서강법률논총 제12권 제2호 DOI : 10.35505/slj.2023.06.12.2.7

증거보존조치(Legal Hold)의 내용과 그 도입가능성

- 증거개시절차 도입에 관한 논의와 관련하여 -

김 정 환*

I. 들어가며
II. 전자적으로 저장된 자료(ESI)의 특징과 당사자의 보존의무
III. 보존의무 이행수단으로서의 증거보존조치
IV. 당사자의 보존의무 도입논의와 증거보존조치의 도입 가능성
V. 나가며

국문초록

증거개시절차의 도입은 과거에서부터 현재에 이르기까지 꾸준하게 논의되고 있는 주제 중 하나이며, 최근 들어 국회와 법원, 대한변호사협회 등에서도 증거개시절차의 도입에 관한 구체적인 결과물이 발표되고 있다. 다만 도입의 범위에 관해서는 그 폭이 매우 넓음을 알 수 있다. 증거개시절차의 도입범위에 대해서는 차이가 존재하지만, 전자적으로 저장된 자료(ESI)를 포함한 문서 및 자료의 제출을 도입하자는 것에는 어느 정도 견해의 일치를 보이는 것으로 보인다. 이와 관련하여 전자적으로 저장된 자료를 대상으로 하는 전자증거개시절차(e-discovery)에 대해서도 견해 대부분이 그 도입에 적극적인 태도를 보이는데, 이는 오늘날 전자적으로 저장된 자료가 가지는 중요성을 반영한 것이라고 보인다.

전자적으로 저장된 자료는 기존의 종이문서와는 다른 고유의 특징을 지니며, 이러한 특징으로 인해 전자적으로 저장된 자료의 보존의무가 매우 강조되고 있다. 보존의무의

* 사법정책연구원 연구위원, 법학박사

이행을 위한 합리적인 단계를 거치지 아니하였다고 평가되는 경우 제재가 부과되는데, 이로 인해 당사자는 보존을 위한 합리적인 조치를 실시하였음을 적극적으로 내세울 필요가 제기되었다. 이와 관련하여 전자적으로 저장된 자료에 관한 증거보존조치(legal hold 또는 litigation hold)가 적극적으로 활용되기에 이르렀으며, 최근 들어 증거보존조치는 전자증거개시절차(e-discovery)에서 가장 많이 활용되는 것 중 하나이다.

이 글에서는 최근 진행되고 있는 증거개시절차의 도입논의와 관련하여, 전자적으로 저장된 자료의 보존의무와 그 이행을 위한 수단으로 적극 활용되고 있는, 증거보존조치에 대해 다루고자 한다.

• 핵심어 증거개시절차, 전자적으로 저장된 자료(ESI), 증거보존조치(legal hold), 전자증거개시절차(e-discovery), 보존의무

Ⅰ. 들어가며

증거개시절차의 도입은 과거에서부터 현재에 이르기까지 꾸준하게 논의되고 있는 주제 중 하나이다. 종래 그 도입에 긍정적이었던 학계의 논의[1]에 힘입어 증거개시절차의 도입 시도도 꾸준히 이루어졌는데,[2] 최근 들어 학계에서의 그 도입에 관한 긍정적인 견해[3] 외에도 국회[4]와 법원,[5] 대한변호사협회[6] 등에서도 증거개시절

1) 대표적으로 강일원, “미연방 민사소송절차에 있어 DISCOVERY 제도”, 『민사재판의 제문제』 제8권, 1994, 771면 이하; 윤재윤, “미국의 민사소송상 사전개시제도(Discovery)의 운영현황과 우리의 도입가능성”, 『재판자료』 제65집, 1994, 46면 이하; 김홍엽, “민사소송의 제1심 강화를 위한 실효적 방안의 모색”, 『성균관법학』 제23권 3호, 2011. 12., 58면 이하; 서동희, “미국법상의 Discovery 제도의 도입 필요성”, 『법학연구』 제18권, 2005, 808면 이하; 변진석, “미국 민사소송에서 증거개시의 역할과 한계, 한국에 도입 가능성”, 『미국헌법연구』 제23권 3호, 2012. 12., 155면 이하; 이시윤, “미국의 pretrial discovery – 그 영향과 대책을 중심으로 -”, 『민사소송』 제14권 2호, 2010. 11., 844면 이하 등

2) 자세한 내용은 사법정책연구원(연구책임자:김정환 · 최은정), 『효율적인 증거개시 · 수집을 위한 제도 개선 방안에 관한 연구』, 2015, 163면 이하 참조.

3) 대표적으로 김형두, “새로운 법조양성체제하에서 미국식 디스커버리의 도입 방안”, 『법학평론』 제9권, 2019. 4., 92면 이하; 전원열, “민사소송절차상 디스커버리 도입에 관한 검토”, 『인권과 정의』 통권 501호, 2021. 11., 126면 이하;

4) 더불어민주당 조응천의원이 대표 발의한 민사소송법 일부개정법률안[국회 의안정보시스템, “[2110939] 민사소송법 일부개정법률안(조응천의원 등 10인)”, https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_A2D1U0K3R3I1H0C9P5S5U2D7S7U4Y2 (2023. 3. 9. 최종방문)]과 더불어

차의 도입에 대한 긍정적인 견해와 아울러 그 도입에 관한 구체적인 결과물이 발표되고 있다. 다만 그 도입의 범위에 관해서는 부분적 도입[7]에서부터 미국식 증거개시절차의 전면 도입[8]까지 그 폭이 매우 넓음을 알 수 있다.[9]

증거개시절차의 도입범위에 대한 논의에는 그 차이가 존재하지만, 전자적으로 저장된 자료(electronic stored information, ESI)를 포함한 문서 및 자료의 제출(request to produce documents, ESI, and tangible things)을 도입하자는 것에는 어느 정도 견해의 일치를 보이는 것으로 보인다.[10] 이와 관련하여 전자적으로 저장된 자료를 대상으로 하는 전자증거개시절차(e-discovery)에 대해서도 대부분 견해가 그 도입에 적극적인 태도를 보이는데, 이는 오늘날 전자적으로 저장된 자료가 가지는 중요성을 반영한 것이라고 보인다.

뒤에서 자세히 살펴보겠지만 전자적으로 저장된 자료는 기존의 종이문서와는 다른 고유의 특징을 지니며, 이러한 특징으로 인해 전자적으로 저장된 자료가 훼손되지 아니하고 증거개시절차에서 활용 가능한 상태로 보존될 것을 요구하는 전자적으로 저장된 자료의 보존의무(duty of preservation)가 매우 강조되고 있다. 보존의무의 이행을 위한 합리적인 단계를 거치지 아니하였다고 평가되는 당사자에게는 보존

민주당 민병덕의원이 대표 발의한 금융소비자 보호에 관한 법률 일부개정법률안[국회 의안정보시스템, "[2103512] 금융소비자 보호에 관한 법률 일부개정법률안(민병덕의원 등 10인)", https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_U2G0M0N9G0T3V1C7B0V9Y0K6P0Q8H9 (2023. 3. 9. 최종방문)]이 대표적이다.

5) 법원행정처 산하 디스커버리 연구반이 대법원 산하 사법행정자문회의에 최종 보고한 "디스커버리(증거개시) 제도 등 도입 검토" 보고서[디스커버리 연구반, "디스커버리(증거개시) 제도 등 도입 검토 보고서", 코트넷 게시판(사법행정자문회의 제23차 회의자료), 2022, 10.]가 존재한다.

6) 대한변호사협회와 배심제도연구회가 공동으로 작성한 디스커버리 제도 자료집[대한변호사협회·배심제도연구회, 『디스커버리 제도 자료집』, 2021, https://www.koreanbar.or.kr/pages/board/view.asp?teamcode=&page=1&seq=11639&types=9&category=&searchtype=&searchstr= (2023. 3. 9. 최종방문)]이 존재한다.

7) 미국식 증거개시절차를 온전히 도입하여 실행하려면 소제기부터 판결선고까지 모두 미국식으로 바꿔야 가능할 것이라는 견해로 전원열, 앞의 글(주3), 112면.

8) 선데이타임즈 2022. 1. 31. 기사, "오기형 의원, 네거티브 규제 도입을 위한 증거개시제 입법방향 논의", http://sundaytimes.kr/View.aspx?No=2197202 (2023. 3. 9. 최종방문).

9) 증거개시절차 도입범위의 차이에 대해 자세히 설명하고 있는 문헌으로 전휴재, "우리 민사재판의 미래에 관한 소고 – 디스커버리, 온라인 소송, 인공지능(AI)을 중심으로 -", 『민사소송』 제27권 1호, 2023. 2., 86면 이하.

10) 위의 글, 86면 이하.

의무 위반을 이유로 한 제재가 부과되는데, 이로 인해 당사자는 보존을 위한 합리적인 조치를 실시하였음을 적극적으로 내세울 필요가 제기되었다. 이와 관련하여 전자적으로 저장된 자료에 관한 증거보존조치(legal hold 또는 litigation hold)[11][12]가 적극적으로 활용되기에 이르렀으며, 최근 들어 증거보존조치는 전자증거개시절차(e-discovery)에서 가장 많이 활용되는 것 중 하나이다.[13]

이 글에서는 최근 진행되고 있는 증거개시절차의 도입논의와 관련하여, 전자적으로 저장된 자료의 보존의무와 그 이행을 위한 수단으로 적극 활용되고 있는, 증거보존조치에 대해 다루고자 한다. 우선 전자적으로 저장된 자료의 특징과 당사자의 보존의무 전반에 대해 살핀 후, 증거개시절차의 도입에 관한 우리의 논의 상황을 개관하고, 전자적으로 저장된 자료에 대한 보존의무의 도입과 보존의무 도입시 필연적으로 논의될 것으로 생각되는 증거보존절차의 도입과 그 도입범위 등에 대해 전반적으로 살피면서, 추후 진행될 증거개시절차와 관련한 논의에 또 다른 논의의 실마리를 제공하는 것이 이 글의 목표이다.

---

11) ‘legal hold’ 혹은 ‘litigation hold’의 번역에 대해서는 이를 ‘증거보전조치’라고 번역하는 문헌(한애라, “미국 연방 민형사소송절차에서의 E-discovery와 국내적 시사점”, 『성균관법학』 제32권 제2호, 2020. 6., 187면)과 ‘소송자료 보존’이라고 번역하거나(김종호, “세도나 캐나다 원칙상 전자증거개시제도의 준비에 관한 실무상의 문제점”, 『법학연구』 제59집, 2015. 9., 161면), ‘증거보존명령’이라고 번역하는 문헌(위의 글, 175면), ‘증거보존조치’라고 번역하는 문헌(김도훈, “증거보존조치에 관한 세도나 지침에 관한 연구”, 『IT와 법연구』 제20집, 2020. 2., 166면), ‘전자정보보존명령’이라고 번역하는 문헌(박지원, “전자증거의 수집과 한국형 E-Discovery의 모색”, 『저스티스』 통권 제194-2호, 2023. 2., 217면), ‘증거유지명령제도’라고 번역하는 문헌[전원열, 앞의 글(주3), 127면] 등이 발견된다. 다만 ‘증거보존명령’이나 ‘전자정보보존명령’ 등의 번역에 대해서는 ‘preservation order’라는 별개의 제도가 존재하고 있는 점(1 *eDiscovery & Digital Evidence* § 5:34)을 고려할 때 이 글에서는 원어를 그대로 사용하거나 ‘증거보존조치’라는 번역을 사용하기로 한다.

12) ‘litigation hold’와 ‘legal hold’라는 용어 중에서 최근에는 ‘legal hold’라는 용어가 더 많이 사용되는데, 이는 소송이 아닌 상황(정부의 행정적인 조사절차나 조세 관련 절차)에서도 해당 절차가 활용되는 경우가 많음을 반영한 것이라고 한다[The Sedona Conference, “Commentary on Legal Holds, Second Edition: The Trigger & The Process”, 20 Sedona Conf. J. 341, 348 (2019)]. 이에 이 글에서는 ‘litigation hold’라는 용어보다는 ‘legal hold’라는 용어를 사용하기로 한다.

13) logikcull, *The Ultimate Guide to eDiscovery* 21 (2022) *available at* https://www.logikcull.com/learning/ultimate-guide/legal-hold (last visited: Mar. 9, 2023).

II. 전자적으로 저장된 자료(ESI)의 특징과 당사자의 보존의무

전자적으로 저장된 자료는 기존의 종이로 만든 자료에 비교해 양적으로나, 질적으로 뚜렷이 구분되는 특징을 가지고 있다.

1. 전자적으로 저장된 자료의 특징

(1) 대량성

전자적으로 저장된 자료는 그 생성과 배포가 용이하므로 과거의 종이자료에 비해서 매우 대량으로 생성되고 배포되는 특징을 지닌다.[14] 이러한 추세는 시간이 지남에 따라 점점 더 급속하게 증가하고 있으며, 기술의 발전에 따라 특히 기업의 경우 이메일과 디지털 포맷으로 생성되는 파일의 활용이 폭발적으로 증가하고 있을 뿐만 아니라 이는 결국 해당 자료를 저장하고 백업하며, 보관하기 위한 공간과 비용의 증가로 귀결되고 있다.[15] 이를 증거개시 측면에서 본다면 기업이 유지·관리해야 하는, 증거개시의 대상이 될 수도 있는 자료의 개수가 과거에 비교해 기하급수적으로 증가하였다고 할 수 있을 것이다.[16]

(2) 비가시성·비가독성

전자적으로 저장된 자료는 종이문서와는 달리 해당 자료를 작성한 매체와 분리하여서는 그 내용을 지득할 수 없는 특징을 가진다.[17] 이로 인해 뒤에서 설명할 매

---

14) 김윤섭·박상용, "형사증거법상 디지털 증거의 증거능력 - 증거능력의 선결요건 및 전문법칙의 예외요건을 중심으로 -", 『형사정책연구』 제26권 제2호, 2015. 여름., 170면.

15) The Sedona Conference, *The Sedona Principles: Best Practices Recommendations & Principles for Addressing Electronic Document Production* 4 (2003) *available at* https://thesedonaconference.org/download-publication?fid=3237 (last visited: Mar. 9, 2023).

16) *Id.* at 3.

17) 류보라 외 3인, "디지털 포렌식 연구동향 분석에 관한 연구", 『2017년 춘계학술발표대회 논문집』 제24권 제1호, 2017. 4., 307면.

체독립성과는 다른 의미로 특정한 매체에 의존하는 성격을 가지게 되는데, 이를 비가시성 내지 비가독성이라고 한다.[18] 이로 인해 전자적으로 저장된 자료를 복구함에 있어서는 종이문서와는 다른 문제가 발생할 수 있는데, 이는 기술의 발전으로 인해 종래 통용되던 플랫폼을 더는 사용하지 아니하는 경우에 특히 문제가 될 수 있다.[19] 기업이 종래 사용하던 플랫폼에서 다른 플랫폼으로 변경하는 경우 그간 사용하던 데이터의 이전(migration)이 이루어져야 하는데, 기존 플랫폼에서 활용되던 자료를 취사선택하여 새로운 플랫폼에 맞게 변환(converting)하는 과정이 수반되어야 하지만 실제로 이러한 과정은 체계 없이 이루어지는 경우가 많으며, 이 경우 추후 문제되는 데이터에 접근하기가 불가능해지거나 과도한 비용과 시간을 투입해야 하는 경우가 발생한다.[20]

(3) 매체독립성과 원본 · 사본 구분의 곤란성

전자적으로 저장된 자료는 일정한 형체를 가지고 있다기보다는 각각의 매체에 저장된 정보 그 자체를 의미한다.[21] 즉 여러 매체에 저장된 정보가 동일하다면 어느 매체에 저장되어 있는지 불문하고 매체와 독립하여 동일한 가치를 지니게 되는 것이다.[22]

또한 전자적으로 저장된 자료는 종이문서에 비해 쉽게 복제되는 특징을 가진다.[23] 전자적으로 저장된 자료의 복제는 신속하고 대규모의, 자동화된 시스템에 의해 데이터의 저하(degradation) 없이 신속하게 복제되며, 애플리케이션에 따라서는 주기적으로 자동으로 데이터를 복제하도록 설계되어 있기도 하다.[24] 앞의 과정을

---

18) The Sedona Conference, *supra* note 15, at 5.
19) *Id.* at 4.
20) *Id.*; 권오걸, “디지털증거의 개념 · 특성 및 증거능력의 요건”, 『IT와 법 연구』 제5집, 2011. 2., 297면.
21) 사법정책연구원(연구책임자: 손지영 · 김주석), 『디지털 증거의 증거능력 판단에 관한 연구』, 2015, 26면.
22) 위의 책.
23) The Sedona Conference, *supra* note 15, at 4.
24) *Id.*

거쳐 자동으로 복제된 데이터는 시스템 다운이나 데이터의 예기치 못한 삭제에 대비하여 주기적으로 백업되기도 하는데,[25] 이러한 특성으로 인해 동일한 값을 가진 전자적으로 저장된 자료가 동시에 여러 개 존재할 수 있으며, 어떤 것이 원본이고 어떤 것이 사본인지 구분하기가 곤란하다는 특징을 지닌다.[26]

(4) 변개의 용이성 및 삭제의 어려움

전자적으로 저장된 자료는 일부나 전체에 대한 편집이 용이하게 이루어질 수 있다.[27] 특히 종이문서와 달리 인간의 개입 없이도 시간이 지남에 따라 프로그램에 의해 그 내용이 자동으로 변동되는 경우가 많으며,[28] 결과적으로 많은 자료가 최종적인 형태로 고정되어 있기보다는 동적으로 그 내용이 변하는 특성이 있다.[29] 또한 전자적으로 저장된 자료는 앞에서 언급한 특징으로 인해 여러 가지의 형태로 변경 가능한데,[30] 전문적인 포렌식 기법의 도입 없이는 그 변경 내용을 알아차리지 못할 정도로도 파일을 변경할 수 있는 특징을 가진다.[31]

전자적으로 저장된 자료는 파쇄 등의 물리적 삭제 수단을 활용할 수 있는 종이문서에 비해 이를 완벽히 삭제하기 어렵다는 특징을 가진다.[32] 전자적으로 저장된 자료는 프로그램 내에 포함된 자동복구기능이나 자동저장기능으로 인해 완벽한 삭제가 어려울 뿐만 아니라 종이문서에 비해 상대적으로 용이하게 복구될 수 있으므로, 해당 데이터를 삭제한 후 시스템에서 완전히 삭제되었다고 생각하는 경우에도 시스템 내에서 다른 사용자가 이를 보유하고 있는 것으로 발견되거나 용이하게 복구될 가능성이 존재한다.[33]

---

25) *Id.*
26) *Id.* at 6.
27) 사법정책연구원(연구책임자: 손지영 · 김주석), 앞의 책(주21), 26면; 김윤섭 · 박상용, 앞의 글(주14), 170면.
28) The Sedona Conference, *supra* note 15, at 5.
29) *Id.*
30) *Id.*
31) *Id.*
32) *Id.* at 4.

(5) 메타데이터의 존재

전자적으로 저장된 자료는 메타데이터를 포함하고 있다는 특징을 가진다.[34] 메타데이터는 "데이터에 관한 데이터"를 의미하며, 파일 그 자체에 숨겨져 있거나 애플리케이션 혹은 시스템 내에서 파일과 연계되어 존재한다.[35] 메타데이터의 예로는 파일의 제목이나 크기, 생성일, 최후수정일, 최종접근일 등과 같은 정보를 들 수 있다.[36] 증거개시라는 측면에서 볼 때 메타데이터 속에 있는 민감한 자료가 본의 아니게 상대방에게 전달되거나 전달받아야 하는 자료가 본의 아니게 삭제될 수 있는 등 전자적으로 저장된 자료 속에 포함된 메타데이터의 검색 및 관리, 보존은 매우 중요한 쟁점이 될 가능성을 가진다.[37]

2. 전자적으로 저장된 자료 보존의 중요성

위에서 살펴본 바와 같이 전자적으로 저장된 자료는 양적인 면에서 과거의 종이자료와는 비교할 수 없을 정도로 많을 뿐만 아니라, 일부나 전체에 대한 편집이 용이하며, 편집과정이 자동으로 이루어질 수도 있는 특징을 지닌다. 이러한 특징으로 인해 기존의 데이터가 사용자가 인지하지 못하는 사이에 복사, 편집될 가능성이 있다. 그 외에도 정보 그 자체가 전자적으로 저장된 자료이다 보니 여러 매체에 동일한 정보가 동시다발적으로 저장되어 있을 수 있으며, 그 생성과 복제 또한 용이하다 보니 완벽한 삭제가 어려울 뿐만 아니라 파일 속에 숨겨져 있는 메타데이터의 존재 또한 그 특징으로 볼 수 있다. 이와 같은 특징으로 인해 관리해야 하는 전자적으로 저장된 자료가 명확히 규명되기 어려울 뿐만 아니라 기삭제한 것으로 판단

---

33) *Id.* at 5.
34) *Id.*
35) Shira A. Scheindlin & The Sedona Conference, *Electronic Discovery and Digital Evidence* 16 (2nd ed. 2016).
36) 김도훈, "증거개시절차상 메타 데이터의 취급에 관한 소고", 『선진상사법률연구』 제43권, 2008, 65~66면.
37) Scheindlin & The Sedona Conference, *supra* note 35, at 16.

한 자료가 여전히 존재하거나 메타데이터의 존재로 인한 문제 혹은 메타데이터의 삭제나 변경으로 인한 문제가 발생할 수 있다.

이와 같은 여러 특징으로 인해 전자적으로 저장된 자료의 증거개시와 관련해서는 기존과는 다른 특별한 방식의 자료보존이 요구된다. 이러한 방식의 특별함은 당사자의 자료보존 의무에도 영향을 미쳐 보다 광범위하고 특별한 보존의무가 요구될 수도 있는 것이다.

3. 당사자의 보존의무

(1) 기원

보존의무는 변론절차에서 사용할 수 있는 관련성 있는 증거의 훼손을 피하기 위한 코먼로의 의무에서 기인하며, 그 기원은 *Armory v Delamirie* 사건[38]으로 보고 있다.[39] 연방민사소송규칙에서는 보존의무에 관하여 명시적으로 규정되어 있지는 아니하다. 다만 보존의무에 관하여 간접적으로 규정하고 있는 규정을 발견할 수 있는데, ① 당사자로 하여금 증거개시의 대상이 되는 자료의 보존에 관한 쟁점에 대하여 의논할 것을 규정하고 있는 연방민사소송규칙(Federal Rules of Civil Procedure, 이하 'Fed. R. Civ. P.'라고 함) 제26조 제(f)항 제(2)호와 ② 증거개시계획에 당사자의 전자적으로 저장된 자료(ESI) 보존에 관한 의견이 포함될 것을 규정하고 있는 Fed. R. Civ. P. 26(f)(3)(C), ③ 변론준비절차(pretrial conference)의 일정을 정하는 명령(scheduling order)의 내용으로 전자적으로 저장된 자료의 보존을 포함하고 있는 Fed. R. Civ. P. 16(b)(3)(B)(iii)이 그것이다.[40]

---

38) (1722) 93 Eng Rep 664 (KB).

39) Robert Keeling, "Sometimes, Old Rules Know Best: Returning to Common Law Conceptions of the Duty to Preserve in the Digital Information Age", 67 Cath. U. L. Rev. 67, 79-80 (2018).

40) The Sedona Conference, *supra* note 12, at 349.

(2) 보존의무의 근거

판례는 일관되게 ① 현재 소가 제기되었거나 장래 소가 제기될 가능성이 있으며, ② 어떤 증거가 그에 관련성이 있다는 취지의 통지가 존재하지 않는 한 해당 증거를 보존해야 할 코먼로 상의 의무는 존재하지 아니한다고 판시하고 있다.[41]

Fed. R. Civ. P. 37(e)에서도 유사한 취지의 규정을 두고 있는데, 동 규정에서도 보존의무는 소송의 수행 중 혹은 소송의 기대가 존재하여야만 발생하는 것으로 볼 수 있다.[42]

위에 언급한 코먼로와 Fed. R. Civ. P. 37(e) 외에도 보존의무를 규정하고 있는 법령[43]이나 법원의 명령에 의해서도 보존의무는 발생할 수 있다.[44]

(3) 보존의 범위

보존의 범위에 있어 '모든 자료를 보존할 것'과 같은 것은 인정되지 아니한다.[45] Fed. R. Civ. P. 37(e)의 2015년 개정에서 자문위원회(Advisory Committee)는 "전자적으로 저장된 자료(ESI)의 폭증으로 인해 관련 있는 모든 ESI를 완벽하게 보존하는 것은 불가능한 일이 되었으며, 전자적으로 저장된 자료의 보존을 위해서는 이를 위한 '합리적인 단계'로 충분하며 완벽을 요구하지는 아니하는 것이 연방민사소송규칙의 태도"라고 하고 있다.[46]

---

41) *Sallenger v. City of Springfield*, 2005 WL 2001502 (C.D. Ill. 2005), aff'd, 473 F.3d 731 (7th Cir. 2007) and aff'd, 630 F.3d 499 (7th Cir. 2010); *James v. U.S. Airways, Inc.*, 375 F.Supp. 2d 1352 (M.D. Fla. 2005) 등.

42) Fed. R. Civ. P. 37(e), advisory committee's note (2015).

43) 예를 들어 18 C.F.R. § 125.2(1) 혹은 18 U.S.C. § 1519 등이 존재한다.

44) Jennifer Marino Thibodaux, Jeffrey A. Palumbo & Kelly Ann Harris, *eDiscovery for Corporate Counsel* § 10:3 (2022).

45) 모든 자료를 보존할 것을 요구한다면 이는 기업을 '절름발이'로 만들고 말 것이라는 판례로 *Zubulake v. UBS Warburg*, 220 F.R.D. 212 (S.D.N.Y. 2003); *In re* Ethicon, Inc. Pelvic Repair Sys. Prod. Liab. Litig., 299 F.R.D. 502 (S.D.W. Va. 2014). 증거개시를 평가하는 기준은 합리성이며 완전함이 아니라는 판례로 *Agerbrink v. Model Service LLC*, No. 14 Civ. 7841, 2017 WL 933095 (S.D.N.Y. Mar. 8, 2017).

46) Fed. R. Civ. P. 37(e) advisory committee's note (2015).

그 외에도 연방민사소송규칙은 증거개시의 범위를 정함에 있어 몇 가지 규정을 두고 있는데, 우선 Fed. R. Civ. P. 26(b)(1)은 당사자가 "그의 청구 혹은 방어방법과 관련 있고, 사건의 필요에 따라 비례적인 범위 내에서 비닉특권의 대상이 되지 아니하는 자료에 대해 증거개시를 할 수 있다"고 규정하고 있다. 해당 규정에서 증거개시의 범위에 관한 비례성 원칙(proportionality)이 도출되는데, 이는 보존의 범위에도 적용되는 원칙으로서 앞에서 언급한 당사자의 보존노력의 합리성을 평가하는 또 다른 요소로 기능하고 있다.[47][48] 또한 Fed. R. Civ. P. 26(b)(2)(B)에서는 "과도한 부담 혹은 비용으로 인해 합리적으로 접근 가능하지 않은 매체에 저장된 전자적으로 저장된 자료(ESI)는 증거개시의 대상이 아니라"고 규정하고 있다.

해당 규정에서 보존의무의 대상이 되는 자료의 보존범위를 정하는 요소를 발견할 수 있는데, ① 당해 소송에서 문제되는 쟁점, ② 자료의 접근가능성,[49] ③ 자료의 가치(probative value),[50] ④ 보존 노력에 수반되는 부담과 비용[51]이 그것이다.[52]

(4) 보존의무의 발생 시점

보존의무는 소장이 송달되었을 때를 기준으로 발생하는 것이 원칙이지만, 기업이 소를 제기하고자 하거나 소송의 상대방이 되었다면 그보다 이른 시점에서 발생하기도 한다.[53] 보존의무의 발생을 판단하는 기준은 소송에 대한 "합리적 기대" 혹은

---

47) *Id.*

48) 보존의무의 범위를 설정할 때 합리성과 비례성 모두의 고려가 필요하다는 판례로 *Little Hocking Water Assn., Inc. v. E.I. Du Pont de Nemours & Co.*, 94 F.Supp. 3d 893 (S.D. Ohio 2015).

49) 일반적으로 백업테이프에 대해서는 접근가능성이 없으므로 보존의무가 존재하지 아니한다는 판례로 *Zubulake v. UBS Warburg*, 220 F.R.D. 212 (S.D.N.Y. 2003); *Gen. Elec. Co. v. Wilkins*, No. 1:10-cv-00674, 2012 WL 570048 (E.D. Cal. Feb. 21, 2012) 등.

50) 해당 자료가 얼마나 특별한 취급을 받는지 여부나 자료의 복제가능성 등이 고려된다. 500개 이상의 전자문서를 삭제하였지만, 해당 자료가 여전히 다른 매체에 저장되어 있으므로 제재의 대상이 되지는 아니한다고 본 판례로 *Oracle America, Inc. v. Hewlett Packard Enter. Co.*, 328 F.R.D. 543 (N.D. Cal. 2018).

51) *Marten Transport, Ltd. v. Plattform Advertising, Inc.*, 2016 WL 492743, (D. Kan. 2016).

52) The Sedona Conference, *supra* note 12, at 391-392.

53) *Id.* at 354.

소송이 "합리적으로 예견 가능한 경우"를 말하며,[54] 이는 합리적인 당사자라면 동일한 사실관계에서 소송을 예견하는 것이 합리적인지를 의미한다.[55] 소송이 합리적으로 예견 가능한 경우인지 판단하기 위한 요소로는 ① 소제기에 관한 명확한 의사전달,[56] ② 소환장 혹은 소장의 수령, ③ 침해행위 중지 요구 서한(cease-and-desist letter)의 발송[57] 혹은 수령, ④ 장래 소제기가 예상되는 특정 사건의 발생, ⑤ 법원의 보존명령(preservation order) 등이다.[58]

다만 보존의무가 발생하였는지 여부를 결정하는 것은 사건마다 위에 언급한 여러 요소를 고려하여 판단된 개별적 기준에 따르는 것이며, 어떤 단일한 기준이 적용되는 것은 아니라는 것을 염두에 두어야 한다.[59]

Ⅲ. 보존의무 이행수단으로서의 증거보존조치

1. 증거보존조치의 개념

증거보존조치(legal hold)란 당사자(특히 기업)가 보존의무(duty to preserve)를 이행하기 위해, 우선 기존의 자료보존 정책이나 시스템에 의한 자동적인 기능에 의

54) 소송이 합리적으로 예견 가능할 때에도 보존의무가 발생한다고 본 판례로 *Alter v. Rocky Poin Sch. Dist.*, No. 13-1100, 2014 WL 4966119 (E.D.N.Y. Sep. 3, 2014); 피고가 합리적으로 소송을 기대할 수 있는 상태가 아니었다고 판단하여 보존의무를 인정하지 아니한 사례로 *In re* Abilify (Aripiprazole) Prod. Liab. Litig., No. 16-MD-2734, 2018 WL 4856767 (N.D. Fla. Oct. 5, 2018).

55) *Micron Tech., Inc. v. Rambus Inc.*, 645 F.3d 1311 (Fed. Cir. 2011); *Storey v. Effingham Cnty.*, 2017 WL 2623775 (S.D. Ga. June 16, 2017).

56) 다만 소제기를 하겠다는 의사전달 혹은 소제기의 위협이 단지 불만을 표시하는 문구에 불과하다면 이는 소송이 합리적으로 예견 가능한 경우라고 볼 수 없다는 판례로 *Cache La Poudre Feeds, LLC v. Land O' Lakes, Inc.*, 2007 WL 68400 (D. Colo. Mar. 2, 2007).

57) 침해행위 중지 요구 서한을 발송하는 측(잠재적 원고)의 보존의무는 사안에 따라 서한을 발송하는 시점 이전(법적 행동을 취해야겠다는 내부의 의사결정 시점 등)에 발생할 수 있다(logikcull, *supra* note 13, at 26).

58) *Id.*

59) 소송이 합리적으로 예견 가능한지의 여부는 사안마다 개별적인 기준에 따르며, 이의 판단에 있어서는 법원이 필연적으로 그 재량을 행사할 수밖에 없다는 판례로 *Micron Tech., Inc. v. Rambus Inc.*, 645 F.3d 1311 (Fed. Cir. 2011).

해 수행되던 자료의 처리 과정을 일단 연기하도록 하는 취지를 전달하는 것으로 시작하는, 일련의 과정을 말한다.[60] 뒤에서 더 자세히 살펴보겠지만, Fed. R. Civ. P. 37(e)[61]는 소송 혹은 기타 분쟁해결절차가 예상되는 경우 당사자는 당해 사안과 관련 있는 자료를 보존하기 위한 합리적인 조치를 취할 것을 규정하고 있으며, 당사자는 그와 같은 보존의무가 발생한 시점 이후로는 해당 자료를 삭제하지 않기 위해 그가 할 수 있는 합리적이면서도 선의의 노력을 하였음을 소명할 필요가 있다.[62] 그러므로 증거보존을 위한 적절한 조치를 취하는 것은 자료보존을 위해 당사자가 '합리적이면서도 선의의 노력'을 하였음을 소명하는 데 있어 매우 중요하며, 앞에서 언급한 바와 같이 일반적으로 그와 같은 취지를 전달하기 위한 공지를 자료의 보유자에게 보내는 것으로 그러한 절차를 개시하는데, 그러한 취지를 기재한 공지를 증거보존공지(legal hold notice 또는 litigation hold notice)라고 한다.[63]

증거보존조치(legal hold)가 주목받기 시작한 것은 2003년의 *Zubulake v. UBS Warburg* 사건[64]이다.[65] 이 사건에서 법원은 "일단 당사자가 소송을 합리적으로 예견하였다면, 그의 정기적인 자료보존/파기정책의 실행을 잠시 유보하고 관련 자료의 보존을 확실히 하기 위해 'litigation hold'를 실시할 필요가 있다."고 판시하였다.[66]

---

60) The Sedona Conference, *supra* note 12, at 347; Thibodaux, Palumbo & Harris, *supra* note 44, at § 10:2.

61) Fed. R. Civ. P. 37(e)는 소송의 기대 혹은 수행 중에 보존되었어야 할 전자적으로 저장된 자료(ESI)가 멸실되었고, 그 이유가 이를 보존해야 할 당사자가 보존을 위한 합리적인 조치를 취하지 아니하였기 때문이며, 추가적인 증거개시절차를 통해서도 멸실된 자료를 복구하거나 대체할 수 없을 경우에 법원이 제재를 할 수 있다고 규정하고 있다.

62) logikcull, *supra* note 13, at 22.

63) The Sedona Conference, *supra* note 12, at 347.

64) 220 F.R.D. 212 (S.D.N.Y. 2003).

65) Michael D. Berman, "When Does a Litigation Hold End?" *in* Michael D. Berman, Courtney Ingraffia Barton & Paul W. Grimm(eds.), *Managing E-Discovery and ESI – From Pre-Litigation Through Trial* – 277 (2011).

66) *Zubulake v. UBS Warburg*, 220 F.R.D. 212, 216-18 (S.D.N.Y. 2003).

2. 증거보존조치의 단계

일반적으로 증거보존조치는 증거보존공지를 보내는 것으로 이해되는데, 단순히 그와 같은 공지를 보내는 것으로 증거보존조치가 완료되는 것은 아니며, 증거보존조치는 일련의 단계로 구성된다.[67] 각 단계에서 가장 우선적으로 고려되어야 할 뿐만 아니라 추후 보존조치의 각 단계를 얼마나 성실히 수행하였는지 판단하는 기준이 되는 것은 비례성 원칙(proportionality)이다. 비례성 원칙은 증거보존의 범위와 정도를 정하는 데 있어 지도적인 원리로 기능하며,[68] 당사자가 증거보존에 기울인 노력이 합리적인 범위 내에 있는지 판단하는 요소로 기능하기도 한다.[69]

(1) 식별단계

보존의무가 발생하였다면 당사자는 가능한 이른 시간에 증거보존조치를 시작하여야 하고, 증거보존공지를 발송하여야 한다.[70] 다만 그러한 조치를 취하기에 앞서 보존되어야 하는 자료가 무엇이고 해당 자료를 보유하고 있는 자가 누구인지를 식별하는 단계를 거쳐야 한다.[71]

1) 보존되어야 할 자료의 식별

보존되어야 할 자료를 식별하는 것은 증거보존조치의 첫 번째 단계이다.[72] 전자적으로 저장된 자료(ESI)가 대부분을 차지하지만, 서류와 같은 유형물 자료 또한 그 대상이다.[73] 전자적으로 저장된 자료는 여러 가지를 포괄하는데, 대표적으로 ① 이

---

67) logikcull, *supra* note 13, at 22.
68) Joy Flowers Conti & Richard N. Lerrieri, "E-Discovery Ethics: Emerging Standards of Technological Competence", Fed. Law. 28, 31 (2015).
69) Fed. R. Civ. P. 37(e) advisory committee's note (2015).
70) logikcull, *supra* note 13, at 28.
71) Jay E. Grenig, *Electronic Discovery and Records and Information Management Guide* § 9:4 (2022).
72) logikcull, *supra* note 13, at 22.
73) *Id.*

메일, ② 인스턴트 메신저에 의한 채팅, ③ 워드프로세서나 스프레드시트 혹은 프레젠테이션 파일, ⑤ 소셜미디어 게시물, ⑥ 오디오나 비디오 혹은 이미지 파일 등이 그 예이다.[74] 또한 추가로 보존되어야 하는 자료가 저장된 매체가 무엇인지를 식별하여야 하며, 자료를 보유하고 있는 자가 과도한 부담을 지지 않는 한도 내에서 보존조치를 수행할 수 있도록 보존되어야 하는 자료의 범위가 식별되어야 한다.[75]

2) 자료의 보유자 식별

보존되어야 할 자료가 식별되면 그다음 단계는 보존되어야 하는 자료를 보유하고 있는 자를 식별하는 것이다.[76] 이는 증거보존공지의 수신자를 결정하는 것으로, 효과적인 증거보존조치를 위해 필수적이다.[77] 정보의 보유자가 피고용인일 경우 그의 직장 내 지위와 고용상태를 계속해서 갱신하는 것이 요구되는데, 이는 증거의 훼손(spoliation)이 대부분 해당 자료의 보유자가 회사와의 고용 관계가 종료된 이후 자료를 제대로 보존하지 않는 경우에 발생하기 때문이다.[78]

3) 증거보존공지 발송 시점 및 수신인의 결정

증거보존공지를 적시에 발송하는 것은 증거보존조치에 있어 매우 중요한 것으로 여겨진다.[79] 당사자와는 달리 소송대리인의 경우 증거보존공지의 적절한 수신인을 파악하는 데 어려움을 겪을 수 있으며, 당사자가 큰 규모의 기업일 경우에는 당사자도 적확한 수신인을 파악하는 데 어려움을 겪을 수 있다.[80] 전자의 경우 당사자와 소송대리인 사이의 명확한 커뮤니케이션이 요청되며, 후자의 경우 IT 업무를 담

---

74) Thibodaux, Palumbo & Harris, *supra* note 44, at § 10:5.
75) Grenig, *supra* note 71, at § 9:4.
76) Monica McCarroll, "Discovery and the Duty of Competence", 26 Regent U. L. Rev. 81, 100 (2013~2014).
77) logikcull, *supra* note 13, at 22.
78) Grenig, *supra* note 71, at § 9:4.
79) *Id.*
80) 1 *eDiscovery & Digital Evidence* § 5:30.

당하는 부서와의 긴밀한 협조가 요청될 수 있다.[81]

4) 다수의 증거보존조치가 존재할 경우의 처리

만약 증거보존조치를 실행하는 당사자가 복수의 증거보존조치에 관여되어 있을 경우에는 복수의 모든 사건이 해결될 때까지 증거보존조치가 유지되어야 하는가 등의 문제가 발생한다.[82] 이 경우 보존에 수반되는 과도한 비용이나 부담을 피하고, 업무의 연속성을 보장하기 위해 관련된 증거보존조치를 병합할 필요가 존재한다.[83] 또한 자료보존 실패의 위험을 방지하기 위해 각각의 증거보존조치에 대한 정확하면서도 상세한, 실시간의 기록 및 관리가 요망된다.[84]

(2) 증거보존공지

증거보존공지를 발송하는 것은 앞에서 본 바와 같이 증거보존조치 전부로 오해될 만큼 증거보존조치에서 매우 중요하면서도 필수적인 요소이다.[85] 하지만 증거보존공지의 발송은 당사자가 자신의 보존의무를 이행하기 위한 일련의 단계 중 첫 번째에 불과하며,[86] 이는 증거보존조치 전 과정에서 명확히 인식되어야 한다.[87]

다만 증거보존공지는 증거개시요구가 아니며, 이는 단지 전자적으로 저장된 자료(ESI)가 삭제되거나 변경되지 아니하도록 보존해달라고 요구하는 것에 불과하다.[88] 하지만 추후 보존해달라고 요구한 증거가 망실되었을 경우 증거보존공지는 증거의

---

81) Grenig, *supra* note 71, at § 9:4.
82) 1 *eDiscovery & Digital Evidence* § 5:30.
83) *Id.*
84) Casey Sullivan, *Litigation Holds (Legal Holds): A Comprehensive Guide* (2022), https://www.everlaw.com/blog/2022/01/10/guide-to-legal-holds/ (last visited: Mar. 9, 2023).
85) exterro, *The Basics of E-Discovery* (2nd ed.) *available at* https://www.exterro.com/basics-of-e-discovery/legal-hold#the-legal-hold-process (last visited: Mar. 9, 2023); 1 *eDiscovery & Digital Evidence* § 5:31.
86) *Bagley v. Yale Univ.* 318 F.R.D. 234, 340 Ed. Law Rep. 929 (D. Conn. 2016).
87) 1 *eDiscovery & Digital Evidence* § 5:31.
88) *Id.*

보존을 요구한 당사자가 법원에 제재 혹은 다른 구제수단을 구하기에 유리한 지위에 놓이도록 할 수 있다.[89]

1) 증거보존공지의 내용

일반적으로 증거보존공지는 다음의 사항을 포함한다.[90][91]

① 문제되는 분쟁에 관한 설명

증거보존공지의 수신인이 어떠한 자료가 보존의 대상이 되는지 추정할 수 있도록 가능한 문제되는 분쟁의 성격 및 그 내용에 관한 자세한 정보가 포함되어야 한다.[92]

② 핵심적인 자료 보유자

증거보존공지의 수신인이 되는, 핵심적인 자료 보유자가 누구인지에 대한 사항이 증거보존공지에 포함되어야 한다.[93]

③ 보존 대상이 되는 자료의 적시

소송자료의 보존이 문제되는 분쟁의 대상(subject matter)을 명확히 분석하여, 잠재적으로 증거개시의 대상이 될 수도 있는 자료의 위치와 그 내용 등이 사전에 검토되어야 하며, 그 내용은 증거보존공지에 명확하게 서술되어야 한다.[94]

---

89) *Id.*
90) *Id.* at § 5:29.
91) 증거보존공지의 예시는 뒤의 별지 참조.
92) Grenig, *supra* note 71, at § 9:5.
93) 1 *eDiscovery & Digital Evidence* § 5:29.
94) Grenig, *supra* note 71, at § 9:5.

④ 보존조치에 대한 안내

공지의 수신인에게 자신이 보유하는 정보가 언제, 어떤 방식으로 보존될 것인지를 명확하게 서술하여야 한다.[95] 만약 보존이 즉각적으로 이루어질 필요가 없는 경우라면 보존조치 전에 해야 할 사항과 하지 말아야 할 사항을 분명하게 밝혀 서술하여야 한다.[96]

⑤ 공지의 내용을 따르지 아니할 경우의 결과

공지의 내용을 따르지 아니할 경우 그 결과에 대해 명확하게 서술하여야 하며, 해당 공지의 수신자는 당해 공지에 법적 의무가 수반된다는 것을 분명하게 이해하여야 한다.[97]

⑥ 담당자의 연락처

증거보존공지를 받은 사람이 그에 관한 의문 사항 등이 있을 경우 담당자에게 문의할 수 있어야 하므로 당해 공지 및 보존조치와 관련한 담당자의 연락처에 관한 정보가 제공되어야 한다.[98]

2) 공지의 발송

증거보존공지는 소가 제기되기 전 혹은 소가 제기됨과 동시에 발송되어야 할 뿐만 아니라 Fed. R. Civ. P. 26에서 규정하고 있는 당사자에 의한 자발적인 공개절차(disclosure) 이전에 발송되어야 하며, 증거개시가 이루어지기 전에 발송되어야 한다.[99]

---

95) 1 *eDiscovery & Digital Evidence* § 5:29.
96) 이에는 이메일의 삭제 금지나 파일의 수정 금지 등이 포함된다(*Id.*).
97) Grenig, *supra* note 71, at § 9:5.
98) *Id.*
99) 1 *eDiscovery & Digital Evidence* § 5:31.

또한 공지는 당사자를 위해 전자적으로 저장된 자료(ESI)를 유지·관리하는 제3자인 서비스 공급자에게도 발송되어야 하는데, 이에는 이메일 서비스 공급자, 서비스형 소프트웨어(Software as a Service, SaaS)[100] 공급자 또는 그 외 아웃소싱 된 서비스 공급자를 포함한다.[101]

3) 공지의 수신확인

일단 증거보존공지를 수신인에게 발송한 것만으로는 충분하지 아니하며, 발송 이후 수신인이 당해 공지를 수령하였는지 여부와 읽고 확인하였으며 보존조치에 협조할 것인지의 여부를 확인하여야 한다.[102] 이러한 과정은 여러 조치를 통하여 이루어질 수 있지만 가장 중요한 것 중 하나는 수령확인서(acknowledgment)를 수신인으로부터 받는 것이다.[103]

(3) 증거보존공지 발송 이후의 감독

증거보존공지를 발송한 이후에도 현재 증거보존조치가 실행중이며, 해당 공지의 수신인은 자료의 보존의무가 여전히 유효함을 주기적으로 상기시킬 필요가 존재한다.[104]

소송자료의 보존조치는 짧게는 수주에서 길게는 수년까지 걸리므로,[105] 증거보존공지의 발송으로 대표되는 소송자료의 보존조치를 취한 이후에도 당사자는 소송자료의 보존 과정이 종료되지 아니하는 한 계속하여 일정한 의무를 부담한다.[106] 당

---

100) 서비스형 소프트웨어란 사용자가 필요로 하는 소프트웨어를 인터넷을 통하여 다수 사용자에게 온라인으로 제공하는 기술로 정의되며, 사용자는 인터넷을 통해 사용하고자 하는 소프트웨어를 사용한 후 그에 대한 비용만 지불하는 방식으로도 설명된다. 자세한 내용은 김형환 외 12인, "SaaS 기술 개발 동향", 『전자통신동향분석』 제24권 제4호, 2009. 8., 15면 참조.

101) 1 *eDiscovery & Digital Evidence* § 5:33.

102) Thibodaux, Palumbo & Harris, *supra* note 44, at § 10:8.

103) 수령확인서의 예시는 뒤의 별지 참조.

104) logikcull, *supra* note 13, at 23.

105) Thibodaux, Palumbo & Harris, *supra* note 44, at § 10:9.

106) *Markey v. Lapolla Industries, Inc.*, 2015 WL 5027552 (E.D.N.Y. Aug. 25, 2015); *New*

사자와 소송대리인은 증거보존조치가 잘 이행되는지에 대해 주도적이면서도 적극적으로 감독하여야 하는데,[107] 이에는 ① 잠재적으로 관련 있을 것으로 보이는 자료의 유지, ② 소송에서의 핵심 인물과 관련 있을 것으로 보이는 정보를 보유하고 있는 사람과의 주기적인 커뮤니케이션, ③ 보존의무의 존재에 대한 주기적인 주의환기[108] 등이 포함되며,[109] ④ 어떠한 사유로 보존의 범위가 변경될 경우 증거보존공지의 내용을 그것에 맞게 수정하는 것을 포함한다.[110] 증거보존조치 이후의 감독을 게을리할 경우 법원은 해당 당사자 및 소송대리인에게 불리한 조치를 할 수 있다.[111]

(4) 증거보존조치의 종료

증거보존조치를 취하게 된, 문제의 분쟁이 종료하였다면 증거보존조치가 종료하였음을 통지할 필요성이 존재한다.[112] 이는 증거보존공지를 받은 수신인에게 보존의무가 종료하였음을 통지하는 동시에, 추후 불필요한 보존의무의 이행이 계속되는 것을 방지하는 측면 또한 존재한다.[113]

적시에 이루어지는 증거보존조치의 종료는 ① 당사자로 하여금 자료를 장기보존함으로 인해 발생할 수 있는 추가적인 비용과 위험을 줄여주고 ② 당사자가 원래 취하던, 자료의 보존정책으로 조기에 회귀할 수 있도록 해줄 뿐만 아니라 ③ 자료의 보유자로 하여금 증거보존공지에 더욱 집중할 수 있게 해주는 장점이 있다.[114]

Orleans Regional Physician Hosp. Org., Inc. v. United States, 122 Fed. Cl. 807 (2015).

107) *Zubulake v. UBS Warburg LLC*, 229 F.R.D. 422 (S.D.N.Y. 2004); *Jones v. Bremen High School Dist. 228*, 2010 WL 2106640 (N.D. Ill. 2010).

108) Thibodaux, Palumbo & Harris, *supra* note 44, at § 10:10.

109) *Zubulake v. UBS Warburg LLC*, 229 F.R.D. 422 (S.D.N.Y. 2004).

110) Thibodaux, Palumbo & Harris, *supra* note 44, at § 10:9.

111) 당사자와 소송대리인이 적절한 감독을 하지 못하였음을 지적하고 있는 판례로 *Danis v. USN Communications, Inc.*, 2000 WL 1694325 (N.D. Ill. 2000), 적절한 감독을 하지 못한 당사자에게 중립적인 제3자에 의한 데이터 저장소에 대한 포렌식 조사와 검색어에 의해 검색된 정보의 제출에 관한 절차를 수립하도록 명한 사례로 *Procaps S.A. v. Patheon, Inc.*, 2014 WL 800468 (S.D. Fla. 2014).

112) logikcull, *supra* note 13, at 23.

113) *Id.*

증거보존조치의 종료 시점은 보존의무가 더는 존재하지 아니하는 시점이며,[115] 보존의무가 존재하지 아니하는 시점이 되면 증거보존 통지를 받은 모든 자료의 보유자에게 보존의무가 더는 존재하지 아니하며, 증거보존조치가 종료되었다는 취지의 통지를 발송하여야 한다.[116]

보존의무가 더는 존재하지 아니하는 경우는 다음과 같은데, ① 이미 소가 제기되어 보존의무가 발생하였다면 당사자 사이에 화해가 이루어지거나 판결이 확정된 경우이고, ② 장래 소를 제기할 것을 예상하여 보존의무가 발생한 경우라면 원고가 소를 제기하지 아니하기로 하고 피고에게 이를 통지하기로 하였거나, 제소기한법(statute of limitation) 등의 이유로 더는 소를 제기할 수 없게 됨이 확정된 경우 등이 그러하다.[117]

3. 증거보존조치(Legal Hold)의 효과

(1) 증거보존조치를 성공적으로 이행한 경우

당사자가 증거보존(legal hold)을 위한 조치를 도입하고 장래 증거개시의 대상이 될 수 있는, 전자적으로 저장된 자료(ESI)를 보존하는 데 있어 합리적인 절차를 이행하였다면 해당 당사자는 ① 증거개시의 대상이 되는 자료가 망실된 경우라고 하여도 제재를 받지 아니하거나 ② 설령 제재를 받았다 하더라도 그 제재의 효력이 미치지 아니한다.[118]

(2) 증거보존조치를 성공적으로 이행하지 못한 경우

Fed. R. Civ. P. 37(e)의 규정에 따라 전자적으로 저장된 자료(ESI)를 보존해야

114) Thibodaux, Palumbo & Harris, *supra* note 44, at § 10:11.
115) Berman, *supra* note 65, at 278.
116) The Sedona Conference, *supra* note 12, at 409.
117) Berman, *supra* note 65, at 278.
118) The Sedona Conference, *supra* note 12, at 359.

하는 당사자가 그 보존에 실패한 경우 법원은 해당 당사자에게 제재를 부과할 수 있다. 다만 법원이 제재를 부과하기 위해서는 ① 자료의 보존의무가 존재하여야 하고,[119] ② 자료를 보존해야 할 당사자가 보존을 위한 합리적인 조치를 취하지 아니하여 자신의 보존의무를 이행하지 아니하였으며, ③ 추가적인 증거개시절차를 통해서도 멸실된 자료를 복구하거나 대체할 수 없을 뿐만 아니라, ④ 상대방이 자료의 멸실로 인해 불이익을 받거나 자료를 멸실한 당사자가 상대방으로 하여금 해당 자료를 활용하지 못하게 할 의도로 그러한 행위를 한 경우에 해당하여야 한다.

이 경우 법원이 부과할 수 있는 제재로는 ① 변호사 비용 및 기타 소송비용 등을 부담하도록 하는 금전적 제재,[120] ② 배심원에 대한 불리한 추정의 지시(adverse inference instruction),[121] ③ 소각하(dismissal of action), ④ 피고 불출석 무변론 판결(default judgment)[122] 등을 들 수 있다.[123]

4. 관련 문제

(1) 증거보존공지의 증거개시 가능성

당사자가 보존의무를 제대로 이행하였는지 여부와 관련하여 증거보존공지의 증거개시 가능성이 문제된다.[124] 일반적으로 증거보존공지는 증거개시의 대상이 되지 아니하는데,[125] 이에는 변호사-의리인 비닉특권(attorney-client privilege)이나 변호

---

119) 보존의무가 존재하지 아니한 경우에는 법원이 제재를 부과할 수 없다는 판례로 *Marten Transport, Ltd. v. Plattform Advertising, Inc.*, 2016 WL 492743 (D. Kan. 2016).

120) 피고가 증거보존조치를 적절히 이행하지 아니하였다는 이유로 피고와 그 소송대리인에게 각각 25,000 USD와 10,000 USD의 금전적 제재를 부과한 사례로 *Knickerbocker et al. v. Corinthian Colleges, Inc.*, No. 2:2012-cv-01142 - Document 85 (W.D. Wash. 2014).

121) 원고가 소송대리인의 삭제 금지 지시에도 불구하고 페이스북 계정을 삭제한 것에 대해 배심원으로 하여금 삭제된 페이스북 계정이 피고에게 유리한 것으로 추정하길 지시한 사례로 *Torgersen v. Siemens Building Technology, Inc.*, 2021 WL 2072151 (N.D. Ill. 2021).

122) *WeRide Corp. v. Kun Huang*, 2020 WL 1967209 (N.D. Cal. 2020).

123) Sullivan, *supra* note 84.

124) 1 *eDiscovery & Digital Evidence* § 5:36.

125) *Cannata v. Wyndham Worldwide Corp.*, 2011 WL 5598306 (D. Nev. 2011); *Gibson v. Ford Motor Co.*, 2007 WL 41954 (N.D. Ga. 2007) 등.

사의 소송준비자료(work product)에 해당하는 내용이 포함되기 때문이다.[126]

다만 판례에 의해 예외적으로 증거보존공지가 증거개시의 대상이 되는 때가 있는데, 이는 증거개시를 구하는 상대방이 관련 있는 증거가 훼손되었다는 사실에 대한 잠정적인 소명을 하는 경우이다.[127]

(2) 제3자를 대상으로 하는 증거보존공지

당사자의 보존의무는 일반적으로 그가 소유, 점유 혹은 지배하는 자료에 대해서만 미치는 것이 원칙이다.[128] 그러므로 당사자가 아닌 제3자는 일반적으로 당사자들 사이의 소송에 대해 예견 가능하거나, 심지어 그에 대해 실제로 알고 있었다 할지라도 그러한 사실에 기하여 자료를 보존할 의무를 지지 아니한다.[129] 하지만 일부의 판례는 제3자가 소유 혹은 지배하고 있는 전자적으로 저장된 자료에까지 당사자의 보존의무를 확대하여 적용하는 경우가 있는데, 당사자가 당해 소송의 당사자가 아닌 제3자로부터 문제되는 자료를 취득할 권한이나 지위가 있는 경우에 그러하다.[130] 이는 당사자와 제3자 사이에 계약 기타 그에 준하는 관계가 존재하는 경우나,[131] 함께 자료를 공유하는 관계[132] 등이 그러하다. 이와 같은 경우에 해당한다면 보존의무가 확대되므로, 당사자는 제3자에게 증거보존공지를 발송할 수 있거나 발송하여야 할 것이다.[133]

---

126) *Gibson v. Ford Motor Co.*, 2007 WL 41954 (N.D. Ga. 2007); *Muro v. Target Corp.*, 250 F.R.D. 350 (N.D. Ill. 2007).

127) *Major Tours, Inc. v. Colorel*, No. CIV 05-309 (JBS/JS), 2009 WL 2413631 (D. N.J. Aug. 4, 2009); *Radiation Oncology Servs. of Cent. New York, P.C. v. Our Lady of Lourdes Mem'l Hosp. Inc.*, 69 Misc. 3d 209, 126 N.Y.S. 3d 873(N.Y. Sup. Ct. 2020).

128) Thibodaux, Palumbo & Harris, *supra* note 44, at § 10:12.

129) *Shamrock-Shamrock, Inc. v. Remark*, 271 So. 3d 1200 (Fla. 5th DCA 2019).

130) *In re* NTL, Inc. Securities Litigation, 244 F.R.D. 179 (S.D.N.Y. 2007), order aff'd, 2007 WL 1518632 (S.D.N.Y. 2007).

131) The Sedona Conference, *supra* note 12, at 341.

132) *Goodman v. Praxair Services, Inc.*, 632 F.Supp. 2d 494 (D. Md. 2009).

133) Thibodaux, Palumbo & Harris, *supra* note 44, at § 10:12.

Ⅳ. 당사자의 보존의무 도입논의와 증거보존조치의 도입 가능성

1. 당사자의 보존의무 도입논의

증거개시절차의 도입을 주장하는 최근의 문헌을 보면, 앞에서 본 바와 같이 도입의 구체적인 범위에서는 차이를 보이나,[134] 전자적으로 저장된 자료(ESI)를 포함한 문서 및 자료의 제출(request to produce documents, ESI, and tangible things) 도입에 대해서는 다수의 견해가 이에 찬성하고 있는 것으로 보이며,[135] 이와 같은 취지의 법률안도 제출된 상태이다.[136] 다만 그 구체적인 방법에 대해서는 소위 자료제출명령과 같은 별개의 절차를 도입하는 방안[137]부터 민사소송법상 문서제출명령 관련 규정을 개정하는 방안[138]으로 나누어져 있는 상황이다. 또한 일부의 견해는 전자적으로 저장된 자료의 특성을 고려하여 당사자의 보존의무를 인정하고 그에 관한 내용이 포함되어야 한다는 주장 또한 제시하고 있다.[139]

---

134) 전휴재, 앞의 글(주9), 86면 이하 참조.

135) 디스커버리 연구반, 앞의 글(주5), 59면; 박지원, 앞의 글(주11), 223면; 전원열, 앞의 글(주3), 127면; 김형두, 앞의 글(주3), 98-101면; 한양대학교 법학연구소(연구책임자: 한충수), 『민사소송 절차상 디스커버리 제도 도입에 관한 연구』, 법무부 연구용역보고서, 2020, 100면 이하 등.

136) 대표적으로 조응천의원이 대표발의한 민사소송법 일부개정법률안[국회 의안정보시스템, "[2110939] 민사소송법 일부개정법률안(조응천의원 등 10인)", https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_A2D1U0K3R3I1H0C9P5S5U2D7S7U4Y2 (2023. 3. 9. 최종방문)]과 민병덕의원이 대표발의한 금융소비자 보호에 관한 법률 일부개정법률안[국회 의안정보시스템, "[2103512] 금융소비자 보호에 관한 법률 일부개정법률안(민병덕의원 등 10인)", https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_U2G0M0N9G0T3V1C7B0V9Y0K6P0Q8H9 (2023. 3. 9. 최종방문)]을 들 수 있다.

137) 대한변호사협회 · 배심제도연구회, 앞의 글(주6)과 민병덕의원이 대표발의한 금융소비자 보호에 관한 법률 일부개정법률안[국회 의안정보시스템, "[2103512] 금융소비자 보호에 관한 법률 일부개정법률안(민병덕의원 등 10인)", https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_U2G0M0N9G0T3V1C 7B0V9Y0K6P0Q8H9 (2023. 3. 9. 최종방문)]이 그와 같은 취지이다.

138) 전원열, 앞의 글(주3), 127면; 김형두, 앞의 글(주3), 98-101면; 디스커버리 연구반, 앞의 글(주5), 59면; 박지원, 앞의 글(주11), 223면 등. 조응천의원이 대표발의한 민사소송법 일부개정법률안[국회 의안정보시스템, "[2110939] 민사소송법 일부개정법률안(조응천의원 등 10인)", https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_A2D1U0K3R3I1H0C9P5S5U2D7S7U4Y2 (2023. 3. 9. 최종방문)]도 같은 취지이다.

139) 예를 들어 디스커버리 연구반, 앞의 글(주5)은 당사자의 문서 등 보존의무 발생 시점을 조금 더 명확히 규정할 필요가 있으며(위의 글, 62면), 이를 위해서는 민사소송법 제350조를 개정하여 제1항에서 "장래에 소가 계속될 것이 합리적으로 예상될 경우 상대방은 그와 관련된 문서

이에 대해서는 전자적으로 저장된 자료(ESI)의 특성을 고려하여 보존의무에 관한 규정을 두는 태도가 타당할 것으로 보인다. 다만 보존의무에 관해서 '이를 삭제하지 아니하여야 한다' 혹은 '보존하여야 한다'식의 규정으로는 보존의 범위와 방법 등에 관한 의문이 제기될 수밖에 없을 것으로 생각된다. 앞에서 본 미국의 예에서도 모든 자료를 보존할 것을 요구하는 것이 실질적으로 불가능하다는 점,[140] 연방민사소송규칙에서도 완벽한 보존이 아닌 '합리적인 보존'을 요구하고 있다는 점[141] 등을 고려할 때, 보존의 범위와 적절한 보존방법 등에 관한 논의가 함께 이루어져야 할 것으로 보인다.

2. 증거보존조치의 도입 가능성

현재의 경우 민사소송법상의 증거보전절차에 의하는 방법을 생각해볼 수 있을 것이다. 이하에서는 민사소송법에 규정된 증거보전절차의 내용에 대해 간략히 살펴보고, 증거보존조치와 증거보전절차와의 차이점과 증거보존조치가 도입되어야 할 필요성에 대해 보기로 한다.

(1) 증거보전절차

1) 의의

소송계속 전 혹은 소송계속 중에 본래의 증거조사시기까지 기다리다가는 해당 증거방법의 사용이 불가능해지거나 곤란하게 될 사유가 존재하는 경우에 해당 증거를 미리 조사해두었다가 본안소송에서 추후 사실을 인정하는 데 사용하기 위한 증거조사방법을 증거보전이라고 한다(민사소송법 제375조).[142]

등 자료를 삭제하여서는 아니 된다"라고 규정하여 당사자의 보존의무를 인정하고 있다(위의 글, 160면).

140) *Zubulake v. UBS Warburg*, 220 F.R.D. 212 (S.D.N.Y. 2003).

141) Fed. R. Civ. P. 37(e) advisory committee's note (2015).

142) 정동윤 · 유병현 · 김경욱, 『민사소송법』, 제9판, 2022, 666~667면.

2) 요건

① 증거보전의 사유

미리 증거조사를 하지 아니하면 그 증거를 사용하기 불가능하거나 곤란할 사정이 존재하여야 한다(민사소송법 제375조). 증거보전을 필요로 하는 사유는 증거보전을 신청하는 신청인이 이를 소명하여야 하며(민사소송법 제377조 제2항), 증명하기 위한 주제와 청구와의 관련성 여부는 그 요건이 아니다.[143]

② 당사자의 신청

당사자가 증거보전을 신청하여야 하며, 소송이 계속된 중에는 법원이 직권으로 증거보전의 결정을 할 수 있으나(민사소송법 제379조) 실무상 그런 예는 거의 없다고 한다.[144]

③ 증거보전의 대상

증거보전의 대상이 되는 것은 모든 증거방법이므로, 증인신문과 감정, 서증조사, 문서제출명령, 문서송부촉탁, 검증, 당사자신문 모두가 가능하다.[145]

3) 절차

① 신청

증거보전의 신청은 ① 상대방의 표시와 ② 증명할 사실, ③ 보전하고자 하는 증거, ④ 증거보전의 사유를 밝혀 서면으로 하여야 한다(민사소송법 제377조, 민사소송규칙 제124조 제1항). 만약 상대방을 표시할 수 없는 경우에는 법원이 특별대리

---

143) 위의 책, 668면; 이시윤, 『신민사소송법』, 제11판, 2017, 529~530면.
144) 법원행정처, 『법원실무제요 민사소송[III]』, 2017, 1327면.
145) 위의 책, 1326면.

인을 선임할 수 있다(민사소송법 제378조).

② **관할법원**

소제기 전에 증거보전신청을 한 경우 관할법원은 증거방법의 소재지를 관할하는 지방법원이 되고(민사소송법 제376조 제1항), 소제기 후에 증거보전신청을 한 경우에는 해당 증거를 사용할 심급의 법원이 관할법원이 된다(민사소송법 제376조 제1항). 다만 급박한 경우에는 소제기 이후에도 소제기 전에 증거보전신청을 하는 경우의 관할법원에 신청할 수 있고(민사소송법 제376조 제2항), 관할법원 이외의 법원에 증거보전신청을 한 경우에는 민사소송법 제34조를 유추하여 이송할 수 있다.[146]

③ **비용의 예납**

신청인은 증거조사비용을 예납하여야 하며, 증거보전의 비용은 소송비용의 일부가 된다(민사소송법 제383조).

④ **결정**

증거보전의 신청에 대해 법원은 그 허부의 재판을 하여야 하며, 이는 변론 없이 결정으로 한다.[147] 증거보전신청을 받아들이는 결정에 대하여는 불복하지 못하지만(민사소송법 제380조), 기각하는 결정에 대해서는 신청인이 항고할 수 있다(민사소송법 제439조).

⑤ **증거조사**

증거보전절차에서의 증거조사는 본안소송에서의 증거조사와 동일한 방법으로 시

146) 위의 책, 1328면.
147) 위의 책, 1329면.

행된다(민사소송법 제375조). 증거조사기일은 신청인 및 상대방에게 통지하여야 하나 긴급한 경우에는 예외로 하며(민사소송법 제381조), 만약 증거보전절차에서 신문한 증인을 당사자가 변론에서 다시 신문하고자 신청하였다면 법원은 그 증인을 신문하여야 한다(민사소송법 제384조).

4) 변론에의 상정

증거보전의 결과는 변론에 상정되지 아니하면 증거자료로 사용할 수 없다.[148]

소제기 전 증거보전절차에서 문서제출명령에 불응하거나 검증물을 제출하지 아니하는 경우 이를 어떻게 제재할 것인가의 문제가 존재한다.[149]

(2) 증거보전절차와 증거보존조치의 비교

증거보존조치와 증거보전절차는 다음과 같은 점에서 차이점이 존재한다. 우선 증거보존조치는 소송이 합리적으로 예견되거나 소제기가 이루어진 시점에서 당사자가 자신의 보존의무를 이행하기 위해 일단 당해 사건과 관련 있는 자료를 더는 삭제하지 아니하는 것을 주된 내용으로 하는데, 증거보전절차는 대상이 되는 증거를 보존하는 것이 아니라 증거조사를 미리 실시하는 절차이므로 차이가 있다. 특히 증거보전절차의 경우 그와 같은 성격으로 인해 증거의 보존이라는 면에서는 한계가 있다는 견해[150] 또한 주장되고 있다.

다음으로 증거보존조치의 경우 소송이 합리적으로 예견되거나 혹은 소제기가 이루어진 상황이라면 증거보존조치에 대한 더 이상의 요건이 필요 없는 반면 증거보전의 경우 미리 증거조사를 하지 아니하면 그 증거를 사용하기 불가능하거나 곤란할 사정이 존재하여야 한다는 점(민사소송법 제375조)에서 차이가 있다.

세 번째로 증거보존조치의 경우 당사자와 소송대리인과의 협의 속에 자율적으로

---

148) 위의 책, 1333면.
149) 정동윤 · 유병현 · 김경욱, 앞의 책(주142), 669면.
150) 김도훈, 앞의 글(주11), 197면.

이루어지며, 추후 증거보존조치를 제대로 수행하지 못하여 보존의무위반이 발생할 경우 제재단계에서 법원이 개입하는 반면, 증거보전절차에서는 당사자가 보전하여야 할 증거를 밝혀 법원에 신청하여야 하고, 법원의 결정을 필요로 할 뿐만 아니라 당사자가 증거보전의 사유를 소명해야 한다는 점 등에서 알 수 있듯이 법원의 관여가 필수적인 절차라는 점에서 차이가 있다.

(3) 증거보존조치의 도입 필요성

증거보존조치의 도입 필요성과 관련하여 선행연구 중에서는 증거보존조치를 도입할 필요를 인정하면서 그 도입범위에 있어서는 종이 문서로 대표되는 유형물 자료를 포함하여 적용할 것을 전제로 그 도입논의를 진행하여야 한다는 견해[151]가 주장되고 있다.

앞에서 본 바와 같이 증거보존조치와 증거보전절차와의 차이점이 존재하는 점, 디지털 증거와 관련하여서는 현행 증거보전절차의 개선이 필요하다고 보는 견해[152]가 제시되는 등 기존 증거보전절차가 디지털 증거와 관련하여서는 일정한 한계를 내포하고 있다고 보는 견해가 주장되고 있으며 이러한 견해가 점차 증가하고 있는 점 등을 고려할 때에 증거보전절차와 증거보존조치는 서로 다른 영역을 규율하는 제도라고 보는 것이 타당하다고 생각된다. 증거개시절차의 도입을 전제로 할 때 성공적인 증거개시절차의 운영을 위해서는 자료에 대한 당사자의 보존의무가 필수적인 점이라는 것을 고려할 때 당사자의 보존의무의 이행수단이라는 점에서 증거보존조치를 별개로 도입하는 것이 필요하다고 생각된다.

---

151) 박지원, 앞의 글(주11), 227면.

152) 김도훈, 앞의 글(주11), 197-198면; 정영수, “미국의 소제기 전 증거개시와 우리의 증거보전절차에의 시사점”, 『강원법학』 제66권, 2022. 9., 383면 이하; 전원열, “증거보전절차의 개선을 위한 시론 -디지털 증거를 중심으로-”, 『민사소송』 제24권 3호, 2020. 10., 290면 이하.

(4) 증거보존조치의 도입형태

만약 증거보존조치를 도입할 경우 이를 어떠한 형태로 도입할 것인지가 문제된다. 아직 증거개시절차의 도입이 이루어지지 않은 상태에서 증거개시절차의 도입을 그 전제로 하는 논의인 만큼 구체적인 도입형태의 논의는 어느 정도 한계를 가질 수밖에 없을 것으로 생각된다. 다만 증거보존조치의 전제로서의 보존의무의 도입[153]과 그 규정, 증거보존조치의 도입범위 및 주된 내용은 어떤 것이 될 것인지가 추후 증거보존조치를 도입할 경우 문제될 것으로 생각된다.

1) 보존의무의 인정 여부

증거보존조치가 도입되기 위해서는 그 전제로서 우선 보존의무의 범위와 발생 시점에 관한 규율이 먼저 이루어져야 할 것으로 생각된다. 미국의 예에서 볼 때, 그 범위는 합리성과 비례성 원칙에 의해 정해지며,[154] 구체적으로는 ① 당해 소송의 쟁점, ② 자료의 접근가능성, ③ 자료의 가치, ④ 보존에 수반되는 부담과 비용이라는 요소에 의해 정해지는 것은 앞에서 본 바와 같다.[155][156] 보존의무 발생 시점의 경우에는 소가 제기된 시점 혹은 소송이 합리적으로 예견 가능한 경우가 그 기준이 되는 것도 앞에서 본 바와 같다.[157] 우리의 경우에도 보존의무의 도입이 논의된다면 이와 유사한 내용이 문제가 될 것으로 생각된다.

또한 보존의무를 위반하였을 경우 어떤 제재가 가해지는지에 대해서도 그에 관한 규정이 도입되어야 할 것으로 보인다. 미국 증거개시절차의 특징 중 하나가 다양한 제재수단과 법관의 이에 대한 폭넓은 재량이라는 점[158]을 고려할 때, 보존의

---

153) 보존의무의 인정과는 별도로 증거보존을 위한 조치의 필요성이나 중요성이 인정된다는 견해로 김도훈, 앞의 글(주11), 197면.

154) *Little Hocking Water Assn., Inc. v. E.I. Du Pont de Nemours & Co.*, 94 F.Supp. 3d 893 (S.D. Ohio 2015).

155) The Sedona Conference, *supra* note 12, at 354.

156) 증거보존조치는 합리성과 비례성을 전제로 할 수밖에 없다는 견해로 김도훈, 앞의 글(주11), 198면.

157) The Sedona Conference, *supra* note 12, at 354.

무 위반에 대한 제재는 증거개시절차 전반에 당사자의 의무 불이행이 있을 경우 어떤 제재가 인정될 것인지의 문제와 결부되어서 그 논의가 이루어져야 할 것으로 생각된다.

2) 증거보존조치의 도입형태 및 범위

미국의 경우 증거보존조치의 구체적인 내용과 증거보존조치가 이루어지는 과정은 앞에서 본 바와 같이 법률의 규정에 의한 것이라기보다는 법률에 규정된 보존의무를 합리적으로 이행할 수 있는 수단으로서 구체적인 사안에 기반을 두어 발전한 것이라고 볼 수 있다. 그러므로 증거보존조치를 만약 도입한다면 그 도입형태와 관련하여서는 이러한 특성에 관한 논의가 수반되어야 할 것으로 생각된다. 구체적으로 보면 판례나 지침의 형태로 규율하다가 상당한 기간이 지난 후 정리된 내용을 법률로 포섭하여 규율하는 방안[159]과 처음부터 이를 법률에 규율하는 방안, 절충적 방식으로 판례나 지침에 의해 규율될 내용을 민사소송규칙에 두어 규율하는 방안을 생각해볼 수 있다.

판례나 지침에 증거보존조치에 관한 전적인 규율을 의존하는 것은 코먼로 계열이 아닌 대륙법 체계인 우리 법제 하에서는 그 규율형태나 체계 면에서 약간의 무리가 있을 것이라는 생각이며, 보존을 위한 합리적인 조치를 취하여야 한다는 내용을 법률에 규정한 후, 구체적인 내용은 관련 실무례나 판례가 축적됨에 따라 이를 정리하여 법률에 규정하는 식으로 도입하는 방안이 타당할 것으로 생각된다. 또한 절충적인 접근으로 판례나 지침에 의해 규율되어야 할 내용을 민사소송규칙에 두어 규율하는 방법도 생각해볼 수 있을 것으로 보인다.

---

158) 한애라, “지정토론문(전자증거의 수집과 한국형 E-Discovery의 모색)”, 『저스티스』 통권 제194-2호, 2023. 2., 234면.

159) 김도훈, 앞의 글(주11), 198면

3) 증거보존조치의 주된 내용

증거보존조치의 주된 내용은 전자적으로 저장된 자료의 보존을 위한 합리적인 조치가 그 주된 내용이 될 것이며, 이를 적극적으로 운용하고 있는 미국의 예가 많은 참고가 될 것으로 보인다. 미국의 예와 마찬가지로 가장 핵심적인 것은 소제기 혹은 소제기가 합리적으로 예상되는 시점에서 전자적으로 저장된 자료의 보존을 위해 발송하는 증거보존공지와 그 준수 여부에 대한 감독이 될 것으로 보이며, 구체적인 것은 우리 실정에 맞는 증거보존조치의 개발 및 시행에 관한 실무가 어떻게 진행이 되는가에 따라 그 내용이 정해질 것으로 생각된다. 또한 증거보존조치의 성공적인 운영을 위해서는 증거보존조치를 제대로 이행하지 아니하여 결과적으로 보존의무를 불이행한 당사자에 대한 적절한 제재수단의 마련[160]이 있어야 할 것으로 보인다.

V. 나가며

앞에서 본 바와 같이 전자적으로 저장된 자료는 기존의 종이문서와는 다른 고유의 특징을 가지고 있으며, 이러한 특징을 반영하여 증거개시절차에서 이를 현상 그대로 보존하여야 할 당사자의 보존의무가 강조되고 있다. 보존의무 이행을 위한 합리적인 단계를 이행하였음을 보이기 위해 당사자는 증거보존조치를 적극적으로 활용하고 있으며, 그 중요성이 지속적으로 강조되고 있다는 점 또한 앞에서 본 바와 같다. 이 글에서는 최근의 증거개시절차 도입논의와 관련한 상황을 개괄하면서 증거보존조치의 도입에 관한 여러 문제에 관하여 살펴보았다.

증거개시절차의 도입에 관한 최근의 논의는 과거와 비교하면 더욱 적극적으로 진행되고 있으며, 그 도입범위에 있어서는 다소 차이가 있지만, 전자적으로 저장된

160) 법관이 폭넓은 재량을 가지고 다양한 명령과 제재를 가할 수 있어야 증거보존조치가 실효성을 가질 수 있을 것이라는 견해로 한애라, 앞의 글(주158), 234면.

자료(electronic stored information, ESI)를 포함한 문서 및 자료의 제출(request to produce documents, ESI, and tangible things)을 도입하자는 것에는 어느 정도 견해의 일치를 보이는 것으로 볼 수 있다. 이와 관련해서 전자적으로 저장된 자료의 특징을 고려하여, 미국에서와같이 보존의무를 적극적으로 인정하고 이를 규정하여야 한다는 견해 또한 주장되고 있는데 이러한 접근은 타당하다고 생각된다.

전자적으로 저장된 자료를 포함한, 증거개시절차에서의 자료보존의무가 도입될 경우 그 보존을 위한 합리적인 단계는 어디까지여야 할 것인가에 대한 기준을 설정할 필요가 제기된다. 앞에서 본 바와 같이 미국에서는 이를 위해 증거보존조치(legal hold)를 적극 활용하고 있다. 우리의 경우에도 증거개시절차가 도입되고, 당사자의 보존의무를 인정할 경우 당사자가 보존의무를 이행하였는지를 판별할 기준이 존재하여야 할 것으로 보이며, 증거보존조치는 미국에서와 마찬가지로 우리에게도 그 기준으로서의 역할을 수행할 수 있을 것으로 보인다. 증거보존조치의 도입에 관해서는 보다 구체적인 논의가 뒤따라야 할 것으로 생각되며, 일견 미국에서의 증거보존조치가 수행되는 과정과 그 실무에 관한 내용은 우리에게 주요한 참고가 될 것으로 생각된다. 앞으로 해당 주제에 대한 논의가 더욱 활발해지기를 기대하면서 이 글을 마무리하고자 한다.

▶ 논문투고일: 2023. 04. 05. 논문심사일: 2023. 05. 11. 게재확정일: 2023. 05. 25.

▌참고문헌

1. 단행본

강현중, 『민사소송법』, 제8판, 2023.

대한변호사협회 · 배심제도연구회, 『디스커버리 제도 자료집』, 2021, https://www.koreanbar.or.kr/pages/board/view.asp?teamcode=&page=1&seq=11639&types=9&category=&searchtype=&searchstr= (2023. 3. 9. 최종방문).

법원행정처, 『법원실무제요 민사소송[III]』, 2017.

사법정책연구원(연구책임자:김정환 · 최은정), 『효율적인 증거개시 · 수집을 위한 제도 개선 방안에 관한 연구』, 2015.

_____(연구책임자: 손지영 · 김주석), 『디지털 증거의 증거능력 판단에 관한 연구』, 2015.

이시윤, 『신민사소송법』, 제11판, 2017.

정동윤 · 유병현 · 김경욱, 『민사소송법』, 제9판, 2022.

정영환, 『신민사소송법』, 개정신판, 2019.

한양대학교 법학연구소(연구책임자: 한충수), 『민사소송절차상 디스커버리 제도 도입에 관한 연구』, 법무부 연구용역보고서, 2020.

2. 논문

강일원, “미연방 민사소송절차에 있어 DISCOVERY 제도”, 『민사재판의 제문제』 제8권, 1994.

김도훈, “증거개시절차상 메타 데이터의 취급에 관한 소고”, 『선진상사법률연구』 제43권, 2008.

_____, “증거보존조치에 관한 세도나 지침에 관한 연구”, 『IT와 법연구』 제20집, 2020. 2.

김윤섭 · 박상용, “형사증거법상 디지털 증거의 증거능력 – 증거능력의 선결요건 및 전문법칙의 예외요건을 중심으로 -”, 『형사정책연구』 제26권 제2호, 2015. 여름.

김종호, “세도나 캐나다 원칙상 전자증거개시제도의 준비에 관한 실무상의 문제점”, 『법학연구』 제59집, 2015. 9.

김형두, “새로운 법조양성체제하에서 미국식 디스커버리의 도입 방안”, 『법학평론』 제9권, 2019. 4.

김홍엽, “민사소송의 제1심 강화를 위한 실효적 방안의 모색”, 『성균관법학』 제23권 3호, 2011. 12.

권오걸, “디지털증거의 개념 · 특성 및 증거능력의 요건”, 『IT와 법 연구』 제5집, 2011. 2.

류보라 외 3인, “디지털 포렌식 연구동향 분석에 관한 연구”, 『2017년 춘계학술발표대회 논문

집』 제24권 제1호, 2017. 4.
박지원, “전자증거의 수집과 한국형 E-Discovery의 모색”, 『저스티스』 통권 제194-2호, 2023. 2.
변진석, “미국 민사소송에서 증거개시의 역할과 한계, 한국에 도입 가능성”, 『미국헌법연구』 제23권 3호, 2012. 12.
서동희, “미국법상의 Discovery 제도의 도입 필요성”, 『법학연구』 제18권, 2005.
윤재윤, “미국의 민사소송상 사전개시제도(Discovery)의 운영현황과 우리의 도입가능성”, 『재판자료』 제65집, 1994.
이시윤, “미국의 pretrial discovery – 그 영향과 대책을 중심으로 -”, 『민사소송』 제14권 2호, 2010. 11.
전원열, “증거보전절차의 개선을 위한 시론 –디지털 증거를 중심으로-”, 『민사소송』 제24권 3호, 2020. 10.
_____, “민사소송절차상 디스커버리 도입에 관한 검토”, 『인권과 정의』 통권 501호, 2021. 11.
전휴재, “우리 민사재판의 미래에 관한 소고 – 디스커버리, 온라인 소송, 인공지능(AI)을 중심으로 -”, 『민사소송』 제27권 1호, 2023. 2.
정영수, “미국의 소제기 전 증거개시와 우리의 증거보전절차에의 시사점”, 『강원법학』 제66권, 2022. 9.
한애라, “미국 연방 민형사소송절차에서의 E-discovery와 국내적 시사점”, 『성균관법학』 제32권 제2호, 2020. 6.

3. 신문 기사 · 기타 자료

국회 의안정보시스템, “[2110939] 민사소송법 일부개정법률안(조응천의원 등 10인)”, https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_A2D1U0K3R3I1H0C9P5S5U2D7S7U4Y2 (2023. 3. 9. 최종방문).
국회 의안정보시스템, “[2103512] 금융소비자 보호에 관한 법률 일부개정법률안(민병덕의원 등 10인)”, https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_U2G0M0N9G0T3V1C7B0V9Y0K6P0Q8H9 (2023. 3. 9. 최종방문).
김형환 외 12인, “SaaS 기술 개발 동향”, 『전자통신동향분석』 제24권 제4호, 2009. 8.
디스커버리 연구반, “디스커버리(증거개시) 제도 등 도입 검토 보고서”, 코트넷 게시판(사법행정자문회의 제23차 회의자료), 2022, 10.
선데이타임즈 2022. 1. 31. 기사, “오기형 의원, 네거티브 규제 도입을 위한 증거개시제 입법방향 논의”, http://sundaytimes.kr/View.aspx?No=2197202 (2023. 3. 9. 최종방문).
한애라, “지정토론문(전자증거의 수집과 한국형 E-Discovery의 모색”, 『저스티스』 통권 제

194-2호, 2023. 2.

4. 해외 단행본

1 *eDiscovery & Digital Evidence.*

Grenig, Jay E., *Electronic Discovery and Records and Information Management Guide* (2022).

logikcull, *The Ultimate Guide to eDiscovery* (2022) *available at* https://www.logikcull.com/learning/ultimate-guide/legal-hold (last visited: Mar. 9, 2023).

Shreve, Gene R., Raven-Hansen, Peter & Gardener Geyh, Charles, *Understanding Civil Procedure* (6th ed. 2019).

Scheindlin, Shira A. & The Sedona Conference, *Electronic Discovery and Digital Evidence* (2nd ed. 2016).

Scheindlin, Shira A., Capra, Daniel J. & The Sedona Conference, *Electronic Discovery and Digital Evidence – Cases and Materials –* (3rd ed. 2015).

The Sedona Conference, *The Sedona Principles: Best Practices Recommendations & Principles for Addressing Electronic Document Production* (2003) *available at* https://thesedonaconference.org/download-publication?fid=3237 (last visited: Mar. 9, 2023).

Thibodaux, Jennifer Marino, Palumbo, Jeffrey A. & Harris, Kelly Ann, *eDiscovery for Corporate Counsel* (2022).

5. 해외 논문

Berman, Michael D., "When Does a Litigation Hold End?" *in* Michael D. Berman, Courtney Ingraffia Barton & Paul W. Grimm(eds.), *Managing E-Discovery and ESI – From Pre-Litigation Through Trial –* (2011).

Conti, Joy Flowers & Lerrieri, Richard N., "E-Discovery Ethics: Emerging Standards of Technological Competence", Fed. Law. 28 (2015).

Keeling, Robert, "Sometimes, Old Rules Know Best: Returning to Common Law Conceptions of the Duty to Preserve in the Digital Information Age", 67 Cath. U. L. Rev. 67 (2018).

McCarroll, Monica, "Discovery and the Duty of Competence", 26 Regent U. L. Rev. 81 (2013-2014).

The Sedona Conference, "Commentary on Legal Holds, Second Edition: The Trigger & The Process", 20 Sedona Conf. J. 341 (2019).

6. 해외 신문 기사 · 기타 자료

exterro, *The Basics of E-Discovery (2nd ed.) available at* https://www.exterro.com/basics-of-e-discovery/legal-hold#the-legal-hold-process (last visited: Mar. 9, 2023).

Sullivan, Casey, *Litigation Holds (Legal Holds): A Comprehensive Guide* (2022), https://www.everlaw.com/blog/2022/01/10/guide-to-legal-holds/ (last visited: Mar. 9, 2023).

Abstract

Legal Hold in U.S. and Its Possibility of Implementation

KIM, Junghwan*

The implementation of discovery is the topic that have been steadily discussed from the beginning to the present. Recently, the National Assembly, the courts, and the Korean Bar Association have announced results regarding the implementation of discovery. Although the scope of implementation is very wide, there seems to be some consensus on implementing the request to produce documents, ESI(electronic stored information), and other tangible records.

There are some differences between ESI and paper documents. The distinctive characteristics of ESI can be categorized into quantitative and qualitative differences between ESI and paper documents. The transient nature of ESI adds to the counsels' burden of ensuring proper identification, preservation, and collection of everything they are obliged to produce. Hence, ESI must be properly preserved so that it does not become lost, corrupt, altered, or rendered useless due to spoliation. A legal hold is intended to prevent any alteration or destruction of ESI. When there is a duty to preserve, an enterprise and its counsel must take all reasonable steps to locate and preserve all relevant ESI as well as hardcopy information.

In relation to the recent discussion on the implementation of discovery, this article analyzes and discusses a legal hold and its possibility of implementation.

• **Key Words** Discovery, electronic stored information(ESI), legal hold, e-discovery, duty of preservation

* Research Fellow, Judicial Policy Research Institute (Ph.D. in Law)

〈별지 1〉 Litigation Hold Notice의 예시[1)]

원문	번역문
LITIGATIONHOLD NOTICE **DIRECTIVE TO CEASE DESTRUCTION OF PAPER RECORDS AND ELECTRONIC DATA**	**증거보존공지** **종이 기록과 전자자료의 파기 중단에 관한 지침**
TO: Distribution List FROM: General Counsel DATE:	수신: 수신인 발신: 법무팀 일시:
Defendants have recently been sued in a dispute involving purchase orders and product sold by Plaintiff. We intend to vigorously defend this lawsuit.	피고는 최근 구매명령과 원고에 의해 판매된 상품에 관한 분쟁에서 소제기를 당하였습니다. 우리는 이 소송에 적극적으로 대응할 생각입니다.
The law requires us to take immediate steps to preserve all **paper records** and **electronic data** that is relevant to the litigation. Paper records and electronic data (**including duplicates**) must be preserved at all storage locations including your office computer, home computers, and other portable electronic media such as discs and thumb drives. Failure of preserve all paper records and electronic data may result in legal sanctions.	관계 법령에 의해 우리는 당해 사건과 관련 있는 모든 **종이 기록**과 **전자자료**를 보존하기 위한 조치를 즉시 이행하여야 합니다. 종이 기록과 전자자료(**사본을 포함**)는 여러분의 사무실 컴퓨터와 가정용 컴퓨터, 디스크와 휴대용 저장장치와 같이 기타 이동 가능한 전자적 매체를 포함한 모든 데이터 저장소에서 보존되어야 합니다. 만약 모든 종이 기록과 전자자료를 보존하는 데 실패할 경우 법적인 제재의 대상이 될 수 있습니다.
Please immediately review the following list of preservation categories of documents (paper and electronic data) which must be preserved. All electronic data and paper documents including drafts, email negotiations and communications related to or about any of these categories must be preserved.	아래의 반드시 보존되어야 하는, 보존범위에 속하는 자료목록(종이 기록과 전자자료 모두 포함)을 즉시 검토하십시오. 아래의 범주에 속하거나 관련이 있는 모든 전자자료와 종이 기록 – 초안이나 이메일 협상자료, 이메일 커뮤니케이션을 포함 –은 반드시 보존되어야 합니다.
All documents related to any contract, negotiation, or communication with Plaintiff.	원고와의 계약, 협상, 커뮤니케이션과 관련한 모든 자료.
All documents related to contracts and agreements with Plaintiff, including guarantees.	보증을 포함하여 원고와의 계약 및 약정과 관련한 모든 자료.

1) Shira A. Scheindlin, Daniel J. Capra & The Sedona Conference, *Electronic Discovery and Digital Evidence – Cases and Materials* – 203-205 (3rd ed. 2015).

원문	번역문
All paper rebates submitted and processed by Defendants related to consumer purchases of Plaintiff' s products. All rebate processing data and information stored in any database pertaining to Plaintiff' s products.	원고 상품의 소비자 구매와 관련하여 피고에 의해 제출되고 처리된 모든 서면의 리베이트. 원고의 상품과 관련한 한 어떠한 데이터베이스에 저장되어 있든 간에 모든 리베이트 처리 데이터와 정보.
All financial and accounting records pertaining to Plaintiff.	원고와 관련한 모든 재정 및 회계기록.
All notes, memoranda, and spreadsheets related to Plaintiff.	원고와 관련한 모든 기록, 메모, 스프레드시트.
All advertisements and promotions of Plaintiff' s products.	원고 상품의 모든 광고와 프로모션.
- 14. (생략)	- 14. (생략)
Please determine immediately whether you have in your possession, custody or control **any paper or electronic data about, concerning or related to** any of the above preservation categories. Such paper documents or electronic data are called responsive paper documents or electronic data.	상기의 보존범위에 **해당하거나, 그와 관련한 내용을 다루고 있거나, 그와 관련된 어떤 종이 기록 혹은 전자자료라도** 귀하의 소유, 점유 혹은 지배하에 있는 것이 있는지 즉시 확인하십시오. 그와 같은 종이 기록 혹은 전자자료는 증거개시 요구에 대응하는(responsive) 종이 기록 혹은 전자자료라고 불립니다.
Please determine whether any responsive data is located on your laptop or office computer, home computer, Blackberry, PDA, discs, CDs, DVD' s, memory sticks, or thumb drives, voicemail, or any other electronic storage locations. Please immediately suspend the deletion (manual or automatic) of relevant electronic data from any location where you believe responsive data may be found.	귀하의 노트북 혹은 회사 컴퓨터, 가정용 컴퓨터, 스마트폰(Blackberry), PDA, 디스크, CD, DVD, 메모리스틱, 휴대용 저장장치, 혹은 기타 다른 전자적 저장소에 요구에 대응하는 정보가 저장되어 있는지 확인하십시오. 귀하가 생각하기에 요구에 대응하는 데이터가 발견될 수 있는 어떤 저장소에서라도 즉시 관련 데이터의 삭제(수동이든 자동이든)를 연기하십시오.
With respect to paper documents, please check all your office files and home files. Please immediately suspend the destruction of any responsive paper documents.	종이 기록에 관한 것이라면 귀하의 사무실 및 가정의 파일을 모두 체크하십시오. 요구에 대응하는 종이 기록의 파기를 즉시 연기하십시오.
If you have any doubts about what paper or electronic data to preserve, please contact me. If you have any responsive paper documents, please immediately advise	만약 귀하께서 어떤 종이 기록 혹은 전자자료를 보존해야 하는지에 대해 궁금한 점이 있다면, 발신자에게 연락하십시오. 귀하가 요구에 대응하는 종이 기록을 보관하고 있다면 즉시

원문	번역문
your supervisor. If you have any responsive electronic data held or stored at any location or on any media **other than your office desktop computer or company laptop**, please immediately advise your supervisor.	관리자와 상의하십시오. 귀하가 **사무실 데스크탑 컴퓨터 혹은 회사의 노트북 컴퓨터를 제외한** 다른 저장소 혹은 매체에 요구에 대응하는 전자적 데이터가 보관 혹은 저장되어 있다면 즉시 관리자와 상의하십시오.

〈별지 2〉 Litigation Hold Notice의 수령확인서(Acknowledgment) 예시[2)]

원문	번역문
ACKNOWLEDGMENT **(PLEASE PROVIDE TO YOUR IMMEDIATE SUPERVISOR)** I acknowledge I have read the above attached Litigation Hold memorandum. I will forthwith conduct a reasonable search for responsive paper documents and electronic data. I will preserve any such electronic data and paper documents. I will not delete any data from any locations that I believe may contain responsive electronic data. I understand that this preservation request is on-going and requires the continuing preservation of data, including data created or received both before and after receipt of this Notice. _____ (SIGN AND DATE)	수령확인서 (직근 관리자에게 제출하시오) 나는 상기 첨부된 litigation hold에 관한 서면을 수령하여 숙독하였음을 확인합니다. 나는 즉시 요구에 대응하는 종이 기록과 전자자료를 검색하기 위한 합리적인 조치를 취할 것입니다. 나는 그러한 전자자료와 종이 기록을 보존할 것입니다. 나는 내가 요구에 대응하는 전자자료를 포함하고 있을지도 모른다고 생각하는 어떤 저장소에서도 아무 데이터라도 삭제하지 않을 것입니다. 나는 이러한 보존요구가 현재 진행중이며, 이 서면을 수령하기 전과 수령한 이후에 만들어지거나 수령한 데이터를 포함하여 지속적인 데이터의 보존을 요구한다는 사실에 대해 이해하였습니다. _____ (서명 및 날짜)

2) Shira A. Scheindlin, Daniel J. Capra & The Sedona Conference, *Electronic Discovery and Digital Evidence – Cases and Materials* – 207 (3rd ed. 2015).