

형사증거법상 디지털 증거의 증거능력 - 증거능력의 선결요건 및 전문법칙의 예외요건을 중심으로 -

김 윤 섭* · 박 상 용**

국 | 문 | 요 | 약

현대 과학의 발달로 디지털 정보의 활용이 급증하고 있어 디지털 증거가 점점 더 늘어나고 중요성도 더 커지리라고 예상된다. 디지털 증거는 매체독립성, 무체정보성, 복제용이성, 취약성, 대량성 및 네트워크 관련성과 같이 전통적인 증거와 구별되는 특성을 갖추고 있지만 현행 형사증거법의 대다수 규정은 디지털 증거의 활용을 전제하지 않고 만들어진 것이어서 규범의 공백을 채울 필요성이 존재한다.

따라서 본 논문에서는 디지털 증거의 위와 같은 특성을 고려하여 현행 형사소송법의 관련 규정을 유연하게 해석함으로써 규범의 공백을 채우고자 하는 시도를 하였다. 그와 같은 논의를 위하여 본 논문에서는 우선 디지털 증거의 정의 및 주요 특성에 대하여 간략히 논의하고, 디지털 증거의 증거능력을 인정하기 위한 선결요건 중 특히 진정성에 관한 기존 판례의 의미를 살펴보았다. 또한 디지털 증거의 전문법칙과 관련된 쟁점들과 관련하여 판례가 디지털 증거에 관하여 전문법칙 관련 조항들을 어떻게 해석하여 적용하고 있는지에 관하여 비판적으로 분석하였고, 현행 형사소송법 체계 내에서 디지털 증거의 특성에 부합하면서도 전문법칙 배제원칙의 취지를 실현하는 최선의 해석론을 제시하고자 하였다.

그리고, 나아가 형사법 규범의 공백을 해석만으로 채우는 데에는 한계가 있을 수 있으므로, 형사증거법이 디지털 증거를 포섭하는 방향으로 개정하는 노력이 필요하다. 구체적으로는 ① 디지털 증거가 증거능력을 인정받기 위한 선결요건에 관한 세부적인 준칙 마련, ② 형사소송법 제310조의2에 디지털 증거를 포함시키는 방향으로의 개정, ③ 법원 또는 수사기관에서 기록된 디지털 전문증거를 규율하는 입법, ④ 디지털 정보의 형태로 존재하는 전문기술에 대한 별도의 진정성립 방식에 대한 입법 등이 필요하다고 할 것이다.

❖ 주제어 : 디지털증거, 증거능력, 전문법칙, 형사소송법 제313조, 진정성립, 선결요건

* 서울동부지방검찰청 검사

** 대전지방검찰청 천안지청 검사

I. 서

과학기술의 발달로 현대사회의 기록매체에는 많은 변화가 생겼다. 펜을 이용하여 종이에 문서를 작성하여 보관하는 전통적인 방식에서 진술을 녹음 또는 녹화하여 전자파일에 수록하거나 컴퓨터, 인터넷 등 정보처리시스템을 이용하여 디지털 형태로 전자문서를 작성, 송수신, 저장하는 방식까지 기록매체가 더 다양화된 것이다.

이에 따라 형사증거 또한 디지털 형태로 저장된 증거를 수집하는 경우가 많아지고, 디지털 증거의 중요성도 점점 커지고 있다. 그런데 디지털 증거는 저장매체에 저장되는 정보의 대량성, 저장매체 자체에서는 필요한 정보를 볼 수 없고 판독장치를 통해서만 인식할 수 있다는 무체정보성, 정보를 복사하기 쉽고 원본과 복사본의 구별이 거의 불가능하다는 복제용이성, 정보의 변조·삭제가 매우 용이하다는 취약성, 인터넷 등의 네트워크를 통하여 전송될 수 있다는 네트워크 관련성 등의 특성을 가지고 있다.

형사소송법(이하 ‘법’이라 한다) 제307조 제1항은 “사실의 인정은 증거에 의하여야 한다”는 증거재판주의를 규정하고 있으므로 디지털 증거를 유죄 인정의 증거로 쓰기 위해서는 형사소송법에 정한 증거능력 요건을 갖추어야 할 것이다. 그런데 형사소송법은 서류, 조서, 진술, 물건 등 전통적인 형태의 증거를 전제로 만들어진 규범체계로 위에서 본 전자정보 형태인 디지털 증거의 특성을 충실히 반영하지 못하고 있다. 따라서 디지털 증거의 증거능력을 다루기 위해서는 적절한 해석이 필요하고, 해석론으로 부족할 경우에는 입법의 개선도 필요할 것이다.

디지털 증거가 증거능력을 갖기 위해서는 현행법상 다음과 같은 요건이 충족되어야 한다.

첫째, 증거 수집의 절차가 적법하여야 한다. 적법절차를 따르지 않고 위법하게 수집된 증거는 원칙적으로 증거능력이 부정되므로, 디지털 증거 수집 역시 적법하여야 한다. 이 요건과 관련하여 주로 압수수색 과정에서 디지털 증거의 대량성·무체정보성 등으로 인하여 범죄혐의와의 관련성, 압수수색의 대상 및 범위, 집행절차와 방법, 1차적 압수수색 후 피의자의 참여권 보장 등의 문제가 발생한다.

둘째, 디지털 증거 특유의 선결요건으로서 증거의 원본성(또는 원본과의 동일성)

및 무결성이 요구된다. 증거의 진정성은 디지털 증거뿐만 아니라 형사증거법상 보편적으로 당연히 요구되는 요건이나,¹⁾ 디지털 증거의 매체독립성, 복제용이성, 취약성 등으로 인하여 진정성을 어떻게 인정할 수 있을지와 관련하여 특유의 요건이 문제된다.

셋째, 위 첫째와 둘째 요건이 모두 충족되었더라도 디지털 증거가 전문증거로서 전문법칙의 적용을 받는다면 공판준비 또는 공판기일에서 피고인 또는 피고인이 아닌 자의 진술에 대신하여 증거로 쓸 수 있기 위한 전문법칙상의 예외요건을 갖추지 않는 한 증거능력이 없다. 여기서 법상 엄격히 제한되어 있는 전문법칙의 예외가 디지털 증거에도 적용되는지, 적용된다면 어떤 요건을 필요로 하는지 문제된다.

이 글에서는 형사증거법의 일반적 원리인 절차적 적법성과 관련된 위법수집증거 배제법칙에 대한 논의는 제외하고, 우선 디지털 증거의 의미와 특성에 대해 간략히 논의한 후 1) 디지털 증거의 원본성 및 진정성을 어떻게 인정할 수 있을 것인지의 문제, 그리고 2) 전문법칙의 적용 여부 및 예외요건의 적용 문제에 대해 판례의 태도를 분석하고 해석을 통한 해결과 함께 입법적 개선 방안이 있는지 논의하고자 한다.

II. 디지털 증거의 의미와 특성

1. 디지털 증거의 의의

디지털 증거(Digital Evidence)란 “디지털, 즉 정보의 표기 및 저장이나 전달의 형태가 0과 1의 조합인 이진수 방식으로 이루어진 증거로서의 가치를 지닌 정보”를 말한다.²⁾

1) 검사와 피고인이 증거로 할 수 있음을 동의한 서류 또는 물건도 진정한 것으로 인정한 때에는 증거로 할 수 있다(법 제318조 제1항).

2) 지식경제용어사전, 산업통상자원부, 2010. 11. (<http://terms.naver.com>); 이숙연, “디지털증거 및 그 증거능력과 증거조사방법: 형사절차를 중심으로 한 연구”, 사법논집 제53집(2011), 249면.

디지털 증거임을 결정짓는 표지는 그 내용이 아니라 형식이다. 예를 들어 디지털 카메라로 사진을 촬영한 경우 출력된 사진은 전통적 의미의 증거방법이나, 사진의 이미지 파일 자체는 디지털 증거이다. 수집된 원본이 디지털 정보라면 디지털 증거가 되는 것이다. 그런 의미에서 디지털 증거는 “디지털 매체에 보관되어 있거나 디지털 매체를 통하여 전송되는 증거로서, 가치를 지닌 정보”라고 할 수 있을 것이다.³⁾ 대검찰청 예규인 ‘디지털 증거 수집 및 분석 규정’(이하 ‘디지털 증거 규정’이라 한다)에서도 디지털 증거에 대해 “범죄와 관련하여 디지털 형태로 저장되거나 전송되는 증거로서의 가치가 있는 정보”로 정의하고 있다.⁴⁾

우리나라 법률에서는 ‘디지털’이라는 용어보다는 ‘전자적’이라는 용어를 폭넓게 사용하고 있고, 형법에서도 ‘전자기록’이라는 용어를 사용하고 있다. 다만 법 제106조 제3항에서는 “압수의 목적물이 컴퓨터용 디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체인 경우에는 기억된 정보의 범위를 정하여 출력하거나 복제하여 제출”하도록 규정하고 있다. 한편, 대법원은 소위 ‘일심회 사건’에서 “압수물인 디지털 저장매체로부터 출력된 문건이 증거로 사용되기 위해서는 디지털 저장매체 원본에 저장된 내용과 출력된 문건의 동일성이 인정되어야 할 것”이라고 판시하였는바, 대법원은 디지털 증거라는 용어를 직접적으로 사용하고 있지는 않으나, 이를 ‘디지털 저장매체 원본에 저장된 정보’라는 문구를 사용함으로써 ‘디지털’이라는 용어를 사용하고 있음을 알 수 있다.

실상 ‘전자’ 정보란 ‘전기와 자기신호를 이용하여 저장된 정보’로 이는 디지털 방식과 아날로그 방식을 포괄하고 있는 개념이다. 예를 들어 음성녹음의 경우 ‘mp3’ 파일로 저장된 것은 디지털 정보이나 ‘카세트테이프’에 녹음된 것은 아날로그 정보이다. ‘mp3’ 파일이나 ‘카세트테이프’ 음원 모두 전자정보에 해당하나 ‘카세트테이프’에 저장된 음원은 디지털 정보라고 할 수 없다. 따라서 ‘전자증거’ 혹은 ‘전자적

3) 권오걸, “디지털 증거의 개념·특성 및 증거능력의 요건”, IT와 법연구 제5집(2011.2.), 296면. 이 논문에서는 정보의 내용에 따라서 디지털 증거와 아날로그 증거를 구별하는 것은 설득력이 없다고 하면서 디지털 증거는 ‘디지털 매체에 보관되어 있거나 디지털 매체를 통하여 전송되는 정보’라고 정의하고 있다. 저장이나 전송 형식을 중요시한 ‘디지털 정보’의 정의에는 찬동하나, ‘디지털 정보’와 ‘디지털 증거’는 구별되어야 한다는 점에서 필자들이 ‘증거로서의 가치를 지니는 정보’라는 표지를 추가하였다.

4) 디지털 증거 규정 제3조 제1호.

증거'라고 할 경우 이는 디지털 증거를 포괄하는 개념이다.

생각건대, 아날로그 방식을 사용하는 녹음테이프나 비디오테이프가 점차 사라지고 있어 전자증거에서 디지털 증거가 아닌 증거가 차지하는 비중이 급격히 감소하고 있는 점, 우리나라 법률 중 대다수는 '디지털'이라는 용어 대신 '전자적'이라는 표현을 사용하고 있는 점 등을 고려할 때 전자 증거를 디지털 증거와 같은 의미로 사용하더라도 개념상의 혼동은 크지 않다.⁵⁾

2. 디지털 증거의 특성

가. 매체독립성, 무체정보성(비가시성, 비가독성)

디지털 증거는 '유체물'이 아니고 각종 디지털 매체에 저장된 혹은 전송 중인 '정보' 그 자체⁶⁾라는 점에서 어떤 형태의 매체에 저장되어 있든 동일한 가치를 지니고 매체로부터 독립되어 있다. 즉, 사진 파일이 디지털 카메라에 저장되어 있든 컴퓨터 하드디스크에 저장되어 있든 그 가치는 동일하다. 동시에 디지털 증거 그 자체는 사람의 지각으로 곧바로 인식할 수 없고 변환절차를 거쳐 화면상 이미지 형태나 프린터로 출력·인쇄된 형태로 현출되었을 때야 이를 인식할 수 있다는 점에서 무체정보이다. 법정에서 증거조사를 위해서는 디지털 증거의 가시화·가독화를 위한 변환절차가 필요하게 되므로 증거의 원본성이 문제된다.

나. 복제용이성

디지털 증거는 0과 1의 전자적 형태로 되어 있어 반복된 복사과정에서도 질적 저하 없이 원본과 동일하게 복제될 수 있다.⁷⁾ 아날로그 형태의 신호를 복사하는 경우에는 복사본의 신호가 원본의 신호보다 S/N(신호/잡음)비가 감소하므로 이론적으로 원본과 복사본의 구별이 가능하다. 그러나 디지털 신호의 경우 신호의 유무만을 검

5) 이숙연, 앞의 논문, 251면.

6) 양근원, "디지털 증거의 특징과 증거법상의 문제 고찰", 한국경찰학회보 제12호, 한국경찰학회(2006), 181면.

7) 이성진 등, "해킹피해시스템 증거물 확보 및 복원에 관한 연구", 한국정보보호진흥원, 2002, 150면.

출하면 소기의 목적을 달성할 수 있으므로 원본의 신호형태를 복사하는 것이 아니라 신호의 유무만을 검출한 후 디지털 형태의 신호를 다시 만들어서 기록하게 된다.⁸⁾ 따라서 디지털 증거의 경우 원본과 복사본의 구별이 불가능하게 된다.

다. 취약성(변조용이성)

디지털 증거는 위·변조 및 삭제가 매우 용이한 반면, 그 사실을 밝혀내기가 어려워 법정에 제출된 디지털 증거에 대한 조작 여부나 증거획득 과정에서 적정한 절차가 지켜졌는지가 문제된다.⁹⁾ 결국 이는 디지털 증거의 증거능력 인정의 선결요건인 진정성 내지 무결성 요건이 구비되었는가의 문제와 연결된다.

라. 대량성

저장기술의 발전으로 방대한 분량의 디지털정보를 매우 작은 저장매체에 저장할 수 있게 되었다. 현대인 대부분이 소유한 휴대전화기에도 엄청난 양의 디지털 정보를 저장할 수 있다. 따라서 어떠한 범죄 혐의를 규명하기 위하여 디지털 저장매체를 압수·수색할 경우 방대한 디지털 정보 중 해당 범죄혐의와 관련된 정보만 압수·수색하는데 어려움이 따를 수 있고, 이에 따라 위법수집증거 배제법칙의 적용에 관한 여러 가지 문제가 발생할 수 있다.

마. 네트워크 관련성

디지털 증거는 인터넷을 비롯한 각종 네트워크를 통하여 전송될 수 있는 특성이 있다. 또한 인터넷 서비스, 클라우드 서비스 등이 증가하면서 네트워크를 이용하여 디지털 증거를 제3자가 관리하는 서버에 저장하는 경우도 늘어나고 있다. 그 결과 압수수색 장소의 특정 문제, 토지관할의 문제, 나아가 국내에서의 법 집행의 한계 문제 등이 생길 수 있다.

8) 이성진, “디지털 포렌식스 기술 발전 방안”, 디지털 포렌식 연구, 2007, 11., 2면.

9) 전승수, “형사절차상 디지털 증거의 압수수색 및 증거능력에 관한 연구”, 서울대학교 법학 박사학위 논문, 2010, 14면.

Ⅲ. 증거능력 인정의 선결요건

1. 원본성 및 진정성

가. 원본성의 문제

원본성은 원본이 증거로 제출되어야 한다는 것으로 미국에서는 “서면, 녹음, 사진의 내용을 증명하기 위해 가급적 원본에 의하여 입증이 이루어져야 한다”는 최량증거원칙(The Best Evidence Rule)이 확립되어 있다.¹⁰⁾

이는 디지털 증거의 무체정보성과 관련하여 문제가 된다. 즉, 비가시적이고 비가독적인 디지털 증거는 법정에 가시성, 가독성이 있는 형태로 변환시켜 제출되어야 할 것인데 이것이 증거의 원본성을 충족할 수 있을 것인가 하는 점이다.

현행 형사소송규칙은 제134조의7(컴퓨터디스크 등에 기억된 문자정보 등에 대한 증거조사)에서 디지털 증거의 제출방법에 대하여 “① 컴퓨터용 디스크 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체(이하 ‘컴퓨터디스크 등’)에 기억된 문자정보를 증거자료로 하는 경우에는 읽을 수 있도록 출력하여 인정한 등본을 낼 수 있다. ② 컴퓨터디스크 등에 기억된 문자정보를 증거로 하는 경우에 증거조사를 신청한 당사자는 법원이 명하거나 상대방이 요구한 때에는 컴퓨터디스크 등에 입력한 사람과 입력한 일시, 출력한 사람과 출력한 일시를 밝혀야 한다. ③ 컴퓨터디스크 등에 기억된 정보가 도면·사진 등에 관한 것인 때에는 제1항과 제2항의 규정을 준용한다”고 규정함으로써 원본성의 문제를 입법적으로 해결하고 있다.

나. 진정성의 문제 - 동일성, 무결성과 신뢰성

진정성은 제출된 증거가 저장·수집과정에서 오류가 없으며 특정한 사람의 행위 결과가 정확히 표현되었고 그로 인해 생성된 자료인 것으로 인정되어야 한다는 것이다.¹¹⁾ 미국법상 진정성(authenticity)은 법원에 제출된 증거가 증거제출자가 입증

10) 원본문서원칙(original document rule)로도 불린다.

11) 양근원, “디지털 포렌식과 법적 문제 고찰”, 형사정책연구 제17권 제2호(2006), 235면.

을 위하여 주장하는 바로 그것이라는 것을 말한다.¹²⁾ 원본보다는 주로 사본을 제출하거나 그 출력본을 제출하는 디지털 증거의 속성상 증거의 진정성은 디지털 증거 특유의 선결요건인 원본과의 동일성 내지 무결성, 신뢰성 요건과 연결된다.

디지털 증거는 다른 증거와는 달리 훼손, 변경이 아주 용이하다는 특성이 있으므로 최초 증거가 저장된 저장매체에서 법정에 제출되기까지 훼손이나 변경이 없이 원본과 동일하다는 점이 입증되어야 한다. 또한 디지털 증거의 수집·분석·보관·처리·법정제출 과정에서 많은 사람들의 행위가 개입되므로 각 행위 시마다 적용된 과학적 원리 또는 이론을 구현한 기술의 신뢰성, 그 기술을 실제 적용하는 과정의 타당성이 입증되어야¹³⁾ 원본의 무결성이 그대로 유지되고 있다는 절차적 보증이 필요하다. 결국 진정성을 확보하기 위하여 동일성, 무결성, 신뢰성이 모두 충족되어야 한다.

‘디지털 증거 규정’에서도 제4조(디지털 증거의 무결성 유지)에서 “디지털 증거는 압수·수색·검증한 때로부터 법정에 제출하는 때까지 훼손 또는 변경되지 아니하여야 한다”고 규정하고, 제20조(디지털 증거의 무결성 유지 등을 위한 조치)에서 “정보저장매체등의 봉인 해제, 이미지 파일로 복제, 디지털수사통합업무관리시스템에 등록하는 과정은 사진을 촬영하는 등 디지털 증거의 진정성, 무결성, 신뢰성 유지를 위하여 필요한 조치를 취하여야 한다”고 규정하고 있다.

다. 판례

대법원은 이른바 ‘영남위원회 사건’¹⁴⁾에서 피고인 측이 “컴퓨터 증거가 위조, 변조의 위험성을 가지고 있기 때문에 적절한 절차에 의해 수집이 되어야 하고 수사기관이 이를 이행하지 않았기 때문에 압수방법이 위법할 뿐만 아니라 압수된 이후 조작될 가능성도 있다”라고 주장하자, “컴퓨터 디스켓을 압수함에 있어 위조, 변조 등의 위험을 피하기 위하여 피고인들이 주장하는 바와 같은 방법을 취하는 것이 바람직하다

12) FRE 901, Requirement of Authentication or Identification, 김재봉, “디지털 증거의 증거능력요건으로서 동일성과 그 확보방법”, 법학논집, 제31집 제1호, 176면에서 재인용.

13) 김재봉, 위의 논문, 177면.

14) 대법원 1999. 9. 3. 선고 99도2317 판결.

하더라도 이는 단지 압수방법의 적정 여부에 관한 것일 뿐 그와 같은 조치를 취하지 않은 것이 반드시 위법한 것이라고는 할 수 없다”라는 이유로 이를 배척하였다.

그러나 대법원은 이른바 ‘일심회 사건’¹⁵⁾에 이르러서는, “압수물인 디지털 저장매체로부터 출력된 문건이 증거로 사용되기 위해서는 디지털 저장매체 원본에 저장된 내용과 출력된 문건의 동일성이 인정되어야 할 것인데, 그 동일성을 인정하기 위해서는 디지털 저장매체 원본이 압수된 이후 문건 출력에 이르기까지 변경되지 않았음이 담보되어야 하고 특히 디지털 저장매체 원본에 변화가 일어나는 것을 방지하기 위해 디지털 저장매체 원본을 대신하여 디지털 저장매체에 저장된 자료를 ‘하드카피’·‘이미징’한 매체로부터 문건이 출력된 경우에는 디지털 저장매체 원본과 ‘하드카피’·‘이미징’한 매체 사이에 자료의 동일성도 인정되어야 한다. 나아가 법원 감정을 통해 디지털 저장매체 원본 혹은 ‘하드카피’·‘이미징’한 매체에 저장된 내용과 출력된 문건의 동일성을 확인하는 과정에서 이용된 컴퓨터의 기계적 정확성, 프로그램의 신뢰성, 입력·처리·출력의 각 단계에서 조작자의 전문적인 기술능력과 정확성이 담보되어야 한다.”라고 판시하여 디지털 증거의 선결요건으로서 동일성, 신뢰성의 문제를 정면으로 다루면서 이를 요건으로 실시하였다.

또한 이른바 ‘왕재산 사건’¹⁶⁾에서도 “압수물인 컴퓨터용 디스크 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체에 입력하여 기억된 문자정보 또는 그 출력물을 증거로 사용하기 위해서는 정보저장매체 원본에 저장된 내용과 출력 문건의 동일성이 인정되어야 하고, 이를 위해서는 정보저장매체 원본이 압수 시부터 문건 출력 시까지 변경되지 않았다는 사정, 즉 무결성이 담보되어야 한다. 특히 정보저장매체 원본을 대신하여 저장매체에 저장된 자료를 ‘하드카피’ 또는 ‘이미징’한 매체로부터 출력한 문건의 경우에는 정보저장매체 원본과 ‘하드카피’ 또는 ‘이미징’한 매체 사이에 자료의 동일성도 인정되어야 할 뿐만 아니라, 이를 확인하는 과정에서 이용한 컴퓨터의 기계적 정확성, 프로그램의 신뢰성, 입력·처리·출력의 각 단계에서 조작자의 전문적인 기술능력과 정확성이 담보되어야 한다”라고 판시하여 동일성, 무결성, 신뢰성 요건을 디지털 증거의 선결요건으로 보았다.

15) 대법원 2007. 12. 13. 선고 2007도7257 판결.

16) 대법원 2013. 7. 26. 선고 2013도2511 판결.

2. 진정성 인정을 위한 방법

가. 문제점

디지털 증거의 복제용이성, 취약성을 감안할 때 동일성, 무결성 및 신뢰성을 어느 정도의 수준까지 확보해야 진정성을 인정할 수 있을 것인지가 문제된다.

나. 판례의 태도

1) 일심회 사건

이른바 ‘일심회 사건’의 1심¹⁷⁾에서는 “압수물인 각 원본 디지털 저장매체는 압수 수색영장을 통해 압수된 후 그 자리에서 봉인되었고, 피고인들은 수사기관에서 위 압수물에 대하여 카피 작업을 하거나 이미징 작업을 하기 위해 봉인을 해제하는 과정과 작업을 한 후 재봉인하는 과정에 참여한 사실, 수사기관에서는 압수물의 봉인 및 봉인해제, 재봉인시에 항상 피고인들로부터 확인서를 받았고, 위 압수물을 포장한 밀봉 봉투 개폐 부분에도 피고인들의 서명무인을 받았으며, 봉인 및 봉인해제, 재봉인의 전 과정을 캠코더로 녹화한 사실, 압수물인 디지털 저장매체 원본에 액세스할 경우 원본에 변화가 일어나게 되므로, 압수물인 디지털 저장매체 원본에 쓰기 방지장치를 사용하고 이미징 장비를 통해 ‘이미징’ 작업을 하였고, 그렇게 작성된 이미지가 법원에서의 검증절차의 대상이 된 사실을 인정할 수 있고, 또한 위 이미지 파일은 전세계적으로 많이 사용되고 있는 엔케이스 프로그램을 이용하여 작성되었는데, 디지털 저장매체 원본의 해쉬값과 이미징 작업을 통해 생성된 이미지 파일의 해쉬값은 동일한 점이 인정된다”라고 사실인정을 하였다.

그 결과 ① 압수수색영장에 의해 피고인들의 주거지 또는 사무실 등에서 압수된 각 디지털 저장매체 원본들은 피고인들의 참여 하에 이미징 작업을 하는 경우를 제외하고는 계속 봉인되어 있었으므로, “압수된 이후 법원에서의 검증절차에 이르기까지 보관과정의 신뢰성”이 인정되고, ② 디지털 저장매체 원본과 이미지 파일 사이

17) 서울중앙지방법원 2007. 4. 16. 선고 2006고합1365 판결.

에 디지털 기기 등의 데이터가 서로 일치함을 증명하는 방법으로 일반적으로 이용되는 해쉬값이 동일하므로 “디지털 저장매체 원본과 이미지 파일 사이의 데이터의 동일성”이 인정되며, 한편 ③ “피고인들 및 검사, 변호인들이 모두 참여”한 가운데 이 법원의 전자법정시설 및 엔케이스 프로그램을 이용하여 법원의 검증절차가 이루어졌는바, ④ 검증 당시 규격에 적합한 컴퓨터와 엔케이스 프로그램을 이용하여 적절한 방법으로 검증절차가 진행되었으므로, “컴퓨터의 기계적 정확성, 프로그램의 신뢰성, 입력, 처리, 출력의 각 단계에서의 컴퓨터 처리과정의 정확성, 조작자의 전문적 기술능력 등”의 요건이 구비되었고, ⑤ 위와 같은 검증절차를 거쳐, “디지털 저장매체 원본을 이미징한 파일에 수록된 컴퓨터파일의 내용이 압수물인 디지털 저장매체로부터 수사기관이 출력하여 제출한 문건들에 기재된 것과 동일하다는 점”이 확인되었으므로, 증거로 거시된 문건들은 증거능력이 적법하게 부여되었다고 판시하였다. 이로써 디지털 증거의 증거능력을 갖추기 위한 요건으로 보관과정의 신뢰성, 데이터 및 그 출력물의 동일성, 당사자의 참여, 검증의 정확성 및 신뢰성 등의 요건과 이를 확보하기 위한 방법을 제시하였다.

한편 위 사건의 항소심¹⁸⁾에서는 압수물인 디지털 저장매체로부터 출력된 문건의 증거능력에 대하여 “위 인정사실과 같이 국가정보원에서 위 디지털 저장매체를 압수, 봉인, 봉인 해제 및 복제를 할 때 항상 해당 피고인 측에서 입회하여 그 과정을 확인한 이상, 국가정보원에서 위 디지털 저장매체를 복제할 때 해쉬값을 작성하지 않았다고 하더라도, 위 디지털 저장매체에 담긴 파일의 내용이 국가정보원의 수사 과정에서 변경되었을 가능성은 거의 없다고 봄이 타당하다”라고 하여 해쉬값이 없더라도 피고인 측에서의 참여가 보장되었다면 동일성과 무결성을 인정할 수 있다고 판시하였다. 그리고 디지털 저장매체에서 출력되어 증거로 제출된 문건의 내용과 위 디지털 저장매체에 담겨 있던 원 자료내용의 동일성에 대하여도 원심의 판단은 정당하다고 판시하며, 원본과의 동일성, 무결성 및 신뢰성을 인정하면서 피고인 측의 변조 주장을 배척하였다.

이어서 대법원 역시 원심의 판단이 정당하다고 판시하며 증거능력을 인정하였다.¹⁹⁾

18) 서울고등법원 2007. 8. 16. 선고 2007노979 판결.

19) 대법원 2007. 12. 13. 선고 2007도7257 판결의 원문은 다음과 같다.

“국가정보원에서 피고인들 혹은 가족, 직원이 입회한 상태에서 원심 판시 각 디지털 저장매체를

2) 왕재산 사건

대법원은 이른바 ‘왕재산 사건’에서 “출력 문건과 정보저장매체에 저장된 자료가 동일하고 정보저장매체 원본이 문건 출력 시까지 변경되지 않았다는 점은, 피압수·수색 당사자가 정보저장매체 원본과 ‘하드카피’ 또는 ‘이미징’한 매체의 해쉬(Hash) 값이 동일하다는 취지로 서명한 확인서면을 교부받아 법원에 제출하는 방법에 의하여 증명하는 것이 원칙이나, 그와 같은 방법에 의한 증명이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에는, 정보저장매체 원본에 대한 압수, 봉인, 봉인해제, ‘하드카피’ 또는 ‘이미징’ 등 일련의 절차에 참여한 수사관이나 전문가 등의 증언에 의해 정보저장매체 원본과 ‘하드카피’ 또는 ‘이미징’한 매체 사이의 해쉬값이 동일하다거나 정보저장매체 원본이 최초 압수 시부터 밀봉되어 증거 제출 시까지 전혀 변경되지 않았다는 등의 사정을 증명하는 방법 또는 법원이 그 원본에 저장된 자료와 증거로 제출된 출력 문건을 대조하는 방법 등으로도 그와 같은 무결성·동일성을 인정할 수 있다고 할 것이며, 반드시 압수·수색 과정을 촬영한 영상녹화물 재생 등의 방법으로만 증명하여야 한다고 볼 것은 아니다.”라고 판시하였다.

다. 소결

판례는 ‘일심회 사건’이나 ‘왕재산 사건’에서 원본의 계속적 봉인, 해쉬값의 동일성, 피고인 측의 절차 참여, 이용된 컴퓨터프로그램의 정확성, 처리과정의 정확성 및 전문성, 검증절차의 신뢰성 등이 확인되는지 여부를 살피면서도 어떤 특정 조건의 준수를 요구하는 것이 아니라 제반 사정을 고려하여 다양한 방법으로 그 진정성

압수한 다음 입회자의 서명을 받아 봉인하였고, 국가정보원에서 각 디지털 저장매체에 저장된 자료를 조사할 때 피고인들 입회하에 피고인들의 서명무인을 받아 봉인 상태 확인, 봉인 해제, 재봉인하였으며, 이러한 전 과정을 모두 녹화한 사실, 각 디지털 저장매체가 봉인된 상태에서 서울중앙지방검찰청에 송치된 후 피고인들이 입회한 상태에서 봉인을 풀고 세계적으로 인정받는 프로그램을 이용하여 이미징 작업을 하였는데, 디지털 저장매체 원본의 해쉬(Hash) 값과 이미징 작업을 통해 생성된 파일의 해쉬값이 동일한 사실, 제1심 법원은 피고인들 및 검사, 변호인이 모두 참여한 가운데 검증을 실시하여 이미징 작업을 통해 생성된 파일의 내용과 출력된 문건에 기재된 내용이 동일함을 확인한 사실을 알 수 있는바, 그렇다면 출력된 문건은 압수된 디지털 저장매체 원본에 저장되었던 내용과 동일한 것으로 인정할 수 있어 증거로 사용할 수 있고, 같은 취지의 원심의 판단은 정당하다.”

을 인정하고 있다. ‘일심회 사건’의 항소심에서 해쉬값이 없더라도 피고인 측에서의 참여가 보장되었다면 동일성과 무결성을 인정하고 있는 것과 ‘왕재산 사건’에서 해쉬값의 동일성을 피처분자의 확인서면이 아닌 조사자 증언이나 법원의 검증 절차에 의하여도 인정할 수 있다고 판시하고 있는 것이 그 예이다. 특히 위 ‘일심회 사건’에서는 엔케이스 프로그램을 통한 이미징 작업에 대하여 ‘세계적으로 인정받는 프로그램을 이용한 이미징 작업’이라고 하면서 신뢰성 판단의 요소로 삼고 있다. ‘디지털 증거 규정’ 별지 3호 서식인 디지털분석보고서 양식에서는 ‘분석·복구에 사용한 프로그램’으로 엔케이스²⁰⁾외에도 CFT²¹⁾, DEAS²²⁾, FTK²³⁾의 프로그램을 제시하고 있고, ‘수행한 분석방법’으로 ‘원본 하드디스크를 이미지(증거파일) 작성용 컴퓨터에 쓰기방지장치를 이용해 연결하고 엔케이스를 통해 증거사본을 작성한 후 이를 서버에 저장 후, 네트워크를 통해 분석대상 증거사본을 분석용 워크스테이션으로 사본하여 분석 작업을 수행’한다고 기재하고 있다.

위와 같은 프로그램 및 분석방법은 과학기술의 발전에 따라 계속하여 변화할 것이고, 그 신뢰성의 확보는 제반사정에 따라 개별 사안마다 구체적으로 판단하여야 한다고 본다. 진정성 역시 증거능력의 요건에 해당하므로 검사가 그 존재에 대하여 구체적으로 주장·입증하여야 하는 것이지만, 이는 소송상의 사실에 관한 것이므로 자유로운 증명으로 족하다.²⁴⁾ 따라서 향후 디지털 증거의 해쉬값이나 조사관의 증언, 법원의 검증뿐만 아니라 입회인의 증언, 전문가의 감정 등 다양한 방법으로 입증이 가능할 것이다. 한편 수사관이 준수하여야 할 세부적인 준칙과 매뉴얼을 개발하고 그러한 준칙과 매뉴얼이 준수된 사실이 입증되면 위와 같은 선결요건을 갖춘

20) 미국 Guidance Software 사에서 제작한 컴퓨터 증거 조사 프로그램. 전 세계에서 가장 많이 사용되는 디지털 포렌식 도구로서 증거사본 생성과 분석, 보고서 작성에 이르기까지 증거조사의 모든 과정의 수행이 가능함.

21) 국책연구기관인 국가보안기술연구소를 통하여 개발된 컴퓨터 증거 획득 및 분석이 가능한 컴퓨터 포렌식 도구.

22) 대검찰청에서 연구·개발한 디지털 포렌식 툴로서, 컴퓨터에 저장된 파일들을 종류별로 자동분류하고, 삭제된 파일을 복구하거나 이메일, 인터넷 접속기록 등을 분석하기 위해 주로 사용됨.

23) Forensic Tool Kit의 약자로 미국 Access Data 사에서 제작한 컴퓨터 증거조사 소프트웨어. FTK Imager를 통한 증거 사본 생성, Registry Viewer를 통한 윈도우 레지스트리 분석 등 증거사본 생성과 분석, 보고서 작성에 이르기까지 증거조사의 모든 과정의 수행이 가능함.

24) 대법원 2001. 9. 4. 선고 2000도1743 판결, 대법원 2001. 2. 9. 선고 2000도1216 판결 등 참조.

것으로 인정하는 관행이 확립되거나 입법이 이루어진다면 디지털 증거수집의 방법과 절차가 더욱 명확해지고 최량증거의 활용도 제고될 것이다.

IV. 전문법칙의 적용 여부와 그 범위

1. 문제점

압수된 디지털 증거가 적법하게 수집된 증거로서 원본성 내지 원본과의 동일성, 무결성 등의 문제를 모두 통과하였다고 하더라도 그 디지털 증거가 전문증거에 해당하는 경우에는 모두 증거능력이 있다고 볼 수는 없다. 그 디지털 증거가 사람의 경험사실이 기록된 진술증거로서 원진술자의 법정진술에 대신하여 사용되는 경우에 전문법칙이 적용되어 증거능력이 부정될 수 있는 경우도 있기 때문이다. 그러나 디지털 증거가 진술증거로 사용된다고 하여 모두 전문증거인 것은 아니다. 전문증거는 요증사실과 관련하여 검토되어야 하기 때문이다.

디지털 증거에 대한 전문법칙의 적용과 관련하여 몇 가지 논의점이 있다.

첫째로, 과연 현행법상 디지털 증거에 전문법칙이 적용되는가의 문제가 있다. 법제310조의2는 ‘전문증거와 증거능력의 제한’이라는 제목 하에 “제311조 내지 제316조에 규정한 것 이외에는 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 대신하여 진술을 기재한 ‘서류’나 공판준비 또는 공판기일 외에서의 타인의 진술을 내용으로 하는 ‘진술’은 이를 증거로 할 수 없다”라고 규정하고 있다. 따라서 ‘서류’나 ‘진술’이 아닌 디지털 증거 내지 그 저장매체인 컴퓨터 등 특수기록매체도 이러한 ‘서류’에 해당한다고 할 수 있는지 문제된다.

두 번째로, 디지털 증거에 전문법칙이 적용된다면, 요증사실과 관련하여 어떠한 디지털 증거에 전문법칙이 적용될 것인가, 즉 전문법칙 적용범위의 문제가 있다. 이는 디지털 증거에 국한된 문제는 아니고 전문법칙 자체의 적용범위와 관련된 문제이다.

세 번째로, 어떠한 디지털 증거가 전문서류 또는 이에 준하는 전문증거에 해당하는

다고 한다면 그 예외를 어떻게 인정할 수 있을 것인지의 문제가 있다. 법은 전문법칙의 예외요건에 관하여 제311조 내지 제316조에 그 규정을 두고 있지만 각 조문을 각각의 상황에 해당되는 디지털 증거에도 적용 내지 준용할 것인지, 만일 이를 적용한다면 해당 요건은 어떻게 적용할 것인지 문제된다. 따라서 다음에서는 이를 차례로 논하고자 한다.

2. 현행법상 디지털 증거에 대한 전문법칙의 적용여부

가. 문제점

전문법칙은 전문증거는 원칙적으로 증거능력이 인정될 수 없다는 원칙이다. 전문증거란 “사실인정의 기초가 되는 경험적 사실을 경험자 자신이 직접 구두로 법원에 진술하지 않고 다른 형태로 간접보고하는 것”²⁵⁾ 또는 “사람의 경험적 사실에 대한 법정외 진술(out of court statement)에 관한 증거로서 그 진술내용이 진실임을 입증하기 위해 제출되는 것”²⁶⁾이라고 정의된다. 이러한 전문증거는 그 매체에 따라 사람의 진술로 전달되는 경우 외에도 전자문서, 녹음파일, 영상녹화물 등 다양한 기록물이 있을 수 있다.

그런데 형사소송법 제310조의2는 전문증거와 증거능력의 제한이라는 제목 하에 “제311조 내지 제316조에 규정된 것 이외에는 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 대신하여 진술을 기재한 서류나 공판준비 또는 공판기일 외에서의 타인의 진술을 내용으로 하는 진술은 이를 증거로 할 수 없다.”라고 규정하고 있다. 즉, 현행 형사소송법은 문언상 전문법칙이 적용되는 진술증거로 진술을 기재한 ‘서류’와 타인의 진술을 내용으로 하는 ‘진술’만을 규정하고 있다.

문제는 앞서 예로 든 디지털 증거를 담고 있는 새로운 기록매체들을 위에서 말하는 ‘서류’에 준하는 것으로 포함시킬 수 있겠는가 하는 것이다. 법정에서는 USB,

25) 이재상, 신형사소송법(제2판), 법문사, 2008, 551면; 신동운, 신형사소송법(제4판), 법문사, 2012, 1046-1050면; 정웅석, 형사소송법(제4판), 대명출판사, 2007, 804면; 배중대/이상돈, 형사소송법(제7판), 홍문사, 2006, 598면

26) 이완규, “협박 진술 녹음의 전문증거 문제와 진정성 문제의 구별”, 저스티스 통권 제139호(2013. 12.), 378면

CD 등 저장매체의 녹음파일이나 웹사이트의 글이 녹취서나 인쇄물로 출력되어 제출되는 것이 일반적이나, 이는 증거조사의 편의를 위한 것일 뿐 그 증거가 되는 것은 녹음파일 또는 인터넷 웹문서에 전자정보로 입력된 디지털 증거이다. 결국 디지털 증거에 전문법칙이 적용되는지 여부의 문제로 아래와 같은 견해의 대립을 상정할 수 있다.

나. 학설

제310조의2의 법문에 충실하여 해석하면 디지털 기록매체와 같은 새로운 매체는 ‘서류’가 아니므로 제310조의2의 적용 대상이 아니라는 견해가 가능하다(전문법칙 부적용설). 즉, 형사증거법상 원칙인 자유심증주의에 의하면 증거능력을 배제하는 규정이 없는 한 모든 증거는 증거로 쓸 수 있는데, 디지털 증거의 경우 증거능력을 배제하는 제310조의2가 적용되지 않고 그 밖의 증거능력 배제규정도 없으므로 당연히 증거능력이 인정된다는 것이다. 그렇다면 사람의 경험사실에 대한 법정의 진술로서 그 진술의 진실임을 입증하기 위해 전자문서, 음성·동영상 파일 등 특수한 기록매체에 담긴 디지털 증거가 제출되는 경우에는 증명력은 별론으로 하고 전문법칙의 적용 없이 위에서 살펴본 진정성만 갖추게 되면 모두 증거능력이 있다는 결론이 될 것이다.

그러나 일반적인 견해는 원진술자의 법정에서의 진술을 대신하는 전문증거로 판단된다면 그 진술이 담긴 매체가 디지털 매체일지라도 이는 진술의 기록물이라는 점에서 진술을 기재한 서류와 실질적으로 다를 바가 없고, 그 기록된 전자정보는 전문진술에 해당하므로, 전문법칙이 적용된다고 보고 있다(전문법칙 적용설).²⁷⁾ 이러한 견해에 따르면 디지털 증거가 전문증거에 해당하는 경우 전문법칙에 관한 제310조의2의 규정과 제311조 내지 제315조의 예외규정이 모두 적용되어야 할 것이다.

27) 신동운, 앞의 책, 1159면; 법원실무제요 형사[II], 법원행정처, 2008, 133~134면; 권오걸, 앞의 논문, 312면 등

다. 판례

이에 대하여 하급심 판례 중에서는 컴퓨터디스크 등 특수한 기록매체의 증거능력에 관하여 전문법칙을 적용하지 않고 증거물로서 검증을 통하여 진정성을 확인한 후 증거능력을 인정한 예가 있다.²⁸⁾ 앞에서 본 ‘일심회 사건’의 1심 판결 또한 디지털 저장매체로부터 출력된 문건들에 대하여 위와 같이 법원의 검증절차를 통하여 진정성, 즉 동일성 및 무결성 등이 확인되었으므로 그 증거능력이 인정된다는 취지로 판시한 바 있다.²⁹⁾ 이는 위 증거들이 전문법칙의 적용 대상이 아니라고 판단한 결과로 볼 수 있다.

그러나 대법원은 앞에서 본 ‘영남위원회 사건’ 및 ‘일심회 사건’에 대한 판결에서 “디지털 저장매체에 들어 있는 문건의 내용을 증거로 사용하는 경우 디지털 저장매체는 그 기재의 매체가 다를 뿐 실질에 있어서는 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 서류와 크게 다를 바 없고, 기본적으로 반대신문의 기회가 보장되지 않는 점 등에 비추어 그 기재 내용의 진실성에 관하여는 전문법칙이 적용되고, 따라서 법 제313조 제1항에 의하여 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에 한하여 이를 증거로 사용할 수 있다.”라고 판시하여³⁰⁾ 컴퓨터디스크 등에 담긴 디지털 증거에 대하여 당연히 전문법칙이 적용된다는 입장을 취하고 있다.

라. 검토

생각건대, 전문법칙은 ‘법정의 진술’의 내용이 진실함을 전제로 그 진술을 증거로 사용할 것인가의 문제로 그 매체가 서류이든 디지털 매체이든 실질적으로 다를 바 없다는 점에서 디지털 매체 또한 다른 전문증거와 달리 볼 바 아니므로, 그에 담긴 진술의 증거능력을 판단하는 데에 있어 전문법칙을 적용하는 것이 타당하다. 예를 들어 어떤 진술을 자필로 서류에 작성할 경우에는 전문법칙이 적용되지만 같은 내

28) 부산고등법원 1999. 5. 17. 선고 99노122 판결.

29) 서울중앙지방법원 2007. 4. 16. 선고 2006고합1365 판결.

30) 대법원 1999. 9. 3. 선고 99도2317 판결; 대법원 2007. 12. 13. 선고 2007도7257 판결.

용을 인터넷 블로그에 작성할 경우 전문법칙이 적용되지 않는다는 것은 납득하기 어렵다고 할 것이다.

3. 전문법칙 적용 범위의 문제

가. 문제점

디지털 증거가 전문증거에 해당하여 전문법칙이 적용되는 경우에는 법 제311조 내지 제316조의 요건을 갖추지 않는 한 원칙적으로 증거능력이 없다(법 제310조의 2). 한편 법은 전문증거에 대하여 “공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 대신하여 진술을 기재한 서류나 공판준비 또는 공판기일 외에서의 타인의 진술을 내용으로 하는 진술”이라고만 언급하고 있을 뿐 구체적으로 무엇이 전문증거에 해당하는지에 대해서는 직접적인 정의나 설명규정을 두지 않고 학설과 실무에 맡기고 있다. 그러다보니 이에 대한 통일된 개념이 정립되어 있지 않아 실무상 혼란을 초래하고 있다. 나아가 우리 법은, 전문서면에 대해 원진술자 또는 작성자의 법정에서의 구두 진술에 의해서만 성립의 진정을 인정하고 있고, 그 예외는 매우 한정적으로 인정하고 있을 뿐이다. 최근 판례 또한 그 예외를 매우 한정적으로 인정하고 있어 더욱 문제이다.³¹⁾ 그렇다면, 전문증거란 무엇이고, 비전문증거와 구별되는 표지는 무엇인지, 전문증거라면 어떤 예외조항을 근거로 증거능력을 인정할 것인지 문제된다.

나. 미국의 경우 - *Lorraine v. Markel American Ins. Co.* 판례 관련

미국 연방증거법(Federal Rule of Evidence)에서는 전문증거의 정의 및 그 예외에 대하여 상세한 규정을 두고 있다. 전문증거에 대하여 제801조(c)에서 “전문증거란 원진술자가 공판기일 또는 심문기일에 행한 진술 이외의 진술로서 그 주장사실이 진실임을 입증하기 위하여 제출된 것이다”라고 정의하고 제802조에서는 “전문증거는 이 법의 규정들이나 법률에 의하여 주어진 권한에 따라 연방대법원이 제정한 규칙, 의회의 법률에 의하여 규정된 경우를 제외하고는 증거로 할 수 없다”³²⁾라

31) 대법원 2010. 9. 9. 선고 2010도2602 판결 등.

고 하고 있다.

미국 Maryland 지방법원에서는 2007년 Lorraine v. Markel American Ins. Co. 사건에서 전자적 저장정보(Electronically Stored Information)의 증거능력에 대하여 판시한 바 있다.³³⁾ 이 판례는 비록 민사사안이지만 전자적 증거에 관한 전문법칙의 적용 등 기준을 제시하면서, 전문증거인지 여부를 판단함에 있어서는 다음의 다섯 가지 기준을 적용하여야 한다고 판시하였다.³⁴⁾

- 1) 해당 증거가 법³⁵⁾ 제801조(a)³⁶⁾에서 정한 “진술(statement)”을 구성하는지 여부
- 2) 해당 진술의 발언주체가 법 제801조(b)³⁷⁾에서 정하는 “원진술자(declarant)”인지 여부
- 3) 해당 진술이 법 제801조(c)³⁸⁾에서 정하는 바와 같이 “그 내용의 진실성(the truth of its contents)을 증명”하기 위하여 제공되었는지 여부

32) Rule 801 (c) HEARSAY. “Hearsay” means a statement that: (1) the declarant does not make while testifying at the current trial or hearing; and (2) a party offers in evidence to prove the truth of the matter asserted in the statement.

Rule 802. The Rule Against Hearsay. Hearsay is not admissible unless any of the following provides otherwise: a federal statute; these rules; or other rules prescribed by the Supreme Court.

33) Lorraine v. Markel American Ins. Co., PWG-06-1893 (D. Md May 4, 2007).

34) 위 법원 판례의 판시 5가지 기준에 관한 원문은 다음과 같다.

“To properly analyze hearsay issues there are five separate questions that must be answered: (1) does the evidence constitute a statement, as defined by Rule 801(a); (2) was the statement made by a ‘declarant’, as defined by Rule801(b); (3) is the statement being offered to prove the truth of its contents, as provided by Rule 801(c); (4) is the statement excluded from the definition of hearsay by rule 801(1); and (5) if the statement is hearsay, is it covered by one of the exceptions identified at Rules 803, 804 or 807. It is critical to proper hearsay analysis to consider each of these questions.”

35) 미국연방증거법(Federal Rule of Evidence).

36) 제801조(a) 진술: ‘진술’이란 구두 또는 서면에 의한 주장, 또는 주장의 의도로 행해진 어떤 사람의 비언어적 행동을 말한다[Rule 801 (a) STATEMENT. “Statement” means a person’s oral assertion, written assertion, or nonverbal conduct, if he person intended it as an assertion].

37) 제801조(b) 원진술자: ‘원진술자’란 진술을 한 사람을 말한다[Rule 801 (b) DECLARANT. “Declarant” means the person who made the statement].

38) 제801조(c) 전문증거: ‘전문증거’란 ①원진술자가 공판기일 또는 심문기일에 행한 진술 이외의 진술로서 ②그 주장사실이 진실임을 입증하기 위하여 제출된 것이다[Rule 801 (c) HEARSAY. “Hearsay” means a statement that: (1) the declarant does not make while testifying at the current trial or hearing; and (2) a party offers in evidence to prove the truth of the matter asserted in the statement].

- 4) 해당 진술이 법 제801조(d)³⁹⁾의 전문법칙 정의규정상의 적용 배제사유⁴⁰⁾에 해당하여 전문증거로부터 제외되는지 여부
- 5) 진술이 전문증거에 해당하는 경우라도 법 제803조⁴¹⁾, 제804조⁴²⁾, 제807조⁴³⁾의 예외사유(exception)에 해당하여 증거능력이 인정되는지 여부

다. 판례의 태도

우리나라 판례는 위 미국의 *Lorraine v. Markel American Ins. Co.* 판결과 같이 전문법칙 요건에 대해 구체적으로 판시한 사안은 없으나, 대법원 2008. 11. 13. 선고 2006도2556 판결은 시사점을 준다. 위 판례 사안은 정보통신망을 통하여 공포심이나 불안감을 유발하는 글을 반복적으로 상대방에게 도달하게 하였다는 이유로 검

-
- 39) 제801조(d)에서는 전문증거가 아닌 진술이라는 표제 하에 (1) 증인의 종전 진술, (2) 반대 당사자의 자인을 들고 있다[Rule 801 (d) STATEMENTS THAT ARE NOT HEARSAY. A statement that meets the following conditions is not hearsay: (1) A Declarant-Witness's Prior Statement (2) An Opposing Party's Statement].
 - 40) 여기서의 적용 배제사유는 '전문법칙의 예외사유(exception)'과는 구별되는 개념으로 전문증거 자체의 배제사유를 말한다. 예를 들어 증인의 종전 진술 중 일부는 그 증거가 '진술'에 해당하고 그 '내용적 진실'의 증명을 목적으로 제출된 경우라도 비전문증거로 본다.
 - 41) 제803조에서는 23개항에 걸쳐 전문법칙 예외사유에 대하여 규정하고 있다. 아래 정리는 노명선, 형사사건에서 전자적 증거에 관한 판례의 동향과 분석, 형사판례연구회 2014. 발표문에서 인용한다.
 - ① 제1유형: 지각, 관찰, 심리상태, 의도, 감각과 관련된 것
: 제803(1) 현재시제로 발화한 감상, 제803(2) 흥분상태에서의 발언, 제803(3) 당시의(then-existing) 심리, 감정, 신체상태, 제803(4) 의학적 진단과 치료에 관한 진술,
 - ② 제2유형: 문서, 기록, 기타 서면에 대한 것
: 제803(5) 과거 기억과 관련된 기록물, 제803(6), 제803(7) 비즈니스 기록, 제803(8), 제803(10) 공공기록, 제803(9) 출생 및 혼인기록, 제803(11) 종교기관의 기록, 제803(12) 세례, 혼인 및 관련행사의 증서, 제803(13) 가족 기록, 제803(14) 재산권에 영향을 주는 문서의 기록, 제803(15) 재산권에 영향을 주는 문서 내의 진술, 제803(16) 오래된 문서, 제803(18) 공신력있는 논문, 제803(22) 형사사건에서의 유죄판결문, 제803(23) 특정 유형의 민사사건에서의 판결문 등이 해당한다.
 - ③ 제3유형: 평판에 관한 것
: 제803(19) 개인 또는 가족의 내력에 대한 평판, 제803(20) 토지와 관련된 관습, 이용실태, 관행, 또는 역사적 중요사실에 대한 평판, 제803(21) 특정 개인에 대한 사회공동체와 그 구성원 사이에서의 평판.
 - 42) 원진술자가 증언할 수 없는 때(When the Declarant is Inavailable as a Witness)
 - 43) 포괄적 예외 규정으로 일정 요건 충족 시 법관의 판단에 따라 예외 창설이 가능.

사가 피고인을 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 위반죄로 기소하면서 그 증거로 휴대전화기에 나타난 문자메시지 화면을 촬영한 사진을 증거로 제출한 사안이었다.⁴⁴⁾

그러나 이에 대해 1심⁴⁵⁾은 유죄를 인정하였으나 항소심⁴⁶⁾은 문자메시지의 형태로 전송된 문자정보를 휴대전화기의 화면에 표시하여 이를 촬영한 이 사건 사진들에 대하여 피고인이 그 성립 및 내용의 진정을 부인한다는 이유로 이를 증거로 사용할 수 없다고 하여 무죄를 선고하였고 검사가 항소심 판결에 대하여 상고를 제기하였다.

44) 공소사실의 요지는 아래와 같다.

피고인 이○○은 피해자 이00의 휴대전화에

1. 2003. 12. 18. 11:42경 ‘땅에 떨어진 당신의 악함을 지켜보고 있으리라, 이○○’이라는 내용의 문자메시지를 보내고,
2. 2003. 12. 18. 17:52 ~ 17:57경 ‘나요 만사 다 포기했음, 내 인생도 포기했음, 만신창이 되는 길을 선택합니다, 이00씨에게 개 취급 당했는데 둘 다 불구덩이 속으로 가봅시다, 그 속이 얼마나 뜨거운지 봅시다, 누가 이기나 봅시다’라는 내용의 문자메시지를 보내고,
3. 2003. 12. 19. 06:15 ~ 06:21경 ‘이제 내가 어떻게 하는지를 첫째 인터넷에 띄울 것이고, 둘째 삼성 및 교보 그리고 도이치 주주권 있는 곳에 제소하겠소, 셋째 기업은행권 감독기관에 실명으로 알리고 청와대 계시관에도 나의 이 억울함을 하소연할 것이며, 기사거리 찾는 이에게 기사거리로 쥐어줄겁니다’라는 내용의 문자메시지를 보내고,
4. 2003. 12. 19. 06:38 ~ 06:54경 ‘선배님 따님에게 이런 일이 있다면 지금 어떻게 하시겠습니까, 불가지고 그 택에 가 자폭할지도, 나서지 말라고, 의리를 아무데나 써먹지 말라고, 지금 이 일은 의리로 해결이 안 돼, 부부싸움에 객이 필요할까, 말리는 시누이가 더 미운 범, 서선배 그만 나서라고 해, 당신과 아무일이나 나서는 당신 선배뻘에 뵈는게 지금 없어, 불가지고 그 택에 가서 자폭하는 수도 있어, 지금 나 독이 올라 무슨 짓을 할지 몰라’라는 내용의 문자메시지를 보내고,
5. 2004. 1. 2. 08:48 ~ 08:57경 ‘통화하고 싶지 않지만 우리 서로 마무리 지어야 할 일이 있잖습니까, 전화를 주시든 전화를 안 하든 당신 맘대로 하시오, 이○○, 난 현재 손해볼게 하나도 없으니까 잠깐 안양에 다녀오면 열두시가 조금 넘을 겁니다, 비서에게 내 뜻 전했으니 본인 알아서 하시오’라는 내용의 문자메시지를 보내고,
6. 2004. 1. 18. 01:02 ~ 01:10경 ‘빨리 마무리 짓는 일이 마지막으로 당신을 위한 거라는 거 아시죠, 정신적 피해에 대한 위자료 문구는 내가 초안을 잡고 만나서 더 넣으실 내용은 추가하시죠, 이○○, 거듭 부탁드립니다, 꼭 속히 매듭지으셔야죠, 그래야 제가 빨리 선교 나아갑니다, 아니면 구월로 연기됨, 성명 훼손하지 마세요, 큰 고난당합니다, 이○○’이라는 내용의 문자메시지를 보내고,
7. 2004. 1. 18. 15:34경 ‘이제 만날 의사가 없다면 이제 당신 집으로 오빠 보내겠다’라는 내용의 문자메시지를 보내, 정보통신망을 통하여 공포심이나 불안감을 유발하는 글을 반복적으로 상대방에게 도달하게 하였다.

45) 서울서부지방법원 2005. 9. 30. 선고 2004고정1433 판결.

46) 서울서부지방법원 2006. 4. 6. 선고 2005노1051 판결.

대법원은 “법 제310조의2는 사실을 직접 경험한 사람의 진술이 법정에서 직접 제출되어야 하고 이에 갈음하는 대체물인 진술 또는 서류가 제출되어서는 안 된다는 이른바 전문법칙을 선언한 것이다. 그런데 정보통신망을 통하여 공포심이나 불안감을 유발하는 글을 반복적으로 상대방에게 도달하게 하는 행위를 하였다는 공소사실에 대하여 휴대전화기에 저장된 문자정보가 그 증거가 되는 경우, 그 문자정보는 범행의 직접적인 수단이고 경험자의 진술에 갈음하는 대체물에 해당하지 않으므로, 법 제310조의2에서 정한 전문법칙이 적용되지 않는다.”라고 판시하면서 항소심을 파기환송하였다.⁴⁷⁾

앞에서 본 ‘일심회 사건’ 항소심 판결⁴⁸⁾에서도 압수물인 디지털 저장매체로부터 출력된 문건의 증거능력에 관하여 법 제313조 제1항을 적용하여 “그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에 해당하지 않으므로 그 문건의 내용을 증거로 사용할 수 없다”라고 판시하면서도 “디지털 저장매체에 대해서 적법한 검증절차를 거친 이상, 위와 같이 문건의 내용을 증거로 사용할 수 없는 문건의 경우에도 그 문건의 내용이 아니라 문건이 존재한다는 것 자체가 증거로 되는 경우에는 그 문건의 존재를 증거로 사용할 수 있다”라고 판시하고 있다.

다만 일부 판례 중에는 녹음파일에 들어 있는 피고인의 진술이 공갈 범행에서 피고인이 행한 협박내용을 입증하기 위해 증거로 제출된 사안에서 그 진술 자체가 범행수단 내지 구성요건의 일부이지 경험사실의 진술이 아님에도 이를 전문증거로 혼동하여 전문법칙을 적용한 사례도 있으나,⁴⁹⁾ 기본적으로 대법원 판례는 디지털 증거를 진술증거로 사용하는 경우, 그 내용의 진실성에 관하여는 전문법칙이 적용되므로 그 예외요건(특히 제313조 제1항)을 갖추어야 이를 증거로 사용할 수 있다고 보고 있다.⁵⁰⁾

47) 대법원 2008. 11. 13. 선고 2006도2556 판결.

48) 서울고등법원 2007. 8. 16. 선고 2007노929 판결.

49) 대법원 2012. 9. 13. 선고 2012도7461 판결; 이 판례에 대한 비판으로 이완규, 앞의 논문, 3720-401면 참조.

50) 대법원 2007. 12. 13. 선고 2007도7257 판결 등.

라. 검토

전문증거는 “① 사람의 진술(진술적 행위 포함)일 것, ② 경험사실의 진술일 것, ③ 입증취지가 진술내용이 진실임을 입증하는 경우일 것 및 ④ 법정 외에서 행한 진술일 것”이라는 개념적 요소를 갖는다.⁵¹⁾ 결국 전문증거는 사람의 진술이 담겨있는 디지털 증거라고 하더라도 요증사실과의 관계에서 파악되어야 한다. 이는 디지털 증거가 컴퓨터에 입력된 전자문서나 웹문서이든 녹음·녹화되어 전자정보 형태로 저장된 녹음·영상녹화파일이든 마찬가지라고 할 수 있다.

위 판례에서 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 위반 사건의 문자 메시지나 공갈 사건의 협박하는 말이 녹음된 파일은 위 전문증거의 개념요소에 비추어 볼 때 “그러한 진술이 있었느냐” 자체가 문제되는 것이지 “그 진술이 진실한 내용이나”가 문제되는 것은 아니므로, 해당 디지털 증거에는 전문법칙이 적용될 수 없는 것이다.⁵²⁾

사람의 지각·기억·표현·서술이라는 과정을 거치지 않고 기계적으로 처리되어 작성된 것은 사람의 주관적 진술행위가 개입되지 않으므로 전문증거에 해당하지 않는다. 예를 들어 컴퓨터 로그기록, 인터넷 웹히스토리, 전자출입증에 의해 전자적으로 기록된 출입상황 기록 등은 증거물인 서류일 뿐 전문증거가 아니다. 그 밖에도 디지털 증거가 사람의 진술을 담고 있더라도 경험사실의 진술이 아니라 의사표시, 지시인 경우에는 전문증거에 해당하지 않는다. 예를 들어 계약의 청약·승낙 등의 법률적 의사표시나 그 자체가 범행 지시 또는 공무원이 취급하는 사건의 청탁 등에 해당하는 사실상 의사표시 등은 전문증거가 아니다.⁵³⁾

결국 디지털 증거의 경우에도 그 증거능력을 인정하기 위해서는 원본성 내지 원본과의 동일성, 무결성 등의 선결요건을 갖추어야 할 뿐 아니라, 위와 같이 전문법칙이 적용되는 범위에서 다음에서 논하는 전문법칙의 예외요건까지 갖추어야 할 것이다.

51) 이완규, 앞의 논문, 378-383면 참조.

52) 대법원 2008. 11. 13. 선고 2006도2556 판결; 이 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반 사건과 같은 경우 불안감을 유발하는 문자메시지를 반복적으로 전송하였는지 여부가 요증사실이지 ‘지금 나 독이 올라 무슨 짓을 할지 몰라’와 같은 문자메시지 내용의 진실성을 입증하려는 것이 아니기 때문이다.

53) 권오걸, 앞의 논문, 311~312면; 전명길, “디지털증거의 수집과 증거능력”, 법학연구 제41집(2011. 2. 25.), 332-333면; 이완규, 앞의 논문, 380-381면 참조.

V. 디지털 증거에 대한 전문법칙 예외 적용 여부 및 그 요건

1. 문제점

디지털 증거의 진정성 내지 무결성이 인정되었다고 하더라도 앞서 살펴본 바와 같이 전문증거에 해당하는 경우 전문법칙의 예외가 인정될 수 있는지, 인정될 수 있다면 어떤 요건을 갖추어야 하는지 여부가 검토되어야 한다. 전문증거의 경우 그 증거가 생성된 후 공판에서 법정진술에 대신하여 사용될 때까지 무결성, 원본과의 동일성 요건을 충족하는 것과 그 원진술이 기록 내지 수록될 당시 진술한 내용 그대로 기록되었는지, 진술이 당시 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여진 것인지 등을 증명하는 것은 별개라고 할 수 있다.

형사소송법은 제310조의2에서 원칙적으로 전문증거는 증거능력이 없다는 점을 규정하면서 그 예외로서 제311조부터 제316조까지의 경우를 들고 있으므로, 디지털증거 역시 그 적용을 받는지 여부를 우선 살펴야 한다.

다음에서는 이를 크게 세 가지로 나누어 논하고자 한다. 우선 법원 또는 수사기관에서 조서와 같은 목적으로 또는 조서에 갈음하여 기록된 디지털증거에 대하여 법 제311조 내지 제312조의 적용 여부를 논하고, 다음으로, 그 외 공판 또는 수사과정 이 아닌 상황에서 기록된 디지털 전문증거에 대하여 제313조의 적용 여부를 논한다. 마지막으로, 원진술자가 법정에 출석할 수 없을 때 제314조의 적용 여부, 디지털증거에 대하여도 제315조가 적용되어 당연히 증거능력이 인정될 수 있는지, 전문진술과 관련된 제316조의 적용 여부 등에 관하여 차례로 살펴보려고 한다.

2. 법원 또는 수사기관에서 기록된 디지털 전문증거

가. 문제점

형사소송법은 공판준비 또는 공판기일에 피고인이나 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 조서와 법원 또는 법관의 검증의 결과를 기재한 조서(제184조 및 제221조의2

의 규정에 의하여 작성한 조서도 같다)에 대하여는 제311조에 증거능력이 인정되는 예외를 두고 있다. 그리고 검사 또는 검사 이외의 수사기관이 피고인이 된 피의자나 피고인이 아닌 자의 진술을 기재한 조서 또는 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 수사 과정에서 작성한 진술서에 대하여는 제312조 각 항에 전문법칙의 예외가 인정되는 요건을 규정하고 있다.

그러나 위와 같은 법원 또는 수사기관의 조서는 형사소송법상 서류의 일종인 것으로만 예정되어 있으나, 전통적인 방식의 ‘서류’로만 작성되는 것은 아니다. 최근 형사사법정보시스템의 발달, 조사 또는 심리 시 조서에 갈음하는 영상녹화의 활용, 전자소송의 도입 등으로 전자파일 형태의 녹음·녹화물, 전자문서 등이 새로운 기록 매체로 이용되고 있다.

예를 들어 범죄현장에서 체포된 피의자를 사법경찰관이 그 자리에서 조사하면서 그 진술을 녹음할 때 서면에 의한 조서만 작성하지 않았을 뿐 적법한 신문절차와 방식을 준수한 경우, 살인사건을 목격한 참고인을 발견한 사법경찰관이 우선 현장에서 그의 목격진술을 캠코더를 이용하여 녹화하였는데 그 후 그 참고인이 사망하거나 소재불명이 된 경우, 살인사건의 피해자가 사망 직전 경찰서에 전화로 신고하여 사법경찰관에게 범죄피해사실과 범인에 대하여 진술한 내용이 녹음되어 전자파일로 저장된 경우 등에 있어 수집된 녹음·녹화파일은 우리나라 형사소송법의 해석상으로는 전문법칙이 적용되어야 할 것이다. 이때 위와 같은 증거가 단지 서류의 형태를 갖추지 않았다는 이유로 전문법칙의 예외를 인정하지 않을 것인지 문제된다.

나. 제311조 내지 제312조의 적용 여부

1) 학설의 대립

법원 또는 수사기관에서 조서의 내용을 디지털증거의 형태로 기록하는 경우 법 제311조 내지 제312조의 예외규정을 적용할 것인지 여부에 관하여는 학설의 대립이 있다. 이에 대하여 형사사법통합정보체계 구축사업의 전자화 범위가 음주, 무면허 운전 등에 대한 전자약식절차의 도입으로 일단락되었고, 형사소송에서는 민사와 같이 전자소송이 도입될 가능성이 없으므로, 법원이나 수사기관의 조서가 전자문서로

작성·저장될 여지(즉, 전자문서가 원본이 될 여지)가 없어 디지털증거에 대하여는 법 제311조, 제312조가 적용될 여지가 없다는 견해가⁵⁴⁾ 있다.

현재 실무상 법원 또는 수사기관에서 출력물 또는 화면에 문자로 나타나는 전자문서는 서면으로 출력하여 진술자로 하여금 간인하게 한 후 서명날인하게 하는 등 형사소송법상 조서의 작성방법에 따라 작성하기 때문에 전자문서 형태의 디지털 증거에 대하여는 일반적으로 위와 같은 견해가 일리가 있다. 그러나 법원에서 공판조서 또는 증인신문조서의 일부를 녹음물 또는 영상녹화물로 인용하는 경우,⁵⁵⁾ 수사기관에서 피의자신문조서 또는 참고인진술조서 등 조서의 내용을 영상녹화, 녹음 등의 방법으로 기록하고 전자파일로 저장하는 경우⁵⁶⁾ 각 디지털기록물에 대하여 독립된 증거능력을 인정할 것인지는 또 다른 문제이다.

이와 관련하여 현행 형사소송법은 녹음·영상녹화의 근거규정을 두고 있으면서도 증거로는 어떻게 취급할 것인지에 관하여 명시적인 규정을 두지 않고 있다. 다만 법 제312조 제2항(검사 작성의 피고인이 된 피의자에 대한 조서) 및 제4항(검사 또는 사법경찰관 작성의 피고인 아닌 자에 대한 조서)에서 조서의 진정성립을 증명하는 방법으로 “영상녹화물이나 그 밖의 객관적인 방법”이 규정되어 있고, 법 제318조의2 제2항에서 “피고인 또는 피고인이 아닌 자의 진술을 내용으로 하는 영상녹화물은 공판준비 또는 공판기일에 그 원진술자가 진술할 때 기억이 명백하지 아니한 사항에 관하여 기억을 환기시켜야 할 필요가 있다고 인정되는 때에 한하여 원진술자에게 재생하여 시청하게 할 수 있다.”라고 규정되어 있을 뿐이다. 그로 인하여 현행 형사소송법상 법원 또는 수사기관에서 조서에 갈음하여 또는 조서의 일부로 녹음·영상녹화물에 진술을 수록한 경우 그 녹음·녹화물에 대하여 해석상 본증으로서 독립된 증거능력을 부여할 수 있는지에 관하여는 진술녹음·영상녹화물의 증거능력

54) 이숙연, 앞의 논문, 322면

55) 법 제56조 제1항에 따라 공판정에서의 심리의 전부 또는 일부를 녹음 또는 영상녹화한 경우, 재판장은 법원사무관 등이 공판조서 또는 증인신문조서 등을 작성할 때 녹음물 또는 영상녹화물을 조서에 인용하고 전자파일 형태로 보관하여 조서의 일부로 하게 할 수 있다.(공판정에서의 속기·녹음·영상녹화에 관한 예규 제5조 제3항)

56) 법 제221조 제1항은 피의자 아닌 자에 대한 조사 시, 제244조의2 제1항은 피의자에 대한 신문 시 각각 영상녹화할 수 있다고 규정되어 있고, 그 구체적인 절차와 방법은 검찰사건사무규칙 제13조의8 내지 제13조의9에 규정되어 있다.

과 맥을 같이 하여 부정설과 긍정설로 견해가 대립하고 있다.

부정설은 특히 수사기관에서 피의자신문 또는 참고인조사 시 진술을 녹음·녹화한 경우에 초점을 맞춰 ① 2007년 개정 법이 원진술자가 조서의 진정성립을 인정하는지 여부에 따라 증거능력을 부여하던 체계에서 조서의 진정성립을 증명하는 체계로 전환되면서 영상녹화물 자체의 증거능력을 인정할 수 없게 되었다고 보고 있다.⁵⁷⁾ 또한 해석상 ② 당초 법 개정안에 있던 피의자 진술에 관한 영상녹화물의 증거능력 근거규정인 제312조의2⁵⁸⁾가 삭제되고, 한편 다른 신설 규정인 제318조의2 제2항은 영상녹화물이 전문증거여서 증거능력이 없지만 탄핵증거 또는 기억환기용으로만 쓰일 수 있도록 용도를 제한하는 취지로 이해되는 점, ③ 신설된 제244조의2 제1항에서 영상녹화를 “할 수 있다”고 규정하고 있는 것과 달리 제244조에서는 피의자의 진술을 조서에 “기재하여야 한다”고 규정하고 있으므로 규정상 피의자신문조서 작성의무가 인정되는 점 등을 해석상 논거로 하고 있다.⁵⁹⁾ 한편 그 근거에 있는 실질적 이유는 ④ 개정법과 관련된 사개추위 논의 당시부터 영상녹화물의 증거능력을 인정할 경우 수사기관에서의 진술상황을 너무나 생생히 재생하여 주게 되므로 법원에 과도한 편견을 유발할 수 있고, ⑤ 법정을 극장처럼 만들어 공판중심주의나 직접주의에 반할 우려 등에 근거하고 있다.⁶⁰⁾

57) 법원행정처, 형사소송법 개정법률 해설, 2007, 51면 참조.

58) 사개추위안 제312조의2(피의자 진술에 관한 영상녹화물)

- ① 검사 또는 사법경찰관 앞에서 피고인의 진술을 내용으로 하는 영상녹화물은 공판준비 또는 공판기일에 피고인이 검사 또는 사법경찰관 앞에서 일정한 진술을 한 사실을 인정하지 아니하고, 검사, 사법경찰관 또는 그 조사에 참여한 자의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술 기타 다른 방법으로 이를 증명하기 어려운 때에 한하여 증거로 할 수 있다.
- ② 제1항의 영상녹화물은 적법한 절차와 방식에 따라 영상녹화된 것으로서 공판준비 또는 공판기일에 피고인이나 검사, 사법경찰관 또는 그 조사에 참여한 자의 진술에 의하여 조사의 전 과정이 객관적으로 영상녹화된 것임이 증명되고, 영상녹화된 진술이 변호인의 참여 하에 이루어지는 등 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명된 것이어야 한다.
- ③ 제1항의 영상녹화물을 증거로 제출하는 경우에는 녹취서를 제출하여야 한다.

59) 이영환, “새로운 형사소송법에서의 조서와 영상녹화”, 법조 제617호(2008. 2.), 116-117면; 신동운, 앞의 책, 227면.

60) 오기두, “영상녹화물의 증거능력 및 증거조사방법”, 형사사법토론회 자료집, 사법제도개혁추진위원회, 2005, 556-571면 참조.

반면 긍정설은 ① 개정 형사소송법에 본래 개정안에 있던 영상녹화물의 증거능력에 대한 명문의 규정인 제312조의2가 없어졌고, 제310조의2에 따른 전문증거의 범위는 “진술을 기재한 서류나 진술을 내용으로 하는 진술”에 한정되어 녹음·영상녹화물이 포함되지 않으므로, 이와 같은 특수 기록매체들의 경우 종래 판례와 일반이론에 따라 전문서류에 관한 조문을 적용 또는 준용하여 증거능력을 인정할 수 있다고 보고 있다.⁶¹⁾ 그 바탕에는 ② 법 제244조에 규정된 조서작성의무를 근거로 피고인 및 증인의 수사단계의 진술은 오직 조서의 형태로만 법정에 제출할 수 있다는 주장은 개정 법 제316조 제1항에서 조사자증언을 통하여 피의자의 자백을 증거로 제출할 수 있도록 하여 더 이상 무의미하다는 점, ③ 소송구조상 증거의 제출은 검사의 권한과 책임이므로 공소유지를 위하여 피고인 또는 증인의 수사단계의 진술을 조서·진술서·녹음테이프·영상녹화물 등 중 어느 방법으로 현출시킬 것인지는 검사가 선택할 수 있고, 오히려 종래 조서만으로 재판하는 방식이 문제인 점, ⑤ 형사사법을 통한 정의 실현을 위하여 객관적 진실 발견은 증거능력의 차단이 아니라 보다 많은 증거를 법정에 현출시켜 그 비교를 통해 이뤄질 수 있다는 점 등이 논거를 이루고 있다.⁶²⁾

2) 판례의 태도

2007년 법 개정 전 대법원은 검사가 피의자나 피의자 아닌 자의 진술을 청취한 녹음·영상녹화물에 대하여, “증거자료가 되는 것은 여전히 테이프에 녹음·녹화된 대화나 진술의 내용이라고 할 것이므로, 그와 같은 테이프의 녹음·녹화 내용이나 그에 대한 검증조서의 기재는 실질적으로는 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 대신하여 진술을 기재한 서류와 다를 바 없어, 피고인이 그 테이프를 증거로 할 수 있음에 동의하지 않은 이상, 법 제311조 내지 제315조에 규정한 것이 아니면 이를 유죄의 증거로 할 수 없다”라고 판시하고,⁶³⁾ 피의자신문의 경우 “비디오

61) 이완규, 형사소송법연구1, 탐구사, 2008, 253-265면; 정웅석, “피의자신문의 영상녹화에 관한 연구”, 법조 제625호(2008. 10.), 36면.

62) 정웅석, 앞의 논문, 37-42면.

63) 대법원 2004. 5. 27. 선고 2004도1449 판결.

테이프의 녹화내용은 피의자의 진술을 기재한 피의자신문조서와 실질적으로 같다고 볼 것이므로 피의자신문조서에 준하여 그 증거능력을 가려야 할 것”이라고 판시하여 왔다.⁶⁴⁾

그러나 최근 대법원 판례는 오히려 “2007년 개정 법에서 전에 없던 수사기관에 의한 참고인(피의자 아닌 자) 진술의 영상녹화를 새로 정하면서 그 용도를 참고인에 대한 진술조서의 실질적 진정성립을 증명하거나 참고인의 기억을 환기시키기 위한 것으로 한정하고 있고, 이를 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제30조 제6항 또는 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제26조 제6항의 규정과 대비하여 보면, 수사기관이 참고인을 조사하는 과정에서 법 제221조 제1항에 따라 작성한 영상녹화물은 다른 법률에서 달리 규정하고 있는 등의 특별한 사정이 없는 한, 공소사실을 직접 증명할 수 있는 독립적인 증거로 사용될 수는 없다”라고 판시하고 있고,⁶⁵⁾ 법원 재판실무에 있어서도 이러한 영상녹화물을 독립된 증거로 채택하지 않고 있어 실제 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술이 기록된 영상녹화물이 독립된 증거로 쓰일 수 있는 길이 사실상 차단되고 있다고 할 수 있다.

3) 검토

그러나 위 판례에는 다음과 같은 문제점이 지적될 수 있다고 본다.

첫째, 대법원은 법 개정 이후에도 뒤에서 보는 바와 같이 수사기관이 아닌 사인이 피고인 또는 피고인이 아닌 자의 진술을 수록한 디지털 증거(녹음·영상녹화물 포함)의 경우 여전히 ‘진술을 기재한 서류’와 다르지 않다고 보면서 법 제313조 제1항을 적용하는 것과 균형이 맞지 않는 문제가 있다. 법 제310조의2의 해석상 피고인 또는 피고인이 아닌 자의 진술이 수록된 녹음·영상녹화물이 그 진술이 기재된 서류와 실질적으로 같다고 하면서 굳이 법 제311조와 제312조는 서류 형태의 ‘조서’에만 적용되고 실질적으로 조서에 같음하여 기록된 녹음·영상녹화물에는 적용되지 않다는 것은 합리적이지 못하다고 할 것이다.⁶⁶⁾ 예를 들어 현재 판례의 태도에 따르면

64) 대법원 1992. 6. 23. 선고 92도682 판결.

65) 대법원 2014. 7. 10. 선고 2012도5041 판결.

66) 증거능력 부정설은 법 제244조의 조서작성의무에 관한 규정을 강행규정으로 보고 있으나, 실무에

범죄피해자가 피해 당시 또는 그 직후 119 신고를 하여 범죄피해사실과 범인에 대해 문답한 진술이 녹음된 119소방응급센터 녹음파일에는 제313조 제1항을 적용하면서, 그 피해자가 112 신고를 하여 사법경찰관에게 한 똑같은 내용의 진술이 담긴 녹음파일은 원진술자가 법정에서 진정성립을 인정하는 진술을 하여도 증거로 쓸 수 없게 될 것이다. 더구나 원진술자가 사망·질병·외국거주·소재불명 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 법정에서 진술할 수 없는 때에는 제313조 제1항을 전제로 하는 제314조도 적용할 수 없게 될 것이다.

둘째, 현행 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제30조 제6항 및 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제26조 제6항 등은 해당 피해자의 진술 내용과 조사 과정을 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술에 대해 피해자나 조사 과정에 동석했던 신뢰 관계에 있는 사람 또는 진술조력인의 법정 진술에 의하여 진정성립이 인정된 경우 증거로 할 수 있도록 명시하고 있다. 이는 진정성립의 인정방법으로 법 제312조 제4항에서 정한 원진술자(피해자)의 법정 진술이나 영상녹화물 또는 그 밖의 객관적인 방법에 의한 증명 외에도 조사에 동석했던 참여자의 진술에 의한 진정성립 인정을 추가하여 해당 피해자를 사법적으로 더 보호하겠다는 취지이지 법상으로는 영상녹화물을 증거로 쓸 수 없다는 논리를 당연히 전제로 한다고 보기는 어렵다. 위 규정들에 규정된 영상녹화물이 수사에서 일반적으로 활용되는 영상녹화물과 녹화방법 및 절차, 신뢰성 등에 있어 아무런 차이가 없어 영상녹화물 자체에 증거능력의 차이나 우위는 없기 때문이다.

셋째, 현행 법 제312조 제2항 및 제4항은 원진술자의 진술 외에 영상녹화물이나 그 밖의 객관적인 방법에 의하여 조서의 진정성립을 증명할 수 있도록 규정하여 진술이 수록된 영상녹화물 등 객관적인 디지털매체가 증거능력 인정에 중요한 요소가 될 수 있는 가능성을 열어두고 있다고 볼 수 있다. 만일 조서가 없거나 유실된 경우 또는 피고인이 진정성립이나 내용을 인정하더라도 조서의 기재내용이 실제 녹화된 내용과 차이가 있어 정확한 진술취지를 확인하기 위해서 영상녹화물이 함께 증거로

서는 조서 작성을 원칙으로 하되 필요에 따라서는 조서 이외에 진술서 등 다른 기록방법을 사용하고 있고, 특히 공소권없음에 해당하는 사건, 피의자가 형사미성년자인 사건에 해당하는 경우 등에는 피의자신문조서 작성 자체를 생략할 수 있다(대검찰청 예규 형사504호, 수사사건처리 간소화 방침, 2009. 11. 2.).

제출된 경우 진술내용이 더 확실하게 보존된 영상녹화물을 증거로 쓸 수 없다는 것은 매우 불합리한 결과를 낳을 수 있다.

넷째, 공판정에서의 속기·녹음·영상녹화에 관한 예규에도 공판조서 또는 증인신문조서 등을 작성할 때 녹음물 또는 영상녹화물을 전자파일 형태로 보관하여 조서의 일부로 할 수 있는 근거규정(제5조)이 있고, 그러한 공판조서도 증거능력이 당연히 인정된다고 해석될 수 있는 점 등에 비추어 볼 때 법원 또는 수사기관에서 영상녹화물 등의 디지털증거 형태로 실질적인 조서가 작성될 경우 이를 조서와 달리 취급하여야 할 당위성은 희박하다고 본다.

다만 현행 법의 해석상 디지털 증거가 실질적 조서 역할을 하는 경우 법 제311조 내지 제312조의 규정이 적용될 수 있다고 해석할 때 디지털 증거의 특성 상 여전히 각 규정의 예외요건과 조화되기 어려운 측면은 있다. 따라서 녹음·영상녹화물의 증거조사방식을 포함한 증거법 체계를 전반적으로 디지털 증거의 특성에 맞게 개선하여 합리적인 범위 내에서 증거능력이 인정될 수 있는 명시적 규정을 둘 필요가 있다고 본다.

3. 공판·수사과정 외에서 기록된 디지털 전문증거

가. 문제점

법 제313조 제1항은 “피고인 또는 피고인이 아닌 자가 작성한 진술서나 그 진술을 기재한 서류로서 그 작성자 또는 진술자의 자필이거나 그 서명 또는 날인이 있는 것은 공판준비나 공판기일에서의 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에는 증거로 할 수 있다”라고 규정하고 있는바 그 적용 대상을 ‘진술서나 그 진술을 기재한 서류’로서 ‘자필이나 그 서명 또는 날인이 있는 것’으로 하고 있다.

논의 지점은 두 가지 부분에 있다.

첫 번째는 디지털 증거는 그 특성상 통상 서류에서와 같은 ‘자필’이거나 ‘그 서명 또는 날인’이 없는데 그렇다면 위 전문법칙의 예외를 규정한 제313조가 적용될 것인지 여부이다. 즉, 디지털 증거의 진정성립을 인정하기 위하여 그 출력문서에 대한

작성자의 서명·날인을 증거능력 인정의 요건으로 볼 것인가의 문제이다. 제313조가 적용되지 않는다면 디지털 증거에 전문법칙의 예외를 적용할 수 있는 조문이 없어 전문법칙에 따라 증거능력이 부정되게 된다. 그러나 적용이 된다는 입장을 취하면 어떻게 진정성립을 인정할 수 있을 것인가의 문제가 생기게 된다.

두 번째로는 위에서 본 바와 같이 적용설의 입장에서 제313조에 “공판준비나 공판기일에서의 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에는 증거로 할 수 있다”라고 규정하고 있는데 작성자 또는 진술자가 성립의 진정함을 인정하는 진술을 하지 않는 경우가 문제된다. 즉, 그 ‘진술’의 의미와 그 외에 다른 방법으로 성립의 진정함을 증명할 수 있을 것인지에 대해 논의할 필요가 있다.

나. 제313조의 적용 여부

1) 학설의 대립

학설은 적용부정설과 적용긍정설로 나뉜다. 적용부정설은 디지털 증거와 관련된 법정 제출 증거물은 저장매체가 아니라 출력한 문건, 즉 서류로서, 녹음테이프를 증거로 제출하는 것과 제출 증거물에서 차이가 있고, 법 제313조 제1항 본문은, “피고인 또는 피고인이 아닌 자가 작성한 진술서나 그 진술을 기재한 서류로서 그 작성자 또는 진술자의 자필이거나 그 서명 또는 날인이 있는 것”라고 규정하여 진술을 기재한 서류는 ‘서명 또는 날인’을 요구하고 있으며, 예외적인 규정인 법 제311조 내지 제316조에 대한 해석은 엄격할 필요가 있으므로 녹음테이프 등의 증거능력에 대하여 법 제313조를 유추 적용하여 ‘진술자의 서명 또는 날인’이 없어도 증거능력을 인정하는 것은 법령 해석의 범위를 벗어나는 것이라고 주장한다.⁶⁷⁾ 이 견해는 결국 “디지털 증거의 진정성립 문제는 전자서명, 아이디와 패스워드의 일치 및 IP 주소의 확인 등 기술적인 방법으로 디지털 증거의 작성자를 특정할 수 있는 경우에는 예외적으로 진정성립을 인정할 수 있다는 내용의 입법적 결단을 통해 해결해야 할 문제”

67) 장상귀, “디지털 증거의 증거능력에 관한 연구”, 법학교수·검찰실무연구회 발표자료집(1), 2009, 239면.

라고 하고 있다.⁶⁸⁾

이에 대하여, 적용공정설은 디지털 전문증거에 대해 법 제313조를 준용함에 있어 서명·날인 요건을 필요로 하지 않는다고 본다. 이 견해는 일상적으로 작성되어 저장되는 전자문서에 전자서명을 할 것을 기대하거나 그러한 전자문서가 아이디나 패스워드, IP 정보 또는 작성자의 특징에 충분한 신뢰성 있는 메타데이터(작성자의 신원을 특정할 수 있는 기술적 수단)까지 저장하고 있을 것을 기대할 수는 없다는 점을 들면서 이러한 조건을 갖춘 문서만 형식적 진정성립이 인정된다고 한다면, 어렵게 압수수색을 거친 디지털 증거 중 상당부분은 무용지물이 될 것이라는 점 등을 논거로 제시한다.⁶⁹⁾

한편 컴퓨터 디스크 등 정보저장매체에 저장된 전자파일이나 그것을 출력한 문서에 작성자의 서명·날인 또는 자필을 요구하기는 어려우므로 이 요건은 작성자의 특정문제로 치환하여 해석해야 한다는 견해가 있다. 이 견해에 의하면 전자문서 등의 디지털 증거는 작성자의 전자서명, 메타데이터(파일의 아이디와 암호, 파일의 이름, 위치, 크기 및 수정일자 등), 전송 등에 이용된 이메일 계정, 해쉬값 비교 등 작성자를 특정할 수 있는 자료가 없으면 그 전자문서 원본 자체의 증거능력이 없다고 한다. 특히 피고인 작성의 전자문서의 경우 피고인이 자신이 작성한 문서가 아니라고 하거나 원본 자체가 위조되었다고 주장하는 경우 작성명의인을 특정할 수 없게 된다. 반면 피고인의 진술(형식적 진정성립을 인정할 수 있는 객관적 사실에 대한 진술을 포함)에 의하여 해당 전자문서의 형식적 진정성립이 인정되는 경우에는 실질적 진정성립이 사실상 추정된다고 한다.⁷⁰⁾ 이와 유사한 견해로 컴퓨터용디스크 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체에 기억된 문자정보가 증거로 제출되는 경우에 ‘작성자 또는 진술자의 자필이거나 그 서명·날인이 있는 것’이라는 요건은 증거조사를 신청한 당사자가 컴퓨터디스크 등에 문자정보를 입력한 사람과 입력한 일시, 출력

68) 장상귀, 앞의 논문, 242면. 이 견해는 입법론으로 제313조 제3항에 “압수된 디지털 저장매체에 저장된 파일 중 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술을 내용으로 하는 것을 출력한 문건은 그 파일이 기술적인 방법(또는 기타 객관적 방법)에 의하여 피고인 또는 피고인 아닌 자가 작성한 것임이 증명되는 때에는 증거로 할 수 있다”는 내용을 추가하는 방안을 제시한다.

69) 노명선/이완규, 형사소송법(제2판), 성균관대학교 출판부, 2011, 605면; 이숙연, 앞의 논문, 325면.

70) 오기두, “피고인의 공판정 진술과 전자문서의 진정성립”, 사법 24호, 2013. 6., 165-197면.

한 사람과 출력한 일시를 밝히는 것으로 전환된다고 보는 견해도 있다.⁷¹⁾

2) 판례의 태도

대법원은 앞에서 본 ‘영남위원회 사건’ 및 ‘일심회 사건’에 대한 판결에서 “디지털 저장매체에 들어 있는 문건의 내용을 증거로 사용하는 경우 디지털 저장매체는 그 기재의 매체가 다를 뿐 실질에 있어서는 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 서류와 크게 다를 바 없고, 기본적으로 반대신문의 기회가 보장되지 않는 점 등에 비추어 그 기재 내용의 진실성에 관하여는 전문법칙이 적용되고, 따라서 법 제313조 제1항에 의하여 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에 한하여 이를 증거로 사용할 수 있다.”라고 판시하여 압수된 디지털 저장매체로부터 출력한 문건에 대하여 제313조를 적용하고 그 진술로써 진정 성립이 인정되어야 한다는 입장을 취하고 있다. 이러한 판례의 행간을 보면 디지털 증거에 대한 제313조의 적용 요건으로 그 출력문서에 대한 작성자의 서명·날인, 전자문서에 대한 전자서명 등을 요구하지 않고 있어 증거능력 인정의 요건으로 문제 삼지 않는 듯하다.⁷²⁾

3) 검토

형사소송법 제정 시 입법자는 진술을 기록하는 매체로서 ‘서류’만을 상정하였고 문언상으로는 컴퓨터 등 디지털기록 매체가 이에 포함되지 않는다고 볼 수 있다. 다만, 법 제310조의2의 해석상 전문법칙이 컴퓨터 등 디지털기록 매체에 적용된다면 법 제313조의 전문법칙의 예외규정도 작성자의 서명·날인이 없는 위와 같은 기록 매체 및 그 출력물에 적용될 수 있을 것이다.

생각건대 법문언에 따라 전문증거 배제법칙을 형식적으로 고수하는 것이 실제 진실의 발견에 오히려 지장을 준다면 전문증거 배제법칙을 두고 있는 취지에도 부합하지 않는 결과를 낳게 되므로, 유연하게 예외를 설정할 필요가 있다. 애초에 법조문은 디지털 증거를 상정하지 않고 작성자의 서명·날인을 규정하였던 것이므로 이

71) 신동운, 앞의 책, 1120면.

72) 이숙연, 앞의 논문, 324면.

에 전자서명을 요구하는 등 역지로 조문의 내용을 디지털 증거에 끼워 맞출 필요는 없어 보인다. 현실적으로 모든 디지털 매체에 전자서명을 요구할 수도 없거니와, 전자서명 역시 전자문서의 작성자와 변조 여부를 확인할 수 있도록 해당문서에 첨부되는 암호화된 정보여서 전자서명법상 공인전자서명과 같이 법적으로 서명·날인의 효력이 인정되는 경우를 제외하면 전자문서의 진정성, 무결성을 입증하기 위한 하나의 자료가 될 뿐이기 때문이다.

오히려 제313조가 특유하게 요구하는 성립의 진정과 관련하여 해당 디지털 증거의 작성자 또는 원진술자를 특정하는 것이 일반적인 서류에 비하여 중요한 문제가 된다. 진술 기재 서면에는 문서의 내용이 자신의 진술임을 인정하는 원진술자의 서명·날인이라는 전형적인 행위가 있지만 이러한 서명·날인이 없는 디지털 증거의 경우 진정성립의 증명 단계에 앞서서 우선 그 내용이 누구의 진술내용인지, 그 작성자가 누구인지부터 특정해야 한다. 이러한 작성자의 특정 문제는 작성자 또는 원진술자의 진술에만 의존할 필요는 없을 것이고, 예를 들어 그 문서가 작성된 컴퓨터가 피고인의 것인지, 내용상 피고인이 아니면 작성할 수 없는 내용인지를 판단할 수 있는 제반사정, 그 문서에 대해 알고 있는 사람의 증언, 객관적인 사정에 대한 피고인의 진술, 녹음·녹화의 경우 녹음·녹화된 사람의 목소리 또는 모습이 원진술자의 것과 일치한다는 검증 또는 감정결과 등을 종합하여 자유로운 증명에 의하여 판단할 수 있다고 보는 것이 타당하다.

요컨대 컴퓨터 전자문서나 진술녹음파일, 진술 영상녹화물 등 다양한 형태의 디지털 증거에 제313조를 적용함에 있어 서면에 요구되는 서명·날인을 동일하게 요한다고 보기는 어렵다. 다만, 서명·날인을 요구하지 않을 경우 여전히 원진술자(또는 작성자)의 특정 문제가 남아 있으므로, 성립의 진정을 증명하기 전에 검사는 원진술자(또는 작성자)가 누구인지 밝혀야 하나, 이는 자유로운 증명으로도 가능하다고 본다.

다. 진정성립의 인정

1) 문제점

법 제313조는 피고인 또는 피고인이 아닌 자의 진술서 또는 진술 기재 서면에

대하여 “공판준비나 공판기일에서의 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에 증거로 할 수 있다”라고 규정하고 있다. 디지털 증거가 출력된 문서 등에 대하여 제313조를 적용하는 입장에서 작성자 또는 진술자가 성립의 진정함을 인정한다면 법문상으로도 그 디지털 증거의 진정성립 인정에 문제가 없다. 그러나 작성자 또는 진술자가 진술로 성립의 진정함을 부인하고 있는 경우에 이를 인정할 수 있을 것인지 문제된다. 디지털 증거의 경우 설사 작성자 또는 진술자가 “내가 진술한대로 자료가 되어 있지 않다”라고 진술하더라도 여러 가지 기술적 방법과 같은 객관적 증거에 의하여 그와 반대되는 사실을 입증할 수 있기 때문이다.

2) 학설의 대립

통설은 제313조의 “진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때”의 ‘진술’을 “진정성립을 인정하는 진술”로 국한하여 해석한다. 이러한 통설은 디지털 형태로 작성·저장된 문서에 대하여 종이로 작성된 문서보다 증거능력 인정 요건을 더 완화할 이유는 없다고 하면서 피의자가 문서 작성 형태를 어떻게 취했느냐에 따라 자신에게 불리한 증거를 증거로 받아들여야 하는 불이익을 받으라고 할 수 없다는 점을 논거로 든다. 디지털 증거가 진술의 진실함을 전제로 요증사실을 입증하려는 전문 증거라면 그 역시 종이문서와 마찬가지로 작성자 또는 진술자가 “그 문서는 내가 작성한(진술한) 것이 맞다(녹음의 경우 진술내용이 진술자가 진술한 대로 녹음된 것이 맞다)”라는 취지의 진술에 의하여 성립의 진정함이 인정됨으로써 증거능력이 인정되고, 피고인 측의 반대신문이 허용되어야 할 것이라고 주장한다.⁷³⁾ 다만 이 견해 중에서도 “디지털 증거든, 종이문서든 피고인이 증거로 함에 부동의 하더라도 다른 객관적인 증거에 의하여 피고인의 작성사실이 합리적 의심 없이 인정되는 문서에 대하여는 증거능력을 인정할 수 있도록 입법적으로 해결하는 것이 마땅하다”라고 하는 견해도 있다.⁷⁴⁾

한편, 객관적인 기술적 자료에 근거하여 해당 디지털 증거의 작성명의인이 피고인임이 입증된다고 하더라도 형식적 진정성립을 부인하기만 하면 증거능력을 인정

73) 신동운, 앞의 책, 906-907면; 법원실무제요 형사[II], 114면 등.

74) 이숙연, 앞의 논문, 326면.

할 수 없게 되는 것은 조리에 반하나, 제313조의 직접심리주의 내지 공판증심주의 구현이라는 입법동기를 존중하여 원진술자가 형식적 진정성립을 인정할 수 있는 객관적 사실들을 인정하면 형식적 진정성립이 증명되어 실질적 진정성립이 사실상 추정되고, 증거능력이 인정될 수 있다는 견해가 있다. 예를 들어 피고인만이 전속적으로 이용하는 컴퓨터에서 해당 디지털 증거가 작성되었다거나, 피고인만이 사용하는 이메일 계정으로 첨부파일 형태의 디지털 증거가 전송되었다는 점, 에스앤에스 계정, 도메인 네임, 인증, 고유접속번호 또는 전자문서에 표시된 성명, 인장 이미지 등이 피고인의 것이라는 점 등 형식적 진정성립을 뒷받침할 수 있는 사실을 피고인이 법정에서 인정하면서도 자신이 작성한 문서가 아니라고 다투는 경우에는 증거능력이 인정될 수 있다고 한다.⁷⁵⁾

또한 제313조의 ‘진술’을 “원진술자가 공판정에서 행하는 모든 진술”로 해석하여야 한다는 소수설이 있다.⁷⁶⁾ 이 견해는 개정 법 제313조가 ‘원진술자의 진술’로만 성립의 진정을 입증하게 한 입법 취지는 종래와 같이 원진술자가 법정에서 나오지 않고 조서만으로 사실인정을 하던 폐해를 극복하고 원진술자를 반드시 출석시켜 피고인으로 하여금 비판의 기회를 갖게 해주어 직접주의를 실현할 수 있도록 하기 위함이었다고 분석한다. 따라서 위와 같이 ‘진술’을 ‘진정성립의 인정 진술’로 국한하여 해석하여 다른 객관적인 입증방법을 모두 사용할 수 없게 하는 것은 위 입법취지와 동떨어진 해석이라고 한다. 즉, ‘진술’을 “원진술자가 공판정에서 행하는 모든 진술”로 해석함으로써 법원이 다른 객관적인 증거에 비추어 원진술자가 진술한 전 취지를 살펴 진정성립 여부를 판단할 수 있게 하여야 한다는 것이다.

3) 판례의 태도

가) 영남위원회 사건

디지털 증거의 증거능력에 대한 논의가 처음 시작된 것은 소위 ‘영남위원회 사건’으로, 위 사건의 대법원 판결에서는 컴퓨터 디스켓에 저장되어 있는 문서에 대한

75) 오기두, 앞의 논문, 177-193면.

76) 이완규, 형사소송법연구2, 법문사, 2011, 397-492면.

증거능력을 판단함에 있어서 최초로 전문법칙을 적용하여 원작성자 또는 진술자가 인정하지 않은 디지털 증거에 대해 증거능력을 부인하였다.

즉, “컴퓨터 디스켓에 들어 있는 문건이 증거로 사용되는 경우 위 컴퓨터 디스켓은 그 기재의 매체가 다를 뿐 실질에 있어서는 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 서류와 크게 다를 바 없고, 압수 후의 보관 및 출력과정에 조작의 가능성이 있으며, 기본적으로 반대신문의 기회가 보장되지 않는 점 등에 비추어 그 기재내용의 진실성에 관하여는 전문법칙이 적용된다고 할 것이고, 따라서 법 제313조 제1항에 의하여 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에 한하여 이를 증거로 사용할 수 있다 할 것이다”라고 판시하였다.

나) 일심회 사건

‘영남위원회 사건’은 ‘일심회 사건’의 항소심 및 상고심 판결에서도 인용된다. 1심에서는 컴퓨터, CD, USB 메모리, 플로피 디스켓 등 저장매체에 대한 원본과의 동일성 여부를 법정에서 검증하는 방식으로 확인하여 증거능력을 부여하였으나, 항소심에서는 압수물인 디지털 저장매체로부터 출력된 문건의 증거능력에 대하여는 피고인 측에서의 참여가 보장되고 적법한 검증절차를 거쳤다면 그 동일성과 무결성이 인정된다고 하면서도 위 ‘영남위원회 사건’ 판례를 인용하면서 “이 사건 디지털 저장매체들에서 출력하여 검사가 증거로 제출한 문건 중에서 아래 표에 기재된 53개의 문건은 그 작성자가 원심에서 그 성립의 진정함을 인정하였으나 그 밖의 문건은 그 작성자에 의하여 성립의 진정함이 증명되지 않았거나 작성자가 불분명한 사실을 인정할 수 있다. 위와 같은 법리와 위 인정사실에 비추어 보면, 위 53개 문건은 법 제313조 제1항에 의하여 그 작성자에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에 해당하므로 그 문건의 내용을 증거로 사용할 수 있고, 그 밖의 문건은 법 제313조 제1항에 의하여 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에 해당하지 않으므로 그 문건의 내용을 증거로 사용할 수 없다.”라고 판시하여 디지털 증거로부터의 출력물에 대하여 작성자의 진술로 성립의 진정함이 인정되지 않을 경우 증거능력을 부정하여 통설과 마찬가지로의 태도를 견지하였다.

4) 검토

통설과 판례는 위 제313조의 ‘진술’을 성립의 진정함을 인정하는 진술로만 엄격하게 해석하고 있으나, 그로 인해 증거능력에 대한 판단이 당사자의 임의에 따르게 되는 비교법상 유례를 찾을 수 없는 기이한 결론을 가져오는 문제점이 있다. 특히 전자문서 등의 디지털 증거는 서명·날인이 없거나 작성명이 표시되어 있지 않은 경우가 많기 때문에 더 심각한 문제가 될 수가 있다.⁷⁷⁾ 결국 객관적인 데이터와 정황 등으로 작성자 또는 진술자로 특정된 사람이 작성 또는 진술한 것이 기술적으로 밝혀지고 동일성·무결성이 입증된 경우에도 “내가 작성했다”라고 인정하는 사람이 없는 경우에는 증거로 사용할 수 없게 될 것이다.

예를 들어 피고인이 PC방에서 다른 사람과 익명으로 주고받은 이메일에 자신의 살인방법과 과정을 구체적으로 묘사하였는데, 당시 피고인이 컴퓨터를 사용하는 장면이 촬영된 CCTV 녹화물, 컴퓨터에 저장된 로그기록, 관련 메타데이터, 아이피, 이메일 계정 등을 디지털 포렌식에 의해 분석한 결과 피고인이 그 시각 해당 PC에서 이메일을 작성하여 발송한 사실이 확인된 경우를 상정하여 보자. 피고인이 전문 증거인 위 이메일을 작성한 사실이 객관적으로 명백히 인정됨에도 피고인이 “내가 그 이메일을 작성한 사실이 없다”라고 진술하거나 단순히 모르겠다고 하거나 아예 진술거부권을 행사하는 경우 통설과 판례의 견해에 따르면 위 이메일과 그 출력물은 모두 증거능력이 없게 될 것이고, 다른 유죄의 증거가 없다면 피고인은 무죄가 선고될 것이다. 이는 형사소송법이 추구하는 근본이념인 형사사법 정의 실현에 반할 수 있을 뿐 아니라 피고인의 반대신문권이나 신용성의 정황적 보장 등 전문법칙의 이유와도 별다른 관련이 없다.

원진술자가 형식적 진정성립을 인정할 수 있는 객관적 사실들을 인정하면 그 진술에 의해 진정성립이 증명되어 증거능력이 인정될 수 있다는 견해는 통설과 판례의 문제점을 어느 정도 해결할 수는 있을 것이다. 그러나 이 견해는 형식적 진정성립을 인정할 객관적 사실을 해당 전자문서 작성명의인의 특정문제로 보며, 어쨌든 피고인의 이를 인정하는 진술이 없으면 증거능력이 인정될 여지가 없게 된다.⁷⁸⁾

77) 전명길, 앞의 논문, 333면. 이러한 입장에서 소수설이 전문증거인 디지털 증거와 관련하여 더 의미가 있을 수 있다고 보았다.

한편 제312조에서는 검찰 피의자신문조서에 대하여 제1항에서 피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 피고인의 진술에 의하여 ‘인정’될 것을 규정하면서 제2항에서 피고인이 진정성립을 ‘부인’하는 경우 영상녹화물이나 그 밖의 객관적인 방법에 의하여 ‘증명’될 수 있는 요건을 규정하고 있다. 반면, 제313조에서는 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 ‘증명’된 때에 증거로 할 수 있다고 문언 자체를 달리 규정하고 있는 점도 주목할 필요가 있다. ‘증명’은 ‘인정’과는 달리 진술자의 임의가 아닌 객관적인 입증가능성이 포함된 용어라고 볼 수 있는 것이다. 이렇게 볼 때 통설·판례와 같이 제312조의 ‘진술’과 제313조의 ‘진술’의 취지를 같이 보는 것이 오히려 더 어색할 수 있다. 입법자로서는 같은 내용을 굳이 그렇게 다른 표현을 써서 규정할 이유가 없기 때문이다. 따라서 위 소수설과 같이 ‘진술’을 ‘원진술자가 공판정에서 행하는 모든 진술 또는 진술의 전 취지’로 해석함이 타당하다고 본다.

소수설에 따라 위에서 예로 든 사례를 본다면 피고인이 이메일을 작성하지 않았다고 진정성립을 부인하는 진술을 하더라도 피고인에게 위와 같은 객관적인 자료와 분석결과를 제시하고 “이메일 작성 당시 PC방에 간 사실이 있는지”, “CCTV에 촬영된 사람이 본인이 맞는지”, “당시 PC로 이메일 계정에 접속한 사실이 있는지” 등을 신문하여 피고인이 이를 인정하는 경우 그 전 취지를 살펴 ‘성립의 진정이 증명되었는지 여부’를 판단할 수 있을 것이다. 설사 피고인이 역지를 써 객관적으로 명백히 입증되는 사실에 대해 부인을 하거나, 진술거부권을 행사하더라도 피고인의 진술거부권을 침해하지 않는 한도에서 피고인의 ‘진술의 전 취지’에 의하여 진정성립이 ‘증명’되는 경우도 있을 수 있을 것이다. 다만, 소수설 역시 해석론의 한계가 있다. 현재 통설·판례의 견해에 따라 운영되는 실무의 현실을 감안할 때 논란의 소지가 없도록 명확히 입법적으로 해결함이 타당할 것이다.

78) 오기두, 앞의 논문, 178-179면.

라. 특신상태의 적용범위 및 인정 방법

1) 문제점

법 제313조 제1항 단서에서는 “단, 피고인의 진술을 기재한 서류는 공판준비 또는 공판기일에서의 그 작성자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명되고 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여진 때에 한하여 피고인의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 불구하고 증거로 할 수 있다”라고 규정하고 있다.

위 ‘진술에 불구하고’의 해석에 대하여는 이를 진정성립을 부인하는 진술로 해석할 것인지, 내용을 부인하는 진술로 해석할 것인지에 대한 견해의 대립이 있다.

2) 학설

먼저, 진정성립 부인으로 해석하는 견해는 위 ‘피고인의 진술을 기재한 서류’를 ‘피고인 아닌 제3자가 피고인의 진술을 기재한 서류’로 해석하여 위 단서 조항이 그 경우에만 적용된다고 본다. 즉, 제3자인 작성자가 진정성립을 인정할 경우 피고인이 성립의 진정을 부인하더라도 특신상태가 있을 경우 증거능력을 인정할 수 있게 해 주는 규정이라고 본다.⁷⁹⁾

한편, 내용부인으로 해석하는 견해는 위 단서에 규정된 특신상태 요건은 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술서와 제3자가 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 서류에 모두 적용된다고 본다. 이 때 ‘진술에 불구하고’의 ‘진술’은 기재내용이 진실에 부합하지 않는다고 주장하는 내용부인의 진술이라고 본다.⁸⁰⁾

3) 검토

생각건대, 제313조의 ‘진술에 불구하고’의 의미는 제312조 등 다른 전문법칙의 예외를 규정한 조문과 통일적, 유기적으로 해석하여야 한다고 본다. 위 단서 규정과 비슷한 형식의 규정인 제312조 제2항에서는 “제1항에도 불구하고 피고인이 그 조

79) 노명선/이완규, 앞의 책, 601면.

80) 신동운, 앞의 책, 1124-1125면.

서의 성립의 진정을 부인하는 경우에는 그 조서에 기재된 진술이 피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 영상녹화물이나 그 밖의 객관적인 방법에 의하여 증명되고, 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 증거로 쓸 수 있다”라고 하여 모두 진정성립과 관련된 ‘진술’을 규정하고 있다. 또한 내용인부와 관련하여서는 제312조 제3항에 “그 내용을 인정할 때에 한하여”라고 규정하고 있어 진정성립과는 다른 용어 사용을 보여주고 있다. 따라서 위 ‘진술에 불구하고’는 “진정성립을 부인함에도 불구하고”로 해석함이 타당하고 이때의 작성자는 “피고인이 아닌 제3자”를 의미한다고 봄이 통일적이고 간명하다. 그리고 내용부인은 기본적으로 증거능력의 문제가 아닌 증명력의 문제로 다루는 것이 타당하다고 할 것이므로 내용부인으로 인하여 증거능력 자체가 부인되는 것은 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서에 한하여 형사소송법이 특유하게 예외를 두는 규정으로 보아야 할 것인바 위 제313조 제1항 단서의 경우 ‘진술’을 내용부인의 경우로 해석할 것은 아니라고 본다.

따라서 디지털 증거의 경우 피고인의 진술을 기재한 전자문서 또는 피고인의 진술이 녹음된 음성파일의 진정성립을 피고인이 인정하지 않는 경우 그 작성자 또는 녹음자의 진술에 의하여 성립의 진정함이 증명되고, 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여진 때라면 증거로 쓸 수 있다. 여기서 특신상태란 신용성의 정황적 보장을 의미하고 이는 소송상 사실에 관한 것이므로 자유로운 증명으로 족하다고 할 것이다.⁸¹⁾

4. 제314조의 적용여부

제314조는 “제312조 또는 제313조의 경우에 공판준비 또는 공판기일에 진술을 요하는 자가 사망·질병·외국거주·소재불명 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에는 그 조서 및 그 밖의 서류를 증거로 할 수 있다. 다만, 그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한한다”라고 규정하고 있다. 그렇다면 디지털 증거와 관련하여 제313조가 문제되었을 때

81) 대법원 2012.7.26. 선고 2012도2937 판결 참조.

작성자가 특정이 되지 않거나, 피고인 등이 고의로 작성자를 함구하고 있는 경우 또는 작성자가 진술을 거부하는 경우 등과 같이 사실상 진정성립의 인정을 방해하고 있는 경우 ‘그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’에 해당한다고 볼 수 있는지 여부가 문제된다.

우선 피고인이 진정성립의 주체가 되어야 하는 경우 피고인은 공판기일에 출석하고 있고 진술거부권을 행사할 수 있으므로 제314조가 적용되지 않는다. 피고인이 작성자를 함구하고 있는 경우에도 피고인에게 진술거부권이 있으므로 위 규정을 적용할 수 없고, 작성자가 불명일 경우 역시 검사가 진정성립의 입증에 실패한 것으로 보아야지 위 제314조를 적용하여 오히려 진정성립을 인정하는 결과를 가져오는 것은 타당하지 않다.⁸²⁾

5. 제315조 적용여부

법 제315조는 당연히 증거능력이 있는 3가지 유형의 서류를 규정하고 있다. 제315조에 규정된 서류들은 신용성의 정황적 보장이 고도로 인정되기 때문에 그 증거능력을 인정한 것이다. 이에는 ① 공권적인 증명문서, ② 업무상 필요로 작성한 통상문서, ③ 기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서가 있다.⁸³⁾

디지털 증거와 관련하여서는 전자등기부등본과 같이 디지털화된 공권적인 증명문서는 당연히 제315조 제1호로 증거능력이 인정되어야 할 것이고, 컴퓨터 등 디지털 매체를 통해 작성된 업무상 장부 등도 제315조 제2호에 따라 증거능력이 인정될 수 있을 것이다.

대법원 역시 성매수 혐의로 기소된 피고인에 대하여 제출된 메모리카드 출력물의 증거능력이 문제된 사안에서 “위 메모리카드에 기재된 내용은 성매매 여성들이 성매매를 업으로 하면서 영업에 참고하기 위하여 성매매를 전후하여 상대 남성의 아이디와 전화번호 및 성매매 방법 등을 메모지에 적어두었다가 직접 또는 다른 여직원 이 입력하여 작성된 것임을 알 수 있는바, 이는 실질적으로 법 제315조 제2호 소

82) 대법원 2013. 6. 13. 선고 2012도16001 판결 참조.

83) 전승수, 앞의 논문, 226-227면.

정의 영업상 필요로 작성된 통상문서로서 그 자체가 당연히 증거능력 있는 문서에 해당한다”고 판시하였다.⁸⁴⁾

그렇다면, 디지털 증거의 경우 객관적 해취값이나 기계적인 방법 등으로 특정인이 작성한 문서라는 것이 명백히 인정될 경우 특정인의 진정성립을 인정하지 않는 진술에도 불구하고 제315조 제3호에 의하여 그 증거능력을 인정할 수 있을 것인지 문제가 된다. 예를 들어 진술자가 진술하거나 작성자가 자필 진술서를 작성하는 내용을 다른 사인이 촬영하거나 녹음한 경우에 해당 서류는 디지털 증거의 무결성만 입증되면 디지털 증거의 특성상 기술적으로 ‘특히 신용할만한 정확에 의하여 작성된 문서’로 인정될 수 있는 경우도 있을 것이다. 이는 제313조와 관련하여 진술 외의 방법으로도 그 진정성립을 인정할 것인지의 문제와 연관된다.

그러나 제315조의 취지상 제3호의 문서는 공적인 증명문서나 업무적인 통상문서와 같이 제도적으로 권위를 부여한 문서에 준할 정도가 되어야 할 것이다. 사망 직전의 진술이나 자연적 발언 등이 기재된 문서의 경우에도 이를 제315조 제3호로 증거능력을 인정하기 보다는 제314조의 일반적 진술서면으로 특신상태의 유무에 따라 증거능력을 판단함이 상당하다.⁸⁵⁾ 역시 위와 같이 기술적으로 특신상태가 인정된다고 하더라도 이는 제315조의 문제가 아닌 제312조, 제313조 및 제314조의 문제로 각 요건에 맞추어 판단해야 한다고 본다.

VI. 결론

현대과학의 발달로 디지털 정보의 활용도가 급증함에 따라 현대문명사회는 시간과 장소의 제약을 극복해가고 있고, 기술적 발전을 통하여 디지털 정보 이용매체는 더 정교해지고 있다. 이를 바탕으로 디지털 증거는 증거의 더 많은 부분을 차지하게 될 것이고, 그 중요성도 더욱 커질 것이다. 디지털 증거는 매체독립성, 무체정보성, 복제용이성, 취약성, 대량성 및 네트워크 관련성 등 독특한 특성을 가지고 있지만

84) 대법원 2007. 7. 26. 선고 2007도3219 판결.

85) 임동규, 형사소송법, 법문사, 2008, 517면 등.

현행 형사증거법의 대다수 규정들은 이러한 디지털 증거를 전제하지 않고 있어 규범의 공백이 생기는 문제점을 안고 있다.

따라서 본 논문에서는 디지털 증거의 특성을 고려하여 현행 형사증거법의 관련 규정에 대한 해석을 통하여 위와 같은 공백을 최소화하려는 시도를 해보았다. 그러나 엄격해석의 원칙 및 유추해석 금지의 원칙이 확립된 형사법규범의 공백을 해석만으로 메우는 데는 한계가 있으므로, 형사증거법을 디지털 증거를 포섭할 수 있는 방향으로 개정하는 노력도 필요하다고 할 것이다. 이러한 관점에서 다음과 같은 몇 가지 제안으로 본 소고를 끝맺고자 한다.

첫째, 모든 증거에는 진정성이 요구되지만 디지털 증거에 있어서는 원본과의 동일성, 무결성 및 신뢰성 등 특유의 선결요건이 추가로 요구된다. 이러한 선결요건을 입증하는 방법에 관하여 점차 판례가 축적되고 있으나, 장기적으로는 수사기관이 준수하여야 할 세부적인 준칙을 명확히 개발하고, 그 준칙이 준수된 사실이 입증되면 위 선결요건을 갖춘 것으로 인정하는(또는 추정할 수 있는) 관행 또는 입법이 필요하다고 본다.

둘째, 전문증거인 디지털 증거와 관련하여서는 법 제310조의2의 적용대상에 디지털 증거가 포함될 수 있도록 명문화할 필요가 있다. 나아가 제310조의2의 적용은 그 전문법칙의 예외를 어떻게 인정할 것인가의 문제와 연결되므로, 형사증거법상 디지털 전문증거의 명문화는 제311조 내지 제315조를 개정하는 문제가 될 것이다.

셋째, 법원 또는 수사기관에서 기록된 디지털 전문증거를 규율하는 입법이 필요하다고 본다. 형사소송에 전자문서에 의한 조서가 아직 도입되지는 않았지만 향후 전자문서의 발달로 조서 자체가 전부 또는 일부 전자문서로 대체될 가능성을 배제할 수는 없다. 한편 현재 시행되고 있는 영상녹화조사제도에 따라 피의자신문 또는 참고인조사과정을 녹화한 영상녹화물에 대하여 보충적이나마 독립된 증거능력을 부여할 필요가 있다. 현행 조서 중심의 형사증거법 체계를 급격히 개편하는 것은 어려우므로, 조서가 멸실되었거나, 피고인이 검사 또는 사법경찰관 앞에서 한 특정 진술이 조서의 내용과 달라 이를 검증할 필요가 있거나, 그 진술을 한 사실 자체를 입증하기 위하여 보충적으로 영상녹화물을 증거로 활용할 수 있도록 하는 것이 바람직하다. 이때 극장재판을 방지하기 위하여 영상녹화물을 증거로 제출할 경우에는

반드시 녹취서를 함께 제출하도록 하는 방안 등을 고려해볼 수 있다. 이러한 입법은 영상녹화조사가 조서만을 증거로 쓰게 됨으로써 생길 수 있는 폐단을 막고, 수사의 투명성을 보장하여 사법 불신을 해소하며, 위법수사를 예방하는 장점을 살려 어렵게 도입된 영상녹화조사를 활성화하는데 기여할 것이다.

넷째, 법 제313조는 그 대상을 ‘피고인 또는 피고인 아닌 자가 작성한 진술서나 그 진술을 기재한 서류로서 그 작성자 또는 진술자의 자필이거나 그 서명 또는 날인이 있는 것’이라고 하고 있어 디지털 증거에 이를 적용할 때는 ‘서명·날인’의 요건을 무시하거나 작성자의 특정문제 등으로 치환하여 해석해야 하는 문제를 낳고 있다. 따라서 ‘피고인 또는 피고인 아닌 자가 진술을 기록한 디지털 증거로서 그 작성자(기록을 행한 자) 또는 진술자가 특정되어 있는 것’ 등으로 그 적용대상에 관한 규정을 추가하는 방안이나 디지털 증거에 대한 별도의 법령을 제정하는 방안 등을 고려해볼 필요가 있다.

마지막으로, 법 제313조가 ‘그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때’로 진정성립의 인정방법을 제한하고 있는 것과 관련하여 그 작성자 또는 진술자의 진술 외에 형식적 진정성립을 인정할 수 있는 객관적 사실을 입증하는 방법으로도 진정성립을 증명할 수 있도록 개정할 필요가 있다. 통설과 판례는 디지털 전문증거와 그 출력된 문서 모두 오로지 작성자(또는 원진술자)의 진술에 의하여만 그 성립의 진정함이 증명될 수 있다고 해석하고 있다. 즉 어떠한 기술적인 방법으로 작성자의 작성사실을 입증하더라도 작성자가 이를 부인하면 그 성립의 진정함이 인정되지 않아 증거능력이 없게 되는 것이다. 제313조의 입법동기가 직접심리주의 내지 공판중심주의 구현에 있다면 원칙적으로 진정성립의 인정은 진술자(특히 피고인 진술의 경우 그 피고인)의 진술에 의하여, 진술자가 이를 부인하거나 진술을 거부하는 경우 예외적으로 객관적인 방법에 의하여 진정성립이 증명되고, 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여진 때에 한하여 증거능력을 인정하는 방안도 고려할 필요가 있다.

참고문헌

1. 단행본

- 노명선/이완규, 형사소송법(제2판), 성균관대학교 출판부, 2011
- 배종대/이상돈, 형사소송법(제7판), 홍문사, 2006
- 법원실무제요 형사[II], 법원행정처, 2008
- 신동운, 신형사소송법(제4판), 법문사, 2012
- 이성진 등, 해킹피해시스템 증거물 확보 및 복원에 관한 연구, 한국정보보호진흥원, 2002
- 이완규, 형사소송법연구1, 탐구사, 2008
- 이완규, 형사소송법연구2, 법문사, 2011
- 이재상, 신형사소송법(제2판), 법문사, 2008
- 임동규, 형사소송법, 법문사, 2008
- 정웅석, 형사소송법(제4판), 대명출판사, 2007

2. 논문

- 권오걸, “디지털 증거의 개념·특성 및 증거능력의 요건”, IT와 법연구 제5집(2011.2.)
- 김재봉, “디지털 증거의 증거능력요건으로서 동일성과 그 확보방법”, 법학논집, 제 31집 제1호
- 양근원, “디지털 포렌식과 법적 문제 고찰”, 형사정책연구 제17권 제2호(2006)
- 양근원, “디지털 증거의 특징과 증거법상의 문제 고찰”, 한국경찰학회보 제12호, 한국 경찰학회(2006)
- 오기두, “영상녹화물의 증거능력 및 증거조사방법”, 형사사법토론회 자료집, 사법제도개혁추진위원회, 2005
- 오기두, “피고인의 공판정 진술과 전자문서의 진정성립”, 사법 24호, 2013. 6.
- 이성진, “디지털 포렌식스 기술 발전 방안”, 디지털 포렌식 연구, 2007. 11.

- 이숙연, “디지털증거 및 그 증거능력과 증거조사방법: 형사절차를 중심으로 한 연구”,
사법논집 제53집(2011)
- 이영한, “새로운 형사소송법에서의 조서와 영상녹화”, 법조 제617호(2008. 2.)
- 이완규, “협박 진술 녹음의 전문증거 문제와 진정성 문제의 구별”, 저스티스 통권
제139호(2013. 12.)
- 장상귀, “디지털 증거의 증거능력에 관한 연구”, 법학교수·검찰실무연구회 발표자
료집(1), 2009
- 전명길, “디지털증거의 수집과 증거능력”, 법학연구 제41집(2011. 2. 25.)
- 전승수, “형사절차상 디지털 증거의 압수수색 및 증거능력에 관한 연구”, 서울대학교
법학 박사학위 논문, 2010
- 정웅석, “피의자신문의 영상녹화에 관한 연구”, 법조 제625호(2008. 10.)

The Admissibility of Digital Evidence - Proving authenticity of the digital evidence and overcoming hearsay barrier -

Kim Yoonseob* · Park Sangyong**

In modern information technology society, most of the information is digitally being formed. The proportion of digital evidence in criminal proceedings has increased significantly.

Digital evidence has several characters which can not be found in the analogue evidence. Digital evidence is information which we can not see without specific digital medium. Digital evidence can have the same contents regardless of the digital medium. We can copy digital evidence easily and massively. Digital evidence can be sent easily even if between countries.

Although digital evidence is becoming very crucial and normal evidence in criminal procedure, the Korean criminal procedure law, especially evidence rule, is still focusing analogue evidence. That's why we are to face some holes when we are handling digital evidence, and need to interpret the criminal procedure law with wisdom to fill in the holes.

There are two requirements for admissibility of digital evidence. First, the digital evidence needs to be proved authentic. Second, the digital evidence needs to overcome hearsay barrier. We analyzed critically some leading cases of the supreme court interpreting the hearsay rule in the Korean criminal procedure law, and suggested possibility of another interpretation of the hearsay rule in the Korean

* Prosecutor of the Seoul Eastern District Prosecutors' Office

** Prosecutor of the Daejeon District Prosecutor's Office, Cheonan Branch

criminal procedure law for finding proper solutions which can correspond to the reality.

We also suggested some legislations for the Korean criminal law to include digital evidence. For example, we can make new hearsay rule in the Korean criminal procedure law for dealing digital evidence.

❖ Keyword: admissibility, authenticity, hearsay rule, digital evidence, analogue evidence