

과학적 증거의 허용성과 신빙성

沈 義 基*

차 례

- I. 문제의 제기
 - II. 과학적 증거의 허용성과 신빙성에 관한 기존의 대법원판례의 분석
 - III. 결 어
-

I. 문제의 제기

범죄현장에 남아있는 흔적증거(trace evidence)의 과학적 분석을 통하여 용의자와 범죄현장 사이의 연관관계를 확립할 수 있다. 이 글에서는 “흔적증거의 과학적·기술적 분석을 통하여 얻어 낸 의견, 기타의 형태로 제출된 과학적·기술적, 기타 특별한 정보”¹⁾를 과학적 증거²⁾로 개념정의하고자 한다. 오늘날 이미 혈액, 정액(semen), 모발, 뇨, 음성, 지문 등은 과학적 조사와 분석에서 사용되는 시료(試料)로 이용되고 있다. 치흔, 탄흔, 필

* 동국대학교 법과대학 교수, 법학박사

- 1) 1991년에 제안된 미국의 연방증거규칙 제702조의 개정안 참조.
- 2) 대검예규 제277호(1998. 3. 10) 鑑定處理規程 제2조(용어의 정의)는 “①이 규정에서 감정이라 함은 과학적인 실험 및 관찰을 통하여 수사(내사를 포함한다. 이하 같다) 또는 재판에 필요한 지식 또는 증거자료를 제공하는 것을 말하며 감식, 분석 및 검사 등을 포함한다.”고 규정하고 있다. 이 문귀 중에 “과학적인 실험 및 관찰을 통하여 수사(내사를 포함한다. 이하 같다) 또는 재판에 필요한 지식 또는 증거자료”가 이 글에서 필자가 의도하고 있는 과학적 증거 개념과 합치한다고 생각한다. 이 예규가 나열하는 과학적 증거로는 유전자감식, 마약감식, 마약류, 부정의약품류, 모발, 식품감식, 환경오염감식, 거짓말탐지기검사, 문서감정, 음성분석, 기타 법의학적 또는 이화학적 감정 등이 있다. 대검예규 제277호(1998. 3. 10) 鑑定處理規程 제14조(감정 처리기간) 참조

적과 음성을 재료로 삼아 용의자와 범죄현장을 연결시키는 기술도 날로 발전하고 있다. 한국에서는 이미 일체강점기에 지문감식기법이 도입되어 실무에 크게 활용되어 왔으며 그 기술도 조금씩 발전하고 있다. 피살자의 사인(死因)과 사망시각 추정을 통하여 용의자와 범죄현장을 연결시키는 기법인 死體剖檢(결과 획득된 정보)도 넓은 의미의 과학적 증거에 속한다. 최근에는 DNA의 유전자배열방식을 조사하여 용의자와 범인의 동일성을 식별하는 기술이 발견되고 계속 발전되어 세계각국에서 범죄수사와 재판에 이용됨은 물론이고 다른 분야에까지 유용하게 응용되고 있다. 한국에서도 1991년 이후 DNA감식이 수사실무에 활용되고 있으며³⁾ 그 감정결과가 법정에서 심심치않게 증거로 제출되고 있는 실정이다. 1980년대 초기에는 거짓말탐지기 검사기법이 새로운 과학적 증거의 전형으로 간주되기도 하였으나 현재는 DNA감식이 과학적 증거의 대명사로 간주될 정도로 그 중요성이 높아가고 있다.

그런데 한국의 법제는 형사소송법이든 민사소송법이든 과학적 증거의 허용성(증거능력)과 신빙성(증명력)에 관한 명시적 규정을 두고 있지 않다. 그렇다고 해서 한국에 별도의 상세한 증거법령이 마련되어 있는 것도 아니다. 최근에 법원행정처에서 발간한 『새로운 감정제도 해설』(사법행정간행물등록번호 100200-4201-17-9801, 1997.12)도 과학적 증거의 허용성(증거능력)과 신빙성(증명력)에 관한 의미있는 암시를 담고 있지 않다. 이런 상황에

3) 『검찰공보』 123호, 1993년 3월 1일자 33면이하에 소개되어 있는 과학수사사례와 대검찰청 과학수사과편 『검찰과학수사의 현황』(1999.2) 참조; 송은섭 외 3인, 「DIS80의 유전자형 결정을 위한 PCR배 조건에 관한 연구」, 『대한법의학회지』 대한법의학회 편, 서울 18권 1호 (31호) (94.05), 45쪽 이하; 정의훈, 「유전자 감식과 수사활용 방법」, 『강력검사연구논문집』 V (대검찰청), (96.02), 225쪽 이하; 송은섭, 「유전자 감식과 증거방법으로서의 문제점」, 『강력검사연구논문집 IV』 (대검찰청), (94.07), 195쪽 이하; 광상도, 「유전자 감식기법」, 『강력검사연구논문집 II』, 233쪽 이하; 이정빈, 「유전자 감정을 이용한 교통사고시의 과학적 원인구명」, 『한국배상의학회논문집』 2집 한국배상의학회 편, 서울 (94.10), 240쪽 이하; 구분성, 「유전자정보은행」, 『법조』, 법조협회 편, 서울 43권 10호 (457호) (94.10), 191; 이승섭, 「한국인에서 pV47 2 다좌위탐침로 검색되는 VNTR 유전자좌위의 대립유전자 빈도」, 『대한법의학회지』 대한법의학회 편, 서울 18권 1호 (31호) (94.05), 21; 임양희, 「한국인에서 pV47 2 다좌위탐침으로 검색되는 유전자지문의 유전적 특성」, 『대한법의학회지』 대한법의학회 편, 서울 18권 1호 (31호) (94.05), 33; 이승환, 「유전자감식의 원리와 실제」, 『법조』 46권1호, 219쪽 이하, 484호 97.01

서 한국의 법정에서는 간헐적으로 과학적 증거의 허용성(증거능력)과 신빙성(증명력)에 관하여 공방(攻防)이 행해져 왔으며 당사자의 주장에 대한 응답의 형태로 이에 관한 판례가 다소간 축적되어 있다. 현재로서는 과학적 증거의 허용성과 신빙성에 관한 약간의 판례들이 한국의 그 분야에 관한 유일한 법원(法源)을 형성하고 있기 때문에 이 글에서는 얼마 안되는 판례들이지만 기존의 그것들을 논의의 단서로 삼아 상세히 분석하여 현재의 문제상황을 점검하고 향후 법정의 안팎에서 제기될 것이 예상되는 법률적 쟁점들에 대한 대응방안을 모색해 보기로 한다.

과학적 증거의 허용성과 신빙성에 관한 판례는 거짓말탐지기검사결과에 대한 허용성에 대한 판례가 가장 많고 그밖에 피고인의 정신상태에 대한 감정의 요부, 필적감정의 증거능력과 증명력에 대한 몇개의 대법원판결⁴⁾이 있을 따름이다. 아직 허용성과 신빙성이 크게 쟁점화되고 있지는 않지만 실무상, 그리고 판례상 자주 언급되는 과학적 증거로는 사체에 대한 부검소견, 지문감식회보, 유전자감식결과회보 등이 있다. 과학적 증거의 허용성과 신빙성에 관한 저술이나 연구논문의 현황은 어떠한가?

특정한 하나의 판례에 대한 판례평석이나 판례연구, 혹은 특정한 쟁점에 관한 판례들의 추이에 대한 판례평석이나 개별적인 연구는 간헐적으로 생산되어 왔다. 그 중에서 거짓말탐지기검사결과에 대한 증거로서의 허용성⁵⁾이 가장 많은 검토의 대상이 되어 왔으며 최근에는 유전자감식에 관련한 연구물과 보고물들이 많이 출현하고 있다. 그러나 과학적 증거 일반의 허용성과 신빙성에 대한 총론적인 저술이나 연구논문은 거의 찾아보기 어렵다.

이하에서는 과학적 증거의 허용성과 신빙성에 관한 기존의 대법원 판례를 미국판례와 비교하여 그 의미를 음미해 보기로 한다.

4) 대판 1976.11.23.선고, 76도2938 판결 ; 대판 1978.7.25.선고, 77도3513 판결(대법원판결요지집, 형사군사판2, 810-811면).

5) 박주봉, “거짓말탐지기조사결과와 증거능력”, 재판자료 제23집 『형사증거법(하)』, 1984.9 ; 강구진, “허언탐지기시험결과와 증거능력”, 『현대형사법론』, 경문사, 1980 ; 최인주, “거짓말탐지기이론 및 운용에 관한 소고”, 『법무연구』 18호, 1991 ; 신동운, “자백의 신빙성과 거짓말탐지기 검사결과에 대한 증거능력(대법원 1983.9.13. 선고 83도 712 판결)”, 『法과正義: 徑史 李會昌先生華甲紀念論文集 李會昌 大法官判決의 研究』(박영사, 1995.11) 227면 이하 등.

II. 과학적 증거의 허용성과 신빙성에 관한 기존의 대법원판례의 분석

한국의 대법원은 거짓말탐지기 검사결과의 허용성 요건을 다음과 같이 매우 엄격하게 설정해 왔다. 논의의 편의를 위하여 다음과 같은 가정을 해 보자.

소추(검사)측이 최근에 그 기술이 비약적으로 발전하고 있는 유전자감식증거를 피고인의 유죄를 입증하기 위한 증거로 제출했다고 하자. 만약 피고인(과 그 변호인)측이 그 증거를 증거로 사용해도 좋다고 동의하지 않을 뿐만 아니라 그것이 증거로 사용되기 위한 요건으로서 거짓말탐지기 검사결과의 허용성 기준을 적용할 것을 원용하면 수소법원은 어떻게 해야 할 것인가?

1. 거짓말탐지기 기준

두 가지 가능성을 생각해 볼 수 있다. 하나는 이 기준이 어디까지나 거짓말탐지기 검사결과에만 적용할 수 있는 기준이라고 보고 법원이 유전자감식결과에 대해서는 또 다른 기준을 제시하는 방법이 있을 수 있다. 그럴 경우 법원은 다음과 같은 부담을 안게 된다. 그것은 ‘새로운’ 과학적 증거가 법정에 제시될 때마다 법원은 그 증거에 특유한 허용성 요건을 하나씩 하나씩 별도로 설정해 나가야 한다는 부담이다. 다른 하나는 이 기준을 과학적 증거 일반에 대하여 통용될 수 있는 일반적 기준으로 원용하기는 하되, 다만 특정의 과학적 증거에 특유한 허용성 요건을 가감(加減)·수정(修正)해 가면서 과학적 증거의 허용성 요건을 하나 하나 축적해 가는 방식을 가정해 볼 수 있다. 편의상 전자의 방식을 ‘개별적 접근방식’, 후자를 ‘일반적 접근방식’으로 부르기로 하자. 지금까지 한국의 법원은 어떤 입장을 보여 왔는가? 한국의 대법원이 채택해 온 기준을 상세히 분석해 본 후에 이 쟁점으로 다시 돌아오기로 한다. 먼저 거짓말 탐지기 검사결과에 대한 한국 대법원의 입장을 살펴보기로 하자.

“ 거짓말탐지기 검사결과에 대하여 형사소송법상 증거능력을 부여하려면 우선 그 검사결과가 ‘사실적 관련성’ 즉 ‘요증사실에 대하여 필요한 최소한도의 증명력을 가지고 있음을 요하는 것’이다. 그런데 거짓말탐지기 검사의 원리는 의식적으로 거짓말을 하는 자는 양심의 가책이나 거짓 발각에 대한 우려 등으로 심리상태의 변동이 일어나고 이것이 호흡·혈압·맥박·피부 등에 생리적 반응을 일으킨다는 전제 아래 그 생리적 반응을 측정하여 거짓말인 여부를 판독하는 데에 있으므로 이와 같은 검사 결과에 대하여 ‘사실적 관련성’⁶⁾을 가진 증거로서 증거능력을 인정할 수 있으려면 (㉞-1) ‘첫째로 거짓말을 하면 반드시 일정한 심리상태의 변동이 일어나고, (㉞-2) 둘째로 그 심리 상태의 변동은 반드시 일정한 생리적 반응을 일으키며, (㉞-3) 셋째로 그 생리적 반응에 의하여 피검사자의 말이 거짓인지 아닌지가 정확히 판정될 수 있다는 세 가지 전제요건이 충족되어야 할 것’이다. 특히 마지막의 생리적 반응에 대한 거짓 여부 판정은 거짓말탐지기가 검사에 동위한 피검사자의 생리적 반응을 정확히 측정할 수 있는 장치이어야 하고, (㉞-4) 질문 조항의 작성과 검사의 기술 및 방법이 합리적이어야 하며, (㉞-5) 검사자가 탐지기의 측정 내용을 객관성 있고 정확하게 판독할 능력을 갖춘 경우라면 그 정확성을 확보할 수 있는 것이다. 그러므로 이상과 같은 제반요건이 충족되지 않는 한 거짓말탐지기 검사결과에 대하여 형사소송법상 증거능력을 부여하기는 어려운 것이라고 보지 않을 수 없다”(대법원 1983. 9. 13. 선고 83도712 판결 【살인, 사체은닉, 절도】 [집31(5)형019, 공1983 1528]).

서술의 편의상 한국 대법원의 이 기준을 ‘거짓말탐지기 기준’으로 부르기로 하자. 이 기준은 매우 엄격한 기준이다. 어째서 엄격한 기준이라 평가하는가? 이 기준의 성격을 음미하기 위해서 미국의 많은 법원들에서 통용되는 과학적 증거의 허용성 기준과 비교해 보기로 하자.

2. 미국의 많은 법원들에서 통용되는 과학적 증거의 허용성 기준

과학적 증거의 응용사례와 이와 관련된 법적 쟁점에 관한 경험이 가장 풍부하게 축적된 곳은 미국이다. 미국에서는 알콜농도에 대한 화학적 검

6) 이에 대해서는 신동운, “자백의 신빙성과 거짓말탐지기 검사결과와 증거능력(대법원 1983.9.13. 선고 83도712 판결)”, 『法과正義: 徑史 李會昌先生華甲紀念論文集 李會昌 大法官判決의 研究』(박영사, 1995.11) 242면 이하 참조.

사, 통계학적 증거, 방화범과 폭발물감식, 발생학적 식별인자(genetic markers), 총기식별과 비교마이크로그라피, 약물감식, 법병리학, 흔적(trace) 감식, 기계분석, 지문감식, 마이크로분석, 중성자활동감식(neutron activation analysis), 사진과 비디오테이프, 음성감정(voice identification), 속도의 과학적 탐지, 폴리그래프(거짓말탐지기검사), 마취분석(truth serum), 최면술감식(hypnosis), 법치의학, 정신병리학적·심리학적 감식 등이 과학적 증거로서 검토의 대상이 되고 있다⁷⁾. 일본에서는 거짓말탐지기검사, 경찰견(警察犬)에 의한 취기(臭氣)선별, 알콜농도측정을 위한 강제채혈, 마약과 각성제(한국의 향정신성의약품에 해당된다) 사용여부를 감식하기 위한 강제採尿, 마취분석, 성문감정, 차량주행속도측정, 유전자감정 등이 과학적 증거로서 검토의 대상이 되고 있다⁸⁾.

(1) 일반적 경향

1990년대 현재까지 미국의 법정에서는 과학적 증거의 신빙성(reliability)에 영향을 미치는 요소는 세 가지 요소였다. 그 세 가지 요소를 나열해 보면 첫째, 근거하는 과학적 이론(scientific theory)이 유효(valid)할 것, 둘째 그 이론을 적용하는 기술(technique)이 유효해야 할 것, 셋째 그 기술을 특정사건에 적절하게 사용(proper application)해야 할 것 등이다. 이 중의 어느 하나의 요소에라도 오류가 개입되면 그 결과는 믿기 어려운 것이 된다. 예컨대 과학적 증거의 신빙성을 다투는 측에서는 음성분석(voice identification, 일본에서는 聲紋鑑定이라 한다)이 전제하는 가정(사람마다 독특한 음성성을 가진다)의 유효성(validity)을 받아들일 수 있지만 현재의 감정인이 사용하는 감정기술이 특정음성의 독특성을 가려낼 수 있는가에 대해서는 의문을 제기할 수 있다. 또한 과학적 증거의 신빙성을 다투는 측에서는 특

7) 이상은 이 분야의 대표적 문헌인 Andre A. Moenssens & Fred E. Inbau & James E. Starrs, *Scientific Evidence in Criminal Cases*, 3rd ed., The Foundation Press, 1986과 Paul C. Gianelli & Edward J. Imwinkelreid, *Scientific Evidence*, The Michie Company, 1993(이 책은 앞으로 SE로 약칭하여 인용한다)에서 다루어진 과학적 증거를 망라한 것이다. 이하 본문에서 인용되는 미국판례의 사건표시는 이들 책에서 재인용한 것임을 밝혀 둔다.

8) 石川弘・増井清彦, 『證據蒐集と立證の新展開』, 日本評論社, 1983; 白井滋夫, 『證據』, 立花書房, 1983, 69-214면.

정의 거짓말탐지기 기술자가, 자기가 신봉하고 있는 기술에 따라 정확히 감정을 하고 있는지 의심을 품는다 하더라도 그 기술이 전제하고 있는 심리학·생리학 원리를 인정할 수도 있는 일이다.

첫번째의 ‘과학적 이론의 유효성’과 두번째의 ‘원리를 적용하는 기술의 유효성’은 미국에서 ① 사법적 승인(司法的 承認), ② 법령에 의한 인정, ③ 당사자 사이의 약정(일종의 소송계약이다), ④ 증거의 제출, 특히 전문가 증언(혹은 감정증언)에 의해 인정될 수 있다. 한국에서는 아직 ①과 ②의 명시적인 증거능력 인정사례를 찾아보기 힘들다. 과학적 증거의 제출로 말미암아 불리한 재판을 받을 지위에 놓이게 될 자가 그것을 증거로 함에 동의하면 한국에서도 미국의 ③과 같은 결과가 초래될 수 있을 것이다. 문제는 한국의 법정에서 어떠한 요건하에 ④의 경우를 인정해 왔으며, 향후 어떠한 요건하에 ④의 경우를 인정해 갈 것인가 하는 점이다.

세번째 요소(과학적 기술의 특정사건에 대한 적절한 사용)와 관련해서는 ㉠ 그 기술에 사용된 검사기구의 상태(condition of instrumentation), ㉡ 적절한 절차가 이행되었는가, ㉢ 기술을 실행한 사람의 자격과 그 결과를 해석한 사람의 자격(qualification) 등이 문제된다.

법정에 증거로 제출된 어떤 과학적 증거가 증거로 허용되기 위해서는 위의 세 가지 요소가 모두 구비되어야 하는 것으로 볼 것인가, 아니면 과학적 증거는 ‘사실적 관련성’이 있는 한 원칙적으로 허용되어야 하고 다만 위의 세 가지 요소는 신빙성을 판단하는 요건에 불과한 것으로 볼 것인가? 대체로 전자의 방향을 추구하는 입장을 ‘프라이 테스트’(Frye test), 혹은 ‘프라이 플러스’(Frye plus)라고 부르고, 후자의 방향을 추구하는 입장을 ‘관련성 접근방법’(relevancy approach)이라고 부르기로 하자. 이하에서 양자를 좀더 상세히 살펴보기로 한다.

(2) 프라이 테스트

아직 일반인에게 잘 알려져 있지 않은 새로운 과학기술(a novel scientific technique)을 응용한 증거가 법원에 최초로 제출될 때가 있다. 최근 한국의 법정에 제출되고 있는 DNA 감정증거는 가장 적절한 예가 될 것이다. 이런 경우에 그 새로운 기술의 유효성은 ‘감정인 또는 감정증인의 전문기증

언(expert testimony)(한국의 법정에서라면 감정의견)'의 형태로 법정에 제출될 것이다. 미국의 법원들은 새로운 과학적 증거의 허용성(admissibility)을 결정하는 기준으로 주로 두 개의 기준을 사용해 왔다. 하나의 접근방법은 '기준이 되는 원리'와 '원리를 적용하는 기술의 유효성'을 '사실에 대한 관련성 측면(aspects of relevancy)에서 검토'하는 것이다. 이것이 앞에서 말한 '관련성 접근방법'이다. 이에 대해서는 (3)에서 더 자세히 언급하기로 한다. 또 하나의 접근방법은 새 과학기술과 그 기술적용의 결과물을 증거로서 채택해 줄 것을 주장하는 측에게 그 과학기술이 "과학공동체안에서 일반적으로 수용(general acceptance in the scientific community)"되었음을 입증하도록 하고 그것이 입증되지 못하면 증거로 허용하지 않는 방식이다. 이 기준을 미국에서는 프라이 테스트(Frye test)⁹⁾라고 부르고 있다. 이 방식의 명칭은 1923년에 D.C.연방항소법원이 살인피고사건에 대하여 심리한 Frye v. United States 사건¹⁰⁾에서 처음 채택한 데서 유래한다.

프라이 사건에서 D.C. 연방항소법원은 거짓말탐지기검사결과와 증거로서의 허용성을 최초로 심사하였는데 다음과 같이 판시하고 있다.

“과학적 원리나 발견이 언제 실험적 단계(experimental stage)에서 확증적 단계(demonstrative stage)로 이행하는가 하는 문제는 정의하기가 어려운 것이다. 잘 인식된 과학적 원리나 발견으로부터 연역된 전문가증언을 인정하는 경우에 연역(deduction)이 행하여지는 대상은 그것이 속하는 특정분야에서 일반적 승인을 얻을 정도로 충분히 확립된 것이어야 한다”

9) 이에 대해서는 황희철, 「거짓말탐지기에 관한 일고찰」, 『검찰』 1990년 2월호(통권 101호), 226면 이하와 신동운, 앞의 논문, 244면 이하에서 간략히 소개하고 있다.

10) 293F.1013(D.C.Cir.1923), 이에 대한 상세한 분석논문으로는 Starrs, “A Still Life Watercooler ; Frye v. United States”, 27 Journal of Forensic Science, 684(1982)이 있다. 신동운, 앞의 논문, 244면은 이 사건판결의 개요를 다음과 같이 요령있게 요약하고 있다; “살인죄로 기소된 피고인 프라이는 거짓말탐지기의 전신이라고 할 수 있는 심장수축혈압의 검사결과(systolic blood pressure test)를 자신에게 유리한 증거로 제출하려고 하였다. 이 검사결과와 증거능력이 부인되어 유죄판결을 받은 프라이는 증거법상의 전통적 기준인 관련성과 유용성의 기준에 따라서 위 검사결과와 증거능력이 결정되어야 한다고 주장하면서 항소하였다. (중략)콜롬비아 특별구 연방 항소법원은 (중략) 심장수축혈압의 검사결과는 병리학자 및 심리학자들 사이에 위에 말한 지속적이고 과학적인 승인이 결여되어 증거능력이 없다고 판시하였다.”

이러한 전제하에서 볼 때 D.C. 연방항소법원은 ‘거짓말탐지기검사가 생리학과 심리학의 권위자들(authorities) 사이에서 위와 같은 위치와 과학적 승인을 아직 얻지 못했다’고 보았다. 이 기준에서는 어떤 자격있는 전문가 한 사람 또는 전문가 몇 사람이 특정한 기술이 유효하다고 증언해도 그것 만으로는 충분하지 않게 된다. 그러므로 프라이 테스트는 증거제출자에게 매우 과중한 부담을 주는 것이다. 왜냐하면 이 기준을 충족시키려면 새로운 과학기술은 “관련되는 과학공동체 안에서 일반적으로 수용”되었음이 입증되어야 하는데 어떤 새로운 기술이 그런 단계에 도달했음을 입증하기란 쉬운 일이 아니기 때문이다. 프라이 테스트를 선언한 D.C. 연방항소법원은 두 페이지에 걸치는 판시에서 ‘권위자란 누구를 말하며 일반적 승인을 얻었다는 것이 무엇을 뜻하는지’를 설명하지 않고 있지만 이 기준은 그 후 미국의 연방법원과 주법원의 다수가 채택하는 지배적 기준이 되어 버렸다. 미국의 법원들이 증거의 허용성을 판단할 때 거짓말탐지기 증거 외에 이 기준을 적용한 사례로는 음성분석, 중성자활동분석(neutron activation analysis), 탄흔검사(gunshot residue tests), 치흔감정, 언어심리분석(psycholinguistics), 마취분석(truth serum), 혈액분석, 모발분석, 약물중독검사, 유전자감식(DNA profiling), 피강간증상증후군 등의 법과학기술을 들 수 있다. 그러나 이 기준이 너무나 엄격하기 때문에 이 기준에 대해서는 ‘악명높다’, ‘스포츠이다’, ‘너무 원시적이다’ 등의 비판이 고조되어 왔다. 그래서 최근에 점점 이 기준을 거부하는 연방법원들과 주법원들이 늘어나고 있다.

가. 프라이 테스트의 정당화근거

이 기준채택의 주된 정당화근거는, ‘이 기준에 서야 과학적 증거의 신빙성을 확실히 보장할 수 있다’는 것이다. 프라이 테스트를 최초로 제시한 D.C. 연방항소법원은 이 기준채택의 정당화근거(rationale)를 다음과 같이 제시하고 있다. 이 기준은 “과학적 수단의 일반적 유효성을 평가할 수 있는 가장 자격있는 사람들이 결정적 목소리를 낼 수 있도록 보장한다”는 것이다. 그밖에 이 기준에 대해서는 다음과 같은 정당화근거가 추가적으로 제시되고 있다.

첫째, 이 기준은 특정한 사건에서 과학적 결정의 유효성을 비판적으로 검토할 수 있는 최소한의 전문가집단이 존재하는 것을 보장한다. 둘째, 이 기준은 결정의 일정정도 이상의 확일성을 증진시킬 수 있다. 이 기준으로 말미암아 특정의 과학적 증거의 신빙성에 관하여 다른 견해를 가지는 개별판사들이 자신과 견해를 같이 하는 과학자를 과학공동체 안에서 발견하여 기본적인 합의와 동의를 얻을 수 있다. 셋째, 이 기준이 없으면 실험단계인 과학기술의 신빙성은 그 신빙성에 대하여 과학공동체 안에서 심각한 의견불일치가 있는 한 개별사건마다 그것이 중심이슈가 될 터인데 그렇게 되면 전문가에 대한 신문과 반대신문이 계속 반복되어 재판이 지연될 것이고 심리절차는 과학기술 자체에 대한 심리절차로 변질되고 말 것이 아니냐 하는 점이다.

나. 프라이 테스트에 대한 비판

지난 60여년 동안 프라이 테스트에 대해서는 많은 비판이 제기되어 왔다.

첫째, 이 기준은 선택적으로 적용되는 폐단이 있다고 한다. 선택적으로 되는 이유 중 중요한 것은 어떤 종류의 증거가 ‘과학적’인 증거로 분류되어야 하는지 자체가 애매하기 때문에 비롯된다. 예컨대 State v. Hall 사건에서 아이오와주 대법원은 다음과 같이 판시하고 있다.

“프라이 테스트의 명백한 단순성에 불구하고 과학적 증거를 다른 전문가 증언의 영역과 구별하는 것은 매우 어려운 일이다. 본건이 바로 그러한 사례에 해당한다. 피고인은 혈액분류검사학(a study of blood flight characteristics) 자체가 과학이라고 말하지만 증인은 그것의 정확성과 예측 가능성은 물리학이나 수학에 기초하고 있다고 증언하고 있다”¹¹⁾

두번째 비판은 이 기준이 신빙성 있는 증거의 허용성을 지나치게 배제한다는 점에서 제기되고 있다. 이 기준을 엄격히 적용하면 새로운 과학적 방법이 재판에서 증거로 허용되려면 그 과학과 기술이 충분히 일반화되어 수용될 때까지 기다려야 하는데 그렇게 되면 관련되는 증거를 너무나 많이 재판에서 배제하게 된다는 것이다.

11) 297 N.W.2d 85(Iowa 1980).

세번째 비판은 이 기준이, '사실인정자(trier of the fact, 배심단 혹은 판사)는 이 과학적 증거에 압도될 우려가 있다'는 잘못된 가정에 입각하고 있다는 비판이다. 예컨대 음성증거를 프라이 기준에 입각하여 배척한 D.C. 연방소법원은 과학적 증거가 '통상인인 배심원들의 눈에 정확할 것(infallibility)이라는 신비적인 인상'을 줄 것이라는 점을 강조하였다¹²⁾. 그러나 비판자들은 배심원들의 반응에 대한 경험적 연구를 통하여 그러한 가정은 잘못된 것이라는 점이 입증되고 있다고 주장한다.

네번째 비판은 이 기준이 '유효성 논점을 과학공동체에 전가시킨다'는 비판이다. 그러나 이 비판은 잘못된 비판이다. 이 기준하에서도 허용성 논점을 결정하는 것은 과학자가 아니라 법원이다. 프라이 기준의 지지자들은 '이 기준의 채택은 신빙성의 입증책임을 과학자들에게 전가시킨 것'이 아니라 '법원의 책임을 합리적으로 실행하기 위해서 과학적 증거의 유효성을 가장 잘 판명할 수 있는 사람들에게 위임한 것일뿐'이라고 반박하고 있다.

다. 연방증거규칙

'1975년에 제정된 연방증거규칙(Federal Rules of Evidence)이 프라이 기준을 대체한 것인가'에 대해서는 견해가 엇갈리고 있다. 연방증거규칙은 증거규칙에 대한 포괄적인 법전화(法典化)를 의도한 것이 아니어서 증거에 관한 모든 영역을 포괄하고 있지 않으며 규정형식도 일반적인 선언의 형식에 그치고 있다. 또한 프라이 기준의 지지자들은 프라이 기준이 연방증거규칙의 채택 이전에 확립된 것이고 연방증거규칙의 입법자료에도 이 기준을 폐지한다는 어떠한 징후도 없으므로 연방증거규칙의 제정과 무관하게 이 기준은 유효하다고 주장한다.

한편 연방증거규칙이 이 기준을 폐지하였다고 주장하는 사람들은 그 근거로서 이 규칙의 제401조, 제402조, 제702조를 들고 있다. 제401조는 관련증거(relevant evidence)를 '그 증거가 없을 때보다 그 증거가 있음으로서 더 있을 법한 혹은 덜 있을 법한 행위의 결정에 중요한 어떤 사실의 존재를 추정시키는 경향이 있는 증거'라고 정의하고 있으며 제402는 '모든 관련증거는 그것이 미국헌법, 의회의 법률, 이 규칙, 미연방대법원이 법령과

12) United States v. Addison, 498 F.2d 741, 744(D.C.Cir.1974).

관련하여 판시한 규칙에 달리 규정이 없는 한 허용될 수 있다(admissible)'고 규정하고 있다. 과학적 증거는 제402조에서 제시된 어떠한 예외에도 해당되지 않기 때문에 프라이 기준에 맞지 않더라도 증거로서 허용될 수 있다는 것이 이 견해의 주장자들의 연방증거규칙 해석방법이다. 예컨대 State v. Williams 사건¹³⁾에서 Maine 주 대법원은 연방증거규칙을 따르고 있는 메인 주의 증거규칙은 프라이 기준을 채택하고 있지 않다고 판시하였다. State v. Hall 사건¹⁴⁾에서도 아이오와 주 대법원은 연방증거규칙이 프라이 기준을 폐지한 것이라고 해석하였다. 1991년에 제안된 연방증거규칙 제702조의 개정안도 이 입장에서 서 있다.

“의견 기타의 형태로 제출된 과학적·기술적, 기타 특별한 정보는 (1) 그 정보가 합리적으로 신빙할 만하고(reasonably reliable) 사실인정자(trier of the fact)가 증거를 이해하고 문제가 되는 사실을 결정하는데 기본적으로 도움을 주며, (2) 증인이 지식, 기술, 경험, 훈련, 교육 등에 의해 그러한 증언을 할 만한 자격이 있는 경우에만 허용될 수 있다”¹⁵⁾.

여기서 언급되고 있는 ‘합리적으로 신빙할 만하다’는 말은 프라이 기준을 대체하기 위한 것이다.

그럼에도 불구하고 미국에서는 여전히 프라이 기준을 명시적으로 채택하고 있는 법역(法域)들(jurisdictions)이 적지 않다. 예컨대 미시건 주의 증거규칙 제702조는 ‘전문가 증언은 인정된 과학적 지식에 기초해야 한다’고 규정하여 프라이 기준을 채택하고 있다.

라. 유전자(DNA) 감정 : 프라이 플러스

People v. Castro 사건¹⁶⁾에서 뉴욕 주 법원은 과학적 증거의 허용성 요건으로 프라이 기준에 하나의 기준을 더 덧붙여 세 가지 기준을 요구하였다. 이 법원에 의하면 유전자감식증거가 허용되려면 (1) 근거하는 이론이 일반적으로 수용되어야 하고, (2) 그 이론을 적용하는 절차가 일반적으로 수용되어야 하고, (3) 검사를 행하는 실험실이 그러한 절차들을 준

13) 388 A.2d 500(Me.1978).

14) 297 N.W.2d 80(Iowa 1980).

15) 137 F.R.D.83(1991).

16) 144 Misc.2d 956,545 N.Y.S. 2d985(Sup.Ct.1989).

수해야 한다고 한다. 이것은 프라이 기준((1)과 (2)) 외에 (3)의 요건을 하나 더 추가시킨 엄격한 기준이다. 이 법원은 위와 같은 전제에서 볼 때 소추측이 제출한 유전자감식증거는 첫번째와 두번째의 기준은 충족시켰으나 세번째 기준을 충족시키는데 실패했다고 보았다. 이 판결의 기준을 가리켜서 몇몇 비평가들은 이것을 프라이 플러스(Frye Plus)라고 명명하였다. United States v. Two Bulls 사건에서 연방 제8항소법원은 위 판결을 지지하였다¹⁷⁾. 그러나 United States v. Jakobetz 사건에서 연방 제2항소법원은 ‘프라이 플러스’의 입장을 너무 엄격한 기준이라고 하면서 배척하였다¹⁸⁾.

(3) 관련성접근방법

앞에서 언급한 것처럼 프라이 테스트는 너무 엄격한 기준이기 때문에 미국에서는 현재 프라이 테스트를 배척하는 법원들이 늘어나고 있다. 프라이 테스트를 대신하는 주된 접근방법은 과학적 증거를 다른 증거와 구별하지 않고 그 증명력(probative value)과 그 증거를 채택함으로써 초래될지도 모르는 위험을 비교형량하여 그 허용성을 심사하는 방법이다. 미국의 권위있는 증거법학자 매클릭(McCormick) 교수는 1954년의 그의 책에서 다음과 같이 서술하고 있다.

“일반적인 과학적 수용성(프라이 테스트를 말한다 : 필자주)은 법원이 과학적 사실을 사법적으로 승인하는데 적합한 조건이기는 하나 과학적 증거의 허용성의 기준은 되지 못한다. 자격있는 전문가증언(qualified expert testimony)에 의해 지지되는 어떠한 관련된 결론도 그것을 배제해야 할 특별한 이유가 없는 한 증거로서 채택되어야 한다. 그 증거가치는 특히 편견에 의한 위험, 배심원을 오도할 위험, 불공정한 공격, 그리고 부당하게 시간을 많이 소모하는 것 등에 의해 배척될 수 있다”¹⁹⁾

연방증거규칙과 일치하는 이 접근방법은 세단계의 분석을 요구한다. 첫째 증거의 증거가치를 확인하는 것, 둘째 다른 반대되는(countervailing) 위험

17) 918F.2d 56(8th Cir.1990).

18) 955F.2d 786(2nd Cir.).

19) C.McCormick, *Evidence*, 1954, 363-364면.

과 고려들을 확인하는 것, 셋째 이 양자를 비교형량하는(balancing against) 것이다.

가. 증거가치

관련성접근방법의 첫번째 단계는 제출된 증거의 증거가치(probative value)를 평가하는 일이다. 연방증거규칙 제401조는 관련증거를 “그 증거가 없을 때보다 그 증거가 있음으로서 더 있을 법한 혹은 덜 있을 법한 행위의 결정에 중요한 어떤 사실의 존재를 추정시키는 경향이 있는 증거”(evidence having any tendency to make the existence of any fact that is of consequence to the determination of the action more probable or less probable than it would be without the evidence)라 정의하고 있다. 과학적 증거의 증거가치는 그 신빙성에 달려 있다. 그런데 대부분의 판사들은 그 신빙성을 결정할 만한 과학적 지식과 정보를 갖고 있지 못하므로 사실심 판사는 자주 그 증거가치를 확인하기 위해서 전문가증언(expert witness)에 의존하지 않을 수 없게 된다. 그럴 경우가 접근방법하에서는 프라이 테스트의 경우와 달리 한 전문가증인의 증언만으로 새로운 기술의 유효성과 그 증거가치가 인정되기에 충분할 수도 있다고 주장한다. 과학공동체안에서 새로운 과학적 기술이 수입된다면 그것이 그 기술의 유효성에 대한 정황증거로 간주될 수 있음은 물론이다. 거기에 덧붙여 그 전문가의 자격과 능력, 적용된 기술, 오차율, 전문분야에 대한 문헌의 존재, 새로운 발명의 혁신성 등이 모두 법원의 평가대상이 될 수 있다.

나. 반대되는 위험

연방증거규칙 제403조는 “비록 관련된다 하더라도 그 증거가치가 불공정한 편견, 쟁점의 혼동, 배심원을 오도할 위험에 의해, 혹은 지나친 지연, 시간의 소모, 누적적 증거의 불필요한 제출이라는 고려에 의해 본질적으로 흔들리는 경우에는 배제될 수 있다”고 규정하고 있다. 과학적 증거의 주된 위험(countervailing danger)은 ‘사실인정자(배심원 등)를 오도할 가능성’에 있다. 과학적 증거는 배심원들에게 절대무오류(infallibility)라는 환상(mystics)을 불러일으킬 수 있기 때문이다. 다시 말하면 특정한 기술의 정확성에 대한 과장된 통속적인 견해가 그 사용을 편견에 가득차게 하거나 배심원을 오도할 수 있다.

다. 증거가치와 반대되는 위험 사이의 비교형량

연방증거규칙 제403조 하에서 비교형량(balancing against)할 때 증거의 배제는 ‘증거가치가 확인된 위험에 의해 본질적으로 흔들릴 때(substantially outweighed)’만 허용된다. 그리고 항소심 법원의 항소심에서의 심사기준은 사실심법원이 그 재량권을 남용했는가 하는 점에 있다. United States v. Downing 사건²⁰⁾에서 연방 제3항소법원은 관련성 테스트의 기준을 제시하였는데 그 기준은 다음과 같다.

① 사용된 절차 또는 기술의 건전성과 신빙성, ② 증거를 허용하는 이익이 혼동의 위험, 배심을 오도할 위험보다 우월할 것, ③ ‘제출된 과학적 연구나 검사결과와 바로 그 사건에서 다투어진 특정한 사실적 쟁점 사이의 연관성’의 세 가지가 바로 그것이다. 이 법원은 또한 이러한 접근방법 하에서 증거의 허용성을 결정하는 가장 효과적인 시간은 그 증거를 조사하는 첫 시점이라고 지적했다.

라. 당사자주의 절차와의 관계

프라이 테스트의 경우와 달리 관련성 접근방법에서는 새로운 과학적 증거의 신빙성을 증거의 허용성 문제를 검토하는데 앞서서 확인할 필요가 없다. 관련성 접근방법에 의하더라도 어떤 증거는 처음부터 허용성이 배제되는 수가 있지만 대부분의 경우에는 일단 증거로서 허용되어 조사의 대상이 되며 그 기술의 맹점과 결함은 전통적인 당사자주의 소송절차에서 반대당사자의 반대신문에 의해 반박되게 된다. 이리하여 관련성접근방법의 적절성은 완전한 증거개시(full discovery), 증거를 재조사하는 기회, 방어측의 전문가 지정 등에 의존하게 된다. 이러한 안전장치가 없다면 반대신문이나 반박은, 불가능한 것은 아니지만 사실상 어렵게 된다. 이런 맹점 때문에 관련성접근방법의 적절성에 대해서 의문을 제기하는 견해가 있다.

(4) 과학적 기술의 적절한 실행

어떤 기술의 유효성이 확립되었다 하더라도 그 기술로부터 얻은 증거의 신빙성은 그 기술이 특정한 사건과 관련된 사례에 적절하게 실행되었는가

20) 753 F.2d 1224(3d Cir.1985).

에 달려 있다. 특정한 과학적 기술이 적절하게 실행되었는가를 판단하려면 다음과 같은 세 가지 요소에 대한 조사가 필요하다. 그 세 가지 요소는 ① 그 기술에 기구(instrumentation)가 사용되었다면 그 기술을 실행할 때 그 기구가 적절한 조작조건하에 있었는가, ② 그 때 적절한 절차가 이행되었는가, ③ 그 기술을 실행하는 사람과 실험결과를 해석하는 사람이 적절한 자격이 있는 사람인가 하는 점이다.

① ‘기구의 적절한 조작조건’ 요건

과학적 증거의 제출자가 기구를 사용할 때 적절한 조작조건하에 있었다는 사실을 입증하지 못하는 경우에 그 결함이 증거의 허용성에 영향을 미치는 것으로 할 것인가 아니면 단지 증거가치에 영향을 주는데 그치게 할 것인가에 대해서는 견해가 갈리고 있다. 어떤 법원들은 과학적 증거의 제출자가 ‘기구를 적절하게 조작했음을 제시’해야 그 증거를 사용할 수 있도록 하고 있다고 한다. 예컨대 이 요건은 거짓말탐지기, 약물중독, 음성, 전파탐지기(radar) 등의 기술을 사용한 과학적 증거의 경우 요구되었었다. 어떤 법원에서는 이 요건이 법령에 의해 규정되고 있다. 이와 대조적으로 어떤 법원들은 이 요건의 흠결은 증거의 허용성 문제에 영향을 끼치는 것이 아니라 증거가치에 영향을 미칠 뿐이라고 보고 있다.

② ‘적절한 절차’요건

과학적 증거의 주창자가, ‘그 증거가 적절한 절차를 거쳐 획득된 것이라는 것을 먼저 입증할 것’을 ‘과학적 증거의 허용성의 선결과제’로 할 것인가에 대하여서도 견해가 갈리고 있다. 어떤 법원들은 이 요건에 흠이 있는 증거를 배척하고 있다. 예컨대 어떤 법원은 “실험결과를 제출하는 당사자는 그 실험이 특정사건에서 정확한 실험절차에 따라 행하여졌음을 보증해야 한다는 것은 널리 인정되고 있는 사실”이라고 판시하였다. 거짓말탐지기검사결과, 음성감정, 전파탐지기검사, DNA감정 등의 과학적 증거에 관하여 위와 같은 판결이 내려진 사례가 있다. 이와 대조적으로 어떤 법원들은 이 요건의 흠결은 증거의 허용성을 배척하는 것이 아니라 단지 증거가치에 영향을 줄 뿐이라고 판시하고 있다. 예컨대 캘리포니아 주 대법원은 “부주의한 실험은 (증거의 : 필자 첨가) 허용성에 영향을 끼치는 것이 아니라 증거가치에 영향을 주고 그 결함은 반대신문이나 다른 전문가

증언에 의해 탄핵되어야 한다”고 판시하였다²¹⁾.

③ 조작자와 해석자의 자격

많은 경우에 기술을 실행하는 자와 그 결과를 해석하는 자는 일치한다. 총기감정이나 지문감식이 그러한 경우에 해당한다. 그러나 두 전문가가 일치하지 않는 경우도 있다. 예컨대 X선 기계를 조작하는 기술자는 그 결과를 해석할 자격이 없는 경우가 보통이다. 마찬가지로 경찰관은 호흡분석기(breathalyzer)를 조작하는 전문가자격이 있을 수 있지만, 반드시 그 결과를 해석하는 전문가자격을 가지고 있는 것은 아니다. 호흡분석기결과는 외과의사나 다른 전문가가 호흡의 알콜성분과 그것이 뇌에 미치는 영향의 관계를 고려하여 증언해야 할 성질의 분야이다.

3. 한국 대법원의 거짓말 탐지기 기준

한국 대법원의 거짓말 탐지기 기준은 대체로 보아서 미국의 프라이 플러스 기준에 필적하는 매우 엄격한 기준이다. 한국 대법원이 제시하는 기준 중에서 ㉞는 근거하는 과학적 이론(scientific theory)이 유효(valid)해야 할 것을 요구하는 것이며 ㉟는 그 이론을 적용하는 기술(technique)이 유효해야 할 것을 요구하는 것이며, ㉠와 ㉡는 자격있는 전문가가 그 기술을 특정사건에 적절하게 사용(proper application)했음을 요구하는 것이다. 다만 한국 대법원의 기준에서는 ㉞과 ㉟의 요건이 ‘과학적 공동체에 일반적으로 수용될 것’을 명시적으로 거론하지 않았을 따름이다. 지금까지 실용화된 거짓말 탐지기 분석기술은 다른 과학적 증거의 분석기술에 비하여 정확성과 신빙성이 떨어지는 것이었으므로 한국 대법원의 기준이 거짓말 탐지기검사결과에만 적용될 때에는 큰 문제가 없다고 생각한다. 그러나 만약 그 기준이 요즘 한국에서 점차 실용화되어 가는 새로운 과학적 증거, 예컨대 유전자감식이나 모발감식, 음성분석, 그리고 오래전부터 활용되어 왔던 사체부검이나 지문감식, 문서와 필적·인장감정 등에 적용된다면 문제가 심각해진다. 왜냐하면 그 기준은 너무 엄격하여 신기술의 사용을 지나치게 제한하는 결과를 빚을 수 있기 때문이다. 그런데 다른

21) People v. Farmer, 47 Cal. 3d 888, 913, 765 P. 2d 940, 956, 254, Cal. Rptr.508, 524.

한편 한국의 대법원은 어찌된 일인지 필적감정을 비롯한 다른 과학적 증거 분야에서만큼은 거짓말 탐지기 기준과는 정반대의 ‘지극히 느슨한 허용성 기준’을 채용해 왔다. 이 기준을 편의상 ‘필적감정 기준’으로 명명하기로 하자. 이하에서는 ‘필적감정 기준’으로 대표되는 느슨한 기준들을 검토해 보자.

4. 필적감정 기준

1976년의 한 판례는 필적감정의 허용성에 대하여 다음과 같이 판시하고 있다.

“(가) 필적감정이란 감정의 대상이 되는 2개 이상의 필적의 동일 또는 상이 여부를 과학적 또는 특별한 지식경험을 기초로 하여 판단하는 것이고 (나) 감정자료인 필적의 선정·채취에 있어서는 객관성이 있는 타당한 방법에 의하여야 함이 상당하다고 할 것인 바 어떤 문제된 필적과 피고인의 필적과의 동일 여부를 감정함에 있어서 피고인으로 하여금 문제된 필적을 보면서 유사하게 시필(試筆)하도록 하여 이와 같이 하여 채취한 필적과 문제된 필적과의 동일여부를 감정하게 하는 경우 두 필적이 동일하다고 판정될 것은 당연하다고 할 것이므로 이는 결국 감정자료 선정채취에 잘못이 있는 객관성을 결여한 감정자료에 의한 감정으로서 (다) 증거로 할 수 없다”(대법원 1976.11.23. 선고 76도2938 판결 【반공법위반】 [집24(3)형135,공1976 9506]).

‘감정자료의 선정·채취에 잘못이 있는 감정’이란 “필적감정이 근거하는 ‘과학적 혹은 기술적(특별한 지식·경험)’ 이론의 유효성”이나 “그 이론을 적용하는 기술의 유효성”을 문제삼은 것이 아니라 오로지 필적감정의 기술을 특정사건에 적절하게 사용하지 못했음을 탓하는 것이다. 이런 흠 있는 필적감정은 ‘객관성을 결여한 감정’이므로 증거로 할 수 없다는 (다)의 판시가 증거능력을 부정한 것인지 증명력을 부정한 것인지는 확실하지 않다. 그런데 필적감정에 관한 다음의 두 판례를 위 판례와 함께 검토하면 판례의 취지는 아마도 후자의 입장인 것으로 파악된다.

“(라) 원래 필적은 물리학적 입장에서 볼 때 점과 선이 합쳐서 성립되는 것이고, 그 구성은 개인차에 의하여 천태만상으로 표현되는 것으로서 이렇게 점과 선이 합친 대소의 형태에 개인의 특징이 현출되며, 필적 감정은 이러한 고유의 특징을 발견하여 필적의 이동을 식별하는 것이나, (마) 현재 그 필적 감정의 정확성에는 한계가 있을 수밖에 없어 결국 그 한계내에서 객관성과 공정성이 보장되는 여러가지 합당한 방법으로 감정이 이루어져야 하는 것인 바, (바) 이 사건 감정인 김○○이 뽑은 원심판결 첨부 별지 필적대조표의 희소성 있는 특징은 다른 사정이 없는 한 감정인의 감정경험 및 그 연구와 전문지식에 의하여 선정·제시된 것이고, 위 필적대조표에 나타난 필적을 보건대 비전문가가 보더라도 이 사건 유서와 피고인이 작성한 위 진술서의 필적은 일반인의 통상적인 필적과 달리 아주 독특하여 동일한 반면에, 이들과 김기철의 필적은 판이할 뿐더러, 앞에서 실시한 바와 같이 이 사건 수첩 등이 조작되었고 피고인 스스로 이 사건 유서의 필적 등이 피고인의 필적과 같은 사실을 인정하고 있음이 이 사건 감정서의 신빙성을 보태주는 자료가 되는 점에서 이 사건 감정서는 신빙성이 있다”(대법원 1992.07.24. 선고 92도1148 판결 자살방조, 국가보안법위반).

“(사) 감정결과에 의문이 생기면, 원래의 감정인에게 물어 보거나 다른 감정인으로 하여금 다시 감정하게 하여 보는 등 의문점을 더 밝혀 보았어야 할 것임에도 이러한 조치를 취하지 아니한 채, 필적의 일정한 특징점을 기준으로 하지 않고 육안으로 보아 일부 자획에 상이한 점이 보인다고 하여 전문가의 감정결과에 대하여 의심을 품고 이를 배척하거나 감정자료가 부족하다는 이유로 감정결과를 배척하는 것은 합리적이라 할 수 없고, 압수된 메모지의 필적이 범인의 것이 아닐 가능성, 범인 이외의 제3자가 수표를 환전하였을 가능성을 전혀 배제할 수는 없고…”(대법원 1994.0.13. 선고 94도1335 판결).

(라)는 필적감정이 근거하는 ‘과학적 혹은 기술적(특별한 지식·경험)’ 이론의 내용을 언급한 것이며 (마)는 ‘현재의 필적감정의 기술적 한계’를 언급한 것이다. 그런데 판례는 필적감정의 경우에는 거짓말 탐지기 검사 결과의 허용성을 검토하는 경우와는 크게 달리 필적감정의 유효성이나 그 이론을 적용하는 기술의 유효성을 문제삼지 않고 바로 (바)와 같이 신빙성까지 긍정하는 태도를 보이고 있다. 다른 한편 판례는 (사)에서 ‘전문가

의 감정결과에 대하여 의심을 품고 이를 배척하거나 감정자료가 부족하다는 이유로 감정결과를 배척하는 것은 합리적이라 할 수 없'다는 판시를 보이고 있다. 그러면 이제 앞에서 유보해 왔던 쟁점으로 돌아가기로 하자. 과학적 증거의 허용성에 관한 한국 대법원의 입장은 '개별적 접근방식'과 '일반적 접근방식' 중 어느 입장인가?

5. 소 결

필자는 한국의 입법이나 판례상 과학적 증거의 허용성에 대한 일반적 지침이 아직은 확립되어 있지 않다고 생각한다. 현재의 법상태를 좀 더 구체적으로 지적하자면 다음과 같다.

첫째, 과학적 증거의 허용성에 관한 입법은 전무하고 판례와 학설에 일임되어 있는 형편이다. 둘째, 판례는 필자가 명명(命名)한 '거짓말 탐지기 기준'과 '필적감정 기준'을 공존시키고 있다. 셋째, 새로운 과학적 증거가 법정에서 제출될 때 그 허용성 기준이 판례상 어떻게 설정될 것인가 하는 점을 예측하기가 쉽지 않다. 넷째, 종래 판례는 두 가지 상이한 기준을 적용해 왔으므로 과학적 증거의 허용성에 관한 한국 대법원의 입장은 표면적으로 관찰할 때 '개별적 접근방식'에 가까운 것으로 분석할 여지도 있다. 다섯째, 그런데 한국 대법원의 '거짓말 탐지기 기준'은 너무 엄격한 기준이고 이에 비하여 '필적감정 기준'은 너무 느슨한 기준으로 보인다. 과학적 증거의 허용성을 판단하는 기준으로서 프라이 테스트는 지나치게 엄격한 것이므로 향후 한국에서는 미국인들이 '관련성 접근방법'이라고 부르는 '허용성과 신빙성 기준'에 주목해야 할 것으로 생각한다. 왜 그런가?

III. 결 어

과학적 증거가 법정에서 제출되었을 때 특정의 기술을 특정사건의 시료에 적절하게 적용하였는가 하는 문제는 하나 하나의 감정사건마다 개별적으로 검토해야 할 문제이다. 미국의 과학적 증거문제 전문가인 Imwinkelreid

교수는 이 기준이 과학적 증거의 허용성을 결정하는 조건이 되어야 하며 다만 그 입증책임은 그 증거의 채택을 주장하는 측에 분배되어야 한다고 주장하고 있다²²⁾. 1993년에 미국 연방최고법원도 도버트 판결(Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc., U.S. 113 S.Ct.2786, 125 L. Ed.2d 469, 1993 U.S.)에서 프라이 기준을 채택한 원심법원을 파기하고 관련성 접근방법을 취할 것을 권하고 있다. 도버트 판결은 1976년에 제정된 미국 연방 증거 규칙이 종전의 프라이 기준을 제정법에 의해 폐기한 것으로 해석하고 있다. 최근 일본의 한 고등법원도 DNA 감정의 허용성에 관하여 도버트 판결에 영향을 받아 관련성 접근방법을 채택하였다. 강간피고사건에 대하여 유죄판결을 받은 피고인이 상고하여 현재 일본 최고재판소의 판례를 기다리고 있다.²³⁾ 이런 관점에서 볼 때 ‘특정의 기술을 특정사건의 시료에 적절하게 적용하였는가 하는 문제’를 모발감정결과를 증거로 제출한 소추측에게 부담시키지 않은 1994.12.9. 선고 94도1680 대법원판결(향정신성의약품 관리법위반사건)²⁴⁾은 문제가 있다.

22) Imwinkelried, “The Debate in the DNA Cases Over the Foundation for the Admission of Scientific Evidence : The Importance of Human Error as a Cause of Forensic Misanalysis”, 69 *Washington University Law Quarterly*, 19, 1991.

23) 津村政孝, 「DNA型鑑定」, 『別冊ジュリスト』, No.148(August, 1998), 152-153쪽 참조.

24) 이 판결의 진행결과는 다음과 같다. 이 사건의 공소사실은 “피고인은 1993. 8. 중순 일지불상경 인천 이하 불상지에서 히로뽕을 1회용 주사기에 넣고 증류수에 희석시킨 후 자신의 팔에 주사하여 이를 투약한 것”이었다. 검사가 유죄의 증거로 제출한 것은 다음과 같은 두 가지였다. 하나는 국립과학수사연구소장 작성의 감정의뢰회보였다. 이 증거는 피고인이 증거로 함에 부동의하였고 법정에서 그 작성자에 의하여 그 진정성립이 인정되지도 않아 공판정에서 증거로 할 수 없었다. 또 하나는 제1심의 국립과학수사연구소장에 대한 사실조회회보서 및 항소심의 국립보건원장에 대한 사실조회회보서였다. 사실조회회보서의 요지는 “피고인의 소변에서는 메스암페타민, 이른바 히로뽕 성분이 검출되지 아니하였으나, 모발에서는 메스암페타민 및 그 대사체인 암페타민이 확인되었다. 피고인의 소변에서 피고인이 1993. 8. 16. 03 ; 30경 흡연한 대마초 성분이 검출되었다. 그러나 소변에서는 대마성분만 검출되었다. 모발에서 메스암페타민이 검출되었다면 이는 메스암페타민을 체내에 투약하였기 때문이며, 피고인의 주장과 같이 ‘감기약이나 누바인 등을 투약하였다’고 하여 모발에서 메스암페타민이 검출되지는 않고, 모발에 축적된 메스암페타민은 그 모발이 잘려지지 않는 한 검출될 수 있으며, 또한 메스암페타민을 체내에 투약한 경우 3-4일 또는 3-7일이 경과할 때까지는 소변에서 메스암페타민을 검출할 수 있으나 그 시기가 경과한 후에는 소변에서 검출되지 않는다”는 것이었다. 제2심이 조회한 국립보건원장에 대한 사실조회회보의 기재에는 “감정분석에 착오가 있을 수 있다”는 내용이 적혀 있었다.

그러나 관련성접근방법을 채택한다 할지라도 한국에서는 어느 당사자가 제출하는 과학적 증거가 근거하는 과학적 이론의 유효성, 그 이론을 적용하는 기술의 유효성, 그 기술을 특정사건에 적절하게 실행하였는가 여부를 보다 면밀히 검토해야 할 필요성이 매우 크다고 생각한다. 왜냐하면 한국에서는 이 방면(법과학)의 전문시설과 전문인력이 극히 적고 전문가라 자처하는 사람들의 자질을 좀 더 향상시켜야 할 여지가 있을 것으로 추측되기 때문이다. 예컨대 국립과학수사연구소의 문서분석실에는 1993년 현재 4명의 전문인력이 일하고 있는데 1993년 현재 1년에 약 3,600여건의 필적감정을 행하고 있다고 한다²⁵⁾. 이것이 사실이라면 그 곳에서 한 건의 문서를 감정하는데 소비하는 시간은 불과 30분도 되지 않는다는 말이 된다. 이러한 여건에서 행하는 감정이 과연 ‘과학적’이거나 ‘기술적’일 수 있을지 의심스럽다. 그동안 한국의 검찰이 DNA 감정결과를 독립증거로 활용하지 않고 보강증거로만 활용해 온 것은 이런 사정과 무관하지 않다

항소심(원심)은 “(1) ㉠ 피고인의 소변에서 피고인이 1993. 8. 16. 03 ; 30경 흡연한 대마초 성분이 검출되었는데, 이 사건 메스암페타민의 투약시기도 1993. 8. 중순경으로서 위 대마초 흡연시기와 근접함에도 소변에서는 대마성분만 검출되었다는 점이 우선 수궁이 가지 않고, ㉡ 메스암페타민 및 그 대사체가 검출되었다는 모발의 주인공이 피고인이라는 점에 대하여 확신을 가질만한 자료도 없고, ㉢ 국립보건의원장에 대한 사실조회회보의 기재에 의하면 ‘감정분석에 착오가 있을 수 있’으며 ㉣ 공소사실에 적시된 피고인의 히로뽕 투약장소 및 방법에 대하여는 전혀 이를 인정할 증거가 없는 점 등을 종합하여 보면, (2) 피고인이 언제인가 히로뽕을 투약하지 않았나 하는 강한 의심이 들기는 하나, 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 확신을 가지게 하지는 않고, 달리 위 공소사실을 인정할 증거가 없으므로, 위 국립과학수사연구소장에 대한 사실조회회보만으로는 피고인이 위 공소사실과 같이 히로뽕을 투약하였다고 단정하기 부족하다”고 하면서 ‘사실조회회보로 위 공소사실을 유죄로 인정한 제1심이 위법하다’면서 제1심재판을 파기하고 위 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였다. 검사가 상고하였다. 대법원은 첫째 점(㉠)과 둘째 점(㉡)에 관하여 신빙성을 긍정해야 하고 셋째 점(㉢)에 관하여 “감정에 착오가 있을 수 있음은 당연한 것이지만, 위 국립과학수사연구소장의 사실조회회보의 기초가 된 모발감정에 어떠한 착오가 있었다는 구체적인 사정도 없어 일반적으로 감정에는 착오가 있을 수 있다는 것으로 위 사실조회회보서를 신빙할 수 없는 증거로 취급할 수도 없는 것”이라고 판시하였다. 대법원의 모발감정결과에 대한 이와 같은 태도는 관련성 접근방법의 입장에서 보아도 지나치게 안이한 태도라 아니할 수 없다.

- 25) 유서사건 제1심 4회공판에서의 김○○(당시 국립과학수사연구소문서분석실장)에 대한 증인신문조서(유서사건 강기훈씨 무죄석방을 위한 대책위원회편, 유서사건총자료집, 1993.7. 제2권, 113면).

고 생각한다. 국립과학수사연구소에 필적할 만한 다른 국·공립이나 사설의 감정기관은 대검찰청의 과학수사과와 DNA감정을 실시하고 있는 일부 대학의 법의학교실을 제외하면 거의 없다고 해도 과언이 아니다. 그렇다고 해서 현재 신뢰할 만한 사설감정기관이 대량으로 생겨 날 여건이나 환경이 조성되어 있지도 않다. 이런 환경하에서는 국립과학수사연구소와 대검찰청의 과학수사과, 그리고 DNA감정을 실시하고 있는 일부 대학의 법의학교실의 감정이 사실상 피의자·피고인의 유죄·무죄를 좌우하는 결과를 초래할 수도 있다. 검사나 판사와 같은 법률전문가는 이 영역에 대하여 일반인과 크게 다를 바 없다. 그러면 앞으로 어떻게 해야 할 것인가?

첫째, 국립이나 공립의 과학적 감정기관을 몇 개 더 설립할 필요가 있다. 전문감정인의 감정의 질을 높이는 방법은 경쟁원리를 도입하여 전문가가 전문가를 견제하도록 하는 방법보다 더 좋은 방법이 없기 때문이다.

둘째, 법원은 과학적 증거라는 화려한 명목에 현혹되지 말고 과학적 증거의 허용성과 신빙성 문제를 좀더 신중하게 판단해야 할 것이다. 앞으로 법원은 수사기관이 제출한 감정서에만 의존하지 말고 공판단계에서 과감히 사설감정인이나 대학과 연구소의 전문가에게 감정을 명하는 사례를 늘려 가야 할 것이다. 국립과학수사연구소나 대검찰청의 과학수사과의 요원들은 실무경험은 많겠지만 특정한 과학적·기술적 증거의 분석방법이 전제하고 있는 ‘과학과 기술’의 유효성 이슈에 대해서는 반드시 대학이나 연구소의 과학자보다 우수하다고 말할 수 없기 때문이다. 또한 실무경험이 없다고 해서 감정을 할 수 없는 것도 아니라고 생각한다. 그래야 중립적이고 객관적인 ‘법원의 감정’이 가능하게 될 것이다. 그리고 이 경우에 감정료를 현실화하여 경쟁력이 있는 ‘상업적인 사설감정기관’이 들어설 여지를 마련해 주어야 한다.

셋째, 형사변호인들이 과학적 증거분야에서 적극적인 형사변호활동을 행할 것이 절실히 요청된다. 변호인들은 중립적인 감정인을 확보하기 어렵다는 것을 핑계로 수사단계에서는 물론이고 공판단계에서도 감정인의 선임요청에 소극적으로 임하기 쉬운데 그렇게 해서는 소추측의 촉탁을 받은 감정기관의 감정의 유효성과 신빙성을 탄핵하기가 어렵다. 미국과 일본에서 과학적 증거에 관한 이론이 발전하게 된 원동력은 변호인들의 적

극적인 탄핵활동에 힘입은 바가 큰 것이다. 변호인들은 소추측의 감정서를 대학이나 연구소의 관련전문가에게 가지고 가서 감정의 과학성을 탄핵·검증하려는 적극적 자세를 더 많이 보여 주어야 한다.