발간사

증거개시제도는 공판중심주의와 당사자주의원칙의 실현에 기여하는 제도입니다. 이러한 증거개시제도는 종래 그 대상이 문서와 증거물 등과 같은 오프라인상의 증거로 국한되어 논의되어 왔습니다. 하지만 유비쿼터스 환경하에서는 디지털 장치로부터 추출된 디지털 증거의 비중이 확대되어 가고 있고, 따라서 오프라인상의 유형의 증거 보다 온라인 및 네트워크상의 무형의 전자정보에 대한 개시가 소송에서 중요한 기능을 담당하게 되었습니다. 하지만 전자적 형태로 저장되고 이용되는 정보와 자료의 양은 상상을 초월할 정도이고, 그 성질 또한 유동적이고 가변적이어서 기존의 증거개시절차로서는 해결하기 어려운 문제가 발생하고 있습니다. 따라서 과거 종이문서와 같은 유체물과는 다른 전문적·기술적 접근이 전자적 자료의 증거개시에 필요하다는 인식하에서 전자적 자료의 특성을 반영한 증거개시제도가 민사절차를 중심으로 적극적으로 시행되고 있습니다.

하지만 증거개시에 있어서 전자적 자료에 대한 특별한 절차와 규정이 필요한 것은 비단 민사절차만의 일은 아닙니다. 우리 형사절차에 있어서는 증거개시제도가 2007년도 형사소송법 개정을 통해 이미 도입되어 있는 상태이기 때문에, 오히려 형사상 증거개시제도에 있어서의 전자적 자료의 공개 방법, 형태, 범위 등의 문제가 우선적으로 논의되어야 할 상황에 있다고 할 것입니다. 즉, 형사소송에 있어서 효과적으로 변호를 수행하기 위해서 피고인이 전자적 자료에 접근할 필요성이 증가하고 있다는 것을 검찰과 법원이 인정할 필요성이 급격히 증가하고 있다는 것을 제언할 필요가 있다 할 것입니다. 따라서 본 연구는 당사자주의의 요청에 부합할 수 있는 증거개시제도의 취지를 실현할 수 있는 형사소송상 전자증거개시(E-Discovery)의 구현을 보다 현실성 있게 검토할 필요가 있다는데 목적을 두고 있습니다.

본 연구가 디지털 증거의 급증에 따른 사회적 변화에 부합할 수 있는 형사상

증거개시절차에 대한 입법적 개선방안을 제시하고, 디지털 증거의 특성을 고려한 증거개시방식을 제시함으로써 향후 증거개시절차에 있어서 발생할 수 있는 문제를 해소하는데 조금이나마 기여할 수 있기를 바랍니다.

마지막으로 이 연구를 위하여 수고를 아끼지 아니한 탁희성 연구위원에게 감사하는 바입니다.

2011년 12월

한국형사정책연구원
원장 김 일수

국문요약

1. 증거개시제도(Discovery)는 소송당사자가 상대방이나 제3자로부터 소송과 관련된 증거자료를 수집하기 위한 변론전 절차를 통칭하는 개념으로, 민사소송이나 형사소송에 있어서 법원의 개입 없이 당사자간에 서로의 요청에 의해 소송과 관련된 정보를 공개하는 법제도이다. 이러한 증거개시제도는 종래 그 대상이 문서와 증거물 등과 같은 오프라인상의 증거로 국한되어 논의되어 왔다. 그런데 유비쿼터스 환경하에서 다양한 구동방식을 갖고 있는 디지털 장치로부터 추출된 디지털 증거의 비중이 확대되어 가고 있는 정보화사회에 있어서는 오프라인 증거 보다 온라인 및 네트워크상의 증거에 대한 증거개시절차가 보다 더 중요성을 갖게 되었다.

하지만 전자적 자료를 대상으로 기존의 증거개시절차를 실시할 경우, 전자적 자료의 광대성으로 인한 과도한 비용의 발생, 유동성으로 인한 위·변조 위험의 증대와 훼손가능성, 삭제된 자료의 복원이나 접근성의 문제, 전문성으로 인한 절차의 지연과 주요자료의 불필요한 노출, 비가시성과 비가독성으로 인한 특정장비 또는 특정 프로그램의 필수적 요청 등과 같은 문제에 직면하게 되었고, 이는 과거 종이문서와 같은 유체물과는 다른 전문적·기술적 접근이 전자적 자료의 증거개시에 필요하다는 인식을 갖게 하였다. 이로 인해 전자증거개시라는 용어가 대두되었고, 이는 현재 민사소송절차에서 핵심적인 쟁점으로 다루어지고 있다.

우리나라는 민사소송에 있어서는 증거개시제도가 도입되어 있지 않은 반면에, 형사소송에 있어서는 증거개시제도가 2007년도 형사소송법 개정을 통해 이미 도입되어 있는 상태이기 때문에, 오히려 형사상 증거개시제도에 있어서의 전자적 자료의 공개 방법, 형태, 범위 등의 문제가 우선적으로 논의되어야 할 상황에 있다고 할 것이다. 특히 피고측이 검찰의 수중에 있는 전자적 자료의 공개를 요구할 때, 해당 데이터베이스의 무결성을 유지하고자 하는 검찰의 독점권과 데이터

베이스 결과물의 정확성을 공격하기 위한 또는 그 결과물을 조사의 도구로 사용하고자 하는 피고측의 권리간에 긴장이 존재할 수 밖에 없다는 점을 고려하면, 전자적 자료에 대한 형사상 증거개시절차에 대한 새로운 논의가 필요한 시점에 있다고 할 수 있다.

2. 전자증거개시(E-Discovery)란 기존에 증거개시의 대상을 종이문서로 제한했던 것을 확대하여 소송당사자간에 전자적 자료(ESI)를 개시하는 절차를 말하는 것으로, 전자적 자료의 특징에 근거하여 증거개시를 위한 별도의 규정을 두어 규율하는 절차이다. 기존의 증거개시와 구분되는 전자증거개시(E-Discovery)의 특징을 살펴보면, 첫째, 전자적 자료의 증거개시에 있어서는 외부 전문가의 지원이 거의 절대적으로 필요하며, 둘째, 개시당사자가 이용하기 어려운 오래된 데이터에 대해서도 합리적 접근가능성이 입증되어야 개시가 가능하며, 셋째, 개시요청 당사자가 상대 당사자의 컴퓨터 시스템에 대한 현장조사를 행하는 것이 요구될 경우가 있으며, 넷째, 전자적 자료는 동적이어서 다른 사람의 개입 없이도 그 특성상 변환될 수 있기 때문에 증거개시를 위해서는 일정한 수준의 보존의무가 전제되어야 한다는 것이다.

이와 같이 전자적 자료에 대한 증거개시는 개시요청 당사자나 개시요구에 응해야 하는 상대당사자 모두에게 쉽지 않은 절차일 뿐만 아니라 법원, 변호인 등 관련 실무자들 역시 법률전문가이지 최첨단 정보통신기술과는 거리가 먼 문외한일 뿐만 아니라 급속히 변화하는 새로운 기술에 친숙하지 않은 것이 일반적이기 때문에, 전자적 자료를 어떻게 취급해야 하는지에 대한 기본적인 인식조차 확립되어 있지 않다. 따라서 기존의 증거개시와 다를 바가 없다고 하는 단순한 접근방법을 취하는 것은 전자적 자료에 대한 증거개시를 무용지물로 만들 우려가 있다는 점을 인식할 필요가 있다.

전자증거개시의 대상은 전자적 자료(Electronically Sotred Information)이며, 전자적 자료는 여러 가지 측면에서 문서정보보다 훨씬 더 가치 있는 정보를 포함하고 있다. 다양한 형태로 존재하는 전자적 자료(ESI)이지만 일반적으로 크게 세 가지 형태로 분류할 수 있는데, 원본데이터, 메타데이터, 이미지 파일이 그것이며, 이는 다시 작성형태에 따라 원본파일, 데이터베이스, 스프레드 시트, 이미지,

문자, 아스키코드, 변환형식, 비디오와 오디오, 종이문서, 자동화된 소송지원(ALS)형식과 온라인 전자적 자료(ESI) 보관 등으로 유형화할 수 있다.

전자증거개시에 있어서 현재 활용되고 있는 표준절차모델인 EDRM(Electronic Discovery Reference Model)은 2005년 5월에 만들어진 것으로, 미국 연방민사소송규칙에서 명시하고 있는 전자증거개시의 요구조건들을 효과적으로 준수하기 위한 절차를 표준화하고, 절차별 기능 및 명세를 작성한 것이다. 이는 여러 관련 단체들의 협의하에 개발되었기 때문에 공인된 전자증거개시에 대한 일반적인 표준으로 활용되고 있다. EDRM은 전자적 자료의 무결성을 보장하기 위해 관리, 분석에서부터 생산 및 공개에 이르는 전과정을 아우를 목적으로 개발된 프로토콜이다. 이 프로토콜은 법률가들의 엄격한 감독하에 IT 전문가들에 의해 이행되며, 만약 소송당사자가 EDRM 프로토콜을 수행하는 경우, 전자적 자료(ESI) 산출물에 대한 쟁점이 매우 간소화되고 불합리한 논쟁을 최소화할 수 있다[1]는 장점이 있다.

EDRM은 정보관리(Information Management)에서부터 법정에서 전자증거를 제시하는 공개(Presentation)단계까지 총 9단계로 구분되어진다. 첫째, 전자증거개시 준비절차인 정보관리단계(Information Management), 둘째, 보존의무가 있는 전자적 자료나 소송발생시 필요한 모든 관련 정보의 위치를 확인하는 식별((Identification)단계, 셋째, 전자적 자료가 우연히 또는 고의로 삭제 및 변경되지 않도록 하는 보존단계(Preservation), 넷째, 보존한 전자적 자료(ESI)를 검토, 분석하기 위해 추출하는 수집단계(Collection), 다섯째, 전자적 자료에 대한 효과적인 검토를 할 수 있는 형태의 포맷으로 변경하는 처리단계(Preservation), 여섯째, 전자적 자료에 대한 관련성 및 권한에 대해 검토하는 단계(Review), 일곱째, 해당 사건과 관련된 주제나 주요패턴 등에 대한 문맥과 내용을 분석하는 단계(Analysis), 여덟째, 전자적 자료(ESI)에 포함되는 사용가능한 포맷생산을 하는 단계(Production), 마지막으로 최종 산출한 전자적 자료(ESI)를 증거로서 공개하기 위한 단계(Presentation) 등이다.

3. 미국의 경우 2004년 민사규칙자문위원회(Civil Rules Advisory Committee)의 증거개시 분과위원회에서 일련의 과정을 포함한 증거개시 관련 개정법안을

1) 한국 EMC 컨설팅, CEO E-Discovery를 고민하다, 2011, 33면.

제출하였으며, 이 개정안에 대한 공청회를 개최하여 의견을 수렴한 후, 사법위원회 승인을 얻어 미연방대법원이 검토 후 공포하였으며, 최종적으로 2006년 12월 1일자로 발효되었다. 연방민사소송규칙의 개정 목적은 첫째, 전자증거개시에 대한 빠른 대처를 도모하고, 둘째, 합리적 접근이 어려운 전자적 자료에 대한 증거개시의 개선책을 제공하고, 셋째, 전자적 자료(ESI)를 제출한 후에도 특권을 주장할 수 있는 절차를 마련하고, 넷째, 문서제출요청과 질문서 관련 규정을 전자적 자료에 적용하는 것을 명확히 하고 전자적 자료의 제출형태를 명확히 하고, 다섯째, 전자적 자료에 대한 증거개시와 관련하여 제재규정을 명확히 하고자 하는데 그 목적이 있었다. 한편, 영국은 민사소송규칙내에 전자증거개시에 관한 주요 규칙을 두고 있다. 즉, 영국은 민사소송규칙(the Civil Procedure Rules) Part 31. "문서의 공개와 검토(Disclosure and Inspection of Documents)" 하에서 증거개시와 관련한 제반 절차적인 규정들을 제시하고 있다. 다만 민사소송규칙 본 규정내에 전자증거개시에 관한 구체적인 규정을 두고 있는 것이 아니라, 민사소송규칙 Part 31. 부속규정인 "실무지침(Practice Direction) 31B 전자문서의 공개(Disclosure of Electronic Documents)"에 규정되어 있다. 이 실무지침은 당사자들로 하여금 균형있고 비용효율적인 전자문서의 공개와 관련하여 합의에 이르도록 지원하는데 그 목적이 있다. 이 실무지침은 전자문서의 증거개시를 고려할 때 당사자들과 그들의 변호인들이 명심해야 할 일반원칙을 제시하고 있다. 다른 나라들과 마찬가지로 캐나다도 전자증거개시 문제에 관하여 보고된 사건이 거의 없었기 때문에 전자증거개시에 관한 판례법이 그다지 발전하지 못하였다. 따라서 캐나다에서는 전자증거개시와 관련하여 지침을 제공할 수 있는 법률의 개정도 이루어지지 않았다. 하지만 세도나 협의회 실무그룹이 소집되어 여론수렴을 위한 초안형태의 원칙(세도나 캐나다 원칙)을 출간하였다. 그리고 최근에 온타리오주의 증거개시 특별위원회 E-Discovery 소위원회에서 전자문서 증거개시에 대한 가이드라인과 전자증거개시 명령모델을 제시하였다. 즉, 캐나다의 경우 세도나 캐나다 원칙과 전자증거개시 가이드라인, 전자증거개시 명령 모델이 기존의 판례법과 결합되어 전자증거개시의 적용을 위한 실제적인 지침을 제공하고 있다.

한편 각 국가별 전자증거개시 관련 규정과 함께 전자증거개시에 관한 법적 쟁점에 대하여 미국 뿐만 아니라 전세계에 중요한 논의의 장을 제공하고 있는 것

이 세도나 회의이다. 세도나 회의는 반독점법, 특허와 저작권, 복합소송(complex litigation)의 이슈를 다루는 7개 실무그룹으로 나누어지며, 변호사, 법학자, 자문위원 등으로 구성되어 있다. 세도나 회의의 7개 실무 그룹 가운데 전자증거개시와 관련한 실무그룹은 WG 1와 WG 6이다. WG 1은 전자문서의 생산 및 보관을 다루는 실무그룹으로, 전자증거개시에서의 전자정보 관리, 소송자료 보호, 증거제출관련 쟁점을 다루고 가이드라인과 원칙을 제정한다. WG 6은 전자적 자료(ESI) 관리와 전자증거개시에서 발생할 수 있는 문제를 해결하기 위해 모범사례를 개발하고, 증거개시에 관한 국내 및 국제법률과 정책에 대해 연구한다.

전자증거개시와 관련한 세도나 원칙은 14개의 모범실무 권고안으로 구성되어 있다. 이는 2002년에 개최된 전자문서작성에 관한 세도나회의 실무그룹 첫 번째 회의결과에서 나온 것으로, 2004년에 제1판이 나왔고 2005년 7월 업데이트 되었다. 하지만 이 모범실무 권고안은 어디에도 포함되지 않았던 주제들을 다루고 있었으며, 기존의 판례법과는 다른 조심스런 균형적인 입장을 제공했기 때문에 발간된 첫해부터 실제 사용되어 왔다. 2006년 미연방민사소송규칙이 전자증거개시에 관한 규정들을 도입하자 같은 해 세도나 실무그룹 연례회의에서 세도나 원칙을 개정법률과 조화되도록 수정하는데 대해 논의한 결과, 4개의 원칙에 대하여 수정이 이루어졌다. 세도나원칙의 주요내용은 보존의무, 2중(two-tiered)의 증거개시, 변론전 회합, 관련성있는 정보, 증거수집・검토・처리, 비용이전, 작성형식과 메타데이터 등으로 구성되어 있다.

4. 이와 같이 전자적 자료(ESI)의 저장, 수집, 작성 그리고 이용에 관한 규정들은 민사소송의 맥락에서 급속하게 발전하고 있으며, 특히 2006년 미 연방민사소송규칙내에 전자증거개시규정이 도입되면서 전자증거의 개시과정에서 나타나는 어려움이 해소되어 그 발전이 가속화되고 있다. 이에 반해 형사절차에 있어서는 전자증거를 개시하는 방법이나 기준과 관련한 어떠한 절차상의 규정이나 지침들이 마련되어 있지 않다. 하지만 증거개시에 있어서 전자적으로 저장되어 있는 정보와 관련한 쟁점들이 민사소송에서만 중요한 것이 아니라 형사소송에서도 똑같은 영향력을 갖고 있고, 특히 형사소송에 있어서는 피고인에게 실질적인 방어권을 보장하고, 효과적인 변호를 제공하기 위해서는 검찰이 보유하고 있는

전자적 자료에 접근할 필요성이 증가하고 있다. 즉, 유체증거물과 달리 검찰의 통제하에 보관을 유지하고 있는 전자적 자료(ESI) 가운데서는 증거배제신청의 대상이 될 수 있는 정보 뿐만 아니라 피고인의 무죄입증의 근거로 제시할 수 있는 정보들이 포함되어 있을 가능성이 존재하고 있음에도 불구하고, 증거개시절차를 통해 이를 제대로 제공받지 못하는 경우 형사피고인의 헌법상, 절차상 권리보호에 중대한 영향을 미칠 수 있다는 점을 고려할 필요가 있다.

형사실무상으로 피고인에게는 미 연방민사소송규칙에 의해 소송당사자가 향유할 수 있는 수준의 전자적 자료에 대한 충분한 접근권을 제공하는 것 보다는 전자적 자료의 특성상 그 공개로 인하여 야기될 수 있는 피고인 및 제3자의 권리침해, 특히 범죄사실과 무관한 정보의 개시에 수반될 가능성이 있는 피해를 최소화하는데 중점을 두고 있기 때문에, 전자적 자료에 대한 필요최소한의 개시로 제한하고 있다. 또한 형사절차에 있어서는 민사절차와는 차이가 있는 당사자들간의 이해관계와 실체적 진실의 발견이라고 하는 공익적 목적이 존재하기 때문에, 형사절차에 있어서는 그에 부합할 수 있는 특별한 전자증거개시규정이 필요하다.

그런데 전자증거개시는 그 본래적 특성상 현행 형사소송법과의 관계에서 부정합적인 속성을 내포하고 있다. 즉, 현행 형사소송법은 증거개시를 할 수 있는 대상을 검사가 증거로 신청할 서류 등으로 규정하고 있는데, 이 규정은 증거로 신청할 자료가 아니면 개시의 대상에 포함되지 않는다고 해석되는 바, 이에 의해 전자증거개시가 원천적으로 배제될 수 있는 문제를 안고 있다. 즉, 수사기관의 입장에서는 범죄사실의 입증에 필요한 자료만을 추출하고 분석하고 산출하기 때문에, 나머지 전자정보에서 추출되지 못하고 남아 있는 것 가운데 피고인의 주장이나 항변을 뒷받침할 수 있는 정보가 있는지에 대해서는 검찰도 미처 파악하지 못하는 경우가 있을 수 있다. 하지만 피고인의 입장에서는 이러한 전자정보도 확보하는 것이 중요하기 때문에 검사가 증거로 신청하고자 예정하지 않는 전자정보에 대한 개시를 필요로 할 수 있다. 이와 같이 전자증거개시의 필요성은 오히려 증거로 사용하고자 의도하지 않은 부분에서 제기될 가능성이 더 높아짐에도 불구하고 현행 형사소송법 규정은 이를 허용하지 않고 있기 때문에 형사상 전자증거개시가 실효적으로 이루어질 가능성이 있을지 의문스럽다. 또한 현행법상 증거개시 제한사유로 열거된 내용들은 전자증거개시에 있어서는 그다지

실효적인 효과를 갖지 못한다. 즉, 전자증거개시로 인해 야기될 수 있는 문제를 최소화하기 위해서는 전자증거개시에 적합한 제한사유가 필요한데 지금의 규정으로는 해석을 통해서도 이를 포섭할 여지가 전혀 없기 때문이다. 마지막으로 형사상 전자증거개시는 범죄사실과의 관련성, 피고인과의 관련성을 위주로 이루어지기 때문에 개시절차를 통해 상대당사자에게 제공되어서는 곤란한 정보들이 포함될 가능성이 크다. 따라서 사전에 형사상 전자증거개시에 적합한 형식의 개시결과물 산출방식에 대한 일정한 기준을 제시할 필요가 있는데, 현재의 개시규정으로는 이를 포섭하는 것이 불가능하다는 문제가 있다.

따라서 형사상 전자증거개시에 있어서는 민사상 전자증거개시와는 달리 일정한 한계가 존재한다고 볼 수 있다. 우선 형사상 전자증거개시가 지닌 가장 큰 한계는 전자증거에 대한 무결성유지의 요구와 증거개시 필요성이 충돌한다는데 있다. 즉, 전자증거를 확보하고 있는 검찰은 해당 증거의 무결성을 유지하는 것을 가장 중요시 하지만 피고인은 검찰이 독점하고 있는 전자정보의 분석 과정 및 결과의 정확성과 신뢰성을 공격함으로써만 자신을 방어할 수 있기 때문에 전자증거의 개시의 필요성을 강력히 요구할 수 밖에 없다. 다음으로 형사상 전자증거개시가 지니는 한계는 전자증거개시를 위한 전문가 지원 및 비용부담에서 비롯된다. 즉, 피고인은 일반적 변호를 위한 변호인 선임조차 쉽지 않아서 변호인 없이 혹은 필요적 변호사건인 경우에 한해 국선변호인의 조력을 받는 것이 일반적인데, 이러한 피고인에게 전자증거개시를 위한 전문가의 지원을 받으라고 하는 것은 비현실적이기 때문이다. 또한 형사상 전자증거개시는 증거의 개시 및 산출방식에 있어서 일정한 한계가 있다. 형사상 전자증거개시에 있어서는 민사의 경우보다 훨씬 더 많은 외견상 확인하기 어려운 숨겨진 데이터들이 존재할 가능성이 있는데, 만약 수사기관이 복구한 데이터의 존재 여부와 그 내용에 대하여 피고인이 알지 못하는 경우 그에 대비하여 변호준비를 하지 못함으로 인해 불이익을 받을 가능성이 있다. 이 경우 수사기관으로 하여금 원본데이터 뿐만 아니라 삭제 내지 파기, 은닉된 데이터까지 복구해서 개시하라고 요구할 수 있는가가, 있다면 어느 범위까지 가능한가 등에 대해 당사자간에 합의를 도출해내기 어려운 문제가 있다. 마지막으로 형사상 전자증거개시에 있어서는 전자증거의 훼손에 대한 제재를 부여하는데 한계가 있다는 점이다. 즉, 본래 민사상 전

자증거개시에 있어서는 양당사자간에 전자증거에 대한 보존의무가 부여되어 있고, 의무위반시 제재가 부과되도록 되어 있다. 하지만 형사상 증거개시에 있어서는 그와 같은 훼손 내지 파기 행위 자체가 피고인의 본능적 방어행위 가운데 하나이기 때문에, 이러한 증거인멸행위를 막기 위해 수사기관의 압수수색이 행해질 뿐만 아니라 필요한 경우 피고인을 구속하여 증거를 훼손하지 못하도록 하고 있는 것이다. 따라서 개시해야 할 전자정보에 대한 보존의무의 대부분은 사실상 검찰에 대해서만 부여된다고 할 수 있고, 전자증거의 보존의무위반에 대한 제재 역시 수사기관에 대해서만 문제가 된다.

형사소송분야에서 전자증거개시와 관련하여 나온 판례는 거의 전부 미국 연방법원의 판례이며, 그 숫자도 몇 개 되지 않는 것이 현실이다. 미국도 형사상 증거개시 관련 규정에는 전자증거개시와 관련한 내용이 존재하지 않기 때문에, 대부분 판례를 통해 민사상 전자증거개시를 형사절차에 준용하여 해석을 통해 문제를 해결하고자 하고 있다. 이러한 기본적인 입장과 해석에 따라 형사상 전자증거개시에 있어서 검찰의 전자정보 보존의무를 인정하고 있고, 그 위반시 기소대배심에 있어서 검찰로 하여금 기소상 불이익을 감수하도록 하고 있을 뿐만 아니라, 전자정보에의 접근을 거부하는 것은 피고인의 변호권에 대한 침해라고 보고 있다. 그리고 형사절차상 전자증거개시에 대한 논의가 본격적으로 이루어지지 않고 있고, 다만 민사절차의 규정들을 준용하여 해석하는 수준에서 전자증거개시의 문제가 다루어지고 있기 때문에 형사상 전자증거개시와 관련하여 명시적인 법규정이 만들어진 예는 민사상 전자증거개시가 활발히 이루어지고 있는 주요 외국의 경우에도 아직까지는 찾아볼 수 없었다.

5. 입법론적으로 과거 종이문서에 기반한 증거개시에 대응할 수 있는 전자증거개시에 고유한 개시제한규정의 필요성이 요구된다. 전자증거개시의 취지에 반하는 혹은 개시당사자에게 과도한 부담을 부과하는 경우에 있어서는 개시방법, 시기, 범위를 일정하게 제한할 수 있도록 할 필요가 있기 때문이다. 또한 복잡한 형사상 전자증거개시문제에 대한 합리적인 판단을 구체화할 수 있는 기준이 입법적으로 제시될 필요가 있다. 전자정보의 복잡성과 방대한 분량은 증거개시 자체를 소송절차 보다 더 부담스럽게 만들 수 있을 만큼 소송당사자의 노력과

비용과 시간을 요구할 수 있다. 이러한 방대한 분량의 전자정보를 복구 및 처리하고, 개시를 위해 산출하는데 소요되는 비용과 부담을 능가하는 범죄사실 관련성과 증거개시의 필요성이 입증되는 경우에 한해서, 그리고 개시를 통해 제공받을 수 있는 전자정보가 당사자의 주장과 항변의 입증에 중요하다고 하는 합리적인 개연성이 있는 경우에 한해서 전자증거개시가 허용될 수 있도록 해야 할 것이다. 따라서 전자증거개시의 필요성과 개시자료의 중요성에 대한 비교형량을 통하여 개시의 범위를 판단할 수 있도록 하는 합리적인 비례성원칙이 제시될 필요가 있다. 이와 아울러 전자증거개시에 있어서 요구되는 비용부담원칙이 성문화될 필요가 있다. 다만 형사피고인의 일반적인 자력에 비추어 볼 때, 전자증거개시를 통해서 확보할 수 있는 전자정보가 당해 사건의 입증에 있어서 어느 정도의 중요성을 갖고 있고, 개시요청 당사자의 개시요구가 합리적인 범위내에 있을 경우에는 국가가 비용을 부담한다고 보는 것이 타당할 것이다. 형사상 전자증거개시와 관련하여 입법적으로 명확히 해야할 또 하나는 전자증거개시 남용에 따른 제재의 부과이다. 실제 미국의 경우에도 이 제도의 남용에 대하여 심각한 우려가 제기되고 있기 때문이다. 따라서 전자증거개시를 요구한 당사자의 개시요청의 내용과 범위에 비추어 전자증거개시의 남용이라고 판단되는 경우, 개시를 거부할 뿐만 아니라 일정한 제재를 가할 수 있는 근거규정이 마련될 필요가 있다.

형사상 전자증거개시와 관련하여 제언할 수 있는 정책방안은 형사절차상 자력이 부족한 피고인에 대해서는 국선전담변호사와 같은 방식의 국선전담 E-Discovery 기술전문가를 두고 그에 의한 지원을 생각해 볼 수 있다. 즉, 우리사회의 충분한 IT 인력을 고려해 볼 때, 법률구조공단내에 전자증거개시를 위한 기술지원부서를 마련하여 상근 전문기술인력과 자원봉사 형태의 전문기술인력풀을 활용할 수 있도록 하는 것도 고려해볼 수 있기 때문이다. 그리고 개시해야 할 전자정보의 분량으로 인한 부담을 줄이기 위해서는 증거개시자료를 업로드할 수 있는 별개의 저장 장소를 온라인상에 마련하는 것도 고려해 볼 수 있다. 일일이 전자정보를 저장매체에 저장하는 노력과 비용을 줄이고, 이를 상대 당사자에게 전달하기 위한 운송비용까지 절약할 수 있다는 점에서 온라인 전자증거개시 저장소의 설치는 충분한 가치가 있다고 보여진다.

제1장

서론

01 서론

제1절 연구목적 및 필요성

증거개시제도(Discovery)는 소송당사자가 상대방이나 제3자로부터 소송과 관련된 증거자료를 수집하기 위한 변론전 절차를 통칭하는 개념으로, 민사소송이나 형사소송에 있어서 법원의 개입 없이 당사자간에 서로의 요청에 의해 소송과 관련된 정보를 공개하는 법제도이다. 소송당사자들이 보유하고 있는 증거가 무엇이며, 그 증거를 어떻게 활용할 수 있는지를 상대방이 평가하여 쟁점을 명확히 하고, 시간낭비를 줄일 수 있는 재판전 준비단계에서 이루어지는 절차라 할 수 있다. 이와 같이 소송당사자가 서로 상대방이 보유한 증거물, 증인, 서류 등을 공개하도록 요청함으로써 서로 대등한 조건하에서 소송을 진행할 수 있게 된다는 점에서 증거개시제도는 공판중심주의와 당사자주의원칙의 실현에 기여하는 제도이다.

이러한 증거개시제도는 종래 그 대상이 문서와 증거물 등과 같은 오프라인상의 증거로 국한되어 논의되어 왔다. 그런데 유비쿼터스 환경하에서 다양한 구동방식을 갖고 있는 디지털 장치로부터 추출된 디지털 증거의 비중이 확대되어 가고 있는 정보화사회에 있어서는 오프라인 증거 보다 온라인 및 네트워크상의 증거에 대한 증거개시절차가 보다 더 중요성을 갖게 되었다. 이와 같이 전자문서의 사용이 보편화되면서 기존의 종이문서를 사용하던 때와 달리 증거개시제도를

운용함에 있어서 여러 문제점이 발생하게 되었다. 저장되는 문서의 양이 급증하고, 자료의 종류나 범위 또한 상상을 초월할 정도로 광범위하고, 유동적이며, 변조나 복제가 용이하다는 특성으로 인해 증거개시제도를 운영하는데 어려움이 제기되고 있다.

기존에 민사소송상 증거개시제도를 갖고 있는 미국의 경우, 전자적 자료를 대상으로 기존의 증거개시절차를 실시할 경우, 전자적 자료의 광대성으로 인한 과도한 비용의 발생, 유동성으로 인한 위변조 위험의 증대와 훼손가능성, 삭제된 자료의 복원이나 접근성의 문제, 전문성으로 인한 절차의 지연과 주요자료의 불필요한 노출, 비가시성과 비가독성으로 인한 특정장비 또는 특정 프로그램의 필수적 요청 등과 같은 문제에 직면하면서, 과거 종이문서와 같은 유체물과는 다른 전문적·기술적 접근이 전자적 자료의 증거개시에 필요하다는 인식하에서 전자적 자료의 특성을 반영한 증거개시법안을 마련하게 되었다. 이로 인해 전자증거개시(E-Discovery)라는 용어가 생기게 되었다.[2] 즉, 전자증거개시(E-Discovery)는 일반적인 증거개시제도와 별개의 제도가 아니라 전자적 자료(ESI:Electronically stored Information)를 대상으로 하는 증거개시제도를 뜻하는 것이라 할 수 있다.

이와 같이 증거개시에 있어서 전자적 자료(ESI)에 대한 특별한 절차와 규정이 필요한 것은 비단 민사소송만의 일은 아니다. 특히 미국의 경우와 달리 우리나라는 민사소송에 있어서는 증거개시제도가 도입되어 있지 않은 반면에, 형사소송에 있어서는 증거개시제도가 2007년도 형사소송법 개정을 통해 이미 도입되어 있는 상태이기 때문에, 오히려 형사상 증거개시제도에 있어서의 전자적 자료의 공개 방법, 형태, 범위 등의 문제가 우선적으로 논의되어야 할 상황에 있다고 할 것이다. 특히 피고인측이 검찰의 수중에 있는 전자적 자료의 공개를 요구할 때, 해당 데이터베이스의 무결성을 유지하고자 하는 검찰의 독점권과 데이터베이스 결과물의 정확성을 공격하기 위한 또는 그 결과물을 조사의 도구로 사용하고자 하는 피고인측의 권리간에 긴장이 존재할 수 밖에 없다는 점을 고려하면, 전자적 자료에 대한 형사상 증거개시절차에 대한 새로운 논의가 필요한 시점에 있다고 할 수 있다. 이 경우 디지털 증거에 대한 디지털 포렌식절차의 황금기준, 즉

2) 한국 EMC 컨설팅, CEO E-Discovery를 고민하다, 전자신문사, 2011, 15면.

수집단계에서부터 법원제출단계에 이르기까지 보관의 연속성과 무결성 유지에 따른 데이터베이스의 신성불가침원칙에 대한 재고가 있어야만 한다. 또한 방대한 양의 전자증거의 경우 사실상 증거개시가 제공되는 경우에 있어서 조차 검찰측이 제공한 전자적 자료의 양과 성격은 사실상 접근을 불허하는 것이나 다름없는 고비용의 부적절한 소모적 개시에 지나지 않기 때문에 그로 인해 피고측이 감수해야 할 손해도 비례하여 증가할 수 있다.[3] 즉, 검찰측의 증거개시가 적절하고 충분한가의 여부는 전자적 자료에 대하여 피고측에 합리적으로 이용가능한 형태로 제공되었는가가 중요하다고 할 수 있다.

형사절차상 디지털 증거의 중요성에 비추어 마련된 디지털 포렌식 절차 모델을 통해 디지털 증거의 신뢰성과 증명력을 확보했다면, 이제는 전자증거개시 절차모델을 통해 무결성과 가용성을 제공할 수 있는 전자적 자료의 실효성 있는 개시를 확보하고, 당사자주의의 요청에 부합할 수 있는 증거개시제도의 취지를 실현할 수 있는 형사소송상 전자증거개시(E-Discovery)의 구현을 보다 현실성 있게 검토할 필요가 있다는 점에 본 연구의 목적이 있다고 할 수 있다.

제2절 연구내용

본 연구는 당사자주의에 입각하여 공판중심주의를 실현하기 위해 2007년 형사소송법의 개정으로 도입된 피고측과 검찰측의 상호증거개시제도의 운용에 있어서, 디지털 증거와 같은 전자적 자료의 개시필요성에 대한 고려를 더 이상 늦출 수 없는 시기에 있다는 인식을 전제로 한다. 즉, 오늘날 형사소송에 있어서 효

3) "진짜로 놀라운 사실 하나는 민사사건에서는 무한적으로 증거개시가 이루어지고 있음에 반해, 형사사건에서는 증거개시가 심각하게 제한된다는 점이다. 다른 말로 하면, 돈이 문제가 된 경우에는 일단 요청을 하면, 상대방이 가진 정보들을 대거 확보할 수 있으나, 시민의 생명이 문제된 사안에서는 주요 정보들을 검사가 꽉 잡고 놔주지 않거나 어느 순간에 한꺼번에 쏟아내 버려서 피고인의 변호에 거의 도움을 주지 않는다는 것이다.": Hon. H.ee Sarokin&William E. Zuckermann, "Presumed Innocent ? : Prestrictions on Criminal Discovery in Federal Court Belie this Presumtions, 43 RUTGERS L.Rew, 1089(1991)"; 김희균, "미국법상 증거개시제도의 이론과 실제", 저스티스 통권 제87호, 163면에서 재인용.

과적으로 변호를 수행하기 위해서 피고인이 전자적 자료(ESI)에 접근할 필요성이 증가하고 있다는 것을 검찰과 법원이 일정하게 인정할 필요성이 급격히 증가하고 있다는 것을 제언하고자 하는 것이다. 특히 수사과정에서 검찰에 의해 압수된 전자적 자료가 디지털 포렌식 기술을 이용하여 조사·분석되었다고 하는 사정은, 그에 의해 복구된 정보의 내용이 피고인에게는 상당히 중요한 것이 될 수 있기 때문에 전자적 자료에 대한 증거개시절차가 의미를 가질 수 밖에 없다. 또한 개시의무를 이행해야 할 검찰측의 입장에서도 방대한 양의 전자적 자료에 대한 피고측의 증거개시요구를 무제한적으로 수용하는 것은 기술적·비용적·시간적 부담을 야기할 뿐만 아니라, 현실적으로 방대한 전자적 자료를 문서화하여 피고인에게 제공하게 되면 피고인은 그 수백 혹은 수천만장의 자료더미에서 자신의 방어에 필요한 자료가 무엇인가를 찾아내야 하기 때문에 충분한 기술적·경제적 능력이 뒷받침되지 못한 피고인의 입장에서는 사실상 접근불가능한 자료를 제공받는 것에 다름이 아니다. 따라서 전자적 자료에 대한 무조건적인 증거개시가 반드시 피고인의 방어권보장에 도움이 되는 것은 아니라고 할 수 있다. 때문에 피고인의 방어권을 보장하면서도 검찰의 개시의무를 충실히 이행할 수 있는 전자증거개시(E-Discovery) 절차모델을 고민해야만 한다.

따라서 본 연구는 전자증거개시(E-Discovery)에 대한 정확한 이해와 개념을 정리한 후 이미 민사소송절차에 E-Discovery제도를 도입한 미국을 비롯한 주요 외국의 관련 법제와 전자증거개시에서 사용되고 있는 기술들을 비교·검토해 봄으로써 E-Discovery의 주요 쟁점들을 검토해 보고자 한다. 또한 이러한 쟁점들에 대한 논의를 토대로 민사상 E-Discovery와 형사상 E-Discovery의 차이점을 밝히고, 형사상 E-Discovery에 적용가능한 민사상 E-Discovery에서 유추해 낼 수 있는 논점들을 짚어보고자 한다. 그리고 현행 형사소송법상 전자적 자료에 대한 증거개시절차를 이행함에 있어서 나타날 수 있는 문제점과 한계를 검토하고, 증거개시제도의 취지에 부합하는 E-Discovery 모델을 모색해 보고자 한다. 이와 아울러 현재 디지털 증거에 대하여 적용되는 디지털 포렌식 절차모델과 E-Discovery 모델의 연계방안을 모색함으로써 디지털 증거의 무결성 확보와 효과적인 증거개시가 일관성있게 연계되어질 수 있는 개선방안을 제시해 보고자 한다.

이를 통해 디지털 증거의 급증에 따른 사회적 변화에 따른 현행 형사소송법상

의 증거개시절차에 대한 입법적 개선방안을 제시하고, 디지털 증거의 특성을 고려한 증거개시방식을 제시함으로써 향후 증거개시절차에 있어서 발생할 수 있는 기술적 문제점을 검토하여 E-Discovery 의무화 경향에 따른 포렌식 절차와 도구의 표준화 모델을 모색해 보고자 한다.

제2장

전자증거개시 (E-Discovery)에 대한 일반적 고찰

02

전자증거개시(E-Discovery)에 대한 일반적 고찰

제1절 전자증거개시(E-Discovery)의 개념

1. 전자증거개시(E-Discovery)의 개념

Discovery 즉, 증거개시 자체는 민·형사 절차상 이미 시행된지 오래된 제도이다.[4] 즉, 그 개념 자체는 새로운 것은 아니지만 최근 들어 세상의 주목을 받고 있는 제도임에는 틀림없다. 이와 같이 증거개시에 대한 새로운 관심이 집중된 이유는 2006년 미국연방민사소송규칙을 개정하면서 증거개시의 표준 속에 전자적으로 저장된 정보, 즉, 전자적 자료(ESI)라는 개념을 명시적으로 구체화 시킨데서 비롯되었다. 하지만 그 이전에 정보통신기술의 발달로 말미암아 기업 뿐만 아니라 개인간의 관계에 있어서 전자통신이 지배적인 역할을 하고 있다는 것이 중요한 요인으로 기여하고 있다. 2010년에 있어서 하루 평균 2,940억건의 메일이 전송되었으며, 2013년에는 그 두배에 이를 것으로 추정[5]되고 있을 만큼 전

4) 미국은 1938년 연방민사소송규칙을 제정하면서 Discovery 제도를 함께 도입했었지만, 형사소송에 있어서 공판전 증거개시는 1946년 연방형사소송규칙이 개정되면서 도입되었다.

5) Leslie Meredith, “Was that you at Starbucks e-mail? Don’t believe: New personalized phishing

자적 자료의 양이 기하급수적으로 증가하고 있다. 한 보고에 따르면 매일 영업 정보의 90%가 전자적으로 저장되고 있다고 한다.[6] 이와 같이 종이문서를 기반으로 하던 기존의 증거개시절차가 전자적 자료를 그 기반으로 하게 되면서 이를 제대로 규율하기 어려운 문제가 발생하게 되자 이를 해결하기 위한 판단기준이나 지침들이 2004년 제시되었고[7], 그러한 논의의 결과로 미 연방민사소송규칙의 개정이 이루어지면서 E-Discovery 제도가 명문화되기에 이르렀다. 즉, 증거개시의 대상을 종이문서로 제한했던 것을 확대하여 소송당사자간에 전자적 자료(ESI)를 개시하는 절차를 말하는 것이 E-Discovery이며, 전자적 자료의 특징에 근거하여 증거개시를 위한 별도의 규정을 두어 규율하는 절차인 것이다.

2. 기존의 증거개시(Discovery)와의 차이

기존의 증거개시는 종이로 된 문서를 기반으로 하는 것이었다. 이러한 기존의 증거개시와 구분되는 전자증거개시(E-Discovery)의 특징을 살펴보면 다음과 같다. 첫째, 전자적 자료의 증거개시에 있어서는 외부 전문가의 지원이 거의 절대적으로 필요하다는 것이다. 전자적 자료와 관련된 전문기술과 지식을 갖고 있는 외부전문가의 도움을 받아 전자적 자료를 검색, 재생, 해석, 작성 및 산출해야 하는 경우가 많기 때문이다. 둘째, 전자적 자료는 개시당사자가 그 정보를 이용할 수 있는 기술을 더 이상 갖고 있지 않기 때문에 이용하기 어려운 기존의 구식 데이터를 포함할 가능성이 있는데, 이러한 전자적 자료에 대해서도 합리적인 접근가능성이 입증되어야 개시가 가능하다는 것이다. 셋째, E-Discovery의 경우 개시요청 당사자가 상대 당사자의 컴퓨터 시스템에 대한 현장조사를 행하는 것

scam aims to get credit card information", MSNBC, May 17, 2010: http://www.msnbc.com/37195408/ns/techonology_and_science-security

6) Philip M.Berkowitz, "International Dispute Resolution in Practice : Experience, Tredns, Tips", Program on International Law Practicum Presented at International Section of the New York State Bar Associtation, 2010.

7) The Sedona Conference, "The Sedona Principle : Best Practice Recommendation & Principles for Addressing Electronic Document Production,; American Bar Association. Civil Discovery Standard", 2004.

이 요구될 경우가 있다는 것이다. 다만 이 경우 컴퓨터 시스템상에 요청한 자료와 분리될 수 없는 면책특권이 있는 자료가 포함될 수 있는데, 증거개시로 인해 의도되지 않은 방법으로 정보가 유출될 수 있다는 문제가 있다. 넷째, 전자적 자료는 동적이어서 다른 사람의 개입 없이도 그 특성상 변환될 수 있기 때문에 증거개시를 위해서는 일정한 수준의 보존의무가 전제되어야 한다는 것이다. 다섯째, 전자적 자료는 원자료의 형태로 또는 정리·변형한 후 문서의 형태로, 또는 전자적인 형태 그 자체로 제출될 수 있다. 전자적 자료가 문서의 형태로 개시되는 경우에는 원본 데이터에 포함된 메타데이터가 제외되어 입증의 어려움이 있을 수 있으며, 전자적 형태의 자료로 제출되는 경우에는 해당 데이터를 검색할 수 있는 특정 프로그램이 없는 한 접근이 불가능하다는 문제가 있다.[8)]

이와 같이 전자적 자료에 대한 증거개시는 개시요청 당사자나 개시요구에 응해야 하는 상대당사자 모두에게 쉽지 않은 절차라 할 수 있다. 또한 당사자들이나 법원 또는 변호인 등 관련 실무자들 모두 법률전문가이지 최첨단 정보통신기술과는 거리가 먼 문외한일 뿐만 아니라 급속히 변화하는 새로운 기술에 친숙하지 않은 것이 일반적이기 때문에, 전자적 자료를 어떻게 취급해야 하는지에 대한 기본적인 인식조차 확립되어 있지 않다고 할 것이다. 기존의 증거개시와 다를 바가 없다고 하는 단순한 접근방법을 취하는 것은 전자적 자료에 대한 증거개시를 무용지물로 만들 우려가 있다는 점을 인식할 필요가 있다. 따라서 전자적 자료의 개시 형태, 개시 범위, 개시 시기, 개시 방법 등 기존의 증거개시와는 완전히 다른 차원에서 접근해야 하기 때문에 전자적 자료의 특성을 충분히 고려한 증거개시규정과 절차 등이 마련될 필요가 있는 것이다.

8) Henry S. Noyes, “Is E-Discovery So Different That It Requires New Discovery Rules? An Analysis of Proposed Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure”, Tennessee Law Review vol.71, 2004, pp593-594.

제2절 전자증거개시(E-Discovery) 대상으로서 전자적 자료 (ESI: Electronically Stored Information)

1. 전자적 자료(ESI)의 개념

전자적 자료(ESI:Electronically Stored Information)는 컴퓨터 하드웨어나 소프트웨어에 사용하기 위해 디지털 형태로 생성·가공·통신·저장 및 사용되는 정보로, 컴퓨터나 컴퓨터 기반 디바이스를 통해 생성되고 또한 검색가능한 형태로 저장된다.[9] 이에 대한 미연방민사소송규칙도 명백히 개념규정을 하고 있지는 않지만, 전자적 자료(ESI)개념은 전자시스템이 발전함에 따라 항상 발전할 수 있다고 보고 있다. 전자적 자료(ESI) 개념은 명확하지 않고, 가변적이지만, 현재 통용되는 전자문서는 활성자료(Active Data)[10], 복사자료(Replicant Data)[11], 백업자료(Archival and legacy data)[12], 잔존자료(Residual data)[13], Embeded data[14] 등으로 구분할 수 있으며, 이러한 전자적 자료(ESI)는 이메일, 업무기록, 금융정보, 쿠키 파일 등 다양한 형태로 존재한다.[15]

전자적 자료와 관련하여 미국 법원들은 업무에 있어서의 변화와 기술적인 진보가 보조를 맞추고 있다는 것을 인정하면서 수년 동안 전자정보의 개시를 지지해왔다. "오늘날 만약 관련이 있다면 컴퓨터화된 데이터는 공개할 수 있다는 것

9) Adam I. Cohen & G. Edward kalbaugh, "전자적 자료(ESI) Handbook : Sources, Technology and Process", 2010.

10) Active data는 통상 개인컴퓨터나 컴퓨터 네트워크에 내장되어 있는 즉시 접속가능한 자료를 말한다.

11) Replicant data는 파일클론이라고도 하며, 개인컴퓨터의 하드웨어나 네트워크에 있는 자동복구파일을 포함하는 자료를 말한다.

12) Archival and legacy data는 백업테이프 또는 포맷형태로 저장되며, 전문적인 기술을 가진 사람만이 접속할 수 있는 자료를 말한다.

13) Residual data는 시스템상 어딘가에 존재하는 삭제된 파일을 말한다.

14) Embedede data는 누가 파일에 접속했으며, 언제 편집되었는지가 워드프로세싱에 자동적으로 부착되는 자료를 말한다.

15) 황경환, "미국 민사소송법상 전자문서의 증거개시제도의 연구", 한양법학 제22집, 2008, 476면; Kenneth J. Withers, "Is digital different ? Electronic Disclosure and Discovery in Civil Litigation", section III.c(4). December 30, 1999.

이 일반적이고 의심의 여지가 없는 민사절차규칙의 기본적인 기준이다"[16]라고 보는 것이 미국 법원들의 기본적 입장이다.

2. 전자적 자료(ESI)의 특징

디지털화된 정보는 종이로 된 증거와는 상당히 다른 특성들을 가지고 있다. 전자적 자료는 여러 가지 측면에서 문서정보보다 훨씬 더 가치 있는 정보를 포함하고 있다고 볼 수 있다. 이와 같이 문서기반 증거개시로부터 차별화되는 전자적 자료의 몇 가지 특성들을 살펴보면 다음과 같다.

가. 비공식적 성격(informal nature)

전자정보의 대표적인 예라 할 수 있는 이메일은 이미 개인간 사적 통신의 주요 매개체가 되고 있기 때문에 이메일의 잠재적 중요성을 평상시 인식하지 못하는 경우가 대부분이고, 따라서 부주의하고 부적절한 의견이나 정보를 이메일을 통해 전달하는 경우가 있다. 또한 기업과 일반 이용자들은 이메일이나 다른 전자데이터가 종종 영구적인 기록을 남긴다는 사실을 인식하지 못하고 정보를 전송하는 수단으로 이용하고 있는 것이 일반적이다. 하지만 이메일은 이용자의 컴퓨터나 서버가 아닌 전혀 다른 장소에 저장될 수도 있으며, 설령 개인이 삭제했다고 하더라도 컴퓨터 포렌식 도구를 이용함으로써 삭제된 정보가 복구되어질 수도 있다.[17] 이러한 비공식적인 성질로 인해 증거개시에 있어서 전자적 자료는 공개와 검증의 대상이 되고 있다.

나. 메타데이터[18]의 보유

전자데이터 파일은 일반적으로 메타데이터, 은닉 데이터, 임베디드 데이터로

16) McPeek v. Ashcroft, 202 F.R.D. 31(D.D.C. 2001); Linnen v. A.H.Robins Co. 1999 WL 462015.

17) Michael R. Arkfeld, Best Practice Guide for Electronic Discovery and Evidence, 2010-2011 Ed. p.9

18) 메타데이터란 데이터에 관한 구조화된 데이터로 다른 데이터를 설명해주는 데이터를 말한다. 즉, 대량의 정보 가운데에서 찾고 있는 정보를 효율적으로 찾아내서 이용하기 위해 일정한 규칙에 따라 콘텐츠에 대하여 부여되는 데이터이다. 여기에는 콘텐츠의 위치와 내용, 작성자에 관한 정보, 권리 조건, 이용 조건, 이용 내력 등이 기록되어 있다;[출처] 메타데이터 [metadata] | 네이버 백과사전.

언급되어지는 것들이 포함되어 있다. 모든 유형의 컴퓨터는 전자파일 안에 새겨져 있는 메타데이터를 생성하며, 이 메타데이터는 종종 가치있는 부가적인 정보를 제공하지만 전자파일 자체에는 나타나지 않는다. 하지만 전자적 자료(ESI)는 이러한 숨겨진 메타데이터 등을 포함하고 있기 때문에 종이문서 보다 훨씬 많은 문서 관련 정보들을 제공한다. 메타데이터는 보이지 않는 히스토리로서 문서의 제목, 주제, 작성자, 저장된 위치, 문서생성시간, 액세스 시간, 수정시간, 인쇄시간, 주석, 개정번호, 총 에디팅 시간, 생성하기 위해 사용된 템플릿 등을 포함한다.

전자적 자료에 내장된 메타데이터를 찾는 것은 데이터 마이닝 관점에서 매우 중요하며, 많은 전자증거개시(E-Discovery) 분쟁들이 이러한 메타데이터로 인해 발생되므로 문서관리시 손상되지 않은 메타데이터를 포함할 수 있도록 문서를 주의하여 관리해야 한다. 이와 같이 전자적 자료(ESI)는 전문적 지식에 의존하는 성격이 강하기 때문에 소송당사자는 전문가에 의존하지 않을 없다고 할 수 있다.[19] 전문가의 원조 없이는 당사자들이 제출을 요구받은 자료 제출시 특권(Privilege)을 주장하거나 업무자료(Work Product)로서 증거개시청구로부터 보호받을 수 있는 성격의 자료가 상대방에게 본의 아니게 현출될 가능성이 있고, 그 경우 이와 같은 증거개시거부권을 행사할 수 있는 범위내의 자료들에 대한 권리를 포기한 것으로 보아야 하는지 등의 문제도 수반될 수 있다. 이와 같이 이러한 메타데이터를 증거로 공개하기 위해서는 포렌식 전문가의 도움을 요구하는 사안이지만, 이는 이용자에 의해 의식적으로 만들어지지 않고, 조작가능성이 상당히 낮기 때문에 사건을 구성하거나 변호하는데 있어서 전통적인 형태의 증거보다 훨씬 더 가치가 있다.[20]

다. 보존(preservation)의 필요

전자적 자료(ESI)는 언제든지 쉽게 변경 및 수정이 가능한 상태로 존재한다.[21]

19) Joan E. Feldman, “The expert role in computer-based discovery”, Computer Forensics Inc. 2001, p.975.

20) Michael R. Arkfeld, op.cit., p.10.

21) Alan M. Gahtan, Electronic Evidence, 1999, p.7.

따라서 통상적인 사용과정을 통해서 언제든지 변화되고, 덮어 쓰여지고, 삭제되어질 수 있다. 즉, 컴퓨터를 부팅하고, 파일을 열고, 새로운 데이터를 하드디스크에 추가하고, 네트워크상에서 정기적인 유지프로그램을 수행하는 단순한 행위가 기존의 데이터를 변경하거나 파괴할 수 있는 것이다. 이것이 전자적 자료가 일반적으로 물리적으로 안정되어 있는 문서기반 증거개시에 있어서의 정보의 보존과는 다른 방식의 보존을 필요로 하는 이유이기도 하다. 전자적 자료의 보존은 그것이 발견될 수 있는 무수히 많은 잠재적인 장소와 규모를 고려할 때 매우 어려운 작업이 될 수 있다.[22)]

또한 전자적 자료는 저장매체에만 존재할 수 있는데, 그 저장매체가 덮어 쓰워지거나 손상되거나 또는 읽을 수 없게 될 수 있으므로 전자적 자료를 보다 적극적으로 보존하는 방식을 강구해야 한다. 즉 전자적 자료를 보존하기 위한 대비가 없다면 파괴 내지 변경으로 인해 정작 필요한 경우에 증거로 사용할 수 없게 되는 문제가 있다. 따라서 증거개시절차에서 제출되어야 할 전자적 자료에 대해서는 보존과 관련하여서는 특별한 의무가 주어진다.

라. 삭제의 난이성

앞에서 기술한 바와 같이 전자적 자료(ESI)는 손상되기도 쉽지만 삭제하기도 용이하지 않다. 서버에 저장되거나 백업 또는 이메일로 전송되었다면 삭제했다고 해서 실제 삭제되는 것이 아니며, 데이터 손실방지를 위해 소프트웨어에 탑재된 자동복구기능이나 자동저장기능에 의해 주기적으로 현재 사용중인 문서의 백업사본을 자동생성하므로 전자적 자료의 삭제를 더 어렵게 한다. 그리고 설령 삭제되었다고 하더라도 복구되어질 수 있고, 보존되어질 수 있다. 컴퓨터 이용자가 삭제키를 눌렀다고 하더라도 새로운 데이터에 의해 삭제 데이터가 덮어 쓰여질때까지는 남아 있으며, 이는 컴퓨터 사용에 따라 몇 분 혹은 몇 년이 될 수도 있다. 그러나 삭제된 문서를 복구하고자 시도하는 것은 비용이 많이 들고 시간소모가 크며, 경우에 따라 결과가 그다지 만족스럽지 못할 수도 있다.[23)]

22) Michael R. Arkfeld, op.cit., pp.10-11.

23) Michael R. Arkfeld, op.cit., p.11.

증거개시 대상으로서 전자적 자료(ESI)의 소스의 하나인 삭제된 전자적 자료와 함께 고려되어야 하는 것이 바로 잔여 데이터(residual data)이다. 잔여데이터는 컴퓨터 시스템상에서 작동하지 않는 데이터로서, 매체의 빈 영역(free space), 파일내 slack space, 기능적으로 삭제되어 undelete 내지 특별한 데이터 복구기술 없이는 볼 수 없는 파일 내에 있는 데이터를 말한다. 이와 같이 삭제된 데이터 또는 잔여 데이터는 보존하도록 요구할 수는 있지만, 그렇게 하기 위해서는 상당한 전문적 기술의 지원과 시간과 비용이 소요되기 때문에 이를 정당화하기 위해서는 명백한 필요성의 입증이 있어야 할 것이다.

마. 저장장소의 불명확성

전자증거개시에 수반되는 가장 논쟁이 되는 쟁점 중 하나가 바로 전자적 자료의 물리적 장소를 정확히 지적하고 있는가 하는 점이다. 하나의 컴퓨터 명령에 의해 업무문서 또는 이메일이 수초내에 전세계의 여러곳으로 보내어질 수 있는 것이 현실이며, 그것을 다시 집에 있는 컴퓨터나 휴대용 PDA에 다운로드 받아 저장할 수도 있다.

이와 같이 전자정보는 다양한 매체에 저장되어질 수 있고 더욱이 오늘날 분산된 업무컴퓨팅 환경에 있어서는 전자정보의 검색과 발견은 매우 어려운 일이 될 수 있다.[24] 이와 같이 전자적 자료가 존재하는 공간의 불명확성은 증거개시의 범위를 어떻게 특정할 것인가에 대한 사전적 고려를 요하게 된다.

바. 용량의 방대성

오늘날 기업의 운영과정에서 생성되는 엄청난 양의 전자정보는 증거개시 요청당사자에게 정보를 제출하고, 특권여부를 검토하고, 저장위치를 확인하는데 드는 비용부담의 위험을 야기한다. 이는 물리적 성질의 종이, 폴더와 파일보관에 저장된 문서에 제한된 기존의 문서기반 증거개시와는 그 부담의 정도에 있어서 차원이 다르다.

24) Michael R. Arkfeld, op.cit., p.12

전자적 자료는 종이문서에 비해 생성과 배포가 용이하기 때문에 그 양이 방대할 뿐만 아니라 지속적으로 그 양이 급속하게 증가하는 추세에 있다. 개인당 생성되는 전자적 자료(ESI)의 양은 1년에 800MB정도로 추산되고 있다.[25] 이러한 자료의 방대성은 전자증거의 양적 팽창을 초래할 수 밖에 없고, 그 가운데 어떤 자료가 주장 및 입증을 위해 필요한 것인지 판단하는 것과 적절한 자료의 범위를 선정하는 것이 증거개시에 중요한 쟁점이 될 수 있다.[26] 통상 개시를 요구할 경우 자료제출에 소요되는 비용은 제출자 부담원칙인데, 전자적 자료(ESI)를 출력하거나 또는 고가의 어플리케이션을 이용하여 결과를 산출하여야 하는 경우 그 비용이 과다하게 증가하는 문제가 발생할 수 있기 때문에 비용부담의 전환이 허용되어 개시요구 당사자에게 부담을 지우기도 한다.

사. 매체의존성

전자적 자료의 내용을 확인하기 위해서는 특정 소프트웨어나 하드웨어를 필요로 하게 된다는 점에서 매체의존성이 강한 자료라고 할 수 있다. 전자적 자료 자체로서는 가독성이 없기 때문에 소프트웨어 환경내에서만 그 의미를 가지며, 일정한 프로그램이나 장비를 통해서 화면으로 확인하거나 또는 출력이라는 수단을 통해서만 인식이 가능하다. 또한 전자적 자료의 현출유형에 대한 일정한 기준이 없기 때문에 제출된 자료만으로는 상대 당사자가 재생 및 열람이 불가능한 경우가 발생할 우려가 있다.

아. 접근성

일반적으로 전자적 자료는 접근성이 매우 뛰어난 특성을 갖기 때문에 당사자간 합의하에 데이터 공유도 가능하고, 또한 자료들 중 일정 자료가 파손 또는 삭제되었더라도 다른 장소에 동일한 자료가 그대로 남아 있기 때문에 자료에 대

25) 김영수/신상욱/홍도원, "전자적 자료(ESI) 관점에서의 E-Discovery", 정보통신산업진흥원, 주간기술동향 제1463호, 2010, 16면.

26) 김도훈, "전자증거개시에 관한 연방민사소송규칙 개정에 대한 소고", 인터넷법률 통권 제40호, 2007, 136면.

한 접근성은 매우 높다고 할 수 있다.[27] 그러나 전자적 자료에 대한 증거개시절차과정에서 접근성이 현저히 떨어지는 전자적 자료가 존재한다. 예를 들어 백업테이프의 경우 필요한 자료를 찾기 위해 방대한 양의 자료를 처음부터 시간순서대로 다 확인해야 하는 어려움이 있다. 이러한 비접근성으로 인하여 전자적 자료의 제출에 많은 비용이 초래될 수 있기 때문에 증거개시의 가치가 있는 것인지에 대한 판단이 필요하며, 이 경우 비례성의 원칙이 고려되어야 한다.

3. 전자적 자료(ESI)의 유형

전자적 자료(ESI)의 유형은 전자메일·음성메일·휴대폰 문자·문서·스프레드시트·데이터베이스·일부 파일조각·메타데이터·디지털 이미지 및 디지털 다이어그램 등 매우 다양하며, 해당 데이터는 다양한 매체에 보관할 수 있다. 따라서 이와 같이 수많은 데이터 형식을 지원하는 전자적 자료를 생성·보관·변경·전송·폐기는 물론 관련 데이터를 수집하는 것도 그만큼 복잡해지고 있다. 이와 같이 다양한 형태로 존재하는 전자적 자료이지만 일반적으로 크게 세가지 형태로 분류할 수 있다.[28]

가. 원본 데이터(Native data)

소프트웨어 애플리케이션을 통해 생성된 문서나 파일 그 자체 형태를 의미하는 것으로 스프레드 쉬트나 워드 프로세싱 문서를 예로 들 수 있다. 원본 데이터는 사용자가 볼 수 있는 텍스트나 스프레드 쉬트 번호 같은 내용 뿐만 아니라 작성자나 생성 날짜 같은 사용자에게 보이지 않는 문서정보를 모두 담고 있다.

나. 메타데이터(Meta data)

일반적으로 메타데이터는 시스템 데이터 형태를 말하는데, 이는 해당 자료의

27) 김도훈, "전자적 자료의 증거개시에 관한 연구", 연세학술논집, 2003. 46면.
28) 홍도원 외, E-Discovery 지원기법에 관한 연구, 한국전자통신연구원, 2011, 8-9면.

내용·구조·맥락 등을 설명함과 아울러, 그것의 모든 관리단계에 걸친 관리조치들에 대한 정보를 제공해주는 정보자원에 관한 데이터로, 실제 정보자원 그 자체가 아니라 자원이 가지고 있는 속성·특징 등에 대한 정보를 포함하고 있다.[29] 메타데이터는 자동으로 생성되는 시스템 데이터 뿐만 아니라 의도적으로 숨긴 임베디드 형태의 데이터까지 포함하는 개념으로 해석하는 견해도 있다.[30] 특히 임베디드 데이터는 증거개시절차에서 부주의한 자료 노출로 문제될 가능성이 높지만[31], 가시적인 원자료의 진정성 여부에 대한 판단과 특정 사용자에 대한 추가적인 입증을 가능케 할 수 있기 때문에 중요한 잠재력을 갖고 있다.[32]

다. 이미지 파일(Image File)

이미지 파일로는 전자적 문서에 대한 신속한 리뷰기능 제공을 위해 표준화된 이미지 형태로 변형된 TIEF(Tagged Image File Format)나 PDF(Portable Document Format) 등을 그 예로 들 수 있다. 이러한 이미지 파일은 표준화되고 인쇄가 가능하지만 수정은 불가능하다. 종이로 된 문서는 그 형태상 전자적 자료(ESI)가 아니지만 디지털이나 이미지 포맷으로 변환가능한 경우에는 전자적 자료(ESI)로 간주한다.

29) 윤갑향; "전자정부 메타 데이터 표준", 한국기록관리학회지 제5권 제1호, 2005, 111면.

30) Maryland 미연방지방법원은 전자적 자료(ESI)에 대한 증거개시를 위한 포르토콜에서 메타 데이터의 기본적인 유형으로 system metadata, substantive metadata, embeded metadata를 제시하고 있다; US District Court for the District of Maryland, Suggested Protocol for Discovery of Electronically Stored Information, at 25. http://www.mdd.uscourts.gov/news/ESIProtocol.pdf.

31) 메타데이터에는 특권 또는 면책사항이 포함될 수 있어서 컴퓨터 시스템 자체를 조사하는 경우와 컴퓨터에 저장된 형태로 증거제출을 하는 경우에는 메타데이터에 포함된 특권 또는 면책사항이 노출될 수 있는 문제가 있고, 이를 검색하기 위한 시간과 비용문제가 발생한다.; 권종걸, "미국 연방 민사소송규칙상의 전자적 자료의 증거개시에 관한 연구", 비교사법 제15권 4호, 2008, 489면.

32) Philip, J. Favro. "A New Frontier In Electronic Discovery : Preserving and Obtaining Metadata", 13 B.U.J. Sci&Tech. Law, vol.13.1, 2007, p.11.

4. 전자증거개시에 있어서 전자적 자료(ESI) 작성 유형

가. 원본파일(Native File)

전자적 자료(ESI)의 기본적인 공개형태는 합리적으로 이용가능하거나 통상적으로 유지된 것으로, 이를 원본파일이라고 정의하고 있다. 원본파일은 특정한 소프트웨어 어플리케이션에 의해 작성된 파일형식이다. 응용프로그램의 원본파일형식은 통상 특허를 가지고 있기 때문에, 변환소프트웨어를 사용하지 않는 한 다른 응용프로그램에서 이용할 수 없다. 소송에 있어서 최근의 경향은 증거개시절차 과정에서 원본파일을 확보하는 것이며, 그리고 나서 공개를 위해 관련문서만 추출하는 것이다. 원본파일 형식으로 문서를 검토하는 것은 관련성을 갖는 모든 기존의 메타데이터를 검토할 수 있는 혜택을 소송당사자에게 제공하는 것이다. 만약 전자적인 데이터가 이미지나 종이로 전환됨으로써 고정되어지면 그 문서는 일반적으로 검색될 수 없으며, 메타데이터는 검토과정에서 활용할 수 없게 되기 때문이다. 초기 증거개시요청에 있어서 메타데이터에 대한 요청을 하지 않은 것은 이러한 은닉된 데이터에 대한 차후의 증거개시를 불가능하게 할 수 있다.[33]

나. 데이터베이스

데이터베이스는 가장 빈번하게 요구되고 공개되는 전자정보의 출처 가운데 하나이다. 그 이유는 데이터베이스에는 업무에 관한 주요한 정보와 지식 등이 포함되어 있기 때문이다. 데이터베이스는 피고용인 정보, 급여, 직무분류, 퇴직수당, 기타 업무처리 관련정보를 추적하는데 이용된다.

데이터베이스는 컴퓨터 기록영역안에 저장된 상호 관련된 데이터 또는 정보의 집적이며, 구조화된 방식으로 전자증거개시 정보를 통제한다. 일단 데이터베이스로 저장되거나 전환되면, 데이터는 복구·검색될 수 있으며, 보고 또는 차트형식으로 존재할 수도 있으며, 중요하다고 생각하는 어떠한 방식으로도 이용 및 재이용할 수 있다.

33) Michael R. Arkfeld, Best Practice Guide for ESI Pretrial Discovery - Strategy and Tactics, 2011, pp.146-147.

전자증거개시에 있어서 데이터베이스와 관련하여서는 두가지의 맥락에서 논의가 존재한다. 첫째, 대부분의 전자적 자료는 데이터베이스안에 저장되어 있기 때문에 종종 반대 당사자의 데이터베이스에 저장된 전자적 자료에 대한 개시를 요구하고자 한다는 것이다. 둘째, 소송목적으로 전자적 자료를 검토하고 분석하기 위해서는 반대 당사자의 전자적 자료로부터 자동화된 소송지원시스템(ALS)으로 데이터를 불러오게 되는데, 데이터베이스 정보는 끊임없이 변화하고, 업데이트되고, 다양한 소스와 결합되기 때문에 증거개시에 있어서 입증상의 문제를 야기한다는 점이다.

이러한 문제에도 불구하고 통상 대부분의 데이터베이스는 복제되어 반대당사자에게 전체가 개시형식으로 작성되어 제출되어진다. 하지만 데이터베이스는 너무 많은 정보를 포함하고 있기 때문에 직접적인 데이터베이스에의 접근에 있어서는 그다지 실용적이지 않을 수 있다. 이러한 이유 때문에 당사자는 반대당사자가 이용할 수 있는 형식으로 다양한 관련 데이터베이스 부분에 대한 보고서를 제공한다.[34]

다. 스프레드시트

스프레드시트는 다양한 업무기능에 사용될 수 있으며, 종종 재정기록 또는 다른 기록을 저장하는데 있어서 개인들이 이용하기도 한다. 계산과 수학적 분석, 메일링 리스크, 해야할 일을 적은 목록, 출근 근무자, 할부상환 계획 등이 스프레드시트를 이용하여 작성된다. 스프레드시트 프로그램은 이용자로 하여금 숫자를 편집·조작·인쇄하는 것을 허용하며, 문자를 행과 열로 된 표로 만들 수 있게 한다.[35]

라. 이미지

이미지는 종이문서 또는 전자적 자료를 전자적으로 스캔하거나 저장하여 그림

34) Michael R. Arkfeld, op.cit., p.148.

35) Michael R. Arkfeld, ibid. p.149.

으로 만드는 것이다. 이러한 디지털화된 컴퓨터 문서파일을 이미지라고 한다. 이미지는 검색할 수도 있고 검색하지 못할 수도 있다. 일반적으로 이미징은 종이문서를 전자그림으로 전환하는 것을 일컫는다. 그러므로 전자적 자료는 공개, 편집 또는 법정에서 제시하기 위해 이미지로 전환할 수 있다.

증거개시 당사자는 전자적 자료의 복사본을 TIFF 또는 PDF와 같은 이미지 형식으로 제공할 수 있다. 즉, 전자적 자료나 종이문서를 기본적으로 전자문서로 변환하여 이러한 형식으로 공개할 수 있는 것이다. 하지만 이러한 유형의 공개는 통상 메타데이터를 포함하지 않으며, 전자적 자료에 대한 전자적인 검색을 허용하지 않는다. 이러한 이유로 인해 종이문서 또는 TIFF 또는 PDF 파일은 원래의 전자적인 형태에 있어서의 전자적 자료의 복사본과 동일하지 않다.[36]

법조계에 있어서 사용되는 주요한 두가지 이미징 형식은 TIFF와 PDF인데, 일반적으로 법원은 PDF 형식의 공개는 합리적으로 이용가능한 형태가 아니라고 본다.

마. 문자, 아스키코드, 변환형식(text, ASCII, Conversion formats)

문자 또는 정보 교환용 미국 표준 코드인 아스키 문서는 컴퓨터 파일안에 저장된 문서의 text를 갖고 있는 그러한 문서이다. 이러한 문서는 단어 또는 문장으로 검색될 수 있으며, text 문서안에 그 단어의 정확한 위치에 바로 접근할 수 있다.

변환형식은 일반적으로 서로 다른 데이터베이스, 스프레드시트, 자동화된 소송지원프로그램간에 데이터를 변화하기 위해, 데이터를 양 프로그램에 의해 인식되는 형식으로 변환하는 것을 말한다. 하나의 응용프로그램에서 다른 응용프로그램으로 데이터를 전환하기 위한 통상적인 형식이 comma delimited 인데, 대부분의 데이터베이스, 스프레드시트, 소송지원프로그램은 “comma delimited data”로 가져오고(import) 내보내기(export)를 할 수 있다.

36) Michael R. Arkfeld, op,cit., p.150.

바. 비디오와 오디오

비디오는 텔레비전 또는 컴퓨터 모니터상에 나타낼 수 있는 형식으로 영상을 녹음, 처리, 상영하는 것을 말한다. 이는 비디오 녹화기기 또는 동영상을 녹화하는 다른 장치를 가지고 작성된다. 오디오 파일에 대한 증거개시는 문자, 오디오, 그리고 비디오가 통합이메일과 World Wide Web의 내용을 구성하는 전자메시징으로서 중요성을 더해가고 있다.

사. 종이문서

2006년 연방민사소송규칙 주석에 의하면 당사자가 출력된 인쇄자료를 증거개시형식으로 명시할지라도 전자적 자료의 교환이 보다 더 중요하다고 보고 있다.[37] 따라서 전자증거개시의 형식으로서 종이문서의 작성은 권장되지 않는다고 할 것이다.

아. 자동화된 소송지원(ALS)형식과 온라인 전자적 자료(ESI) 보관

기술적으로 자동화된 소송지원형식 또는 온라인 보관 형식으로 전자적 자료를 공개하는 것은 사실상 개시의 형식은 아니다. 하지만 많은 소송당사자들과 법원 및 정부기관들은 전자적 자료의 교환이 자동화된 소송지원 형식으로 제공되는데 동의하거나 명령할 것이다. 더욱이 웹을 기반으로 한 온라인 전자적 자료 보관은 전자적 자료 관리와 호스팅에 점차 많이 사용되고 있다. 마찬가지로 당사자들은 전자적 자료 보관형식으로 데이터를 제공하도록 법원으로부터 명령을 받거나 그에 동의할 수 있다.[38]

37) FED.R.CIV.P.34, Advisory Committee Note of 2006.

38) Michael R. Arkfeld, op,cit., p.152.

제3절 문서기반(paper-based) 증거개시와 전자적 자료(ESI) 기반 증거개시의 차이

1. 개시요구에 따른 증거의 검색 및 보존방법

문서기반 증거개시에 있어서는 개시를 요구한 당사자에게 제출할 자료 자체가 물리적으로 안정된 장소에 저장되어 있는 것이 일반적이었고, 그 저장범위가 소송당사자의 주변에서 크게 벗어나지 않기 때문에 제출할 자료를 검색하고 추출해내는데 있어서 곤란을 겪을 일이 많지 않다고 할 수 있다. 이에 반해 전자적 자료(ESI)에 기반한 증거개시에 있어서는 전자정보의 특성상 물리적으로 고정된 특정장소에 저장되어 있기 보다는 산재되어 파편화된 형태의 데이터로 저장되어 있는 경우가 많고, 경우에 따라 전세계적으로 전송된 자료인 경우에는 해당 데이터가 어디에 저장되어 있는지를 확인하는 것 자체가 대단히 어려운 작업이 될 수 있다.

또한 데이터의 저장 형태가 응용프로그램에 따라 다양하기 때문에 어떠한 형식으로 존재하는지 파악하는 것도 용이하지가 않을 뿐만 아니라, 기술의 급속한 발전 덕분에 저장기간이 오래된 데이터의 경우에는 최신의 소프트웨어로 해당 전자정보를 검색하는것 조차 용이하지 않은 경우가 많다.

이와 같이 다양한 데이터의 존재양식 만큼이나 데이터 저장매체 또한 다양하기 때문에 기존의 컴퓨터 하드 드라이브에서 벗어나서 이동가능한 디지털 저장매체, 휴대폰, 회사의 아카이브, 온라인 포럼, 블로그, 온라인 소셜네트워킹, 웹사이트 등에 있는 전자정보도 증거로서 개시해야 할 필요성이 인식되고 있다.

따라서 전문가의 도움 없이 당사자가 직접 해당 전자적 자료를 검색하고 추출해내는 것은 매우 어려운 일이라 할 수 있다. 또한 개시요청을 받은 당사자가 해당 전자적 자료의 저장 위치를 정확히 파악하였다고 해도 이를 상대방에게 전송하거나 제출하는데 어려운 사정이 있는 경우 직접 개시 당사자의 컴퓨터 시스템을 검색·조사하도록 허용해야 할 필요성도 제기될 수 있다.

한편 전통적인 문서기반 증거개시에서는 생겨나지 않지만, 전자적 자료에 기반한 증거개시에서 제기되는 독특한 문제는 바로 소송 관련성이 있는 전자정보

에 대한 보존의무이다. 즉, 전자적 자료는 그 성질상 동적인 경우가 많아서 운용자의 개입 없이도 통상적인 운용과정에서 변환되거나 파기될 수 있기 때문에 보존이 무엇보다 중요다. 기존의 종이기반 문서의 경우에는 당사자가 고의적으로 문서를 훼손하거나 파기하고자 하지 않는 한 문서에 대한 보존에 특별한 노력을 요하지는 않았다. 하지만 전자적 자료는 당사자가 보존하려는 노력을 기울임에도 불구하고 해당 전자정보가 삭제되는 경우가 발생할 수 있기 때문에, 기존의 문서기반 증거개시와는 다른 차원의 보존 노력과 의무가 요구되고 있다.

전자적 자료에 대한 개시요청을 받은 - 혹은 해당 전자적 자료와 관련하여 소송이 예상되는 경우 - 당사자는 전자적 자료를 확인·보존·수집한 후, 전체 전자적 자료의 모집단 가운데서 개시요청 당사자가 원하는 내용의 전자적 자료를 추출하여 법정에서 이용가능한 형태로 전환하여 증거로 제시할 때까지 전자적 자료에 대한 보존계획을 수립하여 이행해야 할 의무가 발생한다. 물론 소송개시와 함께 모든 형태의 전자정보에 대한 보존의무를 부담하도록 하는 것은 기업 운영상 혹은 컴퓨터 시스템상 매우 곤란한 상황이 발생할 수도 있기 때문에, 소송에서 증거개시를 위한 전자적 자료의 보존의무와 컴퓨터 시스템의 통상적 운영상의 필요를 조화시키는 전략이 필요하다.[39]

2. 증거개시에 소요되는 비용의 차이

기존의 문서기반 증거개시에 있어서는 개시의 대상으로 제출되는 자료를 단순 복사하는 방식으로 상대방에게 제출하였기 때문에 가시성이 있는 자료로 개시대상이 한정되었다. 그리고 제출할 증거자료를 복사하는데 있어서 드는 비용은 종이값과 복사기 이용비용, 분량이 많은 경우 별도의 인건비 정도 등을 고려하는 것으로 충분했다. 그리고 문서기반 증거개시의 또다른 개시방식인 열람을 위해서는 소송자료를 상대방에게 대출하는 방식으로 제출하기 때문에 별도의 비용이 발생한다고 보기는 어려웠다.

39) 권종걸, "미국 연방 민사소송규칙상의 전자적 자료의 증거개시에 관한 연구", 비교사법 제15권 4호, 2008, 491면.

하지만 전자정보를 기반으로 한 증거개시에 있어서는 개시할 전자정보를 검색하는 것에서부터 시작해서 최종적으로 제출할 형식을 산출하는데 이르기까지 고도의 기술적인 수단과 전문가의 도움 없이는 불가능하다고 할 수 있고, 그 비용 또한 상상을 초월하는 금액이 될 수도 있다.

미국의 경우 전자증거개시와 관련한 상담비용은 전형적으로 시간당 275달러에서 시작하며, 하나의 이메일을 수집 및 검토하고, 작성하는데 드는 비용이 문서당 2.7달러에서 4달러 사이가 된다. 2007년 한해 전자증거개시 서비스로 24억 달러 이상을 소송당사자들이 지불한 것으로 나타났다.[40] 다만 전자증거개시에 이용할 수 있는 새로운 소프트웨어 툴의 개발과 판매회사의 수가 늘어남에 따라 전자적 자료의 보존·검색·산출데이터의 전환에 관한 비용구조가 급격하고도 끊임없이 변화하고 있기 때문에 비용이 감소될 여지는 있다고 할 것이다.

한편 문서기반 증거개시에 있어서는 쌍방 당사자 각자가 요청받은 자료를 제출하는데 드는 비용을 부담해왔다.[41] 하지만 방대한 분량의 전자적 자료(ESI)에 대한 증거개시절차에 있어서는 그에 소용되는 비용이 증거개시를 요청받은 당사자들에게 상당한 부담으로 작용하게 되었다. 이와 관련하여 미 연방민사소송규칙은 정당한 이유가 있을 경우 증거개시 비용부담을 증거개시 요청자에게 이전하는 명령을 할 수 있도록 규정하고 있다. 이와 같이 증거개시의 대상이 문서로부터 전자정보로 바뀌면서 개시비용 부담책임도 각자부담에서 요청당사자로 전환되는 현상이 나타났다.

3. 개시할 증거의 작성형식의 차이

문서기반 증거개시에 있어서는 개시를 요구한 당사자에게 열람, 검색, 복사의 방법으로 증거자료를 제출하는 것이 일반적이었다. 하지만 전자정보를 기반으로 한 증거개시에 있어서는 이와 같은 방법으로 증거자료를 제출하는 것이 용이하

40) Daniel B.Garrie/Daniel K.Gelb, “E-Discovery in Criminal Cases : A Need for Specific Rules”, 43 Suffolk U.L.Rev, 393, 2010, p. 398.

41) Stephen M. Dorvee, “Electronic Discovery in Technology Litigation”, Practising Law Institute, 2003, p.432.

지 않다. 즉, 전자적 자료를 어떠한 형태로 상대방에게 제출할 것인가를 결정함에 있어서는 몇가지 고려사항[42]이 있기 때문이다. 첫째, 검색가능한 전자적 자료 형식인가 하는 점이다. TIFF 파일과 몇몇 형태의 PDF 파일은 검색가능하지 않으며, Native files, Databases, Text 등은 검색은 가능하지만 유효하게 검색할 수 있는 형식으로 전환되어지지 않을 수 있다는 점을 고려해야 한다. 둘째, 메타데이터가 그 증거를 개시하고자 하는 형식안에 포함되어질 것인가 하는 점이다. 메타데이터는 그 중요성이 점점 더 부각되면서 이를 삭제하고 개시하는 것은 부적법하다는 견해[43]와 면책특권자료가 노출될 가능성이 있기 때문에 이를 포함하는 것은 바람직하지 못하다는 견해[44]로 대립되어 있는 상태이다. 메타데이터가 출력되지 않는 한, TIFF와 PDF 파일 형식은 일반적으로 메타데이터를 포함하지 않는다는 점을 염두에 두어야 한다. 셋째, 비밀 데이터 또는 면책특권이 부여된 데이터를 누군가 편집할 수 있는가 하는 점이다. Native file 형식에 있어서는 파일을 바꾸지 않고 면책특권이 부여된 자료를 편집할 수는 없다. 특권이 부여된 데이터를 전자적으로 삭제한 경우 일정한 코드를 부여하는 것을 고려할 수 있다. 이에 덧붙여 Native file을 TIFF, PDF, 이미지 또는 종이로 전환할 수 있으며, 그리고 나서 그 데이터를 편집할 수는 있다. 넷째, 공개된 문서에 Bates Stamp를 찍을 수 있는가이다. 일반적으로 Native file 페이지 넘버링 시스템을 사용하지 않는 한 Native file 문서에 순차적으로 Bates Stamp를 찍을 수는 없다. 따라서 이와 같은 점들을 고려하여 전자정보를 어떠한 형식으로 개시할 것인가를 결정해야 하며, 일반적인 전자증거개시형식로는 Native File, Database, Spreadsheet, image(TIFF, PDF), Text, ASCII, 자동화된 소송지원형식(ALS), 온라인 전자적 자료(ESI) 보관 등이 있다.

---

42) Michael R. Arkfeld, op.cit.,p.59.

43) In re Verisign, Inc. v. Securities Litigation, 2004 WL 2445243(N.D.Cal,, 2004); Experian Information Solutions, Inc., v. I-Centrix, L.L.C., 2004 WL 2643459(N.D.III., 2004); Williams v. Sprint/United Management Co. 230 F.R.D.640(D.Kan, 2005) ; 김도훈, "증거개시절차상 메타데이터 취급에 관한 소고", 인터넷 법률 통권 제43호, 2008, 74면 참조.

44) Wyeth v. Impax Laboratories, Inc. 248 F.R.D.169(D.Del. 2006); Kentucky Speedway, L.L.C. v. National Association of Stock Car Racing, Inc, 2006 WL 5097354(E.D. Ky., 2006); Michigan First Credit Union v. Cumis Insurance Society, Inc., 2007 WL 4098213(E.D. Mich. 2007); 김도훈, "증거개시절차상 메타데이터 취급에 관한 소고", 인터넷 법률 통권 제43호, 2008, 73면 참조.

4. 우연한 공개가능성과 사생활 침해

증거개시가 광범위하게 인정되는 경우 과도한 문서의 공개는 종종 예상하지 못한 결과를 초래하기도 하였다. 즉, 개시 상대방에게 공개되어서는 안되는 혹은 당해 사건과 연관성이 없는 사적인 내용이 담겨있는 문서들이 공개됨으로 인해 예상치 못한 사생활 침해결과가 나타나거나 소송에 불리한 결과가 나타날 수도 있다. 이러한 우연한 공개에 따른 문제는 문서기반 증거개시에서도 가끔 나타난 것이기는 하지만, 전자정보 기반 증거개시에 있어서는 보다 심각한 문제를 야기하고 있다.

상대 당사자에게 전자적 자료(ESI)를 작성하여 제출한 후 그 내용중에 변호인과의 상담내용 내지 변호인의 업무문서(work product)와 같이 면책특권이 부여된 자료가 포함되어 있는 경우, 기업의 경우 고객의 신상정보 또는 영업비밀이 포함되어 있는 경우, 개인의 사생활이 담긴 이메일 등 프라이버시 자료가 포함되어 있는 경우에는 그로 인해 소송상의 불이익이 초래될 수 있고, 면책을 주장할 수 있는 기회를 상실할 우려도 있다. 또한 전자정보의 전문성으로 인해 해당 자료가 가진 특성을 정확히 이해하지 못하여 메타데이터를 포함한 원본 데이터를 개시함으로써 면책사유에 속하는 자료가 공개될 위험도 있다.

이와 같은 전자정보의 특성으로 인한 부주의한 공개가능성을 방지하기 위해서는 당사자가 해당 분야의 전문가를 활용할 필요성이 있지만 이로 인해 증거개시 비용이 증가하는 등의 추가적인 문제가 제기될 수도 있다.[45]

제4절 전자증거개시에 있어서 EDRM(전자증거개시 참조모델: Electronic Discovery Reference Model)의 활용

1. EDRM의 개요

EDRM은 2005년 5월에 만들어진 것으로, 미국 연방민사소송규칙에서 명시하

45) 김도훈, "미국 전자증거개시절차상 면책특권이 인정되는 자료의 부주의한 공개에 관한 연구", 법조 통권 제630호, 2009, 171-175면 참조.

고 있는 전자증거개시의 요구조건들을 효과적으로 준수하기 위한 절차를 표준화하고, 절차별 기능 및 명세를 작성한 것이다. 이는 여러 관련 단체들의 협의하에 개발되었기 때문에 공인된 전자증거개시에 대한 일반적인 표준으로 활용되고 있다.[46]

EDRM은 전자적 자료의 무결성을 보장하기 위해 관리, 분석에서부터 생산 및 공개에 이르는 전과정을 아우를 목적으로 개발된 프로토콜이다. 이 프로토콜은 법률가들의 엄격한 감독하에 IT 전문가들에 의해 이행되며, 만약 소송당사자가 EDRM 프로토콜을 수행하는 경우, 전자적 자료(ESI) 산출물에 대한 쟁점이 매우 간소화되고 불합리한 논쟁을 최소화할 수 있다[47]는 장점이 있다.

EDRM은 정보관리(Information Management)에서부터 법정에서 전자증거를 제시하는 공개(Presentation)단계까지 총 9단계로 구분되어진다.

2. 무결성 보장을 위한 E-Discovery 기록관리절차

가. 정보관리(Information Management)

정보관리는 전자증거개시절차의 시작이자 준비단계로, 전자적으로 생성 및 저장되는 정보환경하에서, 적절한 전자정보의 효율적 관리와 신속·정확한 전자적 자료의 산출을 목적으로 ESI의 관리/보존 정책을 통해 특정 전자적 자료를 유지하고 관리하는 단계를 말한다.

정보관리단계에 있어서는 다시 정보관리 참조모델(IMRM:The Information Management Refernce Model)이 제시되고 있는데, 이는 비즈니스, IT, Legal, RIM으로 구성되어 있다. 이 가운데 특히 Legal과 RIM은 전자정보를 현재의 업무와 관련된 가치 이외에 잠재적인 가치를 판단하여 보존하고, 법이나 제도 및 위험 관리 등의 측면에서 조직의 의무를 이행하고 수행하는 파트를 말한다. 즉, IT 인프라를 구축하여 전자적 자료(ESI)의 관리와 관련하여 준수해야 하는 법이

46) 김영수/홍도원, "E-Discovery 프로젝트: EDRM과 Sendonal Conference", 주간기술동향 1509호, 정보통신산업진흥원, 2011.8. 15면.

47) 한국 EMC 컨설팅, CEO E-Discovery를 고민하다, 2011, 33면.

나 규칙들을 분석하여 정보관리에 적합한 시스템을 갖추고자 하는 모델이라 할 수 있다.[48]

나. 전자적 자료의 식별(Identification)

식별과정은 보존의무가 있는 전자적 자료나 소송발생시 필요한 모든 관련 정보의 위치를 확인하는 단계로, 이를 통해 증거개시에 있어서 활용해야 하는 전자적 자료의 범위를 결정하게 된다. 식별과정에 있어서는 3가지 범위내에서 전자적 자료를 판단하여 식별한다. 첫째, 전자적 자료의 개별소유자 및 관리자 범위를 파악하는 것이 전자적 자료 식별을 위해 가장 중요하다. 즉, 데이터 관리자와 키플레이어들은 전자적 자료의 관리, 유지 및 엑서스 방법 및 소송의 요인을 파악하고 있기 때문이다. 둘째, 관련된 전자적 자료의 소재를 파악하는 것이다. 합리적 또는 잠재적인 소송에 관련된 내용으로 일반 PC 뿐만 아니라 모바일 장치의 텍스트, 주소록, 일정 등을 포함할 수 있다. 잠재적으로 대응할 가능성이 있는 전자적 자료의 위치, 활용성, 접근성, 형태 등을 식별할 필요가 있다. 셋째, 개시자료에 관계가 있는 시간의 범위로서 시작날짜와 종료날짜를 정의하는 것이 중요하다. 이는 정확한 산출이 어렵기는 하지만 식별에 있어서 매우 중요한 범위이다. 관련된 전자적 자료만을 산출하기 위해서는 날짜가 정확하다는 것을 확인해야 하며, MAC 시간이 확인되어야 한다면 포렌식 전문가의 지원이 있어야 한다. MAC 시간이나 MAC 데이터는 잘못 될 수도 있고, 이 때문에 상대방이 전자적 자료의 신빙성에 이의를 제기하거나 판사가 증거로 허용하지 않을 수 있으므로 컴퓨터 포렌식 기술을 활용하여 이를 정확히 해야 한다.[49]

한편, 최근 스마트 환경이 구축되고 소셜 네트워킹이 활성화되면서 웹 2.0은 E-Discovery 관점에서 매우 중요성을 갖게 되었다.[50] 이와 같은 인터넷 환경내에 존재하는 잠재적인 전자적 자료를 식별하기 위해서는 목록로그를 작성하고,

48) 김영수/홍도원, 앞의 논문, 17면.

49) 김영수/신상욱/홍도원, "전자적 자료(ESI) 관점에서의 E-Discovery", 주간기술동향 1463호, 2010, 20면.

50) J. Kleinberg, "The Convergence of Social and Technological Networks", Communications of the ACM, vol.51, no.11, 2008, pp.66-72.

정보의 흐름을 문서화하며, 소송자료보존(litigation-hold) 기간 동안 사용중인 소셜네트워크와 소셜 미디어 사이트와 플랫폼, 협업플랫폼에서 데이터가 보존, 검색 및 산출될 수 있다는 것을 보장하기 위한 단계들을 거쳐야 한다.[51]

다. 전자적 자료의 보존과 수집(Preservation and Collection)

증거개시를 위하여 산출할 필요가 있는 전자적 자료에 대해 식별과정을 거치고 나면, 이러한 전자적 자료가 우연히 또는 고의로 삭제 및 변경되지 않도록 보존과정을 거쳐야 하고, 해당 전자적 자료를 수집해야 한다. 이러한 전자적 자료의 보존과정에서 가장 중요한 것이 소송자료보존(litigation-hold) 이다. 소송자료보존은 일반적으로 소송이 합리적으로 예상될 때 소송과 관련한 모든 정보와 데이터들을 보존하도록 요구하는 조건으로, 소송전 증거개시절차에서 당해 데이터가 활용가능하도록 하기 위한 사전적 조치인 것이다. 이에 따라서 소송 또는 정부조사에 관련된 종이문서 또는 전자적 자료의 파괴를 방지하기 위해 기업은 적극적으로 보존유지행위를 해야 하고, 잠재적인 연관성이 있는 전자적 자료에 대하여 특정기간동안 안전하게 보존되었다는 것을 보장하고자 하는 것이다. 소송자료보존의 실패는 고의적인 증거훼손인 문서파기로 갈 가능성이 크고, 그에 대해서는 법률상 제재가 수반되기 때문에 매우 중요한 문제가 된다.

전자적 자료의 보존방법이나 보존매체의 선택은 관리자의 재량이지만 차후 전자적 자료가 합리적으로 접근가능할 수 있도록 유지해야 한다.[52]

그리고 이와 같이 전자적 자료를 식별하여 보존, 보존한 전자적 자료를 검토, 분석하기 위해 추출하는 과정이 수집절차인데, 이 단계에서는 증거원본에 대한 무결성보장을 위해 디지털 포렌식 관점에서 활용가능한 데이터 수집기법들이 주로 사용된다.[53]

51) 김영수/신상욱/홍도원, 앞의 논문, 21면.
52) 김영수/신상욱/홍도원, 앞의 논문, 22면.
53) 김영수/홍도원, 앞의 논문, 18면.

라. 전자적 자료의 처리, 검토, 분석(Processing, Review, Analysis)

보존 또는 수집된 전자적 자료는 처리(Processing), 검토(Review), 분석(Analysis)과정을 거친다. 먼저, 전자적 자료에 대한 효과적인 검토를 할 수 있는 형태의 포맷으로 변경하는 단계가 처리과정(Processing)이다. 처리과정은 다시 평가, 준비, 선택, 출력의 하위 프로세스로 분류되는데, 먼저 평가는 실제 Processing 작업 착수 전에 Processing의 최적화 가능성을 알아보기 위한 것이며, 준비는 특정항목 레벨에서 발생할 수 있는 데이터에 대한 활동(추출, 색인, 해싱)을 수행하는 것이며, 선택은 특정항목의 선택, 중복을 포함하여 검색 및 분석되는 방법을 선택하여 다음 단계인 변호사 리뷰 단계로 보낼 데이터를 식별하는 것이며, 마지막으로 출력은 출력데이터 샘플을 통해 전체 처리과정에서 일어나는 문제와 식별을 위한 마지막 수정과정이다.[54]

다음으로 전자적 자료의 검토(Review)는 전자적 자료에 대한 관련성 및 권한에 대해 검토하는 것이다. Review는 법률팀이 사건문제에 대한 이해와 사전지식을 얻고 시작할 수 있게 도와주며, 문서 수집에서 발견되는 정보의 유형을 토대로 법적인 전략을 개발할 수 있게 한다. 변호사는 리뷰를 지원하는 기술이 작업의 흐름을 방해하지 않고 적절히 지원하도록 하기 위해 계획과정 초기에 기술지원담당자를 식별하고 지정한다.[55]

마지막으로 전자적 자료의 분석은 수집된 문서를 보다 쉽게 추출하여 검토단계에서 생산성을 향상시킬 수 있도록 해당 사건과 관련된 주제나 주요패턴 등에 대한 문맥과 내용을 분석하는 것이다. 즉, 각각의 전자적 자료를 검토하여 비밀유지특권이 적용되는 문서를 선별해 내고, 사건의 주제와 중요문서 등에 대한 전자적 자료의 요약정보를 작성하는 과정이 분석과정이며, 검토와 분석은 상호보완적인 피드백 방식으로 이루어진다. 분석의 종류로는 키워드 검색과 문서 인덱싱들이 있다.[56]

---

54) 한국전자통신연구원, "E-Discovery 지원 기법에 관한 연구", 2010년 기술백서, 2011, 65-70면 참조.

55) 김영수/홍도원, "E-Discovery 프로젝트: EDRM과 Sedonal Conference", 주간기술동향, 정보통신산업진흥원, 2011.8. 19면.

56) 김영수/홍도원, 앞의 논문, 20면.

마. 전자적 자료의 생산, 공개(Production, Presentation)

전자적 자료의 생산은 전자적 자료에 포함되는 사용가능한 포맷생산을 하는 것이다. 즉, 전자증거개시의 최종단계로서 검토와 분석이 끝난 전자적 자료를 쌍방간에 협의된 포맷으로 산출하고 제출하게 되는 것이다.

소송당사자들은 전자증거개시 초기단계에서 협의하여 생산양식을 결정해야 한다. 그리고 이러한 합의를 이끌어 내거나 생산물을 요청하기 위한 양식이 어떤 것인지 알기 위해서는 생산물로 인정가능한 전자적 자료의 종류를 충분히 인지하고 있어야 하며, 전자적 자료의 성격이나 유형과 같은 요소들이 이 문제를 설명하기 위해 요구되는 지식을 개시하는데 있어서 어떤 영향력을 주는지 이해하고 있어야 한다.[57]

전자증거개시를 위한 전자적 자료의 생산양식은 4가지 유형으로 분류할 수 있다. 즉, 메타데이터가 손상되지 않은 상태로 본래의 포맷으로 산출되는 native, 파일 본래의 포맷에서 다른 검색가능한 포맷으로 변환된 near-native, 이미지 파일과 같이 검색이 불가능하도록 변환된 near-paper, 종이에 출력되거나 종이로 산출되는 hard-copy가 그것이다.[58]

이때 산출될 관련 전자적 자료는 남기고, 관련이 없거나 규칙 또는 법원의 명령에 의해 보호되는 모든 전자적 자료는 필터링된다.[59] 이와 같이 산출된 전자적 자료는 일정한 휴대매체에 저장되어 요청당사자에게 인계되거나 요청당사자가 전자적 자료를 활용할 수 있도록 서버와 같은 소송 서비스 플랫폼에 저장하여 인가된 사용자가 서버에 접근할 수 있도록 허용하는 방법으로 공개될 수도 있다. 특히 후자와 같은 공개방법을 사용하는 경우, 전자적 자료가 손상되거나 훼손되는 것을 방지하기 위해 체계적인 보안정책 및 프로토콜을 구현해야 하고, 액세스 활동을 추적할 수 있는 로깅 기능을 갖추어야 한다.

57) 김영수/홍도원, 앞의 논문, 21면.

58) 김영수/홍도원, "E-Discovery 프로젝트: EDRM과 Sedonal Conference", 주간기술동향, 정보통신산업진흥원, 2011.8. 21면.

59) 김영수/신상욱/홍도원, "전자적 자료(ESI) 관점에서의 E-Discovery", 포커스, 2010.9.8., 정보통신산업진흥원, 25면.

공개과정은 최종 산출한 전자적 자료를 증거로서 공개하기 위한 절차이며, 정보를 제공받는 당사자 - 판사, 배심원단, 반대측 소송당사자 - 의 특성을 고려하여 증거공개방법과 포맷을 결정하고 그들을 설득하는 과정이 포함된다.[60]

60) 김영수/홍도원, 앞의 논문, 21면.

제3장

주요 외국의 전자증거개시 (E-Discovery) 관련 입법 및 기술동향

03

주요 외국의 전자증거개시(E-Discovery) 관련 입법 및 기술동향

제1절 주요 외국의 전자증거개시(E-Discovery) 입법 동향

1. 미국

가. 연방민사소송규칙(The Federal Rules of Civil Procedure)의 개정 배경과 목적

2000년 이후 전자적 자료(ESI) 등장과 더불어 이의 특성을 전혀 반영하지 못한 기존의 증거개시절차의 흠결이 발생하면서, 각 주에서 개별적으로 전자적 자료와 관련하여 효율적인 증거개시절차에 관한 지침들을 마련하기 시작했다. 하지만 이러한 지침들은 개별적이고 강제적이 아니라 한계가 있었기 때문에 미연방민사소송규칙(F.R.C.P) 개정을 통해 근본적인 문제해결을 시도하게 되었다. 2004년 민사규칙자문위원회(Civil Rules Advisory Committee)의 증거개시 분과위원회에서 일련의 과정을 포함한 증거개시 관련 개정법안을 제출하였으며, 이 개

정안에 대한 공청회를 개최하여 의견을 수렴한 후, 사법위원회 승인을 얻어 미연방대법원이 검토후 공포하였으며, 최종적으로 2006년 12월 1일자로 발효되었다.

연방민사소송규칙의 개정 목적은 다섯가지이다. 첫째, 전자증거개시에 대한 빠른 대처를 도모하고, 둘째, 합리적 접근이 어려운 전자적 자료에 대한 증거개시의 개선책을 제공하고, 셋째, 전자적 자료(ESI)를 제출한 후에도 특권을 주장할 수 있는 절차를 마련하고, 넷째, 문서제출요청과 질문서 관련 규정을 전자적 자료에 적용하는 것을 명확히 하고 전자적 자료의 제출형태를 명확히 하고, 다섯째, 전자적 자료에 대한 증거개시와 관련하여 제재규정을 명확히 하고자 하는데 그 목적이 있었다.

나. 미 연방민사소송규칙상 전자증거개시의 대상과 방법

(1) 개시의무(Required Disclosures)

FRCP §26 (a)(1)(A)에 의한 증거개시 일반조항으로서 §26 (a)(1)(B)에 의해 면제되거나 또는 법원에 의해 명령되거나 달리 규정되어 있지 않는 한 당사자는 개시요청을 기다리지 말고 타방 당사자에게 증거를 제공해야 한다고 규정되어 있으며, 그 개시대상으로서 개시 당사자가 소유하거나 보관 또는 그 통제하에 있는 그리고 공격과 방어를 뒷받침하는데 사용될 수 있는 모든 문서, 전자적으로 저장된 문서, 유체물의 복사본 또는 그 목록과 소재를 규정하고 있다.[61] 즉, 전자적으로 저장된 문서(ESI) 역시 증거개시의무의 대상이 됨을 명확히 하고 있다.

(2) 증거개시를 위한 당사자간 협의 : 증거개시를 위한 계획

당사자는 소송계속 후 가급적 빠른 시일내에 의무적으로 사전준비 회합을 가져야 하고, 이 회합에서 소송과 증거개시 관련 전반적인 사항을 논의해야 한다.[62] 각 당사자는 사전준비 회합 후 14일 이내에 각 당사자가 공격과 방어에 사용할 수 있는 자료를 가지고 있을 것으로 판단되는 사람에 대한 사항, 전자적

61) FRCP §26(a)(1)(A)(ii)

62) FRCP §26(f)

자료와 유형물에 관한 사본 혹은 분류 목록 및 위치 등의 기본적 사항을 상대방에게 제출해야 한다.[63] 또한 증거개시제한 규정인 FRCP §26(1)(1)(B)와 §26(f)(3)은 명백하게 전자적 자료(ESI)가 어떠한 방식으로 생산되어야 하는지의 문제와 증거개시를 효율적으로 수행할 수 있는 방식에 대해 협의하도록 규정하고 있다. 이 의무에 위반하여 자기의 공격과 방어에 사용할 수 있는 자료를 제출하지 않은 당사자는 개시하지 않은 자료나 증인을 법정에서 증거로 사용할 수 없고, 법원은 필요에 따라 기타의 제재를 가할 수 있다.[64]

(3) 증거개시의 범위

당사자들은 소송당사자의 공격과 방어에 관련성이 있고, 특권·면책사유가 존재하지 않는 한 어떠한 사항에 대해서도 증거개시를 할 수 있다. 일반적인 증거개시의 범위는 FRCP §26(b)(1)에서 규정하고 있다. 이러한 자료의 내용은 특정한 책, 서류 혹은 유형물의 존재, 성격, 보관상태, 조건과 위치 그리고 증거개시 대상이 되는 자료에 대한 지식을 가지고 있는 사람의 신분과 소재지를 포함한다. 법원은 합리적인 이유가 있는 경우 소송과 실체적으로 관계된 문제에 대해 증거개시명령을 내릴 수 있다.[65] 증거개시의 대상인 전자문서는 소송과 관계가 있는 정보이면 충분하고 이것이 나중에 재판에서 증거로 채택될 필요는 없다.

(4) 증거개시의 제한

FRCP §26(b)(2)는 일반적인 증거개시의 제한에 관한 규정을 하고 있는데, 이에 의하면 법원은 명령으로 증거개시의 방법인 증언과 신문의 수와 내용의 길이를 제한할 수 있으며, §36하에서의 증거개시요청의 수를 제한할 수도 있다. 또한 동 규정은 특별히 전자문서의 증거개시의 제한에 관한 규정을 두고 있는데, 이는 전자문서 개시에 과도한 비용과 부담이 있을 경우 합리적인 이유를

63) FRCP §26(a)(1)
64) FRCP §37
65) FRCP §26(b)(1)

입증하여 증거개시를 하지 않을 수도 있다.[66] 위 규정의 입법이유는 증거개시의 대상인 전자문서를 발견, 복구, 생산하는 것이 상당히 어렵다는 현실을 반영한 것이다.[67]

(5) 합리적으로 접근할 수 없는 전자적 자료(ESI)에 대한 증거개시

FRCP §26(b)(2)(B)에 의하면 "당사자가 과도한 부담 또는 비용 때문에 합리적으로 접근할 수 없는 것으로 판단한 출처로부터는 전자적 자료에 대한 증거개시를 제공할 필요가 없다. 법원에 대한 증거개시신청이나 보호명령 신청이 있는 경우, 증거제출을 요청받은 당사자는 과도한 부담이나 비용 때문에 합리적으로 전자적 자료에 접근할 수 없음을 소명해야 한다. 이러한 입증에도 불구하고 증거제출 요청자가 정당한 사유를 입증할 때에는 법원은 §26(b)(2)(c)에 의거하여 증거제출시 비용과 효용을 고려하여 전자적 자료에 대한 증거개시를 명할 수 있다. 법원은 증거개시에 대한 조건을 명시할 수 있다"고 규정되어 있다. 전자적 자료의 재생, 소송관련성에 대한 심사, 특권 및 면책사유의 존부에 대한 심사에 시간과 비용이 과다하게 지출될 우려가 있고, 특히 특권 및 면책사유가 있는 전자적 자료가 의도되지 않은 방법으로 누출될 위험이 있기 때문에 합리적으로 접근할 수 없는 전자적 자료에 대해서는 증거개시의무가 없음이 추정되도록 한 것이다.

증거개시 요청을 받은 전자적 자료가 합리적으로 접근할 수 없는 것인가에 대한 법원의 판단시 가장 중요한 고려요소는 증거개시 요청의 한정성과 '합리적으로 접근가능한 자료'로부터 얻을 수 있는 자료의 양이다. 경우에 따라 법원은 자료의 샘플을 요청하는 방법으로 시험적 증거개시를 하기도 한다.[68]

(6) 증거개시 방법

전자적 자료는 그 저장방식 또는 매체에 따라 다양한 형태로 변환이 가능하기

66) FRCP §26(b)(2)(B)

67) 황경환, "미국 민사소송법상 전자문서의 증거개시제도의 연구", 한양법학 제22집, 2008, 481면.

68) FRCP §26(b)(2) advisory committee notes.

때문에 전자적 자료의 제출형태에 대해 미리 합의를 하거나 구체화해놓지 않을 경우 자료가 공개되었다 하더라도 이를 열람할 수 없는 경우가 발생할 수 있다.[69] 따라서 FRCP §26(f)는 소송초기 전자적 자료 유형과 제출형태에 대해 합의를 하도록 하고 있다.

FRCP §34(a)(1)(A)는 "소송당사자는 타방당사자에게 FRCP §26(b)의 범위내에서 그의 소유, 보관 혹은 통제범위내에 있는 전자문서의 제출을 요구할 수 있다"고 규정하고 있다. FRCP §34(b)(E)는 "특별히 규정 혹은 법원의 명령으로 다르게 규정되어 있지 않은 이상, 소송당사자는 전자문서를 업무의 정상적인 과정에서 보존되는 형태로 제출해야 하며, 제출요구자가 원하는 방법에 따라 전자문서를 조직해서 분류해야 하며, 제출요구자가 전자문서의 요구형태를 특정하지 않았을 경우에는 정상적이고 합리적으로 관리되고 사용될 수 있는 형태로 제출해야 한다"고 규정하고 있다.

하지만 제출을 요구받은 당사자는 요구받은 개시유형이나 제출형태를 근거로 이를 거절할 수도 있지만, 이 경우 자신이 제출하고자 하는 형태를 제시해야 한다. 전자적 자료에 대한 특정한 제출유형을 요구받지 않은 당사자는 원자료 형태로 제출하거나 원상태를 유지할 수 있는 형태 또는 합리적으로 사용할 수 있는 형태로 제출할 수 있다.

(7) 증거보존의무와 위반에 대한 제재

전자증거개시절차에 있어서 전자적 자료를 제출해야 하는 자는 전자문서에 대한 보존의무가 있다. FRCP §26(f)에 "소송당사자는 전자적 자료를 보존하기 위한 어떠한 문제에 대해서 토론하기 위해 협의를 해야 한다"고 규정하고 있고, "이러한 협의에 참가하는 사람들은 전자문서를 보존하기 위한 협의에 의해 이루어진 제안된 증거개시 계획을 신의성실에 따라 수행해야 할 책임이 있다"고 규정하고 있다. 여기서 신의성실(in good faith)에 따른 전자문서의 보존의무는 통상적인 컴퓨터 운용을 방해받을 정도가 되어서는 안되며, 증거개시의 필요성과 컴퓨터의 통상적인 운영의 절박성과 균형이 있어야 한다. 선의의 통상적인 운용

69) 김도훈, "전자증거개시에 관한 미연방민사소송규칙에 대한 소고", 인터넷법률, 2007, 148면.

여부에 대한 판단은 증거개시 또는 보존을 위한 법원의 명령이나 특정 전자적 자료의 보존을 위한 당사자의 합의를 준수함에 있어서 개시 당사자가 보존조치를 취했는가의 여부가 중요한 요소이다.[70] 다만 선의의 요건에 대한 해석상 개시 당사자가 이를 악용할 우려가 있기 때문에 선의의 통상적인 운용이었다는 입증책임은 개시요청을 받은 당사자가 부담해야 한다.[71]

한편 증거개시의 대상이 되는 전자적 자료를 보존해야 할 당사자가 이를 훼손하거나 파기한 경우 그 책임에 대한 제재를 부과할 수 있도록 되어 있다. 하지만 전자적 자료의 특성상 이와 같은 기존의 증거개시 원칙을 고수할 경우 증거를 개시해야 할 당사자로 하여금 지나친 부담을 부과하는 결과를 초래하기 때문에 FRCP는 전자적 자료의 보존의무위반에 대해서는 제재의 부과를 오히려 제한하고 있다. 즉, FRCP §37(f)는 개시당사자가 전자정보시스템의 일상적이고 신의성실에 입각한 작동이 이루어졌음에도 불구하고 자료가 훼손 및 삭제되어 당해 전자적 자료를 제출할 수 없게 된 경우, 법원의 제재를 받지 않도록 하는 면책규정을 두고 있다. 이에 대하여 법원은 추가로 증인을 요구하거나, 추가적인 질문서에 답하게 하거나, 삭제된 정보를 대신할 증거를 제출하게 할 수 있다.[72] 또한 처벌과는 별도로 법원은 일반적으로 현저한 부주의 또는 고의적인 위법행위를 통해 전자적 자료를 보존하지 못한 당사자에 대해 벌금을 부과할 수 있다.

2. 영국

가. 전자증거개시 현황

영국은 전자문서의 증거개시에 대한 새로운 요구사항을 구체화하기 위해 2005년 11월 영국 법원규칙을 개정하였다. 하지만 캐나다와 마찬가지로 E-Discovery

70) FRCP §37(f)의 개정에 대한 advisory committee notes.

71) 권종걸, "미국 연방민사소송규칙상의 전자적 자료의 증거개시에 관한 연구", 비교사법 제15권 4호, 2008, 504면.

72) FRCP §37(f)의 개정에 대한 advisory committee notes.

와 관련하여 영국내 소송은 거의 보고되지 않았으며, 이 분야에 있어서 법률체계는 미국의 경우 보다 덜 발전되어 있다. 영국에 있어서 전자증거개시에 대한 접근방법은 하드카피와 전자문서에 대한 일반적인 증거개시에 대한 태도에 의해 지지되고 있다. 결과적으로 영국과 미국에 있어서 가장 큰 개념적 차이는 바로 개시할 수 있는 증거의 범위에 있다고 할 것이다.[73]

1999년에 새로운 법원규칙이 도입된 이래 앞선 영국 판사들에 의해 상당부분 개정되었으며, 증거개시는 공개로 재명명되었고, 그 범위가 실질적으로 축소되었다. 사건에서의 쟁점에 영향을 미치지 않는 문서를 작성할 필요성이 사라짐에 따라 중립적인 배경을 가진 문서의 작성필요성도 사라지게 되었다. 대신에 공개하는 당사자는 현재 (i) 거기에 의존하고자 의도하는 (ii) 그 사건 또는 다른 당사자의 사건에 역으로 영향을 미치는 또는 다른 당사자의 사건을 뒷받침하는 그리고 (iii) 관련 실무방침에 의해 요구되는 그러한 경우 면책특권이 없는 문서를 산출하고 표준적인 공개를 행하도록 요구된다.

공개를 포함해서 모든 절차상의 조치들은 정의를 행하기 위한 법원의 최우선의 목표가 된다고 보고 있다. 그리고 무엇이 정의인가를 평가하는데 있어서 핵심요소들 가운데 하나로 비례성의 개념을 들고 있다. 수신당사자는 구체적인 증거개시명령을 신청할 수 있는 반면, 영국 법원은 보통 문서의 중요성, 논쟁에 있어서 요지, 산출의 용이성과 비용, 당사자들의 재정적인 상황 등에 관하여 그러한 명령이 비례적일 것을 요한다. 이는 실무상 영국의 법관들과 당사자들의 변호인들이 미국이나 캐나다 보다도 훨씬 전자적인 공개의 범위를 제한하는 경향이 있다는 것을 의미한다. 영국에 있어서 가장 표준적인 증거개시는 지정된 기간 동안에, 그리고 지정된 직원에 의해 작성된, 온라인 문서 또는 활성상태의 전자문서 그리고 종종 키워드검색에 의해 확인된 그러한 문서에 제한된다. 하지만 각 당사자는 전자문서에 대한 검색범위를 구체화하도록 요구받는다. 메타데이터, 임베디드 데이터 또는 삭제된 파일에 대한 검색은 표준적인 증거개시를 제공할

73) Gavin Foggo/Suzanne Grosso/Brett Harrison&Jose Victor Rodriguez-Barrera, “Comparing E-Discovery in the United States, Canada, the United Kingdom, and Mexico”, American Bar Association, Newsletter, vol.8, no.4, summer 2007, p.3. http://www.mcmillan.ca/Upload/Publication/BHarrison_ComparingE-Discoveryintheunitedstates.pdf. 2011.9.20일 방문.

때 비교적 드물게 행해진다.

구체적인 증거개시명령에 의거하여 청구할 때, 신청자는 보통 그 요청을 제한된 유형의 전자데이터에 초점을 맞출 필요가 있으며, 그러한 산출이 사건의 공정한 처리를 위해 절대적으로 필요하다는 것을 입증할 필요가 있다.

미국이나 캐나다와 마찬가지로, 영국에 있어서도 소송당사자들은 적어도 소송이 개시될 때 그리고 소송이 계획중일때부터 문서를 보존할 의무가 있다. 또한 소송당사자들은 전자적 자료의 증거개시와 관련하여 협조할 의무가 있다.

캐나다와 마찬가지로 영국은 소송비용을 패소자가 부담하는 제도가 있으며, 각 당사자는 자신의 증거개시를 제출하고 상대방이 개시한 증거를 검사하는데 있어서 자신의 비용을 지불하게 된다. 승소자는 일반적으로 증거개시와 검사비용을 포함한 전체 비용의 2/3 이상(상사사건의 경우)을 보상받게 된다. 비록 영국 법원이 비용의 지급판정과 관련하여 광범위한 재량을 보유하고 있지만, 영국에서는 증거개시비용의 이전명령이 흔하지는 않다. 지정된 전자적인 자료(접근할 수 없는 자료를 포함해서)를 공개하고, 증거개시 당사자의 산출비용의 전부 또는 일부를 수신당사자가 지불하도록 명령할 수 있다.

나. 영국 민사소송규칙상 전자증거개시 규정

영국은 민사소송규칙내에 전자증거개시에 관한 주요 규칙을 두고 있다. 즉, 영국은 민사소송규칙(the Civil Procedure Rules) Part 31. “문서의 공개와 검토(Disclosure and Inspection of Documents)” 하에서 증거개시와 관련한 제반 절차적인 규정들을 제시하고 있다. 다만 민사소송규칙 본규정내에 전자증거개시에 관한 구체적인 규정을 두고 있는 것이 아니라, 민사소송규칙 Part 31. 부속규정인 “실무지침(Practice Direction) 31B 전자문서의 공개(Disclosure of Electronic Documents)”에 규정되어 있다. 이 실무지침은 당사자들로 하여금 균형있고 비용효율적인 전자문서의 공개와 관련하여 합의에 이르도록 지원하는데 그 목적이 있다. 달리 법원의 명령이 없는 한 multi-track으로 배정된(또는 배정될 가능성이 있는) 절차에는 이 실무지침만을 적용한다.[74)]

이 실무지침은 전자문서의 증거개시를 고려할 때 당사자들과 그들의 변호인들

이 명심해야 할 일반원칙을 제시하고 있다. 첫째, 전자문서는 발생비용을 최소화하기 위하여 효과적으로 관리되어야 한다. 둘째, 문서관리활동이 효과적으로 그리고 효율적으로 행해지도록 하기 위한 기술이 사용되어야 한다. 셋째, 증거개시는 가장 중요한 목적을 실행하는 방식으로 주어져야 한다. 넷째, 전자문서는 그 문서를 제공받는 당사자가 증거개시를 제공하는 당사자와 동일하게 접근, 검색, 검토 그리고 디스플레이 할 수 있는 형태로 열람할 수 있도록 작성되어야 한다. 다섯째, 당해 절차에 관련이 없는 전자문서의 개시는 증거개시를 제공해야 하는 당사자에게 시간과 비용에 있어서 과도한 부담을 초래할 수 있다.[75]

이러한 일반원칙을 먼저 제시한 후 전자증거개시의 절차에 관하여 상세한 규정을 두고 있다. 간략하게 내용을 소개하면 다음과 같다.

1) 문서의 보존(Preservation of documents)[76]

소송이 예상되는 즉시 당사자의 법적 대리인들은 개시할 수 있는 문서를 보존할 필요성에 대하여 그들의 의뢰인에게 고지해야 한다.

2) 첫 번째 사례관리(Case Management) 이전의 당사자들간 기술과 증거개시 이용에 관한 논의[77]

당사자들과 그들의 법률대리인들은 개시되어야 할 문서의 목록 작성, 전자적인 형식의 문서에 관한 정보와 문서제공에 의한 증거개시, 법정에서 다른 자료와 문서의 제시를 위해서, 전자문서의 관리에 있어서 기술의 활용에 대하여 논의를 해야 한다. 또한 복잡한 사건인 경우에는 절차가 시작되기 전에 전자문서의 개시에 관하여 논의해야 하며, 그 논의에는 다음이 내용이 포함되어야 한다. ⅰ) 당사자의 통제내에 있는 전자문서의 유형 ii) 전자문서의 합리적인 검색범위

74) Practice Direction 31B-Disclosure of Electronic Documents, Para.1. “Purpose, scope and Interpretation”, http://www.justice.gov.uk/guidance/court-and-tribunals/courts/procedure-rules

75) Practice Direction 31B-Disclosure of Electronic Documents, Para.6. “General Principles”.

76) Practice Direction 31B-Disclosure of Electronic Documents, Para.7.

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

iii) 전자증거개시의 비용과 부담을 줄일 수 있는 도구와 기술 iv) 재판전 문서손실을 막기 위한 전자문서의 보존 v) 합의된 전자적인 형식의 문서에 관한 일자의 교환 vi) 열람에 제공될 전자문서의 형태 vii) 전자문서 제공비용 분담 viii) 중립적인 전자문서보관 서비스 이용의 적절성 여부 등이 그것이다.

3) 전자문서 조사표(The Electronic Documents Questionnaire)

절차상 전자문서의 개시에 관하여 가장 적절한 형식과 규모, 범위에 관한 정보를 상호제공하는데 있어서 전자문서 조사표를 교환하는 것이 도움이 될 수 있다.

4) 제1차 사례관리(Case Managment) 협의의 준비

제1차 사례관리 협의에 앞서 법원에 제출된 문서에는 당사자들이 전자증거개시에 관하여 합의한 문제와 합의하지 못한 문제에 대한 요약을 포함해야 한다.

5) 당사자들이 전자문서의 개시에 관하여 적절한 합의에 이를 수 없는 경우

전자증거개시에 관한 당사자들의 합의가 불충분하고 부적절하다고 법원이 판단하는 경우, 법원은 개시와 관련한 지침을 제공하며, 그 경우 법원은 14일 이내에 또는 법원이 지시한 기간 내에 전자문서 조사표의 전부 또는 일부를 당사들이 완성하여 교환하도록 명령하는 것을 고려한다.

6) 합리적인 검색

전자문서에 대한 검색의 합리성을 판단함에 있어서 관련될 수 있는 요소들로는 ⅰ) 관련된 문서의 개수 ii) 절차의 성질과 복잡성 iii) 특정문서의 복구의 용이성과 비용 iv) 문서의 활용가능성 또는 다른 소스로 부터의 문서내용의 활용가능성 v) 검색과정에서 밝혀질 가능성이 있는 문서의 중요성 등이 있다.

7) 키워드 검색과 다른 자동화된 검색

모든 문서에 대한 검토가 불합리한 경우, 검색의 방법으로 키워드 검색 또는

다른 자동화된 검색 방법을 사용하는 것이 합리적일 수 있다. 하지만 단순히 키워드 검색이나 다른 자동화된 검색방법만을 사용하는 것은 개시되어야 할 중요한 문서를 찾지 못하거나 과도한 분량의 무관한 문서를 찾아낼 가능성이 있다는 점에서 적절하지 않다. 따라서 키워드 검색 등을 보충할 수 있는 추가적인 기술의 활용을 고려해야 한다.

8) 메타데이터의 개시

개시된 문서의 추가적인 메타데이터 또는 포렌식 이미지 복제를 요청하는 당사자는, 요청된 메타데이터가 메타데이터를 작성하는 비용과 부담을 정당화할 수 있는 관련성과 중요성을 가지고 있음을 입증해야 한다.

9) 전자적 형태의 데이터 개시의 제공

달리 당사자간 합의나 법원의 지시가 없는 한, 당사자는 전자적 형태로 데이터 개시를 제공할 때, 하나의 연속적인 테이블 또는 스프레드 시트내에 일련번호, 날짜, 문서유형, 저자/송신자, 수신자와 같은 공개데이터의 유형 가운데 하나를 반드시 포함하는 별개의 컬럼을 설정해야 한다.

10) 개시된 문서의 전자적 복제본의 제공

만약 당사자가 개시대상 문서에 대한 전자적인 형태의 복제본을 제공하는 과정에서 해당 문서를 편집하거나 달리 수정하기를 원하는 경우에는, 타방 당사자에게 문서가 편집되거나 수정되었음을 고지해야만 한다. 문서를 편집하거나 수정한 당사자는 만약 요구가 있는 경우, 원본을 열람할 수 있도록 편집 내지 수정되지 않은 원본을 보존해야만 한다.

11) 전문화된 기술

만약 개시의 권한을 부여받은 당사자가 쉽게 이용할 수 없는 기술을 이용하여 전자문서에 접근해야 한다면, 그리고 그 당사자가 합리적으로 추가적인 열람기

능을 요구하는 경우, 증거를 개시하는 당사자는 열람을 제공하기에 적절한 추가적인 열람기능을 당사자가 이용할 수 있도록 협조해야만 한다.

3. 캐나다[78)]

가. 전자증거개시제도 시행 현황

다른 나라들과 마찬가지로 캐나다도 전자증거개시문제에 관하여 보고된 사건이 거의 없었기 때문에 전자증거개시에 관한 판례법이 그다지 발전하지 못하였다. 따라서 캐나다에서는 전자증거개시와 관련하여 지침을 제공할 수 있는 법률의 개정도 이루어지지 않았다. 하지만 세도나 협의회 실무그룹이 소집되어 전자증거개시에 관한 여론수렴을 위한 초안형태의 원칙(세도나 캐나다 원칙)을 출간하였다. 그리고 최근에 온타리오주의 증거개시 특별위원회 E-Discovery 소위원회에서 전자문서 증거개시에 대한 가이드라인과 전자증거개시 명령모델을 제시하였다. 즉, 캐나다의 경우 세도나 캐나다 원칙과 전자증거개시 가이드라인, 전자증거개시 명령 모델이 기존의 판례법과 결합되어 전자증거개시의 적용을 위한 실제적인 지침을 제공하고 있다.[79)]

캐나다의 경우 E-Discovery에 포함되는 문서형식은 미국 E-Discovery 규칙에서 제공되는 것과 거의 동일하다. 비록 세도나 캐나다 원칙안에는 특별히 언급되어 있지는 않지만, 최근 미국의 발전에 발맞추어 현재 메타데이터가 일반적으로 제출되어질 수 있도록 되어있다. 이는 메타데이터가 당해 사건과 관련이 없을 것이라는데 합의하지 않는 한, 단순히 당사자가 메타데이터를 보존하는 형식으로 전자문서를 제출하도록 하는 것이다.

미국의 경우와 마찬가지로, 캐나다에 있어서도 당사자들은 관련있는 전자문서

78) 캐나다에 있어서 대부분의 경우, 퀘벡주를 제외하고는 거의 모든 관할권에 있어서 매우 유사하지만 결코 획일적이지는 않은 주 민사절차규칙에 의해 규제된다.

79) Gavin Foggo/Suzanne Grosso/Brett Harrison&Jose Victor Rodriguez-Barrera, “Comparing E-Discovery in the United States, Canada, the United Kingdom, and Mexico”, American Bar Association, Newsletter, vol.8, no.4, summer 2007, p.3. http://www.mcmillan.ca/Upload/Publication/BHarrison_ComparingE-Discoveryintheunitedstates.pdf. 2011.9.20일 방문.

를 보존하기 위하여 합리적이고 선의의 조치를 취할 의무가 있다. 명령모델은 일부 또는 전체적인 문서파기와 문서의 대체, 테스팅, 제거, 덮어쓰기, 훼손, 소각, 재배치, 이관, 절도, 변형 뿐만 아니라 문서를 불완전하게 하거나 접근할 수 없도록 만드는 부주의 또는 고의적인 처리를 방지하기 위한 합리적인 조치를 취하는 것이 보존이라고 정의하고 있다.[80]

캐나다 판례법은 개시요청 당사자에게 하드웨어와 소프트웨어를 제공할 의무가 당사자들에게 있는가의 여부에 따라 나뉘어진다. 법원은 개시요청 당사자가 제출된 전자적 자료에 합리적으로 접근할 수 없는 경우 당사자로 하여금 그러한 전자적 자료에 접근이 가능하도록 조치를 취할 것을 대응 당사자에게 명령할 수 있다. 하지만 라이센스가 요청한 당사자에 의해 다른 곳에서도 얻어질 수 있다면, 소프트웨어 라이센스를 가진 복제본의 제공까지 포함하지는 않는다. 만약 요청당사자가 금지명령을 얻을 수 없다면 하드디스크 드라이브와 같은 하드웨어 매체를 제공하도록 요청하지는 않는다.[81]

증거개시비용은 미국과 유사한 방식으로 취급되고 있지만, 각 당사자가 자신의 전자문서를 수집·검토·작성하는 비용을 부담하기 때문에, 개시요청 당사자는 그러한 산출물의 복제비용을 부담한다. 즉, 캐나다의 비용제도는 패소자부담 시스템이라는 점에서 미국과 차이가 있다.

아직까지는 캐나다에 있어서 전자증거개시와 관련하여 어떠한 판례도 없지만, 제3자 증거개시에 관한 일반법이 적용될 가능성이 가장 크다. 캐나다에서는 어느 당사자도 다음의 경우에만 일반적으로 문서를 제출하도록 요구된다. 즉, 첫째, 그 문서가 소송에서 일방당사자로부터 얻을 수 없는 경우 둘째, 그 문서가 어느 당사자로부터 요청되었지만 그 문서를 산출하기를 거부한 경우 셋째, 요청당사자가 그 행위를 기소하거나 변호하는데 필수적인 문서라는 것을 입증할 수 있는 경우에만 문서제출이 요구되는 것이다.

비록 요청당사자가 통상 그러한 산출물을 만들어내는데 있어서 어느 당사자의 비용의 일부를 지불하도록 요청받을지라도, 일반적으로 산출과 결합된 실제비용

80) Gavin Foggo/Suzanne Grosso/Brett Harrison&Jose Victor Rodriguez-Barrera, ibid, pp.3-4.

81) ibid.p.4.

보다 훨씬 적다. 캐나다 법원은 문서파기에 대한 주장의 결과로서 제재를 허가하는 경향이 덜하다. 법원의 판단은 별개의 문서파기 불법행위가 존재하는가의 여부에 따라 나뉘어지며, 심지어는 증거개시에 관련된 쟁점들에 대하여도 거의 제재를 허용하지 않는다. 제재가 허용되는 경우는 일반적으로 미연방법원에 의해 허용되는 경우와 유사하다. 세도나 캐나다 원칙들은 세도나 미연방 원칙들에서 발견되지 않은 피난조항(safe harbour provision)을 규정하고 있다. 이 규정은 당사자가 그러한 보존의 실패가 고의적이거나 부주의한 것이 아니었다는 것을 입증하는 경우 제재를 피할 수 있도록 규정하고 있다.[82]

나. 온타리오주 전자문서 개시에 관한 가이드라인

온타리오주 증거개시절차에 관한 특별위원회는 전자문서의 개시를 다루기 위한 모범실무 매뉴얼의 개발을 제안했다. 이 가이드라인은 그 제안에 대응하여 제시된 것이다. 이 가이드라인의 전제는, 기존의 규칙들이 이미 당사자들이 전자증거개시에 관한 문제들을 취급하는 요건들에 대한 법적인 토대를 제공하고 있지만,[83] 이러한 규칙들과 판례법들은 오늘날 그러한 요건들을 이행하는 방법에 대하여 당사자들에게 명확한 지침을 제공하지 못하고 있다는데 있다. 이 가이드라인은 전자증거개시를 어떻게 할 것인가를 다루기 위한 적절한 틀을 제공하고자 하는데 목적이 있다. 또한 이 지침은 개시에 있어서 불필요한 비용과 지체를 최소화하기 위하여 전자적인 도구를 이용하는 몇몇 제안들을 포함하고 있다. 전자증거개시의 명백한 복잡성에도 불구하고 기술은 점차 진보된 복구, 검토, 전자적인 문서작성방법을 제공하고 있다. 많은 경우에 있어서 이는 문서기반 증거개시 방법과 비교할 때 비용과 시간을 상당히 절약할 수 있게 해준다.[84]

82) Gavin Foggo/Suzanne Grosso/Brett Harrison&Jose Victor Rodriguez-Barrera, ibid, p.4.

83) Rules of Civil Procedure, Rule 1.03.

84) Task Force on the Discovery Process in Ontario, Guidelines For the Discovery of Electronic Documents in Ontario, November, 2005.

1) 전자문서의 증거개시[85]

○ 제1원칙 : 관련 데이터와 정보를 포함하고 있는 전자문서는 제30조에 의거하여 공개될 수 있다. 당사자들은 소송에 관련되어 있다고 합리적으로 예측할 수 있는 정보와 데이터를 포함하는 전자문서를 보존하고 찾기 위한 합리적인 조치를 취해야 한다. 더 나아가 당사자들은 다른 당사자가 보유하고 있을 수 있는 관련 전자문서가 무엇이며, 그들이 소송과정에서 제출을 목적으로 하여 보존하도록 요청할 수 있다는 것을 고려해야 한다.

○ 제2원칙 : 전자증거개시와 관련한 당사자들의 의무는 균형을 이루어야 하며, ⅰ) 당사자들에게 부과될 수 있는 비용, 부담 그리고 지체, ⅱ) 소송의 성격과 범위, 쟁점의 중요성, 관련된 분량, ⅲ) 이용가능한 전자문서의 관련성, 주어진 사건에 있어서 법원의 판결에의 중요성 등에 따라 차이가 있을 수 있다.

○ 제3원칙 : 대부분의 사건에 있어서, 전자문서의 주요 소스는 당사자들의 활성데이터가 되며, 장차 업무에 이용될 것으로 예측되는 방식으로 저장되어 있는 다른 모든 정보이며, 이는 효율적인 검색과 복구를 허용한다.

○ 제4원칙 : 대응 당사자는 입증된 필요성과 관련성을 토대로 한 합의나 법원의 명령이 없는 한, 분산되었거나 덮어쓰여진 파일과 같은 삭제 데이터, 은닉 데이터, 잔여데이터들이 존재하는 문서를 검색, 검토, 산출하도록 요구해서는 안된다.

2) 전자문서의 보존[86]

○ 제5원칙 : 소송이 예측되거나 임박하자마자 당사자들은 즉시 관련된 전자문서를 보존하기 위한 합리적이고 선의의 조치를 취해야 한다. 그러나 당사자가 잠재적으로 관련성이 있는 모든 문서를 보존하기 위한 모든 가능한 조치를 취하도록 기대하는 것은 비합리적이다.

85) Task Force on the Discovery Process in Ontario, ibid., pp.8-10 참조.

86) Task Force on the Discovery Process in Ontario, ibid., pp11-12 참조.

○ 제6원칙 : 전자문서는 통상의 과정에서 사라질 수 있기 때문에, 가능한 절차 초기에 전자문서 보존에 관하여 서로에게 고지해야 한다.
○ 제7원칙 : 당사자들은 가능한 한 빨리 메타데이터를 보존하거나 산출할 필요성에 대해 논의해야 한다. 만약 당사자가 메타데이터가 관련이 있다고 고려하는 경우에는 즉시 다른 당사자에게 고지해야만 한다.

3) 변호인간 증거개시전 논의 : 전자증거개시의무의 범위의 제한[87]

○ 제8원칙 : 변호인은 전자문서의 위치, 보존, 검토, 그리고 산출에 관하여 가능한 한 실행가능하게 그리고 지속적인 토대위에서 만나서 협의해야 하며, 전자증거개시와 관련한 각 당사자들의 권리와 의무에 대한 범위와 그것들을 다루기 위한 절차에 관하여 합의를 추구해야만 한다.
○ 제9원칙 : 전자증거개시의 범위는 증거개시에 관한 구두조사를 실시하기 전에 당사자들과 변호인에 의해 제한되어야 한다. 이는 만약 전자문서에 대한 당사자의 보존요청, 그리고 변호인들간의 증거개시전 회의가 무엇이 요청되고, 무엇이 산출되어지며, 무엇이 산출되지 않는가, 그리고 거부의 이유를 확인함에 있어서 가능한 한 구체적일수록 범위의 제한이 가장 잘 이루어질 수 있다.
○ 제10원칙 : 당사자는 관련데이터나 정보를 포함할 가능성이 있는 문서를 확인하는데 있어서 데이터 샘플링, 검색, 또는 선정기준의 이용과 같은 전자적인 도구와 절차를 이용함으로써 선의로 관련 전자문서를 산출할 의무를 충족할 수 있다.

4) 전자문서의 산출[88]

○ 제11원칙 : 당사자들은 소송절차 초기에 전자문서가 산출되어질 형태에 대하여 합의해야 한다. 그러한 문서는 i) 보다 완벽한 관련정보를 제공하는 경우 ii) 소송절차에 있어서 그 문서를 검토, 검색 또는 다른 방법으로 문

87) Task Force on the Discovery Process in Ontario, ibid., pp.12-15 참조.
88) Task Force on the Discovery Process in Ontario, ibid., p.15.

서내 정보에의 접근을 용이하게 하는 경우 iii) 산출 당사자에게 비용을 최소화하는 경우 iv) 데이터의 무결성과 안전성을 보존하는 경우에는 전자적인 형태로 산출되어질 수 있다.

5) 특권[89]

○ 제12원칙 : 증거개시절차과정이 적절한 경우, 당사자들은 전자문서의 산출에 대한 다른 이의제기와 특권보호를 위한 대처방안에 대해 합의해야 한다.

6) 비용[90]

○ 제13원칙 : 일반적으로 종이문서의 산출에 관한 규칙에 따라서 그 절차의 마지막 처분이 있을때까지 전자문서의 보존, 복구, 검토, 산출에 대한 잠정적인 비용은 그것을 작성하는 당사자에 의해 부담되어질 것이다. 마찬가지로 다른 당사자는 자신이 사용하기 위해 요청한 결과산출물에 대한 복제본을 작성하는데 소요된 비용을 부담하도록 요구받는다. 그러나 특별한 정황에 있어서는 합의나 법원의 명령에 의해 당사자들로 하여금 잠정적인 근거하에서 비용에 대한 차별적인 할당을 하도록 하는 것이 적절할 수 있다.

제2절 세도나 원칙(Sedona Principle)과 전자증거개시

세도나 회의(Sedona Conference)는 1997년 Richard G. Braman에 의해 설립된 Conference로 법률의 연구와 정책에 초점을 맞춘 비영리기구이다.[91] 세도나 회의는 전자증거개시에 관한 법적 쟁점에 대하여 미국 뿐만 아니라 전세계에 중요한 논의의 장을 제공하고 있다. 세도나 회의는 전자증거개시에 연관된 소송관계인 뿐 아니라 전자소송관련 업계의 사람들에게도 중요한 자료를 제공하고 있다.

89) Task Force on the Discovery Process in Ontario, ibid., p.16.

90) Task Force on the Discovery Process in Ontario, ibid., pp.16-17 참조.

91) http://www.thesedonaconference.org/

1. 세도나 회의

세도나 회의는 반독점법, 특허와 저작권, 복합소송(complex litigation)의 이슈를 다루는 7개 실무그룹으로 나누어지며, 변호사, 법학자, 자문위원 등으로 구성되어 있다. 세도나 회의의 7개 실무 그룹 가운데 전자증거개시와 관련한 실무그룹은 WG 1와 WG 6이다. WG 1은 전자문서의 생산 및 보관을 다루는 실무그룹으로, 전자증거개시에서의 전자정보 관리, 소송자료 보호, 증거제출관련 쟁점을 다루고 가이드라인과 원칙을 제정한다. WG 6는 전자적 자료(ESI) 관리와 전자증거개시에서 발생할 수 있는 문제를 해결하기 위해 모범사례를 개발하고, 증거개시에 관한 국내 및 국제법률과 정책에 대해 연구한다.[92] 따라서 아래에서는 WG1과 WG6에서 전자증거개시와 관련하여 제시하고 있는 원칙과 가이드라인에 대하여 간략히 살펴보고자 한다.

2. 전자증거개시에 관한 세도나 원칙[93]

가. 세도나 원칙의 제정 배경

2006년 전자증거개시에 관한 미 연방민사소송규칙 개정 법률이 채택된 이후 남겨진 문제는 전자증거개시에 관한 모범실무(best practice)를 활성화시키는 것이었다. 2006년 개정법률은 다년간 제기되어 왔던 전자증거개시에 관한 수많은 혁신적인 절차상의 해법을 제공했지만, 한편으로는 다른 많은 쟁점들에 대해서는 해결하지 못한 채 남겨두었다.[94] 세도나 원칙은 개정법률에 의해 초래된 변화들을 수용하면서 동시에 법률에 의해 해결되지 못한 채 남겨져 있는 갭을 메우는데 유용하다고 할 수 있다.

92) http://www.thesedonaconference.org/; 김성수/홍도원, "E-Discovery 프로젝트:EDRM과 Sedona Conference", 주간기술동향, 정보통신산업진흥원, 2011.8.19.

93) The Sedona Guidelines : Best Practice Guidelines and Commentary for Managing Information and Records in the Electronic Age, 2005.

94) Thomas Y.Allman, "The Sedonal Principles(Second Ed.): Accommodating the 2006 E-Discovery Amendments", The Federal Courts Law Review, Vol.3, Issue 1, 2009, p.64.

전자증거개시와 관련한 세도나 원칙은 14개의 모범실무 권고안으로 구성되어 있다. 이는 2002년에 개최된 전자문서작성에 관한 세도나회의 실무그룹 첫 번째 회의결과에서 나온 것으로, 2004년에 제1판이 나왔고 2005년 7월 업데이트 되었다. 하지만 이 모범실무 권고안은 어디에도 포함되지 않았던 주제들을 다루고 있었으며, 기존의 판례법과는 다른 조심스런 균형적인 입장을 제공했기 때문에 발간된 첫해부터 실제 사용되어 왔다.

2006년 미연방민사소송규칙이 전자증거개시에 관한 규정들을 도입하자 같은해 세도나 실무그룹 연례회의에서 세도나 원칙을 개정법률과 조화되도록 수정하는 데 대해 논의한 결과, 4개의 원칙에 대하여 수정이 이루어졌다.[95]

나. 세도나 원칙의 구체적인 내용

1) 세도나 원칙(Second Ed. 2007)[96]

○ 제1원칙 : 전자적 자료(ESI)는 잠재적으로 연방민사소송규칙 제34조 또는 그에 상응하는 주법 하에서 공개될 수 있다. 기관들은 소송에 관련이 있을 것으로 합리적으로 예상될 수 있는 전자적 자료를 적절히 보존해야만 한다.

○ 제2원칙 : 비용과 부담 그리고 전자적 자료의 필요성을 견주어 볼 때, 법원과 당사자들은 연방민사소송규칙 제26(b)(2)(C)조, 그리고 그에 상응하는 주법하에서 구체화된 비례성원칙을 적용해야 한다. 이는 소송의 본질과 논쟁의 요지와 마찬가지로 전자적 자료를 보존하고 검토하고, 작성하는 현실적인 비용과 기술적인 실행가능성에 대한 고려를 요한다.

○ 제3원칙 : 이러한 문제들이 소송에서 쟁점이 될 때, 당사자들은 증거개시 초기에 전자적 자료의 보존과 작성에 관하여 협의해야 하며, 각 당사자의 권리와 책임의 범위에 대한 합의를 모색해야 한다.

○ 제4원칙 : 증거개시요청은 가능한 명확히 해야 하며, 증거개시에 대한 대응과 반대는 그 작성의 범위와 제한을 공개해야 한다.

95) Thomas Y.Allman, ibid, p. 65.

96) Thomas Y. Allman, ibid., pp. 77-78.

○ 제5원칙 : 전자적 자료의 보존의무는 계류중인 소송 또는 임박한 소송에 관련이 있을 수 있는 정보를 유지하는데 있어서 합리적이고 선의에 의한 노력을 요한다. 그러나 당사자로 하여금 모든 잠재적 관련성이 있는 전자적 자료를 보존하기 위한 모든 가능한 조치를 하도록 기대하는 것은 합리적이지 않다.

○ 제6원칙 : 대응 당사자들은 자신의 전자적 자료를 보존하고 작성하기에 적절한 절차와 방법 그리고 기술을 평가하는데 최상의 입지에 있다.

○ 제7원칙 : 요청 당사자는 관련 전자적 자료를 보존하고 작성하는데 대한 대응 당사자의 조치가 부적절했다는 입증을 하도록 강제하는 신청에 대한 부담을 갖는다.

○ 제8원칙 : 전자적 자료의 작성을 위한 우선적인 소스는 활성데이터와 정보가 되어야 한다. 합리적으로 접근할 수 없는 전자적 자료의 재해복구 백업테이프와 다른 소스로부터 전자적 자료의 작성을 기대하는 경우, 업무방해와 정보관리활동을 포함해서 그러한 소스로부터 전자적 자료를 복구하고 처리하는 비용과 부담을 능가하는 개시의 필요성과 관련성을 요청당사자가 입증하도록 요구한다.

○ 제9원칙 : 특별한 개시의 필요성과 관련성의 입증이 없는 한, 대응 당사자로 하여금 삭제·은폐·분산 또는 잔여의 전자적 자료를 보존·검토·산출하도록 요구해서는 안된다

○ 제10원칙 : 대응 당사자는 전자적 자료의 작성에 대한 특권과 이의제기를 보호하기 위한 합리적인 절차를 따라야 한다.

○ 제11원칙 : 대응 당사자는 합리적으로 대응정보(responsive information)를 포함할 가능성이 있는 데이터를 확인하기 위한 전자적인 도구와 절차, 예를 들어 데이터 샘플링, 검색 또는 선정기준의 이용 등을 활용함으로써, 대응 전자적 자료(ESI)를 잠재적으로 보존하고 산출할 의무를 선의로 충족할 수 있다.

○ 제12원칙 : 산출물(production)의 형식이나 형태를 구체화하는 법원의 명령이나 당사자의 합의가 없다면, 산출물은 정보가 통상적으로 유지되거나 합리적으로 이용가능한 형태의 형식으로 만들어져야 한다. 합리적으로 접근

가능한 메타데이터 작성의 필요성에 대한 고려는, 그 사건에 있어서 개시의 필요성과 정보의 본질에 비추어 적절하거나 필수적인 경우 수령 당사자로 하여금 산출 당사자와 동일한 정보에의 접근·검색·디스플레이 능력을 갖도록 해야 한다.

○ 제13원칙 : 구체적인 이의제기, 당사자의 합의 또는 법원의 명령이 없는 한, 산출을 위해 전자적 자료(ESI)를 복구하고 검토하는 합리적인 비용은, 만약 찾고자 하는 정보가 통상적인 업무과정에서 대응당사자가 합리적으로 이용 가능한 것인 한, 대응당사자가 부담해야 한다. 만약 찾고자 하는 정보가 통상적인 업무과정에서 대응 당사자에게 합리적으로 이용가능하지 않다면, 특별한 정황이 없는 한 그러한 정보를 복구하고 검토하는 비용은 요청 당사자에게 일반적으로 이전될 수 있다.

○ 제14원칙 : 문서파기 판결을 포함해서, 제재는 오로지 보존의무가 명확하고, 관련 전자적 자료를 보존하고 산출하지 못한데 대한 책임, 그리고 그러한 증거의 손실이 반대 당사자에게 실질적으로 악영향을 미칠 합리적인 개연성이 있는 경우에만 법원에 의해 고려되어야 한다.

2) 세도나 원칙 개정의 주요내용

가) 보존의무(Preservation Obligation)

미 연방민사소송규칙(FRCP) §34 혹은 그와 동등한 주법의 규정에 따라 전자적 자료와 전자문서들은 소송절차에서 잠재적으로 증거로서 개시될 수 있다. 따라서 소송이 제기될 것이라고 합리적으로 기대하는 경우에는 그러한 자료와 문서들을 적절하게 보존해야만 한다. 적절한 문서관리 혹은 기록관리정책들은 소송에서 종이와 전자기록의 형식 양자를 증거로서 현출할 수 있다는 것을 설명할 수 있어야 한다.

하지만 보존의무의 내용이 무엇인가에 대해서는 FRCP §26(b)(2)(B)와 §37에 관한 민사규칙 자문위원회 주석안에 기술되어 있으며, 이를 토대로 세도나 제5원칙과 관련한 주석에 대해 광범위한 수정이 행해졌다.

전자증거의 보존의무와 관련한 세도나 원칙은 제1, 3, 5, 6. 9원칙인데, 이 가

운데 제5원칙은 현재 9개의 모범실무(best practice)로 구성되었으며, 판례[97]를 통해 제5원칙이 유용한 지침을 제공하고 있는 것으로 인정되고 있다. 보존의무와 관련하여 핵심논점 가운데 하나가 백업매체에 대한 취급인데, 제5원칙에 근거하여 법원들은 모든 저장매체[98] 또는 모든 문서[99]에 대한 보존이 요구되지는 않는다고 판결하였다.

세도나 실무그룹 1(WG 1)은 합리적으로 접근할 수 없는 전자적 자료(ESI)의 보존과 확인에 관한 세도나 회의의 주석 초안을 만들고 있는데, 여기에는 전통적인 그리고 최첨단의 접근가능하지 않은 정보의 소스에 수반하는 보존의 문제를 포함하게 될 것이다.[100]

나) 2중(two-tiered)의 증거개시

개정법률의 주요한 혁신 가운데 하나는 §26(b)(2)(B)조에 의해 추가된 개시의 제한이다. 그에 의하면 당사자는 부당한 부담이나 비용 때문에 합리적으로 접근할 수 없는 것으로 확인된 출처로 부터는 전자적 자료의 증거개시를 제공할 필요가 없다고 되어 있다. 이와 관련하여 세도나회의는 제2, 4, 8, 9원칙을 제시하고 있다. 이 가운데 제8원칙은 합리적으로 접근이 가능하지 않은 소스에 대한 참조사항을 추가하기 위해 수정되었다. 제8원칙은 당사자가 처리하는 증거개시에 무엇에 포함되는 것이 적절한가를 정의함으로써 이중의 접근방법에 있어서 접근가능성의 특성을 이해하는데 보다 실질적인 방법을 제공한다. 더욱이 제8원칙내의 공식은 민사소송규칙 §26(b)(2)(B)조 규정하에 존재하는 충분한 선의가 존재하는가의 여부를 판단할 때 유용하다.

제8원칙에 대한 주석 8a에 있어서는 접근가능하지 않은 소스에의 재분류는 단지 선의가 존재하는 경우에만 행해져야 하고, 제2원칙의 기준인 비례성과 균형

97) Miller v. Holzmann, No.95-01231(RCL/JMF), 2007 WL 172327(D.D.C. Jan. 17, 2007)

98) Zubulake v. UBS Warburg, LLC, 220 F.R.D. 212, 217(S.D.N.Y. 2003)

99) Consolidated Aluminum Corp. v. Alcoa, Inc., 244 F.R.D.335(M.D.La.2006)

100) Thomas Y.Allman, “The Sedona Principles(Second Ed.): Accomodating the 2006 E-Discovery Amendments”, The Federal Courts Law Review Vol.3., Issue.1., 2009, p.68; The Current draft(Oct.2007) was discussed at the WG1 Annual Meeting held in Hilton, South Carolina, and is available as a “Members Only” resource.

성에 따라야 한다고 기술하고 있다. 또한 주석 8b는 증거개시요청에 대한 대응을 회피하고자 정보를 접근가능하지 않은 것으로 의도적으로 만들어서는 안된다고 경고하고 있다.[101]

다) 변론전 회합

당사자들은 증거개시절차 초기에 소송에서 전자자료와 전자문서의 보존과 제출에 관한 문제가 쟁점이 될 것으로 인식한 경우, 각 당사자의 권리와 책임범위에 관하여 합의하기 위하여 회의를 거쳐야 한다. FRCP §26(f)는 당사자들은 소송절차에서 일찍 증거개시 계획을 세워서 협의할 것을 요구하고 있다. 몇몇 연방지방법원은 변론전 회합에 전자증거개시와 관련된 쟁점을 포함시키고 이를 반드시 거치도록 하고 있다. 이 회의에는 안건으로 어느 컴퓨터 시스템이 증거개시와 증거보존의 대상되어야 하는지를 포함하여야 하고, 관련성 있는 전자문서를 갖고 있을 것으로 기대되는 사람의 인적사항 및 보존기간 등도 포함해야 한다.

라) 관련성 있는 정보

전자적 자료와 전자문서를 보존해야 할 의무는 계속중인 소송 혹은 소제기가 될 것으로 믿는 경우에, 합리적이고 선의로서 그러한 정보들을 다루도록 요구하고 있다. 그러나 당사자들로 하여금 잠재적으로 소송과 관련성이 있는 모든 데이터들을 보존하도록 조치를 취하라고 요구하는 것은 합리적이지 못하다. 관련성 있는 증거들을 보존해야 할 의무는 오로지 관련성 있는 정보를 제출해야 할 당사자가 그러한 정보들을 관리하기 위하여 합리적인 노력을 기울일 것을 요구하고 있다. 그러나 이러한 의무도 특정단체나 기업의 이익을 위하여 전자정보를 계속적으로 관리해야 할 당사자에 대해서는 개시의 필요성과 정보관리의 이익 내지 권리간에 균형을 유지해야 한다.

마) 증거수집, 검토, 처리

전자적 자료(ESI)를 수집・검토・처리하기 위해 이용되는 절차가 증거개시에

101) Thomas Y.Allman, ibid., p.69-70.

있어서 가장 중요한 부분이지만, 연방규칙에 의해 규제되지는 않고 있어서 세도나원칙 제6, 10, 11원칙이 이 문제를 직접적으로 다루고 있다.

증거제출에 응해야 하는 당사자는 자신이 소유하고 있는 전자정보와 문서의 적절한 보존과 제출에 필요한 절차, 방법, 기술들을 평가하는데 가장 적합한 사람이라 할 것이다. 하지만 전자정보에 수반되는 복잡성은 복잡한 검색전략을 개발하도록 만든다. 제11원칙의 주석 11(a)에 의하면, 전자증거개시의 경우 엄청난 분량의 정보가 수반되기 때문에 필요하지 않다면, 관련정보를 검색·복구·작성하는데 도움이 되는 기술도구를 사용하는 것이 권장된다는 점을 지적하고 있다.[102] 다만 증거수집의 범위는 비용과 부담이라는 측면에서 과도하게 불합리하지 않아야 하고, 드러난 쟁점을 공정하게 정의해야 한다.

바) 비용 이전

법원들은 증거개시의 혜택과 부담간의 균형이 불확실한 경우, 법원에 의해 명령된 증거개시를 조정하기 위한 미묘한 도구로서 비용이전을 유효하게 채용한다.[103] 민사소송규칙 자문위원회는 법원이 접근과 작성이 요구되는 정보의 양, 유형, 출처를 제한하는 명령을 할 수 있다고 인정하고 있다.[104]

이와 관련하여 세도나 원칙 제13원칙은 합리적으로 활용할 수 없는 정보를 복구하거나 검토하는 비용을 개시요청 당사자에게 이전하거나 그 부담을 분담할 수 있다고 수정되었다. 하지만 이러한 세도나원칙의 접근방법과 판례법의 접근방법 간에는 차이가 있다. 즉, 판례법은 비용이전 가능성을 정보의 접근가능성과 결합시키지는 않지만, 특히 엄청난 분량이 당해 문제에 부적절한 비용을 야기하는 경우에는 수반되는 비용 또는 부담에 대하여 평가를 개시한다.[105]

102) Thomas Y.Allman, ibid., p.71.

103) Panel Discussion, “Managing Electronic Discovery : View from the Judges”, 76 Fordham Law Review 1.(Oct.2007), ; Thomas Y.Allman, ibid., p.71에서 재인용.

104) The Committee Note to Rule 26(b)(2)(B).

105) Beskoff v. Faber, 240 F.R.D.26, 31(D.D.C.2007).

사) 작성형식과 메타데이터

미 연방민사소송규칙 §34는 법원의 명령 또는 당사자간의 특약(contrary agreement)이 없다면, 합리적으로 이용가능한 형식으로 또는 통상적으로 유지되는 형태로 정보가 제출될 수 있다는 점을 인정하고 있다. 이와 같은 증거개시의 형식과 관련하여 세도나원칙은 보다 복잡한 접근방법을 취하고 있는데, 제9원칙과 제12원칙이 그 내용을 규정하고 있다. 이 가운데 제12원칙에 대한 수정이 신중한 토론을 거쳐 행해졌는데, 본래 제12원칙은 법원의 명령이나 명확한 합의가 없으면 메타데이터를 작성하도록 요구받지 않는다고 하는 개정법률을 인용했다. 하지만 논의를 거쳐 본래 형태의 데이터 즉, 메타데이터를 포함하는 데이터 형태로 제출하는 방향으로 개정되었다. 따라서 메타데이터의 작성과 관련한 문제에 관하여 초기에 당사자간 합의 내지 법원명령 등에 의해 해결되지 않는 경우에는 선의, 특별한 필요성 그리고 관련성이 입증되어야 한다.[106]

3) 전자증거개시 관련 세도나 회의의 가이드라인

가) 전자적 자료(ESI) 보존, 관리 및 식별 가이드라인

전자적 자료의 식별과 보존의무에 대해 6개의 가이드라인[107]을 제시하고 있다.

① 소송이 예상되는 시점에 원고가 나타나지 않거나 다른 요소들에 의해 원고와 의논이 불가능하게 될 경우, 소송당사자는 "전자적 자료의 보존결정 트리"[108]를 통해 보존결정을 내려야 한다.

106) Michigan First Credit Union v. Cumis Insurance Society, No.05-74423, 2007 WL 4098213 (E.D. Mich. Nov. 16, 2007); Schmidt v. Levi Strauss & Co., No.C04-01026 RMW(HRL), 2007 WL 2688467(N.D Cal. Sept. 10,2007) : 이 두판례에서 법원은 메타데이터의 작성이 증거개시의 필요성에 상응할만큼 증거가치를 갖고 있지 않다는 이유로, 그리고 메타데이터를 포함하는 본래의 형태로 재작성을 강요하여 명백한 부담과 비용을 부과하는 경우 이는 증거개시의 혜택을 위축시킨다는 이유로 메타데이터 형태의 작성에 반대하는 입장을 견지했다.

107) Sedona Conference, "Preservation, Management and Identification of Sources of Information that are NOT Reasonably Accessible. 2008", http://thesedonaconference.org; 김영수/홍도원, "E-Discovery 프로젝트:EDRM과 Sedona Conrference", 주간기술동향, 정보통신산업진흥원, 2011.8. 19, 22-23면.

108) 전자적 자료(ESI) 보존결정트리란 전자적 자료가 당사자간 분쟁에 관련된 정보인가에 대한 판단에서부터 시작해서 순차적으로 단계를 밟아가는 전자적 자료 보존절차를 그림으로 나타낸 것이다.

② 보존의 쟁점은 당사자간 상호 만족할만한 협상에 도달할 수 있도록 공개적이고 협력적으로 토론해야 하며, 필요한 경우 법원의 개입이나 도움을 청할 수 있다.
③ 소송당사자는 증거개시와 관련된 정보 중에서 검색·보존되지 않거나 접근할 수 없는 출처를 명확하게 식별해야 한다.
④ 소송당사자는 업무상 이유로 증거개시 관련 정보를 이동할 경우 모든 접근 가능한 데이터에 대한 보존의무를 준수해야 한다.
⑤ 정보관리정책에 있어서 일부 조항이 보존요청을 수용한다면, 접근하기 어려운 데이터 축적을 어느 정도 최소화한다.
⑥ 소송중에는 적절한 협력을 장려하며 보존의무를 충족하고 리소스를 효과적으로 활용해야 한다.

나) 소송자료보호[109]

이 가이드라인은 소송자료보호개시에 관한 내부절차를 다루는데 있어서 합리적인 변호 실무에 대한 정확한 관점을 제공하기 위한 것으로, 소송자료보호에 관하여 9개의 가이드라인을 제시하고 있다.

① 소송이 시작되는 시점에서 기관은 소송을 시작하기 위해 수행해야 할 작업을 고려해야 한다.
② 보존에 관한 정책을 수립하고 적용하는 것은 보존의무를 수행하고 있다는 것을 입증할 수 있는 요소이다.
③ 소송의 위협에 관한 정보를 보고하는 과정을 수립하는 것은 의사결정자가 유리한 판단을 내릴 수 있도록 도움을 준다.
④ 소송여부를 결정하기 위해서는 현재 상황에 대한 합리적인 평가가 필요하다.
⑤ 기업의 보존평가는 선의의 신뢰를 바탕으로 보존결정이 내려졌을 때 평가되어야 한다(소송자료보호의 필요 여부와 실행방법을 포함).
⑥ 보존하는 자료에 대한 적절한 사유가 있어야 한다. 그리고 정보를 보존하

109) Sedona Conference, “Issues Commentary on Legal Holds: The Trigger & The Process”, 2010. http://thesedonaconference.org; 김영수/홍도원, 앞의 논문, 24면에서 재인용.

기 위한 관련정보를 책임자에게 필수적으로 고지해야 한다.

⑦ 당해 문제의 쟁점과 정보의 접근성, 증거의 가치, 보존의 비용, 상대의 부담 등을 고려하여 자료의 식별 범위를 지정해야 한다.

⑧ 소송자료보호 통지서를 발부하는 것은 기관에서 소송관련자를 판별할 때 사용한다.

⑨ 소송자료보호정책이나 규정 또는 절차는 쟁점에 대한 문제의 종결에 있어서 이를 해제하기 위한 조항을 포함해야 한다.

다) 이메일 관리[110]

이는 이메일 정책개발에 대한 가이드라인과 정책개발의 프레임워크를 소개하고 있다.

① 이메일 보존정책은 모든 기업에 반영되어야 한다. 각 팀을 구성하여 실제 연습을 통해 충분히 이해한 후 개발해야 한다.

② 팀은 이메일 보존정책의 개정을 위한 업데이트 기능이나 정책우선순위 조정기능 등 다양한 기능에 접근 가능하도록 설정해야 한다.

③ 기술적 해법과 정책개발의 일환으로 식별된 기능적 요구사항을 충족시켜 기존 시스템에 통합되어야 한다.

④ 이메일 보존정책은 각기 다른 유형의 독립적 형태로 존재할 수 있으며, 기록 또는 문서관리정책의 일부가 될 수도 있다.

⑤ 전형적인 보존은 특정 목적이나 의도에 따라 사용하거나 특정한 순서대로 나열되지 않고, 또한 사용자가 이용하는 이메일의 관리정책에 초점을 맞춘다는 특징이 있다.

⑥ 이메일 보존정책에서 소송자료보호(litigation hold)는 다른 정책과 절차과정 등을 포함하지만, 담당팀이 이메일 보존정책을 증명할 수 있어야 하며, 보존의무에 부과되는 제약을 받는다.

110) Sedona Conference, “E-Mail Management: Guidelines for the Selection of Retention Policy”, http://thesedonaconference.org;김영수/홍도원,앞의 논문, 24-25면에서 재인용.

라) 전자문서생산[111]

이는 전자문서 생산에 관한 다양한 원칙에 대해 설명하고 있다.

① 기업이나 조직은 소송과 연관된 전자적 자료를 반드시 합리적으로 보존해야 한다.

② 전자적 자료의 필요성과 비용, 중요성들을 법원과 당사자간에 조정할 때 기술적 타당성, 보존비용 및 검토비용과 검색비용 등을 소송의 성격과 쟁점과 함께 검토해야 한다.

③ 소송당사자는 전자적 자료의 보존과 생산에 관하여 소송초기에 의논해야 한다.

④ 전자적 자료 관련 업무 담당자는 전자적 자료를 생산 및 보존하는 기술과 절차, 방법론 등에 능숙해야 한다. 전자적 자료를 보존하고 관련정보를 생산하는 단계에서 미숙한 경우, 상대방은 이러한 점을 이용할 수 있다.

⑤ 생산하기 위한 전자적 자료의 원본 소스들은 활성화된 데이터이어야 한다.

⑥ 특별히 연관성이 없거나 필요 없는 전자적 자료의 검토, 삭제, 생산 등을 요구해서는 안된다.

⑦ 소송당사자는 전자적 자료를 생산하기 위해서는 합리적인 절차를 따라야 한다.

⑧ 도구를 이용하거나 절차 등을 통해 정보들이 소송과 관련되어 있는지의 여부를 파악할 수 있다면, 소송당사자는 선의를 바탕으로 전자적 자료의 보존의무와 생산을 만족시킬 수 있다.

⑨ 전자적 자료는 상호합의 되었거나 법원에서 명령한 포맷으로 제출해야 한다.

⑩ 전자적 자료의 보존의무를 제대로 이행하지 않았다는 것은 오직 법원에 의해서 판단되어야 하며, 전자적 자료를 생산 및 보존하는데 실패한 경우에는 재판에서 패소할 가능성이 높다.

111) Sedona Conference, “Best Practice Recommendations & Principles for Addressing Electronic Document Production, 2007”, http://thesedonaconference.org;김영수/홍도원,앞의 논문, 25면에서 재인용.

제3절 전자증거개시(E-Discovery) 관련 기술동향

1. 전자증거개시(E-Discovery) 솔루션 개발 동향

민사법정에서 소송중인 기업들로 하여금 기업내 정보를 체계적으로 관리할 것을 요구하게 되면서 E-Discovery 소프트웨어나 기술 및 서비스에 대한 수요가 매년 14%씩 증가하여 2013년에는 E-Discovery 시장규모가 15억달러에 이를 것으로 전망되고 있다.[112)]

E-Discovery 솔루션은 법률전문가용 애플리케이션으로 설계된 도구 뿐만 아니라 스토리지와 아카이빙, 검색과 정보 접근, 콘텐츠와 레코드 관리 등 다양한 항목을 포함한다. 가트너의 "E-Discovery: Project Planning and Budgeting 2008-2011"은 전자문서처리가 변호사가 수동으로 행하는 리뷰비용의 89%를 절감해 준다고 밝히고 있다.[113)]

E-Discovery 소프트웨어는 전자증거개시에 필요한 다양한 기능 가운데 전문화된 몇몇 기능들을 탑재하고 있기 때문에 각 회사에 적합한 솔루션을 선택하면 된다.

2. 전자증거개시(E-Discovery) 소프트웨어의 유형 및 기능

가. 전자증거개시에 전문화된 E-Discovery 소프트웨어

E-Discovery 관련 솔루션은 식별과 수집기능, 처리와 분석기능, 그리고 리뷰와 생산기능 등을 제공하며, 이외에 조기소송평가, 소송자료보호기능도 추가적으로 제공하고 있다. 또한 고유한 분석 알고리즘을 통해 모든 관련 메시지들을 순차

112) Gartner, 2011 Magic Quadrant for E-Discovery Software, May.13.2011: Marisa Peacock, "Gartner Releases First Magic Quadrant for E-Discovery Industry", http://www.cmswire.com/cms/information-management/gartner-releases-first-magic-quadrant-for-ediscovery-industry-011369.php 재인용. 김영수/홍도원, "E-Discovery 솔루션 동향", IT 기획시리즈, 정보통신산업진흥원, 2011.0. 13면.

113) 김영수/홍도원, 앞의 자료, 14면.

적 스레드로 링크시키고, 문서들을 특정주제들로 자동적으로 범주화할 수 있다. 원본 데이터의 10-20% 수준으로 관련 데이터를 추출할 수 있는 고속검색기능은 검색키워드와 관련 유사어 및 파생어들을 미리보기 할 수 있는 기능도 가지고 있다.[114]

E-Discovery Concept Manager, Case Manager, Enterprise Vault Manager, Legal Hold Manager와 같은 또 다른 E-Discovery 솔루션은 조기소송평가를 포함한 식별, 보존, 수집, 처리, 분석 및 검토 기능을 제공하며, 문서요약으로 사용된 키워드와 관련 토픽을 분석하는 기능, 이메일에서 키워드 사용빈도를 표시해주는 기능, 검색순위를 표시해주는 기능 등을 제공한다.

나. 컴퓨터 포렌식에 전문화된 E-Discovery 소프트웨어

유명한 디지털 포렌식 도구인 Encase 업체에서 개발한 Encase/Enterprise, Encase/E-Discovery 솔루션은 E-Discovery 관련한 데이터에 대한 검색, 수집 및 보존 기능, 식별, 보존, 처리와 검토 플랫폼을 위한 로드파일 산출기능을 제공한다. 또한 네트워크에 물려있는 모든 장비에 포함된 전자문서를 검색, 식별, 컬링, 수집 및 처리가 가능하며, 선별된 전자적 자료(ESI)를 원하는 변호사 검토 플랫폼으로 내보낼 수도 있다. 한편 전자증거개시 참조모델(EDRM)에 초점을 맞춘 E-Discovery 솔루션은 다중 연관성 모델과 다중파일 컬링을 지원하며, 포렌식적 수집 기능이 뛰어나 효율성과 사용자 편의성이 강조되어 있다.[115]

다. 문서관리에 전문화된 E-Discovery 소프트웨어

문서관리 플랫폼 또는 컴플라이언스 플랫폼의 일부로서 E-Discovery 기능을 제공하는 소프트웨어로서, 광범위한 포맷의 파일의 수집 및 내보내기 기능을 제공하거나 다양한 파일 형태의 콘텐츠와 데이터 아카이빙을 통한 정보관리에 초

114) Clearwell System 사의 솔루션이 이에 해당한다. 이 업체는 Symantec에 의해 인수되었다.; 김영수/홍도원, 앞의 자료, 14면.

115) 김영수/홍도원, 앞의 자료, 16-17면 참조.

점을 맞추고 구축된 아카이브를 통해 식별, 보존 및 수집 기능 등을 제공한다. 그리고 IBM이 개발한 이메일 솔루션은 전자문서 생성단계에서 캡쳐, 처리, 분류, 정리가 가능하고 강력한 보호정책을 가지고 있으며 콘텐츠 관리 플랫폼을 통한 정보보호기능을 제공한다.[116]

3. 소결

위에서 소개한 E-Discovery 솔루션은 전자증거개시 참조모델(EDRM) 기능을 기반으로 기능을 제공하고 있지만, E-Discovery 전과정을 커버할 수 있는 기능을 제공하는 솔루션은 한 개 업체에 불과하고, 대부분은 E-Discovery의 중심인 식별, 보존, 수집, 처리, 리뷰, 분석 기능을 부분적으로 제공하고 있다. 하지만 E-Discovery의 특성상 전과정에 대하여 일관되게 적용가능한 솔루션이 필요하고 그에 대한 요구가 높아지면서, 최근 한분야에 특화된 솔루션 기술업체들이 인수합병하는 방법으로 E-Discovery 기능제공영역을 점차 확대해 가고 있는 추세라 할 수 있다. 더욱이 고가의 E-Discovery 자동화도구를 기능별로 특화해서 사용하기 보다는 하나의 토탈 솔루션을 가지고 해결하고자 하는 것이 당연히 바람직하기 때문에 앞으로 E-Discovery 솔루션은 E-Discovery 전과정을 커버할 수 있는 하나의 토탈 솔루션의 형태로 개발되어질 것으로 보여진다.

116) 김영수/홍도원, 앞의 자료, 18-22면 참조.

제4장

형사절차상 전자적 자료에 대한 증거개시의 필요성과 한계

04

형사절차상 전자적 자료에 대한 증거개시의 필요성과 한계

제1절 형사상 전자증거개시에 대한 논의의 필요성

앞에서 기술한 바와 같이 전자적 자료(ESI)의 저장, 수집, 작성 그리고 이용에 관한 규정들은 민사소송의 맥락에서 급속하게 발전하고 있으며, 특히 2006년 미연방민사소송규칙내에 전자증거개시규정이 도입되면서 전자증거의 개시과정에서 나타나는 어려움이 해소되어 그 발전이 가속화되고 있다.

이에 반해 형사절차에 있어서는 전자증거를 개시하는 방법이나 기준과 관련한 어떠한 절차상의 규정이나 지침들이 마련되어 있지 않다. 하지만 증거개시에 있어서 전자적으로 저장되어 있는 정보와 관련한 쟁점들이 민사소송에서만 중요한 것이 아니라 형사소송에서도 똑같은 영향력을 갖고 있고, 특히 형사소송에 있어서는 피고인에게 실질적인 방어권을 보장하고, 효과적인 변호를 제공하기 위해서는 검찰이 보유하고 있는 전자적 자료에 접근할 필요성이 증가하고 있다. 즉, 유체증거물과 달리 검찰의 통제하에 무결성 확보를 위해 보관을 유지하고 있는 전자적 자료(ESI) 가운데서는 증거배제신청의 대상이 될 수 있는 정보 뿐만 아니라 피고인의 무죄입증의 근거로 제시할 수 있는 정보들이 포함되어 있을 가능성이 존재하고 있다. 그럼에도 만약 증거개시절차를 통해 이를 제대로 제공받지

못하는 경우 형사피고인의 헌법상, 절차상 권리보호에 중대한 영향을 미칠 수 있다는 점을 고려할 필요가 있다.

물론 현행 형사소송법상 규정된 증거개시 조항들을 통해 형사피고인에게 검찰의 점유, 보관, 통제하에 있는 전자적 자료(ESI)에 접근할 수 있는 헌법상 권리를 제공하고 있다고 주장할 수도 있다. 하지만 형사실무상으로는 피고인에게 미연방민사소송규칙에 의해 소송당사자가 향유할 수 있는 수준의 전자적 자료에 대한 충분한 접근권을 제공하는 것 보다는 전자적 자료의 특성상 그 공개로 인하여 야기될 수 있는 피고인 및 제3자의 권리침해 특히 범죄사실과 무관한 정보의 개시에 수반될 가능성이 있는 피해를 최소화하는데 중점을 두고 있기 때문에, 전자적 자료에 대한 개시를 필요최소한도로 제한하고 있다. 또한 형사절차에 있어서는 민사절차와는 차이가 있는 당사자들간의 이해관계와 실체적 진실의 발견이라고 하는 공익적 목적이 존재하기 때문에, 형사절차에 있어서는 그에 부합할 수 있는 특별한 전자증거개시규정이 필요하다고 할 것이다.

민사절차에 있어서 당사자는 당해 사건과 관련되어 있고 합리적으로 허용가능한 증거의 개시가 예측되는 경우, 일반적으로 모든 정보에 대한 증거개시를 청구할 권한이 있는데 반해, 형사피고인은 일정한 요건하에서 증거개시가 제한되어 있기 때문에 잠재적으로 적법한 피고인의 무죄입증자료에 대한 공개 내지 개시를 위한 접근 자체가 거부될 우려가 있다. 또한 전자적 자료의 증거개시에 관한 명확한 규정이 없는 상태에서는 공판준비절차에서 행해지는 전자적 자료에 대한 증거개시여부, 전자적 자료의 작성방법, 전자적 자료의 작성형태, 개시되는 전자적 자료의 범위 등이 전적으로 검찰 자체의 내부 정책에 따라 좌우될 수 있기 때문에 형사피고인이 변호에 활용하기에 부적절한 혹은 불가능한 형태의 전자적 자료의 증거개시로 인한 불이익을 감수할 수 밖에 없다. 설령 검찰에 의해 불공정하게 개시된 전자증거의 범위 내지 형식에 대해 피고인이 이의를 제기한다고 하더라도, 잠재적인 처벌가능성을 가능한 한 최소화하고자 하는 피고인의 입장에서는 위험한 시도가 될 수 있는 것이다. 결국 전자적 자료에 대한 접근을 확보하기 위한 성문화된 절차규정의 결여는 잠재적으로 형사피고인으로 하여금 변호에 필요한 증거를 확보하는데 있어서 상당한 불이익으로 작용할 가능성이 있다.[117]

이와 같이 현행 형사사법시스템은 피고인의 헌법상 권리보호를 가능하게 할 충분한 전자적 자료에 대하여 합리적으로 접근할 수 있도록 보장하지 못하고 있는 상태에 있기 때문에 만약 전자증거개시원칙의 기본틀의 필요성만을 강조하게 되면 오히려 피고인에 대한 부담만을 강요할 가능성이 있고, 그로 인해 피고인의 권리가 오히려 더 침해되는 결과를 초래할 우려가 있다는 점을 배제하기는 어렵다고 할 것이다.

제2절 전자증거개시의 관점에서 현행 형사소송법상 증거개시의 한계

1. 현행 형사소송법상 증거개시의 내용[118]

2008년 1월 1일부터 시행에 들어간 개정형사소송법은 피고인의 방어권 보장과 신속한 재판을 위하여 증거개시제도를 도입하였다. 헌법상 기본권인 재판받을 권리와 변호인의 조력을 받을 권리를 충분히 보장받기 위해서는 피고인 등에 대해 검사가 수집 및 보관하고 있는 자료에 대한 공정한 접근권을 보장할 필요가 있다는 점을 고려한 것이었다. 현행 형사소송법상 증거개시는 미국법상 공판전 증거개시제도의 영향을 받아 상호증거개시방식을 택하고 있으며, 일정한 제한사유를 둠으로써 제한적 증거개시형식을 취하고 있다.

가. 증거개시의 방법

현행 형사소송법에 규정된 증거개시의 방법은 열람, 등사 또는 서면의 교부이다. 즉, 검사가 보관하고 있는 서류나 물건의 열람·등사와 일정한 서면의 교부, 피고인 또는 변호인이 증거나 증인으로 신청할 서류 등의 열람·등사 또는 서면

117) Daniel B. Garrie/Daniel K.Gelb, “E-Discovery in Criminal Cases ; A Need for Specific Rules”, 43 Suffolk U.L.Rev. Vol.XLIII, 2010, p.400.

118) 형사상 증거개시와 관련하여서는 이미 기존의 논문들에 그 내용이 자세하게 소개되어 있기 때문에 여기에서는 간략히 전자증거개시와 관련한 내용들을 중심으로 간략히 언급하는 수준에서 그치고자 한다.

의 교부가 그것이다. 이러한 증거개시방식은 전형적으로 문서에 기반한 증거개시라 할 수 있다. 다만 특이한 점은 특수매체에 대한 증거개시 규정[119]을 두면서도 그 개시방식으로는 문서와 마찬가지인 등사를 규정하고 있다는 점이다. 특수매체에 대한 등사란 전자정보를 저장한 매체의 copy를 의미하는 것이라 할 수 있는데, 이를 본래의 등사 개념으로 포섭하는 것은 문제가 있다고 보여진다. 이는 특수매체의 복사 내지 복제방식의 특성을 전혀 고려하지 않은 채 기존의 증거개시의 개념으로 포섭한데서 비롯된 것이라 할 것이다.

나. 증거개시의 대상

현행 형소법상 증거개시의 대상은 공소제기된 사건에 관한 서류 또는 물건의 목록, 공소사실의 인정 또는 양형에 영향을 미칠 수 있는 서류 또는 물건, 그리고 검사가 증거용으로 보관중인 사건에 관한 서류나 물건 가운데 도면, 사진, 녹음테이프, 컴퓨터용 디스크, 그 밖에 정보를 담기 위하여 만들어진 물건으로서의 특수매체 등으로 규정되어 있다. 그리고 형사소송규칙 제123조의3에 의거하여 피의자 및 참고인 진술을 녹화한 영상녹화물의 부본 등이 증거개시의 대상으로 규정되어 있다. 이 경우 특수매체와 영상녹화물에 대해서는 열람은 제한을 두지 않으나 등사의 경우에는 필요최소한의 범위로 한다는 제한 규정을 두고 있다.

그리고 이러한 서류나 물건 등은 증거로 신청할 서류, 증인으로 신청할 사람의 성명·사건과의 관계 등을 기재한 서면 또는 그 사람이 공판기일전에 행한 진술을 기재한 서류, 서류 등의 증명력에 관련된 서류, 법률상·사실상 주장과 관련된 서류 등으로 규정되어 있다.

다. 증거개시의 제한

현행 형사소송법은 증거개시를 제한할 수 있는 사유를 규정하고 있는데, 국가안보, 증인보호의 필요성, 증거인멸의 염려, 관련 사건의 수사에 장애를 가져올 것으로 예상되는 구체적인 사유[120] 등이 그것이다. 그리고 동 조항의 해석론상

119) 형사소송법 제266조의3 제6항.

120) 형사소송법 제266조의3 제2항

그 밖에 열람 또는 등사를 허용하지 아니할 상당한 이유가 더 있을 수 있다는 점에서 검찰사건사무규칙 제112조의3 제1항에 추가로 증거개시 불허사유를 규정하고 있다. 즉, 사건관계인의 명예나 사생활의 비밀 또는 생명, 신체의 안전이나 생활의 평온을 해할 우려가 있는 경우, 법령상 타인에게 제공 또는 누설하거나 목적외 사용이 금지된 정보, 자료 또는 수사방법상 기밀을 보호할 필요가 있는 경우, 수사기관의 의견 또는 법률판단 등을 기재한 내부문서인 경우, 열람등사 대상 서류 등이 없거나 특정되지 아니한 경우, 형사소송법 제266조의 3 제1항 제3호 또는 제4호 소정의 관련성이 인정되지 아니한 경우가 그것이다.

2. 전자증거개시와 형사소송법의 부정합성 문제

가. 증거개시대상 제한으로 인한 한계

현행 형사소송법은 증거개시를 할 수 있는 대상을 검사가 증거로 신청할 서류 등으로 규정하고 있다. 즉, 이 규정은 증거로 신청할 자료가 아니면 개시의 대상에 포함되지 않는다고 해석되는 바, 이에 의해 전자증거개시가 원천적으로 배제될 수 있는 문제를 안고 있다고 할 수 있다.

수사기관이 피고인 또는 제3자로부터 확보한 전자정보는 그 유형과 분량, 내용의 범주가 상상을 초월할 수 있다. 이러한 방대한 전자정보를 수사기관은 디지털 포렌식 툴을 이용해서 조사·분석할 수 있고, 일련의 이메일의 분석 등을 통해 형사상 책임과 관련된 이메일과 관련된 데이터만을 산출해낼 수도 있으며, 이렇게 산출된 범죄사실 관련 전자정보만을 증거로 신청할 수 있다. 즉, 범죄사실의 입증에 필요한 자료만을 추출하고 분석하고 산출하기 때문에, 나머지 전자정보에서 추출되지 못하고 남아 있는 것 가운데 피고인의 주장이나 항변을 뒷받침할 수 있는 정보가 있는지에 대해서는 검찰도 미처 파악하지 못하는 경우가 있을 수 있다. 하지만 피고인의 입장에서는 이러한 전자정보도 확보하는 것이 중요하기 때문에 검사가 증거로 신청하고자 예정하지 않는 전자정보에 대한 개시를 필요로 할 수 있다. 이와 같이 전자증거개시의 필요성은 오히려 증거로 사용하고자 의도하지 않은 부분에서 제기될 가능성이 더 높아짐에도 불구하고 현

행 형사소송법 규정은 이를 허용하지 않고 있기 때문에 형사상 전자증거개시가 실효적으로 이루어질 가능성이 있을지 의문스럽다 할 것이다.

수사기관으로서도 의도적으로 전자증거개시를 거부하기 보다는 부주의하게 혹은 소홀히 전자정보를 수집·분석함으로서 개시대상이 될 수 있는 전자정보에 대하여 정확히 파악을 하지 못함으로 인해, 해당 전자정보가 개시대상에서 제외되는 문제에 대해서까지 책임을 부담할 것은 아니라 할 것이다. 이러한 문제를 어느 정도 해소하기 위해서는 현행법상 개시를 청구할 수 있는 자료의 범위를 확대할 필요가 있을 것이다. 즉, 검찰이 증거로 신청할 자료는 아니지만 피고인이 자신의 변호를 위해 이용할 가치가 있다고 생각하는 자료라면, 개시대상에 포함될 수 있도록 하는 방안을 고려해 볼 수 있을 것이다. 이와 관련하여 개시범위가 지나치게 확대되는 것을 우려할 수 있지만 개시제한사유를 좀더 구체화함으로써 개시범위확대로 인한 문제를 최소화할 수 있을 것으로 생각한다.

나. 개시제한사유에 의한 한계

현행법상 증거개시 제한사유로 열거된 내용들은 전자증거개시에 있어서는 그다지 실효적인 효과를 갖지 못한다. 즉, 전자증거개시로 인해 야기될 수 있는 문제를 최소화하기 위해서는 전자증거개시에 적합한 제한사유가 필요한데 지금의 규정으로는 해석을 통해서도 이를 포섭할 여지가 전혀 없기 때문이다.

따라서 기존의 증거개시제한 사유 외에 전자증거개시에 있어서 필요한 제한사유, 예를 들어 메타데이터에 대한 개시요청에 대해서는 해당 데이터의 관련성과 중요성에 대한 입증이 없는 한 개시를 제한하거나 거부할 수 있도록 할 수 있으며, 개시요청된 전자정보의 분량이 대응 당사자가 감당하기 어려울 정도의 부담을 야기하는 경우에는 일정 정도 개시를 제한할 수 있도록 하는 것이 필요하다. 특히 전자통신의 다양한 활용으로 인해 사적 비밀을 내포하고 있는 전자정보가 많은데, 이 가운데 변호인과 피고인간의 내부문서, 검찰의 내부문서, 법에 의해 개시가 금지된 정보에 해당하는 전자정보에 대해서는 개시를 제한하거나 거부할 수 있도록 해야할 것이다.

다. 증거개시방식으로 인한 한계

현행법상 증거개시규정 가운데 전자증거개시의 형식과 관련하여 연관되어지는 내용은 제266조의 3 제6항으로, 컴퓨터용 디스크 그 밖에 정보를 담기 위해 만들어진 물건으로 문서가 아닌 특수매체에 대한 등사라고 규정된 것이 전부이다. 즉, 전자정보를 저장매체에 복제하여 상대 당사자에게 건네주는 방식으로의 개시만을 상정하고 있다고 할 수 있다.

하지만 전자정보의 특성상 개시산출물을 현재와 같이 저장매체로 제한하는 경우 엄청난 분량의 저장매체가 당사자에게 전달되어야 하는 경우가 발생할 수도 있고, 복제방식이 무엇이냐에 따라 증거개시자료에 포함되어서는 안되는 혹은 포함될 필요가 없는 정보까지 개시되어질 우려도 있다. 특히 형사상 전자증거개시는 범죄사실과의 관련성, 피고인과의 관련성을 위주로 이루어지기 때문에 개시절차를 통해 상대당사자에게 제공되어서는 곤란한 정보들이 포함될 가능성이 크다. 따라서 사전에 형사상 전자증거개시에 적합한 형식의 개시결과물 산출방식에 대한 일정한 기준을 제시할 필요가 있는데, 현재의 개시규정으로는 이를 포섭하는 것이 불가능하다는 문제가 있다. 적어도 증거개시 산출결과물의 형식과 복제방식, 정보의 개시에 적합한 개시방식에 대해서는 규칙이나 예규를 통해서라도 입법적 해결방안을 모색할 필요가 있다고 본다.

라. 증거개시범위의 한계

현행 형사소송법상 전자증거개시에 적용가능한 규정은 제266조의3 제6항의 특수매체 열람등사규정인데, 동 규정에 의하면 특수매체에 대한 등사는 필요 최소한의 범위에 한한다고 규정하고 있으며, 이를 다시 검찰사무규칙 제112조의4에 의하여 “특수매체에 대한 등사는 사건관계인 및 조사자의 명예나 사생활의 비밀, 생명·신체의 안전이나 생활의 평온 등을 침해할 우려가 없는 범위내에서만 이를 할 수 있다”고 규정하고 있다. 즉, 특수매체에는 사생활의 비밀, 영업 또는 기업의 중대한 내용 등이 담겨 있을 가능성이 클 뿐만 아니라 전파 및 유포가능성, 변조가능성이 크기 때문에 열람은 하되 등사는 필요 최소한의 범위로

한정하고 있는 것이다.[121] 사생활의 비밀이나 타인의 명예, 생활의 평온을 침해할 우려가 없는 범위내에서 증거를 개시해야 하는 것은 당연한 사실이다.

다만 이와 같이 전자증거의 개시범위를 필요 최소한으로 제한하는 경우 정작 피고인의 입장에서 필요한 전자정보를 개시받지 못하는 경우가 발생할 수 있다. 즉, 전자정보의 특성상 법에서 규정하고 있는 사생활의 비밀, 영업비밀, 기업의 중대한 내용 등과 관련한 정보와 범죄관련정보가 명확히 구분되어지지 않으며 혼재되어 있기 때문에, 이러한 제한사유에 해당하는 정보가 존재한다는 이유만으로 범죄관련 정보 마저 개시가 거부되어질 수 있기 때문이다.

따라서 현행법과 같이 필요최소한도의 범위로 전자증거의 개시를 제한하게 되면 사실상 피고인 본인이 작성한 혹은 피고인으로부터 직접 압수한 전자증거를 제외한 나머지 전자증거 즉, 제3자의 컴퓨터나 서버, 온라인서비스제공자로부터 제공받은 전자증거 등에 대한 개시는 대부분 불가능하다고 판단되어질 개연성이 매우 크다고 할 수 있다. 이는 근본적으로 무기대등이라고 하는 증거개시의 기본취지에 반하는 것이며, 전자증거개시의 실효성을 반감시키는 규정이라 할 것이다.

3. 형사상 전자증거개시에 수반되는 헌법상 권리침해의 문제

민사상 전자증거개시와 같이 법률상 전자증거개시에 적합한 규정들이 전혀 도입되어 있지 않은 상태임에도 불구하고, 이미 형사상 증거개시절차에 있어서도 전자정보의 개시에 대한 문제상황은 발생하고 있다. 따라서 현행 형사상 전자증거개시는 기존의 증거개시규칙의 제한된 틀 내에서 해석되고 적용될 수 밖에 없는 상황에 있다. 이와 관련하여 미국 법원들은 헌법상의 원칙에 근거하여 형사상 전자증거개시의 필요성과 중요성을 판단하고 있다. 헌법의 지속적인 가치는 시간과 기술을 관통하는 인권에 대한 근본적인 접근에 있다고 보기 때문이다.[122]

121) 대검찰청, 증거개시 및 공판준비절차 실무매뉴얼, 2007, 33면.

122) Ken Strutin, “Database, E-Discovery and Criminal Law”, Richmond Journal of Law & Technology, Vol.15, Issue.3, 2009, p.1.

형사상 전자증거개시에 대한 법적 규정은 없지만 이미 판례를 통해 형사상 전자증거개시의 기준들을 제시해 가고 있는 미국과 달리, 우리는 형사상 전자증거개시에 대하여 논의도 거의 없고, 판례도 없는 상태이기 때문에 미국의 형사상 전자증거개시와 관련하여 제기되는 헌법상 피고인의 권리침해와 관련한 논의를 중심으로 기술해 보고자 한다.

가. 전자증거개시와 피고인의 변호권과의 충돌

오늘날 형사사법시스템은 피고측 변호인이 헌법상 보장된 피고인의 권리보호를 주장하는데 있어서 필요한 전자적 자료(ESI)에 대한 충분히 합리적인 접근조차 보장하지 못하고 있다. 하지만 모든 피고인은 자신에게 가장 유리한 결과를 위해 변호와 항변을 제출할 권한을 부여받아야 하고, 전자증거개시는 이러한 권한을 행사하는데 핵심적인 역할을 할 수 있다. 그런데 현실적으로 피고인이 전자증거개시에 필요한 기술과 재원을 갖고 있지 않는 한 검찰 혹은 제3자가 보유하고 있는 전자정보에 접근하기는 매우 어려울 것이다. 비록 검찰에 의해 전자정보가 개시되었다고 해도 개시된 전자정보가 원본 데이터 형식으로 제출된 경우, 이를 분석하여 자신에게 유리한 정보를 찾아내는 것 역시 매우 어려운 작업이 될 것이다.

기소전 변호인을 고용할 경제적 여유가 안되는 대다수의 형사피고인들은 실질적으로 불리한 위치에 있게 되며, 특히 검찰의 수사가 전자적 자료(ESI)의 수색과 압수에 초점이 두어졌을 경우에는 더더욱 그러하다. 비록 형사절차상 경제적 자력이 부족한 피고인을 위해 국선변호인을 선임할 수 있는 기회를 제공하고는 있지만, 변호인들 역시 전자증거개시에 대하여 정확한 이해가 부족한 상태이기 때문에 전자증거개시와 관련한 전문적인 지식과 기술을 보유하고 있는 변호인이 아닌 한 전자증거개시에 관한 실질적인 조력을 받기는 어렵다고 할 수 있다. 결국 재정적인 여유가 충분한 피고인의 경우에는 전자증거개시에 필요한 전문기술을 갖춘 변호인의 조력을 받을 수 있지만, 그렇지 못한 피고인의 경우에는 변호인에 의한 실효적인 원조에의 접근 자체가 박탈당하는 결과를 초래할 수 있다.

이와 같이 전자증거개시는 피고인의 변호권의 실질적 보장을 침해하는 결과를

초래할 수 있다는 점이 고려되어야 한다. 그리고 이러한 피고인의 권리침해결과를 방지하기 위해서는 형사상 전자증거개시에 있어서 피고인의 정당한 변호권을 보장할 수 있는 개시절차와 방식을 고민해야 할 단계에 있다고 할 것이다.

나. 전자증거개시에 의한 적정절차원칙의 침해

피고인은 형사소송절차에서 공소사실에 대한 주장과 방어의 기회를 보장받고 당사자로서의 지위를 향유하기 때문에, 검사와의 실질적인 무기대등이 이루어진 상태에서 공정한 재판을 받을 권리를 헌법상 기본권으로 보장받는다. 이러한 헌법적 취지를 실현하고자 형사소송법은 피고인에 대하여 증거개시권을 인정함으로서 헌법상 적정절차원칙을 구체화하고 있다.

종이문서에 기반한 기존의 증거개시에 있어서는 검찰이 제공하는 자료를 열람하거나 등사하는 것만으로도 공정한 자료의 공유가 가능했다. 즉, 적어도 개시범위내에 존재하는 것인 한 피고인이 보는 자료와 검찰이 보는 자료 간에 차이가 있을 수 없었다. 하지만 전자정보에 기반한 증거개시에 있어서는 단순한 열람 혹은 저장매체의 복제만으로 동일한 정보를 공유했다고 말하기는 어렵다. 즉, 전자정보에는 디스플레이되는 데이터의 이면에 존재하는 데이터, 복잡한 포렌식 기술을 통해서만 재현되는 데이터 등이 있기 때문이며, 또한 방대한 분량으로 인해 그 안에서 실제로 검찰이 이용하고자 하는 데이터가 무엇이며, 자신의 방어권행사에 필요한 데이터가 무엇인지를 찾아내는 것 자체가 어렵기 때문이다. 동일한 전자정보가 저장된 매체를 갖고도 각자 어느 정도의 전문기술을 갖고 있는가에 따라 거기에서 추출해낼 수 있는 정보의 양과 질이 달라질 수 있는 것이다.

이와 같이 증거개시를 통해 무기대등의 원칙을 실현하고자 하는 적정절차의 이념이 전자증거개시로 말미암아 그 의미가 퇴색되어질 우려가 있음을 배제하기 어렵다. 전자증거개시라는 형식을 빌어 외견상 무기대등을 주장할 수는 있지만, 실질적으로는 현저하게 차이나는 무기를 상대 당사자에게 정당하게 제공할 수 있는 길을 제공함으로써 적정절차이념을 훼손할 수도 있다는 점을 고려해야 할 것이다.

제3절 형사상 전자증거개시 구현을 위한 민사상 전자증거개시 적용시 고려사항

1. 민사상 증거개시와 형사상 증거개시의 차이에 대한 인식

가. 증거 보유 및 통제 주체에 있어서의 차이

민사소송에 있어서는 당해 소송에 관련한 쟁점에 대하여 각 당사자의 주장과 변호를 유리하게 입증할 수 있는 증거자료들을 각 당사자들이 보유하고 있기 때문에, 증거개시절차에 있어서도 각자가 보유하고 있는 증거를 제한없이 제출할 수 있다.

이와 달리 형사절차에 있어서는 검찰이 범죄입증의 책임을 지고 있기 때문에 수사과정에서 피고인이 보유, 관리하고 있는 증거 뿐만 아니라 제3자가 보유, 관리하고 있는 범죄관련 증거까지 대부분 검찰이 국가 공권력에 의거한 압수수색 절차를 통해 확보하게 되며, 이로 인해 사실상 범죄관련 증거의 대부분이 검찰로 그 점유가 이전되는 현상이 발생하게 된다. 따라서 피고인은 자신의 방어권을 행사하는데 필요하거나 무죄입증 또는 죄질경감에 필요한 증거를 스스로 이용하거나 통제할 수 없게 될 뿐만 아니라 검찰의 처분권한에 전적으로 의존할 수 밖에 없게 된다. 이와 같은 불균형한 증거의 보유 및 통제의 지위를 보정하기 위해 형사절차상 증거개시규정을 통해 검찰이 보유하고 있는 증거를 피고인에게 개시하도록 하고는 있지만, 일정한 사유가 존재하는 경우에 있어서는 개시를 제한할 수 있도록 하고 있기 때문에 피고인의 입장에서는 충분한 증거개시권한을 행사할 수 있다고 보기는 어렵다.

이와 같이 범죄관련 증거의 보유와 통제 및 이용에 있어서의 당사자간의 불균형한 입장차이로 인해 피고인은 형사상 증거개시절차를 통해 가능한 한 많은 증거자료를 확보하여 자신의 방어권행사 등에 이용하고자 하는데 반해, 검찰은 범죄의 성립여부를 입증해야할 책임을 가지고 있어서 그러한 입증에 저해를 초래할 수 있는 증거개시절차에 소극적인 입장을 취할 수 밖에 없다. 또한 사실상 개시절차를 통해 증거인멸, 증인협박, 사생활 침해, 수사방해와 같은 중대한 문제들이 발생할 우려가 있기 때문에 법률로서 일정 정도 증거개시를 제한하고 있다.

형사상 증거개시절차에 있어서 피고인과 검찰의 입장차이로 인한 갈등은 상호 개시권한을 어느 정도 균형적으로, 상호 필요에 비례하여 행사하느냐에 따라 최소화할 수 있는 여지는 있지만, 근본적으로 양자의 필요를 근본적으로 모두 충족시킬 수 있는 해결방안의 모색은 결코 용이하지는 않다고 보여진다. 다만 최근 들어 미국에 있어서 형사상 증거개시를 민사상 증거개시의 범위 정도로 확장해야 할 필요가 있다는 논의가 행해지고 있고, 사실상 검사가 가지고 있는 모든 증거를 개시하자고 하는 open file discovery policy가 주장되고 있다.[123]

나. 증거개시 범위의 차이

민사절차상 대부분의 재판에 있어서는 증거로 사용될 자료가 무엇이며, 어떠한 자료가 당사자 본인의 주장과 변호에 유익할 것인가가 명확하게 구분되지는 않는다. 오히려 결정적인 증거는 우연한 일련의 사건들에 있어서 간접적으로 발견되어질 수도 있기 때문에, 일반적으로 증거가 될 수 있는 모든 자료는 공개되어질 수 있다. 따라서 당사자들은 주장 또는 항변에 관련이 있는 특권이 부여되지 않은 자료에 관한 증거를 모두 개시할 수 있으며, 충분한 이유가 있는 경우 법원은 소송에 관련된 주제에 관한 모든 자료에 대하여 증거개시를 명할 수 있도록 되어 있는 것이 민사절차상 증거개시제도이다. 이와 같이 증거개시절차를 통해서 얻을 수 있는 정보와 문서가 재판정에서 허용가능한 또는 이용가능한 것보다 훨씬 더 광범위할 뿐만 아니라, 재판에서 허용가능한 증거가 될 가능성이 있고, 소송에 대한 증거관련성이 있는 모든 정보는 증거개시의 목적과 관련이 있기 때문에, 증거개시 목적을 위해서는 법정에서 모든 관련 정보가 공개되지 않을 이유가 없다고 보고 있다.[124]

하지만 형사상 증거개시에 있어서는 개시의 범위가 범죄행위를 입증하는데 혹은 항변하는데 필요한 자료 내지는 양형에 영향을 미칠 수 있는 자료로 제한되어진다. 민사절차와는 달리 형사절차에서 개시되어질 수 있는 자료에는 피고인

123) The Justice Project, www.thejusticeproject.org, 2008; 황경환, "형사소송법상 증거개시제도에 대한 법적 소고", 한양법학 제20권 제1집, 2009, 각주 54면 참조.

124) Michael R. Arkfeld, Electronic Discovery and Evidence, 2011, p.

또는 제3자의 권리를 침해하거나 개인의 생명이나 신체의 위협을 초래할 수 있는 경우도 있기 때문에 일정한 제한이 가해지고 있다고 할 수 있다. 형사절차상 침해되는 권리나 사생활의 비밀, 공개되어서는 안되는 사적인 활동 등은 보상차원에서 논의될 수 있는 피해수준이 아니라 개인의 인적, 사회적 존립을 위협할 수도 있기 때문에 조심스럽게 접근되어야 할 필요가 있다. 따라서 민사절차에 있어서와 같은 무제한적인 개시가 형사절차에서도 그대로 적용되어야 할 것인가에 대해서는 보다 깊은 논의가 필요하다.

다. 증거개시 절차 및 형식의 차이

민사상 증거개시절차는 소송당사자간의 협의에서 시작된다고 할 수 있다. 즉, 증거개시에 관한 협의 없이 일방적으로 증거개시를 요구할 수 없도록 되어 있기 때문이다. 당사자들은 협의과정에서 증거개시에 대한 계획, 개시할 정보에 대한 보존의무의 이행, 면책특권 내지 보호자료로서 항변할 수 있는 자료에 대한 개시 제한 등 증거개시 관련한 전반적인 사안에 대하여 논의하여야 하고, 그에 대한 합의를 거침으로써 소송과정에서 불의의 공격이 행해지지 않도록 하고 있다. 이와 같은 당사자간 증거개시 관련 협의의 중요성은 전자정보의 개시가 활성화되면서 더욱 중요성을 갖게 되었다. 방대하고 개변이 용이한 전자정보를 개시하는 당사자도, 개시에 의해 제공 받은 전자정보를 검토하고 그에 대한 변호와 항변을 준비하는 당사자도 이와 같은 사전적 협의 없이는 그와 같은 성질의 증거자료에 대비하는 것이 대단히 곤란하기 때문이다. 더욱이 증거개시절차를 통해서 얻을 수 있는 정보는 법정에서 허용가능한 또는 이용가능한 것 보다 훨씬 더 광범위하기 때문이다.

하지만 이는 각 당사자가 상대 당사자에게 유리한 자료까지 개시하고 제출하라는 의미가 아니라, 각자 자기의 공격과 방어에 유리한 자료를 상대에게 사전에 제시하면 충분한 것이다. 당사자가 자신의 주장을 전개하는데 있어서 의존하고자 하는 자료는 그것이 법정에서 허용될 수 있는 증거인가의 여부를 떠나서 상대 당사자에게 개시하여야 하고, 개시의무를 이행하지 않거나 개시요구를 받은 증거자료를 파기하는 경우에는 자신에게 유리한 증거자료 역시 법정에 제출

하지 못할 뿐만 아니라 그로 인한 일정한 제재를 받도록 되어 있다.

이에 비하여 형사상 증거개시는 강력한 공권력을 기반으로 한 강제수사절차에 의하여 증거의 대부분을 확보함으로써 기소유지에 필요한 충분한 입증준비를 할 수 있는 검찰과 달리, 피고인측은 변호인의 조력을 받는다고 해도 증거를 수집할 강제력이 없을 뿐만 아니라 피고인 자신의 통제하에 있는 증거조차 수사기관에 의해 점유를 박탈당한 상태이기 때문에, 자신의 방어준비를 위해서는 사전에 검사가 수집한 증거자료의 내용을 알아야만 하고, 따라서 검사로부터 그가 보유하고 있는 증거자료의 개시를 구하지 않으면 안된다는 측면에서 확립된 제도이다. 즉, 형사절차는 소송당사자인 검사와 피고인에게 공격과 방어의 무기를 대등하게 부여하여야 한다는 무기평등의 원칙에 입각해 있고, 검사에 비해 자기방어능력이 낮은 피고인에게 방어능력을 보충하기 위해 증거개시제도를 두고 있는 것이다. 더욱이 형사소송은 단순히 소송에 이기고 지는 문제가 아니라 피고인의 입장에서는 자신의 생명, 신체, 자유의 박탈이 좌우되는 문제이고, 검찰의 입장에서는 범죄사실을 입증하여 법질서를 수호해야 하는 문제이기 때문에, 증거개시에 있어서 민사상 증거개시와 같이 당사자간의 회합을 통한 자율적 합의를 이끌어낸다는 것은 대단히 어려운 문제라고 할 수 있다. 다만 최근에 오클라호마 주 한 지방법원에서 형사절차상 “문서자료의 전자증거개시에 대한 모범실무”를 채택하였는데, 이를 보면 검사와 피고측 변호인이 문서자료의 전자증거개시에 관하여 기소후 만나서 협의하도록 하는 요건을 포함하고 있다. 그리고 이 증거개시 협의에 있어서는 증거개시의 성격과 분량, 변호인의 소송능력, 피고측 변호인이 전자적인 형태 또는 다른 형태로 제출받기를 원하는 문서를 선택하고 증거를 검토할 절차와 시간대를 포함한 일정한 쟁점사안들을 다루어야 한다고 기술하고 있는 것을 볼 때, 민사상 당사자와 형사상 당사자가 처해 있는 법률상 입장이 상이하지만 전자증거개시에 있어서 증거개시의 목적을 실효적으로 달성하기 위해서는 양당사자간의 사전협의가 무엇보다도 중요하다는 것을 보여준다고 할 것이다.

또한 민사상 증거개시에 있어서는 양당사자의 증거개시가 차등적이지 않고, 각자 자기에게 유리한 증거자료만 제출하면 되는 것과는 달리 형사상 증거개시에 있어서는 검사에게 요구되는 개시범위와 피고인에게 요구되는 개시범위가 다

르고, 특히 검사는 기소유지 및 범죄사실입증에 유리한 자료만 개시하면 되는 것이 아니라 실체적 진실을 발견할 객관의무를 지니고 있기 때문에 피고인에게 유리한 자료도 개시해야 할 의무가 있다. 이와 함께 검찰은 범죄사실을 입증해야 하는 공익적 지위를 지니고 있기 때문에 피고인이 소송절차상 권리를 악용하여 증거의 증명력을 감쇄시키려 시도를 차단함으로써, 엄격한 증거법칙하에서 제출되어야 하는 증거를 보호하여 실체적 진실의 발견이 왜곡되지 않는 유효한 법집행이 가능하도록 증거개시를 거부하거나 제한하는 것이 법률상 허용되고 있다는 점에서도 민사상 증거개시와 다르다고 할 수 있다.

2. 민사상 전자증거개시와의 차이로 인한 형사상 전자증거개시의 한계

가. 전자증거에 대한 무결성 유지와 증거개시 필요성의 충돌

전자증거는 그 본질적인 속성상 개변과 삭제가 용이하기 때문에 압수수색과정에서 이를 증거로 확보하기 위해서는 일반 증거자료확보의 경우와 달리 전문화된 인력과 표준적인 도구로 인증받은 디지털 포렌식 기술을 갖고, 엄밀한 절차상의 규칙을 준수하여 확보해야만 법정에서 증거로서 허용가능한 무결성과 보관의 연속성 그리고 진정성의 기준을 충족시킬 수 있다. 따라서 전자증거를 확보하고 있는 검찰은 해당 증거의 무결성을 유지하는데 최선의 노력을 기울일 수 밖에 없다. 통상 이를 위해 검찰은 압수수색과정에서 확보한 전자증거의 원본에의 접근은 금지하며, 다만 이미지 복제방법을 통해 복사본을 수개 작성하여 이를 증거분석과정에서 사용한다. 이와 같이 디지털 포렌식의 황금기준이라 할 수 있는 무결성 때문에 검찰은 원본 전자증거에 대한 접근을 신성불가침쯤으로 인식하고 있다.[125] 하지만 피고인의 입장에서는 검찰이 독점하고 있는 전자정보의 분석 과정 및 결과의 정확성과 신뢰성을 공격함으로써만 자신을 방어할 수 있다는 점에서 보면, 전자증거의 개시를 요구하여 그것을 조사의 도구로 사용하고자 하는 것은 피고인의 당연한 권리라고 볼 수 있다. 전자적으로 수집된 정보의 정

125) Ken Strutin, “Database, E-Discovery and Criminal Law”, Richmond Journal of Law & Technology, Vol.15, Issue3.p.2.

확성과 신뢰성은 검사에게 맡겨져 있는 중요한 문제이며, 검찰이 힘들게 확보한 필요불가결한 전자정보에 대한 접근가능성의 확보는 피고인이 변호를 준비함에 있어서 중요한 문제이기 때문에 결국 형사상 전자증거개시는 양날의 검이라 할 수 있다.[126]

피고인은 자신의 통제하에 있던 데이터가 저장된 매체를 압수당한 경우에 있어서 조차 해당 저장매체내에 어떠한 유형의 데이터가 존재하며, 검찰의 포렌식 분석절차에 의해 본인이 전혀 인식하지 못했던 데이터가 발견될 수도 있다는 것을 알지 못하는 경우가 대부분이다. 더욱이 IT 기술의 발전으로 범죄와의 연관성을 인정할 수 있는 데이터가 단순히 피고인의 지배하에 있기 보다는 해당 사건과 무관한 제3자의 온라인 시스템상에 존재할 수도 있는데, 이 경우 제3자를 통해 검찰이 확보한 전자정보에 대해서 피고인은 그 내용과 범위, 유형 등에 대해서 알 방법이 없기 때문에 전자증거개시는 변호를 준비하고 공정한 재판을 받는데 필수적 절차라 할 것이다.

나. 전자증거개시를 위한 전문가 지원 및 비용부담

전자증거를 개시하는데 있어서 전문가가 필요하다는 사실은 민사절차나 형사절차나 다를 바 없다. 다만 민사절차의 경우에는 각자 자신의 이해관계를 입증하기 위해 자신에 이익이 되는 자료제출을 위해 필요한 경우 전문가를 고용하거나 아니면 외부 회사에 전자증거개시를 위한 업무를 위탁할 수 있다. 이에 반해 형사절차의 경우 기업범죄와 같은 몇몇 화이트칼라 범죄를 제외하고는 대부분의 피고인은 일반적 변호를 위한 변호인 선임조차 쉽지 않아서 변호인 없이 혹은 필요적 변호사건인 경우에 한해 국선변호인의 조력을 받는 것이 일반적이다. 이러한 피고인에게 전자증거개시를 위한 전문가의 지원을 받으라고 하는 것은 비현실적이다. 수사기관에 압수되지 않은 채 본인에게 남겨져 있는 전자정보를 조사하고 분석하는 것은 물론이고, 설령 검찰이 증거개시절차를 통해 이미징 방법을 통해 복사된 전자증거 저장매체를 제공했다고 하더라도 그 복사

126) Ken Strutin, ibid., p. 1.

매체를 분석하고 검토할 수 있는 전문가의 원조를 기대하기는 어려운 것이 현실이다.

한편 검찰의 경우에는 별도의 디지털 포렌식 전문 조사관들이 전자적 자료의 압수수색절차를 지원하고 있기 때문에 피고인에 비해서는 유리한 입장에 있다고 할 수 있다. 다만 피고인측에서 검찰의 통제하에 있는 전자정보에 대한 증거개시를 요구하는 경우, 특히 개시요구의 범위가 지나치게 넓어서 상당한 시간과 노력과 비용이 들어갈 수 밖에 없는 경우 어느 정도까지 그 부담을 감수할 것인가가 문제될 수 있다. 이 경우 민사상 전자증거개시의 경우에는 일방 당사자의 개시요구가 지나친 부담과 비용을 야기하는 경우에는 개시비용을 증거개시를 요구한 당사자에게 이전하거나, 또는 개시될 정보의 중요성에 대한 개시요구 당사자의 입증이 없는 경우에는 개시하지 않을 수 있도록 하고 있다. 하지만 형사상 증거개시는 개시요구를 받은 검찰의 부담과 비용을 피고인측에 이전시키는 것도 사실상 불가능에 가깝고, 전자정보의 유·불리에 대한 판단을 떠나서 법률에 정한 예외적인 경우를 제외하고는 증거로 신청할 모든 전자정보에 대한 개시가 요구되고 있기 때문에 전자증거개시에서 야기되는 절차적, 시간적, 비용적 부담을 이유로 한 증거개시제한 내지 거부는 허용되지 않는다고 할 것이다.

더 나아가 제3자로부터 압수한 전자정보의 경우에는 범죄와 무관한 정보가 혼재되어 있을 수 있고, 사법절차에서 보호되어야 할 증인이나 제3자의 프라이버시에 대한 침해를 야기할 수 있는 정보들이 있는 경우 이를 어떻게 삭제하고 개시할 것인가, 만약 미처 검찰이 사전에 파악하지 못한 그와 같은 정보들이 당해 범죄와 관련한 다른 전자정보와 함께 개시된 경우에 야기되는 피해에 대하여 검찰이 어떠한 책임을 부담할 것인가 등의 문제가 남게 된다. 이와 같이 형사상 전자증거개시는 피고인과 검찰 모두에게 앞으로 해결해야할 난제와 부담을 안고 있다.

다. 전자증거의 개시 및 산출 방식의 한계

민사상 전자증거개시에 있어서는 메타데이터, 시스템 데이터, 삭제된 데이터와 같이 외견상으로 보여지지 않는 전자정보에 대한 개시가 점차 확대되어가고 있는 경향이 있다. 즉, 민사상 전자증거개시에 있어서 메타데이터 등의 개시에

대해서도 증거개시의 일반규정이 적용된다고 보기 때문에 합리적으로 접근이 어렵거나 당사자의 합의나 법원의 명령에 의하여 제출을 거부 내지 제한할 수 있다고 보고 있다.[127]

그런데 형사상 전자증거개시에 있어서는 민사의 경우보다 훨씬 더 많은 외견상 확인하기 어려운 숨겨진 데이터들이 존재할 가능성이 있다. 즉, 피고인은 수사기관의 압수수색에 대응하고자 통상 자신의 통제하에 있는 범죄관련 데이터를 삭제하거나 변경하려는 경향이 있기 때문에, 압수수색을 통해 확보된 저장매체 내에는 이와 같이 삭제된 데이터나 변경되기 전 데이터, 혹은 이미 오래되어 다른 데이터에 의해 일부 덮어쓰여진 파일들이 존재할 수 있다. 이와 같이 숨겨진 전자정보는 디지털포렌식 도구를 사용하여 복구해낼 수는 있지만, 복구하는 작업이 그다지 용이하지는 않다. 그럼에도 범죄사실과 피고인간의 연관성을 입증하는데 필요한 자료를 확보하기 위해서 가능한 한 모든 데이터를 복구하고자 하는 것이다.

그런데 만약 수사기관에 의해 복구된 데이터의 존재 여부와 그 내용에 대하여 피고인이 알지 못하는 경우 그에 대비하여 변호준비를 하지 못함으로 인해 불이익을 받을 가능성이 있다. 따라서 증거개시절차를 통해 피고인에게 적어도 복구된 데이터의 존재여부를 제시할 필요는 있다. 다만 이 경우 피고인이 복구된 데이터에 대한 개시를 요구할 때 피고인에게 복구작업이 이루어지 전의 상태 즉, 피고인 혹은 제3자로부터 압수한 상태 그대로인 원매체의 이미지 복제한 것을 개시하고 복구작업은 피고인측에서 직접하도록 하는 것이 타당한지 아니면, 소송에서 합리적으로 이용할 수는 있지만 메타데이터나 삭제된 혹은 은닉된 데이터 등이 포함되지 않도록 변환한 - 예를 들어 PDF 혹은 TIFF 파일 형식으로 - 형태로 개시하는 것이 타당한지, 검찰이 해당 원매체로부터 디지털포렌식 절차를 통해 복구한 데이터를 모두 포함한 분석자료를 함께 복제하여 개시하는 것이 타당한지 여부는, 복구된 데이터가 범죄입증에 어느 정도의 중요성을 갖고 있는가에 따라 판단을 달리해야 할 것으로 생각된다.

127) J. Brian Beckham, “Production, Preservation and Disclosure of Metadata”, The Columbia Science and Technology Law Review, Vol.7, 2006 ,http://www.stlr.org/html/volume7/beckham.txt

또한 수사기관이 메타데이터나 삭제된 혹은 은닉된 데이터에 대한 중요성 판단에 있어서 굳이 이를 디지털포렌식에 의해 복구할 필요가 없다고 판단한 경우, 만약 피고인측에서 수사기관이 보유하고 있는 전자정보에 대한 메타데이터와 삭제된 혹은 은닉된 데이터도 함께 복구하여 개시할 것을 요구하는 경우 이러한 자료를 개시할 것인가, 개시한다면 어느 범위에서 할 것인가에 대한 합리적인 판단을 이끌어낼 수 있는 가이드라인이 마련될 필요가 있을 것이다.

라. 전자증거의 훼손에 대한 제재의 한계

전자증거는 그 본질적 특성상 유동성과 변동성으로 인해 쉽게 삭제되거나 훼손될 수 있기 때문에 민사상 증거개시에 있어서는 소송이 예측되는 경우 전자적 자료(ESI)에 대한 보존의무를 명시하고 있고, 이에 위반하여 고의적으로 전자적 자료를 훼손 내지 파기하는 경우 뿐만 아니라 고의는 아니지만 전자적 자료의 보존의무를 게을리해서 전자적 자료가 손실되어 증거개시를 하지 못하게 된 경우, 해당 당사자에 대하여 그에 해당하는 제재를 가하고 있다. 그리고 이러한 의무는 민사상 전자증거개시에 있어서 양 당사자에게 동등하게 부여되어 있다.

하지만 형사상 증거개시에 있어서는 그와 같은 훼손 내지 파기 행위 자체가 피고인의 본능적 방어행위 가운데 하나이기 때문에, 이러한 증거인멸행위를 막기 위해 공권력을 수반한 수사기관의 압수수색이 행해질 뿐만 아니라 필요한 경우 피고인을 구속하여 증거를 훼손하지 못하도록 하고 있는 것이다. 따라서 개시해야 할 전자정보에 대한 보존의무의 대부분은 사실상 검찰에 대해서만 부여된다고 할 수 있다. 설령 피고인의 요구에 의해 개시되어야 할 전자정보가 수사기관에 의해 고의로 삭제되지 않는다고 하더라도 적어도 당해 범죄사실과 연관성이 있고 기소를 목적으로 계속중인 수사과정에서 축적된 전자정보인 경우에는 압수수색절차와 연계하여 보존해야 할 필요성이 있다고 할 것이다. 앞에서 기술한 바와 같이 미국의 경우에도 2010년 법무부 내부지침으로 정부기관이 소송을 제기하기 전에 소송자료보호를 시행해야 한다고 규정하고 있다.[128] 즉, 개시대

128) Norman C. Simon/Brendan M.Schulman/Samantha V. Ettari, “E-Discovery Holds Stragegies for Criminal Defense”, New York Law Journal, 2011.3.25. http://www.law.com/jsp/lawtechnologyn

상이 되거나 혹은 개시요청을 받을 가능성이 있는 수사와 관련된 일체의 전자정보에 대해서 수사기관은 보존의무를 지니며, 이를 고의적으로 위반하거나 또는 주의를 게을리하여 보존의무를 다하지 못하여 증거개시를 하지 못한 경우 그로 인한 불이익을 감수해야 할 수도 있다는 것을 인식할 필요가 있다.

제4절 형사상 전자증거개시 관련 판례 및 규정 검토

1. 형사상 전자증거개시 관련 판례 – 미 연방법원 판례를 중심으로

형사소송분야에서 전자증거개시와 관련하여 나온 판례는 거의 전부 미국 연방법원의 판례이며, 그 숫자도 몇 개 되지 않는 것이 현실이다. 미국도 형사상 증거개시 관련 규정에는 전자증거개시와 관련한 내용이 존재하지 않기 때문에, 대부분 판례를 통해 민사상 전자증거개시를 형사절차에 준용하여 해석을 통해 문제를 해결하고자 하고 있다. 이와 같이 여전히 논의가 미미한 상태에 있는 형사상 전자증거개시에 있어서 미 연방법원의 판례 동향을 살펴봄으로써, 앞으로 형사상 전자증거개시에서 비롯될 수 있는 문제를 어떠한 관점에서 풀어나가야 할 것인지를 가늠해 보고자 한다.

가. U.S. v. O'keefe[129)]

U.S. v. O'keefe 판례는 형사소송분야에서 전자적 자료(ESI)를 다룬 몇 안되는 판결 가운데 하나로서 광범위하게 영향을 미쳤다. 이 사건에서 미연방 치안판사 John Facciola는 전자적 자료의 증거개시는 과학적 증거와 다른 전문가 증거를 규율하는 규칙으로부터 면제되지 않는다고 판시했다.

미연방 영사관 직원의 뇌물혐의를 주장한 이 형사사건에서, O'keefe는 검찰의 검색조건이 부적절했다는 논거위에서 검찰측의 전자적 자료의 작성에 이의를 제

ews/PubArticleLTN.jsp?id=1202487832852&slreturn=1

129) 537 F. Supp 2d 14(D.D.C.2008)

기했다. Facciola 판사는 피고측의 이의제기는 충분한 법률적 근거를 결여했다는 이유로 기각했다. 특히 그는 피고측의 이의제기가 전문가 증거의 원칙에 있어서의 어떠한 토대도 갖추지 못했다는 점을 지적했다. 즉, 문서의 산출에 대한 검색방법에 대해 이의를 제기하기 위해서는 연방증거규칙 제702조에 의해 그 증거능력이 규제되는 전문가 의견을 토대로 주장을 해야만 한다는 것이었다.

또한 Facciola 판사는 "연방형사소송규칙에 피고측에 문서와 전자적 자료를 특정방식으로 제출해야 한다는 조항은 없지만, 정부가 문서를 피고측에 아무렇게나 제출해도 된다는 규정도 없다"고 하면서 "변호인이 E-Discovery를 적절히 평가하기에 너무 복잡하고 기술적인 면이 있다면 E-Discovery 검색이 가능한지를 판단하기 위한 전문가가 필요할 수 있다. 형사소송에서 다량의 전자적 자료처리시 연방형사소송규칙이 지침을 제시해 주지 않는 부분에 있어서는 연방민사소송규칙을 참조해야 한다. 전자적 자료가 형사처벌에 있어서 자주 이용되면서 E-Discovery가 형사소송부문에서 점차 발전하고 있으며, 미연방민사소송규칙(FRCP)와 모범관행은 형사소송에 있어서 중요한 이정표역할을 할 것이다"라고 판시했다.[130] 즉, FRCP §34에 따르면 전자적 자료를 보존하는 방식으로 전자적 자료를 완성하거나 전자적 자료를 요청한 측의 방식에 따라 반드시 자료를 정리하거나 분류해야만 하는데, 검찰측 파일들은 그러한 방식으로 유지되지 않았기 때문에 파일폴더나 분류 없이 문서를 제공할 수는 없다고 본 것이다.

나. U.S. v. Suarez[131]

United States v. Suarez 사건은 광범위한 범죄수사와 그 결과로서의 뇌물과 부패죄에 대한 기소와 관련된 것이었다. Anthony Suarez와 공동피고인의 재판 중에 법원은 미연방수사국(Federal Bureau of Investigation)과 정보원인 Solomon Dwek 간에 교환된 문자메시지가 보존되어야 하고, 작성되어야 하는가의 여부를 고려했다.

130) Kelly R. Young, "Court opinion show path toward more defensible document review", http://ridethelightning.senseient.com/2008/03/keyword-searche.html

131) 2010 WL 4226524(D.N.J. Oct. 21, 2010).

FBI 그리고 미연방법무부와 협조를 시작한 Dwek는 2009년 피고인들과 미팅을 가졌으며, 그동안 그는 개발자로서 태도를 취했으며, 신속한 프로젝트 검토와 다른 공식적인 지원의 댓가로 금액을 지불했다. Dwek는 문자메시를 통해 3명의 FBI 직원으로부터 지시를 받았으며 그들에게 피고인들에 대한 정보를 제공했다.

피고인들은 우선 2009년 12월에 FBI와 Dwek간에 이루어진 문자메시지에 대한 증거개시를 요청했다. 검찰은 Dwek와 3명의 FBI직원간의 문자메시지를 복구할 수가 없었다. 왜냐하면 그 보유(보존)기간이 단지 3일에서 5일에 불과했기 때문에 문자메시지는 Dwek의 무선 장치로부터 이미 삭제되어 획득되어질 수 없었던 것이다.

2010년 10월 심문에서 FBI직원은 문자메시지에 관하여 자신들에게 어떠한 보존명령도 발하여지지 않았다고 증언했다. 또한 직원들 일부는 그 장치 내부의 영구적인 메모리에 대한 과부하의 걱정 때문에 블랙베리 장치로부터 문자메시지를 수동으로 삭제했다. 이와 관련하여 법원은 FBI 직원들의 사라진 문자메시지는 형사상 증거개시규정 하에서 공개가능한 진술이며, 특히 정보원인 Dwek의 응답메시지와 FBI 직원의 명령 메시지는 교차심문에 있어서 충분한 논거를 제시했을 것이라고 판시했다.

법원은 피고인의 문서파기를 이유로 한 신청(제재신청)에 대하여 전형적으로 민사적인 맥락에서 분석하였다. 즉, 법원은 문자메시지 보존과 관련한 소송자료보호가 초기에 적절히 행해져야만 한다고 판시했다. 검찰은 소송에 관련된 문서를 보존하는 것에 대한 중요성과 수사개시단계에서 문자메시지에 대한 소송자료보호를 요청할 가능성이 있다는 것을 이미 인식하고 있었기 때문이다. 이에 법원은 소송이 합리적으로 예측되었기 때문에 검찰이 문자메시지를 보존할 의무가 있다고 보았다. 따라서 이 판결은 만약 기소가 행해질 합리적인 예측가능성이 존재하는 경우에 있어서 특히 법무부와 함께 일하고 있는 정부기관은 소송을 제기하기 전에 민사원고와 마찬가지로 소송자료보호를 시행해야만 한다고 제안했다. 법원의 이와 같은 접근방법은 미법무부(DOJ)의 내부정책과도 일치하는 것으로, 2010년 1월 4일 미법무부 보고서는 "공개가능한 정보를 포함하는 통신은 사건파일안에 유지되거나 아니면 그 사건 또는 수사와 통신자료를 연계된 방식으로 보존되어야 한다"고 검사들에게 지시하고 있다.

Suarez 사건에서는 증거개시절차에서 공개되어야 할 문서가 파기되었다는 것이 인정되었지만, 연방형사소송규칙안에 적절한 제재를 가할 수 있는 규정이나 지침이 없었기 때문에 법원은 민사상의 전자증거개시 법리를 참고하여 부정적인 추론명령(adverse inference instruction)을 부과했다. 다만 부정적인 추론명령을 부과하기 위해서는 필수적인 4가지 요소를 충족하는가의 여부를 고려해야 한다고 보았다. 이 4가지 요소는 첫째, 당해 증거가 정부(검찰)의 통제하에 있었는가 둘째, 사실상의 채증금지 또는 증거공개거부가 있었는가 셋째, 주장이나 항변에 관련된 증거를 파기했는가, 넷째, 수사에 있어서 협조자와 소송에 있어서 핵심증인으로의 이용은 문자메시지가 증거개시자료의 잠재적인 출처가 될 가능성을 야기한다는 것이 그것이었다.[132]

법원은 부정적인 추론명령을 제시함으로써 배심원에 대해 파기된 증거가 당사자의 결백과 관련이 있다고 우호적으로 추정하는 것을 허용했을 뿐만 아니라 피고인의 부정행위에 대한 반박가능한 증거에 대해서도 동일한 고려를 허용했다. 결국 Suarez의 부정행위에 대한 증거의 결여로 인해 무죄가 선고 되었는데, 이는 지난 20년간 뉴저지주 연방부패범죄 기소사건 가운데 첫 번째 무죄선고가 되었다. 이 Suarez 판결은 전자증거개시에 있어서 민사상 보존의무가 형사상의 맥락에서도 적용된다는 신호탄이 되었다.

다. U.S. v. Graham[133]

피고인 Graham은 형사상 조세범죄로 기소되었는데, 여기에는 조세혜택남용과 연방정부에 대한 사기공모죄가 포함되었다. 하지만 사건의 시시비비를 가리기도 전에 법원은 재판전 준비절차 문제로 2년을 소비했다. 정부는 전례 없는 분량의 증거개시를 작성했으며, 여기에는 정확히 15만장의 문서와 300개의 비디오 테이프와 500개의 녹음된 대화, 90개의 컴퓨터 하드 드라이브, 3000개의 디스켓이 포함되었다. 하지만 그러한 증거개시자료의 산출은 다음과 같은 문제점들을 갖

132) Norman C. Simon/Brendan M. Schulman/Samantha V.Ettari, “E-Discovery Holds Strategies for Criminal Defense”, Law Technology News, 2011.3.25. 참조.

133) 2008 WL 2098044(S.D. Ohio May 16,2008).

고 있었다. 1) 방대한 양의 문서가 체계 없이 산출되었다. 2) 활화산처럼, 정부는 정기적으로 새로운 증거개시를 산출해냈다. 3) 정부의 증거개시 자체가 오염되었거나 불완전했다.

이러한 전례 없는 분량의 증거개시와 추가적인 산출은 이 형사사건에서는 부적절하다는 이유로, 피고인은 신속재판법(Speedy Trial Act)하에서 그 사건을 기각하도록 청구하였다. 법원은 그 청구를 받아들였다. 즉, 신속재판법에 의해 규정된 기각이 권리를 침해하는가, 침해하지 않는가의 여부를 판단함에 있어서 법원은 3가지 요소를 고려했다. 1) 범죄의 심각성(경중)여부 2) 정부의 경시 여부 3) 이 사건은 중죄로 기소된 사건이었기 때문에 이 사건의 기각여부를 판단함에 있어서의 불이익 여부 등이 그것이었다.

먼저 법원은 피고인이 매우 심각한 중죄로 기소되었다는 것을 고려했다. 그러므로 법원은 적절한 방법으로 완전한 증거개시를 하지 못한데 대해 정부측에서 악의를 갖고 있지 않았다고 판단했다. 법원은 각 당사자들에 의해 책임은 분담되어야만 한다고 지적했다. "첫째, 정부는 책임의 일부를 부담해야만 한다. 왜냐하면 복잡성과 규모의 문제에 있어서 정부가 막대한 분량의 선별되지 않은 증거개시자료에 대해서 아무런 조치를 취하지 않는 것은 허용될 수 없다. 그리고 정부가 피고측 변호인과 데이터베이스와 검색엔진을 공유하는 것을 거부하는 것도 허용될 수 없다. 전자증거개시는 바이러스가 없는 오염되지 않은 형태로 제공되어야만 한다. 마찬가지로 피고인은 보다 빨리 증거개시에서 직면한 문제들, 예를 들어 오류가 생긴 전자파일과 같은 문제에 대해 법원에 알리지 않은데 대한 책임이 있다. 그리고 법원도 또한 재판을 위한 합리적인 기한을 제시하지 못한 데 대한 책임의 분담을 부담해야만 한다"고 판시했다. 이러한 이유들 때문에 그 법원은 기소와 재판 사이의 비정상적인 지체로 인해 피고인의 자유가 심각하게 침해될 수 있기 때문에, 피고인은 그러한 소송의 지체로부터 피해를 입었다고 보았다. 다만 다른 사항들에 있어서 책임은 똑같이 분담될 수 있기 때문에 공평하게 그 사건은 기각되어야 한다고 판시했다.[134]

134) David W.Degnan, "United States v. O'keefe: Do the Federal Rules of Civil Procedure Provided the Proper Framework for Managing "Data Dumping" in a Criminal Case?".

문자 그대로 정부가 모든 것을 증거개시자료로서 피고측에 제공함으로 인해 나타나는 피고인의 불이익과 관련하여, O'Keefe 판결에서는 민사상 전자증거개시 규칙을 참고로 한 반면에, Graham 판결에서는 그것을 언급하지 않았으며, 명확한 지침이 없는 한 형사절차상 전자증거개시에 있어서는 법원이 상당한 재량을 갖는다고 보았다.

라. United States v. Hill[135] 외[136]

이 사건에서 검찰은 피고인의 집에서 찾은 2개의 100MB zip 디스켓, 1000장이 넘는 아동 포르노 및 아동사진을 증거로 제출하고자 했다. 검찰 전문가는 포괄적인 포렌식 컴퓨터 분석을 Encase 소프트웨어를 사용하여 행하였고, 이 과정에서 위의 이미지들을 발견하였다. 피고인은 검찰측 전문가가 분석한 컴퓨터 매체의 복사본 두 개를 확보하여 피고인측 전문가가 포렌식 분석을 실시하고, 그에 따라 그의 변호인이 변호를 준비하고자 하였다. 검찰은 이와 같은 피고인의 요구를 거부하였으며, 그 대신에 FBI 사무실에서 그 매체를 보고 검찰실험실에서 분석을 실시할 수 있도록 허가했다. 하지만 피고측 변호인은 범죄사실과 관련된 문제에 대하여 관련 이미지 저장매체에 대한 면밀한 분석을 실시해야 한다고 주장하였다.

이에 대하여 캘리포니아 연방 지방법원은 "피고인의 변호사와 전문가가 사전에 핵심 증거에 접근하지 못하면 피고인이 정당한 변호를 받지 못할 것이다"라고 하면서 검찰로 하여금 Encase 증거파일 복사본을 피고인측에 개시해야 한다고 판결하였다.

Hill 법원의 판결에 따라 U.S. v. Frabizio 사건에서도 피고인은 모든 Encase 파일과 함께 하드 드라이브의 이미지를 생산하라고 요구했다. 검찰은 아동 포르노라고 믿고 있는 모든 이미지의 생산을 거부하였고, 다만 그 이미지들을 FBI 기관에서 검토할 수 있도록 하였지만 법원은 검찰의 제안을 기각하였다.

---

135) 322 F.Supp.1081(C.D.Cal.2004).

136) 채은선, 디지털포렌식을 통한 E-Discovery의 실용화에 관한 연구, 동국대 석사논문, 2008, 36-37면 참조.

마. U. S. v. Skilling[137]

이 사건에서 검찰은 피고인의 증거개시요구에 대하여 수백만 페이지에 달하는 자료를 작성하여 개시하였다. 이에 대하여 피고인은 검찰이 Brady 자료 - 즉, 피고인에게 유리한 자료 - 를 은폐하기 위한 것이라고 주장했다. 피고인은 검찰이 작성한 정보의 늪에서 무죄를 입증하는 자료를 성공적으로 찾아내는 것은 불가능하다고 주장했다. 이러한 피고인의 주장에 대하여 법원은 실용적인 접근방법을 취하면서 피고인의 주장을 기각하였다.

법원은 검찰에 대해서 open file 작성시에는 합리적인 조치를 취해야만 한다는데 초점을 맞추면서, 검찰이 데이터 dump내의 파일을 검색할 수 있고, 피고인의 사건에 잠재적으로 연관성이 있거나 그 사건에 있어서 중요하다고 생각하는 일련의 "hot document"를 작성하여 제출했기 때문에 합리적인 조치를 취했다고 판단했다. 또한 법원은 검찰이 잠재적으로 무죄를 입증하는 자료를 확인하는데 있어서 피고인보다 더 나은 지위에 있지 않다고 강조하였으며, 이러한 관점에서 그와 같은 data dump를 용인할 수 없게 만드는 요소가 있다는 점을 인정했다. 즉, ⅰ) 피고인의 검토를 방해하기 위해 무의미하거나 불필요한 자료들을 덧붙여서 open file을 작성하는 것, ii) 접근이 지나치게 부담스런 방대한 파일을 작성하는 것, iii) 그것을 은폐할 목적으로 엄청난 분량의 파일안에 무죄입증자료를 넣어두는 것 등의 요소[138]가 존재하는 경우에는 검찰이 Brady 의무를 위반한 것이지만, 본 사건의 경우에 있어서는 이러한 요인들이 존재하지 않았기 때문에 검찰이 Brady 의무를 위반했거나 악의로 행동한 것이 아니고, 따라서 피고인의 주장을 기각한다고 판결하였다.[139]

137) 554 E.3d 529(5th Cir. 2009).

138) Uunited States v. Skilling, 554 E.3d 576.

139) Uunited States v. Skilling, 554 E.3d 577.; Justin P.Murphy, "E-Discovery in Criminal Matters - Emerging Trends & The Influence of Civil Litigation Principles", The Sedona Conference Journal, Vol.11. 2010, pp.259-260.

바. 형사상 전자증거개시 관련 미 법원 판례 경향

앞서 기술한 바와 같이 미연방 형사사건에 있어서 전자증거개시와 관련한 판례들이 간혹 나타나고는 있지만 형사상 전자증거개시가 일반적인 경향으로 자리잡았다고 볼수는 없을 것 같다.

다만 위에서 살펴본 형사상 전자증거개시와 관련한 판례들을 보면, 민사상 전자증거개시에 관한 일련의 규칙들에 의존하고 있다는 것을 알 수 있다. 그리고 원칙적으로 형사상 전자증거개시에 있어서도 민사상 전자증거개시 규정이 적용되어야 하고, 적용할 수 있다는 점을 강조하고 있다. 이러한 기본적인 입장과 해석에 따라 형사상 전자증거개시에 있어서 검찰의 전자정보 보존의무를 인정하고 있고, 그 위반시 기소대배심에 있어서 검찰로 하여금 기소상 불이익을 감수하도록 하고 있을 뿐만 아니라, 전자정보에의 접근을 거부하는 것은 피고인의 변호권에 대한 침해라고 보고 있다. 또한 방대한 분량의 전자정보를 아무런 조치 없이 개시함으로써 피고인이 자신의 방어에 필요한 정보를 확보할 수 없게 하는 것도 피고인의 개시권한을 침해하는 것으로 판단했다. 그리고 검찰이 활화산처럼 뿜어내는 방대한 분량의 전자증거개시로 말미암아 형사절차가 과도하게 지연되는 것 역시 피고인의 자유를 침해한 것으로 보아 소송을 기각하기도 하였다.

즉, 형사상 전자증거개시에 있어서도 별도의 명시적인 입법규정이 마련되기 전까지는 이미 수년간의 고민과 논의 끝에 입법화된 민사상 전자증거개시규정을 존중하여 형사절차에 맞게 해석하여 적용하고 있음을 볼 수 있었다. 따라서 민사상 전자증거개시와 마찬가지로 당사자의 보존의무를 인정하며, 자료제공 형태가 개시의 목적에 부합해야 하고, 전자정보의 특성에서 비롯되는 개시부담에 대한 형사절차상의 책임을 인정하는 등 형사상 전자증거개시의 기준을 하나씩 정립해 나가고 있다고 보여진다.

2. 형사상 전자증거개시 관련 규정

전자증거개시는 민사절차에서 비롯되어 발전되어 왔기 때문에 민사실무를 위주로 절차와 규칙들이 만들어져 왔다. 더욱이 아직까지는 형사절차상 전자증거

개시에 대한 논의가 본격적으로 이루어지지 않고 있고, 다만 민사절차의 규정들을 준용하여 해석하는 수준에서 전자증거개시의 문제가 다루어지고 있기 때문에 형사상 전자증거개시와 관련하여 명시적인 법규정이 만들어진 예는 아직까지는 찾아볼 수 없었다.

다만 전자증거개시가 가장 활발하게 행해지고 있는 미국의 경우, 최근 들어 형사상 증거개시절차에 있어서 전자증거의 개시여부가 문제되면서 민사상 절차와 규범들을 형사절차로 도입하려는 시도들이 있다. 하지만 여전히 미 연방형사소송규칙 §16 또는 18 U.S.C. §3500에 규정된 증거개시규정에는 검찰 또는 피고인으로 하여금 전자적인 형태로 증거개시자료를 작성하도록 요구하는 내용은 존재하지 않는다. 원칙적으로 형사절차상 증거개시에 있어서는 검찰과 피고인이 각각 작성형태에 관한 최종 통제권을 보유하고 있기 때문이라 할 수 있다. 하지만 점차적으로 형사실무상 증가하고 있는 전자증거와 관련하여 전자증거개시를 필요로 하지만 특별한 규칙과 절차가 없는 관계로 사례별로 전자증거개시를 부분적으로 행하고 있는 것이 현실이다.

이와 관련하여 미국내에서 형사실무상 서면자료의 전자개시에 관한 모범실무규칙을 오클라호마주 서부지방법원에서 마련하여 제시하고 있다.[140] 모든 형사사건에 적용가능한 모범실무로 지칭된 이 지침은 주 형사규칙으로 활용된다고 하고 있다. 현재로서는 미국 오클라호마주 법원에서 마련하고 있는 "형사실무상 서면자료의 전자개시에 관한 모범실무규칙"이 형사상 전자증거개시와 관련한 유일한 규정이라 할 수 있다. 따라서 그 내용을 간단히 살펴보면 다음과 같다.

1) 주 형사규칙 제16조에 따라 그리고 제16.1조의 증거개시 협의시까지는 미연방지방검찰청과 피고측 변호인은 그 사건에 있어서 문서자료에 대한 전자증거개시가 적절한가의 여부에 관하여 논의해야 할 것이다. 미연방지방검찰청과 피고측 변호인은 다음의 문제를 특히 다루어야만 한다.

가) 개시할 수 있는 문서류와 유체 증거물의 성격과 분량

140) United States District Court For The Western District of Oklahoma, General Order Regarding Best Practice For Electronic Discovery of Documentary Materials In Criminal Cases, 2009.8.

나) 정부와 피고측 변호인의 소송지원(litigation support)능력

다) 최초 증거개시 산출을 위한 정부와 피고인의 현재 활용가능한 재원과 예상기간

라) 적절한 경우 - 특히 방대한 분량의 문서를 수반하는 경우 - 피고측 변호인이 전자적인 형식 또는 다른 형식으로 산출하기를 원하는 증거를 검토하고 문서를 선택할 시간대와 절차

마) 정부는 자신의 비용과 전자적인 형태로 증거개시의무가 있는 모든 증거를 작성해야 할 것이다.

바) 사적으로 보유한 변호인 또는 법원이 지명한 변호인이 있는 사건인 경우, 당사자들의 선호, 실행계획, §6(e)의 문제들은 변호에 있어서 피고측에 의해 감당되어야 할 비용과 서류상의 증거를 복제하거나 스캐닝하기 위한 상업적인 회사의 서비스 활용을 수반한다.

사) 정부와 피고측 변호인은 표준적인 PDF 형식으로 전자증거개시를 작성할 것이다. 이러한 형식의 파일작성은 일반적으로 250면에서 500면을 넘지 않는 규모의 batch file을 수반할 것이다.

아) 제3자에 의해 제공된 오디오와 비디오 파일에 대한 전자증거개시를 수반하는 접근문제가 발생하면, 정부와 피고측 변호인은 그 자료를 보는데 필요한 보유 소프트웨어를 제공하거나 디스플레이 형식을 고안하기 위해 함께 노력해야 할 것이다.

2) 정부측 또는 피고측 변호인은 반대당사자에 의해 제공된 전자증거개시를 검토하는 것을 돕기 위해 그 자료의 출처와 성격을 확인할 수 있는 일반적인 색인정보를 제공해야 할 것이다. 이 모범실무는 당사자에게 전자적인 형태로 작성된 모든 문서를 나타내는 완벽하게 상세한 색인을 만들도록 요구해서는 안된다. 오히려 당사자는 작성된 전자파일내에 다양한 유형의 증거개시 항목을 확인할 수 있도록, 전자증거개시자료를 포함하는 CD 또는 그에 수반하는 문서 안에 일반적인 색인자료를 제공해야 할 것이다.

3) 미연방지방검찰청과 피고측 변호인은 내부문서로 고려되는 모든 정보, 또

는 특권이 부여되어 있거나 법에 의해 개시할 수 없도록 되어 있는 증거를 작성하지 않을 권리를 보유한다.

4) 증거개시 협의에 있어서 당사자들은 외부 회사에 의한 서면자료의 복제와 스캐닝, Bates numbering과 같은 방대한 증거개시를 다룸에 있어서 가능한 비용분담수단을 선의로 논의하고 고려해야 할 것이다.

5) 당사자들은 그 증거가 상업적인 회사에 의해 보유되는 경우, 조세비밀 요건 또는 의료비밀요건의 대상이 될 수 있는 문서의 공개를 확실하기 위한 적절한 조정을 하고 논의를 해야 할 것이다.

6) 이러한 실무는 형사사건에 있어서 증거개시의 일부로서 작성되어질 필요가 있는 기밀자료 또는 다른 국가보안정보의 취급하는데 있어서는 적용하지 않는다. 그러한 자료의 공개는 기밀정보절차에 의해 규제될 것이다.

제5장

형사상 전자증거개시제도 도입을 위한 제언

05

형사상 전자증거개시제도 도입을 위한 제언

제1절 입법론적 제언

1. 전자증거에 적합한 증거개시 제한사유의 명시

현행 형사소송법상 증거개시의 제한사유는 추상적인 예시규정으로 되어 있다. 즉, 국가안보, 증인보호의 필요성, 증거인멸의 염려, 관련사건의 수사에 장애를 가져올 것으로 예상되는 구체적인 사유가 그것이다. 이는 과거 종이문서 기반 증거개시에 대응하는 제한사유이기 때문에 전자증거개시에 고유한 개시제한의 필요성에는 대응하지 못하는 문제가 있다.

즉, 전자증거개시의 취지에 반하는 혹은 개시당사자에게 과도한 부담을 부과하는 경우에 있어서는 개시방법, 시기, 범위를 일정하게 제한할 수 있도록 할 필요가 있다. 예를 들어, 전자증거개시를 통해 입증에 필요한 전자정보를 얻을 목적 보다는 상대 당사자에게 과도한 부담을 지움으로써 개시권리를 행사하지 못하게 할 의도인 경우, 소송의 부당한 지연을 목적으로 하는 경우, 개시요청에 응해야할 당사자의 능력으로는 도저히 접근이 불가능한 전자정보를 요구하는 경우, 방대한 분량의 광범위한 전자정보를 무작위로 제출함으로써 사실상 개시에

필요한 전자정보를 확보할 수 없게 만드는 경우 등과 같이 전자증거개시절차를 부당하게 이용하고자 하는 경우에는 전자증거개시를 거부할 수 있도록 해야 할 것이다.

한편 개시요청을 받은 당사자가 불가능하지는 않지만 합리적으로 접근이 어려운 전자정보에 대한 개시를 해야 하는 경우, 요청받은 증거개시 결과를 산출하는데 과도한 시간과 비용이 요구되는 경우, 개시요청을 받은 자료 가운데 면책특권이 부여되는 자료나 개시되어서는 안되는 자료가 일부 포함되어 있는 경우에는 개시범위를 제한할 수 있도록 해야 할 것이다. 다만, 개시 대응 당사자가 개시요청을 받은 전자정보가 합리적으로 접근할 수 없는 자료라고 입증한 경우라 하더라도, 개시요청 당사자는 정당한 사유를 제시하는 때에는 법원의 명령에 의해 증거개시를 받을 수 있도록 해야 한다. 이 경우 법원이 고려해야 하는 정당한 사유란 다음과 같다. 첫째, 증거개시요청의 한정성, 둘째, 합리적으로 접근가능한 자료로부터 얻을 수 있는 자료의 양, 셋째, 존재할 것으로 생각되는 관련성 있는 자료 확보의 실패의 여부, 넷째, 합리적으로 접근가능한 소스로부터 얻을 수 없었던 관련성 있는 자료의 발견 가능성, 다섯째, 합리적으로 접근할 수 없는 자료로부터 얻을 수 있는 정보의 중요성, 여섯째, 소송에서 논점의 중요성 등을 고려하여 판단해야 한다.[141]

2. 증거개시의 필요성과 개시자료의 중요성에 대한 비례성 기준 확립

피고인들은 복잡한 형사상 전자증거개시문제에 대한 합리적인 판단을 구체화할 수 있는 기준을 필요로 한다고 볼 수 있다. 이는 개시요청 당사자의 입장에 있든 혹은 개시 대응 당사자의 입장에 있든 모두 마찬가지이다. 즉, 기존의 종이문서에 기반한 증거개시에서는 전혀 예상해 보지 못했던 내용과 분량과 형식을 갖고 있는 전자정보를 개시함에 있어서는 기존의 규정만으로는 해결할 수 없는 문제들이 제기되기 때문이다.

특히 전자정보의 복잡성과 방대한 분량은 증거개시 자체를 소송절차 보다 더

141) FRCP §26(b)(2) Advisory Committee Notes.

부담스럽게 만들 수 있을 만큼 소송당사자의 노력과 비용과 시간을 요구할 수 있다. 이러한 방대한 분량의 전자정보를 복구 및 처리하고, 개시를 위해 산출하는데 소요되는 비용과 부담을 능가하는 범죄사실 관련성과 증거개시의 필요성이 입증되는 경우에 한해서, 그리고 개시를 통해 제공받을 수 있는 전자정보가 당사자의 주장과 항변의 입증에 중요하다고 하는 합리적인 개연성이 있는 경우에 한해서 전자증거개시가 허용될 수 있도록 해야 할 것이다. 즉, 전자증거개시의 필요성과 개시자료의 중요성에 대한 비교형량을 통하여 개시의 범위를 판단할 수 있도록 하는 합리적인 비례성원칙이 제시될 필요가 있다고 할 것이다.

이와 관련하여 미국 법원은 피고인의 신청에 의거한 검찰측에 대한 전자정보 개시요청이 합리적인지의 여부, 해당 전자정보가 덜 제한적인 대체수단으로 부터는 이용할 수 없는 것인지의 여부, 개시요청이 선의로 행해진 것인지의 여부, 개시요청이 합헌적인지의 여부를 판단하기 위한 심문을 행할 것을 제시하고 있다.[142] 다만 검찰측이 보유하고 있는 전자정보와 관련하여 변호준비를 해야 하는 피고인의 권리보호라는 측면에서, 피고인으로부터 요청된 전자증거개시에 대해서는 특별한 고려가 필요하다고 할 것이다. 즉, 전자증거개시로 인하여 피고인의 헌법상의 권리가 침해되지 않는다는 것을 보장하기 위해서는, 기존의 종이문서를 기반으로 한 증거개시요청에 대한 고려를 넘어서는 추가적인 고려가 주어져야 할 것이기 때문이다.[143]

3. 전자증거개시 비용부담 원칙 확립

민사상 전자증거개시에 있어서 가장 중요한 문제가 개시비용의 부담, 그리고 과도한 개시비용 부담을 이유로 한 증거개시의 제한이라고 할 수 있다. 이와 같은 전자증거개시의 비용부담은 다만 민사상의 전자증거개시에만 그치는 것이 아니며 형사상 전자증거개시에도 마찬가지로 존재한다. 단지 검찰의 경우에는 내부직원인 디지털 포렌식 전문가에 의해 전자증거개시를 위한 기술지원을 받을

142) Daniel B. Garrie/Daniel K.Gelb, “E-Discovery in Criminal Cases : A Need for Specific Rules”, 43. Suffolk U. L. Rev. vol.XLIII, 2010, p.414.

143) Daniel B. Garrie/Daniel K.Gelb, ibid., p.416.

수 있다는 점에서, 전자증거개시와 관련한 외부 전문기술인력을 고용하거나 전자증거개시 관련 업무를 위부 전문회사에 위탁해야 하는 민사상 당사자와는 그 부담의 정도에 있어서 차이가 있을 뿐이다. 하지만 검찰 내부의 디지털 포렌식 전문가들의 주 업무는 디지털 증거의 압수수색과 관련한 업무일 뿐만 아니라 그 인력도 소수이기 때문에 이들에게 전자증거개시와 관련한 기술지원업무를 부담하도록 하는 것은 과도한 업무과중을 초래할 수도 있다. 전자증거개시로 인한 검찰의 업무부담도 이러한데 피고인의 부담은 더 말할 나위가 없다. 통상의 경우 변호인을 선임할 비용도 감당하기 어려운 피고인에게 전자증거개시를 위한 전문기술인력의 지원을 받을 수 있는 비용을 감당하라고 하는 것은 전자증거개시를 통하여 확보할 수 있는 자신의 권리를 포기하라고 하는 것과 같은 말이 될 수도 있는 것이다.

따라서 형사상 전자증거개시로 인하여 발생하는 비용은 원칙적으로 국가가 부담하는 것이 바람직하다고 할 것이다. 다만 전자증거개시를 통해서 확보할 수 있는 전자정보가 당해 사건의 입증에 있어서 어느 정도의 중요성을 갖고 있고, 개시요청 당사자의 개시요구가 합리적인 범위내에 있을 경우에 한해서만 국가가 부담해야 할 것이다. 만약 전자증거개시를 요청한 당사자가 - 검찰이든 피고인이든 간에 - 정확한 개시의 목적이나 범위에 대한 고려 없이, 무작정 상대방이 보유하고 있는 모든 전자정보에 대하여 일단 개시를 요구해놓고 그 가운데서 자기에게 필요한 정보가 걸리기만 바랄 의도로 개시를 요구하는 경우에는 개시를 거부하는 것이 타당하지만, 만약 개시를 했다면 그 비용은 개시요청당사자가 부담하도록 하는 것이 합리적이라 할 것이다.

4. 전자증거개시의 남용가능성 차단을 위한 제재수단 마련

현재 전자증거개시제도를 시행하고 있는 미국의 경우 이 제도의 남용에 대한 우려가 제기되고 있다. 즉, 적법한 소제기와 증거개시를 가장하여 개시요청을 이행해야 하는 당사자의 개인적인 시간을 낭비하게 할 뿐만 아니라, 외부 전문가를 고용하고 전문적인 전자증거개시도구를 이용해야 하는 기술적 지원에 막대한 비용을 부담하게 하고, 심지어는 독점권을 가지고 있거나 비밀 유지를 요하

는 데이터에 대한 개시명령을 얻어내서 사생활을 침해하거나 기업에 손해를 초래하는 경우가 발생하고 있기 때문이다.

형사절차상 전자증거개시에 있어서도 이와 같은 우려를 배제하기는 어렵다고 할 것이다. 즉, 검찰이 보유하는 전자정보를 모두 개시하도록 요구하거나 디지털 포렌식 절차를 거쳐 산출된 방식으로 개시하도록 요구하는 경우, 단순히 검찰의 업무부담의 가중에서 그치는 것이 아니라 국가적인 비용손실을 초래할 우려가 있다고 할 것이다. 마찬가지로 검찰이 피고인에게 개시를 요청한 전자정보의 범위가 합리적인 범위를 벗어나게 되면 피고인의 시간과 노력 및 비용과 관련하여 비정상적인 부담을 지우게 함으로써 피고인의 헌법상 권리를 침해할 수도 있다.

따라서 전자증거개시를 요구한 당사자의 개시요청의 내용과 범위에 비추어 전자증거개시의 남용이라고 판단되는 경우, 개시를 거부할 뿐만 아니라 일정한 제재를 가할 수 있는 근거규정이 마련될 필요가 있다. 즉, 국민참여재판과 같이 배심원에 의한 판단이 이루어지는 경우에 있어서는 민사상 제재와 같은 부정적 추론의 허용도 하나의 제재가 될 수 있으며, 증거제출금지 등을 통해 사실상 불이익을 가할 수도 있을 것이다.

그리고 남용여부에 대한 판단에 있어서 당사자간 이의제기가 있는 경우, 법원의 판단을 통해 전자증거개시 남용에 대한 판단기준을 확립해 나갈 필요가 있을 것이다.

5. 증거개시대상이 되는 전자정보의 보존의무 규정 도입

민사상 전자증거개시에 있어서는 소송이 예측되는 시점에서 이미 관련 전자정보를 보존해야 할 의무가 부과되고 있다. 하지만 형사절차상 개시대상이 되는 전자정보는 특정 사건과 관련하여 수집·분석되기 때문에 일상적인 업무과정에서 작성·생성·유지되는 민사상 전자정보와 동일한 보존의무를 부여하기는 어렵다.

일반적으로 형사절차상 전자증거가 증거로서 허용되고, 증명력을 부여받기 위해서는 무결성과 진정성, 그리고 보관의 연속성이 인정되어야 한다는 점에서 비

추어 볼 때, 수사기관의 입장에서는 해당 사건과 관련한 모든 전자정보에 대해서 파기, 훼손, 변경 등을 방지하고 보존할 의무가 있다고 할 것이다. 이러한 검찰의 보존의무와 관련하여 미국 연방순회항소법원 판례들은 이미 검찰이 민사소송의 당사자와 동일한 보존의무의 규제를 받을 수 있다고 판시하고 있으며, 앞서 기술한 바와 같이 미국 연방 법무부도 공개가능한 전자정보는 사건파일안에 유지하거나 수사와 연계된 방식으로 보존되어야 한다고 지시하고 있을 뿐만 아니라 증인심문의 원본기록도 보존해야 한다고 보고 있다.[144)]

결국 전자정보는 그것을 보유하는 당사자가 얼마나 무결한 상태로 원본 그대로 보존하느냐에 따라 증거의 가치가 달라질 수 있기 때문에, 전자증거개시에 있어서도 그것이 민사절차이든 형사절차이든 당사자의 보존의무의 중요성이 강조될 수 밖에 없다고 할 것이다. 더욱이 형사절차에 있어서는 개시되어야 할 전자정보의 상실로 말미암아 개인의 자유와 재산이 위태로워지는 경우가 발생할 수 있다는 점을 고려하면, 증거개시를 목적으로 한 보존의무를 검찰에 대해서 적용해서는 안된다고 할 합리적인 이유는 없을 것으로 보여진다.

제2절 정책적 제언

1. 국선전담변호사와 같은 방식의 국선전담 E-Discovery 기술전문가의 지원 및 활용방안 모색

현행 형사절차에 있어서는 변호인의 조력을 받을 능력이 없는 피고인을 위하여 국가에서 국선변호인을 선임하여 줌으로써 피고인의 변호능력을 보완해주고 있다. 피고인의 입장에서는 법률전문가이면서 국가의 공권력을 배경으로 하는 검찰과 당사자로서 법정에서 대립하기 위해서는 동등한 법률전문가인 변호인의 지원이 필요하기 때문이다.

이와 마찬가지로 전자증거개시에 있어서도 피고인의 부족한 능력을 보완해줄

144) Norman,C. Simon/Brendan M. Schulman/Samantha V.Ettari, “E-Discovery Holds Strategies for Criminal Defense”, Law Technology News,

수 있는 전문기술인력을 지원해 줄 수 있는 방안을 모색해 보는 것도 가능하다고 본다. 전자증거개시에 있어서는 피고인 자신이 보유하고 있는, 혹은 제3자로부터 제공받은 전자정보를 개시하는 경우 뿐만 아니라 개시절차를 통해 검찰로부터 제공받은 전자정보를 확인하고 분석하는데 있어서 전문적 기술의 지원이 없이는 실효적인 정보를 찾아내는 일이 대단히 어렵다고 할 수 있다. 이러한 경우 국가로부터 기술적 지원을 받게 된다면 보다 효과적으로 자신의 주장과 항변을 제기함으로써 실효적 변호가 가능하게 될 수 있다.

이를 위해 생각해 볼 수 있는 방안은 법률구조공단내에 전자증거개시를 위한 기술지원부서를 마련하여 상근 전문기술인력과 자원봉사 형태의 전문기술인력풀을 활용할 수 있도록 하는 것도 고려해볼 여지는 있다고 본다. 우리 사회가 전세계적으로 최고의 IT 인력을 보유하고 있다고 해도 과언이 아닌 상황에서 고급 IT 전문인력의 활용 분야를 넓힘과 동시에, 전세계적으로 이미 하나의 산업분야로 급속한 성장을 하고 있는 E-Discovery 산업의 현실을 감안할 때, 형사상 전자증거개시를 위한 전문기술인력지원은 충분한 가능성이 있다고 생각한다.

2. 전자증거개시를 위한 별도의 저장보관소 마련

전자증거개시가 안고 있는 가장 큰 문제 가운데 하나가 개시대상 전자정보의 분량의 문제이다. 즉, 방대한 분량의 전자정보를 피고인에게 혹은 검찰에게 개시해야 하는 경우에 있어서 제공받는 것 조차 부담이 될 경우가 있을 수 있다. 또한 피고인과 검찰이 상호 거리적으로 먼 경우 방대한 분량의 전자정보를 제출하기 위해 장소적 이동이 이루어져야 하는 경우도 있을 수 있다.

이와 같이 개시해야 할 전자정보의 분량으로 인한 부담을 줄이기 위해서는 증거개시자료를 업로드할 수 있는 별개의 저장 장소를 온라인상에 마련하는 것도 고려해 볼 수 있다. 일일이 전자정보를 저장매체에 저장하는 노력과 비용을 줄이고, 이를 상대 당사자에게 전달하기 위한 운송비용까지 절약할 수 있다는 점에서 온라인 전자증거개시 저장소의 설치는 충분한 가치가 있다고 보여진다. 물론 범죄의 증거라는 점에서 철저한 보안이 무엇보다 중요하게 고려되어야 하는 것은 당연하다고 할 것이다.

증거개시를 위한 온라인 저장소에 대한 완벽한 보안이 불가능하다는 점이 불안하다면, 오프라인 저장소의 설치도 가능할 것이다. 즉, 검찰 내부가 아닌 외부의 일정한 시설에 전자증거개시를 위한 전문설비를 갖추게 되면, 검찰이 개시한 전자정보를 피고인이 해당 장소에 와서 직접 열람하고 필요한 경우 직접 복제해 갈 수 있도록 하는 것이, 피고인에게 모든 개시대상 전자정보를 매체에 저장해서 넘겨주는 것 보다는 효과적인 개시방법이라 할 것이다. 물론 이 경우 해당 정보에의 접근은 피고인 또는 피고측 변호인으로 하여금 사전에 검찰로부터 접근권한을 허가받은 후 부여받은 인증서를 통해서만 접근이 가능하도록 함으로써 엄격한 접근제한이 이루어져야 한다.

제3절 기술적 제언

1. 형사상 전자증거개시에 적합한 EDRM(Electronic Discovery Reference Model)의 확립

EDRM은 전자적 자료(ESI)의 무결성을 보장하기 위해 개발된 프로토콜로서, 법률가들의 엄격한 감독하에 IT 전문가들에 의해 이행되어지고 있다. 소송당사자들이 EDRM 프로토콜을 수행하는 경우 불합리한 비용과 관련 법적 분쟁을 최소화할 수 있다는 이점이 있다.[145]

다만 EDRM은 본래 민사상 전자증거개시를 위해 개발된 것으로 미국 연방민사소송규칙에서 명시하고 있는 전자증거개시 요건들을 효과적으로 준수하기 위한 절차를 표준화한 것이기 때문에 형사상 전자증거개시를 위한 절차적 표준으로 활용하는데는 적합하다고 보기 어렵다.

다만 수사기관별로 적법절차에 따라 전자증거를 수집, 분석 보관함으로써 전자증거의 증거가치를 높이고 전자증거의 무결성과 진정성을 확보하고자 “디지털 증거처리 표준 가이드라인”을 만들고, 디지털 증거의 압수수색절차상 무결성 확보를 위해 “디지털 증거 분석 및 처리지침”을 마련하는 등, 디지털 포렌식도구

145) 한국 EMC컨설팅, 앞의 책, 33면.

에 대한 표준화 작업이 수사기관인 경찰과 검찰을 중심으로 이루어져 왔던 경험에 비추어 볼 때, 앞으로 불가피하게 직면할 수 밖에 없는 전자증거개시와 관련하여서도 비록 법률이 개정되지 않은 상태라 할지라도 미리 민사상 EDRM에 준하는 형사상 전자증거개시에 적합한 절차적인 표준을 마련하는 것이 요구된다고 할 것이다.

형사상 전자증거개시에서 요구되는 EDRM은 민사상 EDRM의 프레임워크인 정보관리, 식별, 보존, 수집, 처리, 검토, 분석, 산출을 그대로 이용해도 되지만, 각각의 절차별 기능과 세부내용구성에 있어서는 형사절차의 특성을 반영한 표준지표들이 제시되어야 할 것이다. 특히 수사기관에 의한 전자증거개시에 있어서는 그 이전 단계인 디지털 포렌식 절차와 연계하여 전자증거의 무결성과 신뢰성 등을 유지할 수 있는 모델이 구축되어야 할 것으로 생각한다.

2. 형사상 전자증거개시절차에 필요한 기술적 요소

민사상 전자증거개시가 의무화되면서 E-Discovery 소프트웨어, 기술, 그리고 서비스 등 E-Discovery 시스템에 대한 수요가 급증하고 있다. 그리고 기업들도 E-Discovery 시스템을 구매함으로써 소송유지, 파일 수집 및 처리, 법률적 검토 행위에 대한 통제를 내부적으로 수행하는 것이 가능해짐으로써 아웃소싱으로 인해 발생할 수 있는 위험부담과 비용부담을 상당부분 절감하는 것이 가능하게 되었다.[146] 이와 같은 민사상 전자증거개시를 위한 E-Discovery 시스템의 개발과 발전에 비추어, 형사상 전자증거개시에 있어서 구축되어야 할 E-Discovery 시스템의 필수적인 기술 요소로 검토되어야 할 것이 무엇인지 제시해 보고자 한다.

가. 디지털 포렌식적 수집 기능

형사절차상 제시되는 전자증거는 이미 압수·수색단계에서 디지털 포렌식도구

146) 2008년 Verizon의 Patric Oot는 내부 E-Discovery 시스템을 구축하여 1년에 법적 비용으로 400만 달러를 절감했고, 향후 3년 동안 비즈니스적 관점에서 투자에 대한 395% 회수가 가능할 것으로 예측했다 :한국 EMC 컨설팅, CEO E-Discovery를 고민하다, 2011, 120면.

와 절차에 의해 수집·저장·분석·보관되어지고 있다. 이와 같이 디지털 포렌식에 의해 확보된 전자증거를 개시하는데 있어서도 포렌식적 기능을 통하여 개시의 실효성을 확보하는 것이 필요하다고 본다. 즉, 앞에서도 기술한 바와 같이 범죄관련 전자정보는 피고인에 의해 혹은 제3자에 의해 삭제되거나 은닉되어지거나 경우에 따라서는 온라인 곳곳에 분산되어져 있을 가능성이 크기 때문에 이러한 전자정보들을 찾아내서 퍼즐식으로 맞추어야 할 필요성이 있기 때문이다. 따라서 형사상 전자증거개시를 위한 도구는 일반 파일 뿐만 아니라 삭제된 파일, 비할당 영역, 논리 볼륨, 각종 장치, 네트워크 공유, RAM 등과 같은 원격 데이터에 대한 캡쳐기능을 갖추어야 할 것이다.[147]

나. 연관성 탐색 기능

형사절차상 확보된 전자증거에는 범죄사실과 직접적으로 관련된 것도 있을 수 있지만, 그러한 사실을 정황적으로 뒷받침해주는 간접적인 내용을 가진 전자정보도 포함되어 있을 수 있다. 이와 같이 외견상으로는 범죄사실과 무관 혹은 유관해 보이지만, 실질적으로는 피고인과 범죄사실과의 연관성 또는 무관계성을 매개 내지 입증해 줄 수 있는 다양한 유형의 전자정보를 찾아내는 것도 전자증거개시에 있어서 필요한 기능이라 할 수 있다.

형사절차와 관련있는 전자정보나 이메일 및 은닉 내지 분산데이터 간에 연관성을 찾아낼 수 있는 기능이 있다면 법률적인 검토나 분석을 효과적으로 진행하는데 있어서 도움이 될 것이다. 즉, 전자정보간의 연관성, 전자정보 작성자·검토자·관리자간의 연관성, 이메일 송수신자간의 연관성, 이메일 송수신 시간간의 연관성, 이메일 송수신 위치간의 연관성, 은닉데이터의 장소적·시간적·내용적 연관성, 삭제된 데이터의 삭제시기·삭제방법 등의 연관성 등 전자정보간의 다양한 연관성을 탐색해 낼 수 있는 기반 기술이 필요하다. 그리고 대부분의 연관성 분석기술은 데이터를 나타내는 패턴에 관심을 갖고 이를 찾아내는 방식인데, 이와 달리 대부분의 데이터와 다른 소수 또는 일부를 찾아내는 아웃라이어 판별

147) 김영수/홍도원, "E-Discovery 솔루션 현황", IT 기획시리즈, 정보통신산업진흥원, 2011.9. 17면.

기술(Outlier Discovery)도 형사상 전자증거개시에는 유용한 기술이 될 수 있을 것으로 보인다. 예를 들어 크래커들이 사용하는 명령어는 일반적인 정상 사용자들이 사용하는 것과 다를 수 있다. 이러한 아웃 라이어 판별기술은 이미 통계학 분야에서 개발되어 있고, 일정한 통계적 분포를 기반으로 한 알고리즘이 개발되어 있다. 하지만 많은 경우 사용자가 자신이 이용하려는 데이터 분포를 알지 못하기 때문에 데이터베이스 분야에서 거리기반 아웃라이어 판별 알고리즘이 개발되어 있다.[148]

다. 검색 및 인덱스 기능

전자증거개시의 대상이 되는 방대한 양의 전자정보로부터 원하는 정보를 찾아내기 위해서는 검색에 많은 시간과 비용을 투자하게 된다. 따라서 신속하고 정확한 정보검색기술은 소송준비의 노력과 비용 및 시간을 최소화하는데 가장 중요한 기술이라 할 수 있다. 따라서 백업과 아카이브 그리고 파일서버에서 원격 랩톱컴퓨터에 이르기까지 모든 시스템을 캡쳐하여 전자정보를 검색해야 하고, 법적 문제에 영향을 줄 수 있는 형식의 문서 뿐만 아니라 그 문서의 메타데이터도 검색하여 목록화해야 한다.[149] 이와 같이 검색을 거친 전자정보를 체계적으로 분류하여 목록화하고 이를 색인할 수 있는 기능도 요구된다. 상대 당사자에게 개시를 요구를 받은 전자정보를 제공할 때, 해당 전자정보의 전체적인 분류 목록과 색인을 제공함으로써 증거개시의 목적을 충실히 이행했음을 입증할 수도 있기 때문이다.

라. 보안기능

형사절차상 전자증거개시에 있어서 보안문제는 민사절차의 경우와는 차원이 다르다. 증거로 활용될 수 있는 전자정보에는 형사절차와 관련한 피고인의 행위

148) 홍도원 외, e- Discovery 기원기법에 관한 연구 2010년 기술백서, 한국전자통신연구원, 2011, 146-147면 참조.

149) 한국 EMC컨설팅, 앞의 책, 122-123면 참조.

사실을 보여줄 수 있는 모든 관련정보들이 포함될 수 있고, 특히 개인의 사적인 비밀과 형사처벌 전력 등과 같은 사실은 잘못하여 노출될 경우, 해당 범죄사실에 대한 유무죄판단과는 별개로 개인의 사회·경제적 지위와 가정 및 사회생활에 있어서 되돌이키기 어려운 피해를 유발할 수 있다는 점에서 보안유지가 무엇보다 중요하다.

따라서 전자증거개시에 활용되어질 E-Discovery 시스템에 대해서는 최고의 보안을 설정하여 접근권한이 부여된 사람 외에는 접근이 불가능하게 하여야 하며, 전자정보의 검색, 분류, 산출, 개시에 이르는 일련의 절차적 과정에 각각 보안인증시스템을 적용함으로써 책임의 소재를 분명히 할 필요가 있다고 할 것이다.

참고문헌

권종걸, “미국 연방 민사소송규칙상의 전자적 자료의 증거개시에 관한 연구”, 비교사법 제15권 4호, 2008.

김도훈, “전자증거개시에 관한 미연방법원판결의 검토 - Zubulale v. UBS Warburg LLC 사안을 중심으로 ”, 법학연구 통권 제35호, 2007.

_____, “증거개시절차상 메타 데이터의 취급에 관한 소고”, 인터넷 법률 통권 제43호, 2008.

_____, “증거개시절차상 일시적 데이터의 취급에 관한 소고 - 일시적 데이터의 보존의무를 중심으로”, 법학연구 제18권 3호, 2008.

_____, “미국 증거개시절차상 전자증거의 인멸에 관한 연구”, 중앙법학 제11집 제1호, 2009.

_____, “미국에서의 메타데이터와 변호사윤리에 관한 논의”, 법학연구 통권 제43호, 2009.

김영수/신상욱/홍도원, “ESI 관점에서의 E-Discovery”, 정보통신산업진흥원 주간기술동향 제1463호, 2010.

김영수/신상욱/홍도원, “FRCP와 E-Discovery”, 정보통신산업진흥원 주간기술동향 통권 제1467호, 2010.

김종호, “전자소송시스템하에서 전자적으로 저장된 정보에 대한 증거현출 및 조사방법 - 미국의 입법례와 세도나 원칙을 중심으로 - ”, 법학연구 제51권 제4호, 2010.

김희균, “미국법상 증거개시제도의 이론과 실제: 미국연방형사소송 실무를 중심으로”, 저스티스 통권 제87호, 2005.

심희기, “개정형사소송법의 증거개시 조항에 대한 비판적 고찰”, 형사법연구 제20권 제4호, 2008.

안정혜, “국제중재에서의 전자증거개시- 전자증거개시를 규율하는 규정의 제정

을 중심으로-", 중재연구 제20권 제2호, 2010.
이완규, "개정 형사소송법상 증거개시제도", 형사법의 신동향 통권 제10호, 2007.
이창훈/백승조/김태완/임종인, "E-Discovery를 위한 디지털증거 전송시스템에 대한 연구", 정보보호학회논문지 제18권 제5호, 2008.
조기영, "미국법상 형사증거개시제도에 관한 고찰 - 몇가지 쟁점에 대한 비교법적 시사점 -", 비교형사법연구 제10권 제1호, 2008.
최득신, 디지털포렌식 관점에서 본 증거개시제도 연구, 고려대 석사논문, 2008.
_____, "디지털 증거개시제도(E-Discovery)에 관한 고찰", 인터넷 법률 통권 제45호, 2009.
"한국 EMC 컨설팅, CEO, E-Discovery를 고민하다", 전자신문사, 2011.
한충수, "민사소송에서의 증거조사절차에 있어서 몇가지 문제점-정보 및 증거수집제도로의 인식전환을 위한 시론", 법학논총, 제27집 제2호, 2010.
황경환, "미국 민사소송법상 전자문서의 증거개시제도의 연구", 한양법학 제22집, 2008.
_____, "형사소송법상 증거개시제도에 대한 법적 소고 - 헌법적 평가 및 미국제도와 비교하여", 한양법학 제20권 제1집, 2009.

Dan H.Willoughby/ Rose Hunter Jones/Gregory R.Antine, "Sanctions for E-Discovery Violations:By the Numbers", Duke Law Journal vol.60, 2010.
Daniel B.Garrie/Daniel K.Gelb, "E-Discovery in Criminal Cases : A Need for Specific Rules", 43 Suffolk U. Law Review, 2010.
Erin Murphy, "Databases, Doctrine & Constitutional Criminal Procedure", Fordham Urb Law Journal, 2010.
Gavin Foggo/Suzanne Grosso/Jose Victor Rodriguez-Barrera, "Comparing E-Discovery in the United States, Canada, the United Kingdom, and Mexico", Committee on Commercial & Business Law Litigation, Section of Litigation, American Bar Association, newletter, vol.8, no.4., 2007.
Jack G. Conrad, "E-Discovery revisited : the need for artificial Intelligence beyond

information retrieval", Artif Intell Law, 2010.

James Tetteh Ami-Narh/Patricia A H Williams, "Digital forensics and the legal system : A dilema of our times", Australian Digital Forensic Conference 2008.

Jason R. Baron, "Law in the Age of Exabytes: Some Further Thoughts on Information Inflation and Current Issues in E-Discovery Search", Richmond Journal of Law and Technology, vol.17, 2011.

Joshua C. Gilliland/Thomas J.Kelley, "Modern Issues in E-Discovery", 42 Creighton Law Review, 2009.

Julie Cohen, "Look Before You Leap: A Guide to the Law of Inadvertent Disclosure of Privileged Information in the Era of E-Discovery", 93 Iowa Law Review, 2008,

Justin P. Murphy/Stephen M. Byers, "E-Discovery in the Criminal Context: Considerations for Company Counsel", White Collar Crime Report Vol.4. No.4, 2009.

Kelly R. Young, "Court Opinion Show Path Toward More Defensible Document Review", Modern Defensible Document Review, 2008.

Ken Strutin, "Databases, E-Discovery and Criminal Law", Richmond Journal of Law&Technology, vol. 15, 2008.

Norman C. Simon/Brendan M. Schulman/Samantha V. Ettari, "E-Discovery Holds Strategies for Criminal Defense", New York Law Journal, 3.25.2011.

Rachel K. Alexnader, "E-Discovery Practice, Theory, and Precedent : Finding The Right Pond, Lure, and Lines without going on a fishing Expedition", 56, South Dakota Law Reivew, vol.56, 2011.

Richard L. Marcus, "E-Discovery Beyond the Federal Rules", 37.Baltimore Law Reivew, vol.37, 2008.

Seth Berman, "Cross-border challenges for E-Discovery", Business Law International, vol.11 no.2, 2001.

The Task Force on the Discovery Process in Ontario, Guidelines for the Discovery

of Electronic Documents in Ontario, May 2008.

Thomas F. Goldman, Litigation Practice- E-Discovery and Technology, 2011.

Thomas Y. Allman, "Managing Preservation Obligations After the 2006 Federal E-Discovery Amendments", Richmond Journal of Law&Technology, Vol.13, 2007.

_____, "The Sedona Principles and the 2006 Federal Rule Amendments Addressing E-Discovery", The Federal Court Law Review, vol.1, 2006.

_____, "The Sedona Principles(Second Edition): Accommodating the 2006 E-Discovery Amendments", The Federal Courts Law Review vol.3, 2009.

_____, "The Sedona Principles(Second Edition):Accommodating the 2006 E-Discovery Amendments", The Federal Courts Law Review, Vol.3, Issue1, 2009.

United States District Court for the Western District of Oklahoma, General Order Regarding Best Practices for Electronic Discovery of Documentary Materials in Criminal Cases, February 2009.

Abstract

A Study on the Discovery of Electronically Stored Information(E-Discovery)

Tak Hee Sung

1. The discovery allows litigant to collect lawsuit related evidence and material from the other party and/or third party prior to proceedings: It can disclose lawsuit related information upon request of concerned parties without the court at either civil procedure or criminal procedure. The discovery was discussed to be offline evidence, for instance, documents and evidence material. In information society, digital evidence having a variety of drives under ubiquitous environment is being expanded so that online and network evidence has become more important than offline evidence is.

However, electronically stored information (ESI) for evidence may produce many problems because of its wide areas; for instance, excessive expenses, forgery and damage because of flexibility, recovery and access of the material deleted, delayed procedure because of professionalism and unnecessary disclosure of important material, and request for either specific equipment or specific programs because of invisibility and unreadable: Being different from paper made documents in the past, ESI evidence was needed to approach professionally and technically. As a result, a terminology of e-discovery made appearance to be main issue at civil procedure.

2. The e-discovery has expanded discovery from paper documents to ESI, and it has special regulations based on features of ESI. The e-discovery has features to differ from discovery: Firstly, discovery of ESI shall require supports from external professionals. Secondly, discovery of old data that discovery party is unable to make use can be done when reasonable access is evidenced. Thirdly, the one who asks for discovery may ask to investigate the other party's computer system on the spot. Fourthly, ESI that is dynamic can make change without third party's involvement: So, discovery shall be done subject to a certain level of preservation duty.

The ESI shall be used for e-discovery, and it has much more valuable information than document information has. The ESI exists in various types, and it can be divided into three; original copy data, meta data and image files. And, it can be classified depending upon type of the production: original file, database, spreadsheet, images, letter, ASCII code, conversion form, video & audio, paper document, automated litigation support (ALS) and online ESI storage.

3. Foreign e-discovery legislations are: In the United States, in 2004, division of the discovery of the Civil Rules Advisory Committee submitted a revised bill of the discovery including a series of courses: The committee opened a public hearing to collect opinions and to announce the bill by the Supreme Court of the United States after approval of the Senate Judiciary Committee. The bill was valid and effective as of December 1, 2006. In the UK, the Civil Procedure Rules has rules of e-discovery. In other words, Part 31 of the Civil Procedure Rules has regulated procedures of the discovery under provision of “Disclosure and Inspection of Documents”. But, the Civil Procedure Rules had no provision of e-discovery, and 31B of the Practice Direction, an affiliated rule, has regulated Disclosure of Electronic Documents. In Canada, no case of e-discovery was reported so that judicial precedent of e-discovery was not

developed. And, in Canada, Sedona Canada principle, e-discovery guideline and e-discovery order model were combined with existing judicial precedents to give a guide for application of e-discovery.

4. The criminal procedure has not procedural regulations and guides of methods and standards of e-discovery. However, ESI of the discovery has influence upon not only civil procedure but also criminal procedure, and criminal procedure needs to make use of ESI of the prosecutors to assure defendants of actual defence and to defend effectively. The ESI that prosecutors keep may include not only information that cannot be submitted to be an evidence but also information that defendants can submit as an evidence of not guilty. No supply of the information by discovery procedure may have great influence upon protection of Constitutional and procedural rights of the criminal defendants. The e-discovery has mismatching attribute with current Criminal Procedure Act. In other words, the Criminal Procedure Act has regulated that prosecutors shall submit documents as an evidence to do discovery: In other words, material that prosecutors do not submit as an evidence shall not be included in discovery. Therefore, e-discovery can be excluded in the beginning. And, limitation on discovery is not effective at e-discovery.

Lastly, e-discovery is done in relation to either crime facts or defendants so that discovery is much likely to contain information that is difficult to give the other party at discovery process. A standard of estimation of discovery shall be presented in accordance with e-discovery of criminal procedure that current discovery regulation is unable to include it. The e-discovery of criminal procedure shall differ from that of civil procedure. At first, e-discovery of the criminal procedure has the greatest limitation that keeping of no defect of e-discovery conflicts with discovery. And, e-discovery of the criminal procedure has limitation on professional's support and expense burden of e-discovery.

Lastly, e-discovery of the criminal procedure has limitation on punishment against damages of e-discovery.

5. In legislation, e-discovery shall be limited to take actions against paper document based discovery. When e-discovery is against its purpose or gives discovery party excessive burden, methods, time and scope of the discovery shall be limited. A legislative standard shall be made to judge complicated e-discovery of criminal procedure. The ESI may give burden to discovery because of complexity and enormous quantity than litigation procedure does: So, litigants shall make efforts and save time and expenses. E-discovery shall be permitted at following cases; 1) Not only crime facts but also discovery exceeds expenses and burden for recovery and processing of enormous quantity of ESI; 2) The ESI that is supplied by discovery is thought to be important to evidence concerned party's argument and defense. Therefore, the principle of proportionality shall be suggested to judge scope of the discovery by comparing needs of e-discovery and values of discovery material. The expense burden principle for e-discovery shall be made. Considering ability of criminal defendants, ESI of e-delivery shall be important to evidence a case, and the Government shall bear expenses and costs upon reasonable request of the ones who ask for delivery. Abuse of e-delivery shall be punished to clarify legislation of criminal e-discovery. In the United States, abuse of the system have a serious problem. When e-discovery is thought to be abused considering contents and scope of the one who asks for e-discovery, regulations shall be made to decline delivery and to punish.

The e-discovery policy may include court-appointed e-discovery professional such as court-appointed lawyer in favor of defendants who are short of money and time in accordance with the criminal procedure, and to help the defendants. Technology department of e-discovery shall be opened in Korea Legal Aid Corporation to employ not only full-time professionals but also

volunteer professionals. To lessen ESI of discovery, separate storage for upload of delivery material shall be produced online. Online e-discovery storage can lessen labor and expenses for storage of ESI in the media, and to save transportation cost to deliver documents to the other party, so that it is thought to be valuable.