



디지털 증거에 관한 형사소송법적 과제

- 전문법칙을 중심으로 -

NATIONAL ASSEMBLY RESEARCH SERVICE



디지털 증거에 관한 형사소송법적 과제

- 전문법칙을 중심으로 -

조서연(법제사법팀 입법조사관)

2018. 7. 26.



국회입법조사처
NATIONAL ASSEMBLY RESEARCH SERVICE

NARS

동 보고서는 아래와 같은 절차와 외부전문가의 자문을 거쳐 작성되었습니다.

구분	내용
주제 선정	2018. 2.
초고 작성기간	2018. 4. 20. ~ 2018. 6. 7.
초안 검토	법제사법팀 심정희 팀장
실무위원회 검토	2018년 6월 22일(금) 오후 3시 - 실무위원: 김영일 정치행정조사실장 김원모 정치행정조사심의관 박규찬·심정희·유웅조·이상팔 팀장
외부전문가 자문	1. 전문가: 권양섭 교수(군산대학교 법학과) 2. 요청일: 2018. 6. 15. 3. 답변일: 2018. 6. 21.
간행물 심의위원회 의결	2018년 7월 3일(화) 17시 - 위원장: 이내영 국회입법조사처장 - 위 원: 김영일 정치행정조사실장 고상근 경제산업조사실장 이신우 사회문화조사실장 박태형 기획관리관

요 약

과학기술의 발전으로 형사사건의 수사 및 재판에서도 종래부터 증시되어 오던 ‘진술’에 의한 증거 뿐만 아니라 ‘디지털 증거’의 가치가 점차 높아지고 있다.

디지털 증거란 ‘디지털 형태로 저장되거나 전송되는 증거가치 있는 정보’로서 비가시성·비가독성, 무한복제성, 취약성, 익명성의 특징을 보이며, 이 때문에 법정에서 증거로 활용되기 위하여는 진정성 또는 무결성, 신뢰성 등의 선결 요건을 갖출 것을 요구하고 있다.

「형사소송법」에서는 어떤 사실을 직접 체험한 사람의 진술이 다른 사람의 진술이나 서류 등의 형태로 간접적으로 제출되는 진술증거인 ‘전문증거’는 증거능력이 부정된다는 ‘전문법칙(傳聞法則)(제310조의2) 및 그 예외(제311조부터 제316조)’를 규정하고 있는데, 대법원은 진술 내용이 담긴 디지털 증거의 경우에도 전문법칙 및 그 예외 규정의 적용을 받게 된다는 점을 인정하고 있다.

그러나, 현행 「형사소송법」 체계상 디지털 증거의 중요성에도 불구하고 그 증거능력 인정 부분에 관해서는 상당 부분 입법상 공백이 있는 것으로 보인다. 즉, ‘진술서’나 ‘진술을 기재한 서류’ 부분에 진술 내용 등이 정보저장 매체에 저장된 것을 포함한다는 규정(제313조)을 두고 있을 뿐이고, 디지털 증거가 전문법칙 전반의 적용을 받는지 여부에 관해서는 명시적 규정이 없다. 또한, 전문법칙의 예외로서 증거능력을 인정받을 수 있는 절차에 관해서도 ‘진술서’의 진정 성립 인정 부분에서만 디지털포렌식을 언급하고 있는 등 디지털 증거의 적용범위 및 적용방법 측면에서 매우 제한적인 규정만을 두고 있는 상황이다.

미국에서는 증거능력에 관하여 상세한 규정을 두면서 이를 디지털 증거에도 적용하고 있고, 영국에서는 디지털 증거의 증거능력 규정을 두었다가 해당

조항이 증거능력 인정에 있어 지나치게 과학적 전문가에 의존하는 결과를 야기한다는 비판 아래 폐지되었다. 반면, 직접주의적 형사법 체계를 취하고 있는 독일에서는 명시적으로 전문법칙을 규정하고 있지는 않으나, 디지털포렌식과 관련하여 증거자료의 불변성을 요구하고 있다.

위와 같은 해외 입법례의 시사점을 참고하여 우리나라에서의 디지털 증거의 증거능력 인정과 관련한 입법적 대안을 제시하면 다음과 같다.

우선, 진정성 등 증거능력 인정을 위한 일반적인 선결요건을 법률에 규정하면서, 디지털 증거가 갖는 특성을 고려한 동일성·무결성·신뢰성을 증거법 체계에 포함시키는 방안을 검토해 볼 수 있다. 다만, 신뢰성 원칙의 운영에 관하여, 영국의 사례를 참조하여 증거능력 인정을 위하여 전문가에게 지나치게 의존하는 것은 지양하여야 한다는 점을 고려해야 할 것으로 보인다.

그리고, 전문법칙과 관련해서는 전문법칙을 선언하고 있는 「형사소송법」 제 310조의2에 ‘디지털 증거’도 적용대상에 포함된다는 점을 명확히 규정할 필요가 있다.

또한 ‘진술서’에 대한 진정 성립의 인정 방법에 관하여, 디지털포렌식 등을 진술에 보충적인 방식으로만 인정할 것이 아니라 진술과 선택적인 방법으로 규정하면서, ‘진술서’ 뿐만 아니라 ‘진술을 기재한 서류’에도 디지털포렌식 등에 의한 진정성립의 인정을 활용할 수 있는 방법을 고안할 필요가 있을 것이다. 아울러, 증거능력 인정을 위하여 공판정 외에서의 진술의 진실성이 제반 정황에 의하여 보장 될 것을 요하는 ‘특히 신빙할 수 있는 상황에서의 진술’ 요건의 필요성 여부에 대하여도 보다 심도있는 고찰이 필요하다.

마지막으로 업무상 필요로 작성한 통상문서에 대하여 당연히 증거능력을 인정하고 있는 규정(제315조)에 관해서도, 적용범위를 구체적으로 보완하여 디지털 증거의 증거능력 인정을 위하여 해당 규정의 활용도를 제고할 수 있는 방안을 강구할 필요가 있겠다.

차 례

□ 요약

I. 서 론 / 1

II. 디지털 증거의 특성 및 형사증거법적 문제점 / 4

1. 디지털 증거의 개념 및 특성	4
가. 개념	4
나. 분류	5
다. 특성	6
2. 디지털 증거의 증거능력 부여를 위한 선결요건	8
3. 형사증거법과 디지털 증거에의 적용 문제	10
4. 디지털 증거의 증거능력에 관한 판례 분석	16
가. 선결요건에 관한 판례	16
나. 전문법칙에 관한 판례	19
5. 현행 「형사소송법」 규정의 한계 및 문제점	22
가. 선결요건 관련	22
나. 전문법칙 관련	23
(1) 전문법칙 및 그 예외의 전반적 적용 문제	23
(2) 전문법칙의 예외에 관한 적용범위 및 인정방법의 문제	24
6. 소결	27

III. 주요국의 입법례 / 29

1. 미국	29
2. 독일	37
3. 영국	39
4. 시사점	40

IV. 입법적 개선방안 / 42

1. 디지털 증거의 증거능력에 관한 선결요건 규정	42
2. 전문법칙 관련 체계 정비	43
가. 디지털 증거에 대한 전문법칙 적용을 명시	43
나. 진정성립 인정을 위한 디지털포렌식 적용 범위의 확대	43
다. ‘당연히 증거능력이 인정되는 서류’ 조항의 활용도 제고	45

V. 결론 / 46

□ 참고문헌

I. 서론

- 과학기술이 발달하면서 디지털 증거를 근거로 한 범죄사실 입증에 필요한 상황이 증가하고 있고, 형사사건 수사·재판에서도 진술증거에 의존하던 과거와 달리 과학적 분석결과를 필요로 하는 자료의 증거가치가 부각되고 있는 상황임
- 대검찰청에서 발간하는 『검찰연감』에서는 디지털 증거의 수집·복구·분석 능력이 수사의 성패를 좌우할 정도로 그 중요성이 커지고 있다고 언급하면서, 2014년부터 2016년까지 접수·처리된 디지털 증거 수집·분석 실적이 지속적으로 증가하였다고 밝힘¹⁾

<2014~2016년 검찰에서 접수·처리한 디지털증거 수집·분석 실적>

구분	분석 건수		
	2016	2015	2014
압수수색	2,142	1,948	1,441
증거분석	9,766	8,179	6,708
기타	1,262	1,159	130
합계	13,170	11,286	8,279

- 현행 「형사소송법」은 조서, 진술이나 물건 등 물리적 증거에 기반하여 규정하고 있어, 디지털 증거의 수집 및 분석에 관해서는 상당 부분 입법적 공백이 있는 실정임

1) 대검찰청, 『2017 검찰연감』, p.602

- 2007년 제312조 개정을 통하여 수사기관이 작성하는 피의자신문조서 및 피의자 아닌 자의 진술조서의 증거능력과 관련하여 ‘영상녹화물 또는 그 밖의 객관적인 방법’ 등에 의하여 증명할 수 있는 방법에 의한 진정 성립을 인정) 하였고, 2011년 제106조에서 정보저장매체에 관한 압수수색 제도를 신설) 하였으며, 2016년 제313조 개정을 통하여 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술서에 대한 증거능력과 관련하여 진술에 의한 성립의 진정이 부인될 경우 디지털포렌식 자료 등에 의하여 성립의 진정을 증명할 수 있는 방법도 신설) 하였음

- 2) 제312조(검사 또는 사법경찰관의 조서 등) ② 제1항에도 불구하고 피고인이 그 조서의 성립의 진정을 부인하는 경우에는 그 조서에 기재된 진술이 피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 영상녹화물이나 그 밖의 객관적인 방법에 의하여 증명되고, 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 증거로 할 수 있다.
 - ④ 검사 또는 사법경찰관이 피고인이 아닌 자의 진술을 기재한 조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 그 조서가 검사 또는 사법경찰관 앞에서 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 원진술자의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술이나 영상녹화물 또는 그 밖의 객관적인 방법에 의하여 증명되고, 피고인 또는 변호인이 공판준비 또는 공판기일에 그 기재 내용에 관하여 원진술자를 신문할 수 있었던 때에는 증거로 할 수 있다. 다만, 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한한다.
- 3) 제106조(압수) ③ 법원은 압수의 목적물이 컴퓨터용디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체(이하 이 항에서 "정보저장매체등"이라 한다)인 경우에는 기억된 정보의 범위를 정하여 출력하거나 복제하여 제출받아야 한다. 다만, 범위를 정하여 출력 또는 복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란하다고 인정되는 때에는 정보저장매체등을 압수할 수 있다.
- 4) 제313조(진술서등) ② 제1항 본문에도 불구하고 진술서의 작성자가 공판준비나 공판기일에서 그 성립의 진정을 부인하는 경우에는 과학적 분석결과에 기초한 디지털포렌식 자료, 감정 등 객관적 방법으로 성립의 진정함이 증명되는 때에는 증거로 할 수 있다. 다만, 피고인 아닌 자가 작성한 진술서는 피고인 또는 변호인이 공판준비 또는 공판기일에 그 기재 내용에 관하여 작성자를 신문할 수 있었을 것을 요한다.

- 특히 2016년 제313조 개정 당시 ‘진술서’나 ‘진술을 기재한 서류’에 ‘진술한 내용 등이 포함된 문자·사진·영상 등의 정보로서 정보저장매체 등에 저장된 것’을 포함시키면서 진술서의 증거능력과 관련하여 ‘디지털포렌식’ 등을 활용한 성립의 진정을 인정하였으나, 그 조항만으로 「형사소송법」 상의 증거법적 측면, 특히 사실인정의 기초가 되는 경험사실을 경험자 자신이 직접 법원에서 진술하지 않고 타인에 의하여 진술되거나 서면기재 형태로 기재하여 제출하는 증거의 증거능력을 제한하는 전문법칙(傳聞法則) 및 그 예외와 관련하여 디지털 증거의 활용에 관한 문제가 해결될 것인지에 대해서는 여전히 해결되지 않은 과제들이 있다고 보임
- 디지털 증거는 형사소송에서 수집⁵⁾, 제출, 평가 과정을 거치는바, 본 연구에서는 특히 수집된 디지털 증거가 법정에서 어떠한 방법으로 증거능력을 인정받는지의 문제에 관하여, 현행 「형사소송법」 규정에 대한 해석 및 한계에 대한 검토와 해외 입법례에 대한 분석을 통하여, 디지털 증거의 증거능력에 관한 보다 체계적인 입법적 대안을 제시하고자 함

5) 수집에 관해서는 압수·수색의 법적 근거 및 영장주의와의 관계에서 위법수집증거의 문제 등이 쟁점이 될 것인바, 국회입법조사처 현안보고서 제278호 『정보저장매체에 관한 압수·수색제도의 문제점과 개선방안』 등에서 연구가 수행된 바 있음

II. 디지털 증거의 특성 및 형사증거법적 문제점

1. 디지털 증거의 개념 및 특성

가. 개념

- “디지털 증거”란 디지털⁶⁾ 형태로 저장되거나 전송되는 증거가치 있는 정보를 의미함)
 - 유사한 개념으로 전자적 증거(전자증거)는 전기 또는 자기신호를 이용하여 저장된 정보로서 디지털 방식과 아날로그 방식⁸⁾을 모두 포함하는데, 아날로그 정보는 전자적으로 처리되는 무형의 정보라는 점 이외에는 증거법상 유형물로 취급되는 저장매체와 동일하게 취급됨⁹⁾
 - 아날로그 방식을 사용하는 증거들이 점차 사라지고 있어 굳이 디지털 증거와 대비되는 개념으로 전자증거의 개념을 사용할 실익이 없어지고 있음¹⁰⁾

-
- 6) ‘디지털’은 정보의 표기 및 저장이나 전달의 형태가 0과 1의 조합인 이진수 방식으로 이루어진 것임
 - 7) 미국 내 여러 연방수사기관의 증거분석연구소의 실무자 그룹 SWDGE(Scientific Working Group on Digital Evidence)에서 정의한 개념으로, 우리나라 대검찰청 예규인 「디지털 증거 수집 및 분석 규정」에서도 ‘범죄와 관련하여’라는 제한 하에 이 개념 정의를 채택하고 있음
 - 8) 아날로그 방식은 실제 세계에 존재하는 연속적인 물리량을 전기적 물리량(전류, 전압)의 연속적인 변화값 또는 자기적 물리량(자성)의 연속적인 변화값으로 표현하는 것으로, 아날로그 방식에 의한 정보의 대표적인 것이 카세트테이프 음원임(이에 대비되는 디지털 방식에 의한 정보는 음성녹음 mp3 파일임)
 - 9) 매체로부터 독립되기 어렵고, 복제나 편집이 용이하지 않을 뿐만 아니라, 복제나 전송 과정에서 변질될 가능성이 높기 때문임
 - 10) 김윤섭·박상용, 「형사증거법상 디지털 증거의 증거능력 - 증거능력의 선결요건 및 전문법칙의 예외요건을 중심으로」, 『형사정책연구』 제26권 제2호, 2015, p.169.

- 디지털 증거 자체는 사람의 지각으로 곧바로 인식할 수 없고 변환절차를 거쳐 가시화·가독화된 형태로 현출되어야 인식될 수 있는바, ‘디지털 포렌식¹¹⁾’은 디지털 증거를 수집·분석 또는 보관하거나 현출하는데 필요한 기술 또는 절차를 의미함¹²⁾

나. 분류¹³⁾

- 디지털 증거가 생성되는 절차에 대한 사용자의 개입 정도, 출력에 의한 문서화 가능성, 휘발성 유무 등이 디지털 증거를 유형화하는 주된 기준들로써, 유형에 따라 수집 절차 및 방법, 증거능력, 증거조사 방법 등에 차이를 보임
- 생산과정에 따라 ‘자동으로 생성되는 디지털 증거’(시스템 생성 증거)와 ‘인위적으로 생성되는 디지털 증거’(시스템 저장 증거)로 나뉨
 - 자동으로 생성되는 디지털 증거로는 인터넷 사용 기록, 방화벽 로그, 해쉬값 등 각종 메타 데이터¹⁴⁾ 등이 있고, 인위적으로 생성되는 디지털 증거로는 문서 파일, 전자 메일 등이 있음
 - 인위적으로 생성되는 디지털 증거에 포함된 내용의 진실성이 문제되는 경우

11) 포렌식은 문언적으로 ‘법정의, 재판에 관한’이라는 뜻으로, 디지털 포렌식은 스마트폰이나 노트북과 같이 전자정보가 있는 디지털 기기에서 각종 데이터를 수집·분석(또는 복원·추출)하여 범죄와 관련한 증거를 찾아내는 절차임

12) 대검찰청 예규 「디지털 증거 수집 및 분석 규정」 제3조제2호

13) 박혁수, 『개정 형사소송법상 디지털 증거의 증거능력 - 관련성, 신뢰성, 진정성, 원본성을 중심으로 - 』, 대검찰청 국외훈련검사 연구논문, 2010, p.51.

14) 데이터에 대한 데이터로서, 디지털 증거를 식별하거나 분류하는 데 도움이 되는 모든 부가적인 정보를 의미함

그 내용 부분에 대하여 ‘전문법칙’¹⁵⁾이 적용될 수 있음

- 전원공급 차단 후 데이터 유지 여부에 따라 ‘휘발성 증거’와 ‘비휘발성 증거’로 나뉨¹⁶⁾
 - 휘발성 증거로는 실행 중인 프로세스 정보, 인터넷 연결 정보, 네트워크 공유 정보 등이 있고, 비휘발성 증거로는 컴퓨터의 보조기억장치에 저장된 정보 등을 들 수 있음¹⁷⁾
 - 디지털 기기를 압수·수색하거나 디지털 자료를 수집할 때에는 정보처리시스템이나 프린터기 등의 임시 메모리에 기록된 디지털 자료에 대하여도 확인할 필요가 있다는 점이 지적되는 등 휘발성 정보에 대해서는 특히 신속하고 세심한 증거 수집이 중요함
- 디지털 정보의 특성과 관계없이 형사증거법적으로 요증사실이 무엇인가에 따라, 전자기록매체의 ‘존재’ 자체가 증거가 되는 경우와, 전자기록의 ‘내용’이 증거로 되는 경우로 분류할 수도 있음

다. 특성¹⁸⁾

- 첫째, 비가시성(非可視性), 비가독성(非可讀性)을 띠고 있음

15) 본 보고서 10쪽 이하에서 상술함

16) 시스템에 따라 임시로 존재하였다가 삭제되는 정보는 ‘준휘발성 정보’로서, 증거의 수집 방법과 절차, 증거능력 등의 관점에서 휘발성 정보에 준하여 취급할 필요가 있다고 함(박혁수, 앞의 글(각주 13), p.56.)

17) 참고로 준휘발성 증거(각주 16)로는 인터넷 서핑 과정에서 생성되는 임시 인터넷 파일, 각종 로그 파일 등을 들 수 있음

18) 이외에도 저장매체에 저장되는 정보의 대량성, 인터넷 등의 네트워크를 통하여 전송될 수 있다는 네트워크 관련성이 있는데, 이하에서는 형사법적 증거능력과 관련한 주요 특성에 한정하여 기술함

- 디지털 매체에 저장된 디지털 증거 자체의 형태는 사람의 지각으로 바로 인식이 불가능하므로 모니터 화면으로 출력하거나 프린터를 통하여 인쇄한 형태로 현출됨
- 따라서 증거조사에 관하여 특별한 절차가 마련되어야 하고, 분석도구나 분석관에 대한 신뢰성, 디지털 증거와 현출된 자료 간의 ‘동일성’ 여부 등의 문제가 제기될 수 있음
- 둘째, 무한복제성을 띠고 있음
 - 디지털 증거는 변환 전의 아날로그 정보 및 저장매체로부터 독립적이고, 복제나 전송 과정에서 정보의 변질이 거의 발생하지 않으므로 원본과 복제본을 구별하는 것이 어려움
 - 증거는 위조·변조되지 않은 ‘원본’ 상태로 제출되어야 한다는 원칙이 디지털 증거에서 어떻게 적용되어야 하는가의 문제가 제기될 수 있음
- 셋째, 취약성을 띠고 있음
 - 무한복제성과도 연관된 특성으로서, 디지털 정보는 정보를 변경하거나 삭제하는 것이 매우 쉽고 자유로워 하나의 명령만으로 일부는 물론 정보 전체를 삭제하거나 변경하는 것이 어렵지 않음
 - 디지털 정보의 처리, 저장, 전송 과정에서 항상 변경 가능성이 존재하기 때문에 디지털 정보의 동일성, 무결성¹⁹⁾ 등이 문제가 될 수 있음
- 넷째, 익명성을 띠고 있음
 - 일반 문서와 달리 컴퓨터나 네트워크상의 정보들은 작성자의 서명이나 자필

19) 해당 증거가 법정에서 제출될 때까지 변경·훼손되거나 조작되지 않았음을 의미함(자세한 의미는 후술함)

에 의한 확인이 불가능하고, 누구에 의하여 만들어진 정보인지 확인하는 데 어려움이 있음

- 디지털 정보의 익명성에 기인하여 증거법상 진정성의 문제가 제기될 수 있음

2. 디지털 증거의 증거능력 부여를 위한 선결요건²⁰⁾

□ 디지털 증거의 경우 위에서 언급한 ‘디지털 증거로서의 특성’에 기인하여, 이를 증거로 사용하기 위하여 선결적으로 갖추어야 할 요건이 필요함²¹⁾

□ 첫째로, 진정성(authenticity), 무결성(integrity)을 필요로 함

- ‘진정성’이란 사후에 제출된 증거가 저장·수집 과정에서 오류가 없고 특정한 사람의 행위의 결과가 정확히 표현되었으며, 그로 인하여 생성된 자료인 것이 인정되어야 한다는 것으로, 이는 디지털 증거 뿐만 아니라 증거 공통에 관하여 선결되어야 하는 요건임

- ‘진정성’을 원본증거의 내용과 법원에 제출된 증거의 내용이 동일하다는 ‘동일성’의 문제와 법정에서 제출되기까지 변경이나 훼손·조작이 없었다는 ‘무결성’의 문제를 포함하는 개념으로 보기도 함²²⁾

- ‘무결성’이란 디지털 증거가 다른 증거와 달리 변경, 훼손이 용이하고 변경

20) 방지형, 『양대 포털홈페이지 게시글 등의 증거사용에 관한 문제점 및 개선방안』, 서울대학교 융합과학기술대학원 이학석사학위논문, 2017, pp.22~23; 대법원 사법정책연구원 연구총서, 『디지털 증거의 증거능력 판단에 관한 연구』, 2015, pp.30~34.

21) 대검찰청 예규인 「디지털 증거 수집 및 분석 규정」 제4조, 제5조에서도 디지털 증거의 무결성 및 신뢰성 유지 내용이 명시되어 있음

22) 권양섭, 「판례에서 바라본 디지털 증거의 증거능력에 관한 고찰」, 『정보보호학회지』 제26권 제5호, 2016, p.48.

되거나 훼손되었다는 사실을 확인하기조차 어려운 특성이 있으므로, 최초 증거가 저장된 매체에서 법정에 제출되기까지 디지털 증거의 변경이나 훼손이 없어야 한다는 것임²³⁾

□ 둘째로, 신뢰성(reliability)을 필요로 함

- 신뢰성은 “디지털 증거를 수집·분석하는 데 사용하는 컴퓨터와 프로그램은 정확하고 신뢰할 수 있어야 하며, 디지털 증거를 수집·분석하는 디지털 포렌식 수사관 역시 전문적인 지식을 가진 사람이어야 한다”는 의미임
- 현재까지는 주로 압수된 컴퓨터나 모바일 기기의 데이터에 대하여 세계적으로 공인된 Encase 등의 프로그램 등이 사용됨으로써 신뢰성에 대한 문제제기가 거의 없었으나, 과학적 증거의 신뢰성 판단에 대한 기준을 본질적으로 어떻게 설정할 것인가의 문제 및 급변하는 디지털 환경에의 대응은 어떻게 하는 것이 효율적인가가 지속적으로 문제가 될 수 있는 영역으로 보임

□ 셋째, 원본성(originality, best evidence)을 필요로 함

- 미국에서는 연방증거법(「Federal Rules of Evidence」)에서 ‘법정에는 원본이 제출되어야 한다’는 최량증거의 법칙(best evidence rule)이 규정되어 있음
- 디지털 증거 자체로는 가시성, 가독성이 없어 가시성 있는 형태로 출력하여 법원에 제출할 수밖에 없고, 대용량 시스템에서의 증거는 원본 매체 자체를 다른 저장 매체에 복제 또는 기타 방법으로 이동시켜 수집할 수밖에 없는바, 실제 법정에 제출되는 증거들이 원본 증거와 다른 형태를 취하게 될 경우 이를 증거로 인정할 수 있는가의 문제가 제기됨

23) 이와 관련하여 ‘연계보관성’(Chain of Custody)이 논해지기도 하는데, 이는 디지털 증거의 발견과 처리를 비롯하여 증거와 관련한 모든 사항을 명확히 기술하고 보관·이송 과정에서 인수·인계 과정에 대한 기록과 검증이 있을 것을 요건으로 함

3. 형사증거법과 디지털 증거에의 적용 문제

- 형사법정에서 유효한 증거로 사용되기 위해서는 증거능력²⁴⁾의 관점에서 ‘위법수집증거배제의 법칙’ 및 ‘전문법칙’ 등의 원칙을 준수하여야 함
- 위법수집증거배제의 법칙은 위법한 절차에 의하여 수집된 증거의 증거능력을 부인하는 것으로, 디지털 증거에서는 주로 압수·수색 방법, 별건정보, 피압수·수색자의 참여권에 관한 쟁점을 야기함²⁵⁾
- 전문법칙(傳聞法則)은 사실인정의 기초가 되는 경험사실을 경험자 자신이 직접 법원에 진술하지 않고 타인에 의하여 진술되거나 서면기재 형태로 기재하여 제출하는 ‘전문증거’²⁶⁾는 원칙적으로 증거능력이 없다(「형사소송법」 제310조의2)는 것으로, 우리 「형사소송법」에서는 제311조부터 제316조까지 일정한 조건 하에 전문증거의 증거능력을 예외적으로 인정²⁷⁾하고 있음

24) 증거능력이란 증거로서 허용되는가(admissibility)의 문제로서, 증명력(weight)과는 구별됨

25) 디지털 증거의 수집과 관련한 쟁점들에 관한 이러한 논의는 서론(p.3)에서 본 연구의 범위에서 제외함을 밝혔음

26) 전문은 진술자가 경험자로부터 들은(hear, 聞) 것을 법원에 전달하는(say, 傳)하는 것으로, 증인이 직접 경험한 사실을 진술하는 원본증거와 대비되며, 진술이 진실임을 입증하려고 제출되는 것임

27) 전문법칙의 예외를 인정하는 기준으로 ‘필요성’(원진술과 동일한 내용의 진술을 구하는 것이 불가능하거나 현저히 곤란하여 비록 전문증거라 하더라도 이를 사용하여 실제적 진실을 규명할 필요가 있는 경우) 및 ‘신용성의 정황적 보장’(해당 진술의 진실성을 담보할 수 있는 구체적이고 외부적인 정황이 있음)이 요구됨

< 「형사소송법」에서의 전문법칙 관련 규정 체계 >

「형사소송법」	내용
<p>제301조의2(전문증거와 증거능력의 제한) 제311조 내지 제316조에 규정한 것 이외에는 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 대신하여 진술을 기재한 서류나 공판준비 또는 공판기일 외에서의 타인의 진술을 내용으로 하는 진술은 이를 증거로 할 수 없다.</p>	<p>전문법칙의 선언</p>
<p>제311조(법원 또는 법관의 조서) 공판준비 또는 공판기일에 피고인이나 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 조서와 법원 또는 법관의 검증의 결과를 기재한 조서는 증거로 할 수 있다. 제184조 및 제221조의2(28)의 규정에 의하여 작성한 조서도 또한 같다.</p>	<p>법원 또는 법관의 면전에서 진술을 기재한 조서의 경우 피의자·피고인의 참여권이 보장되어 성립의 진정성이 인정되고, 진술의 진실성이 제반 정황에 의하여 보장(신용성의 정황적 보장)된다고 보아 증거능력을 인정함</p>
<p>제312조(검사 또는 사법경찰관의 조서 등) ① 검사가 피고인이 된 피의자의 진술을 기재한 조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 공판준비 또는 공판기일에서의 피고인의 진술에 의하여 인정되고, 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 증거로 할 수 있다. ② 제1항에도 불구하고 피고인이 그 조서의 성립의 진정을 부인하는 경우에는 그 조서에 기재된 진술이 피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 영상녹화물이나 그 밖의 객관적인 방법에 의하여 증명되고, 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 증거로 할 수 있다.</p>	<p>· 검사 작성 피의자신문조서의 경우 적법한 절차와 방식에 따른 작성을 전제로 1) 피고인의 진술에 의한 진정성립의 인정 2) 특히 신빙할 수 있는 상태라는 요건을 갖추면 증거능력을 인정하면서, 진술에 의하여 진정성립이 부인되는 경우 영상녹화물 등 객관적 방법으로 진정성립을 증명할 수 있도록 함</p>

28) 공판기일 전에 이루어지는 증거보전절차(제184조) 및 증인신문(제221조의2)를 의미함

<p>③ 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 공판준비 또는 공판기일에 그 피의자였던 피고인 또는 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다.</p> <p>④ 검사 또는 사법경찰관이 피고인이 아닌 자의 진술을 기재한 조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 그 조서가 검사 또는 사법경찰관 앞에서 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 원진술자의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술이나 영상녹화물 또는 그 밖의 객관적인 방법에 의하여 증명되고, 피고인 또는 변호인이 공판준비 또는 공판기일에 그 기재 내용에 관하여 원진술자를 신문할 수 있었던 때에는 증거로 할 수 있다. 다만, 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한한다.</p> <p>⑤ 제1항부터 제4항까지의 규정은 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 수사과정에서 작성한 진술서에 관하여 준용한다.</p> <p>⑥ 검사 또는 사법경찰관이 검증의 결과를 기재한 조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 공판준비 또는 공판기일에서의 작성자의 진술에 따라 그 성립의 진정함이 증명된 때에는 증거로 할 수 있다.</p>	<p>· 사법경찰관 작성 피의자신문조서의 경우 적법한 절차와 방식에 따른 작성을 전제로 피의자였던 피고인 등이 ‘내용을 인정한 경우’, 즉 조서의 진정성립 뿐만 아니라 조서의 기재내용이 객관적으로 실제 사실에 부합한다는 점을 인정할 것을 요건으로 증거능력을 인정함</p> <p>· 검사 또는 사법경찰관이 참고인의 진술을 기재한 조서의 경우 적법한 절차와 방식에 따른 작성을 전제로 1) 진술이나 영상녹화물에 따른 진정성립 인정 2) 반대신문의 기회 보장 3) 특히 신빙할 수 있는 상태의 요건을 갖추면 증거능력을 인정함</p> <p>· 수사과정에서 작성한 진술서의 증거능력은 작성주체와 절차에 따라 제312조제1항부터 제4항까지의 규정에 의하여 인정됨</p>
<p>제313조(진술서등) ①전2조의 규정 이외에 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 작성한 진술서나 그 진술을 기재한 서류로서 그 작성자 또는 진술자의 자필이거나 그 서명 또는 날인이 있는 것(피고인 또는 피고인 아닌 자가 작성하였거나 진술한 내용이 포함된 문자·사진·영상 등</p>	<p>· 피고인·피의자 또는 참고인이 직접 작성한 진술서나 그의 진술을 타인이 기재한 서류 및 매체에 대하여 ‘성립의 진정’을 요건으로 증거능력을 인정함. 다만, ‘진술서’의 경우 공판준비 또는 공판기일에서 작성자의 진술</p>

<p>의 정보로서 컴퓨터용 디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체에 저장된 것을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)은 공판준비나 공판기일에서의 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에는 증거로 할 수 있다. 단, 피고인의 진술을 기재한 서류는 공판준비 또는 공판기일에서의 그 작성자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명되고 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여진 때에 한하여 피고인의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 불구하고 증거로 할 수 있다.</p> <p>② 제1항 본문에도 불구하고 진술서의 작성자가 공판준비나 공판기일에서 그 성립의 진정을 부인하는 경우에는 과학적 분석결과에 기초한 디지털포렌식 자료, 감정 등 객관적 방법으로 성립의 진정함이 증명되는 때에는 증거로 할 수 있다. 다만, 피고인 아닌 자가 작성한 진술서는 피고인 또는 변호인이 공판준비 또는 공판기일에 그 기재 내용에 관하여 작성자를 신문할 수 있었을 것을 요한다.</p> <p>③ 감정의 경과와 결과를 기재한 서류도 제1항 및 제2항과 같다.</p>	<p>에 의하여 성립의 진정함이 증명될 것을 요건으로 하면서 작성자가 성립의 진정을 부인하는 경우 디지털 포렌식 자료 등 객관적 방법으로 성립의 진정함을 증명할 수 있도록 하였음. ‘진술을 기재한 서류’의 경우 원진술자에 의하여 성립의 진정이 증명되어야 함.</p> <p>· 피고인의 진술을 기재한 서류의 경우 진술을 기재한 서류의 ‘작성자’가 성립의 진정을 인정하고, 특히 신빙할 수 있는 상태에서의 진술이었음이 증명된 경우에는 원진술자인 피고인이 성립의 진정을 부인하는 진술을 한 경우에도 증거능력을 인정할 수 있음</p>
<p>제314조(증거능력에 대한 예외) 제312조 또는 제313조의 경우에 공판준비 또는 공판기일에 진술을 요하는 자가 사망·질병·외국거주·소재불명 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에는 그 조서 및 그 밖의 서류(피고인 또는 피고인 아닌 자가 작성하였거나 진술한 내용이 포함된 문자·사진·영상 등의 정보로서 컴퓨터용 디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체에 저장된 것을 포함한다)를 증거로 할 수 있다.</p>	<p>전문증거가 예외적으로 증거능력을 인정받기 위하여 진술을 해야 하는 자가 진술을 할 수 없는 경우, 그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여졌음이 증명될 때에는 해당 조서·서류 및 정보저장매체를 증거로 할 수 있다는 내용으로, ‘필요성’에 따라 전문법칙의 예외를 인정하는 경우임</p>

<p>다만, 그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한한다.</p>	
<p>제315조(당연히 증거능력이 있는 서류) 다음에 제기한 서류는 증거로 할 수 있다. 1. 가족관계기록사항에 관한 증명서, 공정증서등본 기타 공무원 또는 외국공무원의 직무상 증명할 수 있는 사항에 관하여 작성한 문서 2. 상업장부, 항해일지 기타 업무상 필요로 작성한 통상문서 3. 기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서</p>	<p>작성자의 인식·판단을 그대로 반영하는 것으로서, 업무의 기계적 반복성으로 인하여 허위 개입 여지가 거의 없거나, 문서의 성질에 비추어 고도의 신용성이 보장되는 경우 증거능력을 인정하는 것으로, ‘신용성의 정황적 보장’에 따라 전문법칙의 예외를 인정하는 경우임</p>
<p>제316조(전문의 진술) ① 피고인이 아닌 자(공소제기 전에 피고인을 피의자로 조사하였거나 그 조사에 참여하였던 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술이 피고인의 진술을 그 내용으로 하는 것인 때에는 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 이를 증거로 할 수 있다. ② 피고인 아닌 자의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술이 피고인 아닌 타인의 진술을 그 내용으로 하는 것인 때에는 원진술자가 사망, 질병, 외국거주, 소재불명 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없고, 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 이를 증거로 할 수 있다.</p>	<p>피고인 아닌 자의 구두진술이 1) 피고인의 진술을 내용으로 하는 것인 때에는 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여졌다면 증거능력을 인정하고(원진술자인 피고인이 출석하여 반대신문권을 행사할 수 있음), 2) 피고인 아닌 타인의 진술을 내용으로 하는 것인 때에는 원진술자가 진술을 할 수 없고, 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌다면 증거능력을 인정함</p>

- 전문법칙의 디지털 증거에의 적용 문제를 논하기에 앞서, 해당 증거의 ‘전문 증거’로서의 개념요소 충족 여부를 먼저 살펴 보아야 함²⁹⁾

29) 권양섭, 앞의 글(각주 22), p.50.

- 전문증거는 ① 사람의 진술일 것 ② 경험사실의 진술일 것 ③ 입증취지가 진술내용이 진실임을 입증하는 경우일 것 ④ 법정 외에서 행한 진술일 것이라는 개념요소를 갖는바³⁰⁾, 사람의 진술이 담겨 있는 디지털 증거일 경우에만 전문법칙이 적용될 뿐, 기계적으로 처리되어 작성된 로그 기록 등에 대하여는 전문법칙이 적용되지 않음³¹⁾
- 또한, 사람의 진술이 담겨 있는 디지털 증거라 하더라도 요증사실과의 관계에서 그 내용의 진실성을 증명하기 위하여 제공되어야³²⁾ 전문증거임
- 다만, 현행 「형사소송법」 제310조의2(전문증거와 증거능력의 제한) 규정은 “제311조 내지 제316조에 규정한 것 이외에는 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 대신하여 진술을 기재한 서류나 공판준비 또는 공판기일 외에서의 타인의 진술을 내용으로 하는 진술은 이를 증거로 할 수 없다”고 되어 있고, 해당 규정의 디지털 증거에의 적용에 관하여는 명시하고 있지 않음
- ‘서류’나 ‘진술’이 아닌 ‘디지털 증거 또는 그 저장매체인 컴퓨터 등 특수 기록매체’도 이에 해당할 수 있는지에 관해서는 규정되어 있지 않고, 제 313조³³⁾를 제외한 제311조부터 제316조까지의 각 조문이 예정하고 있는

30) 이완규, 「협박 진술 녹음의 전문증거 문제와 진정성 문제의 구별」, 『저스티스』 통권 제139호, 2013, pp.378~383.

31) 이 경우에는 압수·수색 과정에서 적법절차를 준수하였는지 여부 및 법정 제출 시까지 증거의 진정성 등 유지 여부로 증거능력을 판단하면 족함

32) 대법원 2008. 11. 13. 선고 2006도2556 판결에서 판시한 바와 같이 불안감을 유발하는 문자메시지를 반복적으로 전송하였는지 여부가 요증사실이고, ‘지금 내가 무슨 짓을 할 지 모른다’라는 문자메시지 내용의 진실성을 입증하려는 것이 아닌 경우 이를 전문증거라 할 수 없음

33) 제313조(진술서등) ① 전2조의 규정 이외에 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 작성한 진술서나 그 진술을 기재한 서류로서 그 작성자 또는 진술자의 자필이거나 그 서명 또는 날인이 있는 것(피고인 또는 피고인 아닌 자가 작성하였거나 진술한 내용이 포함된 문자·사진·영상 등의 정보로서 컴퓨터용디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보지

상황에서 디지털 증거의 적용 여부나 방법 등에 대하여도 명시하고 있지 않아, 결국 해석으로 디지털 증거에의 적용 여부를 결정하여야 함

4. 디지털 증거의 증거능력에 관한 판례 분석

가. 선결요건에 관한 판례

(1) 동일성

- 대법원은 이른바 ‘일심회 사건’³⁴⁾³⁵⁾에서 “압수물인 디지털 저장매체로부터 출력된 문건이 증거로 사용되기 위해서는 디지털 저장매체 원본에 저장된 내용과 출력된 문건의 동일성이 인정되어야 함”을 전제하고, “동일성이 인정되기 위해서는 디지털 저장매체 원본이 압수된 이후 문건 출력에 이르기까지 변경되지 않았음이 담보되어야 하고”, 특히 “디지털 저장매체 원본을 대신하여 디지털 저장매체에 저장된 자료를 ‘하드카피’·‘이미징’한 매체로부터 문건이 출력된 경우에는 디지털 저장매체 원본과 ‘하드카피’·‘이미

장매체에 저장된 것을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)은 공판준비나 공판기일에서의 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에는 증거로 할 수 있다. 단, 피고인의 진술을 기재한 서류는 공판준비 또는 공판기일에서의 그 작성자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명되고 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때에 한하여 피고인의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 불구하고 증거로 할 수 있다.

- 34) ‘일심회’는 북한 관련 활동을 하는 이른바 반국가단체로서, 그 단체로부터 피고인이 전달받은 플로피디스켓, usb 및 북한 공무원과 주고받은 e-mail 출력물 등이 압수되었음
- 35) 공안사건과 같이 밀행성이 매우 강한 범죄에서는 특히 수사기관이 전자정보를 수집하더라도 피고인들의 진술로 증거능력을 부여받지 못하는 경우가 많아 문제가 됨 (강구민, 「전자적 증거와 관련한 미국의 전문법칙」, 『형사법의 신동향』 통권 제52호, 2016, p.119)

장’(imaging)한 매체 간 자료의 동일성도 인정되어야 한다”고 판시하였음
(대법원 2007. 12. 13. 선고 2007도7257 판결)

- 즉, 이 판결에서 대법원은 ‘동일성’에 관하여 “원본에 저장된 내용과 출력문 건과의 동일성”, “원본을 하드카피하거나 이미징한 경우에는 원본과 복제본의 동일성”을 의미하는 것으로 보았음
- 대법원은 이른바 ‘왕재산(간첩단) 사건’³⁶⁾에서 “피압수·수색 당사자가 정보저장매체 원본과 ‘하드카피’ 또는 ‘이미징’한 매체의 해쉬(Hash)값³⁷⁾이 동일하다는 취지로 서명한 확인서면을 교부받아 법원에 제출하는 방법에 의하여 증명하는 것이 원칙”이나, 그와 같은 방법으로 증명이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에는 “정보저장매체 원본에 대한 압수, 봉인, 봉인해제, ‘하드카피’ 또는 ‘이미징’ 등 일련의 절차에 참여한 수사관이나 전문가 등의 증언에 의하여 원본과 ‘하드카피’·‘이미징’한 매체 사이의 해쉬 값이 동일하다거나 정보저장매체 원본이 최초 압수 시부터 밀봉되어 증거 제출 시까지 전혀 변경되지 않았다는 등의 사정을 증명하는 방법” 또는 “법원이 그 원본에 저장된 자료와 증거로 제출된 출력 문건을 대조하는 방법” 등으로도 동일성을 인정할 수 있다고 판시함(대법원 2013. 7. 26. 선고 2013도 2511 판결)

36) 피고인이 북한 노동당의 지령을 받고 지하당 ‘왕재산’을 구축하여 간첩활동을 했다는 사건임

37) 해쉬값은 해쉬함수(임의의 데이터로부터 일종의 짧은 전자지문을 만들어 내는 방법)의 결과로 만들어진 코드로서, 서로 다른 입력값에 대해서는 서로 다른 해쉬값을 주고, 해쉬함수의 단방향성으로 인하여 출력값으로 입력값을 유추할 수는 없으며, 파일의 내용이 수정, 삭제 또는 추가될 경우 해쉬함수의 입력값이 바뀌어 출력값 또한 바뀌는 구조임(원래 파일의 해쉬값과 다운로드 받은 파일의 해쉬값을 비교하여 파일의 변조 여부를 확인할 수 있음)

(2) 무결성

- 대법원은 위 ‘왕재산(간첩단) 사건’에서 “압수물인 컴퓨터용 디스크 그 밖의 ‘정보저장매체’에 입력하여 기억된 문자정보 또는 그 출력물을 증거로 사용하기 위해서는 정보저장매체 원본이 압수 시부터 문건 출력 시까지 변경되지 않았다는 사정, 즉 무결성이 담보되어야 한다”고 명시적으로 무결성을 언급하였음
- 참고로, 수사 실무에서는 디지털 증거의 무결성을 증명하는 방법으로 ① 하드디스크 등의 저장매체를 압수한 다음 피의자 등의 서명을 받아 봉인하고, ② 서명, 봉인 과정을 녹화하며, ③ 압수 대상자가 입회한 가운데 봉인을 풀고, 통합 포렌식 프로그램인 ‘Encase’를 이용하여 압수한 저장매체에 대한 이미지 파일을 생성한 후 별도의 저장장치에 이미지 파일을 저장한 다음, 이미지 파일을 이용하여 복구 등의 분석 사업을 실시하고, ④ 쓰기방지장치(Fastblock)를 압수한 저장매체에 연결한 상태에서 이미지 파일 생성작업을 실시하고, 이미지 파일에 대한 해쉬값을 계산하여 당사자에게 해쉬값이 기재된 서면에 서명, 날인하게 하며, ⑤ 피의자 등이 법정에서 무결성을 부정하는 경우 압수한 저장장치의 해쉬값과 이미지 파일의 해쉬값을 비교하도록 법원에 검증을 요구하고 있음³⁸⁾
- 디지털 증거의 무결성을 확보하지 못하여 무죄가 선고된 사례³⁹⁾도 있음

38) 김영기, 「디지털증거의 진정성립부인과 증거능력 부여방안」, 『형사판례연구』 제19권, 2011, p.516.

39) 장상귀, 『디지털 증거의 증거능력에 관한 연구』, 법학실무연구회, 2009, p.235.: 검찰은 피고인 소유의 컴퓨터에서 복구된 범행 관련 편지의 주소록 등 삭제된 파일을 근거로 피고인을 명예훼손 혐의로 기소하였으나, 이 사건에서 컴퓨터 하드디스크를 최초로 복구한 사람이 비전문가인 학생이었고, 데이터 복구 전문업체의 감정결과 파일에 대한 최종 작업일자가 범죄일자보다 훨씬 이후로 밝혀져 무죄가 선고됨(창원지방법원

- 하드디스크를 압수한 경우 시스템 시간과 표준 시간을 확인하여 그 결과에 대한 확인서를 작성할 필요가 있고, 하드디스크 원본은 최초 압수시점 상태로 보관·유지하면서 이미지 파일만으로 분석 작업을 실시하여야 함에도 불구하고, 원본 하드디스크로 분석 작업을 실시하여 디지털 증거 파일의 속성에 변화가 발생하게 함으로서 디지털 증거의 무결성을 인정받지 못한 사례임

(3) 신뢰성

- 대법원은 위 ‘일심회 사건’ 및 ‘왕재산(간첩단) 사건’에서 디지털 저장매체 원본 혹은 ‘하드카피’·‘이미징’한 매체에 저장된 내용과 출력된 문건의 동일성을 확인하는 과정에서 이용된 “컴퓨터의 기계적 정확성, 프로그램의 신뢰성, 입력·처리·출력의 각 단계에서 조작자의 전문적인 기술능력과 정확성이 담보되어야 한다”고 명시적으로 신뢰성 요건을 판시하였음

나. 전문법칙에 관한 판례

(1) 전문법칙 및 그 예외의 적용

- 대법원은 이른바 ‘영남위원회 사건’⁴⁰⁾에서 컴퓨터 디스켓에 들어 있는 문건이 증거로 사용되는 경우 전문법칙 및 그 예외의 적용을 인정한 바 있음 (대법원 1999. 9. 3. 선고 99도2317 판결)
- 위 판결에서는 “컴퓨터 디스켓이 들어 있는 문건이 증거로 사용되는 경우 그 컴퓨터 디스켓은 기재의 매체가 다를 뿐 실질에 있어서는 피고인 또는 피고

진주지원 2005재고단3)

- 40) ‘영남위원회’라는 단체를 구성하여 활동하고 있던 피의자에 대한 수사 도중 압수한 컴퓨터 디스켓에서 북한을 찬양한 문서 파일이 발견된 사건임

인 아닌 자의 진술을 기재한 서류와 크게 다를 바 없고, 압수 후의 보관 및 출력 과정에 조작 가능성이 있으며, 기본적으로 반대신문의 기회가 보장되지 않는 점 등에 비추어 그 기재내용의 진실성에 관하여는 전문법칙이 적용된다”고 판시하였음

- 또한, 전문법칙의 ‘예외’ 규정의 적용에 관하여도 “ 「형사소송법」 제313조 제1항에 의하여 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 성립의 진정함이 증명41)된 때에 한하여 증거로 사용할 수 있다”고 판시하였음
 - 디지털 증거의 경우 특히 사후에 제출된 증거가 저장·수집 과정에서 오류가 없으며, 특정한 사람의 행위 결과가 정확히 표현되었고, 그로 인하여 생성된 자료임이 인정되어야 한다는 진정성을 요하는바, 이는 결국 “실질적 진정 성립”의 문제와 연결된다는 견해42)가 있음
- 전문증거의 개념은 디지털 증거의 경우에도 동일하게 적용되므로, 대법원은 “정보저장매체에 기억된 문자정보의 내용의 진실성이 아닌 그와 같은 내용의 문자정보가 존재하는 것 자체가 증거로 되는 경우에는 전문법칙이 적용되지 않으며”, “어떤 진술을 범죄사실에 대한 직접증거로 사용할 때에는 그 진술이 전문증거가 된다 하더라도 그와 같은 진술을 하였다는 것 자체 또는 그 진술의 진실성과 관계없는 간접사실에 대한 정황증거로 사용할 때에는 반드시 전문증거가 되는 것은 아니다”라고 판시하였음(위 ‘왕재산(간첩단) 사건’)

41) 성립의 진정이란 ‘서명, 날인과 같은 형식적 요건이 진술자의 것이 틀림없다’는 “형식적 진정성립” 및 ‘진술내용이 서류에 기재된 내용과 일치한다’는 “실질적 진정성립”으로 나누어짐

42) 노명선, 『전자적 증거의 실효적인 압수·수색, 증거조사 방안연구』, 대검찰청 용역 보고서, 2007, p.57.

(2) 진술서에 관한 전문법칙의 예외 인정 문제

- 2016년 「형사소송법」 개정 전까지 대법원에서 일관되게 작성자 또는 원진술자가 ‘스스로 성립의 진정함을 인정하는 진술’을 하여야만 「형사소송법」 제313조제1항을 적용하여 전문법칙의 예외로서 증거능력을 인정함에 따라, 증거능력에 대한 판단이 당사자의 임의에 따르게 되어 범죄 입증에 어려움이 있다는 문제가 제기되었음⁴³⁾
- 이에 수사기관에서는 이른바 ‘국정원 여론조작 사건’에서 업무 지시 사항에 따라 심리전단이 활동하여야 할 주제와 그에 관련된 2~3줄의 짧은 설명을 담고 있는 구체적 활동 지침에 해당하는 ‘이슈와 논지’, 심리전단 활동의 수행 방법 등에 관한 내용을 담고 있는 텍스트파일 등의 증거능력에 관하여 「형사소송법」 제315조제2호 및 제3호⁴⁴⁾에 따른 전문법칙의 예외의 적용을 주장하였음
- 원심(서울고등법원 2015. 2. 9 선고 2014노2820 판결)에서는 이러한 수사기관의 주장을 받아들여 문제가 된 파일들은 “자신이 한 심리전단 활동으로 인하여 수사를 받을 것이라는 점을 전혀 인식하지 못한 상황에서 장기간에 걸쳐 계속적으로 작성하여 업무수행의 기초로 삼은 것”으로서 「형사소송법」

43) 스스로 진술서를 작성하고도 공판기일에서 진정성립을 부인해 버리면 증거로 사용할 수 없게 되어, 진술서의 증거능력을 작성자의 입에 맡기는 불합리한 결과가 발생한다는 취지임(이재상·조균석, 『형사소송법』 제11판, 2017, p.625.)

44) 제315조(당연히 증거능력이 있는 서류) 다음에 제기한 서류는 증거로 할 수 있다.
 1. 가족관계기록사항에 관한 증명서, 공정증서등본 기타 공무원 또는 외국공무원의 직무상 증명할 수 있는 사항에 관하여 작성한 문서
 2. 상업장부, 항해일지 기타 업무상 필요로 작성한 통상문서
 3. 기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서

제315조제2호의 ‘업무상 필요로 작성한 통상문서’에 해당하고, “파일에 기재된 업무 관련 내용은 잘못 기재할 경우 업무수행에 지장을 초래하게 된다는 점에서 사실과 다른 내용을 굳이 기재할 동기나 이유를 쉽게 찾아보기 어렵고, 업무수행에 필요한 정보들만이 단편적으로 기재되어 있는 등”의 사정에 비추어 「형사소송법」 제315조제3호의 ‘기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성한 문서’에도 해당한다고 판시하였음

○ 그러나, 대법원(대법원 2015. 7. 16. 선고 2015도2625 전원합의체 판결)에서는 이러한 증거들이 「형사소송법」 제315조에 해당한다는 원심 판결을 배척하고, 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 성립의 진정함이 증명된 때 한하여 증거로 사용할 수 있는 「형사소송법」 제313조의 적용을 받는다고 판시하였음

□ 이 판결 이후 2016년 5월 29일 「형사소송법」 제313조제2항이 개정되어, 진술자가 성립의 진정을 부인한다 하더라도 과학적 분석결과에 기초한 디지털포렌식 자료, 감정 등 객관적 방법으로 성립의 진정함이 증명되는 때에는 증거능력이 인정되도록 하였음

5. 현행 「형사소송법」 규정의 한계 및 문제점

가. 선결요건 관련

□ 디지털 증거가 형사법정에서 증거로 쓰이기 위해서는 ‘디지털 증거’로서의 특성에 기인한 선결요건을 충족하여야 하나, 「형사소송법」 제106조에 정보저장매체에 대한 압수(증거수집) 규정만 있고, 그 증거를 법정에서 활용하기 위하여 필요한 증거능력에 관한 규정은 미비한 상황임

○ 대검찰청 예규인 「디지털 증거 수집 및 분석 규정」에서 무결성과 신뢰성

을 규정하고 있으나, 예규에 법적 구속력이 없을 뿐만 아니라 수사기관 단계에서의 증거 수집과 보존에 관해서만 규율하고 있는 한계가 있음

나. 전문법칙 관련

(1) 전문법칙 및 그 예외의 전반적 적용 문제

- 대법원에서는 “디지털 증거에서도 피의자 등의 의사가 기재된 파일에서 출력된 문건 등이 진술증거로 사용되는 경우, 그 기재 내용의 진실성에 관하여는 전문법칙이 적용된다”는 법리를 확립하였음
- 우리나라는 판례법에 기초하고 있지 않고, 전문법칙을 명시적으로 선언하고 있는 「형사소송법」 제310조의2에 디지털 증거 관련 내용을 담고 있지 않아, 전문법칙의 ‘예외’로서의 제313조 등의 적용을 논하기에 앞서 충족되어야 할 전제조건을 구비하지 못하고 있는 측면이 있음
- 진술서나 진술을 기재한 서류에 ‘진술하거나 작성한 내용이 포함된 문자·사진·영상 등의 정보로서 컴퓨터용디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체에 저장된 것을 포함한다’고 규정(제313조제1항)하면서 그 적용범위를 해당 조에 한정하고 있는바, 업무의 반복성·통상성 등으로 인하여 ‘당연히 증거능력이 있는 서류’(제315조)에 포함될 수 있는 컴퓨터에 저장된 업무일지 등은 적용범위에서 누락되는 등 문제가 발생하고 있음
- 디지털 증거에 전문법칙 및 그 예외가 적용된다고 명시하는 방법으로, 전문법칙의 예외 규정(제312조부터 제316조까지)에 디지털 증거 관련 내용을 추가하는 방식보다는, 앞으로 여러 형태를 띠게 될 디지털 증거를 폭넓게 포함할 수 있도록 전문법칙을 선언하고 있는 ‘원칙’ 규정(제310조의2)에서 전문증거로서의 디지털 증거를 포함하도록 하는 방안을 고려해 볼 수 있음

(2) 전문법칙의 예외에 관한 적용범위 및 인정방법의 문제

- 법원이나 수사기관이 작성한 서류가 아닌 광범위한 형태의 진술증거를 포함한 규정인 제313조와 관련하여 그 적용범위 및 인정방법에 관하여 다음과 같은 문제점이 있는바, 이하에서 상술함

「형사소송법」	문제점
<p>제313조(진술서등) ① 전2조의 규정 이외에 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 작성한 진술서나 그 진술을 기재한 서류로서 그 작성자 또는 진술자의 자필이거나 그 서명 또는 날인이 있는 것(피고인 또는 피고인 아닌 자가 작성하였거나 진술한 내용이 포함된 문자·사진·영상 등의 정보로서 컴퓨터용 디스크, 그 밖의 이와 비슷한 정보저장매체에 저장된 것을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)은 공판준비나 공판기일에서의 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에는 증거로 할 수 있다. 단, 피고인의 진술을 기재한 서류는 공판준비 또는 공판기일에서의 그 작성자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명되고 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여진 때에 한하여 피고인의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 불구하고 증거로 할 수 있다.</p> <p>② 제1항 본문에도 불구하고 <u>진술서의 작성자가 공판준비나 공판기일에서 그 성립의 진정을 부인하는 경우에는 과학적 분석결과에 기초한 디지털포렌식 자료, 감정 등 객관적 방법으로 성립의 진정함이 증명되는 때에는 증거로 할 수 있다.</u> 다만, 피고인 아닌 자가 작성한 진술서는 피고인 또는 변호인이 공판준비 또는 공판기일에 그 기재 내용에 관</p>	<ul style="list-style-type: none"> · 제1항에서 ‘진술서’ 나 ‘진술을 기재한 서류’ 를 규율하고 있음에도 제2항에서는 ‘진술서’ 에 한하여 디지털포렌식 자료 등 객관적 방법에 의한 진정 성립의 인정을 규정하고 있음 · 제2항에 의한 객관적 방법에 의한 진정성립 인정은 ‘제1항 본문’ 에 의하여 진술에 의한 진정성립이 부인될 때를 전제하고 있는바, 이는 수사기관이 작성한 진술 조서의 경우(제312조제4항) 진술과 객관적 방법에 의한 성립의 진정 인정이 선택적으로 규정되어 있는 점과 비교할 때, 디지털포렌식 등의 적용범위를 축소시킬 수 있음 · 피고인 아닌 자의 진술서나 진술을 기재한 서류의 증거능력 인정을 위하여, 수사기관 작성 참고인 진술 조서(제312조제4항)에서와 같이 특히 신빙할 수 있는 상태’ 를 요구할 것인지에 대한 검토가 필요함 <div style="border: 1px dashed gray; padding: 5px; margin-top: 10px;"> <p>제312조 ④ 검사 또는 사법경찰관이 피고인이 아닌 자의 진술을 기재한 조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 그 조서가 검사 또는 사법경찰관 앞에서 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 원진술자의 공판준비</p> </div>

<p>하여 작성자를 신문할 수 있었을 것을 요한다. ③ 감정의 경과와 결과를 기재한 서류도 제1항 및 제2항과 같다.</p>	<p>또는 공판기일에서의 진술이나 영상녹화물 또는 그 밖의 객관적인 방법에 의하여 증명되고, 피고인 또는 변호인이 공판준비 또는 공판기일에 그 기재 내용에 관하여 원진술자를 신문할 수 있었던 때에는 증거로 할 수 있다. 다만, 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한한다.</p>
--	--

- 제313조제2항은 ‘진술서’만을 규정하고 있어 피고인이나 피고인 아닌 자의 ‘진술을 기재한 서류’의 경우 디지털포렌식 등 객관적 방법에 의한 성립의 진정을 인정하는 범위에서 제외되어 있는바, 원진술자나 작성자가 진술에 의하여 성립의 진정을 부인하면, 증거능력을 인정할 방법이 없음⁴⁵⁾
- ‘진술을 기재한 서류’, 특히 피고인의 진술을 기재한 서류에 대하여 디지털 포렌식 등 객관적 방법에 따른 성립의 진정을 인정할 필요성이 있음
 - 다만, 디지털포렌식 등 객관적 방법에 따라 피고인의 진술을 기재한 서류의 ‘작성자’까지는 특정할 수 있다 하더라도, 원진술자에 의한 진술이 실제로 있었는지에 대해서는 그를 인정하기 위한 다른 방법을 같이 규정하여야 할 필요가 있을 것임
- 또한, 성립의 진정 인정방법에 관하여, 제312조제4항에서는 공판정 등에서의 진술이나 객관적 방법에 의한 증명이라 규정하고 있어, ‘진술’과 ‘객관적 방법’이 선택적 사항으로 규정되어 있는 반면, 제313조제1항과 제2항의 규정체계는 일단 ‘진술’에 의한 성립의 진정을 원칙으로 하면서 진술에 의

45) 배종대·홍영기, 『형사소송법』, 2018, p.352.

한 성립의 진정이 ‘부인’되는 경우 보충적으로 객관적 방법에 의한 성립의 진정 인정을 규율하고 있는 형태임

- 제313조에서는 제312조와 달리 ‘피고인 아닌 자’의 진술서나 진술을 기재한 서류의 증거능력 인정을 위하여 ‘특히 신빙할 수 있는 상태에서의 진술’임을 요구하고 있지 않음
- 제312조제4항에 따라 수사기관이 작성한 참고인 진술조서(피고인 아닌 자의 진술을 기재한 조서)의 경우, ① 공판정 등에서의 진술이나 객관적 방법에 의하여 성립의 진정이 인정되고, ② 피고인측의 반대신문이 있어야 하며, ③ 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명되어야 함에 반하여, 제313조에 따라 피고인 아닌 자의 ‘진술서’의 경우는 ① 진술에 의하여 성립의 진정이 인정되거나 부인된 경우 디지털포렌식 등 객관적 방법에 의한 성립의 진정이 인정되고, ② 피고인측의 반대신문으로 충분하고, 피고인 아닌 자의 ‘진술을 기재한 서류’의 경우 역시 진술에 의하여 성립의 진정만을 요구하고 있음
- 위와 같이 수사기관이 작성한 참고인 진술조서의 증거능력에 관하여 ‘특히 신빙할 수 있는 상태’를 요구(제312조제4항)하게 된 것은, 사법개혁추진위원회의 의결사항을 토대로 한 정부안이 기초가 된 2007년 「형사소송법」 개정에서, 피의자신문조서의 성립의 진정을 피고인이 부인하는 경우에는 영상녹화물이나 그 밖의 객관적인 방법에 의하여 증명할 수 있도록 함과 동시에 새로 입법된 것으로, 참고인 진술조서의 경우에도 피의자신문조서의 증거능력에 준하는 방법을 요구하도록 하는 것이 적절하다는 취지에서 신설된 것임⁴⁶⁾
- 반면, 제313조에서는 진술에 의한 성립의 진정 인정이 부인될 경우 디지털포렌식 등 객관적 방법에 따른 성립의 진정을 인정하면서, 피고인 아닌 자의

46) 법무부, 『개정 형사소송법 해설』, 2007.

진술서나 진술을 기재한 서류에 대하여는 ‘특별히 신빙할 수 있는 상태’라는 요건과 관련한 논의가 없었음⁴⁷⁾

6. 소결

- 디지털 증거로서 갖는 특성에 기인하여 증거능력 인정을 위해서는 무결성, 진정성, 신뢰성 등의 요건이 선결적으로 충족되어야 함에도, 이에 관하여 「형사소송법」에 규정이 없고, 대법원의 판례에 의한 해석만 있는 실정임
- 전문법칙을 선언하고 있는 현행 「형사소송법」 제310조의2가 문언상 디지털 증거를 포함하지 않고 제313조에서만 디지털 증거를 포함하고 있는 바, 제315조의 ‘당연히 증거능력이 인정될 수 있는 증거’에 디지털 증거가 포함되지 않은 입법상 공백을 야기하고 있다는 문제가 있음
- 또한, 진술서나 진술을 기재한 서류에 관한 전문법칙의 예외를 규정한 제313조에 대해서는 다음과 같은 문제점이 있다고 판단됨
 - 제2항에서 피고인이나 피고인 아닌 자의 ‘진술서’만을 규율하고 있음으로 인하여 ‘진술을 기재한 서류’에 대하여 디지털포렌식 등 객관적 방법으로 성립의 진정을 인정하는 경로가 막혀 있음
 - 진술에 의한 성립의 진정을 원칙으로 하면서 보충적으로만 객관적 방법에 의한 성립의 진정을 인정하는 것이, 수사기관이 작성한 조서에 관한 전문법

47) 2016. 5. 16. 제342회 국회(임시회) 제2차 법안심사제1소위 회의록 참조(국회 의안정보시스템): 개정안의 기초가 된 「형사소송법 일부개정법률안」(김진태의원 대표 발의안, 의안번호 제1915159호)에서는 피고인측의 반대신문권 규정이 없었으나, 논의 과정에서 추가되었음

칙의 예외를 규정한 제312조와의 관계에서 불균형할 수 있음

- 제313조 개정 과정에서 피고인 아닌 자의 진술서나 진술을 기재한 서류의 증거능력 인정에 관하여 ‘특별히 신빙할 수 있는 상태’의 요건을 더 검토하였어야 하는 것이 아닌지에 대한 의문이 있음

III. 주요국의 입법례

1. 미국⁴⁸⁾

- 미국 연방법원은 *Lorraine v. Markel American Insurance Co.* 사건⁴⁹⁾에서 디지털 증거의 증거능력을 판단함에 있어 고려하여야 할 선결문제를 제시한 바 있음
- 디지털 증거는 ① 연방증거법 제401조 등에서 규정한 ‘사건과의 관련성’(Relevancy)⁵⁰⁾을 갖고 있어야 하고, ② 관련성을 갖고 있다면, 연방증거법 제901조에 따른 ‘진정한’(Authenticated) 증거여야 하며, ③ 그 증거가 연방증거법에 따른 전문증거에 해당한다면, ‘전문증거로부터의 면제’(Exemption) 또는 ‘전문법칙의 예외’(Exception)가 적용될 수 있어야 하고, ④ 제출된 증거는 ‘최량증거의 법칙’(Best Evidence Rule)에 따라 원본 또는 그에 상응하는 부분이어야 하며, ⑤ 디지털 증거가 배심원들에게 부당한 편견(Unfair Prejudice) 등을 불러일으킬 위험의 가능성이 그 증거의 증거가치보다 현저히 커서는 안 된다는 요건이 필요하다고 판시하였음

48) 최성필, 『디지털 증거의 증거능력에 관한 비교법적 연구』, 대검찰청 국외훈련검사 연구논문, 2010, pp. 61~85.; 대법원 사법정책연구원 연구총서, 『디지털 증거의 증거능력 판단에 관한 연구』, 2015, pp. 139~145. ;대법원 사법정책연구원 연구총서, 『전자정보의 증거조사 현황과 개선 방안에 관한 기초 연구』, 2016, pp. 117~118, p.186, p.208.

49) 이 판결은 보험가입자와 보험회사 간 손해산정에 관한 중재인의 판단을 보험회사가 수용하여야 하는가가 문제되어 당사자들 간 중재에 관한 보험계약의 해석을 각자에게 유리하게 해석하면서, 당사자들 간에 오간 전자우편 등 디지털 증거에 대한 증거법적 쟁점에 대한 포괄적 분석을 제시한 사례임

50) 증거의 증거능력을 검토하기 전에 전제조건으로 요구되는 것으로, 특정한 사건에서 증명의 대상이 된 사실과의 관계에 따라 결정되는 동적·상대적 개념으로서 요증사실의 존재에 대한 개연성에 영향을 줄 가능성만 있으면 충분함

- 디지털 저장매체로부터 획득한 전자적 기록을 증거로 제출하는 과정(예: 피고인의 집에 있는 하드드라이브를 압수한 후 하드드라이브로부터 획득한 자료를 증거로 제출하는 경우)은 다음과 같음⁵¹⁾
 - 검사는 하드드라이브를 압수 시부터 증거 제출 시까지 연속적으로 관리(chain of custody testimony)하였음을 증언하거나, 하드드라이브의 독특한 특성인 일련번호를 제출할 수 있음
 - 그 다음으로 검사는 해쉬 값을 제출하거나, 이와 유사하게 디지털 포렌식을 통하여 원본 하드드라이브에 있는 데이터의 사본을 생성하여 포렌식 식별자 (forensic identifier: 데이터 항목에 이름을 부여하여 일시적으로 규정하거나 그 데이터의 어떤 특성을 표시하기 위하여 사용하는 기호 또는 기호의 집합)를 제출할 수 있음
 - 검사는 메타데이터(히스토리, 트래킹, 전자문서관리정보 등)을 이용하여 컴퓨터 기록의 진정성을 입증할 수 있음
- 이하에서 미국 연방법원이 제시한 증거능력 판단에 관한 선결문제에 관하여 구체적인 규정을 중심으로 살펴보도록 하겠음

가. 진정성

- 미국 연방증거법(Federal Rules of Evidence) 제901조(a)에서는 “진정성 (Authentication) 또는 동일성 확인(Identification) 요건의 입증은 제출된 증거가 바로 증거자가 주장하고 있는 것과 동일하다는 사실을 지지할 만한 충분한 증거에 의하여 인정되어야 한다”고 규정하고 있고, 디지털 증거의

51) 강구민, 앞의 글(각주 35), pp.131~132.

경우에도 이는 적용되고 있음

- 아울러, 제901조(b)에서는 진정성을 입증할 수 있는 10가지 방법을 구체적으로 예시하고 있음
 - 10가지 방법은 ① 경험 있는 자의 증언 ② 필적의 진실성에 관한 비전문가의 견해 ③ 전문가에 의한 감정 ④ 독특한 특징과 유사성 ⑤ 음성적 동일성 ⑥ 전화통화 ⑦ 공공기록 ⑧ 20년 이상 존재한 과거의 기록 ⑨ 정확한 결과를 산출하는 것이 입증된 시스템의 결과 ⑩ 법률이나 규칙에 의하여 정해진 방법임
 - 미국 판례에서는 전자우편의 진정성에 대하여 증인의 증언, 발신자로 주장된 사람이 보낸 다른 전자우편과의 비교, 또는 그 발신자나 수신자를 확인할 수 있는 전자우편 자체의 특징 등을 사용할 수 있다고 한 바 있음⁵²⁾
 - 또한, 웹상의 채팅 대화내용 및 휴대전화기 등 문자메시지의 경우 작성자가 실명이 아닌 대화명을 사용하는 경우가 대부분이므로 특히 진정성이 문제되는데, 실제 대화자를 특정하기 위한 방법으로 공모자의 증언⁵³⁾ 또는 독특한 특징과 유사성⁵⁴⁾ 등의 방법이 사용되기도 하였음
- 연방증거법 제901조에 대한 예외로서, 제902조에서는 ‘당연히 진정성이 인정되는’ 증거들에 대하여 규정하고 있음
 - 다른 증거의 도움 없이 그 자체로 진정성이 인정되는 증거로서, ‘인증된 공문서의 등본’, ‘공적 권위에 기반하여 발간된 서적, 팸플릿, 기타 출판물’ 등이 이에 해당함

52) United States v. Safavian, 435 F.Supp. 2d 36

53) United States v. Tank, 200 F.3d 627

54) United States v. Simpson, 152 F.3d 1241, 1244, 1249

- 컴퓨터 기록의 진정성을 판단하는 기준은 일반 기록의 진정성을 판단하는 기준과 같아서, 판례에서 그 진정성을 증언하는 증인에게 특별한 자격을 요구하지는 않고 있음⁵⁵⁾

나. 신뢰성

- 디지털 증거의 진정성의 문제는 디지털 증거를 만들어 낸 컴퓨터 프로그램의 신뢰성과도 연계되어 있음
- 과학적 증거의 신뢰성은 ‘특정 상황에 특정의 과학 원리 또는 기술을 반복적으로 정확하여 적용하여 얻은 결과들이 모두 동일한 값을 유지하는 것’을 의미함
- 미국 법원에서는 1923년 *Frye v. United States* 판결에서 ‘과학적 원칙 또는 발견이 과학적 공동체에서 일반적으로 받아들여지고 있는지 여부’를 신뢰성 판단의 기준으로 하였으나, 1993년 *Daubert v. Merrell Dow* 판결에서 과학적 공동체의 일반적 승인 기준 대신 법관의 독자적인 신뢰성 판단을 요구하면서 ‘과학적 건전성 원칙’을 제시하였고, 이후 판례에서 *Daubert test*의 심사기준이 확립되었음
- 위 *Daubert test*는 ‘신뢰성’을 판단하는 데 기준이 되는 것으로 ① 당해 과학적 지식이 일반적 과학적 방법론(가설 검증+오류의 반복적 검증)에 따라 획득된 지식·기술인지 여부(검증가능성, *testability*), ② 과학적 증거의 기초가 된 이론이나 기술이 간행되어 관련 학계 등에 의하여 심사되었는지 여부(*peer review or publication*), ③ 당해 과학적 지식·기술 활용과 관련된 잠재

55) 강구민, 앞의 글(각주 35), pp. 129~130.

적 오류율 또는 그 기술의 적용 과정을 규율하는 기준이 있는지(potential error rates), ④ 그 이론이나 기술이 관련된 과학자 사회로부터 일반적 지지를 받고 있는지(general acceptance) 등을 예로 들었음

다. 원본성

- 미국 연방증거법 제1001조에서 원본 및 원본에 준하는 사본의 정의를 규정하면서, 제1002조에서 “문서, 녹음 또는 녹화물, 사진과 같은 증거를 법정에서 제출할 경우 증거능력을 인정받기 위해서는 원본으로 제출되어야 한다”는 최량증거의 법칙(Best Evidence Rule)을 명시하고 있음
- 제1001조 제3호는 “데이터가 컴퓨터 또는 동종의 기억장치에 축적되어 있는 경우에는 가시성을 가지도록 현출한 출력 인쇄물 또는 기타 산출물로서 데이터의 내용을 정확히 반영하고 있다고 인정되는 것은 원본이다”라고 입법적으로 ‘원본’ 개념을 정하고 있음
- 다만, 원본의 진정성과 관련하여 위조 여부에 대한 이의가 제기되거나 원본 제출을 강요하는 것이 심히 불공정한 경우에는 사본의 제출도 허용하고 있으며(제1003조), 원본의 분실·훼손·압수불능, 상대방이 원본을 갖고 있는 경우 등 원본을 제출할 수 없는 것에 대한 상당한 이유가 있는 경우에는 원본의 내용에 관한 다른 증거를 제출할 수 있도록 하고 있음(제1004조)

라. 전문법칙

- 전문증거는 법정 외에서 원진술자에 의하여 만들어진 서면상 또는 구두의 진술 등으로 그 내용의 진실성을 입증하기 위하여 제출된 증거로서, “증거법 또는 다른 법률에 의하여 전문증거로부터의 면제 또는 전문법칙의 예외

가 적용되지 않는 한 원칙적으로 증거능력을 갖지 못한다”는 것이 전문법칙임(연방증거법 제802조)

- ‘전문증거로부터의 면제’(exemption)란 전문 진술에 해당하지 않는 경우로서, 해당 사건에 관하여 법정에서 증언하는 증인의 종전 진술이 현재의 증언에 반하는 경우⁵⁶⁾, 종전 진술이 현재의 증언에 부합하며 현재 증언을 꾸며서 하고 있다는 상대방의 주장에 대응하기 위한 경우⁵⁷⁾, 타인의 식별에 관한 것인 때에는 전문증거가 아님(연방증거법 제801조(d)(1))
- ‘전문법칙에 대한 예외’(exception)는 원진술자의 진술가능성 여부를 묻지 않는 경우(연방증거법 제803조), 원진술자의 진술이 불가능한 경우(연방증거법 제804조) 및 포괄적으로 적용되는 기타 예외(연방증거법 제807조)로 나뉨
- 연방증거법 제803조에 의한 전문법칙의 예외 중 가장 많이 문제되는 것은 ‘업무상 기록에 의한 전문법칙의 예외’와 ‘공적 기록에 의한 전문법칙의 예외’인바, 이는 필요성과 신빙성이라는 두 가지 측면에서 정당화됨

56) 이전 절차에서 원진술자가 ‘사건 당시 가로등이 밝아서 현장을 잘 볼 수 있었다’고 진술한 뒤 당해 절차에서 ‘사건 당시 가로등이 모두 꺼져 있어 현장을 볼 수 없었다’고 진술하였을 경우 이를 탄핵하기 위하여 이전 진술이 제시되었다면, 이러한 이전 진술은 그 진실성을 증명하기 위하여 제시된 것이 아니라 당해 절차에서의 진술을 탄핵하기 위하여 제시된 것일 뿐이므로 전문진술이 아님(구상엽, 「디지털 증거의 수집 및 활용 방법에 대한 고찰 - 미국의 제도를 중심으로-」, 대검찰청 국외훈련검사 연구논문, 2009, pp.32~33)

57) 원진술자가 이전 절차와 당해 절차에서 모두 ‘사건 당시 가로등이 밝아서 현장을 잘 볼 수 있었다’고 진술한 경우 만약 당해 절차에서 상대방이 ‘진술자가 최근 협박과 회유를 당하여 거진 진술을 하고 있다’는 의혹을 제기하고, 이러한 의혹을 탄핵하기 위하여 이전 진술을 제기하였다면, 이는 이전 진술의 진실성을 증명하기 위하여 제출된 것이 아니라 상대방 의혹에 대한 탄핵 목적으로 제출된 것이므로 전문진술이 아님

- 제803조(6)은 “정기적으로 행해진 업무활동의 과정에서 저장되었고, 메모·보고·기록 또는 데이터 자료모음을 만드는 것이 그 업무활동의 정기적인 관례였다면 그에 관한 지식을 가지고 있는 자가 그 당시 또는 그에 근접한 시점에서 작성하고, 기타 증인의 증언 등으로 입증된 것은 전문법칙의 예외로서 증거로 허용될 수 있다”고 규정함
 - ◆ United States v. Cestnik 판결⁵⁸⁾에 의하면 컴퓨터에 저장된 업무상 기록은 ㉠ 기록의 정확성을 보장하기 위하여 고안된 기계적 절차에 따라 지속적으로 그 기록이 유지되어야 하고, ㉡ 기록들은 소송준비를 염두에 두지 않은 것이어야 하며, ㉢ 기록 자체가 단지 전문진술의 축적(accumulation of hearsay)이 아니어야 한다는 조건을 충족하여야 증거로 허용될 수 있음
- 제803조(8)은 “공무소 또는 공적 기관의 기록, 보고, 진술 혹은 데이터 편집물로서, 공무소 또는 공적 기관의 활동, 법령상의 의무에 기초하여 관찰된 사항, 법령상의 권한에 기초하여 행하여진 조사 결과 분명하게 된 사실인정 자료의 경우에는 원진술자의 증언이 가능한가 여부에 관계없이 전문법칙에 의하여 증거능력이 배제되지 않는다”고 규정함
 - 연방증거법 제804조에 의한 전문법칙의 예외는 원진술자가 소송에서 증언하지 못하는 경우들을 상정한 것인바, 다른 사건에서 행하여진 과거의 증언, 사망에 임박하여 한 진술, 원진술자의 이해관계에 반하는 진술 등의 경우를 규정하고 있음
 - 연방증거법 제807조에 의한 포괄적 예외는 제803조와 제804조의 개별 규정에 해당하지 않더라도 그 조항에 의하여 인정되는 정도의 신용성의 정확한 보장이 있는 진술은 ① 진술이 중요한 사실에 의한 증거로 제출되고 ② 진

58) Unites States v. Cestnik, 36 F.3d 904, 909~910(10th Cir. 1994)

술이 그것이 증명하려는 쟁점에 대하여 증서신청자가 합리적인 노력을 통하여 획득할 수 있는 다른 증거들보다 더 증거가치가 있고, ③ 진술을 증거로 허용하는 것이 정의의 이익에 보다 부합한다고 법원이 인정하고, 상대방에게 이러한 예외 조항을 이용할 의사를 고지한 때에는 전문법칙에 의하여 배제되지 아니한다는 내용임

- 미국 실무에서 진술증거에 대한 진정성립을 인정하는 형태는 다음과 같음⁵⁹⁾
 - 법정에서 경찰관이 피의자가 쓴 자술서가 맞다고 하면 자술서의 증거능력이 인정되며, 피고인이 이를 다투면 필적 감정 등으로 형식적 진정성립을 판단하여 이에 따라 증거능력을 인정함
 - 미국에서는 배심재판에서 사용될 증거에 관하여 사전에 증거이의신청 절차를 통하여 증거능력 유무에 관한 결정을 하는데, 증거로 제출된 피의자가 자백하는 장면을 녹화한 비디오테이프의 증거능력에 대하여 이의를 제기하는 경우, 피고인이 행한 자백에 대하여는 전문법칙이 적용되지 않고, 판사는 검사와 변호인, 피고인, 녹음·녹화를 담당할 수사기관이 참석한 가운데 위 테이프의 증거능력을 심사함
 - 피의자의 진술을 포함하고 있는 경찰관의 보고서나 메모는 제803조에 의한 전문법칙의 예외사유에 해당할 수 있는바, 피의자의 진술을 듣고 이를 기재한 경찰관의 증언이 있는 경우 증거능력을 인정할 수 있음
 - 대배심 절차에서의 증인의 진술(이에 대하여는 피의자의 반대신문도 행하여지지 않음)에 대하여는 향후 증인이 법정에서 증언하지 않더라도 증거능력을 부여받을 수 있음

59) 형사소송법학회(연구자:박형관·김영중), 『수사단계 진술의 증거능력 및 증명력 확보 방안』, 법무연수원 정책연구과제, 2015, pp.74~75.

- 디지털 증거 중 사람이 컴퓨터를 이용하여 자신의 사상이나 관념을 기재한 문서 등은 전문증거로 취급되는바, 연방법원은 *United States v. Cestnik* 사건에서 컴퓨터에 저장된 업무기록에 대하여 전문법칙의 예외 규정을 적용하여 증거능력을 인정한 바 있음
- 위 판례에서 ① 업무기록이 정확성을 보장하기 위하여 계획된 일상 절차를 따랐고, ② 소송준비 이외의 정확성을 보장하려는 동기로 인하여 창출된 것이며, ③ 단지 전문 진술들의 축적에 불과한 것이 아닌 경우, 위 업무기록은 전문법칙의 예외에 관한 연방증거법 제803조(6)이 적용되어 증거능력을 인정할 수 있다고 하였음

2. 독일⁶⁰⁾

- ‘전문법칙’은 형사소송 절차에서 피고인에게 반대신문권이 보장되지 아니한 증거의 증거능력을 배제하고자 하는 당사자주의적 관점의 영미법에서 유래한 것으로, 대륙법계에 속하는 독일에서는 직접주의 원칙에 기반한 형사소송법 체계를 취하고 있음⁶¹⁾
- 직접주의(*Grundsatz der Unmittelbarkeit*)는 사실을 관찰한 자의 직접적인 진술을 기초로 하여 재판을 하여야 한다는 내용으로, 증거가 사람의 인지에 기초하는 경우 그 사람을 법정에서 신문하여야 할 것을 요구함

60) 천관영, 『독일의 디지털 증거 증거능력 입증절차에 관한 연구』, 대검찰청 국외훈련검사 연구논문, 2010, pp.186~190

61) 전문법칙은 당사자와 증거와의 관계에서 당사자에게 반대신문권을 보장한다는 당사자주의의 요청을 반영한 것임에 비하여, 직접주의는 법원과 증거의 관계에서 법관에게 올바른 심증을 형성하도록 한다는 직권주의적 요청임(방지형, 앞의 논문(각주 20), p.81.)

- ‘직접주의’는 법원이 스스로 조사한 증거에 의하여 재판하여야 한다는 ‘직접 심리주의’와 법원은 범죄사실에 가장 접근한 직접증거에 의하여 사실을 인정해야 한다는 ‘직접증거주의’로 나뉘고, 전문법칙과 관련하여 특히 의미를 갖는 것은 증거방법의 직접성을 요구하는 ‘직접증거주의’임⁶²⁾
- 직접증거주의는 진술증거에 관하여 증인을 신문할 것을 원칙으로 하고, 진술을 기재한 서류에 의하여 증인신문을 대체해서는 안 될 것을 요함
- 대륙법계에 속하는 독일에서는 유죄 인정을 위하여 제출한 증거에 대하여 전문법칙을 적용하여 증거능력을 배제하지는 않음
- 전문법칙과 직접주의는 그 연혁과 원리를 달리하는 것으로, 전문법칙에 의하여 배제되지 않는 전문증거도 법원에서 진술하지 아니한 증거로서 직접주의에 반하는 경우가 있는 반면, 전문증언 자체는 직접주의에 반하지 않게 됨
- 즉, 독일의 직접주의 원칙에 의하면 전문증인의 신문은 금지되지 않으며, 간접적인 증인의 진술은 증명력이 미약할 뿐임
- 디지털 증거의 증거능력과 관련해서는 디지털 증거의 수집, 분석, 제출 과정에 어떤 하자가 있었는지, 즉 진정성 및 무결성 여부를 검토하는 측면으로 접근하고 있음
- 디지털 포렌식에 관해서는 ‘의심할 여지 없이 수집되고, 보존·증명되어야 하며, 절차의 어느 시점에 있어서도 증명이 가능하고, 불시에 원자료 저장장치를 새로이 조사하더라도 항상 동일한 결과에 도달하여야 한다’는 증거자료의 불변성을 근본원칙으로 하고 있음

62) 이재상·조균석, 앞의 책(각주 43), p. 597

3. 영국⁶³⁾

- 컴퓨터에 의하여 작성된 서면의 증거능력에 관한 입법상의 불비에 대한 반성적 고려로서 1984년 「경찰 및 형사증거법」(The Police and Criminal Evidence Act 1984) 제69조가 제정된 바 있음
- 동 조항에서는 “컴퓨터에 의하여 처리·기록된 정보의 출력결과인 서면에 대하여 사실을 증명하는 전문증거로서, 신용성을 고려하여 컴퓨터의 부적절한 사용이 의심될 합리적인 이유가 없고 비정상적 작동으로 정확성에 영향을 미치지 않았을 것 등의 요건” 하에 전문법칙의 예외로서 증거능력을 인정하였음
- 그러나, 이후 동 조항에 대하여 컴퓨터의 운용이나 컴퓨터 자체의 신뢰성에 대하여는 유의하고 있으나, 입력되는 정보의 정확성에 대하여 충분히 고려하지 않았고, 컴퓨터 작성서면의 증거능력 인정에 관하여 전문가 증인의 존재를 필수불가결하게 만듦으로써 증거능력을 인정하기에 부담이 되는 요건을 명시하고 있다는 비판이 제기됨에 따라 1999년 폐지되었음
- 이후 영국의 국가표준기구인 British Standard Institute에서 디지털 증거의 증거가치를 최대화하기 위하여 준수되어야 하는 실무규범(Code of practice for Legal Admissibility and Evidential Weight of Information Stored Electronically)을 발간하였으나, 이는 법적 구속력이 있는 것은 아님

63) 최성필, 『디지털 증거의 증거능력에 관한 비교법적 연구』, 대검찰청 국외훈련검사 연구논문, 2010, pp.83~85.

4. 시사점

- 미국법은 증거법적 원칙들에 관한 상세한 규정을 두면서 이를 디지털 증거에도 활용할 수 있도록 하는 형태를 띠는 반면, 우리나라 법에는 증거능력에 관한 선결적 요건들이 구체적으로 규정되어 있지 않음
- 특히 우리나라는 판례법 국가가 아님에도, 디지털 증거의 증거능력에 관한 ‘선결요건’에 관한 사항은 법률에 명시되어 있지 않고 판례를 통하여 인정되고 있는 상황임
- 또한, 우리나라 「형사소송법」 제315조제2호·제3호의 ‘당연히 증거능력이 있는 서류’는 매우 포괄적으로 규정되어 있으면서 그 적용범위는 대법원에 의하여 매우 엄격하게 해석되고 있는바, 미국에서 업무상 기록이나 공적 기록에 대하여 전문법칙의 예외를 인정하고 있는 사례를 참고하여, 규정을 보다 구체화하면서 디지털 증거에 대한 실질적 증거능력 인정 범위를 넓힐 수 있는 방안에 대한 검토가 필요하다고 생각됨
- 다만, 영미법에서 전문법칙이 중시되는 것은 ‘당사자주의’에 기초한 형사법 제도 및 배심제를 채택하고 있는 데서 기인한 측면도 있을 수 있다는 점을 고려하여 선별적 도입이 필요하다고 판단됨
- 전문증거의 증거능력을 제한하는 것은 배심원들이 유·무죄 판단을 함에 있어 무분별한 전문증거에 좌우되지 되지 않도록 하기 위한 것임
- 그러나, 영국의 예와 같이 디지털 증거의 증거능력 인정에 관해서는 전문가의 도움을 필수불가결하게 만드는 것은 건전한 상식에 입각한 일반인의 판단을 존중하는 배심제의 근본 원리와 배치되는 측면이 있기 때문에 비판받았다고 볼 수 있음

- 우리나라 형사법 체계에서도 영미법적 당사자주의적 요소는 대폭 반영되어 있음을 고려하여⁶⁴⁾ 전문법칙의 적용범위를 디지털 증거에도 확대하는 명시적 근거규정을 둠으로써 당사자의 진술에 의하여 증거능력 유무가 결정되는 구조의 한계를 보완하되, 한편으로 법정에서의 증거가치가 전문가 등의 진술에 지나치게 좌우되지 않도록 하여 균형을 잡아야 할 것임

64) 이재상·조균석, 앞의 책(각주 43), p.44-46. 증인신문에서의 상호신문제도 및 당사자의 반대신문권 보장을 위한 전문법칙 인정 등도 그 예라고 설명하고 있음

IV. 입법적 개선방안

1. 디지털 증거의 증거능력에 관한 선결요건 규정

- 2011년 「형사소송법」 제106조제3항을 신설하면서 정보저장매체에 대한 증거수집을 규정하게 되었음에도, 그렇게 수집된 증거를 법정에서 어떻게 활용할 것인지에 관하여 상당부분 입법적 공백이 있음
- 판례상으로 이미 확립되어 있는 동일성·무결성·신뢰성의 요건을 법률에 규정하는 것을 검토할 필요가 있음
 - 동일성은 “디지털 저장매체에 저장된 내용과 현출된 자료 간 동일성”을 기본으로 함
 - 대검찰청 예규 「디지털 증거 수집 및 분석 규정」 제4조는 ‘무결성’에 대하여 “디지털 증거는 압수·수색·검증한 때로부터 법정에서 제출하는 때까지 훼손·변경되지 아니하여야 한다”, 제5조는 ‘신뢰성’에 대하여 “디지털 증거는 그 수집 및 분석 과정에서 이용된 도구와 방법의 신뢰성이 유지되어야 한다”고 규정하고 있음
 - 디지털 증거가 증거로서 수집될 수 있음을 전제하면, ‘디지털’이라는 특성으로 인하여 필수적으로 요구되는 선결 요건에 대해서는 해석의 영역이 아니라 법률에서 규정하는 것이 바람직하다고 판단됨
- 각 개념의 구체적 규정형태에 대하여, 진술증거뿐만 아니라 비진술증거에도 요구되는 보편적인 요건인 ‘진정성’을 중심으로 하여 동일성, 무결성, 신뢰성을 진정성 인정을 위한 세부 요건으로 구성하는 방안을 검토해 볼 수 있음
- 다만, 신뢰성 요건 판단에는 일정한 수준의 과학적 전문지식이 필수적으로

요구되므로, 이를 실무적으로 운영함에 있어 증거능력 인정에 관하여 전문가에게 지나치게 의존하는 결과를 초래하지 않도록 하여야 할 것임

2. 전문법칙 관련 체계 정비

가. 디지털 증거에 대한 전문법칙 적용을 명시

- 대법원은 진술의 내용이 포함된 디지털 증거에 관하여 전문법칙이 당연히 적용됨을 전제하고, 전문법칙의 예외에 관한 해석론을 제시하고 있음
- 2016년 제313조 개정을 통하여 디지털 증거의 경우 전문증거에 포함될 수 있음과 함께 ‘성립의 진정’을 인정하는 방법으로 ‘진술’에 의한 성립의 진정이 부인되는 경우 ‘디지털포렌식 등 객관적 방법’이 도입되기는 하였으나, 제313조에 한하여 디지털 증거를 규정하기보다는 제315조에의 적용 등을 염두에 두고 제310조의2 원칙 규정에서 전반적으로 「형사소송법」상의 전문법칙 및 그 예외가 사람의 진술을 내용으로 하는 디지털증거에도 적용됨을 명시할 필요가 있다고 보임

나. 진정성립 인정을 위한 디지털포렌식 적용 범위의 확대

- 앞에서 살펴 본 바와 같이 제313조제2항에서 ‘진술서’에 한하여 디지털포렌식 등 객관적 방법에 따른 성립의 진정을 인정함에 따라, ‘진술을 기재한 서류’의 경우는 그 적용을 받지 않는 불균형한 규율 상태를 야기하고 있다고 생각됨
- ‘진술을 기재한 서류’, 특히 피고인의 진술을 기재한 서류의 경우에도 작성자의 특정과 관련하여 디지털포렌식 등 객관적 방법이 활용될 필요성은 있음

- 다만, 피고인의 진술을 기재한 서류에 관하여 원진술자의 진술에 대하여는 디지털포렌식 등 객관적 방법에 의한 진정성립 인정에 한계가 있고, 이에 대하여는 여전히 진술증거의 특성을 고려하여 여전히 원진술자의 진술에 의한 성립의 진정이 필요할 수 있음
- 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 서류의 성립의 진정 인정에서는, 제312조제4항에서 공판정 등에서의 진술이나 객관적 방법에 의한 증명이라 규정하고 있어, ‘진술’과 ‘객관적 방법’이 선택적 사항으로 규정되어 있는 반면, 제313조제1항과 제2항의 규정체계는 일단 ‘진술’에 의한 성립의 진정을 원칙으로 하면서 진술에 의한 성립의 진정이 ‘부인’되는 경우 보충적으로 객관적 방법에 의한 성립의 진정 인정을 규율하고 있는 형태를 취하고 있음
- 디지털 증거를 비롯한 과학적 증거의 중요성이 부각되고, 2016년 제313조에서 ‘진술’에 의한 성립의 진정 인정 외에 ‘디지털포렌식 등 객관적 방법에 의한 성립의 진정 인정’이 허용된 배경으로, 현행법 체계상 당사자의 진술에 의하여 증거능력이나 사건의 실체 파악이 좌우되는 데 따른 반성적 고려에 따른 것임을 상기해 볼 필요가 있음
- 전문증거는 ‘사람의 진술’을 대상으로 하지만, 그 성립의 진정을 반드시 ‘진술’에 의하도록 할 필연적 이유는 없다고 보이며, 제312조제4항과 같이 ‘진술’과 ‘객관적 방법’을 선택적으로 규정하는 것으로 통일하는 방안에 대하여 검토가 필요하다고 생각됨
- 아울러, 제313조의 전반적인 규정체계에 관하여 제312조의 규정체계와 비교하여 피고인 아닌 자의 진술서나 진술을 기재한 서류의 증거능력 인정을 위하여 ‘특히 신빙할 수 있는 상태’를 인정할 것인지의 문제 등에 관하여

심도있는 고찰이 필요하다고 보임

다. ‘당연히 증거능력이 인정되는 서류’ 조항의 활용도 제고

- 대법원은 국정원 여론조작 사건(대법원 2015. 7. 16. 선고 2015도2625 판결)에서 “작성자의 업무수행 과정에서 작성된 문서라 하더라도, 파일에 포함되어 있는 업무 관련 내용이 실제로 업무수행 과정에서 어떻게 활용된 것인지를 알기도 어렵고, 다른 직원들의 이메일 계정에서는 그러한 파일과 같은 형태의 문서가 발견되지 않는다는 사정 및 업무와 무관하게 작성자의 개인적 필요로 수집하여 기재해 놓은 것으로 보이는 다른 정보도 포함되어 있다는 점 등에 근거하여 볼 때 형사소송법 제315조에 의하여 당연히 증거능력이 인정되는 업무상 필요로 인한 통상문서 등이 아니다”라고 판시하면서, 제315조의 적용범위를 엄격히 제한하고 있음
- 그러나, 미국의 사례 등에 기초하여 볼 때 특히 공적 기관의 기록이나, 정기적으로 행하여진 업무의 일환으로 그에 관한 지식을 갖고 있는 자가 그 당시 또는 근접한 시점에서 작성한 것이라면 원진술자의 진술 여부 등에 관계없이 증거능력을 인정하도록 하는 방안에 대하여 검토할 필요가 있음
- 현행 제315조제2호에 예시되어 있는 ‘상업장부, 항해일지’ 외에 현대 사회에서 통상 많이 쓰일 수 있는 서류들을 예시하고, 제315조제3호의 ‘기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성한 문서’의 경우도 미국의 사례와 같이 “정기적으로 행해진 업무활동의 과정에서 저장되었고, 기록 등을 만드는 것이 그 업무활동의 정기적인 관례였으며, 그에 관한 지식을 가지고 있는 자가 당시 또는 근접한 시점에서 작성한 것으로 입증된 것” 등의 구체적 요건을 제시하는 방안도 고려해 볼 수 있음

V. 결론

- 현대사회의 과학기술의 발전으로 수사 및 재판 실무에서도 종래부터 중시되어 오던 진술증거 뿐만 아니라 디지털 증거의 가치도 점차 증가하고 있음
- 「형사소송법」도 이러한 환경에 대응하여 2011년 증거 ‘수집’ 단계에서 정보저장매체에 대한 규정을 신설하였으나, 그렇게 수집된 증거가 법정에서 어떠한 조건에 따라 쓰일 수 있는지에 대해서는 법에서 상당부분 공백을 두고 있음
- 미국에서는 증거능력에 관한 상세한 규정을 두면서 이를 디지털 증거에도 적용하고 있고, 우리나라에서도 판례에 의하여 디지털 증거가 증거능력을 갖기 위하여 갖추어야 할 선결요건으로 동일성, 무결성, 신뢰성을 요구하고 있기는 하나 법에서 명시적 근거규정을 두고 있지는 않고 있는데, 판례에 의존하는 불문법주의를 취하고 있지 않은 우리나라에서는 특히 선결요건의 내용이 법률에 명시되어야 할 필요가 있음
- 증거법칙과 관련하여, 영미법계의 당사자주의적 요소의 도입으로 우리나라 「형사소송법」에도 전문법칙 및 그 예외가 규정되어 있고 일부 예외 규정에 디지털 증거도 그 적용을 받는다는 점이 규정되어 있기는 하나, 사람의 진술을 내용으로 하는 디지털 증거의 경우 전문법칙 및 그 예외가 적용됨을 원칙적 규정에서 명시하는 것이 적절할 것임
- 또한, 전문법칙의 예외 규정 중 하나인 제313조와 관련하여, ‘진술서’에 대하여 디지털포렌식 등 객관적 방법에 의한 성립의 진정이 인정될 수 있는 예외를 규정하면서도 ‘진술을 기재한 서류’의 경우에는 적용범위에서 제외하고 있고, 디지털포렌식 등 객관적 방법에 의한 성립의 진정을 수사기관이 작

성하는 조서의 경우에는 ‘진술’과 선택적 요소로 규정한 것에 비하여 ‘진술’에 보충적인 방식으로만 인정하고 있으며, 피고인 아닌 자의 진술서나 진술을 기재한 서류에 대하여 수사기관이 작성하는 조서와 비교해 볼 때 ‘특히 신빙할 수 있는 상태’에 대한 논의가 충분히 이루어지지 않는 문제가 있으므로 전반적인 체계의 정비가 필요함

- 마지막으로, 전문법칙의 예외조항인 제315조의 적용범위에 관하여 대법원은 적용범위를 매우 좁게 해석함으로써 디지털 증거의 활용도 또한 축소시키고 있는 것으로 보이나, 미국의 사례와 같이 “정기적으로 행해진 업무활동의 과정에서 저장되었고, 기록 등을 만드는 것이 그 업무활동의 정기적인 관례였으며, 그에 관한 지식을 가지고 있는 자가 당시 또는 근접한 시점에서 작성한 것으로 입증”된다면 증거능력을 인정함으로써, 사건의 실체 파악을 위하여 객관적으로 작성된 증거의 활용도 등을 높이는 방안을 강구할 필요가 있음

참고문헌

[단행본 및 학위논문]

- 대검찰청, 『2017 검찰연감』, 2017.
- 대법원 사법정책연구원 연구총서, 『디지털 증거의 증거능력 판단에 관한 연구』, 2015.
- 대법원 사법정책연구원 연구총서, 『전자정보의 증거조사 현황과 개선 방안에 관한 기초 연구』, 2016.
- 방지형, 『양대 포털홈페이지 게시물 등의 증거사용에 관한 문제점 및 개선방안』, 서울대학교 융합과학기술대학원 이학석사학위논문, 2016.
- 배종대·홍영기, 『형사소송법』, 2018.
- 법무부, 『개정 형사소송법 해설』, 2007.
- 이재상·조균석, 『형사소송법』 제11판, 2017.
- 형사소송법학회(연구자:박형관·김영중), 『수사단계 진술의 증거능력 및 증명력 확보방안』, 법무연수원 정책연구과제, 2015.

[정기간행물 등]

- 강구민, 「전자적 증거와 관련한 미국의 전문법칙」, 『형사법의 신동향』 통권 제52호, 2016
- 구상엽, 「디지털 증거의 수집 및 활용 방법에 대한 고찰 - 미국의 제도를 중심으로-」, 대검찰청 국외훈련검사 연구논문, 2009.
- 권양섭, 「판례에서 바라본 디지털 증거의 증거능력에 관한 고찰」, 『정보보호학회지』 제26권 제5호, 2016.
- 김영기, 「디지털증거의 진정성립부인과 증거능력 부여방안」, 『형사판례연구』 제19권, 2011.
- 김윤섭·박상용, 「형사증거법상 디지털 증거의 증거능력 - 증거능력의 선결요건 및 전문법칙의 예외요건을 중심으로」, 『형사정책연구』 제26권 제2호, 2015.

- 노명선, 『전자적 증거의 실효적인 압수·수색, 증거조사 방안연구』, 대검찰청
용역보고서, 2007.
- 박혁수, 『개정 형사소송법상 디지털 증거의 증거능력 -관련성, 신뢰성, 진정성,
원본성을 중심으로 -』, 대검찰청 국외훈련검사 연구논문, 2010.
- 이완규, 「협박 진술 녹음의 전문증거 문제와 진정성 문제의 구별」, 『저스티스』
통권 제139호, 2013.
- 장상귀, 『디지털 증거의 증거능력에 관한 연구』, 법학실무연구회, 2009.
- 천관영, 『독일의 디지털 증거 증거능력 입증절차에 관한 연구』, 대검찰청 국외
훈련검사 연구논문, 2010.
- 최성필, 『디지털 증거의 증거능력에 관한 비교법적 연구』, 대검찰청 국외훈련
검사 연구논문, 2010.

국가법령정보센터(<http://www.law.go.kr>)

대법원 종합법률정보(<http://glaw.scourt.go.kr>)

입법·정책보고서 발간 일람

호 수	제 목	발간일	집필진
제001호	개헌 관련 여론조사 분석	2018.03.13.	허석재
제002호	빅데이터 정책 추진 현황과 활용도 제고방안	2018.05.31.	정도영 김민창 김재환
제003호	조세범에 대한 처벌 현황 및 개선방안	2018.06.22.	문은희
제004호	지역상생발전기금의 현황과 개선방안	2018.06.28.	류영아
제005호	현행 지방선거제도 관련 주요 쟁점 및 개편방안 : 지방의회선거를 중심으로	2018.07.11.	김종갑

입법 · 정책보고서 Vol. 제6호

발 간 일 2018년 7월 26일
발 행 이 내 영
편 집 정치행정조사실 법제사법팀
발 행 처 **국회입법조사처**
서울특별시 영등포구 의사당대로 1
TEL 02 · 788 · 4540
인 쇄 성지문화사 (TEL 02 · 2273 · 5090)

1. 이 책자를 허가 받지 않고 복제하거나 전재해서는 안 됩니다.
 2. 내용에 관한 자세한 사항은 집필자에게 문의하여 주시기 바랍니다.
 3. 전문(全文)은 국회입법조사처 홈페이지(<http://www.nars.go.kr>) 'NARS 발간물'에 게시되어 있습니다.
-

ISSN 2586-5668
발간등록번호 31-9735020-001601-14

□ 국회입법조사처, 2018

입법·정책보고서 제6호

디지털 증거에 관한 형사소송법적 과제

- 전문법칙을 중심으로 -



NARS

(우)07233 서울시 영등포구 의사당대로 1(국회입법조사처) Tel.02)788-4510(대)
www.nars.go.kr

ISSN 2586-5668

