형사정책연구 Korean Criminological Review
제25권 제4호(통권 제100호, 2014 · 겨울)

피고인의 범행 기타 행위에 대한 증거의 사용제한에 관한 커먼로 국가 입법례 비교*

김 호 기**

국 | 문 | 요 | 약

현재 국민참여재판에서는 배심원이 유무죄의 평결을 하는 이외에 양형에 관한 의견을 제시할 수 있다. 그런데 이와 관련하여서는, 양형자료로서 피고인의 전과 기타 비행행위에 관한 증거가 제출되는 경우 이러한 증거가 유무죄 판단에도 영향을 주게 될 우려가 있다는 비판이 제기되고 있다. 피고인이 범죄행위 기타 비행행위를 행한 바 있다는 증거를 접하게 된 배심원이 유죄의 선입견이나 편견을 갖게 되고, 결국 증거에 의하여서가 아니라 이러한 선입견이나 편견에 기초하여 유죄판결을 하게 될 위험성이 있다는 지적이다. 그런데 피고인의 전과 기타 행위에 관한 증거가 양형자료로 제출되는 경우에만 이러한 위험이 발생하게 되는 것은 결코 아니다. 그러한 증거가 유죄입증을 위한 간접증거로 제출되는 경우에도 이에 의하여 배심원이 부당하게 유죄의 편견이나 선입견을 갖게 될 위험이 발생할 것이기 때문이다. 실제로 영국, 캐나다, 호주, 미국 등 배심재판을 실시하는 국가들에서는 이러한 증거에 의하여 배심원이 유죄의 편견을 갖게 되는 것을 방지하기 위하여 다양한 제도적 장치를 마련해 놓고 있다. 이들 국가에서는 피고인의 전과 기타 비행행위에 관한 증거의 경우 그 사용을 엄격히 제한하는 것이 일반적이다. 이와 같은 커먼로 국가의 관련 법제도에 비추어 본다면 우리의 국민참여재판제도 역시 수정, 보완할 필요성이 있을 것으로 보인다. 피고인이 여타의 기회에 범죄행위 기타 행위를 행하였다는 증거가 제출되고 이로 인하여 배심원이 유무죄에 관하여 편견이나 선입견을 갖게 되어 결과적으로 피고인이 당해 범죄를 범하였는가에 의하여서가 아니라 그가 과거에 어떠한 행위를 하였는가에 의하여 유무죄 판단이 이루어지는 것을 방지할 필요성은 우리나라에서 국민참여재판을 실시함에 있어서도 동일하게 인정되는 것이기 때문이다. 많은 문헌에서는 이러한 문제를 해결하기 위하여 유무죄 판단절차와 양형판단 절차를 이분화하거나 배심원에게 양형판단의 권한을 부여하지 않는 조치를 취할 것을 제안하고 있으나, 이러한 조치만으로는 유무죄 판단과 직접적인 관련성이 없는 피고인의 전과 기타 행위에 관한 증거가 배심원에게 현출되는 것을 방지하는 데에

* 이 논문은 2014년도 서울시립대학교 연구년교수 연구비에 의하여 연구되었음.
** 서울시립대학교 법학전문대학원, 부교수

충분하지 않을 것으로 보인다. 이미 지적한 바와 같이 이러한 자료가 유죄입증을 위한 간접증거로서 제출되는 것은 여전히 가능하기 때문이다. 이러한 문제를 해결하기 위하여서는 커먼로 국가들에서처럼 예단을 불러일으킬 수 있는 피고인의 전과 기타 행위에 대한 증거의 사용을 제한하는 제도적 장치가 마련될 필요가 있을 것이다. 그리고 우리나라에서 국민참여재판의 역사가 매우 짧다는 점을 고려한다면 이러한 법제도를 마련함에 있어서는 이에 대하여 신중한 입장을 택하고 있는 영국의 관련 법률 제정 이전 관련 판결들이나 캐나다의 판결 등이 좋은 참고자료가 될 수 있을 것이다.

❖ 주제어 : 국민참여재판, 성격증거, 성향증거, 유사사실증거, 커먼로 국가의 증거법, 배심재판, 피고인의 전과에 관한 증거

Ⅰ. 서론

우리나라의 국민참여재판에서 배심원은 유무죄에 관하여 평결을 하는 이외에 양형에 관하여서도 의견을 제시할 수 있다. 그런데 이와 같이 배심원에게 양형에 관여하도록 하는 것이 적절한가에 대하여서는 다양한 찬반론이 제시되고 있으며[1], 우리나라에서는 다수의 반대하는 견해가 주장되고 있다. 우리나라의 비판론은 크게 보아서 두 가지 부분으로 나눌 수 있다. 하나는 여러 사정을 고려할 때 배심원에게 양형 판단에 대한 의견을 개진하도록 하는 것이 적절하지 않다는 비판이다. 예컨대 양형은 일반예방 기타 법적 관점에 기초하여 과학적으로 판단되어야 하는바 법률문외한인 배심원에게 이러한 판단을 하도록 하는 것은 적절하지 않다거나,[2] 현실적으로 국민참여재판이 하루나 이틀 정도의 짧은 시간에 종결되고 있어서 양형에 관한 사항을 심의하기에 시간이 부족하며 배심원에게 양형판단을 하도록 하는 것은 효율적이지 않다는 등의 지적이 이에 해당한다.[3]

이 글에서 주목하는 다른 하나의 비판은 유무죄 판단과 양형판단이 하나의 절차에서 이루어지는 것이 피고인에 대한 공정한 재판의 보장과 관련하여 문제를 야기할 수 있다는 지적이다. 현행 국민참여재판에서는 "사건의 유무죄판단과 직접 관련이 없는 피고인의 전과, 성향, 상습성, 태도 등의 양형적 요소"가 공판정에서 배심원에게 현출될 수 있는데, 배심원들이 이러한 자료들에 접한 이후 "유무죄의 판단에 있어 편견을 가지게 될 우려"가 있고, 이로 인하여 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해할 우려가 있다는 비판이다.[4] 최근 우리나라를 방문한 외국의 학자 역시 우리 국민참여재판절차에서 배심원이 피고인의 전과기록을 볼 수 있도록 하는

---

1) 찬반론에 대한 외국의 논의 소개는 박형관, 배심원 양형에 관한 쟁점 검토 : 국민참여재판의 개선방안을 중심으로, 형사정책연구 제23권 제2호, 2012, 44 이하.

2) 예컨대 김태규, 국민참여재판의 개선방안에 대한 연구, 형사정책연구 제19권 제4호, 2008, 21); 도중진, 배심원의 권한과 의무, 비교형사법연구 재9권 제2호, 2007, 63; 윤영철, 합리적인 국민의 사법참여제도에 관한 소고, 형사정책연구 제16권 제2호, 2005, 261); 이호중, 국민참여재판의 성과와 과제, 법과 기업연구 제1권 제3호, 2011, 228) 등.

3) 예컨대 김혜정, 국민참여재판제도의, 영남법학 제32호, 2011. 6, 100; 박미숙, 국민참여재판의 시행성과와 향후과제, 형사정책연구 제21권 제2호, 2010, 163 등.

4) 예컨대 한상훈, 국민참여 재판제도 시행과 인권옹호, 저스티스 제102호, 2008, 26.

것은 유무죄 판단이나 양형을 정하는 데 편견이 생기게 할 수 있다는 지적을 하기도 하였다.[5] 문헌에서는 이러한 문제를 해결하기 위하여서는 배심원에게 양형에 관한 의견을 제시할 수 없도록 하거나,[6] 유무죄 판단절차와 양형절차를 이분화하거나[7], 적어도 양형요소가 유무죄판단에 영향을 미칠 우려가 큰 사건의 경우에는 양형절차를 분리할 수 있도록 입법하거나,[8] 현행 형사소송법의 적극적인 해석을 통하여 실질적으로 사실심리절차와 양형심리절차를 이분화하여 재판을 진행하여야 한다는 주장 등이 제기되고 있다.[9]

일단 법률전문가로서 다수의 형사사건을 직업적으로 다루는 직업법관의 경우와는 달리 일회적으로 사건의 재판을 담당하는 데에 그치는 배심원들의 경우 피고인이 전과 등에 대한 증거를 접하게 되면 유무죄 여부에 대하여 선입관, 편견 등을 갖게 되기 쉽고, 이러한 선입관이나 편견 등이 유무죄 판단에 대하여 부당하게 영향을 줄 우려가 크다는 점은 부인하기 힘들 것으로 보인다.[10] 따라서 배심원이 유무죄 판단과정에서 부당하게 유죄의 편견 내지 선입견을 갖게 될 수 있는 자료들에 노출되지 않도록 하기 위한 제도적 장치를 마련할 필요성이 있다는 점도 부인할 수 없을 것으로 보인다. 다만 지금까지 제시된 개선책을 실행에 옮긴다고 하여도 이 문제를 근원적으로 해결할 수는 없을 것으로 보인다. 배심원이 양형에 관여할 수 없도록 하거나 유무죄판단과 양형판단 절차를 이분화하는 등의 조치를 취한다고 하여도 피고인의 전과 등에 관한 증거가 유무죄 판단을 위한 정황증거로서 현출될 가능성이 여전히 남아있기 때문이다. 무엇보다도 배심재판을 실시하는 국가에서 통상 배심원에게 유무죄 판단의 권한만을 부여하고 있음에도 불구하고 배심원에게 유죄의 편견을 불러일으킬 수 있는 피고인의 범행 기타 행위에 관한 증거가 제출되는 것을 방지

5) 법률신문 2013년 9월 9일자 미국 밸러리 한스 교수 인터뷰 기사 참조.

6) 이호중, 각주 2의 글, 226 이하.

7) 박형관, 각주 1의 글, 70; 한인섭, 한국의 배심원재판 - 준비과정과 시행원년의 성과를 검토한다, 서울대학교 법학 제50권 제2호, 2009, 707; 황병돈, 국민참여재판 시행 과정상 제기된 문제점 및 개선 방안, 한양법학 제21권 제2집, 2010, 52.

8) 한상훈, 각주 4의 글, 2008, 26.

9) 한상훈, 국민참여재판제도의 운영상 쟁점, 사법, 3, 2008, 249 이하.

10) 오늘날 자연과학의 연구결과에 기초하여 볼 때 사회일반인이 피고인의 성격, 성향과 행위 사이의 결합관계를 믿는 경향이 있다는 설명으로는 Barrett J. Anderson, “Recognizing Character: A New Perspective on Character Evidence”, Yale Law Journal, 121, 2012, 1931 이하 참조.

하기 위하여 다양한 제도적 장치를 마련해 놓고 있는 현실은 지금까지 제안된 것 이외에 추가적인 조치가 필요하다는 점을 보여준다.

이 글에서는 오랜 기간 배심재판을 시행해 온 커먼로 국가들 중에서 영국, 캐나다, 호주, 미국의 입법례를 대상으로 하여 이들 국가에서 피고인의 범행 기타 행위에 대한 증거를 유죄입증을 위한 간접증거로 사용하는 것을 제한하기 위하여 어떠한 제도적 장치를 마련해 놓고 있는지를 검토하고, 그것을 우리 국민참여재판에 도입하려고 하는 경우 우리나라의 현실을 고려할 때 상정가능한 여러 입법모델 중에서 어떠한 모델을 택하는 것이 바람직한가의 문제를 살펴보려고 한다.[11] 검토범위와 관련하여서는, 커먼로 국가에서 피고인의 범행 기타 행위에 대한 증거가 일반적으로 성격증거의 한 유형으로 분류되고 있음을 고려하여 필요한 범위 내에서 성격증거에 관한 커먼로 국가의 법제도 일반에 대한 내용을 함께 살펴보려고 한다.[12] 그러나 성격증거의 사용가능성에 관한 커먼로 국가의 관련 법제도의 내용이 매우 방대하며, 성격증거 일반에 관하여서는 이미 다수의 선행연구가 존재한다는 점을 고려하여, 성격증거 일반론에 대한 검토는 필요한 최소한의 범위에서만 진행하려고 한다. 그리고 각국의 관련 법제도의 내용이 상이하다는 점을 고려하여, 일단 피고인

11) 피고인의 성격에 관한 증거의 사용가능성과 관련하여서는 이를 피고인의 유죄입증을 위한 간접증거로서 사용하는 경우 이외에도 예컨대 피고인이 스스로 자신의 악성에 관한 증거를 제출할 수 있는가의 여부나 피고인을 증인으로서 교호신문하는 과정에서 그가 과거에 범죄를 범한바 있는가와 같은 질문을 할 수 있는가의 여부는 물론(성격증거의 사용이 문제되는 유형에 대한 이러한 세 가지 분류는 영국의 Law Commission (LAW COM No 273), Evidence of bad character in criminal proceedings. Stationery Office, 2001, para. 2.1. 이하 참조), 피해자 등 증인의 증언의 신빙성을 탄핵하기 위하여 그의 명망이나 평판 등에 관한 증거의 사용을 허용할 것인가 등에 대하여서도 논의가 진행될 수 있을 것이지만, 이 글에서는 논의의 집중을 위하여 논의대상에서 제외하였다. 강간피해자 보호와 관련하여 성격증거의 사용가능성을 제한하는 것이 타당한가의 여부를 검토하는 글로는 박용철, 미국법상 성격증거배제법칙과 그 예외로서의 강간피해자보호법 도입 가능성에 대한 소고, 피해자학연구, 17(2), 2009, 171 이하; 조국, 강간피해 고소여성의 성관계 이력의 증거사용 제한 - 미국 "강간방지법"을 중심으로, 저스티스, 69, 2002, 178 이하 등 참조.

12) 성격증거에 관한 전반적인 논의를 소개한 우리나라의 문헌으로는 권영법, 성격증거의 허용성에 관한 연구 - 비교법적 고찰을 통한 성격증거법칙의 도입과 허용성의 검토를 중심으로, 법조, 679, 2013, 5 이하; 김일룡, 국민참여재판에 있어서 관련성 없는 증거의 배제법리 - 미국 연방증거규칙상의 논의를 중심으로, 한양대학교 법학논총, 31(2), 2014, 128 이하; 김일룡, 미국연방증거규칙상 성격증거의 취급, 원광법학, 25(2), 2009, 193 이하; 김일룡, 성범죄에 대한 미국연방증거규칙의 대응과 도입가능성, 법조, 651, 2010, 84 이하; 박용철, 각주 11의 글, 174 이하; 조국, 각주 11의 글, 178 이하 등 참조.

의 범행 기타 행위에 관한 증거의 사용제한에 관한 커먼로 국가의 접근방법을 개관한 후 개별 국가별 관련 법제도의 구체적인 내용을 검토하려고 한다.

Ⅱ. 피고인의 범행 기타 행위에 관한 증거의 사용제한에 관한 커먼로 국가의 접근방법 개관

1. 피고인의 범행 기타 행위에 대한 증거의 원칙적인 사용 제한

가. 원칙적 사용제한

검토대상인 커먼로 국가들에서는 일반적으로 피고인의 범행 기타 행위에 대한 증거를 유죄입증을 위한 간접증거로 사용하는 데에 대하여 일정한 제한을 가하고 있다. 이러한 증거의 사용제한과 관련하여 특히 영연방 국가에서는 이후 상세히 살펴보는 바와 같이 1894년 내려진 Makin 판결이 오랜 기간 리딩 케이스로서 규범력을 발휘하여 왔다. 이 판결에서 법원은 "피고인이 이전에 다른 범죄를 범한 자라는 사실로부터 그가 기소된 범죄를 범하였을 것이라는 결론을 이끌어내기 위한 목적으로, 피고인이 기소된 행위와는 다른 행위로 인하여 이미 유죄판결을 받은바 있다는 사실을 입증하기 위한 증거"를 제출하는 것은 허용되지 아니한다고 판시하였다.[13] 즉 피고인의 전과를 유죄입증을 위한 간접증거로 사용하는 것을 원칙적으로 제한한 것이다.

Makin 판결이 제시한 이러한 원칙은 이후에도 계속 유지되었다. 다만 사용이 금

13) [1894] A.C. 57, 65 참조. 이 글을 작성함에 있어서는 판결 원문을 구하지 못하여 아래 문헌에 인용된 내용을 참조하였다. Gregory D. Woods, A History of Criminal Law in New South Wales: The Colonial Period, 1788-1900, 2002, 404 및 [1975] A.C. 421, 426; Makin 판결에서는 유죄입증을 위하여 사용이 금지되는 증거의 범위를 피고인의 범죄행위에 대한 증거 일반이 아니라 전과에 관한 증거로 한정하였으나, 오늘날 커먼로 국가의 논의에서는 금지여부가 문제되는 행위유형을 전과에 한정하지 않는 것이 일반적이다. 전과에 대한 증거는 피고인의 범죄행위 중에서 기소되어 유죄판결을 받은 범죄행위에 대한 증거만을 의미하기 때문에, 피고인의 전과에 관한 증거와 피고인의 범죄행위에 관한 증거의 의미가 서로 동일한 것은 아니다. 이 글에서는 양자를 엄밀하게 구별하지 아니하였다.

지되는 증거의 범위와 관련하여서는, 이를 피고인의 전과 내지 범죄행위에 관한 증거로 한정할 것인지 아니면 여타의 행위에 대한 증거 역시 사용이 제한되는 것으로 보아야 하는지와 관련하여 이후 다양한 논의가 진행되었다. 그리고 오늘날에는 사용금지 여부가 문제되는 관련 증거의 범위를 보다 넓게 파악하는 것이 일반적이다. 예컨대 추후 상세히 검토하는 바와 같이 오늘날 영국에서는 이러한 증거의 사용가능성과 관련하여 기존의 판례법을 폐지하고 "Criminal Justice Act 2003"을 제정하여 이를 규율하고 있는데, 이 법률에서는 피고인의 전과에 관한 증거와 피고인이 범죄에는 해당하지 아니하여도 비난받을만한 행위를 하였음을 입증하는 증거를 하나로 묶어서 포괄적으로 규율하고 있다(법률 제98조 및 제112조). 미국의 현행 연방증거규칙 역시 제404조(b)(1)에서 위에서 소개한 Makin 판결에서 판시한 것과 거의 동일한 내용을 담은 규정을 마련해 놓고 있는데, 이때 사용이 금지되는 증거에 "피고인이 범죄행위"에 관한 증거 이외에도 "피고인의 비행행위 기타 행위에 대한 증거"를 포함시켜 규정함으로써, 사용이 금지되는 증거의 범위를 피고인의 전과에 관한 증거에 한정하지 않고 있다.

나. 사용제한의 근거

커먼로 국가에서 피고인의 범행 기타 행위에 관한 증거는 성격증거의 일종으로 분류되고 있는바, 피고인의 범행 기타 행위에 관한 증거를 유죄입증을 위한 증거로 사용할 수 없도록 하는 이유에 대한 설명은 성격증거의 사용을 제한하는 이유에 대한 설명과 다르지 않다.

피고인이 과거에 범죄행위 기타 행위를 행한바 있다는 사실과 피고인이 기소된 범죄행위를 행하였는가의 여부 사이에는 직접적인 관련성이 존재하지는 아니한다. 피고인이 여타의 기회에 범죄행위 기타 행위를 행한바 있다는 사실은 피고인이 일정한 성향이나 경향을 갖고 있음을 입증하는데 그치는 것이어서, 당해 사건과 관련하여서는 단지 간접증거 내지 정황증거로서의 의미를 가질 뿐인 것이다. 그런데 오늘날 어느 한 개인의 성격이나 성향이 그의 행동방식에 영향을 미친다는 사실에 대하여 자연과학적으로 별다른 의문이 제기되고 있지 않다는 점을 고려한다면[14], 피고인의 범행 기타 행위에 대한 증거가 그의 성격이나 성향을 입증함으로써 결국 유

죄입증을 위한 간접증거 내지 정황증거로서 활용될 충분한 가치를 지닐 수 있다는 점도 부인할 수 없을 것이다. 그러나 그럼에도 불구하고 커먼로 국가에서 피고인의 범행 기타 행위에 대한 증거를 유죄입증을 위한 증거로 사용하는 것을 제한하고 있는 것은 이러한 증거의 사용을 무제한적으로 허용한다면 공정한 재판이 이루어지지 않을 우려가 있다고 보고 있기 때문이다.

성격증거의 사용을 제한하는 근거로는 배심원이 유무죄 판단을 위한 추론과정에서 오류가 발생할 위험(inferential error prejudice)과 법의 무효화를 초래할 위험(nullification prejudice)의 두 가지가 제시되고 있다.[15] 추론상의 오류가 발생할 위험은 그러한 증거의 사용이 배심원으로 하여금 선입견과 편견을 갖게 하여 결과적으로 유무죄 판단 과정에서 잘못된 추론을 하도록 유도할 위험성이 크다는 것을 의미한다.[16] 어느 개인이 과거에 어떠한 행위를 하였는가의 여부, 즉 그가 일반적으로 어떠한 성격이나 성향을 갖고 있는가의 문제와 그가 어느 특정한 상황에서 어떻게 행동하였는가의 문제는 서로 다른 것임에도 불구하고 배심원들이 일반적인 성향으로부터 특정한 행위를 하였다는 추론을 할 위험이 있다는 것이다. 법의 무효화를 초래할 위험은 배심원들이 당해 범죄사실의 존부를 입증하기 위하여 제출된 증거에 의하여서가 아니라, 피고인이 과거에 어떠한 행위를 하였으며 어떠한 성격이나 성

14) 인간의 성격이나 성향이 행동방식에 미치는 영향에 대한 자연과학적 연구결과에 대한 설명으로는 Edward J. Imwinkelried, “Reshaping the “Grotesque” Doctrine of Character Evidence: the Reform Implications of The Most Recent Psychological Research”, Southwestern University Law Review, 36, 2008, 741 이하 참조. 커먼로 국가의 법학자들 역시 이에 대하여 별다른 의문을 제기하고 있지 아니하다. 이에 대하여서는 David P. Leonard, “In Defense of the Character Evidence Prohibition: Foundations of the Rule Against Trial by Character”, Indiana Law Journal, 73, 1998, 각주 92에 인용된 문헌 참조.

15) 두 논거는 커먼로 국가의 문헌에서 가장 흔히 발견되는 논거이며, 이외에도 다양한 근거가 제시된다. 배심재판절차를 하나의 스토리로 설명하려고 하는 네러티브 모델(narrative model)의 입장에서 제시하는 논거로는 예컨대 Lisa Kern Griffin, “Narrative, Truth, And Trial”, Georgetown Law Journal, January, 101, 2013, 286; Reid Hastie, “Emotions In Jurors' Decisions”, Brooklyn Law Review, 66, 2001, 995 등 참조. 미국에서 예방구금의 위험성과 관련하여 이를 설명하는 견해로는 Ted Sampsell-Jones, “Preventive Detention, Character Evidence, And The New Criminal Law”, Utah Law Review, 3, 2010, 736 참조. 이외에 성격증거 사용과 결합되어 있는 다양한 문제점에 대한 설명은 Australian Law Reform Commission, Evidence (Interim) [1985] ALRC 26, Volume 1, para. 799 이하 참조.

16) 예컨대 David P. Leonard, 각주 14의 글, 1184 참조.

향을 갖고 있는가에 근거하여 유무죄 판단을 하게 될 위험성이 있다는 것을 의미한다.[17] 이러한 증거의 사용은 사실판단자로 하여금 선한 사람에게는 상을, 그리고 악한 사람에게는 벌을 내리도록 유도할 위험을 발생시킬 수 있으며,[18] 법률이 피고인이 기소된 범죄행위를 하였는가의 여부에 의하여 유무죄를 판단할 것을 요구하고 있음에도 불구하고 당해 범죄행위를 행하였는지의 여부가 아니라 그가 살아온 삶에 비추어 볼 때 형벌을 응당 부과받아야 하는가에 의하여 유무죄 여부를 판단하게 된다면 결국 법이 무효화되는 결과가 발생하게 된다는 점을 지적하는 것이다.[19]

2. 피고인의 범행 기타 행위에 대한 증거의 사용제한에 대한 예외 및 예외인정의 근거

가. 당해 증거가 특정한 목적을 위하여 제출된 경우

이상에서 살펴본 바와 같이 커먼로 국가에서는 피고인의 범행 기타 행위에 대한 증거를 당해 사건에서 유죄입증을 위한 간접증거로 사용하는 것을 원칙적으로 제한하고 있으나, 그에 대하여 다양한 형태로 예외를 인정하는 것이 일반적이다. 예외는 크게 본다면 피고인의 범행 기타 행위에 대한 증거가 특정한 목적을 위하여 제출된 때에 당해 증거의 사용을 허용하는 경우, 그것을 사용하여 야기될 편견의 위험성보다 그것이 갖고 있는 증거적 가치가 매우 큰 것으로 인정되어 당해 증거의 사용을 허용하는 경우, 몇몇 범죄유형을 특정하여 피고인의 과거 범죄행위에 대한 증거를 당해 범죄의 유죄입증을 위한 증거로 사용할 수 있도록 하는 경우 등으로 나눠볼 수 있다.[20]

가장 오래된 예외인정의 방법은 피고인의 범행 기타 행위에 대한 증거가 특정한 목적을 위하여 제출된 경우 이를 유죄입증의 간접증거로 사용할 수 있도록 하는 것

17) 예컨대 David P. Leonard, 각주 14의 글, 1184 참조.

18) 미국의 Federal Rule of Evidence 404(a)의 Notes of Advisory Committee on Proposed Rules 부분 참조.

19) Roger C. Park, “Character at the Crossroads”, Hastings Law Journal, 49, 1998, 745 참조.

20) 이러한 세 가지 분류에 속하지 아니하는 예외인정기준에 관하여서는 각국의 개별적 입법례를 검토하면서 소개하였다.

이다. 이후 본문에서 상세히 살펴보는 바와 같이 이미 Makin 판결에서 이러한 방식에 의하여 피고인의 전과에 관한 증거의 사용제한에 대하여 예외를 인정하였다. Makin 판결에서는 일정한 카테고리를 제시하고(예컨대 범행이 의도적으로 이루어졌음을 입증하기 위한 목적으로 제출된 경우), 그러한 카테고리에 속하는 증거에 대하여서는 이를 유죄입증의 증거로 사용할 수 있도록 하였다. 그리고 영연방국가에서는 Makin 판결의 판시에 따라 피고인의 범행 기타 행위에 대한 증거의 사용제한 원칙을 유지하면서도, 이후 다수의 판결을 통하여 그에 대한 예외에 해당하는 카테고리의 범위를 지속적으로 넓혀왔다.[21]

미국의 현행 연방증거규칙 역시 피고인의 범행 기타 행위에 관한 증거의 사용을 원칙적으로 금지하면서도, Makin 판결과 유사한 형태로 이에 대한 예외를 인정하고 있다. 연방증거규칙 제404조(b)(2)는 피고인의 전과 기타 행위에 관한 증거가 동기, 범행기회, 의도, 계획, 인식, 동일성, 행위가 과실이나 사고에 의한 것이 아니라 의도적인 것이라는 사실 등을 입증하기 위한 때에는 이를 유죄입증의 증거로 사용할 수 있도록 하고 있는데, 이러한 예외에 대한 규정형식은 Makin 판결에서 제시된 것과 동일한 것이다.

Makin 판결에서는 물론 현행 미국의 연방증거규칙 역시 특히 범죄의 주관적 요소인 의도 입증을 위하여 피고인의 범행 기타 행위에 관한 증거를 사용하는 것을 허용하고 있는데, 이는 범행의 주관적 요소는 일반적으로 정황증거나 간접증거에 의하여 이를 입증할 수밖에 없으며, 특히 몇몇 범죄유형의 경우에는 피고인의 범죄의사 입증을 위하여 피고인의 범행 기타 행위에 관한 증거를 사용하는 것이 불가피하다는 점을 고려한 것으로 보인다.[22]

---

21) Brónagh Maher, “Developments in Bad Character Evidence : Undermining The Accused's Shield”, Dublin University Law Journal, 29, 2007, 57 이하 (페이지는 논문의 시작페이지이며, Westlaw에 실린 원문에 페이지가 표시되어 있지 아니하여 본문에 인용한 내용의 정확한 페이지를 명시하지 못함).

22) 예컨대 Makin 사건에서 문제된 바와 같이 과학적 수사방법이 발달하지 아니하였던 과거에는 피해자의 사망이 피고인의 의도에 의한 것인가 아니면 단순히 사고에 의한 것인가를 판단함에 있어서 그 사망에 이르게 된 경위나 정황 등이 피고인의 소행으로 밝혀진 다른 살인사건의 그것과 일치하는가의 여부가 중대한 역할을 하였다. Makin 사건에 대한 상세한 소개는 Gregory D. Woods, 각주 13의 책, 387 이하 참조. 오늘날 미국에서는 마약을 소지하고 있던 중 체포된 자가 마약을 판매하는 의도로 이를 소지하고 있었음을 입증하기 위하여 피고인의 전과 등에 대한 증거가 흔히

나. 당해 증거를 사용하여 발생할 위험보다 그 증거적 가치가 훨씬 더 큰 경우

커먼로 국가에서는 피고인의 범행 기타 행위에 관한 증거를 사용하여 야기될 편견의 위험성보다 그것이 갖고 있는 증거적 가치가 매우 큰 경우에도 당해 증거를 유죄입증을 위한 증거로 사용하는 것을 허용하는 것이 일반적인데, 이와 관련하여서는 이른바 유사사실증거(similar fact evidence)의 증거능력 인정요건이 주된 논의의 대상이 된다. 유사사실증거는 피고인이 여타의 기회에 기소된 범죄행위와 유사성이 인정되는 행위를 행한 바 있음을 입증하기 위한 증거를 의미한다.[23] 유죄입증을 위하여 제출된 유사사실증거의 사실관계와 기소된 범죄의 사실관계 사이에 존재하는 유사성의 정도는 사안에 따라 매우 다를 수 있다. 예컨대 강간죄로 기소된 피고인의 유죄입증을 위하여 그가 과거 다수의 폭행죄를 범한 바 있다는 증거가 유사사실증거로서 유죄입증을 위하여 제출된 경우에는 사안간의 유사성이 그렇게 크지 않을 것이지만, 극히 일부 계층의 사람들만이 그 존재를 알고 있는 특이한 독극물로 타인을 살해한 혐의로 기소된 피고인에 대하여 그가 이전에 동일한 독극물로 타인을 살해하려고 하여 살인예비죄로 유죄판결을 받은바 있다는 증거가 제출된 경우에는 양자의 사안 사이에 존재하는 유사성이 매우 크다고 보게 될 것이다. 후자의 경우와 같이 제출된 유사사실증거의 사실관계와 현재 기소된 범죄의 사실관계 사이에 행위방법이나 행위정황 등에서 고도의 유사성이 인정되는 경우에는 이를 유죄입증을 위한 간접증거로 사용할 수 있도록 허용하는 것이 일반적이다.[24]

사용된다고 한다. 이에 대하여서는 Christopher B. Mueller, Laird C. Kirkpatrick. Evidence under the rules: Text, cases, and problems, 2011, 428 참조.

23) 유사사실증거 일반에 대한 설명 및 1900년대 초반까지의 영국과 미국에서의 유사사실증거의 증거능력 인정에 대한 논의에 대한 설명은 Julius Stone, “The Rule of Exclusion of Similar Fact Evidence: England”, Harvard Law Review, 46, 1933, 954 이하 및 Julius Stone, “The Rule of Exclusion of Similar Fact Evidence: America”, Harvard Law Review, 51, 1938, 988 이하 참조.

24) 유사사실증거를 피고인의 유죄입증을 위한 증거로 채택하였던 전형적인 사례로는 예컨대 영국의 R. v. Straffen 판결을 들 수 있을 것이다((1952) 36 Cr. App. R. 132, 141). 이 사건에서는 피고인이 여아를 살해한 혐의로 기소되었고 검사가 피고인이 다른 기회에 기소된 범죄행위와 매우 유사한 범죄행위를 행한 바 있음을 입증하는 유사사실증거를 유죄입증을 위한 증거로 제출하였는데, 법원은 이를 받아들여 유죄판결하면서 당해 증거의 증거능력이 인정된다는 근거로 다음과 같은 사정을

고도의 유사성이 인정되는 유사사실증거를 유죄입증의 간접증거로 사용할 수 있도록 허용하는 것은 이러한 증거의 경우 피고인이 일반적인 성향을 갖고 있음을 입증하는 것을 넘어선 훨씬 더 큰 증거적 가치를 갖고 있으며, 어느 증거가 유사사실증거로 제출된 경우에는 – 그것이 단순히 성격증거 내지 성향증거로 제출된 경우와 비교하여 볼 때 – 사실판단자가 서로 전혀 다른 논증과정을 거쳐 결론에 이르게 된다는 점을 고려한 것이다.[25] 다만, 본문에서 상세히 살펴보는 바와 같이, 유사사실증거 역시 본질적으로는 피고인이 여타의 기회에 행한 범죄행위에 대한 증거로서 그것의 사용과 더불어 추론의 위험이나 무효화의 위험이 발생하게 될 것이라는 점을 고려하여 그 사용이 무조건으로 허용되고 있지는 아니하다.

다. 몇몇 범죄유형을 특정하여 당해 증거의 사용을 허용하는 경우

들었다. ① 피해자가 모두 여아이다. ② 피해자를 모두 손으로 목졸라 살해하였다. ③ 어느 사례에서도 피해자에 대하여 성관계를 하려는 시도를 행하지 아니하였으며 별다른 범죄의 동기가 존재하지 아니하다. ④ 어느 사례에서도 다툼의 흔적이 없다. ⑤ 어느 사례에서도, 사체가 쉽게 발견될 수 있는 장소이고 범죄자가 하고 하였더라면 하면 쉽게 할 수 있었을 것임에도 불구하고, 시체를 은닉하려는 시도가 이루어지지 아니하였다.

25) 예컨대 갑이 C를 살해한 혐의로 기소되었고 갑이 이를 부인하고 있는데 C 살해를 전후하여 갑이 A와 B를 살해하였다는 증거가 단순히 피고인의 성격이나 성향을 입증하기 위한 목적으로 제출된 경우(갑이 A와 B를 살해하였음은 합리적 의심의 여지 없이 입증되었음을 전제함), 사실판단자는 먼저 갑이 A와 B를 살해하였다는 증거로부터 갑이 일반적으로 사람을 살해하는 경향이 있음을 추론하고, 이에 근거하여 갑이 C를 살해하였을 가능성이 있다는 결론을 이끌어내게 된다. 그러나 갑이 A와 B를 살해하였다는 증거가 유사사실증거로서 사용되는 경우 사실판단자는 A, B, C가 유사한 상황에서 유사한 방식으로 살해되었음을 확인한 후 갑이 A와 B를 살해하였다는 증거로부터 갑이 C도 살해하였을 개연성이 높다는 추론을 하게 된다. A, B를 살해하였다는 증거가 단순히 피고인의 성격이나 성향을 입증하기 위하여 제출된 경우 A, B의 살해사실과 C의 살해사실 사이에 행위정황이나 행위수단 등의 동일성이 존재할 필요가 없으나, A, B를 살해하였다는 증거가 유사사실증거로 제출된 경우에는 A, B의 살해사실과 C의 살해사실 사이에 그러한 동일성이 존재하여야만 한다. 전자의 논증과정에서 결론을 뒷받침해주는 근거는 갑이 일반적으로 사람을 살해하는 성향이나 성격을 갖고 있다는 주관적인 사정이지만, 후자의 논증과정에서 결론을 이끌어내는 근거가 되는 것은 피해자들이 살해된 정황이나 살해방법 등이 서로 매우 유사하다는 객관적인 사정이다. 후자의 경우 A, B, C의 살해정황이나 살해방법 등 사이에 존재하는 동일성이 높아질수록 갑이 C를 살해하였을 개연성도 높다고 판단하게 될 것이다. 이와 같은 논증과정의 차이가 증거능력에 대한 상이한 평가로 이어지게 되는 것이다. 어느 증거가 피고인의 일반적인 성향이나 성격 등을 입증하는 증거로 사용되는 경우와 유사사실증거로 사용되는 경우의 논증방법의 차이에 관한 이상의 소개는 다음 문헌을 참조하였다. Australian Law Reform Commission, 각주 15의 보고서, para. 400 이하.

몇몇 범죄유형을 특정하여 피고인의 과거 범죄행위에 대한 증거를 유죄입증을 위한 증거로 사용할 수 있도록 허용하는 경우는 오늘날 미국의 연방증거규칙에서 찾아볼 수 있다. 미국 연방증거규칙은 제413조와 제414조에서 성범죄 사건과 아동 성학대 사건에 대하여 피고인이 동일한 다른 범죄를 범한 바 있다는 사실에 대한 증거를 유죄입증을 위한 증거로 사용할 수 있도록 규정하고 있다. 미국연방규칙에서 이러한 규정을 마련하게 된 근거에 관하여서는 아래 미국의 입법례를 검토하면서 상세히 살펴볼 것이다.

Ⅲ. 피고인의 범행 기타 행위에 관한 증거의 사용에 관한 커먼로 국가의 개별적 입법례

1. 영국 (England and Wales)

가. 법률 제정 이전의 판례

오늘날 영국(England and Wales)에서는 피고인의 범행 기타 행위에 대한 증거의 사용가능성과 관련한 문제를 “Criminal Justice Act 2003”을 제정하여 입법적으로 해결하고 있다. 법률 제정 이전까지는 이 문제는 물론 판례법에 의하여 규율되고 있어왔다.[26] 그런데 법률 제정 이전의 관련 영국 판례는 영국은 물론 캐나다, 호주 등 영연방에 속하는 국가들에서도 오랜 기간 이러한 유형의 증거의 사용가능성 내지 사용요건 등을 규율하는 기준으로 사용되었는바, 오늘날 영국에서 그 규범력을 상실하였다고 하여도 이에 대하여 살펴볼 필요가 있을 것이다. 법률 제정 이전까지 이 문제를 다룬 대표적인 판결로는 Makin v. Attorney General for New South Wales 판결, DPP v. Boardman 판결, DPP v. P 판결 등이 들어지고 있다.

Makin 판결은 1984년에 내려진, 당시 영연방에 속하는 국가였던 호주에서 발생

26) 이 법률 제정 이전에도 몇몇 성문법에서는 성격증거 내지 유사사실증거의 사용가능성을 제한하고 있어왔다. 이에 대하여서는 Law Commission, 각주 11의 보고서, para. 2.28 이하 및 2.43 이하 참조.

한 사건에 대한 판결로서, 이 판결에서 제시한 기준은 영국을 비롯하여 호주, 캐나다 등 영연방 국가에서 매우 오랜 기간 성격증거 내지 유사사실증거의 사용가능성에 대한 판단기준이 되어 왔는바, 상세히 그 내용을 살펴볼 필요가 있을 것이다.[27] 이 판결에서 법원(추밀원 사법위원회, Judicial Committee of the Privy Council)은 먼저 피고인이 이전에 범죄를 범한 자라는 사실로부터 그가 기소된 범죄를 범하였을 것이라는 결론을 이끌어내기 위한 목적으로 피고인이 기소된 행위와는 다른 행위로 유죄판결을 받은바 있다는 증거를 제출하는 것은 금지된다고 판시하였다. 다만 피고인이 다른 범죄를 범한 바 있음을 입증하기 위하여 제출된 증거인 경우에도 그것이 기소된 범죄와의 관련성이 인정된다면 그 사용이 금지되는 것은 아니라고 하면서, 범죄가 의도적인 것인지 우연적인 것인지에 관련된 증거나 피고인의 주장을 반박하기 위한 증거는 관련성이 인정되는 증거에 해당한다고 판시하였다.[28]

Makin 판결에서 제시된 기준에 의한다면 사용이 금지되는 증거에 해당하기 위하여서는 다음의 두 가지 요건이 충족되어야 한다. 하나는 그것이 피고인이 기소된 범죄행위와는 다른 행위로 인하여 유죄판결을 받았음을 입증하는 증거이어야 한다는 것이며, 다른 하나는 당해 증거가 피고인이 범죄를 범할 성향을 갖고 있는 자이어서 기소된 범죄를 범하였을 가능성이 있다는 형식의 입증을 하기 위한 목적으로 제출된 것이어야 한다는 것이다. 다른 한 편으로 법원은 그러한 증거라고 하여도 그것이 판례가 제시한 또 다른 기준인 관련성 요건을 충족시키는 경우에는 그 사용이 허용된다는 점을 강조하였다. Makin 판결에서는 관련성 요건을 충족시키는 경우를 몇 가지 열거하고 있는데, 예컨대 피고인이 의도적으로 범죄를 범한 것임을 입증하기 위한 증거에 해당하는 경우에는 관련성 원칙을 충족시키게 된다.

Makin 판결은 매우 오랜 기간 그 규범력을 유지하였으나, 내용적 모호함으로 인하여 다양한 해석론이 전개되었다. 가장 문제가 된 것은 관련성 요건을 충족시켜서 사용이 허용되는 관련증거의 범위가 판결에서 제시한 두 개의 카테고리(범죄가 의

27) 이 사건의 사실관계, 사회적 배경, 판결의 전개과정, 결과 등에 대한 상세한 소개는 Gregory D. Woods, 각주 13의 책, 387 이하 참조.

28) 이 판시내용은 영국 및 영연방에 속하는 국가의 판례 및 문헌에서 성격증거의 증거능력을 논함에 있어서 거의 언제나 등장하는 내용에 해당한다. 원문은 [1894] A.C. 57, 65 참조. 다만 이 글을 작성함에 있어서는 판결 원문을 구하지 못하여 본문의 소개는 아래 문헌에서 인용하고 있는 판결내용을 기초로 하였다. Gregory D. Woods, 각주 13의 책, 404 및 [1975] A.C. 421, 426.

도적으로 행하여진 것임을 입증하기 위한 증거에 해당하는가 및 피고인의 주장을 반박하기 위한 증거에 해당하는가의 여부)에 한정되는지 아니면 다른 카테고리에 속하는 관련증거라고 할지라도 증거능력을 인정받을 수 있는지의 여부였다. 이후의 판결은 관련증거의 사용가능성을 확장하는 방향으로 전개되었으며, 결과적으로는 피고인의 전과 등에 관한 증거라고 할지라도 판례를 통하여 형성된 여러 카테고리 중의 어느 하나에 속하는 것으로 판단된다면 곧 그 사용이 허용되는 결과를 가져오게 되었다.[29]

구체적인 사건에서 제시되는 증거의 종류, 그 구체적인 내용 등이 매우 다양하며, 그것이 갖고 있는 증거적 가치 역시 사안에 따라 매우 다를 수 있다. 그럼에도 불구하고 Makin 판결에서 제시한 기준에 의한다면 제출된 증거의 사용가능성이 단순히 그것이 어떠한 카테고리에 속하는가에 의하여 획일적으로 판단되는 문제가 발생하게 된다. 나아가 일단 판례를 통하여 형성된 일정한 카테고리에 속하는 것으로 판단된다면 제출된 증거의 증거적 가치가 매우 낮고 그것의 사용으로 인하여 배심원이 유죄의 편견을 갖게 될 위험성이 매우 큰 경우에도 당해 증거의 사용이 무제한적으로 허용되는 부당한 결과가 발생한다. 이러한 문제점들로 인하여 이후 등장한 Boardman v. DPP 판결, DPP v. P 판결 등에서 법원(영국 상원, The House of Lords)은 Makin 사건에서 제시된 것과는 다른 기준을 제시하게 된다.

Boardman 판결에서 법원은 금지된 것은 피고인의 전과에 관한 증거 그 자체가 아니라 그러한 증거가 유죄입증을 위하여 거치게 되는 특정한 논리전개과정이라는 점을 지적하면서, 제출된 증거가 금지된 형태의 논리전개과정을 거치지 아니하고도 증거적 가치를 가질 수 있는 경우라면 당해 증거의 사용이 허용되어야 한다고 판시하였다.[30] 이 사건에서 법원은 나아가 유사사실증거는 그 증거적 가치가 매우 높은 경우에는 예외적으로 증거능력을 인정받을 수 있으며, 그것은 제출된 증거의 기초가 되는 사실관계와 현재 기소된 사건에서 다툼이 되고 있는 대상 사이에 고도의 유사성이 인정되는 경우에는 그러한 높은 증거적 가치가 인정될 수 있다고 판시하였다(고도의 유사성 기준).[31] 피고인의 범행 기타 행위에 관한 증거의 사용가능성을

29) Brónagh Maher, 각주 21의 글, 57 이하 (페이지는 논문의 시작페이지이며, Westlaw에 실린 원문에 페이지가 표시되어 있지 아니하여 본문에 인용한 내용의 정확한 페이지를 명시하지 못함).

30) [1975] A.C. 421, 452.

판단하는 기준을 그것이 제출된 목적이 무엇인가 내지 제출된 증거가 어떠한 카테고리에 속하는가에 의하여서가 아니라, 그것이 다투어지고 있는 대상과 관련하여 얼마나 중요한 증거적 가치를 가지고 있는가에 의하여야 한다고 판시하고 있는 것이다.[32] 이후에 나온 DPP v. P 판결에서는 유사사실증거의 증거적 가치가 충분히 커서 그것을 사용함으로써 발생하는 편견에도 불구하고 이를 사용하는 것이 정당한 것으로 판단되는 경우에 이를 증거로 사용할 수 있다고 판시하면서(정당성 기준),[33] 유사사실증거의 증거적 가치는 Boardman 판결에서 제시된 고도의 유사성 기준에 의하여 판단할 수도 있으나, 그에 한정되지는 않으며 개별 사례별로 여타의 사정을 고려하여 판단하여야 한다고 하여 Boardman 판결에서 제시한 고도의 유사성 기준이 갖는 중요성을 약간 감소시켰다.[34]

Boardman 판결과 DPP 판결에 대하여서도 다양한 비판이 제기되었다. 무엇보다도 먼저 그 내용이 불명확하여 현실에서 이를 적용하기 쉽지 않다는 점이 비판되었다. 예컨대 DPP 판결에서 제시한 정당성 기준만으로는 당해 증거가 갖고 있는 증거적 가치를 어떻게 평가하고, 그것과 편견유발효과를 어떻게 비교, 교량할 것인지를 알 수 없다는 비판이나, 정당성 요청이 매우 큰 경우에만 예외적으로 증거능력을 인정하여야 하는 것인지 아니면 정당성 요청이 인정되면 언제나 그 증거능력을 인정하여야 하는 것인지가 불분명하다는 비판 등이 이에 해당한다.[35] 영국의 법률위원회(Law Commission)는 피고인의 범행 기타 행위에 관한 증거의 사용과 관련된 판례법을 비판하면서, 관련 판례법을 폐지하고 성문법을 제정하여 이 문제를 규율할 것을 제안하는 보고서를 제출하였다. 이 보고서에서는 기소된 범죄와 관련성이 있는 증거인 경우에는 그것이 성격증거인가의 여부에 상관없이 양당사자가 자유로이 이를 제출할 수 있어야만 한다는 원칙을 제시하였고,[36] 이후 제정된 법률은 대체

31) [1975] A.C. 421, 444 참조.

32) Law Commission, 각주 11의 보고서, para. 2.6; Michael D. Mee, “Similar Fact Evidence: Still Hazy after All These Years”, Dublin University Law Journal, 16, 1994, 83 이하 (페이지는 논문의 시작페이지이며, Westlaw에 실린 원문에 페이지가 표시되어 있지 아니하여 본문에 인용한 내용의 정확한 페이지를 명시하지 못함).

33) [1991] 2 A.C. 447, 460.

34) [1991] 2 A.C. 447, 460.

35) Law Commission, 각주 11의 보고서, para. 4.2 이하.

적으로 보고서가 제시한 것과 동일하거나 유사한 원칙에 따르고 있는 것으로 평가되고 있다.[37]

나. 법률이 정한 성격증거 사용기준

이후 제정된 “Criminal Justice Act 2003”은 성격증거 사용가능성에 관한 포괄적인 규정을 담고 있는데, 피고인의 범행 기타 행위에 관한 증거 역시 성격증거의 일부로서 이 법률에 의하여 그 사용가능성이 규율되게 된다. 이 법률의 가장 큰 특징은 - 적어도 법률의 문언상으로는 - 피고인의 일반적인 성격이나 성향 등을 입증하기 위한 증거를 유죄입증의 증거로 사용하는 것을 원칙적으로 금지하였던 판례법과는 정반대로, 이러한 증거의 사용을 원칙적으로 허용하는 데에 있다. 이와 같이 법률이 제정되게 된 바탕에는 근본적으로 배심원들을 신뢰하고, 배심원들이 유무죄 판단을 함에 있어서 필요한 모든 중요한 자료가 제한 없이 제공되어야 한다는 전제가 놓여 있다고 설명된다.[38]

이 법률의 정의에 의한다면 피고인의 성격(악성, bad character)을 입증하는 증거에는 피고인이 어떠한 범죄를 범하였음을 입증하는 증거는 물론 범죄에는 해당하지 아니하여도 비난받을만한 행위를 하였음을 입증하는 증거, 나아가 그러한 행위를 하려는 성향을 입증하는 증거가 모두 포함된다(법률 제98조).[39] 법률은 피고인의 성격증거의 증거능력이 인정되는 경우를 일곱 가지로 나눠서 열거하고 있는데, 이 글의 맥락과 관련하여 가장 중요한 의미를 갖는 부분은 피고인과 검사 사이에 다툼의 대상이 되고 있는 중요한 문제에 대하여 성격증거의 증거능력을 인정하는 부분이다(법률 제101조(1)(d)).

피고인에 대한 성격증거가 검사와 피고인 사이의 다툼의 대상이 되고 있는 중요

36) Law Commission, 각주 11의 보고서, para. 1.12 이하.

37) Colin Tapper, “Criminal Justice Act 2003: Part 3: Evidence of Bad Character”, Criminal Law Review, 2004, 538 이하. 피고인에 대한 성격증거의 사용가능성에 한정하여 본다면 법률은 위원회의 보고서에서 제안하였던 것보다 훨씬 더 용이하게 이러한 증거가 사용될 수 있도록 입법화되었고, 이로 인하여 무죄추정의 원칙을 침해할 우려가 있다는 지적도 제기되었다고 한다. 이에 대하여서는 A. Keane, P. McKeown, Modern Law of Evidence, 10th ed., 2014, 482 참조.

38) Home Office (2002), Justice for All, Cm. 5563, 4.52 이하 (79 이하).

39) Explanatory notes to the Criminal Justice Act 2003, para. 353.

한 문제와 관련된 때에는 그 사용이 허용된다(법률 제101조(1)(d)). 그 구체적인 의미는 법률 제103조에서 설명하고 있다. 예컨대 피고인이 기소된 범죄와 동일한 유형의 범죄를 범하는 성향이 있는지가 문제되는 경우가 이에 해당한다(법률 제103조(1)(a)). 이 조항은 Makin 판결 이래 커먼로에서 반복하여 받아들여 왔던 원칙, 즉 유죄입증을 위하여 피고인의 성격증거를 사용하는 것을 금지하였던 원칙을 폐지한 것이다. 이 요건을 적용함에 있어서는 동일한 전과사실에 대한 증거라고 할지라도 다툼의 대상이 되는 내용이 무엇인가에 따라 그 사용이 허용될 수도 있고, 그렇지 않을 수도 있다는 데에 유의하여야 한다. 예컨대 갑이 을을 살해한 혐의로 기소되었는데 갑이 을이 먼저 공격을 시작하여 정당방위로 을을 살해할 수밖에 없다고 주장하는 경우에는 갑의 폭행이나 상해의 전과에 대한 증거사용이 허용된다. 갑이 정당방위 상황이 아닌 상태에서도 물리력을 행사하는 경향이 있는가의 여부가 다툼의 대상이 되는 사안에 해당하기 때문이다. 이와는 달리 예컨대 갑이 자신은 을을 살해할 의도가 없었으며 단지 상해나 폭행을 가할 의도만을 가지고 있었다고 주장하는 경우에는 갑의 폭행이나 상해의 전과사실에 대한 증거의 사용이 금지된다. 갑이 일반적으로 폭력범죄를 범할 성향을 갖고 있는가의 여부는 갑에게 살인의 고의가 있었는가의 여부를 입증하는데 있어서 별다른 의미를 갖고 있지 않기 때문이다.[40]

법률은 피고인에 대한 성격증거를 유죄입증을 위하여 사용하는 경우 발생할 수 있는 위험에 대처하기 위하여 몇 가지 안전장치를 마련해 놓고 있다. 법원은 피고인의 청구가 있고 당해 증거의 사용이 재판의 공정성을 해칠 우려가 중대한 경우 증거의 사용을 금지하여야 한다(법률 제101조(3)). 피고인의 증거배제청구가 있으면 법원은 제출된 증거와 관련된 사건과 피고인이 기소된 사건 사이의 시간적 간격을 고려하여야만 한다(법률 제101조(4)). 피고인이 어느 특정한 성향이 있다는 것이 그가 유죄판결을 받을 가능성을 전혀 높이지 아니하는 경우에는 이를 증거로 사용할 수 없다(법률 제103조(1)(a)).[41] 피고인의 성향을 입증함에 있어서는 그가 기소된 것과

40) John R. Spencer, “Evidence of Bad Character - Where We Are Today”, Archbold Review, 5, 2014, 7.

41) 이에 대하여서는 성격증거 내지 성향증거의 사용은 그 정도가 근소할 수는 있어도 언제나 피고인에 대한 유죄판결 가능성을 높이게 되는바, 큰 의미가 없는 규정에 해당한다는 지적도 제기된다. A. Keane, P. McKeown, 각주 37의 책, 495.

동일한 내용의 범죄 또는 그가 기소된 것과 동일한 분류에 속하는 범죄를 범하여 유죄판결을 받은 적이 있다는 증거를 통하여 이를 입증할 수 있다(법률 제103조(2)). 그러나 법원이 유죄판결 이후 경과된 기간 기타 사유를 고려할 때 그것을 사용하는 것이 부당하다고 인정하는 경우에는 그러하지 아니하다(법률 제103조(3)).

그런데 이상에서 살펴본 바와 같은 법률이 마련하고 있는 안전장치들은, 예컨대 당해 성격증거의 사용이 재판의 공정성을 해할 중대한 우려가 있거나 성격증거의 사용이 유죄판결이 내려질 가능성을 전혀 높이지 아니하는 경우에 그 사용을 불허하도록 하는 것에서 알 수 있는 바와 같이, 예외적인 경우에만 작동하도록 되어 있다. 따라서 법률 제정과 더불어 적어도 법률의 규정형식에 비추어 볼 때에는 성격증거의 원칙적 사용금지가 원칙적 사용허용으로 뒤바뀌었다고 평가할 수 있을 것이다. 나아가 이 법률의 제정이유가 배심원들을 신뢰하고 배심원들이 필요한 모든 중요한 자료가 제한 없이 제공되어야 한다는 데에 있다는 점을 함께 고려한다면, 법률은 커먼로의 접근방법과는 정반대로 성격증거의 적극적인 사용을 허용하여야 한다는 전제 위에서 제정된 것이라고 볼 수도 있을 것이다. 그러나 영국 법원은 법률의 취지를 해석함에 있어서 이와는 정반대의 입장을 택하고 있다.

법률의 해석, 적용과 관련하여 기준을 제시한 대표적인 판결로는 R. v. Hanson 판결이 들어지고 있는데, 이 판결에서 법원(항소법원, Court of Appeal)은 법률의 취지가 피고인에 대한 성격증거의 사용을 무제한적으로 허용하기 위한 것은 아니며, 새로 제정된 법률을 적용하여 성격증거를 사용함에 있어서도 피고인이 범죄를 범하지 아니하였음에도 불구하고 배심원이 편견을 갖게 되어 부당하게 유죄판결이 내려질 위험을 회피하여야 한다는 점을 명백히 하였다.[42] 이어서 나온 R. v. Tully 판결에서도 법원(Court of Appeal)은 기소된 사건과 어느 정도 유사성이 인정되어서 그 증거적 가치가 있는 때에만 피고인의 전과사실에 관한 증거의 사용을 허용되어야 한다는 점을 다시금 확인하였다.[43] 즉 법원은 법률의 규정형식에도 불구하고 성격증거의 사용에 관하여 신중한 입장에 서 있었던 판례법의 입장을 이어받아 판시하고 있는 것이다.

42) [2005] 2 Cr. App. R. 21, para. 4.

43) 2006 WL 2850932, para. 26.

2. 캐나다

캐나다에서는 일반적으로 피고인의 범행 기타 행위에 관한 증거는 성격증거 내지 유사사실증거의 한 유형으로 간주되고 있으며, 판례가 제시한 성격증거 내지 유사사실증거의 사용 기준에 따라 그 사용 여부가 판단되고 있다. 캐나다는 영연방에 속하는 국가로서 오랜 기간 영국의 관련 판례에서 제시한 기준을 성격증거 내지 유사사실증거의 사용에 관한 판단기준으로 사용하여 왔으나[44], 최근에 그 판단기준이 되고 있는 것은 2002년 캐나다 대법원(Supreme Court of Canada)이 판시한 R. v. Handy 판결이다.

이 판결에서 캐나다 대법원은 성격증거를 정황증거로 사용하는 것, 즉 성격증거로부터 피고인이 일정한 유형의 행위를 행하는 경향 내지 성향이 있음을 추론하고, 그에 기초하여 피고인이 당해 기소된 범죄를 범하였다고 판단하고 유죄판결을 하는 것은 금지된다고 판시하였다.[45] 캐나다 대법원은 성격증거 사용금지 원칙의 근거를 그것이 야기할 수 있는 도덕적 편견과 추론의 편견으로 나누어 설명한다. 전자가 행위자가 나쁜 성격을 가진 사람이라는 인상을 남겨서 증거에 의하여서가 아니라 피고인이 악한 사람이라는 사실에 입각하여 유무죄 판단을 하게 될 우려가 있음을 의미한다면, 후자는 기소된 당해 범죄의 입증을 위하여 제출된 증거에 기초하여서가 아니라 피고인이 과거에 행한 다른 행위를 입증하기 위하여 제출된 증거에 기초하여 당해 범죄에 대한 유무죄 판단을 하게 될 우려를 의미한다.[46]

그러나 여타의 커먼로 국가의 경우와 마찬가지로 캐나다 대법원도 예외적으로 유사사실증거가 증거로 사용될 수 있음을 인정한다. 유사사실증거의 증거적 가치가 지극히 커서 도덕적 편견과 추론의 편견이 가져올 수 있는 부작용을 능가하는 경우라면 이를 증거로 사용할 수 있다는 것이다.[47] 이러한 경우에 해당하기 위하여서는 현재 기소된 범죄행위와 과거에 발생한 유사사건 사이에 행위유형 등이 서로 매우

44) Hamish Stewart, “Rationalizing Similar Facts: A Comment on R. v. Handy, Canadian Criminal Law Review, 8, 2003, 114 이하.

45) [2002] 2 S.C.R. 908, para 31.

46) [2002] 2 S.C.R. 908, para. 31, 100.

47) [2002] 2 S.C.R. 908, para. 42.

유사하여 그것을 단순한 우연의 일치로 볼 수 없거나 여타 다른 합리적인 설명이 불가능한 경우이어야 한다.[48] 기소된 범죄의 사실관계와 고도의 유사성이 인정되는 과거의 사실관계를 입증하기 위한 증거의 증거능력이 인정되어야 한다는 설명을 함에 있어서 캐나다 대법원은 미국의 판례를 인용하면서 "복권에 한 번 당첨된 사람은 부러움의 대상이 되지만, 두 번 당첨된 사람은 수사의 대상이 된다."고 설명한다.[49]

고도의 유사성 여부 판단을 함에 있어서 캐나다 법원은 현재 기소된 사건의 어느 특정한 실체적 논점을 입증하는 데에 있어서 그 증거적 가치가 인정되는 경우에만 성격증거의 사용이 허용된다는 점을 강조한다.[50] 예컨대 과거의 유사사실이 단순히 피고인이 폭력적인 성향이 있음을 입증하기 위한 증거로 제출된 경우에는 그 사용이 허용되지 않는다. 피고인이 단순히 폭력적 성향이 있음을 이유로 기소된 것이 아니기 때문이다.[51] 그러나 이와는 달리 과거의 유사사실과 기소된 범죄사실 사이에 고도의 유사성이 인정되는 경우도 존재한다. 예컨대 행위의 수단이나 방법, 행위 정황 등 사이에 고도의 유사성이 인정되어 이를 단순히 우연의 일치만으로 보기에는 곤란한 경우가 이에 해당한다. 이와 같이 서명이나 지문 등에 비유할 수 있을 정도로 양자 사이에 고도의 유사성이 인정되는 경우에는 그러한 과거 유사사실증거의 사용은 허용되어야 한다.[52]

유사사실증거의 증거적 가치를 판단함에 있어서는 그것이 현재 기소된 범죄의 사실관계와 어느 정도로 닮았는가의 여부만이 그 판단기준이 되는 것은 결코 아니며, 다투어지고 있는 사안이 무엇인지의 여부도 고려대상이 된다.[53] 예컨대 강간죄로 기소된 갑이 실제 범행을 범한 자인가의 여부가 문제되고 있는데 갑이 진범이라는 주장의 근거로서 그가 과거 결혼생활을 하면서 배우자의 의사를 존중하지 아니하는 성관계를 하였다는 사실을 증거로 제출하는 경우 그러한 증거의 사용은 불허될 것

48) [2002] 2 S.C.R. 908, para. 47.
49) [2002] 2 S.C.R. 908, para. 45.
50) [2002] 2 S.C.R. 908, para. 71.
51) [2002] 2 S.C.R. 908, para. 85.
52) [2002] 2 S.C.R. 908, para. 76, 91.
53) [2002] 2 S.C.R. 908, para. 78.

이다.[54] 하지만 을을 저격하여 살해한 혐의로 기소된 갑이 을의 사망이 단지 우연적인 사고에 불과하였다고 다투고 있는데, 사건에서 갑이 평소 피해자인 을에 대하여 반감을 갖고 있었는지가 문제되고 있는 경우라면, 갑이 이전에 을을 칼로 찌른 적이 있다는 사실에 대한 증거는 - 구체적인 실행방법의 차이에도 불구하고 - 그 사용이 인정될 수 있다는 것이다.[55]

3. 호주

호주에서는 캐나다와 마찬가지로 피고인의 범행 기타 행위에 관한 증거는 성격증거로 분류되고, 그 사용가능성에 관하여서는 오랜 기간 영국 법원이 판시한 Makin 판결 등이 판단기준이 되어 왔다. 그런데 1990년대 이후에는 다수의 지역에서 성격증거 사용과 관련된 성문법을 제정하였고, 그 결과 오늘날 호주는 성격증거 사용요건 등에 관하여서는 커먼로에 의하여 이를 규율하는 지역과 성문법에 의하여 이를 규율하는 지역으로 나뉘게 되었다.[56]

커먼로를 따르는 지역의 경우 주된 판단의 기준이 되고 있는 것은 호주 연방최고재판소(Australian High Court)가 1995년 판시한 Pfennig 판결이다.[57] 이 판결에서 다수의견은 성향증거 또는 유사사실증거를 유죄입증의 증거로 사용할 수 있기 위하여서는 당해 사안이 "- 문제되는 증거를 고려하여 판단할 때 - 피고인이 기소된 범죄를 범하였다고 추론하는 이외에 객관적으로 보아 다르게 이를 설명하는 것이 불가능한 경우"이어야 한다고 판시하였다.[58] Pfennig 판결에서 제시한 기준을 적용함에 있어서는 당해 증거로 인하여 야기될 수 있는 편견의 위험을 고려할 필요

54) [2002] 2 S.C.R. 908, para. 79.

55) [2002] 2 S.C.R. 908, para. 80.

56) 2014년 기준으로 법률(통일증거법)에 의하여 이를 규율하는 지역은 Commonwealth (1995년), New South Wales (1995년), Tasmania (2001년), Victoria (2008년), Australian Capital Territory (2011년), Northern Territory (2011년) 등이다. Annie Cossins, "The Legacy of the Makin Case 120 Years On: Legal Fictions, Circular Reasoning and Some Solutions", Sydney Law Review, 35, 2013, 각주 3의 내용 참조.

57) 커먼로에 의한 성격증거 사용금지 원칙의 판단기준에 대한 상세는 Andrew Palmer, Principles of Evidence, 1998, 218 이하 참조.

58) Pfennig v The Queen (1995) 182 CLR 461, 481.

도 없고, 당해 증거의 증거적 가치와 그것으로 인하여 야기될 편견의 위험성 사이의 비교교량 과정을 거칠 필요도 없다. 이러한 호주 연방최고재판소의 기준에 대하여서는, 이와 같은 기준에 의한다면 사실상 피고인에게 유죄판결을 하게 될 경우에만 성향증거나 유사사실증거의 사용이 허용될 것이어서 결국 성향증거나 유사사실증거의 사용가능성을 지나치게 제한하는 결과를 가져올 것이라는 비판이 가해지기도 하였다.[59]

Pfennig 판결이 나오기 오래 전부터 호주에서는 증거법을 개정하고, 모든 주에서 공통적으로 사용하는 증거법을 제정할 필요성이 제기되었으며, 이러한 움직임은 1990년대 이후 통일증거법(Uniform Evidence Act)을 제정하고 이와 더불어 성격증거의 사용가능성 내지 사용요건 등에 대한 명문의 규정을 마련하는 바탕이 되었다. 이러한 흐름을 알게 해주는 대표적인 자료로는 호주사법개혁위원회(Australian Law Reform Commission)가 1985년 발간한 보고서를 들 수 있다.[60] 이 보고서에서는 증거법 전반에 대하여 문제점을 지적하고 개선안을 제시하고 있는데, 성격증거 내지 유사사실증거에 대한 기존의 커먼로 기준에 대하여서도 다양한 비판을 하고 있다. 이 보고서는 가장 먼저 커먼로가 제시한 기준이 매우 추상적이고 막연하다는 점을 지적한다. 판례에 의할 때 성격증거 내지 유사사실증거가 증거로서 사용될 수 있으려면 상당한 증거적 가치가 있어야 하지만, 이러한 용어가 의미하는 바가 명확하지 않다는 것이다.[61] 나아가 증거적 가치와 편견의 위험성 사이의 비교교량을 요구하는 기존의 기준으로는 실제 재판과정에서 등장하는 여타의 다른 고려사항들, 예컨대 당해 증거를 사용하여야 할 필요성과 같은 요소를 고려할 수 없으며, 증거적 가치를 평가함에 있어서 고려하여야 하는/또는 고려하지 않아야 하는 요소가 무엇인지도 불명확하다고 비판하였다.[62] 그리고 이러한 비판은 통일증거법의 제정으로 이어지게 되었다.

성문법을 통하여 유사증거 사용가능성을 규율하고 있는 주에서는 통일증거법에

59) Law Commission, 각주 11의 보고서, para. 11.12 이하.
60) Australian Law Reform Commission, 각주 15의 보고서 참조.
61) Australian Law Reform Commission, 각주 15의 보고서, para. 402.
62) Australian Law Reform Commission, 각주 15의 보고서, para. 402.

따라 모두 동일한 형태의 법규정을 마련해 놓고 있다. 법률은 커먼로에서 사용하여 왔던 성향증거와 유사사실증거라는 용어 대신 경향증거(tendency evidence)와 우연증거(coincidence evidence)라는 용어를 사용한다. 그것은 커먼로에서는 흔히 사용하여 왔던 유사사실증거라는 용어를 사용하는 경우 그 증거능력 인정 여부가 당해 증거와 기소된 범죄사실 사이에 유사성이 존재하는가에 의하여 좌우되는 것과 같은 부당한 인상을 줄 우려가 있음을 고려한 것이라고 한다. 다툼이 있는 사안이 무엇인가에 따라서 서로 전혀 유사성이 없는 증거라고 하여도 경우에 따라서는 증거능력이 인정될 수 있기 때문이다.[63]

법률의 규정에 의한다면 피고인의 성격, 명성, 행위 또는 그가 일정한 성향이 있(었)다는 사실을 입증하기 위한 증거 등이 경향증거에 해당하며, 행위 내지 행위상황 등의 유사성에 비추어 볼 때 우연히 발생하기 힘든 두 개 이상의 사건이 발생하였음을 입증하기 위한 증거가 우연증거에 해당한다(Commonwealth Evidence Act 1995, 제97조 및 제98조). 이 글의 맥락과 관련하여 본다면, 피고인의 범행 기타 행위에 관한 증거는 그것이 단지 피고인의 일반적인 성향이나 성격을 입증하는데 그치는 것이라면 전자의 경향증거에 해당할 것이지만, 그것이 유사사실증거로 제출된 경우에는 후자의 우연증거에 해당하게 될 것이다. 법률은 피고인이 특정한 방식으로 행위하였다거나 피고인이 특정한 주관적 요소를 갖고 있음을 입증하기 위하여 경향증거나 우연증거를 사용하는 것을 원칙적으로 금지하면서, 법원이 당해 증거가 상당한 증거적 가치를 가진 것으로 판단하는 때에는 예외적으로 그 증거능력을 인정할 수 있도록 하고 있다(Commonwealth Evidence Act 1995, 제97조 및 제98조).[64] 이러한 원칙은 피고인이 당해 증거를 제출하는 경우는 물론 검사가 이를 제출하는 경우에도 동일하게 적용되는데, 검사가 이러한 증거를 제출한 경우에는 그것이 발생시킬 수 있는 편견의 위험성과 그것이 갖고 있는 증거적 가치를 비교교량해볼 때 후자가 전자에 비하여 상당히 큰 경우에 한하여 이를 증거로 사용할 수 있도록 하고 있다(법률 제101조(2)). 호주의 통일증거법이 경향증거나 우연증거의 사용가능성을 판단에 있어서 당해 증거가 갖고 있는 증거적 가치가 심사되어야 한다고 규정함으

63) Andrew Palmer, 각주 57의 책, 215.

64) 편의상 연방(Commonwealth)의 증거법을 기준으로 설명하였다.

로써 오랜 기간 호주에서 통용되어 왔던 Makin 판결과 결별한 것으로 볼 수 있을 것이다.

통일증거법에 의할 때 우연증거가 예외적으로 증거능력을 인정받기 위하여서는 당연히 기소된 범죄사실과 과거에 존재하였던 사실 사이에 고도의 유사성이 인정되어야 할 것이다. 법조문 자체가 "행위 내지 행위상황 등의 유사성에 비추어 볼 때 우연히 발생하기 힘든 두 개 이상의 사건이 발생"한 경우에 비로소 적용될 수 있도록 규정되어 있기 때문이다. 이와는 달리 경향증거를 증거로 사용함에 있어서는 법률의 규정형식상 제출된 증거와 기소된 범죄사실 사이에 별다른 유사성이 인정될 필요가 없는 것으로 보인다. 그러나 판례는 후자의 경우에도 제출된 경향증거의 사실관계와 기소된 범죄의 사실관계 사이에 고도의 유사성이 인정되거나 피고인의 행동방식에 대한 어떠한 일정한 규칙성이 인정되는 때에만 상당한 증거적 가치가 인정되는 것으로 판시하고 있다고 한다.[65]

4. 미국

가. 피고인의 범행 기타 행위에 관한 증거를 유죄입증을 위한 증거로 사용할 수 있는 경우

논의대상을 미국의 현행 연방증거규칙으로 한정하여 살펴본다면, 피고인의 전과 기타 행위에 관한 증거가 유죄입증을 위한 간접증거로 사용될 수 있으려면 다음 중의 어느 하나의 요건을 충족시켜야 한다. 먼저 미국 연방증거규칙에 의할 때 피고인의 범행 기타 행위에 관한 증거가 성격증거로 분류되는 경우 원칙적으로 이를 유죄입증을 위한 증거로 사용할 수 없다(규칙 제404조(a)(1)).[66] 연방증거규칙은 제404조(a)(2)에서 성격증거를 사용할 수 있는 예외를 인정하고 있으나, 이러한 예외적인 경우에도 성격증거를 피고인의 주장을 반박하는 자료로 제출할 수 있도록 하고 있을 뿐이다.[67] 다만 제413조와 제414조에서는 아래에서 다시 살펴보는 바와 같이 성

65) Annie Cossins, "The Behaviour of Serial Child Sex Offenders: Implications for the Prosecution of Child Sex Offences in Joint Trials", Melbourne University Law Review, 35, 2011, 847.

66) 미국 연방증거규칙의 해석과 관련하여 성격증거의 의미에 관한 설명한 글로는 박용철, 각주 11의 글, 174 이하 참조.

범죄 사건과 아동 성학대 사건에 대하여 피고인이 동일한 다른 범죄를 범한 사실을 유죄입증을 위한 증거로 사용할 수 있도록 하여, 제404조에 대한 중대한 예외를 인정하고 있다.

이외에도 미국의 연방증거규칙은 영국의 Makin 판결에서와 동일하게 피고인의 범행 기타 행위에 관한 증거의 사용목적이 특정한 카테고리에 속하는 경우 이를 유죄입증을 위한 증거로 사용할 수 있도록 하고 있다. 연방증거규칙은 피고인의 범행 기타 행위에 대한 증거를 제출하여 피고인이 일정한 성격을 갖고 있음을 입증하고 이를 통하여 피고인이 특정한 기회에 자신의 성격에 상응하게 행위하였음을 입증하려고 하는 경우 당해 증거는 증거능력이 없다고 규정하면서도(규칙 제404조(b)(1)), 이러한 증거가 동기, 범행기회, 의도, 계획, 인식, 동일성, 행위가 과실이나 사고에 의한 것이 아니라 의도적인 것이라는 사실 등을 입증하기 위한 때에는 증거능력이 있다고 규정하고 있다(규칙 제404조(b)(2)). 규칙 제404조(b)(2)의 규정형식은 성격증거가 일정한 카테고리에 속하는 것이 확인되면 그 증거능력을 인정하였던 영국의 Makin 판결의 태도와 동일한 것이다. 다만 – Makin 판결에 의할 때 제출된 증거가 이러한 카테고리에 속하면 곧 유죄입증을 위한 증거로 사용될 수 있었던 것과는 달리 – 제404조(b)(2)를 실제로 적용함에 있어서 미국 법원은 규칙에 명시되지는 아니한 추가적인 요건을 심사하고 있는 것으로 보인다. 예컨대 피고인의 범행 기타 행위에 대한 증거가 피고인의 범죄의도를 입증할 목적으로 제출된 경우 미국 법원은 그것이 갖고 있는 증거적 가치와 그로 인하여 야기될 편견의 위험을 비교, 교량하여야 한다고 판시하기도 하였으며[68], 그러한 증거가 동일성을 입증하기 위하여 사용되는 경우 당해 증거와 기소된 범죄사실 사이에 고도의 유사성이 인정되어야 한다고 판시하기도 하였다.[69]

67) 연방증거규칙은 피고인이 자신의 성격이 선함을 입증할 수 있는 증거를 제출한 경우 검사는 피고인의 성격이 폭력적임을 입증할 수 있는 증거 제출을 통하여 반박할 수 있도록 하고 있으며(규칙 제404조(a)(2)(A)), 피고인이 피해자의 성격이 폭력적임을 입증할 수 있는 증거를 제출한 경우 검사는 피해자의 성격이 선함을 입증할 수 있는 증거를 제출하여 이를 반박하거나 또는 피고인의 성격이 폭력적임을 입증할 수 있는 증거를 제출하여 반박할 수 있도록 하고 있다(규칙 제404조(a)(2)(B)).

68) 의도(intent) 요건과 관련하여 연방증거규칙 제404조의(b)(2)를 적용한 미국 판례를 분석한 글로는 David A. Sonenshein, “The Misuse of Rule 404(B) on the Issue of Intent in the Federal Courts”, Creighton Law Review, 45, 2011, 215 이하 참조.

미국의 연방증거규칙은 성격증거의 증거능력을 원칙적으로 부인하는 것과는 달리 습관증거는 그 증거능력을 인정하고 있어서(규칙 제406조), 피고인의 범행 기타 행위에 대한 증거가 습관증거로 분류되는 경우 이를 피고인의 유죄입증을 위한 간접증거로 사용하는 것이 허용될 것이다. 연방증거규칙 제406조를 적용함에 있어서는 어떠한 기준에 의하여 성격과 습관을 구별할 것인지가 중대한 문제로 등장하게 되는데, 그 구별기준에 관하여서는 심리학적 이론과 개연성 이론이 주장되고 있다. 양자의 이론의 가장 큰 차이는 행위가 의지와 무관하게 이루어지고 있는가의 여부를 어느 정도로 강조하는가에 있다. 심리학적 이론에서는 습관이 무의식적인 정신작용의 결과임을 강조하면서, 대상자가 단순히 어느 정도 반복적으로 일정한 행위를 행한다는 것만으로는 이를 습관으로 지칭할 수는 없고, 특정한 상황에서 특정한 행위를 행하는 것이 거의 반자동적인 정도에 이른 때에 비로소 습관으로 지칭할 수 있다고 주장한다.[70] 심리학적 이론에서는 당사자가 특정한 상황에서 무의지적이고 거의 자동적으로 일정한 행위를 반복하게 된다는 점이 바로 습관증거의 증거적 가치를 높이는 이유가 된다고 설명한다.[71] 이와는 달리 개연성 이론에서는 심리적인 요소를 고려하지 아니하고 오로지 특정한 행위의 반복성에 주목한다. 외부적으로 보아 특정한 상황에서 특정한 행위를 지속적으로 반복하여 왔다면 그가 재판에서 문제되는 상황에서도 그러한 행위를 하였을 개연성이 높다는 점을 강조한다.[72]

연방증거규칙의 습관증거에 관한 규정이 심리학적 이론과 개연성 이론 중에서 어느 것에 기초한 것인지에 대하여서는 다양한 의견이 제시되고 있다. 규칙의 주해에서는 성격과 습관의 구별기준에 관하여 형사법 문헌을 인용하면서, 성격은 어느 개인의 일반적인 성향을 지칭하는 것임에 반하여 습관은 보다 특정한 것으로서 어느 개인이 반복되는 특정한 상황에서 동일하게 반응하는 양식을 의미하고, 습관에 의

69) 동일성과 관련하여 연방증거규칙 제404조의(b)(2)를 적용한 미국 판결에 대한 간략한 소개는 Michael H. Graham, Evidence : A Problem, Lecture and Discussion Approach, 3th ed., 2011, 402 이하 참조.

70) 예컨대 Thomas M. Mengler, “The Theory of Discretion in The Federal Rules of Evidence”, Iowa Law Review 74, 1989, 417 이하; Robert P. Duffield II, “Distorting The Limits Of FRE 406: A Tough Habit To Break”, Rutgers Law Journal, Spring, 38, 2007, 908 이하.

71) Robert P. Duffield II, 위 각주의 글, 908 이하.

72) Robert P. Duffield II, 위 각주의 글, 911 이하.

한 행위는 거의 반자동화된 것일 수도 있다고 설명하고 있다.[73] 그런데 문헌에서는 이러한 설명만으로는 연방증거규칙의 관련규정이 어느 이론에 기초한 것인지를 알 수 없다고 보고 있다. 주해에서 습관적 행위의 반복적 성격을 강조한 것은 개연성 이론에 기초한 것이지만, 반자동화된 행위가 습관적 행위에 해당한다는 설명은 심리학적 이론에 기초한 것으로 볼 수 있기 때문이다.[74] 나아가 주해에서 인용하는 판결들 역시 어느 하나의 이론만으로는 이해할 수 없다고 평가하고 있다. 예를 들어 주해가 인용하고 있는 Whittemore v. Lockheed Aircraft Corp. 판결에서는 제출된 증거가 의지적 행위에 관한 것임에도 불구하고 습관증거로서 증거능력이 인정되었으나, 인용된 또 다른 판결인 Levin v. United States에서는 제출된 증거의 증거능력을 부인하면서 그 근거로서 행위가 의지적인 것임을 들고 있기 때문이다.[75] 전반적으로 본다면 성격증거와 습관증거의 구별이 문제되는 경우 미국 법원은 별다른 의견제시 없이, 또는 매우 간략한 의견만을 제시하고 그에 대한 판단을 내리고 있으며, 다수의 사건에서 개연성 이론에 기초한 접근방법을 사용하고 있는 것으로 평가되고 있다.[76]

나. 피고인의 범행 기타 행위에 관한 증거의 사용금지에 대한 완화 경향

오늘날 미국에서는 피고인의 범행 기타 행위에 관한 증거가 법정에 현출되는 것을 점점 더 넓게 인정하고 있는 것으로 평가된다. 1994년 이후 연방증거규칙 제413조 내지 제414조에 의하여 성범죄나 아동학대 범죄로 기소된 피고인에 대하여 그의 과거 범죄사실에 관한 증거를 유죄입증을 위한 증거로 사용할 수 있도록 한 것은 그 대표적인 예에 해당한다.[77] 입법취지에 비추어 본다면 연방증거규칙 제413조 내

73) Federal Rule of Evidence 제406조의 Notes of Advisory Committee on Proposed Rules 부분 참조.

74) Thomas M. Mengler, 각주 70의 글, 417 이하.

75) 판례에 대한 이와 같은 평가는 Kevin S. Marshall, Kathy Luttrell Garcia, Irving Prager, “The Habit Evidence Rule and its Misguided Judicial Legacy: a Statistical and Psychological Primer”, Law & Psychology Review, 36 2012, 16 이하.

76) Kevin S. Marshall, Kathy Luttrell Garcia, Irving Prager, 위 각주의 글, 5 이하.

77) 연방증거규칙 제413조와 관련하여 제정 근거 및 경위, 내용, 비판 등에 대한 소개는 김일룡, 각주 11의 글, 96 이하 참조.

지 제414조에 의하여 그 사용이 허용된 증거는 사건에 대한 관련성 요건을 충족시키고 또 그 증거적 가치가 인정되는 전형적인 증거로서, 일반적으로 그것이 지니고 있는 증거적 가치가 그 사용으로 인하여 야기될 수 있는 편견 기타 위험성보다 더 큰 증거에 해당한다고 설명된다.[78] 즉, 일단 제413조 내지 제414조에 의하여 사용이 허용된 증거가 제403조 등 다른 규정에 의하여 다시금 증거능력이 부인되는 경우는 거의 없을 것이라는 것이다.

연방증거규칙의 개정에 있어서 중요한 역할을 한 것으로 간주되는 David J. Karp는 제413조 내지 제414조를 새로 입법하게 된 이유를 설명하면서 다양한 이유를 제시한다. 결정적인 증거가 없는 상태에서 피고인이 과거 성범죄를 범한 적이 있다는 사실을 알게 된다면 배심원이 전혀 다르게 판단하게 될 수 있다고 설명하기도 하고, 성범죄 내지 아동학대범죄를 범한 적이 있는 자는 일반인에 비하여 다시 재범에 나아갈 내심의 충동이 강하다거나, 이러한 범죄의 경우 증거가 충분하지 않아서 가능한 많은 증거가 법정에 현출될 수 있도록 하여야 한다거나, 이러한 범죄를 범한 자가 체포되지 않은 상태에 있게 되면 공공에 대하여 중대한 위험이 된다는 등의 논거도 제시하고 있다.[79] 이러한 논거를 제시함에 있어서 그는 사건 사이의 고도의 유사성과 같은 요건은 중요하지 않다고 주장한다. 성범죄나 아동성학대를 저지른 적이 있는 자는 그러한 범죄를 범할 준비가 되어있는 자이며, 이러한 증거의 증거적 가치가 어느 정도로 높은가의 여부는 법관이 아니라 배심원이 판단할 문제라는 것이다.[80] 나아가 그는 배심원들이 올바른 판단을 내릴 능력을 갖고 있음을 강조하고 있다. 이성적인 판단자라면 누구나 피고인의 유무죄를 판단함에 있어서 그의 전과에 관한 사실을 알고자 할 것이고, 전과에 관한 정보를 접하게 되더라도 비이성적으로 그에 이끌려 판단하거나 하는 일은 발생하지 않을 것이라는 것이다.[81] 그러나 성격증거의 일반적인 사용을 허용한 연방증거규칙 제413조 내지 제414조는 입법

78) David J. Karp, “Evidence of Propensity and Probability in Sex Offense Cases and Other Cases”, Chicago-Kent Law Review, 70, 1994, 19 이하 참조.

79) David J. Karp, 위 각주의 글, 20 이하 참조.

80) David J. Karp, “Response to Professor Imwinkelried's Comments”, Chicago-Kent Law Review, 70, 1994, 52 이하 참조.

81) David J. Karp, 각주 78의 글, 26 이하 참조.

당시부터 다수의 학자들로부터 다양한, 그리고 강력한 비판을 받고 있다.[82]

입법적으로만이 아니라 법원의 판시에 의하여서도 피고인의 범행 기타 행위에 대한 증거의 사용금지 원칙, 나아가 넓게는 성격증거 사용금지 원칙이 약화되고 있는 것으로 평가되고 있다. 예컨대 오늘날 널리 사용되고 있는 다양한 증후군 증거(syndrome evidence)는 피고인의 과거 행위에 대한 증거가 법정에 현출되도록 하는 통로로서의 역할을 수행하고 있으며, 이러한 한도 내에서 이러한 증거의 사용금지 원칙의 효력이 약화되는 결과를 가져오게 되었다는 점이 지적되고 있다.[83] 가령 피고인이 아내를 폭행한 죄로 기소되었는데 피해자인 아내가 매 맞는 아내 증후군에 시달리고 있다는 전문가 증언이 있게 되면 배심원들은 당연히 피고인이 이전에도 동종의 행위를 행한 적이 있다는 인상을 받게 될 것이기 때문이다. 하지만 오늘날에는 특히 매 맞는 아내 증후군에 관하여서는 성격증거 사용금지 원칙 위반 여부에 관한 별다른 검토 없이,[84] 일반적으로 과학적/기술적 증거로서 전문가 증언의 형태로 연방증거규칙 제702조에 따라 그 증거능력이 인정되고 있다.[85]

오늘날 미국에서 성격증거 사용금지 원칙이 완화되고 있는 데에는 20세기 후반 진행된 범죄에 대한 강성정책도 영향을 미친 것으로 평가되고 있다.[86] 20세기 후반 미국에서는 흔히 “tough on crime”이나 “just desert”로 대변되는 범죄에 대한 강성 대응정책이 널리 받아들여지게 되었고, 이에 따라 양형개혁이 진행되어 부정기형 제도 대신 정기형 제도가 도입되었으며, 선고형량과 실제 수감기간을 일치시킬 필요성(truth-in-sentencing)이 강조되면서 필요적 최저기간 수감제도[87]가 입법화되는

82) 연방증거규칙 제413조에서 제415조의 입법에 대하여 가해진 비판론에 대하여서는 David P. Leonard, 각주 14의 글, 각주 7에서 인용하는 문헌 참조.

83) Michael D. Claus, “Profiles, Syndromes, and the Rule 405 Problem: Addressing a Form of Disguised Character under the Federal Rules of Evidence”, Notre Dame Law Review, 88, 2012, 986 이하.

84) Michael D. Claus, 위 각주의 글, 992.

85) Janet Parrish, Esq., “Trend Analysis: Expert Testimony On Battering And Its Effects In Criminal Cases”, Wisconsin Women's Law Journal, 11, 1996, 75 이하 참조.

86) David P. Leonard, 각주 14의 글, 1211 이하.

87) 이에 대한 개관은 Susan Turner, Terry Fain, Peter W. Greenwood, Elsa Y. Chen, James R. Chiesa, National Evaluation of the Violent Offender Incarceration/Truth-in-Sentencing Incentive Grant Program, 2001 참조.

등의 조치가 취해지게 되었다. 이러한 범죄에 대한 강력대응의 기조가 범죄입증방법이 보다 완화되어야 한다는 요구로 이어지게 되었고, 이로 인하여 결과적으로 성격증거의 사용금지 원칙도 완화되게 되었다는 것이다.

Ⅳ. 결론

본문에서는 살펴본 바와 같이 커먼로 국가에서는 예외 없이 성격증거의 증거능력과 관련하여 일정한 제한을 가하고 있으나, 그 구체적인 방법에 있어서는 국가에 따라 매우 다르다. 영국의 입법례와 같이 성격증거 사용금지를 원칙적으로 폐지한 경우도 있고, 미국의 연방증거규칙에서 발견할 수 있는 것처럼 성격증거의 사용을 금지하면서 특정한 몇몇 범죄에서 일반적으로 증거능력을 인정하거나 주관적 요건의 존부 판단 등 일정한 목적을 위하여서는 그 사용을 허용하는 경우도 있으며, 영국의 Boardman 판결이나 DPP 판결, 캐나다의 Handy 판결, 호주의 통일증거법에서와 같이 그것이 갖고 있는 증거적 가치와 그로 인하여 야기될 수 있는 편견의 위험을 비교, 교량하여 판단하도록 하는 입법례도 존재한다. 다만 이러한 차이에도 불구하고 검토대상인 대다수의 국가에서 그 방법이 다를 뿐 피고인의 범행 기타 행위에 관한 증거를 유죄입증을 위한 간접증거로 사용하는 데에 대하여 일정한 제한을 가하고 있다. 영국의 경우 법률을 제정하여 피고인의 범행 기타 행위에 관한 증거를 포함한 성격증거 일반에 대한 사용금지를 원칙적으로 폐지하였으나, 법원이 법률을 적용함에 있어서는 이러한 증거의 사용을 원칙적으로 금지하였던 이전의 판례법과 유사한 해석론을 전개하고 있다는 점에서, 영국의 입법례를 성격증거 사용금지에 대한 예외에 해당한다고 단정할 수도 없을 것으로 보인다.

커먼로 국가의 성격증거 사용금지 원칙과 관련하여 주목할만한 부분은 1990년대 이후 미국과 영국에서 사용금지를 완화하는 방향으로 입법이 진행되고 있다는 점을 들 수 있을 것이다. 그런데 양국 모두에서 그러한 입법이 이루어진 근거로서 배심원에 대한 신뢰의 필요성을 강조하고 있으나, 배심재판 하에서 성격증거 사용금지 원칙이 형성된 이후 매우 오랜 기간이 흘렀음에도 불구하고 극히 최근에야 비로소 이

러한 입법이 이루어지게 되었다는 고려한다면 그러한 입법이 이루어진 실질적인 이유를 알기 위하여서는 추가적인 연구가 필요할 것으로 보인다.

현실적인 입법의 동인의 측면이 아니라 이론적인 측면에서만 본다면 이와 같은 변화는 배심원 통제이론(jury control theory)이 쇠퇴한 결과로 볼 수 있을 것이다. 커먼로 국가에서 다수의 학자들은 전문법칙이나 성격증거 사용금지 원칙 등과 같은 증거능력 배제법칙이 등장하게 된 이유, 보다 근원적으로는 복잡한 증거법이 형성된 이유를 배심원에 대한 통제의 필요성과 관련시켜 이해하려고 한다. 배심원들은 특정한 유형의 증거에 대하여 그것이 갖고 있는 실질적인 증거적 가치보다 더 큰 중요성을 부여하는 경향이 있는데, 배심원들은 법적인 훈련이 되어 있지 않고 판시를 함에 있어서 이유를 제시하지도 않으며 자신들의 판결 결과에 대하여 지속적인 책임을 부담하지도 않고, 게다가 배심원의 판결에 대한 불복은 매우 어렵다.[88] 이로 인하여 배심재판 시스템에는 오류가 발생하거나 편파적인 판결이 내려질 위험성이 내재되어 있으며, 이러한 위험성을 근절하는 것은 불가능하다.[89] 배심원 통제 이론에서는 배심재판의 이러한 약점을 보완하여 배심원들이 잘못을 저지르지 않고 올바른 판단을 할 수 있도록 하기 위하여 증거배제법칙 기타 증거법이 형성되었다고 본다.[90] 배심원 통제이론에서는 전문법칙이나 성격증거 사용금지 원칙과 같은 커먼로 국가의 증거법은 "배심재판의 소산(the child of the jury)"[91]에 해당한다고 본다. 그리고 최근 영국이나 미국에서, 부분적으로라도, 성격증거 사용금지 원칙을 폐지한 것은 이와 같은 배심원 통제 이론의 쇠퇴를 의미하는 것으로 평가한다.[92]

그러나 성격증거 사용금지 원칙에 대한 기존의 배심원 통제이론에 기초한 설명, 즉 사회일반인으로 구성된 배심원이 성격증거를 접하게 되면 유죄의 편견을 갖게

88) John H. Langbein, "Historical Foundations of The Law of Evidence: a View from the Ryder Sources", Columbia Law Review, 96, 1996, 1194.

89) John H. Langbein, 위 각주의 글, 1194 이하.

90) John H. Langbein, 위 각주의 글, 1194 이하; Lisa Dufraimont, "Evidence Law and the Jury: A Reassessment", McGill Law Journal, 53, 2008, 220 이하.

91) James Bradley Thayer, A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law, 1898, 47 (다음 사이트에서 원문 확인이 가능함: http://archive.org).

92) Mark Coen, "Hearsay, bad character and trust in the jury: Irish and English contrasts", International Journal of Evidence & Proof, 17, 2003, 253 이하.

되고 이로 인하여 잘못된 판결을 할 우려가 크다는 설명의 유효성이 본문에서 살펴본 바와 같이 오늘날의 자연과학적 연구결과에 의하여 여전히 뒷받침되고 있다는 사실에 비추어 본다면, 기존의 배심원 통제 이론이 잘못된 것이어서 영국이나 미국에서 이와 같은 입법이 이루어진 것이라고 결론을 내릴 수는 없을 것으로 보인다. 그리고 비록 입법적으로 성격증거 사용금지가 완화되기는 하였으나 영국 법원이 법률의 적용에 있어 신중한 태도를 택하고 있다는 점이나, 미국의 성격증거 사용금지에 대한 예외조항이 객관적인 증거를 발견하기 힘든 성범죄 내지 아동범죄에 한정되고 있다는 점에도 주목하여야 할 것으로 보인다.

이와 같이 커먼로 국가에서 발전된 피고인의 범행 기타 행위에 대한 증거, 나아가 성격증거 일반에 대한 사용금지 원칙을 우리나라 형사소송절차에도 도입하는 것이 필요한가? 그리고 그 필요성이 인정된다면, 어떠한 형태로 이를 입법하는 것이 타당한가? 이에 대하여 국민참여재판과 직업법관에 의한 통상의 재판을 구별하지 아니하고 성격증거를 사용하는 것은 원칙적으로 금지하고 예외적으로만 성격증거의 증거능력을 인정하는 것이 타당하다는 견해도 제시된다.[93] 그러나 통상의 재판절차에서 성격증거 사용금지 원칙을 받아들이는 것은 큰 의미를 갖기 힘들 것이다. 성격증거 사용금지 원칙은 증거의 증거능력 판단 주체와 유무죄의 판단주체가 서로 분리된 경우에 비로소 효과적으로 작동할 수 있을 것이기 때문이다. 나아가 피고인의 범행 기타 행위에 대한 증거나 성격증거의 사용을 원칙적으로 금지하는 이론적 근거가 법률 문외한인 사회일반인으로 구성된 배심원을 적절히 통제하는 데에 있는 것이라면, 이러한 원칙의 도입 필요성 여부는 국민참여재판과 관련하여 논의되는 것이 적절할 것으로 보인다.

글의 시작 부분에서 살펴본 바와 같이 국민참여재판에서 양형관련 자료가 제출되어 배심원에게 유죄의 편견과 예단을 남길 위험을 방지하기 위한 방법으로서는 유무죄 판단절차와 양형 절차를 이분화할 것이 제안되고 있다. 이러한 이분화의 제안은 단순히 입법론적인 차원에서만 제기되는 것은 아니다. 현행 형사소송법 "제305조의 변론재개 규정을 적극 해석하여, 1단계의 유무죄 사실심리절차와 2단계의 양형심리절차를 변론재개로 분리"함으로써 공판절차를 이분화하는 것은 현행법의 해

93) 김일룡, 각주 11의 글, 214 이하.

석범위 내에서도 실현하는 것이 가능하며, 또한 가장 현실적이고 적절한 대안이라는 주장도 제기되고 있기 때문이다.[94] 실제로도 입법을 통하여 유무죄 판단절차와 양형절차를 분리하거나, 현행 형사소송법의 적극적 해석을 통하여 "변론재개를 통한 공판절차 이분론"[95]을 실현한다면 사건의 유무죄 판단과 관련이 없는 피고인의 전과, 성향, 상습성, 태도 등의 양형적 요소가 사실판단에 영향을 미치게 될 위험성을 방지할 수 있을 것으로 생각된다.

다만 입법적, 해석적 방법으로 유무죄 판단과 양형 판단을 분리시킨다고 하여도 그것만으로 성격증거의 사용과 관련된 문제를 모두 해결할 수는 없을 것이라는 점도 지적하여야 할 것이다. 이미 글의 서두 부분에서 지적한 바와 같이 피고인의 범행 기타 행위에 관한 증거나 성격증거가 피고인의 유죄입증을 위한 간접증거로서 제출될 가능성은 여전히 열려있을 것이기 때문이다. 커먼로 국가에서 일반적으로 배심원에게 양형판단의 권한만을 부여하고 있음에도 불구하고 성격증거 사용에 대하여서는 일정한 제한을 가하고 있다는 사정은 공판절차의 분리만으로는 성격증거의 사용과 결합되어 발생하는 문제를 근원적으로 해결하는 것이 불가능하다는 점을 보여준다. 예컨대 강도죄로 기소된 23세의 피고인의 유죄입증을 위한 간접증거로서 그가 15세에서 17세에 이르기까지의 기간 동안 강도죄, 절도죄, 상해죄, 폭행죄, 자동차 운행관련 범죄, 마약류 소지범죄 등의 범죄를 범하였다는 증거가 다수 제출된 경우 유무죄 판단 과정에서 이러한 증거의 사용을 허용하여야 하는가 내지 어느 증거의 사용을 금지하고 어느 증거의 사용을 허용할 것인가의 문제는 단순히 공판절차를 이분화하는 것만으로는 해결할 수 없기 때문이다.[96]

성격증거의 사용과 결합되어 있는 문제를 근원적으로 해결하기 위하여서는 국민참여재판에서 공판절차를 이분화하거나 배심원에게 양형판단의 권한을 부여하지 않는 등의 조치를 취함과 동시에, 피고인의 범행 기타 행위에 관한 증거 내지 성격증거를 유죄입증의 간접증거로 사용하는 것을 제한하기 위한 제도적 장치를 마련할 필요가 있을 것이다. 현행 형사소송법 해석론에 의한다면 증거 채택 여부는 법원의

94) 한상훈, 각주 9의 글, 249 이하.

95) 한상훈, 각주 9의 글, 249 이하.

96) 소개한 사안은 성격증거의 사용범위가 문제되었던 영국의 R. v. Tully 사건의 사실관계를 간략히 정리한 것이다. 2006 WL 2850932, para. 11 이하 참조.

재량판단에 좌우되는바 경우에 따라서는 피고인의 범행 기타 행위에 관한 증거나 성격증거가 유죄입증을 위한 간접증거로서 아무런 제한 없이 법정에 현출될 수도 있을 것이지만,[97] 공정한 재판을 보장하기 위하여서는 이러한 증거의 사용기준을 입법화하고 그 채택 여부에 대하여 사후심사가 가능하도록 하는 것이 바람직할 것이다.

피고인의 범행 기타 행위에 관한 증거 내지 성격증거 일반에 대하여 그 사용을 제한하는 제도적 장치를 마련하려고 한다면, 우리나라에서 배심제는 매우 생소한 제도라는 점을 고려할 때 배심원에 대한 신뢰를 바탕으로 성격증거 사용금지를 원칙적으로 철폐한 영국의 입법례를 따르기는 곤란할 것으로 보인다. 배심재판을 실시한지 불과 10여 년이 지났을 뿐인 우리나라에서는 이에 대한 보다 신중한 접근이 요구되고, 그러한 증거의 사용을 엄격한 요건 하에서 인정하는 영국의 법률 제정 이전 판결이나 캐나다 법원의 판결의 태도가 더 큰 참고가 될 수 있을 것이다. 미국의 현행 연방증거규칙에서와 같이 성범죄나 아동관련 성학대 등 객관적인 증거 확보가 어려운 범죄의 경우 피고인의 범행 기타 행위에 관한 증거의 사용을 보다 넓게 허용할 것인가에 대하여서는 추가적으로 논의를 해보아야 할 것이다. 다만 본문에서 살펴본 영국의 DPP v. Boardman 사건이나 DPP v. P 사건, 캐나다의 R. v. Handy 사건 등이 모두 성범죄 관련 사건인 것에서 알 수 있는 바와 같이 이러한 범죄유형이 성격증거 사용금지 원칙이 적용되는 주된 대상이기도 하다는 점을 고려한다면, 이러한 범죄유형에서 성격증거 사용금지를 완화할 필요성이 인정되는가 내지 어떠한 요건 하에서 그 증거능력을 인정할 것인가 등을 검토함에 있어서도 신중한 접근이 필요할 것으로 생각된다.

97) 증거 채택 여부를 법원의 재량판단 사항으로 보는 대법원 1995.2.24. 선고 94도252 판결 참조.

참고문헌

1. 우리나라 문헌

권영법, 성격증거의 허용성에 관한 연구 - 비교법적 고찰을 통한 성격증거법칙의 도입과 허용성의 검토를 중심으로, 법조, 679, 2013.

김일룡, 국민참여재판에 있어서 관련성 없는 증거의 배제법리 - 미국 연방증거규칙상의 논의를 중심으로, 한양대학교 법학논총, 31(2), 2014.

김일룡, 미국연방증거규칙상 성격증거의 취급, 원광법학, 25(2), 2009.

김일룡, 성범죄에 대한 미국연방증거규칙의 대응과 도입가능성, 법조, 651, 2010.

김태규, 국민참여재판의 개선방안에 대한 연구, 형사정책연구 제19권 제4호, 2008.

김혜정, 국민참여재판제도의, 영남법학 제32호, 2011. 6.

도중진, 배심원의 권한과 의무, 비교형사법연구 재9권 제2호, 2007.

박미숙, 국민참여재판의 시행성과와 향후과제, 형사정책연구 제21권 제2호, 2010.

박용철, 미국법상 성격증거배제법칙과 그 예외로서의 강간피해자보호법 도입 가능성에 대한 소고, 피해자학연구 제17권 제2호, 2009.

박형관, 배심원 양형에 관한 쟁점 검토 : 국민참여재판의 개선방안을 중심으로, 형사정책연구 제23권 제2호, 2012.

윤영철, 합리적인 국민의 사법참여제도에 관한 소고, 형사정책연구 제16권 제2호, 2005.

이호중, 국민참여재판의 성과와 과제, 법과 기업연구 제1권 제3호, 2011.

조국, 강간피해 고소여성의 성관계 이력의 증거사용 제한 - 미국 “강간방지법”을 중심으로, 저스티스 제69호, 2002.

한상훈, 국민참여 재판제도 시행과 인권옹호, 저스티스 제102호, 2008.

한상훈, 국민참여재판제도의 운영상 쟁점, 사법, 3, 2008.

한인섭, 한국의 배심원재판 - 준비과정과 시행원년의 성과를 검토한다, 서울대학교 법학 제50권 제2호, 2009.

황병돈, 국민참여재판 시행 과정상 제기된 문제점 및 개선 방안, 한양법학 제21권 제2집, 2010.

2. 외국 문헌

A. Keane, P. McKeown, Modern Law of Evidence, 10th ed., 2014.

Annie Cossins, “The Behaviour of Serial Child Sex Offenders: Implications for the Prosecution of Child Sex Offences in Joint Trials”, Melbourne University Law Review, 35, 2011.

Annie Cossins, “The legacy of the Makin case 120 years on: legal fictions, circular reasoning and some solutions”, Sydney Law Review, 35, 2013.

Australia Law Reform Commission (ALRC), Evidence (Interim), Report 26, 1985

Barrett J. Anderson, “Recognizing Character: A New Perspective on Character Evidence”, Yale Law Journal, 121, 2012.

Brónagh Maher, “Developments in Bad Character Evidence : Undermining The Accused'S Shield”, Dublin University Law Journal, 29, 2007.

Christopher B. Mueller, Laird C. Kirkpatrick. Evidence under the rules: Text, cases, and problems. Little, Brown, 2011.

Colin Tapper, “Criminal Justice Act 2003: Part 3: Evidence of Bad Character”, Criminal Law Review, 2004.

David J. Karp, “Evidence of Propensity and Probability in Sex Offense Cases and Other Cases”, Chicago-Kent Law Review, 70, 1994.

David J. Karp, “Response to Professor Imwinkelried's Comments”, Chicago-Kent Law Review, 70, 1994.

David P. Leonard, “In Defense of the Character Evidence Prohibition: Foundations of the Rule Against Trial by Character”, Indiana Law Journal 73, 1998.

David A. Sonenshein, “The Misuse of Rule 404(B) on the Issue of Intent in the Federal Courts”, Creighton Law Review, 45, 2011.

Edward J. Imwinkelried, “Reshaping the ‘Grotesque’ Doctrine of Character Evidence: the Reform Implications of The Most Recent Psychological

Research", Southwestern University Law Review, 36, 2008.

Gregory D. Woods, A History of Criminal Law in New South Wales: The Colonial Period, 1788-1900, 2002.

Hamish Stewart, "Rationalizing Similar Facts: A Comment on R. v. Handy", Canadian Criminal Law Review, 8, 2003.

Home Office, Justice for All, Cm. 5563, 2002 (영국).

James Bradley Thayer, A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law, 1898.

James Fitzjames Stephen, A Digest of the Law of Evidence: By the Late Sir James Fitzjames Stephen. The editor, 1898.

Janet Parrish, Esq., "Trend Analysis: Expert Testimony On Battering And Its Effects In Criminal Cases", Wisconsin Women's Law Journal, 1996.

John H. Langbein, "Historical Foundations of The Law of Evidence: a View from the Ryder Sources", Columbia Law Review, 96, 1996.

John R. Spencer, "Evidence of Bad Character - Where We Are Today", Archbold Review, 5, 2014.

Julius Stone, "The Rule of Exclusion of Similar Fact Evidence: England", Harvard Law Review, 46, 1933.

Julius Stone, "The Rule of Exclusion of Similar Fact Evidence: America", Harvard Law Review, 51, 1938.

Kevin S. Marshall, Kathy Luttrell Garcia, Irving Prager, "The Habit Evidence Rule and its Misguided Judicial Legacy: a Statistical and Psychological Primer", Law & Psychology Review 36 (2012).

Law Commission (LAW COM No 273), Evidence of bad character in criminal proceedings. Stationery Office, 2001 (영국).

Lisa Dufraimont, "Evidence Law and the Jury: A Reassessment", McGill Law Journal, 53, 2008.

Lisa Kern Griffin, "Narrative, Truth, And Trial", Georgetown Law Journal,

January, 2013.

Mark Coen, “Hearsay, bad character and trust in the jury: Irish and English contrasts”, International Journal of Evidence & Proof, 17, 2003.

Michael D. Claus, “Profiles, Syndromes, and the Rule 405 Problem: Addressing a Form of Disguised Character under the Federal Rules of Evidence”, Notre Dame Law Review, 88, 2012.

Michael D. Mee, “Similar Fact Evidence: Still Hazy after All These Years”, Dublin University Law Journal, 16, 1994.

Michael H. Graham, Evidence : A Problem, Lecture and Discussion Approach, 3th ed., 2011.

Reid Hastie, “Emotions In Jurors' Decisions”, Brooklyn Law Review, Summer, 2001.

Robert P. Duffield II, “Distorting The Limits Of FRE 406: A Tough Habit To Break”, Rutgers Law Journal, Spring, 38, 2007.

Roger C. Park, “Character at the Crossroads”, Hastings Law Journal, 49, 1998.

Susan Turner/Terry Fain/Peter W. Greenwood/Elsa Y. Chen/James R. Chiesa, National Evaluation of the Violent Offender Incarceration/Truth-in-Sentencing Incentive Grant Program, 2001.

Ted Sampsell-Jones, “Preventive Detention, Character Evidence, And The New Criminal Law”, Utah Law Review, 2010.

Thomas M. Mengler, “The Theory of Discretion in The Federal Rules of Evidence”, Iowa Law Review 74, 1989.

Thomas Weigend, “Sentencing In West Germany”, Symposium: Comparative Criminal Justice Issues in the United States, West Germany, England, and France, Maryland Law Review, 1983.

The Admissibility of Bad Character Evidence in Common Law Countries and the Need to Reform the Law of Evidence in South Korea

Kim, Ho-Ki*

In a trial by jury in South Korea, the jury judges guilt or a verdict of not guilty, and if a defendant's guilt is determined, the jury makes a recommendation of the appropriate level of penalty. Because trial and sentencing functions are unified in South Korea, character evidence such as defendant's bad character including prior convictions and misconducts can be adduced without restriction. Therefore it is held that character evidence which is only relevant to sentencing could improperly prejudice the jury, the admissibility of character evidence should be limited to guarantee the right to a fair trial. In most common law countries, the use of the general evidence of bad character is strictly restricted by the law of evidence. Namely, while character evidence is generally inadmissible to prove conduct, the evidence of specific character relevant to an identified issue is admissible if its probative value outweighs its prejudicial effect. In the U.K. (England and Wales) the criminal justice act 2003 abolished in principle the common law rules of the evidence of bad character which prohibited the use of character evidence to prove the guilt of a criminal defendant. But it seems an exception comparing with the law of evidence of other common law counties. In South Korea it is suggested that guilt-finding and sentencing procedures should be separated or the jury's role should be limited to finding the facts. However, it could solve only the half of the problem. Character evidence could be still adduced by the prosecution as a circumstantial

* Associate Professor, Law School, University of Seoul

evidence to prove guilt. So it is necessary to reform the current law of evidence to include the character evidence rule developed in common law counties to protect the accused from unfair prejudice.

❖ Keyword: character evidence, propensity evidence, similar fact evidence, habit evidence, tendency evidence, jury trial, trial by jury

투고일 : 11월 30일 / 심사(수정)일 : 12월 17일 / 게재확정일 : 12월 29일