

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2017도13263 가. 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(조세)  
나. 조세범처벌법위반

피 고 인 피고인 1 외 2인

상 고 인 피고인들

변 호 인 법무법인(유한) 바른(피고인들을 위하여)

담당변호사 박일환 외 2인

원 심 판 결 부산고등법원 2017. 8. 2. 선고 2017노142 판결

판 결 선 고 2018. 2. 8.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 부산고등법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 상고이유 제1점에 관하여

가. 위법수집증거 관련 상고이유 주장에 관하여

1) 형사소송법 제219조, 제121조에 의하면, 수사기관이 압수·수색영장을 집행할 때 피의자 또는 변호인은 그 집행에 참여할 수 있다. 압수의 목적물이 컴퓨터용디스크 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체인 경우에는 영장 발부의 사유로 된 범죄 혐의사실과 관련 있는 정보의 범위를 정하여 출력하거나 복제하여 이를 제출받아야 하고, 피의자나 변호인에게 참여의 기회를 보장하여야 한다. 만약 그러한 조치를 취하지 않았다면 이는 형사소송법에 정한 영장주의 원칙과 적법절차를 준수하지 않은 것이다. 수사기관이 정보저장매체에 기억된 정보 중에서 키워드 또는 확장자 검색 등을 통해 범죄 혐의 사실과 관련 있는 정보를 선별한 다음 정보저장매체와 동일하게 비트열 방식으로 복제하여 생성한 파일(이하 '이미지 파일'이라 한다)을 제출받아 압수하였다면 이로써 압수의 목적물에 대한 압수·수색 절차는 종료된 것이므로, 수사기관이 수사기관 사무실에서 위와 같이 압수된 이미지 파일을 탐색·복제·출력하는 과정에서도 피의자 등에게 참여의 기회를 보장하여야 하는 것은 아니다.

또한 형사소송법 제219조, 제129조에 의하면, 압수한 경우에는 목록을 작성하여 소유자, 소지자, 보관자 기타 이에 준할 자에게 교부하여야 한다. 그리고 법원은 압수·수색 영장의 집행에 관하여 범죄 혐의사실과 관련 있는 정보의 탐색·복제·출력이 완료된 때에는 지체 없이 압수된 정보의 상세목록을 피의자 등에게 교부할 것을 정할 수 있다. 압수물 목록은 피압수자 등이 압수처분에 대한 준항고를 하는 등 권리행사절차를 밟는 가장 기초적인 자료가 되므로, 수사기관은 이러한 권리행사에 지장이 없도록 압수 직후 현장에서 압수물 목록을 바로 작성하여 교부해야 하는 것이 원칙이다(대법원 2009. 3. 12. 선고 2008도763 판결 참조). 이러한 압수물 목록 교부 취지에 비추어 볼 때, 압수된 정보의 상세목록에는 정보의 파일 명세가 특정되어 있어야 하고, 수사기관

은 이를 출력한 서면을 교부하거나 전자파일 형태로 복사해 주거나 이메일을 전송하는 등의 방식으로 할 수 있다.

2) 원심은 다음과 같은 사정 등에 비추어 보면, 피압수자인 피고인 1 등의 참여권이 충분히 보장되었으며, 이 사건 USB에 저장된 파일을 선별하여 이미징한 이 사건 USB 이미지 파일이 적법하게 압수되었다고 판단하였다. 그리하여 이 사건 USB 내 파일을 이미징 방식으로 압수하는 과정 및 이 사건 USB 이미지 파일을 반출한 후 탐색·복제·출력하는 과정에 피고인 1 또는 공소외인의 참여권이 보장되지 않았다거나, 이 사건 USB 이미지 파일 압수 후 전자정보의 상세목록이 교부되지 않는 등 절차상 위법이 있으므로 검사가 증거로 제출한 파일 및 그 출력물의 증거능력을 인정할 수 없다는 피고인들의 항소이유 주장을 모두 배척하였다.

① 공소외인은 피고인 1의 지시를 받아 이 사건 유흉주점과 관련한 장부를 업무상 필요에 따라 이 사건 USB에 파일 형태로 작성·관리하였다. 수사기관은 피고인 1에 대한 조세포탈 혐의와 관련하여 법원으로부터 압수·수색·검증 영장을 발부받은 후, 그 집행 현장에서 공소외인이 사용하던 이 사건 USB에서 조세포탈 장부가 담긴 파일로 추정되는 엑셀파일이나 문서파일들을 추출한 뒤 이를 논리적 이미징 작업을 하여 이 사건 USB 이미지 파일을 압수하였다. 그 과정에서 범죄 혐의와 무관한 일부 파일들이 복제되기는 하였으나, 공소외인도 거기에 자신의 개인 신상과 관련된 파일은 없었다고 진술하였고, 이러한 파일들이 다른 범죄 혐의와 관련된 전자정보도 아니었다.

② 수사기관은 이 사건 USB에 저장된 파일의 해시(Hash)값과 논리적 이미징 작업한 파일의 해시값을 각각 컴퓨터 바탕화면에 띄워놓고 공소외인에게 보여주면서 양자의 동일성을 확인하도록 하였고, 공소외인은 이 사건 사실확인서의 '피압수자 등 관계

자 확인란'에 서명하였다.

③ 이 사건 영장의 집행과정에서 수사기관은 압수·수색 현장에 있던 공소외인에게도 참여권을 고지하였는데, 공소외인은 옆에 있는 다른 방에 머무르면서 필요한 경우 압수·수색 현장으로 출입하였다.

3) 이 부분 상고이유 주장 중 원심 판단의 기초가 된 사실인정을 다투는 취지의 주장은 실질적으로 사실심 법원의 자유판단에 속하는 원심의 증거 선택 및 증명력에 관한 판단을 탓하는 것에 불과하다. 그리고 원심판결 이유를 앞에서 본 법리에 비추어 살펴보아도, 원심판결 이유 설시에 일부 미흡한 부분이 있지만, 원심의 결론에 상고이유 주장과 같이 필요한 심리를 다하지 아니한 채 논리와 경험의 법칙에 반하여 저장매체에 저장된 전자정보의 적법한 압수·수색 절차, 위법수집증거 배제 법칙에 관한 법리를 오해하거나 판단누락 등으로 판결 결과에 영향을 미친 잘못이 없다.

나. 압수된 정보저장매체에서 출력된 문건 등의 무결성·동일성 관련 상고이유 주장에 관하여

1) 이 부분 쟁점은 검사가 증거로 제출한 이 사건 CD에 저장되어 있는 파일 중 원심이 유죄의 증거로 삼은 '판매심사-14.xlsx' 파일, '판매심사-15.xlsx' 파일, '산결.xlsx' 파일(이하 통칭하여 '이 사건 판매심사 파일'이라고 한다)과 그 출력물이 이 사건 USB 내 원본 파일과 동일성이 인정되는지 여부이다.

2) 전자문서를 수록한 파일 등의 경우에는, 그 성질상 작성자의 서명 혹은 날인이 없을 뿐만 아니라 작성자·관리자의 의도나 특정한 기술에 의하여 그 내용이 편집·조작될 위험성이 있음을 고려하여, 원본임이 증명되거나 혹은 원본으로부터 복사한 사본일 경우에는 복사 과정에서 편집되는 등 인위적 개작 없이 원본의 내용 그대로 복사된 사

본임이 증명되어야만 하고, 그러한 증명이 없는 경우에는 쉽게 그 증거능력을 인정할 수 없다. 그리고 증거로 제출된 전자문서 파일의 사본이나 출력물이 복사·출력 과정에서 편집되는 등 인위적 개작 없이 원본 내용을 그대로 복사·출력한 것이라는 사실은 전자문서 파일의 사본이나 출력물의 생성과 전달 및 보관 등의 절차에 관여한 사람의 증언이나 진술, 원본이나 사본 파일 생성 직후의 해시값의 비교, 전자문서 파일에 대한 검증·감정 결과 등 제반 사정을 종합하여 판단할 수 있다(대법원 2013. 7. 26. 선고 2013도2511 판결, 대법원 2016. 9. 28. 선고 2014도9903 판결 등 참조). 이러한 원본 동일성은 증거능력의 요건에 해당하므로 검사가 그 존재에 대하여 구체적으로 주장·증명해야 한다(대법원 2001. 9. 4. 선고 2000도1743 판결 등 참조).

3) 원심판결 이유를 살펴본다.

① 이 사건 CD에는 이 사건 판매심사 파일을 포함하여 공소외인이 작성한 것으로 보이는 4,458개의 파일(이하 '이 사건 개별 파일들'이라고 한다)과 DirList[20160407-213826].html 파일(이하 '이 사건 목록 파일')이 저장되어 있다. 원심 감정 결과에 의하면, 이 사건 개별 파일들은 포렌식 이미징 작업을 거친 이미지 파일이 아니어서 이 사건 USB 이미지 파일과 동일한 형태의 파일이 아닌데, 이 사건 USB 이미지 파일이 어떠한 형태의 변환 및 복제 등 과정을 거쳐 이 사건 CD에 일반 파일 형태로 저장된 것인지를 확인할 자료가 전혀 제출된 바 없다. 더욱이 이 사건 목록 파일에는 이 사건 개별 파일들 숫자보다 많은 4,508개의 파일 관련 이름, 생성·수정·접근 시각, 파일 크기, MD5 해시값, 경로 정보가 저장되어 있고, 원심 감정결과에 의하면, 이 사건 개별 파일들의 해시값과 이 사건 목록 파일상 해당 파일별 해시값을 비교해 보았을 때 20개 파일의 해시값이 동일하지 않다는 것이다.

따라서 이 사건 목록 파일이 생성·저장된 경위에 대하여 아무런 주장·증명이 없는 이 사건에서 이 사건 목록 파일 자체의 파일명 및 그 파일 속성을 통해 알 수 있는 수정 일자 등에 비추어 이 사건 목록 파일이 이 사건 압수 집행 당시가 아닌 그 이후에 생성되었을 가능성을 배제할 수 없다.

② 이 사건 사실확인서에는 이 사건 USB 이미지 파일의 전체 해시값만이 기재되어 있을 뿐 이미징을 한 이 사건 USB 내 개별 파일에 대한 해시값은 기재되어 있지 않으므로, 이 사건 사실확인서를 가지고 이 사건 판매심사 파일과 이 사건 USB 내 원본 파일과의 개별 해시값을 상호 비교할 수도 없다.

③ 공소외인은 제1심에서, 검찰 조사 당시 엑셀 파일로 된 이 사건 판매심사 파일을 보았고 자신이 작성한 것이 맞다는 생각이 들었다고 진술하였다. 그러나 공소외인이 위 조사 당시 이 사건 판매심사 파일 전부를 제시받아 그 판매금액을 확인하였다고 볼 아무런 자료가 없다. 오히려 공소외인은 스스로 정확히 기억은 나지 않지만 원본에서 조금 필요 없는 것을 제하고 파일을 좀 보기 좋게 만들었던 것 같다는 진술을 하기도 하였다.

또한 공소외인은 제1심에서, 검사로부터 이 사건 판매심사 파일 출력물 중 2012. 1. 판매심사 부분만을 제시받은 상태에서 자신이 정리한 판매심사 파일 내용이 맞고, 판매심사 파일 내용에 실제로 판매한 술의 종류별 수량, 매출금액, 서비스한 금액을 입력한 사실이 있다고 진술하였으며, 변호인으로부터 이 사건 판매심사 파일 전체 출력물을 제시받은 후 자신이 그러한 파일을 작성한 사실이 있다고 진술하기도 하였다. 하지만 공소외인이 제시받은 전체 출력물의 양이 적지 않은 반면 이 사건 유흥주점의 2012. 1.부터 2015. 10.까지 영업 기간의 매월 판매금액을 정확히 기억할 수는 없었을

것이라는 점과 이러한 진술 경위, 앞서 본 관련 진술 내용 등을 함께 고려하면, 이러한 진술은 공소외인이 제시된 출력물 형식으로 일일 매출금액 등을 파일 형태로 작성·관리한 적이 있었다는 사실을 확인하는 수준에 불과하다고 볼 여지가 충분하다.

결국 공소외인의 제1심 진술만으로는 이 사건 판매심사 파일이나 그 출력물이 이 사건 USB 내 원본 파일과 동일하다는 내용을 증명한다고 보기에 충분하지 않다.

④ 이 사건 판매심사 파일이 이 사건 USB 내 원본 파일을 내용의 변경 없이 복제한 것이 확인되지 않은 이상, 이 사건 판매심사 파일과 대조한 결과 그 출력물에서 과세 표준의 기초가 되는 부분의 변조내용을 찾아볼 수 없었다는 사정이 이 사건 USB 내 원본 파일의 인위적 개작 없이 그 출력물이 복제·출력되었음을 뒷받침한다고 볼 수도 없다.

4) 그럼에도 원심은 이 사건 판매심사 파일과 그 출력물이 이 사건 USB 내 원본 파일 내용과 동일성을 인정할 수 있어 증거능력이 인정된다고 판단하여, 이를 전제로 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세) 부분을 유죄로 인정한 제1심을 그대로 유지하였다. 따라서 이러한 원심판결에는 필요한 심리를 다하지 않은 채 디지털 증거의 증거능력에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다. 이를 지적하는 취지의 상고이유 주장은 이유 있다.

## 2. 파기의 범위

원심판결 중 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세) 부분은 앞서 본 바와 같은 이유로 파기되어야 하는데, 이 부분은 원심이 유죄를 인정한 나머지 부분과 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있다는 이유로 하나의 형이 선고되었으므로, 결국 원심판결은 모두 파기되어야 한다.

