

문서죄의 객체로서 전자기록의 포섭가능성 및 그 한계

탁 희 성*

국 | 문 | 요 | 약

전자기록은 기존의 종이문서에 바탕을 둔 전통적인 문서관련 법률체계의 근본적인 변화를 요구하고 있다. 즉 전자기록은 단순히 전통적인 종이문서의 형식만을 바꾸는 것이 아니라 문서의 성격과 문서의 활용방식 자체를 변화시키고 있기 때문에 기존의 문서관련 법률로는 해결하기 어려운 문제들을 제기하고 있다.

문서의 본질은 문서의 존재 그 자체가 아니라 그 속에 포함된 내용 즉 의사표시에 있으며, 그 의사표시가 갖고 있는 증명력에 대한 신뢰의 보호에 있다. 즉 문서의 경우 사적 거래에 참여하는 자들 사이에서 형성되는 ‘대상물의 신용’이 형법규범을 통해서 보호해야 하는 보호객체이지, 입법자가 규범적으로 설정해놓은 대상물에 한정하여 보호객체를 논하는 것은 현실을 도외시킨 실정법적 사고라고 할 수 있다. 그렇다면 문서죄에 있어서 형법상 규범적 평가의 기준이 되는 공공의 신용에 전자기록이 적합하다고 평가할 수 있는가, 즉 공공의 신용을 보호하기 위한 형법상 문서라고 평가될 수 있는 평가기준에 부합하는지에 대한 검토가 필요하다.

형법상 문서는 계속적 기능·증명적 기능·보장적 기능이 인정되어야 한다는 것이 일반적인 견해이다. 이는 일정한 유체물에 고정화된 기록을 전제로 한 인식에서 비롯된 것이다. 그러나 기술의 발전에 따라 매체를 매개로 하지 않는 전자기록도 충분히 예상할 수 있는 바, 고정화된 기록을 고수하는 입법방식에 대한 사고의 전환이 필요하다.

기술은 끊임없이 보다 편리하고 이용이 용이한 방향으로 진보할 것이고, 그 구현방식과 발전 속도는 이미 상상의 한계를 넘어서고 있다. 따라서 문서의 개념을 유체물에 고정된 기록으로 한정하기 보다는 형법상 문서죄가 보호하고자 하는 바가 무엇인가를 고려하여 문서의 개념을 규범적으로 판단한다면 전자기록도 충분히 형법상 문서로서 포섭될 수 있을 것으로 보여진다.

❖ 주제어 : 문서죄, 전자기록, 문서성, 변용가능성, 공공의 신용

* 한국형사정책연구원 형사법연구센터장, 법학박사

I. 문제제기

정보통신기술의 급속한 발전과 IT산업의 확산, 그리고 인터넷의 대중화를 바탕으로 하고 있는 정보화 사회는 오랫동안 인간의 의사를 기록하고 전달하는 방식에 있어서 획기적인 변화를 가져오고 있다. 종래 인간은 자신의 의사를 명확히 표현하고 전달하는데 있어서 종이매체위에 문자와 기호 내지 부호 등을 기록하는 방식을 취해왔다. 하지만 고도의 발전을 거듭해 가고 있는 정보화 사회에 들어서면서 정보기록과 의사전달의 편의성·신속성을 위해 종이문서를 대체할 수 있는 전자문서가 나타나게 되었다. 즉 통신 인프라의 발달로 인하여 의사나 정보의 교환방식에 대한 획기적인 변화가 가능하게 되면서 전자적 방식에 의한 문서라는 개념이 등장하게 되었다. 이는 기록의 작성 및 전달·저장방식에 있어서 패러다임의 변화를 초래했다.

하지만 전자문서는 인간의 의사를 컴퓨터 시스템을 통해 기록하고, 그 의사가 기록된 전자매체는 종이와 달리 직접적인 가시성과 가독성을 갖지 않을 뿐만 아니라 거래시 무형의 전송과정을 거치기 때문에 기존의 문서개념으로는 설명하기 어려운 특성을 지니는 새로운 형태의 문서라 하지 않을 수 없다. 이와 같이 전자문서가 보편적인 기록방식하에서는 이해하기 어려운 특성을 지니고 있지만, 그럼에도 인간의 의사나 관념을 표시할 수 있는 기본적인 기능 뿐만 아니라 기존의 서류업무와 각종 거래양식으로서의 기능을 충분히 수행하고 있다. 즉 일정한 법적 효과를 야기하기 위한 거래에 있어서 당사자들 사이에 교환된 전자적 혹은 광학적 방식으로 저장된 진술은, 기존의 종이문서로 체화된 진술과 마찬가지로 관습적인 기능들에 충분히 부합한다고 볼 수 있다.

이와 같이 전자문서가 가져온 새로운 개념의 문서작성 및 전달방식으로 인하여 기존의 종이문서에 바탕을 둔 전통적인 문서관련 법률체계의 근본적인 변화를 요구받고 있다. 전자문서는 단순히 전통적인 종이문서의 형식만을 바꾸는 것이 아니라 문서의 성격과 문서의 활용방식 자체를 변화시키기 때문에 기존의 문서관련 규정으로는 해결하기 어려운 문제들을 제기하고 있는 것이다. 이에 형법은 전통적인 문서에 못지않은 중요한 사회적 기능을 수행하는 전자기록에 대한 형법적 보호의 흠결을 보완하기 위하여 1995년 형법개정을 통하여 전자기록 위작·변작죄를 신설하였다. 즉 전자기록도 종이문서와 동일하게 공공의 신용과 거래의 안전이라는 법익보호의 필요성이 존재한다는 점은

인정하면서도, 전통적인 문서의 개념속에 전자기록을 포섭하기는 어렵다고 보아 별도의 규정을 마련하여 전자기록으로 인한 문서죄의 처벌의 흠결을 보완하고자 한 것이었다. 즉 전자기록은 문자 또는 부호에 의해 의사표시가 되는 물체가 아니므로 가시성·가독성이 없고, 그 작출과정의 특성상 명의인이 없거나 불분명하여 문서개념으로 포섭할 수 없기 때문에 문서죄와 별도로 구분하여 해당 규정을 마련한 것이었다.

그러나 형법개정당시 인터넷의 실용화와 IT 기술의 급속한 발전을 예상치 못한 결과, 전자기록에 관한 현행 규정만으로는 전송중인 전자기록을 보호하지 못하는 처벌의 흠결이 발생할 가능성¹⁾이 다시 제기되고 있다. 또한 전자기록의 부정행사행위에 대한 처벌규정 미비로 말미암아 사문서부정행사죄로 처벌²⁾되는 법적용의 왜곡현상까지 나타나고 있다. 이와 아울러 허위공전자기록 작성행위 역시 별도의 처벌규정이 없기 때문에 위작의 개념에 포함된다는 해석론으로 형벌의 공백을 해소하고자 하지만 이는 금지된 유추이기 때문에 죄형법정주의에 반한다는 비판의 부담을 여전히 지니고 있다.³⁾

이러한 입법의 미비로 인한 처벌의 흠결은 문서의 법적 거래기술의 발달에 따라, 그리고 전자기록 활용방식의 급속한 변화에 따라 더욱 심화될 수 밖에 없다. 즉 현행법과 같이 전자기록을 데이터와 매체가 불가분적으로 결합되어 있는 상태로 이해하거나, 기존 문서개념과의 불일치를 이유로 전자기록이라고 하는 별도의 개념을 유지하는 한, 끊임없이 보다 편리하고 보다 신속한 형태로 발전되어질 기록방식에 대한 공공의 신용의 보호는 한계에 부딪칠 수 밖에 없는 것이다. 그러므로 기존의 종이문서를 바탕으로 한 문서개념을 기준으로 전자문서의 문서성을 판단하기 보다는, 문서가 갖는 기능적인 측면을 판단기준으로 하여 전자문서의 문서성을 검토해 볼 필요가 있다고 생각한다. 즉 문서죄가 보호하고자 하는 법적 거래의 안전과 공공의 신용이라고 하는 법익이 현실과 괴리됨이 없이 보호될 수 있는 방안이 무엇인가를 다시 생각해 볼 필요가 있는

1) 현행법상 전송중인 데이터의 위작·변작·행사 행위를 처벌하기 위해 마련된 규정은 화물유통촉진법 제54조의2 가 유일하다. 그러나 이 규정은 해당 법률의 목적범위내의 전자문서 즉, '물류전산망에 의한 전자문서'에 한정하여 적용되기 때문에 모든 전송중인 데이터를 보호할 수 없는 한계를 지니고 있다. 따라서 현재 형법이 전송중인 전자문서를 보호하지 못하는 형벌의 공백을 내포하고 있다는 비난을 면하기는 어렵다: 류석준, "전자기록 위작·변작행위의 규제법규에 관한 연구", 형사법연구 제23호, 2005, 146-147면.

2) 대법원 2002.6.25. 선고 2002도 461판결.

3) 류석준, 앞의 논문, 1137-145면 참조.

것이다.

우리 생활의 대부분에서 전자기록은 종이문서를 대체해 가고 있으며, 문서역할의 중심이 종이에서 디지털로 옮겨가고 있는 시점에 있는 바, 정보사회의 기반을 구축하는데 중요한 요소가 되고 있는 전자문서의 문서성에 대한 논의가 필요하다고 생각한다. 전자기록에 대한 문서성의 인정 여부 및 그 법적 성격에 대한 논의는 정보통신기술의 발전과 함께 간혹 이루어져 오고는 있지만 기존의 법체계내에서는 여전히 이를 포섭하기 어려운 대상으로 취급하고 있다.

따라서 본 논문에서는 전자기록의 문서성을 검토하여 문서죄의 객체에 전자기록을 포섭할 수 있는 입법론적 가능성을 검토해 보고자 한다. 물론 이러한 논의는 현행 입법의 태도에서는 크게 벗어나 있지만 전자기록을 문서로 포섭할 수 있는 가능성을 열 수 있다면 논의해볼 가치가 있다고 생각한다.

II. 전자기록의 문서성에 관한 기존 학설의 검토

일반 전자기록에 대하여 문서성을 인정할 것인가에 대해서는 긍정설과 부정설이 있으나 아직까지는 긍정설을 옹호하는 견해를 찾아보기가 어려우며, 부정설이 통설이라 보여진다. 다만 최근 들어 표준화된 전자문서의 경우에는 형법상 문서로서의 실질을 갖추고 있다고 볼 수 있으므로 문서성을 가진다고 보는 견해⁴⁾가 주장되고 있는 점에서 볼 때, 전자기록의 문서성에 대한 논의는 앞으로도 지속되어질 수 밖에 없는 과제라 생각된다.

1) 긍정설

이 견해는 전자적 기록이 문서에 해당된다고 보는 입장으로 다음을 그 근거로 제시하고 있다. 첫째, 전자적 기록물인 자기 디스켓·테이프 등도 컴퓨터 특유의 기계어인

4) 이정훈, “형법상 문서와 전자기록과의 관계”, 비교형사법연구 제5권 제2호, 347-349면.

부호 등에 의하여 표현되어 있다. 둘째, 부호 등 그 자체는 가시성·가독성을 가지고 있지 않으나, 사람의 사상·관념·의사 등을 표시하고 있으며, 이를 컴퓨터를 통하여 출력하면 누구든지 눈으로 보고, 읽고, 이해할 수 있는 문서로 재현할 수 있다. 셋째, 이와 같은 재현된 문서와 전자적 기록물 또는 프로그램은 일체불가분한 관계를 갖고 있기 때문에 전자적 기록물은 당연히 문서로 인정되어야 한다⁵⁾고 본다. 이 견해는 전자적 기록의 사회적 기능과 문서재생가능성을 근거로 문서성을 인정하고자 하는 것⁶⁾이라 할 수 있다. 그리고 현실사회생활에 있어서 문서는 종이에 국한되지 않고 마이크로 필름, 자기디스크 등으로 확대되어 왔으며, 기재방법도 집적회로나 자기디스크로 넓어지고 있는 바, 문서가 변화해온 의의·내용에 따라 용어를 해석하는 것은 특단의 확장해석도 아니고 나아가 유추해석도 아니며 당연해석이라고 보고 있다.⁷⁾

현재 우리나라에서 전자기록의 문서성을 인정하는 견해는 찾아보기 어렵다. 즉 각종 전자기록이 정보의 기록과 전달에 있어서 문서나 다름없는 중요한 기능을 담당함으로써 이에 대한 형법적 보호가 필요하다고는 보지만 그렇기 때문에 전자기록위작변작죄가 신설된 것이고, 따라서 문서와 전자기록은 분명히 구분되어 지는 것으로 문서의 개념안에 전자기록이 포섭되어야 할 이유가 없다고 본다. 이미 입법으로 전자기록의 처벌 규정이 신설된 이상 논의의 실익이 없다고 보는 것이다.

5) 신각철, 컴퓨터와 법률문제, 법영사, 1992, 227면; 일본 大阪地方裁判所 1982.9.9 판결을 보면 전자적 기록물의 문서성을 인정함에 있어서 다음과 같은 논거를 제시하고 있다. “문서위조죄는 문서의 진정에 대한 공공의 신용을 보호법적으로 하고 있기 때문에 그것이 의사 등을 전달하는 수단으로서 또는 증명하는 수단으로서 사회생활에 있어서 중요한 기능과 역할을 맡은 단계에 있어서 눈으로 볼 수 있다면 반드시 그것 자체로 직접 눈으로 보는 것이 가능한 것이 아니어도 그 진정에 대한 공공의 신용은 보호되지 않으면 안된다. 예를 들면, 마이크로 필름은 그것 자체로서는 읽을 수 없는 것이지만 기계를 사용함에 따라 읽을 수 있는 것이기 때문에 그것을 문서로 해석하는데 하등 지장이 없다. 전자적 기록물도 눈으로 볼 수 있다는 점에 있어서는 이것과 완전히 동일하다고 생각하는 것이 좋다. 시각에 호소할 때에 문자나 부호로 표시되면 되고, 전자적 기록물도 일정한 프로세스에 따라 확실하게 문서로서 재생되어 전자적 기록물과 재생된 문서와는 일체 불가분적 관계를 갖는 것이기 때문에 이러한 의미에 있어서 문자 기타 부호로 표시된 것도 가시성이 있다고 해도 지장이 없다”, 山中敬一, 刑法各論(Ⅱ), 2005, 559면에서 재인용.

6) 元田國男, “ユンヒーター, クレツット・カード等々利用した犯罪”, 現代刑罰法大系2 經濟活動と刑罰, 1983, 227-229면; 板倉宏, “ユンヒーター犯罪と刑事法”, シュリスト 第707號, 145面.

7) 河上和雄, “技術革新時代における刑法の解釋”, 判例タイムズ, 第513號, 1984, 66面.

2) 부정설

이 견해는 전자기록은 문서개념에 포함되지 않는다는 입장으로, 매체에 기록되어 출력되기 전의 전자기록은 문서의 요건인 가독성과 가시성이 없기 때문에 문서에 해당한다고 보기 어렵다고 본다.⁸⁾ 전자기록에 있어서는 입력된 정보가 기존의 데이터와 함께 처리 가공되어 만들어지고 기록에 명의인이 없거나 분명하지 않은 경우가 많아서 명의인을 생각하는 것도 곤란하다는 점을 그 근거로 든다.⁹⁾

이 외에도 부정설이 제시하는 논거들로는 다음과 같은 것들이 있다.¹⁰⁾ 첫째, 자기 디스켓 등에 입력되어 있는 자기는 문자, 부호 등의 어떤 형태로 물체 위에 표시되어 있는 것이 아니라 단지 마이너스, 플러스의 자성체에 불과하고, 이러한 자성체는 순간적으로 흔적없이 소멸될 수 있으므로 이것까지 문자나 기호로 본다면 문서의 개념에 크게 혼란을 가져온다.¹¹⁾ 둘째, 컴퓨터 조직에 의하여 출력된 자료는 당연히 문서이지만 그 전단계인 전자적 기록 자체는 가시적·가독적일 수 없으므로 이것까지 문서로 인정한다는 것은 논리의 지나친 비약이라는 것이다.

3) 소결

전자문서의 내용은 비트(bit)라고 하는 컴퓨터 만이 인식할 수 있는 전자적 부호로 전자기록매체에 기록되어 있다. 이 전자적 부호가 종이문서에서의 문자나 기호에 해당한다고 볼 수 있는가가 문제가 된다. 원칙적으로 전자적 부호가 문자가 아닌 것은 명백하다. 그러나 암호해독기의 도움을 받아 그 내용을 해독할 수 있는 암호도 기록에 해당하는 것으로 보는 것이 일반적이다. 따라서 전자적 부호도 컴퓨터가 인식할 수 있는 일정한 구문법칙에 의해 기록되는 것이고, 컴퓨터의 도움을 받을 경우 그 내용을 인식할 수 있는 점에 착안한다면 적어도 전자적 부호는 암호에 준하는 것으로 볼 여지는

8) 吉田淳一, “自動車登録ファイルは公正證書原本か”, 警察學論集 第30卷 第12號, 174面.

9) 이재상, 형법각론 제5판, 2004, 660면.

10) 신각철, 앞의 책, 227면.

11) 이철, “컴퓨터 범죄 - 그 형사법적 고찰”, 사법논집 제17집, 1986, 446-447면.

충분하다 할 것이다.¹²⁾ 전자기록이라는 것도 궁극적으로는 사람에 의한 인식을 예정하고 만들어지는 것이지, 그것 자체가 컴퓨터나 기타 정보처리장치만을 위해서 만들어지는 것은 아니기 때문이다. 사람들은 보다 편리하게, 보다 신속하게 시간과 공간의 장벽 없이 기록을 작성하고, 저장하고, 전달하기 위한 수단으로 활용하기 위해서 전자기록을 개발하여 사용하고 있는 것이다.

종이문서의 경우에 있어서는 육안으로 인식할 수는 없지만, 고배율의 광학기기의 도움을 받거나 특수한 약품처리 또는 암호해독기의 도움을 받아야 비로소 물리적으로 가독가능한 경우에는 아무런 이의 없이 문서로 취급되는데 비해, 컴퓨터라고 하는 기기를 통한 변환작업에 의해 그 내용을 인식할 수 있는 것은 문서로 볼 수 없다는 것은 이론구성상 형평을 잃은 것이라 할 수 있다. 전자적 부호도 컴퓨터가 인식할 수 있는 일정한 구문법칙에 의해 기록되는 것이고 컴퓨터를 도구로 삼아 그 내용을 인식할 수 있는 점에 착안한다면 전자적 부호를 암호와 달리 취급할 이유는 없다고 본다.¹³⁾ 즉 특수한 도구의 도움을 받는 점에서는 동일함에도 불구하고, 그 내용을 광학적으로 인식하는 것과 컴퓨터의 도움을 받아 인식하는 것에 차이를 둘 특별한 근거가 있다고 보기 어렵기 때문이다. 도구를 이용하지 않고 육안으로 보고 읽을 수 있는 것만이 문서라고 한정해야 할 명확한 이유를 찾기 어려우며, 도구의 종류와 상관없이 그 도구에 의존하여 기록의 내용을 인식할 수 있다면, 그리고 그 내용이 법률상 중요한 의사표시를 내포하고 있다면 문서의 개념에 포함된다고 보는 것이, 앞으로 전자기록을 넘어서서 또 다른 새로운 형태의 기록방식이 나타날 것에 대해서도 대비할 수 있다고 할 것이다.

물론 타인에 의해 위작될 염려가 적고, 고정되어 변경되지 아니하는 그 무엇이라는 종래의 문서에 대한 관념에 비추어 볼 때 전자적으로 기록된 문서에 대하여 종이문서와 같은 가치를 부여하기는 쉽지 않다. 그러나 이미 전자문서는 ‘일정한 사상 또는 관념’을 ‘표시’하고 있고, 특정인의 의사표시에 대한 ‘법률적 효과’도 부여받고 있다. 뿐만 아니라 현실세계에서 여러 가지 요인들로 인하여 전자문서는 종이문서를 대체해가고 있고, 많은 개별 법률들이 전자문서를 문서로 간주하고 있는 상황에서 오로지 형법에서만 전자문서를 문서가 아니라고 성급하게 결론을 내리는 것도 결코 바람직하다고 보기는 어렵다.

12) 황찬현, “전자문서의 민사증거법상 문제”, 법조 제516호, 1999, 20면.

13) 황찬현, 앞의 논문, 20면.

다만 전자기록을 문서라고 하기 위해서는 기존의 문서개념에 전자기록을 끼어 맞추기 보다는 이를 포섭할 수 있는 새로운 문서개념이 구성되어질 필요가 있다고 본다.

Ⅲ. 형법상 문서개념에 있어서 전자기록의 포섭가능성에 대한 검토

현행 형법상 문서개념에 대한 명문규정은 존재하지 않는다. 다만 해석에 의하여 그 개념의 의미가 이해되어지고 있다. 따라서 학자에 따라 개념정의가 약간씩 차이가 있지만 대체적으로 “문자 또는 이를 대신할 부호에 의한 사람의 의사 또는 관념의 표시”를 그 개념내용으로 기술하고 있다. 한편 대법원은 “형법상 문서에 관한 죄에 있어서 문서라 함은 문자 또는 이에 대신할 수 있는 가독적 부호로 계속적으로 물체상에 기재된 의사 또는 관념의 표시로서 그 내용은 법률상·사회생활상 주요 사항에 관한 증거로 될 수 있는 것을 말한다”고 판시하고 있다.¹⁴⁾

이러한 문서개념에 비추어 볼 때 문서란 문자 또는 이에 대신할 부호에 의해 사상 또는 관념을 표시한 물체로서, 법적으로 중요한 사실을 증명하기 위한 것이거나 증명할 수 있는 것이어야 함은 물론 작성자 또는 명의인을 인식시켜줄 수 있는 것을 말한다고 볼 수 있다.¹⁵⁾ 여기서 문서의 본질은 문서의 존재 그 자체가 아니라 그 속에 포함된 내용 즉 의사표시에 있으며,¹⁶⁾ 그 의사표시가 갖고 있는 증명력에 대한 신뢰의 보호에 있다. 즉 문서의 경우 사적 거래에 참여하는 자들 사이에서 형성되는 ‘대상물의 신용’이 형법규범을 통해서 보호해야 하는 보호객체이지, 입법자가 규범적으로 설정해놓은 대상물에 한정하여 보호객체를 논하는 것은 현실을 도외시한 순수한 실정법적 사고¹⁷⁾라고 할 수 있다. 따라서 문서죄에 있어서 형법상 규범적 평가의 기준이 되는 것은 문서가 갖고 있는 기능 즉 공공의 신용이지, 신용의 도구에 불과한 행위객체로서의 문서 자체라고 보아서는 안될 것이다.

14) 대법원 1985.6.25. 선고 85도758 판결; 1995.9.5. 선고 95도1269판결.

15) 김일수, “형법상 문서의 개념”, 법학논집 제33집, 고려대 법학연구소, 1997, 464면.

16) 배종대, 형법각론, 2003, 641면.

17) 류전철, “심은 김일수 교수님의 문서죄해석론에 대한 고찰”, 한국 형법학의 새로운 지평, 심은 김일수교수 화갑기념논문집, 2006, 438면.

그렇다면 문서죄에 있어서 형법상 규범적 평가의 기준이 되는 공공의 신용에 전자기록이 적합하다고 평가할 수 있는가, 즉 공공의 신용을 보호하기 위한 형법상 문서라고 평가될 수 있는 평가기준에 부합하는지에 대한 검토가 필요하다. 일반적으로 형법상 문서죄의 객체인 문서로서 기능하기 위해서는 세가지 기능적 개념요소를 지녀야 한다고 보고 있는 바, 전자문서가 이러한 문서개념의 세가지 기능에 부합하는지 살펴보고자 한다.

1) 계속적 기능

문서는 타인에게 의사내용을 전달하여 인식시킬 수 있는 의사표시 그 자체를 말한다. 즉 문서의 본질은 문서라는 물체 자체가 아니라 그 속에 표현된 사상이나 관념 즉 의사표시의 표시에 있기 때문이다. 따라서 비록 종이위에 쓰여져 있지 않더라도 직접 의사표시 내용을 담은 것은 문서라고 본다.¹⁸⁾ 그리고 이러한 생각 또는 의사표시의 방법 또한 반드시 문자에 한하지 않고 다른 부호에 의하는 경우라도 무방하지만, 정신적인 의사내용을 일정한 물체에 화체시켜 어느 정도 의사표시의 지속성을 유지하는 기능을 갖고 있어야만 문서라고 볼 수 있다¹⁹⁾는 것이 일반적인 견해이다. 다만 이 경우에도 문서의 지속성이 영구적이거나 영속적일 것을 요하지 않는다.

전자기록의 경우에도 일정한 사상이나 관념을 기록한 것이라는 점에서 전통적인 문서의 본질이라 할 수 있는 사람의 의사표시의 표현이라는 요건은 갖추고 있는 경우가 있다. 다만 전자기록은 사람이 이해할 수 있는 형태의 언어나 문자가 아닌 컴퓨터 혹은 디지털 기기를 통해서만 이해할 수 있는 기계어로서 기호나 부호로 기록하고, 그 내용을 인지하기 위해서는 일정한 컴퓨터 시스템을 이용해야 비로소 사람이 그 내용을 인지할 수 있기 때문에 육안에 의한 직접적인 가독성을 갖지 못한다는 점에서 기존 문서개념으로 요구되는 가독성의 요건을 충족하지 못하는 한계가 있다. 그러나 화상의 형태로 혹은 출력방식으로 언제든지 인식가능한 형태로 전환될 수 있는 전자기록에 고유한 가독방식을 수용한다면 문서개념으로 요구되는 시각적으로 인지가능할 것을 요하는 가독

18) 김일수, 앞의 논문, 443면.

19) 김일수, 앞의 논문, 449면.

성의 요건에 반드시 부합하지 않는다고는 보기 어렵다. 즉 사람의 의사나 사상·관념을 표시하여 보존하고 전달하는 기능을 가지고 있는 전자기록을 비록 그대로는 보고 읽을 수 없지만, 기본적으로 보고 읽을 수 있는 상태를 예정하고 만들어지고 있다는 점을 고려한다면 가독성의 요건을 무조건 배제할 것은 아니라고 할 것이다.

그러나 현재로서는 우리의 형법학계는 물론이고 독일의 경우에도 단순히 이진수 부호의 형태로 광학적인 저장매체 또는 전자적인 저장매체에 저장된 진술은 가독성의 요건에 부합하지 않는다고 보고 있다. 즉 저장매체에 광학적 또는 전자적으로 저장된 데이터는 시각적으로 인지할 수 없다는 것이다.²⁰⁾ 더욱이 모니터 화면으로 게시된 전자기록의 경우 문서에 요구되는 인지가능한 방식으로 체화된 진술이라 할 수 있을지는 모르지만 그 체화의 지속성이 결여되기 때문에²¹⁾ 문서로서의 기능에 부합하지 않는다고 본다. 우리 형법상 문서죄의 체계와 같이 문서죄와 별도의 기술매체기록 위조죄를 두고 있는 독일도 처음부터 체화된 진술의 시각적 인지가능성이 현존하는가 아니면 결여되어 있는가의 여부를 기준으로 문서위조죄와 기술매체기록 위조죄를 구별²²⁾하여 적용하는 방식을 취함으로써 시각적 가독성을 문서의 개념요소로서 분명히 하고 있다.

그러므로 주된 문서의 개념의 의미에 있어서 법적 효과를 야기하기 위해 요구되는 ‘관념의 서술’이라는 점에서는 전자기록 역시 기존의 문서와 동일한 기능을 한다고 볼 수는 있지만, 그것이 전자적 형태로 저장된 관념의 서술인 한 눈으로 확인하기 어려운 의사표시의 지속성을 인정하기 어렵기 때문에 문서로서 수용하기에는 한계가 있다고 볼 수 밖에 없는 것이다.

2) 증명적 기능

형법은 법률상 중요한 의미를 가지는 문서만 보호하기 때문에 형법상 문서죄의 보호

20) Manfred Möhrensclager, "Computerstraftaten und ihre Bekämpfung in der Bundesrepublik Deutschland", Wistra 1991, s.321,326; Winkelbauer, Wolfgang, "Computerkriminalität und Strafrecht", Computer und Recht, 1985, s.40, 42.

21) Hoyer, SK StGB, §267 Rdn.28.

22) Lenckner/Winkelbauer, "Computerkriminalität – Möglichkeiten und Grenzen des 2. WiKG", Computer und Recht, 1986, s.824ff; Georg Freund, "Grundfälle zu den Urkundendelikten", JuS, 1994, s.207, 209f.

객체로서 문서는 기재된 의사표시가 법적으로 중요한 사실을 증명하거나 증명하기에 유용한 것이어야 한다. 이를 문서의 증명적 기능이라 한다. 이러한 문서의 증명기능에 있어서 핵심요소는 ‘법적으로 중요한 사실의 증명’이라는 데 있다.²³⁾

전자기록은 법적 거래의 증명적력과 목적을 충분히 이행할 수 있는 기능을 가지고 있기 때문에 문서로서의 증명적 기능을 인정함에 있어서 문제의 여지는 없다. 다만 전자기록은 그 특성상 종이문서와 달리 아무 흔적없이 그 기록이 쉽게 삭제·변경될 수 있어 일정한 사실 또는 법률관계의 존부와 그 내용을 증명하는 기능이 현저하게 떨어진다고 할 수 있다. 바로 여기에 전자기록의 문서성을 부정하는 견해들의 핵심적인 논거가 있다. 즉 기술적으로는 전통적인 종이문서를 전자문서로 대체할 수 있다고 할지라도 정보 내지 기록의 안전성과 법률적 불확실성의 문제가 해결되지 않는 한 그 법률적 증명력을 종이문서와 동일하게 인정하기가 쉽지 않다고 보는 것이다.

따라서 전자기록의 증명적 기능을 인정하기 위해서는 안정성확보를 위한 보안절차가 수반되어야 하고, 이와 관련하여 전자서명, 암호나 인증 또는 수신확인 등 그 안전성을 담보할 수 있는 방법은 얼마든지 생각해낼 수 있다.²⁴⁾ 다만 전자문서가 신뢰할만하고 안정적인 문서로서 남아 있기 위해서는 능동적이고 적극적인 보존방식이 요구된다는 점에서 “한번의 기록으로 영원히” 보존될 수 있었던 종이문서와 차이가 있을 뿐이다.

3) 보장적 기능

문서에는 의사표시의 내용을 보장할 수 있는 의사표시의 주체 즉 명의인이 있어야 하는데 이를 문서의 보장적 기능이라 한다. 다만 여기서 명의인은 문서를 실제 작성한 자를 의미하는 것이 아니라, 법적 거래에서 문서의 표현내용이 귀속되는 자를 의미한다. 그리고 문서내용, 형식과 외관에 의해 명의인을 알 수 있으면 굳이 명의인의 서명이나 날인²⁵⁾ 뿐만 아니라 구체적인 성명의 표시도 필요로 하지 않는다. 따라서 특정된

23) 김일수, 앞의 논문, 450면.

24) 전자거래기본법 제5장의2의 ‘공인전자문서보관서’에 관련된 규정에 의하면 지식경제부장관의 지정을 받아 전자문서의 보존, 증명, 송수신대행 등의 보관대행업무를 행하고 보관전자문서에 대한 무결성과 진정성에 대한 법률상의 추정이 가능하도록 하고 있다.

25) 대법원 1973.9.29.73도1765; 대법원 1975.6.24. 73도3432.

명의인이 있다고 오인시킬 정도의 문서이거나 문서의 여러 가지 사정을 기초로 작성명의인을 인식할 수 있는 문서이면 충분하기 때문에 반드시 작성명의인이 명확하게 특정될 필요도 없다고 본다.²⁶⁾ 그리고 작성명의인이란 의사표시를 자기 손으로 직접 쓰거나 서명한 자일 필요는 없고, 의사표시의 내용을 정신적으로 창출한 자면 된다.²⁷⁾

이러한 문서의 보장기능과 관련하여 전자기록은 그 기록행위자가 경우에 따라서는 다수인으로 이들이 각자 분담하여 입력한 개개의 데이터가 집적된 축조물로서 종래의 문서와 같이 작성자 명의를 판단하는 것은 실제 불가능하기 때문에 문서로서의 기능을 할 수 없다는 비판이 있다. 그러나 문서의 보장적 기능에서 요구되는 명의인은 누가 작성했는가가 아니라 그 문서내용에 의한 법적효과의 귀속주체를 의미하는 것인 바, 이는 개개의 전자기록의 전체내용으로서 파악할 문제이지 누가 전자기록을 실제 작성했는가의 문제는 아니라고 할 것이다. 종이문서의 경우에 있어서 작성명의인의 구체적인 특징이나 서명·날인이 문서의 필요적 요건이 아님²⁸⁾에도 불구하고, 굳이 전자기록의 경우에 있어서만 서명날인이 부적합하고 작성명의인이 불명확한 기록방식이라는 이유를 들어 문서성을 부정하는 근거로 제시하는 것은 타당하지 않다고 보여진다.

따라서 문서내용의 법적효과의 귀속주체로서 명의인에 대한 인식가능성이 존재하는 한 그것이 종이문서인가 전자기록인가를 따질 이유는 없다고 보여진다. 종이문서의 경우에 있어서도 명의인의 인식가능성이 불충분한 문서는 문서가 아니듯이 전자기록의 경우에도 명의인의 인식가능성이 불충분하다면 문서가 아니라고 보면 되는 바, 문서의 보장기능이 전자기록의 문서성을 부인할 근거가 된다고 보기는 어렵다.

4) 소결

형법상 문서는 계속적 기능·증명적 기능·보장적 기능이 인정되어야 한다는 것이 일반적인 견해이다. 이는 일정한 유체물에 고정화된 기록을 전제로 한 인식에서 비롯된 것이라 할 수 있다. 하지만 현실적인 문서개념은 사실확정과 더불어 규범적으로 평가해

26) 김일수, 앞의 논문, 457면.

27) 김일수, 앞의 논문, 457면.

28) 대법원 1975.6.24. 73도3432; 대법원 1989.8.8. 88도2209; 대법원 2002.2.11. 99도4819.

서 결정할 문제라 할 것이다.²⁹⁾ 문서개념에 있어서 본질적인 구성요소는 문서에 나타난 의사표시이며, 그 외의 증명적 기능과 보장적 기능은 신축성이 있는 요소인 바,³⁰⁾ 구체적인 경우에 따라 전자기록의 문서성 여부를 판단하면 족하다고 할 것이다. 더욱이 앞으로 기술의 발전에 따라 매체를 매개로 하지 않는 전자기록도 충분히 예상할 수 있는 바, 고정화된 기록을 고수하는 입법방식에 대한 사고의 전환이 필요하다고 생각한다.

문서죄에 있어서 문서라고 하는 규범적 구성요건요소는 사회변화에 따른 평가에 따라 그 개념적 외연을 달리할 수 있고, 또 역사적으로도 달리해왔던 바를 감안한다면, 종이문서를 대부분 대체해 가고 있는 전자기록이 문서죄의 객체로서 보호되어야 할 실질과 가치를 구비하고 있는 한 그 개념적 외연 안에 포함될 수 있다고 볼 수 있지 않을까 한다.

IV. 형법상 문서로서 요구되는 전자기록의 개념

현재 특별법 가운데 문서로서 인정되고 있는 전자기록의 개념은 그것을 전자문서로서 허용하고자 하는 부서의 실무적인 편의에 따라 여러 가지로 정의되고 있다.³¹⁾ 이는 전자문서에 관한 통합된 생각과 계획을 갖지 못한 채 여러 정부기관에서 업무상 필요에 따라 관련 법령을 만들었는데 그 이유가 있다. 이러한 입법태도는 전자문서에 대한 일관성 있는 법적 효과를 부여하는데 어려움을 야기하고 있을 뿐만 아니라, 몇몇 법령 가운데는 모니터 또는 종이에 출력하는 과정까지 전자문서에 포함시키는 무리한 입법 방식을 취하고 있어 재고되어야 할 바가 많다.

29) 김일수, 앞의 논문, 464면.

30) 김일수, 앞의 논문, 447면.

31) 전자문서의 개념이 정의되어 있는 법률로는 전자거래기본법 제2조 1호를 비롯하여 무역업무자동화 촉진에관한법률 제1조 제7호, 산업기술기반조성에관한법률 제2조 제3호, 선거관리위원회사무관리 규칙 제3조 제7호, 유통산업발전법 제2조 제10호, 전자서명법 제2조 제1호, 전자정부구현을위한행정업무등의전자화촉진에관한법률 제2조 제5호, 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제2조 제5호, 증권거래법시행령 제84조의28 제2항, 특허법시행규칙 제1조의2 제2호, 화물유통촉진법 제2조 제11호, 행정절차법 제2조 제8호, 헌법재판소공문서규칙 제3조 제4호, 사무관리규정 제3조 제7호 등이 있다.

다만 개개의 법률에 규정되어 있는 전자문서의 개념을 유형화해보면, 크게 두 가지로 분류할 수 있다. 즉 전자적인 형태로 표준화된 형식에 의한 문서만을 전자문서로 보는 법률들과 형식에 상관없이 전자적인 형태로 작성, 송·수신 또는 저장된 문서를 전자문서로 보는 법률들이 있다. 먼저 표준화된 형식의 전자문서를 요구하는 경우는 국가기관 또는 무역 EDI(Electronic Data Interchange)³²⁾에 의해 이용되는 경우로서, 표준화된 전자문서의 형식은 위조와 변조 등을 방지하고, 발신자와 수신자를 인증할 수 있도록 하기 위한 문서의 일련번호와 전자서명, 발신·수신에 관한 인증절차, 내용 등에 대한 암호화 방법 등이 포함된다.³³⁾ 한편 형식에 상관없이 전자적 기록 자체를 전자문서로 보는 경우는 최근 정보통신기술의 발전과 인터넷의 급속한 보급으로 보편화되기 시작한 CALS(Commerce At Light Speed)나 EC(Electronic Commerce) 등에서 활용되는 다양한 형태의 표준화되지 않은 일반적인 전자거래에 이용되는 경우³⁴⁾라 할 수 있다.

학자에 따라서는 전자의 경우에 한해서만 전자적으로 전송·처리·보관상태에 있는 전자기록을 전자문서로 볼 수 있다고 본다. 즉 표준화된 형태의 데이터를 컴퓨터와 컴퓨터간에 교환하여 재입력과 정 없이 즉시 업무에 활용할 수 있도록 하는 업무 전반에 이용되는 방식이 전제되어야만 보관중인 전자기록 뿐만 아니라 전송중인 전자기록도 전자문서로 인정할 수 있다고 보는 것이다. 또한 표준화된 문서의 경우에는 상호간에 해독의 합의가 이미 존재하고 컴퓨터 간에 상호 교환되어질 수 있는 것이므로 가독성이 있다고 보는 것이다.³⁵⁾ 하지만 이는 전자문서를 전자거래의 안전과 정확성 그리고 확실성을 위해 요구되는 민사상의 문서개념으로 이해한 것이라 할 수 있다. 형법상 문서는 법률상 증명에 중요한 의사표시의 내용을 담은 것을 문서라고 보지, 그것이 거래의 안전과 정확성을 위해 담보되는 방식으로 기록되는 것인가를 따지지 않는 때문이다.

그러므로 형법상 문서성을 논함에 있어서의 전자문서는 표준화된 전자문서 뿐만 아니라 그 외의 전자기록 그 자체를 포괄하는 것이라고 이해되어야 할 것이다. 문서의

32) EDI(Electronic Data Interchange)는 컴퓨터를 통하여 표준화된 전자문서를 교환하는 방식을 말한다. 즉 컴퓨터에서 다른 컴퓨터로 EDI 네트워크를 통하여 표준화된 양식의 데이터를 전송하여 직접 업무에 활용할 수 있도록 하는 새로운 정보전달체계를 말한다.

33) 최영호, “개정형법과 컴퓨터 관련 범죄현상(하)”, 법조 45권 7호, 1996, 56면.

34) 한규현, “전자문서와 민사증거법”, Cyber Law상의 제문제(하), 2003, 209면.

35) 이정훈, “형법상 문서와 전자기록과의 관계”, 비교형사법연구 제5권 제2호, 342면.

형식이 어떠한가 보다는 그것이 법률상 증명에 중요한 의사표시를 담고 있는 기록인가 아닌가가 문서성을 검토함에 있어서 더 본질적 요소라고 보아야 하기 때문이다. 따라서 형법상 문서죄의 객체로서 검토해 볼 수 있는 전자문서는 “정보처리시스템에 의해 전자적 형태로 기록되어 송·수신 또는 저장된 정보”를 의미한다고 보는 것이 타당하다. 즉 일정한 내용의 의사표시를 0과 1이라는 디지털 부호의 형태로 전환시킨 전자기록을 의미하는 것으로 보아야 한다.

현행 형법상 규정되어 있는 전자기록의 개념은 데이터가 일정한 매체에 기록되어 있는 상태를 의미하기 때문에 데이터가 기록된 매체 자체가 곧 전자기록이라는 의미로 이해되고 있고, 그렇기 때문에 특수매체기록이라는 표제를 사용하고 있다는 점에서 전자기록 그 자체를 의미하는 것이라 보기는 어렵다. 따라서 이는 위에서 언급한 전자기록의 개념과 차이가 있다고 할 수 있다.

1. 형법상 문서로서 포섭가능한 전자기록의 유형

디지털 형태의 전자기록을 전자문서로 이해한다고 해서 모든 전자기록을 전자문서로 포섭하는 것은 불가능하다. 따라서 형법상 문서로서 포섭가능한 전자문서의 유형에 대해서 검토해 보고자 한다.

가. 동영상, 음성 파일

전통적인 문자 내지 기호로 이루어진 문서의 개념을 전제로 할 때 동영상, 음성 정보는 문서의 개념에 포함되지 않는다. 가시적인 인식가능성이 없다는 것이 그 이유이다. 그러나 디지털 기술을 전제로 한 인터넷 환경하에서 전자적 의사표시는 얼마든지 동영상·음성 내지 음향정보로 표현하여 작성·전송 내지 저장할 수 있는 바, 이는 정보전달 기능 뿐만 아니라 증명적 기능도 충분히 하고 있다고 할 것이므로 그 정보의 형식만을 따져서 종래의 문서개념에 비추어 이를 전자문서의 개념에서 제외할 것은 아니라 할 것이다.³⁶⁾ 더욱이 디지털 기술의 진보에 따라 이러한 파일들이 단순히 청각으로만이

36) 노태섭, “전자문서 관련 국내 법제현황과 개선 방향”, 경상대 법학연구 제11집, 2002, 122면.

아니라 시각적 인지가능성을 함께 제공할 수도 있다³⁷⁾고 본다면 .gif, .jpg 파일 뿐만 아니라 .asf 또는 .mp3와 같은 음성정보파일, 플래쉬로 작성된 .swf 파일도 전자문서에 포함된다고 볼 여지는 충분하다고 할 것이다.

나. 응용소프트웨어에 의해 변환된 파일

전자문서에 관하여 .hwp 또는 .txt, .doc 등과 같은 파일 자체를 전자문서로 볼 것인가 아니면 한글 프로그램이나 MS Word 프로그램에 의해 컴퓨터상에 변환된 형태의 것을 전자문서로 볼 것인가를 검토해 볼 수 있다.³⁸⁾ 그러나 파일로 저장된 상태와 변환되어 스크린상에 나타난 형태를 굳이 구분할 필요는 없다고 보여진다. 즉 파일형태의 전자기록 혹은 응용소프트웨어에 의해 변환된 전자기록 어느 하나에 한정하여 전자문서를 인정할 특별한 이유는 없기 때문이다. 후자는 단지 프로그램을 도구로 하여 시각적 인지가능성을 갖게 한 것일 뿐 그 의사표시의 본질적 내용이 변환된 것은 아니기 때문이다.

다. 출력문서

전자문서에 관한 개별규정을 두고 있는 몇몇 법률들은 전자문서의 정의에 “...출력된 문서형식의 자료로서...”로 규정하여 출력된 문서를 전자문서의 개념에 포함시키고 있다. 그러나 이미 출력된 문서는 더 이상 전자적 형태로 이루어진 전자기록이 아니기 때문에 이를 전자문서의 개념에 포함시키는 것은 타당하지 않다. 출력된 문서는 이미 그 자체로 기존의 종이문서와 다를 바 없는 것이기 때문에 굳이 이를 전자문서로 포섭하여 이해할 필요는 없다고 본다.

라. 표준화된 전자기록

개별 법령 가운데 표준화된 전자기록만을 전자문서로서 인정하고 있는 경우가 있다.

37) 현재 문서는 1차원적인 문자나 부호의 형태로만 존재하지만 앞으로의 문서는 문자와 영상 그리고 음향이 함께 혼합되어지는 3차원적인 형태로 나타날 수도 있다.

38) 노태섭, 앞의 논문, 122면.

하지만 이는 당해 법률의 적용을 받는 문서로서 효력을 갖게 된다는 의미를 가질 뿐이다. 따라서 일반적으로 사법적 거래관계를 전제로 한다면 전자문서라고 하여 반드시 표준화된 전자문서만을 요구할 필요는 없다. 더욱이 형법상 문서는 그것이 법률상 중요한 사실의 증명에 필요한 의사표시를 내포하고 있는 한 문서라 할 수 있으므로 표준화되지 아니한 전자기록이라 하더라도 이는 전자문서로 봄이 타당하다.

2. 전자문서의 문서성에 대한 인식의 전환

오늘날 문서의 개념처럼 변용의 가능성이 높은 언어도 없다.³⁹⁾ 기술의 발전에 따라 끊임없이 보다 쉽게, 보다 빠르게 기록하고 전송하고 저장하기를 원하는 현대인의 욕구에 부합하는 방식으로 문서가 개발되고 있고, 그러한 문서를 통한 증명방법 또한 다양해지면서 현대인의 법률환경은 끊임없이 변화되고 있기 때문이다.

우리는 전자기록의 변용가능성, 휘발성의 특성으로 인해 야기될 수 있는 법적 불확실성으로 말미암아 문서성을 인정하는데 주저하는 반면 종이에 대해서는 의심의 여지 없이 문서성을 인정하여 왔다. 그러나 오늘날 기술이 종이문서에 대해서도 변용가능성과 휘발성을 염려하게 만들고 있다는 점을 고려한다면 더 이상 이는 전자기록에 국한된 문제는 아니라 할 것이다. 예를 들어 인쇄된 종이를 프린터에 넣고 다시 인쇄하면 이전 내용은 감쪽같이 사라지고 새로운 내용이 인쇄되는 무한 재사용 종이,⁴⁰⁾ 셀룰로오스⁴¹⁾ 종이에 전자염료를 함입시켜 다양한 정보를 기록 내지 구현할 수 있는 새로운 전자종이⁴²⁾ 등은 외형상 종이임에도 불구하고 기존의 종이문서의 개념을 더 이상 적용하기 어려운 형태로 발전하고 있기 때문이다. 그렇다면 문서죄의 객체로서 문서의 개념을 논함에 있어서 시각적인 가독성을 고집하기 어려워지며, 더 나아가 기록의 내용인 관념이나 의사표시 등이 고정적인 매체에 고착되어 있기 보다는 여러 매체들 사이를 이동하

39) 김일수, 형법상 문서의 개념, 법학논집, 464면.

40) 과학동아, 2008년 5월호, 106면.

41) 이 셀룰로오스는 목재펄프에서 만들어지는 것이 아니라 아세토박터 자일리움이라는 균에 의해 만들어진다고 한다: Chemical & Engineering News, April 1, 2004.

42) Korean Institute of Science and Technology Information, Nano Weekly, 제95호, 2004년 4월 9일, 11면.

려는 속성이 강해지는 바, 매체와 일체로서의 기록만을 문서죄의 객체로 보호하는데는 한계가 생길 수 밖에 없다.

문서죄에 있어서는 대상물의 신용이 형법규범을 통해서 보호해야 하는 객체이지, 입법자가 규범적으로 설정해놓은 대상물 자체가 아니라는 것을 분명히 인식할 필요가 있다. 더군다나 법적 거래기술의 발전속도에 비추어 볼 때, ‘신용’의 도구는 끊임없이 변화하고 발전할 것임에도 불구하고 입법자에 의해 설정된 규범적 대상물의 한계를 벗어나지 못한다면 문서죄가 보호하고자 하는 거래의 안전과 신용은 그 취지를 상당부분 상실하게 될 것이다. 즉 문서죄로서 보호하고자 하는 바가 무엇인가가 명확하다면 그 객체로서 문서개념의 핵심은 문서의 기능적 측면에서 파악하는 것이 가장 바람직할 것이기 때문이다.

복사문서의 문서성과 관련한 김일수 교수님의 주장은 전자문서에 대해서도 여전히 유효할 것으로 생각된다. “생활의식이 변하면 법도 변해야 한다. 문서를 통한 현대인의 법생활 자체가 변화 속에 있으며, 문서의 법적 개념은 당해 사안의 확정과정에서 생활세계의 변화를 고려하여야 한다”.⁴³⁾

V. 맺음말

종래 법과 과학기술은 대단히 이질적인 분야로 취급되어져 왔다. 그러나 과학기술이 일상생활로 깊이 파고들어 우리의 생활 대부분이 기술에 의존하지 않을 수 없는 상황에 이르면서 법은 기술과 충돌하기 시작했다. 즉 과학기술이 법의 영역안으로 들어올 것을 예상하지 못했던 입법자들은 기술로 말미암아 법이 규제할 수 없거나 애초의 입법취지에도 불구하고 법으로 보호할 수 없는 분야들이 생겨나는 현실에 직면하고 있는 것이다. 종이문서를 대체해 가고 있는 전자기록의 문서성에 대한 논의도 바로 이러한 법과 기술의 부조화에서 비롯된 것이라 할 수 있다.

새로운 문서로서 기능하고 있는 전자기록이 법적으로 중요한 사실을 내포하는 의사

43) 김일수, “복사문서도 문서위조 및 동행사죄의 객체인 문서인가”, 법률구조, 1992년 봄호, 21면; 동, “형법상 문서의 개념”, 법학논집 제33집, 고려대학교 법학연구소, 1997, 464면.

표시를 그 내용으로 하고 있고, 법적 확실성을 담보할 수 있는 기술적 보장을 갖추고 있는 한 이를 굳이 기존의 문서와 구분하여 별도의 규정을 둘 필요가 있는지 의문이다. 지금과 같이 문서와 별도로 특수매체기록이라는 표현을 사용하는 경우 앞으로 나타날 새로운 전자기록방식이 이에 부합하지 않게 될 때 형법은 또다른 입법상의 흠결을 드러낼 수밖에 없다. 기술은 끊임없이 보다 편리하고 이용이 용이한 방향으로 진보할 것이고, 그 구현방식과 발전속도는 이미 상상의 한계를 넘어서고 있다고 해도 과언이 아니다. 따라서 문서의 개념을 유체물에 고정된 기록으로 한정하기 보다는 형법상 문서죄가 보호하고자 하는 바가 무엇인가를 고려하여 문서의 개념을 규범적으로 판단한다면 전자기록도 충분히 형법상 문서로서 포섭될 수 있을 것으로 보여진다.

다만 전자기록의 법적 불확실성에 대한 우려가 사라지지 않는 한 이를 문서로서 포섭하는데 있어서 주저함을 보이는 것은 당연하다고 볼 수 있다. 전자기록을 형법상 문서 그 자체로서 포섭하고자 하는 것이 현재로서는 시기상조일 수 있다. 하지만 이미 시작되고 있는 입법상 불비에 따른 처벌의 흠결 내지 법적용의 왜곡이 점점 더 늘어날 수밖에 없는 현실을 감안한다면, 법적 확신이 부여된 전자기록에 대해서는 입법적으로 문서성을 부여하는 것이 전자기록이라고 하는 신개념의 문서가 문서죄의 체계내에서의 일관성과 기능적으로 동일한 기존문서와의 균형성을 유지하는데 보다 효율적인 방식이 되리라 생각한다.

참고문헌

- 강준모, “전자문서와 전자거래의 정의분석”, 정보통신정책 제11권 제16호, 1999.
- 김보환, “전자거래에 있어서의 문서성과 서명성에 관한 고찰”, 법조 515, 1999.
- 김일수, “형법상 문서의 개념”, 법학논집 제33집, 고려대학교, 1997.
- 노태섭, “전자문서 관련 국내법제 현황과 개선방안”, 법학연구, 경상대학교 제11집, 2002.
- 류석준, “전자기록 위작·변작행위의 규제법규에 관한 연구—문제점을 중심으로—”, 형사법연구 제23호, 2005년 여름호.
- 류전철, “독일형법상 문서죄—한국형법상 문서죄와 비교고찰을 중심으로—”, 한독법학 2002년 12월 동계학술발표회, 한독법률학회, 2003.
- _____, “문서죄에 대한 개정입법론”, 형사법연구 제22호, 2004년 겨울호.
- _____, “심은 김일수 교수님의 문서죄해석론에 대한 고찰”, 한국 형법학의 새로운 지평, 심은 김일수 교수 화갑기념논문집, 2006.
- 배종대, 형법각론 제5판, 홍문사, 2003.
- 신각철, 컴퓨터와 법률문제, 법영사, 1992.
- 이상정/소재선, “전자문서와 전자계약”, 경희법학 제33권 제2호, 1998.
- 이재상, 형법각론 제5판, 박영사, 2004.
- 이정훈, “인터넷 민원서류 위·변조 행위에 대한 형사책임”, 비교형사법연구 제7권 제2호, 2005.
- _____, “형법상 문서와 전자기록과의 관계”, 비교형사법연구 제5권 제2호, 2003.
- 이진우, “전자문서와 법률문제”, 정보법학 제2호, 1998.
- 이 철, “컴퓨터 범죄 - 그 형사법적 고찰-”, 법조 389, 1989.
- 최동호/신동진, “전자문서의 개념과 종이문서 대체가능성”, 영남대 산업경영연구소 산경연구 제3집, 1995.
- 최영호, “개정형법과 컴퓨터 관련 범죄현상(하)”, 법조 45권 7호, 1996.
- 최승열, “현행 법제에 규정된 전자문서의 의의에 관한 검토”, 법제 2002.2.
- 한규현, “전자문서와 민사증거법”, Cyber Law상의 제문제 下, 2003.
- 황찬현, “전자문서의 민사증거법상의 문제”, 법조 제516호, 1999. 9월호.

Korean Institute of Science and Technology Information, Nano Weekly, 제95호, 2004년 4월 9일.

元田國男, “ユンヒ°ータ,クレツ°ット・カード等あ利用した犯罪”, 現代刑罰法大系2, 經濟活動と刑罰, 1983.

板倉宏, “ユンヒ°ータ犯罪と刑事法”, シ°ュリスト, No. 707.

河上和雄, “技術革新時代における刑法の解釋”, 判例タイムズ, 第513號, 1984.

吉田淳一, “自動車登録ファイルは公正證書原本か”, 警察學論集 第30卷 第12號, 1977.

山中敬一, 刑法各論(Ⅱ), 2005.

Michele V. Cloonan, “Shifting from paper to Digital records—Preservation?”, International Conference on Conservation and Digital Preservation of Archives and Records, 2002.

Henning Radtke, “Neue Formen der Datenspeicherung und das Urkundenstrafrecht”, Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft, vol.115, 2003.

Manfred Möhenschlager, “Computerstraftaten und ihre Bekämpfung in der Bundesrepublik Deutschland”, wistra 1991, heft9.

Peter Kehl, “Strafrechtlicher Schutz von E-mails als Urkunden im Datenverkehr”, http://www.peter-kehl.de/publikationen/Kehl_Peter_Strafr_Schutz_v_E-Mails_im_Datenv.pdf

Walter Buggisch, “Fälschung beweiserheblicher Daten durch Verwendung einer falschen E-Mail Adresse?”, NJW, heft 49, 2004.

Winkelbauer, Wolfgang, “Computerkriminalität und Strafrecht”, Computer und Recht, 1985.

The Availability of Electronic Record for the Object Element of Document-Related Crimes in Korean Penal Statute.

Tak, Heesung*

The electronic records ask for fundamental changes of document-related laws that have been mainly for paper documents. That is, an electronic record does not merely substitute a paper document but also alter the nature and usage of a document. For this reason, electronic records give rise to the difficult issues that can not be easily resolved based on the conventional document-related rules.

The true nature of a document cannot be found in a form of a document but in substance of communication on it. Therefore, what truly matters for document-related laws is the protection of trust in communication. In other words, to understand what should be protected through the statutory provisions of document-related crimes, the stress ought to be on the trust in substance of a document, which will be formulated between those who are engaged in a transaction, but not on the mere recognition of what is written by legislators, which may be too formalistic to see the reality. Can the concept of "public trust" work as the proper standard, based on penal law perspective, to consider an electronic record? That is, it is necessary to determine whether it can be understood within the meaning of a document under the penal law, which aims at protecting public trust.

It is generally accepted that the concept of documents under the penal statute should have the function of continuity, proof and guarantee. This comes from the idea that a document is a fixed record on a material thing. Nonetheless, because an electronic record that is not based on a material thing seems not too

* Research Fellow, Korean Institute of Criminology, Ph.D. in Law

far in the future to be anticipated, the legislation simply attaching to a fixed and material record is needed to be changed now.

Technology will progress toward the more comfort and the more efficient usage and the speed of its development and realization is already beyond our imagination. Therefore, the concept of a document should not be limited to a fixed record on a material thing. Rather, it ought to be normatively understood, considering what the statutory provisions regarding document-related crimes intend to protect. Then, an electronic record could be subsumed into the meaning of a document under the penal statute

❖ Keywords : electronic record, document-related crime, documentation, changeability, public trust.