

# 電磁的 기록물의 문서성



金 文 鎰

〈法學博士〉

■ 약력

- ▲중앙대 법학과 졸
  - ▲연세대 대학원 졸 (법학석사)
  - ▲중앙대 법학박사
- 저서: 「컴퓨터 범죄론」  
「MIS 개발과 관리」

컴퓨터 시스템 도입으로 대량의 정보를 신속·정확하게 전달하고 보관 및 처리할 수 있게 되었다. 오늘날 공공기관 및 기업 등에서는 업무상 필요한 문서 등이 복잡하고 대량일 뿐만 아니라 이를 오랫동안 보관하는 데에 막대한 공간을 확보하여야 하고 필요로 하는 자료를 신속·정확히 검색하는데 많은 어려움을 갖게 되어 거의 대부분의 장부서책을 자기디스크, 자기테이프, 자기드럼 등의 전자적 기록물에 의하여 기록·보관·처리하고 있는 실정이다. 이러한 전자적 기록물에 대한 문서성의 시비는 컴퓨터 시스템 도입 초기부터 학자들 간에 찬반의 논의가 있었다. 전자적 기록물의 위조·말소·변조행위에 대하여 문서위·변조죄 및 문서손괴죄의 성립에 핵심적인 문제는 전자적 기록물도 종래의 '문서'와 동일하게 해석되어야 가능한 것이며 이것은 컴퓨터범죄의 예방에 있어 가장 기초적인 문제의 하나라고 할 수 있다.

형법 제 20 장에 규정된 문서에 관한 죄, 즉 광의의 문서위조·변조죄는 문서에 대한 공공의 신용을 보호하기 위한 범죄이다. 문서는 현대 정보사회에 있어서 문화적·법률적·경제적 측면에서 가장 중요한 거래수단으로서의 중추적 역할을 다하고 있다. 문서에 관한 죄의 보호법익은 바로 문서에 대한 거래의 안전과 신용이다. 판례도 문서에 대한 공공의 신용이 문서위조죄의 보호법익이라고 판시하고 있다. 따라서 문서죄에 의하여 보호되는 것은 문서자체가 아니라 문서의 증명력과 문서에 化體된 사상에 대한 안전과 신용이라고 할 수 있다. 따라서 형법상의 문서란 문자 또는 이에 대신할 수 있는 일정한 부호를 사용하여 어느 정도 영속할 상태의 물체상에 기재된 의사 또는 관념의 표시로서 그 내용이 법률상 또는 사회생활상 중요한 사항에 대하여 증거로 될 수 있는 것을 말한다 하겠다. 이는 서독 형법상의 문서개념과 동일한 것으로 생각된다. 다만 우리 형법은 서독 형법과는 달리 공문서와 사문서를 구별하여 처벌하고 있으며 특히 사문서에서는 ‘권리의무 또는 사실증명에 관한’이라는 제한을 가지고 있는 관계상 증명적 기능이라는 요소는 사문서에 있어서 강하게 요구되는 기능이라는 견해가 있는 바 문서에 관한 죄의 보호법익을 사회적 거래상의 신용 및 안전이라고 한다면 증명적 기능은 당연히 사문서와 공문서에 공통된다고 본다.

형사법에 있어서 ‘문서’라 함은 일정한 명의인의 의사 또는 관념이 문자 또는 이것에 상당하는 발음적 부호를 사용하여 어느 정도 영속할 수 있는 물체위에 표시된 것으로 보고 있으며 특히 문서의 요건으로서 가시성과 가독성 그리고 유체성을 강조하고 있다. 또한 형사법상 문서에 관한 죄의 객체로서의 문서는 일정한 명의인이 일정한 사상이나 감정을 표시한 것을 말하며, 그 변조, 위조 등에 의하여 사회일반의 신용이 해하여질 것이어야 하므로 더욱 개념이 협소하다고 하겠다. 이와 같이 문서에 관한 일반적인 견해와 전자적 기록물의 형태를 비교하면 많은 차이가 있다. 즉 전자적 기록물은 표면에 어떠한 가시적인 표시가 없

기 때문에 처음부터 문서로서의 적합성을 갖는다고 보기 어렵다. 물론 전자적 기록물도 인쇄장치를 통하여 인쇄하면 가시적인 문서로서 재생되는 것이므로 사회생활상 중요한 기능을 부과하는 단계에서 시각이 가능하다는 점에서 문서의 개념에 포함할 수도 있을 것이다. 그러나 이렇게 되면 종래의 문서의 개념과 현저히 다르게 된다는 점은 명백하다. 그리고 전자적 기록물에 대한 문서성 시비는 기록물 그 자체에 대한 형식적·물리적인 판단보다도 다른 측면도 고려되어야 한다. 즉 컴퓨터 시스템에 있어서 필요 불가결한 전자적 기록물을 문서로 취급 인정하고 보호를 부여하여야 한다는 근원적인 바탕은 그 정확성에 대한 공공의 신용을 보호하는 데에 있어서 이들 전자적 기록이 일반문서와 같이 적절하고 타당한가에 있다.

이는 일반문서의 경우 위·변조가 용이하지 아니하여 신뢰성이 유지되고 있으나 전자적 기록물은 변조·위조 및 삭제가 매우 간단히 이루어지기 때문에 정확성의 유지에도 문제가 있는 것이다. 그 이유는 전자적 기록물은 그 자체로서 가시성이 없고 다만 데이터의 보존기능만을 갖는데 불과하며 여러 가지 코드화, 기호화되어 극단적으로 축소·생략된 형태로 데이터를 기억하고 있는 것이 대부분이기 때문에 일정한 프로그램과 업무용의 코드표 등을 이용하여 일정한 수준의 전문가 또는 실무자가 출력함으로써 가시적·가독적인 기록물이 되기 때문이다. 전자적 기록물에 대한 ‘공공의 신용’의 발생 근거를 위해서는 특정의 보안대책이 마련된 데이터처리시스템 내에서 엄정한 절차에 따라 기록되어야 하고 이 기록물들은 엄격하게 보존·보호되어야만 하는 것이다.

그리고 문서의 행사가 이제까지 사람이 보는 것을 전제로 하고 있어서, 전자적 기록물의 경우는 전혀 눈에 띄지 않고 데이터의 기계적 처리를 이용하는 형태도 많기 때문에 종래의 문서의 개념과는 많은 차이가 있게 된다. 또한 문서는 일정한 관념 내지 사상의 표현이므로 작성명의인이 있어야 한다. 현행의 형법은 문서의 작성명의를 속이는 유형위조를 중심으로 하고, 자기명의의 허위

내용의 문서를 작성하는 것을 무형위조로 예외적으로만 처벌하는 소위 형식주의를 취하고 있다. 종래의 문서범죄란 특정 명의인이 작성한 것을 위조·변조·훼손하였을 경우 해당되기 때문에 명의가 중요한 문제이나 컴퓨터 시스템에 의하여 작성되고 있는 전자적 기록물은 그 기록 행위자가 경우에 따라서는 다수인으로 이들이 각자 분담하여 입력한 개개의 데이터가 집적된 구조물로서 종래의 문서와 같이 작성자의 명의를 판단·확인한다는 것은 실제로는 어려운 일이라고 하겠다. 작성명의인이 필요한 이유는 그 문서가 전전하여 유통되어 각 사람사이를 이동해 갈 경우, 이 문서에 대한 공공의 신용이 확보되어지는데 있기 때문이다. 따라서 이러한 여러 이유때문에 현행 형법하에서 전자적 기록물의 문서성을 인정함에는 많은 어려움이 있다 하겠다.

결론적으로 컴퓨터부정조작의 경우에 문서에 해당되는 것은 법적 경제적인 이용영역에 있어서 서면상에 작성자가 표시되거나 인식할 수 있어야 하며 다소 영속적인 물체상에 화체된 것에 한한다. 따라서 컴퓨터의 조작과정에서 자료 등이 기재된 것들로서 기계가 읽을 수 있는 자료로 변형되어 있는 펀치카드, 펀치스트라이프, 자기테이프, 자기디스크, 자기드럼 및 출력된 서류인 프린트아웃 등이 있는데 이 중에서 원시자료, 펀치카드, 펀치스트라이프, 프린트아웃된 서류 등은 그것들이 작성명의가 나타나 있고 기타 문서의 요건이 구비되어 있는 한 문서에 관한 죄의 객체로 될수 있다.

이러한 견해는 서독뿐만 아니라 일본에서도 일반적인 입장이다. 문제는 전자적으로 저장된 자기테이프 등이 문서성을 구비하고 있는나이다. 서독과 스위스의 통설적 견해는 전자적으로 저장된 데이터에 관해서 자기적 부분에 대하여는 눈으로 인식할 수 없으므로 문서성을 인정하기 어렵다는 견해를 취하고 있다. 생각컨대 재생되어 프린트아웃된 서류 자체는 전자적으로 저장된 것들과는 별개로서 재료는 물론 위조·변조될 수 있는 방법 등 그 자체로서 다른 성격을 갖고 있어서 양자 각기 개별적으로 문서성 여부가 논해져야 함

이 타당하며 양자를 하나로 혼동하여 확대해석하는 것은 무리가 있다고 여겨진다. 더우기 기술의 침체화로 인하여 광학적 수단 등 여러 방법으로 데이터저장 시스템이 예상되는 이때 기존의 문서에 관한 죄를 고집하여 확대해석하는 데는 한계가 있을 것이고 유추·확대해석을 금하는 죄형법정주의의 원칙 내지 '의심스러울 때는 피고인의 이익으로'라는 원칙 등에도 저촉될 우려가 많기 때문이다. 따라서 작성명의인이 특정되어 있고 기타의 문서요건을 구비한 펀치카드 등은 문서로 볼 수 있으나 디스크 등의 변경은 문서에 관한 죄로 처벌할 수 없다고 본다. 즉 문서로 볼 수 없다고 생각한다. 다만 저장된 전자적·자기적 부분에 대하여서도 문서와 마찬가지로 공공의 신용등을 위하여 보호할 필요성이 있으므로 자동차관리법(1986. 12. 31, 법 제 3912호), 전산망보급확장과 이용촉진에 관한 법률(1986. 5. 12, 법 제3848호) 등과 같은 입법조치를 취함으로써 법적 보안을 기함과 아울러 해석의 불명확에서 오는 법적 불안정성을 제거함이 올바른 태도라고 생각된다.