

요양급여비용 허위청구와 사기죄의 법적 쟁점

황 만 성*

- I. 서론
- II. 허위청구와 사기죄 적용상의 쟁점
 - 1. 사기죄의 구성요건 개관
 - 2. 국민건강보험법 제57조와 사기죄의 구성요건
 - 3. 장관 고시에 의한 사기죄 성부
 - 4. 사기죄의 미수와 기수
 - 5. 사기죄의 죄수와 이득액
- III. 사기죄의 양형에 있어서의 쟁점
 - 1. 보험사기에 있어서 적정 양형의 의의
 - 2. 보험사기 판결례의 분석
 - 3. 선고형량의 분석
 - 4. 허위청구행위의 양형에 대한 평가
- IV. 결론

I. 서론

금융위원회와 금융감독원의 자료에 의하면, 2010회계년 기준으로 민영보험(공제 포함)의 보험사기 규모는 3조 4,105억원에 이르는 것으로 추정되고 있다. 이는 2010년 보험금지급이 이루어진 27조 4천억원의 12.4%에 이르는 것이며 실제로 2010년도의 보험사기로 적발된 금액은 3,747억원, 2011년도의 보험사기 적발금액은 4,237억원으로서 전체 (민영)보험사기 추정금액

*논문접수: 2013. 11. 1. *심사개시: 2013. 11. 10. *수정일: 2013. 12. 8. *게재확정: 2013. 12. 10.
* 원광대학교 법학전문대학원 부교수, 법학박사.

의 13% 내외만이 적발되어 환수 및 처벌이 이루어지는 것으로 추정된다.¹⁾

한편, 2012년 요양급여비용으로 건강보험공단이 지출한 금액은 35조 7천 억원에 이르고 있다. 이 중에서 허위청구로 인한 지출이 어느 정도인지는 정확한 통계자료를 확인할 수 없으나 민간보험사기의 경우를 유추하여 볼 때 요양급여비용의 허위청구 행위도 적지 않게 이루어 질 것으로 추측된다. 특히 최근에는 산재보험, 자동차보험 등과 관련된 과잉진료, 과다입원의 문제는 심각한 사회문제로 인식되고 있으며, 이를 해결하기 위한 국민권익위원회를 중심으로 한 대책이 논의되기도 하였다.²⁾

또한 2013년 10월 국정감사에서는 대형병원의 허위청구의 사례와 유형 등이 문제로 지적되기도 하였으며,³⁾ 유명 시사보도 방송프로그램에서는 전자의무기록의 위작 변작을 통한 허위청구의 문제 등이 보도되기도 하였다.⁴⁾

2000년대 초반, 건강보험공단 재정적자의 문제로 인하여 건강보험과 관련된 보험범죄에 대한 대책들이 본격적으로 논의되었고, 그 결과 국민건강보험 재정건전화특별법을 제정하기도 하고 의료법 등의 개정을 통하여 다양한 행정적 제재를 마련하였다. 그러나 여전히 건강보험에 관련된 허위청구의 문제는 중요한 사회적 이슈로 남아있는 듯하다. 이 글에서는 건강보험과 관련된 여러 가지 대책 중에서 가장 최후에 동원되어야 하지만 그 제재수단으로서의 효과가 크고 가장 전통적인 제재수단인 형벌을 적용함에 있어서 논의될 수 있는 법적 쟁점을 중심으로 살펴보기로 한다.

1) 금융위원회 보도자료(2012.7.12자) '보험사기방지를 위한 제도개선방향' 참고.

2) 국민권익위원회, 『요양급여 운영체계 제도개선(안)』, 2009 등.

3) 류지영 국회의원 2013.10.17 보도자료, 신경림 의원의 2013.10.07. 장기요양기관 부당청구 관련 자료 등.

4) MBC, PD수첩 "진료비 부당청구의 비밀"(2013.10.22. 방영).

II. 허위청구와 사기죄 적용상의 쟁점

1. 사기죄의 구성요건 개관

형법 제347조의 사기죄는 사람을 기망(欺罔)하여 재물(財物)의 교부(交付)를 받거나 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득하게 하는 범죄이다.⁵⁾

사기죄가 성립하기 위해서는 i) 사람을 기망하여, ii) 피기망자가 착오에 빠지고, iii) 착오에 기하여 처분행위를 하고, iv) 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득해야 하고, v) 재산상의 손해발생이 필요한가에 대해서는 견해의 대립이 있고⁶⁾ vi) 기망행위, 착오, 처분행위, 재물 또는 재산상 이익의 취득 사이에는 인과관계가 있어야 한다.

사기죄의 기망행위란 상대방을 착오(錯誤)에 빠지게 하는 일체의 행위를 말한다. 그 착오는 사실에 관한 것이거나 법률관계에 관한 것이거나 법률효과에 관한 것이거나를 묻지않고 반드시 법률행위의 내용의 중요부분에 관한 것일 필요도 없으며 그 수단과 방법에도 아무런 제한이 없다.⁷⁾ 그러나 사기죄의 기망행위는 거래의 신의칙(信義則)에 반하는 정도의 기망행위라야 한다. 어떤 행위가 다른 사람을 착오에 빠지게 한 기망행위에 해당하는가의 여부는 거래의 상황, 상대방의 지식, 경험, 직업 등 행위 당시의 구체적 사정을 고려하여 일반적, 객관적으로 결정하여야 한다.⁸⁾

일반거래의 경험칙상 상대방이 그 사실을 알았더라면 당해 법률행위를 하

5) 오영근, 『형법각론』, 제2판, 제395면.

6) 다수설은 사기죄가 성립하기 위해서는 재산상의 손해발생을 요한다고 함(김성천·김형준, 『형법각론』, 제451면; 김일수, 『형법각론』, 제363면; 박상기, 『형법각론』, 제299면; 배종대, 『형법각론』, 제422면; 이형국, 『형법각론』, 제456면)에 반하여, 사기죄를 재물사기죄와 이득사기죄로 구분하여 전자에서는 재산상의 손해발생이 필요 없으나, 후자에서는 재산상의 손해발생이 필요하다는 견해(김종원, 『형법각론(상)』, 제216면; 황산덕, 『형법각론』, 제288면; 진계호, 『형법각론』, 제360면)도 있으며, 소수설과 판례는 불요설의 입장에 있다.

7) 대법원 2006.1.26. 선고 2005도1160 판결.

8) 대법원 1992.3.10. 선고 91도2746 판결.

지 않았을 것이 명백한 경우에는 신의칙에 비추어 그 사실을 고지할 법률상의 무가 인정되므로 의사가 특정 기술을 받으면 아들을 낳을 수 있을 것이라는 착오에 빠져있는 피해자들에게 그 기술의 효과와 원리에 관하여 사실대로 고지하지 아니한 채 아들을 낳을 수 있는 기술인 것처럼 가장하여 일련의 기술과 처방을 행한 경우⁹⁾에도 거래의 신의칙에 반하는 기망행위라고 할 수 있다.

사기죄는 고의범이므로 기망행위, 착오, 처분행위, 재물 또는 재산상 이익의 취득 등에 대한 의욕 또는 인용이 있어야 한다. 재산상의 손해발생이 필요하다는 견해에 의하면 이 역시 고의의 대상이 된다. 판례는 “사기죄의 성립에 있어서 피해자에게 손해를 가하려는 목적을 필요로 하지는 않지만 적어도 타인의 재물 또는 이익을 침해한다는 의사와 피기망자로 하여금 어떠한 처분을 하게 한다는 의사는 있어야 한다”고 한다¹⁰⁾.

2. 국민건강보험법 제57조와 사기죄의 구성요건

가. 논의의 필요성

국민건강보험법 제57조 제1항에서는 속임수나 그 밖의 부당한 방법으로 보험급여를 받은 사람이나 보험급여 비용을 받은 요양기관에 대하여 국민건강보험공단이 그 보험급여나 보험급여 비용에 상당하는 금액의 전부 또는 일부를 징수하도록 규정하고 있는데, 이 규정과 형법 제347조의 사기죄의 구성요건과의 관계에 관하여 검토할 필요가 있다고 여겨진다.

국민건강보험법(이하 ‘건보법’이라고 함) 제57조의 규정은 형사제재와 달리 행정처분의 근거규정의 성격을 가지고 있으며, 형사처벌과 달리 행정처분은 그 해석에 있어서도 다른 해석원리가 적용된다. 건보법 제57조에 의한 공단의 징수권의 성격을 법률상 원인 없이 받은 이득을 공단에 반환하는 부당이득반환청구권으로 이해하는 입장에서 건보법 제57조의 규정과 사기죄의 적

9) 대법원 2000. 1. 28. 선고 99도2884 판결.

10) 대법원 1998. 4. 24. 선고 97도3054 판결.

용은 별개의 문제라고 볼 수 있다. 즉 사기죄의 해당여부는 건보법 제57조의 규정과는 무관하게 사기죄의 구성요건, 특히 사기죄의 고의가 있었는지를 중심으로 검토하여야 한다.

그러나 건보법 제57조에 근거한 건보공단의 요양급여비용 환수(징수)처분은 침익적 행정처분에 해당하며, 이러한 침익적 행정처분의 근거가 되는 행정법규는 엄격하게 해석·적용하여야 하고 행정처분의 상대방에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하여서는 안 되며, 그 입법 취지와 목적 등을 고려한 목적론적 해석이 전적으로 배제되는 것은 아니라 하더라도 그 해석이 문언의 통상적인 의미를 벗어나서는 안 된다¹¹⁾. 이러한 측면에서는 형법 해석의 기본원칙과 공통되는 점이 있다고 할 것이다.

또한 건강보험법 규정은 건강보험과 관련된 전형적인 사기죄의 구성요건 해당행위의 태양을 규정하고 있다는 점에서 동조의 의미를 검토하는 것은 중요한 의의를 가진다고 생각된다.

나. 건보법 제57조의 ‘속임수나 그 밖의 부당한 방법’

건보법 제57조 제1항과 제4항의 적용요건과 그 법적 성질부터 살펴볼 필요가 있는데, 건보법 제57조 제1항과 유사한 내용을 가진 다른 법률 규정들은 매우 많으므로, 이러한 법률 규정들과 건보법 제57조를 대조해보는 것은 건보법 제57조를 이해하는 데 있어서 의미가 크다.¹²⁾

법률 중에는 건보법 제57조와 동일하게 ‘부당이득의 징수(환수)’를 제목으로 하는 규정들이 많다. 예컨대, 이미 지급된(이하 동일하므로 이 부분은 생략한다) ‘보험급여나 진료비나 약제비’에 관한 「산업재해보상보험법」 제84조(부당이득의 징수), ‘보험급여’에 관한 「어선원 및 어선 재해보상보험법」 제32조(부당이득의 징수 등), ‘고용장려금’에 관한 「장애인고용촉진 및 직업재

11) 대법원 2008. 2. 28. 선고 2007두13791,13807 판결.

12) 송명호, “국민건강보험공단의 요양급여비용 환수과정에 있어서 법 적용 정밀성에 관한 검토”, 『의료법학』, 제13권 제2호, 2012, 제61면.

활법」 제51조(부당이득금의 징수 및 지급제한), ‘공제급여’에 관한 「학교안전 사고 예방 및 보상에 관한 법률」 제46조(부당이득의 환수), ‘사회서비스 제공 비용’에 관한 「사회서비스 이용 및 이용권 관리에 관한 법률」 제21조(부당이득의 징수 등), ‘구제급여’에 관한 「석면피해구제법」 제21조(부당이득의 징수) 등이 그러하다.

그 외 이미 지급된 ‘급여’에 관한 「국민연금법」 제57조(급여의 환수)과 「공무원연금법」 제31조(급여의 환수), ‘보장비용’에 관한 「국민기초생활 보장법」 제46조(비용의 징수), ‘비용과 보조금’에 관한 「영유아보육법」 제40조(비용 및 보조금의 반환명령) 등도 제목은 다르지만 건보법 제57조와 유사한 내용의 규정들이다.

한편 건보법 제57조에서는 ‘속임수나 그 밖의 부당한 방법으로’라고 규정하고 있지만, 유사한 내용을 가진 다른 법률 규정들에서는 ‘사위 기타 부정한 방법’¹³⁾, ‘속임수나 그 밖의 부정한 방법’¹⁴⁾, ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법’¹⁵⁾, ‘사기나 그 밖의 부정한 행위’¹⁶⁾ 등의 문구들이 널리 사용되고 있다.

각 법률에서 ‘거짓’, ‘속임수’ 또는 ‘속임수’의 방법은 ‘부정한 방법(행위)’ 또는 ‘부당한 방법’에 포함되는 하나의 예로써 규정하고 있다.

이처럼 다양한 용어들이 사용됨으로 인한 개념 혼란의 문제는 부정청구와 부당청구의 개념의 불명확성에서 비롯된다고 보인다. ‘부정청구’라는 용어를 진료비 허위청구(fraud)와 부당청구(과잉진료, abuse)를 포괄하는 개념으로 이해하는 견해가 있다.¹⁷⁾ 이 견해에서는 미국법에서 사용하고 있는 ‘Fraud’가

13) 「국민건강보험재정건전화특별법」(폐지) 제19조 제1항 제2호; 「5·18민주화운동 관련자 보상 등에 관한 법률」 제17조 등.

14) 「건설기술관리법」 제18조의2, 제1호, 제26조 제1항 제1호 등.

15) 「국민연금법」 제57조; 「고용보험법」 제35조, 제61조; 「건설근로자의 고용개선 등에 관한 법률 시행령」 제15조; 「임금채권보장법 시행령」 제20조 제1항; 「한부모가족지원법」 제25조의2; 「고압가스안전관리법」 제9조 제1항 제1호, 제9조의3 제1호; 「관광진흥법」 제40조 제1호, 제48조의7 제1호; 「농수산물 품질관리법」 제101조 제1호 등.

16) 「국세기본법」 제26조의2 제1항 제1호 등.

17) 건강보험심사평가원, 『요양급여비용의 부정청구와 그 법적대응에 관한 연구』, 2002, 제7~12면.

진료비를 청구함에 있어서 그 청구자에게 ‘악의’(행위자가 어떤 사정을 알고 있는 상태)와 ‘고의’(일정한 결과가 발생하리라는 것을 알면서 감히 이를 행하는 행위자의 심리상태)가 있음을 그 위법성의 요건으로 하고 있어 이를 우선 허위청구로 해석하였다. 한편, 보험자나 수급자에게 재정손실을 야기하는 것으로서 당사자 간에 있게 되는 불형평성을 조정하는 것을 주안점으로 하고 있는 ‘Abuse’는 우리 민법 제741조의 개념을 차용하여 “부당청구”로 번역하였으며 이 양자를 포괄하는 개념으로서 ‘부정청구’라는 용어를 사용하여 구별하고 있다.

이에 반해, ‘부정한 방법’과 ‘부당한 방법’은 동일개념으로 볼 수 없으며, ‘사위’나 ‘거짓’은 ‘부정한 방법’의 행위태양의 하나이자 동시에 ‘부정한 방법’과 동등하게 평가될 수 있는 동질적 개념이라고 보는 견해도 있다.¹⁸⁾ 이 견해에서는 산업재해보상보험법 제84조 제1항은 ‘부정한 방법’과 ‘부당한 방법’을 명백히 구별하여 사용하고 있고, 산업재해보상보험법 제114조, 동법시행령 제114조의 규정내용을 보면 ‘부당한 방법’의 구체적인 사례들을 열거하고 있다는 것을 근거로 하고 있다. 특히 ‘부정한 방법으로’의 개념은 대법원 판례 등에 의하여 그 의미가 어느 정도 구체화된 상태라고 이해한다. 즉, 판례상 ‘거짓’이나 그 밖의 부정한 방법이란 ‘정상적인 절차에 의해서는 불가능한 허가나 급여 등을 받기 위해 위계 기타 사회통념상 부정하다고 인정되는 방법을 사용하는 것’을 의미한다고 정의할 수 있다는 것이다. 이때 ‘거짓’이나 ‘사위(詐僞)’란 ‘허위(虛僞)’와 같은 의미로 ‘진실에 반하는 것’, 즉 ‘악의 또는 고의로 사실이 아님을 알면서도 진실에 반하여 사실과 다르게 행하는 것’을 의미한다. 이러한 ‘사위’나 ‘거짓’은 ‘부정한 방법’의 행위태양의 하나이자 동시에 ‘부정한 방법’과 동등하게 평가될 수 있는 동질적 개념이라 할 수 있다. 예컨대 상표법 제96조¹⁹⁾, 디자인보호법 제85조²⁰⁾이나 특허법 제229조²¹⁾는 ‘사위’와 ‘부정’을

18) 송명호, 전계 논문, 제53면.

19) 「상표법」 제96조(사위행위의 죄) 사위 기타 부정한 행위로서 상표등록·지정상품의 추가 등록·상표권의 존속기간갱신등록·상품분류전환등록 또는 심결을 받은 자는 3년 이하의

동질의 개념으로 보고 ‘사위 기타 부정한 행위’를 ‘사위행위’로 표현하고 있다.²²⁾

이러한 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법’에 대해서 현행법은 직접적으로 개별 법률에서 형사처벌의 대상으로 삼고 있는 경우가 많다. 예컨대 의료급여법 제35조 제1항 제2호, 노인장기요양보험법 제67조 제3호, 산업재해보상보험법 제127조, 국민연금법 제128조 제1항, 장애인고용촉진 및 직업재활법 제84조, 국민기초생활보장법 제49조, 영육아보육법 제54조 제2항, 제3항 제2호, 석면피해구제법 제53조 제1항, 사회서비스 이용 및 이용권 관리에 관한 법률 제35조 제1항 등이 그러하다. 개별 법률에서 직접 형사처벌규정을 두고 있는 경우에 그 ‘부정’의 개념에 대해서는 대법원은 엄격하고 좁게 해석하는 입장으로 보인다.²³⁾

이 입장에서는 ‘부정한 방법’과 ‘부당한 방법’이 동일개념이 아니라는 것을 전제로, 건보법 제57조의 ‘속임수나 그 밖의 부당한 방법으로’는 ‘속임수나 그 밖의 부정한 방법 또는 부당한 방법으로’로 고쳐 쓸 수 있을 것이라고 한다.²⁴⁾

생각건대, 부정청구는 급여나 급여비용을 청구함에 있어 악의(惡意, knowingly)와 고의(故意, willingly)를 가지고 실제 사실과 다르게 허위청구(false statement or representation)하는 것을 의미하는 것으로 보아야 할 것이다. 여기서 ‘악의’, ‘고의’란 것은 사실과 다른 잘못된 청구(misstatement)가 부주의(inadvertantly)가 아니라 의식적으로(consciously) 이루어졌을 것을

징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

20) 「디자인보호법」 제85조(사위행위의 죄) 사위 기타 부정한 행위로서 디자인등록 또는 심결을 받은 자는 3년이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

21) 「특허법」 제229조(사위행위의 죄) 사위 기타 부정한 행위로서 특허, 특허권의 존속기간의 연장등록 또는 심결을 받은 자는 3년이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

22) 송명호, 전계 논문, 제53면.

23) 어떤 다른 행위를 수반함이 없이 단순한 세법상의 신고를 하지 아니하거나 허위의 신고를 하는 데에 그치는 것은 조세법처벌법 제3조 제1항의 사기나 그 밖의 부정한 행위에 해당하지 않는다(대법원 2011. 3. 24. 선고 2010도13345 판결, 대법원 2004. 2. 27. 선고 2003도6283 판결).

24) 송명호, 전계 논문, 제54면.

요건으로 한다.²⁵⁾ 구체적으로는 자신의 진료비 청구권이나 자신과 이해관계가 있는 다른 사람의 진료비 청구권에 영향을 주는 사실을 알고 있으며, 기망(欺罔)의 의사를 가지고 이를 숨기거나 알리지 아니하고 급여를 청구한 경우를 말한다. 즉, ‘거짓’ 또는 ‘속임수’의 방법으로 급여를 청구하는 것은 형법상 사기죄의 기망행위에 해당하는 것으로 이해하는 것이 타당할 것이다. 널리 거래관계에서 지켜야 할 신의칙에 반하는 행위로서 사람으로 하여금 착오를 일으키게 하는 기망행위라고 할 수 있으며, 그 내용의 허위를 의식 또는 인용하고 행위한다는 점에서 허위청구라고 하는 것이 적절한 표현일 것으로 생각된다. 따라서 이러한 허위청구의 경우에 형법상의 사기죄가 적용될 수 있으며, 실제로 이러한 사례에 대하여는 사기죄로 기소·처벌되고 있다.²⁶⁾

한편, 건보법 제57조 제1항은 ‘부당이득의 징수’라는 제목을 가지고 있으며, 허위청구를 포괄하는 개념으로서 ‘부당한 방법’에 의한 경우를 규정하고 있는데, 이 경우의 ‘부당’의 의미에 관하여는 원칙적으로는 국민건강보험과 관련된 보험급여사기행위, 보험급여비용사기행위와 관련된 규정(즉 부정한 방법과 관련된 규정)이고, 이에 포함되지 않는 기타 부당한 방법에 의한 보험급여수령행위, 보험급여비용수령행위도 아울러 규율하는 규정으로 봄이 옳을 것이다. 즉, 건보법 제57조에서는 허위청구를 내용으로 하는 부정청구와 부당청구를 같이 규정하고 있지만, 허위청구와 부당청구는 그 본질이나 내용에서 전혀 다른 성격을 가지는 것으로 이해하여야 한다는 것이다. 부당에 해당하는 경우에도, 환수, 업무정지처분이나 과징금처분 가능성 등을 고려할 때 건보법 제57조 제1항 제4항, 제98조 제1항 제1호, 제99조 제1항에서의 ‘그 밖의 부당한 방법’이란 요양급여비용이 단순히 잘못 지급된 경우를 넘어서서 강한 방법의 부당성이 깃들어 있는 경우이어야 할 것이다.

25) Buchanan RJ, Minor JD. Legal Aspects of Health Care Reimbursement, Beard Books, Washington D.C., 2001, p.123~124.

26) 구체적인 사건의 내용에 관하여는 허수진, “요양급여의허위부정청구-사례연구중심으로”, 『의료법학』, 제13권 제1호, 대한의료법학회, 2012. 6. 참고.

만일 ‘부당한 방법으로 요양급여비용을 받은 경우’의 개념을 건보공단의 재정손실이나 가입자들의 재산손실을 야기하는 일체의 청구를 의미하는 것으로 본다면, 즉 허위청구(부정청구)가 아닌 단순한 과잉청구²⁷⁾와 단순한 착오청구²⁸⁾를 모두 포괄하는 것으로 본다면, 이는 건보공단의 재정보호를 이유로 요양기관에게 업무정지나 과징금이 부과되게 되고, 건강보험심사평가원(이하 ‘심사평가원’이라 한다)이나 건보공단의 심사부실로 인한 요양급여비용의 지출현상의 책임을 요양기관에게만 묻는 결과²⁹⁾가 되므로 바람직하지 않다.

대법원도 “국민건강보험법 제52조(현 제57조) 제1항에 의한 국민건강보험공단의 환수처분 또는 징수처분은 요양기관이 환자에게 실제로 제공한 진료행위 등에 비하여 과도한 요양급여비용을 받았다고 하여 곧바로 행할 수 있는 것이 아니라 그러한 과도한 요양급여비용을 지급받은 것이 요양기관의 사위 기타 부당한 방법에 의한 것일 때 행할 수 있는 것이고, 그러한 경우 요양기관

27) 과잉청구의 예로는 ① 건강보험관계 법령을 초과하여 진료를 하고 그 비용을 청구하는 경우, ② ‘건강보험요양급여의 기준에 관한 규칙’과 ‘요양급여비용산정기준’, 보건복지부 행정해석 및 각종 행정지침을 위반하여 초과진료를 하고 그 비용을 청구하는 경우, ③ ‘진료심사평가위원회가 심의, 결정한 심사지침’ 및 ‘신의료기술 등의 결정 및 조정기준’, ‘약제 및 치료재료의 구입금액에 대한 산정기준’ 등 보건복지가족부 장관이 고시한 사항 내의 범위를 초과, 위반하여 진료를 하고 그 비용을 청구하는 경우 등을 들고 있다. 김계현·김한나·장옥, “국민건강보험법상 요양급여비용 환수 및 처벌 관련 규정의 문제점과 개선방안”, 『법학연구』, 제20권 제2호, 충남대학교 법학연구소, 2009, 제240~247면 참조.

28) 착오청구란 수가산정착오, 기재사항 누락, 오기 등 표기상의 착오와 요양급여기준을 잘못 적용하는 등 내용상의 착오에 기해 청구하는 경우를 말한다.

29) 이와 관련하여 대법원은 [요양기관이 건보공단에 요양급여비용의 지급을 청구하기 위해서는 건강보험심사평가원(이하 ‘심사평가원’이라 한다)에 질병 또는 부상명, 요양개시 연월일 및 요양일수, 요양급여비용의 내용 및 처방전 내용 등을 기재한 요양급여비용명세서를 첨부한 요양급여비용심사청구서를 제출하여야 하고, 심사평가원은 최대 40일 동안 요양기관으로부터 제출받은 자료의 검토 또는 현지출장에 의한 확인의 방법으로 그 심사청구내용이 법 제39조(현 제41조) 제2항 및 제3항의 규정에 의한 요양급여기준과 법 제42조(현 제45조)의 규정에 의하여 정하여진 요양급여비용의 내역에 적합한지를 심사하여 그 심사결정내용을 건보공단 및 요양기관에 통보하여야 하며, 건보공단은 위 심사결정내용에 따라 요양급여비용을 해당 요양기관에 지급하게 되므로, 요양기관이 요양급여비용의 지급을 청구하여 심사평가원의 심사를 거쳐 건보공단으로부터 이를 지급받게 되면 특별한 사정이 없는 한 요양기관이 정당하게 건보공단으로부터 요양급여비용을 지급받은 것으로 볼 수 있다.]고 판시하고 있다(대법원 2008. 9. 11. 선고 2008두 6981,6998 판결).

이 사위 기타 부당한 방법으로 요양급여비용을 지급받았다는 점을 증명할 책임은 국민건강보험공단에 있다”고 판시하고 있다³⁰⁾.

3. 장관 고시에 의한 사기죄 성부

가. 대법원 2013.4.26. 선고 2011도10797 판결

최근 대법원은 전화 진찰을 요양급여대상으로 되어 있던 내원 진찰인 것으로 하여 요양급여비용을 청구한 사례에서, 전화로 진찰한 것을 죄형법정주의 원칙, 특히 유추해석 금지의 원칙상 ‘직접 진찰’을 한 것이 아니라고 볼 수 없지만, 구 ‘국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙’(2010. 3. 19. 보건복지부령 제1호로 개정되기 전의 것. 이하 같다)에 기한 보건복지부장관의 고시는 내원을 전제로 한 진찰만을 요양급여의 대상으로 정하고 있고 전화 진찰이나 이에 기한 약제 등의 지급은 요양급여의 대상으로 정하고 있지 아니하므로 전화 진찰을 내원 진찰인 것으로 하여 요양급여비용을 청구한 것은 기망행위로서 사기죄를 구성한다고 판시하였다.

이 판결에서 대법원은 전화 진찰은 직접 진찰에 포함될 수 있지만, 요양급여 대상이 아니므로 사기죄에 해당하는 것으로 판단하였다. 그러나, 이러한 대법원의 입장에 대하여는 의문이 남는다. 죄형법정주의 원칙상 자신의 행위가 범죄에 해당하는지의 여부는 형식적 의미의 법률에 의하여야 하지만, 이 사례에서는 구체적으로 전화진찰 행위가 요양급여비용 청구의 대상이 되는지 여부는 보건복지부장관의 고시에 의해 결정된다는 점이다. 이는 죄형법정주의의

30) 대법원 2009. 11. 26. 선고 2009두8786 판결, 이에 따라 질병군 진료 요양기관이 혈전성치핵절제술 등의 시술을 하고 귀가시킨 환자들에게 퇴원약제를 직접 조제하여 지급하지 않고 처방전을 발행하여 그 환자들로 하여금 약국에서 약제를 구입하게 하고도 질병군별 포괄수가제에 따라 약제비 상당이 포함된 요양급여비용을 받은 것이, 국민건강보험법 제52조(현 제57조) 제1항에 정한 ‘사위 기타 부당한 방법으로’ 요양급여비용을 받은 것으로 볼 수 없다고 판시하였다. 이 판결에 대한 비판적 평석으로는 이서형, 『포괄수가제와 관련하여 원외처방 의료기관의 약제비반환 의무』, 『생명윤리정책연구』, 제5권 제1호, 생명의료법연구소, 2011, 제77~95면 참조.

내용중 하나인 법률주의와 백지형법에 관한 논의와 관련된다고 할 것이다.

이 사건에서는 전화진찰이 문제되었으나, 장관 고시에 포함되어 있지 않은 많은 경우(임의비급여를 포함하여)의 의료행위 등은 수시로 바뀌는 장관 고시의 내용에 따라 언제든지 사기죄로 처벌될 수 있는 잠재적인 사기죄의 행위로 포섭될 수 있다는 점에서 문제가 될 수 있다.

나. 죄형법정주의와 백지형법

죄형법정주의란 ‘범죄(죄)와 형벌(형)은 반드시 성문법에 의해 정해져야(법정) 한다는 원칙(주의)’을 말한다. 죄형법정주의에서 ‘법’이란 성문법(Statute, Gesetz)만을 의미한다. 죄형법정주의의 구체적 내용으로서 법률주의는 범죄와 형벌은 반드시 국회가 제정한 법률에 규정되어야 하고, 명령·규칙·자치법규 등에 의해 범죄와 형벌을 규정할 수 없다는 것이다. 헌법 제12조 1항도 이를 선언하고 있다. 범죄와 형벌은 국회에서 제정하는 법률에 의해야 하고 행정부가 제정하는 행정입법에 의해서는 안 된다는 원칙은 인권보장이라는 권력분립사상에 기초한 것이라고 할 수 있다.³¹⁾

사회현상의 복잡다기화와 국회의 전문적·기술적 능력의 한계 및 시간적 적응능력의 한계로 인하여 형사처벌에 관련된 모든 법규를 예외 없이 형식적 의미의 법률에 의하여 규정한다는 것은 사실상 불가능할 뿐만 아니라 실제에 적합하지도 않다. 따라서 범죄와 형벌의 주내용은 법률에서 정하되, 그 구체적 내용은 다른 법률 또는 명령·규칙 등 하위법규에 위임해야 할 필요가 있게 된다. 이 경우 위임하는 법률을 백지형법(白地刑法)이라고 하고, 다른 법률 또는 명령·규칙 등 하위법규를 보충규범(補充規範)이라고 한다. 헌법 제75조³²⁾는

31) 오영근, 『형법총론』, 제44면.

32) 대통령은 법률에 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다 및 제95조(국무총리 또는 행정각부의 장은 소관사무에 관하여 법률이나 대통령령의 위임 또는 직권으로 총리령 또는 부령을 발할 수 있다.

이를 예상한 것이다.

이와 같이 범죄와 형벌의 구체적 내용을 명령·규칙·자치법규 등에 위임하는 것이 불가피하다 하더라도 이는 인권보장적 관점에서는 별로 바람직하지 않으므로 이에 대한 엄격한 제한이 필요하다. 따라서 i) 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로서 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있고, ii) 위임법률에서 구성요건상의 처벌대상인 행위가 어떠한 것인지 이를 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고, 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명확히 규정하는 것을 전제로 위임입법이 허용된다.³³⁾ 이러한 위임의 한계를 벗어나는 법률은 뒤에서 말하는 명확성원칙(明確性原則)에도 반하게 된다. 또한 하위법규들이 법률의 규정보다 형사처벌의 대상을 확장하거나 형벌을 강화하는 것은 허용되지 않는다.³⁴⁾

헌법재판소도 “약국을 관리하는 약사 또는 한약사는 보건복지부령으로 정하는 약국관리에 필요한 사항을 준수하여야 한다”는 약사법 제19조 제4항의 규정 위반자를 200만원 이하의 벌금에 처하도록 한 약사법 제77조 제1호는 ‘약국관리에 필요한 사항’이라는 처벌법규의 구성요건 부분에 관한 기본사항에 관하여 보다 구체적인 기준이나 범위를 정함이 없이 그 내용을 모두 하위법령인 보건복지부령에 포괄적으로 위임함으로써, 약사로 하여금 광범위한 개념인 ‘약국관리’와 관련하여 준수하여야 할 사항의 내용이나 범위를 구체적으로 예측할 수 없게 하고, 나아가 헌법이 예방하고자 하는 행정부의 자의적인 행정입법을 초래할 여지가 있으므로, 헌법상 포괄위임입법금지 원칙 및 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위반된다³⁵⁾고 판시하고 있다.

급변하는 의료환경과 의료기술에 따른 적절한 의료행위 및 이를 요양급여에 포섭하는 작업이 쉽지 않으며, 구체적인 요양급여행위를 국회에서 법률의 형식으로 규정하는 것은 현실적으로 불가능하다고 할 것이므로 위임입법의

33) 대판 2000도1007.

34) 대판 98도2816.

35) 현재 99헌가15.

필요성과 정당성은 인정된다고 할 것이다. 그러나 의료법과 건보법에 요양급여의 내용과 기준 등에 관한 보다 구체적이고 명시적인 규정을 마련하는 것이 필요할 것이고, 불가피하게 규칙이나 고시에 의한다고 하더라도 상위법령에 구체적인 근거규정이 있어야 하며 그 적용에 있어서는 행위자가 그 위법성을 인식함에 상당한 시간이 필요하다는 점이 고려되어야 할 것으로 생각된다.

4. 사기죄의 미수와 기수

사기죄의 보호정도는 침해범이며 보호법익이 침해(侵害)되어야 기수가 되는 범죄이다. 사기죄의 실행의 착수시기는 기망행위를 시작한 때이며 사기죄의 미수범은 처벌하므로(제352조), 기망행위를 하였으나 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득하지 못한 경우에는 미수범으로 처벌된다. 사기죄의 기수 시기에 대해서는 재산상의 손해가 발생한 시점이라는 견해³⁶⁾와 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득한 시점이라는 견해³⁷⁾가 대립한다. 사기죄의 성립에 재산상의 손해발생을 요하지 않고, 설사 사기죄의 성립에 손해발생을 요한다고 하더라도 기수시기는 재물 또는 재산상 이익의 취득시라고 해야 한다.

보험사기의 경우, 일반적으로 보험금을 보험회사 등에 청구한 때에 사기죄의 실행의 착수가 있으며, 보험금을 지급받은 경우에 기수에 이른다고 보고 있다. 요양급여의 청구에 있어서도 요양기관이 보험공단에 요양급여비용을 허위로 청구한 때에 사기죄의 실행의 착수가 있으며, 요양급여비용을 지급받은 때에 기수가 된다고 할 것이다.

요양급여를 허위로 청구하였으나 심사평가원등의 심사, 조사에 의하여 허위청구로 추측되어 급여비용을 지급하지 않고 보류하고 있는 경우에는 사기죄의 미수에 해당할 것이다. 건강보험공단의 요양급여비용 지급 여부에 따라 기수인지 미수인지 구별되는 것은 비록 피해자의 행위에 따라 그 기수 여부가

36) 김성천·김형준, 전계서, 제455면; 김일수, 전계서, 제370면; 이형국, 전계서, 제457면; 임용, 형법각론, 제338면; 진계호, 전계서 제325면.

37) 박상기, 전계서, 제332면; 백형구, 형법각론 제181면.

좌우된다고 하더라도 범죄의 성립에 있어서 문제된다고 보기는 어렵다.

그러나, 허위청구의 전력이 있거나 상습적으로 허위청구를 하거나 특별히 조사대상이 되어서 요양급여비용이 바로 지급되지 않고 있는 경우에는 그 행위의 불법성이 크지만 오히려 요양급여비용의 미지급 상태로 인하여 미수에 그치게 되고, 허위청구의 전력이 없거나 경미한 사안 등의 이유로 사전심사 등에서 걸러지지 않은 경우에는 오히려 기수에 이를 수 있다는 점이다. 즉 불법성이 큰 경우에는 미수에 그치고 불법성이 적은 경우에는 기수에 이르는 경우가 발생할 가능성이 많다는 것은 형사정책적으로 바람직하지 못하다고 할 것이다.

5. 사기죄의 죄수와 이득액

가. 허위청구행위와 사기죄의 죄수

국민건강보험상 요양급여비용의 허위청구에 있어서는 실무상으로 하나의 허위청구행위를 저질러 일죄로 다루어지는 경우보다는 여러 허위청구행위가 반복적으로 또는 순차적으로 이루어지는 경우가 일반적이라고 할 것이다. 심사평가원에서의 조사에서 허위청구가 발각되어 검경에의 고발에 이르는 경우는 그 행위가 누적적 반복적으로 이루어지는 경우가 대부분이기 때문이다.

행위를 기준으로 보면 여러 개의 범죄행위에 해당하는 허위청구에 대하여 범죄의 개수를 어떻게 정할 것인가는 중요한 논의대상이 될 수 있다. 하나의 범죄가 있느냐 두 개 이상의 범죄가 있느냐 하는 문제는 유무죄만큼 커다란 차이가 있는 것은 아니어도 역시 중요한 차이가 있다. 경합범으로 가중되어 형기가 처단형이 무거워질 수 있으며, 이득액의 범위에 따라 특정경제범죄가중처벌법이 적용될 수도 있으며, 양형기준에서 불리하게 작용하여 무거운 형벌을 선고받을 수 있기 때문이다.

요양급여비용 허위청구와 관련하여서는 일련의 허위청구행위를 각각 개별 범죄로 보아 경합범으로 다루어야 하는지 포괄일죄로 다루어야 하는지가 먼

저 검토되어야 할 것이다.

일반적으로 포괄일죄(包括一罪)라 함은 구성요건을 충족하는 수 개의 행위가 있음에도 불구하고 수 개의 범죄가 성립하는 것이 아니라 이러한 수 개의 구성요건을 충족하는 행위를 포괄하여 하나의 범죄가 성립하는 것을 말한다. 포괄일죄의 종류에는 결합범(結合犯), 계속범(繼續犯), 접속범(接續犯), 집합범(集合犯), 연속범(連續犯) 등이 있는데, 이 중에서 집합범이란 동종의 여러 개의 행위가 반복해서 행해지지만 단일한 의사경향에 의한 행위이므로 여러 개의 행위를 포괄하여 하나의 범죄만이 성립하는 경우를 말한다. 집합범에는 상습범(常習犯), 영업범(營業犯) 및 직업범(職業犯)이 있다.

한편 연속범은 범의(犯意)를 계속하여 동종(同種)의 행위를 반복함으로써 일죄로 처단하는 형태의 범죄를 말한다.³⁸⁾ 즉, 복수의 범의를 침해하는 복수의 구성요건해당행위가 있지만, 그 행위들이 동종의 행위이고 행위자의 범죄 의사가 단일함으로 인해 수죄로 취급하지 않고 포괄일죄로 취급하는 형태의 범죄를 말한다.³⁹⁾ 연속범은 단일하고도 계속된 범의, 동종의 범죄행위, 동일한 피해범의 등으로 인해 집합범과 유사한 성격을 가지고 있다. 또한 연속범의 경우에도 집합범에서처럼 상습성, 영업성등과 같이 강력한 범죄요인 등이 있는 것은 아니지만, 다수의 범죄행위들이 행해질 것이 어느 정도 예상되어 있다고 할 수 있으며 이 경우 개개 행위 보다는 전체 행위를 포괄하여 다루는 것이 합리적이라고 할 수 있다.⁴⁰⁾ 연속범이 성립하기 위해서는 i) 범의(犯意)의 단일성(單一性)이라는 주관적 요건과, ii) 범행방법(犯行方法)의 동종성(同種性), iii) 시간적(時間的) 제한성(制限性), iv) 피해범의 동일성 등의 객관적 요건이 갖추어져야 한다.⁴¹⁾

38) 대판 4280형상136.

39) 연속범에 대하여는, 이를 포괄일죄가 아니라 처분상의 일죄로 보는 견해 및 경합범으로 보는 견해도 있으나 여기에서는 논외로 한다.

40) 연속범을 과형상일죄나 경합범으로 보게 되면 모든 행위의 성격을 개별적으로 파악해야 하는데 이는 소송경제에 반하고, 피고인에게 지나치게 불리한 결과를 초래할 수 있다. 연속범을 수죄로 보게 되면 공소제기 시 모든 행위에 대한 공소사실을 개별적으로 특정해야 하고, 일사부재리의 원칙도 적용되지 않게 된다.

사기죄의 보호법익은 재산과 의사결정의 자유이므로⁴²⁾, 동일한 피해자에 대하여 수회에 걸쳐 기망행위를 하여 금원을 편취한 경우 범의가 단일하고 범행방법이 동일하다면 사기죄의 포괄일죄만이 성립하는 것으로 보아야 한다. 판례의 입장도 마찬가지이다.⁴³⁾ 일련의 허위청구행위는 구체적인 행위태양에 따라 포괄일죄 중에서 집합범 또는 연속범에 해당하는 것으로 볼 수 있다. 판례에서는 허위청구행위들에 대하여 상습범으로 파악한 경우도 있다.⁴⁴⁾ 그러나 범의의 단일성과 계속성이 인정되지 아니하거나 범행방법이 동일하지 않은 경우에는 각 범행은 실제적 경합범에 해당한다⁴⁵⁾.

한편, 사기죄에 있어서 그 범의가 단일하고 범행방법이 동일하다고 하더라도 수인의 피해자에 대하여 각 피해자별로 기망행위를 하여 각각 재물을 편취한 경우에 포괄일죄가 성립하는 것이 아니라 피해자별로 1개씩의 죄가 성립하는 것으로 보아야 한다⁴⁶⁾. 그러나 요양급여비용 허위청구행위와 관련하여서는 그 피해자가 국민건강보험공단으로 동일하고 각각의 기망행위도 그 방법이나 양태에 있어서 유사하므로 포괄일죄라고 보아야 할 것이다.

포괄일죄에 있어서는 그 일죄의 일부를 구성하는 개개의 행위에 대하여 구체적으로 특정되지 아니하더라도 그 전체 범행의 시기와 종기, 범행방법, 피해자나 상대방, 범행횟수나 피해액의 합계 등을 명시하면 이로써 그 범죄사실은 특정되는 것이라고 할 것이고 상습사기와 같이 공소범죄의 특성상 개괄적 기재가 불가피한 경우 개별적 사기 범행의 피해자가 특정되지 아니하였다고 하더라도 기본적 사실관계에 차이가 없고 피고인의 방어권행사에 지장을 주지 않는다면 그 공소내용이 특정되지 않았다고 할 수 없을 것이다.⁴⁷⁾

41) 대판 99도4940 등.

42) 사기죄의 보호법익이 무엇인지에 관하여는, 전체로서의 재산설, 재산 및 거래의 신의칙설, 개별적 재산설, 재산 및 의사결정의 자유설 등이 있으나, 여기에서는 논외로 한다.

43) 대법원 2012.03.29. 선고 2011도14135 판결 등.

44) 대법원 2000. 1. 28. 선고 99도2884 판결.

45) 대판 99도4862.

46) 대법원 2013.1.24. 선고 2012도10629 판결; 대법원 1997. 6. 27. 선고 97도508 판결 등.

47) 대법원 1999. 11. 12. 선고 99도2934 판결, 2005. 3. 24. 선고 2004도8661 판결 등.

상습사기죄등은 포괄일죄(包括一罪)이므로 수회의 범행을 한 경우 그 중 일부의 범행에 대해 공소가 제기되어도 공소제기의 효력은 전체 범행에 미치고 확정판결의 기판력도 전부에 대해 미치므로 공소가 제기되지 않은 나머지 범행에 대해 공소가 제기된 경우 법원은 면소판결(免訴判決)을 해야 한다.⁴⁸⁾ 한편, 수 개의 허위청구행위에 대하여 이를 포괄일죄로 다루어 하나의 판결을 하였으나 상소심에서 그 일부행위를 허위청구에 해당하지 않는다고 판단한 경우에는 원심판결은 전부 파기되어야 할 것이다.⁴⁹⁾

나. 이득액의 산정

특경법 제3조⁵⁰⁾는 사기죄의 이득액에 따라 처벌을 달리하는 규정을 두고 있으므로 이득액을 어떻게 산정하는가는 중요한 문제라고 할 수 있다. 또한 대법원 양형위원회의 사기죄에 관한 양형기준에서도 그 이득액이 중요한 판단 기준으로 기능하고 있다.⁵¹⁾ 즉, 이득액이 5억 미만인 경우에는 형법 제347조

48) 대판 99도4797; 대판 91도3170; 대판 89도1984.

49) 대법원 2006.07.13. 선고 2006도2959 판결. 이 사건에서 '판독료 청구의 허위 여부가 문제된 환자들에 관하여 작성된 진료기록부에 X선사진이나 CT촬영물을 판독하여 그 소견을 기재한 경우가 있는 등 진료기록부의 진료기록과 다르게 자동차보험 진료수가를 청구한 것'이라고 말할 수는 없다 할 것임에도 불구하고, 원심은 진료기록부에 영상진단에 관한 판독이 있었음을 알 수 있는 기재가 있는지 여부를 살피지 아니한 채 2003. 1. 1. 이후부터는 영상진단에 대한 판독소견서를 작성·비치하지 않고서는 판독료를 청구할 수 없다고 보아 공소사실 중 이 부분을 유죄로 인정하였으니, 원심판결에는 심리를 다하지 아니하거나 진료수가 부당청구에 의한 자동차손해배상보장법 위반죄의 범리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있고, 이는 판결에 영향을 미쳤음이 분명하다. 원심은 위 각 부분을 유죄로 인정한 다음 포괄일죄에 해당된다고 보아 피고인 2에게 1개의 형을 선고 하였으므로, 피고인 2에 대한 원심판결은 전부 파기될 수밖에 없다'고 판시하고 있다.

50) 제3조(특정재산범죄의 가중처벌) ① 형법 제347조(사기)·제350조(공갈)·제351조(제347조 및 제350조의 상습범에 한한다)·제355조(횡령, 배임) 또는 제356조(업무상의 횡령과 배임)의 죄를 범한 자는 그 범죄행위로 인하여 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 한 재물 또는 재산상 이익의 가액(이하 이조에서 "이득액"이라 한다)이 5억원 이상인 때에는 다음의 구분에 따라 가중처벌한다.

1. 이득액이 50억원 이상인 때에는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.
 2. 이득액이 5억원 이상 50억원 미만인 때에는 3년 이상의 유기징역에 처한다.
- ② 제1항의 경우 이득액 이하에 상당하는 벌금을 병과할 수 있다.

51) 사기죄에 관한 대법원의 양형기준은 일반사기의 경우, 이득액(범죄행위로 인하여 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 한 재물 또는 재산상 이익의 가액을 의미)이 ① 1억원

가 적용되지만, 5억 이상인 경우에는 특경법이 적용되어 형이 가중된다.

요양급여비용의 허위청구행위를 앞에서 살펴본 바와 같이 포괄일죄로 다루게 되면 경합범으로 취급하는 것보다 피고인에게 유리하다고 할 수 있으나⁵²⁾, 포괄일죄로서 그 이득액의 실질적인 합이 5억원을 넘을 경우에는 특경법이 적용되게 되어 형이 가중된다.

판례는 특경법 제3조 제1항에서 말하는 이득액은 단순일죄의 이득액이나 혹은 포괄일죄가 성립하는 경우의 이득액의 합산액을 의미하는 것이지만, 그 입법 취지에 비추어 이득액은 실질적인 이득액을 의미한다고 판시하고 있다.⁵³⁾

한편 대가를 지급한 경우에도 그 편취액은 피해자로부터 교부된 재물의 가치로부터 그 대가를 공제한 차액이 아니라 교부받은 재물 전부라고 한다.⁵⁴⁾

요양급여비용 허위청구에 있어서 그 이득액의 산정은 중요한 의미를 가지지만, 법 적용상 불합리한 경우가 발생할 수 있다. 허위청구에 대하여 사기죄로 의율하게 되는 것은 건강보험심사평가원의 심사과정을 거치면서 그 범죄행위가 드러나게 되는 경우가 많으며, 이 과정에서 심평원 심사범위와 기간 등에 따라 포괄일죄로 다루어지게 될 범위가 달라질 수 있다는 점이다. 이러한 점에서 심평원의 심사주기, 심사범위 등이 중요한 의미를 가진다고 할 수 있다.

III. 사기죄의 양형에 있어서의 쟁점

1. 보험사기에 있어서 적정 양형의 의의

급증하고 있는 보험사기에 대처하는 방안으로는 형법의 개정, 보험업법의

미만, ② 1억원 이상, 5억원 미만, ③ 5억원 이상 50억원 미만, ④ 50억원 이상 300억원 미만, ⑤ 300억원 이상인 경우로 구분하여 형량의 범위를 달리 정하고 있다.

52) 포괄일죄의 경우는 경합범 가중을 하지 않기 때문에 처단형의 범위를 정하는 데에 있어서 유리하다고 할 수 있다.

53) 대법원 2000. 11. 10. 선고 2000도3483 판결.

54) 대판 2000도1899; 대판 95도203.

개정 또는 특별법의 제정, 보험사기 조사기관의 설립, 보험정보의 공유 등 다양한 방법이 제시되고 있으나, 이러한 입법적·제도적 개선방안은 보험사기에 대한 일반적 추상적 대응방안으로서 이것만으로는 그 효과를 충분히 발휘하기는 힘들 것으로 생각된다. 구체적으로 보험범죄를 저지르면 어떠한 형벌을 받게 되는지를 일반 국민이 인식하도록 하여 스스로 범죄행위로 나아가지 않도록 함과 동시에 보험범죄를 이미 저지른 사람도 재범을 하지 않도록 하는 형벌의 일반예방기능과 특별예방기능은 보험범죄에 대한 형벌의 종류와 형량과 밀접한 관계가 있다고 할 것이다. 따라서 보험범죄에 대하여는 입법적 개선뿐만 아니라 보험범죄행위에 대한 적절한 형사책임의 부과라는 두 가지 측면에서의 방안이 모두 필요하다고 하겠다. 이러한 점에서 보험사기행위에 대한 법원의 판단은 중요한 의미를 가진다고 할 것이며, 이하에서는 구체적으로 요양급여비용 허위청구와 관련하여 사기죄의 선고형량을 살펴보기로 한다.

2. 보험사기 판결례의 분석

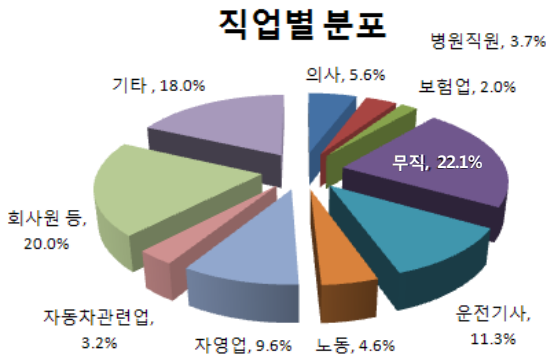
본 분석은 2003년부터 2007년 9월까지 형법 제347조의 사기죄가 적용법조로 되어 있는 하급심 판결문 중에서 보험범죄로 파악된 판결문 494개를 대상으로 하였다.⁵⁵⁾ 분석의 대상으로 삼은 판결에서 보험범죄로 인하여 형사처벌을 받은 피고인은 1,173명이었으며 사건수에 비하여 많은 사람이 사법처리된 것은 하나의 판결에서 공범 또는 공동피고인으로 처벌된 경우가 많기 때문인데, 하나의 판결문에서는 33명이 공동피고인으로 재판을 받은 경우도 있었다.

전체 피고인 중에서 벌금형이 선고된 경우가 338명(28.8%), 징역형이 선고된 경우가 283명(24.1%), 징역형과 집행유예가 선고된 경우가 552명(47.1%)으로 나타나 집행유예로 풀려난 경우가 가장 많고 실형을 선고받은

55) 본 분석에 사용된 판례의 사례들은 황만성·신의기·김한균, 『보험사기의 적정 양형에 관한 연구』, 한국형사정책연구원, 2009에서 대상으로 한 판결들을 사용하였다.

경우는 1/4에 그치는 것으로 나타나고 있다.⁵⁶⁾

대상판결을 피고인의 직업을 기준으로 분류하여 보면, 직업이 없는 무직자의 경우가 22.1%로 가장 많았으며, 회사원(종업원 포함)이 20%, 운전기사가 11.3%, 자영업이 9.6%, 의사와 병원 직원이 9.3%인 것으로 나타났다.



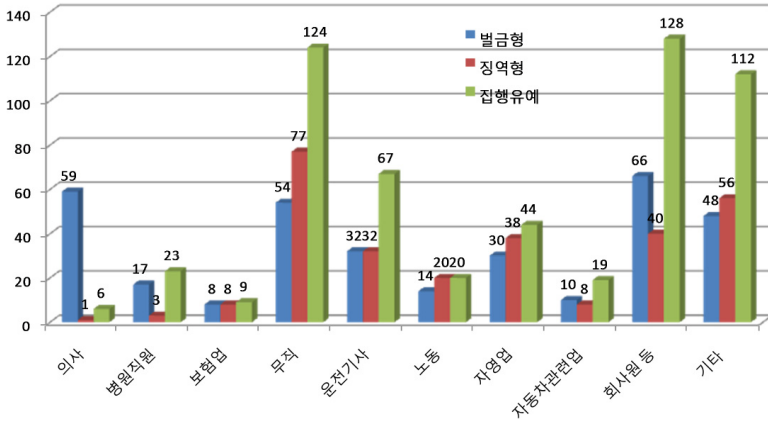
〈그림 1〉 피고인의 직업별 분류

3. 선고형량의 분석

피고인의 직업을 기준으로 선고형량을 분석한 결과, 직업군에 따른 차이가 많이 나타나는 것으로 조사되었다. 특히 의사 등 병원 종사자의 직업군에서는 징역형이나 집행유예에 비하여 벌금형이 압도적으로 많은 것으로 조사되었다. 특히 의사의 경우에는 징역형이 선고된 경우는 단 1건이었음에 반하여 벌금형이 선고된 것은 59건에 이르고 있다.⁵⁷⁾

56) 황만성·신의기·김한균, 전거서, 제110면.

57) 분석대상이 된 판결의 대부분은 의사 등이 사기죄로 처벌받은 것은 주로 민간보험회사 등으로부터 환자의 치료비를 허위청구한 것에 관한 것이었다.



〈그림 2〉 직업별 신고형량의 분포

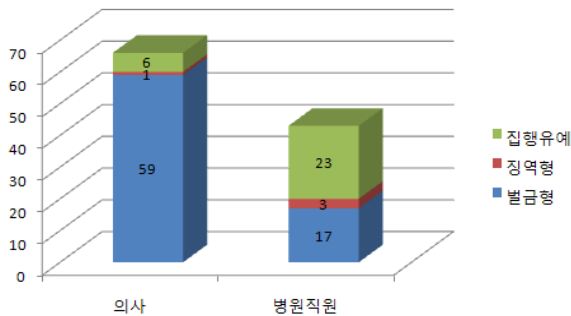
다른 직업군에 비하여 의사의 경우 벌금형의 비율이 높은 것은 의료법 제8조 4호때문인 것으로 추측된다. 의료법 제8조 4호에서는 의료인의 결격사유 의 하나로 ‘형법 제347조(허위로 진료비를 청구하여 환자나 진료비를 지급하는 기관이나 단체를 속인 경우만을 말한다) 위반하여 금고 이상의 형을 선고받고 그 형의 집행이 종료되지 아니하였거나 집행을 받지 아니하기로 확정되지 아니한 자’로 규정하고 있으며, 이에 해당하면 의료법 제65조에 의하여 필요적 면허취소사유에 해당함과 동시에 면허취소 후에도 3년 이내에 면허재교부 신청을 할 수 없는 무거운 징계에 처해 질 수 있다.

또한 의료법 제64조 제1항에 따르면 보건복지가족부장관 또는 시장·군수·구청장이 의료기관의 일정한 의료법 위반에 대해 의료업을 정지시키거나 개설허가취소 및 의료기관 폐쇄를 명할 수 있도록 규정하고 있는데, 의료기관 개설자가 거짓으로 진료비를 청구하여 금고 이상의 형을 선고받고 그형이 확정된 때에는 의료기관 개설허가를 취소하거나 폐쇄를 명하여야 한다고 규정하고 있다(동조 제1항 제8호).

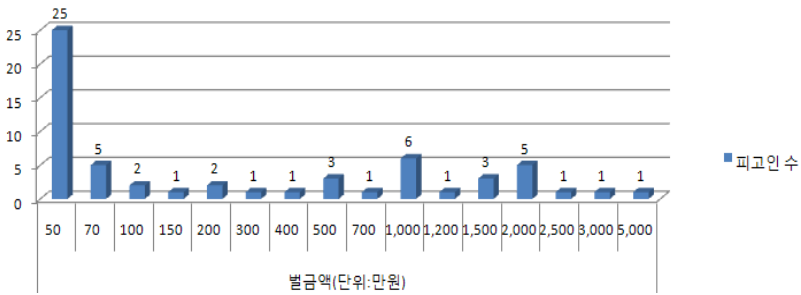
이처럼 의사 등이 허위청구로 인하여 형법상 사기죄의 금고 이상의 형을 선고받은 경우에는 형벌 이상의 강력한 행정적 제재가 필수적으로 수반된다.

법원이 이러한 사정을 감안하여 의료인에 대하여는 되도록 자유형을 선고하지 않고 벌금형으로 선고하되 벌금액을 무겁게 결정하는 양상을 보이고 있는 것으로 생각된다.

의료계에 종사하는 다른 직업에 비하여 의사에 대하여 형종의 편중이 심한 것도 이러한 결격사유 등이 고려된 결과로 추측할 수 있다.



〈그림 3〉 병원관련 직업의 선고형 분포

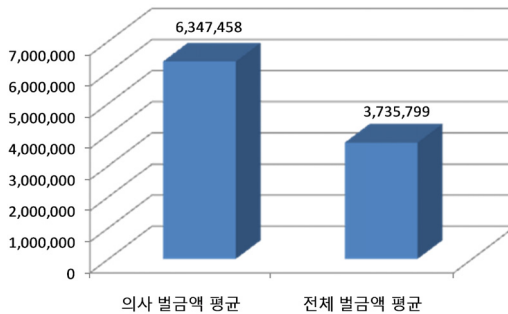


〈그림 4〉 의사에 대한 벌금형 분포

의사에 대한 벌금형의 선고내용을 보면, 벌금 50만원, 70만원 등 비교적 적은 금액의 벌금형이 선고된 경우가 있는데, 이 사건은 자신이 진찰한 의사가 아니면 처방전을 작성하여 환자에게 교부하지 못하고 이에 위반한 대리진료 행위를 근거로 국민건강보험공단에 의료비를 청구할 수 없음에도 환자가 아

닌 자가 거동이 불편한 아버지가 내원할 수 없어 자신이 대신 왔다고 하여 처방전을 발급하고 건강보험공단에 요양급여비용을 청구한 것이다. 동일한 사람에 대하여 대리진료를 한 동일 지역의 의사 33명이 공동피고인이 되어 각각 50만원, 70만원, 100만원 등의 벌금형을 선고받은 사건이다.⁵⁸⁾ 각 공동피고인의 편취금액은 최저 13,000원에서부터 최고 132,000원에 불과하였다.

피고인이 의사인 경우의 벌금 평균액은 6,347,458원이었으며, 전체 벌금액 평균은 3,735,799원보다 높은 것으로 나타났다. 다른 직업군의 경우 벌금형의 액수가 1천만원이 최고였음에 반하여 의사의 경우 벌금형의 액수가 경합범 가중 등을 통하여 2천만원 이상 선고된 경우도 8건에 이르고 있다는 특징을 보이고 있다.

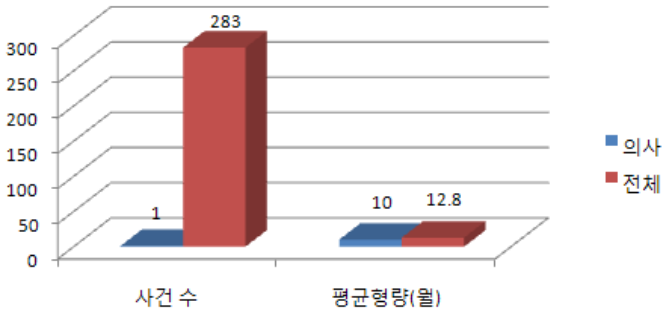


〈그림 5〉 의사에 대한 평균 벌금액

징역형의 경우, 의사에 대하여 실형이 선고된 경우는 단 1명에 불과하였다. 대상 판결은 의사인 피고인이 진료비 허위청구로 인한 사기죄의 성립이외에 21건의 허위진단서 작성죄, 허위작성진단서 행사죄가 인정되어 사기죄와 경합범으로 선고된 경우이다.⁵⁹⁾

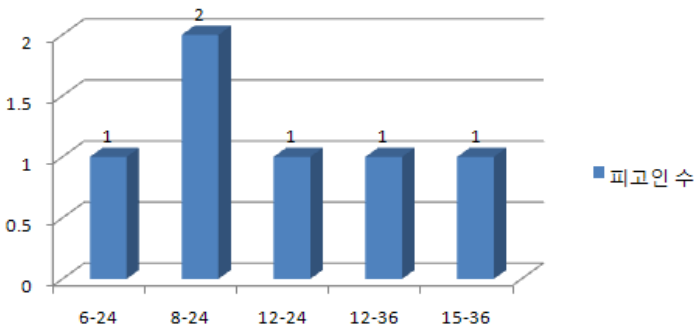
58) 창원지방법원 2007고정761.

59) 서울지법 2003. 4. 10 선고 2003고단503판결.



〈그림 6〉 의사에 대한 실형선고

의사에 대하여 집행유예가 선고된 경우는 집행유예기간이 비교적 장기로 선고되었다. 피고인이 오랫동안 의료인으로서 사회에 기여한 점 및 피고인의 잘못을 반성하고 있는 점 등을 참작하여 집행유예를 선고하되 그 유예기간을 장기간으로 하였다고 판시⁶⁰⁾하고 있다.



〈그림 7〉 의사에 대한 집행유예 분포

4. 허위청구행위의 양형에 대한 평가

본 분석을 통하여 일반적이고 객관적인 보험사기에 관한 양형의 실태를 제

60) 인천지법 2004. 8. 27. 선고 2003고단4900 판결.

시하기에는 부족하지만, 구체적 판결례를 통하여 건강보험을 비롯하여 보험과 관련된 허위청구행위에 대한 법적 판단의 단면을 살펴볼 수 있었다.

2000년도에 들어서면서 직장의료보험과 지역의료보험의 통합, 의약분업 실시 등으로 인하여 건강보험재정이 적자로 돌아서자 정부에서는 요양급여비용(진료비) 심사강화, 요양기관의 부당청구 처벌강화, 진찰료와 처방료 통합, 환자 진료수에 따른 차등수가제의 도입, 주사제 처방료와 조제료 삭제, 약가조정, 주사제·항생제·고가약제에 대한 약제비 적정성 평가 등의 재정안정화 대책들을 마련하여 시행하였다.⁶¹⁾

그 대책중의 하나로서 2002.3.30 의료법 개정(시행 2003.3.31. 법률 제 6686호)을 통하여 허위로 진료비를 청구함으로써 형법상 사기죄를 범하여 금고 이상의 형의 선고를 받고 그 집행이 종료되지 아니한 경우 등을 의료인의 결격사유에 추가하게 되었다.

그러나, 동 규정의 신설은 그 입법취지와 달리 이로 인하여 오히려 요양급여비용 청구 행위에 대하여 양형을 왜곡하는 결과를 초래하게 되었다고 할 수 있다. 허위청구를 근절하기 위한 각종의 행정적 제재(결격사유, 면허취소, 의료기관 개설 취소 등)가 사기죄에 규정된 형벌보다 사회적 경제적 측면에서는 더욱 중하게 여겨짐에 따라 법원의 입장에서도 사기죄에 대한 징역형을 선고하기를 힘들게 만들고 있다는 점이다. 이처럼 의료법 제8조 제4호의 결격사유는 그 입법목적은 받아들일 수 있다고 하여도 수반되는 행정적 제재로 인하여 오히려 적용을 쉽지 않다고 할 것이며 이러한 측면에서 허위청구와 관련된 행정적 제재수단이 비례의 원칙과 과잉금지의 원칙에 적합한지에 관한 신중한 검토가 필요하다고 생각된다.

61) 보건복지부, 『국민건강보험 재정안정 및 의약분업 정착 종합대책』, 2001. 5. 31. 등 참조.

IV. 결 론

수익과 이윤추구를 목적으로 하는 민영보험과 달리 공적 보험에서는 국민 스스로의 노력이나 댓가없이 국가가 일방적으로 국민에게 복지 혜택을 주는 것으로 오해하여 공단 등이 지급하는 사회보험급여에 대하여는 별다른 죄의식 없이 그 급여를 지급받기 위하여 불법적인 수단을 사용하는 도덕적 해이가 심한 것이 일반적이다.

국민건강보험제도는 전국민을 대상으로 확대되고 보다 다양한 의료급여를 확대하는 과정에서 재정악화라는 문제가 상존하고 있으며 이에 관리나 요양 급여 심사체제가 상시화되고 전문화되어 있어서 다른 공보험에 비하여 허위 청구 등의 사례가 상대적으로 적은 것으로 생각되지만 보험급여의 허위·부정청구, 가입의 회피, 보험금의 악의적인 체납 등 사회보험제도의 기초를 흔드는 행위 등은 늘 건강보험제도에 대한 위협이 되고 있다.

이상에서는 건강보험의 허위청구와 관련하여 전통적이지만 가장 강력한 법적 제재수단으로서 형벌이 동원되는 사기죄의 적용에 관한 법적 쟁점을 살펴 보았다. 사기죄의 구성요건의 해석과 관련하여 기망행위의 구체적 태양으로서 건강보험법의 규정을 살펴보았으며, 죄형법정주의의 관점에서 허위청구 해당여부의 판단기준으로서 장관 고시에 관한 문제점을 제기하였다. 또한 건강보험 심사평가원의 구체적인 처분에 따라 범죄 성립에 영향을 미치는 점 등에 관하여도 살펴보았다.

보험범죄의 문제는 중요한 사회이슈로 계속 등장하고 있으며, 최근에는 보험업법, 특경법의 개정 뿐 아니라 형법전에 보험범죄의 규정을 신설하는 방안이 적극적으로 논의되고 있는 상황이다. 특히 공보험제도는 사회의 안전망으로 중요한 기능을 담당하고 있으며 그 체계의 건전성과 운영의 공정성은 매우 중요한 과제라고 할 것이다.

사회보험제도에 대한 신뢰와 기대는 사회보험의 비용부담에 관한 국민의 형평성을 확보하고, 사회보험급여의 공평한 분배가 전제되어야만 가능한 것

이므로 정부나 공단은 사회보험제도가 형평을 도모하고 배분적 정의를 실현할 수 있도록 구축되고 운영될 수 있도록 법과 제도를 정비하고 사법기관에서는 이의 엄정한 집행을 통하여 참다운 복지국가를 이룩하도록 노력하여야 할 것이다.

주제어 : 사기죄, 허위청구, 요양급여비용, 건강보험, 국민건강보험법, 부정
청구, 양형

[참 고 문 헌]

- 김계현·김한나·장욱, “국민건강보험법상 요양급여비용 환수 및 처벌 관련 규정의 문제점과 개선방향”, 『법학연구』, 제20권 제2호, 2009.
- 김운목, “건강보험 진료비 청구 및 심사지급에서의 권리 분쟁과 구제”, 『의료법학』, 제8권 제2호, 대한의료법학회, 2007.
- 김진현, 『요양급여 부정청구에 대한 정책개선방향』, 부패방지위원회, 2003.
- 노명선, “형법상 보험사기죄 신설을 위한 연구”, 손해보험협회, 2012.
- 류화진, “부작위에 의한 사기죄 인정에 관한 비판적 고찰”, 『부산대학교 법학연구』, 제44권 1호, 2003.
- 박세민, “보험사기에 대한 현행 대응방안분석과 그 개선책에 대한 연구”, 『저스티스』, 통권 제111호.
- 박세민, 『보험법』, 박영사, 2011.
- 신수식, 『보험제도의 도덕적 해이-산재보험을 중심으로』, 한국노동연구원, 2002.
- 오영근, 『형법총론(제2판)』, 박영사, 2009.
- _____, 『형법각론(제2판)』, 박영사, 2012.
- 이병희, “보험사기의 실행의 착수와 기수시기”, 『형사법연구』, 제11권, 1999.
- _____, 『보험범죄론』, 형설출판사, 2001.
- _____, 『보험사기범죄의 실태와 방지방안』, 한국형사정책연구원, 2002.
- 이재상, 『형법각론(제5판)』, 박영사, 2007.
- _____, 『형법총론(제7판)』, 박영사, 2011.
- 장덕조, “사기적 보험금청구”, 『인권과 정의』, Vol. 386, 대한변호사협회, 2008.
- 장인권, 「보험범죄에 관한 실증적 연구」, 경상대학교 박사논문, 2010.
- 전창배, “미국의 건강보험 부당청구 대처 사례,” 건강보험동향, 2001.
- 전현욱, “자동차 보험사기에 대한 형법적 대응-연성사기를 중심으로”, 『안암법학』, 통권 제36호, 안암법학회, 2011.
- 정흥기·조정찬, 『국민건강보험법』, 한국법제연구원, 2005.
- 조수영, “보험범죄와 그 방지대책”, 『보험학회지』, 제41권, 한국보험학회, 1993.
- 최기원, 『상법학 신론(하)』, 박영사, 2000.
- 최병규, “보험사기의 문제점과 쟁점분석”, 『상사판례연구』, 제19집 제3권, 2006.

- 최석윤, “보험과 형법”, 『비교형사법연구』, 제8권 2호, 2006.
- 탁희성, 『보험범죄에 관한 연구』, 한국형사정책연구원, 2000.
- 하태훈, “부동산거래관계에 있어서 고지의무와 부작위에 의한 기망”, 『형사판례 연구[2]』, 박영사, 1993.
- 허일태, “보험계약상 고지의무와 보험금 사기의 고의”, 『동아법학』, 제52호, 2011.
- 황만성, 『공보험범죄의 실태와 대책』, 한국형사정책연구원, 2003.
- 황만성·신의기·탁희성, 『우리나라의 보험사기 방지 선진화 방향 연구』, 한국형사정책연구원, 2006.

Legal Issues on Deception of Fraud and Abuse of Paid Medical Expenses

Hwang, Manseong

Professor of Wonkwang University Law School, Ph.D. in Law

=ABSTRACT=

Article 347 of criminal law provides the act of deceiving another, thereby taking property or obtaining pecuniary advantage from another. On the other hand, the concepts of fraud and abuse are confused upon interpretation since the definition in National Healthcare Insurance Law is unclear, and it affects closely to the administrative measures such as surcharge levy by the period of inspection, therefore, the disputes continue in the forms of formal objection, administrative ruling and administrative litigation.

This study aims to look over the legal problems on application of criminal fraud toward the abuse of 'Paid Medical Expenses(Article 57, Sections 1 and 4 of the National Health Insurance Act)'.

The main issues are concept of abuse(Article 57, Sections 1 and 4 of the National Health Insurance Act), the problems of Directions of Health-Welfare Ministry on aspect of 'Nullum crimen sine lege' Principles, the proper sentencing guidelines of fraud.

Keyword: Fraud, Abuse, Health care fraud, National health insurance law, Paid Medical Expenses