

형사절차상 전자증거개시제도(E-Discovery)의 증거개시 신청 방식에 관한 연구

김승영*

국 | 문 | 요 | 약

2008년 형사소송법 제266조의3 제6항에 전자증거개시가 규정된 지 10년이 지났지만 여전히 전자 증거에 대한 증거개시는 대부분 출력물로 대체하여 이루어진다. 그러나, 수사기관에서 수집하는 증거의 대부분이 전자 형태의 자료인 현실을 감안했을 때 전자 증거를 전자 자료로 개시하지 않고 출력물로 개시하는 경우 이를 분석하는데 막대한 비용과 시간이 소요된다. 또한, 전자 자료는 위·변조 및 삭제에 매우 취약한 특성을 갖고 있는데, 출력물로는 위·변조된 사실을 확인할 수 없고 메타데이터 분석이 불가능하기 때문에 피고인의 실질적 방어권 보장에 부정적인 영향을 미친다.

헌법상 기본권인 공정한 재판은 당사자들 사이에 자유롭고 기회균등한 정보제공 및 정보에 대한 다각적인 검증 기회를 보장하는 합리적인 절차를 통해 이루어져야 하는데, 전자파일 형태의 증거를 출력물로 개시하는 것은 실제적 진실 발견이라는 형사소송법의 정신과 공정한 재판을 받을 권리를 침해할 가능성이 있으므로 반드시 개선되어야 한다.

본 논문에서는 전자증거개시가 왜 실질적으로 이행되어야 하는지 그 필요성에 대하여 살펴보고, 우리나라 현행 증거개시 신청 방식을 중심으로 개선 방안을 논의하고자 한다. 또한, 전자증거개시(E-Discovery)에 대한 활발한 논의가 진행중인 미국과 영국의 증거개시 신청 방식을 알아본 후 우리나라 전자증거개시에 대한 시사점을 고찰하고자 한다.

- ❖ 주제어 : 형사절차상 전자증거개시(E-Discovery), 증거개시 신청 방식, 증거 열람·등사 신청서, 피고인의 방어권 보장, 공정한 재판

* 경찰청, 경감

I. 서론

우리나라는 2007년 형사소송법을 개정하면서 제266조의3에 증거개시제도와 전자증거개시제도(E-Discovery)를 도입하였다. 법원이 공소장일본주의를 충실하게 시행하면서 법정에서 증거능력 있는 증거를 분리하여 제출받게 되자, 아직 증거로 제출되지 아니한 채 검사가 보관하고 있는 증거서류에 대한 열람·등사가 실무상으로 문제되어 이를 입법적으로 해결하여 피고인의 방어권을 충실히 보장하고 신속한 재판을 가능하도록 하기 위하여 증거개시제도가 도입¹⁾되었는데, 현실적으로 수사과정에서 압수되는 증거물의 상당 부분이 디지털형태로 생성된다는 사실을 감안하여 도면·사진·녹음테이프·비디오테이프·컴퓨터용 디스크 그 밖에 정보를 담기 위하여 만들어진 물건으로서 문서가 아닌 특수매체²⁾에 대한 증거개시까지 포함하였다.

피고인의 방어권과 신속한 재판을 받을 권리를 실질적으로 보장하기 위하여 도입된 전자증거개시제도가 10년이 지났지만, 전자증거개시의 대상과 방법, 거부에 대한 불복 절차 등에 관한 구체적인 규정이나 지침이 없으며, 소송실무에서 활용되는 경우도 거의 없다. 예를 들면, 불법촬영음란물이나 아동음란물 유통죄의 증거물로 압수한 동영상 파일을 증거개시 신청할 경우 해당 영상을 캡처(capture)하여 출력한 종이문서를 교부해 준다거나, 기술유출 사건의 증거물로 압수한 디지털 형태의 도면 파일에 대해 증거개시 신청을 할 경우 도면을 출력한 종이문서를 교부해 주는 것이 실무상 증거개시의 방법이다. 일부 증거물로 압수한 영상을 CD에 저장하여 교부하는 경우도 있지만 디지털 데이터의 증거개시 방법은 여전히 종이서류와 같은 물리적 형태의 증거개시를 벗어나지 못하고 있다.³⁾

대검찰청은 검찰개혁을 위해 2017. 9. 19. 법조계, 학계, 시민·사회단체, 언론계 등 18명으로 구성된 검찰개혁위원회를 발족하고 약 1년간 활동하면서 모두 14번에 걸쳐 법무부에 바람직한 검찰개혁 방안을 권고한 뒤 활동을 마무리하였는데,⁴⁾

1) 법원행정처, “형사소송법 개정법률 해설집”, 2007. 6월, 78-79.

2) 형사소송법 제266조의3 제6항

3) 권양섭, “형사절차상의 디지털 증거개시(E-Discovery) 제도에 관한 고찰”, 법학연구 제16권 2호, 2016년, 422쪽

4) 대검찰청 홈페이지, <http://www.spo.go.kr/spo/index.jsp>

2017. 11. 27.에 발표한 제4차 권고안에는 형사기록 공개를 확대하는 내용이 담겨져 있다. 현재는 수사 중인 사건 기록에 대한 열람·등사가 형사소송법, 검찰보존사무규칙, 사건기록 열람·등사에 관한 업무처리지침 등에 따라 원칙적으로 신청인 본인 진술 및 본인이 제출한 서류에 대해서만 허용되지만, 이는 공개 범위가 매우 제한적이고 소극적이기 때문에 상호 공격 및 방어 기회를 균등하게 보장하기 위하여 고소장, 고소인 진술조서, 피의자신문조서를 포함한 쌍방 진술과 쌍방 제출 자료까지 모두 열람·등사할 수 있게 개선할 것을 권고하였다.⁵⁾ 피의자의 방어권 보장을 통한 인권보호라는 관점에서 사건 기록 열람·등사의 범위 확대를 권고한 것은 매우 바람직하다고 볼 수 있으나, 14번에 걸친 권고안 어디에도 전자증거개시제도의 개선을 촉구하지 않았다.

바야흐로 우리는 디지털 데이터 시대에 살고 있다. 국가의 활동 뿐만 아니라 개인의 소소한 일상이 휴대폰, 컴퓨터, 테블릿과 같은 임베디드 기기에 저장되고 처리되는 시대이다.⁶⁾ 매일 생성되는 정보의 90% 이상이 디지털 형태로 저장되고 있다.⁷⁾ 전 세계적으로 2012년 한해 생성, 복제, 유통되는 디지털 데이터의 양은 2.8 제타바이트(ZB)에 달하고 2020년에는 그 14배인 40 제타바이트(ZB)까지 늘어날 것이라고 한다.⁸⁾

디지털 데이터는 매체독립성, 비가시성·비가독성, 취약성, 대량성 등 기존 종이서류와 같은 물리적 증거와는 구별되는 특성⁹⁾이 있기 때문에 디지털 데이터가 급격하게 확대되고 있는 현실에 증거개시제도를 적용하기 위하여는 디지털 데이터에 적합한 구체적인 규정이나 실무 지침을 도입하는 것이 필요하다.

형사절차에서 인권이라는 화두는 주로 피의자와 피고인의 방어권 보장과 직결된

5) 대검찰청 검찰개혁위원회, “대검 검찰개혁위원회, 제3·4차 권고안 발표”, 검찰개혁추진단, 2017. 11월

6) 윤혜선, “빅데이터 규제의 새로운 패러다임 모색을 위한 연구”, 경제규제와 법 통권 제11권 1호, 2018년, 71쪽

7) Peter Lyman & Hal R. Varian, “How Much Information”, 2003, available in online ; UC Berkeley School of Information [Http://www.sims.berkeley.edu/how-much-info-2003](http://www.sims.berkeley.edu/how-much-info-2003)

8) 조성훈, “2020년 세상데이터는 모래알의 57배, ‘40ZB’”, 머니투데이, 2012. 12월 : <http://news.mt.co.kr/mtview>

9) 양근원, “디지털 증거의 특징과 증거법상의 문제 고찰”, 경희법학 제41권 제1호, 2006. 6월, 181쪽 이하

다.¹⁰⁾ 2003년 10월 발족한 사법개혁위원회(이하 ‘사개위’라 한다)는 급변하는 환경에 대응할 수 있는 새로운 패러다임을 갖춘 사법제도로 과감히 탈바꿈한다는 목표 아래 피의자·피고인의 인권을 보장하고, 국제적 기준에 부합하는 형사절차를 구현하기 위하여 공판중심주의가 확립되어야 한다고 주장하면서 형사소송법에 증거개시제도의 도입을 건의하였고¹¹⁾ 2008년에 시행되기에 이르렀다.

본 논문은 2008년 형사소송법에 규정된 전자증거개시제도가 실무적으로 제대로 이행되지 않는 이유에 주안점을 두고 알아본 후 그에 대한 개선방안을 제시하고자 한다. 이를 위해서 우선 전자증거개시의 실질적 이행 필요성에 대하여 살펴보고, 현행 형사소송법상 전자증거개시의 신청 방식과 관련한 사항 중 전자증거개시의 활성화를 저해하는 문제점에 대하여 인권 보호 관점에서 개선방안을 논의하고자 한다. 또한, 이와 관련하여 해외 사례를 살펴본 후 우리나라 전자증거개시에 대한 시사점을 고찰하고자 한다.

II. 전자증거개시의 실천적 이행 필요성

현행 형사소송법은 제266조의3에 증거개시와 전자증거개시를 규정하고 있지만, 전자증거개시가 실무적으로 잘 이행되고 있지 않다. 즉, 검사가 전자파일 형태의 증거를 보관하고 있더라도 이에 대한 열람·등사는 전자파일의 출력물로 대체하여 이루어지고 있다.¹²⁾ 전자파일 형태의 증거를 출력물로 제공할 경우 그에 따른 문제가 발생할 여지가 있는데, 그 문제점을 파악하면 전자증거개시의 실질적 이행이 왜 필요한지 알 수 있을 것이다.

10) 이호중, “형사절차와 인권, 사법제도개혁추진위원회의 형사소송법 개정안을 중심으로”, 한양법학 제19집, 2006. 8월, 45쪽

11) 사법개혁위원회, “사법개혁을 위한 건의문”, 행정안전부 국가기록원, 2004. 12월, 44쪽, 피고인의 방어권을 실질적으로 보장하기 위하여 제1회 공판기일 전에 검사가 피고인 또는 변호인에게 수사기록의 열람을 허용하고, 수사기록에 대한 실질적 접근권을 보장하는 것을 내용으로 하는 증거개시제도를 도입하여야 한다고 건의하였다.

12) 전자증거개시의 활용에 대한 국내 통계자료는 존재하지 않지만, 현직 변호사와의 인터뷰 결과 전자증거개시는 실무적으로 거의 이루어지지 않는다는 답변이다.

1. 비용 및 시간 측면

수사기관에서 수집하는 증거의 대부분이 전자 형태의 자료인 현실을 감안했을 때, 수천, 수만 페이지에 이르는 관련 증거자료를 종이 형태로 열람·등사하여 교부할 경우 이를 분석하는데 막대한 비용과 시간이 소요된다.

범행이 특정한 기간 동안 계속 이어지고 그 횟수도 상당히 많은 저작권법 위반죄(불법 소프트웨어 다운로드, 공유 등으로 복제권과 배포권 침해)의 경우, 전자 형태의 증거를 문서 파일로 제출하는 것이 얼마나 비효율적인지 쉽게 짐작할 수 있다. 예를 들어, 피고인 1과 피고인 2는 2010. 6. 23.경부터 2011. 6. 16.경까지 공소장 별지 범죄일람표 1 기재와 같이 피고인 4와 공모하여 총 32,065건의 영화나 드라마 등을, 공소장 별지 범죄일람표 2, 3 기재와 같이 공소외인 등과 공모하여 438,024건과 179,458건의 영화나 드라마 등을 웹하드 사이트에 업로드하고 다른 회원들로 하여금 이를 다운로드받도록 하여 저작권자들의 저작재산권을, 피고인 3 주식회사는 그 대표이사인 피고인 2 등이 피고인 회사의 업무에 관하여 위와 같이 각 저작권자들의 저작재산권을 침해하였다는 사건¹³⁾을 보면, 이 사건은 범죄일람표 1, 2, 3 합계상 범행횟수가 617,481회이고, 범행일시, 침해한 저작재산권도 다르기 때문에 이를 문서로 출력할 경우 범죄일람표만 수만 페이지에 달한다. 이 사건에서 수사기관이 압수한 증거 영상물 모두를 문서로 출력한다면, 65만여 페이지에 달한다.

반면, CD-ROM은 기억 용량이 650MB(메가바이트)로서 325,000페이지 분량의 정보를 저장할 수 있으며, 1GB(기가바이트)는 500,000페이지의 정보량과 맞먹는다. 기업의 네트워크는 TB(테라바이트)로 측정하는데 각각의 TB는 5억 페이지 백업 정보나 자료를 기록할 수 있다.¹⁴⁾ 이와 같이 일반적으로 전자 자료는 방대한 분량의 자료를 저장할 수 있기 때문에 비용측면에서 매우 효율적인 관리 수단이다. 뿐만 아니라, 전자 자료는 일반적인 문서 파일을 기준으로 했을 때 종이 자료에 비해 내용 검색이 용이하다. 물론 종이 자료도 OCR(광학적 문자 판독장치)을 이용하여 전자 매체로 읽을 수 있게 변환한 후 검색할 수 있지만 절차와 비용, 시간 측면에서

13) 대전지방법원 2013.2.14. 선고 2011고단4392, 2012고단4510(병합) 판결

14) 이규철, “민사소송절차에서 전자적 정보의 증거조사에 관한 연구”, 박사학위논문(충남대학교), 2014년, 2쪽

비효율적이다.

2. 메타데이터 등 잠재적 증거 수집 측면

전자 증거는 위·변조 및 삭제가 매우 취약한 특성이 있는데, 출력물로 제공할 경우 삭제된 부분이 있더라도 확인할 수 없고, 전자 파일의 내용이 위·변조되었다고 의심될 경우에 검증할 방법이 없다. 또한, 전자 파일에는 “데이터에 관한 데이터 (data about data)”¹⁵⁾라고 하는 메타데이터가 포함되어 있는데, 여기에는 표면상으로는 보이지 않는 잠재 정보가 포함되어 있다. 메타데이터에는 원래의 데이터를 담은 파일에 부수적으로 시스템에 의하여 자동적으로 생성된 사용자 이름, 조직 이름, 컴퓨터 이름, 작성 연월일 등에 관한 정보가 수반되어 있을 뿐만 아니라 음성이나 영상 자료에 관한 코딩 기법이나 재생 시간 등의 정보 등이 포함된 경우도 있다. 이를 통해 해당 전자정보에 대한 추가 정보를 얻을 수 있으며,¹⁶⁾ 자료의 진정성 판단에 도움을 줄 수도 있고 법관이 증거력을 평가할 때 합리적인 기준이 될 수도 있다.¹⁷⁾ 한편, 메타데이터의 범위를 의도적으로 숨긴 임베디드 형태의 데이터 (embedded data)까지 포함하는 개념¹⁸⁾으로 보면 전자파일을 통해 획득할 수 있는 정보는 더욱 광범위해 진다. 그렇지만 출력물은 원본 전자 파일이 조작 또는 변형되거나, 정보가 숨겨져 있다고 하더라도 수사기관에서 디지털포렌식을 통해 그 사실을 알아내지 못한다면 그대로 제출되어 법관의 심증 형성에 부정적 영향을 미쳐 실

15) Sharon D. Nelson & Bruce A. Olson & John W. Simek, The electronic evidence and discovery handbook, 274, American Bar Association (2006)

16) 대법원 사법정책연구원, “전자정보의 증거조사 현황과 개선 방안에 관한 기초 연구”, 사법정책연구원 연구총서 2016-22, 2017. 2월, 44쪽

17) 김도훈, “전자증거에 대한 민사소송법상 취급에 관한 연구”, 박사학위논문(연세대학교), 2007년, 14쪽

18) Maryland 미연방지방법원은 ESIprotocol에서 메타데이터를 임베디드 데이터를 포함하는 개념으로 정의하고 있다 ; “Metadata” means : (i) information embedded in a Native File that is not ordinarily viewable or printable from the application that generated, edited, or modified such Native File; and (ii) information generated automatically by the operation of a computer or other information technology system when a Native File is created, modified, transmitted, deleted or otherwise manipulated by a user of such system. <<http://www.mdd.uscourts.gov/sites/mdd/files/ESIProtocol.pdf>>

체적 진실을 밝히지 못할 가능성이 있다.

한편, 또 다른 잠재적 증거 수집 측면에서 보았을 때 수사기관에서 하드디스크를 압수하여 미할당 영역의 데이터를 복구·분석할 경우 수사기관은 유죄의 증거만 찾아 이를 출력하여 증거로 제출할 가능성이 높다. 그러나 디스크의 미할당 영역에는 잠재적 증거가 무궁무진하게 남아 있어 때로는 피고인의 무죄 항변에 유리한 증거도 있을 수 있는데, 이를 출력물로 증거개시 하는 경우 피고인은 미할당 영역에 남아 있는 본인에게 유리한 증거를 수집할 기회를 놓치게 될 수도 있다.

3. 헌법상 기본권 측면

대법원은 “형사사건의 실체에 대한 유죄·무죄의 심증 형성은 법관의 면전에서 직접 조사한 증거만을 재판의 기초로 삼을 수 있고 증명 대상이 되는 사실과 가장 가까운 원본 증거를 재판의 기초로 삼아야 하며, 원본 증거의 대체물 사용은 원칙적으로 허용되어서는 안된다(실질적 직접심리주의). 이는 법관이 법정에서 직접 원본 증거를 조사하는 방법을 통하여 사건에 대한 신선하고 정확한 심증을 형성할 수 있고 피고인에게 원본 증거에 관한 직접적인 의견진술의 기회를 부여함으로써 실질적 진실을 발견하고 공정한 재판을 실현할 수 있기 때문이다. 형사소송절차는 소송절차의 진행과 심리 과정에서 법정을 중심으로 특히, 당사자의 주장과 증거조사가 이루어지는 원칙적인 절차인 제1심의 법정에서 실질적 직접심리주의의 정신이 충분하고도 완벽하게 구현될 수 있도록 하여야 한다.”¹⁹⁾라고 판시하였다.

공정한 재판의 실현은 공소사실에 대한 법관의 심증형성이 객관적이고 합리적으로 이루어질 때 가능하다. 또한 공정한 재판은 피고인의 방어권이 소송구조에 따른 형식논리적인 보장에 그치거나 제도적으로 공판중심주의의 도입에 따른 반사 이익 정도로 인식되어서는 결코 이루어질 수 없다. 다시 말하면 형사절차가 피의자·피고인에게 주체적 지위를 보장하고 그들을 ‘보호하는 형식’이 되는데서 그치지 않고 소송에서 ‘사안이 합리적으로 구성’될 수 있게 하기 위해 다양한 주체들의 참여 보장과 그들 사이의 자유롭고 기회균등한 정보제공 및 정보에 대한 다각적인 검증 기

19) 대법원 2010. 6. 24. 선고 2010도3846 판결

회를 보장하는 합리적인 절차가 되어야 한다.²⁰⁾ 결국 전자 증거를 출력물로 제공하는 것은 실체적 진실 발견이라는 형사소송법의 정신과 공정한 재판을 받을 권리라는 피고인의 헌법상 기본권을 침해할 가능성이 있는 것이다.

Ⅲ. 현행 증거개시 신청 방식의 개선방안

현행 형사소송법은 제266조의3, 제266조의4에서 증거개시에 대한 사항을 규정하면서, 제266조의3 제1항에서 제5항까지는 서류등에 대한 열람·등사 또는 서면의 교부 신청권, 제한 사유 등을 규정하고 있으며, 제266조의3 제6항에 전자증거개시 관련 규정을 두고 있다.²¹⁾

이번 장에서는 형사소송법 제266조의3 제6항에 전자증거개시제도가 규정되어 있음에도 불구하고 실무적으로 전자 파일 형태의 증거개시가 제대로 이행되지 않는 이유를 현행 증거개시 신청 방식, 신청 대상 및 방법, 제한 사유 등을 중심으로 검토해보고자 한다. 증거개시의 시작인 신청 단계는 실무상으로 얽혀 있는 문제점들을 해결해 나갈 수 있는 단초가 될 수 있기 때문에 신청 방식의 실질적, 절차적 개선 방식에 대한 연구가 필요하다.

20) 이상돈, “조서제판과 공판중심주의”, 고시계 제50권 제6호, 2005. 6월, 169쪽

21) 피고인 또는 변호인은 검사에게 공소제기된 사건에 관한 서류 또는 물건(이하 “서류등”이라 한다)의 목록과 공소사실의 인정 또는 양형에 영향을 미칠 수 있는 다음 서류등의 열람·등사 또는 서면의 교부를 신청할 수 있다. 다만, 피고인에게 변호인이 있는 경우에는 피고인은 열람만을 신청할 수 있다.(형사소송법 제266조의3 제1항)

1. 검사가 증거로 신청할 서류등
2. 검사가 증인으로 신청할 사람의 성명·사건과의 관계 등을 기재한 서면 또는 그 사람이 공판기일 전에 행한 진술을 기재한 서류등
3. 제1호 또는 제2호의 서면 또는 서류등의 증명력과 관련된 서류등
4. 피고인 또는 변호인이 행한 법률상·사실상 주장과 관련된 서류등(관련 형사재판확정기록, 불기소처분기록 등을 포함한다)

제1항의 서류등은 도면·사진·녹음테이프·비디오테이프·컴퓨터용 디스크, 그 밖에 정보를 담기 위하여 만들어진 물건으로서 문서가 아닌 특수매체를 포함한다. 이 경우 특수매체에 대한 등사는 필요 최소한의 범위에 한한다.(형사소송법 제266조의3 제6항)

1. 전자파일 형태의 증거개시 신청을 위한 열람·등사 신청서 개선

가. 현행 증거개시 신청 양식의 문제점

형사소송법 제266조의3 제1항에 따른 증거개시의 신청이 있는 때에 검찰사건사무규칙²²⁾ 제112조의2에 의한 별지 제170호의2와 제170호의3 서식(열람·등사 신청서)을 작성하여 증거개시 신청을 하도록 되어 있다. 현재 열람·등사 신청서 항목은 ①신청인 기재란(성명, 생년월일, 주소, 전화번호, 피고인과의 관계) ②사건에 관한 사항 기재란(사건번호, 피고인 성명, 죄명) ③신청사유 체크란(당해 사건 소송 준비 용인지 확인) ④신청내용 체크란(i. 위 사건에 관한 서류 등의 목록의 열람·등사, ii. 검사가 증거로 신청할 서류 등의 열람·등사(제1호), iii. 검사가 증인으로 신청할 사람의 성명·사건과의 관계 등을 기재한 서면의 교부 또는 그 사람이 공판기일 전에 행한 진술을 기재한 서류 등의 열람·등사(제2호))으로 구성되어 있다.²³⁾

검찰사건사무규칙 별지 제170호의2와 제170호의3 서식(열람·등사 신청서)에서 알 수 있듯이 증거개시 신청을 하기 위한 ‘열람·등사 신청서’에 전자파일 형태로 증거 개시를 요청할 수 있는 신청란은 찾아 볼 수 없다. 제도를 도입하였다면 그 제도를 실무적으로 이행되도록 하기 위한 구체적인 절차가 마련되어야 하는데 전자 파일에 대한 증거개시가 도입된 지 10년이 지난 현재에도 적절한 절차가 없어 피고 인측은 전자 증거에 대해 전자파일 형태로 증거개시 신청을 할 수 없고 전자증거개 시에 대한 논의도 진전되지 않고 있다.

형사사법체계에서 검사는 강력한 권한과 독점적 정보력을 바탕으로 피고인이나 변호인에 비해 상대적 우위에 있기 때문에 검사와 피고인 사이에는 근본적인 불균 형이 있다.²⁴⁾ 그런데 우리 형사소송법이 영미법의 영향으로 당사자주의 소송구조로

22) 검찰사건사무규칙 제1조(목적) 이 규칙은 검찰청법 제11조의 규정에 의하여 각급 검찰청의 사건에 수리·수사·처리 및 공판수행등에 관한 사항을 정함으로써 사건사무의 적정한 운영을 기함을 목적으로 한다.

23) 검찰사건사무규칙 별지 제170조의2 서식(「형사소송법」 제266조의3 제1항 제1호 및 제2호)의 경우 본 항목으로 구성되어 있으며, 별지 제170조의3 서식(「형사소송법」 제266조의3 제1항 제3호 및 제4호)은 신청내용 체크란이 i. 「형사소송법」 제266조의3 제1항 제1호 또는 제2호의 서류 등의 증명력에 관련된 서류 등의 열람·등사(제3호) ii. 피고인 또는 변호인이 행한 법률상·사실상 주장과 관련된 서류 등의 열람·등사(제4호)으로 구성되어 있다.

변화하면서 공소장일본주의를 적용함에 따라 피고인의 실질적인 방어권을 보장하고 효과적인 변호를 위해서 검찰이 보유하고 있는 자료에 접근할 필요성이 증가²⁵⁾하여 2008년 증거개시제도를 도입하였다. 그리고 디지털 환경이 확대됨에 따라 수사기관이 수집하는 증거의 대부분이 전자 자료이기 때문에 기존 문서 중심의 증거개시만으로는 피고인의 방어권 보장에 한계가 있어 전자증거개시제도도 함께 도입하였다. 그러나 2008년 개정된 형사소송법이나 검찰사건사무규칙 모두 전자 자료에 대한 충분한 접근성을 확보하기 위한 성문화된 절차규정이 결여되어 있어 실질적인 방어권 보장에 한계가 있다.

실무적으로 전자 파일에 대한 피고인·변호인의 접근이 보장되지 않기 때문에 전자 증거의 열람·등사를 서면의 형태로 개시하더라도 검사를 귀찮게 하면 향후 공판 절차에서 불이익을 받을 수도 있다는 막연한 불안감에 원하는 형태로 열람이나 등사를 요청하지 못하는 것이 현재 전자증거개시제도 운영의 현실이다. 과거 전자증거 규정 자체가 없어 전자 증거를 개시하는 것에 대한 의식이 없었던 형사소송법 제35조(서류, 증거물의 열람·등사) 규정만으로 증거개시를 해주었던 시기의 관행이 그대로 유지되고 있다고 볼 수 있다.

2008년 형사소송법의 개정으로 전자증거개시에 관한 규정이 명문화 되었지만, 법이나 관련 규칙상에 전자증거의 특성을 고려한 구체적인 신청 방법에 대한 규정이 없는 것이 형사소송법상 전자증거개시가 도입된 지 10년이 지난 현재에도 실무상으로 제도가 잘 이행되고 있지 않는 가장 큰 원인 중 하나라고 생각한다.²⁶⁾

24) 이윤제, “증거개시제도 : 과거, 현재, 미래”, 아주법학 제9권 제1호, 2015. 5월, 83쪽

25) 탁희성, “전자증거개시제도(E-Discovery)에 관한 연구, 형사정책연구원 연구총서 11-145, 2011. 12월, 93쪽

26) 최근(2018. 9. 4.) 발의된 형사소송법 일부개정법률안(주광덕의원 대표발의)은 재판 관련 서류의 개시방법을 종이문서에 기반하는 것은 신속한 재판준비나 방어권 행사에 지장을 초래한다는 이유로 다음과 같이 입법예고 중인 상태이다.

제266조의3 제1항 각 호 외의 부분 본문, 같은 조 제2항 및 제3항 중 “등사 또는 서면의”를 각각 “등사, 서면의 교부 또는 전자적”으로 하고, 같은 조 제5항 중 “열람 또는 등사”를 “열람, 등사 또는 전자적 교부”로 한다.

나. 증거개시 신청 양식 개선의 당위성

형사소송법 제266조의3에 규정되어 있는 증거개시제도는 본래 공공기관의 정보 공개에 관한 법률(1996. 12. 31. 법률 제5242호)에서 유래하였는데, 수사기록도 원칙적으로 공개대상인 정보에 해당하나 동법 제7조 제4호의 예외규정²⁷⁾에 해당한다는 이유로 비공개될 여지가 크며 수사기관이 이에 응하지 않을 경우 행정심판, 행정소송을 통하여 해결하여야 하므로 소송이 지연될 우려가 크고²⁸⁾ 변호인의 조력을 받을 권리를 침해할 가능성이 있어 수사기록 중 재판에 중요한 영향을 미치는 증거에 대하여는 형사소송절차를 정하는 형사소송법에 별도의 규정을 둔 것이다.²⁹⁾ 그런데 문제는 피의자·피고인의 헌법상 권리를 보다 충실히 보장하기 위하여 별도의 규정을 둔 것이라면 이와 관련된 보장 체계도 더 폭넓고 세밀하게 규정되어 있어야 하는데 현실은 그렇지 못하여 오히려 피의자·피고인의 권리를 더 제한하고 있다.

공공기관의 정보공개에 관한 법률 제15조는 정보의 전자적 공개를 규정하고 있는데, ‘공공기관은 전자적 형태로 보유·관리하는 정보에 대하여 청구인이 전자적 형태로 공개하여 줄 것을 요청하는 경우에는 그 정보의 성질상 현저히 곤란한 경우를 제외하고는 청구인의 요청에 따라야 한다’고 규정(공공기관의 정보공개에 관한 법률 제15조 제1항)하여 청구인에게 ‘전자적 형태의 정보공개 청구권’을 인정하고 있으며, ‘전자적 형태로 보유·관리하지 아니하는 정보에 대하여 청구인이 전자적 형태로 공개하여 줄 것을 요청한 경우에는 정상적인 업무수행에 현저한 지장을 초래하거나 그 정보의 성질이 훼손될 우려가 없으면 그 정보를 전자적 형태로 변환하여 공개할 수 있다’(공공기관의 정보공개에 관한 법률 제15조 제2항)고 규정함으로

27) 진행중인 재판에 관련된 정보의 범죄의 예방, 수사, 공소의 제기 및 유지, 형의 집행, 교정, 보안처분에 관한 사항으로서 공개될 경우 그 직무수행을 현저히 곤란하게 하거나 형사피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보

28) 황순철, “미국 형사법상 증거개시제도”, 법학논고 제20권, 2004. 6월, 126쪽

29) 이에 대하여 형사소송법 제266조의3은 증거개시를 위하여 피고인 또는 변호인으로 하여금 우선 검사에게 열람·등사 등을 신청하도록 규정하고 있는데, 이는 현재의 공공기관의 정보공개에 관한 법률에 의한 방법과 동일한 뿐 아니라 검사가 이를 거부하는 경우 헌법소원을 통해 구제받을 수 있다는 점에서 굳이 형사소송법에 별도로 규정하는 것이 의미가 없다는 주장이 있다. 천진호, “개정 형사소송법상 형사피의자·피고인의 방어권 보장”, 저스티스, 2008. 4월, 128쪽; 배종대/이상돈, “형사소송법 제7편”, 홍문사, 2006년, 391쪽

써 청구인에게 ‘비전자적 형태의 정보를 전자적 형태로 변환하여 공개를 청구할 권리’까지 인정하고 있다. 또한, 전자적 형태의 정보공개 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정하고 있다.(공공기관의 정보공개에 관한 법률 제15조 제3항)³⁰⁾

아울러, 공공기관의 정보공개에 관한 법률 시행규칙 제2조 제1항은 별지 제1호의 2 서식에 정보공개 청구서를 규정하고 있는데,³¹⁾ 해당 서식에는 ①청구인, ②청구 내용, ③공개 방법, ④수령 방법 ⑤수수료 항목으로 구성되어 있으며, 공개 방법에는 열람·시청, 사본·출력물, 전자파일, 복제·인화물, 기타로 구성되어 청구인이 원하는 형태로 정보공개를 신청할 수 있게 되어 있고, 전자파일로도 신청할 수 있는 항목이 명확하게 규정되어 있다.

형사절차에서 피고인의 권리를 보다 충실히 보장해주기 위한 형사소송법의 증거개시제도가 일반 국민의 알권리를 보장하기 위한 정보공개 제도보다 세부적인 규정이나 지침이 미흡한 것이다. 형사소송에 있어서 피고인에게 수사기관이 보유하고 있는 전자적 자료에 접근할 권리는 일반 국민의 알권리를 보장하기 위한 정보공개 제도보다 적극적으로 보장하여야 한다. 검찰에서 보관하고 있는 증거자료 중에는 피고인의 무죄입증 근거로 제시할 수 있는 정보들이 포함되어 있을 가능성이 존재하기 때문이다.³²⁾

30) 공공기관의 정보공개에 관한 법률 시행령 제14조(정보공개 방법) ①정보는 다음 각 호의 구분에 따른 방법으로 공개한다.

1. 문서·도면·사진 등 : 열람 또는 사본의 제공
2. 필름·테이프 등 : 시청 또는 인화물·복제물의 제공
3. 마이크로필름·슬라이드 등 : 시청·열람 또는 사본·복제물의 제공
4. 전자적 형태로 보유·관리하는 정보 등 : 파일을 복제하여 정보통신망을 활용한 정보공개시스템으로 송부, 매체에 저장하여 제공, 열람·시청 또는 사본·출력물의 제공
5. 법 제7조 제1항에 따른 정보 등 공개를 목적으로 작성되고 이미 정보통신망 등을 통하여 공개된 정보 : 해당 정보의 소재(所在) 안내

②공공기관은 정보를 공개할 때 본인 또는 그 정당한 대리인임을 확인할 필요가 없는 경우에는 청구인의 요청에 따라 제1항 각 호의 사본·출력물·복제물·인화물 또는 복제된 파일을 우편 또는 팩스 또는 정보통신망을 이용하여 보낼 수 있다.

③공공기관은 제1항에 따라 정보를 공개할 때에는 타인의 지식재산권, 사생활의 비밀, 그 밖에 타인의 권리 또는 이익이 부당하게 침해되지 아니하도록 유의하여야 한다.

31) 공공기관의 정보공개에 관한 법률 시행규칙 제2조(정보공개 청구서의 서식) ① 법 제10조 제1항 및 「공공기관의 정보공개에 관한 법률 시행령」 제6조 제1항에 따른 정보공개 청구서는 별지 제1호의2서식에 따른다.

현대적 의미의 공판중심주의는 다양한 주체들의 참여보장과 그들 사이의 자유롭고 기회 균등한 정보제공 및 정보에 대한 다각적인 검증기회를 보장하는 ‘합리적인’ 절차가 되어야 한다. 이러한 공판중심주의의 합리적인 절차를 만드는 제도 중 증거개시제도는 매우 중요하다. 공판중심주의는 공개주의, 구두주의, 직접주의 등과 같은 공판절차의 기본원칙을 실현하는 것으로 구체화 할 수 있지만, 실질적으로는 결국 공정한 재판을 받을 권리를 어떻게 보장할 것인가에 있기 때문이다.³³⁾

법정에서 반대신문을 준비하기 위해 사건의 쟁점이 무엇인지 확인하고 심리계획을 사전에 세우는 것, 즉 피고인에게 충분한 방어기회를 주어 검사와의 논쟁을 통해서 진실을 발견하려고 하는 법의 이상을 실현하기 위해서는, 국가측에서 적절하게 피고인측의 입증준비를 보호·후원하고, 피고인측이 그 방어에 필요한 지식·자료를 획득할 수 있도록 하는 객관적인 조건을 보장하는 것이 중요한 전제로 되고, 이러한 문제를 해결할 수 있는 유력한 수단이 바로 증거개시제도이다.³⁴⁾ 그렇기 때문에 형사소송법 제266조의3의 증거개시의 신청을 위한 동 규칙 제112조의2의 별지 제170호의2와 제170호의3 서식(열람·등사 신청서)은 마땅히 정보공개 신청서 보다 정교하고 치밀하게 구성되어야만 한다.

2. 증거개시 신청 대상 확대를 위한 수사기록목록 개시

가. 현행 의무적 증거개시 대상

현행 형사소송법은 ‘공소제기된 사건에 관한 서류 또는 물건(이하 “서류등”이라 함)의 목록’을 증거개시의 대상으로 규정하고 있는데, 여기서 말하는 목록이 실무적으로는 수사기록목록이 아니라 증거목록으로 이루어진다는 점이 증거개시 대상에 관한 가장 큰 문제점이라고 볼 수 있다.³⁵⁾ 이 규정으로 인해 피고인측은 검사가 증

32) 탁희성(주 25), 93쪽

33) 신양균, “제1회 동아시아 형사사법 국제학술회의 - 형사사법의 정비방안 : 헌법상 적법절차의 형사소송법에서의 구현, 새로운 형사소송법개정안을 중심으로”, 비교형사법연구 제8권(1s), 2006년, 635-636쪽

34) 민영성, “공정한 재판을 받을 권리와 방어권 강화”, 법학연구 49(2), 2009. 2월, 191쪽

35) 종래 수사를 진행하면서 검찰과 경찰은 단계별로 서류 등의 편철 순서에 따라 기록목록을 작성하여

거로 신청할 자료가 아닌 자료는 그 존재 자체도 알 수 없게 되어 검사가 증거로 제출하지 않는 서류 등의 개시는 처음부터 불가능하다.

수사기관이 수집한 전자정보는 그 내용이 상당히 방대하여 그 중에 피고인의 주장이나 항변을 뒷받침할 수 있는 정보가 있는지 여부에 대하여 수사기관측에서 미처 파악하지 못할 수도 있다. 또한 최근에 ‘검사가 재판에서 피고인에게 유리하게 작용할 수 있는 증거를 제출하지 않았다면 객관의무를 위반한 것이므로 그로 인한 손해를 국가가 배상해야 한다’는 법원의 판결³⁶⁾도 있다는 점을 보면 수사기관이 피고인에게 유리한 증거를 의도적으로 배제할 가능성도 충분히 있다.

나. 수사기록목록으로 증거개시대상 확대 필요성

위에서 살펴본 문제점 때문에 증거개시의 대상이 되는 서류등의 목록을 증거목록이 아니라 수사기록목록으로 하고,³⁷⁾ 수사기록목록에 대하여는 피고인측의 신청이 있기 전에 의무적으로 개시하도록 하여 검사가 증거로 신청할 자료 뿐만 아니라 검사가 보유하고 있는 모든 자료에 대하여 증거개시를 신청할 수 있는 길을 열어주어

수사기록 첫머리에 편철하였고, 이 목록이 편철된 수사기록 일체를 공소제기 후 제1심 공판기일 전 법원으로 송부하여 왔다.(그러므로 당연히 수사기록목록이 열람·등사의 대상으로 되었다.) 그러나 증거분리제출이 본격적으로 시행되면서 이러한 실무관행은 더 이상 유지될 수 없게 되었다. 검사는 공소제기 후 수사기록 중 법원에 증거로 제출할 서류와 그렇지 아니한 서류를 구분한 다음 전자의 서류들만을 묶어 증거기록으로 편철하고 이를 법정에서 증거로 제출하게 되었다. 이에 따라 검사는 수사를 마치고 당해 피의자에 대하여 공소를 제기하는 경우에는 공소유지를 위하여 정해진 서식에 따라 공판카드를 작성하고, 공판에서 증거로 제출할 증거서류 및 물건의 목록(이를 “증거목록”이라고 부른다.)을 작성하게 된다. 통상 수사기록에서 경찰 작성의 의견서를 비롯하여 증거능력을 부여받을 수 없는 수사 목적의 서류 등이 그 목록에서 제외된다. 현재 실무에서 피고인 또는 변호인에게 열람·등사의 대상이 되는 서류 등의 목록은 바로 이 증거목록이 되는 것이다. ; 최창영, “공판에서의 형사소송법의 진단”, 형사소송 이론과 실무 제2권 제1호, 2010. 6월, 45쪽

36) 서울중앙지방법원 2018. 7. 17. 선고 2017가단5127343 판결

37) 증거분리제출이 본격적으로 시행되기 이전에 검찰은 수사기록목록을 공소제기 후 제1심 공판기일 전 법원으로 송부하여 왔으나, 증거분리제출이 시행된 이후에는 별도로 증거목록을 작성하여 이것을 법원에 제출하고 있다. 당초 정부안은 수사기록목록에 대한 증거개시를 염두에 두고, 수사기록 목록의 누락을 방지하기 위해 제198조 제2항을 신설하여 “검사·사법경찰관리 그 밖에 직무상 수사에 관계있는 자는 수사과정에서 작성되거나 취득한 서류 또는 물건에 대한 목록을 빠짐없이 작성하여야 한다”는 규정을 두었으나, 수사기밀이나 증인의 보호, 업무의 과중 등을 이유로 한 반대견해로 삭제되었다. ; 최창영(주 35), 45-46쪽 참고

야 한다.

메타데이터는 숨겨져 있는 해당 전자정보에 대한 추가 정보로 피고인측에 유리한 정황 자료를 얻을 수 있기 때문에 전자증거개시제도가 활성화 되었을 때 이에 대한 개시 여부와 방법이 문제될 가능성이 높다. 또한, 삭제되거나 숨겨진 데이터의 경우도 수사기관은 피고인에 대한 유죄의 증거를 확보하기 위하여 디지털포렌식을 통해 가능한 한 모든 데이터를 복구하고자 하는데 피고인측에 증거개시를 할 때 복구작업이 이루어진 상태로 제출해야 하는지 아니면 압수한 상태 그대로인 복구 전의 상태로 개시하여야 하는지도 문제될 것이다.

메타데이터, 삭제되거나 숨겨진 데이터의 개시 여부는 검사의 객관의무를 기본으로 디지털포렌식을 통해 확보된 증거의 성질과 연관하여 판단해야 한다. 즉 포렌식으로 확보된 추가 정보가 피고인에 유리한 것이라면 피고인측의 신청 전이라도 의무적으로 개시하여야 할 것이다. 불리한 것이라면 위에서 언급한 의무적인 수사기록목록 제출을 통해 검사가 법정에 증거로 제출할 자료든 그렇지 않은 자료든 증거개시를 신청할 수 있는 여지를 주어야 한다.

3. 검사의 자의적 증거개시 배제를 위한 제한 요건 완화

가. 현행 증거개시 제한 요건과 문제점

현행 형사소송법은 검사가 국가안보, 증인보호의 필요성, 증거인멸의 염려, 관련 사건의 수사에 장애를 가져올 것으로 예상되는 구체적인 사유 등이 있을 것으로 인정하는 경우를 증거개시의 제한 사유로 규정³⁸⁾하고 있다. 또한, 검찰사건사무규칙에는 형사소송법의 제한 사유 이외 (1)사건관계인의 명예나 사생활의 비밀 또는 생명·신체의 안전이나 생활의 평온을 현저히 해칠 우려가 있는 경우 (2)법령상 타인에게 제공 또는 누설하거나 목적 외 사용이 금지된 정보·자료 또는 수사방법상의 기밀을 보호할 필요가 있는 경우 (3)수사기관의 의견 또는 법률판단 등을 기재한 내부문서인 경우 (4)열람·등사 대상 서류 등이 없거나 특정되지 아니한 경우 (5)형

38) 형사소송법 제266조의3 제2항

사소송법 제266조의3 제1항 제3호 또는 제4호 소정의 관련성이 인정되지 아니하는 경우를 추가적인 제한사유로 규정³⁹⁾하고 있다.

실무적으로 서류등 목록의 열람·등사는 예외 없이 허용되고 있으나, 전국 법원에 제기되는 증거의 열람·등사 또는 서면의 교부 허용신청사건이 매년 10건 정도에 이른다는 사실⁴⁰⁾을 고려하면 증거개시의 제한으로 인해 피고인의 방어권이 심각히 훼손되고 있다고 볼 수 있다. 이러한 문제는 현행 증거개시의 제한 사유가 과도하게 많고 개시 여부의 판단을 검사의 주관에 맡기고 있어 검사측에서 증거개시를 거부할 의도만 갖는다면 얼마든지 거부할 수 있다는 데에서 발생한다고 볼 수 있다.

나. 제한 요건 완화의 방향

우리 형사소송법은 당사자주의를 채택하고 있기 때문에 형벌권을 행사하기 위하여 진행되는 수사절차와 재판절차는 피의자 또는 피고인의 기본권이 부당하게 침해되지 않도록 하기 위하여 피의자 또는 피고인의 방어권을 충분히 보장하는 방법과 절차로 행사되어야 하며, 그러기 위하여는 혐의사실·공소사실의 내용과 그에 대한 증거자료를 모두 피의자·피고인에게 개시하여야⁴¹⁾ 하는 것이 타당하다고 생각한다.

한편, 미국의 경우에는 수사기관(the government)의 증거개시의무를 적극적으로 규정하고 있는데, “피고인의 요청이 있는 경우 수사기관은 ‘피고인의 방어권 준비에 중요한 것(the item is material to preparing the defense)’이라면 증거개시를 허용해야 한다(must permit)”고 규정⁴²⁾하고 있으며, 심지어 “피고인의 방어권에 도움이 되

39) 검찰사건사무규칙 제112조의3 제1항

40) 2009년 한 해 동안 서울중앙지방법원에 제기된 증거의 열람·등사 또는 서면의 교부 허용신청사건은 모두 3건에 불과하였고, 전국적으로는 모두 7건이다. ; 최창영(주 35), 44쪽

41) 헌재 2008. 2. 28. 2005헌마396 결정 중 재판관 조대현, 송두환의 반대 의견

42) Federal Rules of Criminal Procedure 16(a)(1)(E) Documents and Object. Upon a defendant's request, the government must permit the defendant to inspect and to copy or photograph books, papers, documents, data, photographs, tangible objects, buildings or places, or copies or portions of any of these items, if the item is within the government's possession, custody, or control and:

(i)the item is material to preparing the defense; (ii)the government intends to use the item in its case-in-chief at trial; or (iii) the item was obtained from or belongs to the defendant

는(helpful) 증거는 요청이 없더라도 증거개시 해야 한다”고 해석⁴³⁾하고 있다. 미국은 이러한 연방형사소송규칙의 규정을 판례를 통해 원칙으로 확립하였는데, 이를 Brady 원칙⁴⁴⁾이라고 하며 미연방대법원 판례로서 증거개시와 관련된 재판에서 지켜야 할 대원칙으로 여겨진다.

수사기록 열람·등사권은 헌법상 피고인에게 보장된 신속·공정한 재판을 받을 권리와 변호인의 조력을 받을 권리 등에 의하여 보호되는 권리라고 하더라도 헌법상 보장된 다른 기본권과 조화를 이루어야 한다.⁴⁵⁾ 그러나, 국민의 신뢰를 얻을 수 있는 진정한 사법개혁을 위하여는 피고인의 방어권을 강화하는 방향으로 보다 가까이 움직일 필요가 있다. 미국 연방형사소송규칙과 Brady 원칙이 그 기준점이 될 수 있을 것이라고 생각한다.

IV. 외국의 전자증거개시제도에 대한 검토

전자정보의 보편성 및 중요성에 비추어 우리나라에서는 전자증거에 관한 규정 및 실무가 충분히 정착되지 못하고 있다.⁴⁶⁾ 그렇기 때문에 전자증거개시(E-Discovery)

43) Federal Rules of Criminal Procedure 16 Note of Advisory Committee on Rules-1974 Amendment

44) 사건 내용 : Brady와 그의 친구 Boblit은 중죄와 살인죄로 기소되었으며, 검사는 두 사람에 대해 사형을 구형하였다. 공판전에 Brady의 변호사는 검사에게 Boblit이 경찰에서 행한 모든 진술을 검토할 수 있게 해달라고 요청했다. 검사는 몇몇 진술은 보여주었지만 Boblit이 실제 살인을 한 것을 인정한 진술은 보여주지 않았다. 재판에서 Brady는 중죄에의 관여는 인정했지만 사실상 살인은 하지 않았다고 부인했다. Brady는 유죄판결을 받았고, 사형이 선고되었다. 재판후 Brady의 변호사는 Boblit의 진술서가 있다는 것을 알고 다시 재판을 청구했으나 1심에서 신청이 기각되었다. 하지만 항소심에서 적정절차위반을 인정하고 과형의 점에 대해서만 판단을 다시 하도록 1심으로 환송하였다.

판결요지 : Douglas 대법관은 “피고인이 청구하고 있는 피고인의 죄책 또는 형량에 있어서 중요하고, 피고인에게 유리한 증거를 검사가 그의 선의, 악의를 불문하고 증거제출에서 제외하는 것은 적정절차에 위반한다.”라고 판시하였다.

Brady v. Maryland. 373 U.S. 83, 87(1963) ; 탁희성, “형사증거개시제도에 대한 연구”, 형사정책연구원 연구총서, 2003. 12월, 61-62쪽

45) 헌재 1997. 11. 27. 94헌바60 참고

46) 대법원 사법정책연구원(주 16), 117쪽

에 대하여 오랫동안 시행착오를 거치며 심도 있는 논의를 통해 발전시키고 있는 외국의 제도를 참고할 필요가 있다.

미국의 경우 증거개시제도를 1938년부터 연방민사소송규칙(Federal Rules of Civil Procedure, 이하 ‘FRCP’라고 함)에 도입하였고, 2006년에는 전자적으로 저장된 자료(electronically stored information, 이하 ‘ESI’라고 함)에 대한 증거개시를 연방민사소송규칙에 명시함으로써 전자증거개시를 도입하였다.⁴⁷⁾ 연방형사소송규칙(Federal Rules of Criminal Procedure)에는 민사소송규칙과 같이 전자증거를 개시하는 방법이나 기준은 찾아 볼 수 없지만, 미국수정헌법 제5조의 적법절차조항과 민사소송의 전자증거개시 원리가 판결을 통해 형사소송에 적용되고 있다. 또한, 1997년 설립된 세도나 회의(Sedona Conference)는 전자증거개시와 관련하여 원칙과 가이드라인을 제시하고 있어 법률의 미흡한 부분들을 보충하고 있다.⁴⁸⁾

한편, 미국에 비해서는 증거개시가 덜 발전되어 있지만 1998년 울프 개혁(Woolf Reforms)을 통해 새로운 민사소송규칙(Civil Procedure Rules, 이하 “CPR”이라고 함)을 제정하면서 증거개시(disclosure⁴⁹⁾) 관련 내용을 전반적으로 개정하여 미국과 전혀 다른 절차로 운영되고 있는 영국의 증거개시 절차⁵⁰⁾도 미국과 같은 영미법계로서 증거개시제도가 활성화 되어 있어 우리에게 배울점을 준다.

따라서 이번 장에서는 대표적인 판례법 국가로서 형사소송 관련 법규상에 전자증거개시가 직접적으로 규정되어 있지 않지만 오랜 기간 동안 판결들을 축적하고 있고 현재도 끊임없이 발전을 모색하고 있어 우리나라가 전자증거개시를 논의할 때

47) 박지원, “2015년 미국 연방민사소송규칙 개정과 한국형 디스커버리제도에 대한 시사점”, 민사소송 제20권 제1호, 2016. 5월, 116-117쪽

48) <https://www.thesedonaconference.org/> ; 1997년 Richard G. Braman에 의해 설립된 Conference로서 법률의 연구와 정책에 초점을 맞춘 비영리기구이다. 세도나 회의는 오늘날의 법 시스템이 직면하고 있는 어려운 이슈들에 대한 논의를 위한 12개의 워킹 그룹(Working Groups)을 운영 중이다. (‘18. 9월 기준)

49) 증거개시를 뜻하는 ‘discovery’가 ‘disclosure’로 명칭이 바뀌었다.

50) 영국은 1998년 CPR을 개정하면서 미국의 Discovery에 비해 오히려 그 범위를 제한하였다. 이전에는 실제로 소송의 결과에 영향을 주지 않을 문서라고 할지라도 잠재적으로 관련성(potentially relevant)이 있는 한 실제적으로 제한없이 discovery 될 수 있었는데(‘Peruvian Guano’ 판결) 그 결과 소송을 신중히 진행할수록 오히려 더욱 비효율적이 되는 결과를 낳게 되었기 때문이다. 박지원, “영국과 미국의 증거수집절차에 관한 연혁적 고찰”, 사회과학연구 제14권 제1호, 2008년, 123쪽

올바른 방향을 제시할 수 있는 미국과 영국에서 행해지는 전자증거의 개시 신청 방식에 대하여 다루어 볼 것이다.

1. 미국의 증거개시 신청 방식

미국은 연방증거규칙(Federal Rules of Evidence)과 연방민사소송규칙(Federal Rules of Civil Procedure)에 ESI에 대한 증거개시 규정을 두고 있으며, 연방증거규칙은 민사소송과 형사소송에 모두 적용된다. 그리고 연방형사소송규칙에는 ESI에 대한 증거개시 규정이 별도로 규정되어 있지 않지만 연방민사소송규칙의 원리를 형사소송에도 적용하고 있다.⁵¹⁾

각계 전문가가 모인 세도나 회의(Sedona Conference)는 총 12개의 실무그룹(Working Group)⁵²⁾으로 이루어져 있으며, 그 중 WG 6에서 ESI 관리와 전자증거개시에서 발생할 수 있는 문제를 해결하기 위한 모범사례를 개발하고, 법률과 정책을 연구하고 있다. 이 회의에서 도출한 세도나 원칙(Sedona Principles)은 연방민사소송규칙의 개정에 반영되고 연방법원 판례에서 인용될 정도로 매우 중요하게 다루어지고 있다.⁵³⁾

가. 연방증거규칙(Federal Rules of Evidence, 이하 'FRE'라고 한다)

연방증거규칙은 민사소송과 형사소송에 모두 적용된다. 연방증거규칙은 법률 전문가가 아닌 배심원들이 제출된 증거의 증거능력 및 증거력에 대해 제대로 이해하

51) 대법원 사법정책연구원(주 16), 118쪽

52) <https://www.thesedonaconference.org/> ; WG 1-Electronic Document Retention and Production, WG 2-Protective Orders, Confidentiality and Public Access, WG 3-The Role of Economics in Antitrust, WG 4-Intersection of the Patent and Antitrust Laws, WG 5-The Markman Process and Claim Construction, WG 6-International Electronic Information Management, Discovery and Disclosure, WG 7-Sedona Canada, WG 8-Mass Torts and Punitive Damages, WG 9-Patent Damages and Remedies, WG 10-Patent Litigation Best Practices, WG 11-Data Security and Privacy Liability, WG 12-Trade Secrets ('18. 9월 기준)

53) 대법원 사법정책연구원(주 16), 118쪽

고 올바르게 판단하도록 하기 위하여 증거에 관한 여러 가지 기준을 제시하고 있다.⁵⁴⁾ 미국은 18세기 영국법에 뿌리를 두고 있는 최선 증거의 법칙(Best Evidence Rule)을 증거법의 기본원칙으로 삼고 있으며,⁵⁵⁾ FRE 1002에 “이 규칙이나 연방 법령이 달리 규정하지 않는 한 그 내용을 증명하기 위하여는 원본의 글, 녹음 또는 사진에 의하여야 한다”고 하여 원본 제출의 원칙을 천명하고 있다.⁵⁶⁾

또한, FRE 1001는 서면 또는 녹음의 원본은 서면 또는 녹음 자체 또는 이를 실행하거나 발급한 사람에 의해 원본과 동일한 효과를 가진다고 의도한 복본이라고 정의하고 있으며, ESI의 경우에 원본은 “정보가 정확하게 반영되어 있다면 인쇄물의 형태이거나, 눈으로 읽을 수 있는 다른 어떤 형태의 출력물(output)을 포함한다”고 규정되어 있다. 따라서 FRE에 의하면 전자파일 형태의 증거를 인쇄물로 증거개시 하더라도 ‘원본’을 개시한 것과 동일하게 인정한다.⁵⁷⁾

나. 연방민사소송규칙

연방민사소송규칙은 의무적인 증거개시(Required Disclosures)를 기본적인 체계로 하고 있는데, FRCP 26(a)(1)(A)에 26(a)(1)(B)에 의해 면제되거나 또는 법원에 의해 명령되거나 달리 규정되어 있지 않는 한 당사자(a party)는 개시요청을 기다리지 말고 상대방(other party)에게 증거를 제공해야 한다고 규정하고 있으며, 그 개시 대상은 개시 당사자(disclosing party)가 소유(possession)하거나 보관(custody) 또는 그 통제(control)하에 있고, 주장과 방어를 뒷받침하는데 사용될 수 있는 모든 문서, 전자적으로 저장된 문서(Electronically Stored Information), 유체물의 복사본 또는 목록과 장소라고 규정하고 있다.⁵⁸⁾

54) 대법원 사법정책연구원(주 16), 118쪽

55) Rottenstein Law Group LLP, "What is the best evidence rule?". 2015. 2. 16. <http://www.rotlaw.com/legal-library/what-is-the-best-evidence-rule/>

56) Fed. R. Evid. Rule 1002 : An original writing, recording, or photograph is required in order to prove its content unless these rules or a federal statute provides otherwise.

57) Fed. R. Evid. Rule 1001(d)(e)

58) FRCP 26(a)(1)(A)(ii) : a copy-or a description by category and location-of all documents, electronically stored information, and tangible things that the disclosing party has in its

미국은 2006년 연방민사소송규칙에 ESI에 대한 증거개시를 구체적으로 규정하면서 기존 증거개시를 ESI에 그대로 적용할 경우 자료의 방대성으로 인한 과도한 비용 발생, 유동성으로 인한 위·변조 위험의 증대와 훼손 가능성의 증대, 삭제된 자료의 복원이나 접근성의 문제로 인한 과도한 비용 등 여러 문제가 발생 가능하다는 점을 인식하고,⁵⁹⁾ 이를 방지하기 위해 증거개시 초기 단계부터 당사자 간 협의(Discovery Planning Conference)를 거치도록 규정하였으며,⁶⁰⁾ 여기서의 협의 사항에 증거개시 대상 자료의 제출 형태,⁶¹⁾ 즉 ESI 제출과 관련된 사항, 메타데이터나 임베디드데이터까지 제출해야 하는지도 협의의 한 켠점이 될 수 있도록 하였다.⁶²⁾ 전자적 자료는 그 저장방식 또는 매체에 따라 다양한 형태로 변환이 가능하기 때문에 전자적 자료의 제출형태에 대해 미리 합의를 하거나 구체화 해놓지 않을 경우 자료가 공개되었다 하더라도 이를 열람할 수 없는 경우가 발생할 수 있다는 점을 고려하여 초기부터 당사자 간 협의를 통하여 제출 방식과 같은 사항을 정하도록 한 것이다.⁶³⁾ 즉, 미국은 소송 초기 단계부터 당사자 간 협의로 전자증거개시에 관한 중요한 사항들이 모두 결정된다고 볼 수 있다.

또한, 만약 개시 당사자(The responding party)가 상대방이 요청하는 형태에 반대하거나 제출 형태가 특정되지 않은 경우에 신청 당사자(the party)는 사용하고자 하는 형태에 대하여 명시하여야 하며,⁶⁴⁾ 만약 신청 당사자(a request)가 제출 형태를 특정하지 않은 경우에 답변 당사자(a party)는 전자정보가 통상적으로 보존되는(ordinarily maintained) 형태 또는 합리적으로 이용할 수 있는(reasonably usable) 형태로 제출하여야 한다.⁶⁵⁾

당사자 간 협의 절차가 있더라도 당사자는 당사자의 주장이나 방어와 관련이 있

possession, custody, or control and may use to support its claims or defenses, unless the use would be solely for impeachment.

59) 대법원 사법정책연구원(주 16), 122쪽

60) FRCP 26(f)

61) FRCP 26(f)(3)(C)

62) FRCP 26 Committee Notes on Rules-2006 Amendment

63) 김도훈, “전자증거개시에 관한 미연방민사소송규칙에 대한 소고”, 인터넷법률, 2007년, 148쪽

64) FRCP 34(b)(2)(D)

65) FRCP 34(b)(2)(E)(ii)

는 권리와 관계없는 모든 자료(any nonprivileged matter)를 얻을 수 있다.⁶⁶⁾ 그러나, ESI의 증거개시는 자료의 방대한 분량과 그 기술적 복잡성으로 인해 당사자에게 부담을 줄 수 있고, 소송 지연을 초래할 가능성이 있기 때문에 이를 일정 부분 제한할 필요가 있어 FRCP 26(b)(2)(B)와 26(b)(2)(C)에 제한 규정⁶⁷⁾을 두고 있다.

FRCP 26(b)(2)(B)에 당사자(a party)는 과도한 부담이나 비용(undue burden or cost) 때문에 합리적으로 접근할 수 없는 자료는 전자정보의 개시를 할 필요는 없다고 규정하고 있으며, 법원에 의해 증거개시가 강제(compel discovery)되거나 보존 명령(protective order)이 있는 경우, 증거개시를 요구받은 당사자(the party)는 그 정보가 과도한 부담이나 비용 때문에 합리적으로 접근할 수 없는 것임을 소명하도록 하고 있다. 이 입증에도 불구하고 증거개시 요청 당사자(the requesting party)가 합당한 사유(good cause)를 보이는 경우, 법원은 FRCP 26(b)(2)(C)를 고려하여 그 자료의 개시를 명령할 수 있다고 규정하고 있는데, 이는 증거개시의 비용과 잠재적 이익의 균형(balance the costs and potential benefits of discovery) 즉, 비례의 원칙을 말한다.⁶⁸⁾

증거개시는 소송 당사자들이 주체가 되어 소송에 관계되는 정보를 획득하고 보존하기 위하여 서로 정보와 문서 등을 교환하는 절차⁶⁹⁾이지만, 증거개시의 남용 가능성을 방지하여 증거개시가 합리적인 범위에서 이루어지도록 하기 위하여 제한적인 범위 내에서 법원이 개입하도록 하고 있는 것이다.

66) FRCP 26(b)(1) : Scope in General

67) FRCP 26(b)(2)(B) : Specific Limitations on Electronically Stored Information

FRCP 26(b)(2)(C) : When Required

68) FRCP 26 Committee Notes on Rules-2006 Amendment

the circumstances of the case justified those burdens and costs : (1)the specificity of the discovery request; (2)the quantity of information available from other and more easily accessed sources; (3)the failure to produce relevant information that seems likely to have existed but is no longer available on more easily accessed sources; (4)the likelihood of finding relevant, responsive information that cannot be obtained from other, more easily accessed sources; (5)predictions as to the importance and usefulness of the further information; (6)the importance of the issues at stake in the litigation; and (7)the parties' resources

69) Black's Law Dictionary(2014, 10th edition)의 discovery 정의

다. 세도나 원칙

세도나 원칙은 ESI에 대한 증거개시와 관련하여 총 14개 원칙으로 구성되어 있으며, 이 중 신청 방식 및 증거개시 범위와 관련된 원칙은 제1원칙, 제2원칙, 제3원칙, 제4원칙, 제8원칙, 제9원칙, 제12원칙이다.

세도나 원칙⁷⁰⁾은 2006년 FRCP의 개정에 맞추어 이와 조화를 이루도록 수정되어 전체적인 틀이 FRCP와 유사하다. ESI가 증거개시의 대상이 될 수 있음을 제1원칙에 명시적으로 규정하고 있으며, 제2원칙에 ESI에 대한 증거개시의 부작용을 고려하여 비례성 원칙을 적용하고 있다. 또한, 제3원칙에 당사자 간의 협의를 규정하고, 제4원칙에 무분별한 증거개시 요청을 방지하기 위해 범위를 명확히 하도록 하고 있다. 제8원칙에는 보존이나 개시의 대상이 되는 본래 자료(primary sources)에는 개시 당사자가 통상적인 방법으로 쉽게 접근할 수 있는 것이어야 하며, FRCP 26(b)(2)(B)와 관련하여 과도한 부담이나 비용(undue burden or cost) 때문에 합리적으로 접근할 수 없는 자료는 개시 할 필요가 없다고 하고 있다. 이는 삭제되거나, 숨겨진 데이터 또는 조각나거나 잔존하는 데이터에 대하여도 동일하게 적용하고 있다.(제9원칙) 전자정보의 제출 형태를 규정한 제12원칙은 FRCP 34(b)(2)(E)(ii)와 유사한데, 당사자 간의 합의나 법원의 명령이 없는 한 ‘전자정보가 통상적으로 보존되는 형태(ordinarily maintained)나 합리적으로 이용할 수 있는 형태(reasonably usable)’로 제출하도록 하고 있으며, 특히 ESI에 대한 증거개시를 신청할 때 메타데이터에 대한 보존, 요청, 생산에 관한 사항도 고려를 하도록 하고 있다는 점에서 FRCP 보다 진일보한 형태이다.

2. 영국의 증거개시 신청 방식

영국의 형사범죄는 범죄의 경중에 따라 약식재판범죄(Summary offences), 정식 재판범죄(Indictable offences), 선택가능범죄(Offences trial either way) 3가지로 나

70) 세도나 원칙의 내용은 본 자료를 참고하였음

The Sedona Conference, “The Sedona Principles, Third Edition; Best Practices Recommendations & Principles for Addressing Electronic Document Production” (2018)

누어지며, 이들 범죄의 재판에 대한 증거개시(disclosure)를 형사소송규칙(the Criminal Procedure Rules) Part 15.와 1996년 형사절차와 조사법(the Criminal Procedure and Investigation Act 1996)에 규정하고 있다. 그러나 검찰의 증거개시 의무, 공공의 이익과 관련한 검사의 증거개시, 피고인의 증거개시 등 증거개시의 일반적인 절차와 관련된 것에 한정되어 있으며, 전자증거(Electronic Document)의 개시(Disclosure)와 관련한 규정은 찾아 볼 수 없다.⁷¹⁾

영국은 민사소송규칙(the Civil Procedure Rules, 이하 ‘CPR’이라 함) 내에 전자 증거개시에 관한 주요 규칙을 두고 있다. CPR Part 31. “문서의 공개와 검토(Disclosure and Inspection of Documents)”에서 증거개시와 관련한 제반 절차적인 규정을 두고 있다. 다만 CPR 본규정 내에 전자증거개시에 관한 구체적인 규정을 두고 있는 것은 아니고, CPR Part 31. 부속규정인 “실무지침(Practice Direction) 31B 전자문서의 공개(Disclosure of Electronic Documents)”에 규정되어 있다.

내용을 살펴보면, (1)전자문서는 발생비용을 최소화(minimise the cost incurred) 하기 위하여 효율적으로 관리되어야 한다. (2)문서관리활동이 효율적이고 효과적으로 행해지도록 보장하기 위한 기술이 사용되어야 한다. (3)증거개시는 가장 중요한 목적(the overriding objective)을 실행하는 방식으로 주어져야 한다. (4)전자문서는 그 문서를 제공받는 당사자가 증거개시를 제공하는 당사자와 동일하게 접근(access), 검색(search), 검토(review) 그리고 열람(display) 할 수 있는 형태로 작성되어야 한다. (5)당해 절차에 관련이 없는 전자문서의 개시는 증거개시를 제공해야 하는 당사자에게 시간과 비용에 있어서 과도한 부담을 초래할 수 있다고 규정⁷²⁾하고 있다.

이러한 일반원칙을 먼저 제시한 후 전자증거개시의 절차에 관하여 상세 규정을 후술하고 있는데, 여기서는 전자증거개시의 신청 방식과 관련한 규정만 살펴보겠다.

71) Crim proc rules 2015 part15 Disclosure ; <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/criminal/rulesmenu-2015>

72) Practice Direction 31B-Disclosure of Electronic Documents, Para. 6 “General Principles” ; <http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part31>

가. 첫 번째 사건관리 회의(the first Case Management Conference) 이전의 당사자 간 기술과 증거개시 이용에 관한 논의⁷³⁾

당사자들과 그들의 법률대리인들은 (1)개시되어야 할 문서의 목록 생성, (2)전자적 형식(electronic format)의 문서에 관한 정보와 문서제공에 의한 증거개시, (3)법정에 다른 자료와 문서의 제시를 위하여 전자문서의 관리와 재판 절차 수행을 위한 기술의 활용을 논의해야 한다. 또한, 어렵고 복잡한 사건의 경우에는 재판절차가 시작되기 전에 논의하도록 하고 있는데, 이와 관련한 논의 사항도 별도로 규정⁷⁴⁾하고 있다.

나. 메타데이터의 개시⁷⁵⁾

Para. 33⁷⁶⁾에 따라 원본 형태와 같은 형태의 복제본을 개시하는 경우 각 문서의 메타데이터와 함께 개시할 수 있으며, 당사자가 개시된 문서의 추가적인 메타데이터 또는 포렌식 이미지 복제를 요청하는 경우에는 요청하는 메타데이터를 생성하는데 소요되는 비용과 부담을 정당화할 수 있는 관련성과 중요성을 입증해야 한다.

73) Practice Direction 31B-Disclosure of Electronic Documents, Para. 8

74) Practice Direction 31B-Disclosure of Electronic Documents, Para. 9

(1)the categories of Electronic Documents within the parties' control, the computer systems, electronic devices and media on which any relevant documents may be held, storage systems and document retention policies (2)the scope of the reasonable search for Electronic Documents required by rule 31.7 (3)the tools and techniques (if any) which should be considered to reduce the burden and cost of disclosure of Electronic Documents (4)the preservation of Electronic Documents, with a view to preventing loss of such documents before the trial (5)the exchange of data relating to Electronic Documents in an agreed electronic format using agreed fields (6) the formats in which Electronic Documents are to be provided on inspection and the methods to be used (7) the basis of charging for or sharing the cost of the provision of Electronic Documents, and whether any arrangements for charging or sharing of costs are final or are subject to re-allocation in accordance with any order for costs subsequently made (8)whether it would be appropriate to use the services of a neutral electronic repository for storage of Electronic Documents

75) Practice Direction 31B-Disclosure of Electronic Documents, Para. 28

76) 달리 동의하거나 정리하여 저장하는 경우 개시된 문서의 전자 복제본은 그것의 원본 형태로 제공되어야 하며, 각 문서의 생성 날짜와 관련된 메타데이터가 보존되어야 한다. ; Practice Direction 31B-Disclosure of Electronic Documents, Para. 33

다. 전문적인 기술(전자문서에 대한 접근 협조)⁷⁷⁾

만약 개시의 권한을 부여받은 당사자가 쉽게 이용할 수 없는 기술을 이용하여 전자문서에 접근해야 한다면, 그리고 그 당사자가 합리적으로 추가적인 열람기능을 요구하는 경우, 증거를 개시하는 당사자는 열람을 제공하기에 적절한 추가적인 열람기능을 당사자가 이용할 수 있도록 협조하여야 한다.

3. 시사점

미국의 경우 2006년 연방민사소송규칙을 개정하면서 증거개시의 표준 속에 전자적으로 저장된 정보, 즉 전자적 자료(ESI)라는 개념을 명시적으로 구체화 시킨 이후에 증거개시(Discovery)에 대한 새로운 관심이 일어나기 시작⁷⁸⁾했고, 세도나 원칙 등이 생겨나며 그에 대한 제도적 발전이 지속적으로 이루어지고 있다고 볼 수 있다. 영미법계 국가는 판례법 국가로서 증거개시에 관한 일반 규정만 있다면 판례를 통해 전자증거개시를 실무상으로 적용할 수 있는데도 불구하고 오히려 독일, 일본과 같은 성문법계 국가보다 명문화에 더 적극적이다.⁷⁹⁾ 그러한 점에서 최근 발의된 우리나라의 형사소송법 제266조의3의 개정안⁸⁰⁾은 매우 진일보한 사례라고 평가할 수 있다.

하지만 우리나라의 정치적 현실을 고려하였을 때 형사소송법의 개정은 정치도구화 되어 최초 개정 의도와는 다른 방향으로 흐를 여지가 매우 많고, 이해관계자의 반발로 인해 심의도 되지 않고 폐기될 우려도 많다. 따라서, 우선 현행 형사소송법 제266조의3 제6항을 근거로 전자증거개시를 운영하되 검찰사건사무규칙 제112조의2에 의한 별지 제170호의2와 제170호의3 서식(열람·등사 신청서)을 공공기관의 정보공개에 관한 법률 수준으로 개선하고, 증거개시 대상 및 범위를 확대하고 제한요건을 완화하는 것이 전자증거개시가 가장 신속하고 효율적으로 운영될 수 있도록

77) Practice Direction 31B-Disclosure of Electronic Documents, Para. 36

78) 탁희성(주 25), 31쪽

79) 독일, 일본 형사소송법상에는 전자증거에 대한 증거개시가 아직 규정되어 있지 않다.

80) 주 26 참고

하는 방안이라고 생각한다.

V. 결론

본 논문은 도입된 지 상당한 시간이 지난 전자증거개시가 왜 실무적으로 제대로 이행되고 있지 않은가에 대한 고민에서 시작하여 현재 법 체계 하에서 가장 손쉽게 이행되도록 할 수 있는 방안은 증거개시 신청 방법 개선이라고 판단하여 이에 중점을 두고 검토해 보았다.

현행 증거개시 신청 방법과 문제점, 그리고 신청 방법 개선의 당위성에 대하여 살펴보고, 그 외 전자증거개시 활성화를 제약하는 현행 증거개시 신청 대상 및 방법, 제한 요건에 대하여도 검토하고 바람직한 방향도 제안하였다.

또한, 이와 관련한 미국과 영국의 증거개시 신청 방법에 대하여도 다루고 우리에게 주는 시사점도 알아보았다.

우리나라 증거개시의 발달 과정을 보면 현행 전자증거개시는 2007년 형사소송법을 개정하면서 디지털데이터의 특성상 별도로 규정되어야 한다는 필요성에 대한 고려 없이, 그리고 규정 내용에 대한 심도 있는 논의조차 없이 당시 민사소송법상의 ‘그 밖의 증거에 대한 증거조사’ 규정⁸¹⁾을 그대로 옮겨 놓았다고 볼 수 있다. 오늘날 수사기관에서 수집하는 대부분의 증거는 디지털 데이터이며, 디지털데이터는 매체독립성, 비가시성·비가독성, 원본과 사본 구별의 곤란성 등 기존 유체물 증거와는 확연하게 다른 특성을 갖고 있다. 이러한 사실을 고려하여, 현행 규정으로 인해 이제까지 피의자 방어권 보장에 소홀했음을 반성하고 이제라도 획기적인 개정이 이루어지길 바란다. 물론, 일시에 충분한 제도를 도입 한다는 것은 매우 어렵고 초기에는 혼란과 부작용이 따를 것이다. 하지만, 전자증거개시에 대해 실무자와 학계의 오랜 논의를 통해 보완되어 온 미국의 개정 과정을 참고하면 우리 입법과정에 많은 도움이 될 것이다. 우리나라의 실정에 맞는 한국형 전자증거개시제도가 하루 빨리 확립되기를 기대해 본다.

81) 민사소송법 제374조

참고 문헌

- 법원행정처, “형사소송법 개정법률 해설집”, 2007. 6월
- 배종대/이상돈, “형사소송법 제7판”, 홍문사, 2006년
- 권양섭, “형사절차상의 디지털 증거개시(E-Discovery) 제도에 관한 고찰”, 법학연구 제16권 2호, 2016년
- 김도훈, “전자증거에 대한 민사소송법상 취급에 관한 연구”, 박사학위논문(연세대학교), 2007년
- _____, “전자증거개시에 관한 미연방민사소송규칙에 대한 소고”, 인터넷법률, 2007년
- 대법원 사법정책연구원, “전자정보의 증거조사 현황과 개선 방안에 관한 기초 연구”, 사법정책연구원 연구총서 2016-22, 2017. 2월
- 민영성, “공정한 재판을 받을 권리와 방어권 강화”, 법학연구 49(2), 2009. 2월
- 박지원, “2015년 미국 연방민사소송규칙 개정과 한국형 디스커버리제도에 대한 시사점”, 민사소송 제20권 제1호, 2016. 5월
- _____, “영국과 미국의 증거수집절차에 관한 연혁적 고찰”, 사회과학연구 제14권 제1호, 2008년
- 사법개혁위원회, “사법개혁을 위한 건의문”, 행정안전부 국가기록원, 2004. 12월
- 신양균, “제1회 동아시아 형사사법 국제학술회의 - 형사사법의 정비방안 : 헌법상 적법절차의 형사소송법에서의 구현, 새로운 형사소송법개정안을 중심으로”, 비교형사법연구 제8권(1s), 2006년
- 양근원, “디지털 증거의 특징과 증거법상의 문제 고찰”, 경희법학 제41권 제1호, 2006. 6월
- 윤혜선, “빅데이터 규제의 새로운 패러다임 모색을 위한 연구”, 경제규제와 법 통권 제11권 1호, 2018년
- 이규철, “민사소송절차에서 전자적 정보의 증거조사에 관한 연구”, 박사학위논문(충남대학교), 2014년
- 이상돈, “조서재판과 공판중심주의”, 고시계 제50권 제6호, 2005. 6월

- 이윤제, “증거개시제도 : 과거, 현재, 미래”, 아주법학 제9권 제1호, 2015. 5월
- 이호중, “형사절차와 인권, 사법제도개혁추진위원회의 형사소송법 개정안을 중심으로”, 한양법학 제19집, 2006. 8월
- 천진호, “개정 형사소송법상 형사피의자·피고인의 방어권 보장”, 저스티스, 2008. 4월, 128쪽
- 최창영, “공판에서의 형사소송법의 진단”, 형사소송 이론과 실무 제2권 제1호, 2010. 6월
- 탁희성, “전자증거개시제도(E-Discovery)에 관한 연구”, 형사정책연구원 연구총서 11-145, 2011. 12월
- _____, ‘형사증거개시제도에 관한 연구, 형사정책연구원 연구총서, 2003. 12월
- 황순철, “미국 형사법상 증거개시제도”, 법학논고 제20권, 2004. 6월
- Black’s Law Dictionary(2014, 10th edition)
- Crim proc rules 2015 part15 Disclosure ; <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/criminal/rulesmenu-2015>
- ESIProtocol ; <http://www.mdd.uscourts.gov/sites/mdd/files/ESIProtocol.pdf>
- Peter Lyman & Hal R. Varian, “How Much Information”, 2003, available in online ; UC Berkeley School of Information
- Sharon D. Nelson & Bruce A. Olson & John W. Simek, The electronic evidence and discovery handbook, 274, American Bar Association (2006)
- The Sedona Conference, “The Sedona Principles : Third Edition, Best Practices Recommendations & Principles for Addressing Electronic Document Production” (2018.)

A Study on the Application System of Electronically Stored Information for E-Discovery in Criminal Procedure

Kim, Seung-young

In Article 266-3 (6) of the Criminal Procedure Act 2008, the disclosure of electronically stored information(hereinafter the “ESI”) has been prescribed for 10 years, but most disclosure of evidence for ESI is replaced by paper of output. However, considering that most of the evidence gathered by the investigating agency is electronic form, it takes a great deal of time and money to analyze the ESI when it is disclosed as an paper of output rather than it as electronic data. In addition, the electronic data has characteristics that are very vulnerable to be stolen, altered, and deleted. The paper of output can not confirm that the electronic data has been deleted or altered, and the analysis of the metadata is impossible.

The fair trial, which is the fundamental right of the Constitution, should be made through a reasonable procedure to provide free and equal opportunity to information between the parties and various verification opportunities for information. And the right to a fair trial of the criminal procedure law.

In this paper, I will research the necessity of the actual implementation of E-Discovery and try to focus on the application system of the currently adoped E-Discovery in Korea for the purpose of improving this problem. and I will research how the United States and the United Kingdom are applying for the application system in the ongoing study about E-Discovery, and I will study implication for E-Discovery in Korea.

❖ Key words : E-Discovery in Criminal procedure, the Application system of Electronically Stored Information, application form of disclosure evidence, the right of defense, fair trial

