

식품위생법위반·업무상배임

[서울서부지법 2015. 12. 10. 2014노1724]



【판시사항】

피고인들이 공모하여, 부패가 진행되고 이물질이 들어 있으며 불결한 양파, 건고추를 수입하여 보관·판매하였다고 하여 식품위생법 위반으로 기소된 사안에서, 조리되지 않은 양파와 건고추가 식품위생법상 식품에 해당한다고 한 사례

【판결요지】

피고인들이 공모하여, 부패가 진행되고 이물질이 들어 있으며 불결한 양파, 건고추를 수입하여 보관·판매하였다고 하여 식품위생법 위반으로 기소된 사안에서, 식품위생법의 입법 목적(제1조) 및 같은 법 제2조 제1호에서 '식품'을 의약으로 섭취하는 것을 제외한 모든 것이라고 포괄적으로 정의하고 있는 점에 비추어 직접 섭취하지 못하고 식품의 원재료가 되는 것에 불과하다고 하여 식품위생법상 식품의 개념에서 제외해야 할 이유가 없는 점, 특히 식품을 섭취하는 방법은 개인 또는 시대에 따라 달라질 수 있고, 식품의 원재료가 되는 것이라도 직접 섭취하는 것이 불가능한 것이 아니며, 실제 양파와 같은 식품은 사회에서 널리 가공되지 않은 상태로 소비되고 있는 등을 종합하면, 식품위생법상 식품에는 자연식품이나 가공 및 조리된 식품이 모두 포함되므로, 조리되지 않은 양파와 건고추가 식품위생법상 식품에 해당한다고 한 사례.

【참조조문】

식품위생법 제1조, 제2조 제1호, 구 식품위생법(2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되기 전의 것) 제4조, 제7조 제1항, 구 식품위생법(2013. 7. 30. 법률 제11986호로 개정되기 전의 것) 제94조 제1호(현행 제94조 제1항 제1호 참조), 농수산물 품질관리법 제1조, 제2조 제1항 제1호, 제61조, 제63조, 제79조, 제98조, 제98조의2, 제120조

【전문】

【피 고 인】

【항 소 인】

【검 사】 김병문 외 1인

【변 호 인】 변호사 이병훈 외 1인

【원심판결】 서울서부지법 2014. 11. 20. 선고 2013고단3467 판결

【주문】

】

피고인 1에 대한 원심판결 중 유죄 부분과 식품위생법 위반의 점에 관한 무죄 부분, 피고인 2에 대한 원심판결 중 식품위생법 위반의 점에 관한 부분을 모두 파기한다.

피고인 1을 징역 8월, 피고인 2를 벌금 700만 원에 각 처한다.

피고인 2가 위 벌금을 납입하지 아니하는 경우 10만 원을 1일로 환산한 기간 위 피고인을 노역장에 유치한다.
다만 피고인 1에 대하여는 이 판결 확정일부터 2년간 위 형의 집행을 유예한다.
피고인 2에 대하여 위 벌금에 상당한 금액의 가납을 명한다.
검사의 나머지 항소를 기각한다.

【이유】

】 1. 항소이유의 요지

가. 피고인 1

1) 사실오인

피고인 1이 국립농산물품질관리원(이하 '농관원'이라 한다)의 검사결과에 따라 구상금을 산정하도록 지시한 것은 정밀검사에 따라 측정된 수분함량 수치가 ○○유통의 귀책사유로 인한 것이 아니라는 판단에 근거한 것으로서 피고인 1에게 배임의 고의가 없었다.

2) 양형부당

원심의 형량(징역 4월, 집행유예 1년)은 너무 무겁다.

나. 검사

1) 식품위생법 위반의 점에 관하여

식품위생법상 식품에는 자연식품이나 가공·조리된 식품이 모두 포함되는 점, 양파와 건고추는 식품의 재료로서뿐만 아니라 그 자체 식품성도 가지고 있는 점, 양파를 식품위생법의 규율을 받는 식품에 해당한다고 보지 않으면 오염된 식자재가 시장에 유통되어도 처벌의 공백이 생기는 점 등을 고려하면 양파와 건고추가 식품위생법상 식품에 해당되지 않는다고 한 원심판결에는 법리오해의 위법이 있다.

2) 업무상배임의 점에 관하여

피고인들이 처음에 더욱 엄격한 검사방법인 절개검사를 실시하였고 그 결과에 따라 산정한 구상금이 관능검사 결과에 따라 산정한 구상금보다 약 3,000만 원이 더 많았던 점, 그럼에도 피고인들은 별다른 이유 없이 더 간이한 검사방법인 관능검사를 실시하고 그에 따라 구상금을 산정하여 절개검사를 실시했을 때보다 3,000만 원이 더 적은 구상금을 청구한 점 등을 종합하면 피고인들의 업무상배임의 고의는 넉넉히 추단할 수 있음에도, 피고인들이 절개검사를 실시할 의무의 존재에 관한 증거가 없다며 피고인들에게 무죄를 선고한 원심판결에는 사실오인, 법리오해의 위법이 있다.

2. 판단

가. 피고인 1의 사실오인 주장에 대하여

1) 원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하면, 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가) ○○유통(대표자 공소외 1)이 수입한 건고추가 항구에 도착하였을 당시 농관원이 실시한 간이검사 결과 건고추의 수분함량은 21.4%였고, 한국농수산식품유통공사(이하 '공사'라 한다)의 비축기지로 운송한 후 창고에 입고할 때 실시한 검사 결과 수분함량은 29%로서, 최초 실시한 검사 결과보다 훨씬 높은 수치였다.

이후 피고인 1은 비축기지 소장 공소외 2와 함께 검정회사를 불러 다시 정밀검사를 실시하였고 그 결과 수분함량은 26.4%로 나타났다.

나) '정부비축사업 관리규정' 제13조 제3항은 정부비축 농산물을 수입함에 있어 계약위반의 경우 당해 계약의 조건 등에 준하여 처리하도록 규정하고 있고, 공사가 수입공사의 외자구매 입찰 시 첨부하는 일반입찰유의서에 계약위반에 관한 내용을 포함하고 있는데 일반입찰유의서 제24조 제1항은 품위규격 미달품을 수급 등 여건상 인수하여야 할 경우 구상금은 해당 물량의 외자구매대금을 기준으로 공사 지정 검정사가 발행한 품위검정보고서상의 손해율(가치 하락률, 시장조사 감가율)을 적용하여 산출한 후 지급할 외자구매대금에서 공제하는 방법으로 징구하되, 건고추의 경우 수분초과에 따른 구상금은 외자구매대금을 기준으로 감량계산방식에 따라 산출하여 징구하라고 규정하고 있고, 동조 제4항은 공사 비축기지 입고 시 품위조사 결과 구매규격과 현저한 차이가 발생하는 경우 계약자가 지정한 국제공인검정사와 공사가 지정한 검정사의 합동 검정 결과에 따라 구상 처리하라고 규정하고 있다.

다) 농관원이 실시하는 간이검사는 항구의 컨테이너 야적장에서 그 수에 비례하여 일정 수의 컨테이너 봉인을 해제한 다음 안으로 들어가 적재된 일부 화물을 검사하는 것으로서, 수분함량 검사와 관련하여 105℃ 건조법 또는 이와 동등한 측정결과를 얻을 수 있는 130℃ 건조법, 적외선 조사식 수분계 등 보조방법을 채택하여 시행하는데, 컨테이너 안쪽에 있는 화물은 제대로 검사하기 어려운 단점이 있다.

이에 반하여 공사가 비축기지에서 하는 검사는 컨테이너에서 전부 화물을 꺼낸 후 표본을 추출하여 검사를 하는 형태로 진행되고 수분함량 검사와 관련하여 105℃ 건조법이나 적외선 조사식 수분계를 이용한 방법으로 시행하는데, 위 간이검사보다는 더 정확성이 담보된다.

한편 통상적으로 구상금은 정밀검정 결과에 따라 산정된 수치에 따라 그 액수를 결정하여 왔다.

라) 부산항에서 통관절차를 마친 건고추가 공사의 이천시 소재 비축기지로 운송될 때까지 통상 6시간이 소요되는데 물량에 따라 하역 완료까지 3~15시간이 추가로 소요되기도 한다.

마) 공소외 3 주식회사의 대표이사인 공소외 4는 검찰에서 하역항에서 비축기지로 이동하는 시간은 불과 7~8시간이므로 그 사이에 농산물의 상태가 크게 변할 일이 없어 별도의 검정 절차는 거치지 않는다고 진술하였다.

바) 2009년부터 2012년까지 검사된 통고추 기준으로 농관원의 수분함량 검사 결과와 비축기지에서 실시한 검사 결과는 평균 1.56% 차이가 발생하였다.

한편 운송과정에서 운송차량이 냉장컨테이너의 발전기를 가동하지 않은 채 화물을 운반하는 경우 결로가 발생하여 건고추의 수분이 높게 측정되기도 하고, 2010년 7월경 공사의 부산울산지역본부가 발전기를 가동하지 않은 채로 냉장컨테이너를 운송한다고 의심되는 운송회사를 상대로 문제제기를 한 바도 있다.

2) 위에서 인정한 사실에서 알 수 있는 다음과 같은 사정을 고려하면, 피고인 1이 원심판시 기재와 같이 구상금 산정과 관련하여 배임행위를 하였고, 당시 피고인 1에게 미필적으로나마 배임의 고의가 있었다고 충분히 평가할 수 있다. 피고인 1의 이 부분 주장은 이유 없다.

가) 수분함량 검사방법과 관련하여 농관원이 실시하는 간이검정 결과보다 비축기지에서 실시하는 검정 결과가 더 정확성이 담보되는 것이고, 일반입찰유의서 제24조 제4항은 공사 비축기지 입고 시 품위조사 결과 구매규격과 현저한 차이가 발생하는 경우 계약자가 지정한 국제공인검정사와 공사가 지정한 검정사가 합동으로 실시한 정밀검정 결과에 따라 구상 처리하라고 규정하고 있으므로, 피고인 1로서는 특별한 사정이 없는 한 위 업무 규정 및 관행에 따라 구상금 산정 업무를 진행하여야 함에도 그러하지 않았다.

나) 농관원이 실시한 간이검정 결과와 비축기지에서 실시한 검정 결과에서 수분함량 차이가 비교적 크게 나타난 것은 운송회사의 과실에서 비롯되었을 가능성도 전혀 없다고는 단정하기 어렵지만 위에서 본 간이검정 방법의 검사상

한계에서 비롯되었을 가능성도 크므로 설불리 그 원인이 운송회사의 과실이라고 단언하기 어렵고, 피고인 1이 운송회사의 과실로 수분함량이 높게 나왔다고 판단하였다고 하더라도 위 일반입찰유의서나 업무관행에 반하는 방법으로 구상금을 산정하기 위해서는 이를 정당화할 만한 근거를 마련하기 위한 조사 등을 선행했어야 한다.

즉, 피고인 1이 운송회사의 과실 등 비촉기지에서의 정밀검정 결과를 번복할 수 있는 근거에 대하여 별도로 조사하여 책임 소재를 밝히는 등의 조치를 하고 상부에 그러한 사정을 설명하고 상부와 상의 또는 상부로부터 지시를 받아 업무를 진행했어야 한다.

그럼에도 피고인 1은 추가적인 어떠한 조사도 하지 않은 채 스스로 운송회사의 과실로 컨테이너 내부에 결로현상이 발생하여 수분함량이 높게 측정된 것이라고 판단한 후 부하직원인 공소외 5에게 농관원의 간이검정 결과에 따라 구상금을 산정하라고 지시하였다.

나. 검사의 사실오인, 법리오해 주장에 대하여

1) 식품위생법 위반의 점에 관하여

가) 원심의 판단

양파나 건고추는 음식을 만드는 자료는 될지언정 그 자체가 음식물이 되는 것이 아니고, 양파는 식품공전상 '식품원재료'에 해당하는 것으로 분류되어 있는데 건고추도 이와 마찬가지로 보아야 하며, 양파와 건고추는 「농수산물 품질관리법」에서 규율의 대상으로 하고 있는 '농산물'에 해당하여 같은 법 제61조(안전성 조사), 제63조(안전성 조사 결과에 따른 조치), 제79조(농산물의 검사), 제98조(검정), 제98조의2(검정 결과에 따른 조치), 제120조(별칙) 등의 규정에 의하여 그 유해성을 감시, 통제하면 되므로, 식품위생법상의 식품에 해당하는 것으로 보아 그 유해성을 감시, 통제하여야 할 필요성이 있다고 보기도 어렵다.

따라서 양파와 건고추는 식품위생법상 식품에 해당하지 않는다.

나) 당심의 판단

조리되지 않은 양파와 건고추는 식품위생법상 식품에 해당한다고 봄이 타당하다.

그 이유는 다음과 같다.

① 식품위생법은 식품으로 인하여 생기는 위생상의 위해를 방지하고 식품영양의 질적 향상을 도모하며 식품에 관한 올바른 정보를 제공하여 국민보건의 증진에 이바지함을 목적으로 한다고 규정하고(제1조), 식품이란 의약으로 섭취하는 것을 제외하고 모든 음식을 말한다고 정의하고 있다(제2조 제1호). 위와 같은 식품위생법의 입법 목적과 식품을 의약으로 섭취하는 것을 제외한 모든 것이라고 포괄적으로 정의하고 있는 점에 비추어 보면, 직접 섭취하지 못하고 식품의 원재료가 되는 것에 불과하다고 하여 식품위생법상 식품의 개념에서 제외해야 할 아무런 이유가 없다.

특히 식품을 섭취하는 방법은 개인에 따라 또는 시대에 따라 달라질 수 있는 것이고, 식품의 원재료가 되는 것이라고 하더라도 직접 섭취하는 것이 불가능한 것이 아니며, 실제 양파와 같은 식품은 사회에서 널리 가공되지 않은 상태로 소비되고 있다.

따라서 식품위생법상의 식품에는 자연식품이나 가공 및 조리된 식품이 모두 포함된다고 봐야하므로(대법원 1989. 7. 25. 선고 88도1575 판결 등 참조), 양파와 건고추도 식품위생법상 식품에 해당한다고 봐야 한다.

② 식품의약품안전처장은 식품위생법 제7조 제1항의 위임을 받아 식품 또는 식품첨가물에 관하여 성분에 관한 규격, 제조·가공·사용·조리·보존 방법에 관한 기준을 '식품공전'이라는 이름으로 고시하고 있으나, 이는 식품위생법 제7조 제1항 소정의 식품 또는 식품첨가물은 지극히 다양하고 그 제조·가공·사용·조리 및 보존의 방법에 관한 기준과 그 성

분에 관한 규격은 기술적, 전문적인 것이어서 입법기술상 부득이하게 그렇게 한 것으로서 위 식품공전에서 식품원 재료로 규정되어 있다고 하여 반드시 식품원재료로 섭취하여야 하는 것은 아니고 안전성 및 건전성이 결여되지 않는 한 다른 방법으로 섭취하는 것도 가능하다고 보아야 하며, 식품공전이 그러한 행위까지 금지하고 있다고는 볼 수 없다.

특히 식품산업의 발달로 인하여 식품의 종류나 그 제조·가공방법이 다양해지고 있는 데 반하여 식품의약품안전처장이 식품공전에 일일이 새로운 식품의 종류나 그 제조·가공방법에 대하여 규정하는 것은 현실적으로 불가능하다는 점을 고려하면 더욱 그러하다.

③ 식품의 수입 시 식품이 농수산물에 해당하는 경우에는 「농수산물 품질관리법」의 규율도 받게 되므로 위 법에 따라 안전성이나 상품성 등을 확보하려는 여러 검사나 조치의 대상이 된다.

그러나 위 법은 농수산물의 적절한 품질관리를 통하여 농수산물의 안전성을 확보하고 상품성을 향상하며 공정하고 투명한 거래를 유도함으로써 농어업인의 소득 증대와 소비자 보호에 이바지하는 것을 목적으로 하는 것이고(제1조), 그 규율대상은 「농어업·농어촌 및 식품산업기본법」 제3조 제6호 (가), (나)목에 따른 농산물, 수산물이므로[제2조 제1항 제1호 (가), (나)목] 식품위생법과 그 목적과 규율대상을 달리하고 있어 위 법에 따른 검사 절차를 거친다고 하여 반드시 식품위생법이 그 목적으로 하는 '식품으로 인하여 생기는 위생상의 위해 방지'와 '식품영양의 질적 향상 도모'가 달성되는 것도 아니다.

오히려 위해·유독한 물질을 규제할 필요성이 있음에도 법률의 부재로 처벌의 공백이 발생할 수도 있다.

따라서 양파와 건고추가 식품위생법상 식품에 해당하지 않는다고 판단한 원심판결에는 식품위생법상 식품의 정의를 잘못 해석하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

검사의 이 부분 주장은 이유 있다.

2) 업무상배임의 점에 관하여

가) 원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하면, 건고추에 대해서 관행상 육안으로 하는 관능검사법에 의하여 품위검사를 실시하여 왔고 수입농산물 품위검사 지침 등에 건고추에 대하여 절개검사를 하도록 하는 규정이나 그러한 관행이 없었던 사실은 인정할 수 있으나, 공사에서 외국농산물의 수입업무를 담당하는 피고인들로서는 건고추의 경우 겉보다는 안에서 곰팡이 등 변질될 가능성이 많아 관능검사보다는 절개검사가 더 정확한 검사방법이라고 할 것이고, 이 사건의 경우 실제 절개검사까지 진행하였으며 위 지침이 공사 내부 구성원을 구속하는 효력이 있기는 하지만 피고인들로서는 지침을 기계적으로 적용하는 것이 오히려 공사의 이익에 반한다고 판단될 경우에는 지침에서 정한 검사방법 외 공사에 최선의 이익이 될 방법을 따라야 하므로 피고인들에게 절개검사를 할 의무가 없다는 취지의 원심판단은 수긍하기 어렵다.

나) 그러나 원심 및 당심이 채택·조사한 증거들을 종합하면, 가치하락률에 의한 구상금은 관능검사 결과나 절개검사 결과나 관계없이 공사의 기준을 충족하는 표준시료와 수입한 건고추 중에서 무작위로 추출한 대표시료를 준비하여 이를 시장 상인들에게 보여주고 그 시장가격의 차이를 묻는 방법으로 산정하는 사실을 인정할 수 있고, 이에 따르면 피고인들이 관능검사 결과를 채택하였는지, 절개검사 결과를 채택하였는지가 직접 가치하락률에 영향을 미칠 수 없다고 할 것이다.

따라서 피고인들이 절개검사 결과를 채택하지 않았다고 하여 구상금을 부당하게 낮게 산정하는 업무상 임무에 위배되는 행위를 하였다고 단정할 수 없다.

다) 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

다.

피고인들의 주장에 대하여

- 1) 피고인들은 원심에서 이 사건에서 문제가 된 양파와 건고추가 식품위생법 제4조가 정한 위해식품 등에 해당하지 않는다고 주장하였다.
- 2) 식품위생법 제4조는 “썩거나 상하거나 설익어서 인체의 건강을 해칠 우려가 있는 것”, “식품의약품안전처장이 인체의 건강을 해칠 우려가 없다고 인정하는 것은 제외하고 유독·유해물질이 들어 있거나 묻어 있는 것 또는 그러할 염려가 있는 것”, “병(病)을 일으키는 미생물에 오염되었거나 그러할 염려가 있어 인체의 건강을 해칠 우려가 있는 것”, “불결하거나 다른 물질이 섞이거나 첨가된 것 또는 그 밖의 사유로 인체의 건강을 해칠 우려가 있는 것” 등을 위해 식품 등으로 규정하고 이를 판매하거나 판매할 목적으로 제조·가공·수입하는 행위를 금지하고 있다.
- 3) 식품위생법은 위와 같은 식품이 사람의 생명, 신체, 건강에 위험을 초래하고 소비자들이 위험성을 미처 인식하지 못하고 이를 섭취함으로써 피해가 신속하고 광범위하게 발생할 위험이 있으며, 또한 일단 피해가 발생되면 사후구제란 별 효과가 없는 경우가 대부분이라는 점을 고려하여 인체의 건강을 해치거나 유해·유독물질이 묻어있을 우려가 있는 것까지도 그에 해당하는 것으로 규정한 것이라고 할 수 있다.
- 4) 한편 대규모로 수입되는 식품 중 일부가 썩거나 곰팡이가 피는 등 하자가 발생한 경우 운송과정에서 곰팡이의 포자나 미생물이 보이지 않는 형태로 주변의 식품으로 옮겨 갈 수 있어 외견상으로는 멀쩡해 보여도 실상 그렇지 않은 경우가 많으므로 수입물량 중 일부에 미미한 정도로 하자가 발생한 것이 아니라면 수입물량 중 일부에만 하자가 있었다고 하여 쉽게 나머지 물량이 인체의 건강을 해칠 우려가 없는 것이라고 단정 지을 수 없다.
- 5) 원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인들이 수입한 이 사건 양파의 경우 상당수가 냉해, 곰팡이, 짓무름으로 인하여 변색, 변질되는 등 전반적으로 상태가 좋지 않아 결점구 혼입률의 기준치 5%를 훨씬 초과하였고, 이후 피고인들이 선별인수를 결정하여 일부만 수입하였으나 그마저도 상당수가 판매되지 않고 반품된 사실, 양파는 한 망태기 안에 결점구가 다량 혼입되어 있으면 시간이 지남에 따라 정상적인 양파보다 빨리 부패와 변질이 일어날 수 있는 사실, 이 사건 건고추의 경우 상당수가 곰팡이가 피어 있는 상태였고 4차 선적분 120톤은 곰팡이가 많다는 이유로 식품의약품안전처가 실시한 검사에도 불합격한 사실, 건고추는 곰팡이가 안에 많이 생기고 겉에는 잘 생기지 않는 특성이 있고 실제 이 사건에서 건고추에 대하여 관능검사를 할 때는 정상으로 보였으나 절개검사를 한 결과 상당수에서 곰팡이가 발견되기도 하였을 뿐 아니라, 수입한 건고추를 정상품으로 입찰공고하여 판매하였으나 곰팡이 때문에 가공이 불가능하고 가위 등 이물질도 혼입되어 있다는 항의도 들은 사실, 양파의 부패원인으로는 곰팡이가 가장 많고, 고추도 건조 시 수분감소속도가 빠르지 않으면 곰팡이가 전이되는데 곰팡이는 신장장애, 신경장애, 간장장애 등을 유발하는 사실을 인정할 수 있다.
- 6) 이에 따르면, 피고인들이 수입한 건고추나 양파는 그 수량 전부가 식품위생법 제4조가 정한 인체의 건강을 해치거나 유해·유독물질이 묻어있을 우려가 있는 식품에 해당한다고 봄이 상당하다.

피고인들의 주장은 이유 없다.

라. 피고인 2의 주장에 대하여

- 1) 피고인 2는 피고인 1에 대하여 일반적인 지휘·감독만 하였을 뿐, 구체적인 업무는 피고인 1 등 직원들에게 일임하여 처리하였고 직원들로부터 업무를 정상적으로 처리하고 있다고 보고받아 직원들이 양파나 건고추 중 정상품만 선별

하여 인수하는 것으로 알고 있었다.

따라서 피고인 2가 피고인 1과 이 사건 식품위생법위반죄를 공모하지 않았다고 주장한다.

2) 원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정을 종합하면, 피고인 2가 피고인 1의 범행에 대하여 암묵적으로 공모하였다고 충분히 평가할 수 있다.

피고인 2의 주장은 이유 없다.

가) 피고인 2는 공사의 국영무역처 처장으로서 국영무역 업무를 총괄하고 있고 피고인 1의 직근 상사이며 공사의 채소 특작팀의 최종 결재권자이다.

나) 피고인 2는 공소외 6으로부터 △△식품이 검품 신청한 건고추 물량 248톤 중 48톤만 합격이라는 사실을 보고받고, 공소외 7로부터는 비가 많이 와서 건고추의 수분함량이 모두 초과되었다는 보고를 받고도, 피고인 1과 협의한 다음 불합격된 물량 중에서 80톤을 선적하라고 지시하였다.

다) 피고인 2는 2011. 3. 4. 양파 500톤에 냉해, 곰팡이, 짓무름 등이 발생하여 인수를 할 수 없다고 최종 결재하고도 □□교역에서 양파를 선별해서 공급하겠다고 말하자 선별인수하는 것으로 결정하였는데, 인수거부결정이 반복된 것은 이 사건이 처음이었다.

이후 피고인 2는 2차로 수입된 양파 500톤에 대해서도 간이검정 결과 냉해, 곰팡이, 짓무름 등으로 상태가 전반적으로 좋지 않다는 보고를 받고서도 결재권자로서 수입을 결정하였다.

라) 피고인 1은 수사기관과 원심에서 "피고인 2에게 모든 것을 사후에 보고하는 것은 아니고 사안에 따라 보고를 하면 결재권자 의견을 들어 결정되는 것도 있다.

양파 선별인수 건에 있어서도 피고인 2에게 보고하였고, 2차분 물량에 대해서는 1차분에 비해 조금 나은 상태라고 보고 하였으며, 건고추의 검정 진행상황 등도 피고인 2에게 사전에 수시로 보고하였다.

"라고 진술하였다.

마. 소결

그렇다면 원심은 법리를 오해하여 이 사건 공소사실 중 식품위생법 위반의 점을 무죄로 선고하였고, 피고인 1에 대하여 원심이 유죄로 인정한 업무상배임죄는 식품위생법위반죄와 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 하나의 형을 선고하여야 하므로 이 점에서 양형부당의 항소이유 주장에 대하여 나아가 판단할 필요 없이 피고인 1에 대한 원심 판결 중 유죄 부분과 무죄 부분 중 식품위생법위반죄 부분은 더 이상 유지할 수 없게 되었다.

3. 결론

따라서 피고인들에 대한 검사의 항소는 일부 이유 있으므로 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 피고인 1에 대한 원심 판결 중 유죄 부분과 식품위생법위반죄에 관한 무죄 부분, 피고인 2에 대한 원심판결 중 식품위생법위반죄 부분을 모두 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하고, 검사의 나머지 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 모두 기각한다.

【이유】

】 1. 항소이유의 요지

가. 피고인 1

1) 사실오인

피고인 1이 국립농산물품질관리원(이하 '농관원'이라 한다)의 검사결과에 따라 구상금을 산정하도록 지시한 것은 정밀검사에 따라 측정된 수분함량 수치가 ○○유통의 귀책사유로 인한 것이 아니라는 판단에 근거한 것으로서 피고인 1에게 배임의 고의가 없었다.

2) 양형부당

원심의 형량(징역 4월, 집행유예 1년)은 너무 무겁다.

나. 검사

1) 식품위생법 위반의 점에 관하여

식품위생법상 식품에는 자연식품이나 가공·조리된 식품이 모두 포함되는 점, 양파와 건고추는 식품의 재료로서뿐만 아니라 그 자체 식품성도 가지고 있는 점, 양파를 식품위생법의 규율을 받는 식품에 해당한다고 보지 않으면 오염된 식자재가 시장에 유통되어도 처벌의 공백이 생기는 점 등을 고려하면 양파와 건고추가 식품위생법상 식품에 해당되지 않는다고 한 원심판결에는 법리오해의 위법이 있다.

2) 업무상배임의 점에 관하여

피고인들이 처음에 더욱 엄격한 검사방법인 절개검사를 실시하였고 그 결과에 따라 산정한 구상금이 관능검사 결과에 따라 산정한 구상금보다 약 3,000만 원이 더 많았던 점, 그럼에도 피고인들은 별다른 이유 없이 더 간소한 검사방법인 관능검사를 실시하고 그에 따라 구상금을 산정하여 절개검사를 실시했을 때보다 3,000만 원이 더 적은 구상금을 청구한 점 등을 종합하면 피고인들의 업무상배임의 고의는 넉넉히 추단할 수 있음에도, 피고인들이 절개검사를 실시할 의무의 존재에 관한 증거가 없다며 피고인들에게 무죄를 선고한 원심판결에는 사실오인, 법리오해의 위법이 있다.

2. 판단

가. 피고인 1의 사실오인 주장에 대하여

1) 원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하면, 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가) ○○유통(대표자 공소외 1)이 수입한 건고추가 항구에 도착하였을 당시 농관원이 실시한 간이검사 결과 건고추의 수분함량은 21.4%였고, 한국농수산물유통공사(이하 '공사'라 한다)의 비축기지로 운송한 후 창고에 입고할 때 실시한 검사 결과 수분함량은 29%로서, 최초 실시한 검사 결과보다 훨씬 높은 수치였다.

이후 피고인 1은 비축기지 소장 공소외 2와 함께 검정회사를 불러 다시 정밀검사를 실시하였고 그 결과 수분함량은 26.4%로 나타났다.

나) '정부비축사업 관리규정' 제13조 제3항은 정부비축 농산물을 수입함에 있어 계약위반의 경우 당해 계약의 조건 등에 준하여 처리하도록 규정하고 있고, 공사가 수입공사의 외자구매 입찰 시 첨부하는 일반입찰유의서에 계약위반에 관한 내용을 포함하고 있는데 일반입찰유의서 제24조 제1항은 품위규격 미달품을 수급 등 여건상 인수하여야 할 경우 구상금은 해당 물량의 외자구매대금을 기준으로 공사 지정 검정사가 발행한 품위검정보고서상의 손해율(가치 하락률, 시장조사 감가율)을 적용하여 산출한 후 지급할 외자구매대금에서 공제하는 방법으로 징구하되, 건고추의 경우 수분초과에 따른 구상금은 외자구매대금을 기준으로 감량계산방식에 따라 산출하여 징구하라고 규정하고 있고, 동조 제4항은 공사 비축기지 입고 시 품위조사 결과 구매규격과 현저한 차이가 발생하는 경우 계약자가 지정한 국제공인검정사와 공사가 지정한 검정사의 합동 검정 결과에 따라 구상 처리하라고 규정하고 있다.

다) 농관원이 실시하는 간이검사는 항구의 컨테이너 야적장에서 그 수에 비례하여 일정 수의 컨테이너 봉인을 해제한 다음 안으로 들어가 적재된 일부 화물을 검사하는 것으로서, 수분함량 검사와 관련하여 105℃ 건조법 또는 이와 동등한 측정결과를 얻을 수 있는 130℃ 건조법, 적외선 조사식 수분계 등 보조방법을 채택하여 시행하는데, 컨테이너 안쪽에 있는 화물은 제대로 검사하기 어려운 단점이 있다.

이에 반하여 공사가 비축기지에서 하는 검사는 컨테이너에서 전부 화물을 꺼낸 후 표본을 추출하여 검사를 하는 형태로 진행되고 수분함량 검사와 관련하여 105℃ 건조법이나 적외선 조사식 수분계를 이용한 방법으로 시행하는데, 위 간이검사보다는 더 정확성이 담보된다.

한편 통상적으로 구상금은 정밀검정 결과에 따라 산정된 수치에 따라 그 액수를 결정하여 왔다.

라) 부산항에서 통관절차를 마친 건고추가 공사의 이천시 소재 비축기지로 운송될 때까지 통상 6시간이 소요되는데 물량에 따라 하역 완료까지 3~15시간이 추가로 소요되기도 한다.

마) 공소외 3 주식회사의 대표이사인 공소외 4는 검찰에서 하역항에서 비축기지로 이동하는 시간은 불과 7~8시간이므로 그 사이에 농산물의 상태가 크게 변할 일이 없어 별도의 검정 절차는 거치지 않는다고 진술하였다.

바) 2009년부터 2012년까지 검사된 통고추 기준으로 농관원의 수분함량 검사 결과와 비축기지에서 실시한 검사 결과는 평균 1.56% 차이가 발생하였다.

한편 운송과정에서 운송차량이 냉장컨테이너의 발전기를 가동하지 않은 채 화물을 운반하는 경우 결로가 발생하여 건고추의 수분이 높게 측정되기도 하고, 2010년 7월경 공사의 부산울산지역본부가 발전기를 가동하지 않은 채로 냉장컨테이너를 운송한다고 의심되는 운송회사를 상대로 문제제기를 한 바도 있다.

2) 위에서 인정한 사실에서 알 수 있는 다음과 같은 사정을 고려하면, 피고인 1이 원심판시 기재와 같이 구상금 산정과 관련하여 배임행위를 하였고, 당시 피고인 1에게 미필적으로나마 배임의 고의가 있었다고 충분히 평가할 수 있다.

피고인 1의 이 부분 주장은 이유 없다.

가) 수분함량 검사방법과 관련하여 농관원이 실시하는 간이검정 결과보다 비축기지에서 실시하는 검정 결과가 더 정확성이 담보되는 것이고, 일반입찰유의서 제24조 제4항은 공사 비축기지 입고 시 품위조사 결과 구매규격과 현저한 차이가 발생하는 경우 계약자가 지정한 국제공인검정사와 공사가 지정한 검정사가 합동으로 실시한 정밀검정 결과에 따라 구상 처리하라고 규정하고 있으므로, 피고인 1로서는 특별한 사정이 없는 한 위 업무 규정 및 관행에 따라 구상금 산정 업무를 진행하여야 함에도 그러하지 않았다.

나) 농관원이 실시한 간이검정 결과와 비축기지에서 실시한 검정 결과에서 수분함량 차이가 비교적 크게 나타난 것은 운송회사의 과실에서 비롯되었을 가능성도 전혀 없다고는 단정하기 어렵지만 위에서 본 간이검정 방법의 검사상 한계에서 비롯되었을 가능성도 크므로 선불리 그 원인이 운송회사의 과실이라고 단언하기 어렵고, 피고인 1이 운송회사의 과실로 수분함량이 높게 나왔다고 판단하였다고 하더라도 위 일반입찰유의서나 업무관행에 반하는 방법으로 구상금을 산정하기 위해서는 이를 정당화할 만한 근거를 마련하기 위한 조사 등을 선행했어야 한다.

즉, 피고인 1이 운송회사의 과실 등 비축기지에서의 정밀검정 결과를 번복할 수 있는 근거에 대하여 별도로 조사하여 책임 소재를 밝히는 등의 조치를 하고 상부에 그러한 사정을 설명하고 상부와 상의 또는 상부로부터 지시를 받아 업무를 진행했어야 한다.

그럼에도 피고인 1은 추가적인 어떠한 조사도 하지 않은 채 스스로 운송회사의 과실로 컨테이너 내부에 결로현상이 발생하여 수분함량이 높게 측정된 것이라고 판단한 후 부하직원인 공소외 5에게 농관원의 간이검정 결과에 따라 구상

금을 산정하라고 지시하였다.

나. 검사의 사실오인, 법리오해 주장에 대하여

1) 식품위생법 위반의 점에 관하여

가) 원심의 판단

양파나 건고추는 식물을 만드는 자료는 될지언정 그 자체가 음식물이 되는 것이 아니고, 양파는 식품공전상 '식품원 재료'에 해당하는 것으로 분류되어 있는데 건고추도 이와 마찬가지로 보아야 하며, 양파와 건고추는 「농수산물 품질 관리법」에서 규율의 대상으로 하고 있는 '농산물'에 해당하여 같은 법 제61조(안전성 조사), 제63조(안전성 조사 결과에 따른 조치), 제79조(농산물의 검사), 제98조(검정), 제98조의2(검정 결과에 따른 조치), 제120조(별칙) 등의 규정에 의하여 그 유해성을 감시, 통제하면 되므로, 식품위생법상의 식품에 해당하는 것으로 보아 그 유해성을 감시, 통제하여야 할 필요성이 있다고 보기도 어렵다.

따라서 양파와 건고추는 식품위생법상 식품에 해당하지 않는다.

나) 당심의 판단

조리되지 않은 양파와 건고추는 식품위생법상 식품에 해당한다고 봄이 타당하다.

그 이유는 다음과 같다.

- ① 식품위생법은 식품으로 인하여 생기는 위생상의 위해를 방지하고 식품영양의 질적 향상을 도모하며 식품에 관한 올바른 정보를 제공하여 국민보건의 증진에 이바지함을 목적으로 한다고 규정하고(제1조), 식품이란 의약으로 섭취하는 것을 제외하고 모든 음식을 말한다고 정의하고 있다(제2조 제1호). 위와 같은 식품위생법의 입법 목적과 식품을 의약으로 섭취하는 것을 제외한 모든 것이라고 포괄적으로 정의하고 있는 점에 비추어 보면, 직접 섭취하지 못하고 식품의 원재료가 되는 것에 불과하다고 하여 식품위생법상 식품의 개념에서 제외해야 할 아무런 이유가 없다.

특히 식품을 섭취하는 방법은 개인에 따라 또는 시대에 따라 달라질 수 있는 것이고, 식품의 원재료가 되는 것이라고 하더라도 직접 섭취하는 것이 불가능한 것이 아니며, 실제 양파와 같은 식품은 사회에서 널리 가공되지 않은 상태로 소비되고 있다.

따라서 식품위생법상의 식품에는 자연식품이나 가공 및 조리된 식품이 모두 포함된다고 봐야하므로(대법원 1989. 7. 25. 선고 88도1575 판결 등 참조), 양파와 건고추도 식품위생법상 식품에 해당한다고 봐야 한다.

- ② 식품의약품안전처장은 식품위생법 제7조 제1항의 위임을 받아 식품 또는 식품첨가물에 관하여 성분에 관한 규격, 제조·가공·사용·조리·보존 방법에 관한 기준을 '식품공전'이라는 이름으로 고시하고 있으나, 이는 식품위생법 제7조 제1항 소정의 식품 또는 식품첨가물은 지극히 다양하고 그 제조·가공·사용·조리 및 보존의 방법에 관한 기준과 그 성분에 관한 규격은 기술적, 전문적인 것이어서 입법기술상 부득이하게 그렇게 한 것으로서 위 식품공전에서 식품원 재료로 규정되어 있다고 하여 반드시 식품원재료로 섭취하여야 하는 것은 아니고 안전성 및 건전성이 결여되지 않는 한 다른 방법으로 섭취하는 것도 가능하다고 보아야 하며, 식품공전이 그러한 행위까지 금지하고 있다고는 볼 수 없다.

특히 식품산업의 발달로 인하여 식품의 종류나 그 제조·가공방법이 다양해지고 있는 데 반하여 식품의약품안전처장이 식품공전에 일일이 새로운 식품의 종류나 그 제조·가공방법에 대하여 규정하는 것은 현실적으로 불가능하다는 점을 고려하면 더욱 그러하다.

③ 식품의 수입 시 식품이 농수산물에 해당하는 경우에는 「농수산물 품질관리법」의 규율도 받게 되므로 위 법에 따라 안전성이나 상품성 등을 확보하려는 여러 검사나 조치의 대상이 된다.

그러나 위 법은 농수산물의 적절한 품질관리를 통하여 농수산물의 안전성을 확보하고 상품성을 향상하며 공정하고 투명한 거래를 유도함으로써 농어업인의 소득 증대와 소비자 보호에 이바지하는 것을 목적으로 하는 것이고(제1조), 그 규율대상은 「농어업·농어촌 및 식품산업기본법」 제3조 제6호 (가), (나)목에 따른 농산물, 수산물이므로[제2조 제1항 제1호 (가), (나)목] 식품위생법과 그 목적과 규율대상을 달리하고 있어 위 법에 따른 검사 절차를 거친다고 하여 반드시 식품위생법이 그 목적으로 하는 '식품으로 인하여 생기는 위생상의 위해 방지'와 '식품영양의 질적 향상 도모'가 달성되는 것도 아니다.

오히려 위해·유독한 물질을 규제할 필요성이 있음에도 법률의 부재로 처벌의 공백이 발생할 수도 있다.

따라서 양파와 건고추가 식품위생법상 식품에 해당하지 않는다고 판단한 원심판결에는 식품위생법상 식품의 정의를 잘못 해석하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

검사의 이 부분 주장은 이유 있다.

2) 업무상배임의 점에 관하여

가) 원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하면, 건고추에 대해서 관행상 육안으로 하는 관능검사법에 의하여 품위검사를 실시하여 왔고 수입농산물 품위검사 지침 등에 건고추에 대하여 절개검사를 하도록 하는 규정이나 그러한 관행이 없었던 사실은 인정할 수 있으나, 공사에서 외국농산물의 수입업무를 담당하는 피고인들로서는 건고추의 경우 겉보다는 안에서 곰팡이 등 변질될 가능성이 많아 관능검사보다는 절개검사가 더 정확한 검사방법이라고 할 것이고, 이 사건의 경우 실제 절개검사까지 진행하였으며 위 지침이 공사 내부 구성원을 구속하는 효력이 있기는 하지만 피고인들로서는 지침을 기계적으로 적용하는 것이 오히려 공사의 이익에 반한다고 판단될 경우에는 지침에서 정한 검사방법 외 공사에 최선의 이익이 될 방법을 따라야 하므로 피고인들에게 절개검사를 할 의무가 없다는 취지의 원심판단은 수긍하기 어렵다.

나) 그러나 원심 및 당심이 채택·조사한 증거들을 종합하면, 가치하락률에 의한 구상금은 관능검사 결과나 절개검사 결과나 관계없이 공사의 기준을 충족하는 표준시료와 수입한 건고추 중에서 무작위로 추출한 대표시료를 준비하여 이를 시장 상인들에게 보여주고 그 시장가격의 차이를 묻는 방법으로 산정하는 사실을 인정할 수 있고, 이에 따르면 피고인들이 관능검사 결과를 채택하였는지, 절개검사 결과를 채택하였는지가 직접 가치하락률에 영향을 미칠 수 없다고 할 것이다.

따라서 피고인들이 절개검사 결과를 채택하지 않았다고 하여 구상금을 부당하게 낮게 산정하는 업무상 임무에 위배되는 행위를 하였다고 단정할 수 없다.

다) 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

다.

피고인들의 주장에 대하여

- 1) 피고인들은 원심에서 이 사건에서 문제가 된 양파와 건고추가 식품위생법 제4조가 정한 위해식품 등에 해당하지 않는다고 주장하였다.
- 2) 식품위생법 제4조는 "썩거나 상하거나 설익어서 인체의 건강을 해칠 우려가 있는 것", "식품의약품안전처장이 인체의 건강을 해칠 우려가 없다고 인정하는 것은 제외하고 유독·유해물질이 들어 있거나 묻어 있는 것 또는 그러할 염

려가 있는 것", "병(病)을 일으키는 미생물에 오염되었거나 그러할 염려가 있어 인체의 건강을 해칠 우려가 있는 것", "불결하거나 다른 물질이 섞이거나 첨가된 것 또는 그 밖의 사유로 인체의 건강을 해칠 우려가 있는 것" 등을 위해 식품 등으로 규정하고 이를 판매하거나 판매할 목적으로 제조·가공·수입하는 행위를 금지하고 있다.

- 3) 식품위생법은 위와 같은 식품이 사람의 생명, 신체, 건강에 위험을 초래하고 소비자들이 위험성을 미처 인식하지 못하고 이를 섭취함으로써 피해가 신속하고 광범위하게 발생할 위험이 있으며, 또한 일단 피해가 발생되면 사후구제란 별 효과가 없는 경우가 대부분이라는 점을 고려하여 인체의 건강을 해치거나 유해·유독물질이 묻어있을 우려가 있는 것까지도 그에 해당하는 것으로 규정한 것이라고 할 수 있다.
- 4) 한편 대규모로 수입되는 식품 중 일부가 썩거나 곰팡이가 피는 등 하자가 발생한 경우 운송과정에서 곰팡이의 포자나 미생물이 보이지 않는 형태로 주변의 식품으로 옮겨 갈 수 있어 외견상으로는 멀쩡해 보여도 실상 그렇지 않은 경우가 많으므로 수입물량 중 일부에 미미한 정도로 하자가 발생한 것이 아니라면 수입물량 중 일부에만 하자가 있었다고 하여 쉽게 나머지 물량이 인체의 건강을 해칠 우려가 없는 것이라고 단정 지을 수 없다.
- 5) 원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인들이 수입한 이 사건 양파의 경우 상당수가 냉해, 곰팡이, 짓무름으로 인하여 변색, 변질되는 등 전반적으로 상태가 좋지 않아 결점구 혼입률의 기준치 5%를 훨씬 초과하였고, 이후 피고인들이 선별인수를 결정하여 일부만 수입하였으나 그마저도 상당수가 판매되지 않고 반품된 사실, 양파는 한 망태기 안에 결점구가 다량 혼입되어 있으면 시간이 지남에 따라 정상적인 양파보다 빨리 부패와 변질이 일어날 수 있는 사실, 이 사건 건고추의 경우 상당수가 곰팡이가 피어 있는 상태였고 4차 선적분 120톤은 곰팡이가 많다는 이유로 식품의약품안전처가 실시한 검사에도 불합격한 사실, 건고추는 곰팡이가 안에 많이 생기고 겉에는 잘 생기지 않는 특성이 있고 실제 이 사건에서 건고추에 대하여 관능검사를 할 때는 정상으로 보였으나 절개검사를 한 결과 상당수에서 곰팡이가 발견되기도 하였을 뿐 아니라, 수입한 건고추를 정상품으로 입찰공고하여 판매하였으나 곰팡이 때문에 가공이 불가능하고 가위 등 이물질도 혼입되어 있다는 항의도 들은 사실, 양파의 부패원인으로는 곰팡이가 가장 많고, 고추도 건조 시 수분감소속도가 빠르지 않으면 곰팡이가 전이되는데 곰팡이는 신장장애, 신경장애, 간장장애 등을 유발하는 사실을 인정할 수 있다.
- 6) 이에 따르면, 피고인들이 수입한 건고추나 양파는 그 수량 전부가 식품위생법 제4조가 정한 인체의 건강을 해치거나 유해·유독물질이 묻어있을 우려가 있는 식품에 해당한다고 봄이 상당하다.

피고인들의 주장은 이유 없다.

라. 피고인 2의 주장에 대하여

- 1) 피고인 2는 피고인 1에 대하여 일반적인 지휘·감독만 하였을 뿐, 구체적인 업무는 피고인 1 등 직원들에게 일임하여 처리하였고 직원들로부터 업무를 정상적으로 처리하고 있다고 보고받아 직원들이 양파나 건고추 중 정상품만 선별하여 인수하는 것으로 알고 있었다.

따라서 피고인 2가 피고인 1과 이 사건 식품위생법위반죄를 공모하지 않았다고 주장한다.

- 2) 원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정을 종합하면, 피고인 2가 피고인 1의 범행에 대하여 암묵적으로 공모하였다고 충분히 평가할 수 있다.

피고인 2의 주장은 이유 없다.

- 가) 피고인 2는 공사의 국영무역처 처장으로서 국영무역 업무를 총괄하고 있고 피고인 1의 직근 상사이며 공사의 채소 특작팀의 최종 결재권자이다.

나) 피고인 2는 공소외 6으로부터 △△식품이 검품 신청한 건고추 물량 248톤 중 48톤만 합격이라는 사실을 보고받고, 공소외 7로부터는 비가 많이 와서 건고추의 수분함량이 모두 초과되었다는 보고를 받고도, 피고인 1과 협의한 다음 불합격된 물량 중에서 80톤을 선적하라고 지시하였다.

다) 피고인 2는 2011. 3. 4. 양파 500톤에 냉해, 곰팡이, 짓무름 등이 발생하여 인수를 할 수 없다고 최종 결재하고도 □□교역에서 양파를 선별해서 공급하겠다고 말하자 선별인수하는 것으로 결정하였는데, 인수거부결정이 반복된 것은 이 사건이 처음이었다.

이후 피고인 2는 2차로 수입된 양파 500톤에 대해서도 간이검정 결과 냉해, 곰팡이, 짓무름 등으로 상태가 전반적으로 좋지 않다는 보고를 받고서도 결재권자로서 수입을 결정하였다.

라) 피고인 1은 수사기관과 원심에서 "피고인 2에게 모든 것을 사후에 보고하는 것은 아니고 사안에 따라 보고를 하면 결재권자 의견을 들어 결정되는 것도 있다.

양파 선별인수 건에 있어서도 피고인 2에게 보고하였고, 2차분 물량에 대해서는 1차분에 비해 조금 나은 상태라고 보고 하였으며, 건고추의 검정 진행상황 등도 피고인 2에게 사전에 수시로 보고하였다.

"라고 진술하였다.

마. 소결

그렇다면 원심은 법리를 오해하여 이 사건 공소사실 중 식품위생법 위반의 점을 무죄로 선고하였고, 피고인 1에 대하여 원심이 유죄로 인정한 업무상배임죄는 식품위생법위반죄와 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 하나의 형을 선고하여야 하므로 이 점에서 양형부당의 항소이유 주장에 대하여 나아가 판단할 필요 없이 피고인 1에 대한 원심 판결 중 유죄 부분과 무죄 부분 중 식품위생법위반죄 부분은 더 이상 유지할 수 없게 되었다.

3. 결론

따라서 피고인들에 대한 검사의 항소는 일부 이유 있으므로 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 피고인 1에 대한 원심 판결 중 유죄 부분과 식품위생법위반죄에 관한 무죄 부분, 피고인 2에 대한 원심판결 중 식품위생법위반죄 부분을 모두 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하고, 검사의 나머지 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 모두 기각한다.

【이유】

】 1. 항소이유의 요지

가. 피고인 1

1) 사실오인

피고인 1이 국립농산물품질관리원(이하 '농관원'이라 한다)의 검사결과에 따라 구상금을 산정하도록 지시한 것은 정밀검사에 따라 측정된 수분함량 수치가 ○○유통의 귀책사유로 인한 것이 아니라는 판단에 근거한 것으로서 피고인 1에게 배임의 고의가 없었다.

2) 양형부당

원심의 형량(징역 4월, 집행유예 1년)은 너무 무겁다.

나. 검사

1) 식품위생법 위반의 점에 관하여

식품위생법상 식품에는 자연식품이나 가공·조리된 식품이 모두 포함되는 점, 양파와 건고추는 식품의 재료로서뿐만 아니라 그 자체 식품성도 가지고 있는 점, 양파를 식품위생법의 규율을 받는 식품에 해당한다고 보지 않으면 오염된 식자재가 시장에 유통되어도 처벌의 공백이 생기는 점 등을 고려하면 양파와 건고추가 식품위생법상 식품에 해당되지 않는다고 한 원심판결에는 법리오해의 위법이 있다.

2) 업무상배임의 점에 관하여

피고인들이 처음에 더욱 엄격한 검사방법인 절개검사를 실시하였고 그 결과에 따라 산정한 구상금이 관능검사 결과에 따라 산정한 구상금보다 약 3,000만 원이 더 많았던 점, 그럼에도 피고인들은 별다른 이유 없이 더 간이한 검사방법인 관능검사를 실시하고 그에 따라 구상금을 산정하여 절개검사를 실시했을 때보다 3,000만 원이 더 적은 구상금을 청구한 점 등을 종합하면 피고인들의 업무상배임의 고의는 넉넉히 추단할 수 있음에도, 피고인들이 절개검사를 실시할 의무의 존재에 관한 증거가 없다며 피고인들에게 무죄를 선고한 원심판결에는 사실오인, 법리오해의 위법이 있다.

2. 판단

가. 피고인 1의 사실오인 주장에 대하여

1) 원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하면, 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가) ○○유통(대표자 공소외 1)이 수입한 건고추가 항구에 도착하였을 당시 농관원이 실시한 간이검사 결과 건고추의 수분함량은 21.4%였고, 한국농수산식품유통공사(이하 '공사'라 한다)의 비축기지로 운송한 후 창고에 입고할 때 실시한 검사 결과 수분함량은 29%로서, 최초 실시한 검사 결과보다 훨씬 높은 수치였다.

이후 피고인 1은 비축기지 소장 공소외 2와 함께 검정회사를 불러 다시 정밀검사를 실시하였고 그 결과 수분함량은 26.4%로 나타났다.

나) '정부비축사업 관리규정' 제13조 제3항은 정부비축 농산물을 수입함에 있어 계약위반의 경우 당해 계약의 조건 등에 준하여 처리하도록 규정하고 있고, 공사가 수입공사의 외자구매 입찰 시 첨부하는 일반입찰유의서에 계약위반에 관한 내용을 포함하고 있는데 일반입찰유의서 제24조 제1항은 품위규격 미달품을 수급 등 여건상 인수하여야 할 경우 구상금은 해당 물량의 외자구매대금을 기준으로 공사 지정 검정사가 발행한 품위검정보고서상의 손해율(가치 하락률, 시장조사 감가율)을 적용하여 산출한 후 지급할 외자구매대금에서 공제하는 방법으로 징구하되, 건고추의 경우 수분초과에 따른 구상금은 외자구매대금을 기준으로 감량계산방식에 따라 산출하여 징구하라고 규정하고 있고, 동조 제4항은 공사 비축기지 입고 시 품위조사 결과 구매규격과 현저한 차이가 발생하는 경우 계약자가 지정한 국제공인검정사와 공사가 지정한 검정사의 합동 검정 결과에 따라 구상 처리하라고 규정하고 있다.

다) 농관원이 실시하는 간이검사는 항구의 컨테이너 야적장에서 그 수에 비례하여 일정 수의 컨테이너 봉인을 해제한 다음 안으로 들어가 적재된 일부 화물을 검사하는 것으로서, 수분함량 검사와 관련하여 105℃ 건조법 또는 이와 동등한 측정결과를 얻을 수 있는 130℃ 건조법, 적외선 조사식 수분계 등 보조방법을 채택하여 시행하는데, 컨테이너 안쪽에 있는 화물은 제대로 검사하기 어려운 단점이 있다.

이에 반하여 공사가 비축기지에서 하는 검사는 컨테이너에서 전부 화물을 꺼낸 후 표본을 추출하여 검사를 하는 형태로 진행되고 수분함량 검사와 관련하여 105℃ 건조법이나 적외선 조사식 수분계를 이용한 방법으로 시행하는데, 위 간이검사보다는 더 정확성이 담보된다.

한편 통상적으로 구상금은 정밀검정 결과에 따라 산정된 수치에 따라 그 액수를 결정하여 왔다.

- 라) 부산항에서 통관절차를 마친 건고추가 공사의 이천시 소재 비축기지로 운송될 때까지 통상 6시간이 소요되는데 물량에 따라 하역 완료까지 3~15시간이 추가로 소요되기도 한다.
- 마) 공소외 3 주식회사의 대표이사인 공소외 4는 검찰에서 하역항에서 비축기지로 이동하는 시간은 불과 7~8시간이므로 그 사이에 농산물의 상태가 크게 변할 일이 없어 별도의 검정 절차는 거치지 않는다고 진술하였다.
- 바) 2009년부터 2012년까지 검사된 통고추 기준으로 농관원의 수분함량 검사 결과와 비축기지에서 실시한 검사 결과는 평균 1.56% 차이가 발생하였다.

한편 운송과정에서 운송차량이 냉장컨테이너의 발전기를 가동하지 않은 채 화물을 운반하는 경우 결로가 발생하여 건고추의 수분이 높게 측정되기도 하고, 2010년 7월경 공사의 부산울산지역본부가 발전기를 가동하지 않은 채로 냉장컨테이너를 운송한다고 의심되는 운송회사를 상대로 문제제기를 한 바도 있다.

- 2) 위에서 인정한 사실에서 알 수 있는 다음과 같은 사정을 고려하면, 피고인 1이 원심판시 기재와 같이 구상금 산정과 관련하여 배임행위를 하였고, 당시 피고인 1에게 미필적으로나마 배임의 고의가 있었다고 충분히 평가할 수 있다. 피고인 1의 이 부분 주장은 이유 없다.

가) 수분함량 검사방법과 관련하여 농관원이 실시하는 간이검정 결과보다 비축기지에서 실시하는 검정 결과가 더 정확성이 담보되는 것이고, 일반입찰유의서 제24조 제4항은 공사 비축기지 입고 시 품위조사 결과 구매규격과 현저한 차이가 발생하는 경우 계약자가 지정한 국제공인검정사와 공사가 지정한 검정사가 합동으로 실시한 정밀검정 결과에 따라 구상 처리하라고 규정하고 있으므로, 피고인 1로서는 특별한 사정이 없는 한 위 업무 규정 및 관행에 따라 구상금 산정 업무를 진행하여야 함에도 그러하지 않았다.

나) 농관원이 실시한 간이검정 결과와 비축기지에서 실시한 검정 결과에서 수분함량 차이가 비교적 크게 나타난 것은 운송회사의 과실에서 비롯되었을 가능성도 전혀 없다고는 단정하기 어렵지만 위에서 본 간이검정 방법의 검사상 한계에서 비롯되었을 가능성도 크므로 설불리 그 원인이 운송회사의 과실이라고 단언하기 어렵고, 피고인 1이 운송회사의 과실로 수분함량이 높게 나왔다고 판단하였다고 하더라도 위 일반입찰유의서나 업무관행에 반하는 방법으로 구상금을 산정하기 위해서는 이를 정당화할 만한 근거를 마련하기 위한 조사 등을 선행했어야 한다.

즉, 피고인 1이 운송회사의 과실 등 비축기지에서 정밀검정 결과를 반복할 수 있는 근거에 대하여 별도로 조사하여 책임 소재를 밝히는 등의 조치를 하고 상부에 그러한 사정을 설명하고 상부와 상의 또는 상부로부터 지시를 받아 업무를 진행했어야 한다.

그럼에도 피고인 1은 추가적인 어떠한 조사도 하지 않은 채 스스로 운송회사의 과실로 컨테이너 내부에 결로현상이 발생하여 수분함량이 높게 측정된 것이라고 판단한 후 부하직원인 공소외 5에게 농관원의 간이검정 결과에 따라 구상금을 산정하라고 지시하였다.

나. 검사의 사실오인, 법리오해 주장에 대하여

- 1) 식품위생법 위반의 점에 관하여

가) 원심의 판단

양파나 건고추는 식물을 만드는 자료는 될지언정 그 자체가 음식물이 되는 것이 아니고, 양파는 식품공전상 '식품원재료'에 해당하는 것으로 분류되어 있는데 건고추도 이와 마찬가지로 보아야 하며, 양파와 건고추는 「농수산물 품질관리법」에서 규율의 대상으로 하고 있는 '농산물'에 해당하여 같은 법 제61조(안전성 조사), 제63조(안전성 조사 결

과에 따른 조치), 제79조(농산물의 검사), 제98조(검정), 제98조의2(검정 결과에 따른 조치), 제120조(벌칙) 등의 규정에 의하여 그 유해성을 감시, 통제하면 되므로, 식품위생법상의 식품에 해당하는 것으로 보아 그 유해성을 감시, 통제하여야 할 필요성이 있다고 보기도 어렵다.

따라서 양파와 건고추는 식품위생법상 식품에 해당하지 않는다.

나) 당심의 판단

조리되지 않은 양파와 건고추는 식품위생법상 식품에 해당한다고 봄이 타당하다.

그 이유는 다음과 같다.

- ① 식품위생법은 식품으로 인하여 생기는 위생상의 위해를 방지하고 식품영양의 질적 향상을 도모하며 식품에 관한 올바른 정보를 제공하여 국민보건의 증진에 이바지함을 목적으로 한다고 규정하고(제1조), 식품이란 의약으로 섭취하는 것을 제외하고 모든 음식을 말한다고 정의하고 있다(제2조 제1호). 위와 같은 식품위생법의 입법 목적과 식품을 의약으로 섭취하는 것을 제외한 모든 것이라고 포괄적으로 정의하고 있는 점에 비추어 보면, 직접 섭취하지 못하고 식품의 원재료가 되는 것에 불과하다고 하여 식품위생법상 식품의 개념에서 제외해야 할 아무런 이유가 없다. 특히 식품을 섭취하는 방법은 개인에 따라 또는 시대에 따라 달라질 수 있는 것이고, 식품의 원재료가 되는 것이라고 하더라도 직접 섭취하는 것이 불가능한 것이 아니며, 실제 양파와 같은 식품은 사회에서 널리 가공되지 않은 상태로 소비되고 있다.

따라서 식품위생법상의 식품에는 자연식품이나 가공 및 조리된 식품이 모두 포함된다고 봐야하므로(대법원 1989. 7. 25. 선고 88도1575 판결 등 참조), 양파와 건고추도 식품위생법상 식품에 해당한다고 봐야 한다.

- ② 식품의약품안전처장은 식품위생법 제7조 제1항의 위임을 받아 식품 또는 식품첨가물에 관하여 성분에 관한 규격, 제조·가공·사용·조리·보존 방법에 관한 기준을 '식품공전'이라는 이름으로 고시하고 있으나, 이는 식품위생법 제7조 제1항 소정의 식품 또는 식품첨가물은 지극히 다양하고 그 제조·가공·사용·조리 및 보존의 방법에 관한 기준과 그 성분에 관한 규격은 기술적, 전문적인 것이어서 입법기술상 부득이하게 그렇게 한 것으로서 위 식품공전에서 식품원재료로 규정되어 있다고 하여 반드시 식품원재료로 섭취하여야 하는 것은 아니고 안전성 및 건전성이 결여되지 않는 한 다른 방법으로 섭취하는 것도 가능하다고 보아야 하며, 식품공전이 그러한 행위까지 금지하고 있다고는 볼 수 없다.

특히 식품산업의 발달로 인하여 식품의 종류나 그 제조·가공방법이 다양해지고 있는 데 반하여 식품의약품안전처장이 식품공전에 일일이 새로운 식품의 종류나 그 제조·가공방법에 대하여 규정하는 것은 현실적으로 불가능하다는 점을 고려하면 더욱 그러하다.

- ③ 식품의 수입 시 식품이 농수산물에 해당하는 경우에는 「농수산물 품질관리법」의 규율도 받게 되므로 위 법에 따라 안전성이나 상품성 등을 확보하려는 여러 검사나 조치의 대상이 된다.

그러나 위 법은 농수산물의 적절한 품질관리를 통하여 농수산물의 안전성을 확보하고 상품성을 향상하며 공정하고 투명한 거래를 유도함으로써 농어업인의 소득 증대와 소비자 보호에 이바지하는 것을 목적으로 하는 것이고(제1조), 그 규율대상은 「농어업·농어촌 및 식품산업기본법」 제3조 제6호 (가), (나)목에 따른 농산물, 수산물임으로(제2조 제1항 제1호 (가), (나)목) 식품위생법과 그 목적과 규율대상을 달리하고 있어 위 법에 따른 검사 절차를 거친다고 하여 반드시 식품위생법이 그 목적으로 하는 '식품으로 인하여 생기는 위생상의 위해 방지'와 '식품영양의 질적 향상 도모'가 달성되는 것도 아니다.

오히려 위해·유독한 물질을 규제할 필요성이 있음에도 법률의 부재로 처벌의 공백이 발생할 수도 있다.

따라서 양파와 건고추가 식품위생법상 식품에 해당하지 않는다고 판단한 원심판결에는 식품위생법상 식품의 정의를 잘못 해석하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

검사의 이 부분 주장은 이유 있다.

2) 업무상배임의 점에 관하여

가) 원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하면, 건고추에 대해서 관행상 육안으로 하는 관능검사법에 의하여 품위검사를 실시하여 왔고 수입농산물 품위검사 지침 등에 건고추에 대하여 절개검사를 하도록 하는 규정이나 그러한 관행이 없었던 사실은 인정할 수 있으나, 공사에서 외국농산물의 수입업무를 담당하는 피고인들로서는 건고추의 경우 겉보다는 안에서 곰팡이 등 변질될 가능성이 많아 관능검사보다는 절개검사가 더 정확한 검사방법이라고 할 것이고, 이 사건의 경우 실제 절개검사까지 진행하였으며 위 지침이 공사 내부 구성원을 구속하는 효력이 있기는 하지만 피고인들로서는 지침을 기계적으로 적용하는 것이 오히려 공사의 이익에 반한다고 판단될 경우에는 지침에서 정한 검사방법 외 공사에 최선의 이익이 될 방법을 따라야 하므로 피고인들에게 절개검사를 할 의무가 없다는 취지의 원심판단은 수긍하기 어렵다.

나) 그러나 원심 및 당심이 채택·조사한 증거들을 종합하면, 가치하락률에 의한 구상금은 관능검사 결과나 절개검사 결과나 관계없이 공사의 기준을 충족하는 표준시료와 수입한 건고추 중에서 무작위로 추출한 대표시료를 준비하여 이를 시장 상인들에게 보여주고 그 시장가격의 차이를 묻는 방법으로 산정하는 사실을 인정할 수 있고, 이에 따르면 피고인들이 관능검사 결과를 채택하였는지, 절개검사 결과를 채택하였는지가 직접 가치하락률에 영향을 미칠 수 없다고 할 것이다.

따라서 피고인들이 절개검사 결과를 채택하지 않았다고 하여 구상금을 부당하게 낮게 산정하는 업무상 임무에 위배되는 행위를 하였다고 단정할 수 없다.

다) 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

다.

피고인들의 주장에 대하여

- 1) 피고인들은 원심에서 이 사건에서 문제가 된 양파와 건고추가 식품위생법 제4조가 정한 위해식품 등에 해당하지 않는다고 주장하였다.
- 2) 식품위생법 제4조는 "썩거나 상하거나 설익어서 인체의 건강을 해칠 우려가 있는 것", "식품의약품안전처장이 인체의 건강을 해칠 우려가 없다고 인정하는 것은 제외하고 유독·유해물질이 들어 있거나 묻어 있는 것 또는 그러할 염려가 있는 것", "병(病)을 일으키는 미생물에 오염되었거나 그러할 염려가 있어 인체의 건강을 해칠 우려가 있는 것", "불결하거나 다른 물질이 섞이거나 첨가된 것 또는 그 밖의 사유로 인체의 건강을 해칠 우려가 있는 것" 등을 위해 식품 등으로 규정하고 이를 판매하거나 판매할 목적으로 제조·가공·수입하는 행위를 금지하고 있다.
- 3) 식품위생법은 위와 같은 식품이 사람의 생명, 신체, 건강에 위험을 초래하고 소비자들이 위험성을 미처 인식하지 못하고 이를 섭취함으로써 피해가 신속하고 광범위하게 발생할 위험이 있으며, 또한 일단 피해가 발생되면 사후구제란 별 효과가 없는 경우가 대부분이라는 점을 고려하여 인체의 건강을 해치거나 유해·유독물질이 묻어있을 우려가 있는 것까지도 그에 해당하는 것으로 규정한 것이라고 할 수 있다.

- 4) 한편 대규모로 수입되는 식품 중 일부가 썩거나 곰팡이가 피는 등 하자가 발생한 경우 운송과정에서 곰팡이의 포자나 미생물이 보이지 않는 형태로 주변의 식품으로 옮겨 갈 수 있어 외견상으로는 멀쩡해 보여도 실상 그렇지 않은 경우가 많으므로 수입물량 중 일부에 미미한 정도로 하자가 발생한 것이 아니라면 수입물량 중 일부에만 하자가 있었다고 하여 쉽게 나머지 물량이 인체의 건강을 해칠 우려가 없는 것이라고 단정 지을 수 없다.
- 5) 원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인들이 수입한 이 사건 양파의 경우 상당수가 냉해, 곰팡이, 짓무름으로 인하여 변색, 변질되는 등 전반적으로 상태가 좋지 않아 결점구 혼입률의 기준치 5%를 훨씬 초과하였고, 이후 피고인들이 선별인수를 결정하여 일부만 수입하였으나 그마저도 상당수가 판매되지 않고 반품된 사실, 양파는 한 망태기 안에 결점구가 다량 혼입되어 있으면 시간이 지남에 따라 정상적인 양파보다 빨리 부패와 변질이 일어날 수 있는 사실, 이 사건 건고추의 경우 상당수가 곰팡이가 피어 있는 상태였고 4차 선적분 120톤은 곰팡이가 많다는 이유로 식품의약품안전처가 실시한 검사에도 불합격한 사실, 건고추는 곰팡이가 안에 많이 생기고 겉에는 잘 생기지 않는 특성이 있고 실제 이 사건에서 건고추에 대하여 관능검사를 할 때는 정상으로 보였으나 절개검사를 한 결과 상당수에서 곰팡이가 발견되기도 하였을 뿐 아니라, 수입한 건고추를 정상품으로 입찰공고하여 판매하였으나 곰팡이 때문에 가공이 불가능하고 가위 등 이물질도 혼입되어 있다는 항의도 들은 사실, 양파의 부패원인으로는 곰팡이가 가장 많고, 고추도 건조 시 수분감소속도가 빠르지 않으면 곰팡이가 전이되는데 곰팡이는 신장장애, 신경장애, 간장장애 등을 유발하는 사실을 인정할 수 있다.
- 6) 이에 따르면, 피고인들이 수입한 건고추나 양파는 그 수량 전부가 식품위생법 제4조가 정한 인체의 건강을 해치거나 유해·유독물질이 묻어있을 우려가 있는 식품에 해당한다고 봄이 상당하다.

피고인들의 주장은 이유 없다.

라. 피고인 2의 주장에 대하여

- 1) 피고인 2는 피고인 1에 대하여 일반적인 지휘·감독만 하였을 뿐, 구체적인 업무는 피고인 1 등 직원들에게 일임하여 처리하였고 직원들로부터 업무를 정상적으로 처리하고 있다고 보고받아 직원들이 양파나 건고추 중 정상품만 선별하여 인수하는 것으로 알고 있었다.

따라서 피고인 2가 피고인 1과 이 사건 식품위생법위반죄를 공모하지 않았다고 주장한다.

- 2) 원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정을 종합하면, 피고인 2가 피고인 1의 범행에 대하여 암묵적으로 공모하였다고 충분히 평가할 수 있다.

피고인 2의 주장은 이유 없다.

- 가) 피고인 2는 공사의 국영무역처 처장으로서 국영무역 업무를 총괄하고 있고 피고인 1의 직근 상사이며 공사의 채소 특작팀의 최종 결재권자이다.

- 나) 피고인 2는 공소외 6으로부터 △△식품이 검품 신청한 건고추 물량 248톤 중 48톤만 합격이라는 사실을 보고받고, 공소외 7로부터는 비가 많이 와서 건고추의 수분함량이 모두 초과되었다는 보고를 받고도, 피고인 1과 협의한 다음 불합격된 물량 중에서 80톤을 선적하라고 지시하였다.

- 다) 피고인 2는 2011. 3. 4. 양파 500톤에 냉해, 곰팡이, 짓무름 등이 발생하여 인수를 할 수 없다고 최종 결재하고도 □□교역에서 양파를 선별해서 공급하겠다고 말하자 선별인수하는 것으로 결정하였는데, 인수거부결정이 반복된 것은 이 사건이 처음이었다.

이후 피고인 2는 2차로 수입된 양파 500톤에 대해서도 간이검정 결과 냉해, 곰팡이, 쪼름 등으로 상태가 전반적으로 좋지 않다는 보고를 받고서도 결재권자로서 수입을 결정하였다.

라) 피고인 1은 수사기관과 원심에서 "피고인 2에게 모든 것을 사후에 보고하는 것은 아니고 사안에 따라 보고를 하면 결재권자 의견을 들어 결정되는 것도 있다.

양파 선별인수 건에 있어서도 피고인 2에게 보고하였고, 2차분 물량에 대해서는 1차분에 비해 조금 나은 상태라고 보고 하였으며, 건고추의 검정 진행상황 등도 피고인 2에게 사전에 수시로 보고하였다.

"라고 진술하였다.

마. 소결

그렇다면 원심은 법리를 오해하여 이 사건 공소사실 중 식품위생법 위반의 점을 무죄로 선고하였고, 피고인 1에 대하여 원심이 유죄로 인정한 업무상배임죄는 식품위생법위반죄와 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 하나의 형을 선고하여야 하므로 이 점에서 양형부당의 항소이유 주장에 대하여 나아가 판단할 필요 없이 피고인 1에 대한 원심 판결 중 유죄 부분과 무죄 부분 중 식품위생법위반죄 부분은 더 이상 유지할 수 없게 되었다.

3. 결론

따라서 피고인들에 대한 검사의 항소는 일부 이유 있으므로 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 피고인 1에 대한 원심 판결 중 유죄 부분과 식품위생법위반죄에 관한 무죄 부분, 피고인 2에 대한 원심판결 중 식품위생법위반죄 부분을 모두 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하고, 검사의 나머지 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 모두 기각한다.

【이유】

】 1. 항소이유의 요지

가. 피고인 1

1) 사실오인

피고인 1이 국립농산물품질관리원(이하 '농관원'이라 한다)의 검사결과에 따라 구상금을 산정하도록 지시한 것은 정밀검사에 따라 측정된 수분함량 수치가 ○○유통의 귀책사유로 인한 것이 아니라는 판단에 근거한 것으로서 피고인 1에게 배임의 고의가 없었다.

2) 양형부당

원심의 형량(징역 4월, 집행유예 1년)은 너무 무겁다.

나. 검사

1) 식품위생법 위반의 점에 관하여

식품위생법상 식품에는 자연식품이나 가공·조리된 식품이 모두 포함되는 점, 양파와 건고추는 식품의 재료로서뿐만 아니라 그 자체 식품성도 가지고 있는 점, 양파를 식품위생법의 규율을 받는 식품에 해당한다고 보지 않으면 오염된 식자재가 시장에 유통되어도 처벌의 공백이 생기는 점 등을 고려하면 양파와 건고추가 식품위생법상 식품에 해당되지 않는다고 한 원심판결에는 법리오해의 위법이 있다.

2) 업무상배임의 점에 관하여

피고인들이 처음에 더욱 엄격한 검사방법인 절개검사를 실시하였고 그 결과에 따라 산정한 구상금이 관능검사 결과에 따라 산정한 구상금보다 약 3,000만 원이 더 많았던 점, 그럼에도 피고인들은 별다른 이유 없이 더 간이한 검사방법

인 관능검사를 실시하고 그에 따라 구상금을 산정하여 절개검사를 실시했을 때보다 3,000만 원이 더 적은 구상금을 청구한 점 등을 종합하면 피고인들의 업무상배임의 고의는 넉넉히 추단할 수 있음에도, 피고인들이 절개검사를 실시할 의무의 존재에 관한 증거가 없다며 피고인들에게 무죄를 선고한 원심판결에는 사실오인, 법리오해의 위법이 있다.

2. 판단

가. 피고인 1의 사실오인 주장에 대하여

1) 원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하면, 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가) ○○유통(대표자 공소외 1)이 수입한 건고추가 항구에 도착하였을 당시 농관원이 실시한 간이검사 결과 건고추의 수분함량은 21.4%였고, 한국농수산물유통공사(이하 '공사'라 한다)의 비축기지로 운송한 후 창고에 입고할 때 실시한 검사 결과 수분함량은 29%로서, 최초 실시한 검사 결과보다 훨씬 높은 수치였다.

이후 피고인 1은 비축기지 소장 공소외 2와 함께 검정회사를 불러 다시 정밀검사를 실시하였고 그 결과 수분함량은 26.4%로 나타났다.

나) '정부비축사업 관리규정' 제13조 제3항은 정부비축 농산물을 수입함에 있어 계약위반의 경우 당해 계약의 조건 등에 준하여 처리하도록 규정하고 있고, 공사가 수입공사의 외자구매 입찰 시 첨부하는 일반입찰유의서에 계약위반에 관한 내용을 포함하고 있는데 일반입찰유의서 제24조 제1항은 품위규격 미달품을 수급 등 여건상 인수하여야 할 경우 구상금은 해당 물량의 외자구매대금을 기준으로 공사 지정 검정사가 발행한 품위검정보고서상의 손해율(가치 하락률, 시장조사 감가율)을 적용하여 산출한 후 지급할 외자구매대금에서 공제하는 방법으로 징구하되, 건고추의 경우 수분초과에 따른 구상금은 외자구매대금을 기준으로 감량계산방식에 따라 산출하여 징구하라고 규정하고 있고, 동조 제4항은 공사 비축기지 입고 시 품위조사 결과 구매규격과 현저한 차이가 발생하는 경우 계약자가 지정한 국제공인검정사와 공사가 지정한 검정사의 합동 검정 결과에 따라 구상 처리하라고 규정하고 있다.

다) 농관원이 실시하는 간이검사는 항구의 컨테이너 야적장에서 그 수에 비례하여 일정 수의 컨테이너 봉인을 해제한 다음 안으로 들어가 적재된 일부 화물을 검사하는 것으로서, 수분함량 검사와 관련하여 105℃ 건조법 또는 이와 동등한 측정결과를 얻을 수 있는 130℃ 건조법, 적외선 조사식 수분계 등 보조방법을 채택하여 시행하는데, 컨테이너 안쪽에 있는 화물은 제대로 검사하기 어려운 단점이 있다.

이에 반하여 공사가 비축기지에서도 하는 검사는 컨테이너에서 전부 화물을 꺼낸 후 표본을 추출하여 검사를 하는 형태로 진행되고 수분함량 검사와 관련하여 105℃ 건조법이나 적외선 조사식 수분계를 이용한 방법으로 시행하는데, 위 간이검사보다는 더 정확성이 담보된다.

한편 통상적으로 구상금은 정밀검정 결과에 따라 산정된 수치에 따라 그 액수를 결정하여 왔다.

라) 부산항에서 통관절차를 마친 건고추가 공사의 이천시 소재 비축기지로 운송될 때까지 통상 6시간이 소요되는데 물량에 따라 하역 완료까지 3~15시간이 추가로 소요되기도 한다.

마) 공소외 3 주식회사의 대표이사인 공소외 4는 검찰에서 하역항에서 비축기지로 이동하는 시간은 불과 7~8시간이므로 그 사이에 농산물의 상태가 크게 변할 일이 없어 별도의 검정 절차는 거치지 않는다고 진술하였다.

바) 2009년부터 2012년까지 검사된 통고추 기준으로 농관원의 수분함량 검사 결과와 비축기지에서도 실시한 검사 결과는 평균 1.56% 차이가 발생하였다.

한편 운송과정에서 운송차량이 냉장컨테이너의 발전기를 가동하지 않은 채 화물을 운반하는 경우 결로가 발생하여 건고추의 수분이 높게 측정되기도 하고, 2010년 7월경 공사의 부산울산지역본부가 발전기를 가동하지 않은 채로 냉장컨테이너를 운송한다고 의심되는 운송회사를 상대로 문제제기를 한 바도 있다.

2) 위에서 인정한 사실에서 알 수 있는 다음과 같은 사정을 고려하면, 피고인 1이 원심판시 기재와 같이 구상금 산정과 관련하여 배임행위를 하였고, 당시 피고인 1에게 미필적으로나마 배임의 고의가 있었다고 충분히 평가할 수 있다.

피고인 1의 이 부분 주장은 이유 없다.

가) 수분함량 검사방법과 관련하여 농관원이 실시하는 간이검정 결과보다 비축기지에서 실시하는 검정 결과가 더 정확성이 담보되는 것이고, 일반입찰유의서 제24조 제4항은 공사 비축기지 입고 시 품위조사 결과 구매규격과 현저한 차이가 발생하는 경우 계약자가 지정한 국제공인검정사와 공사가 지정한 검정사가 합동으로 실시한 정밀검정 결과에 따라 구상 처리하라고 규정하고 있으므로, 피고인 1로서는 특별한 사정이 없는 한 위 업무 규정 및 관행에 따라 구상금 산정 업무를 진행하여야 함에도 그러하지 않았다.

나) 농관원이 실시한 간이검정 결과와 비축기지에서 실시한 검정 결과에서 수분함량 차이가 비교적 크게 나타난 것은 운송회사의 과실에서 비롯되었을 가능성도 전혀 없다고는 단정하기 어렵지만 위에서 본 간이검정 방법의 검사상 한계에서 비롯되었을 가능성도 크므로 선불리 그 원인이 운송회사의 과실이라고 단언하기 어렵고, 피고인 1이 운송회사의 과실로 수분함량이 높게 나왔다고 판단하였다고 하더라도 위 일반입찰유의서나 업무관행에 반하는 방법으로 구상금을 산정하기 위해서는 이를 정당화할 만한 근거를 마련하기 위한 조사 등을 선행했어야 한다.

즉, 피고인 1이 운송회사의 과실 등 비축기지에서의 정밀검정 결과를 반복할 수 있는 근거에 대하여 별도로 조사하여 책임 소재를 밝히는 등의 조치를 하고 상부에 그러한 사정을 설명하고 상부와 상의 또는 상부로부터 지시를 받아 업무를 진행했어야 한다.

그럼에도 피고인 1은 추가적인 어떠한 조사도 하지 않은 채 스스로 운송회사의 과실로 컨테이너 내부에 결로현상이 발생하여 수분함량이 높게 측정된 것이라고 판단한 후 부하직원인 공소외 5에게 농관원의 간이검정 결과에 따라 구상금을 산정하라고 지시하였다.

나. 검사의 사실오인, 법리오해 주장에 대하여

1) 식품위생법 위반의 점에 관하여

가) 원심의 판단

양파나 건고추는 식물을 만드는 자료는 될지언정 그 자체가 음식물이 되는 것이 아니고, 양파는 식품공전상 '식품원재료'에 해당하는 것으로 분류되어 있는데 건고추도 이와 마찬가지로 보아야 하며, 양파와 건고추는 「농수산물 품질관리법」에서 규율의 대상으로 하고 있는 '농산물'에 해당하여 같은 법 제61조(안전성 조사), 제63조(안전성 조사 결과에 따른 조치), 제79조(농산물의 검사), 제98조(검정), 제98조의2(검정 결과에 따른 조치), 제120조(별칙) 등의 규정에 의하여 그 유해성을 감시, 통제하면 되므로, 식품위생법상의 식품에 해당하는 것으로 보아 그 유해성을 감시, 통제하여야 할 필요성이 있다고 보기도 어렵다.

따라서 양파와 건고추는 식품위생법상 식품에 해당하지 않는다.

나) 당심의 판단

조리되지 않은 양파와 건고추는 식품위생법상 식품에 해당한다고 봄이 타당하다.

그 이유는 다음과 같다.

- ① 식품위생법은 식품으로 인하여 생기는 위생상의 위해를 방지하고 식품영양의 질적 향상을 도모하며 식품에 관한 올바른 정보를 제공하여 국민보건의 증진에 이바지함을 목적으로 한다고 규정하고(제1조), 식품이란 의약으로 섭취하는 것을 제외하고 모든 음식을 말한다고 정의하고 있다(제2조 제1호). 위와 같은 식품위생법의 입법 목적과 식품을 의약으로 섭취하는 것을 제외한 모든 것이라고 포괄적으로 정의하고 있는 점에 비추어 보면, 직접 섭취하지 못하고 식품의 원재료가 되는 것에 불과하다고 하여 식품위생법상 식품의 개념에서 제외해야 할 아무런 이유가 없다.
- 특히 식품을 섭취하는 방법은 개인에 따라 또는 시대에 따라 달라질 수 있는 것이고, 식품의 원재료가 되는 것이라고 하더라도 직접 섭취하는 것이 불가능한 것이 아니며, 실제 양파와 같은 식품은 사회에서 널리 가공되지 않은 상태로 소비되고 있다.

따라서 식품위생법상의 식품에는 자연식품이나 가공 및 조리된 식품이 모두 포함된다고 봐야하므로(대법원 1989. 7. 25. 선고 88도1575 판결 등 참조), 양파와 건고추도 식품위생법상 식품에 해당한다고 봐야 한다.

- ② 식품의약품안전처장은 식품위생법 제7조 제1항의 위임을 받아 식품 또는 식품첨가물에 관하여 성분에 관한 규격, 제조·가공·사용·조리·보존 방법에 관한 기준을 '식품공전'이라는 이름으로 고시하고 있으나, 이는 식품위생법 제7조 제1항 소정의 식품 또는 식품첨가물은 지극히 다양하고 그 제조·가공·사용·조리 및 보존의 방법에 관한 기준과 그 성분에 관한 규격은 기술적, 전문적인 것이어서 입법기술상 부득이하게 그렇게 한 것으로서 위 식품공전에서 식품원재료로 규정되어 있다고 하여 반드시 식품원재료로 섭취하여야 하는 것은 아니고 안전성 및 건전성이 결여되지 않는 한 다른 방법으로 섭취하는 것도 가능하다고 보아야 하며, 식품공전이 그러한 행위까지 금지하고 있다고는 볼 수 없다.

특히 식품산업의 발달로 인하여 식품의 종류나 그 제조·가공방법이 다양해지고 있는 데 반하여 식품의약품안전처장이 식품공전에 일일이 새로운 식품의 종류나 그 제조·가공방법에 대하여 규정하는 것은 현실적으로 불가능하다는 점을 고려하면 더욱 그러하다.

- ③ 식품의 수입 시 식품이 농수산물에 해당하는 경우에는 「농수산물 품질관리법」의 규율도 받게 되므로 위 법에 따라 안전성이나 상품성 등을 확보하려는 여러 검사나 조치의 대상이 된다.

그러나 위 법은 농수산물의 적절한 품질관리를 통하여 농수산물의 안전성을 확보하고 상품성을 향상하며 공정하고 투명한 거래를 유도함으로써 농어업인의 소득 증대와 소비자 보호에 이바지하는 것을 목적으로 하는 것이고(제1조), 그 규율대상은 「농어업·농어촌 및 식품산업기본법」 제3조 제6호 (가), (나)목에 따른 농산물, 수산물이므로[제2조 제1항 제1호 (가), (나)목] 식품위생법과 그 목적과 규율대상을 달리하고 있어 위 법에 따른 검사 절차를 거친다고 하여 반드시 식품위생법이 그 목적으로 하는 '식품으로 인하여 생기는 위생상의 위해 방지'와 '식품영양의 질적 향상 도모'가 달성되는 것도 아니다.

오히려 위해·유독한 물질을 규제할 필요성이 있음에도 법률의 부재로 처벌의 공백이 발생할 수도 있다.

따라서 양파와 건고추가 식품위생법상 식품에 해당하지 않는다고 판단한 원심판결에는 식품위생법상 식품의 정의를 잘못 해석하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

검사의 이 부분 주장은 이유 있다.

2) 업무상배임의 점에 관하여

가) 원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하면, 건고추에 대해서 관행상 육안으로 하는 관능검사법에 의하여 품위검사를 실시하여 왔고 수입농산물 품위검사 지침 등에 건고추에 대하여 절개검사를 하도록 하는 규정이나 그러한 관행이 없었던 사실은 인정할 수 있으나, 공사에서 외국농산물의 수입업무를 담당하는 피고인들로서는 건고추의 경우 겉보다는 안에서 곰팡이 등 변질될 가능성이 많아 관능검사보다는 절개검사가 더 정확한 검사방법이라고 할 것이고, 이 사건의 경우 실제 절개검사까지 진행하였으며 위 지침이 공사 내부 구성원을 구속하는 효력이 있기는 하지만 피고인들로서는 지침을 기계적으로 적용하는 것이 오히려 공사의 이익에 반한다고 판단될 경우에는 지침에서 정한 검사방법 외 공사에 최선의 이익이 될 방법을 따라야 하므로 피고인들에게 절개검사를 할 의무가 없다는 취지의 원심판단은 수긍하기 어렵다.

나) 그러나 원심 및 당심이 채택·조사한 증거들을 종합하면, 가치하락률에 의한 구상금은 관능검사 결과나 절개검사 결과나 관계없이 공사의 기준을 충족하는 표준시료와 수입한 건고추 중에서 무작위로 추출한 대표시료를 준비하여 이를 시장 상인들에게 보여주고 그 시장가격의 차이를 묻는 방법으로 산정하는 사실을 인정할 수 있고, 이에 따르면 피고인들이 관능검사 결과를 채택하였는지, 절개검사 결과를 채택하였는지가 직접 가치하락률에 영향을 미칠 수 없다고 할 것이다.

따라서 피고인들이 절개검사 결과를 채택하지 않았다고 하여 구상금을 부당하게 낮게 산정하는 업무상 임무에 위배되는 행위를 하였다고 단정할 수 없다.

다) 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

다.

피고인들의 주장에 대하여

- 1) 피고인들은 원심에서 이 사건에서 문제가 된 양파와 건고추가 식품위생법 제4조가 정한 위해식품 등에 해당하지 않는다고 주장하였다.
- 2) 식품위생법 제4조는 "썩거나 상하거나 설익어서 인체의 건강을 해칠 우려가 있는 것", "식품의약품안전처장이 인체의 건강을 해칠 우려가 없다고 인정하는 것은 제외하고 유독·유해물질이 들어 있거나 묻어 있는 것 또는 그러한 염려가 있는 것", "병(病)을 일으키는 미생물에 오염되었거나 그러한 염려가 있어 인체의 건강을 해칠 우려가 있는 것", "불결하거나 다른 물질이 섞이거나 첨가된 것 또는 그 밖의 사유로 인체의 건강을 해칠 우려가 있는 것" 등을 위해 식품 등으로 규정하고 이를 판매하거나 판매할 목적으로 제조·가공·수입하는 행위를 금지하고 있다.
- 3) 식품위생법은 위와 같은 식품이 사람의 생명, 신체, 건강에 위험을 초래하고 소비자들이 위험성을 미처 인식하지 못하고 이를 섭취함으로써 피해가 신속하고 광범위하게 발생할 위험이 있으며, 또한 일단 피해가 발생되면 사후구제란 별 효과가 없는 경우가 대부분이라는 점을 고려하여 인체의 건강을 해치거나 유해·유독물질이 묻어있을 우려가 있는 것까지도 그에 해당하는 것으로 규정한 것이라고 할 수 있다.
- 4) 한편 대규모로 수입되는 식품 중 일부가 썩거나 곰팡이가 피는 등 하자가 발생한 경우 운송과정에서 곰팡이의 포자나 미생물이 보이지 않는 형태로 주변의 식품으로 옮겨 갈 수 있어 외견상으로는 멀쩡해 보여도 실상 그렇지 않은 경우가 많으므로 수입물량 중 일부에 미미한 정도로 하자가 발생한 것이 아니라면 수입물량 중 일부에만 하자가 있었다고 하여 쉽게 나머지 물량이 인체의 건강을 해칠 우려가 없는 것이라고 단정 지을 수 없다.
- 5) 원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인들이 수입한 이 사건 양파의 경우 상당수가 냉해, 곰팡이, 짓무름으로 인하여 변색, 변질되는 등 전반적으로 상태가 좋지 않아 결점구 혼입률의 기준치 5%를 훨씬 초과하

였고, 이후 피고인들이 선별인수를 결정하여 일부만 수입하였으나 그마저도 상당수가 판매되지 않고 반품된 사실, 양파는 한 망태기 안에 결점구가 다량 혼입되어 있으면 시간이 지남에 따라 정상적인 양파보다 빨리 부패와 변질이 일어날 수 있는 사실, 이 사건 건고추의 경우 상당수가 곰팡이가 피어 있는 상태였고 4차 선적분 120톤은 곰팡이가 많다는 이유로 식품의약품안전처가 실시한 검사에도 불합격한 사실, 건고추는 곰팡이가 안에 많이 생기고 겉에는 잘 생기지 않는 특성이 있고 실제 이 사건에서 건고추에 대하여 관능검사를 할 때는 정상으로 보였으나 절개검사를 한 결과 상당수에서 곰팡이가 발견되기도 하였을 뿐 아니라, 수입한 건고추를 정상품으로 입찰공고하여 판매하였으나 곰팡이 때문에 가공이 불가능하고 가위 등 이물질도 혼입되어 있다는 항의도 들은 사실, 양파의 부패원인으로는 곰팡이가 가장 많고, 고추도 건조 시 수분감소속도가 빠르지 않으면 곰팡이가 전이되는데 곰팡이는 신장장애, 신경장애, 간장장애 등을 유발하는 사실을 인정할 수 있다.

- 6) 이에 따르면, 피고인들이 수입한 건고추나 양파는 그 수량 전부가 식품위생법 제4조가 정한 인체의 건강을 해치거나 유해·유독물질이 묻어있을 우려가 있는 식품에 해당한다고 봄이 상당하다.

피고인들의 주장은 이유 없다.

라. 피고인 2의 주장에 대하여

- 1) 피고인 2는 피고인 1에 대하여 일반적인 지휘·감독만 하였을 뿐, 구체적인 업무는 피고인 1 등 직원들에게 일임하여 처리하였고 직원들로부터 업무를 정상적으로 처리하고 있다고 보고받아 직원들이 양파나 건고추 중 정상품만 선별하여 인수하는 것으로 알고 있었다.

따라서 피고인 2가 피고인 1과 이 사건 식품위생법위반죄를 공모하지 않았다고 주장한다.

- 2) 원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정을 종합하면, 피고인 2가 피고인 1의 범행에 대하여 암묵적으로 공모하였다고 충분히 평가할 수 있다.

피고인 2의 주장은 이유 없다.

- 가) 피고인 2는 공사의 국영무역처 처장으로서 국영무역 업무를 총괄하고 있고 피고인 1의 직근 상사이며 공사의 채소 특작팀의 최종 결재권자이다.

- 나) 피고인 2는 공소외 6으로부터 △△식품이 검품 신청한 건고추 물량 248톤 중 48톤만 합격이라는 사실을 보고받고, 공소외 7로부터는 비가 많이 와서 건고추의 수분함량이 모두 초과되었다는 보고를 받고도, 피고인 1과 협의한 다음 불합격된 물량 중에서 80톤을 선적하라고 지시하였다.

- 다) 피고인 2는 2011. 3. 4. 양파 500톤에 냉해, 곰팡이, 짓무름 등이 발생하여 인수를 할 수 없다고 최종 결재하고도 □□교역에서 양파를 선별해서 공급하겠다고 말하자 선별인수하는 것으로 결정하였는데, 인수거부결정이 반복된 것은 이 사건이 처음이었다.

이후 피고인 2는 2차로 수입된 양파 500톤에 대해서도 간이검정 결과 냉해, 곰팡이, 짓무름 등으로 상태가 전반적으로 좋지 않다는 보고를 받고서도 결재권자로서 수입을 결정하였다.

- 라) 피고인 1은 수사기관과 원심에서 "피고인 2에게 모든 것을 사후에 보고하는 것은 아니고 사안에 따라 보고를 하면 결재권자 의견을 들어 결정되는 것도 있다.

양파 선별인수 건에 있어서도 피고인 2에게 보고하였고, 2차분 물량에 대해서는 1차분에 비해 조금 나은 상태라고 보고하였으며, 건고추의 검정 진행상황 등도 피고인 2에게 사전에 수시로 보고하였다.

“라고 진술하였다.

마. 소결

그렇다면 원심은 법리를 오해하여 이 사건 공소사실 중 식품위생법 위반의 점을 무죄로 선고하였고, 피고인 1에 대하여 원심이 유죄로 인정한 업무상배임죄는 식품위생법위반죄와 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 하나의 형을 선고하여야 하므로 이 점에서 양형부당의 항소이유 주장에 대하여 나아가 판단할 필요 없이 피고인 1에 대한 원심 판결 중 유죄 부분과 무죄 부분 중 식품위생법위반죄 부분은 더 이상 유지할 수 없게 되었다.

3. 결론

따라서 피고인들에 대한 검사의 항소는 일부 이유 있으므로 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 피고인 1에 대한 원심 판결 중 유죄 부분과 식품위생법위반죄에 관한 무죄 부분, 피고인 2에 대한 원심판결 중 식품위생법위반죄 부분을 모두 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하고, 검사의 나머지 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 모두 기각한다.