

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건 2016도6329 가.식품위생법위반
나.약사법위반
다.건강기능식품에관한법률위반

피 고 인 피고인 1 외 2인

상 고 인 피고인들과 검사(피고인 2에 대하여)

변 호 인 변호사 서중희 외 1인

원 심 판 결 광주고등법원 2016. 4. 19. 선고 (전주)2016노16 판결

판 결 선 고 2018. 11. 29.

주 문

원심판결 중 피고인 2에 대한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 광주고등법원에 환송한다.

피고인 1, 피고인 3의 상고를 모두 기각한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 피고인 1에 대하여

피고인 1은 상고이유서 제출기간 내에 상고이유서를 제출하지 않았고, 상고장에도 그 이유를 기재하지 않았다.

2. 피고인 2에 대하여

가. 검사의 상고이유에 관한 판단

1) 구 식품위생법(2016. 2. 3. 법률 제14022호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 식품위생법'이라고 한다) 제94조 제3항에 관한 법리오해 주장에 대하여

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 체계에 다가 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. 이러한 이유에서 구 식품위생법 제94

조 제3항이 단지 벌금형의 병과기준 내지 벌금액의 산정기준을 규정한 것이라는 취지의 검사의 상고이유 주장은 받아들이기 어렵다.

2) 피고인 2에 대한 방조범 감경이 위법하다는 주장에 대하여

가) 원심의 판단

원심은 다음과 같은 이유를 들어 피고인 2에 대한 형을 정하면서 형법 제32조 제2항에 의한 방조감경을 한 후 다시 작량감경을 하여 징역 8월 및 피고인 2가 관여한 기간에 판매한 식품의 소매가격 55,044,090원의 2배에 미치지 못하는 벌금 60,000,000원을 선고하였다. ① 구 식품위생법 제94조 제3항이 같은 조 제2항의 신분관계에 있는 자의 판매행위에 대하여는 판매한 식품 또는 식품첨가물의 소매가격의 4배 이상 10배 이하에 해당하는 벌금을 병과하도록 규정한 취지는 같은 조 제1항의 죄로 형을 선고받고 그 형이 확정된 후 5년 이내에 같은 조 제1항의 죄를 범한 자를 가중하여 처벌하려는 것이므로, 같은 조 제3항의 죄의 주체로 인정되지 아니하는 자가 같은 조 제3항의 주체로 인정되는 자와 함께 판매행위를 하였다고 하더라도 같은 조 제3항 위반죄의 공동정범으로 처벌할 수 없다. ② 다만, 형법 제34조 제1항은 "어느 행위로 인하여 처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자를 교사 또는 방조하여 범죄행위의 결과를 발생하게 한 자는 교사 또는 방조의 예에 의하여 처벌한다."고 규정하고 있으므로, 범죄는 어느 행위로 인하여 처벌되지 아니하는 자를 이용하여서도 이를 실행할 수 있다. ③ 피고인 2는 피고인 1 등이 '천년황칠'을 판매하는 도중인 2015. 10. 3.경 '홍보강사'로 가담하였고, '천년황칠'의 구입이나 판매가액·방법의 결정, 수익의 처분 등에 주도적으로 관여하지 아니한 채 강사료 명목의 금원을 지급받았을 뿐이며, 그 액수도 합계 70 내지 80만 원에 불과하므로, 피고인 2의 행위는 피고인 1 등의 '천년황칠'

판매를 방조한 것이고, 이는 같은 조 제3항의 죄의 간접정범으로서 형법 제34조 제1항에 의하여 방조의 예에 의하여 처벌될 수밖에 없다.

나) 대법원의 판단

(1) 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.

(2) 원심이 적법하게 채택한 증거에 의하면 다음과 같은 사실 및 사정을 알 수 있다.

① 피고인 2는 2015. 9. 3. 대전지방법원에서 구 식품위생법 제13조 제1항 제1호 위반으로 인한 제94조 제1항 제2의2호의 죄로 징역 6월에 집행유예 2년을 선고받아 2015. 9. 11. 그 판결이 확정되었다.

② 피고인 1은 충남 금산군 (주소 생략) 소재 '○○○○'라는 상호로 식품소

분·판매업 등을 영위하면서 공소의 1 주식회사가 제조한 일반식품인 '천년황칠'을 판매하는 사람으로서 '천년황칠'의 판매를 위하여 홍보강사 역할을 하는 원심 공동피고인 2와 피고인 2 및 판매도우미 역할을 하는 원심 공동피고인 4, 원심 공동피고인 5, 가이드 역할을 하는 원심 공동피고인 11, 운전기사 역할을 하는 공소의 2 등을 모집하였다.

③ 피고인 1은 무료관광을 빙자하여 노인들을 모집한 후 운전기사 공소의 2가 운전하는 관광버스를 이용하여 노인들을 '○○○○'의 홍보관으로 데려오면, 가이드와 판매도우미들이 노인들을 강의실로 입장하게 하였고, 피고인 2는 노인들을 상대로 '천년황칠'이 마치 질병의 예방 및 치료에 효능이 있거나 의약품 또는 건강기능식품으로 오인·혼동될 수 있도록 광고하였으며, 판매도우미들은 피고인 2가 홍보를 마친 후 홍보내용을 계속 강조하면서 '천년황칠'을 구매하도록 하였다.

④ 피고인 1은 피고인 2를 비롯하여 '천년황칠' 판매에 가담한 사람들에게 일당을 지급한 뒤 '천년황칠'을 판매한 수익금을 취득하였는데, 피고인 2는 피고인 1로부터 출근수당 5만 원에다가 판매실적을 기준으로 한 수당을 지급받았다.

(3) 위와 같은 사실관계와 사정을 구 식품위생법 관련 규정 및 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 피고인 2는 구 식품위생법 제13조 제1항 제1호를 다시 위반하는 행위를 하고, 본질적이고도 기능적인 행위지배를 통하여 그 식품의 판매행위에도 가담하였으므로, 피고인 2에 대하여는 원칙적으로 구 식품위생법 제94조 제2항, 제3항에 따라 1년 이상 7년 이하의 징역형에다가 피고인 2가 관여한 기간에 판매한 식품의 소매가격 전부의 4배 이상 10배 이하의 벌금을 병과하여야 하고, 설령 피고인 2에 대하여 작량감경한다고 하더라도 6월 이상 3년 6월 이하의 징역형에다가 소매가격 전부의

2배 이상 5배 이하의 범위에서 벌금형을 정해야 한다.

(4) 그런데도 원심은 위와 같이 피고인 2에 대하여 형법 제32조 제2항에 의한 방조감경을 적용하였다. 이러한 원심의 판단에는 구 식품위생법 제94조 제3항의 해석 및 공동정범과 간접정범에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 결국 이를 지적하는 취지의 검사의 상고이유 주장은 이유 있다.

나. 파기의 범위

위와 같은 이유로 피고인 2의 상고이유를 살펴볼 필요 없이 원심판결 중 피고인 2에 대한 식품위생법 위반 부분을 파기하여야 하는데, 원심은 식품위생법 위반죄와 약사법 위반죄가 상상적 경합 관계에 있다는 이유로 형이 더 무거운 식품위생법 위반죄에 정한 형으로 처벌하면서 징역형과 벌금형 모두에 대하여 방조감경을 하였으므로, 결국 원심판결 중 피고인 2에 대한 부분을 전부 파기하여야 한다.

3. 피고인 3에 대하여

피고인 3은 실형을 선고한 원심의 형이 책임주의의 원칙에 반하여 부당하다는 취지로 주장한다. 그러나 형사소송법 제383조 제4호에 의하면, 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 사건에서만 양형부당을 사유로 한 상고가 허용되므로, 피고인 3에 대하여 그보다 가벼운 형이 선고된 이 사건에서 형의 양정이 부당하다는 취지의 주장은 적법한 상고이유가 아니다.

4. 결론

그러므로 피고인 2의 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결 중 피고인 2에 대한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하며, 피고인 1, 피고인 3의 상고를 모두 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주

문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 이기택 _____

 대법관 권순일 _____

 대법관 박정화 _____

주 심 대법관 김선수 _____