다. 따라서 공동불법행위의 책임을 인정하고 있는 부분 또한 대상 판결이 가지고 있는 ‘명백한 오류’에 해당한다.

57) 원고 양남학원의 교비 횡령행위에 대하여 인과관계를 인정할 수 있는 행위는 양남학원 이사장의 인감이나 광양보건대학교 총장의 직인을 법인 기획실에 보관시키는 행위가 될 것인데, 이는 이홍하의 형사사건 판결문에서 확인할 수 있다. “피고인 이홍하는 2007. 7. 20.경 위 법인 기획실에서, 전○○에게 지시하여 그곳 직원들에게 사실은 광양보건대에서 실제 공사를 한 사실이 없음에도 최○○에게 내부 불법광고물 및 스티커 제거작업 노임 명목으로 18,750,000원, 박○○에게 청소작업 노임 명목으로 11,250,000원을 각각 지급하는 것처럼 지출결의서와 노임대장을 허위작성한 후 법인 기획실에 보관 중인 광양보건대 총장(손○○, 2012. 2. 18.이후에는 총장대행 나○○) 직인을 찍어 지출근거를 만들도록 한 다음, 이를 근거로 전○○에게 위 금액 상당의 광양보건대 교비를 법인 기획실에서 관리하는 최○○, 박○○ 명의 차명계좌로 입금한 후 전액 현금으로 인출하게 하여 이를 횡령하고, 같은 날 대출금이자, 남광병원과 서남대병원 운임비 등으로 사용하였다.”: 광주지방법원 2013. 6. 20. 2012고합575·562(병합)·583(병합), 2013고합60(병합) 판결의 판결문, 9쪽.

## 1.2. 부당이득반환 책임의 구성

부당이득반환의 책임을 인정한 1심의 경우, ‘원고들에 대한 횡령금 중 일부가 피고 신경학원 등에 귀속되면서 기부금이나 공사대금 명목으로 금전을 수령하는 등 귀속의 원인이 되는 법률관계가 존재한다고 하더라도 피고 신경학원 등은 해당 금전이 횡령된 금원이라는 사실을 알았다’는 이유로 법률상 원인이 존재한다고 할 수 없으므로 피고 신경학원 등은 이를 부당이득으로 반환하여야 한다.”<sup>58)</sup>라고 판시하였다. 이러한 판단의 근거로 1심 법원이 인용한 사례는 “부당이득제도는 이득자의 재산상 이득이 법률상 원인을 결여하는 경우에 공평·정의의 이념에 근거하여 이득자에게 반환의무를 부담시키는 것인데, 채무자가 피해자에게서 횡령한 금전을 자신의 채권자에 대한 채무변제에 사용하는 경우 채권자가 변제를 수령하면서 그 금전이 횡령한 것이라는 사실에 대하여 악의 또는 중대한 과실이 없는 한 채권자의 금전취득은 피해자에 대한 관계에서 법률상 원인이 있는 것으로 봄이 타당”<sup>59)</sup>하다는 대법원의 판례이다. 즉 이때의 피해자는 해당 변제가 횡령된 금원이라는 주장으로 부당이득반환의 청구를 할 수가 없다. 또한 대법원은 채무변제의 경우뿐만이 아니라 증여의 경우에도 마찬가지라는 입장이다. 즉 “이와 같은 법리는 채무자가 횡령한 돈을 제3자에게 증여한 경우에도 마찬가지라고 보아야 한다.”<sup>60)</sup>라고 하여, 횡령된 금원인지 모르는 제3자가 증여를 받은 경우에도 피해자는 그 제3자에 대하여 부당이득의 반환청구를 할 수가 없다. 1심법원은 이렇듯 대법원의 확립된 입장을 반대해석하여 이 사건에 적용한 것이다.

### 1.2.1. 심리미진의 검토

1심 법원의 이러한 입장에 대하여 필자는 두 가지의 흠결을 지적하고 싶다. 첫째, 인용한 사례와는 달리<sup>61)</sup> 이 사건의 경우 인용된 사례에서의

58) 광주지방법원 2017. 1. 13. 2014가합6949 판결의 판결문 9-10쪽.

59) 대법원 2003. 6. 13. 2003다8862; 대법원 2008. 3. 13. 2006다53733; 대법원 2012. 1. 12. 2011다74246.

60) 대법원 2012. 1. 12. 2011다74246.

61) 해당 사건에서의 횡령의 주체는 횡령이 가능한 업무에 종사하는 일반 직원인

채무자, 즉 횡령의 주체가 법원의 해석에 의하자면 대표자(대표기관)라는 점이다. 따라서 일반 직원의 횡령 사건과는 달리 대표기관의 대표권남용 범리에 대한 고려가 있어야만 했다는 점이 그것이다. “대표이사의 대표권 한 범위를 벗어난 행위라 하더라도 그것이 회사 권리능력의 범위 내에 속한 행위라면 대표권의 제한을 알지 못하는 제3자가 그 행위를 회사의 대표행위라고 믿은 신위는 보호되어야 하고, 대표이사가 대표권의 범위 내에서 한 행위는 설사 대표이사가 회사의 영리목적과 관계없이 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 그 권한을 남용한 것이라 할지라도 일단 회사의 행위로서 유효하다. 다만 그 행위의 상대방이 대표이사의 진의를 알았거나 알 수 있었을 때에는 회사에 대하여 무효가 된다.”<sup>62)</sup>라는 유명한 판례를 함께 언급했으면 그 논리적 완성도가 좀 더 높아졌으리라 본다. 이러한 판례의 입장을 더한다고 하여도 1심법원의 판단은 변하지 않는다. 피고 신경학원 등이 대표기관인 이흥하의 진의를 알았거나 알 수 있었기 때문에, 즉 악의 또는 중과실이므로 원고 양남학원에 대하여 무효가 되고 따라서 법률상 원인 없이 취득한 해당 금원은 부당이득으로서 반환청구의 대상이 될 수 있기 때문이다.

그러나 그다음의 흠결이 문제이다. 둘째는 1심 법원이 인용한 사례에서의 피해자, 즉 이 사건에서의 원고 양남학원이 인용된 사례와는 달리 ‘악의 또는 중과실’이라는 점을 고려하지 못하였다는 점이다. 앞서 살핀 바와 같이 이 사건 횡령 금원을 귀속받은 피고 신경학원 등의 악의 또는 중과실은 ‘이흥하의 횡령 가능성을 알면서도 피고 신경학원 등의 총장 및 대표이사가 자신의 직인과 인감을 보관시키고 자신의 회계직원을 법인 기획실에 파견한 것’으로 인정된다. 따라서 동일하게 총장의 직인과 인감 등을 보관시키고 자신의 회계직원을 법인 기획실에 파견했던<sup>63)</sup> 원고 양남학원 또한 ‘악의 또는 중과실’의 인정을 피할 길이 없다. 이야기가 이렇게 변화하면 결국 쟁점도 바뀌게 된다. 즉 이 사건의 경우 ‘법률상 원인 없이 진행된 급부행위의 상대방뿐만이 아니라 피해자 또한 악의 또는 중과실인 경우’에도 해당 판례가 인용될 수 있는지가 주요한 쟁점

담당자들로 확인된다.

<sup>62)</sup> 대법원 2004. 3. 26. 2003다34045; 대법원 2005. 7. 28. 2005다3649.

<sup>63)</sup> 각주 57의 밑줄 부분 참조.

이 되는 것이다. 이를 상기 대표권남용의 경우로 변환하여 옮기자면 ‘그 권한남용 행위의 상대방이 대표이사의 진의를 알았거나 알 수 있었을 때는 회사에 대하여 무효가 되는데, 이에 더하여 본인인 회사 또한 대표이사의 진의를 알았거나 알 수 있었을 때는 어떻게 되는가’ 정도가 되겠다.

조금만 곰곰이 생각해 보면 정답을 어렵지 않게 찾아볼 수 있다. 왜냐하면 이 경우는 피해자(회사)와 수익자(상대방)가 권한남용 행위자(대표이사)와 공모 또는 방조한 경우로서 이러한 피해자의 악의 또는 중과실은 권한남용 행위에 대하여 ‘추인’이거나 ‘급부’에 해당<sup>64)</sup>한다고 보아야 하고, 급부행위에 해당하는 이 사건은 결국 민법상 ‘불법원인급여’에 해당하기 때문이다.

### 1.2.2. 불법원인급여의 적용

우리 민법은 제746조에서 “불법의 원인으로 인하여 재산을 급여하거나 노무를 제공한 때에는 그 이익의 반환을 청구하지 못한다.”라고 명정하고 있다. 다만 “그 불법 원인이 수익자에게만 있는 때에”<sup>65)</sup>에 해당하거나 “수익자의 불법성이 급여자의 불법성보다 현저히 큰 데 반하여 급여자의 불법성은 미약한 경우”<sup>66)</sup>에는 급여자의 부당이득반환의 청구를 허용하고 있다. 이러한 법리를 이 사건에 대입해 보기로 한다. 먼저 ‘불법의 원인’으로 인한, 즉 당해 급여(급부)의 사유가 되는 법률행위가 불법인가 하는 문제를 검토해야 한다. 이홍하의 교비 횡령에 있어 공범이자 급여자인 원고 양남학원은 공모 또는 방조를 통해 횡령행위를 조력하고자 했던 사실<sup>67)</sup>을 부정할 수가 없다. 따라서 이홍하가 횡령된 금원을 피고 신정학

64) 대표자가 권한을 남용하여 횡령행위를 하는 경우에 대하여 본인인 법인이 이를 알고 있었다면 알고 있었다는 사실 자체로 민사상 ‘악의 또는 중과실’이 인정되고, 이를 저지하지 않고 묵인(소극)하거나 조력(적극)하게 되는 경우는 민사적으로 최소한 ‘추인’이거나 최대한으로는 위법한 법률행위에 대한 ‘급부’를 이행한 것(이 사건의 경우, 허위로 기안된 노임에 대한 지출의 결제)이 된다. 한편 형사상으로는 구체적인 사실관계에 따라 ‘공모 또는 방조’한 경우에 해당하게 된다.

65) 민법 제746조 단서.

66) 대법원 1999. 9. 17. 98도2036.

67) 각주 57의 밑줄 부분 참조.

원 등에 귀속시키는 행위 자체가 불법<sup>68)</sup>이자 범죄를 구성<sup>69)</sup>하는 이상, 원고 양남학원의 그러한 조력은 불법을 원인으로 한다고 해야 한다.<sup>70)</sup> 다음으로 양남학원의 조력이 ‘급여(급부)에 해당’하는가를 짚어보아야 한다. 즉 금원의 직접적인 교부가 아니라 횡령이 가능하도록 조력을 한 것을 두고, 불법원인급여에서의 ‘재산을 급여’한 것이라고 볼 수 있는가의 문제이다. 구체적인 사실관계에 비추어 보자면 결국 ‘총장의 직인과 인감 등을 보관시키고 자신의 회계직원을 법인 기획실에 파견’했던 것을 말하는데, 이는 악의로 ‘금원의 처분 권한’을 통째로 제공한 바와 다름이 없으므로 급부의 제공, 즉 법문상 재산의 급여에 해당한다고 보아야 한다. 은행에서 현금을 찾아서 직접 전달하건, 통장과 인감을 넘겨주어서 현금을 찾을 수 있도록 해주건, 양자 모두 급부를 제공했음을 인정하는 데에 있어 문제가 없기 때문이다. 마지막으로 단서 규정에의 해당 여부를 체크해야 한다. 즉 ‘그 불법 원인이 수익자에게만 있거나, 수익자의 불법성이 급여자의 불법성보다 현저히 큰 데 반하여 급여자의 불법성은 미약한 경우’인지에 대한 확인이 그것이다. 사실관계에서 살핀 바와 같이 원고 양

68) 여기에서의 ‘불법’에 대하여 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 것을 의미한다고 보는 것이 다수설과 판례의 입장이다: 지원림, 민법강의, 1352쪽.

69) 범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률 제4조(범죄수익 등의 수수) 그 정황을 알면서 범죄수익 등을 수수(收受)한 자는 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 법령에 따른 의무 이행으로서 제공된 것을 수수한 자 또는 계약(채권자가 상당한 재산상의 이익을 제공하는 것만 해당한다)시에 그 계약에 관련된 채무의 이행이 범죄수익 등에 의하여 행하여지는 것이라는 정황을 알지 못하고 그 계약과 관련된 채무의 이행으로서 제공된 것을 수수한 자의 경우에는 그러하지 아니하다.

70) 범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률 위반행위가 불법원인급여에서의 불법에 해당하는지에 대하여 우리 대법원은 “범죄수익은닉규제법은 국제적 기준에 맞는 자금세탁방지 제도를 마련하고 범죄수익의 몰수·추징에 관한 특례를 규정함으로써 특정범죄를 조장하는 경제적 요인을 근원적으로 제거하여 건전한 사회질서의 유지에 이바지함을 목적으로 제정된 법률로서, 특정범죄를 직접 처벌하는 형법 등을 보충함으로써 중대범죄를 억제하기 위한 형사법 질서의 중요한 일부를 이루고 있다. 이에 비추어, 범죄수익은닉규제법에 의하여 직접 처벌되는 행위를 내용으로 하는 이 사건 계약은 그 자체로 반사회성이 현저하다.”라고 하여 그 해당함을 명시적으로 판단한 바 있다: 대법원 2017. 4. 26. 2017도1270.



남학원과 피고 신경학원 등의 불법성은 사실상 동일하다고 보아야 마땅하다. 양자 모두 이홍하의 횡령행위를 알고 있으면서도 ‘총장의 직인과 인감 등을 보관시키고 자신의 회계직원을 법인 기획실에 파견’했었고, 양자 모두 횡령된 금원인 줄 알면서도 자신에게 귀속시킨 바 있기 때문이다. 따라서 어느 한 쪽에만 불법원인이 있거나 그 불법성의 격차가 현저하다고 볼 만한 사정은 존재하지 않는다. 즉 단서 규정에 해당하지 않는다.

요컨대 대표자 이홍하의 권한남용 행위를 알거나 알 수 있었던 피해자이자 원고인 양남학원의 부당이득반환청구는 불법원인급여에 해당하여 반환을 청구하지 못한다.<sup>71)</sup> 따라서 대상 판결이 반환청구권을 인정하고 있는 것은 ‘중대한 흠결’이다.

## 2. 손해의 산정에 대하여

### 2.1. 세탁에 대한 고려

이홍하는 매우 전략적인 사람으로 판단된다. 어딘가 세탁소에다 맡기는 것이 아니라, 아예 스스로 세탁소를 차렸기 때문이다. 이점하여 ‘법인 기획실’은 그야말로 놀라운 발상이 아닐 수 없다. 성아건설 등 소위 유명 회사를 차리고 이를 통해 세탁을 진행하는 일차원적인 발상이 아니라, 이에 더하여 일종의 저수지를 스스로 파고 거기에서 모든 범죄의 파이프를

71) 또한 이렇듯 불법원인급여가 인정되는 한, 손해배상청구도 인정될 수가 없다. 우리 대법원은 “불법의 원인으로 재산을 급여한 사람은 상대방 수령자가 그 ‘불법의 원인’에 가공하였다고 하더라도 상대방에게만 불법의 원인이 있거나 그의 불법성이 급여자의 불법성보다 현저히 크다고 평가되는 등으로 제반 사정에 비추어 급여자의 손해배상청구를 인정하지 아니하는 것이 오히려 사회상규에 명백히 반한다고 평가될 수 있는 특별한 사정이 없는 한 상대방의 불법행위를 이유로 그 재산의 급여로 말미암아 발생한 자신의 손해를 배상할 것을 주장할 수 없다고 할 것이다. 그와 같은 경우에 급여자의 위와 같은 손해배상청구를 인용한다면, 이는 급여자는 결국 자신이 행한 급부 자체 또는 그 경제적 동일물을 환수하는 것과 다름없는 결과가 되어, 민법 제746조에서 실정법적으로 구제화된 법이념에 반하게 되는 것이다.”라고 그 불가함을 명시적으로 못박고 있기 때문이다. 대법원 2013. 8. 22. 2013다35412.

저수지로 연결해 놓은 전략은 일회성이 아니게 될 자신의 범행에 대해 아주 효과적인 역할을 하게 된다는 점에서 그의 세탁 전략은 결코 일반적이지 않다. 일차적으로는 유령회사를 통해 횡령 사실의 흔적을 세탁해 내고, 이를 다시 저수지에 빠뜨려 다른 금원과 마치 ‘비빔밥’ 섞듯 혼재시켜 내면서 그 금원의 출처나 정체성 자체를 무력화하는 전략이기 때문이다.

여기에서 그치는 것도 아니다. ‘자금의 저수지’에서 꺼내 온 금원을 산하의 어느 대학교로 귀속시킨다고 하여 그 귀속이 자금 이동의 종결을 의미하는 것이 아니기 때문이다. 어느 정도의 시간을 두는 ‘투자성 세탁’ 전략, 즉 귀속된 학교 명의로 부동산을 구매하거나 학교를 새로이 설립하여 가치가 증가한 부동산의 매매대금 또는 설립된 학교로 수입되는 등록금 등의 형태로 증액 회수하는 전략도 있었기 때문이다. 사실 대상 판결에 등장하는 대학들은 모두 이러한 성격을 가진다. 즉 대학 스스로가 이미 세탁소의 기능을 내포하여 설립된 것이다.

이러한 삼중세탁(즉 가장→혼재→변형) 메커니즘은 형사적으로 매우 유의하게 기능한다. 유령회사를 통한 ‘가장(disguise)’의 경우 들키지 않을 요량으로 사용되는 횡령의 수법이기 때문에 ‘위법성의 희석화’로 표현할 수 있겠고, 저수지를 통한 ‘혼재(blending)’는 자금의 출처를 숨기기 위한 ‘정체성의 희석화’로 기능하며, 투자성 ‘변형(transformation)’의 경우에는 범죄행위와의 완전한 단절을 위한 ‘관련성의 희석화’로 이야기해 볼 수 있겠다. 또한 횡령죄에 있어, 일단 횡령한 이후 그 재물을 처분하는 것은 불가벌적 사후행위에 해당하여 처벌할 수 없다<sup>72)</sup>는 것이 일반적인데, ‘혼재’와 ‘변형’은 사후행위에서 ‘사후’를 무력화 해내는 기능을 수행한다. 즉 자금에 대해서는 ‘혼재’의 단계가, 혐의에 대하여는 ‘변형’의 단계가 사후라는 용어를 더 이상 사용될 수 없도록 기능하는 것이다.<sup>73)</sup>

72) 대법원 1993. 3. 9. 92도2999; 대법원 2010. 2. 25. 2010도93.

73) 자금세탁의 기법에 관한 이론으로는, 불법적인 재산이 적발되지 않도록 하기 위해 이를 금융시스템 등에 투입하는 배치(placement), 자금의 출처를 위장하기 위해 의도적으로 거래를 반복하는 전개(layering), 이렇게 세탁된 자금을 정상적인 경제적 영역에 재투입하여 합법화하는 통합(integration)의 과정으로 진행된다는 소위 ‘3단계 모델 이론’이 대표적이다. 이러한 자금세탁의 기법에 대한 상

이러한 이야기를 민사의 영역으로 옮겨오면 조금은 심각한 이야기가 진행된다. ‘가장’을 통과한 자금은 통상 꼬리를 잡아볼 수 있겠으나, ‘혼재’의 단계에 와서는 손을 쓰기가 매우 곤란하기 때문이다. 일차로 세탁된 금전이 다른 출처의 자금과 섞이고 이를 다시금 ‘퍼담고 빼 쓰기’에 지속적으로 반복 노출시키면서 해당 금전의 출처에 대한 특정 가능성은 점차 사라져 결국 출처 불명의 금전으로 변화한다. 특히 퍼내온 그곳으로 다시금 퍼넣어 주기도 하면서, 이러한 회색화는 급가속되는 것이다. 이러한 이유로 인하여 특정 시점에 잔존하는 저수지의 자금을 두고, 본래 누구의 자금이 현재 얼마나 잔존하고 있다고 말하기는 불가능하다. 따라서 그 잔존하는 자금의 일부를 어느 통장에다 귀속시켰다고 하여 자신의 자금이 그 통장으로 귀속되었다고 주장할 수도 없다.

이것이 바로 이홍하가 저수지를 손수 파기까지 해서 굳이 ‘혼재’ 방식의 세탁 메커니즘을 선택한 이유일 것이다. 즉 부당이득반환의 책임과 불법행위 책임의 구체적인 산정에 있어 전제되는 ‘귀속의 여부’를 이러한 방식으로 깨끗이 세탁해내고자 하였던 것이다. 따라서 이러한 ‘혼재’의 메커니즘을 충분히 이해하여 제대로 고려하고 있는 1심 판결의 판단은 타당하다. ‘자금의 저수지’를 거쳐온 이상, 해당 금액이 어떠한 경로로 사용·귀속되었다는 것을 확정할 수가 없다는 설시의 내용<sup>74)</sup>이 바로 그것이다. 반대로 이러한 세탁에 대한 고려를 전혀 진행하고 있지 않은<sup>75)</sup> 항소심의 판단 내용은 타당할 수가 없다.

## 2.2. 계산법에 대한 검토

이번에는 손해 산정에 대한 항소심의 계산법만을 살피기로 한다. 즉

---

세는 이명신, 자금세탁방지의 법적 구조에 관한 연구 -금융규제법상 지위와 책임구조를 중심으로-, 서울대학교 법학박사 학위논문(서울대학교), 2023, 152-155쪽.

74) “원고에 대한 횡령금 중 일부가 피고 서남학원, 신정학원, 성아건설에 귀속되었는지 여부나 그 액수를 확정할 수가 없”음을 명시하고 있다. 광주지방법원 2017. 1. 13. 2014가합6949 판결의 판결문 12쪽.

75) 항소심은 1심이 진행하고 있는 ‘세탁에 대한 고려’에 대하여 아예 묵비하고 있다. 따라서 그 배척의 이유 또한 확인할 수 없다.

앞서 논의한 내용을 모두 차치하고 손해 산정의 부분만을 바라보자는 것이다. 살핀 바와 같이 항소심은 매우 독특한 ‘50% 공식’을 사용하였다. 여기에서의 ‘50%’는 원고 양남학원 또한 이홍하의 횡령행위에 대한 공범이라는 점을 반영하여 산정된 ‘책임의 선차감’이라고 할 수 있다. 차후 신경학원 등이 다시금 양남학원에 대하여 동일한 취지의 민사소송을 제기할 경우를 대비하여, 즉 소위 ‘핑퐁’ 소송을 막기 위하여 금번의 소송에서 양남학원의 책임을 미리 산정하여 이를 차감한다는 것이다. 항소심은 이러한 취지를, 피고 신경학원 등이 “원고 양남학원에 부담하여야 할 손해배상의 범위를 정함에 있어 원고 양남학원의 대표자가 불법행위에 가담한 정도, 불법행위로 인한 이득의 귀속 여부 등을 참작하여… <중략> … 그 배상액을 제한”<sup>76)</sup>한다고 표현하였다. 이러한 배려는 소송경제에 비추어 볼 때 참으로 바람직한 고려가 아닐 수 없다.

### 2.2.1. ‘50%’ 공식

항소심의 이러한 고민의 결과 등장한 ‘50’이라는 수치가 사실관계에 비추어 볼 때 타당한 것인지가 문제의 핵심이다. ‘50%’라면 ‘반’이라는 뜻이고, 그렇다면 원고 양남학원과 피고 신경학원 등은 ‘50:50’이라는 것이니 책임이 동일하다는 것이 된다. 심지어 세탁용 유통회사인 성아건설까지 ‘50’이니 모두 그 책임이 동일하다는 말이 된다. 그렇다면 이는 책임을 당사자별로 산정한 것이 아니라, 그냥 ‘모두 공범이니 똑같다’는 정도가 아니겠는가.

대상 판결의 사실관계는 이홍하가 피고 신경학원 등이 아니라 원고 양남학원의 교비를 횡령한 사건을 기반으로 하고 있다. 횡령된 원고 양남학원의 교비가 피고 신경학원 등에 귀속되었으니 이를 원상복구하라는 것이 당해 소송의 근본 취지이기 때문이다. 그렇다면 ‘공범이라는 책임’에 대한 산정에 있어서는, 양남학원의 교비를 횡령하는 ‘그 행위’를 기준으로 양 공범의 책임을 산정하는 것이 타당하다. 즉 횡령하는 이홍하의 범죄행위를 기준으로 횡령행위 자체를 조력한 공범(원고 양남학원)과 추후 횡령된 금원을 수취하여 은닉한 공범(피고 신경학원 등)에 대한 책임의

76) 광주고등법원 2019. 12. 20. 2017나123 판결의 판결문 16쪽.

형량이 있어야 한다. 이 양자의 책임을 ‘50:50’으로 보는 것이 타당할지 의문이다.

한편 구체적인 사실관계에 기반하여 보자면, 원고 양남학원이나 피고 신경학원 등은 이홍하의 범행에 적극 공모하거나 범행을 스스로 실행할 수 없는 구조이다. 모든 사항을 오직 이홍하만이 결정할 수 있었고 모든 절차는 ‘법인 기획실’에서 일괄적으로 진행되었기 때문에, 양쪽 모두 공모를 인정할 수 있을 정도로 범행에 가담할 수가 없었던 구조였다. 그저 이홍하의 지시에 따라 총장의 직인과 인감을 미리 제출하고, 만난 적도 없는 직원을 미리 파견해 놓았을 뿐이다. 즉 ‘횡령행위 자체’에 대하여는 양쪽 모두 공모라기보다는 일종의 ‘방조’에 해당한다는 것이다.

그렇다면 방조의 책임을 구체적으로 형량해 보아야 할 것이다. 이홍하가 양남학원 교비를 횡령하기 위해서는 양남학원 산하 대학의 총장 직인과 그가 파견한 직원의 지출결의서가 사용된다. 한편 횡령된 교비를 수취시키기 위해서는 기부금에 대한 약정서와 영수증의 발행이 필요하다. 교비를 횡령의 목적으로 분출하는 전자의 경우 명백한 위법행위에 대한 방조이고, 기부금을 수취하는 후자의 경우에는 얼마든지 있어도 되는 일이자 반기는 일이며 위법하지도 않은 경우에 대한 방조이다. 해당 횡령행위 자체에 대한 공모가 없는 한 민사적으로는 일단 선의가 추정되고, 형사적으로는 불가벌적 사후행위에 대한 방조에 해당하기 때문이다. 이 양자의 책임을 ‘50:50’으로 보는 것이 타당할지 의문이다.

나아가 ‘본격적’인 세탁소의 용도로만 기능해온 성아건설과, ‘잠정적’인 세탁소의 용도로 설립되어 일시적 은닉의 역할은 수행하나 실제 대학교육의 기능도 동시에 수행해 온 신경학원을 동일하게도 ‘50:50’으로 설정한 것 또한 타당한 것인지 의문이 아닐 수 없다.<sup>77)</sup> 성아건설은 그야말로 범행의 수단이자 도구가 아니겠는가. 이를 동일한 책임 산정의 부류로 바라본다는 발상 자체가 이미 ‘오류’이다.

77) 이러한 이유로 피고 신경학원과 피고 성아건설의 배상액은 양자 모두 7,811,233,767원으로 동일하게 산정되었다. 광주고등법원 2019. 12. 20. 2017나 123 판결의 판결문 17쪽.

## 2.2.2. ‘괄호’ 계산식

원고 양남학원의 교비에 대한 이홍하의 횡령행위를 두고 보자면, 횡령 행위 자체에 대한 공동불법행위자는 이홍하와 원고 양남학원이다. 따라서 민사적으로 이들은 민법 제760조에 의한 연대책임을 진다. 한편 횡령된 금원을 은닉의 목적으로 수취시키는 행위에 대한 공동불법행위자는 이홍하와 피고 신경학원 등이다. 이들 또한 해당 행위의 공범인 이상 민사적으로 공동불법행위에 의한 연대책임을 진다. 그러나 원고 양남학원과 피고 신경학원 등이 이홍하의 범죄행각(횡령+은닉)에 대하여 전체적인 공범으로서 공동불법행위로 인한 연대책임을 질 수는 없다. 횡령행위와 은닉·수취행위는 민사적으로 구별되는 별도의 법률행위이자 형사적으로 상이한 범죄를 구성하기 때문이다. 이러함에도 불구하고 항소심이 양자의 책임을 형량하고자 했던 것은 동일한 불법행위에 대한 공범, 즉 공동불법행위자로서의 연대책임의 범주 안에서 책임을 형량하는 것이 아니라 장차 그 제기가 예상되는 피고 신경학원 등의 동일 취지의 소송(소위 ‘핑퐁’ 소송)을 방지하기 위함이므로, 피고 신경학원 등의 교비횡령에 대한 민사 사건에 있어 피고 신경학원 등이 공동불법행위자로서 부담하게 될 책임을 미리 산정하는 것이 된다. 즉 각각 상이한 범죄행위에 대하여 각자의 책임을 서로 형량하는 것이지, 동일한 범죄행위에 대한 공동불법행위자로서의 책임 형량을 진행하고 있는 것이 아니다. 따라서 이렇듯 구별되는 불법행위의 책임을 서로 형량 해내는 방법이 타당한지가 의문이다. 즉 ‘괄호로 묶을 수 없는’ 양 주체의 서로 다른 행위에 대한 책임을 이런 식으로 형량하는 것이 가능한지가 물음표라는 것이다.

반대로 ‘괄호로 묶을 수 있는’ 것이 문제가 되는 부분도 있다. 항소심은 ‘50%’ 공식으로 피고별로 배상액을 산정하였는데, 구체적으로는 1심 법원이 확정된 원고 양남학원의 손해액에다 산정된 ‘50%’의 책임을 곱하는 방식을 사용하였다. 예를 들어 피고 신경학원과 피고 성아건설의 경우, ‘1심 양남학원 손해액(40,289,967,900원)×50%(양남학원 책임)－양남학원이 전보받은 금액(12,333,750,183원)’의 공식을 사용하여 7,811,233,767원으로 배상액을 산정하였다. 항소심의 취지에 비추어 보자면 이러한 공식이 일응 문제가 없어 보일 수도 있겠으나, 필자에게는 또 다른 물음표가 생기고 말았다. 항소심의 논지는 원고 양남학원이 입은 손해의 총액에다 원고

양남학원이 부담해야 할 책임의 비율인 ‘50%’를 곱하겠다는 것인데, 그렇다면 곱하기 전에 먼저 양남학원이 입은 손해의 총액부터 제대로 계산하는 것이 더욱 바람직할 수도 있다. 즉 1심에서 확정된 원고 양남학원의 손해액에서 원고 양남학원이 전보받은 금액을 ‘괄호로 묶어’ 먼저 계산하고, 이렇게 산출된 손해의 총액에다 ‘50%’의 책임 비율을 곱하는 방식도 가능하다는 것이다. 다시 말해 ‘(1심 양남학원 손해액-양남학원이 전보받은 금액) $\times$ 50%(양남학원 책임)’의 공식도 항소심의 논지를 반영하는 데에 문제가 없다. 이럴 경우 피고 신경학원과 피고 성아건설이 부담해야 할 배상액은 13,978,108,858.5원이다. 따라서 양자는 6,166,875,091.5원의 차이가 있다.<sup>78)</sup> 이렇듯 61억여 원의 차이가 존재하느냐, 항소심이 제시한 계산식을 그 누가 신뢰할 수 있겠는가.

#### IV. 나오며

논의한 내용을 간추리자면 그리 복잡하지 않다. 교비 횡령이라는 범죄의 피해자인 ‘공범 2’가 주범인 ‘공범 1’과 방조범인 ‘공범 3’을 상대로 하여 제기한 본 대상 판결에서 원고인 피해자는 불법행위로 인한 손해배상 및 부당이득의 반환을 두 공범에게 동시에 청구하였다.

‘공범 3’에 관하여 살펴보면, 불법행위로 인한 손해배상의 청구는 불가능하다. 왜냐하면 청구의 근거로 하고 있는 민법 제35조 제1항의 요건에 해당하지 않기 때문이다. ‘직무에 관한 행위로 인하여’ 손해가 발생해야 하는데, 해당 횡령은 ‘공범 1’이 ‘공범 2’의 대표자로서 그 직무에 관한 행위로 인하여 손해를 발생시킨 경우이고, 횡령행위의 본질상 ‘공범1’이 ‘공범 3’의 대표자로서 그 직무에 관한 행위로 인하여 ‘공범 2’의 손해를 발생시킬 수가 없기 때문이다. 민법 제750조에 의한 손해배상의 청구도 불가능하다. 대상 판결이 인용한 사실관계를 살필 때, ‘공범 1’의 횡령 가능성을 알면서도 ‘공범 3’이 자신의 직인과 인감을 보관시키고 자신의

78) 예를 들어 ‘ $6 \times 0.5 - 2 = 1$ ’이다. 그러나 ‘ $(6 - 2) \times 0.5 = 2$ ’이다. 양자의 차이는 있을 수밖에 없다.

회계직원을 ‘자금의 저수지’에 파견한 행위는, ‘공범 3’ 스스로에 대한 횡령의 방조행위로 볼 수는 있어도 이를 ‘공범 2’에서 진행된 횡령의 방조로는 볼 수 없기 때문에 아예 불법행위가 성립하지 않는다. 따라서 어느 규정을 근거로 하건, 불법행위로 인한 손해배상의 청구는 불가능하다.

한편 부당이득의 반환청구에 대하여는 불법원인급여가 적용된다. 횡령된 금원을 ‘공범 1’이 ‘공범 3’에 귀속시키는 행위가 불법이자 범죄를 구성하는 이상, 급부자인 ‘공범 2’는 불법의 원인으로 재산을 급여한 경우에 해당하기 때문이다. 또한 악의로 ‘금원의 처분 권한’을 통째로 제공한 급부자 ‘공범 2’의 행위를 급부의 제공으로 볼 수 있고, ‘공범 2’와 ‘공범 3’에 있어 어느 한쪽에만 불법원인이 있거나 그 불법성의 격차가 현저하다고 볼만한 사정은 존재하지 않기 때문이기도 하다. 따라서 불법원인급여의 요건을 모두 충족하고, 결국 ‘공범 2’의 부당이득 반환의 청구는 불가능하다. 요컨대 대상 판결이 인정하고 있는 책임의 구성은 모두 타당하지 않고, ‘공범 2’는 ‘공범 3’에 대하여 손해의 배상이나 부당이득의 반환을 청구할 수 없다.

책임의 구성이 불가능한 이러한 사정을 접어두고, 단순히 손해의 산정 부분만을 바라본다고 하여도 대상 판결의 판단은 납득하기가 곤란하다. 책임의 구체적인 산정에 있어 전제되는 ‘귀속의 여부’가 ‘공범 1’이 치밀하게 자행한 ‘세탁’때문에 현실적으로 인정될 수가 없음에도 불구하고, 이를 전혀 고려하지 않고 손해의 산정을 진행한 것은 심각한 심리미진에 해당한다. 또한 구체적인 책임의 산정에 있어서도 쉬이 수궁할 수 없는 논리와 계산법을 사용하고 있어, 이를 신뢰하거나 인정하기가 매우 곤란하기도 하다.

따라서 대상 판결은 전체적으로 타당하지 못하고 법리해석의 오류와 논리전개상 흠결에 대한 대대적인 치유와 보완이 필요한 상황이다. 그러나 이러한 판단 이전에, 교비횡령이라는 범죄의 ‘공범 2’가 ‘공범 1’과 ‘공범 3’을 상대로 하여 제기한 소송 자체가, 근본적으로 ‘선량한 풍속 기타 사회질서’ 또는 ‘사회상규’에 위반한 행위가 아니겠는가.



### <참고문헌>

- 배병일, “부당적립 및 시설미비에 관한 사립대학 학교법인과 총장의 손해배상책임”, 일감법학 제48호, 건국대학교 법학연구소, 2021, 121-141쪽.
- 이명신, 자금세탁방지의 법적 구조에 관한 연구 —금융규제법상 지위와 책임구조를 중심으로—, 서울대학교 법학박사 학위논문, 서울대학교, 2023.
- 지원림, 민법강의, 홍문사, 2005.

<Abstract>

## Case review for the claims for compensation and restoration in the event of embezzlement of school account

Oh, Kil-Young

Professor, Hwasung Medi-Science Univ.

This article analyzes the content of the judgment which is a civil case for compensation for damages and return of unjust enrichment, in which ‘accomplice 2’, a victim of a crime of embezzlement of educational expenses, filed a claim against ‘accomplice 1’, the main culprit, and ‘accomplice 3’, the aiding person.

After reviewing based on specific facts, this paper determined that all of the claims were impossible. It does not fall under the requirements for claiming damages based on Article 35, Paragraph 1 of the Civil Act, due to the nature of the embezzlement act, ‘accomplice 1’ is the representative of ‘accomplice 3’ and cannot cause damage to ‘accomplice 2’ due to the act related to his duties. And the same is true in the case of Article 750 of the Civil Act. Even though ‘accomplice 3’ knew of the possibility of embezzlement by ‘accomplice 1’, the act of keeping his seal and dispatching his accountant to the ‘reservoir of funds’ is a problem. However, although this can be seen as an act of aiding embezzlement for ‘accomplice 3’ himself, it cannot be seen as aiding embezzlement in ‘accomplice 2’, so it does not constitute an illegal act. Therefore, a claim for damages under Article 750 of the Civil Act is also impossible. In the end, no matter what rule is based on, it is impossible to establish liability, so it is impossible to claim damages due to tort.

Setting aside this circumstance in which the composition of

responsibility is impossible, it is difficult to accept the judgment of this case even if we simply look at the calculation of damages. Because of the ‘money laundering’ carried out meticulously by ‘accomplice 1’, despite the fact that ‘the attribution of property’, which is premised as a must in calculating the responsibility, cannot be recognized, the court does not consider this at all and calculated the damage. In addition, it uses logic and calculation methods that cannot be easily understood in calculating specific responsibilities, making it very difficult to trust or acknowledge them. Therefore, it is clear that the subject judgment is not entirely valid and has errors in legal interpretation and flaws in the development of logic.

Key phrases: illegality, unfair profits, performance for illegal cause, embezzlement, Lee Hong-Ha