

형사소송법 제313조에서의 정보저장매체의 범위와 증거능력*

권 오 결**

〈국문초록〉

대법원 판례는 녹음테이프, USB등의 정보저장매체를 사실상 제313조의 진술서에 준한다고 보고 그에 대한 증거능력의 요건들을 제시하여왔다. 이러한 배경에서 형사소송법 제313조에 대한 개정(2016.5.29)은 진술서라는 서면증거의 범위를 정보저장매체에 까지 확대함으로서 디지털 증거에 대한 증거능력의 요건을 명문으로 규정하였다는 점에서 소위 디지털증거법 시대를 선언하였다는 점에 그 의의가 있다. 그러나 동 조문은 정보저장매체의 범위, 진정성립 진술의 주체 등의 문제에 있어서 여전히 해석상 논란의 여지를 남기고 있다. 이러한 문제는 정보저장매체를 진술서(또는 진술기재서면)의 한 형태로 볼 것인가에 대해 우리 형사소송법은 진술의 개념에 대한 정의가 없기 때문에 발생한다고 할 수 있다.

즉 제313조 제1항이 진술서에 ‘문자·사진·영상 등의 정보로서 컴퓨터용 디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체에 저장된 것’을 포함한 것으로 규정하고 있지만, 현재 형사소송법상 전문증거의 범위를 규정하고 있다고 할 수 있는 제310조의 2는 여전히 서류와 진술의 두 가지 형태의 전문증거만을 규정하고 있다. 그러나 전문증거와 전문법칙의 일관된 적용을 위해서는 제310조의 2를 [제311조 내지 제316조에 규정한 것 이외에는 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 대신하여 진술을 기재한 서류 또는 진술·사진·영상·음성을 담은 정보저장매체나 공판준비 또는 공판기일 외에서의 타인의 진술을 내용으로 하는 진술은 이를 증거로 할 수 없다]로 개정하여 전문증거의 범위에 정보저장매체를 포함하는 것으로 규정할 필요성이 있다. 그렇게 된다면 지금까지 정보저장매체의 내용에 대한 증거능력을 판단을 위한 복잡한 절차 또는 이론적 대립이 해소될 수 있기 때문이다.

주제어 : 진술서, 진술, 정보저장매체, 전문증거, 증거능력

• 투고일 : 2018.06.29. / 심사일 : 2018.07.16. / 게재확정일 : 2018.07.19.

* 이 논문은 2017학년도 경북대학교 복원학술연구비에 의하여 연구되었음
** 경북대학교 법학전문대학원 교수

I. 서론

형사소송법 ‘제310조의2(전문증거와 증거능력의 제한)’는 다음과 같이 규정하고 있다.

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.

우리 조문의 해석론에 의하면 전문증거는 1)공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 대신하여 진술을 기재한 서류 또는 2)공판준비 또는 공판기일 외에서의 타인의 진술을 내용으로 하는 진술이다. 이러한 법 규정의 체계 안에서 2016년 전문증거와 관련한 중요한 법 개정이 이루어 졌다.¹⁾ 즉 형사소송법 제 313조에서 정보저장매체에 저장된 진술 정보도 진술서의 범위에 포함시킨 것이다. 따라서 정보저장매체에 저장된 내용에 대해서도, 그 진술내용이 전문증거인 경우에는 전문법칙의 적용을 받아야 한다는 것이 명확해졌다. 또한 동조 제2항에서는 ‘디지털 포렌식’이 형사소송법에 처음으로 명기됨으로써 이른바 ‘디지털 증거법 시대’가 개시된 것이다.²⁾³⁾

- 1) 개정 법률 제안 이유 : 최근 컴퓨터, 외장형 디스크 등 각종 정보저장매체를 이용한 정보 저장이 일상화되어 각종 범죄수사에 있어 중요 증거가 서면이 아닌 전자적 정보의 형태로 디지털화 되어 있는 경우가 비일비재함에도, 형사소송법은 1961년 서면에 대해서만 예상한 증거능력 규정을 두고 있어서 수사 및 재판실무상 여러 어려움과 혼선이 발생하고 있는 현실임. 이에 전자적 정보의 형태로 되어 있는 디지털증거의 증거능력 인정에 관한 규정을 신설하고, 특히 디지털증거는 서류로 된 증거와 달리 고도의 진정성을 담보할 수 있어 기술적 방법에 의하여 성립의 진정함을 인정하는 것이 가능하므로 이러한 점을 그 내용에 반영함. 또한 현재 조서는 일정 요건 충족 시 증거능력이 부여되나, 피조사자의 진술을 그대로 가감 없이 정확히 기록하여 오히려 증거가치가 우월하다고 볼 수 있는 영상녹화물은 조서의 진정성립을 인정하는 범위에서만 활용되고 있어 불합리함. 따라서 적법한 절차와 방식에 따라 기록된 영상녹화물은 원진술자가 진술한 내용과 동일하게 기록되었음이 증명된 경우 증거능력을 인정하되, 다만 법정증거주의 등을 고려하여 영상녹화물은 피고인이 다투는 부분만 재생하고, 다투지 아니하는 부분은 녹취서 내용을 고지하는 방법으로 증거 조사 실시하도록 함(국회의안정보시스템 http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_R1Y5Q0Y5E1E5E1D8P2Y9W3I2H3V6W6. ; 2018.5.7.12:07 방문)
- 2) 김영철, “디지털 전문증거 진정성립을 위한 디지털 본래증거 수집방안”, 『형사법의 신동향』, 58호, 2018.3, 259면.
- 3) 컴퓨터 포렌식은 컴퓨터화된 기기로부터 증거를 복구(recover)하고 그런다음 형사재판에서 그 증거를 제출하기 위한 컴퓨터 과학기술의 사용과 관련된 용어이다; Robert Moore, "The role of computer forensics in criminal investigations", Crime Online, Willan

(개정 전의 제313조)

- 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 것은 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.
- ② 감정의 경과와 결과를 기재한 서류도 전항과 같다. [전문개정 1961·9·1]

(개정 된 현행 제313조)

- 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 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 상태하에서 행하여진 때에 한하여 피고인의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 불구하고 증거로 할 수 있다. <개정 2016.5.29>
- 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. <개정 2016.5.29>
- ③ 감정의 경과와 결과를 기재한 서류도 제1항 및 제2항과 같다. <신설 2016.5.29>

원래 형사소송법 제313조는 해석론 또는 입법론적으로 많은 문제점을 안고 있었지만,⁴⁾⁵⁾ 판례는⁶⁾ 디지털증거가 증거의 많은 부분을 차지하게 되는 현실을

Publishing, 2007, S. 81.

4) 김정환, “형사소송법 제313조 개정 유감”, 『형사법의 신동향』 제53호(2016·12), 60면.

5) 이에 대한 주요 연구는 양동철, “진술서·진술녹취서의 증거능력”, 『경회법학』 제48권 1호,

반영하여 ‘피고인 또는 피고인 아닌 사람이 정보저장매체에 입력하여 기억된 문자정보 또는 그 출력물을 증거로 사용하는 경우, 이는 실질에 있어서 피고인 또는 피고인 아닌 사람이 작성한 진술서나 그 진술을 기재한 서류와 크게 다를 바 없다’고 함으로써 꾸준히 디지털증거형태의 진술증거도 전문증거로 인정하여 왔다.

제313조의 개정은 판례를 통해 저장매체의 증거능력이 일정한 요건 하에 인정되어 오던 것을 명문화함으로써, 매체에 저장된 문자 등 정보에도 진술서 또는 진술기재서류의 법리를 그대로 적용할 수 있게 되었을 뿐만 아니라 진단서도 정보저장매체 형태로 현출할 수 있게 되었다.⁷⁾ 법제처 역시 위 개정의 취지를 “최근 전기통신기술의 비약적인 발전에 따라 컴퓨터 등 각종 정보저장매체를 이용한 정보저장이 일상화되었고, 범죄 행위에 사용된 증거들도 종이문서가 아닌 전자적 정보의 형태로 디지털화되어 있는 현실을 고려하여, ‘진술서’ 및 그에 준하는 ‘디지털 증거’의 진정성립은 ‘과학적 분석결과에 기초한 디지털 포렌식 자료, 감정 등 객관적 방법’으로도 인정할 수 있도록 하되, 피고인 아닌 자가 작성한 경우 반대신문권이 보장됨을 명확히 규정하려는 것”이라고 설명하였다.⁸⁾

그러나 실제로는 제313조의 개정은 다음과 같은 몇 가지 문제를 제기하고 있다. 첫째는 정보저장매체의 개념과 범위의 문제이다. 형사소송법은 [문자·사진·영상 등의 정보로서 컴퓨터용디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체]라고 규정하고 있다. 이 문언에서는 정보의 범위를 문자, 사진, 영상 등으로 예시적으로 규정하고 있다. 따라서 음성이 포함될 수 있는 지의 여부가 문제로 된다. 또한 위 규정은 디지털 증거의 확산에 따라 디지털형태의 저장매체를 전제로 한 것이기 때문에, 녹음테이프와 같은 아날로그 형태의 녹음증거가⁹⁾ 위

경희법학연구소, (2013); 김정환, “형사소송법 제313조에 대한 해석론적, 입법론적 고찰”, 『법학논총』 제20권 제3호, 조선대학교 법학연구원(2013); 최병각, “사인 작성 진술서면의 증거능력”, 『?홍익법학』 제14권, 1호, 홍익대학교 법학연구소(2013), 109면 등.

6) 대법원 2013. 2. 15. 선고 2010도3504 판결 등

7) 개정 전에도 정보저장매체에 문자 등 정보가 저장되어 있는 경우 해석론과 판례에 의해 당연히 제313조가 유추적용된다고 인정해 왔기 때문에 이를 명문화하였다는 사실 자체로는 결과에 있어 크게 달라지는 것이 없는 것은 사실이지만, 죄형법정주의가 적용되는 형법만큼은 아니지만 형사소송법에서도 형식적 확실성과 예측가능성이 중요하기 때문에 정보저장매체와 같이 현대에 와서 중요해진 문제에 대하여는 해석론에 맡겨둘 것이 아니라 하나하나 입법해 들어가는 것이 바람직함은 당연하다. 따라서 위 입법자체에 대하여는 긍정적으로 평가한다는 견해는 김정환, 앞의 논문, 62-63면.

8) 법제처 형사소송법 제정·개정 이유 참조<<http://www.law.go.kr>>.

9) 물론 판례는 종래부터 녹음테이프와 같은 아날로그 녹음증거에 대해 이를 진술서로 보아

규정상 진술서에 해당할 것인지가 문제로 된다.

둘째는 종래의 서면증거 -조서 또는 진술서 등-에서 요구되던 성립의 진정의 의미와 요건이 정보저장매체에도 그대로 적용될 수 있는지의 문제, 제313조 2항의 해석과 관련하여 진술서의 작성자가 성립의 진정을 부인하는 경우에 과학적 분석결과에 기초한 객관적 방법에 의한 성립의 진정이 1항 본문에만 적용되는 것인지 아니면 단서의 경우 -즉 피고인의 진술을 기재한 서류-에도 적용되는가의 문제가 제기된다.

셋째는 정보저장매체가 단지 313조에 한해서 그 의미를 가지는 가이다. 즉 제313조가 아닌 제314조, 제315조 등에서 정보저장매체가 증거로 제출되었을 경우에 그 증거능력을 어떻게 판단하는가에 있다. 예컨대 영업장부를 파일로 저장하여 그 파일이 증거로 제출된 경우이다.

III. 형사소송법상 전문증거의 유형

전문증거(傳聞證據; Hearsay Evidence)란 국어적 의미로 볼 때 타인으로부터 전해들은 증거라는 의미이다. 전문증거는 직접 경험한 것이 아니라 전해들었기 때문에 원진술에 비해 그 신빙성이 약하다. 이러한 전문증거에 대해 증거능력을 배제하는 증거법상의 원칙을 전문법칙(Hearsay Rule)이라고 한다. 전문법칙(Hearsay Rule)은 진술 안에 언급되어 있는 사실의 진실성을 입증하기 할 목적으로 법정 외의 진술증거를 당사자가 사용하는 것을 금지하기 위하여 영국 등의 보통법 국가에서 17세기 말에 형성되었다.¹⁰⁾¹¹⁾ 전문법칙은 제2차적 또는 제3차적 지식에 근거한 경우보다 첫 번째 지식에 근거하는 경우에 더욱 믿을 수 있다는 전제에서 출발하며, 직접적인 지식(firsthand knowledge)에 기초한 증언에 대한 선호(a preference)를 표현하고 있는 일반원칙이다.¹²⁾ 이러한

그 증거능력을 인정하고 있었다.

10) Dennis, The Law of Evidence, Sweet & Maxwell(2007), S.660..

11) 예를 들면 X가 법정 밖에서 점원 W에게 “D가 책을 집고서 계산하지 않고 달아났다”라고 말했다. 만약 D가 절도죄로 기소되었다면, X의 진술은 절도사건과 관련성이 있다. 그러나 전문법칙에 의해서 검사는 W를 증인으로 소환하여 그가 X로부터 들었다는 것을 증언하게 하는 것을 금지한다. 왜냐하면 W에 의한 증언의 목적이 법원에 대하여 X의 진술 안에 언급된 사실이 진실하다는 것을 수용하도록 하기 위함에 있기 때문이다. 즉 D가 책을 절취하였다는 사실을 입증하기 위함이다. 결국 전문법칙은 검사가 전문가인 W가 아니라 X를 증인으로 소환하여 X가 D가 책을 절취하는 것을 보았다는 직접증거를 제시할 의무를 검사에게 부과하는 것이다; Dennis, Evidence, S. 660.

전문진술에 대한 탐탁지 않음의 주된 이유는 사람의 기억은 변하거나 지워질 수 있으며, 원래의 진술이 선서에 의한 것이 아니고, 그 진술을 한 사람에 대해 반대신문이 이루어지지 않았다는 것이다.¹³⁾¹⁴⁾ 특히 반대신문의 기회의 결여는 ① 원진술자의 보고, 듣고, 느끼고, 맛보고, 냄새 맡을 수 있는 능력 ② 기억력 ③ 진정성(sincerity) ④ 정직성(honesty)에 대한 동시적인 테스트의 기회가 없다는 것을 의미한다.¹⁵⁾

비교법적으로 볼 때 전문증거의 개념과 관련하여 영국의 2003년의 Criminal Justice Act 2003 Section 115(2) 에서는 다음과 같이 규정하고 있다.

형사절차에서 법정에서 구두로 진술되지 아니한 진술은 그 진술에서 언급된 어떤 사실의 증거로서 허용되지 않는다(In criminal proceedings a statement not made in oral evidence in the proceedings is admissible as evidence of any matter stated if, but only if...). 이때의 진술은 ‘사람에 의한 어떤 형태로든 사람에 의해 이루어진 사실 또는 의견의 표현이며, 스케치(소묘), 사진, 기타의 기록물 안에서의 표현을 포함한다(A statement as ‘any representation of fact or opinion made by a person by whatever means; and it includes a representation made in a sketch, photofit or other pictorial form’).

또한 미국 연방 증거법(Federal Rules of Evidence Rule 801)은 다음과 같이 규정하고 있다.

-
- 12) 사실확인자는 일반적으로 직접증인에 의해서 무엇이 일어났는지를 전해들은 사람이 아니라 무엇이 일어났는지에 대한 실제 증인을 원한다; G. Michael Fenner, *ibid*, s. 5.
- 13) 특히 미국 연방 제6차 수정헌법(The Sixth Amendment to the United States Constitution)은 모든 형사절차에서 피고인은 그에 적대적인 증인을 대면할 권리가 있다고 규정하여 반대신문권을 강조하고 있다(“In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right ... to be confronted with the witnesses against him”).
- 14) 18세기에서 19세기로 넘어가는 시기에 전문법칙의 지배적인 이론적 근거가 선서(oath)로부터 반대신문(cross-examination)으로 옮겨가게 된다. 이러한 변화의 배경에는 무엇이 진술의 진실성을 담보하는 가에 대한 관점의 변화가 있었으며, 더 중요한 것은 18세기 말부터 피고인측의 변호인 활용의 빈도가 증대하기 시작하였다는 점 즉, 형사절차에서 당사자주의가 확립되기 시작하였음을 의미한다는 견해는 김종구, 「한국 형사법의 역사 속 영미법」, 마인드맵, 2016, 200면.
- 15) 이러한 것 들은 흔히 진술의 취약성이라고 불리며, 반대신문은 이러한 취약점들을 조사하는 것을 허용하는 절차이다; G. Michael Fenner, *The Hearsay Rule*, Carolina Academic Press, 1974, S. 5.

진술은 (사람이 의사표시로서 제출하고자 하는) 사람의 구두 의사표시(주장), 서면화된 의사표시 또는 비언어적 행동이다((a) Statement. “Statement” means a person’s oral assertion, written assertion, or nonverbal conduct, if the person intended it as an assertion.). 전문증거는 원진술자가 법정의 재판이나 청문절차에서 한 것이 아니라, 당사자가 그 진술 안에 언급된 사실의 진실성을 입증하기 위해 제출한 진술을 의미한다((b) Declarant. “Declarant” means the person who made the statement. (c) Hearsay. “Hearsay” means a statement that: (1) the declarant does not make while testifying at the current trial or hearing; and (2) a party offers in evidence to prove the truth of the matter asserted in the statement.).

이러한 전문법칙에 관한 규정에서 핵심적인 것은 전문증거의 정의와 진술(statement)의 범위이다. 그러나 우리 형사소송법에서는 진술 그 자체의 정의와 범위에 대한 언급이 없이 전문증거의 유형만 정하고 있다. 진술을 기재한 서류와 진술을 전문증거로 보고 이에 대한 증거능력이 없음을 선언하고 있을 뿐 진술의 범위에 대한 규정은 없다. 즉 우리 입법자는 전문증거의 범위를 크게 전문서류와 전문진술로 구별하고 전문서류에 대해서는 제311조(공판조서 등), 제312조(피의자신문조서, 참고인진술조서, 검증조서), 제313조(진술서 등)로 세분화하고 있고, 전문 진술은 제316조에서 피고인 아닌 자의 진술이 피고인의 진술을 내용으로 하는 경우(제1항)과 피고인 아닌 자의 진술을 내용으로 하는 경우(제2항)로 구별하고 있다. 그리고 2016년 제313조의 개정을 통해 정보저장매체에 저장된 진술도 진술서 등과 같이 인정함에 따라, 결국 우리 형사소송법에서는 전문증거의 유형은 구두진술, 서면진술, 정보저장매체에 저장된 진술로 세분화된다고 할 수 있다.

IV. 제313조의 정보저장매체의 의미와 범위

1. 증거의 역사와 정보저장매체의 등장

형사재판에서 사실은 증거에 의해서 확정되어야 한다. 이를 증거재판주의라고 한다. 즉 법관은 증거를 통해서 확인된 사실만을 유죄인정의 근거로 삼아야 한다는 것이다. 이러한 증거재판주의는 인류의 역사에 있어서 근대의 인권사상의 부활과 함께 등장한 것으로 중세이전이나 고대에서는 증거에 의하지 않은 재판

즉 神判이 행해지기도 하였다. 따라서 형사재판의 역사는 증거법의 발전과 그 궤를 같이 한다고 하지 않을 수 없다. 현대 형사절차에서는 증거재판주의에 또 하나의 제한을 가하고 있다. 즉 사실인정에 사용될 수 있는 증거는 반드시 증거능력(Admissibility of Evidence)이 있는 증거이어야 한다. 그러나 이것만으로는 법관의 자의적인 판단을 방지할 수 없다고 생각하여 증거의 자격 즉, 증거능력은 법관이 판단하는 것이 아니라 미리 존재하는 법률에 의해서 결정되게 함으로써, 법관은 증거능력이 있는 증거의 가치만을 판단할 수 있다. 결국 증거의 자격은 법률에 의해서, 증거의 증명력은 법관의 자유심증에 의해서 판단되도록 함으로써 법관의 자의적인 사실인정을 제한하는 시스템을 작동하고 있는 것이다. 이것이 바로 [증거재판주의-자유심증주의-엄격한 증명]의 과정인 것이다.

결국 형사절차의 핵심은 증거에 의한 증명이라고 할 수 있다. 이러한 증명의 수단인 증거는 인류의 문명의 변화에 따라 함께 변화되어 왔다. 증거란 사실인정을 위한 정보(information)를 말하며, 인류의 역사에서 범죄사실의 확인을 위한 최초의 정보는 사람이다. 따라서 최초의 증거는 사람이라고 할 수 있다. 즉 인증이 증거의 효시이다. 예컨대 절도 피해자 을이 “갑이 내 곡식을 훔쳤다”라고 말하면, 을의 진술은 절도사실 확인을 위한 정보가 된다. 그리고 사람의 혈액,¹⁶⁾ 폭행죄에 있어서 몸에 나타난 흔적 등도 증거로 작용하였다. 그러나 사람의 진술은 기억의 한계, 거짓말 등의 인간의 감정이 개입됨으로써 왜곡되는 경우가 많이 발생하였기 때문에 사람이 아닌 증거 즉 물증이 중요한 증거로 등장하게 되었다. 예컨대 절도범의 집에 보관되어 있는 훔친 곡식은 절도범이 곡식을 절취하였다는 중요한 물증이 된다. 그러나 물증도 변화되거나 소멸될 수도 있고, 경우에 따라 변조될 수 있다. 이러한 증거의 소멸 등은 과학문명의 발전과 함께 해소되기 시작하였다. 특히 사람의 진술은 종이로 발명되면서 새로운 전기를 맞이하게 되었다. 갑이 자신이 목격한 것을 종이에 기록하면서¹⁷⁾ 증거가 보전되기 시작한 것이다.¹⁸⁾ 이것은 인적 증거가 동시에 물적

16) 물론 상해사건에서 피해자의 혈액은 물증이라고 할 수 있다.

17) 고대 파피루스 두루마리에 공증을 위하여 붙인 조서('Protokoll' 또는 'Protocol')라는 단어가 발견된다. 이것은 고대 파피루스 두루마리에서 발견된 'protokollon'에서 비롯되었다. 이것은 고대 파피루스 두루마리에 공증을 위하여 붙여진 것으로 부호가 찍힌 종이 한 장이다. 이것이 있으면 서류상의 진술이 실제 증인의 지위를 대신하였다. 즉, 이것은 문서의 진실성(die Echtheit)을 확인하였다. 이러한 공증의 장점은 무엇보다도 문서의 효력이 증인의 현존, 그리고 시간과 공간으로 부터 독립된다는 점이다; 안승진, “형사소송에 있어 조서의 증거능력에 관하여- 신문조서를 중심으로 -”, 법학실무연구회, 330면(2008, 상반기 서울북부지역, 검찰실무연구회 발표회).

18) 물론 종이 이전에도 바위-울주군의 반구대 암각화 -나 나무 등에 기록하는 경우도 있었

증거의 성격을 가지게 된 것이다. 그리고 다양한 과학기술의 발전은 소멸되기 쉬운 많은 증거들을 저장할 수 있는 정보 저장 매체를 개발하여 왔다. 정보 저장 매체의 발전과¹⁹⁾ 함께 더 다양한 형태의 증거가 출현하게 되었다. 종이 가 진술을 저장하는 매체라고 한다면, 녹음테이프, 축음기 등도 진술을 저장하는 또 다른 매체인 것이다. 이러한 저장매체는 디지털 시대의 도래와 함께 가히 혁명적인 변화를 가져왔다.²⁰⁾ 즉 인간의 진술은 이제 컴퓨터, 휴대폰 등의 디지털 형태로 저장되게 되었다. 이러한 디지털 저장매체는 그 속도와 용량에 있어서 종래의 아날로그 저장매체와는 비교할 수 없을 정도로 많은 양의 정보를 신속하게 저장하고 전송할 수 있게 되었다.

그러나 정보저장매체 그 자체는 단순히 기기로서 전문 진술이나 전문서류에 해당하지 않는다.²¹⁾ 저장된 정보가 진술증거인 경우에만 전문법칙이 적용된다. 정보저장매체에 담겨진 정보의 성격에 대해서 종래 진술증거라는 견해와 비진술증거라는 견해가 대립되었다. 그러나 제313조의 개정으로 인해서 이러한 논의는 이제 사실상 그 의미가 축소되었다. 즉 제313조는 전문법칙의 예외에 대한 조문이므로 정보저장매체의 내용은 당연히 전문증거의 전제조건인 진술증거를 의미한다고 할 수 있다.

2. 제313조의 정보저장매체의 범위

(1) 음성의 포함 여부 : 제313조는 피고인 또는 피고인 아닌 자가 작성하였

을 것이다.

- 19) 고대의 정보저장매체는 동굴벽화로부터 시작되어 문명의 권역에 따라 패다라, 파피루스, 죽간, 양피지, 점토판 같은 자연재료로 만들어 졌다. 정보저장매체는 서기 105년 중국 후한의 채륜이 ‘종이’를 발명하며 본격적으로 발전하기 시작하였다. 채륜의 종이는 1제곱센티미터에 30비트의 정보를 보관할 수 있으며, 한권의 책은 약 200만 비트의 정보를 보관할 수 있었다고 한다. 이는 244Kb 정도의 데이터 양이라고 할 수 있다. 중국의 제지기술은 6세기에 걸쳐 서방국가들로 전파되며 기록·저장매체 발전의 초석이 되었다. 종이는 6세기 경 ‘책’의 형태로 발전하며 19세기에 새로운 저장매체들이 등장하기 까지 주된 정보 저장매체로 사용됐다. 19세기에는 초창기 형태의 컴퓨터가 등장하며 종이에서 자기드럼과 자기테이프 같은 매체에 데이터가 저장되었다. 20세기에 엄청난 발전을 거듭한 저장매체의 유형은 그 용량과 속도에 있어서 엄청난 발전을 거듭해왔다. 현재 저장매체시장은 클라우드 컴퓨팅(Cloud computing)기술이 등장해서 새로운 변화를 시작하고 있다; 이민성 기자(<https://blog.naver.com/issue7177/220886700857>; 2018.5.7., 11: 50 방문)
- 20) 이러한 변화를 최근에는 포괄하여 4차 산업혁명이라고 부르기도 한다. 4차 산업혁명은 물리학, 생물학, 디지털 기술이 서로 연결, 융합되는 혁신을 뜻하며, 파괴적이라 할 만큼 혁신적인 변화는 현실공간과 사이버공간의 경계 허물기로 상정된다; 김한균, “4차 산업혁명’의 형사정책”, 『형사법의 신동향』 제55호, 2017.6, 대검찰청 검찰미래기획단, 285면.
- 21) 물론 과학적 저장매체를 녹취한 녹취서는 당연히 전문서류로서 전문증거에 해당한다.

거나 진술한 내용이 포함된 문자·사진·영상 등의 정보로서 컴퓨터용 디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체에 저장된 것을 진술서와 동일하게 규정하고 있다. 그러나 규정에서는 음성이 포함되어 있지 않고 있다. 따라서 저장매체에 담긴 음성이 이에 해당될 것인지가 문제된다.

생각건대 동 규정은 문자·사진·영상 등의 정보라고 규정하고 있다. 정보란 국어적 의미에서는 [관찰이나 측정을 통하여 수집한 자료를 실제 문제에 도움이 될 수 있도록 정리한 지식, 또는 그 자료]를 말한다.²²⁾ 형사증거법에서 정보는 사실인정의 증거로 사용할 수 있는 모든 자료를 말하며, 이에 는 문자, 사진, 영상은 물론 음성도 당연히 포함될 것이다. 예컨대 갑이 을의 협박에 놀라서 “억”하고 소리를 지른 경우에 그 “억”소리는 협박죄를 입증하기 위한 중요한 정황증거에 해당한다. 따라서 만약 이 “억”소리가 디지털 휴대폰에 녹음되었다면 이 휴대폰은 음성이 담긴 정보저장매체인 것이다.

제313조는 종래의 판례의 내용을 입법화 한 것이며, 음성에 대한 녹음이 스마트폰의 등장으로 매우 용이하게 이루어지는 현실을 감안할 때 동 규정의 정보에는 당연히 음성도 포함된다고 본다. 향후 법해석의 명확화를 위해 [문자·사진·영상·음성 등의 정보]라고 개정하는 것이 바람직하다.

(2) 아날로그 녹음테이프의 적용 여부 : 개정된 제313조에서는 녹음테이프에 대한 언급이 없기 때문에, 기존의 판례에 의해 인정되어 모든 아날로그 녹음테이프가 개정된 정보저장매체의 범위에 포함될 것인지 문제된다. 이에 대해 기존의 아나 로그 방식의 녹음테이프는 개정된 제313조의 정보저장매체에 해당하지 않는다는 견해도 있다.²³⁾ 이에 의하면 아날로그 녹음테이프는 판례에 의해 제313조가 적용된다고 한다.

생각건대 인간의 진술을 담고 있는 것이 종이인 경우에는 진술서면이 된다. 진술서면도 진술이라는 정보를 담고 있는 정보저장매체인 것이다. 그리고 진술정보를 아날로그 방식의 녹음매체에 담은 것이 바로 기존의 녹음테이프이며, 디지털 방식의 저장매체에 담은 것이 바로 디지털 저장매체이다. 비교법적으로 볼 때 영국법에서는 전문 진술의 표현에는 ‘스케치(Sketch), 포토피트(photofit) 또는 기타의 기록물 안에서의 표현’도 포함된다고 규정하고 있다. 그리고 다수의 견해는 진술정보가 비디오나 녹음테이프, 컴퓨터디스크 등에 기록된 경우에도 동일한 원리가 적용될 수 있다고 보는 것이 일반적이다.²⁴⁾ 우리 입법자는

22) <http://krdic.naver.com/detail.nhn?docid=33625900>; 2018.6.16. 17:25방문.

23) 박홍식 “녹음증거의 진술내용이 기재된 서면의 증거능력”, 『원광법학』 제34권 제1호, 2018.3, 51면.

개정을 하면서 기존의 아날로그 방식의 녹음테이프를 포함하는²⁵⁾ 정보저장매체를 규정하였다고 봄이 타당하다. 이렇게 해석하는 것이 기존의 판례의 입장을 반영한 개정 취지에도 부합하는 것이며, 아날로그 방식의 녹음테이프와 디지털 방식의 저장매체의 이원화에 따른 법 적용 불편함도 제거할 수 있는 방안이라고 보여 진다.

IV. 제313조의 정보저장매체의 증거능력

1. 증거능력 일반론

정보저장매체에 저장된 진술정보의 원본성, 동일성, 무결성이 인정되어야 하고,²⁶⁾ 출력물 또는 저장된 정보가 진술증거이고 내용의 진실성이 요증사실인 경우에는 전문법칙이 적용된다.

(1) 원본성

원본성과 관련하여 우리의 현행 형사소송법은 영미 증거법상의 최량증거원칙(Best Evidence Rule)을 채택하고 있지 않고, 형사소송규칙 제134조의 7에 의해서 디지털 증거의 제출방법이 입법적으로 해결되었기 때문에 굳이 원본성을 다룰 실익이 없고, 형사소송법상 디지털 증거의 원본성은 특별한 독자적 의미를 가지지 못한다는 견해도 있다.²⁷⁾ 그러나 대화내용을 녹음한 테이프 등의 전자매체는 그 성질상 작성자나 진술자의 서명 혹은 날인이 없을 뿐만 아니라, 녹음자의 의도나 특정한 기술에 의하여 그 내용이 편집, 조작될 위험성이 높다. 그리고 조작된 증거는 사실확인자(fact finder)에게 생생하게 전달되어 사건의 실체에 대한 왜곡된 심증을 형성하게 될 가능성이 매우 높다. 따라서 그 대화내용을 녹음한 원본이거나 혹은 원본으로부터 복사한 사본일 경우에는 복

24) Steve Uglow, 「Evidence」, Sweet & Maxwell, 2006, s. 564.

25) 같은 견해 김정한, 앞의 논문, 63면(더욱이 진술서나 진술기재서류에 갈음하는 정보저장매체를 규정하고 있는 입법취지와 그간 녹음테이프 등에 대하여 제313조를 유추적용해온 실무관행과 판례 등을 고려할 때 개정법이 말하는 정보저장매체에서 녹음테이프와 비디오테이프를 제외할 아무런 이유가 없다)

26) 정보저장매체에 저장된 정보가 새로운 저장매체에 복사된 경우에는 더욱 이 요건이 충족되어야 한다.

27) 전명길, “디지털증거의 수집과 증거능력”, 「법학연구」 제41호, 한국법학회, 2011, 12면 참조.

사과과정에서 편집되는 등의 인위적 개작 없이 원본의 내용 그대로 복사된 사본임이 입증되어야만 하고,²⁸⁾ 그러한 입증이 없는 경우에는 쉽게 그 증거능력을 인정할 수 없다. 판례도 ‘디지털 녹음기로 녹음한 내용이 콤팩트디스크에 다시 복사되어 그 콤팩트디스크에 녹음된 내용을 담은 녹취록이 증거로 제출된 사안에서, 위 콤팩트디스크가 현장에서 녹음하는 데 사용된 디지털 녹음기의 녹음내용 원본을 그대로 복사한 것이라는 입증이 없다면, 그 콤팩트디스크의 내용이나 이를 녹취한 녹취록의 기재는 증거능력이 없다’고 판시하였다.²⁹⁾

(2) 무결성과 동일성

압수물인 컴퓨터용 디스크 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체(이하 ‘정보저장매체’라고만 한다)에 입력하여 기억된 문자정보 또는 그 출력물(이하 ‘출력문건’이라 한다)을 증거로 사용하기 위해서는 정보저장매체 원본에 저장된 내용과 출력 문건의 동일성이 인정되어야 하고, 이를 위해서는 정보저장매체 원본이 압수 시부터 문건 출력 시까지 변경되지 않았다는 사정, 즉 무결성이 담보되어야 한다. 무결성이 유지되지 아니한 디지털 증거의 수집 또는 분석은 그 도구 및 수사관의 신뢰성에 치명적인 타격을 가할 수 있다는 점에서 디지털 증거의 무결성은 디지털 증거의 신뢰성과도 밀접한 관련이 있는 개념이다.³⁰⁾³¹⁾ 무결성과 동일성은 종전의 양면과 같아서, 어느 한 특성만을 언급하더라도 다른 특성까지 볼 여지가 있다. 무결성이 디지털증거의 압수에서 법정에 제출되기까지의 일련의 과정에 주목한다면, 동일성은 원본과 복사본 혹은 출력물 간, 또는 같은 저장매체의 압수·수색 당시와 증거로 제출될 때의 비교에 주목하는 개념이라고 할 것이다.³²⁾

정보저장매체 원본을 대신하여 저장매체에 저장된 자료를 ‘하드카피’ 또는

28) 권오걸, 「사실인정과 형사증거법」, 2014, 경북대 출판부, 261면.

29) 대법원 2007. 3. 15. 선고 2006도8869 판결.

30) 박혁수, “개정 형사소송법 상 디지털 증거의 증거능력”, 『해외연수검사연구논문집』 25집, 대검찰청(2010), 274면.

31) 또한 무결성 보장의 방안으로 사건의 특정에 따라 공개키 기반구조를 이용한 공증방식과 변조 탐지 코드 방식을 선택적으로 사용하도록 하는 방식을 채택하는 것이 비용, 시간절감 등의 효과를 거둘 수 있다고 한다. 무결성보장 방안에 관한 보다 상세한 설명은 조상수, “디지털 증거의 법적 지위 향상을 위한 무결성 보장방안”, 『형사법의 신동향』 제27호, 2010, 91면- 107면 참조.

32) 따라서 무결성이 증명되면 동일성이 추정되고 동일성이 입증되면 무결성이 추정된다고 볼 수 있다. 따라서 무결성과 동일성을 합하여 ‘진정성’이라고 칭하는 방안도 고려할 수 있다는 견해는 이숙연, “디지털증거의 증거능력과 증거조사방안”, 『형사법실무연구』 제133집, 법원도서관, 2016, 65-66면.

‘이미징’한 매체로부터 출력한 문건의 경우에는 정보저장매체 원본과 ‘하드카피’ 또는 ‘이미징’한 매체 사이에 자료의 동일성도 인정되어야 할 뿐만 아니라, 이를 확인하는 과정에서 이용한 컴퓨터의 기계적 정확성, 프로그램의 신뢰성, 입력·처리·출력의 각 단계에서 조작자의 전문적인 기술능력과 정확성이 담보되어야 한다.³³⁾ 이 경우 출력 문건과 정보저장매체에 저장된 자료가 동일하고 정보저장매체 원본이 문건 출력 시까지 변경되지 않았다는 점은, 피압수·수색 당사자가 정보저장매체 원본과 ‘하드카피’ 또는 ‘이미징’한 매체의 해쉬(Hash) 값이 동일하다는 취지로 서명한 확인서면을 교부받아 법원에 제출하는 방법에 의하여 증명하는 것이 원칙이다. 그러나 그와 같은 방법에 의한 증명이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에는, 정보저장매체 원본에 대한 압수, 봉인, 봉인해제, ‘하드카피’ 또는 ‘이미징’ 등 일련의 절차에 참여한 수사관이나 전문가 등의 증언에 의해 정보저장매체 원본과 ‘하드카피’ 또는 ‘이미징’한 매체 사이의 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 그와 같은 무결성·동일성을 인정할 수 있다.³⁴⁾³⁵⁾

2. 제313조에서의 증거능력 요건

종래 제313조의 유추적용을 통해 이루어지던 정보저장매체의 내용에 대한 증거능력 판단이 이제는 제313조의 직접적인 해석을 통해 가능하게 되었다. 그

33) 전자문서를 수록한 파일 등의 경우에는, 그 성질상 작성자의 서명 혹은 날인이 없을 뿐만 아니라 작성자·관리자의 의도나 특정한 기술에 의하여 그 내용이 편집·조작될 위험성이 있음을 고려하여, 원본임이 증명되거나 혹은 원본으로부터 복사한 사본일 경우에는 복사 과정에서 편집되는 등 인위적 개작 없이 원본의 내용 그대로 복사된 사본임이 증명되어야만 하고, 그러한 증명이 없는 경우에는 쉽게 그 증거능력을 인정할 수 없다. 그리고 증거로 제출된 전자문서 파일의 사본이나 출력물이 복사·출력 과정에서 편집되는 등 인위적 개작 없이 원본 내용을 그대로 복사·출력한 것이라는 사실은 전자문서 파일의 사본이나 출력물의 생성과 전달 및 보관 등의 절차에 관여한 사람의 증언이나 진술, 원본이나 사본 파일 생성 직후의 해시값의 비교, 전자문서 파일에 대한 검증·감정 결과 등 제반 사정을 종합하여 판단할 수 있다(대법원 2018. 2. 8. 선고 2017도13263 판결).

34) 이 경우에 반드시 압수·수색 과정을 촬영한 영상녹화물 재생 등의 방법으로만 증명하여야 하는 것은 아니다(대법원 2013. 7. 26. 선고 2013도2511 판결)

35) 한편 무결성과 동일성의 입증의 정도는 자유로운 증명으로 족하다고 보아야 한다. 가사 그렇지 않더라도 유죄 인정에 요구되는 ‘합리적 의심이 없어야’하는 심증의 정도 보다 낮은 정도의 증명으로 족하다고 할 것이다; 이숙연, 앞의 논문, 77면.

러나 제313조의 적용대상과 진정성립의 의미 등에 대해서는 여전히 해석상 논란의 여지가 남아있다.

(1) 성립의 진정³⁶⁾

① 형식적 진정성립 : 조서에 기재된 간인·서명·날인이 자신의 것임에 틀림없다는 피고인의 공판정에서의 진술을 말한다. 진술서의 경우에는 작성자가 동시에 진술자이므로 실질적 진정성립의 의미는 축소되고 형식적 진정성립의 필요성이 중요하다. 이에 따라서 제313조 제1항에서는 자필 또는 서명·날인의 요건이 강화되어 있다. 이때 서명·날인의 주체는 작성자 또는 진술자일 것이다. 문제는 정보저장매체의 경우에도 서명·날인이 요구되는가에 있다. 이에 대해 전자서명 등 기술적인 방법에 의하여 작성자를 특정할 수 있는 경우에만 한하여 예외적으로 진정성립을 인정할 수 있도록 입법적 결단이 필요하다는 견해,³⁷⁾ “제313조 제1항의 진술서가 제3자의 정보처리시스템에 저장되어 있고 게시자의 신원을 특정할 수 있는 기술적 수단이 구비된 경우에는 서명·날인이 있는 것으로 간주한다”라는 내용의 입법적 해결책이 필요하다는 견해³⁸⁾도 있다. 그러나 정보저장매체에 대해서는 원칙적으로 서명, 날인이 불가능하다.³⁹⁾ 예컨대 휴대폰에 저장된 사진의 경우에 사진 자체 또는 휴대폰에 대한 서명, 날인은 상정할 수 없기 때문이다.⁴⁰⁾⁴¹⁾ 또한 정보저장매체에 저장된 정보에 대

36) 디지털 증거의 진정성은 제출된 증거가 저장·수집과정에서 오류가 없으며, 특정한 사람의 행위의 결과가 정확히 표현되었고 그로 인해 생성된 자료인 것임이 인정되어야 한다는 것을 말한다(양근원, ‘디지털 포렌식과 법적 문제 고찰’, 『형사정책연구』 제17권 2호(2006), 235면) 이러한 진정성은 디지털 증거의 강한 휘발성과 전문가도 구분하기 힘든 조작이나 변경이 매우 쉽다는 점 등에서 요구된다. 미국 연방증거규칙 901(a)는 “증거허용의 전제 조건으로서 진정성 인정의 요구는 연관된 사실이 증거의 옹호자가 주장하는 것과 일치한다는 것을 지지하기에 충분한 증거에 의해 충족된다.”고 규정하고 있으며, 규칙 901(b)(9)는 프로세스나 시스템에 관한 진정성인정을 예시하며 “어떠한 결과를 산출한 프로세스나 시스템을 묘사하거나 그 프로세스나 시스템이 정확한 결과를 산출했다는 것을 보여주는 증거”를 들고 있다.

37) 이에 의하면 대법원에서 녹음테이프 등의 증거능력에 대하여 제313조를 유추적용하여 ‘진술자의 서명 또는 날인’이 없어도 증거능력을 인정하는 것은 법령 해석의 범위를 벗어난다고 한다; 장상귀, “디지털 증거의 증거능력에 관한 연구”, 서울남부지방법검찰청 검찰실무연구회 발표자료(2008), 242면.

38) 양근원, “디지털 증거의 수집과 증거능력에 관한 연구”, 경희대학교 법과대학원 박사학위논문(2006), 281면.

39) 이은모, 형사소송법, 박영사, 2018, 673면.

40) 판례도 같은 입장이다(..형사소송법 제313조 제1항 단서에 따라 공판준비 또는 공판기일에서 작성자인 상대방의 진술에 의하여 녹음테이프에 녹음된 피고인의 진술 내용이 피고인이 진술한 대로 녹음된 것임이 증명되고 나아가 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태

해서는 디지털 포렌식 등의 과학적 방법에 의해 아이디와 패스워드 등을 통해 작성자를 확인하는 과정이 사실상 형식적 진정 성립의 입증과정이라고 할 수 있기 때문이다.

② 실질적 진정성립⁴²⁾ : 진술서 등의 내용이 공판 단계 이전의 진술 당시에 진술한 대로 기재되어 있음이 공판정 진술 또는 디지털 포렌식 등의 과학적 방법에 의해 증명되어야 한다.

실질적 진정성립은 진술자 또는 작성자가 녹음하거나 촬영한 그대로 저장되어 있음을 말하며, 이 요건은 진술자 또는 작성자가 법정에서 구두진술을 통해서 증명되어야 한다.⁴³⁾ 이 때 제313조의 적용을 통한 증거능력 인정의 요건을 도표화하면 다음과 같다.

	성립의 진정 진술을 하는 경우	성립의 진정 진술을 부인 하는 경우
원본	원본성, 무흠결성 + 실질적 진정성립	원본성, 무흠결성 + 실질적 진정성립 + <u>디지털포렌식 자료, 감정 등 객관적 방법을 통한 증명 + 반대신문권의 보장</u>
복사본	원본성, 무흠결성, 원본과의 동일성 + 실질적 진정성립	

하에서 행하여진 것임이 인정되어야 한다. 또한 대화 내용을 녹음한 파일 등 전자매체는 성질상 작성자나 진술자의 서명 또는 날인이 없을 뿐만 아니라…; 대법원 2012. 9. 13. 선고 2012도7461 판결)

- 41) 일상적으로 작성되어 저장되는 전자문서에 전자서명을 할 것을 기대하거나, 그러한 전자문서가 아이디나 패스워드, IP 정보 또는 작성자의 특징에 충분한 신뢰성 있는 메타데이터까지 저장하고 있을 것을 기대할 수는 없다. 만약 이러한 조건을 갖춘 문서에 대하여만 형식적 진정성립이 인정된다고 한다면, 어렵게 압수·수색을 거친 디지털 증거의 상당 부분은 무용지물이 될 것이다; 이숙연, 앞의 논문, 88면.
- 42) 디지털 증거의 진정성립은 제출된 증거가 저장, 수집과정에서 오류가 없으며, 특정한 사람의 행위의 결과가 정확히 표현되었고 그로 인해 생성된 자료인 것임이 인정되어야 한다는 것을 말한다; 양근원, “디지털 포렌식과 법적 문제 고찰”, 『형사정책연구』 제17권 2호, 2006, 235면.
- 43) 한편 특신상태가 피고인의 진술서에도 요구되는가의 문제 - 즉 제313조의 단서에서의 ‘피고인의 진술을 기재한 서류’에 피고인의 진술서도 포함되는가 -에 대해, ‘개정법 제2항의 본문과 단서에서도 ‘진술서’라고 규정되어 있지만 진술기재서류도 포함되는 것으로 해석해야 하는 상황이 되었고, 제312조 제2항 신설로 진술자가 진정성립을 부인하더라도 객관적 방법으로 진정성립을 입증할 수 있게 되어 특신상태 요건이 있는 제1항 단서 적용이 일정한 의미를 가지게 되었기 때문에 이를 긍정하는 견해도 있다(김정환, 전계논문, 70면). 그러나 피고인의 자필이거나 서명 또는 날인이 있는 진술서는 피고인이 공판정에 출석하여 진정성립진술을 하면 족하다고 본다. 만약 진술서 작성 당시 강압등이 있었던 경우에는 피고인은 자백배제법칙, 위법수집증거배제법칙 등을 주장할 수 있기 때문이다. 즉 언제든지 특신상태에 대한 진술이 공판정에서 가능하기 때문에 이를 법률상 전제되는 요건으로 할 필요성이 없다고 본다(동지, 이은모, 『형사소송법』, 673면)

피고인 또는 피고인이 아닌 자가 작성한 진술서나 그 진술을 기재한 서류는 작성자 또는 진술자의 진술에 의해서, 피고인의 진술을 기재한 서류는 작성자의 진술에 의해서 성립의 진정이 인정된다.

정보저장매체의 경우에는 촬영자(사진, 영상 등의 경우), 녹음자(음성녹음의 경우)등이 작성자이고, 사진촬영의 대상자, 녹음의 대상자가 진술자가 될 것이다. 따라서 피고인이 스스로 자신의 행동을 촬영하거나, 자신의 진술을 녹음하였다면 피고인이 작성자인 동시에 진술자가 될 것이다. 그러나 피해자가 피고인의 협박을 녹음하였다면 작성자는 피해자이고, 진술자는 피고인이 될 것이다. 이를 도표화하면 다음과 같다.

유형	진정 성립 진술 주체	근거
피고인 갑이 스스로 작성한(촬영한) 휴대폰 문자메세지(사진)	작성자=진술자(갑)	제313조 1항 본문
피해자 을이 작성한(촬영한) 휴대폰 문자메세지(사진)	작성자=진술자(을)	제313조 1항 본문
피고인 갑의 말을 듣고 을이 작성한(촬영한) 휴대폰메세지(사진)	작성자(을)	제313조 1항 단서
피해자 을이 말을 듣고 병이 작성한(촬영한) 휴대폰 메세지(사진)	작성자(병) 또는 진술자(을)	제313조 1항 본문

판례도 ‘디지털 저장매체에……형사소송법 제313조 제1항에 따라 공판준비기 일이나 공판기일에서 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 성립의 진정함이 증명된 때에 한하여 이를 증거로 사용할 수 있다’고⁴⁴⁾ 판시하거나 또는 형사소송법 제313조 제1항 단서에 따라 공판준비 또는 공판기일에서 작성자인 상대방의 진술에 의하여 녹음테이프에 녹음된 피고인의 진술 내용이 피고인이 진술한 대로 녹음된 것임이 증명되고⁴⁵⁾라고 하여 동일하게 해석하고 있다.

44) 대법원 2015. 8. 27. 선고 2015도3467 판결

45) 대법원 2012. 9. 13. 선고 2012도7461 판결. 한편 이 판결과 관련하여 ‘ 제313조 제1항 단서에서 규정하고 있는 피고인의 진술에 불구하고 증거로 할 수 있다는 말의 의미를 원진술자인 피고인이 그 성립의 진정을 부인하더라도 증거로 할 수 있다는 의미로 해석한다’는 견해도 있다. 그러나 이 판결에서 원진술자인 피고인이 성립의 진정을 인정한 사안이며, 원진술자인 피고인이 성립의 진정을 인정하더라도 피고인의 진술을 기재한 서류의 진정성립 주체는 작성자(당해 사안에서 피해자)라는 것으로 해석하여야 한다. 즉 결국 제313조 단서에서 피고인의 진술을 기재한 서류의 진정성립의 주체는 피고인의 인정 여부와 관계없이 작성자라고 보아야 한다.

(2) 작성자의 특정 : 한편 일반적인 진술서면의 경우에는 누가 서면의 작성자이고 진술자인가를 용이하게 특정할 수 있다. 그러나 정보저장매체에 내재된 진술정보의 경우에는 서명과 날인이 없기 때문에 작성자를 특정하기가 쉽지 않다. 특히 전자적 증거는 손쉽게 작성하고 전송할 수 있기 때문에 반복적으로 복사되고 전송된 경우에는 최초의 작성자를 특정 하는 경우에는 더욱 그러하다. 이와 관련하여 미국 연방증거법 제901조(b)(4)의 규정을 참고할 수 있을 것이다.⁴⁶⁾ 이에 의하면 검찰은 저장매체로부터 압수한 시점부터 디지털 포렌식 과정을 거쳐 공판에 증거로 제출되기까지의 일련의 과정이 연속적이었음을 포렌식 조서관의 증언에 의하고, 그 다음으로 저장매체의 독특한 특성이라고 할 수 있는 해시 값을 산출하고 각 문건에 대한 메타 데이터를 이용하여 전자적 증거의 진정성을 입증할 수 있다.⁴⁷⁾

(3) 특신 상태 : 형사소송법 제313조 제1항 단서에서는 피고인의 진술을 기재한 서류(또는 진술·사진·영상·음성 등이 포함된 정보저장매체)의 경우에는 특신 상태를 증거능력 부여의 요건으로 규정하고 있다. 이 때 정보저장매체의 경우에는 진술당시의 특신 상태 뿐 만 아니라 정보저장장치에 입력하는 과정에서 특신 상태도 필요하다고 본다. 예컨대 갑이 피고인 을의 협박을 자신의 휴대폰에 저장하는 경우에는 을의 진술의 특신 상태-을이 자의로 갑을 협박하는 상태-뿐만 아니라, 갑이 을의 협박진술을 저장하는 순간의 특신 상태도 필요하다. 따라서 이 때의 특신 상태는 검사작성의 피의자신문조서에서의 특신 상황과 같게 볼 수는 없으며, 오히려 신용성의 정황적 보장 또는 자의적 상태로 해석함이 타당하다고 본다.

(4) 과학적 증명방법의 적용대상

1) 제313조 2항은 […진술서의 작성자가 공판준비나 공판기일에서 그 성립의 진정을 부인하는 경우에는 과학적 분석결과에 기초한 디지털포렌식 자료, 감정 등 객관적 방법으로]라고 규정하고 있다. 주목할 것은 디지털 포렌식, 감정 등의 과학적 방법은 정보저장매체-특히 디지털 증거-에만 적용되는 것이

46) 강구민, “전자적 증거와 관련한 미국의 전문법칙”, 『형사법의 신동향』 제52권, 2016.9, 141면.

47) 만약 저장매체에 저장되어 있는 문건이 email 형태로 되어있다면, email상에 홍길동의 email 주소, 홍길동의 조직 내에서의 활동 내용, 홍길동의 가명이나 별명, email 주소란에 송수신의 이름이나 주소 등의 특징들이 보이는 경우에는 실제 홍길동이 사용하는 email 과 비교하여 줌으로써 email이라는 정황증거에 근거하여 진정성을 인정할 수 있다; 강구민, 위의 논문, 142면.

아니라 서면 진술서 등에도 적용된다는 점이다. 서면 진술서의 경우에 종래에는 작성자 또는 원진술자가 법정에서 성립의 진정을 부인하면 더 이상 증거능력을 부여할 수 없게 되었다. 그러나 개정된 문언으로 인해서 실체적 진실발견을 위해서 과학적 방법을 동원하여 그 부인진술을 뒤집을 수 있는 가능성이 열리게 되었다.⁴⁸⁾ 그리고 이 규정은 작성자 또는 진술자에게 양심에 따라서 성립의 진정진술을 할 것을 사실상 강제하는 효과도 있을 것이다.

이 때 객관적 방법에 의해서 성립의 진정의 증명 방법이 동조 제1항 본문에만 적용되는 것인지 아니면 단서의 경우 - 즉 피고인의 진술을 기재한 서류-에도 적용되는 지 분명하지가 않다. 즉 진술기재서류(또는 진술·사진·영상·음성 등이 포함된 정보저장매체)의 작성자 또는 원진술자가 성립의 진정을 부인하는 경우에도 진술서 마찬가지로 객관적 방법에 의한 진정 성립 입증이 허용되는 가이다.⁴⁹⁾

객관적 방법에 의한 진정 성립 입증의 원조라 할 수 있는 검사 작성 피의자 신문조서와 진술조서도 문서 형태는 진술기재서류이며 이 경우에도 원진술자의 진정 성립 인정이 없으면 객관적 방법에 의한 진정 성립 입증이 허용된다(형사소송법 제312조 제3항). 이러한 법리가 제313조의 진술기재서류(또는 진술·사진·영상·음성 등이 포함된 정보저장매체)라 하여 달라질 것이 전혀 없다.⁵⁰⁾ 또한 동조 제1항에서는 [피고인 또는 피고인 아닌 자가 작성하였거나 진술한 내용이 포함된 문자·사진·영상 등의 정보로서 컴퓨터용디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체에 저장된 것을 포함한다. 이하 이 조에서 같다]라고 규정하고 있다. 특히 [이하 이 조에서 같다]는 것은 제313 제1항뿐 아니라 제2항을 포함한다는 의미로 해석하여야 한다. 결국 제313조 제2항의 디지털 포렌식 자료, 감정 등 객관적 방법에 의한 성립의 진정의 입증은 피고인의 진

48) 실무상 피고인의 필적임이 분명하고 그의 서명이 되어있으며 피고인의 인장이 날인된 종이 문서나, 피고인만이 전속적으로 사용하는 저장매체에 저장되어 있고 메타데이터나 로그기록이 피고인이 작성자임을 입증하고 있는 전자문서에 대하여도, 피고인이 작성사실을 완강히 부인하며 이를 증거로 함에 부동의하는 경우가 있을 수 있다; 이숙연, 앞의 논문, 89면.

49) 제313조 제1항 본문에도 불구하고 진술서의 작성자가 공판준비나 공판기일에서 그 성립의 진정을 부인하는 경우에는 --- 객관적 방법으로 성립의 진정함이 증명되는 때에는 --- "이라고 하여 적용 대상을 제313조 제1항 본문으로 한정하는 듯 표현하고 있다. 이런 점에 비추어 볼 때 입법자는 위 '제1항 본문에도 불구하고'라는 표현이 가져올 위와 같은 해석론적 문제점을 전혀 고려하지 못한 것으로 보인다. 이러한 점을 종합하면 개정법 제2항이 규정하는 객관적 방법에 의한 입증 대체는 당연히 피고인의 문서에도 적용되는 것으로 해석하여야 하고, 제2항 모두의 '제1항 본문에 도 불구하고'는 '제1항에도 불구하고'로 재개정되어야 한다는 견해는, 김정환, 앞의 논문, 70면.

50) 김정환, 앞의 논문, 71면.

술을 기재한 서류(또는 진술·사진·영상·음성 등이 포함된 정보저장매체)에도 적용된다고 본다.

한편 제314조는 정보저장매체에 저장된 문자·사진·영상 등의 정보에 대해서도 필요성을 요건으로 하여 그 증거능력을 인정하고 있다.

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 컴퓨터용디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체에 저장된 것을 포함한다)를 증거로 할 수 있다. 다만, 그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한한다.

따라서 피해자의 진술을 기재한 영상이 포함된 저장매체가 증거로 신청된 경우에 원진술자인 피해자가 사망 등의 이유로 법정에서 진술하는 것이 불가능한 경우에는 정보저장매체의 일반적 요건과 특신 상태가 인정되면 증거능력을 부여할 수 있다. 즉 정보저장매체에 대한 원본성과 동일성, 무결성에 대한 검토가 이루어져야 할 것이다. 이에 따라 동일성이 인정되는 경우에는 성립의 진정 등의 진술 없이도 특신 상태를 요건으로 하여 증거능력이 인정될 것이다.

또한 제313조에서의 정보저장매체의 증거능력의 요건은 제315조에도 적용될 수 있을 것이다.⁵¹⁾ 예컨대 영업 일지가 파일로 저장한 경우에, 그 복사 파일이 증거로 제출된 경우에도 원본성, 동일성, 무결성 등의 요건이 충족되는 경우에는 증거능력을 인정할 수 있을 것이다.

VI. 결 론

대법원 판례는 녹음테이프, USB등의 정보저장매체를 사실상 제313조의 진

51) 판례도 대법원 2007. 7. 26. 선고 2007도3219 판결에서 '성매매업소에 고용된 여성들이 성매매를 업으로 하면서 영업에 참고하기 위하여 성매매 상대방의 아이디와 전화번호 및 성매매방법 등을 메모지에 적어두었다가 직접 메모리카드에 입력하거나 업주가 고용한 다른 여직원이 그 내용을 입력한 사안에서, 위 메모리카드의 내용은 형사소송법 제315조 제2호의 '영업상 필요로 작성한 통상문서'로서 당연히 증거능력 있는 문서에 해당한다'고 판시하여 긍정적인 입장에 있다.

술서에 준한다고 보고 그에 대한 증거능력의 요건들을 제시하여왔다. 이러한 배경에서 형사소송법 제313조에 대한 개정(2016. 5. 29)은 진술서라는 서면증거의 범위를 정보저장매체에 까지 확대함으로서 디지털 증거에 대한 증거능력의 요건을 명문으로 규정하였으며, 소위 디지털증거법 시대를 선언하였다는 점에 그 의의가 있다. 그러나 앞서 분석한 것처럼 정보저장매체의 범위, 진정 성립 진술의 주체 등의 문제에 있어서 여전히 해석상 논란의 여지를 남기고 있다. 이러한 문제는 근본적으로는 정보저장매체를 진술서(또는 진술기재서면)의 한 형태로 볼 것인가에 대해 우리 형사소송법은 진술의 개념에 대한 정의가 없기 때문에 발생한다고 할 수 있다.

즉 제313조 제1항이 진술서에 ‘문자·사진·영상 등의 정보로서 컴퓨터용디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체에 저장된 것’을 포함한 것으로 규정하고 있지만, 현재 형사소송법상 전문증거의 범위를 규정하고 있다고 할 수 있는 제310조의 2는 여전히 서류와 진술의 두 가지 형태의 전문증거만을 규정하고 있다. 그러나 전문증거와 전문법칙의 일관된 적용을 위해서는 제310조의 2에서의 전문증거의 범위에도 정보저장매체를 포함하는 것으로 규정할 필요성이 있다. 그렇게 된다면 지금까지 정보저장매체의 내용에 대한 증거능력을 판단을 위한 복잡한 절차 또는 이론적 대립이 해소될 수 있기 때문이다.⁵²⁾

현 행	개정(안)
제310조의2(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. [본조신설 1961.9.1]	제310조의2(전문증거와 증거능력의 제한)제311조 내지 제316조에 규정한 것 이외에는 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 대신하여 진술을 기재한 서류 또는 진술·사진·영상·음성을 담은 정보저장매체나 공판준비 또는 공판기일 외에서의 타인의 진술을 내용으로 하는 진술은 이를 증거로 할 수 없다.

52) 같은 견해 김정환, “전개논문”, 65면(정보저장매체의 증거능력 문제를 입법화하기 전에는 적절한 해석론에 의해 문서의 증거능력 법리를 유추적용하면 되었지만, 이제 입법을 하면서 제313조와 제314조에만 적용 규정을 두면 그 밖의 경우에는 유추적용하면 안되는 것으로 오해할 소지가 매우 크다. 따라서 이와 입법하는 바에는 제315조까지 함께 입법하는 것이 좋을 뿐 하였다. 조속한 기간 내에 정보저장매체 확장 취지를 제315조에도 규정하든지 아니면 제310조의2 제2항을 신설하여 전문서류의법리가 문자 등 정보가 저장된 정보저장매체에도 적용된다는 취지의 총설적 규정을 마련하는 것이 좋을 것으로 생각된다)

[참고문헌]

- 권오걸, 「사실인정과 형사증거법」, 2014, 경북대 출판부.
- 김종구, 「한국 형사법의 역사 속 영미법」, 마인드맵, 2016.
- 김성돈 역, 독일형사소송법, 성균관대출판부(2012).
- 김영철, “디지털 전문증거 진정성립을 위한 디지털 본래증거 수집방안”, 「형사법의 신동향」 58호, 2018. 3.
- 김정환, “형사소송법 제313조 개정 유감”, 「형사법의 신동향」 제53호(2016 · 12), 60면.
- 김한균, “4차 산업혁명’의 형사정책”, 「형사법의 신동향」 제55호, 2017.6, 대검찰청 검찰미래기획단.
- 박혁수, “개정 형사소송법 상 디지털 증거의 증거능력”, 해외연수검사연구논문집 25집, 대검찰청(2010).
- 박홍식 “녹음증거의 진술내용이 기재된 서면의 증거능력”, 「원광법학」 제34권 제1호, 2018. 3.
- 아서 베스트 지음/ 형사법연구회 옮김/ 이완규, 백승민 대표 번역, 미국증거법, 탐구사(2009).
- 안승진, “형사소송에 있어 조서의 증거능력에 관하여- 신문조서를 중심으로 -”, 법학실무연구회, 330면(2008, 상반기 서울북부지역, 검찰실무연구회 발표회).
- 양근원, ‘디지털 포렌식과 법적 문제 고찰’, 형사정책연구 제17권 2호(2006).
- , “디지털 증거의 수집과 증거능력에 관한 연구”, 경희대학교 법과대학원 박사학위논문(2006).
- 이숙연, “디지털증거의 증거능력과 증거조사방안”, 형사법실무연구 제133집, 법원도서관, 2016.
- 이은모, 형사소송법, 박영사(2018).
- 전명길, “디지털증거의 수집과 증거능력”, 법학연구 제41호, 한국법학회, 2011.
- 장상귀, “디지털 증거의 증거능력에 관한 연구”, 서울남부지방검찰청 검찰실무연구회 발표자료(2008).
- 조상수, “디지털 증거의 법적 지위 향상을 위한 무결성 보장방안”, 「형사법의 신동향」 제27호, 2010.
- Robert Moore, "The role of computer forensics in criminal investigations", Crime Online, Willan Publishing, 2007, S. 81.

Steve Uglow, Evidence, Sweet & Maxwell(2006).

Alex Stein, Foundations of Evidence Law, Oxford University Press(2005).

Dennis, The Law of Evidence, Sweet & Maxwell(2007).

JR Spencer, Hearsay Evidence in criminal Proceedings, Hart Publishing(2008).

G. Michael Fenner, The Hearsay Rule, Carolina Academic Press, 1974.

[Abstract]

A Study on the scope and admissibility of evidence of the information storage medium in Article 313 of the Criminal Procedure Act*

Kwon, Oh-Geol**

Whether to view the information storage medium as a form of statement (or written statement) can be controversial since our criminal action law has no definition of the concept of statement. However, the court ruled that the digital storage media, such as recorded tape and USB, actually follow the statement of article 313 of Criminal Procedure Act. Therefore the court have been presented the requirements of evidence against information storage medium. According to this background, through the revision of article 313 of Criminal Procedure Act, information storage medium is being treated equally with analog documentary. Although Paragraph 1 of the Article 313 provide that ‘Text and pictures of information, images, etc. as similar information stored in a storage device outside the computer disk,’ are included in the documentary, But 2 of Article 310 that provide scope of hearsay evidence, still provide two types hearsay evidence of documentary and statement. However, for the consistent application of hearsay evidence and hearsay Rule, it is needed that information storage medium is included into the scope of the hearsay evidence. Then, So far, about the content of information storage or complicated procedures for the theoretical conflict for the evidence can be resolved.

2 of Article 310 is amended as follows is quite the thing.

[Article 316 to Article 311 other than those in preparation of a trial or trial date set out in the statement in the statement for a voice, pictures, video, documents or statements. Information storage, preparation of a trial or trial date and in other people’s statement to the statements as evidence it can not do it].

* This research was supported by Kyungpook National University Bokhyeon Research Fund, 2017.

** Professor, Kyungpook National University School of Law.

Keywords : Admissibility of evidence, Information storage medium, Written statement, Hearsay evidence, Statement.