

[식품위생법] 일반식품을 질병예방 및 치료 효능·효과 홍보, 광고, 판매한 홍보강사 행위

- 식품위생법 위반: 대법원 2018. 11. 29. 선고 2016도6329 판결



사안의 개요: 동종 전과가 있는 피고인이 속칭 '홍보강사'로서 일반식품을 질병의 예방 및 치료에 효능·효과가 있거나 의약품 또는 건강기능식품으로 오인·혼동할 우려가 있는 내용의 표시·광고행위를 한 식품위생법 위반 사건

쟁점: 식품위생법 제94조 제3항에서 벌금액 산정의 기준이 되는 판매행위가 추가적 구성요건에 해당하는지 여부

대법원 판결요지

판매행위는 벌금형을 필요적으로 병과하기 위한 추가적 구성요건에 해당하고, 피고인이 직접 판매행위를 담당하지는 않았다고 하더라도 '홍보강사'로서 판매행위에 대한 기능적 행위지배가 인정되어 판매행위를 한 것으로 평가할 수 있으며, 피고인이 배분받은 이익이 아닌 전체 판매액을 기준으로 벌금액을 산정하여야 한다.

간접정범으로 방조범의 예에 의하여 처벌하여야 한다고 본 원심 파기 환송

### 대법원 판결이유

구 식품위생법 제13조 제1항 제1호는 식품 등의 표시에 관하여 “질병의 예방 및 치료에 효능·효과가 있거나 의약품 또는 건강기능식품으로 오인·혼동할 우려가 있는 내용의 표시·광고”를 금지하고 있고, 제94조 제1항 제2의2호는 위 규정을 위반한 자를 10년 이하의 징역 또는 1억 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있으며, 같은 조 제2항은 제94조 제1항의 죄로 형을 선고받고 그 형이 확정된 후 5년 이내에 다시 같은 죄를 범한 자를 1년 이상 7년 이하의 징역에 처하도록 가중 처벌하고 있고, 같은 조 제3항은 “제2항의 경우 그 해당 식품 또는 식품첨가물을 판매한 때에는 그 소매가격의 4배 이상 10배 이하에 해당하는 벌금을 병과한다.”고 규정하고 있다.

한편, 구 식품위생법 제94조 제1항은 제13조 제1항 제1호를 위반한 자 외에도 제4조부터 제6조까지(제88조에서 준용하는 경우를 포함하고, 제93조 제1항 및 제3항에 해당하는 경우는 제외한다), 제8조(제88조에서 준용하는 경우를 포함한다) 및 제37조 제1항을 위반한 자를 처벌하는 조항인데, 그 구성요건 상 '판매'를 요하는 행위와 그렇지 아니한 행위가 혼재되어 있다.

한편 식품위생법 제93조는 위 규정과 유사한 규정을 두고 있는데, 제1항은 "다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 질병에 걸린 동물을 사용하여 판매할 목적으로 식품 또는 식품첨가물을 제조·가공·수입 또는 조리한 자"에 대하여, 제2항은 "다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 원료 또는 성분 등을 사용하여 판매할 목적으로 식품 또는 식품첨가물을 제조·가공·수입 또는 조리한 자"에 대하여 각 징역형으로만 처벌하도록 규정하고 있고, 제3항은 "제1항 및 제2항의 경우 제조·가공·수입·조리한 식품 또는 식품첨가물을 판매하였을 때에는 그 소매가격의 2배 이상 5배 이하에 해당하는 벌금을 병과한다."고 규정하고 있으며, 제4항에서는 "제1항 또는 제2항의 죄로 형을 선고받고 그 형이 확정된 후 5년 이내에 다시 제1항 또는 제2항의 죄를 범한 자가 제3항에 해당하는 경우 제3항에서 정한 형의 2배까지 가중한다."고 규정하고 있다.

위와 같은 구 식품위생법 제94조 및 같은 취지의 식품위생법 제93조의 규정 체계에다가

① 구 식품위생법 제13조 제1항 제1호 위반으로 인한 제94조 제1항 제2의2호의 죄에서는 '판매'를 구성요건으로 규정하고 있지 아니한 점, ② 5년 이내의 동종의 죄를 범한 자가 다시 같은 죄를 범한 경우의 가중 처벌조항인 구 식품위생법 제94조 제2항에서도 '판매'를 구성요건으로 규정하고 있지 아니한 점, ③ 구 식품위생법 제94조 제3항에서는 별도로 '판매한 때'라는 문언을 추가하고 있고 그 규정의 취지가 고의적 식품위해사범에 대한 부당이득 환수에 그 목적이 있는 점 등을 고려하여 보면, 구 식품위생법 제94조 제3항은 제94조 제1항의 죄로 형을 선고받고 그 형이 확정된 후 5년 이내에 다시 같은 죄를 범한 자가 그 식품 또는 식품첨가물의 판매행위에까지 가담한 경우에는 제94조 제2항에 의하여 1년 이상 7년 이하의 징역에 처하고, 그 판매한 식품 또는 식품첨가물의 소매가격을 기준으로 하여 필요적으로 벌금을 병과하도록 하는 규정으로 해석하여야 한다. 따라서 구 식품위생법 제94조 제3항의 죄는 "판매한 때"를 추가적 구성요건으로 하고 있다고 보아야 한다.

쟁점: 직접 판매행위를 담당하지 않더라도, 판매행위에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 존재하는 경우 판매행위를 한 것으로 평가할 수 있는지 여부 - 인정

여러 명이 공모하여 구 식품위생법 제13조 제1항 제1호 위반으로 인한 제94조 제1항의 죄를 범하고, 그 중 일부에게만 동종의 죄를 범한 전력이 있어 그에게만 제94조 제2항이

적용되는 경우 그 동종의 죄를 범한 전력이 있는 자에게 제94조 제3항을 적용하여 벌금형을 필요적으로 병과하여야 하는지 여부는 그 동종의 죄를 범한 자가 판매하였는지 여부를 기준으로 판단하여야 한다. 그러나 그 동종의 죄를 범한 자가 판매하였는지 여부는 단순히 직접 판매행위를 담당하였는지 여부를 기준으로 판단할 것이 아니라 판매행위에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 존재하여 범죄실행이라는 주관적, 객관적 요건을 충족하였는지 여부를 기준으로 판단하여야 한다.

그리고 여러 명이 공모하여 식품위생법 위반죄를 범한 경우에는 그 식품 전체의 판매액을 구 식품위생법 제94조 제3항에서 정한 '식품을 판매한 때의 소매가격'에 해당한다고 보아야 하고, 공범들 사이에 판매대금 내지는 이익 배분이 있었다는 사정만으로 그 배분율에 상응하는 부분만 이에 해당한다고 볼 수 없다.

첨부: 대법원 2018. 11. 29. 선고 2016도6329 판결

표시광고, 자격증분쟁, 면허대여, 2중개설, 민형사소송, 행정심판소송, 실무경력, 비용절감

T. 02-591-0657 E. [kkh@kasanlaw.com](mailto:kkh@kasanlaw.com) H. [www.kasanlaw.com](http://www.kasanlaw.com)