

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건 2025도12357 결혼중개업의관리에관한법률위반
피 고 인 피고인 1 외 2인
상 고 인 피고인 2, 피고인 3 및 검사(피고인들에 대하여)
변 호 인 법무법인(유한) 강남(피고인들을 위하여)
담당변호사 이남수
원 심 판 결 의정부지방법원 2025. 7. 10. 선고 2024노2093 판결
판 결 선 고 2026. 4. 16.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 의정부지방법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 피고인들에 대한 공소사실의 요지

피고인 1은 2018. 7. 27. 국제결혼중개업을 등록한 ○○○ 주식회사(이하 '이 사건 회사'라 한다)의 대표자, 피고인 2는 피고인 1의 배우자로 이 사건 회사의 팀장, 피고

인 3은 이 사건 회사의 직원이다.

결혼중개업자는 국가·인종·성별·연령·직업 등을 이유로 차별하거나 편견을 조장할 우려가 있는 내용 또는 인신매매나 인권 침해의 우려가 있는 내용의 광고를 하여서는 아니 된다.

그럼에도 피고인들은 공모하여, 피고인 2는 2020. 3. 9.경 베트남 하이즈영 소재 협력업체(상호 '△△△')로부터 국제우편으로 송달받은 베트남 국적 여성들의 얼굴 사진, 키, 몸무게 등이 저장된 USB를 피고인 1에게 전달하고, 피고인 1은 이를 피고인 3에게 전달하여 이 사건 회사 홈페이지에 성명 등 인적사항을 입력하고 회원가입한 사람들에게 전송하게 하고, 피고인 3은 2021. 5. 12., 2021. 7. 30. 각 위와 같이 전달받은 베트남 국적 여성들의 얼굴 사진, 키, 몸무게 등을 위 홈페이지에 회원 가입한 공소외인에게 카카오톡 메시지를 이용하여 전송하였다.

이로써 피고인들은 공모하여, 사진을 활용하여 소개하려는 상대방의 얼굴, 키, 몸무게 등을 알 수 있는 사항을 전기통신을 통하여 일반인에게 알리거나 제시함으로써 국가·인종·성별·연령·직업 등을 이유로 차별하거나 편견을 조장할 우려가 있는 내용 또는 인신매매나 인권 침해의 우려가 있는 내용의 광고를 하였다.

2. 피고인 2, 피고인 3의 신분범과 공범에 관한 상고이유에 대하여

가. 원심의 판단

원심은 판시와 같은 이유로, 비신분자인 피고인 2, 피고인 3이 신분자로서 결혼중개업자인 이 사건 회사와 공동정범 관계에서 「결혼중개업의 관리에 관한 법률」(이하 '결혼중개업법'이라 한다) 제26조 제2항 제6호, 제12조 제1항(이하 '이 사건 벌칙 규정'이라 한다)의 위반행위를 하였다는 전제에서, 이 사건 벌칙 규정 및 형법 제33조, 제30

조를 적용하여 피고인 2, 피고인 3에 대한 공소사실을 유죄로 판단하였다.

나. 대법원의 판단

원심의 판단은 다음과 같은 이유로 수긍하기 어렵다.

1) 가) 결혼중개업법은 결혼중개업을 건전하게 지도·관리하고 결혼중개업 이용자의 피해를 예방하여 그 이용자를 보호함으로써 건전한 결혼문화 형성에 이바지함을 목적으로 한다(제1조). '결혼중개업'이란 수수료·회비, 그 밖의 금품을 받고 결혼중개업으로 행하는 것을 말하고(같은 법 제2조 제2호), '결혼중개업자'란 '결혼중개업법 제3조 제1항에 따라 국내결혼중개업의 신고를 하거나 같은 법 제4조 제1항에 따라 국제결혼중개업의 등록을 한 자'를 말한다(같은 법 제2조 제5호). 이와 같이 결혼중개업법은 결혼중개업의 건전한 지도·관리 등을 위하여 '국내결혼중개업을 하고자 하는 자'에게 일정한 기준을 갖추어 특별자치시장·시장·군수·구청장에게 신고하도록 하고(제3조 제1항), '국제결혼중개업을 하고자 하는 자'에게 일정한 기준을 갖추어 특별자치시장·시장·군수·구청장에게 등록하도록 한 다음(제4조 제1항), 이러한 신고 또는 등록을 마친 '결혼중개업자'에게만 일정한 행위를 금지하거나 의무를 부과하는 규정을 두고 있다(제8조, 제9조, 제10조, 제10조의4, 제12조, 제14조 등). 이 외에도 결혼중개업법은 '국제결혼중개업자'(제10조의3, 제10조의5, 제11조, 제12조의2, 제15조 제2항, 제24조의3 제2항 등) 또는 '결혼중개업에 종사하거나 종사하였던 자'(제13조)에게만 일정한 행위를 금지하거나 의무를 부과하는 규정을 두는 등 각 금지·의무규정의 구체적인 취지에 따라 개별 규정마다 그 적용 대상자를 달리 정하고 있고, 그 위반행위에 대한 제재 또한 시정 명령, 등록 취소, 영업소 폐쇄, 영업 정지, 형사처벌, 과태료 등으로 달리 정하고 있다.

이 사건에서 문제되는 결혼중개업법 제12조 제1항은 "결혼중개업자는 거짓·과장되거나 국가·인종·성별·연령·직업 등을 이유로 차별하거나 편견을 조장할 우려가 있는 내용 또는 인신매매나 인권 침해의 우려가 있는 내용의 표시·광고를 하여서는 아니 된다."라고 규정하여 그 적용 대상자를 '결혼중개업자'로 한정하고 있고, 같은 법 제26조 제2항 제6호는 같은 법 제12조 제1항을 위반한 자를 처벌하도록 규정하고 있다.

이와 같은 결혼중개업법의 입법 목적과 규정 체계, 금지규정인 결혼중개업법 제12조 제1항 및 벌칙규정인 같은 법 제26조 제2항 제6호의 문언과 형식, 결혼중개업법 제12조 제1항이 그 적용 대상자를 결혼중개업자로 한정하여 거짓·과장된 표시·광고의 금지 등의 의무를 부과한 취지 및 그 의무의 내용 등을 종합해 보면, 이 사건 벌칙 규정의 적용 대상이 되는 '결혼중개업자'란 결혼중개업법 제3조 제1항, 제4조 제1항에 따라 국내결혼중개업의 신고를 하거나 국제결혼중개업의 등록을 하고, 수수료·회비, 그 밖의 금품을 받고 결혼중개업으로 함으로써 그 영업으로 인한 이익귀속주체가 되는 '사업주'를 의미한다고 보아야 한다. 따라서 결혼중개업법 제4조 제1항에 따라 국제결혼중개업의 등록을 한 자가 '법인'이라면 그 법인 사업주가 결혼중개업자가 되고, 그 법인의 대표자나 대리인, 사용인, 종업원 등은 결혼중개업자에 포함되지 않는다.

나) 결혼중개업법 제27조는 "법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제26조 제2항 제6호의 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과한다."라고 규정하고 있다. 이 규정의 취지는, 이 사건 벌칙 규정이 적용되는 결혼중개업자가 아니면서 해당 업무를 실제로 집행하는 자가 있을 때 이 사건 벌칙 규정의

실효성을 확보하기 위하여 그 적용 대상자를 해당 업무를 실제로 집행하는 자에게까지 확장함으로써, 그러한 자가 해당 업무집행과 관련하여 이 사건 벌칙 규정의 위반행위를 한 경우 양벌규정에 따라 처벌할 수 있도록 한 행위자의 처벌규정임과 동시에 그 위반행위의 이익귀속주체인 결혼중개업자에 대한 처벌규정이다(대법원 1999. 7. 15. 선고 95도2870 전원합의체 판결, 대법원 2017. 12. 5. 선고 2017도11564 판결 등 참조). 따라서 결혼중개업자가 법인 사업주인 경우에 양벌규정 등 법률이 그 목적을 달성하기 위하여 특별히 규정하고 있는 경우에는 실제 위반 행위자를 벌하는 외에 그 위반행위의 이익귀속주체가 되는 법인 사업주에 대하여도 처벌을 할 수 있다.

다만 이때의 '행위자가 아닌 법인'은 국가형벌권 행사의 대상으로서 구성요건에서 정한 위반행위의 방지를 위한 주의와 감독의 해태 등을 근거로 별도의 형벌규정에 따라 법인의 직접책임 또는 자기책임에 기초하여 처벌되는 것이므로, 양벌규정에서의 법인 사업주와 행위자의 관계는 2인 이상이 가공하여 공동의 구성요건을 실현하는 공범관계에 있는 자와 동일하게 볼 수 없다(대법원 2025. 5. 1. 선고 2024도15290 판결 참조). 따라서 그러한 '법인 사업주'와 '행위자'의 관계에 대하여 형법 총칙의 공범 관계에 관한 규정의 적용은 배제된다고 보아야 한다.

2) 이 사건 공소사실과 적법하게 채택된 증거에 따르면, 이 사건에서 결혼중개업법 제4조 제1항에 따라 국제결혼중개업의 등록을 하고 같은 법 제2조 제2호에서 정한 결혼중개업을 영위하는 결혼중개업자는 이 사건 회사이고, 피고인 1은 이 사건 회사의 대표자, 피고인 2는 이 사건 회사의 팀장, 피고인 3은 이 사건 회사의 직원일 뿐인 사실을 알 수 있다. 따라서 원심이 피고인 1이 아니라 이 사건 회사를 결혼중개업자로 판단한 것은 정당하다.

그러나 앞서 본 법리에 비추어 볼 때, 피고인 2, 피고인 3은 국제결혼중개업을 하는 이 사건 회사의 해당 업무를 실제로 집행한 자로서 그 업무집행과 관련하여 이 사건 벌칙 규정의 위반행위를 한 실제 행위자에 해당한다면, 결혼중개업법 제27조의 양벌규정에 따라 비로소 이 사건 벌칙 규정의 적용 대상이 될 수 있을 뿐이지, 결혼중개업자가 아닌 피고인 2, 피고인 3에 대하여 법인 사업주인 이 사건 회사와 공소사실 기재 행위에 관한 공동정범 관계에 있음을 전제로 형법 제33조, 제30조를 적용하여 이 사건 벌칙 규정 위반죄로 처벌할 수는 없다.

3) 그런데도 원심은, 비신분자인 피고인 2, 피고인 3이 신분자로서 법인 사업주인 이 사건 회사와 공동정범 관계에서 이 사건 벌칙 규정의 위반행위를 하였다고 전제하면서, 결혼중개업자가 아닌 피고인들은 이 사건 벌칙 규정의 적용 대상이 될 수 없다는 취지의 피고인 2, 피고인 3의 주장을 배척하고, 피고인 2, 피고인 3의 공소사실 기재 행위에 대하여 이 사건 벌칙 규정 및 형법 제33조, 제30조를 적용한 제1심판결을 그대로 유지하였다. 이러한 원심의 판단에는 이 사건 벌칙 규정의 적용 대상이나 공동정범, 양벌규정 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 피고인 2, 피고인 3의 상고이유 주장은 이유 있다.

3. 검사의 피고인들에 대한 상고이유에 대하여

가. 원심의 판단

원심은 판시와 같은 이유로, 피고인 1에 대한 공소사실을 유죄로 판단한 제1심판결을 파기하고 무죄를 선고하였고, 피고인 2, 피고인 3에 대한 공소사실은 유죄로 판단하였다.

나. 대법원의 판단

원심의 판단은 다음과 같은 이유로 수긍하기 어렵다.

1) 불고불리의 원칙상 검사의 공소제기가 없으면 법원이 심판할 수 없는 것이고, 법원은 검사가 공소제기한 사건에 한하여 심판을 하여야 하므로, 검사는 공소장의 공소사실과 적용법조 등을 명백히 함으로써 공소제기의 취지를 명확히 하여야 한다. 그리고 검사가 어떠한 행위를 기소한 것인지는 기본적으로 공소장의 기재 자체를 기준으로 하되, 심리의 경과 및 검사의 주장 내용 등도 고려하여 판단하여야 한다. 그런데 공소제기의 취지가 명료할 경우 법원이 이에 대하여 석명권을 행사할 필요는 없으나, 공소제기의 취지가 오해를 불러일으키거나 명료하지 못한 경우라면 법원은 형사소송규칙 제141조에 의하여 검사에 대하여 석명권을 행사하여 그 취지를 명확하게 하여야 한다 (대법원 2011. 11. 10. 선고 2011도10468 판결, 대법원 2015. 12. 23. 선고 2014도2727 판결, 대법원 2017. 6. 15. 선고 2017도3448 판결 등 참조).

형사소송법은 제254조 제3항에서 공소제기 시 공소장에 죄명, 공소사실뿐만 아니라, 적용법조를 기재하여 공소의 범위를 확정하도록 규정하고 있고, 제298조에서 검사는 법원의 허가를 얻어 공소장에 기재한 공소사실 또는 적용법조의 추가·철회 또는 변경을 할 수 있고(제1항), 법원은 심리의 경과에 비추어 상당하다고 인정할 때에는 공소사실 또는 적용법조의 추가 또는 변경을 요구하여야 한다(제2항)고 규정하여, 소송 계속 중 공소제기한 범죄사실에 대한 법률적 구성이나 적용법률이 달라질 경우의 조치에 관하여 정해두고 있다. 공소장에 이와 같이 적용법조를 필수적으로 기재하도록 하는 이유는 공소사실의 법률적 평가를 명확히 하여 공소의 범위를 확정하는 데 보조기능을 하게 하고 피고인의 방어권을 보장하고자 함에 있다. 따라서 동적·발전적인 성격의 형사소송절차 진행 과정에서 하나의 공소장에 기재된 '공소사실'과 '적용법조'가

상당한 구성요건이나 법률적 평가를 전제로 하는 등 조화롭지 않거나 부정합성을 드러내어 유·무죄 등의 판단에 영향을 미치거나 피고인의 방어권 행사에 지장을 초래할 정도에 이른 경우에는, 법원으로서도 검사에게 공소사실 및 적용법조의 문제점이나 오류 등에 관한 석명을 요구하여 공소장을 올바르게 보완하도록 한 다음 이에 따라 충실하게 심리·판단할 필요가 있다.

2) 원심판결 이유 및 기록에 따르면, 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

가) 이 사건 공소를 제기한 검사 □□□(이하 '기소검사'라 한다)는, 이 사건 회사가 국제결혼중개업을 등록하였음을 전제로 하여, 그 대표자나 팀장, 직원인 피고인들이 저지른 공소사실 기재 행위를 결혼중개업법 위반으로 공소제기하면서, 공소장에 피고인들에 대한 적용법조로 각각 결혼중개업법 제27조(양벌규정), 이 사건 벌칙 규정, 형법 제30조를 기재하였다.

나) 그런데 공소제기 후 공판에 참여한 검사(이하 '공판검사'라 한다) ◇◇◇은, 2023. 11. 17. 이 사건 벌칙 규정은 그 행위주체를 '결혼중개업자'로 한정하고 있으므로 이 사건 벌칙 규정 위반죄는 진정신분범에 해당하는데, 이 사건 범행 당시 이 사건 회사를 국제결혼중개업으로 등록한 피고인 1이 '결혼중개업자'에 해당하고, 피고인 1의 범행에 가담한 피고인 2, 피고인 3은 형법 제33조 본문에 의하여 처벌할 수 있다는 취지의 의견서를 제출하였다.

다) 이에 대하여 피고인들의 변호인은 2024. 2. 19. ① 검사는 피고인 1이 결혼중개업자에 해당한다고 하나 피고인 1은 결혼중개업자인 이 사건 회사의 대표자일 뿐 결혼중개업자가 아니고, ② 검사는 결혼중개업자로서 신분자인 피고인 1의 범행에 가공한 피고인 2, 피고인 3을 형법 제33조에 따라 처벌할 수 있다고 하나 형법 제33조는

공소장의 적용법조에 포함되어 있지 않으므로, 피고인들을 이 사건 벌칙 규정 위반죄로 처벌할 수 없다는 취지의 의견서를 제출하였다.

라) 그러자 공판검사 ☆☆☆는 2024. 2. 26. 피고인들에 대하여 공소장변경허가신청을 하면서 피고인 2, 피고인 3에 대한 적용법조에 형법 제33조를 추가하되, 피고인들에 대한 각 적용법조에 결혼중개업법 제27조(양벌규정)는 그대로 유지하였고, 피고인들에 대한 공소사실 또한 피고인 3이 공소외인에게 베트남 국적 여성들의 얼굴 사진 등을 전송한 날짜만 변경하고 기존 공소사실을 그대로 유지하였다. 제1심은 2024. 6. 11. 제4회 공판기일에 공소장변경을 허가하였다.

마) 제1심은 2024. 7. 4. 피고인들에 대한 공소사실을 모두 유죄로 인정하면서 피고인 1에 대한 적용법조로 이 사건 벌칙 규정 및 형법 제30조를, 피고인 2, 피고인 3에 대한 적용법조로 이 사건 벌칙 규정 및 형법 제33조, 제30조를 각각 기재하였고, 피고인들에 대하여 양벌규정에 따른 행위자 처벌규정으로 기능하는 결혼중개업법 제27조의 기재는 누락하였다.

바) 이에 대하여 피고인들은, 결혼중개업자가 아닌 피고인들은 진정신분범인 이 사건 벌칙 규정 위반죄의 수범자가 될 수 없으므로 제1심의 판단은 진정신분범에 대한 법리를 오해한 위법이 있다는 취지 등을 기재한 항소이유서를 제출하였다.

사) 원심은 제1회 공판기일에 변론을 종결한 다음, 이 사건 공소사실의 결혼중개업자는 피고인 1이 아닌 이 사건 회사임이 분명한데, 검사는 공소장변경 및 의견서를 통해서 피고인 1이 이 사건 공소사실의 결혼중개업자에 해당한다고 분명하게 밝히면서, 피고인 1에 대하여는 신분자라는 이유로 적용법조에 형법 제33조를 추가하지 아니하였는바, 피고인 1에 대하여 형법 제33조를 직권으로 추가하여 유죄를 인정하는 것은 피

고인 1의 방어권 행사를 실질적으로 침해하는 것으로서 허용될 수 없다는 이유 등으로, 피고인 1에 대한 공소사실을 유죄로 판단한 제1심판결을 파기하고 무죄를 선고하였다.

아) 반면 원심은, 피고인들은 물론이고 이 사건 회사 역시 주의감독의무를 해태하였을 경우 양벌규정인 결혼중개업법 제27조에 따라 처벌되는 점 등을 고려할 때, 비록 결혼중개업법 제12조 제1항이 그 주체를 '결혼중개업자'로 규정하고 있기는 하나, 이러한 신분관계가 없더라도 대표자, 대리인, 종업원 등 관련자로서 그 위반행위에 실질적으로 가담한 경우 역시 형법 제33조 본문, 제30조에 따라 처벌할 수 있다는 이유 등으로 피고인 2, 피고인 3에 대한 공소사실은 유죄로 판단하였다.

3) 이러한 사실관계와 소송진행 경과를 앞서 본 법리에 비추어 살펴본다.

피고인들에 대한 공소제기와 공소장변경의 취지는 '공소사실'과 '적용법조'가 상이한 구성요건이나 법률적 평가를 전제로 하는 등 조화롭지 않거나 부정합성을 드러내어 유·무죄 등의 판단에 영향을 미치거나 피고인들의 방어권 행사에 지장을 초래할 정도로 오해를 불러일으켜 명료하지 못한 경우로 볼 수 있다. 따라서 원심으로서는 이 사건에서의 구체적인 소송진행 경과 등을 감안하여 형사소송규칙 제141조에 따라 소송관계를 명료하게 하는 의미에서 검사에게 석명권을 행사하여, 결혼중개업자가 아닌 피고인들에 대한 공소사실이 '결혼중개업자에게 적용되는 이 사건 벌칙 규정의 직접 적용을 전제로 한 것'인지, 아니면 피고인들이 비록 결혼중개업자는 아니더라도 '이 사건 벌칙 규정의 위반행위를 공모하여 저지른 실제 행위자들에 대하여 행위자 처벌규정으로 기능하는 결혼중개업법 제27조의 양벌규정에 따라 이 사건 벌칙 규정의 적용 대상이 된다는 것'인지 등을 분명히 할 필요가 있었다. 그리고 만약 양벌규정의 적용을

전제한 것이라면 피고인들이 이 사건 벌칙 규정의 위반행위를 공모하여 저지른 실제 행위자들에 해당하는지 등에 관하여 심리·판단한 다음 피고인들의 죄책을 가렸어야 한다. 구체적인 이유는 다음과 같다.

가) 기소검사가 공소장에 기재한 공소사실과 적용법조를 종합하면, 기소검사는 국제결혼중개업을 등록한 법인 사업주인 이 사건 회사가 '결혼중개업자'에 해당하고, 피고인 1은 그 대표자, 피고인 2, 피고인 3은 그 대리인이나 사용인, 종업원으로서 공모하여 이 사건 벌칙 규정의 범행을 저질렀다는 전제에서, 피고인들에 대한 각각의 적용법조에 행위자 처벌규정으로 기능하는 결혼중개업법 제27조(양벌규정)와 행위자들이 상호간에 공동정범임을 나타내는 형법 제30조를 기재한 것으로 이해할 수 있다.

나) 그런데 공소제기 이후 공판검사가 제출한 의견서 및 공소장변경허가신청서의 내용을 종합하면, 공판검사는 피고인 1이 '결혼중개업자'에 해당하고, 피고인 1의 이 사건 벌칙 규정 위반행위에 피고인 2, 피고인 3이 비신분자로서 공동정범으로 가담하였다는 전제에서, 피고인 2, 피고인 3에 대해서만 공소장변경으로 적용법조에 형법 제33조를 추가한 것으로 이해될 소지가 있었다. 그러나 이러한 법률적 구성은, 피고인들이 '결혼중개업자'에 포함되지 않고, 행위자 처벌규정인 양벌규정에 따라 비로소 이 사건 벌칙 규정의 적용 대상이 될 수 있을 뿐이라는, 앞서 2항에서 살펴 본 관련 법리와 부합하지 않을 뿐더러, 기소검사의 최초 공소제기 취지와도 다르다.

다) 뿐만 아니라 공판검사는 위와 같은 공소장변경에도 불구하고 피고인들에 대한 적용법조에 결혼중개업법 제27조(양벌규정)를 그대로 유지하였다. 그런데 '결혼중개업자로서 직접 이 사건 벌칙 규정 위반죄로 처벌받거나 결혼중개업자의 공동정범으로 처벌받는 것'과 '결혼중개업자의 대표자나 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원으로서 결혼

중개업자의 업무에 관하여 위반행위를 하여 결혼중개업법 제27조의 양벌규정에 따라 이 사건 벌칙 규정 위반죄로 처벌받는 것'은 구성요건이 다르고, 방어방법에도 차이가 있으며, 서로 다른 법률적 구성 또는 평가를 전제로 한다.

라) 이와 같이 제1심 공판과정에서 공소장변경 등으로 공소사실과 적용법조가 상이한 구성요건이나 법률적 평가를 전제로 하여 조화롭지 않거나 정합성이 없음이 드러난 이상, 결혼중개업자를 이 사건 회사로 본 원심으로서는 유·무죄 등의 판단에 영향을 미치거나 피고인들의 방어권 행사에 지장을 초래할 수 있는 공소사실 및 적용법조의 문제점이나 오류 등에 관하여 검사에게 올바르게 보완하도록 석명을 요구하여, 결혼중개업자가 아닌 피고인들에 대한 공소제기의 취지가 '여전히 결혼중개업자에게 적용되는 이 사건 벌칙 규정을 직접 적용하거나 결혼중개업자와 사이에 공범 관계 규정을 적용한다는 취지'인지, 아니면 '실제 행위자들에 대한 처벌규정으로 기능하는 양벌 규정을 전제로 하되, 행위자들인 피고인들 사이에 공범 관계 규정을 적용한다는 취지'인지 등을 분명히 한 다음 이에 따라 심리·판단할 필요가 있었다.

마) 설령 기소검사와 달리, 제1심 공판검사가 제출한 의견서의 취지가 피고인들에 대하여 양벌규정이 아닌 이 사건 벌칙 규정만의 적용을 전제로 한 것으로 오해할 만한 측면이 있다고 보더라도, 공판검사가 제출한 의견서는 공소사실에 대한 공판검사의 의견을 기재한 서면일 뿐 공소장변경허가신청서와는 구별된다. 그리고 공판검사가 그 후에 제출한 공소장변경허가신청서의 적용법조에 양벌규정을 그대로 유지한 이상, 원심으로서의 공판검사에겐 석명권을 행사하여 공소장변경허가신청서의 적용법조에 기재된 양벌규정의 정확한 취지가 무엇인지, 양벌규정이 공소사실에 대한 법적 평가의 결론으로서 '행위자 처벌규정'으로 기능하는 조항인지, 공소장변경으로 형법 제33조를

추가하는 것은 최초 기소검사의 공소제기 취지와 상충되는 것은 아닌지 등을 명확히 할 필요가 있었다.

바) 특히나 원심은, 결혼중개업자가 '이 사건 회사'라고 판단하면서, 피고인들은 물론이고 이 사건 회사 역시 주의감독의무를 해태하였을 경우 양벌규정인 결혼중개업법 제27조에 따라 처벌된다는 점 및 양벌규정에서 정한 '행위자'에 해당할 수 있는 피고인들이 공모하여 이 사건 벌칙 규정의 위반행위를 한 점을 인정하면서도, 양벌규정에서 법인 사업주와 행위자의 관계에 대하여 형법 총칙의 공범 관계 규정이 적용될 수 있다는 잘못된 전제 아래, 피고인 1에 대해서는 공소장변경허가신청서의 적용법조에 형법 제33조가 기재되어 있지 않다는 이유 등으로 무죄로 판단하고, 적용법조에 형법 제33조가 기재되어 있던 피고인 2, 피고인 3에 대하여는 이 사건 회사와 공동정범 관계에 있음을 전제로 유죄로 인정하였다. 즉 원심이 피고인들에 대하여 최초 공소장에서부터 적용법조에 명시적으로 기재되어 있던 양벌규정(결혼중개업법 제27조)의 적용을 배제한 것은, 양벌규정에서의 법인 사업주와 행위자의 관계 등에 대한 법리를 오해한 나머지 이들에게 형법 총칙의 공범 관계 규정(형법 제30조, 제33조)이 적용될 수 있다고 잘못 판단하여, 이 사건 벌칙 규정만을 적용법률로 고려하였기 때문으로 볼 여지가 크다.

4) 결국 원심은, 양벌규정에서 법인 사업주와 행위자의 관계에 대하여 형법 총칙의 공범 관계 규정이 적용될 수 있다는 잘못된 전제에서, 피고인들에 대하여 이 사건 벌칙 규정으로만 공소제기한 것이고 행위자 처벌규정으로 기능하는 양벌규정으로는 공소제기하지 않았다고 단정하여 필요한 석명과 심리를 다하지 아니한 채, 피고인들이 실제 행위자로서 공모하여 이 사건 벌칙 규정의 위반행위를 하였다는 점을 인정하면

