

법적 증거의 기록학적 의미

Archival Meaning of Legal Evidence

설문원(Moon-won Seol)

E-mail: seol@pusan.ac.kr

부산대학교 문헌정보학과 교수



논문접수 2022-01-28
최초심사 2022-01-28
게재확정 2022-02-15

ORCID

Moon-Won Seol
<https://orcid.org/0000-0001-8696-8351>

© 한국기록관리학회

This is an Open Access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>) which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided that the article is properly cited, the use is non-commercial and no modifications or adaptations are made.

• 이 과제는 부산대학교 기본연구지원사업 (2년)에 의하여 연구되었음.

초 록

이 연구는 법적 증거의 개념이 기록관리의 원칙에 어떤 영향을 미쳤는지 분석하고 그 의미와 한계를 정리하는 것을 목적으로 한다. 이를 위하여 우선 로마법전에서 현대 법제에 이르기까지 증거로서 기록의 신빙성을 판단하는 방법론이 어떻게 변화해 왔는지를 개괄하였다. 또한 이러한 역사적 전개과정에 대한 기록학적 의미를 다음과 같은 측면에서 분석해 보았다. 첫째, 법적 증거로서 기록의 신빙성을 판단하기 위하여 적용한 주된 방법론은 무엇이었는지 시대별로 살펴보았다. 둘째, 법적 증거로 인정받을 수 있는 기록이 갖추어야 할 특성 혹은 품질은 무엇이라고 보았는지를 살펴보았다. 신빙성, 진본성, 진실성, 신뢰성, 정확성 등과 같은 특성이 해석되고 기록의 증거능력 판단의 기준으로 채택되는 과정을 살펴보았다. 셋째, 기록에 대한 인식과 함께 당시에 주요 관리대상으로 삼은 기록의 유형도 살펴보았다. 시대별 방법론의 배경을 이해하는 데에 도움이 된다고 보았기 때문이다. 마지막으로 법적 증거 기반의 기록관리가 갖는 의미와 한계를 제시하였다.

ABSTRACT

This study aims to analyze how the concept of legal evidence has influenced the principles of records management and investigate its meaning and limitations from the perspective of archives. To this end, it outlined how the methodologies of judging the trustworthiness of records as evidence have changed from Roman Law to modern legislation. In addition, the archival meaning of the historical development was analyzed in the following aspects; i) What was the main framework applied to judge the trustworthiness of records? ii) What characteristics did they think records as legal evidence should have? iii) What types of records were the main management targets, and how did they recognize the relationship between records and reality? Based on these analyses, the meaning and limitations of the records management that values legal evidence were presented.

Keywords: 법적 증거, 기록 증거, 기록관리, 진본성, 신뢰성
legal evidence, documentary evidence, records management, authenticity, reliability

1. 머리말

1.1 연구의 목적과 범위

법률 용어로 증거는 재판 절차에서 사실인정을 위해 사용하는 자료를 말한다. 기록 증거(documentary evidence)는 사람이 음성으로 전달하는 구술증거, 사물 자체가 제공하는 실제 증거(물리적 객체나 생물학적 증거 등)와 구분되는 종류의 증거이다(Duranti & Franks, 2015, 188). 기록의 내용 검토가 아닌 목적으로 재판에 제시된 증거물은 기록 증거가 아니다. 예를 들어 용의자의 지문이 포함되었다는 것을 증명하는 목적으로 제시된 문서는 실제 증거이지만 기록 증거는 아니다. 기록의 내용과 관련되어야 기록 증거가 될 수 있다. 기록에는 내용이 담겨있기 때문에 기록 자체는 물론 기록의 내용을 얼마나 믿을 수 있는지 판단하는 것은 매우 중요하다.

인류가 기록을 사용하기 시작한 이래로 어떤 기록을 믿을 수 있는지 판단하는 것은 매우 중요했으며 기록관리의 시작은 이러한 인식에 기반을 두고 있다. 로마시대 이후 서구에서는 법적 증거의 관점에서 믿을 수 있는 기록을 확보하기 위하여 기록의 체계적 관리를 모색해왔다. 법적 증거능력의 요건은 기록관리 및 기록의 품질 요건을 규정하는 데에 많은 영향을 미쳤으며, 많은 기록관리 이론들은 법적 증거 프레임에 바탕을 두고 있다. 캐나다 UBC 프로젝트, 피츠버그 프로젝트, InterPARES 등 전자기록관리에 관한 영향력 있는 연구 프로젝트들 역시 모두 법적 증거 관점에서 추진되었다고 볼 수 있다. 호주의 기록연속체 모형에도 유럽 사법체계의 개념이 반영되어 있다(Iacovino, 2005, 262).

이 연구는 법적 증거의 개념이 기록관리의 원칙에 어떤 영향을 미쳤는지 분석하고 그 의미와 한계를 정리하는 것을 목적으로 한다. 이를 위하여 우선 로마법전에서 현대 법제에 이르기까지 증거로서 기록의 신빙성을 판단하는 방법론이 어떻게 변화해 왔는지를 개괄적으로 정리하였다. 이 부분은 MacNeil(2000)과 설문원(2021)의 내용을 토대로 분석하였다. 이때 초점을 맞춘 내용은 다음과 같다. 첫째, 증거로서 기록의 신빙성을 판단하기 위하여 적용한 주된 방법론은 무엇이었는지 시대별로 살펴보았다. 둘째, 법적 증거로 인정받을 수 있는 기록이 갖추어야 할 특성 혹은 품질은 무엇이라고 보았는지 분석하였다. 특히 진본성이나 신뢰성과 같은 기록의 특성들을 이해하고 이를 기록의 증거능력 판단의 기준으로 채택하게 되는 과정을 조사하였다. 셋째, 기록에 대한 인식과 함께 당시에 주요 관리대상으로 삼은 기록의 유형도 살펴보았다. 시대별 방법론의 배경을 이해하는 데에 도움이 되기 때문이다. 마지막으로 법적 증거 기반의 기록관리가 갖는 의미와 한계도 생각해보았다.

국내 기록학에서 법적 증거로서 기록을 연구하는 목적은 크게 세 가지로 나눌 수 있다. 첫째, 법적 증거로서 기록의 속성과 증거능력의 요건을 분석하고, 기록의 증거능력을 높이기 위한 기록관리 방안을 모색하는 것이다. 윤은하(2019)는 상법과 형사소송법의 맥락에서 기록의 개념을 살펴보고, 법적 증거로서 기록의 특징을 무결성, 신뢰성, 진본성을 중심으로 분석하였다. 기록관리가 아닌 법 영역에서 기록의 개념과 특성을 탐색하기 위한 연구이지만 이러한 탐색이 의도하는 바는 기록의 증거가치를 높이기 위한 기록관리를 제안하는 것이라고 볼 수 있다. 이점마, 오경목(2021)은 기록관리 영역에서의 품질 요건과 사법 영역에서의 전자기록의 증거능력 요건을 비교 분석한 후 신뢰할 수 있는 전자기록 관리 방안을 제안하였다.

둘째, 소송에 대비하거나 소송 과정에서 잠재적 증거가 될 수 있는 기록을 어떻게 관리해야 하는지를 모색하는 것이다. 설문원(2015), 설문원, 이해인(2016)의 연구가 여기에 속한다. 한편 박서인과 김지현(2020)은 공기업이 소송에 대응하기 위하여 잠재적 법적 증거인 기록을 어떻게 관리해야 하는지를 다루었다. 공기업이 소송에서 기록을 어떻게 활용하고 있는지 분석하고, 이러한 활용을 뒷받침하기 위한 기록관리 방안을 제안하고 있다. 이 연구에서도 증거 가치의 기반이 되는 기록의 속성들을 비교 분석한 후 법적 속성을 반영하여 기록을 관리할 것을 제안하고 있다.

셋째, 기록관리가 법적 증거의 틀 속에서 발전해왔다는 점을 고려하여 기록 증거의 법적 요건을 분석하되,

기록관리 관점에서 그러한 접근법의 의미와 한계를 고찰하고 기록관리의 방향성을 설정하기 위한 연구로서 설문원(2021)의 제6장이 여기에 속한다. 이 연구는 세 번째 부류와 같은 목적을 지향하지만, 이 글에서는 법적 증거로서 기록의 신빙성(trustworthiness)을 어떻게 다루어왔는지 역사적으로 개관하고 현대 기록관리 표준에 등장하는 기록의 특성을 법적 증거 기반의 기록관리 전통과 연계하여 탐구하고자 하였다. 기록 신빙성의 주요 측면을 외적 측면(진본성)과 내적 측면(신뢰성)으로 나누어 인식하게 되는 과정에도 주목하였다.

2. 법적 증거로서 믿을 수 있는 기록의 판단: 방법론의 흐름

2.1 믿을 만한 보관자

로마 시대에 ‘기록(archives)’은 안전하게 보관된 완전한 법적 증거를 의미하였다. 따라서 기록보존소에 보관된 기록에 대해서는 법정에서 별도의 신문 절차 없이 증거로 인정하는 제도가 마련되었다. 로마법전(유스티니아누스 법전)에서는 믿을 수 있는 기록의 근거를 영속적 기억(perpetual memory)과 공적 신뢰(public faith)에서 찾았다. 영속적 기억은 인간의 기억이 매체에 고정됨으로써 유동적이고 가변적 상태를 벗어났다는 뜻이었다. 공적 신뢰는 믿을 만한 장소에 보존된 기록에 대한 신뢰를 의미하였다. 즉, 기록보존소에 보관된 문서는 법적으로 믿을 수 있고, 그 기록에 근거하여 이루어지는 행위는 효력을 가질 수 있다고 보았다(Duranti, 1994). 당시에 진본성이나 신뢰성은 문서의 내재적 특징이 아니라 믿을 만한 장소에 보관되었다는 사실에 의해 부여되는 특성이라고 받아들였기 때문이었다(MacNeil, 2000).

제프리 여는 언어행위론에 입각하여 기록의 수행적 역할(performative power)을 강조한 바 있다. 언어가 정보 제공이나 의사소통 외에 다양한 역할을 하는 것처럼 기록도 어떤 내용을 진술하는 것을 넘어 명령, 약속, 선언, 상속, 전쟁 선포 등의 역할을 하고, 그에 따라 어떤 효과를 발휘할 수 있다는 것이다(Yeo, 2010). 언어행위론을 주창한 써얼(Searle, 1969)은 언어가 할 수 있는 행위를 진술(assertive), 지시(directive), 약속(commisive), 표현(expressive), 선언(declarative) 등 다섯 가지로 유형화하였다(이효성, 2014, 44-45). 로마 시대에 기록은 ‘법적 사실의 구현형’ 자체였기 때문에 신뢰받는 보존소에 보관된 기록은 그 자체로 약속, 선언 등의 법적 효력을 발생시킨다고 보았다.

그런데 기록보존소 등에 보존된 문서에 법적 증거능력을 부여한다는 것을 악용하여 민간인이 공적 신뢰를 얻기 위해 보존소에 위조문서를 보관 위탁하는 사례도 발생하였다. 이러한 사례가 늘어나자 믿을 수 있는 기록인지 확인할 방법이 필요했다. 공문서나 준공문서를 일정한 형식에 맞추어 작성하게 하였고, 문서를 변경하지 못하도록 왁스 등으로 봉인하고 여러 명의 책임 있는 증인이 서명하도록 하였다. 분쟁이 생기면 진본의 표본문서와 필적을 대조하도록 하였다. 문서의 위조나 은폐, 파괴 또는 날조에 대해서는 처벌했다(MacNeil, 2000, 3). 기록보존소에 보관되었어도 공문서, 준공문서, 사문서 순으로 신빙성의 수준을 달리 부여하였다.

기록보존소에 보관된 모든 문서를 신뢰하는 대신 도입된 원칙은 다음과 같다. 첫째, 원본 문서이거나 인증된 사본에만 증명력을 부여하였다. 둘째, 문서의 형식을 중시하게 되었다. 이에 따라 정해진 형식에 맞추어 법적 문서 편집을 전문으로 하는 공증 전문가라는 직업이 생겼다(MacNeil, 2000, 3). 기록은 공증인이 작성함으로써 공적 신뢰를 부여받은 문서들로 구성된 ‘보물 기록(archives treasure)’과 일상적 업무 과정에서 생성된 문서로 구성된 ‘퇴적 기록(archives sediment)’으로 구분되었으며, 보물 기록을 중심으로 보존되었다.

2.2 공증인과 인장

중세로 접어들면서 교황청 기록보존소 외에는 상당수의 기록보존소가 자취를 감추었다. 기록의 신빙성은 어디

에 보관되어 있느냐보다 기록의 편집 방법과 작성자의 권위에 따라 결정되었다. 문서의 신빙성을 보장하기 위하여 주로 사용한 방식은 ‘공증인 제도’와 ‘인장(seal)’이었다.

이탈리아와 지중해 지역의 성문법 국가에서는 공증인이 작성한 문서를 가장 신뢰하였다. 유언장 등록, 결혼 계약, 도제 및 파트너십 등의 법적 ‘행위’와 ‘도구[기록]’에 대한 일반인들의 수요가 높아지면서 공증인 제도가 마련되었다. 권위 있는 공증인이 형식에 맞추어 작성한 기록은 법적 증거로 인정받았다. 공증인이 작성하고 문서에 서명했어도 그 문서 안에 적힌 진술 자체가 진실은 아닐 수 있다. 그래도 법적으로는 진실로 간주되었다.

이라는 의미는 아니지만 (MacNeil, 2000, 5). 공증인 제도는 11세기부터 중세 후기까지 지중해 지역의 대부분의 기독교 국가로 확산되었다. 한편 공문서는 여전히 권력 유지의 중요한 수단이었다. 중세 이탈리아 자치도시의 공문서는 ‘기록된 정치권력(written political power)’을 상징하였으며 공문서의 관리와 신속한 활용은 정치권력의 대내외적인 영향력 확대와 밀접한 관련을 가졌다(Kim, 2017).

12세기 말에서 13세기에 독일과 영국에서는 공증인보다는 인장(seal)을 부착하는 방법을 주로 사용하였다. 송신자나 선포자가 문서에 인장을 붙이거나 서명하는 것은 로마 시대 이후 가장 중요한 두 가지의 문서 검증 방법이었다. 문서 검증용으로 인장을 사용하는 관행은 12세기~15세기에 번창하였다. 공증제도가 발달하지 않은 지역에서 개인이 법적 권리에 영향을 미치는 문서를 작성할 때 그 문서에 진본성을 부여할 수 있는 상급 기관의 인장에 의지했다(MacNeil, 2000, 5). 법적으로 상급 기관의 인장과 개인의 인장은 명확히 구분되었다. 재판에서는 주권자, 봉건 영주, 주교, 교회, 자치체 등 특정 관할권에서 권위를 인정받는 집단이나 개인의 인장만을 인정했다(MacNeil, 2000, 6). 13세기 초부터는 ‘진본 인장(authentic seal)’이라는 표현도 등장한다. 진본 인장이 부착되어 있으면 진본 문서로 인정받았다. 그러한 문서에 기록된 내용에 대해서는 반박할 수 없다고 보았다. 따라서 문서에 기재된 행위나 조치의 정당성이나 조건을 확인하기 위하여 증인을 소환할 필요가 없어졌다. 이전에는 문서에 담긴 처리행위에 대하여 증인의 증언이 필요했으나 인장이 널리 사용되면서 그러한 관행은 점차 사라졌다. 계약 등의 행위가 문서로 만들어졌을 때 행위의 당사자들은 문서에 부착된 상대방의 인장을 믿어야 하며 행위의 조건을 부인할 수 없었다(MacNeil, 2000, 5-6). 15세기 이후 서명(written signature)이 등장하고 필사 매체로 종이 사용되면서 공문서와 사문서의 진본성을 증명하는 수단으로서 인장의 지배력은 줄어들었다.

2.3 문헌학 및 고문서학적 분석

15세기 유럽에서는 르네상스 인문주의를 배경으로 문헌학(Philology)이 등장하였다. 문헌학에서는 문서의 언어와 형식, 역사적 맥락을 중심으로 문서의 신빙성을 분석하였다. 문헌학자들은 언어가 실제(reality)를 창조하는 것은 아니지만 실제의 상태(모습)를 재생산한다는 가정에 따라 사실과 원자료(original sources)를 존중하는 원칙을 확립하였다(MacNeil, 2000, 43). 당시 문헌학에 입각하여 기록의 진본성을 분석한 대표적인 인물은 로렌조 발라((Lorenzo Valla)였다. 그는 세속 황제에 대한 교황의 우위권을 주장하는 근거로 사용된 ‘콘스탄티누스 기진장(Donation of Constantine)’이 위조임을 밝혀냈다. 이 기진장은 로마 황제 콘스탄티누스 1세가 그리스도교로 개종할 때 로마 교황에게 감사의 표시로 이탈리아 지역에 대한 통치권을 바친다고 적은 것이었다. 발라는 기진장에 사용된 언어 분석을 통해서(지명이나 어휘가 당시의 표현법과 일치하는지, 의복 등에 대한 설명이 당시의 문화적 관습에 부합하는지 등) 기진장의 진본성을 비판하였고 기증이 실제로 이뤄졌다는 것을 뒷받침할 다른 기록이 거의 없다는 점도 지적하였다(MacNeil, 2000, 46-47). 텍스트의 내용 분석과 함께 그 문서가 생산되었을 당시의 사회·문화적 환경을 함께 분석하는 방식을 적용하였다. 이런 점에서 발라는 사료에 대한 언어학적 비판을 실시한 최초의 연구자라는 평가를 받고 있다(이상신, 1994, 84). 발라의 성과에 힘입어 문헌학적 분석법은 역사자료의 신빙성을 판단하는 방법으로 인정받았다(MacNeil, 2000, 53).

그런데 17세기에 등장한 고문서학(Diplomatics)은 문헌학의 방법론과는 달랐다. 고문서학은 가톨릭 수도회의 불량 학파와 모르학파가 벌인 문서전쟁의 산물이었다. 이 과정에서 베네딕트 수도원의 승려 장 마비용(Jean Mabillon)은

고문서론(De Re Diplomatica Libri)을 출판하였으며, 고문서학의 시작을 알렸다. 마비용은 고문서학이 진본 문서를 판정하는 조건과 규칙을 확립하는 학문이라고 정의하면서 법적 문서인 특허장이 진짜인지 가짜인지를 식별하는 진단법을 제시하였다.

마비용의 고문서학적 분석이 기존의 방법론과 다른 점은 두 가지로 요약할 수 있다. 첫째, 문서가 내적·외적 요소를 포함하는 하나의 체계로 구성된다는 관점이다. 이러한 요소에는 문서 생산의 결정적 원인인 행위, 그 행위에 결부된 사람, 행위가 이루어지는 수단인 절차, 그리고 모든 요소를 함께 묶어주는 문서 형식 그 자체가 포함된다. 그는 문서 생산의 모든 요소를 일반화하여 수 세기 동안 여러 법제에서 생산된 문서의 진본성 판단에 적용할 수 있는 방법론을 집대성하였다. 둘째, 문서의 생산 맥락이 문서의 물리적, 지적 형식에 드러나며, 이러한 형식을 문서의 내용과 분리하여 독립적으로 검토할 수 있다는 가정이었다. 그는 서로 다른 관청이 서로 다른 시기에 생산하고 공표한 문서를 비교하고 공유하지 않는 속성과 공유하는 속성을 찾아냄으로써 진본 문서에 필요 충분한 요소를 제시할 수 있었다. 이에 따라 문서의 형식 요소가 특히 해당 관청에서 정한 절차와 기준을 따르고 있는지 확인하는 방법을 적용하였다. 마비용은 문서의 진본성 판단을 위한 내적 기준과 외적 기준을 함께 제시함으로써 특히 사료비판 방법론을 확립하였다는 평가를 받았다(MacNeil, 2000, 21).

로마시대 이후 진본성은 ‘공적 신뢰’ 개념과 관련이 있었다. 어떤 문서가 진본이라고 선언하는 것은 당시의 법체계가 이를 ‘진실’로 인정한다는 것과 같았다. 기록에 대한 법적 신빙성을 보장하는 방법으로 외부적 수단에 초점을 맞추었다. 그러나 기록의 신빙성을 평가하기 위하여 고문서학이 채택한 방법은 이전과는 달랐다. 이전의 방법들이 외적 증거, 즉 문서 외부의 상에서 도출된 증거(예: 공공보존소에 보존, 공증인이 편집, 증인에 의한 증거, 전거에 의한 증거)에 의존했다면 고문서학에서는 내적 증거(문서의 물리적, 지적 형식에 내재된 증거)에 의존했다. 캐나다의 철학자 이안 해킹(Ian Hacking)은 고문서학이 출현하면서 비로소 내적 증거의 개념을 이해하기 시작했다고 주장하였다. 그는 로렌조 발라와 장 마비용의 차이를 다음과 같이 설명한다. 내적 증거는 추론을 통해 도출되어야 하는데 마비용의 방법론은 추론(또는 귀납적 증거)으로서의 증거 개념을 반영하고 있다. 문서의 형식적 요소 분석을 통해 허위문서의 증거를 찾아내고 이를 통해 문서의 진본 여부를 추론하는 방법을 채택하였다. 반면 발라가 콘스탄티누스 황제의 기진장이 위조라고 주장한 것은 추론이 아니라 핏진성(verisimilitude)에 근거했다. 핏진성은 외견상 그럴듯해 보이는 상태를 의미하며 개연성과는 다른 개념이다. 발라는 문서의 내용, 문서에 담긴 주장, 언어 표현을 살펴보고 기진장이 4세기의 진짜 문서와 닮지 않았다고 결론지었다. 마비용 역시 조사 대상 기록과 동일한 시기와 환경에서 생산된 기록, 즉 표본과 비교하는 방법을 사용했지만 문서를 구성하는 요소들을 분해하고 각 요소 분석을 통해 진본 여부를 귀납적으로 추론했다(MacNeil, 2000, 22).

2.4 증거법과 신빙성 추론

장 마비용의 고문서학적 방법론에는 추론의 개념이 포함되어 있는데 이는 당시 대두된 경험주의 철학과도 관련이 있다. 1689년 경험주의 철학자 존 로크(John Locke)는 모든 사안에 대한 진실과 허위의 판단은 개연성에 근거해야 한다고 주장했다. 만약 어떤 명제를 뒷받침하는 증거의 개연성이 매우 높다면 이를 매우 확실히 믿을 수 있고, 약간의 개연성만 있다면 약간만 믿을 수 있다는 확률 모형을 제시하였다. 개연성과 증거의 관계에 관한 로크의 사상은 당시 법학과 역사학에 큰 영향을 끼쳤으며(MacNeil, 2000, 23), 이러한 확률 모형은 현대 영미 법정에서 사실을 확정하는 입증과정의 토대가 되었다(권오걸, 2014, 20).

이러한 사상의 영향을 받은 법학자와 역사학자들은 사실 여부를 조사할 때 명백하거나 절대적으로 확실한 증거라고 주장할 수 없다고 보았다. 어떤 명제의 진실성은 관련 증거에서 추론함으로써 확립되며 개연성의 관점에서 측정될 수 있다는 인식이 확산되었다(MacNeil, 2000, 23-24). 경험주의 사상은 18세기에 형성되기 시작한 영미의 증거법 전통을 수립하는 데에 큰 영향을 미쳤다. 존 로크 사상의 영향을 받아 출현한 법적 증거에 대한 최초의 저술은 제프리 길버트(Geoffrey Gilbert)의 『증거법(The Law of Evidence)』이었다. 길버트는 추론과 개연성에 입각

하여 다음과 같은 내용을 골자로 하는 증거 담론을 펼쳤다. 재판에서 주장된 사실의 규명은 보통 개연성의 문제로 절대적 확실성에 미치지 못하는 못하며, 제시된 관련 증거를 통해 추론함으로써 과거의 특정 사건에 대한 주장의 개연성을 판단할 수 있다. 개연성에 대한 고유의 추론 방식은 귀납법이고, 개연성 판단은 일반 상식 논리와 경험에 기초해야 하며 적절한 상황에서 학술적 지식이나 전문가의 지식이 이를 보충할 수 있다. 개연성에 입각한 증거 개념은 기록의 신빙성 역시 확정되는 것이 아니라 추론되어야 한다는 인식에 영향을 미쳤다. 길버트는 문자 증거(written evidence)에 최고의 권위를 부여하고, 문자화된 증거의 위계도 제시했는데 웨스트민스터의 보관소(Treasury of Westminster)에 맡겨진 입법부 및 국왕 재판소의 기록을 최상위의 기록 증거로 보았고 사문서를 가장 낮게 평가하였다.

19세기 초 합리주의 전통의 법이론가인 제레미 벤담은 구두 증언보다 기록 증거를 더 믿을 수 있다는 길버트의 일반 원칙을 비판했다. 웨스트민스터의 보관소에도 진본성과 진실성이 없는 기록이 마구 섞여 있으며, 더욱이 길버트가 기록의 진본성과 기록 내용의 진실성을 구분하지 못하고 있다고 지적하였다(MacNeil, 2000, 24-25). 벤담은 나중에 그의 저서에서 ‘진실’을 ‘공정성(fairness)’이라는 용어로 대체했지만 개념은 유사했다. 보관 이력 등에 대한 분석을 통해서 문서의 진본성을 추정할 수 있어도 이러한 방법으로 문서의 공정성을 판단할 수는 없다는 것이다. 문서가 어떤 상태에서 생산되었는지 알 수 없는 상황에서 문서 내용의 공정성을 확인할 수 없고, 따라서 기록 증거가 구두 증거보다 더 믿을만하다는 주장은 오류라는 것이다. 기록이 진짜인지와 기록의 내용이 사실인지는 서로 다른 측면이다. 벤담의 비판은 기록의 신빙성을 두 가지 측면으로 구분하고 신빙성의 법적 의미 범주를 분명하게 했다는 의의가 있다(MacNeil, 2000, 25-26). 19세기에 랑글루아와 세뇨보가 정립한 역사학 방법론에서도 기록의 진본성 판단을 위한 ‘외적 비판’과 내용의 진실성 판단을 위한 ‘내적 비판’을 구분하였다. 외적 비판 과정을 통과하지 못한 기록에 대해서는 아예 내적 비판을 할 필요가 없다고 보았다. 또한 내적 비판을 통해서도 어떤 사실을 증명할 수는 없으며 다만 사실의 개연성을 밝힐 수 있을 뿐이라고 강조하였다(MacNeil, 2000, 30).

이러한 과정을 거쳐 19세기 말 관습법 국가들의 증거법에는 신뢰성과 진본성을 구분하여 각기 확인하는 기준이 마련되었다. 오랜 세월을 거쳐 정립된 기준들을 요약하면 다음과 같다. 첫째, 문서 원본의 생산을 규정하는 최량 증거의 원칙(best evidence rule)이다. 이는 진본성과 관련된 원칙이다. 원본 및 인증받은 사본을 중시하는 원칙은 로마시대부터 있었으나 관습법에는 18세기에 포함되었다. 현재 미국 증거법에서는 원본문서원칙(original document rule)이라고도 하는데, 문서에 기재된 내용을 재판에서 입증하려면 연방증거법에서 정해진 예외적 경우를 제외하고는 반드시 문서 원본을 제출해야 한다는 원칙이다(김신연, 2019, 175). 둘째, 통상적이고 일반적인 업무 과정에서 만들어진 기록에 신빙성을 부여하는 정황적 개연성 원칙이다. 이는 기록 내용의 신뢰성과 관련된 원칙이다. 셋째, 로마법전의 공적 신뢰 원칙을 계승한 것으로 상당 기간에 걸쳐 적절한 보관 장소에서 자연적으로 관리된 기록은 진본성을 가진다고 추정하는 원칙이다(MacNeil, 2011, 177).

2.5 관료체제에서 생산된 기록의 분석

20세기 관료제가 확산되면서 행정업무기록의 규모가 커지고 그 중요성도 높아졌다. 퇴직 기록의 의미가 크게 부상한 것이다. 관료조직이 생산한 기록에 대해서는 진본성 여부를 판단할 필요가 과거에 비해 작다고 보았다. 그러나 기록 내용의 신뢰성은 여전히 검토의 대상이었으나 기존의 방법론이나 기준으로 행정업무기록과 같은 새로운 기록 유형의 신뢰성을 판단하는 것은 적절하지 않았다. 역사학자 마크 블로흐(Marc Bloch)는 관료들이 행정업무 과정에서 만든, 행정 부산물로서의 기록에 대하여 ‘무의지적 증거’라고 명명하였다. 후대를 위하여 서술한 것이 아니라 업무나 소통을 위한 기록이라는 점이다. 이러한 기록의 내용을 믿을 수 있는 근거는 작성자 개인의 의도나 의지보다는 업무상 책임이나 강제에 의해 만들어졌다는 사실이다. 다름은 관료제에서 업무기록의 작성자로서 개인은 재량권을 거의 가지고 있지 않으며, 따라서 기록의 신뢰성은 기록자가 사건에 얼마나 근접해 있는지에 따라, 기록의 정확성은 절차적 검토의 정도 및 특징에 따라 측정될 수 있다고 보았다(Dibble, 1964).

관료체제에서 생산된 업무기록에 대한 여러 판단기준을 정리해 보면 다음과 같다. 첫째, 기록이 제시하는 사건 발생과 가장 가까운 시점에 생산되어야 한다. 법정에서 증인의 신빙성은 증인이 보고하는 사실이나 사건과의 시공간적인 근접성, 그리고 그 사실이나 사건에 대한 이해도를 중심으로 평가된다. 기록이 어떤 사실이나 사건을 증언하는 내용이 담겨 있다고 주장할 때 법정에서는 그 사건이 일어났거나 목도한 시점과 기록이 만들어진 시점이 가까운지를 판단하게 된다. 기록의 신뢰성은 사건과 기억의 시차에 반비례하기 때문이다. 둘째, 기록 생산에 대한 통제 절차가 분명한 환경에서 생산된 기록에 신뢰성을 부여할 수 있다. 과거 공증인이 정해진 형식에 맞추어 작성한 문서에 법적 신뢰를 부여했듯이, 권한을 가진 생산자가 기록의 구성요소를 완전히 갖추어 생산하도록 통제하는 환경에서 만들어진 기록이어야 믿을 수 있다는 것이다. 셋째, 기록이 ‘의도적(self-conscious)’인 산물물이 아니라 업무 활동 수행의 산물이며 이른바 ‘무의지적 증거’라는 점을 확인할 수 있어야 한다. 이는 19세기에 정립된, 통상적인 업무 과정에서 만들어져야 한다는 원칙과 연관되는 내용이라고 볼 수 있다. 이미 17세기에 영국에서는 어떤 행위의 당사자가 사망 등의 이유로 증언하지 못할 때 대신 그의 가게 회계장부(shop-book)를 증거로 제출할 수 있게 허락하였으나 이 제도가 오용되면서 17세기 말에는 사라졌다. 그리고 다시 19세기에 전문 법칙(hearsay rule)의 예외조항으로 업무기록이 등장하였다.

전문법칙이란 전문증거(hearsay evidence)를 증거에서 배제한다는 원칙이다. 전문증거는 증명을 필요로 하는 사실(요증사실)의 경험자가 직접 그 경험 사실을 법원에 진술한 것이 아니라 그 경험자의 경험사실에 대한 진술이 간접적인 형태로 법원에 제출된 것이다(차정인, 2013, 40). 이러한 간접적 형태로는 첫째, 경험자로부터 경험 사실을 들은 타인이 법원에 진술하는 것(전문진술)과, 둘째, 경험자의 진술을 문서 등에 기록하여 법원에 제출하는 것(진술기록물)이 있다. 따라서 기록 증거는 전문증거에 해당한다. 전문은 특별한 예외 조건에 해당하지 않는 한 증거로 인정되지 않는다. 전문증거를 신뢰하지 않는 이유는 그 내용의 정확성이나 기록작성자의 의도를 의심하기 때문이다. 존 로크와 같은 경험주의 철학자들은 기록 증거와 관련하여 “목격자의 증언은 사건이 발생했다는 좋은 증거지만, ‘그의 보고에 대한 보고’는 좋은 증거가 아니어서 법정에서 인정되지 않을 것이며 원천(source)에서 멀어질수록 증거도 약해진다”고 보았다(MacNeil, 2000, 23). 어떤 기록이 전문법칙의 예외에 해당하는지는 법관의 개별적 판단 영역에 속하겠지만 “업무상 필요로 작성한 통상문서” 혹은 “기타 신용할 만한 정황”에서 작성된 문서에 포함될 수 있는 일반적인 조건은 기록의 품질 요건과 관련이 깊다.

현재 영국, 미국 등의 증거법에서는 전문법칙의 예외를 인정하고 있으며, 업무기록의 신뢰성은 전문법칙의 예외 조항으로 다루고 있다. 전문법칙의 예외 조항에서는 기록의 신빙성에 대한 정황적 개연성에 근거하여 증거능력을 인정한다. 우리나라에 증거법은 없지만 형사소송법에서 ‘규칙적 기입’에 해당하는 개념을 “상업장부, 항해일지 기타 업무상 필요로 작성한 통상문서”로 표현하면서 전문법칙의 예외로 인정하고 있다. 이 내용은 다음 절에서 상세히 다루도록 하겠다.

2.6 디지털기록의 증거능력 판단

디지털 증거가 증가하면서 증거능력을 판단하는 새로운 기준이 필요하게 되었다. 이와 관련하여 미국의 현행 연방증거법과 우리나라 형사소송법을 중심으로 법정에서 믿을 수 있는 디지털기록을 판단하는 기준을 살펴보겠다. 이와 관련하여 먼저 살펴볼 개념은 증거능력(admissibility of evidence)이다. 영미의 관습법에서는 재판에서 사실 입증을 위하여 어떤 증거를 채택하기에 앞서 법정에서의 증거 허용성, 즉 증거능력을 먼저 검토받아야 한다. 재판에서는 사건과의 관련성만으로 어떤 자료나 기록을 증거로 사용하도록 허락하지 않는다. 먼저 법정에서 증거가 될 수 있는 자격이 있는지 따지게 되는데 이러한 자격을 증거능력이라고 한다. 디지털증거가 증거능력을 가지려면 우선 적법하게 수집되어야 하고, 증거의 진정성(authenticity)이 인정되어야 하며, 전문증거의 예외에 해당해야 한다. 수집의 적법성은 온전히 법의 영역이지만, 나머지 두 가지는 기록관리와 밀접한 연관성이 있다. 따라서 진정성과 전문증거 예외 요건을 중심으로 정리해 보았다.

2.6.1 기록증거의 진정성

진정성은 “해당 증거가 증거 제출자가 주장하는 바로 그 증거라는 것”을 의미한다(미국 연방증거법 제901조). 이는 기록학에서의 “기록이 표방하는 바 그대로의 기록”이라고 정의되는 진본성과 매우 유사하다. 미국 연방증거법 제901조에서는 해당 증거가 증거 제출자가 주장하는 바로 그 증거라는 것을 확인하기 위하여 ‘진정성 증명(authentication)’ 혹은 ‘동일성 인증(identification)’을 요구한다. 미국 연방증거법의 제901조(b)에서는 “진정성 증명 혹은 동일성 인정”을 위한 방법을 예시하고 있다. 예를 들어, 피고의 편지를 증거로 삼기 위해서는 그 편지가 실제로 피고가 작성했음을 소명해야 한다(조국현, 2019, 467). 제출된 증거에 대한 직접적 지식을 가진 사람의 증언(진정성 요건을 만족시키기 위한 증언)이 필요할 수도 있다.

우리나라에서 형사소송법이 개정되기 전에는 형사소송법 제313조 성립의 진정 조항에 따라 증거는 증거를 작성한 주체의 인정이 있어야만 성립했다. 그러나 2016년 개정에 따라 진술자가 증거를 인정하지 않아도 과학적 분석이나 객관적 방법에 따라 ‘성립의 진정함’이 증명되면 증거능력을 인정하는 예외가 신설되었다. 작성 주체의 인정 대신 디지털 포렌직과 같은 기법을 활용한 진본 입증을 통해 디지털기록의 진정성을 인정받을 수 있다.

진정성 확인을 위하여 원본 제출을 요구하는 최량증거의 원칙은 미국 증거법에 여전히 남아있으나 디지털 문서 제출이 급증하면서 그 중요성은 낮아졌다. 미국의 일부 법원에서는 원본 제출을 요구하지 않는다는 ‘이차 증거 원칙(secondary evidence rules)’을 채택하고 있다(Duranti & Franks, 2015, 188). 진정성 증명을 위하여 원본성이 아니라 사본의 동일성과 무결성을 입증하는 방향으로 이동하고 있다고 볼 수 있다.

2.6.2 업무기록의 신뢰성

진정성 기준을 통과하면 그 기록증거가 전문법칙의 예외에 해당하는지를 따져야 한다. 이는 기록증거의 내용에 어떤 의도나 허위가 개입되지 않았을 개연성이 있는지 검토하는 것으로 진정성과는 다른 측면이다. 이와 관련하여 주목할 제도는 형사소송법 제315조의 전문법칙 예외사항이다. 형사소송법(제315조 제2호)에서는 “상업장부, 항해 일지 기타 업무상 필요로 작성한 통상문서”를 “당연히 증거능력이 있는 서류”로 적시하고 있다. 상업장부나 항해 일지, 진료일지, 금전출납부 등과 같이 자기에게 맡겨진 사무를 처리한 내역을 그때그때 계속적, 기계적으로 기재한 문서는 “사무처리 내역을 증명하기 위하여 존재하는 문서”로서 형사소송법(제315조 제2호)에 따라 증거능력이 인정된다(대판 2015.7.16. 선고 2015도2625 전원합의체 판결문, 권양섭, 2016, 52). 이러한 문서는 “업무의 기계적 반복성으로 인하여 허위가 개입될 여지가 적고, 또 문서의 성질에 비추어 고도의 신용성이 인정되어 반대신문의 필요가 없거나 작성자를 소환해도 서면 제출 이상의 의미가 없는 것들에 해당”하기 때문이다(권양섭, 2016, 51).

조직에서 일상적이고 체계적으로 생산되는 상당수의 기록이 통상문서에 포함될 가능성이 있지만 조건은 까다롭다. 국정원 여론조작 사건에 대한 위 의 대법원 전원합의체 판결문에서는 어떠한 문서가 형사소송법 제315조 제2호가 정하는 업무상 통상문서에 해당하는지 판단하는 근거를 판시하였다(권양섭, 2016, 52). 또한 미국의 연방 증거법(Federal Rules of Evidence) 제8장 전문증거에 관한 사항(801-807조)으로 803조에서는 전문법칙의 예외가 적용되는 23가지를 규정하고 있으며 이 중 ‘정규적으로 수행되는 업무의 기록’에 대하여 상세하게 규정하고 있다(조국현, 2019, 414-415, 568).

<표 1>은 전문법칙의 예외에 해당하는 업무기록의 조건을 중심으로 판결문과 증거법 항목을 비교 정리한 것이다. 첫째, 기록의 목적을 거론하고 있다. 조직의 업무상 목적으로 작성된 기록이어야 한다는 것이다. 대법원판결문에서는 정규적·규칙적으로 이루어지는 업무로 다소 좁게 한정하고 있다. 둘째, 작성 의무가 있는 기록인지를 판단하였다. 개인의 선호나 결정에 따라 임의로 작성된 기록은 덜 신뢰할 수 있다는 것을 의미한다. 대법원은 일상적인 업무 관행에 따라 문서가 만들어진 경우, 혹은 직무상 의무나 강제에 따라 만들어진 경우 신뢰할 수 있다고 보았다. 박근혜 전 대통령을 보좌했던 안중범 수석비서관의 업무수첩이 전문증거의 예외인 통상문서에 해당하는지 논란이 있었는데 수첩 작성이 업무상 의무나 강제에 의한 것이었는지 여부가 쟁점 중 하나였다. 놀이

공원 소속 직원이 놀이동산에서 발생한 사고를 목격한 보고서를 작성한 경우 그에게 사고를 기록할 업무상의 의무가 있고 그러한 보고서가 통상의 업무로서 작성되었다면 전문법칙의 예외에 해당하는 업무기록으로 인정받을 수 있다(조국현, 2019, 416). 셋째, 기록작성자, 즉 정보제공자가 당시 상황에 대해 잘 알고 있어야 한다. 업무기록이라면 그 업무를 담당하는 자가 작성해야 한다는 것을 의미한다. 넷째, 기록 작성 시점이 정보 취득 시점과 근접해 있어야 한다. 이 조건은 수 세기에 걸쳐 정립된, 사건의 경험이나 목격 시점과 기록 시점과의 근접성 원칙과 같다고 볼 수 있다. 법정에서 증인의 신빙성이 증인이 보고하는 사실이나 사건과의 시공간적인 근접성에 따라 평가되는 것과 유사한 기준이 기록 증거에도 적용된다고 볼 수 있다. 다섯째, 기록자의 주관적 개입이 배제되는 방식으로 기록이 작성되는지를 검토하는 기준이다. 이는 형사소송법에 예시된 상업장부나 항해일지, 진료일지, 금전출납부와 같이 비교적 기계적으로 작성되어 주관의 개입될 여지가 적은 기록에 대한 신뢰를 의미한다. 여섯째, 문서 외적 증거나 증인 등을 통해 문서 내용의 정확성을 입증할 방법이 있어야 한다. 미국 증거법에서는 기록보관자의 증언도 중요하게 거론하고 있다. 마지막으로 미국 증거법에서는 “기타 정황상 신빙성이 결여되지 않아야 한다”는 조건도 있으나 정황상 신빙성이 결여되었다는 주장이 없으면 해당되지 않는다.

<표 1> 전문법칙의 예외에 해당하는 업무기록의 조건 비교

범주	대법원 판결문 (대판 2015.7.16. 선고 2015도2625 전원합의체)	미국증거법 803조 (6)
① 기록의 목적	그 문서가 정규적·규칙적으로 이루어지는 업무활동으로부터 나온 것인지 여부	당해 기록의 목적이 영리인지 비영리인지 여부와 상관 없이 업무, 조직, 직업상 통상의 업무 수행 중에 기록
② 작성 의무가 있는 자가 일상 업무로 작성	그 문서를 작성하는 것이 일상적인 업무 관행이거나 직무상 강제되는 것인지 여부	당해 기록의 작성이 정규적인 일상 업무 활동의 하나임
③ 개인적 지식		당시 상황을 알고 있는 자 또는 그로부터 전달받은 정보에 기초하여,
④ 기록 작성 시점	그 문서에 기재된 정보가 취득된 즉시 또는 그 직후에 이루어져 정확성이 보장될 수 있는 것인지 여부	동시에(당시의 시점) 또는 근접한 시점에 작성됨
⑤ 기록 작성 방법	그 문서의 기록이 비교적 기계적으로 행해지는 것이어서 기록 과정에 기록자의 주관적 개입의 여지가 거의 없다고 볼 수 있는지 여부	-
⑥ 입증	그 문서가 공시성이 있는 등으로 사후적으로 내용의 정확성을 확인·검증할 기회가 있어 신용성이 담보되어 있는지 여부 등	위의 모든 조건이 기록보관자나 기타 자격을 갖춘 증인의 증언으로부터, 또는 제902조 (11)항과 (12)항 또는 증명을 인정하는 특별 법률에 따른 증명서로부터 입증할 수 있음
⑦ 기타 정황적 신빙성 판단	-	정보의 출처, 작성 방법이나 정황으로 볼 때 신빙성(trustworthiness)이 결여되지 않았음

실제 법정에서는 전문증거의 예외로서 통상문서의 조건을 매우 엄격하게 적용하는데 이는 범죄 사실의 입증과 관련이 있기 때문이다. 통상문서로 인정하는 것은 그 내용에 심각한 허위가 있거나 주관성이 개입되어 있지 않다는 선언이라고 볼 수 있다. <표 1>을 보면 문서를 생산하는 행위(규칙성, 생산 강제, 의도 배제, 생산 시점)에 초점을 맞추고 있고 사후 확인·검증 요건까지 추가하고 있다. 이러한 조건을 모두 갖추어야 증거능력을 인정받을 수 있다. 이러한 조건들을 통해 기록 내용이 얼마나 사실에 부합할 개연성을 갖는지 판정하게 된다. 구체적으로 살펴보면, <표 1>의 ①, ②, ⑤는 기록자가 주관을 개입하거나 허위로 지어낼 개연성이 낮다는 것과, ③, ④는 내용의 정확성과 관련된다. ⑥은 내용의 신뢰성과 정확성에 대한 별도의 검증 방법에 대하여 말하고 있다.

디지털 증거도 일반적으로 전문증거에 해당한다. 사람이 입력에 개입하여 작성되는 ‘컴퓨터에 저장된 증거(Computer Stored Evidence)’의 경우 전문법칙의 예외에 해당하는지 확인해야 한다. 그러나 사람의 조작 없이 컴퓨터가 프로그램에 내장된 알고리즘에 의하여 스스로 생산한 디지털 증거(Computer Generated Evidence, CGE)의 경우 우리나라

라 대법원 판례와 미국 연방규칙에서는 전문증거가 아니라 본래증거라고 본다(김영철, 2019, 262-263). 컴퓨터 프로그램이라는 비인격적 주체가 생성하기 때문에 전문에 해당하지 않는다는 것이다. 그러나 알고리즘이나 프로그램에는 사람의 의도나 목적성이 개입되어 있다는 점을 고려해야 할 것이다. 기록이 오로지 법적 증거로 관리되는 것은 아니기 때문에 이러한 조건들을 모두 기록관리의 원칙으로 수용하지는 않았다. 이러한 조건이 기록관리에 어떻게 반영되었는지는 다음 장에서 분석하겠다.

3. 기록학적 분석

3.1 방법론적 흐름

기록의 증거능력을 판단하기 위한 방법론은 크게 두 가지 흐름으로 구분할 수 있다. 양자 모두 법적 증거와 밀접한 연관성을 가지는 한편 기록학의 전개와도 관계가 있다.

첫째, ‘믿을 만한 보관자’나 관리 절차와 같은 기록 외적 기준에 초점을 맞춘 방법론이다. 기록보존소에 대한 신뢰를 기반으로 기록의 진본성을 확인하고자 했던 로마법전의 접근법은 전통적인 기록관리 원칙의 성립 및 제도에 깊은 영향을 미쳤다(Head, 2013). 18세기에 유럽에는 여전히 ‘신뢰할 만한 보관자’에 대한 신봉자(‘ius archivi’ 주창자)가 작지만 분명한 흐름을 형성하였고 이들은 기록보존소의 공적 신뢰에 입각하여 문서의 권위를 판단해야 한다고 주장했다(Head, 2013). 20세기 초 영국의 기록학자 켄킨슨이 강조한 ‘연속적 관리(continuous custody)’의 원칙에도 믿을 만한 보관자의 개념이 반영되어 있다고 볼 수 있다. 기록의 진본성이 기록 자체에 대한 분석을 통해서가 아니라 생산과 보관 과정의 연속성을 통해서 확인될 수 있다고 보았기 때문이다(MacNeil, 2011, 176). 방법론적으로는 디지털 환경에서 ‘믿을 수 있는 기록관리시스템’과 함께 ‘믿을 수 있는 보관자(trusted custodian)’의 역할을 강조하는 기준(InterPARES Strategy Task Force, 2001)으로 재탄생하였다고 볼 수 있다. 오늘날 미국이나 캐나다의 증거법에는 로마시대의 문서 규칙이 남아있으며 ‘공적 신뢰’에 대한 일부 기준은 현재에도 유효하다(MacNeil, 2000, 3).

둘째, 고문서학과 같이 기록 자체에 대한 분석을 토대로 판단하는 것이다. 고문서학에서는 진짜 문서와 가짜 문서를 구분하기 위해 개별 문서의 재료와 텍스트 특징을 진짜 표본과 비교하는 데 집중하였다. 전통적으로 고문서학의 주요 관심사는 개별 기록 및 그 구성요소에 대한 분석이었다. 이러한 접근법은 19세기 후반에 정립된, 기록집합체에 초점을 맞춘 기록관리 원칙들과는 거리가 있었다. 문서를 다양한 요소로 구성된 하나의 시스템으로 보고 각 요소들을 분석하여 기록의 신빙성을 판단하는 방법론은 20세기 들어 전자기록의 관리와 환경에서 재조명되었으며, 디지털 고문서학(Digital Diplomatics)으로 재탄생하였다. 새로운 고문서학에서는 기록의 결합관계(archival bond)도 기록집합체 안에 존재하는 내적 구성요소로 보았다. 고문서학 방법론을 기록집합체에 대한 분석으로까지 확장한 것이다. 고문서학에서 제시한 문서를 구성하는 요소와 요소 간의 관계 분석은 디지털기록의 진본성 평가에 많은 영향을 미쳤다.

고문서학에서는 기록의 내용과 함께 기록과 사람, 기능, 절차, 행위, 기록을 생산한 시스템 간의 관계도 분석 대상이다. 과거에는 주로 사법적 증거를 위한 법적 맥락 분석에 초점을 맞추었지만 듀란티 등이 새롭게 해석한 디지털 고문서학에서 사법체계뿐 아니라 확장된 범위의 맥락(법적·행정적, 출처적, 절차적, 기술적, 문서적 맥락)을 포함하고자 하였다. 그러나 여전히 법적 맥락을 가장 강조한다는 지적을 받기도 한다(Yeo, 2018; Van Bussel, 2017). 제출된 기록 증거의 신빙성을 판단해야 하는 법정에서는 개별기록에 초점을 맞춘 고문서학적 접근법이 유용하지만 디지털 증거의 경우 아날로그 문서와 달리 디지털 문서 자체에 대한 분석뿐 아니라 생산 및 관리 절차와 시스템, 신뢰할 만한 보관자에 대한 확인이 필요하다. 이런 점에서 디지털 고문서학을 표방하는 InterPARES

에도 ‘ius archivi’ 접근법이 반영되었다고 볼 수 있다.

오랜 세월이 걸쳐 서구에서 전개된 기록관리방법론을 정리하면 <표 2>와 같다. 시기별로 기록의 신빙성을 판단하는 방법론의 핵심적 특징을 도출하고, 당시에 주요 관리 대상으로 설정된 기록의 유형, 기록과 실제(reality)의 관계에 대한 인식을 살펴보고, 특히 기록이 어떤 특성을 갖추어야 법적 증거로서의 믿을 수 있다고 보았는지 개괄해보았다.

<표 2> 기록의 법적 신빙성 관리를 위한 방법론의 전개

시기	방법론의 핵심	주요 내용	법적 증거로서 기록의 특징
로마시대	(외적 기준) 신뢰할 만한 보관자	- 믿을 만한 보존소에 보관된 기록에 신빙성 부여(기록은 완전한 법적 증거) - 권리 및 계약문서 등 보물기록이 주요 보호 대상 - 보관소에 민간문서가 위탁되면서 문서 신뢰도 등급 적용(공문서에 가장 높은 신뢰도 부여)	신빙성 일반(위조되거나 허위 내용이 포함되지 않은 기록)
중세	(외적 기준) 공증인과 인장	- 공증인이 정해진 양식에 따라 작성했는지 평가(이탈리아 및 지중해 국가) - 인장이 포함되어 있는지, 인장이 진짜인지 평가(독일 등 일부 유럽국가) - 보물기록 중심으로 관리(법적 사실의 구현형)	- 신빙성 일반(위조되거나 허위 내용이 포함되지 않은 기록) - 진본성과 내용의 진실성을 구분하지 않음
르네상스	(내적 기준) 문헌학적 분석	- 기록 텍스트에 대한 언어 분석(꺾진성)과 외적 문서화 검토를 통한 신빙성 분석 - 기록은 역사적 사실의 표상(사실 자체) - 서사 자료와 문서기록을 제대로 구분하지 않음	"
17세기	(내적 기준) 고문서학적 분석	- 문서의 형식적 요소를 분리하여 분석한 후 진본성 판단 - 귀납적 방식의 추론 사용	"
18세기-19세기	(내적 기준) 증거법에 의한 분석	- 개연성과 추론의 <증거법>의 출판과 확산 - 퇴적 기록이 중요 기록으로 부상 - 영미 관습법에 기록신빙성 판단을 위한 원칙 반영(최량증거의 원칙, 전문법칙의 예외로 업무기록의 증거능력 인정)	기록 자체에 대한 신빙성(진본성)과 내용의 신빙성(공정성)을 구분
20세기	(내적+외적기준) 증거법에 의한 분석	- 관료제에서 생산된 기록 급증으로 업무기록에 초점을 맞춘 기준 개발 - 전문법칙의 예외 조항으로 업무기록의 판단(신뢰성 확인) - 진정성 확인(진본 확인) - 진정성 확인 및 전문증거 예외 판단을 위하여 관리 절차 통제 여부 등과 같은 외적 기준이 적용됨	- 기록 자체의 신빙성(진정성) + 기록 내용의 신빙성(통상문서 혹은 전문법칙 예외에 해당하는 업무기록) - 정확성과 완전성을 추가하기도 함
21세기	(내적+외적기준) 증거법에 의한 증거능력 판정, 디지털 포렌식	- 디지털증거에 대한 증거능력의 판정 방법 마련 - 증거개시제도에 따라 기록 증거의 범위가 ESI로 확장됨 - 디지털 포렌식, 시스템과 절차 통제 분석 - 증거능력이 디지털 증거에 내재된 특성 때문이 아니라 생산 및 관리 절차와 시스템 등을 통해 추론된다는 점 강조	"

3.2 기록에 대한 인식

기록 개념에 대한 인식은 관리방법 및 신빙성의 개념 판단에 영향을 미쳤다. 고대와 중세에는 기록을 법적 사실의 구현형(manifestation)으로 보았다. 르네상스 시기 문헌학이 출현하면서 학자와 법률가는 기록을 역사적 사실의 표상, 즉 특정 시간과 장소에 고정된 사실로 여기게 되었다. 이들은 “언어가 실제의 상태를 재생산한다”는 전제 하에서 문서의 신빙성을 판단하고자 하였다. 이러한 관점에서 믿을 수 있는 기록은 법적 사실 그 자체였

으며, 기록관리에서 가장 중요한 것은 가짜와 진짜를 구분하는 것이었다. 그런데 당시에는 업무의 부산물로 생성되는 문서기록과 의도를 가지고 집필된 서사기록을 제대로 구분하지 못했다. 17세기 후반에는 추론이라는 증거 개념이 등장하면서 기록이 역사적 사실이나 법적 사실을 유추할 수 있는 도구라는 시각을 갖게 되었다. 고문서학에서나 법적으로나 기록의 진본 여부는 확정되는 것이 아니라 추정된다는 개념으로 바라보게 되었다. 추정의 개념은 전자기록관리에서 더 구체화되었는데, 물리적 실체에 대한 확인을 통해 진본성을 판단하기 어려운 전자기록의 경우 기록이 생산되고 관리된 과정과 시스템에 대한 문서화를 통해 진본성을 추정할 수밖에 없기 때문이었다.

기록에 대한 시기별 인식 변화는 당시 주요하게 관리되는 기록이 어떤 유형이었는지와도 관련이 있다. 로마시대에서 중세까지는 소위 ‘보물 기록’ 중심의 관리가 이루어졌다. 관료제가 도입되지 않는 사회에서 영토권, 관할권, 재산권을 입증할 수 있는 종류의 기록물이 중요했기 때문이다. 현대 기록관리에서 중시되는 조직의 업무기록과 같은 이른바 ‘퇴적 기록’은 13세기 이후에서야 관심을 받기 시작했다. 유럽에 도시국가가 출현하고 제도와 조직이 복잡해지면서 일상적인 관료업무에서 생산되는 행정 및 회계 기록을 관리할 필요성을 인식하였다. 이후 18세기까지는 ‘보물 기록’과 ‘퇴적 기록’에 대한 관심이 공존하다가 19세기 후반 관료체제의 확산과 함께 ‘퇴적 기록’ 관리의 중요성이 크게 높아졌다. 보물 기록과 달리 퇴적 기록에는 주제 분류와 같은 기존의 인위적 분류를 적용하기 어려웠고 따라서 풍 존중의 원칙이나 출처주의를 채택하게 되었다(Mata Caravaca, 2017).

디지털 환경에서 기록 증거의 개념은 모든 유형의 기록으로 확대되었으며, 사진, 영화, 비디오, 녹음, 이메일, 웹 페이지 등과 같이 비전통적인 매체에 담긴 기록도 포함된다. 조직의 업무과정에서 생산되는 정보와 데이터 중에서 기록과 비기록을 판별하기가 어려워졌으며 실제 소송에서는 ESI(electronically stored information)가 증거 개시(e-discovery)의 대상이 되면서 조직의 모든 정보와 데이터가 기록관리의 대상이 되고 있다. 이러한 환경에서 법원에 제출된 ESI의 신빙성은 ESI 자체에 대한 분석이 아니라 신뢰할 만한 시스템과 관리통제 체계를 통해 입증할 수 있게 되었다.

3.3 신빙성의 구성 요소 및 확인 방법

3.3.1 믿을 수 있는 기록 특성의 분화

로마법전에서 시작하여 19세기에 이르기까지 기록의 신빙성의 개념에 대한 다양한 논의가 있었으며 개념과 방법은 상당히 정교해졌다. 원래 기록의 신빙성은 진본성 개념과만 연계되어 있었으나 시간이 흐를수록 기록에 포함된 사실의 증언으로서 기록의 진실까지 포함하게 되었다(MacNeil, 2000, 30-31). 법적 증거를 판단하는 데 있어서 고대에는 기록이 진본이라면 그 내용도 진실이라고 믿었다. 즉, 진본성과 내용의 진실성을 구분하지 않았다. 그러나 17세기 이후 증거법의 발전에 따라 법학자들은 기록의 진본성과 내용의 진실성은 서로 다른 측면이며, 서로 다른 방법론과 기준으로 평가되어야 한다는 것을 인식하기 시작하였다.

기록의 진실성 또는 신뢰성은 ‘사실에 대한 진술’로서 진실 가치라고 보았고, 주로 관찰자와 기록자가 기록된 사실에 얼마나 근접해 있었는지와 관련하여 평가되었다. 기록의 진본성은 기록된 사실에 대한 물리적 표현물의 진실 가치로 보았으며, 이는 원본 문서와 관련하여 평가되었다(MacNeil, 2011, 177). 아날로그 시대에는 원본 문서가 바로 진본이었으며 원본성과 진본성은 동일한 개념이었으나 디지털 증거가 늘어나면서 진본성은 원본 확인이 아니라 다양한 방법의 기록의 내적, 외적 분석을 통해 추정되는 특성이 되었다.

20세기 들어 기록 증거의 신빙성은 ‘진정성’과 ‘전문증거의 예외에 해당하는 업무기록’을 판단하는 데 초점이 맞추어졌다. 이러한 기준은 기록관리에도 영향을 미쳤다. 20세기 말에 제정된 세계 최초의 기록관리 표준인 호주 AS 4390의 영향을 받아 2000년 제정된 ISO 15489-1에서는 기록의 ‘특성’을 진본성, 무결성, 신뢰성, 이용가능성으로 제시하였다. 진본성과 무결성은 법적 증거의 진정성을 반영하고 있으며 신뢰성은 전문원칙의 예외에 부합할

수 있는 기준이 반영되었다.

진본성이 기록 내용을 신뢰할 수 있다는 것을 의미하지 않으며 반대로 신뢰성만으로 기록의 증거능력을 인정할 수도 없다. 신용할 만한 정황에서 생산된 통상문서일지라도 증거로 제출되기까지 위변조는 없었는지, 제출된 문서가 바로 제출자가 주장하는 그 문서인지 확인하기 위한 진정성, 혹은 진본 확인이 필요하다. 즉 기록의 증거능력을 확인하려면 기록의 품질 요소들을 다각적으로 살펴보아야 한다는 것을 알 수 있다.

3.3.2 증거의 진정성과 기록의 진본성

진본성은 법적 증거뿐 아니라 역사 증거에서도 매우 중요하게 다루어진 특성이었다. 기록관리에서는 양 영역에서 모색해온 기록 증거 비판 방법을 수용하였으며, 특히 법적 증거 기준의 영향을 많이 받았다. ISO 15489-1에서는 진본 기록을 ① 기록이 표방하는 바 그대로의 기록인지, ② 그것을 생산했거나 보낸 것으로 되어 있는 바로 그 행위자가 생산했거나 보냈는지, ③ 기록에 명시된 시점에 생산되었거나 보내졌는지를 입증할 수 있는 것이라고 규정하고 있다(ISO 15489-1:2016, 5.2.2.1). ①의 경우, 법정이라면 제출된 증거가 제출자가 말하는 그 기록이 맞다는 것을 의미하는 진정성의 개념과 유사하다. 그러나 법정에서 다루는 특정 사실과의 관련성이 배제된, 일반적 상황에서는 그 기록이 표방하는 바와 같은 기록이라는 것을 의미한다. 1961년 8월 14일에 태어난 오바마 대통령 출생증명서를 표방하는 경우, 바로 그 출생증명서가 맞다면 그 기록은 진본(혹은 진본 사본)이라는 것이다. ②와 ③은 ①의 하위 개념으로 표방하는 바 그대로의 기록인지를 확인하는 기준이다. 만약 디지털 기록 증거라면 원래의 그 기록이 제출될 때까지 변경되지 않았다는 무결성도 함께 입증해야 한다.

InterPARES의 ‘진본 확인’ 기준은 법적 ‘진정성 증명’의 요소를 더 잘 반영하고 있다. 고문서학의 전통을 반영하면서 전자기록의 품질에 초점을 맞춘 InterPARES에서는 진본성을 정체성(identity)과 무결성을 결합한 개념으로 보았다. 정체성은 “문서나 기록을 고유하게 식별하고 다른 문서나 기록과 구별하게 해주는 문서나 기록의 특성 전체”를 의미한다(InterPARES Trust, 2018). 진본 확인을 위해서는 그 기록이 무엇인지, 언제 누가 작성했는지, 어떤 행위나 사안에 결부되어 있는지, 그리고 기록의 법적·행정적, 문화적, 문서적 맥락이 무엇인지 확인할 수 있어야 한다. 기록의 정체성은 이러한 기록의 구성요소를 모두 갖추고 있을 때 분명하게 드러난다. 또한 이 기록에 대한 무단 변경이 이루어지지 않았다는 것, 즉 무결성도 입증되어야 한다. 고문서학에서는 진본 확인을 위해 생산자로 표시된 사람이 생산한 것이어야 한다는 점을 강조한다. 따라서 진본성을 검증하는 데에 서명의 존재를 이용한다. 서명을 통해 생산자는 물론 생산자와 기록의 관계를 확인할 수 있다. 전자서명을 통해서도 생산자의 신원뿐 아니라 그 문서와의 관계도 확인할 수 있다.

한편 기록 증거의 진정성을 확인하기 위해서는 고문서학적 분석에서와 같은 내적 분석뿐 아니라 외적 분석이 필요하다는 인식이 정립되었다. ISO 15489-1에서도 “기록의 진본성을 보장하기 위해 기록 생산·획득·관리를 통제하는 업무 규칙, 프로세스, 정책, 절차를 실행하고 문서화해야”하며 기록 생산자는 승인받고 확인된 자여야 한다”고 규정한다(ISO 15489-1:2016, 5.2.2.1). InterPARES 프로젝트에는 진본 사본이 생산되는 절차를 강조하고 있다. 아울러 디지털 기록의 진본 인증을 위해 시스템의 신뢰성이 중요하다는 점을 강조한다. 기록의 진본성 인증을 위해서는 생산된 이후 보존이나 활용 과정에서 변화될 수 있는 위험을 최소화하는 조치를 통해 기록을 유지·보존하고 있다는 근거를 제시해야 한다. 전자기록의 경우 처음 생산된 원본을 유지하는 경우는 거의 없으므로 증거로 제출된 기록이 애초에 생산되었던 바로 그 기록과 동일한 ‘진본 사본(authentic copy)’이라는 점을 입증하는 데에도 이러한 조치들의 문서화가 필요하다.

3.3.3 기록 내용의 진실성과 정확성

<표 1>에서 업무기록이 전문법칙의 예외로 인정받기 위해서 갖추어야 할 조건들을 살펴보았다. 이러한 조건들은 기록관리에서의 신뢰성 기준과 유사하다. ISO 15489-1에서는 신뢰성을 기록을 산출한 활동을 재현할 수 있는

능력이라고 보았다. 이를 위하여 ㉠ 사실에 대한 직접적인 지식을 가진 개인에 의해서, 혹은 ㉡ 업무처리를 위해 일상적으로 활용하는 시스템에 의해서 생산되고, ㉢ 관련된 사건이 일어난 시점이나 혹은 바로 직후에 생산되어야 (ISO 15489-1: 2016, 5.2.2) 이러한 능력을 갖춘 확률이 높아진다고 보았다.

<표 1>의 ① 기록의 목적, ② 작성 의무가 있는 자가 일상 업무로 작성, ③ 개인적 지식, ④ 기록 작성 시점, ⑤ 기록 작성 방법, ⑥ 입증 방법과 같은 기준 중에서 업무 목적으로 생산한다는 조건(①), 그 업무를 잘 아는 사람이 업무 과정이나 업무가 끝난 즉시 작성해야 한다는 조건(③,④)은 ISO 15489-1의 신뢰성의 조건과 거의 유사하다. 다만 작성 의무가 있는 자가 작성해야 한다는 기준(②)과 우리나라 대법원 판결문에 포함된 바와 같이 기록 과정에 기록자의 주관적 개입의 여지가 거의 없을 정도로 기계적으로 작성되어야 한다는 조건(⑤)을 일반적인 기록 품질의 기준으로 적용하기는 적절하지 않다고 볼 수 있다. 미국 증거법에서는 “당해 기록의 작성 이 정규적인 일상 업무 활동의 하나”여야 한다는 조건을 통해 주관적이거나 임의적인 기록을 배제하고자 한 것으로 보인다.

그런데 고문서학의 전통을 이어받은 InterPARES에서 제시한 신뢰성 조건은 국제표준과 다르다. 고문서학에서 기록의 신뢰성은 “이미 확립된 절차에 따라 권위 있는 주체가 만들고 모든 형식적 요소들이 완전하다는 것”을 의미한다(InterPARES Trust, 2018). 적절한 권한을 가진 사람이 적절한 절차에 따라 작성하고, 모든 정보와 절차를 완성한 경우 그 기록을 신뢰할 수 있다고 보았다. 이 두 가지 기준을 구체적으로 정리하면 다음과 같다(Duranti, 2002).

첫째, 기록 형식(form)의 완전성(completeness) 정도이다. 완전성은 기록생산을 규제하는 법률과 절차가 요구하는 모든 물리적, 지적 형식 요소들을 모두 갖추고 있다는 속성을 의미한다. InterPARES에서는 기록은 전형적이고 이상적인 문서 형식을 갖추고 있어야 한다는 가정하에 기록의 구성요소를 제시하였는데, 여기에는 기록이 완전한 법적 증거라는 관점이 반영되어 있다. 기록 형식의 완전성과 관련하여, 가령 ‘가족관계의 등록 등에 관한 법률’에 따라 출생 증명서에 포함되어야 할 여러 기입 항목 중에서 한 가지라도 누락되어 있다면 그 기록을 신뢰할 수 없을 것이다(설문원, 2021, 147).

둘째, 기록이 생산되는 과정에 대한 통제 정도이다. 기록 생산과정에 대한 통제는 기록이 일상적 업무과정과 밀접한 연계 속에 생산될 수 있도록 하는 것을 주목표로 한다. 생산과정의 통제를 위해서는 누가 어떤 기록을 생산하고 관리할 책임과 권한을 갖는지, 어떤 절차에 따라 생산해야 하는지에 대한 규정이 필요하다. 업무 활동의 전모를 설명할 수 있는 모든 기록이 일상 업무와 연계되어 법규나 내부 관행에 따라 생산되며, 각각의 기록에 필요한 지적 물리적 요소들을 제대로 갖추고 있을 때 신뢰성이 확보될 수 있다.

이러한 신뢰성 개념에는 정해진 절차와 정해진 양식에 따라 일관성 있게 생산되므로 같은 조건에 있는 다른 업무담당자가 작성해도 같거나 거의 유사한 기록을 만들어낸다는 의미가 내포되어 있다. 기록의 내용에 허위나 개인의 의도가 개입될 소지를 최소화한다는 개념도 내포한다. 또한 그렇게 완전성과 일관성을 갖춘 기록이어야 법적 문서로서의 자격을 가질 수 있다고 본 것이다.

그런데 InterPARES에서는 신뢰성이 기록 내용의 정확성을 보장하지는 않는다고 보았다. 생산 절차의 적절성과 형식적 완전성을 갖추고 있으면 기록 내용의 정확하거나 진실하다고 추정할 수 있겠으나 InterPARES 프로젝트에서는 내용의 정확성(accuracy)을 신뢰성과 분리하여 검토되어야 하는 속성으로 보았다. 따라서 법적 증거로서 기록의 최상위 품질은 신빙성(trustworthiness)이며, 신빙성을 진본성, 신뢰성, 정확성으로 나누었다. 정확성은 기록 내용의 진실성과 관련이 있으므로 오로지 내용 분석(content analysis)을 통해서만 확인할 수 있다(InterPARES Trust, 2018). 따라서 기록관리 절차나 기준에 정확성을 반영하기는 쉽지 않다. 기록관리에서는 정확성도 생산 절차 통제나 양식 통제를 통해 개연성 측면에서 추론되어야 할 품질 요소가 아닌가 생각한다. 한편 전자증거개시 제도에서 기록 증거의 범위가 조직의 모든 ESI로 확장되면서 InterPARES의 기준 중 형식의 완전성을 갖추기는 어려워졌다. 결국 생산·관리되는 과정에 대한 통제 정도와 방식이 더욱 중요한 기준이 되었다고 볼 수 있다.

4. 맺음말

법적 증거에 토대를 둔 기록의 관리가 역사적으로 어떻게 전개되어 왔는지 살펴보았다. 특히 법적 증거로서 기록 증거의 신빙성을 판단하는 기준과 방법에 초점을 맞추어보았다. 이를 통해 법적 증거능력의 요건이 기록관리 기준과 방법론에 영향을 미쳤으며, 기록에 대한 신빙성을 확인하기 위하여 기록 자체에 대한 분석(내적 분석)과 기록관리 주체나 절차에 대한 분석(외적 분석)이 비동시적으로 나타나다가 병행적으로 적용되고 있다는 것을 확인할 수 있었다. 또한 ISO 15489-1의 기록의 특성이 법적 증거로서 기록의 특성을 반영하면서도 그 협소한 목적성을 벗어나 일반적인 기록관리 환경에 맞추어 설정되었다는 것을 알 수 있었다.

디지털 증거와 관련한 증거능력의 조건은 기록의 품질 요건을 정비하는 데에 시사하는 바가 있다. 디지털 증거 능력을 판단하는 진정성과 전문법칙의 예외 조건 중 일부는 이미 기록관리 표준이라는 규범에 이미 반영되어 있다. 한편 디지털 증거의 진정성이나 업무기록의 신뢰성에 대한 기준이 정비되어 있지 않은 법체계에서는 기록 관리의 품질 기준이나 절차 요건을 참조할 필요가 있다. 영국의 「전자정보의 법적 증거력과 증거능력(Evidential weight and legal admissibility of electronic information)」나 캐나다의 「기록 증거로서 전자기록(Electronic records as documentary evidence)」은 디지털 업무기록의 증거능력을 판단하기 위한 표준이지만 이는 디지털 업무기록을 체계적으로 관리하기 위한 지침으로도 볼 수 있는데, 기록관리방법론과 증거능력의 상호관계를 확인할 수 있다.

그럼에도 불구하고 법적 증거로서 기록의 협소한 개념이 기록관리에 바로 적용되지는 않는다. 무엇보다도 법정에서와 달리 우리가 관리하는 기록이 무엇이 ‘증거’가 될 수 있는지 확정적이지 않기 때문이다. 제레미 벤담이 말했듯이 증거는 관계의 단어이며 그 자체로는 의미를 갖지 않는다. 기록학자 미한(Meehan)은 증거를 기록과 사건 간의 관계로, 기록 속에 수록되거나 쓰여 있는 것이 아닌 존재로 설정함으로써 증거의 기록학적 개념을 제시한 바 있다. 기록이 증거로 기능하는 능력은 기록의 내재적 특성에서 나오는 것이 아니라 바로 기록을 증거로 다루고 활용하는 과정에서 나온다(Meehan, 2006). 이 과정에서 기록과 사건 간의 관계를 단순히 확인하는 것을 넘어 때로는 새롭게 창조하는 경우도 있다. 이렇게 관계를 분석하는 과정은 결국 추론이며, 이러한 추론에 중요한 것은 기록 자체가 아니라 기록 맥락이다. 증거의 본질이 ‘관계’에 있고, 그러한 관계는 바로 기록이 생산, 이용된 맥락 속에서 찾을 수 있기 때문이다. 따라서 기록관리자가 분석해야 할 ‘사건’은 기록을 발생시킨 맥락이다. 이러한 맥락 분석은 기록을 증거로 보존하는 것을 넘어 “증거를 생성하는 프로세스”라고도 불린다(Meehan, 2006). 박서인, 김지현(2020, 56)의 면담연구에서 공기업을 한 법무담당자는 “기록을 통해서 상대방이 반박할 수 없는 정도의 명백한 맥락을 보여줘야” 판사가 쉽고 빠르게 이해할 수 있고 이것이 소송의 승패를 가르다고 답변하였다(박서인, 김지현, 2020, 56). 법적 증거력을 높이는 데에도 기록의 맥락관리는 중요하며, 맥락은 기록관리의 정체성 과도 연관된다. 따라서 기록이 앞으로 어떤 사실의 증거로 기능할 수 있으려면 진본성과 신뢰성을 확보하는 조치도 물론 필요하지만 충분한 맥락정보의 획득이 관건이다. 물론 진본성과 신뢰성을 확보하기 위해서도 체계적인 맥락정보의 생산·관리가 필수적이지만, 업무 맥락은 물론 더 확장된 생산 맥락 정보의 수집·연계는 기록의 잠재적인 증거능력 확장에 중요한 요건이 된다.

기록의 법적 증거능력이나 증거력은 확인되어야 할 어떤 사실과의 관련성 여부에 따라 결정된다. 그런데 앞서 밝혔듯이 기록이 어떤 사건(사실)을 확인해주는 증거가 될지 미리 확정하기 어렵다. 특히 시간이 흐르면서 남겨진 기록, 특히 보존기록(archives)이 어떤 역사적 사건이나 사실과 연결될지 예측하기는 더욱 어렵다. 이용자가 어떤 질문을 던지느냐에 따라 기록은 뜻하지 않은 사건이나 사실의 증거가 되기도 한다. 일견 하찮아 보이는 기록이 애초의 생산자는 생각하지 못했을 일의 증거가 되기도 한다(설문원, 2021, 107-111). 기록관리의 관점에서 기록은 무엇이 증거가 될지 확정되지 않는 상태에 있으며, 이용에 따라 증거가 될 수 있는 잠재력을 지니고 있을 뿐이다. 법적 증거에 기반한 기록관리는 기록의 품질 향상에 기여한다는 점에서 이러한 잠재력을 높이는 데에 기여할 수 있다. 그러나 한계도 분명하다. 기록의 풍부한 잠재력을 불러일으킬 수 있는 기록관리 방법론이 법적 증거의 범주를 넘어 지속적으로 탐구되어야 하는 이유다.

참고문헌

- 권양섭 (2016). 판례에서 바라본 디지털 증거의 증거능력에 관한 고찰. 정보보호학회논문지, 26(5), 44-53.
- 권오걸 (2014). 사실인정과 형사증거법. 대구: 경북대학교출판부.
- 김신언 (2019). 사례로 보는 미국증거법. 서울: 진원사.
- 김영철 (2018). 디지털 전문증거 진정성립을 위한 디지털 본래증거 수집 방안. 형사법의 신통향, 58, 257-298.
<http://doi.org/10.23026/crcpls.2018..58.007>
- 박서인, 김지현 (2020). 법적 증거로서 기록의 활용을 위한 공기업 기록관리 현황분석 및 개선방안. 한국기록관리학회지, 20(2), 41-65. <http://dx.doi.org/10.14404/JKSARM.2020.20.2.041>
- 설문원 (2015). 기업 소송에 대비한 정보거버넌스의 구축 방안. 한국도서관·정보학회지, 46(4), 325-354.
<https://doi.org/10.16981/kliiss.46.201512.325>
- 설문원 (2021). 기록학의 지평. 서울: 조은글터.
- 설문원, 이해인 (2016). 전자증거개시상의 위험에 대응한 기업기록정보관리 방안. 한국기록관리학회지, 16(4), 7-30.
<https://doi.org/10.14404/JKSARM.2016.16.4.007>
- 윤은하 (2019). 법적 증거로서 기록의 속성에 관한 연구. 기록학연구, 60, 89-121. <http://dx.doi.org/10.20923/kjas.2019.60.089>
- 이상신 (1994). 역사학개론. 서울: 신서원.
- 이철평, 오경목 (2021). 증거로서 신뢰할 수 있는 전자기록의 품질 확보방안 연구: 기록관리영역과 사법영역에서 다루는 기록과 증거의 품질 개념과 요건 분석을 중심으로. 한국비블리아학회지, 32(3), 217-246.
<https://doi.org/10.14699/kbiblia.2021.32.3.217>
- 이효성 (2014). 언어행위론에 관한 일고찰: 소통학과 권력론을 중심으로. 스피치와 커뮤니케이션, 25, 40-78.
- 조국현 (2019). 미국증거법. 서울: 진원사.
- 차정인 (2013). 형사소송법 실무: 기록형 형사법. 제3판. 서울: 신조사.
- Dibble, Vernon K. (1964). Four types of inference from documents to events. *History and Theory*, 3, 203-219.
- Duranti, Luciana (1994). The concept of appraisal and archival theory. *The American Archivist*, 57(2), 328-344.
- Duranti, Luciana & Franks, Patricia C. eds. (2015). *Encyclopedia of Archival Science*. Rowman & Littlefield.
- Duranti, Luciana (2002). The concept of electronic records. In: *Preservation of the Integrity of Electronic Records*. Chapter 1. Duranti, Luciana, Eastwood, Terry & MacNeil, Heather. eds. Kluwer Academic Publishers, 9-22.
- Head, R. (2013). Documents, archives, and proof around 1700. *The Historical Journal*, 56(4), 909-930.
<https://doi.org/10.1017/S0018246X12000477>
- Iacovino, Livia (2005). Recordkeeping and juridical governance. In *Archives: Recordskeeping in Society*. McKemmish et al. Eds. Wagga Wagga, N.S.W.: Centre for Information Studies, Charles Sturt University, 255-276.
- InterPARES Strategy Task Force (2001). *The InterPARES 1 Project. Project Intellectual Framework: Principles and Criteria*. InterPARES Trust (2018). Terminology. Available: <https://interparestrust.org/terminology/term/record>
- Kim, Jung-Ha (2017). Archival tradition of Siena in the middle ages. *인문과학연구논총*, 38(2), 85-102.
- MacNeil, Heather (2000). *Trusting Records: Legal, Historical, and Diplomatic Perspectives*. Kluwer Academic Publishers.
- MacNeil, Heather (2011). Trust and professional identity: narratives, counter-narratives and lingering ambiguities. *Archival Science*, 11, 175-192.
- Mata Caravaca, María (2017). The concept of archival “sedimentation”: its meaning and use in the Italian context. *Archival Science*, 17(2), 113-124. <https://doi.org/10.1007/s10502-015-9256-2>
- Meehan, Jennifer (2006). Towards an archival concept of evidence. *Archivaria*, 61. Spring 2006.
- Van Bussel, G. J. (2017). The theoretical framework for the ‘archive-as-is’. an organization oriented view on archives, Part I. setting the stage: enterprise information management and archival theories. In *Archives in Liquid Times*. Frans Smit, Arnoud Glaudemans & Rien Jonker eds. Den Haag: Stichting Archiefpublicaties, 16-41.

- Yeo, Geoffrey (2010). Representing the act: records and speech act theory. *Journal of the Society of Archivists*, 31(2), 95-117.
- Yeo, Geoffrey (2018). *Records, Information and Data: Exploring the Role of Record-Keeping in an Information Culture*. Facet Publishing.

• 국문 참고자료의 영어 표기

(English translation / romanization of references originally written in Korean)

- Cha, Jeong-In (2013). *Practice of Criminal Procedure Law: Records Based Criminal Law*. 3rd ed. Seoul: Sinjosa.
- Cho, Gug Hyeon (2019). *Federal Rules of Evidence in the United States*. Seoul: Jinwonsa.
- Kim, Shineon (2019). *US Evidence Law*. Seoul: Jinwonsa.
- Kim, Young Cheol (2018). A study on method of collecting digital original evidence for the authentication of digital hearsay evidence. *Contemporary Review of Criminal Law*, 58, 257-298. <http://doi.org/10.23026/crcrlps.2018..58.007>
- Kwon, Oh Geol (2014). *Fact Finding and Criminal Evidence Law*. Daegu: Kyungpook National University Press.
- Kwon, Yangsub (2016). A review of the admissibility of digital evidence viewed in precedents. *Journal of The Korea Institute of Information Security and Cryptology*, 26(5), 44-53.
- Lee, Gemma & Oh, Kyung-Mook (2021). A study on securing the quality of trusted digital records as evidence: focusing on analysis of quality concept and requirements for records and evidence respectively covered in records management and judicial domain. *Journal of the Korean Biblia Society for Library and Information Science*, 32(3), 217-246. <https://doi.org/10.14699/kbiblia.2021.32.3.217>
- Lee, Hyo Sung (2014). A study of speech act theory: with special reference to communication studies and theory of power. *Speech and Communication*, 25, 40-78.
- Park, Seoin & Kim, Jihyun (2020). A study on the analysis and improvement of public enterprises' record management for the utilization of record as legal evidence. *Journal of Korean Society of Archives and Records Management*, 20(2), 41-65. <http://dx.doi.org/10.14404/JKSARM.2020.20.2.041>
- Seol, Moon-won & Lee, Haein (2016). Business records and information management as preparation for e-discovery risks. *Journal of Korean Society of Archives and Records Management*, 16(4), 7-30. <http://dx.doi.org/10.14404/JKSARM.2016.16.4.007>
- Seol, Moon-won (2015). Building corporate information governance to prepare for litigation. *Journal of Korean Library and Information Science Society*, 46(4), 325-354. <https://doi.org/10.16981/kliss.46.201512.325>
- Seol, Moon-won (2021). *Understanding Archival Science*. Seoul: Goodwriting Publishing.
- Yi, Sang Sin (1994). *Introduction to History*. Seoul: Sinseowon.
- Yoon, Eun-ha (2019). A study on the concepts of record from a legal perspective. *Korean Society of Archival Studies*, 60, 89-121. <http://dx.doi.org/10.20923/kjas.2019.60.089>

