

특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)·사기·국민건강보험법위반

반

[서울고등법원 2015. 6. 3. (춘천)2015노16]



【전문】

【피 고 인】

【항 소 인】 피고인들 및 검사

【검 사】 나희석(기소), 김재호, 이건표(공판)

【변 호 인】 변호사 김용상 외 2인

【원심판결】 춘천지방법원 원주지원 2014. 12. 31. 선고 2014고합57 판결

【주문】

】

원심 판결 중 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4, 피고인 6, 피고인 7, 피고인 16에 대한 부분을 파기한다.

피고인 1, 피고인 3, 피고인 7을 각 징역 1년 6월씩, 피고인 2를 징역 1년, 피고인 4, 피고인 6을 각 벌금 3천만 원씩, 피고인 16을 벌금 1천만 원에 각 처한다.

피고인 4, 피고인 6, 피고인 16이 위 각 벌금을 납입하지 아니하는 경우 각 10만 원씩을 1일로 환산한 기간 그들을 노역장에 유치한다.

다만, 이 판결 확정일로부터 피고인 1에 대하여는 3년간, 피고인 3, 피고인 7, 피고인 2에 대하여는 각 2년간 위 각 형의 집행을 유예한다.

피고인 4, 피고인 6, 피고인 16에 대하여 위 각 벌금 상당액의 가납을 명한다.

피고인 5, 피고인 8, 피고인 9, 피고인 10, 피고인 11, 피고인 12, 피고인 13, 피고인 14, 피고인 15의 항소 및 검사의 같은 피고인들에 대한 항소를 모두 기각한다.

【이유】

】1. 원심이 인정한 범죄사실의 요지

가. 피고인들의 지위

피고인 3, 피고인 4, 피고인 9, 피고인 10은 인천·목동·강서·부평·강북·은평□□병원(이하 통틀어 '□□병원'이라 한다)의 전·현직 병원장이고, 피고인 5, 피고인 6, 피고인 7, 피고인 11, 피고인 12, 피고인 13, 피고인 14, 피고인 15는 □□병원의 전·현직 기획실장이다(이하 병원장 및 기획실장을 통틀어 '병원 측 피고인들'이라 한다).

피고인 1, 피고인 2, 피고인 8, 피고인 16은 위탁급식업체인 ○○리조트 주식회사(이하 '○○리조트'라 한다)의 임직원들이다(이하 '○○ 측 피고인들'이라 한다).

나. □□병원 입원환자 식대 가산금 부분

병원 측 피고인들은 ○○ 측 피고인들과 구내식당 운영에 관한 위탁계약 조건을 협상하면서 입원환자 식대 보험급여 중 영양사 가산금, 조리사 가산금 및 선택식단 가산금(이하 통틀어 '이 사건 가산금'이라 한다)을 받는 데 필요한 영양사, 조리사(이하 '영양사 등'이라 한다)를 형식으로만 병원 소속으로 두고, 인건비는 병원이 아닌 ○○리조트가 부담하되, 일단 병원이 급여 등을 지급하면 추후 관리유지비 명목으로 ○○리조트가 병원에 우회 보전하기로 하면서, 그들로 하여금 사실상 ○○리조트의 위탁급식 업무를 보조하게 하기로 상호 합의하였다.

이렇듯 영양사 등은 실제로는 □□병원 소속이라 할 수 없어 이 사건 가산금의 지급요건을 충족하지 못하였음에도, 피고인들은 공모하여 마치 □□병원이 그들을 직접 고용하여 실제 인건비 등 추가 비용을 부담하면서 지휘·감독하고 있는 것처럼 가장하였을 뿐만 아니라 일부 기간은 자리에 없었던 조리사가 실제 근무한 것처럼 가장하여 건강보험심사평가원에 이 사건 가산금을 청구함으로써 이에 속은 건강보험심사평가원의 평가 결과에 따라 피해자 국민건강보험공단으로 하여금 이 사건 가산금을 교부하게 하고, 피해자인 진료환자들(이하 '피해 환자들'이라 한다)로 하여금 이 사건 가산금에 상응하는 환자 자기부담금을 납부하게 하여 각 이를 편취하였다.

다. △△△△△병원, ◇◇병원, <<<병원 입원환자 식대 가산금 부분

△△△△△병원, ◇◇병원, <<<병원의 임·직원들은 ○○ 측 피고인들과 병원 구내식당 운영에 관한 위탁계약 조건을 협상하면서 이 사건 가산금을 받는 데 필요한 영양사 등을 형식적으로만 병원 소속으로 두고, 이에 따른 인건비는 병원이 아닌 ○○리조트가 부담하되, 일단 병원이 급여 등을 지급하면 추후 관리유지비 명목으로 ○○리조트가 병원에 우회 보전하기로 하면서, 형식상 병원 소속으로 고용한 영양사 등으로 하여금 사실상 ○○리조트의 위탁급식 업무를 보조하게 하기로 상호 합의하였다.

이렇듯 영양사 등은 실제로는 위 병원 소속이라 할 수 없어 이 사건 가산금의 지급요건을 충족하지 못하였음에도, ○○리조트 측 피고인들은 위 병원 임·직원들과 공모하여 마치 병원에서 그들을 직접 고용하여 실제 인건비 등 추가 비용을 부담하면서 지휘·감독하고 있는 것처럼 가장하여 이 사건 가산금을 청구함으로써 이에 속은 건강보험심사평가원의 평가 결과에 따라 피해자 국민건강보험공단으로 하여금 이 사건 가산금을 교부하게 하고(그 중 피고인 1이 △△△△△ 병원을 통해 피해자 국민건강보험공단에게서 편취한 금액은 614,489,320원이다), 피해 환자들로 하여금 이 사건 가산금에 상응하는 환자 자기부담금을 납부하게 하여 각 이를 편취함과 동시에 피고인 1, 피고인 2, 피고인 16은 같은 병원 임·직원들과 공모하여 부정한 방법으로 피해자 국민건강보험공단에게서 보험급여를 받았다.

2. 항소이유의 요지

가. 사실오인 또는 법리오해

(1) 공소사실의 불특정 (○○ 측 피고인들)

이 사건 공소사실 중 진료환자들에게서 재물을 편취한 사기의 점들은 각각의 환자마다 별개의 범죄가 성립하므로, 공소사실에 피해 환자와 그 피해액을 개인별로 특정하여 기재하여야 마땅함에도, 검사는 공소장에 피해 환자들의 인적사항이나 개별 피해액을 전혀 기재하지 않고 병원별·기간별로 피해 환자들의 피해액만을 일괄 기재하였다. 따라서 이 사건 공소사실 중 피해 환자에 대한 각 사기의 점은 공소사실을 제대로 특정하지 않은 것으로 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효이므로, 형사소송법 제327조 제2호에 따라 이 부분 공소를 기각하여야 한다.

(2) 가산금 지급요건 충족 (피고인들)

○○리조트가 사후에 □□병원, △△△△△병원, ◇◇병원, <<<병원(이하 이들을 통틀어 '위탁병원'이라 한다)에 영양사 등에 대한 인건비 상당 금액을 관리비 명목으로 지급한 것은 사실이지만, 그러한 경제적 지원과 무관하게 위탁병원은 진정한 의사로 영양사 등과 고용계약을 체결하였을 뿐만 아니라 이들을 실질적으로 지휘·감독하면서 급식의 질이나 영양상태를 점검하게 하였으므로, 그 소속은 ○○리조트가 아니라 위탁병원이다.

따라서 위탁병원이 이 사건 가산금을 청구하여 수령한 것을 기망에 의한 편취로 볼 수 없다.

(3) 편취 범의의 부존재 (피고인들)

가사 영양사 등을 위탁병원의 소속으로 볼 수 없어 이 사건 가산금의 청구가 위법하다고 하더라도, 지금까지 영양사 등의 소속을 무슨 기준에 따라 판단할지 분명한 지침이 없었던 상황에서 피고인들은 위탁병원이 고용한 영양사 등이 이 사건 가산금의 지급요건을 따질 때에도 병원 소속이 되는 것으로 생각하고 이 사건 가산금을 청구한 것이므로, 피고인들에게는 건강보험심사평가원을 기망하여 재물을 편취한다는 주관적 고의, 즉 사기죄의 성립에 필요한 편취의 범의가 없었다.

(4) 해외파견에 따른 범죄의 단절 (피고인 1)

피고인 1은 2011. 5. 16.부터 같은 해 10. 16.까지 5개월간 ○○ 중국 상하이법인 총괄상무로 전출하여 중국 현지에서 근무하였는바, 그의 경우 가사 이 사건 가산금 편취 범행을 모두 유죄로 인정하더라도 중국 근무를 계기로 편취의 범의가 끊어져 중국 근무 전후의 범행 사이에 범의의 단일성이나 계속성을 인정할 수 없으므로, 그 전후의 범행은 실제적 경합범 관계에 있을 뿐 포괄하여 일죄가 될 수 없다.

이에 따라 중국 근무 전후 범행으로 인한 이득액을 분리 계산하면 △△△△ 병원을 통해 편취한 금액은 5억 원 미만에 불과하여 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)죄가 성립할 수 없다.

(5) 국민건강보험법 제115조 제2항 제5호의 규율 대상 (피고인 1, 피고인 2, 피고인 16)

국민건강보험법 제115조 제2항 제5호는 그 문언상 '보험가입자나 피부양자 등 요양기관을 이용하는 환자'가 건강보험증을 부정하게 이용하는 등 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 보험급여를 받거나 타인으로 하여금 보험급여를 받게 한 경우에 적용하는 조항으로, '보험급여'가 아니라 '보험급여 비용'을 청구하는 요양기관은 그 조항의 규율 대상에 해당하지 않으므로, 가사 피고인 1, 피고인 2, 피고인 16이 △△△△ 병원, ◇◇ 병원, <<< 병원의 임·직원들과 공모하여 부당하게 '보험급여 비용'을 지급받았다고 하더라도 그러한 행위가 위 조항의 구성요건에 해당하지는 않는다.

나. 양형부당

(1) 피고인들

원심의 각 선고 형량(피고인 1 : 징역 2년, 피고인 2 : 징역 1년 6월, 피고인 3, 피고인 7 : 각 징역 2년, 집행유예 3년, 피고인 5 : 징역 1년 6월, 집행유예 2년, 피고인 4 징역 1년, 집행유예 3년, 피고인 6, 피고인 8 : 각 징역 1년, 집행유예 2년, 피고인 9, 피고인 10 : 각 벌금 2천만 원, 피고인 11, 피고인 12, 피고인 13, 피고인 15, 피고인 16 : 각 벌금 1천만 원, 피고인 14 : 벌금 1,200만 원)이 너무 무거워서 부당하다.

(2) 검사

피고인들에 대한 원심의 각 선고 형량이 너무 가벼워서 부당하다.

3. 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기) 및 사기의 점에 대하여

가. 공소사실 기재의 적법 여부

(1) 공소사실 특정의 법리

공소사실의 기재는 범죄의 시일, 장소와 방법을 명시하여 사실을 특정할 수 있도록 하여야 하는데(형사소송법 제254조 제4항), 이는 피고인이 용이하게 방어권을 행사하도록 하기 것이므로, 공소사실은 이러한 요소를 종합하여 구성요건 해당사실을 다른 사실과 식별할 수 있는 정도로 기재하면 족하다.

공소장에 범죄의 일시, 장소, 방법 등을 구체적으로 적시하지 않았더라도 공소사실을 특정하도록 한 법의 취지에 반하지 않고, 범죄사실의 성격에 비추어 그 개괄적 표시가 부득이하며, 그에 대한 피고인의 방어권 행사에 지장이 없다면, 공소 내용을 특정하지 않았다고 볼 수 없다(대법원 2014. 4. 10. 선고 2013도1615 판결, 2010. 8. 26. 선고 2010도4671 판결 등 참조).

(2) 판단

검사가 피고인들의 피해 환자들에 대한 편취 범행을 기소하면서 그 공소사실에서 피해 환자별로 인적사항을 특정한 후 그에 대한 편취 금액을 구분하여 기재하지 않고 병원별·기간(1개월)별로 피해 환자들에 대한 편취 금액을 합산하여 일괄 기재한 것은 사실이다.

그러나 검사는 이 부분 공소사실에서 피해 환자들의 범주(위탁병원에서 식사를 제공받은 환자), 그들에 대한 범행 시기, 방법, 편취금액의 산정 방법 등을 특정하여 기재하고 있어 피해 환자들의 인적사항 및 개인별 편취 금액을 공소사실에 세분하여 개별 기재하지 않더라도 필요한 경우 위탁병원이 스스로 보관 중인 장부 등의 자료를 활용하여 용이하게 파악할 수 있고, 이를 통해 위와 같이 일괄 기재한 금액의 정확성에 대한 검증도 충분히 가능하므로, 이러한 공소사실의 기재가 피고인들의 방어권 행사에 수인하기 어려울 정도의 지장을 초래한다고 볼 수는 없다.

특히 이 사건에서 피해 환자들의 수가 약 40만 명에 이르러 그들의 인적사항 등을 일일이 서류에 기재하는 데 현저한 어려움이 있고, 이를 실제로 이행하기 위해서는 과다한 인력과 비용을 투입하지 않을 수 없음이 명백한 반면에, 피고인들은 앞서 본 것처럼 이 사건 가산금 청구 요건을 기망한 적이 없다거나 편취 범의가 없다는 등 피해 환자들의 인적사항이나 편취 금액과는 무관한 내용들만 내세우며 공소사실을 다투고 있을 뿐이어서 검사로 하여금 이 부분 공소사실에 피해 환자들의 개인별 인적사항 및 편취 금액을 세분하여 기재하도록 하는 것이 피고인들의 정당한 방어권 보장과 밀접한 관련이 있다고 보기도 어렵다.

사정이 이러하다면 이 사건 공소사실 중 피해 환자들에 대한 편취 범행에 대하여는 인적 사항 및 편취 금액을 개괄 표시하는 것이 부득이하고, 그에 대한 피고인들의 방어권 행사에 지장이 없어, 검사가 사건을 심리하는 데 충분할 정도로 공소사실을 특정했다고 볼 수 있다.

이와 다른 ○○ 측 피고인들의 주장은 받아들이지 않는다.

나. 영양사 등의 소속

(1) 쟁점

국민건강보험법 제41조 제2항, 「국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙」(보건복지부령) 제8조 제2항에 따라 보건복지부장관이 정한 "건강보험 요양급여 행위 및 그 상대가치점수"(보건복지부 고시 제2006-37호)에 의하면, 이 사건 가산금 중 ① 영양사 등 가산금은 당해 요양기관 소속 상근 영양사 또는 조리사의 수에 따라 산정하고, ② 선택식단 가산금은 당해 요양기관 소속 영양사가 1인 이상 상근하는 것을 전제로 입원환자가 선택할 수 있도록 매일 2식 이상에 대하여 2가지 이상의 식단을 제공한 경우에 적용할 수 있다.

검사는 위탁병원은 모두 영양사 등과 형식적 고용계약만 체결하였을 뿐 실제로는 ○○리조트가 그 영양사 등을 지휘·감독하면서 자신의 위탁급식 업무를 보조하게 하였으므로 그들이 요양기관 소속이어야 한다는 이 사건 가산금 지급요건을 충족하지 못하였다고 보아 이 사건 공소를 제기한 데 반하여, 피고인들은 그 영양사 등이 실제로 병원 소속으로 근무하였다고 주장하며 범행을 부인하고 있다.

결국 위탁병원과 고용계약을 체결한 영양사 등의 소속을 어디로 보아야 하는지에 이 사건 가산금의 지급요건 충족 여부가 달려 있으므로, 이하 그에 관하여 살펴보기로 한다.

(2) 법리

(가) 가산금의 의의 및 도입취지

정부는 비록 요양기관이 식당을 직영하지 않더라도 직접 그 소속으로 고용한 영양사 등이 있는 경우 소속감, 책임감, 사명감이 높아질뿐만 아니라 수익을 극대화하려는 민간 위탁급식 업체의 경영 방침으로부터 자유롭게 되어 급식의 질과 서비스 향상을 가져올 것이라는 정책적 판단에 기초하여, 요양기관이 영양사 등을 직접 그 소속으로 고용함에 따른 추가 투입비용(임금, 인력관리비용)을 보전하고자 이 사건 가산금 제도를 신설하였다(헌법재판소 2008. 4. 24. 선고 2006헌마990 결정 중 보건복지부장관의 의견 참조).

(나) 기본 요건

앞서 본 이 사건 가산금 제도의 도입취지에 비추어 보면, 병원 등의 요양기관이 형식적으로 영양사 등과 근로계약을 체결한 것만으로 당연히 이 사건 가산금의 지급요건을 충족하였다고 보기는 어렵고, 나아가 실제로도 당해 영양사 등이 요양기관 소속으로 근무하였음을 인정할 수 있어야 이를 지급할 수 있을 것이다.

여기서 영양사 등이 당해 요양기관 '소속'인지는 형식적으로 근로계약을 체결하였는지가 아니라 "실질적으로 요양기관이 이들을 고용하여 지휘·감독을 하고 있었는지"에 따라 판단하여야 한다(대법원 2014. 6. 26. 선고 2013도13673 판결 참조).

(다) 민사상 고용관계와의 구별

또한 이 사건 가산금 지급요건이 '고용'이 아니라 '소속'이라는 용어를 사용하고 있고, 그 제도의 취지가 요양기관 소속 영양사와 조리사가 민간 위탁급식 업체로부터 독립하여 급식업무를 주도함으로써 요양기관에 유리한 방향으로 급식 서비스와 질을 향상하도록 하자는 데 있는 점을 고려하면, 민사법상 유효한 고용계약을 체결하였더라도 요양기관이 영양사 등을 실질적으로 지휘·감독하고 있지 않는 경우에는 역시 지급요건을 충족하였다고 볼 수 없다.

가령 「파견근로자보호 등에 관한 법률」은 '근로자파견'을 "파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것"으로 정의하는데, 요양기관이 영양사 등과 고용계약을 체결한 후 위 법률에 따라 그 고용관계를 유지하면서 위탁급식 업체에 이들을 파견한 경우 이들은 요양기관과 적법하게 고용계약을 체결한 요양기관의 직원이라 하더라도 이 사건 가산금의 적용 여부에 관하여 당해 요양기관 '소속' 영양사 또는 조리사에 해당한다고 볼 수는 없는 것이다. 따라서 요양기관이 영양사 등과 유효한 고용계약을 체결하였는지 확인하는 것만으로 가산금 지급요건 충족 여부를 판단할 수는 없고, 여기에 더하여 아래에서 보는 것처럼 당해 영양사 등이 요양기관의 급식업무에서 기능적으로 차지하는 위치도 요양기관의 지휘·감독 체계에 들어있는지, 아니면 고용계약에도 불구하고 급식업무에서의 그의 기능적 위치는 위탁급식 업체의 지휘·감독 체계에 들어있다고 보아야 하는지 따져보아야 한다.

(라) 급식업무상 기능적 소속의 필요성 및 기준

요양기관이 직접 고용한 영양사 등으로 하여금 급식업무를 주도적으로 담당하게 하여 급식의 서비스와 질을 향상하는 것이 이 사건 가산금 제도 도입의 주 목적이고, 영양사 등의 핵심 업무도 급식 제공에 관한 것이므로 요양기관이 고용한 영양사 등을 실질적으로 지휘·감독하고 있어야 하는 영역도 급식업무라 할 것이고, 급식업무에서 기능적으로 이들을 지휘·감독하지 못하고 있다면 설사 인사발령이나 급여 지급 등 다른 측면에서 지휘·감독 관계를 인정할

수 있다고 하더라도 이 사건 가산금 지급의 전제가 되는 소속 관계가 있다고 볼 수 없다(물론 급식업무 외 측면도 급식업무에서 지휘·감독 관계의 존부를 가리는 데 간접 정황으로 참작할 수는 있다).

그런데 병원에서 급식업무는 통상 식단의 작성, 식자재 발주, 음식 조리, 배식 등으로 이루어져 있으므로, 그러한 일련의 급식업무 수행 과정에서 위탁병원과 고용계약을 맺은 영양사 등이 일상적으로 ○○리조트에서 독립하여 병원에서 직접 임무를 부여받고 그 지휘·감독을 받아 당해 임무를 수행해왔는지, 아니면 ○○리조트 책임자에게서 임무를 부여받고 그 지휘·감독을 받으면서 ○○리조트 급식 부서의 다른 직원들과 별 차이 없는 지위에서 업무에 종사하였는지가 급식업무상 기능적 소속의 핵심적인 판단 기준이 될 것이다.

이에 대하여 피고인들은 ○○리조트에서 기본메뉴 작성, 식자재 발주 등의 업무를 담당하고, 일정한 범위에서 병원 고용 영양사 등에게 업무지시를 하는 것은 위탁운영의 본질상 불가피하다고 주장하나, 이는 앞서 본 이 사건 가산금 제도의 도입취지에 정면으로 반하는 것일 뿐만 아니라, 그 영양사 등이 실제로 병원 소속이라면 ○○리조트에서 필요한 경우 그들에게 업무협조를 요청할지는 몰라도 결코 우월적인 지위에서 업무지시를 할 수는 없다고 봄이 타당하므로, 피고인들의 위 주장은 이유 없다.

(3) 판단

피고인들이 제출한 증거들에 따르면 □□병원은 대체로 영양사 등의 신규채용 및 계약연장 과정에서 인사기안서를 작성하고 지원자들에게서 직접 지원서를 접수하였으며, 채용 이후에는 병원 명의로 그들에게 직접 급여를 지급한 사실, 강북·강서·인천□□병원의 지원자들은 그 입사지원서에 지원병원을 '□□병원'으로 기재하였고 자기소개서도 □□병원에서 근무하는 것을 전제로 작성한 사실, □□병원은 병원 소속의 다른 직원들과 마찬가지로 영양사 등에 대한 인사평가, 인사관리 등을 실시한 사실을 인정할 수 있고, 이러한 사실들을 종합하면 □□병원이 당초 채용한 영양사 등과 민사상 법적 구속력이 있는 고용계약을 체결한 사실을 인정할 수 있다.

그러나 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 토대로 구체적으로 적시한 아래와 같은 사실들 및 그로부터 추단할 수 있는 여러 사정을 종합하면 위와 같은 유효한 고용관계에도 불구하고 당해 영양사 등이 급식업무에서 차지한 기능적 위치는 위탁병원이 아니라 ○○리조트의 지휘·감독 체계에 들어있었음을 충분히 인정할 수 있다.

결국 위탁병원은 이 사건 가산금의 지급을 위한 영양사 등의 '소속' 요건을 충족하지 못하였음에도 마치 이를 충족한 것처럼 가장하여 보험급여를 청구한 것으로 볼 수 있으므로, 이와 다른 전제에서 위탁병원이 이 사건 가산금을 청구한 데 아무런 잘못이 없다는 피고인 및 변호인의 주장은 받아들일 수 없다.

(가) △△△△△병원 원장 공소외 3의 진술

○○리조트는 위탁병원 전부와 유사한 방식으로 구내식당 운영에 관한 위탁계약을 체결한 후 관리유지비 명목으로 병원 고용 영양사 등의 급여를 우회 부담하면서 이들을 자신의 급식업무에 활용하였는데, 위탁병원 중 하나인 △△△△△병원의 병원장 공소외 3는 수사기관에서 이 사건 가산금의 지급요건을 가장하여 허위 청구하고자 ○○리조트의 제안을 받아들여 형식상으로만 영양사 등과 고용계약을 체결하였을 뿐 그들에 대한 실질적인 지휘·감독은 전적으로 ○○리조트 소속 영양사로 병원 급식업무를 총괄하는 점장에 의해 이루어졌음을 자백한 바 있다.

(나) 채용 및 임금 지급

위탁병원은 ○○리조트의 관여를 배제하고 독자적인 기준과 절차에 따라 채용할 영양사 등을 판단한 것이 아니라, 오히려 ○○리조트 점장이 우선 입사 지원자에 대한 면접 등을 통해 누가 근무할지 사실상 결정한 다음, 병원이 인사기안서를 작성하여 당해 영양사 등과 고용계약을 체결하는 방식으로 채용 절차를 진행하였다.

특히 ○○리조트는 위탁병원과 맺은 특약에 따라 영양사 등에게 지급하는 급여 상당을 관리유지비라는 명목으로 다시 해당 병원에 지급함으로써 결국 스스로 그 영양사 등에 대한 급여를 부담하였다(영양사 등의 채용 과정에 관여하고 급여를 부담한다고 하여 당연히 지휘·감독 권한까지 행사하는 것은 아니나, 그 영양사 등이 ○○리조트로부터 독립적인 지위에 있었다면 ○○리조트에서 위와 같이 스스로 급여를 부담하면서 채용에 개입할 이유가 없었으므로, 이는 그 영양사 등의 소속을 가리는 데 중요한 판단 기준이 될 수 있다).

(다) 근로에 대한 일반적 지휘·감독 권한

○○리조트 식음료 서비스(Food Service) 사업부 판촉(marketing)팀장 공소외 1이 2007. 2. 15. 작성하여 피고인 8에게 교부한 인수인계서에 '4. 특이사항 현재 근무 인력에 대한 당사 신규 채용 필수 조건임. 병원 소속 인력에 대한 당사 관리 가능'이라고 기재하였고, 이후 ○○리조트 소부문장 공소외 2이 '병원소속 영양사/조리사에 대한 설 선물 추가 지급의 건'에 "병원 측의 식대의료보험급여 적용을 위해 병원 소속의 영양사 2명, 조리사 2~3명을 채용하여 당사 점장의 통제 및 업무지시에 의거 당사 소속 조리종사원과 동일 공간 내 동일 근무 중(당사가 해당 인력에 대한 인건비를 병원 측에 납부 중), 병원 측과 최초 계약시 상기 인력에 대한 구인/채용 및 근무 통제는 당사에게 있으며" 라고 기재하는 등 ○○리조트는 형식상 위탁병원이 고용한 영양사와 조리사에 대한 지휘·감독 권한이 실질적으로 자사에 있음을 전제로 급식업무를 수행하였다.

(라) 식단 작성, 발주 관리, 조리업무 등 지휘·감독

□□병원 식당 메뉴는 기본적으로 □□병원 산하 6개 병원을 담당하는 ○○리조트 점장들이 참석하는 메뉴 회의를 통해 결정하였는데, 이 과정에서 병원 고용 영양사 등은 아무런 역할을 하지 못하였다.

한편 위와 같이 결정한 기본 메뉴를 실제로 이행하는 과정에서 해당 병원의 개별적인 사정에 따라 일부 수정하는 경우가 있을 수 있는데, 그런 경우에도 ○○리조트 점장들이 메뉴 수정 여부를 결정하였고, 병원 고용 영양사 등은 메뉴의 초안을 기안하더라도 이에 대하여 점장의 결재를 받아야 하는 등 식단 및 조리 방법에 관한 실질적인 결정권은 물론, 이렇다 할 발언권도 보유하지 못하고 있었다.

즉, 병원 고용 영양사 등이 기능적으로도 병원에 소속하여 급식업무를 주도하였다고 보려면 영양사 등이 병원 임·직원의 지휘·감독을 받아 식단 및 조리 방법을 결정하고, ○○리조트에서 메뉴 초안을 작성하더라도 그 수용 여부에 관하여는 병원 고용 영양사 등의 결재를 받게 하는 등의 방법으로 병원 고용 영양사 등에 최종적인 결정권을 유보하여야 할 뿐만 아니라 이들로 하여금 정기적으로 위탁급식의 질 및 가격의 적절성을 평가하여 병원에 보고하게 하는 등의 방법으로 위탁급식 계약관계의 유지 여부에 도움이 되는 정보를 생산·제공하게 하였어야 함에도, 위탁병원이 고용한 영양사 등은 오히려 ○○리조트 점장들의 결재를 받아 급식업무에 종사하였다는 점에서 기능상 병원에 소속한 사람들로 볼 수 없다.

(마) 병원 고용 영양사 등에 대한 교육 및 그 비용 부담

○○리조트에서 병원 고용 영양사 등도 자신의 교육대상에 포함하여 2011년 병원 직군 직무향상능력 교육, 2012년 병원 직군 직무향상능력 교육, '병원직원 영양사 전문성 함양을 위한 사내/사외 교육'을 실시하였을 뿐만 아니라, 위탁병원 대신 영양사 등의 위생교육비를 지급하기도 하는 등 영양사 등에 대한 교육에 깊이 관여하였다(○○리조트에서 독립하여 급식업무에 종사하여야 하는 병원 고용 영양사 등이 오히려 ○○리조트에서 교육을 받았다면 이 사건 가산금 제도의 도입취지에 따라 병원 급식업무에서 주도적인 역할을 담당하기란 사실상 곤란하다고 보지 않을 수 없다).

(바) 기타 세부 정황

위탁병원이 고용한 영양사 등이 모두 급식업무에 관하여는 실질적으로 ○○리조트의 지휘·감독을 받으면서 그 급식 체계에 소속하여 근무하였음을 알 수 있는 세부 정황들을 병원별로 정리하면 별지 "병원별 세부 정황"의 기재와 같다.

(4) 피고인들 주장 사정들에 대하여

피고인들은 모두 병원 고용 영양사 등이 실제로 위탁병원 소속이었다고 주장하면서 그 근거로서, ① 영양사 등의 신규 채용 및 계약 연장 과정에서 인사기안서를 작성하고, 지원자들에게서 직접 지원서를 수령하였으며, ② 영양사 등에 대한 4대 보험 중 사용자가 부담할 금액을 병원에서 지출하였고, ③ 위탁병원의 기획실장들이 영양사 등에 대한 평가표에 평가점수 및 평가내용을 기재하였으며, ④ 영양사 등은 ○○리조트 직원과 달리 위탁병원의 사번을 부여받아 병원 내부전상망에 접속할 수 있었고, ⑤ 영양사 등에 ○○리조트가 아니라 위탁병원의 휴가 관련 규정을 적용하였고, 연차 신청 역시 ○○리조트가 아니라 위탁병원의 자체 전산 체계를 통해 진행하였다는 점 등을 제시하고 있다.

그러나 이러한 사정들은 대부분 고용계약 체결에 당연히 수반하는 절차 또는 결과에 불과하여 영양사 등이 단순히 위탁병원과 법적으로 유효한 고용계약을 맺은 것을 넘어 ○○리조트에서 독립하여 위탁병원의 지휘·감독 체계에서 급식업무에 종사하였다고 볼 근거는 될 수 없고, 가사 기획실장 등 위탁병원의 임·직원이 고용 영양사 등에게 간헐적으로 급식업무에 관한 지시를 내린 적이 있더라도 앞서 본 것처럼 위탁병원이 고용 영양사 등을 통해 메뉴를 최종적으로 결정하거나 급식의 수준이나 가격의 적절성을 평가한 적이 전혀 없는 점 등에 비추어 보면, 이러한 간헐적인 지시는 영양사 등을 ○○리조트 급식 부서 구성원의 하나로 취급하여 그에 대하여 ○○리조트에 대한 요구사항을 개진하는 것으로 볼 수 있을 뿐이어서, 그들이 급식업무의 기능상 ○○리조트에 소속하였다는 앞선 판단에 무슨 영향을 미칠 수 없다.

다.

편취 범의 유무

(1) 법리

사기죄의 주관적 구성요건인 편취의 범의는 피고인이 자백하지 않는 이상 범행 전후 피고인의 재력, 환경, 범행의 내용, 거래의 이행과정 등과 같은 객관적인 사정 등을 종합하여 판단할 수밖에 없으며, 한편 확정적이 아니라 미필적 고의로도 사기죄가 성립할 수 있는데 미필적 고의가 있다고 하려면 범죄사실의 발생 가능성에 대한 인식이 있음은 물론 나아가 범죄사실이 발생할 위험을 용인하는 내심의 의사가 있어야 한다(대법원 2008. 2. 28. 선고 2007도10416 판결, 2008. 3. 27. 선고 2008도443 판결 등 참조).

(2) 판단

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정한 사실들 및 그에서 추단할 수 있는 다음의 여러 사정, 즉, ① 피고인들은 ○○리조트에서 영양사 등의 인건비를 부담하기로 한 약정 내용을 위탁운영계약서에 직접 적시하지 않고, 이를 원래의 용도와 전혀 상관없는 '관리유지비'라는 계정을 통해 우회적으로 수수하였는데, 이는 다분히 위탁병원 및 ○○리조트의 회계처리상 당해 금액이 인건비 항목으로 나타나지 않게 하는 등 대외적으로 ○○리조트의 인건비 지원 사실을 감추려는 의도에서 기인한 것으로 볼 수 밖에 없는 점, ② ○○리조트는 처음에는 내부적으로 환자 식대 보험급여화에 따라 위탁병원이 요구하는 영양사 등의 채용구조, 즉 이 사건 범행에서 나타난 것과 마찬가지로

의 채용구조를 '편법'으로 규정하고 이를 수용하지 않는다는 원칙을 정하였다가 이후 수익성 악화 등을 우려하여 그러한 편법계약 요구에 대하여도 탄력적으로 수용하는 것으로 입장을 변경하였는데, 만약 진정으로 위와 같은 영양사 등의 채용구조에 전혀 문제가 없다고 생각하였다면 당초 위탁병원의 요구에 그와 같이 거부감을 나타낼 이유가 전혀 없는 점, ③ 검찰 수사 개시 후 ○○리조트 측은 점장들을 소집하여 대책을 논의하였을 뿐만 아니라 자료 삭제 프로그램을 배포하여 컴퓨터 내 관련 파일들을 삭제하게 하였고, 위탁병원도 고용 영양사 등에게 연락하여 수사기관에서 조사를 받게 될 경우에 대비한 대답을 알려주면서 일부 영양사 등에게는 명시적으로 허위진술을 부탁하기까지 하는 등 조직적인 증거인멸을 시도하였는데, 이는 이 사건 가산금 청구가 법적으로 문제가 될 수 있음을 인식하였기 때문으로 볼 수 있는 점 등을 종합하면, 피고인들은 적어도 미필적으로는 위탁병원이 고용한 영양사 등이 급식업무에 관하여는 실질적으로 ○○리조트 소속에 해당하여 이 사건 가산금의 지급요건을 충족하지 못할 수 있음을 인식하고 이를 용인하면서 이 사건 가산금을 청구하였다고 볼 수 있으므로, 그들에게 편취의 범의가 있었음을 인정하는 데 무리가 없다.

이에 반하는 피고인들의 주장도 받아들이지 않는다.

라. 포괄일죄 여부

(1) 법리

같은 구성요건에 해당하는 여러 행위를 단일하고 지속적인 범의로 일정 기간 계속 행하고 그 피해 법익도 동일한 경우에는 이들 각 행위를 통틀어 포괄일죄로 처단하여야 하나, 수 개의 범행에서 범의의 단일성과 계속성을 인정할 수 없거나 범행방법이 동일하지 않다면 각 범행은 실체적 경합범에 해당한다(대법원 2005. 5. 13. 선고 2005도278 판결, 2006. 9. 8. 선고 2006도3172 판결 등 참조).

(2) 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하면 피고인 1은 2007. 3. 2.부터 ○○리조트 식음료 서비스 사업부에서 식음료 서비스 운영본부장으로 근무하기 시작한 이래 단체급식 사업본부장, 영업2본부장, 식음료 서비스 사업2부장, 식음료 서비스 사업부장 등의 직책을 거치면서 계속하여 ○○리조트의 단체급식 사업부에 종사하다가 2011. 5. 16. ○○리조트의 국내 단체급식 사업과 직접 관계가 없는 ○○그룹 중국 상하이 법인 총괄상무로 직책을 옮겨 그때부터 같은 해 10. 16.까지 5개월간 근무한 사실, 중국 근무 기간 ○○리조트 소속 식음료 서비스 사업부장의 직책을 유지한 채 근무한 것이 아니라, 정식의 인사발령에 따라 종전 직책은 면한 상태로 오로지 중국 법인 총괄상무의 지위에서 업무를 수행한 사실을 인정할 수 있다.

이렇듯 피고인 1이 2011. 5. 16. ○○리조트 식음료 서비스 사업부 소속에서 벗어난 이상 나중에 중국에서 국내로 복귀하더라도 ○○리조트 식음료 서비스 사업부장의 직책을 다시 맡을 것인지, 다른 부서로 발령날 것인지, 그것도 아니면 전혀 다른 계열사로 자리를 옮기게 될 것인지 단정할 수 없으므로(만약 피고인 1이 중국을 다녀온 후 다른 부서나 계열사로 전출하였다면 그에게 자신의 전출 이후 식음료 서비스 사업부에서 저지른 범행에 대한 형사책임까지 지울 수는 없음은 물론이다), 식음료 서비스 사업부장의 지위에서 위탁병원에 대한 위탁급식 업무에 종사하면서 가지고 있던 이 사건 가산금 편취의 범의를 중국 근무 중에도 그대로 유지하고 있었다고 볼 수 없고, 달리 그가 중국 법인에서 근무하면서도 사실상 ○○리조트 식음료 서비스 사업부장의 직책을 수행하였다는 증거도 전혀 없으므로, 피고인 1은 중국 근무를 계기로 이 사건 가산금의 편취 범의가 끊어졌다고 봄이 옳고 그 전후에 걸친 범의의 단일성이나 계속성을 인정할 수 없다.

그렇다면 피고인 1의 중국 근무 전후의 범행은 서로 실체적 경합범의 관계에 있을 뿐 통틀어 포괄일죄로 처단할 수 없다.

그 전후 △△△△△ 병원을 통해 편취한 금액을 별도로 계산하면 2007년 3월부터 2011년 4월까지의 합계 392,842,700원, 같은 해 11월부터 2013년 11월까지의 합계 221,646,620원이 되어 모두 5억 원 미만으로 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)죄의 구성요건에 해당하지 않는다.

이와 다른 전제에서 피고인 1이 중국 근무 전후를 불문하고 범의의 계속성이 있었다고 보고 그에 대하여 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)죄의 성립을 인정한 원심의 판단에는 포괄일죄 성립 요건에 관하여 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있으므로, 이를 지적하는 같은 피고인의 주장은 이유 있다.

4. 국민건강보험법위반의 점에 대하여

가. 보험급여와 보험급여 비용의 구분

국민건강보험법은 일관하여 '환자가 의료기관에서 제공받는 진료행위, 장애인이 제공받는 보장구 등 실물 혜택'에 관하여는 '보험급여'(이 중 요양기관에서 제공받은 진료행위는 '요양급여')라는 용어를 사용하고 '국민건강보험공단이 실물 혜택인 보험급여의 가치를 금전적으로 평가하여 보험급여 제공 기관에 지급하는 대가'에 관하여는 '보험급여 비용'(이 중 요양기관의 진료행위에 대한 금전적 대가는 '요양급여 비용')이라는 용어를 사용하여 그 둘의 의미를 명백히 구별하고 있는데, 그 대표적인 용례는 아래 표와 같다.

조항 조문 (편의상 관련 단어 아래 강조 표시) 제14조(업무 등) ① 공단은 다음 각 호의 업무를 관장한다.

3. 보험급여의 관리 ...(중략)... 5. 보험급여 비용의 지급 제57조 (부당이득의 징수) ① 공단은 속임수나 그 밖의 부당한 방법으로 보험급여를 받은 사람이나 보험급여 비용을 받은 요양기관에 대하여 그 보험급여나 보험급여 비용에 상당하는 금액의 전부 또는 일부를 징수한다.

② 공단은 제1항에 따라 속임수나 그 밖의 부당한 방법으로 보험급여 비용을 받은 요양기관이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 해당 요양기관을 개설한 자에게 그 요양기관과 연대하여 같은 항에 따른 징수금을 납부하게 할 수 있다.

제63조(업무 등) ① 심사평가원은 다음 각 호의 업무를 관장한다.

1. 요양급여 비용의 심사 2. 요양급여의 적정성 평가 ...(중략)... 7. 그 밖에 보험급여 비용의 심사와 보험급여의 적정성 평가와 관련하여 대통령령으로 정하는 업무 제87조(이의신청) ① 가입자 및 피부양자의 자격, 보험료등, 보험급여, 보험급여 비용에 관한 공단의 처분에 이의가 있는 자는 공단에 이의신청을 할 수 있다.

제91조(시효) ① 다음 각 호의 권리는 3년 동안 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성된다.

3. 보험급여를 받을 권리 4. 보험급여 비용을 받을 권리

나. 판단

국민건강보험법 제115조 제2항 제5호는 "거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 보험급여를 받거나 타인으로 하여금 보험급여를 받게 한 자"를 처벌하고 있다.

그런데 앞서 본 바와 같이 국민건강보험법이 '보험급여'와 '보험급여 비용'을 명백히 구별하고 있고, 변호인이 제출한 국회 보건복지위원장 작성의 국민건강보험법 일부개정법률안(대안)에 따르면 그 제안 취지가 환자 등이 건강보험증을 부정 사용하여 보험급여를 수급하는 행위를 과태료 부과 대상이 되는 질서위반행위에서 형사범죄로 바꾸어 처벌을 강화하는 데 있음을 알 수 있는 점 등에 비추어 보면, 위 조항의 '보험급여'는 법률이 일관적으로 사용한 당

해 용어의 의미와 마찬가지로 환자가 제공받는 진료행위 등 실물 혜택을 의미하는 것일 뿐, 그 혜택에 대하여 국민건강보험공단이 제공하는 금전적 대가의 의미까지 포괄하고 있다고 볼 수 없다.

그렇다면 보험급여(식사) 자체를 부정하게 제공받은 것이 아니라 단지 보험급여 비용(식사의 대금)을 허위로 부풀린 행위에 대하여는 국민건강보험법 제115조 제2항 제5호를 적용할 수 없으므로, 이와 다른 전제에서 이 사건 공소사실 중 피고인 1, 피고인 2, 피고인 16에 대한 국민건강보험법위반의 점을 유죄를 인정한 원심의 판단에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있고, 이를 지적하는 같은 피고인들의 주장은 이유 있다.

5. 양형부당 여부

가. 피고인 3, 피고인 7

피고인 3은 병원장, 피고인 7은 기획실장으로서, 이 사건 가산금 제도의 허점을 틈타 영양사 등을 실제 그 소속으로 두는 듯한 외관을 가장함으로써 장기간 거액의 가산금을 편취한 점, 피고인 3은 인천·목동·부평·강북□□병원에서, 피고인 7은 인천·부평□□병원에서, 각 범행에 가담하였고, 특히 피고인 7은 □□병원의 기획실장들 중 처음으로 ○○리조트와 이 사건 가산금 편취의 범행 수법을 고안·공모하고 ○○리조트에 영양사 등의 인건비 부담을 직접 요구하기도 하는 등 범행에 깊이 관여한 점이 그들에게 불리한 정황이다.

그러나 이 사건 범행은 이 사건 가산금 제도의 시행 초기 관계 당국이 그 지급요건을 불명확하게 정해 놓고 그에 관하여 믿을 만한 구체적 기준도 내놓지 않은 상황에서 시작한 것으로, 편취 범의가 확정적이지 않고 미필적인 수준에 머물러 있어 그에 대한 비난가능성이 크다고 보기 어려운 점, 피고인 3, 피고인 7이 당초 ○○리조트 측 피고인들과 공모하여 이 사건 가산금 편취 범행을 개시한 이상 그 이후에는 단순히 종전의 상태를 유지하는 것 이외에 특별히 범행을 지속하기 위한 별도의 조치를 취하지 않더라도 시간이 경과함에 따라 편취 금액은 증가하는 것이어서 비난가능성이나 처벌의 필요성이 반드시 편취 금액에 비례하여 증가한다고 보기는 어려운 점, 이미 편취 금액의 대부분을 공탁하여 이 사건 범행으로 인한 피해를 상당히 회복한 점, 피고인 7은 병원 직원으로 재직 중 업무수행 과정에서 범행에 가담한 것으로 개인적으로 취득한 이익이 없는 점, 피고인 3은 벌금형 이외의 범죄전력이 없고, 피고인 7은 지금까지 형사처벌을 받은 전력이 전혀 없는 점, 그밖에 그들의 연령, 성행, 환경, 범행의 동기, 수단과 결과, 범행 후의 정황 등 기록에 나타난 여러 양형조건을 고려해 보면, 원심이 피고인 3, 피고인 7에게 선고한 형량은 모두 너무 무거워서 부당하다고 볼 수 있으므로, 이를 지적하는 같은 피고인들의 항소이유 주장은 이유 있다.

나. 피고인 5, 피고인 8

피고인 5는 목동인천□□병원 기획실장으로, 피고인 8은 ○○리조트 식음료 서비스 사업부 병원운영팀장으로 각 재직하면서 이 사건 가산금 편취 범행에 가담하였는바, 역시 그 편취 금액이 거액이고, 특히 피고인 5는 피해자 국민건강보험공단에 대한 편취 금액이 5억 원을 넘어 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」상 가중처벌 조항의 적용을 받는 점, 피고인 8은 이 사건 범행 초기에 ○○리조트에서 위탁급식계약 체결의 실무를 담당하면서 이 사건 가산금 편취의 구조를 고안·협약하여 실행에 옮긴 점 등의 불리한 정황, 반면에 앞서 본 것처럼 이들의 편취 범의가 미필적인 수준으로 비난가능성이 작고, 이들이 모두 직장인으로 회사를 위해 담당업무에 종사하다가 이 사건 범행에 이른 것으로 그 과정에서 개인적으로 취득한 이익은 없는 점, 편취 금액을 공탁한 점, 모두 형사처벌을 받은 전력이 전혀 없는 점 등의 유리한 정황, 그밖에 그들의 연령, 성행, 환경, 범행의 동기, 수단과 결과, 범행 후의 정황 등 기록에 나타난 여러 양형조건을 고려해 보면, 원심이 이들에게 선고한 형이 지나치게 무겁거나 가벼워서 도저히 파기를 면할 수 없을 만큼 부당하다고는 볼 수 없다.

다.

피고인 4, 피고인 6

피고인 4는 인천·강서□□병원의 병원장, 피고인 6은 부평□□병원의 기획실장으로 각 재직하면서 이 사건 가산금 편취 범행에 가담하였는바, 마찬가지로 그 범행수법이 교묘하고 편취 금액이 거액이지만, 앞서 본 것처럼 편취 범의가 미필적인 수준에 불과한 점, 피고인 4는 남편인 피고인 3이 형성한 이 사건 가산금 편취 구조를 별다른 의식 없이 만연히 답습한 측면이 있고, 피고인 6도 이미 부평□□병원에 이 사건 가산금 편취 구조가 정착한 이후 병원에서 관련 업무를 맡게 된 결과 이 사건 범행에 관여하게 된 것으로 그 과정에서 개인적으로 취득한 이익은 없는 점, 편취 금액을 공탁한 점, 모두 형사처벌 전력이 전혀 없는 점, 그밖에 그들의 연령, 성행, 환경, 범행의 동기, 수단과 결과, 범행 후의 정황 등 기록에 나타난 여러 양형조건을 고려해 보면, 원심이 피고인 4, 피고인 6에게 선고한 형량은 모두 너무 무거워서 부당하다고 볼 수 있으므로, 이를 지적하는 같은 피고인들의 주장은 이유 있다.

라. 피고인 9, 피고인 10, 피고인 11, 피고인 12, 피고인 13, 피고인 14, 피고인 15

편취한 금액이 결코 적다고 볼 수는 없는 점 등의 불리한 정상, 반면 피고인 9는 2010년 9월경 인천□□병원의 병원장을 승계한 자이고, 피고인 10은 2011년 6월경 은평□□병원장에 취임한 자로서, 이미 다른 피고인들이 이 사건 가산금 편취 범행의 구조를 정립한 이후 병원을 이어받아 별다른 생각 없이 유지하였을 뿐이며, 피고인 11, 피고인 12, 피고인 13, 피고인 14, 피고인 15의 경우에도 전임 기획실장에게서 이 사건 가산금 편취 범행의 구조를 그대로 물려받아 이를 유지하였을 뿐이어서 그 편취 범의가 더욱 미약하다고 볼 수 있는 점, 편취 금액을 공탁한 점, 피고인 9, 피고인 11, 피고인 13, 피고인 14, 피고인 15는 형사처벌 전력이 전혀 없고, 피고인 10, 피고인 12은 벌금형 이외의 처벌을 받은 전력이 없는 점 등 유리한 정상, 그밖에 그들의 연령, 성행, 환경, 범행의 동기, 수단과 결과, 범행 후의 정황 등 기록에 나타난 여러 양형조건을 고려해 보면, 원심이 이들에게 선고한 형이 지나치게 무겁거나 가벼워서 도저히 파기를 면할 수 없을 만큼 부당하다고는 볼 수 없다.

6. 결론

피고인 1, 피고인 2, 피고인 16의 항소이유 주장 중 그들에 대한 국민건강보험법위반죄의 성부 및 피고인 1에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)죄의 성부를 다투는 부분은 이유 있으므로 이 부분들은 파기하여야 하는데, 피고인 1, 피고인 2, 피고인 16의 나머지 죄들은 이렇게 파기하는 부분들과 형법 제37조 전단 경합범의 관계에 있어 통틀어 하나의 형을 선고하여야 하므로, 결국 원심 판결 중 그들에 대한 부분은 양형부당 주장의 당부를 따질 것 없이 전부 파기하여야 한다.

앞서 본 바와 같이 피고인 3, 피고인 7, 피고인 4, 피고인 6의 양형부당 주장은 이유 있고, 피고인 5, 피고인 8, 피고인 9, 피고인 10, 피고인 11, 피고인 12, 피고인 13, 피고인 14, 피고인 15의 양형부당 주장 및 검사의 그들에 대한 양형부당 주장은 모두 이유 없다.

따라서 형사소송법 제364조 제4항에 따라 피고인 5, 피고인 8, 피고인 9, 피고인 10, 피고인 11, 피고인 12, 피고인 13, 피고인 14, 피고인 15의 항소 및 그들에 대한 검사의 항소를 모두 기각하고, 같은 조 제6항에 따라 원심 판결 중 나머지 피고인들에 대한 부분을 파기한 후 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 원심이 인정한 범죄사실의 요지

가. 피고인들의 지위

피고인 3, 피고인 4, 피고인 9, 피고인 10은 인천·목동·강서·부평·강북·은평□□병원(이하 통틀어 '□□병원'이라 한다)의 전·현직 병원장이고, 피고인 5, 피고인 6, 피고인 7, 피고인 11, 피고인 12, 피고인 13, 피고인 14, 피고인 15는 □□병원의 전·현직 기획실장이다(이하 병원장 및 기획실장을 통틀어 '병원 측 피고인들'이라 한다).

피고인 1, 피고인 2, 피고인 8, 피고인 16은 위탁급식업체인 ○○리조트 주식회사(이하 '○○리조트'라 한다)의 임직원들이다(이하 '○○ 측 피고인들'이라 한다).

나. □□병원 입원환자 식대 가산금 부분

병원 측 피고인들은 ○○ 측 피고인들과 구내식당 운영에 관한 위탁계약 조건을 협상하면서 입원환자 식대 보험급여 중 영양사 가산금, 조리사 가산금 및 선택식단 가산금(이하 통틀어 '이 사건 가산금'이라 한다)을 받는 데 필요한 영양사, 조리사(이하 '영양사 등'이라 한다)를 형식으로만 병원 소속으로 두고, 인건비는 병원이 아닌 ○○리조트가 부담하되, 일단 병원이 급여 등을 지급하면 추후 관리유지비 명목으로 ○○리조트가 병원에 우회 보전하기로 하면서, 그들로 하여금 사실상 ○○리조트의 위탁급식 업무를 보조하게 하기로 상호 합의하였다.

이렇듯 영양사 등은 실제로는 □□병원 소속이라 할 수 없어 이 사건 가산금의 지급요건을 충족하지 못하였음에도, 피고인들은 공모하여 마치 □□병원이 그들을 직접 고용하여 실제 인건비 등 추가 비용을 부담하면서 지휘·감독하고 있는 것처럼 가장하였을 뿐만 아니라 일부 기간은 자리에 없었던 조리사가 실제 근무한 것처럼 가장하여 건강보험심사평가원에 이 사건 가산금을 청구함으로써 이에 속은 건강보험심사평가원의 평가 결과에 따라 피해자 국민건강보험공단으로 하여금 이 사건 가산금을 교부하게 하고, 피해자인 진료환자들(이하 '피해 환자들'이라 한다)로 하여금 이 사건 가산금에 상응하는 환자 자기부담금을 납부하게 하여 각 이를 편취하였다.

다.

△△△△△병원, ◇◇병원, ◁◁◁병원 입원환자 식대 가산금 부분

△△△△△병원, ◇◇병원, ◁◁◁병원의 임·직원들은 ○○ 측 피고인들과 병원 구내식당 운영에 관한 위탁계약 조건을 협상하면서 이 사건 가산금을 받는 데 필요한 영양사 등을 형식으로만 병원 소속으로 두고, 이에 따른 인건비는 병원이 아닌 ○○리조트가 부담하되, 일단 병원이 급여 등을 지급하면 추후 관리유지비 명목으로 ○○리조트가 병원에 우회 보전하기로 하면서, 형식상 병원 소속으로 고용한 영양사 등으로 하여금 사실상 ○○리조트의 위탁급식 업무를 보조하게 하기로 상호 합의하였다.

이렇듯 영양사 등은 실제로는 위 병원 소속이라 할 수 없어 이 사건 가산금의 지급요건을 충족하지 못하였음에도, ○○리조트 측 피고인들은 위 병원 임·직원들과 공모하여 마치 병원에서 그들을 직접 고용하여 실제 인건비 등 추가 비용을 부담하면서 지휘·감독하고 있는 것처럼 가장하여 이 사건 가산금을 청구함으로써 이에 속은 건강보험심사평가원의 평가 결과에 따라 피해자 국민건강보험공단으로 하여금 이 사건 가산금을 교부하게 하고(그 중 피고인 1이 △△△△△ 병원을 통해 피해자 국민건강보험공단에게서 편취한 금액은 614,489,320원이다), 피해 환자들로 하여금 이 사건 가산금에 상응하는 환자 자기부담금을 납부하게 하여 각 이를 편취함과 동시에 피고인 1, 피고인 2, 피고인 16은 같은 병원 임·직원들과 공모하여 부정한 방법으로 피해자 국민건강보험공단에게서 보험급여를 받았다.

2. 항소이유의 요지

가. 사실오인 또는 법리오해

(1) 공소사실의 불특정 (○○ 측 피고인들)

이 사건 공소사실 중 진료환자들에게서 재물을 편취한 사기의 점들은 각각의 환자마다 별개의 범죄가 성립하므로, 공소사실에 피해 환자와 그 피해액을 개인별로 특정하여 기재하여야 마땅함에도, 검사는 공소장에 피해 환자들의 인적사항이나 개별 피해액을 전혀 기재하지 않고 병원별·기간별로 피해 환자들의 피해액만을 일괄 기재하였다. 따라서 이 사건 공소사실 중 피해 환자에 대한 각 사기의 점은 공소사실을 제대로 특정하지 않은 것으로 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효이므로, 형사소송법 제327조 제2호에 따라 이 부분 공소를 기각하여야 한다.

(2) 가산금 지급요건 충족 (피고인들)

○○리조트가 사후에 □□병원, △△△△△병원, ◇◇병원, ◁◁△△병원(이하 이들을 통틀어 '위탁병원'이라 한다)에 영양사 등에 대한 인건비 상당 금액을 관리비 명목으로 지급한 것은 사실이지만, 그러한 경제적 지원과 무관하게 위탁병원은 진정한 의사로 영양사 등과 고용계약을 체결하였을 뿐만 아니라 이들을 실질적으로 지휘·감독하면서 급식의 질이나 영양상태를 점검하게 하였으므로, 그 소속은 ○○리조트가 아니라 위탁병원이다.

따라서 위탁병원이 이 사건 가산금을 청구하여 수령한 것을 기망에 의한 편취로 볼 수 없다.

(3) 편취 범의의 부존재 (피고인들)

가사 영양사 등을 위탁병원의 소속으로 볼 수 없어 이 사건 가산금의 청구가 위법하다고 하더라도, 지금까지 영양사 등의 소속을 무슨 기준에 따라 판단할지 분명한 지침이 없었던 상황에서 피고인들은 위탁병원이 고용한 영양사 등이 이 사건 가산금의 지급요건을 따질 때에도 병원 소속이 되는 것으로 생각하고 이 사건 가산금을 청구한 것이므로, 피고인들에게는 건강보험심사평가원을 기망하여 재물을 편취한다는 주관적 고의, 즉 사기죄의 성립에 필요한 편취의 범의가 없었다.

(4) 해외파견에 따른 범죄의 단절 (피고인 1)

피고인 1은 2011. 5. 16.부터 같은 해 10. 16.까지 5개월간 ○○ 중국 상하이법인 총괄상무로 진출하여 중국 현지에서 근무하였는데, 그의 경우 가사 이 사건 가산금 편취 범행을 모두 유죄로 인정하더라도 중국 근무를 계기로 편취의 범의가 끊어져 중국 근무 전후의 범행 사이에 범의의 단일성이나 계속성을 인정할 수 없으므로, 그 전후의 범행은 실체적 경합범 관계에 있을 뿐 포괄하여 일죄가 될 수 없다.

이에 따라 중국 근무 전후 범행으로 인한 이득액을 분리 계산하면 △△△△△ 병원을 통해 편취한 금액은 5억 원 미만 에 불과하여 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)죄가 성립할 수 없다.

(5) 국민건강보험법 제115조 제2항 제5호의 규율 대상 (피고인 1, 피고인 2, 피고인 16)

국민건강보험법 제115조 제2항 제5호는 그 문언상 '보험가입자나 피부양자 등 요양기관을 이용하는 환자'가 건강보험증을 부정하게 이용하는 등 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 보험급여를 받거나 타인으로 하여금 보험급여를 받게 한 경우에 적용하는 조항으로, '보험급여'가 아니라 '보험급여 비용'을 청구하는 요양기관은 그 조항의 규율 대상에 해당하지 않으므로, 가사 피고인 1, 피고인 2, 피고인 16이 △△△△△병원, ◇◇병원, ◁◁△△병원의 임·직원들과 공모하여 부당하게 '보험급여 비용'을 지급받았다고 하더라도 그러한 행위가 위 조항의 구성요건에 해당하지는 않는다.

나. 양형부당

(1) 피고인들

원심의 각 선고 형량(피고인 1 : 징역 2년, 피고인 2 : 징역 1년 6월, 피고인 3, 피고인 7 : 각 징역 2년, 집행유예 3년, 피고인 5 : 징역 1년 6월, 집행유예 2년, 피고인 4 징역 1년, 집행유예 3년, 피고인 6, 피고인 8 : 각 징역 1년, 집행유예 2년, 피고인 9, 피고인 10 : 각 벌금 2천만 원, 피고인 11, 피고인 12, 피고인 13, 피고인 15, 피고인 16 : 각 벌금 1천만 원, 피고인 14 : 벌금 1,200만 원)이 너무 무거워서 부당하다.

(2) 검사

피고인들에 대한 원심의 각 선고 형량이 너무 가벼워서 부당하다.

3. 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기) 및 사기의 점에 대하여

가. 공소사실 기재의 적법 여부

(1) 공소사실 특정의 법리

공소사실의 기재는 범죄의 시일, 장소와 방법을 명시하여 사실을 특정할 수 있도록 하여야 하는데(형사소송법 제254조 제4항), 이는 피고인이 용이하게 방어권을 행사하도록 하기 것이므로, 공소사실은 이러한 요소를 종합하여 구성요건 해당사실을 다른 사실과 식별할 수 있는 정도로 기재하면 족하다.

공소장에 범죄의 일시, 장소, 방법 등을 구체적으로 적시하지 않았더라도 공소사실을 특정하도록 한 법의 취지에 반하지 않고, 범죄사실의 성격에 비추어 그 개괄적 표시가 부득이하며, 그에 대한 피고인의 방어권 행사에 지장이 없다면, 공소 내용을 특정하지 않았다고 볼 수 없다(대법원 2014. 4. 10. 선고 2013도1615 판결, 2010. 8. 26. 선고 2010도4671 판결 등 참조).

(2) 판단

검사가 피고인들의 피해 환자들에 대한 편취 범행을 기소하면서 그 공소사실에서 피해 환자별로 인적사항을 특정한 후 그에 대한 편취 금액을 구분하여 기재하지 않고 병원별·기간(1개월)별로 피해 환자들에 대한 편취 금액을 합산하여 일괄 기재한 것은 사실이다.

그러나 검사는 이 부분 공소사실에서 피해 환자들의 범주(위탁병원에서 식사를 제공받은 환자), 그들에 대한 범행 시기, 방법, 편취금액의 산정 방법 등을 특정하여 기재하고 있어 피해 환자들의 인적사항 및 개인별 편취 금액을 공소사실에 세분하여 개별 기재하지 않았더라도 필요한 경우 위탁병원이 스스로 보관 중인 장부 등의 자료를 활용하여 용이하게 파악할 수 있고, 이를 통해 위와 같이 일괄 기재한 금액의 정확성에 대한 검증도 충분히 가능하므로, 이러한 공소사실의 기재가 피고인들의 방어권 행사에 수인하기 어려울 정도의 지장을 초래한다고 볼 수는 없다.

특히 이 사건에서 피해 환자들의 수가 약 40만 명에 이르러 그들의 인적사항 등을 일일이 서류에 기재하는 데 현저한 어려움이 있고, 이를 실제로 이행하기 위해서는 과다한 인력과 비용을 투입하지 않을 수 없음이 명백한 반면에, 피고인들은 앞서 본 것처럼 이 사건 가산금 청구 요건을 기망한 적이 없다거나 편취 범의가 없다는 등 피해 환자들의 인적사항이나 편취 금액과는 무관한 내용들만 내세우며 공소사실을 다투고 있을 뿐이어서 검사로 하여금 이 부분 공소사실에 피해 환자들의 개인별 인적사항 및 편취 금액을 세분하여 기재하도록 하는 것이 피고인들의 정당한 방어권 보장과 밀접한 관련이 있다고 보기도 어렵다.

사정이 이러하다면 이 사건 공소사실 중 피해 환자들에 대한 편취 범행에 대하여는 인적 사항 및 편취 금액을 개괄 표시하는 것이 부득이하고, 그에 대한 피고인들의 방어권 행사에 지장이 없어, 검사가 사건을 심리하는 데 충분할

정도로 공소사실을 특정했다고 볼 수 있다.

이와 다른 ○○ 측 피고인들의 주장은 받아들이지 않는다.

나. 영양사 등의 소속

(1) 쟁점

국민건강보험법 제41조 제2항, 「국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙」(보건복지부령) 제8조 제2항에 따라 보건복지부장관이 정한 "건강보험 요양급여 행위 및 그 상대가치점수"(보건복지부 고시 제2006-37호)에 의하면, 이 사건 가산금 중 ① 영양사 등 가산금은 당해 요양기관 소속 상근 영양사 또는 조리사의 수에 따라 산정하고, ② 선택식단 가산금은 당해 요양기관 소속 영양사가 1인 이상 상근하는 것을 전제로 입원환자가 선택할 수 있도록 매일 2식 이상에 대하여 2가지 이상의 식단을 제공한 경우에 적용할 수 있다.

검사는 위탁병원은 모두 영양사 등과 형식적 고용계약만 체결하였을 뿐 실제로는 ○○리조트가 그 영양사 등을 지휘·감독하면서 자신의 위탁급식 업무를 보조하게 하였으므로 그들이 요양기관 소속이어야 한다는 이 사건 가산금 지급요건을 충족하지 못하였다고 보아 이 사건 공소를 제기한 데 반하여, 피고인들은 그 영양사 등이 실제로 병원 소속으로 근무하였다고 주장하며 범행을 부인하고 있다.

결국 위탁병원과 고용계약을 체결한 영양사 등의 소속을 어디로 보아야 하는지에 이 사건 가산금의 지급요건 충족 여부가 달려 있으므로, 이하 그에 관하여 살펴보기로 한다.

(2) 법리

(가) 가산금의 의의 및 도입취지

정부는 비록 요양기관이 식당을 직영하지 않더라도 직접 그 소속으로 고용한 영양사 등이 있는 경우 소속감, 책임감, 사명감이 높아질뿐만 아니라 수익을 극대화하려는 민간 위탁급식 업체의 경영 방침으로부터 자유롭게 되어 급식의 질과 서비스 향상을 가져올 것이라는 정책적 판단에 기초하여, 요양기관이 영양사 등을 직접 그 소속으로 고용함에 따른 추가 투입비용(임금, 인력관리비용)을 보전하고자 이 사건 가산금 제도를 신설하였다(헌법재판소 2008. 4. 24. 선고 2006헌마990 결정 중 보건복지부장관의 의견 참조).

(나) 기본 요건

앞서 본 이 사건 가산금 제도의 도입취지에 비추어 보면, 병원 등의 요양기관이 형식적으로 영양사 등과 근로계약을 체결한 것만으로 당연히 이 사건 가산금의 지급요건을 충족하였다고 보기는 어렵고, 나아가 실제로도 당해 영양사 등이 요양기관 소속으로 근무하였음을 인정할 수 있어야 이를 지급할 수 있을 것이다.

여기서 영양사 등이 당해 요양기관 '소속'인지는 형식적으로 근로계약을 체결하였는지가 아니라 "실질적으로 요양기관이 이들을 고용하여 지휘·감독을 하고 있었는지"에 따라 판단하여야 한다(대법원 2014. 6. 26. 선고 2013도13673 판결 참조).

(다) 민사상 고용관계와의 구별

또한 이 사건 가산금 지급요건이 '고용'이 아니라 '소속'이라는 용어를 사용하고 있고, 그 제도의 취지가 요양기관 소속 영양사와 조리사가 민간 위탁급식 업체로부터 독립하여 급식업무를 주도함으로써 요양기관에 유리한 방향으로 급식 서비스와 질을 향상하도록 하자는 데 있는 점을 고려하면, 민사법상 유효한 고용계약을 체결하였더라도 요양기관이 영양사 등을 실질적으로 지휘·감독하고 있지 않는 경우에는 역시 지급요건을 충족하였다고 볼 수 없다.

가령 「파견근로자보호 등에 관한 법률」은 '근로자파견'을 "파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것"으로 정의하는데, 요양기관이 영양사 등과 고용계약을 체결한 후 위 법률에 따라 그 고용관계를 유지하면서 위탁 급식 업체에 이들을 파견한 경우 이들은 요양기관과 적법하게 고용계약을 체결한 요양기관의 직원이라 하더라도 이 사건 가산금의 적용 여부에 관하여 당해 요양기관 '소속' 영양사 또는 조리사에 해당한다고 볼 수는 없는 것이다. 따라서 요양기관이 영양사 등과 유효한 고용계약을 체결하였는지 확인하는 것만으로 가산금 지급요건 충족 여부를 판단할 수는 없고, 여기에 더하여 아래에서 보는 것처럼 당해 영양사 등이 요양기관의 급식업무에서 기능적으로 차지하는 위치도 요양기관의 지휘·감독 체계에 들어있는지, 아니면 고용계약에도 불구하고 급식업무에서의 그의 기능적 위치는 위탁급식 업체의 지휘·감독 체계에 들어있다고 보아야 하는지 따져보아야 한다.

(라) 급식업무상 기능적 소속의 필요성 및 기준

요양기관이 직접 고용한 영양사 등으로 하여금 급식업무를 주도적으로 담당하게 하여 급식의 서비스와 질을 향상하는 것이 이 사건 가산금 제도 도입의 주 목적이고, 영양사 등의 핵심 업무도 급식 제공에 관한 것이므로 요양기관이 고용한 영양사 등을 실질적으로 지휘·감독하고 있어야 하는 영역도 급식업무라 할 것이고, 급식업무에서 기능적으로 이들을 지휘·감독하지 못하고 있다면 설사 인사발령이나 급여 지급 등 다른 측면에서 지휘·감독 관계를 인정할 수 있다고 하더라도 이 사건 가산금 지급의 전제가 되는 소속 관계가 있다고 볼 수 없다(물론 급식업무 외 측면도 급식업무에서 지휘·감독 관계의 존부를 가리는 데 간접 정황으로 참작할 수는 있다).

그런데 병원에서 급식업무는 통상 식단의 작성, 식자재 발주, 음식 조리, 배식 등으로 이루어져 있으므로, 그러한 일련의 급식업무 수행 과정에서 위탁병원과 고용계약을 맺은 영양사 등이 일상적으로 ○○리조트에서 독립하여 병원에서 직접 임무를 부여받고 그 지휘·감독을 받아 당해 임무를 수행해왔는지, 아니면 ○○리조트 책임자에게서 임무를 부여받고 그 지휘·감독을 받으면서 ○○리조트 급식 부서의 다른 직원들과 별 차이 없는 지위에서 업무에 종사하였는지가 급식업무상 기능적 소속의 핵심적인 판단 기준이 될 것이다.

이에 대하여 피고인들은 ○○리조트에서 기본메뉴 작성, 식자재 발주 등의 업무를 담당하고, 일정한 범위에서 병원 고용 영양사 등에게 업무지시를 하는 것은 위탁운영의 본질상 불가피하다고 주장하나, 이는 앞서 본 이 사건 가산금 제도의 도입취지에 정면으로 반하는 것일 뿐만 아니라, 그 영양사 등이 실제로 병원 소속이라면 ○○리조트에서 필요한 경우 그들에게 업무협조를 요청할지는 몰라도 결코 우월적인 지위에서 업무지시를 할 수는 없다고 봄이 타당하므로, 피고인들의 위 주장은 이유 없다.

(3) 판단

피고인들이 제출한 증거들에 따르면 □□병원은 대체로 영양사 등의 신규채용 및 계약연장 과정에서 인사기안서를 작성하고 지원자들에게서 직접 지원서를 접수하였으며, 채용 이후에는 병원 명의로 그들에게 직접 급여를 지급한 사실, 강북·강서·인천□□병원의 지원자들은 그 입사지원서에 지원병원을 '□□병원'으로 기재하였고 자기소개서도 □□병원에서 근무하는 것을 전제로 작성한 사실, □□병원은 병원 소속의 다른 직원들과 마찬가지로 영양사 등에 대한 인사평가, 인사관리 등을 실시한 사실을 인정할 수 있고, 이러한 사실들을 종합하면 □□병원이 당초 채용한 영양사 등과 민사상 법적 구속력이 있는 고용계약을 체결한 사실을 인정할 수 있다.

그러나 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 토대로 구체적으로 적시한 아래와 같은 사실들 및 그로부터 추단할 수 있는 여러 사정을 종합하면 위와 같은 유효한 고용관계에도 불구하고 당해 영양사 등이 급식업무에서 차지

한 기능적 위치는 위탁병원이 아니라 ○○리조트의 지휘·감독 체계에 들어있었음을 충분히 인정할 수 있다.

결국 위탁병원은 이 사건 가산금의 지급을 위한 영양사 등의 '소속' 요건을 충족하지 못하였음에도 마치 이를 충족한 것처럼 가장하여 보험급여를 청구한 것으로 볼 수 있으므로, 이와 다른 전제에서 위탁병원이 이 사건 가산금을 청구한 데 아무런 잘못이 없다는 피고인 및 변호인의 주장은 받아들일 수 없다.

(가) △△△△병원 원장 공소외 3의 진술

○○리조트는 위탁병원 전부와 유사한 방식으로 구내식당 운영에 관한 위탁계약을 체결한 후 관리유지비 명목으로 병원 고용 영양사 등의 급여를 우회 부담하면서 이들을 자신의 급식업무에 활용하였는데, 위탁병원 중 하나인 △△△△병원의 병원장 공소외 3는 수사기관에서 이 사건 가산금의 지급요건을 가장하여 허위 청구하고자 ○○리조트의 제안을 받아들여 형식상으로만 영양사 등과 고용계약을 체결하였을 뿐 그들에 대한 실질적인 지휘·감독은 전적으로 ○○리조트 소속 영양사로 병원 급식업무를 총괄하는 점장에 의해 이루어졌음을 자백한 바 있다.

(나) 채용 및 임금 지급

위탁병원은 ○○리조트의 관여를 배제하고 독자적인 기준과 절차에 따라 채용할 영양사 등을 판단한 것이 아니라, 오히려 ○○리조트 점장이 우선 입사 지원자에 대한 면접 등을 통해 누가 근무할지 사실상 결정한 다음, 병원이 인사기안서를 작성하여 당해 영양사 등과 고용계약을 체결하는 방식으로 채용 절차를 진행하였다.

특히 ○○리조트는 위탁병원과 맺은 특약에 따라 영양사 등에게 지급하는 급여 상당을 관리유지비라는 명목으로 다시 해당 병원에 지급함으로써 결국 스스로 그 영양사 등에 대한 급여를 부담하였다(영양사 등의 채용 과정에 관여하고 급여를 부담한다고 하여 당연히 지휘·감독 권한까지 행사하는 것은 아니나, 그 영양사 등이 ○○리조트로부터 독립적인 지위에 있었다면 ○○리조트에서 위와 같이 스스로 급여를 부담하면서 채용에 개입할 이유가 없었으므로, 이는 그 영양사 등의 소속을 가리는 데 중요한 판단 기준이 될 수 있다).

(다) 근로에 대한 일반적 지휘·감독 권한

○○리조트 식음료 서비스(Food Service) 사업부 판촉(marketing)팀장 공소외 1이 2007. 2. 15. 작성하여 피고인 8에게 교부한 인수인계서에 '4. 특이사항 현재 근무 인력에 대한 당사 신규 채용 필수 조건임. 병원 소속 인력에 대한 당사 관리 가능'이라고 기재하였고, 이후 ○○리조트 소부문장 공소외 2이 '병원소속 영양사/조리사에 대한 설 선물 추가 지급의 건'에 "병원 측의 식대의료보험급여 적용을 위해 병원 소속의 영양사 2명, 조리사 2~3명을 채용하여 당사 점장의 통제 및 업무지시에 의거 당사 소속 조리종사원과 동일 공간 내 동일 근무 중(당사가 해당 인력에 대한 인건비를 병원 측에 납부 중), 병원 측과 최초 계약시 상기 인력에 대한 구인/채용 및 근무 통제는 당사에게 있으며" 라고 기재하는 등 ○○리조트는 형식상 위탁병원이 고용한 영양사와 조리사에 대한 지휘·감독 권한이 실질적으로 자사에 있음을 전제로 급식업무를 수행하였다.

(라) 식단 작성, 발주 관리, 조리업무 등 지휘·감독

□□병원 식당 메뉴는 기본적으로 □□병원 산하 6개 병원을 담당하는 ○○리조트 점장들이 참석하는 메뉴 회의를 통해 결정하였는데, 이 과정에서 병원 고용 영양사 등은 아무런 역할을 하지 못하였다.

한편 위와 같이 결정한 기본 메뉴를 실제로 이행하는 과정에서 해당 병원의 개별적인 사정에 따라 일부 수정하는 경우가 있을 수 있는데, 그런 경우에도 ○○리조트 점장들이 메뉴 수정 여부를 결정하였고, 병원 고용 영양사 등은 메뉴의 초안을 기안하더라도 이에 대하여 점장의 결재를 받아야 하는 등 식단 및 조리 방법에 관한 실질적인 결정권은 물론, 이렇다 할 발언권도 보유하지 못하고 있었다.

즉, 병원 고용 영양사 등이 기능적으로도 병원에 소속하여 급식업무를 주도하였다고 보려면 영양사 등이 병원 임·직원의 지휘·감독을 받아 식단 및 조리 방법을 결정하고, ○○리조트에서 메뉴 초안을 작성하더라도 그 수용 여부에 관하여는 병원 고용 영양사 등의 결재를 받게 하는 등의 방법으로 병원 고용 영양사 등에 최종적인 결정권을 유보하여야 할 뿐만 아니라 이들로 하여금 정기적으로 위탁급식의 질 및 가격의 적절성을 평가하여 병원에 보고하게 하는 등의 방법으로 위탁급식 계약관계의 유지 여부에 도움이 되는 정보를 생산·제공하게 하였어야 함에도, 위탁병원이 고용한 영양사 등은 오히려 ○○리조트 점장들의 결재를 받아 급식업무에 종사하였다는 점에서 기능상 병원에 소속한 사람들로 볼 수 없다.

(마) 병원 고용 영양사 등에 대한 교육 및 그 비용 부담

○○리조트에서 병원 고용 영양사 등도 자신의 교육대상에 포함하여 2011년 병원 직군 직무향상능력 교육, 2012년 병원 직군 직무향상능력 교육, '병원직원 영양사 전문성 함양을 위한 사내/사외 교육'을 실시하였을 뿐만 아니라, 위탁병원 대신 영양사 등의 위생교육비를 지급하기도 하는 등 영양사 등에 대한 교육에 깊이 관여하였다(○○리조트에서 독립하여 급식업무에 종사하여야 하는 병원 고용 영양사 등이 오히려 ○○리조트에서 교육을 받았다면 이 사건 가산금 제도의 도입취지에 따라 병원 급식업무에서 주도적인 역할을 담당하기란 사실상 곤란하다고 보지 않을 수 없다).

(바) 기타 세부 정황

위탁병원이 고용한 영양사 등이 모두 급식업무에 관하여는 실질적으로 ○○리조트의 지휘·감독을 받으면서 그 급식 체계에 소속하여 근무하였음을 알 수 있는 세부 정황들을 병원별로 정리하면 별지 "병원별 세부 정황"의 기재와 같다.

(4) 피고인들 주장 사정들에 대하여

피고인들은 모두 병원 고용 영양사 등이 실제로 위탁병원 소속이었다고 주장하면서 그 근거로서, ① 영양사 등의 신규 채용 및 계약 연장 과정에서 인사기안서를 작성하고, 지원자들에게서 직접 지원서를 수령하였으며, ② 영양사 등에 대한 4대 보험 중 사용자가 부담할 금액을 병원에서 지출하였고, ③ 위탁병원의 기획실장들이 영양사 등에 대한 평가표에 평가점수 및 평가내용을 기재하였으며, ④ 영양사 등은 ○○리조트 직원과 달리 위탁병원의 사번을 부여받아 병원 내부전상망에 접속할 수 있었고, ⑤ 영양사 등에 ○○리조트가 아니라 위탁병원의 휴가 관련 규정을 적용하였고, 연차 신청 역시 ○○리조트가 아니라 위탁병원의 자체 전산 체계를 통해 진행하였다는 점 등을 제시하고 있다.

그러나 이러한 사정들은 대부분 고용계약 체결에 당연히 수반하는 절차 또는 결과에 불과하여 영양사 등이 단순히 위탁병원과 법적으로 유효한 고용계약을 맺은 것을 넘어 ○○리조트에서 독립하여 위탁병원의 지휘·감독 체계에서 급식업무에 종사하였다고 볼 근거는 될 수 없고, 가사 기획실장 등 위탁병원의 임·직원이 고용 영양사 등에게 간헐적으로 급식업무에 관한 지시를 내린 적이 있더라도 앞서 본 것처럼 위탁병원이 고용 영양사 등을 통해 메뉴를 최종적으로 결정하거나 급식의 수준이나 가격의 적절성을 평가한 적이 전혀 없는 점 등에 비추어 보면, 이러한 간헐적인 지시는 영양사 등을 ○○리조트 급식 부서 구성원의 하나로 취급하여 그에 대하여 ○○리조트에 대한 요구사항을 개선하는 것으로 볼 수 있을 뿐이어서, 그들이 급식업무의 기능상 ○○리조트에 소속하였다는 앞선 판단에 무슨 영향을 미칠 수 없다.

다.

편취 범의 유무

(1) 법리

사기죄의 주관적 구성요건인 편취의 범의는 피고인이 자백하지 않는 이상 범행 전후 피고인의 재력, 환경, 범행의 내용, 거래의 이행과정 등과 같은 객관적인 사정 등을 종합하여 판단할 수밖에 없으며, 한편 확정적이 아니라 미필적 고의로도 사기죄가 성립할 수 있는데 미필적 고의가 있다고 하려면 범죄사실의 발생 가능성에 대한 인식이 있음은 물론 나아가 범죄사실이 발생할 위험을 용인하는 내심의 의사가 있어야 한다(대법원 2008. 2. 28. 선고 2007도10416 판결, 2008. 3. 27. 선고 2008도443 판결 등 참조).

(2) 판단

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정한 사실들 및 그에서 추단할 수 있는 다음의 여러 사정, 즉, ① 피고인들은 ○○리조트에서 영양사 등의 인건비를 부담하기로 한 약정 내용을 위탁운영계약서에 직접 적시하지 않고, 이를 원래의 용도와 전혀 상관없는 '관리유지비'라는 계정을 통해 우회적으로 수수하였는데, 이는 다분히 위탁병원 및 ○○리조트의 회계처리상 당해 금액이 인건비 항목으로 나타나지 않게 하는 등 대외적으로 ○○리조트의 인건비 지원 사실을 감추려는 의도에서 기인한 것으로 볼 수 밖에 없는 점, ② ○○리조트는 처음에는 내부적으로 환자 식대 보험급여화에 따라 위탁병원이 요구하는 영양사 등의 채용구조, 즉 이 사건 범행에서 나타난 것과 마찬가지로의 채용구조를 '편법'으로 규정하고 이를 수용하지 않는다는 원칙을 정하였다가 이후 수익성 악화 등을 우려하여 그러한 편법계약 요구에 대하여도 탄력적으로 수용하는 것으로 입장을 변경하였는데, 만약 진정으로 위와 같은 영양사 등의 채용구조에 전혀 문제가 없다고 생각하였다면 당초 위탁병원의 요구에 그와 같이 거부감을 나타낼 이유가 전혀 없는 점, ③ 검찰 수사 개시 후 ○○리조트 측은 점장들을 소집하여 대책을 논의하였을 뿐만 아니라 자료 삭제 프로그램을 배포하여 컴퓨터 내 관련 파일들을 삭제하게 하였고, 위탁병원도 고용 영양사 등에게 연락하여 수사기관에서 조사를 받게 될 경우에 대비한 대답을 알려주면서 일부 영양사 등에게는 명시적으로 허위진술을 부탁하기까지 하는 등 조직적인 증거인멸을 시도하였는데, 이는 이 사건 가산금 청구가 법적으로 문제가 될 수 있음을 인식하였기 때문으로 볼 수 있는 점 등을 종합하면, 피고인들은 적어도 미필적으로는 위탁병원이 고용한 영양사 등이 급식업무에 관하여는 실질적으로 ○○리조트 소속에 해당하여 이 사건 가산금의 지급요건을 충족하지 못할 수 있음을 인식하고 이를 용인하면서 이 사건 가산금을 청구하였다고 볼 수 있으므로, 그들에게 편취의 범의가 있었음을 인정하는 데 무리가 없다.

이에 반하는 피고인들의 주장도 받아들이지 않는다.

라. 포괄일죄 여부

(1) 법리

같은 구성요건에 해당하는 여러 행위를 단일하고 지속적인 범의로 일정 기간 계속 행하고 그 피해 법익도 동일한 경우에는 이들 각 행위를 통틀어 포괄일죄로 처단하여야 하나, 수 개의 범행에서 범의의 단일성과 계속성을 인정할 수 없거나 범행방법이 동일하지 않다면 각 범행은 실체적 경합범에 해당한다(대법원 2005. 5. 13. 선고 2005도278 판결, 2006. 9. 8. 선고 2006도3172 판결 등 참조).

(2) 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하면 피고인 1은 2007. 3. 2.부터 ○○리조트 식음료 서비스 사업부에서 식음료 서비스 운영본부장으로 근무하기 시작한 이래 단체급식 사업본부장, 영업2본부장, 식음료 서비스 사업부 2부장, 식음료 서비스 사업부장 등의 직책을 거치면서 계속하여 ○○리조트의 단체급식 사업부에 종사하다가 2011. 5. 16. ○○리조트의 국내 단체급식 사업과 직접 관계가 없는 ○○그룹 중국 상하이 법인 총괄상무로 직책을 옮겨 그때부터 같은 해 10. 16.까지 5개월간 근무한 사실, 중국 근무 기간 ○○리조트 소속 식음료 서비스 사업부장의 직책을 유지한 채 근무한 것이 아니라, 정식의 인사발령에 따라 종전 직책은 면한 상태로 오로지 중국 법인 총괄상무의 지위에서 업무를 수행한 사실을 인정할 수 있다.

이렇듯 피고인 1이 2011. 5. 16. ○○리조트 식음료 서비스 사업부 소속에서 벗어난 이상 나중에 중국에서 국내로 복귀하더라도 ○○리조트 식음료 서비스 사업부장의 직책을 다시 맡을 것인지, 다른 부서로 발령날 것인지, 그것도 아니면 전혀 다른 계열사로 자리를 옮기게 될 것인지 단정할 수 없으므로(만약 피고인 1이 중국을 다녀온 후 다른 부서나 계열사로 전출하였다면 그에게 자신의 전출 이후 식음료 서비스 사업부에서 저지른 범행에 대한 형사책임까지 지울 수는 없음은 물론이다), 식음료 서비스 사업부장의 지위에서 위탁병원에 대한 위탁급식 업무에 종사하면서 가지고 있던 이 사건 가산금 편취의 범의를 중국 근무 중에도 그대로 유지하고 있었다고 볼 수 없고, 달리 그가 중국 법인에서 근무하면서도 사실상 ○○리조트 식음료 서비스 사업부장의 직책을 수행하였다는 증거도 전혀 없으므로, 피고인 1은 중국 근무를 계기로 이 사건 가산금의 편취 범의가 끊어졌다고 봄이 옳고 그 전후에 걸친 범의의 단일성이나 계속성을 인정할 수 없다.

그렇다면 피고인 1의 중국 근무 전후의 범행은 서로 실체적 경합범의 관계에 있을 뿐 통틀어 포괄일죄로 처단할 수 없다.

그 전후 △△△△△ 병원을 통해 편취한 금액을 별도로 계산하면 2007년 3월부터 2011년 4월까지의 합계 392,842,700원, 같은 해 11월부터 2013년 11월까지의 합계 221,646,620원이 되어 모두 5억 원 미만으로 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)죄의 구성요건에 해당하지 않는다.

이와 다른 전제에서 피고인 1이 중국 근무 전후를 불문하고 범의의 계속성이 있었다고 보고 그에 대하여 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)죄의 성립을 인정한 원심의 판단에는 포괄일죄 성립 요건에 관하여 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있으므로, 이를 지적하는 같은 피고인의 주장은 이유 있다.

4. 국민건강보험법위반의 점에 대하여

가. 보험급여와 보험급여 비용의 구분

국민건강보험법은 일관하여 '환자가 의료기관에서 제공받는 진료행위, 장애인이 제공받는 보장구 등 실물 혜택'에 관하여는 '보험급여'(이 중 요양기관에서 제공받은 진료행위는 '요양급여')라는 용어를 사용하고 '국민건강보험공단이 실물 혜택인 보험급여의 가치를 금전적으로 평가하여 보험급여 제공 기관에 지급하는 대가'에 관하여는 '보험급여 비용'(이 중 요양기관의 진료행위에 대한 금전적 대가는 '요양급여 비용')이라는 용어를 사용하여 그 둘의 의미를 명백히 구별하고 있는데, 그 대표적인 용례는 아래 표와 같다.

조항 조문 (편의상 관련 단어 아래 강조 표시) 제14조(업무 등) ① 공단은 다음 각 호의 업무를 관장한다.

3. 보험급여의 관리 ...(중략)... 5. 보험급여 비용의 지급 제57조 (부당이득의 징수) ① 공단은 속임수나 그 밖의 부당한 방법으로 보험급여를 받은 사람이나 보험급여 비용을 받은 요양기관에 대하여 그 보험급여나 보험급여 비용에 상당하는 금액의 전부 또는 일부를 징수한다.

② 공단은 제1항에 따라 속임수나 그 밖의 부당한 방법으로 보험급여 비용을 받은 요양기관이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 해당 요양기관을 개설한 자에게 그 요양기관과 연대하여 같은 항에 따른 징수금을 납부하게 할 수 있다.

제63조(업무 등) ① 심사평가원은 다음 각 호의 업무를 관장한다.

1. 요양급여 비용의 심사 2. 요양급여의 적정성 평가 ...(중략)... 7. 그 밖에 보험급여 비용의 심사와 보험급여의 적정성 평가와 관련하여 대통령령으로 정하는 업무 제87조(이의신청) ① 가입자 및 피부양자의 자격, 보험료등, 보험급여, 보험급여 비용에 관한 공단의 처분에 이의가 있는 자는 공단에 이의신청을 할 수 있다.

제91조(시효) ① 다음 각 호의 권리는 3년 동안 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성된다.

3. 보험급여를 받을 권리 4. 보험급여 비용을 받을 권리

나. 판단

국민건강보험법 제115조 제2항 제5호는 “거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 보험급여를 받거나 타인으로 하여금 보험급여를 받게 한 자”를 처벌하고 있다.

그런데 앞서 본 바와 같이 국민건강보험법이 ‘보험급여’와 ‘보험급여 비용’을 명백히 구별하고 있고, 변호인이 제출한 국회 보건복지위원회 작성의 국민건강보험법 일부개정법률안(대안)에 따르면 그 제안 취지가 환자 등이 건강보험증을 부정 사용하여 보험급여를 수급하는 행위를 과태료 부과 대상이 되는 질서위반행위에서 형사범죄로 바꾸어 처벌을 강화하는 데 있음을 알 수 있는 점 등에 비추어 보면, 위 조항의 ‘보험급여’는 법률이 일관적으로 사용한 당해 용어의 의미와 마찬가지로 환자가 제공받는 진료행위 등 실물 혜택을 의미하는 것일 뿐, 그 혜택에 대하여 국민건강보험공단이 제공하는 금전적 대가의 의미까지 포괄하고 있다고 볼 수 없다.

그렇다면 보험급여(식사) 자체를 부정하게 제공받은 것이 아니라 단지 보험급여 비용(식사의 대금)을 허위로 부풀린 행위에 대하여는 국민건강보험법 제115조 제2항 제5호를 적용할 수 없으므로, 이와 다른 전제에서 이 사건 공소사실 중 피고인 1, 피고인 2, 피고인 16에 대한 국민건강보험법위반의 점을 유죄를 인정한 원심의 판단에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있고, 이를 지적하는 같은 피고인들의 주장은 이유 있다.

5. 양형부당 여부

가. 피고인 3, 피고인 7

피고인 3은 병원장, 피고인 7은 기획실장으로서, 이 사건 가산금 제도의 허점을 틈타 영양사 등을 실제 그 소속으로 두는 듯한 외관을 가장함으로써 장기간 거액의 가산금을 편취한 점, 피고인 3은 인천·목동·부평·강북□□병원에서, 피고인 7은 인천·부평□□병원에서, 각 범행에 가담하였고, 특히 피고인 7은 □□병원의 기획실장들 중 처음으로 ○○리조트와 이 사건 가산금 편취의 범행 수법을 고안·공모하고 ○○리조트에 영양사 등의 인건비 부담을 직접 요구하기도 하는 등 범행에 깊이 관여한 점이 그들에게 불리한 정황이다.

그러나 이 사건 범행은 이 사건 가산금 제도의 시행 초기 관계 당국이 그 지급요건을 불명확하게 정해 놓고 그에 관하여 믿을 만한 구체적 기준도 내놓지 않은 상황에서 시작한 것으로, 편취 범의가 확정적이지 않고 미필적인 수준에 머물러 있어 그에 대한 비난가능성이 크다고 보기 어려운 점, 피고인 3, 피고인 7이 당초 ○○리조트 측 피고인들과 공모하여 이 사건 가산금 편취 범행을 개시한 이상 그 이후에는 단순히 종전의 상태를 유지하는 것 이외에 특별히 범행을 지속하기 위한 별도의 조치를 취하지 않더라도 시간이 경과함에 따라 편취 금액은 증가하는 것이어서 비난가능성이나 처벌의 필요성이 반드시 편취 금액에 비례하여 증가한다고 보기는 어려운 점, 이미 편취 금액의 대부분

을 공탁하여 이 사건 범행으로 인한 피해를 상당히 회복한 점, 피고인 7은 병원 직원으로 재직 중 업무수행 과정에서 범행에 가담한 것으로 개인적으로 취득한 이익이 없는 점, 피고인 3은 벌금형 이외의 범죄전력이 없고, 피고인 7은 지금까지 형사처벌을 받은 전력이 전혀 없는 점, 그밖에 그들의 연령, 성행, 환경, 범행의 동기, 수단과 결과, 범행 후의 정황 등 기록에 나타난 여러 양형조건을 고려해 보면, 원심이 피고인 3, 피고인 7에게 선고한 형량은 모두 너무 무거워서 부당하다고 볼 수 있으므로, 이를 지적하는 같은 피고인들의 항소이유 주장은 이유 있다.

나. 피고인 5, 피고인 8

피고인 5는 목동인천□□병원 기획실장으로, 피고인 8은 ○○리조트 식음료 서비스 사업부 병원운영팀장으로 각 재직하면서 이 사건 가산금 편취 범행에 가담하였는바, 역시 그 편취 금액이 거액이고, 특히 피고인 5는 피해자 국민건강보험공단에 대한 편취 금액이 5억 원을 넘어 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」상 가중처벌 조항의 적용을 받는 점, 피고인 8은 이 사건 범행 초기에 ○○리조트에서 위탁급식계약 체결의 실무를 담당하면서 이 사건 가산금 편취의 구조를 고안·협약하여 실행에 옮긴 점 등의 불리한 정상, 반면에 앞서 본 것처럼 이들의 편취 범의가 미필적인 수준으로 비난가능성이 작고, 이들이 모두 직장인으로 회사를 위해 담당업무에 종사하다가 이 사건 범행에 이른 것으로 그 과정에서 개인적으로 취득한 이익은 없는 점, 편취 금액을 공탁한 점, 모두 형사처벌을 받은 전력이 전혀 없는 점 등의 유리한 정상, 그밖에 그들의 연령, 성행, 환경, 범행의 동기, 수단과 결과, 범행 후의 정황 등 기록에 나타난 여러 양형조건을 고려해 보면, 원심이 이들에게 선고한 형이 지나치게 무겁거나 가벼워서 도저히 파기를 면할 수 없을 만큼 부당하다고는 볼 수 없다.

다.

피고인 4, 피고인 6

피고인 4는 인천·강서□□병원의 병원장, 피고인 6은 부평□□병원의 기획실장으로 각 재직하면서 이 사건 가산금 편취 범행에 가담하였는바, 마찬가지로 그 범행수법이 교묘하고 편취 금액이 거액이지만, 앞서 본 것처럼 편취 범의가 미필적인 수준에 불과한 점, 피고인 4는 남편인 피고인 3이 형성한 이 사건 가산금 편취 구조를 별다른 의식 없이 만연히 답습한 측면이 있고, 피고인 6도 이미 부평□□병원에 이 사건 가산금 편취 구조가 정착한 이후 병원에서 관련 업무를 맡게 된 결과 이 사건 범행에 관여하게 된 것으로 그 과정에서 개인적으로 취득한 이익은 없는 점, 편취 금액을 공탁한 점, 모두 형사처벌 전력이 전혀 없는 점, 그밖에 그들의 연령, 성행, 환경, 범행의 동기, 수단과 결과, 범행 후의 정황 등 기록에 나타난 여러 양형조건을 고려해 보면, 원심이 피고인 4, 피고인 6에게 선고한 형량은 모두 너무 무거워서 부당하다고 볼 수 있으므로, 이를 지적하는 같은 피고인들의 주장은 이유 있다.

라. 피고인 9, 피고인 10, 피고인 11, 피고인 12, 피고인 13, 피고인 14, 피고인 15

편취한 금액이 결코 적다고 볼 수는 없는 점 등의 불리한 정상, 반면 피고인 9는 2010년 9월경 인천□□병원의 병원장 직을 승계한 자이고, 피고인 10은 2011년 6월경 은평□□병원장에 취임한 자로서, 이미 다른 피고인들이 이 사건 가산금 편취 범행의 구조를 정립한 이후 병원을 이어받아 별다른 생각 없이 유지하였을 뿐이며, 피고인 11, 피고인 12, 피고인 13, 피고인 14, 피고인 15의 경우에도 전임 기획실장에게서 이 사건 가산금 편취 범행의 구조를 그대로 물려받아 이를 유지하였을 뿐이어서 그 편취 범의가 더욱 미약하다고 볼 수 있는 점, 편취 금액을 공탁한 점, 피고인 9, 피고인 11, 피고인 13, 피고인 14, 피고인 15는 형사처벌 전력이 전혀 없고, 피고인 10, 피고인 12은 벌금형 이외

의 처벌을 받은 전력이 없는 점 등 유리한 정상, 그밖에 그들의 연령, 성행, 환경, 범행의 동기, 수단과 결과, 범행 후의 정황 등 기록에 나타난 여러 양형조건을 고려해 보면, 원심이 이들에게 선고한 형이 지나치게 무겁거나 가벼워서 도저히 파기를 면할 수 없을 만큼 부당하다고는 볼 수 없다.

6. 결론

피고인 1, 피고인 2, 피고인 16의 항소이유 주장 중 그들에 대한 국민건강보험법위반죄의 성부 및 피고인 1에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)죄의 성부를 다투는 부분은 이유 있으므로 이 부분들은 파기하여야 하는데, 피고인 1, 피고인 2, 피고인 16의 나머지 죄들은 이렇게 파기하는 부분들과 형법 제37조 전단 경합범의 관계에 있어 통틀어 하나의 형을 선고하여야 하므로, 결국 원심 판결 중 그들에 대한 부분은 양형부당 주장의 당부를 따질 것 없이 전부 파기하여야 한다.

앞서 본 바와 같이 피고인 3, 피고인 7, 피고인 4, 피고인 6의 양형부당 주장은 이유 있고, 피고인 5, 피고인 8, 피고인 9, 피고인 10, 피고인 11, 피고인 12, 피고인 13, 피고인 14, 피고인 15의 양형부당 주장 및 검사의 그들에 대한 양형부당 주장은 모두 이유 없다.

따라서 형사소송법 제364조 제4항에 따라 피고인 5, 피고인 8, 피고인 9, 피고인 10, 피고인 11, 피고인 12, 피고인 13, 피고인 14, 피고인 15의 항소 및 그들에 대한 검사의 항소를 모두 기각하고, 같은 조 제6항에 따라 원심 판결 중 나머지 피고인들에 대한 부분을 파기한 후 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 원심이 인정한 범죄사실의 요지

가. 피고인들의 지위

피고인 3, 피고인 4, 피고인 9, 피고인 10은 인천·목동·강서·부평·강북·은평□□병원(이하 통틀어 '□□병원'이라 한다)의 전·현직 병원장이고, 피고인 5, 피고인 6, 피고인 7, 피고인 11, 피고인 12, 피고인 13, 피고인 14, 피고인 15는 □□병원의 전·현직 기획실장이다(이하 병원장 및 기획실장을 통틀어 '병원 측 피고인들'이라 한다).

피고인 1, 피고인 2, 피고인 8, 피고인 16은 위탁급식업체인 ○○리조트 주식회사(이하 '○○리조트'라 한다)의 임직원들이다(이하 '○○ 측 피고인들'이라 한다).

나. □□병원 입원환자 식대 가산금 부분

병원 측 피고인들은 ○○ 측 피고인들과 구내식당 운영에 관한 위탁계약 조건을 협상하면서 입원환자 식대 보험급여 중 영양사 가산금, 조리사 가산금 및 선택식단 가산금(이하 통틀어 '이 사건 가산금'이라 한다)을 받는 데 필요한 영양사, 조리사(이하 '영양사 등'이라 한다)를 형식으로만 병원 소속으로 두고, 인건비는 병원이 아닌 ○○리조트가 부담하되, 일단 병원이 급여 등을 지급하면 추후 관리유지비 명목으로 ○○리조트가 병원에 우회 보전하기로 하면서, 그들로 하여금 사실상 ○○리조트의 위탁급식 업무를 보조하게 하기로 상호 합의하였다.

이렇듯 영양사 등은 실제로는 □□병원 소속이라 할 수 없어 이 사건 가산금의 지급요건을 충족하지 못하였음에도, 피고인들은 공모하여 마치 □□병원이 그들을 직접 고용하여 실제 인건비 등 추가 비용을 부담하면서 지휘·감독하고 있는 것처럼 가장하였을 뿐만 아니라 일부 기간은 자리에 없었던 조리사가 실제 근무한 것처럼 가장하여 건강보험심사평가원에 이 사건 가산금을 청구함으로써 이에 속은 건강보험심사평가원의 평가 결과에 따라 피해자 국민건강보험공단으로 하여금 이 사건 가산금을 교부하게 하고, 피해자인 진료환자들(이하 '피해 환자들'이라 한다)로 하여금 이 사건 가산금에 상응하는 환자 자기부담금을 납부하게 하여 각 이를 편취하였다.

다.

△△△△△병원, ◇◇병원, ◁◁◁병원 입원환자 식대 가산금 부분

△△△△△병원, ◇◇병원, ◁◁◁병원의 임·직원들은 ○○ 측 피고인들과 병원 구내식당 운영에 관한 위탁계약 조건을 협상하면서 이 사건 가산금을 받는 데 필요한 영양사 등을 형식적으로만 병원 소속으로 두고, 이에 따른 인건비는 병원이 아닌 ○○리조트가 부담하되, 일단 병원이 급여 등을 지급하면 추후 관리유지비 명목으로 ○○리조트가 병원에 우회 보전하기로 하면서, 형식상 병원 소속으로 고용한 영양사 등으로 하여금 사실상 ○○리조트의 위탁급식 업무를 보조하게 하기로 상호 합의하였다.

이렇듯 영양사 등은 실제로는 위 병원 소속이라 할 수 없어 이 사건 가산금의 지급요건을 충족하지 못하였음에도, ○○리조트 측 피고인들은 위 병원 임·직원들과 공모하여 마치 병원에서 그들을 직접 고용하여 실제 인건비 등 추가 비용을 부담하면서 지휘·감독하고 있는 것처럼 가장하여 이 사건 가산금을 청구함으로써 이에 속은 건강보험심사평가원의 평가 결과에 따라 피해자 국민건강보험공단으로 하여금 이 사건 가산금을 교부하게 하고(그 중 피고인 1이 △△△△△ 병원을 통해 피해자 국민건강보험공단에게서 편취한 금액은 614,489,320원이다), 피해 환자로 하여금 이 사건 가산금에 상응하는 환자 자기부담금을 납부하게 하여 각 이를 편취함과 동시에 피고인 1, 피고인 2, 피고인 16은 같은 병원 임·직원들과 공모하여 부정한 방법으로 피해자 국민건강보험공단에게서 보험급여를 받았다.

2. 항소이유의 요지

가. 사실오인 또는 법리오해

(1) 공소사실의 불특정 (○○ 측 피고인들)

이 사건 공소사실 중 진료환자들에게서 재물을 편취한 사기의 점들은 각각의 환자마다 별개의 범죄가 성립하므로, 공소사실에 피해 환자와 그 피해액을 개인별로 특정하여 기재하여야 마땅함에도, 검사는 공소장에 피해 환자들의 인적사항이나 개별 피해액을 전혀 기재하지 않고 병원별·기간별로 피해 환자들의 피해액만을 일괄 기재하였다.

따라서 이 사건 공소사실 중 피해 환자에 대한 각 사기의 점은 공소사실을 제대로 특정하지 않은 것으로 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효이므로, 형사소송법 제327조 제2호에 따라 이 부분 공소를 기각하여야 한다.

(2) 가산금 지급요건 충족 (피고인들)

○○리조트가 사후에 □□병원, △△△△△병원, ◇◇병원, ◁◁◁병원(이하 이들을 통틀어 '위탁병원'이라 한다)에 영양사 등에 대한 인건비 상당 금액을 관리비 명목으로 지급한 것은 사실이지만, 그러한 경제적 지원과 무관하게 위탁병원은 진정한 의사로 영양사 등과 고용계약을 체결하였을 뿐만 아니라 이들을 실질적으로 지휘·감독하면서 급식의 질이나 영양상태를 점검하게 하였으므로, 그 소속은 ○○리조트가 아니라 위탁병원이다.

따라서 위탁병원이 이 사건 가산금을 청구하여 수령한 것을 기망에 의한 편취로 볼 수 없다.

(3) 편취 범의의 부존재 (피고인들)

가사 영양사 등을 위탁병원의 소속으로 볼 수 없어 이 사건 가산금의 청구가 위법하다고 하더라도, 지금까지 영양사 등의 소속을 무슨 기준에 따라 판단할지 분명한 지침이 없었던 상황에서 피고인들은 위탁병원이 고용한 영양사 등이 이 사건 가산금의 지급요건을 따질 때에도 병원 소속이 되는 것으로 생각하고 이 사건 가산금을 청구한 것이므로, 피고인들에게는 건강보험심사평가원을 기망하여 재물을 편취한다는 주관적 고의, 즉 사기죄의 성립에 필요한 편취의 범의가 없었다.

(4) 해외파견에 따른 범죄의 단절 (피고인 1)

피고인 1은 2011. 5. 16.부터 같은 해 10. 16.까지 5개월간 ○○ 중국 상하이법인 총괄상무로 전출하여 중국 현지에서 근무하였는바, 그의 경우 가사 이 사건 가산금 편취 범행을 모두 유죄로 인정하더라도 중국 근무를 계기로 편취의 범의가 끊어져 중국 근무 전후의 범행 사이에 범의의 단일성이나 계속성을 인정할 수 없으므로, 그 전후의 범행은 실체적 경합범 관계에 있을 뿐 포괄하여 일죄가 될 수 없다.

이에 따라 중국 근무 전후 범행으로 인한 이득액을 분리 계산하면 △△△△△ 병원을 통해 편취한 금액은 5억 원 미만에 불과하여 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)죄가 성립할 수 없다.

(5) 국민건강보험법 제115조 제2항 제5호의 규율 대상 (피고인 1, 피고인 2, 피고인 16)

국민건강보험법 제115조 제2항 제5호는 그 문언상 '보험가입자나 피부양자 등 요양기관을 이용하는 환자'가 건강보험증을 부정하게 이용하는 등 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 보험급여를 받거나 타인으로 하여금 보험급여를 받게 한 경우에 적용하는 조항으로, '보험급여'가 아니라 '보험급여 비용'을 청구하는 요양기관은 그 조항의 규율 대상에 해당하지 않으므로, 가사 피고인 1, 피고인 2, 피고인 16이 △△△△△병원, ◇◇병원, <<<병원의 임·직원들과 공모하여 부당하게 '보험급여 비용'을 지급받았다고 하더라도 그러한 행위가 위 조항의 구성요건에 해당하지는 않는다.

나. 양형부당

(1) 피고인들

원심의 각 선고 형량(피고인 1 : 징역 2년, 피고인 2 : 징역 1년 6월, 피고인 3, 피고인 7 : 각 징역 2년, 집행유예 3년, 피고인 5 : 징역 1년 6월, 집행유예 2년, 피고인 4 징역 1년, 집행유예 3년, 피고인 6, 피고인 8 : 각 징역 1년, 집행유예 2년, 피고인 9, 피고인 10 : 각 벌금 2천만 원, 피고인 11, 피고인 12, 피고인 13, 피고인 15, 피고인 16 : 각 벌금 1천만 원, 피고인 14 : 벌금 1,200만 원)이 너무 무거워서 부당하다.

(2) 검사

피고인들에 대한 원심의 각 선고 형량이 너무 가벼워서 부당하다.

3. 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기) 및 사기의 점에 대하여

가. 공소사실 기재의 적법 여부

(1) 공소사실 특정의 법리

공소사실의 기재는 범죄의 시일, 장소와 방법을 명시하여 사실을 특정할 수 있도록 하여야 하는데(형사소송법 제254조 제4항), 이는 피고인이 용이하게 방어권을 행사하도록 하기 것이므로, 공소사실은 이러한 요소를 종합하여 구성요건 해당사실을 다른 사실과 식별할 수 있는 정도로 기재하면 족하다.

공소장에 범죄의 일시, 장소, 방법 등을 구체적으로 적시하지 않았더라도 공소사실을 특정하도록 한 법의 취지에 반하지 않고, 범죄사실의 성격에 비추어 그 개괄적 표시가 부득이하며, 그에 대한 피고인의 방어권 행사에 지장이 없다면, 공소 내용을 특정하지 않았다고 볼 수 없다(대법원 2014. 4. 10. 선고 2013도1615 판결, 2010. 8. 26. 선고 2010도4671 판결 등 참조).

(2) 판단

검사가 피고인들의 피해 환자들에 대한 편취 범행을 기소하면서 그 공소사실에서 피해 환자별로 인적사항을 특정한 후 그에 대한 편취 금액을 구분하여 기재하지 않고 병원별·기간(1개월)별로 피해 환자들에 대한 편취 금액을 합산하여

일괄 기재한 것은 사실이다.

그러나 검사는 이 부분 공소사실에서 피해 환자들의 범주(위탁병원에서 식사를 제공받은 환자), 그들에 대한 범행 시기, 방법, 편취금액의 산정 방법 등을 특정하여 기재하고 있어 피해 환자들의 인적사항 및 개인별 편취 금액을 공소사실에 세분하여 개별 기재하지 않더라도 필요한 경우 위탁병원이 스스로 보관 중인 장부 등의 자료를 활용하여 용이하게 파악할 수 있고, 이를 통해 위와 같이 일괄 기재한 금액의 정확성에 대한 검증도 충분히 가능하므로, 이러한 공소사실의 기재가 피고인들의 방어권 행사에 수인하기 어려울 정도의 지장을 초래한다고 볼 수는 없다.

특히 이 사건에서 피해 환자들의 수가 약 40만 명에 이르러 그들의 인적사항 등을 일일이 서류에 기재하는 데 현저한 어려움이 있고, 이를 실제로 이행하기 위해서는 과다한 인력과 비용을 투입하지 않을 수 없음이 명백한 반면에, 피고인들은 앞서 본 것처럼 이 사건 가산금 청구 요건을 기망한 적이 없다거나 편취 범의가 없다는 등 피해 환자들의 인적사항이나 편취 금액과는 무관한 내용들만 내세우며 공소사실을 다투고 있을 뿐이어서 검사로 하여금 이 부분 공소사실에 피해 환자들의 개인별 인적사항 및 편취 금액을 세분하여 기재하도록 하는 것이 피고인들의 정당한 방어권 보장과 밀접한 관련이 있다고 보기도 어렵다.

사정이 이러하다면 이 사건 공소사실 중 피해 환자들에 대한 편취 범행에 대하여는 인적 사항 및 편취 금액을 개괄 표시하는 것이 부득이하고, 그에 대한 피고인들의 방어권 행사에 지장이 없어, 검사가 사건을 심리하는 데 충분할 정도로 공소사실을 특정했다고 볼 수 있다.

이와 다른 ○○ 측 피고인들의 주장은 받아들이지 않는다.

나. 영양사 등의 소속

(1) 쟁점

국민건강보험법 제41조 제2항, 「국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙」(보건복지부령) 제8조 제2항에 따라 보건복지부장관이 정한 "건강보험 요양급여 행위 및 그 상대가치점수"(보건복지부 고시 제2006-37호)에 의하면, 이 사건 가산금 중 ① 영양사 등 가산금은 당해 요양기관 소속 상근 영양사 또는 조리사의 수에 따라 산정하고, ② 선택식단 가산금은 당해 요양기관 소속 영양사가 1인 이상 상근하는 것을 전제로 입원환자가 선택할 수 있도록 매일 2식 이상에 대하여 2가지 이상의 식단을 제공한 경우에 적용할 수 있다.

검사는 위탁병원은 모두 영양사 등과 형식적 고용계약만 체결하였을 뿐 실제로는 ○○리조트가 그 영양사 등을 지휘·감독하면서 자신의 위탁급식 업무를 보조하게 하였으므로 그들이 요양기관 소속이어야 한다는 이 사건 가산금 지급요건을 충족하지 못하였다고 보아 이 사건 공소를 제기한 데 반하여, 피고인들은 그 영양사 등이 실제로 병원 소속으로 근무하였다고 주장하며 범행을 부인하고 있다.

결국 위탁병원과 고용계약을 체결한 영양사 등의 소속을 어디로 보아야 하는지에 이 사건 가산금의 지급요건 충족 여부가 달려 있으므로, 이하 그에 관하여 살펴보기로 한다.

(2) 법리

(가) 가산금의 의의 및 도입취지

정부는 비록 요양기관이 식당을 직영하지 않더라도 직접 그 소속으로 고용한 영양사 등이 있는 경우 소속감, 책임감, 사명감이 높아질뿐만 아니라 수익을 극대화하려는 민간 위탁급식 업체의 경영 방침으로부터 자유롭게 되어 급식의 질과 서비스 향상을 가져올 것이라는 정책적 판단에 기초하여, 요양기관이 영양사 등을 직접 그 소속으로 고용함에 따른 추가 투입비용(임금, 인력관리비용)을 보전하고자 이 사건 가산금 제도를 신설하였다(헌법재판소 2008. 4. 24.

선고 2006헌마990 결정 중 보건복지부장관의 의견 참조).

(나) 기본 요건

앞서 본 이 사건 가산금 제도의 도입취지에 비추어 보면, 병원 등의 요양기관이 형식적으로 영양사 등과 근로계약을 체결한 것만으로 당연히 이 사건 가산금의 지급요건을 충족하였다고 보기는 어렵고, 나아가 실제로도 당해 영양사 등이 요양기관 소속으로 근무하였음을 인정할 수 있어야 이를 지급할 수 있을 것이다.

여기서 영양사 등이 당해 요양기관 '소속'인지는 형식적으로 근로계약을 체결하였는지가 아니라 "실질적으로 요양기관이 이들을 고용하여 지휘·감독을 하고 있었는지"에 따라 판단하여야 한다(대법원 2014. 6. 26. 선고 2013도13673 판결 참조).

(다) 민사상 고용관계와의 구별

또한 이 사건 가산금 지급요건이 '고용'이 아니라 '소속'이라는 용어를 사용하고 있고, 그 제도의 취지가 요양기관 소속 영양사와 조리사가 민간 위탁급식 업체로부터 독립하여 급식업무를 주도함으로써 요양기관에 유리한 방향으로 급식 서비스와 질을 향상하도록 하자는 데 있는 점을 고려하면, 민사법상 유효한 고용계약을 체결하였더라도 요양기관이 영양사 등을 실질적으로 지휘·감독하고 있지 않는 경우에는 역시 지급요건을 충족하였다고 볼 수 없다.

가령 「파견근로자보호 등에 관한 법률」은 '근로자파견'을 "파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것"으로 정의하는데, 요양기관이 영양사 등과 고용계약을 체결한 후 위 법률에 따라 그 고용관계를 유지하면서 위탁급식 업체에 이들을 파견한 경우 이들은 요양기관과 적법하게 고용계약을 체결한 요양기관의 직원이라 하더라도 이 사건 가산금의 적용 여부에 관하여 당해 요양기관 '소속' 영양사 또는 조리사에 해당한다고 볼 수는 없는 것이다. 따라서 요양기관이 영양사 등과 유효한 고용계약을 체결하였는지 확인하는 것만으로 가산금 지급요건 충족 여부를 판단할 수는 없고, 여기에 더하여 아래에서 보는 것처럼 당해 영양사 등이 요양기관의 급식업무에서 기능적으로 차지하는 위치도 요양기관의 지휘·감독 체계에 들어있는지, 아니면 고용계약에도 불구하고 급식업무에서의 그의 기능적 위치는 위탁급식 업체의 지휘·감독 체계에 들어있다고 보아야 하는지 따져보아야 한다.

(라) 급식업무상 기능적 소속의 필요성 및 기준

요양기관이 직접 고용한 영양사 등으로 하여금 급식업무를 주도적으로 담당하게 하여 급식의 서비스와 질을 향상하는 것이 이 사건 가산금 제도 도입의 주 목적이고, 영양사 등의 핵심 업무도 급식 제공에 관한 것이므로 요양기관이 고용한 영양사 등을 실질적으로 지휘·감독하고 있어야 하는 영역도 급식업무라 할 것이고, 급식업무에서 기능적으로 이들을 지휘·감독하지 못하고 있다면 설사 인사발령이나 급여 지급 등 다른 측면에서 지휘·감독 관계를 인정할 수 있다고 하더라도 이 사건 가산금 지급의 전제가 되는 소속 관계가 있다고 볼 수 없다(물론 급식업무 외 측면도 급식업무에서 지휘·감독 관계의 존부를 가리는 데 간접 정황으로 참작할 수는 있다).

그런데 병원에서 급식업무는 통상 식단의 작성, 식자재 발주, 음식 조리, 배식 등으로 이루어져 있으므로, 그러한 일련의 급식업무 수행 과정에서 위탁병원과 고용계약을 맺은 영양사 등이 일상적으로 ○○리조트에서 독립하여 병원에서 직접 임무를 부여받고 그 지휘·감독을 받아 당해 임무를 수행해왔는지, 아니면 ○○리조트 책임자에게서 임무를 부여받고 그 지휘·감독을 받으면서 ○○리조트 급식 부서의 다른 직원들과 별 차이 없는 지위에서 업무에 종사하였는지가 급식업무상 기능적 소속의 핵심적인 판단 기준이 될 것이다.

이에 대하여 피고인들은 ○○리조트에서 기본메뉴 작성, 식자재 발주 등의 업무를 담당하고, 일정한 범위에서 병원 고용 영양사 등에게 업무지시를 하는 것은 위탁운영의 본질상 불가피하다고 주장하나, 이는 앞서 본 이 사건 가산금 제도의 도입취지에 정면으로 반하는 것일 뿐만 아니라, 그 영양사 등이 실제로 병원 소속이라면 ○○리조트에서 필요한 경우 그들에게 업무협조를 요청할지는 몰라도 결코 우월적인 지위에서 업무지시를 할 수는 없다고 봄이 타당하므로, 피고인들의 위 주장은 이유 없다.

(3) 판단

피고인들이 제출한 증거들에 따르면 □□병원은 대체로 영양사 등의 신규채용 및 계약연장 과정에서 인사기안서를 작성하고 지원자들에게서 직접 지원서를 접수하였으며, 채용 이후에는 병원 명의로 그들에게 직접 급여를 지급한 사실, 강북·강서·인천□□병원의 지원자들은 그 입사지원서에 지원병원을 '□□병원'으로 기재하였고 자기소개서도 □□병원에서 근무하는 것을 전제로 작성한 사실, □□병원은 병원 소속의 다른 직원들과 마찬가지로 영양사 등에 대한 인사평가, 인사관리 등을 실시한 사실을 인정할 수 있고, 이러한 사실들을 종합하면 □□병원이 당초 채용한 영양사 등과 민사상 법적 구속력이 있는 고용계약을 체결한 사실을 인정할 수 있다.

그러나 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 토대로 구체적으로 적시한 아래와 같은 사실들 및 그로부터 추단할 수 있는 여러 사정을 종합하면 위와 같은 유효한 고용관계에도 불구하고 당해 영양사 등이 급식업무에서 차지한 기능적 위치는 위탁병원이 아니라 ○○리조트의 지휘·감독 체계에 들어있었음을 충분히 인정할 수 있다.

결국 위탁병원은 이 사건 가산금의 지급을 위한 영양사 등의 '소속' 요건을 충족하지 못하였음에도 마치 이를 충족한 것처럼 가장하여 보험급여를 청구한 것으로 볼 수 있으므로, 이와 다른 전제에서 위탁병원이 이 사건 가산금을 청구한 데 아무런 잘못이 없다는 피고인 및 변호인의 주장은 받아들일 수 없다.

(가) △△△△병원 원장 공소외 3의 진술

○○리조트는 위탁병원 전부와 유사한 방식으로 구내식당 운영에 관한 위탁계약을 체결한 후 관리유지비 명목으로 병원 고용 영양사 등의 급여를 우회 부담하면서 이들을 자신의 급식업무에 활용하였는데, 위탁병원 중 하나인 △△△△병원의 병원장 공소외 3는 수사기관에서 이 사건 가산금의 지급요건을 가장하여 허위 청구하고자 ○○리조트의 제안을 받아들여 형식상으로만 영양사 등과 고용계약을 체결하였을 뿐 그들에 대한 실질적인 지휘·감독은 전적으로 ○○리조트 소속 영양사로 병원 급식업무를 총괄하는 점장에 의해 이루어졌음을 자백한 바 있다.

(나) 채용 및 임금 지급

위탁병원은 ○○리조트의 관여를 배제하고 독자적인 기준과 절차에 따라 채용할 영양사 등을 판단한 것이 아니라, 오히려 ○○리조트 점장이 우선 입사 지원자에 대한 면접 등을 통해 누가 근무할지 사실상 결정한 다음, 병원이 인사기안서를 작성하여 당해 영양사 등과 고용계약을 체결하는 방식으로 채용 절차를 진행하였다.

특히 ○○리조트는 위탁병원과 맺은 특약에 따라 영양사 등에게 지급하는 급여 상당을 관리유지비라는 명목으로 다시 해당 병원에 지급함으로써 결국 스스로 그 영양사 등에 대한 급여를 부담하였다(영양사 등의 채용 과정에 관여하고 급여를 부담한다고 하여 당연히 지휘·감독 권한까지 행사하는 것은 아니나, 그 영양사 등이 ○○리조트로부터 독립적인 지위에 있었다면 ○○리조트에서 위와 같이 스스로 급여를 부담하면서 채용에 개입할 이유가 없었으므로, 이는 그 영양사 등의 소속을 가리는 데 중요한 판단 기준이 될 수 있다).

(다) 근로에 대한 일반적 지휘·감독 권한

○○리조트 식음료 서비스(Food Service) 사업부 판촉(marketing)팀장 공소외 1이 2007. 2. 15. 작성하여 피고인 8에게 교부한 인수인계서에 '4. 특이사항 현재 근무 인력에 대한 당사 신규 채용 필수 조건임. 병원 소속 인력에 대한 당사 관리 가능'이라고 기재하였고, 이후 ○○리조트 소부문장 공소외 2이 '병원소속 영양사/조리사에 대한 설 선물 추가 지급의 건'에 "병원 측의 식대의료보험급여 적용을 위해 병원 소속의 영양사 2명, 조리사 2~3명을 채용하여 당사 점장의 통제 및 업무지시에 의거 당사 소속 조리종사원과 동일 공간 내 동일 근무 중(당사가 해당 인력에 대한 인건비를 병원 측에 납부 중), 병원 측과 최초 계약시 상기 인력에 대한 구인/채용 및 근무 통제는 당사에게 있으며" 라고 기재하는 등 ○○리조트는 형식상 위탁병원이 고용한 영양사와 조리사에 대한 지휘·감독 권한이 실질적으로 자사에 있음을 전제로 급식업무를 수행하였다.

(라) 식단 작성, 발주 관리, 조리업무 등 지휘·감독

□□병원 식당 메뉴는 기본적으로 □□병원 산하 6개 병원을 담당하는 ○○리조트 점장들이 참석하는 메뉴 회의를 통해 결정하였는데, 이 과정에서 병원 고용 영양사 등은 아무런 역할을 하지 못하였다.

한편 위와 같이 결정한 기본 메뉴를 실제로 이행하는 과정에서 해당 병원의 개별적인 사정에 따라 일부 수정하는 경우가 있을 수 있는데, 그런 경우에도 ○○리조트 점장들이 메뉴 수정 여부를 결정하였고, 병원 고용 영양사 등은 메뉴의 초안을 기안하더라도 이에 대하여 점장의 결재를 받아야 하는 등 식단 및 조리 방법에 관한 실질적인 결정권은 물론, 이렇다 할 발언권도 보유하지 못하고 있었다.

즉, 병원 고용 영양사 등이 기능적으로도 병원에 소속하여 급식업무를 주도하였다고 보려면 영양사 등이 병원 임·직원의 지휘·감독을 받아 식단 및 조리 방법을 결정하고, ○○리조트에서 메뉴 초안을 작성하더라도 그 수용 여부에 관하여는 병원 고용 영양사 등의 결재를 받게 하는 등의 방법으로 병원 고용 영양사 등에 최종적인 결정권을 유보하여야 할 뿐만 아니라 이들로 하여금 정기적으로 위탁급식의 질 및 가격의 적절성을 평가하여 병원에 보고하게 하는 등의 방법으로 위탁급식 계약관계의 유지 여부에 도움이 되는 정보를 생산·제공하게 하였어야 함에도, 위탁병원이 고용한 영양사 등은 오히려 ○○리조트 점장들의 결재를 받아 급식업무에 종사하였다는 점에서 기능상 병원에 소속한 사람들로 볼 수 없다.

(마) 병원 고용 영양사 등에 대한 교육 및 그 비용 부담

○○리조트에서 병원 고용 영양사 등도 자신의 교육대상에 포함하여 2011년 병원 직군 직무향상능력 교육, 2012년 병원 직군 직무향상능력 교육, '병원직원 영양사 전문성 함양을 위한 사내/사외 교육'을 실시하였을 뿐만 아니라, 위탁병원 대신 영양사 등의 위생교육비를 지급하기도 하는 등 영양사 등에 대한 교육에 깊이 관여하였다(○○리조트에서 독립하여 급식업무에 종사하여야 하는 병원 고용 영양사 등이 오히려 ○○리조트에서 교육을 받았다면 이 사건 가산금 제도의 도입취지에 따라 병원 급식업무에서 주도적인 역할을 담당하기란 사실상 곤란하다고 보지 않을 수 없다).

(바) 기타 세부 정황

위탁병원이 고용한 영양사 등이 모두 급식업무에 관하여는 실질적으로 ○○리조트의 지휘·감독을 받으면서 그 급식 체계에 소속하여 근무하였음을 알 수 있는 세부 정황들을 병원별로 정리하면 별지 "병원별 세부 정황"의 기재와 같다.

(4) 피고인들 주장 사정들에 대하여

피고인들은 모두 병원 고용 영양사 등이 실제로 위탁병원 소속이었다고 주장하면서 그 근거로서, ① 영양사 등의 신규 채용 및 계약 연장 과정에서 인사기안서를 작성하고, 지원자들에게서 직접 지원서를 수령하였으며, ② 영양사 등에 대한 4대 보험 중 사용자가 부담할 금액을 병원에서 지출하였고, ③ 위탁병원의 기획실장들이 영양사 등에 대한 평가표에 평가점수 및 평가내용을 기재하였으며, ④ 영양사 등은 ○○리조트 직원과 달리 위탁병원의 사번을 부여받아 병원 내부전상망에 접속할 수 있었고, ⑤ 영양사 등에 ○○리조트가 아니라 위탁병원의 휴가 관련 규정을 적용하였고, 연차 신청 역시 ○○리조트가 아니라 위탁병원의 자체 전산 체계를 통해 진행하였다는 점 등을 제시하고 있다.

그러나 이러한 사정들은 대부분 고용계약 체결에 당연히 수반하는 절차 또는 결과에 불과하여 영양사 등이 단순히 위탁병원과 법적으로 유효한 고용계약을 맺은 것을 넘어 ○○리조트에서 독립하여 위탁병원의 지휘·감독 체계에서 급식업무에 종사하였다고 볼 근거는 될 수 없고, 가사 기획실장 등 위탁병원의 임·직원이 고용 영양사 등에게 간헐적으로 급식업무에 관한 지시를 내린 적이 있더라도 앞서 본 것처럼 위탁병원이 고용 영양사 등을 통해 메뉴를 최종적으로 결정하거나 급식의 수준이나 가격의 적절성을 평가한 적이 전혀 없는 점 등에 비추어 보면, 이러한 간헐적인 지시는 영양사 등을 ○○리조트 급식 부서 구성원의 하나로 취급하여 그에 대하여 ○○리조트에 대한 요구사항을 개선하는 것으로 볼 수 있을 뿐이어서, 그들이 급식업무의 기능상 ○○리조트에 소속하였다는 앞선 판단에 무슨 영향을 미칠 수 없다.

다.

편취 범의 유무

(1) 법리

사기죄의 주관적 구성요건인 편취의 범의는 피고인이 자백하지 않는 이상 범행 전후 피고인의 재력, 환경, 범행의 내용, 거래의 이행과정 등과 같은 객관적인 사정 등을 종합하여 판단할 수밖에 없으며, 한편 확정적이 아니라 미필적 고의로도 사기죄가 성립할 수 있는데 미필적 고의가 있다고 하려면 범죄사실의 발생 가능성에 대한 인식이 있음은 물론 나아가 범죄사실이 발생할 위험을 용인하는 내심의 의사가 있어야 한다(대법원 2008. 2. 28. 선고 2007도10416 판결, 2008. 3. 27. 선고 2008도443 판결 등 참조).

(2) 판단

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정한 사실들 및 그에서 추단할 수 있는 다음의 여러 사정, 즉, ① 피고인들은 ○○리조트에서 영양사 등의 인건비를 부담하기로 한 약정 내용을 위탁운영계약서에 직접 적시하지 않고, 이를 원래의 용도와 전혀 상관없는 '관리유지비'라는 계정을 통해 우회적으로 수수하였는데, 이는 다분히 위탁병원 및 ○○리조트의 회계처리상 당해 금액이 인건비 항목으로 나타나지 않게 하는 등 대외적으로 ○○리조트의 인건비 지원 사실을 감추려는 의도에서 기인한 것으로 볼 수 밖에 없는 점, ② ○○리조트는 처음에는 내부적으로 환자 식대 보험급여화에 따라 위탁병원이 요구하는 영양사 등의 채용구조, 즉 이 사건 범행에서 나타난 것과 마찬가지로의 채용구조를 '편법'으로 규정하고 이를 수용하지 않는다는 원칙을 정하였다가 이후 수익성 악화 등을 우려하여 그러한 편법계약 요구에 대하여도 탄력적으로 수용하는 것으로 입장을 변경하였는데, 만약 진정으로 위와 같은 영양사 등의 채용구조에 전혀 문제가 없다고 생각하였다면 당초 위탁병원의 요구에 그와 같이 거부감을 나타낼 이유가 전혀 없는 점, ③ 검찰 수사 개시 후 ○○리조트 측은 점장들을 소집하여 대책을 논의하였을 뿐만 아니라 자료 삭제 프로그램을 배포하여 컴퓨터 내 관련 파일들을 삭제하게 하였고, 위탁병원도 고용 영양사 등에게 연락하여 수사기

관에서 조사를 받게 될 경우에 대비한 대답을 알려주면서 일부 영양사 등에게는 명시적으로 허위진술을 부탁하기 까지 하는 등 조직적인 증거인멸을 시도하였는데, 이는 이 사건 가산금 청구가 법적으로 문제가 될 수 있음을 인식하였기 때문으로 볼 수 있는 점 등을 종합하면, 피고인들은 적어도 미필적으로는 위탁병원이 고용한 영양사 등이 급식업무에 관하여는 실질적으로 ○○리조트 소속에 해당하여 이 사건 가산금의 지급요건을 충족하지 못할 수 있음을 인식하고 이를 용인하면서 이 사건 가산금을 청구하였다고 볼 수 있으므로, 그들에게 편취의 범의가 있었음을 인정하는 데 무리가 없다.

이에 반하는 피고인들의 주장도 받아들이지 않는다.

라. 포괄일죄 여부

(1) 법리

같은 구성요건에 해당하는 여러 행위를 단일하고 지속적인 범의로 일정 기간 계속 행하고 그 피해 법익도 동일한 경우에는 이들 각 행위를 통틀어 포괄일죄로 처단하여야 하나, 수 개의 범행에서 범의의 단일성과 계속성을 인정할 수 없거나 범행방법이 동일하지 않다면 각 범행은 실체적 경합범에 해당한다(대법원 2005. 5. 13. 선고 2005도278 판결, 2006. 9. 8. 선고 2006도3172 판결 등 참조).

(2) 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하면 피고인 1은 2007. 3. 2.부터 ○○리조트 식음료 서비스 사업부에서 식음료 서비스 운영본부장으로 근무하기 시작한 이래 단체급식 사업본부장, 영업2본부장, 식음료 서비스 사업2부장, 식음료 서비스 사업부장 등의 직책을 거치면서 계속하여 ○○리조트의 단체급식 사업부에 종사하다가 2011. 5. 16. ○○리조트의 국내 단체급식 사업과 직접 관계가 없는 ○○그룹 중국 상하이 법인 총괄상무로 직책을 옮겨 그때부터 같은 해 10. 16.까지 5개월간 근무한 사실, 중국 근무 기간 ○○리조트 소속 식음료 서비스 사업부장의 직책을 유지한 채 근무한 것이 아니라, 정식의 인사발령에 따라 종전 직책은 면한 상태로 오로지 중국 법인 총괄상무의 지위에서 업무를 수행한 사실을 인정할 수 있다.

이렇듯 피고인 1이 2011. 5. 16. ○○리조트 식음료 서비스 사업부 소속에서 벗어난 이상 나중에 중국에서 국내로 복귀하더라도 ○○리조트 식음료 서비스 사업부장의 직책을 다시 맡을 것인지, 다른 부서로 발령날 것인지, 그것도 아니면 전혀 다른 계열사로 자리를 옮기게 될 것인지 단정할 수 없으므로(만약 피고인 1이 중국을 다녀온 후 다른 부서나 계열사로 전출하였다면 그에게 자신의 전출 이후 식음료 서비스 사업부에서 저지른 범행에 대한 형사책임까지 지울 수는 없음은 물론이다), 식음료 서비스 사업부장의 지위에서 위탁병원에 대한 위탁급식 업무에 종사하면서 가지고 있던 이 사건 가산금 편취의 범의를 중국 근무 중에도 그대로 유지하고 있었다고 볼 수 없고, 달리 그가 중국 법인에서 근무하면서도 사실상 ○○리조트 식음료 서비스 사업부장의 직책을 수행하였다는 증거도 전혀 없으므로, 피고인 1은 중국 근무를 계기로 이 사건 가산금의 편취 범의가 끊어졌다고 봄이 옳고 그 전후에 걸친 범의의 단일성이나 계속성을 인정할 수 없다.

그렇다면 피고인 1의 중국 근무 전후의 범행은 서로 실체적 경합범의 관계에 있을 뿐 통틀어 포괄일죄로 처단할 수 없다.

그 전후 △△△△△ 병원을 통해 편취한 금액을 별도로 계산하면 2007년 3월부터 2011년 4월까지의 합계 392,842,700원, 같은 해 11월부터 2013년 11월까지의 합계 221,646,620원이 되어 모두 5억 원 미만으로 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)죄의 구성요건에 해당하지 않는다.

이와 다른 전제에서 피고인 1이 중국 근무 전후를 불문하고 범의의 계속성이 있었다고 보고 그에 대하여 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)죄의 성립을 인정한 원심의 판단에는 포괄일죄 성립 요건에 관하여 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있으므로, 이를 지적하는 같은 피고인의 주장은 이유 있다.

4. 국민건강보험법위반의 점에 대하여

가. 보험급여와 보험급여 비용의 구분

국민건강보험법은 일관하여 '환자가 의료기관에서 제공받는 진료행위, 장애인이 제공받는 보장구 등 실물 혜택'에 관하여는 '보험급여'(이 중 요양기관에서 제공받는 진료행위는 '요양급여')라는 용어를 사용하고 '국민건강보험공단이 실물 혜택인 보험급여의 가치를 금전적으로 평가하여 보험급여 제공 기관에 지급하는 대가'에 관하여는 '보험급여 비용'(이 중 요양기관의 진료행위에 대한 금전적 대가는 '요양급여 비용')이라는 용어를 사용하여 그 둘의 의미를 명백히 구별하고 있는데, 그 대표적인 용례는 아래 표와 같다.

조항 조문 (편의상 관련 단어 아래 강조 표시) 제14조(업무 등) ① 공단은 다음 각 호의 업무를 관장한다.

3. 보험급여의 관리 ...(중략)... 5. 보험급여 비용의 지급 제57조 (부당이득의 징수) ① 공단은 속임수나 그 밖의 부당한 방법으로 보험급여를 받은 사람이나 보험급여 비용을 받은 요양기관에 대하여 그 보험급여나 보험급여 비용에 상당하는 금액의 전부 또는 일부를 징수한다.

② 공단은 제1항에 따라 속임수나 그 밖의 부당한 방법으로 보험급여 비용을 받은 요양기관이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 해당 요양기관을 개설한 자에게 그 요양기관과 연대하여 같은 항에 따른 징수금을 납부하게 할 수 있다.

제63조(업무 등) ① 심사평가원은 다음 각 호의 업무를 관장한다.

1. 요양급여 비용의 심사 2. 요양급여의 적정성 평가 ...(중략)... 7. 그 밖에 보험급여 비용의 심사와 보험급여의 적정성 평가와 관련하여 대통령령으로 정하는 업무 제87조(이의신청) ① 가입자 및 피부양자의 자격, 보험료등, 보험급여, 보험급여 비용에 관한 공단의 처분에 이의가 있는 자는 공단에 이의신청을 할 수 있다.

제91조(시효) ① 다음 각 호의 권리는 3년 동안 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성된다.

3. 보험급여를 받을 권리 4. 보험급여 비용을 받을 권리

나. 판단

국민건강보험법 제115조 제2항 제5호는 "거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 보험급여를 받거나 타인으로 하여금 보험급여를 받게 한 자"를 처벌하고 있다.

그런데 앞서 본 바와 같이 국민건강보험법이 '보험급여'와 '보험급여 비용'을 명백히 구별하고 있고, 변호인이 제출한 국회 보건복지위원장 작성의 국민건강보험법 일부개정법률안(대안)에 따르면 그 제안 취지가 환자 등이 건강보험증을 부정 사용하여 보험급여를 수급하는 행위를 과태료 부과 대상이 되는 질서위반행위에서 형사범죄로 바꾸어 처벌을 강화하는 데 있음을 알 수 있는 점 등에 비추어 보면, 위 조항의 '보험급여'는 법률이 일관적으로 사용한 당해 용어의 의미와 마찬가지로 환자가 제공받는 진료행위 등 실물 혜택을 의미하는 것일 뿐, 그 혜택에 대하여 국민건강보험공단이 제공하는 금전적 대가의 의미까지 포괄하고 있다고 볼 수 없다.

그렇다면 보험급여(식사) 자체를 부정하게 제공받은 것이 아니라 단지 보험급여 비용(식사의 대금)을 허위로 부풀린 행위에 대하여는 국민건강보험법 제115조 제2항 제5호를 적용할 수 없으므로, 이와 다른 전제에서 이 사건 공소사실 중 피고인 1, 피고인 2, 피고인 16에 대한 국민건강보험법위반의 점을 유죄를 인정한 원심의 판단에는 법리를 오해

하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있고, 이를 지적하는 같은 피고인들의 주장은 이유 있다.

5. 양형부당 여부

가. 피고인 3, 피고인 7

피고인 3은 병원장, 피고인 7은 기획실장으로서, 이 사건 가산금 제도의 허점을 틈타 영양사 등을 실제 그 소속으로 두는 듯한 외관을 가장함으로써 장기간 거액의 가산금을 편취한 점, 피고인 3은 인천·목동·부평·강북□□병원에서, 피고인 7은 인천·부평□□병원에서, 각 범행에 가담하였고, 특히 피고인 7은 □□병원의 기획실장들 중 처음으로 ○○리조트와 이 사건 가산금 편취의 범행 수법을 고안·공모하고 ○○리조트에 영양사 등의 인건비 부담을 직접 요구하기도 하는 등 범행에 깊이 관여한 점이 그들에게 불리한 정황이다.

그러나 이 사건 범행은 이 사건 가산금 제도의 시행 초기 관계 당국이 그 지급요건을 불명확하게 정해 놓고 그에 관하여 믿을 만한 구체적 기준도 내놓지 않은 상황에서 시작한 것으로, 편취 범의가 확정적이지 않고 미필적인 수준에 머물러 있어 그에 대한 비난가능성이 크다고 보기 어려운 점, 피고인 3, 피고인 7이 당초 ○○리조트 측 피고인들과 공모하여 이 사건 가산금 편취 범행을 개시한 이상 그 이후에는 단순히 종전의 상태를 유지하는 것 이외에 특별히 범행을 지속하기 위한 별도의 조치를 취하지 않더라도 시간이 경과함에 따라 편취 금액은 증가하는 것이어서 비난가능성이나 처벌의 필요성이 반드시 편취 금액에 비례하여 증가한다고 보기는 어려운 점, 이미 편취 금액의 대부분을 공탁하여 이 사건 범행으로 인한 피해를 상당히 회복한 점, 피고인 7은 병원 직원으로 재직 중 업무수행 과정에서 범행에 가담한 것으로 개인적으로 취득한 이익이 없는 점, 피고인 3은 벌금형 이외의 범죄전력이 없고, 피고인 7은 지금까지 형사처벌을 받은 전력이 전혀 없는 점, 그밖에 그들의 연령, 성행, 환경, 범행의 동기, 수단과 결과, 범행 후의 정황 등 기록에 나타난 여러 양형조건을 고려해 보면, 원심이 피고인 3, 피고인 7에게 선고한 형량은 모두 너무 무거워서 부당하다고 볼 수 있으므로, 이를 지적하는 같은 피고인들의 항소이유 주장은 이유 있다.

나. 피고인 5, 피고인 8

피고인 5는 목동인천□□병원 기획실장으로, 피고인 8은 ○○리조트 식음료 서비스 사업부 병원운영팀장으로 각 재직하면서 이 사건 가산금 편취 범행에 가담하였는바, 역시 그 편취 금액이 거액이고, 특히 피고인 5는 피해자 국민건강보험공단에 대한 편취 금액이 5억 원을 넘어 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」상 가중처벌 조항의 적용을 받는 점, 피고인 8은 이 사건 범행 초기에 ○○리조트에서 위탁급식계약 체결의 실무를 담당하면서 이 사건 가산금 편취의 구조를 고안·협의하여 실행에 옮긴 점 등의 불리한 정황, 반면에 앞서 본 것처럼 이들의 편취 범의가 미필적인 수준으로 비난가능성이 작고, 이들이 모두 직장인으로 회사를 위해 담당업무에 종사하다가 이 사건 범행에 이른 것으로 그 과정에서 개인적으로 취득한 이익은 없는 점, 편취 금액을 공탁한 점, 모두 형사처벌을 받은 전력이 전혀 없는 점 등의 유리한 정황, 그밖에 그들의 연령, 성행, 환경, 범행의 동기, 수단과 결과, 범행 후의 정황 등 기록에 나타난 여러 양형조건을 고려해 보면, 원심이 이들에게 선고한 형이 지나치게 무겁거나 가벼워서 도저히 파기를 면할 수 없을 만큼 부당하다고는 볼 수 없다.

다.

피고인 4, 피고인 6

피고인 4는 인천·강서□□병원의 병원장, 피고인 6은 부평□□병원의 기획실장으로 각 재직하면서 이 사건 가산금 편취 범행에 가담하였는바, 마찬가지로 그 범행수법이 교묘하고 편취 금액이 거액이지만, 앞서 본 것처럼 편취 범의가 미

필적인 수준에 불과한 점, 피고인 4는 남편인 피고인 3이 형성한 이 사건 가산금 편취 구조를 별다른 의식 없이 만연히 답습한 측면이 있고, 피고인 6도 이미 부평□□병원에 이 사건 가산금 편취 구조가 정착한 이후 병원에서 관련 업무를 맡게 된 결과 이 사건 범행에 관여하게 된 것으로 그 과정에서 개인적으로 취득한 이익은 없는 점, 편취 금액을 공탁한 점, 모두 형사처벌 전력이 전혀 없는 점, 그밖에 그들의 연령, 성행, 환경, 범행의 동기, 수단과 결과, 범행 후의 정황 등 기록에 나타난 여러 양형조건을 고려해 보면, 원심이 피고인 4, 피고인 6에게 선고한 형량은 모두 너무 무거워서 부당하다고 볼 수 있으므로, 이를 지적하는 같은 피고인들의 주장은 이유 있다.

라. 피고인 9, 피고인 10, 피고인 11, 피고인 12, 피고인 13, 피고인 14, 피고인 15

편취한 금액이 결코 적다고 볼 수는 없는 점 등의 불리한 정상, 반면 피고인 9는 2010년 9월경 인천□□병원의 병원장직을 승계한 자이고, 피고인 10은 2011년 6월경 은평□□병원장에 취임한 자로서, 이미 다른 피고인들이 이 사건 가산금 편취 범행의 구조를 정립한 이후 병원을 이어받아 별다른 생각 없이 유지하였을 뿐이며, 피고인 11, 피고인 12, 피고인 13, 피고인 14, 피고인 15의 경우에도 전임 기획실장에게서 이 사건 가산금 편취 범행의 구조를 그대로 물려받아 이를 유지하였을 뿐이어서 그 편취 범의가 더욱 미약하다고 볼 수 있는 점, 편취 금액을 공탁한 점, 피고인 9, 피고인 11, 피고인 13, 피고인 14, 피고인 15는 형사처벌 전력이 전혀 없고, 피고인 10, 피고인 12은 벌금형 이외의 처벌을 받은 전력이 없는 점 등 유리한 정상, 그밖에 그들의 연령, 성행, 환경, 범행의 동기, 수단과 결과, 범행 후의 정황 등 기록에 나타난 여러 양형조건을 고려해 보면, 원심이 이들에게 선고한 형이 지나치게 무겁거나 가벼워서 도저히 파기를 면할 수 없을 만큼 부당하다고는 볼 수 없다.

6. 결론

피고인 1, 피고인 2, 피고인 16의 항소이유 주장 중 그들에 대한 국민건강보험법위반죄의 성부 및 피고인 1에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)죄의 성부를 다투는 부분은 이유 있으므로 이 부분들은 파기하여야 하는데, 피고인 1, 피고인 2, 피고인 16의 나머지 죄들은 이렇게 파기하는 부분들과 형법 제37조 전단 경합범의 관계에 있어 통틀어 하나의 형을 선고하여야 하므로, 결국 원심 판결 중 그들에 대한 부분은 양형부당 주장의 당부를 따질 것 없이 전부 파기하여야 한다.

앞서 본 바와 같이 피고인 3, 피고인 7, 피고인 4, 피고인 6의 양형부당 주장은 이유 있고, 피고인 5, 피고인 8, 피고인 9, 피고인 10, 피고인 11, 피고인 12, 피고인 13, 피고인 14, 피고인 15의 양형부당 주장 및 검사의 그들에 대한 양형부당 주장은 모두 이유 없다.

따라서 형사소송법 제364조 제4항에 따라 피고인 5, 피고인 8, 피고인 9, 피고인 10, 피고인 11, 피고인 12, 피고인 13, 피고인 14, 피고인 15의 항소 및 그들에 대한 검사의 항소를 모두 기각하고, 같은 조 제6항에 따라 원심 판결 중 나머지 피고인들에 대한 부분을 파기한 후 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

1. 원심이 인정한 범죄사실의 요지

가. 피고인들의 지위

피고인 3, 피고인 4, 피고인 9, 피고인 10은 인천·목동·강서·부평·강북·은평□□병원(이하 통틀어 '□□병원'이라 한다)의 전·현직 병원장이고, 피고인 5, 피고인 6, 피고인 7, 피고인 11, 피고인 12, 피고인 13, 피고인 14, 피고인 15는 □□병원의 전·현직 기획실장이다(이하 병원장 및 기획실장을 통틀어 '병원 측 피고인들'이라 한다).

피고인 1, 피고인 2, 피고인 8, 피고인 16은 위탁급식업체인 ○○리조트 주식회사(이하 '○○리조트'라 한다)의 임직원들이다(이하 '○○ 측 피고인들'이라 한다).

나. □□병원 입원환자 식대 가산금 부분

병원 측 피고인들은 ○○ 측 피고인들과 구내식당 운영에 관한 위탁계약 조건을 협상하면서 입원환자 식대 보험급여 중 영양사 가산금, 조리사 가산금 및 선택식단 가산금(이하 통틀어 '이 사건 가산금'이라 한다)을 받는 데 필요한 영양사, 조리사(이하 '영양사 등'이라 한다)를 형식으로만 병원 소속으로 두고, 인건비는 병원이 아닌 ○○리조트가 부담하되, 일단 병원이 급여 등을 지급하면 추후 관리유지비 명목으로 ○○리조트가 병원에 우회 보전하기로 하면서, 그들로 하여금 사실상 ○○리조트의 위탁급식 업무를 보조하게 하기로 상호 합의하였다.

이렇듯 영양사 등은 실제로는 □□병원 소속이라 할 수 없어 이 사건 가산금의 지급요건을 충족하지 못하였음에도, 피고인들은 공모하여 마치 □□병원이 그들을 직접 고용하여 실제 인건비 등 추가 비용을 부담하면서 지휘·감독하고 있는 것처럼 가장하였을 뿐만 아니라 일부 기간은 자리에 없었던 조리사가 실제 근무한 것처럼 가장하여 건강보험심사평가원에 이 사건 가산금을 청구함으로써 이에 속은 건강보험심사평가원의 평가 결과에 따라 피해자 국민건강보험공단으로 하여금 이 사건 가산금을 교부하게 하고, 피해자인 진료환자들(이하 '피해 환자들'이라 한다)로 하여금 이 사건 가산금에 상응하는 환자 자기부담금을 납부하게 하여 각 이를 편취하였다.

다.

△△△△△병원, ◇◇병원, ◁◁△△병원 입원환자 식대 가산금 부분

△△△△△병원, ◇◇병원, ◁◁△△병원의 임·직원들은 ○○ 측 피고인들과 병원 구내식당 운영에 관한 위탁계약 조건을 협상하면서 이 사건 가산금을 받는 데 필요한 영양사 등을 형식으로만 병원 소속으로 두고, 이에 따른 인건비는 병원이 아닌 ○○리조트가 부담하되, 일단 병원이 급여 등을 지급하면 추후 관리유지비 명목으로 ○○리조트가 병원에 우회 보전하기로 하면서, 형식상 병원 소속으로 고용한 영양사 등으로 하여금 사실상 ○○리조트의 위탁급식 업무를 보조하게 하기로 상호 합의하였다.

이렇듯 영양사 등은 실제로는 위 병원 소속이라 할 수 없어 이 사건 가산금의 지급요건을 충족하지 못하였음에도, ○○리조트 측 피고인들은 위 병원 임·직원들과 공모하여 마치 병원에서 그들을 직접 고용하여 실제 인건비 등 추가 비용을 부담하면서 지휘·감독하고 있는 것처럼 가장하여 이 사건 가산금을 청구함으로써 이에 속은 건강보험심사평가원의 평가 결과에 따라 피해자 국민건강보험공단으로 하여금 이 사건 가산금을 교부하게 하고(그 중 피고인 1이 △△△△△ 병원을 통해 피해자 국민건강보험공단에게서 편취한 금액은 614,489,320원이다), 피해 환자들로 하여금 이 사건 가산금에 상응하는 환자 자기부담금을 납부하게 하여 각 이를 편취함과 동시에 피고인 1, 피고인 2, 피고인 16은 같은 병원 임·직원들과 공모하여 부정한 방법으로 피해자 국민건강보험공단에게서 보험급여를 받았다.

2. 항소이유의 요지

가. 사실오인 또는 법리오해

(1) 공소사실의 불특정 (○○ 측 피고인들)

이 사건 공소사실 중 진료환자들에게서 재물을 편취한 사기의 점들은 각각의 환자마다 별개의 범죄가 성립하므로, 공소사실에 피해 환자와 그 피해액수를 개인별로 특정하여 기재하여야 마땅함에도, 검사는 공소장에 피해 환자들의 인적사항이나 개별 피해액을 전혀 기재하지 않고 병원별·기간별로 피해 환자들의 피해액만을 일괄 기재하였다.

따라서 이 사건 공소사실 중 피해 환자들에 대한 각 사기의 점은 공소사실을 제대로 특정하지 않은 것으로 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효이므로, 형사소송법 제327조 제2호에 따라 이 부분 공소를 기각하여야 한다.

(2) 가산금 지급요건 충족 (피고인들)

○○리조트가 사후에 □□병원, △△△△△병원, ◇◇병원, ◁◁△△병원(이하 이들을 통틀어 '위탁병원'이라 한다)에 영양사 등에 대한 인건비 상당 금액을 관리비 명목으로 지급한 것은 사실이지만, 그러한 경제적 지원과 무관하게 위탁병원은 진정한 의사로 영양사 등과 고용계약을 체결하였을 뿐만 아니라 이들을 실질적으로 지휘·감독하면서 급식의 질이나 영양상태를 점검하게 하였으므로, 그 소속은 ○○리조트가 아니라 위탁병원이다.

따라서 위탁병원이 이 사건 가산금을 청구하여 수령한 것을 기망에 의한 편취로 볼 수 없다.

(3) 편취 범의의 부존재 (피고인들)

가사 영양사 등을 위탁병원의 소속으로 볼 수 없어 이 사건 가산금의 청구가 위법하다고 하더라도, 지금까지 영양사 등의 소속을 무슨 기준에 따라 판단할지 분명한 지침이 없었던 상황에서 피고인들은 위탁병원이 고용한 영양사 등이 이 사건 가산금의 지급요건을 따질 때에도 병원 소속이 되는 것으로 생각하고 이 사건 가산금을 청구한 것이므로, 피고인들에게는 건강보험심사평가원을 기망하여 재물을 편취한다는 주관적 고의, 즉 사기죄의 성립에 필요한 편취의 범의가 없었다.

(4) 해외파견에 따른 범죄의 단절 (피고인 1)

피고인 1은 2011. 5. 16.부터 같은 해 10. 16.까지 5개월간 ○○ 중국 상하이법인 총괄상무로 진출하여 중국 현지에서 근무하였는바, 그의 경우 가사 이 사건 가산금 편취 범행을 모두 유죄로 인정하더라도 중국 근무를 계기로 편취의 범의가 끊어져 중국 근무 전후의 범행 사이에 범의의 단일성이나 계속성을 인정할 수 없으므로, 그 전후의 범행은 실체적 경합범 관계에 있을 뿐 포괄하여 일죄가 될 수 없다.

이에 따라 중국 근무 전후 범행으로 인한 이득액을 분리 계산하면 △△△△△ 병원을 통해 편취한 금액은 5억 원 미만 에 불과하여 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)죄가 성립할 수 없다.

(5) 국민건강보험법 제115조 제2항 제5호의 규율 대상 (피고인 1, 피고인 2, 피고인 16)

국민건강보험법 제115조 제2항 제5호는 그 문언상 '보험가입자나 피부양자 등 요양기관을 이용하는 환자'가 건강보험증을 부정하게 이용하는 등 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 보험급여를 받거나 타인으로 하여금 보험급여를 받게 한 경우에 적용하는 조항으로, '보험급여'가 아니라 '보험급여 비용'을 청구하는 요양기관은 그 조항의 규율 대상에 해당하지 않으므로, 가사 피고인 1, 피고인 2, 피고인 16이 △△△△△병원, ◇◇병원, ◁◁△△병원의 임·직원들과 공모하여 부당하게 '보험급여 비용'을 지급받았다고 하더라도 그러한 행위가 위 조항의 구성요건에 해당하지는 않는다.

나. 양형부당

(1) 피고인들

원심의 각 선고 형량(피고인 1 : 징역 2년, 피고인 2 : 징역 1년 6월, 피고인 3, 피고인 7 : 각 징역 2년, 집행유예 3년, 피고인 5 : 징역 1년 6월, 집행유예 2년, 피고인 4 징역 1년, 집행유예 3년, 피고인 6, 피고인 8 : 각 징역 1년, 집행유예 2년, 피고인 9, 피고인 10 : 각 벌금 2천만 원, 피고인 11, 피고인 12, 피고인 13, 피고인 15, 피고인 16 : 각 벌금 1천만 원, 피고인 14 : 벌금 1,200만 원)이 너무 무거워서 부당하다.

(2) 검사

피고인들에 대한 원심의 각 선고 형량이 너무 가벼워서 부당하다.

3. 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기) 및 사기의 점에 대하여

가. 공소사실 기재의 적법 여부

(1) 공소사실 특정의 법리

공소사실의 기재는 범죄의 시일, 장소와 방법을 명시하여 사실을 특정할 수 있도록 하여야 하는데(형사소송법 제254조 제4항), 이는 피고인이 용이하게 방어권을 행사하도록 하기 것이므로, 공소사실은 이러한 요소를 종합하여 구성요건 해당사실을 다른 사실과 식별할 수 있는 정도로 기재하면 족하다.

공소장에 범죄의 일시, 장소, 방법 등을 구체적으로 적시하지 않았더라도 공소사실을 특정하도록 한 법의 취지에 반하지 않고, 범죄사실의 성격에 비추어 그 개괄적 표시가 부득이하며, 그에 대한 피고인의 방어권 행사에 지장이 없다면, 공소 내용을 특정하지 않았다고 볼 수 없다(대법원 2014. 4. 10. 선고 2013도1615 판결, 2010. 8. 26. 선고 2010도4671 판결 등 참조).

(2) 판단

검사가 피고인들의 피해 환자들에 대한 편취 범행을 기소하면서 그 공소사실에서 피해 환자별로 인적사항을 특정한 후 그에 대한 편취 금액을 구분하여 기재하지 않고 병원별·기간(1개월)별로 피해 환자들에 대한 편취 금액을 합산하여 일괄 기재한 것은 사실이다.

그러나 검사는 이 부분 공소사실에서 피해 환자들의 범주(위탁병원에서 식사를 제공받은 환자), 그들에 대한 범행 시기, 방법, 편취금액의 산정 방법 등을 특정하여 기재하고 있어 피해 환자들의 인적사항 및 개인별 편취 금액을 공소사실에 세분하여 개별 기재하지 않더라도 필요한 경우 위탁병원이 스스로 보관 중인 장부 등의 자료를 활용하여 용이하게 파악할 수 있고, 이를 통해 위와 같이 일괄 기재한 금액의 정확성에 대한 검증도 충분히 가능하므로, 이러한 공소사실의 기재가 피고인들의 방어권 행사에 수인하기 어려울 정도의 지장을 초래한다고 볼 수는 없다.

특히 이 사건에서 피해 환자들의 수가 약 40만 명에 이르러 그들의 인적사항 등을 일일이 서류에 기재하는 데 현저한 어려움이 있고, 이를 실제로 이행하기 위해서는 과다한 인력과 비용을 투입하지 않을 수 없음이 명백한 반면에, 피고인들은 앞서 본 것처럼 이 사건 가산금 청구 요건을 기망한 적이 없다거나 편취 범의가 없다는 등 피해 환자들의 인적사항이나 편취 금액과는 무관한 내용들만 내세우며 공소사실을 다투고 있을 뿐이어서 검사로 하여금 이 부분 공소사실에 피해 환자들의 개인별 인적사항 및 편취 금액을 세분하여 기재하도록 하는 것이 피고인들의 정당한 방어권 보장과 밀접한 관련이 있다고 보기도 어렵다.

사정이 이러하다면 이 사건 공소사실 중 피해 환자들에 대한 편취 범행에 대하여는 인적 사항 및 편취 금액을 개괄 표시하는 것이 부득이하고, 그에 대한 피고인들의 방어권 행사에 지장이 없어, 검사가 사건을 심리하는 데 충분할 정도로 공소사실을 특정했다고 볼 수 있다.

이와 다른 ○○ 측 피고인들의 주장은 받아들이지 않는다.

나. 영양사 등의 소속

(1) 쟁점

국민건강보험법 제41조 제2항, 「국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙」(보건복지부령) 제8조 제2항에 따라 보건복지부장관이 정한 "건강보험 요양급여 행위 및 그 상대가치점수"(보건복지부 고시 제2006-37호)에 의하면, 이 사

건 가산금 중 ① 영양사 등 가산금은 당해 요양기관 소속 상근 영양사 또는 조리사의 수에 따라 산정하고, ② 선택 식단 가산금은 당해 요양기관 소속 영양사가 1인 이상 상근하는 것을 전제로 입원환자가 선택할 수 있도록 매일 2식 이상에 대하여 2가지 이상의 식단을 제공한 경우에 적용할 수 있다.

검사는 위탁병원은 모두 영양사 등과 형식적 고용계약만 체결하였을 뿐 실제로는 ○○리조트가 그 영양사 등을 지휘·감독하면서 자신의 위탁급식 업무를 보조하게 하였으므로 그들이 요양기관 소속이어야 한다는 이 사건 가산금 지급요건을 충족하지 못하였다고 보아 이 사건 공소를 제기한 데 반하여, 피고인들은 그 영양사 등이 실제로 병원 소속으로 근무하였다고 주장하며 범행을 부인하고 있다.

결국 위탁병원과 고용계약을 체결한 영양사 등의 소속을 어디로 보아야 하는지에 이 사건 가산금의 지급요건 충족 여부가 달려 있으므로, 이하 그에 관하여 살펴보기로 한다.

(2) 법리

(가) 가산금의 의의 및 도입취지

정부는 비록 요양기관이 식당을 직영하지 않더라도 직접 그 소속으로 고용한 영양사 등이 있는 경우 소속감, 책임감, 사명감이 높아질뿐만 아니라 수익을 극대화하려는 민간 위탁급식 업체의 경영 방침으로부터 자유롭게 되어 급식의 질과 서비스 향상을 가져올 것이라는 정책적 판단에 기초하여, 요양기관이 영양사 등을 직접 그 소속으로 고용함에 따른 추가 투입비용(임금, 인력관리비용)을 보전하고자 이 사건 가산금 제도를 신설하였다(헌법재판소 2008. 4. 24. 선고 2006헌마990 결정 중 보건복지부장관의 의견 참조).

(나) 기본 요건

앞서 본 이 사건 가산금 제도의 도입취지에 비추어 보면, 병원 등의 요양기관이 형식적으로 영양사 등과 근로계약을 체결한 것만으로 당연히 이 사건 가산금의 지급요건을 충족하였다고 보기는 어렵고, 나아가 실제로도 당해 영양사 등이 요양기관 소속으로 근무하였음을 인정할 수 있어야 이를 지급할 수 있을 것이다.

여기서 영양사 등이 당해 요양기관 '소속'인지는 형식적으로 근로계약을 체결하였는지가 아니라 "실질적으로 요양기관이 이들을 고용하여 지휘·감독을 하고 있었는지"에 따라 판단하여야 한다(대법원 2014. 6. 26. 선고 2013도13673 판결 참조).

(다) 민사상 고용관계와의 구별

또한 이 사건 가산금 지급요건이 '고용'이 아니라 '소속'이라는 용어를 사용하고 있고, 그 제도의 취지가 요양기관 소속 영양사와 조리사가 민간 위탁급식 업체로부터 독립하여 급식업무를 주도함으로써 요양기관에 유리한 방향으로 급식 서비스와 질을 향상하도록 하자는 데 있는 점을 고려하면, 민사법상 유효한 고용계약을 체결하였더라도 요양기관이 영양사 등을 실질적으로 지휘·감독하고 있지 않는 경우에는 역시 지급요건을 충족하였다고 볼 수 없다.

가령 「파견근로자보호 등에 관한 법률」은 '근로자파견'을 "파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것"으로 정의하는데, 요양기관이 영양사 등과 고용계약을 체결한 후 위 법률에 따라 그 고용관계를 유지하면서 위탁급식 업체에 이들을 파견한 경우 이들은 요양기관과 적법하게 고용계약을 체결한 요양기관의 직원이라 하더라도 이 사건 가산금의 적용 여부에 관하여 당해 요양기관 '소속' 영양사 또는 조리사에 해당한다고 볼 수는 없는 것이다.

따라서 요양기관이 영양사 등과 유효한 고용계약을 체결하였는지 확인하는 것만으로 가산금 지급요건 충족 여부를 판단할 수는 없고, 여기에 더하여 아래에서 보는 것처럼 당해 영양사 등이 요양기관의 급식업무에서 기능적으로

차지하는 위치도 요양기관의 지휘·감독 체계에 들어있는지, 아니면 고용계약에도 불구하고 급식업무에서의 그의 기능적 위치는 위탁급식 업체의 지휘·감독 체계에 들어있다고 보아야 하는지 따져보아야 한다.

(라) 급식업무상 기능적 소속의 필요성 및 기준

요양기관이 직접 고용한 영양사 등으로 하여금 급식업무를 주도적으로 담당하게 하여 급식의 서비스와 질을 향상하는 것이 이 사건 가산금 제도 도입의 주 목적이고, 영양사 등의 핵심 업무도 급식 제공에 관한 것이므로 요양기관이 고용한 영양사 등을 실질적으로 지휘·감독하고 있어야 하는 영역도 급식업무라 할 것이고, 급식업무에서 기능적으로 이들을 지휘·감독하지 못하고 있다면 설사 인사발령이나 급여 지급 등 다른 측면에서 지휘·감독 관계를 인정할 수 있다고 하더라도 이 사건 가산금 지급의 전제가 되는 소속 관계가 있다고 볼 수 없다(물론 급식업무 외 측면도 급식업무에서 지휘·감독 관계의 존부를 가리는 데 간접 정황으로 참작할 수는 있다).

그런데 병원에서 급식업무는 통상 식단의 작성, 식자재 발주, 음식 조리, 배식 등으로 이루어져 있으므로, 그러한 일련의 급식업무 수행 과정에서 위탁병원과 고용계약을 맺은 영양사 등이 일상적으로 ○○리조트에서 독립하여 병원에서 직접 임무를 부여받고 그 지휘·감독을 받아 당해 임무를 수행해왔는지, 아니면 ○○리조트 책임자에게서 임무를 부여받고 그 지휘·감독을 받으면서 ○○리조트 급식 부서의 다른 직원들과 별 차이 없는 지위에서 업무에 종사하였는지가 급식업무상 기능적 소속의 핵심적인 판단 기준이 될 것이다.

이에 대하여 피고인들은 ○○리조트에서 기본메뉴 작성, 식자재 발주 등의 업무를 담당하고, 일정한 범위에서 병원 고용 영양사 등에게 업무지시를 하는 것은 위탁운영의 본질상 불가피하다고 주장하나, 이는 앞서 본 이 사건 가산금 제도의 도입취지에 정면으로 반하는 것일 뿐만 아니라, 그 영양사 등이 실제로 병원 소속이라면 ○○리조트에서 필요한 경우 그들에게 업무협조를 요청할지는 몰라도 결코 우월적인 지위에서 업무지시를 할 수는 없다고 봄이 타당하므로, 피고인들의 위 주장은 이유 없다.

(3) 판단

피고인들이 제출한 증거들에 따르면 □□병원은 대체로 영양사 등의 신규채용 및 계약연장 과정에서 인사기안서를 작성하고 지원자들에게서 직접 지원서를 접수하였으며, 채용 이후에는 병원 명의로 그들에게 직접 급여를 지급한 사실, 강북·강서·인천□□병원의 지원자들은 그 입사지원서에 지원병원을 '□□병원'으로 기재하였고 자기소개서도 □□병원에서 근무하는 것을 전제로 작성한 사실, □□병원은 병원 소속의 다른 직원들과 마찬가지로 영양사 등에 대한 인사평가, 인사관리 등을 실시한 사실을 인정할 수 있고, 이러한 사실들을 종합하면 □□병원이 당초 채용한 영양사 등과 민사상 법적 구속력이 있는 고용계약을 체결한 사실을 인정할 수 있다.

그러나 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 토대로 구체적으로 적시한 아래와 같은 사실들 및 그로부터 추단할 수 있는 여러 사정을 종합하면 위와 같은 유효한 고용관계에도 불구하고 당해 영양사 등이 급식업무에서 차지한 기능적 위치는 위탁병원이 아니라 ○○리조트의 지휘·감독 체계에 들어있었음을 충분히 인정할 수 있다.

결국 위탁병원은 이 사건 가산금의 지급을 위한 영양사 등의 '소속' 요건을 충족하지 못하였음에도 마치 이를 충족한 것처럼 가장하여 보험급여를 청구한 것으로 볼 수 있으므로, 이와 다른 전제에서 위탁병원이 이 사건 가산금을 청구한 데 아무런 잘못이 없다는 피고인 및 변호인의 주장은 받아들일 수 없다.

(가) △△△△병원 원장 공소외 3의 진술

○○리조트는 위탁병원 전부와 유사한 방식으로 구내식당 운영에 관한 위탁계약을 체결한 후 관리유지비 명목으로 병원 고용 영양사 등의 급여를 우회 부담하면서 이들을 자신의 급식업무에 활용하였는데, 위탁병원 중 하나인

△△△△병원의 병원장 공소외 3는 수사기관에서 이 사건 가산금의 지급요건을 가장하여 허위 청구하고자 ○○리조트의 제안을 받아들여 형식상으로만 영양사 등과 고용계약을 체결하였을 뿐 그들에 대한 실질적인 지휘·감독은 전적으로 ○○리조트 소속 영양사로 병원 급식업무를 총괄하는 점장에 의해 이루어졌음을 자백한 바 있다.

(나) 채용 및 임금 지급

위탁병원은 ○○리조트의 관여를 배제하고 독자적인 기준과 절차에 따라 채용할 영양사 등을 판단한 것이 아니라, 오히려 ○○리조트 점장이 우선 입사 지원자에 대한 면접 등을 통해 누가 근무할지 사실상 결정한 다음, 병원이 인사기안서를 작성하여 당해 영양사 등과 고용계약을 체결하는 방식으로 채용 절차를 진행하였다.

특히 ○○리조트는 위탁병원과 맺은 특약에 따라 영양사 등에게 지급하는 급여 상당을 관리유지비라는 명목으로 다시 해당 병원에 지급함으로써 결국 스스로 그 영양사 등에 대한 급여를 부담하였다(영양사 등의 채용 과정에 관여하고 급여를 부담한다고 하여 당연히 지휘·감독 권한까지 행사하는 것은 아니나, 그 영양사 등이 ○○리조트로부터 독립적인 지위에 있었다면 ○○리조트에서 위와 같이 스스로 급여를 부담하면서 채용에 개입할 이유가 없었으므로, 이는 그 영양사 등의 소속을 가리는 데 중요한 판단 기준이 될 수 있다).

(다) 근로에 대한 일반적 지휘·감독 권한

○○리조트 식음료 서비스(Food Service) 사업부 판촉(marketing)팀장 공소외 1이 2007. 2. 15. 작성하여 피고인 8에게 교부한 인수인계서에 '4. 특이사항 현재 근무 인력에 대한 당사 신규 채용 필수 조건임. 병원 소속 인력에 대한 당사 관리 가능'이라고 기재하였고, 이후 ○○리조트 소부문장 공소외 2이 '병원소속 영양사/조리사에 대한 설 선물 추가 지급의 건'에 "병원 측의 식대의료보험급여 적용을 위해 병원 소속의 영양사 2명, 조리사 2~3명을 채용하여 당사 점장의 통제 및 업무지시에 의거 당사 소속 조리종사원과 동일 공간 내 동일 근무 중(당사가 해당 인력에 대한 인건비를 병원 측에 납부 중), 병원 측과 최초 계약시 상기 인력에 대한 구인/채용 및 근무 통제는 당사에게 있으며" 라고 기재하는 등 ○○리조트는 형식상 위탁병원이 고용한 영양사와 조리사에 대한 지휘·감독 권한이 실질적으로 자사에 있음을 전제로 급식업무를 수행하였다.

(라) 식단 작성, 발주 관리, 조리업무 등 지휘·감독

□□병원 식당 메뉴는 기본적으로 □□병원 산하 6개 병원을 담당하는 ○○리조트 점장들이 참석하는 메뉴 회의를 통해 결정하였는데, 이 과정에서 병원 고용 영양사 등은 아무런 역할을 하지 못하였다.

한편 위와 같이 결정한 기본 메뉴를 실제로 이행하는 과정에서 해당 병원의 개별적인 사정에 따라 일부 수정하는 경우가 있을 수 있는데, 그런 경우에도 ○○리조트 점장들이 메뉴 수정 여부를 결정하였고, 병원 고용 영양사 등은 메뉴의 초안을 기안하더라도 이에 대하여 점장의 결재를 받아야 하는 등 식단 및 조리 방법에 관한 실질적인 결정권은 물론, 이렇다 할 발언권도 보유하지 못하고 있었다.

즉, 병원 고용 영양사 등이 기능적으로도 병원에 소속하여 급식업무를 주도하였다고 보려면 영양사 등이 병원 임·직원의 지휘·감독을 받아 식단 및 조리 방법을 결정하고, ○○리조트에서 메뉴 초안을 작성하더라도 그 수용 여부에 관하여는 병원 고용 영양사 등의 결재를 받게 하는 등의 방법으로 병원 고용 영양사 등에 최종적인 결정권을 유보하여야 할 뿐만 아니라 이들로 하여금 정기적으로 위탁급식의 질 및 가격의 적절성을 평가하여 병원에 보고하게 하는 등의 방법으로 위탁급식 계약관계의 유지 여부에 도움이 되는 정보를 생산·제공하게 하였어야 함에도, 위탁병원이 고용한 영양사 등은 오히려 ○○리조트 점장들의 결재를 받아 급식업무에 종사하였다는 점에서 기능상 병원에 소속한 사람들로 볼 수 없다.

(마) 병원 고용 영양사 등에 대한 교육 및 그 비용 부담

○○리조트에서 병원 고용 영양사 등도 자신의 교육대상에 포함하여 2011년 병원 직군 직무향상능력 교육, 2012년 병원 직군 직무향상능력 교육, '병원직원 영양사 전문성 함양을 위한 사내/사외 교육'을 실시하였을 뿐만 아니라, 위탁 병원 대신 영양사 등의 위생교육비를 지급하기도 하는 등 영양사 등에 대한 교육에 깊이 관여하였다(○○리조트에서 독립하여 급식업무에 종사하여야 하는 병원 고용 영양사 등이 오히려 ○○리조트에서 교육을 받았다면 이 사건 가산금 제도의 도입취지에 따라 병원 급식업무에서 주도적인 역할을 담당하기란 사실상 곤란하다고 보지 않을 수 없다).

(바) 기타 세부 정황

위탁병원이 고용한 영양사 등이 모두 급식업무에 관하여는 실질적으로 ○○리조트의 지휘·감독을 받으면서 그 급식 체계에 소속하여 근무하였음을 알 수 있는 세부 정황들을 병원별로 정리하면 별지 "병원별 세부 정황"의 기재와 같다.

(4) 피고인들 주장 사정들에 대하여

피고인들은 모두 병원 고용 영양사 등이 실제로 위탁병원 소속이었다고 주장하면서 그 근거로서, ① 영양사 등의 신규 채용 및 계약 연장 과정에서 인사기안서를 작성하고, 지원자들에게서 직접 지원서를 수령하였으며, ② 영양사 등에 대한 4대 보험 중 사용자가 부담할 금액을 병원에서 지출하였고, ③ 위탁병원의 기획실장들이 영양사 등에 대한 평가표에 평가점수 및 평가내용을 기재하였으며, ④ 영양사 등은 ○○리조트 직원과 달리 위탁병원의 사번을 부여받아 병원 내부전상망에 접속할 수 있었고, ⑤ 영양사 등에 ○○리조트가 아니라 위탁병원의 휴가 관련 규정을 적용하였고, 연차 신청 역시 ○○리조트가 아니라 위탁병원의 자체 전산 체계를 통해 진행하였다는 점 등을 제시하고 있다.

그러나 이러한 사정들은 대부분 고용계약 체결에 당연히 수반하는 절차 또는 결과에 불과하여 영양사 등이 단순히 위탁병원과 법적으로 유효한 고용계약을 맺은 것을 넘어 ○○리조트에서 독립하여 위탁병원의 지휘·감독 체계에서 급식업무에 종사하였다고 볼 근거는 될 수 없고, 가사 기획실장 등 위탁병원의 임·직원이 고용 영양사 등에게 간헐적으로 급식업무에 관한 지시를 내린 적이 있더라도 앞서 본 것처럼 위탁병원이 고용 영양사 등을 통해 메뉴를 최종적으로 결정하거나 급식의 수준이나 가격의 적절성을 평가한 적이 전혀 없는 점 등에 비추어 보면, 이러한 간헐적인 지시는 영양사 등을 ○○리조트 급식 부서 구성원의 하나로 취급하여 그에 대하여 ○○리조트에 대한 요구사항을 개선하는 것으로 볼 수 있을 뿐이어서, 그들이 급식업무의 기능상 ○○리조트에 소속하였다는 앞선 판단에 무슨 영향을 미칠 수 없다.

다.

편취 범의 유무

(1) 법리

사기죄의 주관적 구성요건인 편취의 범의는 피고인이 자백하지 않는 이상 범행 전후 피고인의 재력, 환경, 범행의 내용, 거래의 이행과정 등과 같은 객관적인 사정 등을 종합하여 판단할 수밖에 없으며, 한편 확정적이 아니라 미필적 고의로도 사기죄가 성립할 수 있는데 미필적 고의가 있다고 하려면 범죄사실의 발생 가능성에 대한 인식이 있음은 물론 나아가 범죄사실이 발생할 위험을 용인하는 내심의 의사가 있어야 한다(대법원 2008. 2. 28. 선고 2007도10416 판결, 2008. 3. 27. 선고 2008도443 판결 등 참조).

(2) 판단

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정한 사실들 및 그에서 추단할 수 있는 다음의 여러 사정, 즉, ① 피고인들은 ○○리조트에서 영양사 등의 인건비를 부담하기로 한 약정 내용을 위탁운영계약서에 직접 적시하지 않고, 이를 원래의 용도와 전혀 상관없는 '관리유지비'라는 계정을 통해 우회적으로 수수하였는데, 이는 다분히 위탁병원 및 ○○리조트의 회계처리상 당해 금액이 인건비 항목으로 나타나지 않게 하는 등 대외적으로 ○○리조트의 인건비 지원 사실을 감추려는 의도에서 기인한 것으로 볼 수 밖에 없는 점, ② ○○리조트는 처음에는 내부적으로 환자 식대 보험급여화에 따라 위탁병원이 요구하는 영양사 등의 채용구조, 즉 이 사건 범행에서 나타난 것과 마찬가지로의 채용구조를 '편법'으로 규정하고 이를 수용하지 않는다는 원칙을 정하였다가 이후 수익성 악화 등을 우려하여 그러한 편법계약 요구에 대하여도 탄력적으로 수용하는 것으로 입장을 변경하였는데, 만약 진정으로 위와 같은 영양사 등의 채용구조에 전혀 문제가 없다고 생각하였다면 당초 위탁병원의 요구에 그와 같이 거부감을 나타낼 이유가 전혀 없는 점, ③ 검찰 수사 개시 후 ○○리조트 측은 점장들을 소집하여 대책을 논의하였을 뿐만 아니라 자료 삭제 프로그램을 배포하여 컴퓨터 내 관련 파일들을 삭제하게 하였고, 위탁병원도 고용 영양사 등에게 연락하여 수사기관에서 조사를 받게 될 경우에 대비한 대답을 알려주면서 일부 영양사 등에게는 명시적으로 허위진술을 부탁하기까지 하는 등 조직적인 증거인멸을 시도하였는데, 이는 이 사건 가산금 청구가 법적으로 문제가 될 수 있음을 인식하였기 때문으로 볼 수 있는 점 등을 종합하면, 피고인들은 적어도 미필적으로는 위탁병원이 고용한 영양사 등이 급식업무에 관하여는 실질적으로 ○○리조트 소속에 해당하여 이 사건 가산금의 지급요건을 충족하지 못할 수 있음을 인식하고 이를 용인하면서 이 사건 가산금을 청구하였다고 볼 수 있으므로, 그들에게 편취의 범의가 있었음을 인정하는 데 무리가 없다.

이에 반하는 피고인들의 주장도 받아들이지 않는다.

라. 포괄일죄 여부

(1) 법리

같은 구성요건에 해당하는 여러 행위를 단일하고 지속적인 범의로 일정 기간 계속 행하고 그 피해 법익도 동일한 경우에는 이들 각 행위를 통틀어 포괄일죄로 처단하여야 하나, 수 개의 범행에서 범의의 단일성과 계속성을 인정할 수 없거나 범행방법이 동일하지 않다면 각 범행은 실체적 경합범에 해당한다(대법원 2005. 5. 13. 선고 2005도278 판결, 2006. 9. 8. 선고 2006도3172 판결 등 참조).

(2) 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하면 피고인 1은 2007. 3. 2.부터 ○○리조트 식음료 서비스 사업부에서 식음료 서비스 운영본부장으로 근무하기 시작한 이래 단체급식 사업본부장, 영업2본부장, 식음료 서비스 사업2부장, 식음료 서비스 사업부장 등의 직책을 거치면서 계속하여 ○○리조트의 단체급식 사업부에 종사하다가 2011. 5. 16. ○○리조트의 국내 단체급식 사업과 직접 관계가 없는 ○○그룹 중국 상하이 법인 총괄상무로 직책을 옮겨 그때부터 같은 해 10. 16.까지 5개월간 근무한 사실, 중국 근무 기간 ○○리조트 소속 식음료 서비스 사업부장의 직책을 유지한 채 근무한 것이 아니라, 정식의 인사발령에 따라 종전 직책은 면한 상태로 오로지 중국 법인 총괄상무의 지위에서 업무를 수행한 사실을 인정할 수 있다.

이렇듯 피고인 1이 2011. 5. 16. ○○리조트 식음료 서비스 사업부 소속에서 벗어난 이상 나중에 중국에서 국내로 복귀하더라도 ○○리조트 식음료 서비스 사업부장의 직책을 다시 맡을 것인지, 다른 부서로 발령날 것인지, 그것도 아니

면 전혀 다른 계열사로 자리를 옮기게 될 것인지 단정할 수 없으므로(만약 피고인 1이 중국을 다녀온 후 다른 부서나 계열사로 전출하였다면 그에게 자신의 전출 이후 식음료 서비스 사업부에서 저지른 범행에 대한 형사책임까지 지울 수는 없음은 물론이다), 식음료 서비스 사업부장의 지위에서 위탁병원에 대한 위탁급식 업무에 종사하면서 가지고 있던 이 사건 가산금 편취의 범의를 중국 근무 중에도 그대로 유지하고 있었다고 볼 수 없고, 달리 그가 중국 법인에서 근무하면서도 사실상 ○○리조트 식음료 서비스 사업부장의 직책을 수행하였다는 증거도 전혀 없으므로, 피고인 1은 중국 근무를 계기로 이 사건 가산금의 편취 범의가 끊어졌다고 봄이 옳고 그 전후에 걸친 범의의 단일성이나 계속성을 인정할 수 없다.

그렇다면 피고인 1의 중국 근무 전후의 범행은 서로 실체적 경합범의 관계에 있을 뿐 통틀어 포괄일죄로 처단할 수 없다.

그 전후 △△△△△ 병원을 통해 편취한 금액을 별도로 계산하면 2007년 3월부터 2011년 4월까지의 합계 392,842,700원, 같은 해 11월부터 2013년 11월까지의 합계 221,646,620원이 되어 모두 5억 원 미만으로 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)죄의 구성요건에 해당하지 않는다.

이와 다른 전제에서 피고인 1이 중국 근무 전후를 불문하고 범의의 계속성이 있었다고 보고 그에 대하여 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)죄의 성립을 인정한 원심의 판단에는 포괄일죄 성립 요건에 관하여 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있으므로, 이를 지적하는 같은 피고인의 주장은 이유 있다.

4. 국민건강보험법위반의 점에 대하여

가. 보험급여와 보험급여 비용의 구분

국민건강보험법은 일관하여 '환자가 의료기관에서 제공받는 진료행위, 장애인이 제공받는 보장구 등 실물 혜택'에 관하여는 '보험급여'(이 중 요양기관에서 제공받은 진료행위는 '요양급여')라는 용어를 사용하고 '국민건강보험공단이 실물 혜택인 보험급여의 가치를 금전적으로 평가하여 보험급여 제공 기관에 지급하는 대가'에 관하여는 '보험급여 비용'(이 중 요양기관의 진료행위에 대한 금전적 대가는 '요양급여 비용')이라는 용어를 사용하여 그 둘의 의미를 명백히 구별하고 있는데, 그 대표적인 용례는 아래 표와 같다.

조항 조문 (편의상 관련 단어 아래 강조 표시) 제14조(업무 등) ① 공단은 다음 각 호의 업무를 관장한다.

3. 보험급여의 관리 ...(중략)... 5. 보험급여 비용의 지급 제57조 (부당이득의 징수) ① 공단은 속임수나 그 밖의 부당한 방법으로 보험급여를 받은 사람이나 보험급여 비용을 받은 요양기관에 대하여 그 보험급여나 보험급여 비용에 상당하는 금액의 전부 또는 일부를 징수한다.

② 공단은 제1항에 따라 속임수나 그 밖의 부당한 방법으로 보험급여 비용을 받은 요양기관이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 해당 요양기관을 개설한 자에게 그 요양기관과 연대하여 같은 항에 따른 징수금을 납부하게 할 수 있다.

제63조(업무 등) ① 심사평가원은 다음 각 호의 업무를 관장한다.

1. 요양급여 비용의 심사 2. 요양급여의 적정성 평가 ...(중략)... 7. 그 밖에 보험급여 비용의 심사와 보험급여의 적정성 평가와 관련하여 대통령령으로 정하는 업무 제87조(이의신청) ① 가입자 및 피부양자의 자격, 보험료등, 보험급여, 보험급여 비용에 관한 공단의 처분에 이의가 있는 자는 공단에 이의신청을 할 수 있다.

제91조(시효) ① 다음 각 호의 권리는 3년 동안 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성된다.

3. 보험급여를 받을 권리 4. 보험급여 비용을 받을 권리

나. 판단

국민건강보험법 제115조 제2항 제5호는 "거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 보험급여를 받거나 타인으로 하여금 보험급여를 받게 한 자"를 처벌하고 있다.

그런데 앞서 본 바와 같이 국민건강보험법이 '보험급여'와 '보험급여 비용'을 명백히 구별하고 있고, 변호인이 제출한 국회 보건복지위원장 작성의 국민건강보험법 일부개정법률안(대안)에 따르면 그 제안 취지가 환자 등이 건강보험증을 부정 사용하여 보험급여를 수급하는 행위를 과태료 부과 대상이 되는 질서위반행위에서 형사범죄로 바꾸어 처벌을 강화하는 데 있음을 알 수 있는 점 등에 비추어 보면, 위 조항의 '보험급여'는 법률이 일관적으로 사용한 당해 용어의 의미와 마찬가지로 환자가 제공받는 진료행위 등 실물 혜택을 의미하는 것일 뿐, 그 혜택에 대하여 국민건강보험공단이 제공하는 금전적 대가의 의미까지 포괄하고 있다고 볼 수 없다.

그렇다면 보험급여(식사) 자체를 부정하게 제공받은 것이 아니라 단지 보험급여 비용(식사의 대금)을 허위로 부풀린 행위에 대하여는 국민건강보험법 제115조 제2항 제5호를 적용할 수 없으므로, 이와 다른 전제에서 이 사건 공소사실 중 피고인 1, 피고인 2, 피고인 16에 대한 국민건강보험법위반의 점을 유죄를 인정한 원심의 판단에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있고, 이를 지적하는 같은 피고인들의 주장은 이유 있다.

5. 양형부당 여부

가. 피고인 3, 피고인 7

피고인 3은 병원장, 피고인 7은 기획실장으로서, 이 사건 가산금 제도의 허점을 틈타 영양사 등을 실제 그 소속으로 두는 듯한 외관을 가장함으로써 장기간 거액의 가산금을 편취한 점, 피고인 3은 인천·목동·부평·강북□□병원에서, 피고인 7은 인천·부평□□병원에서, 각 범행에 가담하였고, 특히 피고인 7은 □□병원의 기획실장들 중 처음으로 ○○리조트와 이 사건 가산금 편취의 범행 수법을 고안·공모하고 ○○리조트에 영양사 등의 인건비 부담을 직접 요구하기도 하는 등 범행에 깊이 관여한 점이 그들에게 불리한 정황이다.

그러나 이 사건 범행은 이 사건 가산금 제도의 시행 초기 관계 당국이 그 지급요건을 불명확하게 정해 놓고 그에 관하여 믿을 만한 구체적 기준도 내놓지 않은 상황에서 시작한 것으로, 편취 범의가 확정적이지 않고 미필적인 수준에 머물러 있어 그에 대한 비난가능성이 크다고 보기 어려운 점, 피고인 3, 피고인 7이 당초 ○○리조트 측 피고인들과 공모하여 이 사건 가산금 편취 범행을 개시한 이상 그 이후에는 단순히 종전의 상태를 유지하는 것 이외에 특별히 범행을 지속하기 위한 별도의 조치를 취하지 않더라도 시간이 경과함에 따라 편취 금액은 증가하는 것이어서 비난가능성이나 처벌의 필요성이 반드시 편취 금액에 비례하여 증가한다고 보기는 어려운 점, 이미 편취 금액의 대부분을 공탁하여 이 사건 범행으로 인한 피해를 상당히 회복한 점, 피고인 7은 병원 직원으로 재직 중 업무수행 과정에서 범행에 가담한 것으로 개인적으로 취득한 이득이 없는 점, 피고인 3은 벌금형 이외의 범죄전력이 없고, 피고인 7은 지금까지 형사처벌을 받은 전력이 전혀 없는 점, 그밖에 그들의 연령, 성행, 환경, 범행의 동기, 수단과 결과, 범행 후의 정황 등 기록에 나타난 여러 양형조건을 고려해 보면, 원심이 피고인 3, 피고인 7에게 선고한 형량은 모두 너무 무거워서 부당하다고 볼 수 있으므로, 이를 지적하는 같은 피고인들의 항소이유 주장은 이유 있다.

나. 피고인 5, 피고인 8

피고인 5는 목동인천□□병원 기획실장으로, 피고인 8은 ○○리조트 식음료 서비스 사업부 병원운영팀장으로 각 재직하면서 이 사건 가산금 편취 범행에 가담하였는바, 역시 그 편취 금액이 거액이고, 특히 피고인 5는 피해자 국민건

강보험공단에 대한 편취 금액이 5억 원을 넘어 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」상 가중처벌 조항의 적용을 받는 점, 피고인 8은 이 사건 범행 초기에 ○○리조트에서 위탁급식계약 체결의 실무를 담당하면서 이 사건 가산금 편취의 구조를 고안·협약하여 실행에 옮긴 점 등의 불리한 정상, 반면에 앞서 본 것처럼 이들의 편취 범의가 미필적인 수준으로 비난가능성이 작고, 이들이 모두 직장인으로 회사를 위해 담당업무에 종사하다가 이 사건 범행에 이른 것으로 그 과정에서 개인적으로 취득한 이익은 없는 점, 편취 금액을 공탁한 점, 모두 형사처벌을 받은 전력이 전혀 없는 점 등의 유리한 정상, 그밖에 그들의 연령, 성행, 환경, 범행의 동기, 수단과 결과, 범행 후의 정황 등 기록에 나타난 여러 양형조건을 고려해 보면, 원심이 이들에게 선고한 형이 지나치게 무겁거나 가벼워서 도저히 파기를 면할 수 없을 만큼 부당하다고는 볼 수 없다.

다.

피고인 4, 피고인 6

피고인 4는 인천·강서□□병원의 병원장, 피고인 6은 부평□□병원의 기획실장으로 각 재직하면서 이 사건 가산금 편취 범행에 가담하였는바, 마찬가지로 그 범행수법이 교묘하고 편취 금액이 거액이지만, 앞서 본 것처럼 편취 범의가 미필적인 수준에 불과한 점, 피고인 4는 남편인 피고인 3이 형성한 이 사건 가산금 편취 구조를 별다른 의식 없이 만연히 답습한 측면이 있고, 피고인 6도 이미 부평□□병원에 이 사건 가산금 편취 구조가 정착한 이후 병원에서 관련 업무를 맡게 된 결과 이 사건 범행에 관여하게 된 것으로 그 과정에서 개인적으로 취득한 이익은 없는 점, 편취 금액을 공탁한 점, 모두 형사처벌 전력이 전혀 없는 점, 그밖에 그들의 연령, 성행, 환경, 범행의 동기, 수단과 결과, 범행 후의 정황 등 기록에 나타난 여러 양형조건을 고려해 보면, 원심이 피고인 4, 피고인 6에게 선고한 형량은 모두 너무 무거워서 부당하다고 볼 수 있으므로, 이를 지적하는 같은 피고인들의 주장은 이유 있다.

라. 피고인 9, 피고인 10, 피고인 11, 피고인 12, 피고인 13, 피고인 14, 피고인 15

편취한 금액이 결코 적다고 볼 수는 없는 점 등의 불리한 정상, 반면 피고인 9는 2010년 9월경 인천□□병원의 병원장 직을 승계한 자이고, 피고인 10은 2011년 6월경 은평□□병원장에 취임한 자로서, 이미 다른 피고인들이 이 사건 가산금 편취 범행의 구조를 정립한 이후 병원을 이어받아 별다른 생각 없이 유지하였을 뿐이며, 피고인 11, 피고인 12, 피고인 13, 피고인 14, 피고인 15의 경우에도 전임 기획실장에게서 이 사건 가산금 편취 범행의 구조를 그대로 물려받아 이를 유지하였을 뿐이어서 그 편취 범의가 더욱 미약하다고 볼 수 있는 점, 편취 금액을 공탁한 점, 피고인 9, 피고인 11, 피고인 13, 피고인 14, 피고인 15는 형사처벌 전력이 전혀 없고, 피고인 10, 피고인 12은 벌금형 이외의 처벌을 받은 전력이 없는 점 등 유리한 정상, 그밖에 그들의 연령, 성행, 환경, 범행의 동기, 수단과 결과, 범행 후의 정황 등 기록에 나타난 여러 양형조건을 고려해 보면, 원심이 이들에게 선고한 형이 지나치게 무겁거나 가벼워서 도저히 파기를 면할 수 없을 만큼 부당하다고는 볼 수 없다.

6. 결론

피고인 1, 피고인 2, 피고인 16의 항소이유 주장 중 그들에 대한 국민건강보험법위반죄의 성부 및 피고인 1에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)죄의 성부를 다투는 부분은 이유 있으므로 이 부분들은 파기하여야 하는데, 피고인 1, 피고인 2, 피고인 16의 나머지 죄들은 이렇게 파기하는 부분들과 형법 제37조 전단 경합범의 관계에 있어 통틀어 하나의 형을 선고하여야 하므로, 결국 원심 판결 중 그들에 대한 부분은 양형부당 주장의 당부를 따질

것 없이 전부 파기하여야 한다.

앞서 본 바와 같이 피고인 3, 피고인 7, 피고인 4, 피고인 6의 양형부당 주장은 이유 있고, 피고인 5, 피고인 8, 피고인 9, 피고인 10, 피고인 11, 피고인 12, 피고인 13, 피고인 14, 피고인 15의 양형부당 주장 및 검사의 그들에 대한 양형부당 주장은 모두 이유 없다.

따라서 형사소송법 제364조 제4항에 따라 피고인 5, 피고인 8, 피고인 9, 피고인 10, 피고인 11, 피고인 12, 피고인 13, 피고인 14, 피고인 15의 항소 및 그들에 대한 검사의 항소를 모두 기각하고, 같은 조 제6항에 따라 원심 판결 중 나머지 피고인들에 대한 부분을 파기한 후 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 원심이 인정한 범죄사실의 요지

가. 피고인들의 지위

피고인 3, 피고인 4, 피고인 9, 피고인 10은 인천·목동·강서·부평·강북·은평□□병원(이하 통틀어 '□□병원'이라 한다)의 전·현직 병원장이고, 피고인 5, 피고인 6, 피고인 7, 피고인 11, 피고인 12, 피고인 13, 피고인 14, 피고인 15는 □□병원의 전·현직 기획실장이다(이하 병원장 및 기획실장을 통틀어 '병원 측 피고인들'이라 한다).

피고인 1, 피고인 2, 피고인 8, 피고인 16은 위탁급식업체인 ○○리조트 주식회사(이하 '○○리조트'라 한다)의 임직원들이다(이하 '○○ 측 피고인들'이라 한다).

나. □□병원 입원환자 식대 가산금 부분

병원 측 피고인들은 ○○ 측 피고인들과 구내식당 운영에 관한 위탁계약 조건을 협상하면서 입원환자 식대 보험급여 중 영양사 가산금, 조리사 가산금 및 선택식단 가산금(이하 통틀어 '이 사건 가산금'이라 한다)을 받는 데 필요한 영양사, 조리사(이하 '영양사 등'이라 한다)를 형식으로만 병원 소속으로 두고, 인건비는 병원이 아닌 ○○리조트가 부담하되, 일단 병원이 급여 등을 지급하면 추후 관리유지비 명목으로 ○○리조트가 병원에 우회 보전하기로 하면서, 그들로 하여금 사실상 ○○리조트의 위탁급식 업무를 보조하게 하기로 상호 합의하였다.

이렇듯 영양사 등은 실제로는 □□병원 소속이라 할 수 없어 이 사건 가산금의 지급요건을 충족하지 못하였음에도, 피고인들은 공모하여 마치 □□병원이 그들을 직접 고용하여 실제 인건비 등 추가 비용을 부담하면서 지휘·감독하고 있는 것처럼 가장하였을 뿐만 아니라 일부 기간은 자리에 없었던 조리사가 실제 근무한 것처럼 가장하여 건강보험심사평가원에 이 사건 가산금을 청구함으로써 이에 속은 건강보험심사평가원의 평가 결과에 따라 피해자 국민건강보험공단으로 하여금 이 사건 가산금을 교부하게 하고, 피해자인 진료환자들(이하 '피해 환자들'이라 한다)로 하여금 이 사건 가산금에 상응하는 환자 자기부담금을 납부하게 하여 각 이를 편취하였다.

다.

△△△△△병원, ◇◇병원, ◁◁△△병원 입원환자 식대 가산금 부분

△△△△△병원, ◇◇병원, ◁◁△△병원의 임·직원들은 ○○ 측 피고인들과 병원 구내식당 운영에 관한 위탁계약 조건을 협상하면서 이 사건 가산금을 받는 데 필요한 영양사 등을 형식으로만 병원 소속으로 두고, 이에 따른 인건비는 병원이 아닌 ○○리조트가 부담하되, 일단 병원이 급여 등을 지급하면 추후 관리유지비 명목으로 ○○리조트가 병원에 우회 보전하기로 하면서, 형식상 병원 소속으로 고용한 영양사 등으로 하여금 사실상 ○○리조트의 위탁급식 업무를 보조하게 하기로 상호 합의하였다.

이렇듯 영양사 등은 실제로는 위 병원 소속이라 할 수 없어 이 사건 가산금의 지급요건을 충족하지 못하였음에도, ○○리조트 측 피고인들은 위 병원 임·직원들과 공모하여 마치 병원에서 그들을 직접 고용하여 실제 인건비 등 추가 비용을 부담하면서 지휘·감독하고 있는 것처럼 가장하여 이 사건 가산금을 청구함으로써 이에 속은 건강보험심사평가원의 평가 결과에 따라 피해자 국민건강보험공단으로 하여금 이 사건 가산금을 교부하게 하고(그 중 피고인 1이 △△△△△ 병원을 통해 피해자 국민건강보험공단에게서 편취한 금액은 614,489,320원이다), 피해 환자들로 하여금 이 사건 가산금에 상응하는 환자 자기부담금을 납부하게 하여 각 이를 편취함과 동시에 피고인 1, 피고인 2, 피고인 16은 같은 병원 임·직원들과 공모하여 부정한 방법으로 피해자 국민건강보험공단에게서 보험급여를 받았다.

2. 항소이유의 요지

가. 사실오인 또는 법리오해

(1) 공소사실의 불특정 (○○ 측 피고인들)

이 사건 공소사실 중 진료환자들에게서 재물을 편취한 사기의 점들은 각각의 환자마다 별개의 범죄가 성립하므로, 공소사실에 피해 환자와 그 피해액을 개인별로 특정하여 기재하여야 마땅함에도, 검사는 공소장에 피해 환자들의 인적사항이나 개별 피해액을 전혀 기재하지 않고 병원별·기간별로 피해 환자들의 피해액만을 일괄 기재하였다. 따라서 이 사건 공소사실 중 피해 환자에 대한 각 사기의 점은 공소사실을 제대로 특정하지 않은 것으로 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효이므로, 형사소송법 제327조 제2호에 따라 이 부분 공소를 기각하여야 한다.

(2) 가산금 지급요건 충족 (피고인들)

○○리조트가 사후에 □□병원, △△△△△병원, ◇◇병원, ◁◁△△△△(이하 이들을 통틀어 '위탁병원'이라 한다)에 영양사 등에 대한 인건비 상당 금액을 관리비 명목으로 지급한 것은 사실이지만, 그러한 경제적 지원과 무관하게 위탁병원은 진정한 의사로 영양사 등과 고용계약을 체결하였을 뿐만 아니라 이들을 실질적으로 지휘·감독하면서 급식의 질이나 영양상태를 점검하게 하였으므로, 그 소속은 ○○리조트가 아니라 위탁병원이다.

따라서 위탁병원이 이 사건 가산금을 청구하여 수령한 것을 기망에 의한 편취로 볼 수 없다.

(3) 편취 범의의 부존재 (피고인들)

가사 영양사 등을 위탁병원의 소속으로 볼 수 없어 이 사건 가산금의 청구가 위법하다고 하더라도, 지금까지 영양사 등의 소속을 무슨 기준에 따라 판단할지 분명한 지침이 없었던 상황에서 피고인들은 위탁병원이 고용한 영양사 등이 이 사건 가산금의 지급요건을 따질 때에도 병원 소속이 되는 것으로 생각하고 이 사건 가산금을 청구한 것이므로, 피고인들에게는 건강보험심사평가원을 기망하여 재물을 편취한다는 주관적 고의, 즉 사기죄의 성립에 필요한 편취의 범의가 없었다.

(4) 해외파견에 따른 범죄의 단절 (피고인 1)

피고인 1은 2011. 5. 16.부터 같은 해 10. 16.까지 5개월간 ○○ 중국 상하이법인 총괄상무로 전출하여 중국 현지에서 근무하였는바, 그의 경우 가사 이 사건 가산금 편취 범행을 모두 유죄로 인정하더라도 중국 근무를 계기로 편취의 범의가 끊어져 중국 근무 전후의 범행 사이에 범의의 단일성이나 계속성을 인정할 수 없으므로, 그 전후의 범행은 실체적 경합범 관계에 있을 뿐 포괄하여 일죄가 될 수 없다.

이에 따라 중국 근무 전후 범행으로 인한 이득액을 분리 계산하면 △△△△△ 병원을 통해 편취한 금액은 5억 원 미만에 불과하여 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)죄가 성립할 수 없다.

(5) 국민건강보험법 제115조 제2항 제5호의 규율 대상 (피고인 1, 피고인 2, 피고인 16)

국민건강보험법 제115조 제2항 제5호는 그 문언상 '보험가입자나 피부양자 등 요양기관을 이용하는 환자'가 건강보험증을 부정하게 이용하는 등 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 보험급여를 받거나 타인으로 하여금 보험급여를 받게 한 경우에 적용하는 조항으로, '보험급여'가 아니라 '보험급여 비용'을 청구하는 요양기관은 그 조항의 규율 대상에 해당하지 않으므로, 가사 피고인 1, 피고인 2, 피고인 16이 △△△△△병원, ◇◇병원, <△<△병원의 임·직원들과 공모하여 부당하게 '보험급여 비용'을 지급받았다고 하더라도 그러한 행위가 위 조항의 구성요건에 해당하지는 않는다.

나. 양형부당

(1) 피고인들

원심의 각 선고 형량(피고인 1 : 징역 2년, 피고인 2 : 징역 1년 6월, 피고인 3, 피고인 7 : 각 징역 2년, 집행유예 3년, 피고인 5 : 징역 1년 6월, 집행유예 2년, 피고인 4 징역 1년, 집행유예 3년, 피고인 6, 피고인 8 : 각 징역 1년, 집행유예 2년, 피고인 9, 피고인 10 : 각 벌금 2천만 원, 피고인 11, 피고인 12, 피고인 13, 피고인 15, 피고인 16 : 각 벌금 1천만 원, 피고인 14 : 벌금 1,200만 원)이 너무 무거워서 부당하다.

(2) 검사

피고인들에 대한 원심의 각 선고 형량이 너무 가벼워서 부당하다.

3. 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기) 및 사기의 점에 대하여

가. 공소사실 기재의 적법 여부

(1) 공소사실 특정의 법리

공소사실의 기재는 범죄의 시일, 장소와 방법을 명시하여 사실을 특정할 수 있도록 하여야 하는데(형사소송법 제254조 제4항), 이는 피고인이 용이하게 방어권을 행사하도록 하기 것이므로, 공소사실은 이러한 요소를 종합하여 구성요건 해당사실을 다른 사실과 식별할 수 있는 정도로 기재하면 족하다.

공소장에 범죄의 일시, 장소, 방법 등을 구체적으로 적시하지 않았더라도 공소사실을 특정하도록 한 법의 취지에 반하지 않고, 범죄사실의 성격에 비추어 그 개괄적 표시가 부득이하며, 그에 대한 피고인의 방어권 행사에 지장이 없다면, 공소 내용을 특정하지 않았다고 볼 수 없다(대법원 2014. 4. 10. 선고 2013도1615 판결, 2010. 8. 26. 선고 2010도4671 판결 등 참조).

(2) 판단

검사가 피고인들의 피해 환자들에 대한 편취 범행을 기소하면서 그 공소사실에서 피해 환자별로 인적사항을 특정한 후 그에 대한 편취 금액을 구분하여 기재하지 않고 병원별·기간(1개월)별로 피해 환자들에 대한 편취 금액을 합산하여 일괄 기재한 것은 사실이다.

그러나 검사는 이 부분 공소사실에서 피해 환자들의 범주(위탁병원에서 식사를 제공받은 환자), 그들에 대한 범행 시기, 방법, 편취금액의 산정 방법 등을 특정하여 기재하고 있어 피해 환자들의 인적사항 및 개인별 편취 금액을 공소사실에 세분하여 개별 기재하지 않았더라도 필요한 경우 위탁병원이 스스로 보관 중인 장부 등의 자료를 활용하여 용이하게 파악할 수 있고, 이를 통해 위와 같이 일괄 기재한 금액의 정확성에 대한 검증도 충분히 가능하므로, 이러한 공소사실의 기재가 피고인들의 방어권 행사에 수인하기 어려울 정도의 지장을 초래한다고 볼 수는 없다.

특히 이 사건에서 피해 환자들의 수가 약 40만 명에 이르러 그들의 인적사항 등을 일일이 서류에 기재하는 데 현저한 어려움이 있고, 이를 실제로 이행하기 위해서는 과다한 인력과 비용을 투입하지 않을 수 없음이 명백한 반면에, 피고인들은 앞서 본 것처럼 이 사건 가산금 청구 요건을 기망한 적이 없다거나 편취 범의가 없다는 등 피해 환자들의 인적사항이나 편취 금액과는 무관한 내용들만 내세우며 공소사실을 다투고 있을 뿐이어서 검사로 하여금 이 부분 공소사실에 피해 환자들의 개인별 인적사항 및 편취 금액을 세분하여 기재하도록 하는 것이 피고인들의 정당한 방어권 보장과 밀접한 관련이 있다고 보기도 어렵다.

사정이 이러하다면 이 사건 공소사실 중 피해 환자들에 대한 편취 범행에 대하여는 인적 사항 및 편취 금액을 개괄 표시하는 것이 부득이하고, 그에 대한 피고인들의 방어권 행사에 지장이 없어, 검사가 사건을 심리하는 데 충분할 정도로 공소사실을 특정했다고 볼 수 있다.

이와 다른 ○○ 측 피고인들의 주장은 받아들이지 않는다.

나. 영양사 등의 소속

(1) 쟁점

국민건강보험법 제41조 제2항, 「국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙」(보건복지부령) 제8조 제2항에 따라 보건복지부장관이 정한 "건강보험 요양급여 행위 및 그 상대가치점수"(보건복지부 고시 제2006-37호)에 의하면, 이 사건 가산금 중 ① 영양사 등 가산금은 당해 요양기관 소속 상근 영양사 또는 조리사의 수에 따라 산정하고, ② 선택식단 가산금은 당해 요양기관 소속 영양사가 1인 이상 상근하는 것을 전제로 입원환자가 선택할 수 있도록 매일 2식 이상에 대하여 2가지 이상의 식단을 제공한 경우에 적용할 수 있다.

검사는 위탁병원은 모두 영양사 등과 형식적 고용계약만 체결하였을 뿐 실제로는 ○○리조트가 그 영양사 등을 지휘·감독하면서 자신의 위탁급식 업무를 보조하게 하였으므로 그들이 요양기관 소속이어야 한다는 이 사건 가산금 지급요건을 충족하지 못하였다고 보아 이 사건 공소를 제기한 데 반하여, 피고인들은 그 영양사 등이 실제로 병원 소속으로 근무하였다고 주장하며 범행을 부인하고 있다.

결국 위탁병원과 고용계약을 체결한 영양사 등의 소속을 어디로 보아야 하는지에 이 사건 가산금의 지급요건 충족 여부가 달려 있으므로, 이하 그에 관하여 살펴보기로 한다.

(2) 법리

(가) 가산금의 의의 및 도입취지

정부는 비록 요양기관이 식당을 직영하지 않더라도 직접 그 소속으로 고용한 영양사 등이 있는 경우 소속감, 책임감, 사명감이 높아질뿐만 아니라 수익을 극대화하려는 민간 위탁급식 업체의 경영 방침으로부터 자유롭게 되어 급식의 질과 서비스 향상을 가져올 것이라는 정책적 판단에 기초하여, 요양기관이 영양사 등을 직접 그 소속으로 고용함에 따른 추가 투입비용(임금, 인력관리비용)을 보전하고자 이 사건 가산금 제도를 신설하였다(헌법재판소 2008. 4. 24. 선고 2006헌마990 결정 중 보건복지부장관의 의견 참조).

(나) 기본 요건

앞서 본 이 사건 가산금 제도의 도입취지에 비추어 보면, 병원 등의 요양기관이 형식적으로 영양사 등과 근로계약을 체결한 것만으로 당연히 이 사건 가산금의 지급요건을 충족하였다고 보기는 어렵고, 나아가 실제로도 당해 영양사 등이 요양기관 소속으로 근무하였음을 인정할 수 있어야 이를 지급할 수 있을 것이다.

여기서 영양사 등이 당해 요양기관 '소속'인지는 형식적으로 근로계약을 체결하였는지가 아니라 "실질적으로 요양기관이 이들을 고용하여 지휘·감독을 하고 있었는지"에 따라 판단하여야 한다(대법원 2014. 6. 26. 선고 2013도13673 판결 참조).

(다) 민사상 고용관계와의 구별

또한 이 사건 가산금 지급요건이 '고용'이 아니라 '소속'이라는 용어를 사용하고 있고, 그 제도의 취지가 요양기관 소속 영양사와 조리사가 민간 위탁급식 업체로부터 독립하여 급식업무를 주도함으로써 요양기관에 유리한 방향으로 급식 서비스와 질을 향상하도록 하자는 데 있는 점을 고려하면, 민사법상 유효한 고용계약을 체결하였더라도 요양기관이 영양사 등을 실질적으로 지휘·감독하고 있지 않는 경우에는 역시 지급요건을 충족하였다고 볼 수 없다.

가령 「파견근로자보호 등에 관한 법률」은 '근로자파견'을 "파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것"으로 정의하는데, 요양기관이 영양사 등과 고용계약을 체결한 후 위 법률에 따라 그 고용관계를 유지하면서 위탁급식 업체에 이들을 파견한 경우 이들은 요양기관과 적법하게 고용계약을 체결한 요양기관의 직원이라 하더라도 이 사건 가산금의 적용 여부에 관하여 당해 요양기관 '소속' 영양사 또는 조리사에 해당한다고 볼 수는 없는 것이다. 따라서 요양기관이 영양사 등과 유효한 고용계약을 체결하였는지 확인하는 것만으로 가산금 지급요건 충족 여부를 판단할 수는 없고, 여기에 더하여 아래에서 보는 것처럼 당해 영양사 등이 요양기관의 급식업무에서 기능적으로 차지하는 위치도 요양기관의 지휘·감독 체계에 들어있는지, 아니면 고용계약에도 불구하고 급식업무에서의 그의 기능적 위치는 위탁급식 업체의 지휘·감독 체계에 들어있다고 보아야 하는지 따져보아야 한다.

(라) 급식업무상 기능적 소속의 필요성 및 기준

요양기관이 직접 고용한 영양사 등으로 하여금 급식업무를 주도적으로 담당하게 하여 급식의 서비스와 질을 향상하는 것이 이 사건 가산금 제도 도입의 주 목적이고, 영양사 등의 핵심 업무도 급식 제공에 관한 것이므로 요양기관이 고용한 영양사 등을 실질적으로 지휘·감독하고 있어야 하는 영역도 급식업무라 할 것이고, 급식업무에서 기능적으로 이들을 지휘·감독하지 못하고 있다면 설사 인사발령이나 급여 지급 등 다른 측면에서 지휘·감독 관계를 인정할 수 있다고 하더라도 이 사건 가산금 지급의 전제가 되는 소속 관계가 있다고 볼 수 없다(물론 급식업무 외 측면도 급식업무에서 지휘·감독 관계의 존부를 가리는 데 간접 정황으로 참작할 수는 있다).

그런데 병원에서 급식업무는 통상 식단의 작성, 식자재 발주, 음식 조리, 배식 등으로 이루어져 있으므로, 그러한 일련의 급식업무 수행 과정에서 위탁병원과 고용계약을 맺은 영양사 등이 일상적으로 ○○리조트에서 독립하여 병원에서 직접 임무를 부여받고 그 지휘·감독을 받아 당해 임무를 수행해왔는지, 아니면 ○○리조트 책임자에게서 임무를 부여받고 그 지휘·감독을 받으면서 ○○리조트 급식 부서의 다른 직원들과 별 차이 없는 지위에서 업무에 종사하였는지가 급식업무상 기능적 소속의 핵심적인 판단 기준이 될 것이다.

이에 대하여 피고인들은 ○○리조트에서 기본메뉴 작성, 식자재 발주 등의 업무를 담당하고, 일정한 범위에서 병원 고용 영양사 등에게 업무지시를 하는 것은 위탁운영의 본질상 불가피하다고 주장하나, 이는 앞서 본 이 사건 가산금 제도의 도입취지에 정면으로 반하는 것일 뿐만 아니라, 그 영양사 등이 실제로 병원 소속이라면 ○○리조트에서 필요한 경우 그들에게 업무협조를 요청할지는 몰라도 결코 우월적인 지위에서 업무지시를 할 수는 없다고 봄이 타당하므로, 피고인들의 위 주장은 이유 없다.

(3) 판단

피고인들이 제출한 증거들에 따르면 □□병원은 대체로 영양사 등의 신규채용 및 계약연장 과정에서 인사기안서를 작성하고 지원자들에게서 직접 지원서를 접수하였으며, 채용 이후에는 병원 명의로 그들에게 직접 급여를 지급한 사실, 강북·강서·인천□□병원의 지원자들은 그 입사지원서에 지원병원을 '□□병원'으로 기재하였고 자기소개서도 □□병원에서 근무하는 것을 전제로 작성한 사실, □□병원은 병원 소속의 다른 직원들과 마찬가지로 영양사 등에 대한 인사평가, 인사관리 등을 실시한 사실을 인정할 수 있고, 이러한 사실들을 종합하면 □□병원이 당초 채용한 영양사 등과 민사상 법적 구속력이 있는 고용계약을 체결한 사실을 인정할 수 있다.

그러나 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 토대로 구체적으로 적시한 아래와 같은 사실들 및 그로부터 추단할 수 있는 여러 사정을 종합하면 위와 같은 유효한 고용관계에도 불구하고 당해 영양사 등이 급식업무에서 차지한 기능적 위치는 위탁병원이 아니라 ○○리조트의 지휘·감독 체계에 들어있었음을 충분히 인정할 수 있다.

결국 위탁병원은 이 사건 가산금의 지급을 위한 영양사 등의 '소속' 요건을 충족하지 못하였음에도 마치 이를 충족한 것처럼 가장하여 보험급여를 청구한 것으로 볼 수 있으므로, 이와 다른 전제에서 위탁병원이 이 사건 가산금을 청구한 데 아무런 잘못이 없다는 피고인 및 변호인의 주장은 받아들일 수 없다.

(가) △△△△병원 원장 공소외 3의 진술

○○리조트는 위탁병원 전부와 유사한 방식으로 구내식당 운영에 관한 위탁계약을 체결한 후 관리유지비 명목으로 병원 고용 영양사 등의 급여를 우회 부담하면서 이들을 자신의 급식업무에 활용하였는데, 위탁병원 중 하나인 △△△△병원의 병원장 공소외 3는 수사기관에서 이 사건 가산금의 지급요건을 가장하여 허위 청구하고자 ○○리조트의 제안을 받아들여 형식상으로만 영양사 등과 고용계약을 체결하였을 뿐 그들에 대한 실질적인 지휘·감독은 전적으로 ○○리조트 소속 영양사로 병원 급식업무를 총괄하는 점장에 의해 이루어졌음을 자백한 바 있다.

(나) 채용 및 임금 지급

위탁병원은 ○○리조트의 관여를 배제하고 독자적인 기준과 절차에 따라 채용할 영양사 등을 판단한 것이 아니라, 오히려 ○○리조트 점장이 우선 입사 지원자에 대한 면접 등을 통해 누가 근무할지 사실상 결정한 다음, 병원이 인사기안서를 작성하여 당해 영양사 등과 고용계약을 체결하는 방식으로 채용 절차를 진행하였다.

특히 ○○리조트는 위탁병원과 맺은 특약에 따라 영양사 등에게 지급하는 급여 상당을 관리유지비라는 명목으로 다시 해당 병원에 지급함으로써 결국 스스로 그 영양사 등에 대한 급여를 부담하였다(영양사 등의 채용 과정에 관여하고 급여를 부담한다고 하여 당연히 지휘·감독 권한까지 행사하는 것은 아니나, 그 영양사 등이 ○○리조트로부터 독립적인 지위에 있었다면 ○○리조트에서 위와 같이 스스로 급여를 부담하면서 채용에 개입할 이유가 없었으므로, 이는 그 영양사 등의 소속을 가리는 데 중요한 판단 기준이 될 수 있다).

(다) 근로에 대한 일반적 지휘·감독 권한

○○리조트 식음료 서비스(Food Service) 사업부 판촉(marketing)팀장 공소외 1이 2007. 2. 15. 작성하여 피고인 8에게 교부한 인수인계서에 '4. 특이사항 현재 근무 인력에 대한 당사 신규 채용 필수 조건임. 병원 소속 인력에 대한 당사 관리 가능'이라고 기재하였고, 이후 ○○리조트 소부문장 공소외 2이 '병원소속 영양사/조리사에 대한 설 선물 추가 지급의 건'에 "병원 측의 식대의료보험급여 적용을 위해 병원 소속의 영양사 2명, 조리사 2~3명을 채용하여 당사 점장의 통제 및 업무지시에 의거 당사 소속 조리종사원과 동일 공간 내 동일 근무 중(당사가 해당 인력에 대한 인건비를 병원 측에 납부 중), 병원 측과 최초 계약시 상기 인력에 대한 구인/채용 및 근무 통제는 당사에게 있으며" 라고

기재하는 등 ○○리조트는 형식상 위탁병원이 고용한 영양사와 조리사에 대한 지휘·감독 권한이 실질적으로 자사에 있음을 전제로 급식업무를 수행하였다.

(라) 식단 작성, 발주 관리, 조리업무 등 지휘·감독

□□병원 식당 메뉴는 기본적으로 □□병원 산하 6개 병원을 담당하는 ○○리조트 점장들이 참석하는 메뉴 회의를 통해 결정하였는데, 이 과정에서 병원 고용 영양사 등은 아무런 역할을 하지 못하였다.

한편 위와 같이 결정한 기본 메뉴를 실제로 이행하는 과정에서 해당 병원의 개별적인 사정에 따라 일부 수정하는 경우가 있을 수 있는데, 그런 경우에도 ○○리조트 점장들이 메뉴 수정 여부를 결정하였고, 병원 고용 영양사 등은 메뉴의 초안을 기안하더라도 이에 대하여 점장의 결재를 받아야 하는 등 식단 및 조리 방법에 관한 실질적인 결정권은 물론, 이렇다 할 발언권도 보유하지 못하고 있었다.

즉, 병원 고용 영양사 등이 기능적으로도 병원에 소속하여 급식업무를 주도하였다고 보려면 영양사 등이 병원 임·직원의 지휘·감독을 받아 식단 및 조리 방법을 결정하고, ○○리조트에서 메뉴 초안을 작성하더라도 그 수용 여부에 관하여는 병원 고용 영양사 등의 결재를 받게 하는 등의 방법으로 병원 고용 영양사 등에 최종적인 결정권을 유보하여야 할 뿐만 아니라 이들로 하여금 정기적으로 위탁급식의 질 및 가격의 적절성을 평가하여 병원에 보고하게 하는 등의 방법으로 위탁급식 계약관계의 유지 여부에 도움이 되는 정보를 생산·제공하게 하였어야 함에도, 위탁병원이 고용한 영양사 등은 오히려 ○○리조트 점장들의 결재를 받아 급식업무에 종사하였다는 점에서 기능상 병원에 소속한 사람들로 볼 수 없다.

(마) 병원 고용 영양사 등에 대한 교육 및 그 비용 부담

○○리조트에서 병원 고용 영양사 등도 자신의 교육대상에 포함하여 2011년 병원 직군 직무향상능력 교육, 2012년 병원 직군 직무향상능력 교육, '병원직원 영양사 전문성 함양을 위한 사내/사외 교육'을 실시하였을 뿐만 아니라, 위탁병원 대신 영양사 등의 위생교육비를 지급하기도 하는 등 영양사 등에 대한 교육에 깊이 관여하였다(○○리조트에서 독립하여 급식업무에 종사하여야 하는 병원 고용 영양사 등이 오히려 ○○리조트에서 교육을 받았다면 이 사건 가산금 제도의 도입취지에 따라 병원 급식업무에서 주도적인 역할을 담당하기란 사실상 곤란하다고 보지 않을 수 없다).

(바) 기타 세부 정황

위탁병원이 고용한 영양사 등이 모두 급식업무에 관하여는 실질적으로 ○○리조트의 지휘·감독을 받으면서 그 급식 체계에 소속하여 근무하였음을 알 수 있는 세부 정황들을 병원별로 정리하면 별지 "병원별 세부 정황"의 기재와 같다.

(4) 피고인들 주장 사정들에 대하여

피고인들은 모두 병원 고용 영양사 등이 실제로 위탁병원 소속이었다고 주장하면서 그 근거로서, ① 영양사 등의 신규 채용 및 계약 연장 과정에서 인사기안서를 작성하고, 지원자들에게서 직접 지원서를 수령하였으며, ② 영양사 등에 대한 4대 보험 중 사용자가 부담할 금액을 병원에서 지출하였고, ③ 위탁병원의 기획실장들이 영양사 등에 대한 평가표에 평가점수 및 평가내용을 기재하였으며, ④ 영양사 등은 ○○리조트 직원과 달리 위탁병원의 사번을 부여받아 병원 내부전상망에 접속할 수 있었고, ⑤ 영양사 등에 ○○리조트가 아니라 위탁병원의 휴가 관련 규정을 적용하였고, 연차 신청 역시 ○○리조트가 아니라 위탁병원의 자체 전산 체계를 통해 진행하였다는 점 등을 제시하고 있다.

그러나 이러한 사정들은 대부분 고용계약 체결에 당연히 수반하는 절차 또는 결과에 불과하여 영양사 등이 단순히 위탁병원과 법적으로 유효한 고용계약을 맺은 것을 넘어 ○○리조트에서 독립하여 위탁병원의 지휘·감독 체계에서 급식업무에 종사하였다고 볼 근거는 될 수 없고, 가사 기획실장 등 위탁병원의 임·직원이 고용 영양사 등에게 간헐적으로 급식업무에 관한 지시를 내린 적이 있더라도 앞서 본 것처럼 위탁병원이 고용 영양사 등을 통해 메뉴를 최종적으로 결정하거나 급식의 수준이나 가격의 적절성을 평가한 적이 전혀 없는 점 등에 비추어 보면, 이러한 간헐적인 지시는 영양사 등을 ○○리조트 급식 부서 구성원의 하나로 취급하여 그에 대하여 ○○리조트에 대한 요구사항을 개진하는 것으로 볼 수 있을 뿐이어서, 그들이 급식업무의 기능상 ○○리조트에 소속하였다는 앞선 판단에 무슨 영향을 미칠 수 없다.

다.

편취 범의 유무

(1) 법리

사기죄의 주관적 구성요건인 편취의 범의는 피고인이 자백하지 않는 이상 범행 전후 피고인의 재력, 환경, 범행의 내용, 거래의 이행과정 등과 같은 객관적인 사정 등을 종합하여 판단할 수밖에 없으며, 한편 확정적이 아니라 미필적 고의로도 사기죄가 성립할 수 있는데 미필적 고의가 있다고 하려면 범죄사실의 발생 가능성에 대한 인식이 있음은 물론 나아가 범죄사실이 발생할 위험을 용인하는 내심의 의사가 있어야 한다(대법원 2008. 2. 28. 선고 2007도10416 판결, 2008. 3. 27. 선고 2008도443 판결 등 참조).

(2) 판단

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정한 사실들 및 그에서 추단할 수 있는 다음의 여러 사정, 즉, ① 피고인들은 ○○리조트에서 영양사 등의 인건비를 부담하기로 한 약정 내용을 위탁운영계약서에 직접 적시하지 않고, 이를 원래의 용도와 전혀 상관없는 '관리유지비'라는 계정을 통해 우회적으로 수수하였는데, 이는 다분히 위탁병원 및 ○○리조트의 회계처리상 당해 금액이 인건비 항목으로 나타나지 않게 하는 등 대외적으로 ○○리조트의 인건비 지원 사실을 감추려는 의도에서 기인한 것으로 볼 수 밖에 없는 점, ② ○○리조트는 처음에는 내부적으로 환자 식대 보험급여화에 따라 위탁병원이 요구하는 영양사 등의 채용구조, 즉 이 사건 범행에서 나타난 것과 마찬가지로의 채용구조를 '편법'으로 규정하고 이를 수용하지 않는다는 원칙을 정하였다가 이후 수익성 악화 등을 우려하여 그러한 편법계약 요구에 대하여도 탄력적으로 수용하는 것으로 입장을 변경하였는데, 만약 진정으로 위와 같은 영양사 등의 채용구조에 전혀 문제가 없다고 생각하였다면 당초 위탁병원의 요구에 그와 같이 거부감을 나타낼 이유가 전혀 없는 점, ③ 검찰 수사 개시 후 ○○리조트 측은 점장들을 소집하여 대책을 논의하였을 뿐만 아니라 자료 삭제 프로그램을 배포하여 컴퓨터 내 관련 파일들을 삭제하게 하였고, 위탁병원도 고용 영양사 등에게 연락하여 수사기관에서 조사를 받게 될 경우에 대비한 대답을 알려주면서 일부 영양사 등에게는 명시적으로 허위진술을 부탁하기까지 하는 등 조직적인 증거인멸을 시도하였는데, 이는 이 사건 가산금 청구가 법적으로 문제가 될 수 있음을 인식하였기 때문으로 볼 수 있는 점 등을 종합하면, 피고인들은 적어도 미필적으로는 위탁병원이 고용한 영양사 등이 급식업무에 관하여는 실질적으로 ○○리조트 소속에 해당하여 이 사건 가산금의 지급요건을 충족하지 못할 수 있음을 인식하고 이를 용인하면서 이 사건 가산금을 청구하였다고 볼 수 있으므로, 그들에게 편취의 범의가 있었음을 인정하는 데 무리가 없다.

이에 반하는 피고인들의 주장도 받아들이지 않는다.

라. 포괄일죄 여부

(1) 법리

같은 구성요건에 해당하는 여러 행위를 단일하고 지속적인 범의로 일정 기간 계속 행하고 그 피해 법익도 동일한 경우에는 이들 각 행위를 통틀어 포괄일죄로 처단하여야 하나, 수 개의 범행에서 범의의 단일성과 계속성을 인정할 수 없거나 범행방법이 동일하지 않다면 각 범행은 실체적 경합범에 해당한다(대법원 2005. 5. 13. 선고 2005도278 판결, 2006. 9. 8. 선고 2006도3172 판결 등 참조).

(2) 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하면 피고인 1은 2007. 3. 2.부터 ○○리조트 식음료 서비스 사업부에서 식음료 서비스 운영본부장으로 근무하기 시작한 이래 단체급식 사업본부장, 영업2본부장, 식음료 서비스 사업 2부장, 식음료 서비스 사업부장 등의 직책을 거치면서 계속하여 ○○리조트의 단체급식 사업부에 종사하다가 2011. 5. 16. ○○리조트의 국내 단체급식 사업과 직접 관계가 없는 ○○그룹 중국 상하이 법인 총괄상무로 직책을 옮겨 그때부터 같은 해 10. 16.까지 5개월간 근무한 사실, 중국 근무 기간 ○○리조트 소속 식음료 서비스 사업부장의 직책을 유지한 채 근무한 것이 아니라, 정식의 인사발령에 따라 종전 직책은 면한 상태로 오로지 중국 법인 총괄상무의 지위에서 업무를 수행한 사실을 인정할 수 있다.

이렇듯 피고인 1이 2011. 5. 16. ○○리조트 식음료 서비스 사업부 소속에서 벗어난 이상 나중에 중국에서 국내로 복귀 하더라도 ○○리조트 식음료 서비스 사업부장의 직책을 다시 맡을 것인지, 다른 부서로 발령날 것인지, 그것도 아니면 전혀 다른 계열사로 자리를 옮기게 될 것인지 단정할 수 없으므로(만약 피고인 1이 중국을 다녀온 후 다른 부서나 계열사로 전출하였다면 그에게 자신의 전출 이후 식음료 서비스 사업부에서 저지른 범행에 대한 형사책임까지 지울 수는 없음은 물론이다), 식음료 서비스 사업부장의 지위에서 위탁병원에 대한 위탁급식 업무에 종사하면서 가지고 있던 이 사건 가산금 편취의 범의를 중국 근무 중에도 그대로 유지하고 있었다고 볼 수 없고, 달리 그가 중국 법인에서 근무하면서도 사실상 ○○리조트 식음료 서비스 사업부장의 직책을 수행하였다는 증거도 전혀 없으므로, 피고인 1은 중국 근무를 계기로 이 사건 가산금의 편취 범의가 끊어졌다고 봄이 옳고 그 전후에 걸친 범의의 단일성이나 계속성을 인정할 수 없다.

그렇다면 피고인 1의 중국 근무 전후의 범행은 서로 실체적 경합범의 관계에 있을 뿐 통틀어 포괄일죄로 처단할 수 없다.

그 전후 △△△△△ 병원을 통해 편취한 금액을 별도로 계산하면 2007년 3월부터 2011년 4월까지의 합계 392,842,700원, 같은 해 11월부터 2013년 11월까지의 합계 221,646,620원이 되어 모두 5억 원 미만으로 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)죄의 구성요건에 해당하지 않는다.

이와 다른 전제에서 피고인 1이 중국 근무 전후를 불문하고 범의의 계속성이 있었다고 보고 그에 대하여 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)죄의 성립을 인정한 원심의 판단에는 포괄일죄 성립 요건에 관하여 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있으므로, 이를 지적하는 같은 피고인의 주장은 이유 있다.

4. 국민건강보험법위반의 점에 대하여

가. 보험급여와 보험급여 비용의 구분

국민건강보험법은 일관하여 '환자가 의료기관에서 제공받는 진료행위, 장애인이 제공받는 보장구 등 실물 혜택'에 관하여는 '보험급여'(이 중 요양기관에서 제공받는 진료행위는 '요양급여')라는 용어를 사용하고 '국민건강보험공단이 실물 혜택인 보험급여의 가치를 금전적으로 평가하여 보험급여 제공 기관에 지급하는 대가'에 관하여는 '보험급여 비용'(이 중 요양기관의 진료행위에 대한 금전적 대가는 '요양급여 비용')이라는 용어를 사용하여 그 둘의 의미를 명백히 구별하고 있는데, 그 대표적인 용례는 아래 표와 같다.

조항 조문 (편의상 관련 단어 아래 강조 표시) 제14조(업무 등) ① 공단은 다음 각 호의 업무를 관장한다.

3. 보험급여의 관리 ...(중략)... 5. 보험급여 비용의 지급 제57조 (부당이득의 징수) ① 공단은 속임수나 그 밖의 부당한 방법으로 보험급여를 받은 사람이나 보험급여 비용을 받은 요양기관에 대하여 그 보험급여나 보험급여 비용에 상당하는 금액의 전부 또는 일부를 징수한다.

② 공단은 제1항에 따라 속임수나 그 밖의 부당한 방법으로 보험급여 비용을 받은 요양기관이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 해당 요양기관을 개설한 자에게 그 요양기관과 연대하여 같은 항에 따른 징수금을 납부하게 할 수 있다.

제63조(업무 등) ① 심사평가원은 다음 각 호의 업무를 관장한다.

1. 요양급여 비용의 심사 2. 요양급여의 적정성 평가 ...(중략)... 7. 그 밖에 보험급여 비용의 심사와 보험급여의 적정성 평가와 관련하여 대통령령으로 정하는 업무 제87조(이의신청) ① 가입자 및 피부양자의 자격, 보험료등, 보험급여, 보험급여 비용에 관한 공단의 처분에 이의가 있는 자는 공단에 이의신청을 할 수 있다.

제91조(시효) ① 다음 각 호의 권리는 3년 동안 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성된다.

3. 보험급여를 받을 권리 4. 보험급여 비용을 받을 권리

나. 판단

국민건강보험법 제115조 제2항 제5호는 "거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 보험급여를 받거나 타인으로 하여금 보험급여를 받게 한 자"를 처벌하고 있다.

그런데 앞서 본 바와 같이 국민건강보험법이 '보험급여'와 '보험급여 비용'을 명백히 구별하고 있고, 변호인이 제출한 국회 보건복지위원회장 작성의 국민건강보험법 일부개정법률안(대안)에 따르면 그 제안 취지가 환자 등이 건강보험증을 부정 사용하여 보험급여를 수급하는 행위를 과태료 부과 대상이 되는 질서위반행위에서 형사범죄로 바꾸어 처벌을 강화하는 데 있음을 알 수 있는 점 등에 비추어 보면, 위 조항의 '보험급여'는 법률이 일관적으로 사용한 당해 용어의 의미와 마찬가지로 환자가 제공받는 진료행위 등 실물 혜택을 의미하는 것일 뿐, 그 혜택에 대하여 국민건강보험공단이 제공하는 금전적 대가의 의미까지 포괄하고 있다고 볼 수 없다.

그렇다면 보험급여(식사) 자체를 부정하게 제공받은 것이 아니라 단지 보험급여 비용(식사의 대금)을 허위로 부풀린 행위에 대하여는 국민건강보험법 제115조 제2항 제5호를 적용할 수 없으므로, 이와 다른 전제에서 이 사건 공소사실 중 피고인 1, 피고인 2, 피고인 16에 대한 국민건강보험법위반의 점을 유죄를 인정한 원심의 판단에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있고, 이를 지적하는 같은 피고인들의 주장은 이유 있다.

5. 양형부당 여부

가. 피고인 3, 피고인 7

피고인 3은 병원장, 피고인 7은 기획실장으로서, 이 사건 가산금 제도의 허점을 틈타 영양사 등을 실제 그 소속으로 두는 듯한 외관을 가장함으로써 장기간 거액의 가산금을 편취한 점, 피고인 3은 인천·목동·부평·강북□□병원에서, 피

고인 7은 인천·부평□□병원에서, 각 범행에 가담하였고, 특히 피고인 7은 □□병원의 기획실장들 중 처음으로 ○○리조트와 이 사건 가산금 편취의 범행 수법을 고안·공모하고 ○○리조트에 영양사 등의 인건비 부담을 직접 요구하기도 하는 등 범행에 깊이 관여한 점이 그들에게 불리한 정황이다.

그러나 이 사건 범행은 이 사건 가산금 제도의 시행 초기 관계 당국이 그 지급요건을 불명확하게 정해 놓고 그에 관하여 믿을 만한 구체적 기준도 내놓지 않은 상황에서 시작한 것으로, 편취 범의가 확정적이지 않고 미필적인 수준에 머물러 있어 그에 대한 비난가능성이 크다고 보기 어려운 점, 피고인 3, 피고인 7이 당초 ○○리조트 측 피고인들과 공모하여 이 사건 가산금 편취 범행을 개시한 이상 그 이후에는 단순히 종전의 상태를 유지하는 것 이외에 특별히 범행을 지속하기 위한 별도의 조치를 취하지 않더라도 시간이 경과함에 따라 편취 금액은 증가하는 것이어서 비난가능성이나 처벌의 필요성이 반드시 편취 금액에 비례하여 증가한다고 보기는 어려운 점, 이미 편취 금액의 대부분을 공탁하여 이 사건 범행으로 인한 피해를 상당히 회복한 점, 피고인 7은 병원 직원으로 재직 중 업무수행 과정에서 범행에 가담한 것으로 개인적으로 취득한 이익이 없는 점, 피고인 3은 벌금형 이외의 범죄전력이 없고, 피고인 7은 지금까지 형사처벌을 받은 전력이 전혀 없는 점, 그밖에 그들의 연령, 성행, 환경, 범행의 동기, 수단과 결과, 범행 후의 정황 등 기록에 나타난 여러 양형조건을 고려해 보면, 원심이 피고인 3, 피고인 7에게 선고한 형량은 모두 너무 무거워서 부당하다고 볼 수 있으므로, 이를 지적하는 같은 피고인들의 항소이유 주장은 이유 있다.

나. 피고인 5, 피고인 8

피고인 5는 목동인천□□병원 기획실장으로, 피고인 8은 ○○리조트 식음료 서비스 사업부 병원운영팀장으로 각 재직하면서 이 사건 가산금 편취 범행에 가담하였는바, 역시 그 편취 금액이 거액이고, 특히 피고인 5는 피해자 국민건강보험공단에 대한 편취 금액이 5억 원을 넘어 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」상 가중처벌 조항의 적용을 받는 점, 피고인 8은 이 사건 범행 초기에 ○○리조트에서 위탁급식계약 체결의 실무를 담당하면서 이 사건 가산금 편취의 구조를 고안·협약하여 실행에 옮긴 점 등의 불리한 정황, 반면에 앞서 본 것처럼 이들의 편취 범의가 미필적인 수준으로 비난가능성이 작고, 이들이 모두 직장인으로 회사를 위해 담당업무에 종사하다가 이 사건 범행에 이른 것으로 그 과정에서 개인적으로 취득한 이익은 없는 점, 편취 금액을 공탁한 점, 모두 형사처벌을 받은 전력이 전혀 없는 점 등의 유리한 정황, 그밖에 그들의 연령, 성행, 환경, 범행의 동기, 수단과 결과, 범행 후의 정황 등 기록에 나타난 여러 양형조건을 고려해 보면, 원심이 이들에게 선고한 형이 지나치게 무겁거나 가벼워서 도저히 파기를 면할 수 없을 만큼 부당하다고는 볼 수 없다.

다.

피고인 4, 피고인 6

피고인 4는 인천·강서□□병원의 병원장, 피고인 6은 부평□□병원의 기획실장으로 각 재직하면서 이 사건 가산금 편취 범행에 가담하였는바, 마찬가지로 그 범행수법이 교묘하고 편취 금액이 거액이지만, 앞서 본 것처럼 편취 범의가 미필적인 수준에 불과한 점, 피고인 4는 남편인 피고인 3이 형성한 이 사건 가산금 편취 구조를 별다른 의식 없이 만연히 답습한 측면이 있고, 피고인 6도 이미 부평□□병원에 이 사건 가산금 편취 구조가 정착한 이후 병원에서 관련 업무를 맡게 된 결과 이 사건 범행에 관여하게 된 것으로 그 과정에서 개인적으로 취득한 이익은 없는 점, 편취 금액을 공탁한 점, 모두 형사처벌 전력이 전혀 없는 점, 그밖에 그들의 연령, 성행, 환경, 범행의 동기, 수단과 결과, 범행 후의 정황 등 기록에 나타난 여러 양형조건을 고려해 보면, 원심이 피고인 4, 피고인 6에게 선고한 형량은 모두

너무 무거워서 부당하다고 볼 수 있으므로, 이를 지적하는 같은 피고인들의 주장은 이유 있다.

라. 피고인 9, 피고인 10, 피고인 11, 피고인 12, 피고인 13, 피고인 14, 피고인 15

편취한 금액이 결코 적다고 볼 수는 없는 점 등의 불리한 정상, 반면 피고인 9는 2010년 9월경 인천□□병원의 병원장 직을 승계한 자이고, 피고인 10은 2011년 6월경 은평□□병원장에 취임한 자로서, 이미 다른 피고인들이 이 사건 가산금 편취 범행의 구조를 정립한 이후 병원을 이어받아 별다른 생각 없이 유지하였을 뿐이며, 피고인 11, 피고인 12, 피고인 13, 피고인 14, 피고인 15의 경우에도 전임 기획실장에게서 이 사건 가산금 편취 범행의 구조를 그대로 물려받아 이를 유지하였을 뿐이어서 그 편취 범의가 더욱 미약하다고 볼 수 있는 점, 편취 금액을 공탁한 점, 피고인 9, 피고인 11, 피고인 13, 피고인 14, 피고인 15는 형사처벌 전력이 전혀 없고, 피고인 10, 피고인 12은 벌금형 이외의 처벌을 받은 전력이 없는 점 등 유리한 정상, 그밖에 그들의 연령, 성행, 환경, 범행의 동기, 수단과 결과, 범행 후의 정황 등 기록에 나타난 여러 양형조건을 고려해 보면, 원심이 이들에게 선고한 형이 지나치게 무겁거나 가벼워서 도저히 파기를 면할 수 없을 만큼 부당하다고는 볼 수 없다.

6. 결론

피고인 1, 피고인 2, 피고인 16의 항소이유 주장 중 그들에 대한 국민건강보험법위반죄의 성부 및 피고인 1에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)죄의 성부를 다투는 부분은 이유 있으므로 이 부분들은 파기하여야 하는데, 피고인 1, 피고인 2, 피고인 16의 나머지 죄들은 이렇게 파기하는 부분들과 형법 제37조 전단 경합범의 관계에 있어 통틀어 하나의 형을 선고하여야 하므로, 결국 원심 판결 중 그들에 대한 부분은 양형부당 주장의 당부를 따질 것 없이 전부 파기하여야 한다.

앞서 본 바와 같이 피고인 3, 피고인 7, 피고인 4, 피고인 6의 양형부당 주장은 이유 있고, 피고인 5, 피고인 8, 피고인 9, 피고인 10, 피고인 11, 피고인 12, 피고인 13, 피고인 14, 피고인 15의 양형부당 주장 및 검사의 그들에 대한 양형부당 주장은 모두 이유 없다.

따라서 형사소송법 제364조 제4항에 따라 피고인 5, 피고인 8, 피고인 9, 피고인 10, 피고인 11, 피고인 12, 피고인 13, 피고인 14, 피고인 15의 항소 및 그들에 대한 검사의 항소를 모두 기각하고, 같은 조 제6항에 따라 원심 판결 중 나머지 피고인들에 대한 부분을 파기한 후 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.