

## 영화및비디오물의진흥에관한법률위반·풍속영업의규제에관한법률위반

[수원지방법원 2009. 5. 7. 2008노4220]



### 【판시사항】

- [1] 피고인이 공소사실을 전부 자백하는 것으로 보아 간이공판절차에 의하여 심판하고 변론을 종결하였다가, 변론을 재개하였으나 간이공판절차를 취소하지 않은 채 그 절차에 따라 증거조사를 마친 증거에 의하여 공소사실을 유죄로 인정한 사안에서, 간이공판절차에 관한 법리를 오해하거나 증거 없이 유죄를 인정한 위법이 있다고 한 사례
- [2] 위성수신장치를 통하여 호텔의 텔레비전 화면에 현출시킨 음란한 영상은 영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률 제2조 제12호의 '비디오물'에 해당한다고 한 사례
- [3] 모텔에 위성수신장치를 설치한 후 전파송출방송사업자 등으로부터 송출된, 상영등급분류를 받지 아니한 음란한 영상을 텔레비전 화면에 현출되게 하여 투숙객들이 이를 시청하게 한 행위가, 영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률 제95조 제6호의 불법비디오물을 시청에 제공한 행위 및 풍속영업의 규제에 관한 법률 제3조 제2호의 '음란한 영화를 풍속영업소에서 관람하게 한 행위'에 해당한다고 한 사례

### 【판결요지】

- [1] 피고인이 공소사실을 전부 자백하는 것으로 보아 간이공판절차에 의하여 심판하고 변론을 종결하였다가 변론을 재개하였으나, 간이공판절차를 취소하지 않은 채 그 절차에 따라 증거조사를 마친 증거에 의하여 공소사실을 유죄로 인정한 사안에서, 간이공판절차에 관한 법리를 오해하거나 증거 없이 유죄를 인정한 위법이 있다고 한 사례.
- [2] 위성수신장치를 통하여 호텔의 텔레비전 화면에 현출시킨 음란한 영상은 연속적인 영상이 테이프 또는 디스크 등의 디지털 매체나 장치에 담긴 저작물로서 통신장치에 의하여 보고 들을 수 있도록 제작된 것이므로, 영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률 제2조 제12호의 '비디오물'에 해당한다고 한 사례.
- [3] 모텔에 위성수신장치를 설치한 후 전파송출방송사업자 등으로부터 송출된, 상영등급분류를 받지 아니한 음란한 영상을 텔레비전 화면에 현출되게 하여 투숙객들이 이를 시청하게 한 행위가, 영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률 제95조 제6호의 불법비디오물을 시청에 제공한 행위 및 풍속영업의 규제에 관한 법률 제3조 제2호의 '음란한 영화를 풍속영업소에서 관람하게 한 행위'에 해당한다고 한 사례.

### 【참조조문】

- [1] 형사소송법 제286조의2, 제307조, 제318조의3
- [2] 영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률 제2조 제12호, 제53조 제1항 제1호, 제95조 제6호, 풍속영업의 규제에 관한 법률 제3조 제2호, 제10조 제2항
- [3] 영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률 제2조 제12호, 제53조 제1항 제1호, 제95조 제6호, 풍속영업의 규제에 관한 법률 제3조 제2호, 제10조 제2항

**【참조판례】**

- [1] 대법원 1981. 6. 9. 선고 81도775 판결(공1981, 14067), 대법원 1995. 11. 10. 선고 95도1859 판결(공1995하, 3970),  
대법원 2006. 5. 11. 선고 2004도6176 판결(공2006상, 1086) /  
[3] 대법원 2008. 8. 21. 선고 2008도3975 판결(공2008하, 1318)

**【전문】**

【피 고 인】 피고인

【항 소 인】 피고인

【검 사】 최대건

【변 호 인】 변호사 김창규

【원심판결】 수원지법 여주지원 2008. 9. 4. 선고 2007고정215 판결

**【주문】**

】

원심판결을 파기한다.

피고인을 벌금 2,000,000원에 처한다.

피고인이 위 벌금을 납입하지 아니하는 경우 금 50,000원을 1일로 환산한 기간 피고인을 노역장에 유치한다.

위 벌금에 상당한 금액의 가납을 명한다.

**【이유】**

】 1. 항소이유의 요지

가. 법리오해의 점

(1) 영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률 위반의 점에 관하여

- ① 피고인이 설치한 위성수신장치는 전파를 수신하는 기기로 영상화면이 저장되지 않은 채 방영만 하는 장치로서, 영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률(이하 '영화 등 진흥법'이라 한다) 제2조 제12호에서 규정하고 있는 "비디오물"에 해당하지 않고, ② 영화 등 진흥법은 제1조에 규정된 내용에 비추어, 방송화면의 규제를 목적으로 하는 것이 아니라, 영화 또는 비디오물의 공중의 시청에 제공하는 것에 대하여 상영 등급분류에 의하여 일정한 제한을 가하고자 하는 것인바, 피고인이 위성방송 화면에 대하여 상영등급분류를 할 수 없을 뿐만 아니라, 위성방송수신시스템의 설치운영은 위 법 제95조 제6호의 구성요건에 해당하지 않으므로, 피고인에게 유죄를 인정한 원심판결은 아래와 같은 이유로 구성요건 해당성의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

(2) 풍속영업의 규제에 관한 법률 위반의 점에 관하여

피고인이 설치한 위성수신장치는 그 자체가 음란한 물건이라고 볼 수 없고, 위성수신장치를 통하여 제한적으로 영상화면을 시청할 수 있게 하는 행위는 풍속영업의 규제에 관한 법률 제3조 제2호에서 규정하고 있는 바와 같은 음란한 물건을 반포·판매·대여하는 행위에 해당하지 아니하므로, 피고인에게 위 죄에 관하여 유죄를 인정한 원심판결은 구성요건 해당성에 관한 법리를 오해한 위법이 있다.

(3) 책임조각사유 등에 관하여

- ① 보건복지부와 경찰청이 사업자가 위성수신장치를 설치하여 성인영상물을 제공하는 경우 잠금장치를 차단하고 시청하게 하는 경우에는 숙박업주를 풍속영업 및 규제에 관한 법률 위반죄로 처벌할 수 없다는 의견을 제시하고 있어 이를 믿고 공소외 1 주식회사와 위성장비설치에 관한 계약을 체결하고, 위성수신장치를 모텔에 설치한 것으로, 피고인에게 위법성회피에 관한 기대가능성이 없고, ② 단지 위성수신장치를 자신이 운영하는 모텔에 설치하였을 뿐이고, 공소외 1 주식회사나 일본의 전파송출방송사업자가 송출하는 영상에 대하여 등급심사를 받은 영상물인지 여부에 관하여 피고인이 이를 지배할 가능성이 없으며, ③ 피고인이 설치한 위성수신장치 중 1대가 단속 당시 잠금장치가 고장이 나 있었는바, 피고인에게는 이를 수리하지 못한 과실만 있고, 과실범에 대한 처벌규정이 없으므로, 결국 피고인에게 이 사건 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결은 기대가능성 유무 또는 위법성의 기준에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

나. 양형부당의 점

원심이 선고한 형량이 너무 무거워서 부당하다.

2. 판 단

가. 직권판단

피고인의 항소이유에 대하여 판단하기에 앞서 직권으로 살피건대, 피고인은 이 사건 정식재판청구를 하면서 청구이유로 공소사실을 인정할 수 없다고 기재하였고, 원심 제1회 공판조서의 기재에 의하면, 정식재판을 청구한 이유에 관하여 피고인은 공소사실을 인정할 수 없기 때문이고, 공소사실 제1항은 인정하지만, 공소사실 제2항에 대해서는 다투는 취지로 진술하였음에도 원심 제2회 공판기일에서 피고인이 이 사건 각 범행을 모두 자백한 것으로 보아 이를 간이공판절차에 의하여 심판할 것을 결정·고지하고 변론을 종결하였으나, 피고인의 변호인이 이 사건 공소사실을 모두 다투고 무죄를 선고하여 달라는 변론요지서를 제출하자, 제3회 공판기일에서 변론을 재개하고, 제4회 공판기일에서 판사의 경질로 공판절차를 갱신하면서도 제2회 공판기일에서 한 간이공판절차를 취소하지 않은 채 갱신전의 증거조사결과와 요지만 알리고 피고인의 변호인의 동의를 받은 다음, 그러한 원심 거시 증거들을 증거능력이 있는 것으로 보아 그 증거들을 종합하여 이 사건 각 범행을 모두 유죄로 인정하였으나, 위 기재와 같이 피고인은 계속하여 이 사건 공소사실의 무죄를 주장하여 왔으므로, 간이공판절차에 의하여 심판할 대상이 아니라고 할 것이어서, 원심판결이 든 증거 중 피고인의 법정진술을 제외한 나머지 증거들은 간이공판절차가 아닌 일반 절차에 의하여 증거조사를 하여 증거능력이 인정되어야만 유죄의 증거로 삼을 수 있다 할 것임에도 불구하고, 원심이 간이공판절차에 의하여 증거조사를 마친 증거들에 의하여 이 사건 각 범죄사실을 모두 유죄로 인정하였으니 원심판결에는 형사소송법 제286조의2의 해석적용에 관한 법령위반 또는 형사소송법 제307조를 위반하여 증거 없이 유죄를 인정한 위법이 있다.

따라서 원심판결은 더 이상 유지할 수 없게 되었으므로 원심판결을 파기한다.

나. 법리오해 주장에 관한 판단

위와 같은 저작권파기사유가 있음에도 피고인의 위 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 되므로 이에 대하여 살펴본다.

(1) 영화 등 진흥법 위반의 점에 관한 주장에 대한 판단

(가) 영화 등 진흥법 제95조 제6호, 제53조 제1항, 제50조 제1항에 의하면, 당해 비디오물을 공급하기 전에 당해 비디오물의 내용에 관하여 영상물등급위원회로부터 등급분류를 받지 아니한 불법비디오물을 제작·유통·시청에 제공하거나 이를 위하여 진열·보관한 자에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다고 규정되어 있고, 영화 등 진흥법 제2조 제12호에 의하면, "비디오물"이라 함은 연속적인 영상이 테이프 또는 디스크 등의 디지털 매체나 장치에 담긴 저작물로서 기계·전기·전자 또는 통신장치에 의하여 재생되어 볼 수 있거나 보고 들을 수 있도록 제작된 것을 말한다고 규정되어 있다.

(나) 피고인이 모텔의 텔레비전 화면에 현출시킨 객체가 비디오물에 해당하는지 여부에 관하여 보건대, 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하면, 피고인이 위성수신장치를 통하여 모텔의 텔레비전 화면에 현출시킨 객체는 일본의 SKY perfecTV 방송 프로그램인데, 위 프로그램 중에는 남·녀 성인이 성행위를 하는 장면이 연속적으로 담겨 있는 음란한 영상도 포함되어 있는 사실을 인정할 수 있는바, 이와 같이 피고인이 위성수신장치를 통하여 모텔의 텔레비전 화면에 현출시킨 이러한 음란한 영상은 단순한 시각 및 청각정보라기보다는 연속적인 영상이 테이프 또는 디스크 등의 디지털 매체나 장치에 담긴 저작물로서, 다만, 피고인이 직접 플레이어를 가동하여 이를 볼 수 있게 하는 것이 아니라 이미 가동되는 영상만을 위성수신장치를 통하여 모텔의 텔레비전 화면에 현출되게 하는 방법으로 이를 볼 수 있게 한 것, 즉 통신장치에 의하여 보고 들을 수 있도록 제작된 것으로 보이므로, 결국 이는 영화 등 진흥법 제2조 제12호의 비디오물에 해당한다고 할 것이어서, 단순히 위 위성수신장치가 영상화면이 저장되지 아니한 채 방영만 하는 장치라는 이유로 비디오물이 아니라는 취지의 피고인의 위 주장은 영화 등 진흥법에서 규정한 비디오물의 의미를 오해한 것으로 이유 없다.

(다) 피고인이 위성수신장치를 통하여 모텔의 텔레비전 화면에 비디오물을 현출시킨 것이 영화 등 진흥법 제95조 제6호 위반행위에 해당하는지 여부에 관하여 보건대, 원심 및 당심이 적법하게 조사하여 채택한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정 즉, ① 피고인은 2006. 3.경 공소외 1 주식회사(대표자 공소외 2)에 의뢰하여 피고인이 운영하는 경기 양평군 서종면 (상세주소 생략)에 있는 ○○○ 모텔에 위성수신장치를 설치하였는데, 경찰관이 2007. 2. 21.경 위 모텔을 단속한 결과 위 모텔 객실에 있는 텔레비전의 4번 채널에서는 위 위성수신장치에 의해 성인 남·녀가 전신을 노출한 상태에서 서로의 성기를 애무하다가 성교하는 영상물이 방영되고 있었고, 이는 등급분류를 받은 바 없는 점, ② 위 공소외 2도 검찰에서 '일본의 SKY perfecTV 오사카지사와 위성 방송 사용계약을 체결하고 숙박업소에 위성수신장치를 설치하여 객실 텔레비전을 통해 성인 남·녀가 성교하는 영상물을 시청할 수 있도록 하였다'고 진술하였던 점 등을 종합하여 보면, 피고인은 공소외 2가 송출하는 영상물을 위성수신장치를 통하여 모텔의 텔레비전 화면에 현출시켰고, 이는 결국 불법비디오물을 시청에 제공한 행위에 해당한다고 할 것이므로, 피고인의 이 부분 주장도 이유 없다.

(2) 풍속영업의 규제에 관한 법률 위반의 점에 관한 주장에 대한 판단

피고인이 설치한 위성수신장치는 음란한 물건이라고 할 수는 없으나, 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하면, 피고인이 공소외 1 주식회사와 위성 방송 사용계약을 체결하고, 피고인의 모텔에 위성수신장치를 설치한 후 공소외 1 주식회사가 일본의 SKY perfecTV 오사카지사로부터 공급받은 프로그램을 다시 재송출한 음란한 영화 등의 방송을 위 위성수신장치를 통하여 모텔의 텔레비전 화면에 현출되게 하여 모텔 투숙객이 이를 시청하게 한 사실을 인정할 수 있는바, 이는 음란한 영화를 모텔 손님들에게 관람하게 한 행위에 해당한다고 할 것이고, 단순히 위성수신장치가 음란한 물건이 아니라는 이유만으로 달리 볼 것은 아니다.

따라서 피고인의 위 주장은 이유 없다.

(3) 책임조각사유 주장에 관한 판단

(가) 위법성 인식의 착오 주장에 관하여

형법 제16조에서 자기가 행한 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니한 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다고 규정하고 있는 것은 일반적으로 범죄가 되는 경우이지만 자기의 특수한 경우에는 법령에 의하여 허용된 행위로서 죄가 되지 아니한다고 그릇 인식하고 그와 같이 그릇 인식함에 정당한 이유가 있는 경우에는 벌하지 아니한다는 취지이고, 이러한 정당한 이유가 있는지 여부는 행위자에게 자기 행위의 위법가능성에 대해 심사숙고하거나 조회할 수 있는 계기가 있어 자신의 지적능력을 다하여 이를 회피하기 위한 진지한 노력을 다하였더라면 스스로의 행위에 대하여 위법성을 인식할 수 있는 가능성이 있었음에도 이를 다하지 못한 결과 자기 행위의 위법성을 인식하지 못한 것인지 여부에 따라 판단하여야 할 것이고, 이러한 위법성의 인식에 필요한 노력의 정도는 구체적인 행위정황과 행위자 개인의 인식능력 그리고 행위자가 속한 사회집단에 따라 달리 평가되어야 한다( 대법원 2006. 3. 24. 선고 2005도3717 판결 참조).

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들 즉, ① 행정관청의 입장은 적법하게 등급분류를 받은 성인용 영상물을 관람하게 하는 경우를 전제로 한 것으로 보일 뿐 이 사건과 같이 등급분류를 받지 아니한 성인물(소위 포르노)을 관람하게 하는 경우에도 처벌하지 않겠다는 취지인 것으로는 보이지 아니하는 점, ② 특히 피고인이 제시하고 있는 경찰청장 명의의 공문은 그 내용을 보더라도 "숙박업소에서 투숙객이 객실에 설치된 컴퓨터를 통해서 스스로 성인사이트를 접속·음란영상물을 시청하거나, 위성수신장치에 의해 투숙객이 스스로 잠금장치를 차단하면서 음란영상물을 시청하는 경우" 숙박업주를 풍속영업의 규제에 관한 법률 위반으로 처벌할 수 없다는 것으로서, 문언상으로도 보더라도 투숙객들이 업주의 관여 없이 스스로 음란물을 보는 경우 업주를 처벌할 수 없다는 것에 불과하고, 본건과 같은 경우에도 업주 및 위성수신장치를 설치한 자를 처벌할 수 없다는 내용으로는 볼 수 없는 점 등을 종합하여 보면, 피고인이 주장하는 사유만으로는 피고인이 위와 같이 모텔에 위성수신장치를 설치하여 모텔 투숙객들에게 등급분류를 받지 아니한 음란한 영화를 관람하게 한 행위가 영화 등 진흥법 위반이나 풍속영업의 규제에 관한 법률 위반에 해당한다는 것에 대한 위법성을 인식하지 못한 데 대하여 정당한 이유가 있다고 보기도 어려우므로, 피고인의 위 주장은 이유 없다.

(나) 지배가능성이 없다는 주장에 관하여

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들 즉, 피고인이 공소외 1 주식회사와 사이에 위성 방송 사용계약을 체결하고, 공소외 1 주식회사는 일본의 SKY perfecTV 오사카지사로부터

터 공급받은 비디오물 즉 음란한 영화를 그대로 송출하고 있는 점, 피고인은 공소외 1 주식회사와 위성방송계약을 하기 전에 공소외 1 주식회사에게 비디오물을 방송으로 공급하기 전에 당해 비디오물의 내용에 관하여 영상물등급 위원회로부터 등급분류를 받는지 여부에 관하여 확인하여 보지 않은 채, 피고인의 모텔에 위성방송수신기를 설치한 후 공소외 1 주식회사가 송출한 음란한 영상을 위 위성방송수신기를 통하여 모텔의 텔레비전 화면으로 관람하게 한 점, 피고인도 경찰에서 '등급분류받지 않은 음란한 영화를 관람하면 처벌받는다는 것을 알고 각 객실마다 차단기를 설치하였다'고 진술하고 있는 점을 종합하여 보면, 피고인으로서도 공소외 1 주식회사가 송출하는 방송이 등급심사를 받지 않은 영상물이라는 점을 인식하고 있었던 것으로 보이고, 그러한 경우 피고인으로서도 공소외 1 주식회사와의 방송 공급계약을 체결하지 않거나 등급심사를 받은 비디오물만을 송출하는 다른 방송회사와 방송 공급계약을 체결하는 등 이 사건 범행을 회피할 방법이 있었다고 할 것이므로, 단순히 피고인이 공소외 1 주식회사의 방송송출권을 지배할 수 없었다고 하여 이 사건 범행에 대한 지배가능성도 없었다고 할 수는 없어, 피고인의 위 주장은 받아들이지 않는다.

(다) 과실범의 처벌규정이 없다는 주장에 관하여

피고인은 인공수신장치 1대가 고장이 나서 과실로 이 사건 범행을 저지른 것이라고 주장하고 있으나, 인공수신장치가 고장이 나지 않았다고 하더라도 모텔의 투숙객이 원할 때 피고인이 여하한 방법으로든지 위 인공수신장치를 통하여 모텔의 텔레비전 화면으로 등급분류를 받지 아니한 비디오물을 시청하게 함으로써 이 사건 범행은 성립한다고 할 것이어서, 위 인공수신장치의 고장 여부는 이 사건 범행의 성립과 관련이 없는바, 피고인의 위 주장은 이유 없다.

### 3. 결 론

그렇다면, 원심판결에는 위에서 본 직권파기사유가 있으므로, 피고인의 양형부당 주장에 대하여 나아가 판단하지 아니한 채 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

## 【이유】

### 】 1. 항소이유의 요지

가. 법리오해의 점

(1) 영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률 위반의 점에 관하여

① 피고인이 설치한 위성수신장치는 전파를 수신하는 기기로 영상화면이 저장되지 않은 채 방영만 하는 장치로서, 영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률(이하 '영화 등 진흥법'이라 한다) 제2조 제12호에서 규정하고 있는 "비디오물"에 해당하지 않고, ② 영화 등 진흥법은 제1조에 규정된 내용에 비추어, 방송화면의 규제를 목적으로 하는 것이 아니라, 영화 또는 비디오물의 공중의 시청에 제공하는 것에 대하여 상영 등급분류에 의하여 일정한 제한을 가하고자 하는 것인바, 피고인이 위성방송 화면에 대하여 상영등급분류를 할 수 없을 뿐만 아니라, 위성방송수신시스템의 설치운영은 위 법 제95조 제6호의 구성요건에 해당하지 않으므로, 피고인에게 유죄를 인정한 원심판결은 아래와 같은 이유로 구성요건 해당성의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

(2) 풍속영업의 규제에 관한 법률 위반의 점에 관하여

피고인이 설치한 위성수신장치는 그 자체가 음란한 물건이라고 볼 수 없고, 위성수신장치를 통하여 제한적으로 영상화면을 시청할 수 있게 하는 행위는 풍속영업의 규제에 관한 법률 제3조 제2호에서 규정하고 있는 바와 같은 음란한 물건을 반포·판매·대여하는 행위에 해당하지 아니하므로, 피고인에게 위 죄에 관하여 유죄를 인정한 원심판결은 구성요건 해당성에 관한 법리를 오해한 위법이 있다.

(3) 책임조각사유 등에 관하여

① 보건복지부와 경찰청이 사업자가 위성수신장치를 설치하여 성인영상물을 제공하는 경우 잠금장치를 차단하고 시청하게 하는 경우에는 숙박업주를 풍속영업 및 규제에 관한 법률 위반죄로 처벌할 수 없다는 의견을 제시하고 있어 이를 믿고 공소외 1 주식회사와 위성장비설치에 관한 계약을 체결하고, 위성수신장치를 모텔에 설치한 것으로, 피고인에게 위법성회피에 관한 기대가능성이 없고, ② 단지 위성수신장치를 자신이 운영하는 모텔에 설치하였을 뿐이고, 공소외 1 주식회사나 일본의 전파송출방송사업자가 송출하는 영상에 대하여 등급심사를 받은 영상물인지 여부에 관하여 피고인이 이를 지배할 가능성이 없으며, ③ 피고인이 설치한 위성수신장치 중 1대가 단속 당시 잠금장치가 고장이 나 있었는바, 피고인에게는 이를 수리하지 못한 과실만 있고, 과실범에 대한 처벌규정이 없으므로, 결국 피고인에게 이 사건 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결은 기대가능성 유무 또는 위법성의 기준에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

나. 양형부당의 점

원심이 선고한 형량이 너무 무거워서 부당하다.

2. 판 단

가. 직권판단

피고인의 항소이유에 대하여 판단하기에 앞서 직권으로 살피건대, 피고인은 이 사건 정식재판청구를 하면서 청구이유로 공소사실을 인정할 수 없다고 기재하였고, 원심 제1회 공판조서의 기재에 의하면, 정식재판을 청구한 이유에 관하여 피고인은 공소사실을 인정할 수 없기 때문이고, 공소사실 제1항은 인정하지만, 공소사실 제2항에 대해서는 다툰다는 취지로 진술하였음에도 원심 제2회 공판기일에서 피고인이 이 사건 각 범행을 모두 자백한 것으로 보아 이를 간이공판절차에 의하여 심판할 것을 결정·고지하고 변론을 종결하였으나, 피고인의 변호인이 이 사건 공소사실을 모두 다투고 무죄를 선고하여 달라는 변론요지서를 제출하자, 제3회 공판기일에서 변론을 재개하고, 제4회 공판기일에서 판사의 경질로 공판절차를 갱신하면서도 제2회 공판기일에서 한 간이공판절차를 취소하지 않은 채 갱신전의 증거조사결과의 요지만 알리고 피고인의 변호인의 동의를 받은 다음, 그러한 원심 거시 증거들을 증거능력이 있는 것으로 보아 그 증거들을 종합하여 이 사건 각 범행을 모두 유죄로 인정하였으나, 위 기재와 같이 피고인은 계속하여 이 사건 공소사실의 무죄를 주장하여 왔으므로, 간이공판절차에 의하여 심판할 대상이 아니라고 할 것이어서, 원심판결이 든 증거 중 피고인의 법정진술을 제외한 나머지 증거들은 간이공판절차가 아닌 일반 절차에 의하여 증거조사를 하여 증거능력이 인정되어야만 유죄의 증거로 삼을 수 있다 할 것임에도 불구하고, 원심이 간이공판절차에 의하여 증거조사를 마친 증거들에 의하여 이 사건 각 범죄사실을 모두 유죄로 인정하였으니 원심판결에는 형사소송법 제286조의2의 해석적용에 관한 법령위반 또는 형사소송법 제307조를 위반하여 증거 없이 유죄를 인정한

위법이 있다.

따라서 원심판결은 더 이상 유지할 수 없게 되었으므로 원심판결을 파기한다.

#### 나. 법리오해 주장에 관한 판단

위와 같은 직권파기사유가 있음에도 피고인의 위 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 되므로 이에 대하여 살펴본다.

##### (1) 영화 등 진흥법 위반의 점에 관한 주장에 대한 판단

(가) 영화 등 진흥법 제95조 제6호, 제53조 제1항, 제50조 제1항에 의하면, 당해 비디오물을 공급하기 전에 당해 비디오물의 내용에 관하여 영상물등급위원회로부터 등급분류를 받지 아니한 불법비디오물을 제작·유통·시청에 제공하거나 이를 위하여 진열·보관한 자에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다고 규정되어 있고, 영화 등 진흥법 제2조 제12호에 의하면, "비디오물"이라 함은 연속적인 영상이 테이프 또는 디스크 등의 디지털 매체나 장치에 담긴 저작물로서 기계·전기·전자 또는 통신장치에 의하여 재생되어 볼 수 있거나 보고 들을 수 있도록 제작된 것을 말한다고 규정되어 있다.

(나) 피고인이 모텔의 텔레비전 화면에 현출시킨 객체가 비디오물에 해당하는지 여부에 관하여 보건대, 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하면, 피고인이 위성수신장치를 통하여 모텔의 텔레비전 화면에 현출시킨 객체는 일본의 SKY perfecTV 방송 프로그램인데, 위 프로그램 중에는 남·녀 성인이 성행위를 하는 장면이 연속적으로 담겨 있는 음란한 영상도 포함되어 있는 사실을 인정할 수 있는바, 이와 같이 피고인이 위성수신장치를 통하여 모텔의 텔레비전 화면에 현출시킨 이러한 음란한 영상은 단순한 시각 및 청각정보라기보다는 연속적인 영상이 테이프 또는 디스크 등의 디지털 매체나 장치에 담긴 저작물로서, 다만, 피고인이 직접 플레이어를 가동하여 이를 볼 수 있게 하는 것이 아니라 이미 가동되는 영상만을 위성수신장치를 통하여 모텔의 텔레비전 화면에 현출되게 하는 방법으로 이를 볼 수 있게 한 것, 즉 통신장치에 의하여 보고 들을 수 있도록 제작된 것으로 보이므로, 결국 이는 영화 등 진흥법 제2조 제12호의 비디오물에 해당한다고 할 것이어서, 단순히 위 위성수신장치가 영상화면이 저장되지 아니한 채 방영만 하는 장치라는 이유로 비디오물이 아니라는 취지의 피고인의 위 주장은 영화 등 진흥법에서 규정한 비디오물의 의미를 오해한 것으로 이유 없다.

(다) 피고인이 위성수신장치를 통하여 모텔의 텔레비전 화면에 비디오물을 현출시킨 것이 영화 등 진흥법 제95조 제6호 위반행위에 해당하는지 여부에 관하여 보건대, 원심 및 당심이 적법하게 조사하여 채택한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정 즉, ① 피고인은 2006. 3.경 공소외 1 주식회사(대표자 공소외 2)에 의뢰하여 피고인이 운영하는 경기 양평군 서종면 (상세주소 생략)에 있는 ○○○ 모텔에 위성수신장치를 설치하였는데, 경찰관이 2007. 2. 21.경 위 모텔을 단속한 결과 위 모텔 객실에 있는 텔레비전의 4번 채널에서는 위 위성수신장치에 의해 성인 남·녀가 전신을 노출한 상태에서 서로의 성기를 애무하다가 성교하는 영상물이 방영되고 있었고, 이는 등급분류를 받은 바 없는 점, ② 위 공소외 2도 검찰에서 '일본의 SKY perfecTV 오사카지사와 위성 방송 사용계약을 체결하고 숙박업소에 위성수신장치를 설치하여 객실 텔레비전을 통해 성인 남·녀가 성교하는 영상물을 시청할 수 있도록 하였다'고 진술하였던 점 등을 종합하여 보면, 피고인은 공소외 2가 송출하는 영상물을 위성수신장치를 통하여 모텔의



텔레비전 화면에 현출시켰고, 이는 결국 불법비디오물을 시청에 제공한 행위에 해당한다고 할 것이므로, 피고인의 이 부분 주장도 이유 없다.

(2) 풍속영업의 규제에 관한 법률 위반의 점에 관한 주장에 대한 판단

피고인이 설치한 위성수신장치는 음란한 물건이라고 할 수는 없으나, 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하면, 피고인이 공소외 1 주식회사와 위성 방송 사용계약을 체결하고, 피고인의 모텔에 위성수신장치를 설치한 후 공소외 1 주식회사가 일본의 SKY perfecTV 오사카지사로부터 공급받은 프로그램을 다시 재송출한 음란한 영화 등의 방송을 위 위성수신장치를 통하여 모텔의 텔레비전 화면에 현출되게 하여 모텔 투숙객이 이를 시청하게 한 사실을 인정할 수 있는바, 이는 음란한 영화를 모텔 손님들에게 관람하게 한 행위에 해당한다고 할 것이고, 단순히 위성수신장치가 음란한 물건이 아니라는 이유만으로 달리 볼 것은 아니다.

따라서 피고인의 위 주장은 이유 없다.

(3) 책임조각사유 주장에 관한 판단

(가) 위법성 인식의 착오 주장에 관하여

형법 제16조에서 자기가 행한 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니한 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다고 규정하고 있는 것은 일반적으로 범죄가 되는 경우이지만 자기의 특수한 경우에는 법령에 의하여 허용된 행위로서 죄가 되지 아니한다고 그릇 인식하고 그와 같이 그릇 인식함에 정당한 이유가 있는 경우에는 벌하지 아니한다는 취지이고, 이러한 정당한 이유가 있는지 여부는 행위자에게 자기 행위의 위법가능성에 대해 심사숙고하거나 조회할 수 있는 계기가 있어 자신의 지적능력을 다하여 이를 회피하기 위한 진지한 노력을 다하였더라면 스스로의 행위에 대하여 위법성을 인식할 수 있는 가능성이 있었음에도 이를 다하지 못한 결과 자기 행위의 위법성을 인식하지 못한 것인지 여부에 따라 판단하여야 할 것이고, 이러한 위법성의 인식에 필요한 노력의 정도는 구체적인 행위정황과 행위자 개인의 인식능력 그리고 행위자가 속한 사회집단에 따라 달리 평가되어야 한다( 대법원 2006. 3. 24. 선고 2005도3717 판결 참조).

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들 즉, ① 행정관청의 입장은 적법하게 등급분류를 받은 성인용 영상물을 관람하게 하는 경우를 전제로 한 것으로 보일 뿐 이 사건과 같이 등급분류를 받지 아니한 성인물(소위 포르노)을 관람하게 하는 경우에도 처벌하지 않겠다는 취지인 것으로는 보이지 아니하는 점, ② 특히 피고인이 제시하고 있는 경찰청장 명의의 공문은 그 내용을 보더라도 "숙박업소에서 투숙객이 객실에 설치된 컴퓨터를 통해서 스스로 성인사이트를 접속·음란영상물을 시청하거나, 위성수신장치에 의해 투숙객이 스스로 잠금장치를 차단하면서 음란영상물을 시청하는 경우" 숙박업주를 풍속영업의 규제에 관한 법률 위반으로 처벌할 수 없다는 것으로서, 문언상으로도 보더라도 투숙객들이 업주의 관여 없이 스스로 음란물을 보는 경우 업주를 처벌할 수 없다는 것에 불과하고, 본건과 같은 경우에도 업주 및 위성수신장치를 설치한 자를 처벌할 수 없다는 내용으로는 볼 수 없는 점 등을 종합하여 보면, 피고인이 주장하는 사유만으로는 피고인이 위와 같이 모텔에 위성수신장치를 설치하여 모텔 투숙객들에게 등급분류를 받지 아니한 음란한 영화를 관람하게 한 행위가 영화 등 진흥법 위반이나 풍속영업의 규제에 관한 법률 위반에 해당한다는 것에 대한 위법성을 인식하지 못한 데 대하여 정당한 이유가 있다고 보기도 어려우므로, 피고인의 위 주장은 이유 없다.

(나) 지배가능성이 없다는 주장에 관하여

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들 즉, 피고인이 공소외 1 주식회사와 사이에 위성 방송 사용계약을 체결하고, 공소외 1 주식회사는 일본의 SKY perfecTV 오사카지사로부터 공급받은 비디오물 즉 음란한 영화를 그대로 송출하고 있는 점, 피고인은 공소외 1 주식회사와 위성방송계약을 하기 전에 공소외 1 주식회사에게 비디오물을 방송으로 공급하기 전에 당해 비디오물의 내용에 관하여 영상물등급 위원회로부터 등급분류를 받는지 여부에 관하여 확인하여 보지 않은 채, 피고인의 모텔에 위성방송수신기를 설치한 후 공소외 1 주식회사가 송출한 음란한 영상을 위 위성방송수신기를 통하여 모텔의 텔레비전 화면으로 관람하게 한 점, 피고인도 경찰에서 '등급분류받지 않은 음란한 영화를 관람하면 처벌받는다는 것을 알고 각 객실마다 차단기를 설치하였다'고 진술하고 있는 점을 종합하여 보면, 피고인으로서도 공소외 1 주식회사가 송출하는 방송이 등급심사를 받지 않은 영상물이라는 점을 인식하고 있었던 것으로 보이고, 그러한 경우 피고인으로서도 공소외 1 주식회사와의 방송 공급계약을 체결하지 않거나 등급심사를 받은 비디오물만을 송출하는 다른 방송회사와 방송 공급계약을 체결하는 등 이 사건 범행을 회피할 방법이 있었다고 할 것이므로, 단순히 피고인이 공소외 1 주식회사의 방송송출권을 지배할 수 없었다고 하여 이 사건 범행에 대한 지배가능성도 없었다고 할 수는 없어, 피고인의 위 주장은 받아들이지 않는다.

(다) 과실범의 처벌규정이 없다는 주장에 관하여

피고인은 인공수신장치 1대가 고장이 나서 과실로 이 사건 범행을 저지른 것이라고 주장하고 있으나, 인공수신장치가 고장이 나지 않았다고 하더라도 모텔의 투숙객이 원할 때 피고인이 여하한 방법으로든지 위 인공수신장치를 통하여 모텔의 텔레비전 화면으로 등급분류를 받지 아니한 비디오물을 시청하게 함으로써 이 사건 범행은 성립한다고 할 것이어서, 위 인공수신장치의 고장 여부는 이 사건 범행의 성립과 관련이 없는바, 피고인의 위 주장은 이유 없다.

3. 결 론

그렇다면, 원심판결에는 위에서 본 직권파기사유가 있으므로, 피고인의 양형부당 주장에 대하여 나아가 판단하지 아니한 채 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】 1. 항소이유의 요지

가. 법리오해의 점

(1) 영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률 위반의 점에 관하여

① 피고인이 설치한 위성수신장치는 전파를 수신하는 기기로 영상화면이 저장되지 않은 채 방영만 하는 장치로서, 영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률(이하 '영화 등 진흥법'이라 한다) 제2조 제12호에서 규정하고 있는 "비디오물"에 해당하지 않고, ② 영화 등 진흥법은 제1조에 규정된 내용에 비추어, 방송화면의 규제를 목적으로 하는 것이 아니라, 영화 또는 비디오물의 공중의 시청에 제공하는 것에 대하여 상영 등급분류에 의하여 일정한 제한을 가하고자 하는 것인바, 피고인이 위성방송 화면에 대하여 상영등급분류를 할 수 없을 뿐만 아니라, 위성방송수신시스템의 설치운영은 위 법 제95조 제6호의 구성요건에 해당하지 않으므로, 피고인에게 유죄를 인정한 원심판결은 아래와 같은 이

유로 구성요건 해당성의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

(2) 풍속영업의 규제에 관한 법률 위반의 점에 관하여

피고인이 설치한 위성수신장치는 그 자체가 음란한 물건이라고 볼 수 없고, 위성수신장치를 통하여 제한적으로 영상화면을 시청할 수 있게 하는 행위는 풍속영업의 규제에 관한 법률 제3조 제2호에서 규정하고 있는 바와 같은 음란한 물건을 반포·판매·대여하는 행위에 해당하지 아니하므로, 피고인에게 위 죄에 관하여 유죄를 인정한 원심판결은 구성요건 해당성에 관한 법리를 오해한 위법이 있다.

(3) 책임조각사유 등에 관하여

① 보건복지부와 경찰청이 사업자가 위성수신장치를 설치하여 성인영상물을 제공하는 경우 잠금장치를 차단하고 시청하게 하는 경우에는 숙박업주를 풍속영업 및 규제에 관한 법률 위반죄로 처벌할 수 없다는 의견을 제시하고 있어 이를 믿고 공소외 1 주식회사와 위성장비설치에 관한 계약을 체결하고, 위성수신장치를 모텔에 설치한 것으로, 피고인에게 위법성회피에 관한 기대가능성이 없고, ② 단지 위성수신장치를 자신이 운영하는 모텔에 설치하였을 뿐이고, 공소외 1 주식회사나 일본의 전파송출방송사업자가 송출하는 영상에 대하여 등급심사를 받은 영상물인지 여부에 관하여 피고인이 이를 지배할 가능성이 없으며, ③ 피고인이 설치한 위성수신장치 중 1대가 단속 당시 잠금장치가 고장이 나 있었는바, 피고인에게는 이를 수리하지 못한 과실만 있고, 과실범에 대한 처벌규정이 없으므로, 결국 피고인에게 이 사건 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결은 기대가능성 유무 또는 위법성의 기준에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

나. 양형부당의 점

원심이 선고한 형량이 너무 무거워서 부당하다.

2. 판 단

가. 직권판단

피고인의 항소이유에 대하여 판단하기에 앞서 직권으로 살피건대, 피고인은 이 사건 정식재판청구를 하면서 청구이유로 공소사실을 인정할 수 없다고 기재하였고, 원심 제1회 공판조서의 기재에 의하면, 정식재판을 청구한 이유에 관하여 피고인은 공소사실을 인정할 수 없기 때문이고, 공소사실 제1항은 인정하지만, 공소사실 제2항에 대해서는 다툰다는 취지로 진술하였음에도 원심 제2회 공판기일에서 피고인이 이 사건 각 범행을 모두 자백한 것으로 보아 이를 간이공판절차에 의하여 심판할 것을 결정·고지하고 변론을 종결하였으나, 피고인의 변호인이 이 사건 공소사실을 모두 다투고 무죄를 선고하여 달라는 변론요지서를 제출하자, 제3회 공판기일에서 변론을 재개하고, 제4회 공판기일에서 판사의 경질로 공판절차를 갱신하면서도 제2회 공판기일에서 한 간이공판절차를 취소하지 않은 채 갱신전의 증거조사결과와 요지만 알리고 피고인의 변호인의 동의를 받은 다음, 그러한 원심 거시 증거들을 증거능력이 있는 것으로 보아 그 증거들을 종합하여 이 사건 각 범행을 모두 유죄로 인정하였으나, 위 기재와 같이 피고인은 계속하여 이 사건 공소사실의 무죄를 주장하여 왔으므로, 간이공판절차에 의하여 심판할 대상이 아니라고 할 것이어서, 원심판결이 든 증거 중 피고인의 법정진술을 제외한 나머지 증거들은 간이공판절차가 아닌 일반 절차에 의하여 증거조사를 하여 증거능력이 인정되어야만 유죄의 증거로 삼을 수 있다 할 것임에도 불구하고, 원심이 간이공판절

차에 의하여 증거조사를 마친 증거들에 의하여 이 사건 각 범죄사실을 모두 유죄로 인정하였으니 원심판결에는 형사소송법 제286조의2의 해석적용에 관한 법령위반 또는 형사소송법 제307조를 위반하여 증거 없이 유죄를 인정한 위법이 있다.

따라서 원심판결은 더 이상 유지할 수 없게 되었으므로 원심판결을 파기한다.

#### 나. 법리오해 주장에 관한 판단

위와 같은 직권파기사유가 있음에도 피고인의 위 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 되므로 이에 대하여 살펴본다.

##### (1) 영화 등 진흥법 위반의 점에 관한 주장에 대한 판단

(가) 영화 등 진흥법 제95조 제6호, 제53조 제1항, 제50조 제1항에 의하면, 당해 비디오물을 공급하기 전에 당해 비디오물의 내용에 관하여 영상물등급위원회로부터 등급분류를 받지 아니한 불법비디오물을 제작·유통·시청에 제공하거나 이를 위하여 진열·보관한 자에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다고 규정되어 있고, 영화 등 진흥법 제2조 제12호에 의하면, "비디오물"이라 함은 연속적인 영상이 테이프 또는 디스크 등의 디지털 매체나 장치에 담긴 저작물로서 기계·전기·전자 또는 통신장치에 의하여 재생되어 볼 수 있거나 보고 들을 수 있도록 제작된 것을 말한다고 규정되어 있다.

(나) 피고인이 모텔의 텔레비전 화면에 현출시킨 객체가 비디오물에 해당하는지 여부에 관하여 보건대, 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하면, 피고인이 위성수신장치를 통하여 모텔의 텔레비전 화면에 현출시킨 객체는 일본의 SKY perfecTV 방송 프로그램인데, 위 프로그램 중에는 남·녀 성인이 성행위를 하는 장면이 연속적으로 담겨 있는 음란한 영상도 포함되어 있는 사실을 인정할 수 있는바, 이와 같이 피고인이 위성수신장치를 통하여 모텔의 텔레비전 화면에 현출시킨 이러한 음란한 영상은 단순한 시각 및 청각정보라기보다는 연속적인 영상이 테이프 또는 디스크 등의 디지털 매체나 장치에 담긴 저작물로서, 다만, 피고인이 직접 플레이어를 가동하여 이를 볼 수 있게 하는 것이 아니라 이미 가동되는 영상만을 위성수신장치를 통하여 모텔의 텔레비전 화면에 현출되게 하는 방법으로 이를 볼 수 있게 한 것, 즉 통신장치에 의하여 보고 들을 수 있도록 제작된 것으로 보이므로, 결국 이는 영화 등 진흥법 제2조 제12호의 비디오물에 해당한다고 할 것이어서, 단순히 위 위성수신장치가 영상화면이 저장되지 아니한 채 방영만 하는 장치라는 이유로 비디오물이 아니라는 취지의 피고인의 위 주장은 영화 등 진흥법에서 규정한 비디오물의 의미를 오해한 것으로 이유 없다.

(다) 피고인이 위성수신장치를 통하여 모텔의 텔레비전 화면에 비디오물을 현출시킨 것이 영화 등 진흥법 제95조 제6호 위반행위에 해당하는지 여부에 관하여 보건대, 원심 및 당심이 적법하게 조사하여 채택한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정 즉, ① 피고인은 2006. 3.경 공소외 1 주식회사(대표자 공소외 2)에 의뢰하여 피고인이 운영하는 경기 양평군 서종면(상세주소 생략)에 있는 ○○○ 모텔에 위성수신장치를 설치하였는데, 경찰관이 2007. 2. 21.경 위 모텔을 단속한 결과 위 모텔 객실에 있는 텔레비전의 4번 채널에서는 위 위성수신장치에 의해 성인 남·녀가 전신을 노출한 상태에서 서로의 성기를 애무하다가 성교하는 영상물이 방영되고 있었고, 이는 등급분류를 받은 바 없는 점, ② 위 공소외 2도 검찰에서 '일본의 SKY perfecTV 오사카지사와 위성 방송 사용계약을 체결하고 속

박업소에 위성수신장치를 설치하여 객실 텔레비전을 통해 성인 남·녀가 성교하는 영상물을 시청할 수 있도록 하였다'고 진술하였던 점 등을 종합하여 보면, 피고인은 공소외 2가 송출하는 영상물을 위성수신장치를 통하여 호텔의 텔레비전 화면에 현출시켰고, 이는 결국 불법비디오물을 시청에 제공한 행위에 해당한다고 할 것이므로, 피고인의 이 부분 주장도 이유 없다.

(2) 풍속영업의 규제에 관한 법률 위반의 점에 관한 주장에 대한 판단

피고인이 설치한 위성수신장치는 음란한 물건이라고 할 수는 없으나, 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하면, 피고인이 공소외 1 주식회사와 위성 방송 사용계약을 체결하고, 피고인의 모텔에 위성수신장치를 설치한 후 공소외 1 주식회사가 일본의 SKY perfecTV 오사카지사로부터 공급받은 프로그램을 다시 재송출한 음란한 영화 등의 방송을 위 위성수신장치를 통하여 모텔의 텔레비전 화면에 현출되게 하여 모텔 투숙객이 이를 시청하게 한 사실을 인정할 수 있는바, 이는 음란한 영화를 모텔 손님들에게 관람하게 한 행위에 해당한다고 할 것이고, 단순히 위성수신장치가 음란한 물건이 아니라는 이유만으로 달리 볼 것은 아니다.

따라서 피고인의 위 주장은 이유 없다.

(3) 책임조각사유 주장에 관한 판단

(가) 위법성 인식의 착오 주장에 관하여

형법 제16조에서 자기가 행한 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니한 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다고 규정하고 있는 것은 일반적으로 범죄가 되는 경우이지만 자기의 특수한 경우에는 법령에 의하여 허용된 행위로서 죄가 되지 아니한다고 그릇 인식하고 그와 같이 그릇 인식함에 정당한 이유가 있는 경우에는 벌하지 아니한다는 취지이고, 이러한 정당한 이유가 있는지 여부는 행위자에게 자기 행위의 위법가능성에 대해 심사숙고하거나 조회할 수 있는 계기가 있어 자신의 지적능력을 다하여 이를 회피하기 위한 진지한 노력을 다하였더라면 스스로의 행위에 대하여 위법성을 인식할 수 있는 가능성이 있었음에도 이를 다하지 못한 결과 자기 행위의 위법성을 인식하지 못한 것인지 여부에 따라 판단하여야 할 것이고, 이러한 위법성의 인식에 필요한 노력의 정도는 구체적인 행위정황과 행위자 개인의 인식능력 그리고 행위자가 속한 사회집단에 따라 달리 평가되어야 한다( 대법원 2006. 3. 24. 선고 2005도3717 판결 참조).

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들 즉, ① 행정관청의 입장은 적법하게 등급분류를 받은 성인용 영상물을 관람하게 하는 경우를 전제로 한 것으로 보일 뿐 이 사건과 같이 등급분류를 받지 아니한 성인물(소위 포르노)을 관람하게 하는 경우에도 처벌하지 않겠다는 취지인 것으로는 보이지 아니하는 점, ② 특히 피고인이 제시하고 있는 경찰청장 명의의 공문은 그 내용을 보더라도 "숙박업소에서 투숙객이 객실에 설치된 컴퓨터를 통해서 스스로 성인사이트를 접속·음란영상물을 시청하거나, 위성수신장치에 의해 투숙객이 스스로 잠금장치를 차단하면서 음란영상물을 시청하는 경우" 숙박업주를 풍속영업의 규제에 관한 법률 위반으로 처벌할 수 없다는 것으로서, 문언상으로도 보더라도 투숙객들이 업주의 관여 없이 스스로 음란물을 보는 경우 업주를 처벌할 수 없다는 것에 불과하고, 본건과 같은 경우에도 업주 및 위성수신장치를 설치한 자를 처벌할 수 없다는 내용으로는 볼 수 없는 점 등을 종합하여 보면, 피고인이 주장하는 사유만으로는 피고인이 위와 같이 모텔에 위성수신장치를 설치하여 모텔 투숙객들에게 등급분류를 받지 아니한 음란한 영화를 관람하게 한 행위가

영화 등 진흥법 위반이나 풍속영업의 규제에 관한 법률 위반에 해당한다는 것에 대한 위법성을 인식하지 못한 데 대하여 정당한 이유가 있다고 보기도 어려우므로, 피고인의 위 주장은 이유 없다.

(나) 지배가능성이 없다는 주장에 관하여

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들 즉, 피고인이 공소외 1 주식회사와 사이에 위성 방송 사용계약을 체결하고, 공소외 1 주식회사는 일본의 SKY perfecTV 오사카지사로부터 공급받은 비디오물 즉 음란한 영화를 그대로 송출하고 있는 점, 피고인은 공소외 1 주식회사와 위성방송계약을 하기 전에 공소외 1 주식회사에게 비디오물을 방송으로 공급하기 전에 당해 비디오물의 내용에 관하여 영상물등급 위원회로부터 등급분류를 받는지 여부에 관하여 확인하여 보지 않은 채, 피고인의 모텔에 위성방송수신기를 설치한 후 공소외 1 주식회사가 송출한 음란한 영상을 위 위성방송수신기를 통하여 모텔의 텔레비전 화면으로 관람하게 한 점, 피고인도 경찰에서 '등급분류받지 않은 음란한 영화를 관람하면 처벌받는다'는 것을 알고 각 객실마다 차단기를 설치하였다'고 진술하고 있는 점을 종합하여 보면, 피고인으로서도 공소외 1 주식회사가 송출하는 방송이 등급심사를 받지 않은 영상물이라는 점을 인식하고 있었던 것으로 보이고, 그러한 경우 피고인으로서도 공소외 1 주식회사와의 방송 공급계약을 체결하지 않거나 등급심사를 받은 비디오물만을 송출하는 다른 방송회사와 방송 공급계약을 체결하는 등 이 사건 범행을 회피할 방법이 있었다고 할 것이므로, 단순히 피고인이 공소외 1 주식회사의 방송송출권을 지배할 수 없었다고 하여 이 사건 범행에 대한 지배가능성도 없었다고 할 수는 없어, 피고인의 위 주장은 받아들여지지 않는다.

(다) 과실범의 처벌규정이 없다는 주장에 관하여

피고인은 인공수신장치 1대가 고장이 나서 과실로 이 사건 범행을 저지른 것이라고 주장하고 있으나, 인공수신장치가 고장이 나지 않았다고 하더라도 모텔의 투숙객이 원할 때 피고인이 여하한 방법으로든지 위 인공수신장치를 통하여 모텔의 텔레비전 화면으로 등급분류를 받지 아니한 비디오물을 시청하게 함으로써 이 사건 범행은 성립한다고 할 것이어서, 위 인공수신장치의 고장 여부는 이 사건 범행의 성립과 관련이 없는바, 피고인의 위 주장은 이유 없다.

### 3. 결 론

그렇다면, 원심판결에는 위에서 본 직권파기사유가 있으므로, 피고인의 양형부당 주장에 대하여 나아가 판단하지 아니한 채 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

## 【이유】

### 】 1. 항소이유의 요지

가. 법리오해의 점

(1) 영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률 위반의 점에 관하여

- ① 피고인이 설치한 위성수신장치는 전파를 수신하는 기기로 영상화면이 저장되지 않은 채 방영만 하는 장치로서, 영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률(이하 '영화 등 진흥법'이라 한다) 제2조 제12호에서 규정하고 있는 "비디오물"에 해당하지 않고, ② 영화 등 진흥법은 제1조에 규정된 내용에 비추어, 방송화면의 규제를 목적으로 하는 것이 아니라, 영화 또는 비디오물의 공중의 시청에 제공하는 것에 대하여 상영 등급분류에 의하여 일정한 제한을 가하고자 하는

것인바, 피고인이 위성방송 화면에 대하여 상영등급분류를 할 수 없을 뿐만 아니라, 위성방송수신시스템의 설치운영은 위 법 제95조 제6호의 구성요건에 해당하지 않으므로, 피고인에게 유죄를 인정한 원심판결은 아래와 같은 이유로 구성요건 해당성의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

(2) 풍속영업의 규제에 관한 법률 위반의 점에 관하여

피고인이 설치한 위성수신장치는 그 자체가 음란한 물건이라고 볼 수 없고, 위성수신장치를 통하여 제한적으로 영상화면을 시청할 수 있게 하는 행위는 풍속영업의 규제에 관한 법률 제3조 제2호에서 규정하고 있는 바와 같은 음란한 물건을 반포·판매·대여하는 행위에 해당하지 아니하므로, 피고인에게 위 죄에 관하여 유죄를 인정한 원심판결은 구성요건 해당성에 관한 법리를 오해한 위법이 있다.

(3) 책임조각사유 등에 관하여

① 보건복지부와 경찰청이 사업자가 위성수신장치를 설치하여 성인영상물을 제공하는 경우 잠금장치를 차단하고 시청하게 하는 경우에는 숙박업주를 풍속영업 및 규제에 관한 법률 위반죄로 처벌할 수 없다는 의견을 제시하고 있어 이를 믿고 공소외 1 주식회사와 위성장비설치에 관한 계약을 체결하고, 위성수신장치를 모텔에 설치한 것으로, 피고인에게 위법성회피에 관한 기대가능성이 없고, ② 단지 위성수신장치를 자신이 운영하는 모텔에 설치하였을 뿐이고, 공소외 1 주식회사나 일본의 전파송출방송사업자가 송출하는 영상에 대하여 등급심사를 받은 영상물인지 여부에 관하여 피고인이 이를 지배할 가능성이 없으며, ③ 피고인이 설치한 위성수신장치 중 1대가 단속 당시 잠금장치가 고장이 나 있었는바, 피고인에게는 이를 수리하지 못한 과실만 있고, 과실범에 대한 처벌규정이 없으므로, 결국 피고인에게 이 사건 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결은 기대가능성 유무 또는 위법성의 기준에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

나. 양형부당의 점

원심이 선고한 형량이 너무 무거워서 부당하다.

2. 판 단

가. 직권판단

피고인의 항소이유에 대하여 판단하기에 앞서 직권으로 살피건대, 피고인은 이 사건 정식재판청구를 하면서 청구이유로 공소사실을 인정할 수 없다고 기재하였고, 원심 제1회 공판조서의 기재에 의하면, 정식재판을 청구한 이유에 관하여 피고인은 공소사실을 인정할 수 없기 때문이고, 공소사실 제1항은 인정하지만, 공소사실 제2항에 대해서는 다툰다는 취지로 진술하였음에도 원심 제2회 공판기일에서 피고인이 이 사건 각 범행을 모두 자백한 것으로 보아 이를 간이공판절차에 의하여 심판할 것을 결정·고지하고 변론을 종결하였으나, 피고인의 변호인이 이 사건 공소사실을 모두 다투고 무죄를 선고하여 달라는 변론요지서를 제출하자, 제3회 공판기일에서 변론을 재개하고, 제4회 공판기일에서 판사의 경질로 공판절차를 갱신하면서도 제2회 공판기일에서 한 간이공판절차를 취소하지 않은 채 갱신전의 증거조사결과와 요지만 알리고 피고인의 변호인의 동의를 받은 다음, 그러한 원심 거시 증거들을 증거능력이 있는 것으로 보아 그 증거들을 종합하여 이 사건 각 범행을 모두 유죄로 인정하였으나, 위 기재와 같이 피고인은 계속하여 이 사건 공소사실의 무죄를 주장하여 왔으므로, 간이공판절차에 의하여 심판할 대상이 아니라고 할 것이어

서, 원심판결이 든 증거 중 피고인의 법정진술을 제외한 나머지 증거들은 간이공판절차가 아닌 일반 절차에 의하여 증거조사를 하여 증거능력이 인정되어야만 유죄의 증거로 삼을 수 있다 할 것임에도 불구하고, 원심이 간이공판절차에 의하여 증거조사를 마친 증거들에 의하여 이 사건 각 범죄사실을 모두 유죄로 인정하였으니 원심판결에는 형사소송법 제286조의2의 해석적용에 관한 법령위반 또는 형사소송법 제307조를 위반하여 증거 없이 유죄를 인정한 위법이 있다.

따라서 원심판결은 더 이상 유지할 수 없게 되었으므로 원심판결을 파기한다.

#### 나. 법리오해 주장에 관한 판단

위와 같은 직권파기사유가 있음에도 피고인의 위 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 되므로 이에 대하여 살펴본다.

##### (1) 영화 등 진흥법 위반의 점에 관한 주장에 대한 판단

(가) 영화 등 진흥법 제95조 제6호, 제53조 제1항, 제50조 제1항에 의하면, 당해 비디오물을 공급하기 전에 당해 비디오물의 내용에 관하여 영상물등급위원회로부터 등급분류를 받지 아니한 불법비디오물을 제작·유통·시청에 제공하거나 이를 위하여 진열·보관한 자에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다고 규정되어 있고, 영화 등 진흥법 제2조 제12호에 의하면, "비디오물"이라 함은 연속적인 영상이 테이프 또는 디스크 등의 디지털 매체나 장치에 담긴 저작물로서 기계·전기·전자 또는 통신장치에 의하여 재생되어 볼 수 있거나 보고 들을 수 있도록 제작된 것을 말한다고 규정되어 있다.

(나) 피고인이 모텔의 텔레비전 화면에 현출시킨 객체가 비디오물에 해당하는지 여부에 관하여 보건대, 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하면, 피고인이 위성수신장치를 통하여 모텔의 텔레비전 화면에 현출시킨 객체는 일본의 SKY perfecTV 방송 프로그램인데, 위 프로그램 중에는 남·녀 성인이 성행위를 하는 장면이 연속적으로 담겨 있는 음란한 영상도 포함되어 있는 사실을 인정할 수 있는바, 이와 같이 피고인이 위성수신장치를 통하여 모텔의 텔레비전 화면에 현출시킨 이러한 음란한 영상은 단순한 시각 및 청각정보라기보다는 연속적인 영상이 테이프 또는 디스크 등의 디지털 매체나 장치에 담긴 저작물로서, 다만, 피고인이 직접 플레이어를 가동하여 이를 볼 수 있게 하는 것이 아니라 이미 가동되는 영상만을 위성수신장치를 통하여 모텔의 텔레비전 화면에 현출되게 하는 방법으로 이를 볼 수 있게 한 것, 즉 통신장치에 의하여 보고 들을 수 있도록 제작된 것으로 보이므로, 결국 이는 영화 등 진흥법 제2조 제12호의 비디오물에 해당한다고 할 것이어서, 단순히 위 위성수신장치가 영상화면이 저장되지 아니한 채 방영만 하는 장치라는 이유로 비디오물이 아니라는 취지의 피고인의 위 주장은 영화 등 진흥법에서 규정한 비디오물의 의미를 오해한 것으로 이유 없다.

(다) 피고인이 위성수신장치를 통하여 모텔의 텔레비전 화면에 비디오물을 현출시킨 것이 영화 등 진흥법 제95조 제6호 위반행위에 해당하는지 여부에 관하여 보건대, 원심 및 당심이 적법하게 조사하여 채택한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정 즉, ① 피고인은 2006. 3.경 공소외 1 주식회사(대표자 공소외 2)에 의뢰하여 피고인이 운영하는 경기 양평군 서종면 (상세주소 생략)에 있는 ○○○ 모텔에 위성수신장치를 설치하였는데, 경찰관이 2007. 2. 21.경 위 모텔을 단속한 결과 위 모텔 객실에 있는 텔레비전의 4번 채널에서는 위 위성수신장치에 의해 성인 남



·녀가 전신을 노출한 상태에서 서로의 성기를 애무하다가 성교하는 영상물이 방영되고 있었고, 이는 등급분류를 받은 바 없는 점, ② 위 공소외 2도 검찰에서 '일본의 SKY perfectTV 오사카지사과 위성 방송 사용계약을 체결하고 숙박업소에 위성수신장치를 설치하여 객실 텔레비전을 통해 성인 남·녀가 성교하는 영상물을 시청할 수 있도록 하였다'고 진술하였던 점 등을 종합하여 보면, 피고인은 공소외 2가 송출하는 영상물을 위성수신장치를 통하여 호텔의 텔레비전 화면에 현출시켰고, 이는 결국 불법비디오물을 시청에 제공한 행위에 해당한다고 할 것이므로, 피고인의 이 부분 주장도 이유 없다.

## (2) 풍속영업의 규제에 관한 법률 위반의 점에 관한 주장에 대한 판단

피고인이 설치한 위성수신장치는 음란한 물건이라고 할 수는 없으나, 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하면, 피고인이 공소외 1 주식회사와 위성 방송 사용계약을 체결하고, 피고인의 모텔에 위성수신장치를 설치한 후 공소외 1 주식회사가 일본의 SKY perfectTV 오사카지사로부터 공급받은 프로그램을 다시 재송출한 음란한 영화 등의 방송을 위 위성수신장치를 통하여 모텔의 텔레비전 화면에 현출되게 하여 모텔 투숙객이 이를 시청하게 한 사실을 인정할 수 있는바, 이는 음란한 영화를 모텔 손님들에게 관람하게 한 행위에 해당한다고 할 것이고, 단순히 위성수신장치가 음란한 물건이 아니라는 이유만으로 달리 볼 것은 아니다.

따라서 피고인의 위 주장은 이유 없다.

## (3) 책임조각사유 주장에 관한 판단

### (가) 위법성 인식의 착오 주장에 관하여

형법 제16조에서 자기가 행한 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니한 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다고 규정하고 있는 것은 일반적으로 범죄가 되는 경우이지만 자기의 특수한 경우에는 법령에 의하여 허용된 행위로서 죄가 되지 아니한다고 그릇 인식하고 그와 같이 그릇 인식함에 정당한 이유가 있는 경우에는 벌하지 아니한다는 취지이고, 이러한 정당한 이유가 있는지 여부는 행위자에게 자기 행위의 위법의 가능성에 대해 심사숙고하거나 조회할 수 있는 계기가 있어 자신의 지적능력을 다하여 이를 회피하기 위한 진지한 노력을 다하였더라면 스스로의 행위에 대하여 위법성을 인식할 수 있는 가능성이 있었음에도 이를 다하지 못한 결과 자기 행위의 위법성을 인식하지 못한 것인지 여부에 따라 판단하여야 할 것이고, 이러한 위법성의 인식에 필요한 노력의 정도는 구체적인 행위정황과 행위자 개인의 인식능력 그리고 행위자가 속한 사회집단에 따라 달리 평가되어야 한다( 대법원 2006. 3. 24. 선고 2005도3717 판결 참조).

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들 즉, ① 행정관청의 입장은 적법하게 등급분류를 받은 성인용 영상물을 관람하게 하는 경우를 전제로 한 것으로 보일 뿐 이 사건과 같이 등급분류를 받지 아니한 성인물(소위 포르노)을 관람하게 하는 경우에도 처벌하지 않겠다는 취지인 것으로는 보이지 아니하는 점, ② 특히 피고인이 제시하고 있는 경찰청장 명의의 공문은 그 내용을 보더라도 "숙박업소에서 투숙객이 객실에 설치된 컴퓨터를 통해서 스스로 성인사이트를 접속·음란영상물을 시청하거나, 위성수신장치에 의해 투숙객이 스스로 잠금장치를 차단하면서 음란영상물을 시청하는 경우" 숙박업주를 풍속영업의 규제에 관한 법률 위반으로 처벌할 수 없다는 것으로서, 문언상으로도 보더라도 투숙객들이 업주의 관여 없이 스스로 음란물을 보는 경우 업주를 처벌할 수 없다는 것에 불과하고, 본건과 같은 경우에도 업주 및 위성수신장치를 설치한 자를 처벌

할 수 없다는 내용으로는 볼 수 없는 점 등을 종합하여 보면, 피고인이 주장하는 사유만으로는 피고인이 위와 같이 모텔에 위성수신장치를 설치하여 모텔 투숙객들에게 등급분류를 받지 아니한 음란한 영화를 관람하게 한 행위가 영화 등 진흥법 위반이나 풍속영업의 규제에 관한 법률 위반에 해당한다는 것에 대한 위법성을 인식하지 못한 데 대하여 정당한 이유가 있다고 보기도 어려우므로, 피고인의 위 주장은 이유 없다.

(나) 지배가능성이 없다는 주장에 관하여

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들 즉, 피고인이 공소외 1 주식회사와 사이에 위성 방송 사용계약을 체결하고, 공소외 1 주식회사는 일본의 SKY perfecTV 오사카지사로부터 공급받은 비디오물 즉 음란한 영화를 그대로 송출하고 있는 점, 피고인은 공소외 1 주식회사와 위성방송계약을 하기 전에 공소외 1 주식회사에게 비디오물을 방송으로 공급하기 전에 당해 비디오물의 내용에 관하여 영상물등급 위원회로부터 등급분류를 받는지 여부에 관하여 확인하여 보지 않은 채, 피고인의 모텔에 위성방송수신기를 설치한 후 공소외 1 주식회사가 송출한 음란한 영상을 위 위성방송수신기를 통하여 모텔의 텔레비전 화면으로 관람하게 한 점, 피고인도 경찰에서 '등급분류받지 않은 음란한 영화를 관람하면 처벌받는다'는 것을 알고 각 객실마다 차단기를 설치하였다'고 진술하고 있는 점을 종합하여 보면, 피고인으로서도 공소외 1 주식회사가 송출하는 방송이 등급심사를 받지 않은 영상물이라는 점을 인식하고 있었던 것으로 보이고, 그러한 경우 피고인으로서도 공소외 1 주식회사와의 방송 공급계약을 체결하지 않거나 등급심사를 받은 비디오물만을 송출하는 다른 방송회사와 방송 공급계약을 체결하는 등 이 사건 범행을 회피할 방법이 있었다고 할 것이므로, 단순히 피고인이 공소외 1 주식회사의 방송송출 권을 지배할 수 없었다고 하여 이 사건 범행에 대한 지배가능성도 없었다고 할 수는 없어, 피고인의 위 주장은 받아들여지지 않는다.

(다) 과실범의 처벌규정이 없다는 주장에 관하여

피고인은 인공수신장치 1대가 고장이 나서 과실로 이 사건 범행을 저지른 것이라고 주장하고 있으나, 인공수신장치가 고장이 나지 않았더라도 모텔의 투숙객이 원할 때 피고인이 여하한 방법으로든지 위 인공수신장치를 통하여 모텔의 텔레비전 화면으로 등급분류를 받지 아니한 비디오물을 시청하게 함으로써 이 사건 범행은 성립한다고 할 것이어서, 위 인공수신장치의 고장 여부는 이 사건 범행의 성립과 관련이 없는바, 피고인의 위 주장은 이유 없다.

### 3. 결 론

그렇다면, 원심판결에는 위에서 본 직권파기사유가 있으므로, 피고인의 양형부당 주장에 대하여 나아가 판단하지 아니한 채 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.