

전문증거 증거능력 인정요건의 변화와 이로 인한 새로운 문제에 대한 검토 : 형사소송법 제313조의 개정을 중심으로

박민우*

국 | 문 | 요 | 약

형사소송법 제313조 제2항의 개정은 제215조상 관련성 요건과 맞물려 ‘오로지 진정성립을 증명하기 위한 목적’으로 일련 범죄사실과 직접적인 관련이 없어 보이는 자료의 압수가 가능한지의 문제를 가지고 온다. 보조증거로서의 지위를 가지고 있는 진정성립 입증에 위한 자료가 관련성 요건을 충족시킨다고 해석되기 위해서는 압수 당시 “① 전문증거물 그 자체에서 진정성립을 위해 필요한 요소가 무엇인지를 특정할 수 있거나, ② 경험칙상 진정성립 증명에의 활용빈도가 상당히 높은 정보임을 인정받을 수 있어야 하는 것”이어야 한다.

이는 종래에 비해 압수 대상성을 확장시킬 수 있다는 우려가 있을 수 있다. 하지만 디지털증거 압수·수색에 대해 날로 엄격해지고 있는 영장실무의 경향에 더하여, 진정성립 증명에 합리적 의심의 부존재 등 엄격한 기준을 적용한다면 극복할 수 있는 문제이다.

영장집행 종료로 디지털증거 복제본의 폐기의무가 발생하였음에도 불구하고 진정성립 입증 자료를 확보하기 위해 다시금 복제본을 탐색·추출할 수 있는지도 논란거리이다. 현행법의 해석상 수사기관이 폐기의무 발생 이후에도 복제본을 계속 보관한 행위를 적법하게 평가할 수는 없어 재탐색과 추출이 허용되어서는 안 된다.

❖ 주제어 : 전문법칙, 전문증거, 관련성, 진정성립, 압수·수색

* 경찰청 규제개혁법무담당관실 경감/법학박사

I. 들어가며

주지하다시피 전문법칙은 영미법에서 유래하였는데, 미국 Denver 대학교 Sturm College of Law 교수인 Arthur Best는 저서 『Evidence: Examples and Explanations (6th Edition)』를 통해 전문증거의 어려움을 다음과 같이 설명하였다.

“때로 전문증거의 원리를 이해하는 사람들은 일종의 비밀결사처럼 보이기까지 한다. 그들은 다른 사람들이 혼란스러워 하는 뭔가를 터득했고, 그에 대한 지식을 교묘히 이용하는 방법을 알고 있다는 것이다. ... 전문증거에 정통한 사람들은 여기에 질려하는 사람들에게 대한 우위를 포기하고 싶지 않을 것이다.¹⁾”

이 같은 Arthur Best 교수의 평가는 전문증거를 둘러싼 문제들이 수사·재판실무 뿐만 아니라 학계에서도 난해한 영역으로 꼽히고 있음을 단적으로 보여주고 있다. 대륙법계 형사소송 체계를 기반으로 하면서도 영미법의 전문법칙을 도입한 우리나라의 경우 그 어려움은 더욱 클 수밖에 없다. 게다가 태생적인 어려움에 더하여 디지털증거라는 새로운 증거방법이 대두되면서, 디지털증거와 전문법칙과의 관계에서는 큰 논란이 일었다. 우리 대법원은 “① 실질에 있어서 피고인 또는 피고인 아닌 사람이 작성한 진술서나 그 진술을 기재한 서류와 크게 다를 바 없고, ② 압수 후의 보관 및 출력과정에 조작의 가능성이 있으며, ③ 기본적으로 반대신문의 기회가 보장되지 않는 점” 등을 이유로 디지털증거가 전문법칙의 적용 대상임을 분명히 하였다.²⁾ 그런데 지난해 대법원이 이른바 원세훈 사건(국정원의 인터넷 여론조작)에서 일반인의 상식에서는 진정성립이 인정되는 핵심증거인 이메일 첨부자료에 대해, 작성자(이메일 계정 명의자)의 ‘기억이 없다’는 법정 진술을 이유로 증거능력을 부정³⁾하면서 ‘디지털증거에 있어 진정성립을 아날로그 문서와 같이 보는 게 옳은지’에 대한 논란이 촉발됐다. 증거능력을 부정한 대법원조차도 “디지털 저장매체로부터 출력된 문서에 관하여는 저장매체의 사용자 및 소유자, 로그기록 등 저장매체에 남은

1) Arthur Best 저/이완규·백승민 대표 번역, 『미국 증거법』, 탐구사(2009.6), 107면.

2) 대법원 1999. 9. 3. 선고 99도2317 판결, 대법원 2013. 2. 15. 선고 2010도3504 판결 등.

3) 대법원 2015. 7. 16. 선고 2015도2625 전원합의체 판결.

흔적, 초안 문서의 존재, 작성자만의 암호 사용 여부, 전자서명의 유무 등 여러 사정에 의하여 동일인이 작성하였다고 볼 수 있고 그 진정성을 탄핵할 다른 증거가 없는 한 그 작성자의 공판준비나 공판기일에서의 진술과 상관없이 성립의 진정을 인정하여야 한다는 견해가 유력하게 주장되고 있는바, 그 나름 경청할 만한 가치가 있는 것은 사실이나 입법을 통하여 해결하는 것은 몰라도 해석을 통하여 위와 같은 실정법의 명문조항을 달리 확장 적용할 수는 없다.”며 ‘입법적 해결’의 필요성을 피력하였다. 그리고 마침내 2016. 5. 19. 원진술자의 법정진술 없이도 ‘디지털포렌식 자료, 감정 등 객관적 방법’으로 진정성립을 인정할 수 있게 하는 형사소송법 개정안이 통과되었다. ‘객관적 방법’으로 진정성립이 인정될 수 있는 영역은 대부분 디지털증거에 해당할 것으로 보인다.

개정안의 적용에 관하여는 ‘객관적 방법’을 어디까지 인정하느냐는 게 제일의 문제일 것이다. 하지만 디지털증거의 진정성립 방법에 대해서는 개정 이전부터 줄기차게 주장되어 왔고 어느 정도의 기준도 제시되어 왔다는 점에서 예기치 못한 생소한 문제는 아니다. 반면, 대법원 2015. 7. 16.자 2011도1839 전원합의체 결정(이른바 종근당 사건)으로 상당한 제약이 가해진 디지털증거 압수·수색의 실무가 이번 개정을 매개로 기존보다 다소 완화될 수가 있는지는 새로운 화두이다.

즉, 객관적 방법에 의한 진정성립 증명이 압수·수색 관련성 요건의 확장을 가져올 수 있는지, 압수 후 폐기해야 하는 무관정보를 예외적으로 보관하고 있어야 하는 법리적·정책적 근거를 주장할 수 있는지 등의 문제가 떠오른 것이다. 이이 대해서는 지금까지 별다른 고민이 없어왔고, 어쩌면 문제가 될 수 있다는 의식도 희박하였다. 하지만 현재 증거법 분야에서 가장 뜨거운 논란이 되는 게 디지털증거의 압수·수색이고, 전통적으로 증거법 분야에서 가장 난해한 부분으로 꼽히는 게 전문증거라는 점에서 양자가 결합된 문제가 함의하는 바는 상당할 수밖에 없다. 수사와 재판 실무에서도 첨예한 문제로 떠오를 가능성이 적지 않을 것이다. 따라서 개정 형사소송법(2016. 5. 29)의 시행에 맞춰 이에 대한 검토가 필요한 상황이다.

II. 전문법칙과 그 예외의 개괄

1. 전문법칙의 의의

가. 의미와 체계상 지위

전문법칙이란 전문증거의 증거능력을 배제하는 이론인데, 전문증거는 사실인정의 기초가 되는 경험적 사실을 경험자 자신이 직접 법원에 진술하지 않고 다른 형태로 간접적으로 보고하는 것을 말한다.⁴⁾ 따라서 전문증거의 기본 형태는 “① 경험사실을 들은 타인이 전문한 사실을 법원에서 진술하는 경우(전문진술 또는 전문증언), ② 경험자 자신이 경험사실을 서면으로 기재하는 경우(진술서), ③ 경험사실을 들은 타인이 서면으로 기재하는 경우(진술기재서)”, 즉 진술증거와 진술서 및 진술기재서를 기본 형태로 한다.⁵⁾ 그리고 전문증거의 개념적 요소는 “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”⁶⁾인데, 판례 역시 문건의 존재 그 자체가 직접 증거로 되는 경우나⁷⁾, 원진술의 존재 자체가 요증사실인 경우⁸⁾에는 전문증거가 아니라고 보고 있다.

한편 헌법재판소는 헌법적 관점에서의 전문법칙의 지위에 대해 헌법이 전문법칙을 채택할 것을 직접적으로 요구하고 있지 아니하고 다만 형사소송법이 헌법상의 공정한 재판의 원칙을 이어받아 이를 구현하고 있을 뿐이며, 전문법칙의 세부적인 내용은 입법자가 우리사회의 법 현실, 수사관행, 수사기관과 국민의 법의식 수준, 수사기관에 의한 인권침해의 실태, 우리 형사재판의 구조 등 제반사정을 종합적으

4) 미국 연방증거법 제801조(c)는 전문증거를 다음과 같이 정의한다. (1) 진술자가 현재 재판이나 준비 기일에서 증언을 하는 중에 말한 것이 아닌 진술로서 (2) 당사자 중 일방이 그 진술 내용의 진위를 입증할 목적으로 제출한 진술을 말한다.

5) 유해용, “공판중심주의와 전문법칙”, 저스티스, 제98호(한국법학원, 2007.6), 192면.

6) 이완규, “협박 진술 녹음의 전문증거 문제와 진정성 문제의 구별”, 저스티스, 제139호(한국법학원, 2013.12), 378-383면.

7) 대법원 1999. 9. 3. 선고 99도2317 판결.

8) 대법원 2008. 9. 25. 선고 2008도5347 판결.

로 판단하여 결정할 성질의 것이라고 보았다.⁹⁾

요컨대 전문법칙은 증거능력의 문제이고, 관련 쟁점을 논의하는 데 있어 실체적 진실발견을 위한 필요성이라는 ‘현실’을 상당 부분 고려하여야 하는 영역이다. 전문법칙은 그 자체가 목적이 아니라 공정한 재판의 실현을 위한 수단으로서의 역할을 수행하기 때문에, 변화하는 현실에 발맞춰 그 해석과 적용에 유연성을 두어야 한다.

나. 형사소송법 제310조의2의 이론적 근거

형사소송법 제310조의2의 이론적 근거에 대해서는 크게 영미법에서의 이론만을 차용하여 원진술자의 반대신문권의 결여로만 볼 것인지 아니면 대륙법의 직접주의¹⁰⁾까지를 그 근거로 볼 것인지로 견해가 나뉘고 있다. 그런데 반대신문권의 본래 의미는 ‘피고인’이 증인을 대면한 상황에서 그에 대해 질문을 하고 답을 들을 수 있는 권리를 뜻하는데, 현재 형사소송에서 가장 중요한 전문증거가 수사기관 작성 ‘피의자신문조서’, 즉 ‘피고인이 된 사람’의 진술을 기재한 서면이라는 점에서 반대신문권만으로 전문법칙을 설명하는 것은 논리적이지 않다. 이 경우에는 법원 스스로 간접적인 증거를 통해서가 아니라, 직접 피신문자를 대상으로 하여 묻고 답을 듣는 과정을 통해서만 신용성 있는 증거를 확보할 수 있다는 생각, 즉 직접주의 원리에 의한 것으로 보는 것이 훨씬 자연스럽기 때문이다.¹¹⁾

따라서 제310조의2의 이론적 근거로는 반대신문권의 결여에 가장 중점을 두어야 하겠지만, 반대신문권만으로는 우리 법조문과 형사실무를 설명할 수 없는 만큼 우리 형사소송법의 특수성에서 말미암은 대륙법과 영미법의 혼재¹²⁾를 충분히 반영하

9) 헌법재판소 2005. 5. 26. 자 2003헌가7 결정.

10) 학계의 일반적인 견해는 직접주의를 공개주의, 구두변론주의와 함께 공판절차의 기본원칙 중 하나로 이해하고 있으며, 이를 다시 형식적 직접심리주의와 실질적 직접심리주의로 나눈다. 전자는 수소법원이 재판의 기초가 되는 증거를 직접 조사해야 한다는 원칙이며, 후자는 법원이 사실의 증명 여부를 판단함에 있어 요증사실과 가장 가까운 원본증거를 사용하고 그 대체물을 사용하지 못한다는 원칙이다.; 배종대·이상돈·정승환·이주원, 「신형사소송법(홍문사, 2011)」, 40/31; 손동권·신이철, 「새로운 형사소송법(세창출판사, 2013)」, 579면; 신동운, 「신형사소송법(법문사, 2014)」, 1143면; 이은모, 「형사소송법(박영사, 2012)」, 447면.

11) 홍영기, “반대신문권 보장: 전문법칙의 근거”, 고려법학, 제75호(고려대학교 법학연구원, 2014.12), 12면.

12) 1961년 형사소송법 개정으로 대륙법의 직접주의적인 규정은 기본구조는 유지하되 영미법의 전문

여 직접주의 역시 이론적 근거로 보아야 한다. 판례의 태도를 살펴보아도 헌법재판소는 ‘선서, 피고인의 면전에서 진술, 반대신문의 결여’ 등을 이유로 전문법칙이 인정되어 왔음을 밝히고, 직접주의와 전문법칙은 다 같이 오판방지와 방어권 보장으로 공정한 재판을 달성하는 기능을 한다고 판시¹³⁾하였다. 또한 형사소송법 제314조는 직접주의와 전문법칙의 예외라고 보아¹⁴⁾ 제310조의2의 이론적 근거를 직접주의와 전문법칙 양자로 파악하는 태도를 보여주기도 했다. 대법원 역시 형사소송법 제314조에 따른 증거능력이 문제된 사안에서 “형사소송법은…반대신문이 보장된 증거조사를 통하여 이루어져야 한다는 실질적 직접심리주의와 전문법칙을 채택하고 있다.”며 제310조의2에는 직접주의의 요소가 함께 있음을 확인해주고 있다.

2. 예외 인정을 위한 주요 개념과 요건

가. 예외인정 대상과 요건

헌법재판소는 형사소송법상 전문법칙을 배제할 만한 부득이한 사유가 있는 경우 그 예외와 예외의 범위를 정하는 것은 입법의 영역이고, 이는 공정한 공개재판을 받을 기본권을 본질적으로 침해하는 것이라거나 형해화한 것이라고 할 수 없다고 보았다.¹⁵⁾ 즉, 전문법칙의 적용과 그 예외를 어디까지 인정할지의 문제는 헌법의 해석이 아닌 입법을 통해 해결해야 하는 사안이라는 것이다. 이를 살펴보기 위해서는 ‘성립의 진정’과 ‘특히 신빙할 수 있는 상태’에 대한 개념 이해가 선행되어야 한다.

우선, 성립의 진정은 ‘형식적 진정성립’과 ‘실질적 진정성립’을 모두 만족시켜야 하는데, 전자는 원진술자가 진술서면의 작성명의인임을 확인하는 것으로 수사기관 작성 조서의 간인·서명·날인 등이 그 예이다. 후자는 진술서면의 기재내용이 진술한 내용과 일치한다는 원진술자 등의 법정진술을 의미한다.

법칙적인 내용으로 바뀌었다.; 김정환, “형사소송법 제301조의2 적용 기준과 범위에 관한 소고”, 인권과 정의, 제445호(대한변호사협회, 2014.11), 87면.

13) 헌법재판소 1994. 4. 28. 자 93헌바26 결정.

14) 헌법재판소 1998. 9. 30. 자 97헌바51 결정.

15) 헌법재판소 1998. 9. 30. 자 97헌바51 결정.

다음으로 ‘특히 신빙할 수 있는 상태’이다. 이는 자유로운 증명의 대상으로 대법원은 형사소송법 제312조 제4항 ‘참고인 진술조서’에 관한 특신상태를 “진술 내용이나 조서의 작성에 허위개입의 여지가 거의 없고, 진술 내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 것”을 말한다고 보았다.¹⁶⁾ 헌법재판소는 형사소송법 제314조 위헌소원에서 특신상태에 대해 대법원의 주류적인 설명과 마찬가지로 설명하면서, 이는 진실성이나 신용성에 있어 ‘반대신문에 갈음할 만한 외부적 정황’이라고 하였다. 그리고 특신상태는 부득이한 사유로 법관의 면전에서 진술되지 아니하고 피고인에게 반대신문의 기회가 부여되지 않은 진술인 증거를 요증사실의 인정자료로 삼을 수 있는 합리성이 있는 제약조건이라고 판단하였다.¹⁷⁾

생각건대 형사소송법상 각 조문별로 특신상태의 의미가 다른지를 차치하고, 판례에서 보다시피 특신상태의 설명을 관통하는 공통사항은 “① 허위개입의 여지가 거의 없어야 하고, ② 진술 내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있어야 하는 것”으로 압축할 수 있다.

나. 수사과정에서 수집되는 전문증거의 증거능력 인정요건

증거방법	조 문	증거능력 인정 요건	
피의자 신문조서 (또는 수사과정 피의자 진술서)	312①,② (312 ⑤)	검사 작성	적법한 절차와 방식(형식적 진정성립을 포함) + 피고인의 법정 진술(실질적 진정성립) + 특신상태
			피고인의 진정성립 부인 ⇨ 적법한 절차와 방식+ 영상물, 그 밖에 객관적 방법으로 진정성립 증명 + 특신상태
	312 ③ (312 ⑤)	사경 작성	적법한 절차와 방식+ 피고인 내용의 인정(진정성립이 전제)
피의자 아닌 자의 진술조서 (또는 수사과정 진술서)	312 ④ (312 ⑤)		적법한 절차와 방식 + 원진술자의 법정진술 또는 영상물 기타 객관적 방법으로 진정성립 증명 + 피고인의 반대신문권 + 특신상태
검증·압수조서	312 ⑥		적법한 절차와 방식 + 작성자의 법정진술 (진정성립)

16) 대법원 2012. 7. 26. 선고 2012도2937 판결.

17) 헌법재판소 1994. 4. 28. 자 93헌바26 결정.

증거방법	조 문	증거능력 인정 요건	
수사과정 외의 진술서 (원진술자와 작성자 동일 / 디지털증거 포함)	313 ①	자필이거나 서명 또는 날인 + 원진술자의 진술로 성립진정이 증명	
	313 ②	원진술자의 진정성립 부인 ⇨ 자필이거나 서명 또는 날인 + 디지털포렌식, 감정 등 객관적 방법으로 진정성립 증명 + 피고인의 반대신문권	
수사과정 외의 진술기재서면 (원진술자와 작성자 상이 / 디지털증거 포함)	313 ①	피고인 진술	자필이거나 서명 또는 날인 + 원진술자의 진술로 성립진정이 증명 피고인의 진정성립 부인 ⇨ 자필이거나 서명 또는 날인 + 작성자*의 법정진술로 진정성립 증명 + 특신상태 (*원진술자를 의미한다는 견해도 있으나 판례는 녹음테이프의 경우 녹취자로 본다(대법원 2001도3106 판결))
		피고인 외 진술	자필이거나 서명 또는 날인 + 원진술자의 진술로 성립진정이 증명
감정서	313 ②, ① 본문	자필이거나 서명 또는 날인 + 작성자 성립인정	
조회회보서 수사자료카드 등	315 i)	당연 취득	
312·313조 규율대상 조서, 서류 중 진정성립 안된 것	314	진술불능 사유 + 특신상태 (공범에 대한 사법경찰관 피신조서 제외)	

3. 형사소송법 제313조 및 제314조의 개정

원세훈 사건의 항소심인 서울고등법원 2014노2820 판결은 문제가 된 공소외 A의 이메일 첨부 텍스트 파일인 ‘지논 파일’과 ‘시큐리티 파일’을 전문증거로 보고 그 증거능력을 검토하였다. 우선 형사소송법 제313조 제1항에 따른 증거능력 인정에 관하여는, 해당 조문이 문서의 진정성립에 관한 입증을 오로지 ‘작성자의 법정진술’에 한정하고 있어 A가 검찰수사 단계에서 진정성립을 인정하는 취지의 진술을 하였다 하더라도 공판기일에 여러 번 반복하여 파일들을 작성한 기억이 없다고 진술하고 있으므로 제313조 제1항에 따른 증거능력이 인정될 수 없다고 보았다. 다만, 제315조 제2호 및 제3호(기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서)에 해당하는 문서로서 그 증거능력을 인정할 수 있다고 판단하였다. 반면 대법원 2015도

2625 전원합의체 판결은 두 파일이 형사소송법 제313조 제1항에 해당하지 않음은 물론이거니와, 형사소송법 제315조 제2호 및 제3호에서 정한 문서에도 해당하지 않는다고 보아 증거능력을 부정하였다.¹⁸⁾

A만이 사용하는 이메일 계정에서 그것도 ‘내게 쓴 메일함’에 있는 문서조차 당사자의 ‘기억에 없다’는 말 한마디에 증거능력이 부정되는 현실은 일반인의 법 감정과 괴리가 상당할 수밖에 없었다. 게다가 ‘대선개입 의혹’이라는 사건의 특수성과 맞물리면서 해당 판결은 큰 논란을 불러일으켰다.¹⁹⁾ 그런데 사실 원세훈 사건에서 ‘전문법칙과 현실과의 괴리’ 논란의 방점은 형사소송법 제315조가 아닌 제313조였다. 제315조의 고려는 제313조의 적용이 불가하여 택한 우회적인 방법이었을 뿐이었다. 진짜 문제는 과학적이고 객관적인 방법으로 진정성립이 충분히 입증됨에도 불구하고 작성자 또는 진술자의 부인진술 한 마디에 증거능력과 재판의 결과를 좌우할 수 있는 효력을 부여한 형사소송법 제313조였던 것이다. 이 같은 문제의식의 발로로 국회에서는 디지털증거에 대해 원진술자에 의한 진정성립이 인정되지 않는다고 할지라도 디지털포렌식 조사관 증언 등 객관적인 방법으로 그 증거능력을 인정하는 「형사소송법 일부개정안(김진태의원 대표발의, 2015. 5. 15)」이 발의되었다. 그리고 법제사법위원회 수석전문위원의 검토보고서(2015. 11)는 피고인 또는 증인의 진술이 객관적으로 존재함이 입증될 수 있다면 최대한 공판에서 증거로 현출될 수 있도록 하여 증명력의 문제로 해결하는 것이 실체적 진실 발견과 피해자 보호의 관점에서 바람직함을 들어 원칙적으로 찬성 의견을 표명했다. 다만 피고인 아닌 자의 진술 내용이 포함된 경우 피고인 측의 원진술자에 대한 반대신문권 보장을 증거능력 인정 요건으로 추가하는 방안을 검토할 필요가 있음을 지적하였다. 수석전문위원 지

18) 대법원은 판단 이유로 두 파일에 포함되어 있는 이슈와 논지 및 트위터 계정에 관한 기재가 그 정보 취득 당시 또는 그 직후에 기계적으로 반복하여 작성된 것인지를 알 수 없고, 실제로 업무수행 과정에서 어떻게 활용되었는지도 알기 어려울 뿐만 아니라 신변잡기의 정보도 포함되어 있으며, 업무상 필요했던 이유 등에 관하여 ‘굳이 반대신문의 기회를 부여하지 않아도 될 정도’로 고도의 신용성의 정황적 보장이 있다고 보기 어려움을 들고 있다.

19) 국민일보, “법원 판결에 상식 기대하면 순진한 바람? 원혜영, ‘대법원 판결 조약하다’”, 2015. 7. 17; 로이슈, “원세훈 파기환송…대법원, 정권 눈치보며 역주행 판결”, 로이슈, 2015. 7. 17; 노컷뉴스, “코에 걸면 코걸이? 현직 판사도 가우뚱…대법의 원세훈 판결”, 2015. 7. 17; 한겨레신문, “또 정권 손 들어준 대법원의 기술어린 저울”, 2015. 7. 16; 경향신문, “대법원 왜 그랬어요, 말해봐요. 원세훈 판결의 미스터리”, 2015. 7. 27.

적의 근거에는 반대신문권의 결여를 전문법칙의 가장 중요한 근거로 보는 시각이 자리 잡고 있었던 것으로 보인다. 이와 같은 논의 끝에 마침내 법제사법위원회는 위 개정안을 포함한 3건의 형사소송법 개정안을 병합하여 심사한 후 통합하여 대안을 만들었고, 대안은 2016. 5. 19. 본회의에서 의결되었다.

Ⅲ. 형사소송법 제313조 제2항으로 인한 디지털증거의 압수 대상 확장 가능성

1. 제313조 제2항의 해석

가. 객관적 방법의 의미

형사소송법 제313조 제2항에서는 증명방법을 ‘과학적인 분석결과에 기초한 디지털포렌식 자료, 감정 등 객관적 방법’이라고 규정하고 있다. 여기에서의 ‘객관적 방법’이 반드시 과학적인 접근방식에 따른 방법만을 의미하는 것인지를 확인해야 한다. 물론 ‘과학성’과 ‘객관성’은 직관적·당위적으로 별개의 개념이라 굳이 그 차이를 논증할 필요가 없다고 볼 수도 있다. 하지만 제313조 제2항의 개정 이유였던 디지털증거는 과학기술의 산물인데다 예시적으로 열거되어 있는 디지털포렌식이나 감정은 과학적 방법을 사용하고 있어, 체계통일성의 측면에서 객관적 방법은 과학적·기술적인 수단을 활용하는 입증이라고 볼 여지가 있다. 이에 대한 검토가 필요한 까닭이다. 생각건대 다음과 같은 이유로 객관적인 방법에는 사람의 진술이나 전후사정 등 과학과 관련 없는 수단도 포함된다고 보아야 한다.

첫째, ‘객관적’의 사전적 의미는 ‘자기와의 관계에서 벗어나 제3자의 입장에서 사물을 보거나 생각하는 또는 그런 것’인데, 사전적 의미 어디에도 과학이나 기술의 사용을 요구하고 있지 않다. 둘째, 증거법의 역사에서 가장 중요한 증거방법으로 역할해온 진술증거의 존재는 과학적 수단에 의하지 않더라도 일정한 요건을 갖추면 객관성을 인정받을 수 있다는 사실, 즉 과학성과 객관성에는 논리필연적 관계가 없

음을 보여주고 있다. 디지털증거의 무결성과 동일성 입증에 있어서도 수사관·분석관의 진술이 법원의 중요한 판단기준이라는 점 역시 같은 맥락으로 볼 수 있다. 셋째, 형사소송법 제313조 제2항의 개정 배경에는 일반인의 법 감정과 정책적 필요성이 있었기 때문에, 조문의 해석에서도 이를 고려해주어야 한다. 만약 진정성립을 강화해주는 주변인이나 목격자의 진술(예컨대 해당 저장매체가 소재한 건물에 접근한 사람이 없었다거나 특정인뿐이었다는 건물 관리인의 진술)을 과학적으로 입증할 수 없다고 하여 배제한다면 입법 배경에 부합하지 않는 결과를 초래할 것이다.

나. 디지털 증거에 있어 자필·서명·날인 요건

문언상 제313조는 디지털증거에 대해서도 자필이나 서명·날인을 통한 형식적 진정성립을 요구하고 있다. 허나 디지털 형태의 전문증거는 당연히 자필로 존재할 수 없고, 전자서명은 가능하겠으나 일상생활에서는 거의 생각할 수 없는 극히 예외적인 경우이다. 그렇다고 해서 디지털증거의 특수성으로 말미암아 명문으로 규정된 요건의 적용을 배제할 수 있다고 보는 것도 바람직하지 않다. 법 해석이 아닌 법의 창조에 가까운 접근이기 때문이다. 따라서 자필 등 요건을 그대로 적용하거나 적용을 배제하는 양자택일의 방식은 모두 옳지 못하다. ‘자필·서명·날인’이 의미하는 바와 그 목적에 부합하는 ‘동일한 결과’를 가지고 올 수 있는 ‘대체요건’을 찾음으로써, 디지털증거에 맞는 자필·서명·날인 요건의 해석을 해야 하는 까닭이다.

제313조의 요지는 전문증거에 기재된 내용이 경험한 자, 즉 원진술자의 진술 그대로 기재되어 있음이 입증될 수 있다면 증거능력을 인정한다는 것이다. 따라서 자필 등은 이를 입증하는 데 도움이 되어야 하는 요소이어야 하고, 자필 등의 주체는 원칙적으로 원진술자이다. 이 같은 점을 고려할 때 자필·서명·날인이란 전문증거의 ‘생성과정 혹은 직후에 존재하는’ 원진술자의 진술임을 확인해주는 ‘입증 가능한 흔적’이라고 볼 수 있다. 요컨대 자필 등에 대응할 수 있는 디지털증거의 생성과정 혹은 직후에 존재하는 ‘입증 가능한 흔적’이 무엇인지를 확인해야 하는 문제로 치환할 수 있는 것이다. 그렇다면 작성자를 특정할 수 있는 정보, 예컨대 작성 당시 IP 주소, 디지털매체의 로그기록, 이메일 계정, 메타데이터²⁰⁾ 등을 통해 자필 등의 요건을 충족시킬 수 있다고 보아야 한다. 해당 정보들은 진술의 ‘생성과정 혹은 직후에

존재하는' 정보이며 필적·인장 등과 같이 객관적으로 '입증 가능한 흔적'이어서 자필·서명·날인의 확인과 동일한 결과를 가져올 수 있는 대체조건이기 때문이다.

그런데 디지털증거에서는 '생성과정 혹은 직후에 존재하는' 원진술자의 진술임을 확인해주는 '입증 가능한 흔적'을 통해 작성자가 누구인지를 밝히는, 즉 형식적 진정성립을 증명하는 게 곧 실질적 진정성립의 입증으로 추정될 수 있는지의 문제가 새로이 떠오른다. 생각건대 디지털증거에서는 형식적 진정성립이 곧 실질적 진정성립으로 이어진다고 보기 보다는, 하나의 요인이 형식적 진정성립을 증명해주는 동시에 실질적 진정성립 또한 증명하는 데 사용될 수 있다고 이해하는 게 바람직하다.某甲이 A 문서를 작성한 것은 사실이고 이에 대해서는 某甲도 인정하고 있지만, A 문서 속의 극히 일부분의 내용만큼은 자신이 작성한 것과 다르고 누군가 몰래 수정한 것이라고 주장하는 경우를 생각해보자. 이 때 다툼의 대상이 되는 것은 기재한대로 현출되고 있느냐는 실질적 진정성립일 것이다. 만약 디지털증거에서는 형식적 진정성립의 증명으로 실질적 진정성립까지 추정될 수 있다고 본다면, 이와 같은 경우 某甲의 주장에 대해 별도의 확인 없이도 A 문서 전체의 증거능력을 인정할 수 있다는 부당한 결론에 도달할 우려가 있어 타당치 못하다. 수사기관으로서는 제3자가 해당 문서를 수정했을 가능성이 없었음을 추가로 입증하여 A 문서의 실질적 진정성립을 인정받아야 한다.

다. 특히 신빙할 수 있는 상태의 고려

제313조 제2항은 검사작성 피의자신문조서를 제외한 전문증거에 인정되던 전제, 즉 원진술자의 진술이 아닌 다른 방법으로는 진정성립을 인정할 수 없다는 원칙을 변경한 엄청난 변화였다. 일각에서는 “원진술자 내지 작성자에 의한 법정에서의 진술을 통한 증거능력 부여라고 하는 전문법칙의 근간을 무너뜨린 것²¹⁾”이라고 혹평과 우려를 하기도 했다. 물론 동 조항이 피고인의 반대신문권을 보장하기는 하였다.

20) 데이터를 설명해주기 위해 특정 데이터 정보를 분석, 분류하고 부가적 정보를 추가하여 그 데이터 뒤에 함께 따라가는 정보를 말한다. 예컨대 MS Word 파일은 기본적으로 작성자에 대한 정보와 문서를 생성한 날 또는 문서 수정정보를 포함하고 있다.

21) 민주사회를 위한 변호사 모임, “수사기관의 편의성만 고려한 국회 법사위 제1소위의 전문법칙 수정안을 규탄한다.”, 논평(2016. 5. 13).

하지만 과학적 합리성에 대한 높은 신뢰를 부여하고 있는 현대 사회에서 피고인의 진술은 변명으로 치부되어 반대신문권이 일종의 통과의례, 요식행위로 전락할 가능성이 상당하다. 동 조항의 엄격한 해석이 필요한 까닭이다.

따라서 일부에서 우려하는 바와 같이 전문법칙의 근간을 흔들고, 수사기관에 과학적 입증이라는 전가의 보도를 쥐어준 결과를 초래하지 않기 위해서는 실질적 진정성립을 평가하는 데 있어 이른바 특신상태를 어느 정도 고려해 주어야 한다. 물론 제313조 제2항에서 명문으로 특신상태가 언급된 것이 아니기 때문에, 명문에도 없는 특신상태를 요구하자는 것은 아니다. 다만, 아직 디지털증거의 진정성립을 위한 객관적 방법이 정립되지 않은 채 발전도상에 있는 만큼, 과거 디지털증거의 특신상태를 판단하는 데 제시되었던 요소들을 검토하여 진정성립으로 포섭시킬 필요가 있다는 의미이다. 앞서 말했듯 피고인의 반대신문권은 요식행위로 전락할 가능성이 높아 합리적 의심 없는 진정성립의 증명이 무엇보다 중요하다.

법원은 디지털증거에 있어 특신상태 입증²²⁾은 디지털증거 자체 보다는 그 정보 내용을 둘러싼 정황적 여건이 얼마나 신뢰할만한 것인지에 대한 판단으로 이루어지고 있음을 보여주고 있다.²³⁾ 이 같은 접근방법을 차용하여 제313조 제2항의 적용을 위해 객관적으로 증명해야 하는 대상에는 ‘디지털증거를 둘러싼 외부적 정황’이 포함된다고 보는 방향을 고려해볼만 하다. 다만, 구체적인 증명의 대상은 진정성립을 강화시켜주는 외부적 정황의 존재가 아닌, 진정성립에 합리적인 의심이 가능할 만큼의 외부적 정황이 없을 것이라는 ‘부존재에 대한 증명’이어야 할 것이다. 예컨대 다음과 같은 경우를 생각해보자.

혼자 살고 있는 甲은 평소 주변사람들로부터 무지하고 말의 앞뒤가 맞지 않는 인물로 유명했다. 어느 날 수사관은 甲의 집안에 있는 PC에서 범죄의 증거물인 A라는

22) “디스켓에 담긴 내용이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행해진 때인지에 대하여는 위 문서의 구체적 내용, 피고인의 다른 진술과의 부합, 복한의 위 디스켓 절취사실 비난성명으로 위 문서가 서류 작성에 허위개입의 여지가 거의 없고, 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 경우에 해당한다.” ; 서울고등법원 2004. 7. 21. 선고 2004노827 판결(상고심은 대법원 2004도4899 판결).

23) 탁희성, “디지털 증거의 증거능력에 관한 소고”, 형사절차상 디지털증거의 압수·수색 및 증거능력 세미나(2014.12.19), 82면.

hwp 문서를 확보했는데, 해당 PC의 부팅에는 비밀번호가 필요했고 A 문서에는 암호가 설정되어 있었으며 현관 CCTV상 A 문서 작성 시간에 출입한 외부인도 없었다. 수사관은 이를 근거로 甲을 A 문서의 작성자로 지목하였다. 그런데 A문서에 기재된 내용은 고도의 전문가적인 지식과 식견이 뒷받침해주지 않는다면 쓸 수 없는 수준 높은 글이었다.

이와 같은 경우 누구나 고개를 가우뚱할 것이다. 객관적인 방법에 의할 때 甲 이외에 A문서를 작성하는 것이 가능했던 사람이 없었지만, 그럼에도 불구하고 과연 甲이 A문서를 작성했는지에 대해서는 디지털증거 자체와 직접 관련이 없는 외부적 정황에 따른 강한 의심이 존재하기 때문이다. 진정성립의 증명에 있어 특신상태에서의 고려요소를 활용하자는 주장은, 이와 같은 경우 수사기관은 甲이 누군가 대필하여 준 원고를 그대로 받아 적은 것으로 보이는 정황이라든가 하는 것을 제시함으로써 진정성립이 의심되는 외부적 정황이 존재하지 않거나, 존재의 가능성이 희박하다는 점을 증명해야 한다는 것이다. 과학기술의 눈부신 발전으로 당사자조차 ‘내가 작성한 게 맞는데 아니라고 착각하는 게 아닐까’ 하고 스스로를 의심하는 흔적 없는 위·개작 기술이 얼마든지 등장할 수 있다. 그렇기 때문에 외부적 정황에 대한 고려는 반드시 필요한 요소이다.

2. 진정성립 입증과 관련성 요건

2011. 7. 18. 개정된 형사소송법 제215조는 수사기관의 압수·수색의 요건으로 종전에 필요성만을 규정했던 데서 나아가 ‘해당 사건과 관계가 있다고 인정’되어야 한다는 관련성 요건을 추가하였다. 특히 디지털증거의 경우 대법원 2011도1839 결정에 따른 법원의 2015. 8. 1.자 「전자정보 압수·수색 영장 실무」 시행으로, 영장에 “저장매체에 저장된 범죄사실 관련 전자정보로 압수대상을 제한함”이라는 문구가 삽입되어 유관정보만이 압수의 대상임이 분명해졌다. 또한 수사기관이 불가피하게 저장매체 자체를 반출하거나 전체에 대한 복제본을 만들었다 하더라도 최종적인 압수의 대상은 유관정보이고 무관정보는 폐기해야 한다는 원칙 역시 확립되었다.

문제는 디지털증거의 진정성립 증명을 위한 정보도 해당 사건과의 관련성 있는 정보로 포섭되어 압수·수색이 가능한지이다. 이해가 쉽도록 논란이 될 수 있는 경우를 예로 들어보기로 한다.

수사관이 회계책임자인 피의자 甲에 대해 횡령의 범죄혐의로 발부받은 압수·수색영장을 집행하던 중 甲의 사무실(다수인이 함께 근무) PC(부팅암호 없음)에서 甲이 작성한 것으로 보이는 A라는 excel 파일을 발견했다. 해당 파일에는 암호가 설정되어 있어 기술적인 방법으로 암호를 해제하여 확인하니, 횡령자금의 사용처와 은폐 방법이 일지처럼 기재되어 있었다.

A 파일은 당연히 압수의 대상이나 문제는 후일 甲이 “A 파일을 작성한 적이 없고, 누가 PC에 저장했는지도 모르겠다. 여러 사람이 왕래하는 사무실 내 PC이고 부팅암호가 설정되어있지 않아 내가 자리를 비웠을 때 누구나 내 PC에 몰래 파일을 저장해둘 수 있는 구조다. 누군가 누명을 씌울 목적으로 만든 문서이다.”라며 진정성립을 부인할 수 있다는 가능성이 있다. 수사기관으로서는 이 같은 상황을 염두에 둘 수밖에 없고, 甲의 부인진술에도 불구하고 진정성립을 객관적으로 증명할 방법으로 A 파일에 설정되어 있는 암호가 甲이 평소에 업무상 작성하는 다른 파일에 설정된 암호와 동일하다는 점을 확인하고자 할 것이다. 그렇다면 수사기관이 A 문서의 진정성립을 증명하기 위한 목적으로 횡령사건과 아무 관련이 없는 甲이 작성하고 암호가 설정된 B, C, D, F 문서까지 압수할 수 있겠느냐는 의문이 든다. 물론 수사실무상 관련성 요건이 다소 유연하게 해석²⁴⁾되어 hwp, pdf, xls 등 가독성 있는 정보가 다량으로 압수되고, 이후 증거분석 과정에서 문서암호의 동일성 내지 유사성이 밝혀질 수도 있을 것이다.

하지만 여기서 살펴보고자 하는 경우는 수사기관이 처음부터 B~F 문서가 영장 기재 범죄사실에 대한 내용을 담고 있지 않음을 알면서도 ‘오로지 진정성립을 증명

24) 디지털증거는 대량성이라는 특징으로 말미암아 방대한 양의 정보를 일일이 내용까지 확인하여 관련성을 확인하기는 곤란하다. 게다가 범죄행위와 관련된 정보들은 은폐의 목적으로 파일명 자체를 엉뚱하게 설정하는 경우가 많기에 파일명만으로 관련성을 확인하는 것 역시 현실적인 어려움이 있다.

하기 위한 목적'으로 이를 압수할 수 있는지의 문제이다. 작성자의 부인에도 불구하고 객관적 방법을 통해 원진술자가 스스로 작성하였다는 점을 입증하면 증거능력이 인정되는 만큼, 수사기관으로서는 이전보다 진정성립의 문제에 관심을 두고 수사초기 단계에서부터 이를 확보하기 위해 보다 많은 정보를 '관련성이 있다'고 판단하여 압수하려는 노력을 기울일 것이 자명하기 때문이다. 수사기관이 처음부터 내용 자체는 관련성이 없음을 알지만 후일 진정성립 증명에 사용하기 위해 압수하는 경우가 얼마든지 발생할 수 있다.

만약 B~F 문서의 압수가 관련성 없는 정보의 압수라고 평가된다면 이는 위법수집증거가 될 것이다. 위법수집증거배제법칙의 주요 이념 중 하나가 수사기관의 위법수사에 대한 동기억제라는 점을 감안하면 위법수집된 증거를 통해 진정성립을 입증하는 것을 인정해선 안 된다. 반세기 이상 지속되어 온 전문법칙에 파격적인 예외를 인정하는 데 더해 위법수집된 증거의 사용까지 허용하게 된다면, 형사소송법 제313조 제2항은 증거능력에 관한 중요한 법 원리인 전문법칙과 위법수집증거배제법칙을 동시에 무력화시키는 부당한 결과를 초래하기 때문이다.

3. 진정성립 입증의 관련성 요건에의 포섭 검토

우선 진정성립의 증명을 위해 제출되는 증거의 성격을 확인하여, 관련성 이외에 다른 요건에서는 문제가 없는지를 확인해야 한다. 증거는 다양한 기준에 따라 분류될 수 있겠지만 여기서는 증명하는 대상이 무엇이나에 따른 실질증거와 보조증거를 살펴본다. 실질증거란 유죄입증에 핵심적인 내용을 이루는 주요사실의 존재 여부를 직·간접적으로 증명해주는 증거이고, 보조증거란 주요사실이 아닌 증거능력이나 증명력에 관련된 사실을 증명하기 위한 증거이다. 보조증거는 다시 증거능력을 뒷받침하고 증명력을 강화시켜주는 증강증거와 이를 감소시키는 탄핵증거로 나뉜다. 결국 진정성립을 증명해주는 자료는 증거능력을 뒷받침하는 역할을 하기 때문에 증강증거인 보조증거라고 할 수 있다. 따라서 형사소송법 제219조 및 제106조에 따른 압수대상 요건이랄 수 있는 '증거물로 사료하는 물건'에 해당하며, 실질증거의 증거능력 인정을 위한 자료이므로 제219조상 '범죄수사에 필요한 때'의 요건도 충족시

킨다. 즉, 관련성을 제외한 다른 압수의 요건을 모두 충족하고 있다.

관련성 문제에 관하여서는 형사소송법 제215조 문언에 충실한 해석을 할 때, ‘해당 사건’의 범위와 ‘증거로서의 의미’가 무엇인지를 밝히고 압수 대상물이 두 가지를 모두 충족시키고 있음을 입증하는 게 핵심이다. 따라서 관련성 요건이 명문화된 이후 첫 판단이라는 의미를 지닌 대법원 2015. 10. 29. 선고 2015도9784 판결(이른바 충북 교육감 사건) 및 대법판결의 원심 판결(대전고법 2015도9784)을 살펴보기로 한다. 그리고 이를 참고하여 ‘해당 사건의 범위’와 ‘증거로서의 의미’에 진정성립의 증명을 위한 자료(이하 ‘진정성립 자료’)가 포섭될 수 있는지를 확인한다.

“압수·수색영장에 의하여 압수할 수 있는 범위와 관련하여 그 영장의 혐의사실과 어느 정도의 관련성을 가져야 하는지를 판단함에 있어서 압수·수색은 공소 제기될 범죄사실이 확정되지 않은 수사 초기에 이루어지는 것이 대부분이고, 수사단계에서는 범죄사실을 확인하는 경우보다는 수사의 단서가 되는 경우가 일반적일 뿐만 아니라 압수·수색을 실시하기 전에는 어떤 물건이 존재하는지 예상하기도 어려우므로, 압수의 대상을 압수·수색영장의 혐의사실 자체와 직접적으로 연관된 물건에 한정할 것이 아니라 압수 당시의 상황을 기준으로 압수·수색영장의 혐의사실 자체와 관련되거나 그와 기본적인 사실관계가 동일한 범행 또는 동종·유사의 범행과 관련되었다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 범위 내에서 압수를 실시할 수 있다.”²⁵⁾

“압수·수색영장의 범죄사실과 기본적인 사실관계가 동일한 범행 또는 동종·유사의 범행과 관련되었다고 의심할만한 상당한 이유가 있는 범위 내에서 압수를 실시할 수 있다. … 앞서 본 법리에 따라 원심판결 이유와 기록을 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하다.”²⁶⁾

‘해당 사건의 범위’는 전통적으로 별건 압수와 관련된 문제였고, 대법원은 위 결과 같이 기본적인 사실관계의 동일성을 기준으로 별건인지 여부를 판단하고 있다.

25) 대전고등법원 2015. 6. 17. 선고 2014고합244 판결(대법 2015도9784 판결의 원심)

26) 대법원 2015. 10. 29. 선고 2015도9784 판결.

그런데 진정성립 자료의 경우 통상의 별건 압수와 논의의 방향이 달라 기본적 사실관계의 동일성이 문제되는 사안이 아니다. 왜냐하면 처음부터 진정성립 자료는 본건은 물론이거니와 어떠한 범죄사실과도 순수한 ‘내용적 측면’에서는 관련이 없는 경우가 대부분일 것이기 때문이다. 그렇다면 진정성립 입증자료는 해당사건과 기본적 사실관계가 동일한지의 문제이기 보다는 ‘해당 사건’에 해당하는지의 문제로 보아야 한다. 따라서 대법원의 판결을 참고함에 있어 기본적 사실관계의 동일성에 대한 판단이 아닌, 비록 명시적으로 언급하고 있진 않지만 ‘원심 판결이 정당하다’고 보아 원심의 논리전개를 수용한 부분에 방점을 두어야 한다.

대상판결의 원심에서는 기본적 사실관계의 동일성설을 취하는 근거로 수사단계에서는 범죄사실의 확인보다는 단서를 찾는 게 일반적이며, 영장집행 전에는 어떤 물건이 존재하는지 예상하기 어려움을 들고 있다. 같은 맥락에서 압수 당시의 상황을 기준으로 관련성을 판단해야 한다고 보고 있다.

우선, ‘해당 사건’에 해당하는지를 살펴본다. 해당 사건에 대한 것인지는 대상물(정보)이 담고 있는 내용만을 기준으로 할 게 아니라, 대상물을 통해 ‘밝혀지는 사실’이 무엇인지 역시 함께 고려하여 양자 중 하나가 해당 사건에 관한 것이라면 ‘해당 사건의 범위’에 포섭된다고 보는 것이 타당하다. 예컨대 살인사건의 유력한 피의자가 범행시간에 범행장소가 아닌 자택(아파트)에 있었다는 알리바이를 주장하고 있다고 가정해보자. 이 경우 피의자의 알리바이를 확인하기 위해 범행시간을 전후한 자택 입구의 CCTV 영상을 확보하려는 수사기관의 압수영장 청구가 해당사건에 대한 것이 아니어서 기각되어야 한다는 주장은 찾아보기 힘들 것이다. 그런데 엄밀히 따지면 해당 CCTV 영상을 통해 확인 가능한 건 피의자가 자택에 있었는지 여부여서 그 자체로는 살인이라는 사건에 직접 관련된 것이 아니다. 그럼에도 불구하고 큰 이견 없이 살인 범죄사실이 기재된 압수영장이 발부되는 이유는 CCTV 영상으로 ‘밝혀지는 사실’이 살인사건에 관한 것, 즉 피의자의 주장과 달리 살인사건 발생 시각에 피의자의 알리바이가 없었다는 사실이기 때문이다.

요컨대 “① 증거물이 다른 요인과의 연계 없이 단독으로 증명할 수 있는 사실과, ② 증거물과 다른 요인과의 결합으로 밝혀지는 사실” 중 어느 하나라도 ‘해당 사건’

에 대한 것이라면 ‘해당 사건’에 포섭된다고 보아야 한다는 것이다. 진정성립 자료가 밝히고자 하는 사실은 영장기재 범죄혐의(해당사건)에 대한 전문증거에 증거능력이 있다는 사실이고, 이는 결국 전문증거라는 다른 요인과의 결합으로 해당 사건을 확인해주는 것이다. 따라서 기본적 사실관계의 동일성을 고려할 것도 없이 진정성립 자료는 해당 사건의 범주에 포함되는 증거라고 보아야 한다. 기본적 사실관계의 동일성은 ①②의 사실이 해당사건과 정확하게 일치하지 않는 경우에 판단해야 할 차후적인 문제일 뿐이다.

다음으로 증거로서의 의미를 가지는지를 검토하자면, 관련성 판단에 있어 증거로서의 의미는 ‘가능성’을 뜻한다고²⁷⁾ 보는 것을 그 출발점으로 삼아야 한다. 여기에서의 가능성은 피의자에 대해 유리하거나 불리하거나를 묻지 않고, 또한 사실의 전모를 확인하는 데 있어서 증거로서의 의미가 있을 수 있는가라는 물음에 대해 전혀 가능성이 없는 것이 아니라면 가능성은 있는 것으로 보아야 한다.²⁸⁾ 압수 대상의 관련성을 ‘압수 당시 상황을 기준’으로 인정해야 한다고 본 위 대판판결(대판 2015도9784)의 원심²⁹⁾ 역시 이와 같은 결론을 지지하는 근거가 될 수 있다. 왜냐하면 증거의 가능성이라는 것은 결과적으로 증거로 사용되지 않을 수도 있음을 당연히 내포하고 있는 개념인데, 결과론이 아닌 ‘당시 상황을 기준’으로 판단해야 한다는 법원 판단의 근거에는 사후적·종합적으로는 증거로 사용되지 않는다 할지라도 증거로 압수될 수 있다는 관념이 자리 잡고 있었다고 보는 것이 자연스럽기 때문이다.

생각건대 진정성립 자료는 압수 당시에는 작성자의 성립의 진정 인정 여부가 불확실하여 증거(보조증거)로 사용될지 알 수 없지만, 적어도 사용될 가능성을 지니고

27) Kleinecht·Meyer-Goßner, StPO, C.H.Beck, 2004, § 94 Rdnr. 6; Nack, StPO-Karlsruher Kommentar, C.H.Beck, 2004, § 94 Rdnr. 7; BVerGE NJW 1975, 2839; BGHSt 41,363; BGHSt NStZ 1981, 94; 이완규, “압수물의 범죄사실과의 관련성과 적법한 압수물의 증거사용 범위”, 형사관례연구, 제23호(한국형사관례연구회, 2015.6), 547면 재인용.

28) Nack, StPO- Karlsruher Kommentar, C.H.Beck, 2004, § 94 Rdnr. 7. ; 이완규, 앞의 논문, 547면 재인용.

29) 대전고등법원 2015. 6. 17. 선고 2014고합244 판결; 舊형사소송법(관련성 요건이 추가되기 이전)상 압수대상의 판단기준을 제시한 대법원 2009도2649 판결의 원심(서울고등법원 2009. 3. 25. 선고 2009노156 판결) 역시 ‘압수 당시의 상황’을 기준으로 삼아야 한다는 구체적인 설명을 제시하였다.

있음이 분명한 만큼 증거로서의 의미를 지니고 있다고 보아야 한다.

4. 소결

이상의 검토를 종합하면 진정성립 자료의 관련성은 일견 영장에 기재된 범죄사실과 전혀 관련이 없는 내용으로 보일지라도, 그것이 밝히고자 하는 사실이 영장기재 범죄사실의 존부에 대한 것인지에 방점을 두고 판단해야 한다. 따라서 실제 진정성립을 증명하는 객관적 방법으로 인정받아 법관 앞에 현출될 가능성이 조금이라도 있다면 그 증명의 정도에 관계없이 해당사건과 관계가 있는 압수의 대상이 된다고 보아야 한다. 그런데 디지털증거의 경우 과학기술의 발전으로 통계적 확실성이 보장된다는 전제 하에 작성자의 어투나 문체, 주로 사용하는 단어나 오타 등의 습관을 이용하여 디지털매체 기록의 작성주체를 특정하는 방법이 가능하리라는 견해³⁰⁾까지 주장되고 있다. 진정성립을 증명하기 위해 필요하다는 명목으로 압수의 대상성이 무한정 확장될 수 있다는 우려가 커질 수밖에 없는 대목이다. 작성자의 오타 습관, 문체, 글의 호흡 등을 감정하기 위해서는 한두 개의 샘플로는 불가능하고 되도록 많은 디지털 문서를 확보해야 하기 때문이다. 이는 그간의 무분별한 압수에 대한 반성으로 유관정보 압수 원칙을 명문화한 형사소송법 제106조 제3항의 신설(2011.7.18)과 그 실효성을 확보하는 방향의 종근당 판결 취지에 정면으로 배치되어, 유관정보 압수 원칙의 근간을 뒤흔드는 것이다. 형사소송법의 각 조문은 법률 전반에 흐르는 이념과 각 조항의 입법 취지, 체계와의 조화가 마땅히 요구됨에도 불구하고 제313조 제2항의 조문에만 매몰되어 압수의 대상을 사실상 무한정으로 확대하려는 해석은 바람직하지 않다. 압수 대상의 확장은 제313조 제2항의 입법 취지는 물론 동 조항이 예상했던 바도 아니었음을 유념해야 한다.

따라서 유관정보 압수원칙과 진정성립 자료의 확보 필요성을 조화시키는 접근이 필요한데, 이를 위해 진정성립 자료에 대해서는 압수 당시 ‘진정성립에 사용될 구체적인 개연성’이 존재하였음을 요구하는 것을 생각해 볼만하다. 즉, 막연히 이러이러

30) 전현욱, “조서 등의 진정성립 증명 방법 다양화 가능성”, 형사정책연구, 제26권 제2호(형사정책연구원, 2015.6), 157면.

한 자료가 추후 사용될 여지가 있다는 식의 추측성·추상적 가능성만으로는 안 된다는 것이다. 예컨대 작성주체의 문서를 다량으로 확보하면 작성주체만의 문서작성 특징점을 확인할 가능성이 있다는 식의 소위 ‘통계적인 방법’에 대한 기대는 원칙적으로 인정해서는 안 된다. 당연히 이에 기인한 압수는 적법한 압수가 아니었다고 평가해야 한다. ‘구체적인 근거가 결여된’ 수사기관의 일방적인 기대에 불과하였기 때문이다.

생각건대 “① 전문증거물 그 자체에서 진정성립을 위해 필요한 요소가 무엇인지를 특정할 수 있거나, ② 경험칙상 진정성립 증명에의 활용빈도가 상당히 높은 정보임을 인정받을 수 있을 때”에만 증거로서의 의미(가능성)가 있다고 평가해야 한다. ①에 해당하는 구체적인 사례를 생각해보면 요증사실을 담은 문서에 고어가 많이 사용된다거나, 문장 하나하나마다 한글과 한자 또는 영어가 혼용되고 있다가거나 하는 작성자의 습관이 드러난 경우 또는 특정한 암호가 설정되어 있는 경우 등을 들 수 있다. ②의 경우는 PC 부팅 기록, 부팅 패스워드 등이 있을 수 있다. 다만 ②는 ①에 비해 압수의 범위를 확장시키는 정도가 크다는 우려가 있을 수 있어 ‘경험칙’이라는 요소를 고려하는 게 타당한지에 대한 검토가 필요하다.

디지털증거는 압수 대상의 선별을 위해 탐색해야 하는 정보의 양이 유체물의 경우와는 비교할 수도 없을 만큼 엄청난 경우가 상당하다. 그런데도 불구하고 수사기관이 모든 정보를 꼼꼼히 확인하여 진정성립 증명에 사용될 수 있는 자료가 무엇인지를 확인하고 압수를 완료토록 요구하는 것은 사실상 ‘압수와 증거분석을 동일시’하는 결과를 가지고 올 수밖에 없다. 이는 압수 이후의 절차인 증거분석의 존재 이유나 의의를 상실시키는 부당한 결론이 아닐 수 없어 받아들이기 어려운 요구이다. 결국, 수사기관으로서는 그간의 경험칙상 진정성립 증명에 필요하다고 충분히 인정되어 온 범주의 정보에 대해서는 특별한 이유가 없으면 압수가 가능하다고 판단할 수 있어야 한다. 경험칙이라는 것은 수사기관의 주관이 개입할 여지없이, 법원에서의 인정 여부를 통해 축적된다는 점에서 남용의 우려가 적은 개념이다. 다만 경험칙상 인정되는 범위를 넘어선 자료에 대해서는, 진정성립이 문제되는 증거물 그 자체로부터 구체적 근거에 따른 필요성이 도출된 경우에만 적법하게 압수할 수 있다는

한계가 적용되어야 할 것이다. 이 같은 기준을 적용한다면 막연한 기대와 필요성을 이유로 형사소송법 제313조 제2항을 일종의 우회로로 악용하여 디지털증거의 압수 대상을 무한정 확장하려는 시도를 상당 부분 억제할 수 있으리라 생각한다.

한편, 구체적인 근거가 결여된 진정성립 자료의 압수가 있었다면 전체로서 위법한 압수였다고 평가하여야 하는지도 문제이다. 즉, 문제가 되는 압수물 이외에 다른 적법했던 유관정보까지 위법했던 것으로 평가하여 해당 영장에 기한 모든 압수물의 증거능력을 상실케 해야 하는지의 검토가 필요한 것이다. 생각건대 ① 피압수자의 참여 과정에서의 이의제기를 이유 없이 묵살하여 참여권의 실질적 보장을 훼손하였거나, ② 처음부터 무분별하고 광범위한 압수 의도가 있었음이 명백했다는 등의 사정이 없는 한, 전체가 아닌 문제가 되는 압수물만을 위법수집증거로 보는 것이 타당하다. 왜냐하면 대법원은 위법수집증거배제법칙의 적용에 관하여 적법절차의 실질적 내용이 침해되지 않은 경우 실체적 진실과의 이익형량을 통해 그 증거능력을 인정³¹⁾하고 있기 때문이다. 상대적으로 비난수위가 낮은 하자에 기인하여 다량의 정보 중 일부만을 위법하게 압수한 것은 적법절차의 실질적 내용의 침해라고 보기 힘들다. 또한 극히 일부의 잘못된 증거물 때문에 전체 유관정보의 증거능력까지 부인하는 것은 조화로운 해석을 통해 형사사법 정의를 실현하고자 하는 위법수집증거배제법칙의 이념에도 어긋난다.

IV. 무관정보 폐기의무의 완화 가능성

1. 무관정보 폐기의무와 관련된 문제

현재 법원의 「전자정보 압수·수색 영장 실무」는 영장 본문에 ‘전자정보의 탐색·복제·출력 완료 후 지체 없이 압수대상 전자정보의 상세목록을 교부하고, 목록에서

31) 대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결; 대법원 2011. 4. 28. 선고 2009도2109 판결 등.

제외된 전자정보를 폐기할 것'을 요구하고 있다. 즉, 법령에는 존재하지 않는 무관 정보 폐기의무를 창설하여 구속력을 부여하고 있는 것이다. 법원이 영장을 통해 법령에 존재하지도 않는 의무를 신설하는 것이 타당한지의 논란이 있을 수 있다. 하지만 무관정보 폐기의무는 형사소송법 제106조 제3항상 유관정보 압수 원칙의 연장선상에서 이를 관철시켜주는 역할을 하고 있다는 점에서 양자는 동전의 양면과도 같은 관계이고, 이로부터 그 법적 정당성을 확인할 수 있다.

또한, 근래 우리 증거법 논의에 상당한 시사점을 주고 있는 미국의 경우를 살펴보다도 무관정보 폐기의무의 당위성을 확인할 수 있다. 미국 제2연방항소법원은 *U.S. v. Ganas*, 755 F.3d 125 (2nd Cir. 2014) 사건 판결에서 수사기관이 저장매체 복제본(이미징)을 증거수집 작업이 끝난 후에도 '계속 보관' 하다가 2년 6개월이 지난 후에 해당 복제본에 대해 새로운 영장(별건)을 발부받아 집행한 경우, 2년 6개월 간의 복제본 보관행위는 별개의 압수에 해당하고 이를 정당화할 만한 합리성이 없어 수정헌법 제4조에 위반되는 위법한 압수라고 판시하였다.³²⁾

문제는 무관정보 폐기의무의 적부가 아니라, 수사기관으로서는 형사소송법 제313조 제2항의 개정과 맞물리면서 일종의 딜레마적인 상황에 맞닥뜨릴 수 있다는 것이다. 예컨대 압수목록 교부 후 무관정보(통상 저장매체 전체의 이미징 파일)를 폐기하기 직전, 압수물의 진정성립을 입증할 수 있는 자료를 찾아야 할 필요성이 생기거나 그 존재를 알게 되어 폐기대상 정보를 재확인해야 하는 상황 등이 그것이다.

기존의 복제본 활용 주장의 이면에는 별건수사에 대한 유혹이 상당부분 자리 잡고 있었겠으나 진정성립 자료는 오로지 본건에 대한 문제이며, 예측할 수 없는 기술발전에 터 잡고 있는 문제이다. 따라서 무관정보 폐기의무 완화 가능성은 제313조의 개정으로 새로이 떠오르는 문제라고 보아야 한다.

2. 폐기대상 복제본에서의 진정성립 자료 획득 방법

디지털증거 압수·수색의 종료시점이 언제이냐에 대해 저장매체의 반출 시점이라는 견해와 유관정보의 탐색과 추출이 끝난 때라는 견해가 대립하고 있다.³³⁾ 하지만

32) 손지영·김주석, 「압수·수색 절차의 개선방안에 관한 연구(대법원 사법정책연구원, 2016.3)」, 108면.

어는 견해에 의하더라도 압수목록을 교부한 이후에는 압수·수색영장의 집행이 종료된 것으로 평가된다. 따라서 압수목록 교부 이후에는 최초 영장의 효력을 이유로 폐기대상 정보에서 진정성립 자료를 확보하는 것을 정당화시킬 수는 없다. 만약 그러한 시도가 있다면 이는 영장주의를 몰각시키는 중대한 위법으로 위법수집증거배제법칙의 적용이 이루어져야 한다. 그렇다면 압수목록 교부 후 수사기관이 복제본에서 진정성립 자료를 확보할 수 있는 방법은 크게 세 가지로 생각해볼 수 있다. ① 영장 없이 자료를 확보한 후 사후영장을 발부받거나, ② 새로이 사전영장을 발부받아 집행하거나, ③ 임의제출에 의해 확보하는 것이다.

우선 ①의 경우는 (사전)영장주의의 예외에 해당하는 경우로서 우리 형사소송법상 인정되는 때는 제216조 및 제217조상 “i) 체포·구속에 수반하거나 ii) 범행 중 또는 범행 직후의 범죄 장소에서 긴급을 요하는 경우, iii) 긴급체포 된 피의자가 소유·소지 또는 보관하는 물건”에 대한 경우이다. 그런데 압수목록 교부 후 수사기관 수중에 있는 무관정보는 위의 3가지 요건 어디에도 해당하지 않는다.

다음으로 ②의 경우 일견 새로운 영장에 의해 확보했기 때문에 별다른 문제가 없어 보이고, 가장 좋은 해결책이라고 생각될 수도 있다. 그러나 무관정보 폐기의무 발생 시점부터 새로이 영장이 발부되기까지의 기간 동안 수사기관이 복제본을 가지고 있었던 상황을 적법하게 평가할 수 있는지의 문제가 선결돼야 한다. 새로이 발부된 영장에는 이전의 위법 요소를 치유해주는 효력이 없고, 원칙적으로 위법한 증거물에서 직접적으로 파생된 증거의 증거능력은 부정되기 때문이다.³⁴⁾

마지막으로 ③의 경우 수사기관 수중에 있는 복제본의 소유자·소지자·보관자를 피압수자 측이라고 볼 수 있느냐는 문제가 있다. 생각건대 디지털정보의 경우 복제본을 어디의 누가 가지고 있는지가 아니고 그 원천 정보가 누구에게 있었느냐에 따

33) 현재 판례와 영장 실무는 피압수자의 참여권을 정보의 탐색과 출력 전 과정에 걸쳐 보장하는 등 압수·수색의 종료시점을 정보의 탐색과 출력이 끝난 때로 보고 있다. 저장매체가 반출된 때를 압수·수색의 종료로 보는 시각은 소위 중근당 판결 이전 수사기관 측에서 강하게 주장되었던 견해이다.

34) “수사기관의 위법한 압수·수색을 억제하고 재발을 방지하는 가장 효과적이고 확실한 대응책은 이를 통하여 수집한 증거는 물론 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거를 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없도록 하는 것이다.” ; 대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결

라 소유자·소지자·보관자를 판단할 필요가 있다. 왜냐하면 디지털정보의 경우 어떠한 저장매체로 옮겨지더라도 그 내용이 변하지 않으며 단지 저장되는 위치만 달라지는 것이어서 동일한 가치를 가지게 된다는 ‘매체독립성’의 특징이 있기 때문이다. 따라서 수사기관 수중에 있는 복제본이라 할지라도 피압수자에게 임의제출의 결정권자로서의 지위를 인정하는 것이 타당하다고 생각한다. 이는 수사기관 수중에 있는 복제본에서 별건 범죄사실의 증거를 발견하여 새로이 영장을 발부받아 집행하더라도 ‘참여권자는 여전히 최초의 피압수자’라고 보고 있는 대법원 2011도1839 결정의 취지에도 부합한다. 한편, 임의제출에 의해 무관정보를 확보하는 것은 영장위반(무관정보 폐기 불이행)의 결과를 초래한다는 문제점 역시 지적될 수 있다. 그러나 이는 무관정보의 폐기가 유체물에 있어서는 반환과 대비되는 개념임을 생각하면 극복할 수 있는 지적이다. 전통적인 유체물 압수의 경우 수사기관은 일시적으로 수사기관의 점유 하에 있었다고 할지라도 최종적인 압수물 이외의 물건은 모두 피압수자에게 반환한다. 마찬가지로 무체정보 역시 반환되어야 할 것이나 원본이 아닌 복제본이었기 때문에 반환과 동일한 결과(수사기관으로부터의 점유 해제)를 가져올 수 있는 폐기라는 수단을 사용하고 있을 뿐이다. 따라서 수사기관이 무관정보를 폐기하지 않고 임의제출 받는 것은, 반환 대상인 유체물을 임의제출 받는 것과 마찬가지로 지일 것이다. 오히려 문제는 ②의 경우와 마찬가지로 폐기의무가 발생한 이후 임의제출을 받기까지의 복제본 보관을 적법하다고 평가할 수 있느냐이다. 피고인의 증거동의를 있더라도 위법수집증거의 증거능력이 인정되지 않는 만큼, 적법하지 않게 보관한 복제본은 임의제출 받더라도 증거능력이 부정되어야 하기 때문이다.

3. 소결

수사기관의 무관정보 폐기의무 발행 이후 복제본 보관의 적법성을 검토하기 위해서는 우리 대법원이 디지털증거 압수·수색 도중 우연히 발견한 별건 증거에 대해 취하는 태도를 참고할 필요가 있다. 대법원은 “① 더 이상의 추가 탐색을 중단하고, ② 법원으로부터 별도의 범죄혐의에 대한 압수·수색 영장을 발부받은 경우”에 한하여 적법하게 압수·수색을 할 수 있다고 보고 있다.³⁵⁾ 이는 우연히 별건 증거를 발견

한 때부터 새로이 영장이 발부될 때까지 수사기관이 새로운 영장의 대상이 되는 정보(무관정보)를 보관하는 것이 적법함을 전제한다.

물론 우연히 발견한 별건 증거는 압수·수색이 종료되기 전에 발견한 것이어서 최초 영장의 집행과정에서의 문제임에 반하여, ‘폐기의무와 진정성립 자료 확보의 충돌’은 최초 영장의 집행이 끝난 이후에 발생하는 문제라는 차이가 존재한다. 하지만 영장의 효력은 유관정보에 대해서만 미치고 무관(별건)정보임이 확인되었다면 그에 대해서는 효력이 미치지 않는다는 점에 주목해야 한다. 즉, 최초 영장이 무관(별건) 정보에까지 효력을 미쳐 그 보관을 정당화해줄 수 없다는 점에서 양자의 경우가 완전히 다르다고는 할 수 없는 것이다.

이와 같은 점을 고려하여 결론부터 말하자면 현행법의 해석상 복제본의 보관을 정당화하기 위해서는 우연히 발견한 증거의 경우와 같이, 적어도 복제본을 획득할 수 있게 해준 선행되는 압수·수색영장의 집행이 종료되지 않았을 것이 요구된다. 앞서 언급한 바와 같이 무관정보임이 확인되어 더 이상 영장의 효력이 미치지 않는 정보임에도 대법원이 무관정보의 폐기 없이 새로운 영장을 청구할 수 있다고 보는 것은, 영장집행 대상인 복제본에는 유·무관정보가 혼재되어 있어 이를 영장집행이 종료되기 전에 다시금 물리적으로 분할하는 게 곤란하다는 고려가 있었을 것이기 때문이다. 요컨대 영장집행이 종료되기 전까지 복제본을 보관할 수 있는 이유는 영장의 효력이 무관정보에도 미치기 때문이 아니라, 유·무관정보가 완전히 분리되기 전까지는 ‘유관정보를 담고 있는 복제본’ 전체에 영장의 효력이 미치기 때문이다.

따라서 영장집행이 종료된다면 전체로서의 복제본에 영향을 미치는 영장의 효력은 더 이상 존재하지 않게 된다. 압수목록의 교부가 이루어져 영장의 집행이 모두 종료되었다고 평가받는 시점에서는 폐기대상인 복제본을 계속 보관할 근거가 없는 것이다. 그와 같은 때에는 폐기대상인 복제본을 대상으로 새로운 영장을 청구할 수 없고, 설령 청구한다 해도 법원은 이를 기각해야 할 것이다. 수사기관이 위법하게 보유하고 있는 것이기 때문이다.

결국 영장집행이 종료되고 나면 수사기관의 복제본 보관을 정당화할 수 없기 때문에 임의제출은 물론이거니와 새로운 영장발부도 불가능하다고 보아야 한다. 유력

35) 대법원 2015. 7. 16. 자 2011보1839 전원합의체 결정.

한 증거가 수중에 있는데도 확보할 방법이 없다는 결론은 실체적 진실 발견에 대한 지나친 제약이 아닌지 의문이 들 수밖에 없다. 하지만 영장집행 과정에서 본건 증거물을 확보하지 못한 데 대한 부담은 온전히 수사기관의 몫일 수밖에 없다. 수사기관이 영장집행 전 치밀한 계획을 세우고 각종 분석 기법을 발전시켜 나가는 것은 이러한 부담을 극복하기 위해서이다.

V. 결론

최근 증거법 분야의 가장 뜨거운 화두는 디지털증거이다. 원진술자의 법정진술 없이도 ‘디지털포렌식 자료, 감정 등 객관적 방법’으로 진정성립을 인정할 수 있게 해준 형사소송법 제313조 제2항의 개정(2016.5.29.시행) 역시, 디지털증거에 대한 고민의 발로였다. 그리고 제313조 제2항의 해석을 함에 있어 ‘객관적 방법’은 반드시 과학적 수단과 관련된 개념은 아니라는 점과, 진정성립의 증명에는 합리적 의심이 가능한 외부적 정황의 부존재가 요구된다는 점을 고려해주어야 한다.

한편, 제313조 제2항의 개정으로 진정성립 증명을 매개로 하는 압수·수색의 대상 확장이 이루어질 수 있는지, 무관정보 폐기의무에 일정한 예외가 인정되어 결과적으로 폐기의무를 불이행할 수 있는지의 문제가 발생한다. 전자의 경우 경험칙상 진정성립 증명에의 활용빈도가 상당히 높은 정보임을 인정받을 수 있다면 관련성 요건을 인정받을 수 있어 결과적으로 어느 정도 압수대상의 확장이 이루어질 수 있다고 보아야 한다. 이는 대량성의 특징을 가진 디지털증거에 대해 압수 단계에서부터 증거분석 수준의 내용 확인을 요구할 수 없다는 어려움에 기인한다. 참여권의 실질적 보장과 같이 유관정보 압수 원칙을 관철시키고자 하는 최근의 영장실무 경향을 감안할 때, 압수 대상의 무분별한 확장에 대해서는 실효적인 견제가 이루어질 것이다.

한편, 후자의 경우 현행법의 해석상 폐기의무 발생부터 임의제출 혹은 새로운 영장발부까지의 복제본 보관을 적법하게 평가할 방법이 없다는 점에서 무관정보 폐기 의무의 예외나 완화는 허용되지 않는다. 영장집행 과정에서의 증거 불발견의 부담은 온전히 수사기관에게 있는 것이다. 혹여 무관정보 폐기원칙은 고수하되 일정한

시간적 간격, 예컨대 사건의 송치·기소까지는 복제본을 적법하게 보관할 수 있게 해주는 입법적 아이디어가 있을 수 있다. 하지만 무관정보인 복제본을 계속해서 보관할 수 있게 해주는 것은 광범위한 별건 수사의 길을 터주는 결과를 초래할 가능성이 크다는 점에서 타당치 못한 접근 방법이다.

덧붙이자면 수사기관은 한두 가지의 신뢰성 높은 증명방법에만 매몰되어서는 안 되고, 최대한 다양하게 진정성립을 증명해줄 요소들을 찾아야 한다. 만약 수사기관이 더 확인해볼 수 있는 요소들이 있었음에도 이를 간과한 경우, 법원으로서의 객관적인 증명 판단에 보수적인 태도를 취해야 할 것이다. 하지만 이는 어디까지나 수사기관이 현실적으로 확인 가능한 수준에서의 요구여야 하고, 지나치게 이상적인 수준의 요구가 아니라는 한계를 분명히 해야 한다.

참고문헌

- 김정환, “형사소송법 제301조의2 적용 기준과 범위에 관한 소고”, 인권과 정의 제 445호, 대한변호사협회, 2014.
- 배종대·이상돈·정승환·이주원, 『신형사소송법』, 홍문사, 2011.
- 손동권·신이철, 『새로운 형사소송법』, 세창출판사, 2013.
- 손지영·김주석, 『압수·수색 절차의 개선방안에 관한 연구』, 대법원 사법정책연구원, 2016.
- 신동운, 『신형사소송법』, 법문사, 2014.
- 이완규, 『개정 형사소송법의 쟁점』, 탐구사, 2007.
- _____, “압수물의 범죄사실과의 관련성과 적법한 압수물의 증거사용 범위”, 형사 판례연구 제23호, 한국형사판례연구회, 2015.
- _____, “협박 진술 녹음의 전문증거 문제와 진정성 문제의 구별”, 저스티스 제139호, 한국법학원, 2013.
- 이은모, 『형사소송법』, 박영사, 2012.
- 이재상, 『신형사소송법』, 박영사, 2009.
- 유해용, “공판중심주의와 전문법칙”, 저스티스 제98호, 한국법학원, 2007.
- 전현욱, “조서 등의 진정성립 증명 방법 다양화 가능성”, 형사정책연구 제26권 제2호, 형사정책연구원, 2015.
- 홍영기, “반대신문권 보장: 전문법칙의 근거”, 고려법학 제75호, 고려대학교 법학연구원, 2014.
- Arthur Best 저/이완규·백승민 대표 번역, 『미국 증거법』, 탐구사, 2009.
- 탁희성, “디지털 증거의 증거능력에 관한 소고”, 형사절차상 디지털증거의 압수·수색 및 증거능력 세미나, 2014. 12. 19.
- 경향신문, “대법원 왜 그랬어요, 말해봐요. 원세훈 판결의 미스터리”, 2015. 7. 27.
- 국회, 제342회 국회(임시회) 법제사법위원회 회의록, 2016. 5. 17.
- 국민일보, “법원 판결에 상식 기대하면 순진한 바람? 원혜영, ‘대법원 판결 조악하

다””, 2015. 7. 17.

노컷뉴스, “코에 걸면 코걸이? 현직 판사도 가우뚱…대법의 원세훈 판결”, 2015. 7. 17.

로이슈, “원세훈 파기환송…대법원, 정권 눈치보며 역주행 판결”, 2015. 7. 17.

민주사회를 위한 변호사 모임 논평, “수사기관의 편의성만 고려한 국회 법사위 제1 소위의 전문법칙 수정안을 규탄한다.”, 2016. 5. 13.

한겨레, “또 정권 손 들어준 대법원의 기울어진 저울”, 2015. 7. 16.

Consideration of a change in requirements for admissibility of
hearsay evidence and resulting new matters
: Centering on amendment of article 313 of criminal procedure act

Park Min-Woo*

Amendment of Paragraph 2, Article 313 of Criminal Procedure Act brings a problem that whether it is possible to seize material that seems to be directly related to criminal fact for the purpose of 'proving authenticity only' along with relevance requirements provided in Article 215. Materials for proving authenticity have status as supplementary evidence. In order for relevance requirements to be met, at the time of seizure ① elements required for authenticity through evidence only should be specified ② information that is presented should be one which is used to prove authenticity frequently based on experience. Such viewpoint may bring about concern that scope of seizure may be expanded but the concern can be solved by applying strict standard such as absence of reasonable doubt of establishment of authenticity.

New warrant practice requires that investigative agency should destroy irrelevant information in other words copy after seizure and search finish which raises a problem that whether it is possible to search and seize a copy again to secure proof of authenticity after execution of warrant finishes. It is advisable that investigative agency should not search a copy though a copy is in the possession of investigative agency at the time when execution of warrant finishes completely after issuing seizure list. It is desirable that investigative agency should be responsible for burden which is caused by negligence of check for evidence in execution of warrant.

* Director for Regulatory Reform & Legal Affair in the National Police Agency, Doctor of Law

❖ Keyword: hearsay rule, hearsay evidence, relevance, authenticity, seizure and search