

단독면접에 기초한 목격자식별 증거의 증거능력 판단에 대한 비판적 고찰

강 우 예†

한국해양대학교 해사법학부

미국에서 제기되고 있는 목격자범인식별 증거의 증명력에 대한 의심은 매우 심각하다. 사실, 미국에서 목격자식별 증거의 오류는 법원의 재판에 가장 높은 비중으로 영향을 미친다. 사실, 미국에서는 목격자식별 증거의 한계에 대해서 경고음이 나오기 시작한지 이미 반세기가 넘었다. 특히, 목격자식별에 오류에 기인한 유죄평결은 단독면접 사건에 있어서 선명하게 나타난다. 단독면접은 집단면접에 비하여 현저하게 공정성이 떨어진다. 단독면접은 그 자체로 암시적이며 다른 암시적 편향과 결합되면 정확성이 떨어질뿐만 아니라 불공정성 매우 높다는 문제를 안고 있다. 수사기관의 입장에서는 단체면접에 기초한 목격자 범인식별 절차를 운영하는 것은 매우 번거롭고 실용적이지 못하다. 즉, 수사기관의 편이성이 긴급성 요건을 단순히 시간적·장소적 근접성 요건으로 사실상 움직이는 동인이 될 수 있다. 수사기관은 목격자식별절차의 번거로움을 사건발생 직후의 단독면접으로 해소하려고 하는 동인을 항상 가지고 있다. 미국의 경찰은 긴급하지 않은 상황에서 혹은 혐의자의 권리포기나 동의하에 단독면접을 활용하고 있다. 대부분의 단독면접이 사건과 시간적·장소적으로 근접하게 이루어지는 것을 감안하면 예외 요건이 사실상 주된 요건으로 전환되게 된다. 시간적·장소적 근접성은 사실상 단독면접뿐만 아니라 집단면접을 대체하여 실무상 지배적인 목격자 범인식별 절차가 될 가능성이 있다. 사회과학적 연구결과에 따르면 단독면접은 기억의 저장과 재생의 문제를 증폭시키고 상당히 높은 정도의 편향을 발생시킬 가능성이 있다. 또한, 단독면접의 정확도는 시간이 지나며 낮아진다고 보고되지만, 반드시 즉각적인 단독면접이 정당화되는 것은 아니다. 단독면접은 통상의 집단면접에 비하여 여전히 위험하다. 따라서, 즉시성 요건에 대해서는 긴급성 요건으로 대체되어야 한다. 피해자가 사망할 가능성이 있거나, 경찰서나 구치소까지 갈 수 없는 사정이 있거나, 경찰서나 구치소에서 적절한 집단면접 절차를 구성하기 힘들거나, 또한 수사기관이 체포의 정확성을 판단할 필요가 있는 것과 같이 단독면접이 불가피한 사유가 있어야 할 것이다. 결론적으로, 단독면접이 있는 경우 자동적으로 불공정하다고 추정하며 이를 깨뜨리기 위해서 수사기관이 암시성을 배제하거나 정확성을 높이기 위한 추가적인 노력을 했는지 여부를 증명하도록 해야 한다.

주제어 : 단체면접, 단독면접, 범인식별절차, 목격자, 즉각성 요건

† 교신저자 : 강우예, 한국해양대학교 해사법학부, 부산광역시 영도구 태종로 727, Tel : 051-410-4114,
E-mail : wykang@kmou.ac.kr

문제의 소재

목격자의 범인식별 증거는 다른 증거들에 비하여 매우 높은 증거가치를 지닌다고 볼 수 있다. 엘리자베스 로프터스(Elizabeth Loftus)는 목격자가 손가락으로 피고인을 가리키며, “바로 저 사람입니다”라고 하는 것보다 더 강한 인상을 주는 증거는 없다고 지적한 바 있다(Loftus, 1979; Loftus, 2003). 이뿐만 아니라 로프터스(Loftus)는 모의재판(mock trial) 실험을 통하여 목격자 증언을 청취한 배심원들의 유죄평결 빈도가 그렇지 않은 경우에 비하여 4배가 높다는 극적인 연구결과를 제시했다. 목격자 범인식별 증거가 제시되지 않은 그룹에 속한 배심원은 단지 18%의 유죄평결율이 나타난 반면, 목격자 범인식별 증거가 제시된 그룹에 속한 배심원은 72%의 유죄평결율이 나타났다. 심지어, 이후 목격자 범인식별 증거가 오류라는 사실을 고지받은 이후에도 유죄평결율은 무려 68%에 달했다(Loftus, 1974) 기타 다른 연구들 또한 타 증거에 비하여 목격자 범인식별 증거는 법판단자로부터 더 높은 신뢰를 받고 있으며 확실히 유죄평결에 더 높은 기여를 한다는 결론을 내리고 있다(Tversky & Kahneman, 1980; Loftus & Doyle, 1992). 미국연방대법원 또한 배심원들이 목격자 범인식별 증거에 대하여 매우 강한 신뢰를 보이는 경향이 있다는 점을 이미 잘 인식하고 있었다.¹⁾

그럼에도 불구하고 미국에서 제기되고 있는 목격자범인식별 증거의 증명력에 대한 의심은 매우 심각한 상태이다. 사실, 미국에서 목격자 식별 증거의 오류는 법원의 오판에 가장 높은 비중으로 영향을 미친다. 미국의 이노선스 프

로젝트(Innocence project)의 연구결과에 따르면, 유전자 증거로 무죄방면되어 오판(wrongful conviction)으로 드러난 사건 중 72% 가량에서 목격자식별의 오류가 드러났다.²⁾ 심지어, 80%가 넘는 대상사건에서 목격자식별이 오판의 원인이 되었다는 연구결과 또한 존재한다(Yacona, 2006; TerBeek, 2007). DNA 증거를 기초로 한 무죄방면 증거 중 목격자식별 증거의 문제가 70~80% 가량의 기여도를 보여준다는 연구결과는 꾸준히 제시되어 왔다(Wells & Bradfield, 1998; TerBeek, 2007; Yacona, 2006). 아미 루리아(Amy Luria)는 약 40퍼센트에 달하는 목격자식별 증거가 오류라는 연구결과를 제시하기도 했다.(Luria, 2008) 사실, 미국에서는 목격자식별 증거의 한계에 대해서 경고음이 나오기 시작한지 이미 반세기가 넘었다(Wells & Olson, 2003; Williams & Hammelmann, 1963).

특히, 목격자식별에 오류에 기인한 잘못된 유죄평결은 단독면접³⁾ 사건에 있어서 선명하게 나타난다. 미국 켄터키 주의 그레고리 사건은 이와 관련된 좋은 예이다.⁴⁾ 윌리엄 그레

2) Innocence Project, available at <http://www.innocenceproject.org/causes-wrongful-conviction> (last visited, March. 3rd, 2016). 오판에 기여한 두 번째 비중의 기여요인이 부적절한 법과학, 세 번째가 허위 진술 내지 자백으로 제시되었다. 물론, 하나의 요인이 오판에 직접적인 원인이 된 경우보다는 여러 가지 요인이 복합적으로 법원의 오판의 원인이 된 경우가 많다.

3) 목격자식별절차에 있어 단독면접(show-up)은 단체면접과 달리 경찰이 단지 한 사람의 혐의자를 목격자에게 제시하는 것을 의미한다.

4) Gregory v. Kentucky, No. 93-SC-878-MR (Ky. Nov. 23, 1993) 이후 그레고리는 잘못된 목격자식별절차로 자신의 헌법상의 권리가 침해되었다고 민사소송을 제기했다. 해당 민사소송에서 법원은 해당 절차가 암시적이었다고 하여 그레고리

1) Watkins v. Sowders, 449 U.S. 341, 352 (1981); Manson v. Braithwaite, 432 U.S. 98, 120 (1977).

고리(William Gregory)는 단독면접에 기한 목격자식별이 결정적인 증거가 되어 유죄평결을 받은 뒤 70년의 징역형을 선고받았다. 그레고리 사건에서는 1992년 같은 아파트 블록에 사는 2인의 여성에 대해 6주 간격을 두고 공격 사건이 발생했다. 첫 번째 여성은 먼저 이루어진 사진 단체면접(photo lineup)에서 그레고리의 사진을 지목하지 못했다. 하지만, 이후 그녀는 해당 아파트 블록에서 유일한 흑인이었던 그레고리를 대면한 뒤 범죄행위자로 지목했다. 72세였던 두 번째 여성 또한 그레고리를 사진 단체면접에서 지목하지 못했다. 그러나 5일 뒤 일대일 면접에서 그레고리를 지목했다. 그레고리는 자신의 알리바이를 제시하며 무죄라고 주장했으나 기각되었다. 그레고리는 무죄방면될 때까지 7년을 복역했다.⁵⁾ 이러한 불운한 결과는 그레고리 사건에서만 나타난 특별한 것이 아니다.

단독면접은 집단면접에 비하여 현저하게 공정성이 떨어진다. 아래에서 살펴겠지만, 단독면접은 다른 암시적 편향이 없이 범행직후 1~2시간 이내에 실시되는 매우 제한적인 경우에만 집단면접에 비하여 정확도가 높다는 연구보고가 있을 뿐이다. 단독면접은 그 자체로 암시적이며 다른 암시적 편향과 결합되면 정확성이 떨어질뿐만 아니라 불공정성 매우 높다는 문제를 안고 있다. 단독면접의 위험성에 대하여 어떻게 대처하는가의 문제가 목격자범인식별 절차 전반의 적절성 확보와 직결되어 있다.

의 손을 들어 주었다. Gregory v. City of Louisville, No. 3:01CV-535, 2004 U.S. Dist LEXIS 7046 (W.D. Ky. March 24, 2004).

5) Gregory, No. 93-SC-878-MR, at 1-2.

단독면접의 딜레마

정확성

단독면접에 의한 목격자 범인식별의 정확도에 대해서는 견해가 갈라진다. 목격자 범인식별에 대한 심리학적 연구결과들이 가장 일관성 있게 지적하는 점은 시각 정보와 청각 정보는 시간이 지날수록 망각된다는 사실이다(Lee, 2005). 일반적으로, 단독면접은 단체면접에 비하여 낮은 정확도를 지닌다고 보고되고 있다. 린드세이(Lindsay)는 단독면접과 집단면접에 대한 연구들을 비교할 때 단독면접에서 부정확한 목격자식별의 뚜렷한 위험이 발견된다고 기술했다(Lindsay, 1998). 와겐나(Wagenaar)와 비프킨드(Veefkind)는 단독면접이 집단면접과 비교하여 절반가량 낮은 정확도를 보여준다는 연구결과를 제시했다(Wagenaar & Veefkind, 1992).

대체로, 단독면접에 의한 목격자 범인식별은 범행발생 직후에는 정확성이 매우 높았지만 시간이 지날수록 정확성이 현저하게 떨어지는 현상을 보여주고 있다(Shepherd, 1982; Gross, 1987). 심지어 2시간 내에 실시한 목격자 범인식별 절차에서도 기억한 바를 잊어버리는 경향이 보고된 바도 있다(Yarmey, 1990). 대표적으로, 다니엘 야미(Daniel Yarmey)의 연구를 예로 들 수 있다. 야미는 사건 직후에 이루어진 단독면접에 의한 목격자 범인식별은 80%의 정확도를 보여주며 집단면접에 의한 목격자 범인식별은 60%의 정확도를 보여준다는 연구결과를 제시했다(Yarmey 등, 1996). 반대로, 사건 발생 후 24시간이 경과한 뒤 실시한 집단면접에 의한 목격자 범인식별은 14% 정도가 부정확한 것으로 나타났다. 이에 비하여, 단독면접에 의한 목격자 범인식별은 53%가

부정확하다는 결과를 보여주었다.(Yarmey, 1996) 나아가, 디펜바흐(Deffenbach)와 크루즈(Krouse)는 얼굴이 목격된 지 1시간 내에 망각된 예가 많다는 연구결과를 발표했다(Deffenbacher 1983; Krouse, 1981). 이와 같은 연구들에 상응해서 미국 실무에서는 인상착의가 범죄자와 유사한 자가 2시간 이내에 발견되었을 때 현장 부근에서 단독면접을 실시한 바 있다(Ellison & Buckhout, 1981).

단독면접에 의한 목격자 범인식별은 다양한 정황적 변수들에 따라 그 정확도는 상당한 편차를 보여줄 가능성이 높다. 즉, 목격자 범인식별은 단독면접 또는 집단면접이라는 절차의 형태뿐만 아니라 다양한 수많은 변수들에 의해 그 정확성이 좌우된다. 다니엘 야미(Daniel Yarmey)는 목격된 자의 연령, 머리카락 색깔, 키와 같은 신체적인 특성에 대한 기억은 통상 부정확하다는 사실을 발견했다(Yarmey, 1990). 패트릭 월(Patrick M. Wall)은 단독면접에 있어 다른 어떤 신체적인 인상보다도 범죄행위자가 착용했던 옷과 유사한 옷을 입은 자가 목격자에게 깊은 인상을 남긴다는 연구결과를 기술했다(Wall, 1965).

단독면접 후에 목격자는 자신이 지목한 혐의자에 대한 확신이 내적으로 강화되는 과정을 거친다. 사실, 목격자 범인식별 증거는 목격자가 가지고 있는 확신의 정도에 따라 배심원들에 대한 설득력이 현저하게 달라질 수 있다(Wells, 1984). 그러나, 웰스의 연구결과에서도 볼 수 있듯이 목격자가 범인식별 증거에 대해 지니고 있는 확신은 신뢰할만한 정확도와는 관계가 없다(Yarmey, 1990). 특히, 단독면접은 아래 살펴볼 내재적인 암시성으로 인하여 목격자의 확신이 근거없이 강화될 위험성이 매우 높다고 할 수 있다.

사실, 미국연방대법원은 목격자범인식별 절차가 내재적으로 상당한 위험이 있다는 점을 1960년대부터 인식하고 있었다. 미국연방대법원은 사이먼스(Simmons) 판결에서 비록 경찰이 범인식별 절차를 문제없이 적절히 구성했다고 하더라도 범인식별 절차는 본질적으로 부정확한 결과를 양산할 위험을 지니고 있다는 점을 지적했다(Wall, 1965).⁶⁾

암시성

단독면접에 의한 목격자 범인식별 절차는 특정인을 지목하도록 유도한다는 점에서 본질적으로 암시적이다. 목격자 범인식별 절차는 대상자들 간에 큰 차이가 없어야 암시적인 요소가 낮다고 볼 수 있다. 즉, 목격자 범인식별 절차는 하나의 답이 지나치게 두드러진 형태로 제시되어서는 안 되는 객관식 문제의 선택지의 구성과 같아야 한다. 그러나, 단독면접은 선택지가 명백하게 하나로 제시된 문제라고 할 수 있다(Ellison & Buckhout, 1981). 단독면접에서는 단독으로 등장한 혐의자가 목격자 범인식별 절차에 내재한 위험을 모두 감수해야 한다.

단독면접에 의한 목격자 범인식별 절차의 문제점에 대해서는 이미 상당한 공감대가 형성되어 있다(Gonzalez, 1993). 위스콘신 주의 법무부 장관은 단독면접이 “경찰이 혐의자를 체포했으며 목격자의 확인을 원한다는 인상을 전달할 수 있다”고 언급한 바 있다(Wis. Dept't of Justice, 2005). 1965년에 출간된 연구서에서 패트릭 월(Patrick M. Wall)은 단독면접에 의한 목격자 범인식별은 매우 암시적이라는 점에 대해 전문가들의 견해가 일치한다고 지적했다

6) Simmons v. United States, 390 U.S. 377, 385 (1968)(판결문에서 월의 저작물을 인용하고 있다).

(Wall, 1965). 단독면접에 의한 목격자 범인식별은 경찰이 운영한 절차 중 가장 암시적인 성격을 지녔다(Wall, 1965). 즉, 단독면접에는 목격자가 단순한 추측으로 지목을 하거나 쉽게 경찰에 협조하는 방식으로 범인식별을 행할 수 있다(Wells, 2001).

무엇보다, 단독면접(show-up)은 집단면접(line-up)에서 흔히 하는 여과절차를 거치지 않기 때문에 편향(inherent bias)에 노출되어 있다. 또한, 단독면접에 의한 목격자 범인식별 절차는 주로 경찰서(police station)나 혐의자가 사망에 임박했거나 누워있는 병원(hospital)과 같은 현장에서 이루어진다.⁷⁾ 혐의자에게 수갑을 채운 채 목격자 범인식별이 이루어지는 경우도 존재했다.⁸⁾ 경찰이 피고인을 가리키며 우리가 체포한 자라고 언질을 준 사례 또한 있었다.⁹⁾ 단독면접의 형태로 실시된 범인식별절차에서 수사관 등을 제외하면 피고인이 혼자 흑인인 경우도 있었다.¹⁰⁾ 목격자가 경찰에게 심문받

는 피고인을 본 후 피고인을 지목한 사건도 존재했다.¹¹⁾

이후, 몇몇 주법원들은 경찰서에서의 목격자 범인식별이 단체면접인 경우 나타날 수 있는 여러 가지 암시적 편향의 위험성을 절차의 정형화를 통해 보완하려는 시도를 한 바 있다. 코네티컷 주법원은 고든(Gordon) 판결에서 경찰서에서 행하는 단독면접이 목격자에게 혐의자를 지목하도록 유도할만한 암시성을 지녔다고 판시했다.¹²⁾ 뉴욕 주 법원은 경찰서의 단독면접 절차에서 혐의자가 경찰관들에게 둘러싸여 있으며 혹은 조사실의 유리창이나 철창 사이로 보여지게 된다는 부분을 지적했다.¹³⁾ 현재 미국의 많은 법원들은 경찰서에서의 단독면접을 수용하지 않고 있다.¹⁴⁾ 경찰서에서는 집단면접이 원칙이며 단독면접은 매우 예외적으로만 허용된다(Taylor, 1982).

소결

단독면접에 의한 목격자 범인식별은 단체면접에 의한 목격자 식별 보다 암시성이 매우 강하다는 데 대해서는 거의 이견이 없다. 따라서, 단독면접에 의한 목격자 범인식별 절차는 내재적 암시성을 상쇄할 절차적 수단이 확

7) Archuleta v. Kerby, 864 F.2d 709, 710 (10th Cir. 1989)(경찰차 뒷좌석에 있는 혐의자에 대해 목격자식별이 이루어졌다); State v. Shephard, 850 So.2d 819, 822 (La. Ct. App. 2003) (체포되는 장소에서 혐의자를 목격할 수 있도록 했다).

8) Archuleta v. Kerby, 864 F.2d 709, 711 (10th Cir. 1989)(혐의자에게 수갑을 채운 목격자식별 절차는 불필요하게 암시적이다); United States v. Russell, 532 F.2d 1063, 1069 (6th Cir. 1976)(수갑을 차고 있는 피고인을 목격하도록 하는 것은 암시적이다); People v. Gordon, 563 N.E. 2d 274, 276 (N.Y. 1990)(혐의자에게 수갑을 채운 것은 잘못된 목격자 식별의 진정한 위험가능성을 높인다).

9) People v. Harris, 236 N.E.2d 281, 282 (Ill. App. Ct. 1968).

10) People v. Brown, 229 N.E.2d 192 (N.Y. 1967); Bowman v. State, 208 So. 2d 241 (Ala. Ct. App.

1968).

11) Commonplace v. Choice, 235 A.2d 173 (Pa. 1967).

12) State v. Gordon, 441 A.2d 119, 126 (Conn. 1981) (일리노이 주의 해리스(Harris) 판결에서는 단독면접이었던 범인식별절차에 참가한 목격자에게 경찰이 피고인을 가리키며 우리가 체포한 자라고 언질을 주었다).

13) *In re* Duane F., 764 N.Y.S.2d at 446; People v. Adams, 423 N.E.2d 379, 382-83 (N.Y. 1981).

14) People v. Barrett, 622 N.Y.S.2d 734 (2d Dep't 1995); Sanchell v. Parratt, 530 F.2d 286, 294-95 (8th Cir. 1976).

보되지 않으면 매우 예외적으로만 활용되어야 한다는 것은 당연한 결론일 것이다. 사실, 단독면접 절차에서 목격자의 범인식별이 실제 오류라고 할지라도 통상 밝혀지지 않는다. 가령 수사기관은 오류인 목격자 범인식별 결과를 취득한 경우, 다른 혐의자에 대한 수사를 중단하고 지목된 혐의자에 대한 수사과 기소에만 집중하게 된다. 반면, 집단면접의 경우에는 무관한 후보자를 지목하는 형태로 범인식별이 오류인 경우 수사기관은 해당 오류를 비교적 용이하게 인지할 수 있다(Findley, 2008).

암시성과 정확성이 현저히 낮은 형태의 단독면접의 결과에 대해 쉽게 증거능력을 인정하게 될 경우 법관단자에게 상당한 혼란을 줄 가능성이 있다. 즉, 법관단자인 판사와 배심원들은 정확한 범인식별과 부정확한 범인식별을 구분하는 데 큰 어려움을 느낄 수밖에 없다(TerBeek, 2007). 사실, 반대심문 시 주고받는 질문과 답변은 범인식별의 정확도와는 관계없이 목격자의 확신을 강화시킬 수 있다(Landsman, 1984; Penrod & Cutler, 1995; Wells, 1981). 즉, 반대심문은 거짓증언이 아닌 이상 목격자 식별 증거가 단순 오류라는 것을 포착할 수 있는 좋은 도구가 아니라고 보고되었다(O' Toole & Shay, 2006). 목격자의 의사결정에 대한 스스로의 확신은 특히 피드백과 같은 외부적 요인에 의하여 많은 영향을 받기 때문이다(Yarmey, 1990). 목격자가 식별결과에 대한 수사기관의 피드백과 반응에 따라 답변을 새롭게 구성한다는 연구결과가 발표된 바 있다(Wells 등, 2003). 나아가, 목격자 범인식별 증거는 그 자체의 증명력과는 관계없이 지문증거와 같은 보강증거에 뒷받침되는 경우 법관단자에 대한 호소력이 매우 높아진다(Wells 등, 1998) 또한, 설령 유전자 증거를 통하여 무고

한 이가 유죄판결을 받는 빈도를 줄일 수는 있지만 모든 사건에 유전자 증거가 항상 존재하는 것은 아니다.(Scheck, 2002) 경찰이 유전자 증거를 수집하지 않는 경우도 있으며, 대부분의 피고인은 유전자 증거를 분석할 수 있는 금전적 여력이 없다(Jones, 2005).¹⁵⁾

단독면접에 대한 많은 비판에도 불구하고 미국의 수사기관은 단독면접을 목격자 범인식별 절차에 꾸준히 사용하고 있다.¹⁶⁾ 특히, 단독면접에 기초한 범인식별은 제반정황의 총체성 요건(the totality of circumstances)을 매개로 법원에서 광범위하게 받아들여지고 있다고 해도 과언이 아니다(Grossman, 1981). 사실, 웰스의 연구결과에 의하면 제도적 요인(system variable)의 경우 암시적인 요소를 절차에서 제외하는 방식으로 통제가 가능하지만 평가적 요인(estimator variable)의 경우에는 사법절차에서 적절히 제어할 수 있는 방법이 존재하지 않는다고 보고되었다(Wells, 1978).

그러나, 단독면접이 지니고 있는 위험성을 제거하기 위한 노력은 포기될 수 없다. 적어도, 단독면접절차에 예외적 요건들을 보다 면밀하게 구성함으로써 암시성과 부정확성을 최대한 방지할 수 있는 형태로 목격자 범인식별 절차가 구성되어야 한다. 비록 범행에 근접한 시점에 이루어질 경우 정확성이 일정부분 높다는 단독면접에 대한 연구결과만으로 폭넓은 예외를 허용하는 것은 지혜롭지 못하다. 우선, 단독면접은 시간의 경과와 함께 집단면접에 비하여 현저하게 정확성이 떨어진다. 또한, 단독면접은 집단면접에 비하여 불공정한 암시성

15) See, e.g., *People v. Cress*, 645 N.W.2d 669, 692 (Mich. Ct. App. 2002).

16) *State v. Herrera*, 902 A.2d 177, 197 (N.J. 2006)(Albin, J., dissenting).

이 깊이 내재한 절차의 구성이 될 여지가 훨씬 높다. 따라서, 단독면접의 위험성을 효과적으로 차단할 수 있는 보다 세밀한 정형화 작업이 필요하다고 하겠다.

법원의 단독면접에 의한 목격자 범인식별 증거에 대한 대응

우리나라 법원의 접근(강우예, 2014)

우리 대법원은 2001년에 있는 2000도4946 판결에서 목격자 범인식별절차의 원칙에 대해서 기술하고 있다. 대법원은 단체면접이 원칙이며 단독면접은 예외적인 경우에만 인정된다고 판시하고 있다. 이에 대한 이유로 대법원은 사람의 기억력의 한계 및 부정확성을 거론했으며 목격자에 대한 무의식적인 암시가 단독면접에 있을 가능성이 있다고 지적했다. 특히, 목격자가 “범행 전에 용의자를 한 번도 본 일이 없고” 목격자의 “진술 이외에는 그 용의자를 범인으로 의심할만한 객관적인 사정이 존재하지 않는다” 경우 단독면접은 낮은 신빙성이 부여된다고 보았다.¹⁷⁾

대법원은 2004년 2003도7033 판결을 통하여 목격자 범인식별 절차를 상당부분 정형화 했다. 첫째 범죄자의 인상착의에 대한 목격자의 진술을 사전에 상세히 기록해야 하며, 둘째 단체면접을 실시해야 하며, 셋째 단체면접 전에 용의자와 목격자가 사전접촉하여야 하며, 넷째 목격자 범인식별 절차의 과정과 결과를 기록하고 촬영해야 한다. 즉, 대법원은 이와 같은 절차적 요건을 준수한 경우 목격자 범인식별 증거의 증명력이 높다고 제시한 것이다.

17) 우리 법원에서 목격자 범인식별 증거는 증명력만이 논해질뿐 증거능력이 쟁점으로 논해지지 않는다.

그런데, 대법원은 2009년 2008도12111 판결에서 시간적으로 근접한 여건에서 이루어진 단독면접의 증명력을 높이 인정했다. 동 판결에서 대법원은 목격자의 생생하고 정확한 식별가능성이 열려있는 범죄발생 직후라는 시간적 요건을 특별하게 취급했다. 즉, “범죄의 신속한 해결”을 위하여 일대일 대면이 허용된다는 것이다. 이는 명백히 대법원이 2004년 2003도7033 판결에서 수립한 엄격한 목격자 범인식별 절차의 요건에 예외를 제시하는 것이다.

앞에서 논한 것처럼, 단독면접에 존재하는 부정확성과 암시성으로 인하여 오판의 위험이 항상 상존하고 있다는 사실을 상기할 필요가 있다. 따라서, 우리 대법원 2008도12111 판결의 의미와 한계에 대하여 보다 세밀하게 살펴야 한다. 미국 법원과 학계에서는 단독면접에 관하여 우리와 유사한 측면에서 상대적으로 보다 풍부한 논의가 이루어진 바 있다. 아래에서 이를 상술하고자 한다.

미국 법원의 접근

엄격한 기준.

적법절차에 기초한 엄격한 기준 - 웨이드 (Wade) 판결 길버트(Gilbert) 판결.

미국연방대법원은 웨이드 판결에서 처음으로 목격자 범인식별 증거가 증명력 평가만 받는 것이 아니라 증거능력의 판단대상이라고 판시했다. 이는 목격자 범인식별 절차가 미국 연방헌법의 적법절차의 심사를 받게 되었다는 것을 의미한다. 즉, 미국연방대법원은 단체면접에 기초한 목격자 범인식별 절차에서 변호인의 조력을 받지 못한 경우 해당 권리의 포기가 없는 한 연방헌법 제6조의 변호인의 조력을 받을 권리와 이에 따라 연방헌법 제14조 적법절차 규정을 위배했다고 판시했다.¹⁸⁾ 웨

이드 판결은 목격자 범인식별 절차에서 변호인의 조력을 받지 못한 경우에는 그 자체로 (*per se*) 해당 목격자 범인식별 증거는 증거능력이 없다는 기준을 수립했다(Kahn-Fogel, 2012). 곧이어, 길버트(*Gilbert*) 판결에서도 미국연방대법원은 변호인의 조력을 받을 권리의 충족여부가 범인식별절차의 적법성을 결정하며 해당 목격자 범인식별 증거의 증거능력을 좌우한다고 판시했다.¹⁹⁾ 결국, 미국 연방대법원은 웨이드 판결과 길버트 판결에서 적법절차에 기초한 엄격한 기준으로 목격자 범인식별 절차를 통제하는 접근법을 채택했다.

그러나, 웨이드 판결은 이후 그 내용이 확장되어 적용되지 못하고 매우 제한된 의미에 그치게 된다. 미국연방대법원은 1972년 커비(Kirby) 판결에서 체포 직후의 범인식별절차에 연방헌법상 변호인의 조력을 받을 권리가 보장되지 않는다고 판시했다.²⁰⁾ 변호인의 조력을 받을 권리를 적용하기 위해서는 기소 후의 당사자주의(*adversary*)의 성격이 분명해야 한다. 즉, 범인식별절차에서 변호인의 조력을 받을 권리가 보장되지 않았다고 하더라도 기소 후가 아니면 웨이드 판결의 기준이 적용될 수 없게 된 것이다. 이는 주로 체포 후에 이루어지는 단독면접 절차에 대해서 미국연방헌법 증보 제6조의 변호인의 조력을 받을 권리가 적용될 여지가 매우 적어지게 된 것을 의미했다.(Lofus, 2003) 나아가, 이후 미국연방대법원은 적법절차에 기한 엄격한 기준을 폐기하고 재량적 기준을 채택한다. 길버트 판결이 목격자범인식별 증거의 증거능력 판단에 있어 엄격한 기준을 명시적으로 제시한

마지막 판결이다.

단독면접의 긴급성(*exigent circumstance*) 요건

원칙적으로 단독면접에 기한 목격자 식별 증거는 증거능력이 없지만 긴급한 상황에서는 예외적으로 증거능력을 지닌다. 상당수의 미국 법원은 단독면접에 있어 사건 현장과 시간적·장소적 근접성이 있다고 판단되는 경우 증거능력이 있다고 보았다. 사실, 대부분의 연방 법원에서는 단독면접과 단체면접과 관련한 증거능력 판단에 법리적으로 큰 차이를 두고 있지 않다. 다만, 연방 워싱턴디씨항소법원은 단독면접에 암시적인 성격이 본질적으로 내재하여 있음을 부인할 수 없다고 하더라도 즉각적인 범인식별의 공정성과 신빙성은 부적절한 암시성을 약화시킨다고 판시한 바 있다.²¹⁾ 또한, 연방 워싱턴디씨항소법원은 목격자의 기억이 생생할 때 현장에서의 범인식별절차를 진행하는 것은 효과적인 범집행이라고 보았다.²²⁾

미국의 많은 주 법원들 또한 단독면접에 있어 증거능력 부여를 위해서는 시간적·장소적 근접성이 필요하다고 보았다.²³⁾ 즉, 미국의 주

18) United State v. Wade 388 U.S. 218 (1967).

19) Gilbert v. California, 388 U.S. 263 (1967).

20) Kirby v. Illinois, 406 U.S. 682 (1972).

21) See also United States v. Wilson, 435 F.2d 403, 404-05 (D.C. Cir. 1970); see also McRae v. United States, 420 F.2d 1283, 1290 (D.C. Cir. 1969).

22) Wise v. United States, 383 F.2d 206, 208 (D.C. Cir. 1967).

23) State v. Gordon, 441 A.2d 119, 126 (Conn. 1981) (즉각적으로 단독면접을 하지 않으면 범죄인 식별의 기회 자체를 잃을 수 있는 경우가 아니라고 판시했다); Ex parte Appleton, 828 So.2d 894 (Ala. 2001)(다음날 아침 단체면접을 할 수 있는 가능성을 포함하여 상황의 비긴급성을 지적했다. 이 경우 범인식별 증거의 증거능력이 부인된다); Hubbell v. State, 754 N.E.2d 884 (Ind.

법원들은 시간이 경과한 후의 단독면접에 의한 목격자 식별의 정확성이 낮다는 점을 이유로 범죄에 시간적·장소적으로 근접한 일대일 면접에 의한 범인식별 증거의 증거능력을 인정했다.²⁴⁾ 기억이 생생하게 남아있는 범행 직후에 이루어진 단독면접의 목격자 범인식별 증거는 증거능력이 있다.²⁵⁾ 다만, 목격자 범인식별이 되지 않은 경우 경찰은 즉각 혐의자를 방면해야 현장 식별절차가 정당화 될 수 있다.²⁶⁾

그러나, 단독면접에 있어 범행 직후의 시간적·장소적 근접성을 근거로 증거능력을 부여하는 것은 상당한 문제가 있다는 비판적 시각이 점차로 힘을 얻고 있다. 단독면접에 의한 범인식별 절차는 그 자체로 범인식별 절차 중 가장 암시적이며 따라서 공정하지 않다. (Cicchini & Easton, 2010) 대다수의 단독면접은 범행직후에 혐의자를 체포한 상태에서 이루어진다. 이 때 단독면접 대상자들은 수갑을 차고 있거나 경찰차에 호송되는 경우들이 많다.²⁷⁾ 따라서, 단독면접을 통한 목격자 범인식

별절차는 통상 더욱 증폭된 암시성을 띄게 되고 이로 인하여 오류가능성이 높아지게 된다.²⁸⁾ 사실, 예외로만 인정되는 시간적·장소적 근접한 범인식별절차가 단독면접뿐만 아니라 전체 목격자 범인식별절차를 대체할 수 있는 위험성이 발생하게 된다. 수사기관은 번거로운 범인식별절차 보다는 사건현장에서 이루어지는 단독면접을 훨씬 더 선호하게 될 것이다. 이렇게 되면 목격자 범인식별절차는 단독면접을 중심으로 신뢰도가 더욱 저하(unreliable)되는 현상이 발생할 수 있다(Lee, 2005).

이러한 이유로 미국에서는 긴급한 상황 요건이 시간적·장소적 근접성이 아닌 다른 의미야 한다는 주장들이 나타났다. 즉, 긴급한 상황이란 시간적 피해자가 사망하거나,²⁹⁾ 혐의자가 도주하거나,³⁰⁾ 혐의자가 현행범으로 체포되었을 경우³¹⁾와 같은 경우들을 가리킨다. 일반적으로 법원들은 수사기관이 판단하기에 증거를 확보하기 어려운 위험에 처했다고 보여지는 경우 단독면접을 실시할 수 있다고 보고 있다. 즉, 단독면접을 하지 않으면 목격자 범인식별 절차 자체를 하기 어려운 상황에 처했다고 여기는 경우에 단독면접을 실시할 수 있다. 예를 들어, 미국 연방하급심의 러쉬

2001)(단독면접을 요구하는 데 있어 긴급한 상황이 발견되지 않는다); State v. Lawson, 25 Kan. App. 2d 138, 142 (Ct. App. 1998)(긴급한 상황이 없는 경우, 법집행기관의 일대일의 단독면접을 사용하는 것은 허용되지 않는다).

24) State v. Smith, 844 So.2d 119, 123 (La. Ct. App. 2003); People v. Teen, 606 N.Y.S.2d 922, 924 (N.Y.A.D. 3 Dept. 1994).

25) People v. Smith, 487 N.Y.S.2d 210, 212 (4th Dep't 1985).

26) People v. Johnson, 635 N.E.2d 827, 834 (Ill. App. 1994).

27) See e.g., People v. Clark, 673 N.Y.S.2d 308 (N.Y. App. Div. 1998)(단독면접 시 혐의자가 경찰 차에 체포되어 감금된 상태였다); People v. Hall, 617 N.Y.S.2d 579 (N.Y. App. Div. 1994); People v.

Knight 535 N.Y.S.2d 31 (N.Y. App. Div. 1988).

28) People v. Duuvon, 571 N.E.2d 654, 656, 659 (N.Y. 1991).

29) See, e.g., Stovall v. Denno, 388 U.S. 293 (1967).

30) See People v. Carrero, 801 N.E.2d 1084 (Ill. App. Ct. 2003).

31) People v. Gordon, 76 N.Y.2d 595, 600 (1990)(전체 수사절차의 통상적이고 적절한 종료와 관련하여 체포자체가 단독면접이 이루어진 장소와 시간에 충분히 연결되고 동시에 이루어졌을 경우에 단독면접이 가능하다고 판시했다).

(*Rush*) 판결에서는 합리적이고 경험있는 수사관이 판단하기에 증거가 멸실될 위험에 있는 상황이라는 점이 제반정황에 비추어 증명되는 경우 단독면접이 요구될만큼 긴급(*exigent*)하다고 정의했다.³²⁾

재량적 기준.

스토블(*Stovall*) 판결과 비거(*Bigger*) 판결의 제반정황의 총체적 고려 기준.

웨이드 판결과 같은 해에 판시된 스토틀(*Stovall*) 판결에서 미국연방대법원은 이미 미묘하게 다른 색채의 판시내용을 제시했다. 우선, 스토틀 판결에서 미국연방대법원은 단독면접절차가 불필요한 암시성(*unnecessarily suggestiveness*)을 지닌다는 점을 지적하며 웨이드 판결에서 제기한 바 있는 적법절차 기준을 적용했다.³³⁾ 사실, 스토틀 판결에서는 명백하게 회복불가능한 오판(*irreparable mistaken identification*)을 불러올 수 있는 단독면접절차에 대한 의구심을 매우 강조했다.³⁴⁾ 그러나, 스토틀 판결에서는 웨이드 판결의 적법절차에 기초한 엄격한 기준(*per se rule*)을 적용하는 방

식을 채택하지 않고 제반정황을 모두 고려(*the totality of the circumstances*)하는 접근법을 채택했다.³⁵⁾ 따라서, 스토틀 판결에서는 문제가 많은 단독면접이었지만 여러 정황을 고려할 때 적법절차에 위배되지 않는다고 보았다. 스토틀 사건에서는 피해자인 베렌트(*Behrendt*) 여사는 11번의 자상을 입고 수술을 한 뒤 병원에 입원하여 생존 여부가 불확실한 상태였다. 연방대법원은 당시 피의자를 병원에 데려가 단독면접을 실시한 것은 본질적으로 강한 암시성을 지니지만 불가피한 절차(*only feasible procedure*)였다고 판시했다.³⁶⁾ 이러한 결론을 뒷받침하기 위하여 스토틀 판결은 목격자 식별절차가 비록 변호인이 부재한 상태로 이루어졌다고 하더라도 세심한 공정성을 유지하여 피고인에 유해한 결과를 발생시키지 않는 경우(*scrupulous fairness and without prejudice to the accused at trial*)가 있다는 논지를 제시했다.³⁷⁾

미국연방대법원은 1972년 비거(*Bigger*) 판결³⁸⁾에서부터 단독면접에 의한 목격자식별 증거와 관련하여 재량적 기준을 본격적으로 활용하기 시작했다.³⁹⁾ 비거 판결에서 미국연방

32) *United States v. Rush*, 248 F. Supp. 2d 1121, 1123 (M.D. Ala. 2003).

33) *Id.*, 296-302(스토블은 노년의 베렌트 부부에 대하여 주거침입살인행위를 했다는 혐의를 받았다. 한 명의 피해자인 베렌트씨는 범죄인으로부터 당한 여러 차례의 자상에 의하여 사망했고 다른 한 명인 노부인은 11번 칼에 찔린 자상에도 불구하고 중태였지만 수술을 받았고 의식이 돌아왔다. 경찰들은 수갑을 채운 스토틀을 베렌트 여사가 누워있는 병원으로 데리고 갔다. 병실에서 베렌트 여사는 스토틀을 범인으로 지목했다. 스토틀은 당시 병실에서 유일한 흑인이었다).

34) *Id.*, 302.

35) *Id.*

36) *Id.*, at 302.

37) *Id.*, at 298-300(스토블 판결이 웨이드 판결과 달라지는 이유에 대하여 미국연방대법원은 일종의 절차적인 이유를 제시한다. 미국연방대법원은 미국의 압도적으로 많은 법원들은 목격자 범인 식별 증거에 대하여 증명력의 문제로 접근하고 있으며 증거능력은 쟁점으로 삼지 않았다는 사실을 지적했다. 따라서, 웨이드 판결과 길버트 판결을 소급적으로 적용하는 것은 큰 혼란을 불러 일으킬 수 있어 스토틀 판결에서는 웨이드 기준을 적용하지 않는다고 판시했다).

38) *Neil v. Biggers*, 409 U.S. 188 (1972).

39) 비거(*Bigger*) 판결은 시몬스(*Simmons v. United*

대법원은 목격자범인식별 절차의 암시성만으로 증거능력을 부인할 수 없다고 하여 스톨블 판결을 명시적으로 인용하고 있다.⁴⁰⁾ 즉, 비거 판결에서 파월 대법관은 비록 단독면접이 암시적이라고 할지라도 다른 제반정황을 모두 고려(totality of circumstances)하여 증거능력을 인정해야 한다고 기술했다. 미국연방대법원은 피해자가 피고인을 약 5분간 좋은 조명(good light)하에서 목격했다는 사실에 비추어 증거능력을 인정할 정도의 신빙성이 확보된다고 판시했다. 이외에도, 비거 판결은 단독면접의 증거능력 판단을 위하여 고려되어야 할 사항으로 목격 당시의 피해자의 집중의 정도, 범죄자에 대한 사전적 묘사의 정확성, 대면 시 목격자의 확신의 정도, 범죄와 대면사이의 시간적 간격 등의 요인들을 적시하고 있다.⁴¹⁾

States, 390 U.S. 377 (1968)) 판결을 직접 계승했다. 시몬스 판결은 사진단체면접에 기초한 목격자범인식별 절차를 다루었다. 주목할만한 것은 시몬스 판결에서 미국연방대법원은 이미 목격자범인식별 절차가 지니는 본질적인 결함을 인식하고 있었다는 점이다. 즉, 시몬스 판결에서 미국연방대법원은 경찰이 설령 정당하게 전혀 암시성 없이 사진단체면접 절차를 운영했다고 하더라도 목격자범인식별 절차의 결과는 정확하지 않을 수 있다고 판시했다. 그럼에도 불구하고 미국연방대법원의 할란(Harlan) 대법관은 사진면접에 기초한 목격자 범인식별절차를 전면 금지하거나 엄격한 사전적 기준을 제시하지 않았다. 다만, 개별 사건의 목격자 범인식별절차가 부당하게 암시적(impermissibly suggestive)으로 진행되었는지 여부에 대한 평가는 해당 사건에 나타나는 제반정황을 모두 고려하여(totality of circumstances) 이루어져야 한다고 보았다.

40) Biggers, 409 U.S., at 198-99.

41) *Id.*, at 196-97. 사실, 스톨블 판결과 비거 판결 사이에 미국연방대법원이 적법절차에 위반된다고 보아 증거능력을 부인한 사건은 포스터 판결

신빙성(reliability) 기준

웨이드(Wade) 판결 전의 신빙성 기준

1960년대 후반으로 접어들기 전까지만 하더라도 미국의 다수의 법원은 목격자 범인식별 증거에 대하여 배심원들이 판단할 신빙성 문제 이상으로 보지 않았다. 항소심에서도 목격자범인 식별에 대한 하급심의 결정이 파기되는 경우는 매우 드물었다. 예를 들어, 일리노이 주에서 있는 키드(Kidd) 판결에서는 수갑을 찬 혐의자를 목격자에게 보여주는 일대일 단독면접 형태의 목격자식별 절차가 운영되었지만 해당 목격자식별 증거의 신빙성은 배심이 판단할 문제라고 결론지었다.⁴²⁾ 핀크(Fink) 판결에서는 배심이 단독면접 절차에 기한 목격자식별 증거의 신빙성을 평가하기에 적절한 기관(body)이라고 보았다.⁴³⁾ 이후, 위에서 살핀 바와 같이 웨이드(Wade) 판결과 길버트(Gilbert) 판결은 종래의 증명력 문제에 지나지 않았던 목격자범인식별 증거를 적법절차에 기초한 증거능력 문제로 전환시켰다.

(Foster v. California, 394 U.S. 440 (1969)) 단 1건에 지나지 않는다. 포스터 사건에서 단체면접 절차가 암시적으로 이루어졌음에도 불구하고 피해자는 피고인인 포스터를 처음 대면한 자리에서 그를 지목하지 못했다. 그리고 단독면접을 실시했으나 피해자는 포스터를 주저하는 태도로 지목(tentative identification)했다. 다시, 단독면접을 실시하자 이번에는 피해자는 확고한 태도로 지목했다(muster a definite identification). 연방대법원은 모든 목격자범인식별 증거가 증거능력이 없다고 판결했다.

42) People v. Kidd, 191 N.E. 244, 247 (Ill. 1934).

43) Commonwealth v. Fink, 93 Pa. Super. 57 (1928).

맨슨(Manson) 판결⁴⁴⁾과 헨더슨 판결⁴⁵⁾.

사진단독면접에 기초한 범인식별절차를 다룬 맨슨 판결은 비거 판결을 그대로 계승한다. 즉, 맨슨 판결에서 미국연방대법원은 사진단독면접을 통해 실시된 범인식별절차가 본질적으로 불필요할만큼 암시적(unnecessarily suggestive)이라고 할지라도 제반정황을 종합하여 보면 해당 범인식별 증거의 신빙성과 나아가 증거능력을 인정할 수 있다고 보았다.⁴⁶⁾ 판결문을 작성한 블랙먼 대법관은 비거 판결의 ‘목격당시의 상황(the opportunity to view)’, ‘집중의 정도(the degree of attention)’, ‘묘사의 정확성(the accuracy of the description)’, ‘증인의 확신의 수준(the witness’ level of certainty)’, ‘범죄와 대면간에 경과한 시간(the time between the crime and the confrontation)’라는 5가지 관련 정황을 하나하나 분석하여 종합적으로 해당 범인식별 증거가 신빙성이 있는지를 평가했다.⁴⁷⁾ 맨슨 판결에서 블랙먼 대법관(Justice Blackmun)은 엄격한 기준(per se rule)이 제반 정황을 모두 고려하는 접근법 보다 오히려 더 많은 오류와 정의롭지 못한 결과를 낳을 수 있다고 적시했다.⁴⁸⁾

뉴저지주 대법원의 헨더슨(Henderson) 판결은 목격자범인식별의 신빙성을 판단하기 위해 사용되어 오던 미국연방대법원의 비거 판결의 5가지 기준을 비판적⁴⁹⁾으로 세분화하고 확대했

다. 사실, 비거 판결과 맨슨 판결은 5가지 기준을 열거적으로 제시하지 않았다.⁵⁰⁾ 맨슨 판결은 스토틀 판결에서 제시된 제반정황을 총체적으로 그리고 예시적으로 활용한다는 재량적 기준에 기초하고 있다. 우선, 헨더슨 판결은 목격자범인식별의 적법절차 위반 여부를 판단하기 위하여 해당 사항을 제도적 요인(system variable)과 인적 요인(estimator variable)으로 분류하고 있다. 제도적 요인에 해당하는 사항들로 맹검법에 기초한 절차운영(Blind Administration), 범인식별절차 전 실시(Pre-identification Instruction), 단체면접 구성(Lineup Construction), 사후적암시(Feedback), 확신에 대한 기록(Recording confidence), 복수의 면접(Multiple Viewing)을 예로 들었다. 인적요인에 해당하는 사항으로 스트레스(Stress), 무기에 대한 주의집중(Weapon focus), 기간의 지속(duration), 거리와 불빛(distance and lighting), 목격자 성격(Witness Characteristics), 범죄자의 특성(Characteristics of Perpetrator), 기억 감퇴(Memory Decay), 인종적 편향(Race-bias)이 예시되었다.⁵¹⁾

헨더슨 판결은 목격자범인식별 절차와 관련하여 상당히 많은 변화를 제시했으나 맨슨 판결의 기본적인 구조가 그대로 유지되었다. 헨더슨 판결에서 우선 피고인이 오판의 원인이 된 암시적 절차가 있었다는 점을 제시해야 한다. 이에 대하여, 검사는 제도적 요인과 인적

44) Manson v. Brathwaite, 432 U.S. 98 (1977).

45) State v. Henderson, 208 N.J. 208 (2011).

46) Brathwaite, 432 U.S., at 98.

47) *Id.*, at 114-16.

48) *Id.*, at 112-13.

49) 헨더슨 판결에서 비거 판결의 기준 중 3가지는 문제가 있다고 보았다. ‘목격당시의 상황(the opportunity to view)’, ‘집중의 정도(the degree of

attention)’, ‘증인의 확신의 수준(the witness’ level of certainty)’이 이에 해당한다. 목격자가 자기 보고를 하는 형태이다. 이 경우 암시성이 강한 절차일수록 목격자는 스스로 강한 확신을 지니게 되고 보다 나은 범인식별을 했다는 결론을 얻을 수가 있는 것이다. Henderson, 208 N.J., at 286.

50) 주법원에서는 비거 판결의 5가지 기준이 일종의 체크리스트로 사용되었다. *id.*, at 287.

51) *Id.*, at 289-92.

요인을 종합하여 해당 범인식별 증거가 신빙성이 있다는 점을 증명해야 한다.⁵²⁾ 헨더슨 판결은 비거 판결과 맨슨 판결에서 제시된 바와 같이 단독면접에 의한 목격자범인식별과 같은 강한 암시성이 있는 절차가 운영되었다고 하더라도 그 외의 제반 정황을 총체적으로 고려하여 해당 범인식별 절차의 증거능력을 평가하고 있는 것이다.

소결

현재, 미국 법원은 대체로 연방대법원의 맨슨(*Manson*) 판결의 접근법을 유지하고 있다. 그러나, 미국연방대법원에서 제시한 목격자범인식별 증거의 증명력과 증거능력에 대한 기준은 상당한 한계가 있다. 단독면접에 의한 목격자범인식별 증거의 위험성에 비추어 특정한 단독면접에 증거능력을 부여할 것인지를 평가하는 데 있어서는 제반정황에 대한 총체적 고려라는 기준은 매우 둔탁하다(Cicchini & Easton, 2010). 신빙성 기준은 매우 모호하여 단독면접의 위험성에 대하여 눈을 가리는 역할을 한다.⁵³⁾ 적법절차에 위배되는 범인식별 절차에 대하여 너무 쉽게 신빙성이 회복될 여지를 부여하고 있다. 또한, 현재의 맨슨 판결의 접근법은 형태적으로는 가변적이고 내용적으로는 최신의 과학적 연구내용을 담고 있지 못하다. 결론적으로 단독면접에 대하여 맨슨 판결의 접근법을 유지하는 것은 사실상 적법절차와 결부된 피고인의 기본권을 보호하지 않는다는 것을 의미한다.

한편, 주법원은 목격자 식별증거와 관련하여 두 가지 방향으로 발전했다. 최근까지, 대부분의 주 법원 또한 맨슨(*Manson*) 판결 식 접근법을 고수하고 있다(Sonenshein & Nilson, 2010). 다만, 몇몇 주 법원은 맨슨 판결을 벗어나고자 하는 시도를 했다. 뉴욕 주와 메사추세츠 주는 불필요하게 암시적인 공판 전 식별절차가 있는 경우 더 이상의 사항들을 고려하지 않고 그 자체로 해당 목격자 진술에 대해 증거능력을 부인했다.⁵⁴⁾ 그러나, 뉴욕 주에서는 관련 사건에서 증거능력을 부인한 경우는 7%가 약간 넘을 뿐이다. 즉, 뉴욕 주 법원의 아담스(*Adams*) 판결 이후에도 뉴욕 주 법원들은 불필요하게 암시적인 요소가 있는 범인식별절차라고 할지라도 증거능력이 있다고 보았다(Kahn-Fogel, 2012). 유사하게 메사추세츠 주에서도 7%가 약간 넘는 정도의 사건에 대하여 증거능력을 부인하고 있다. 특히, 불필요하게 암시적인 부분이 있다고 인정된 사건들의 50%이상에 대해 증거능력을 인정하고 있다(Kahn-Fogel, 2012). 전체적으로 보아 주 법원들 또한 맨슨 판결의 영향력을 크게 벗어나지 못하고 있다고 해도 과언이 아니다.

문제는 단독면접에 기초한 범인식별의 정당성 판단 기준을 보다 섬세하고 예리하게 제시할 필요가 있다는 점이다. 맨슨 판결의 정황의 총체적 고려 기준은 단독면접에 대처하고자 하는 노력들을 무력하게 하기 때문이다. 1977년에 있는 맨슨 판결은 목격자 범인식별 절차가 고도로 높은 위험성이 있다는 실증적 연구들에 비추어 이미 그 시효를 다했다고 보

52) *Id.*, at 288-89.

53) 스티븐스 대법관은 맨슨판결의 별개의견(concurrence)에서 신빙성 기준은 다른 유죄 증거를 함께 고려하도록 하는 효과가 있다고 비판했다. *Manson*, 432 U.S., at 118.

54) *Commonwealth v. Johnson*, 650 N.E.2d 1257, 1260 (Mass. 1995)(미국 연방대법원의 과거 판결이었던 *Wade-Gilbert-Stovall*를 따른다고 명시하고 있다); *People v. Ballot*, 233 N.E.2d 103, 103 (N.Y. 1967).

는 것이 바람직하다. 1960년대의 웨이드 판결이나 길버트 판결의 접근법과 같이 위법이 발견되었을 때에는 증거능력을 부인하는 태도를 적극적으로 고려할만하다. 나아가, 그 자체로 범인식별의 정당성을 부여해 줄 수 있는 단독면접에 있어서 '시간적·장소적 근접성'이라는 예외 요건은 내용적으로 불가피성이 반영된 다른 기준으로 대체될 필요가 있다.

결론

미국 연방대법원의 맨슨 판결과 헨더슨 판결은 목격자 범인식별 절차가 지닌 문제점을 포괄적으로 고려할 수 있는 기준을 제시했지만 그 자체로 많은 한계를 지니고 있다는 점이 점차 드러나고 있다. 제반정황의 총체적 고려 요건은 특히 단독면접의 암시성과 부정확성에 대한 해결방안이 되기 어렵다. 미국에서도 단독면접에 기초한 목격자 범인식별 절차는 매우 제한된 경우에 허용되어야 한다는 목소리가 힘을 얻고 있다. 즉, 현재와 같이 법원에 재량을 폭넓게 부여하는 방식 보다는 엄격한 기준 하에 증거능력을 판단하는 법리가 제시되어야 한다는 것이다. 이러한 미국의 법원 판결을 중심으로 한 논의는 목격자 범인식별 증거에 대하여 신빙성 판단을 매개로 매우 가변적인 고려를 주된 접근법으로 택하고 있는 우리 법원에도 시사하는 바가 상당하다.

사실, 수사기관의 입장에서는 단체면접에 기초한 목격자 범인식별 절차를 운영하는 것은 매우 번거롭고 실용적이지 못하다. 수사기관은 목격자 범인식별절차의 번거로움을 사건 발생 직후의 단독면접으로 해소하려고 하는 동인을 항상 가지고 있다. 미국의 경찰은 긴

급하지 않은 상황에서 자주 단독면접을 활용하고 있다.(Lee, 2005) 따라서, 대부분의 단독면접이 사건과 시간적·장소적으로 근접하게 이루어지는 것을 감안하면 예외 요건이 사실상 주된 역할을 하는 요건으로 전환되게 된다. 시간적·장소적 근접성은 사실상 단독면접뿐만 아니라 집단면접을 대체하여 실무상 지배적인 목격자 범인식별 절차가 될 가능성이 있다(Cicchini & Easton, 2010). 문제는 시간적·장소적 근접성 요건이 암시성과 부정확성을 모두 일소하여 실무에서 보편적으로 활용되는 목격자 범인식별절차가 될 수 있을 정도의 만능열쇠가 아니라는 점이다.⁵⁵⁾

앞에서 살핀 사회과학적 연구결과에 따르면 기억의 저장과 재생의 문제는 증폭되고 상당히 높은 정도의 편향을 발생시킬 가능성이 있다. 또한, 단독면접의 정확도는 시간이 지나며 낮아진다고 보고되지만, 반드시 즉각적인 단독면접이 정당화되는 것은 아니다. 단독면접은 통상의 집단면접에 비하여 여전히 위험하다. 따라서, 단독면접에 의한 목격자 범인식별 절차에 있어 즉각성 요건은 긴급성 요건으로 대체되어야 한다. 피해자가 사망할 가능성이 있거나, 경찰서나 구치소까지 갈 수 없는 사정이 있거나, 경찰서나 구치소에서 적절한 집단면접 절차를 구성하기 힘들거나,⁵⁶⁾ 또한 다른 방법으로는 체포의 정확성을 판단할 사유가 없는 경우⁵⁷⁾(Luria, 2008)와 같이 단독면접

55) *People v. Duuvon*, 571 N.E.2d 654, 658 (N.Y. 1991).

56) *Amy Luria, Showup Identification, A Comprehensive Overview of the Problems and A Discussion of Necessary Changes*, 86 Neb. L. Rev. 515, 528 (2008).

57) *Id.*

이 불가피한 사유가 있어야 할 것이다. 이와 같은 취지에서 우리 대법원의 2008도12111 판결의 ‘범죄발생 직후’ 라는 단순한 시간적인 요건 또한 개선될 필요가 있다. 나아가, 이와 같이 단독면접에 의한 목격자 범인식별에 있어 보다 제한되고 세밀해진 기준들은 우리 법원에서 증거능력 판단의 척도로 활용되어야 한다.

참고문헌

- 강우예 (2014. 3.) 대법원 범인식별의 신빙성 기준에 대한 분석적 고찰. *한국심리학회지: 법정* 5(1), 13-27.
- Cicchini, Michael D. & Easton, Joseph G., Reforming the Law on Show-up Identifications (2010). *J. Crim. L. & Criminology*, 100, 381.
- Deffenbacher, K. A. (1983). Eyewitness Accuracy and Confidence: Can We Infer Anything About Their Relationship?, *Law & Hum. Behav.* 4, 243.
- Ellison, Katherine W. & Buckhout, Robert (1981). Psychology and Criminal Justice.
- Findley, Keith A. (2008). Toward a New Paradigm of Criminal Justice: How the Innocence Movement Merges Crime Control and Due Process, *Tex. Tech L. Rev.* 41, 133.
- Gonzalez, Richard et al., (1993). Response Bias in Lineup and Showups, *J. Personality and Soc. Psychol.* 64, 525.
- Gross, Samuel R (1987). Loss of Innocence: Eyewitness Identification and Proof of Guilt, *J. Legal Stud.* 16, 395.
- Grossman, Steven P., (1981). Suggestive Identifications: The Supreme Court's Due Process Test Fails to Meet Its Own Criteria, *U. Balt. L. Rev.* 11, 53.
- Jones, Cynthia E., (2005). Evidence Destroyed, Innocence Lost: The Preservation of Biological Evidence under Innocence Protection Statutes, *Am. Crim. L. Rev.* 42, 1239.
- Kahn-Fogel, (2012). Nicholas A., Manson and its Progeny: An Empirical Analysis of American Eyewitness Law, *Ala. C. R. & C. L. L. Rev.* 3, 175.
- Krouse, F. L., (2012). Effects of Pose, Pose Change, and Delay on Face Recognition Performance, *J. Personality & Soc. Psychol.* 66, 651.
- Landsman, Stephen, (1984). Reforming Adversary Procedure: A Proposal Concerning the Psychology of Memory and the Testimony of Disinterested Witnesses, *U. Pitt. L. Rev.* 45, 547.
- Lee, Jessica, (2005). No Exigency, No Consent: Protecting Innocent Suspects from the Consequences of Non-Exigent Show-Ups, *Colum. Hum. Rits. L. Rev.* 36, 755.
- Lindsay, R. C. L., Pozzulo, Joanna D., Craig, Wendy, Lee, Kang & Corber, Samantha, (1998). Simultaneous Lineups, Sequential Lineups, and Showups: Eyewitness Identification Decisions of Adults and Children, *Law & Hum. Behav.* 21, 391.
- Loftus, Elizabeth F., (2003). Award for Distinguished Scientific Applications of Psychology, *Am. Psychol.* 58, 864.
- Loftus, Elizabeth F. & James M. Doyles, (2d ed., 1992). *Eyewitness Testimony: Civil and*

- Criminal § 1.05.
- Loftus, Elizabeth F. (1979) Eyewitness Testimony.
- Loftus, Elizabeth F. (1974) Incredible Eyewitness, *Psychol. Today*, Dec.
- O' Toole, Timothy P. & Shay, (2006). Giovanna, Manson v. Brathwaite Revisited: Toward a New Rule of Decision for Due Process Challenges to Eyewitness Identification Procedures, *Val. U. L. Rev.* 41, 109.
- Penrod, Steve & Cutler, Brian, (1995). Witness Confidence and Witness Accuracy: Assessing Their Forensic Relation, *Psychol. Pub. Pol'y* 1, 817.
- Scheck, Barry, (2002). Closing Remarks to Symposium, Thinking Outside the Box: Proposals for Change, *Cardozo L. Rev.* 23, 899.
- Shepherd, John W., Ellis, Hadyn D. & Davies, Graham M., (Aberdeen Univ. Press 1982). Identification Evidence: A Psychological Evaluation.
- Sonenshein, David A. & Nilon, (2010). Robin, Eyewitness Errors and Wrongful Convictions: Let's Give Science a Chance, *Or. L. Rev.* 89, 263.
- Taylor, Lawrence, Eyewitness Identification (Stephen R. Saltzburg & Kenneth R. Redden eds., 1982).
- TerBeek, Calvin, (2007). A Call for Precedential Heads: Why the Supreme Court's Eyewitness Identification Jurisprudence is Anachronistic and Out-of-Step with Empirical Reality, *Law & Psychol. Rev.* 31, 21.
- Tversky, Amos & Kahneman, Daniel, (Martin Fishbein ed., 1980). Causal Schemas in Judgments under Uncertainty, in 1 *Progress in Soc. Psychol.* 49.
- Wagenaar, W. & Veefkind, N., (F. Losel et al. eds., 1992) Comparison of One-Person and Many Person Lineups: A Warning Against Unsafe Practices, in *Psychol. and Law: Internat'l Perspectives*.
- Wall, Patrick M., (1965). Eyewitness Identification in Criminal Cases.
- Wells, Gary L. & Olson, Elizabeth A., (2003). Eyewitness Testimony, *Ann. Rev. Psychol.* 54, 277.
- Wells, Gary L, et al., (2003). Distorted Retrospective Eyewitness Reports as Functions of Feedback and Delay, *J. Experimental Psychol.* 9, 42.
- Wells, Gary L. (2001). Police Lineups: Data, Theory and Policy, *Psychol. Pub. Pol'y & L.* 7, 791.
- Wells, Gary L, et al., (1998) Eyewitness Identification Procedure: Recommendation for Lineups and Photospreads, *Law & Hum. Behav.* 22, 603.
- Wells, Gary L, (Gary L. Wells & Elizabeth F. Loftus eds., 1984) How Adequate is Human Intuition for Judging Eyewitness Testimony? in *Eyewitness Testimony: Psychological Perspectives*.
- Wells, Gary L, et al., (1981). The Tractability of Eyewitness Confidence and its Implications for Triers of Fact, *J. Applied Psychol.* 66, 688.
- Wells, Gary L, (1978) Applied eyewitness testimony research system variables and estimators variables, *J. of Personality & Soc. Psychol.* 36, 1546.

- Williams, Glanville & Hammelmann, H. A., Identification Parades, Part I, *Crim. L. Rev.* 1963, 479
- Wis. Dept't of Justice, Office of the Attorney General, (2005) Model Policy and Procedure for Eyewitness Identification
- Yacona, Ruth, Comment, (2006). Manson v. Brathwaite: The Supreme Court's Misunderstanding of Eyewitness Identification, *J. Marshall L. Rev.* 39, 539.
- Yarmey, A Daniel, (1996) Understanding Police and Police Work: Psychological Issues (N.Y. Univ. Press 1990)
- Yarmey, A Daniel & Yarmey, Meagan J. & Yarmey, Linda A., (1996) Accuracy of Eyewitness Identifications in Show-ups and Lineup, *Law & Hum. Behav.* 20, 459.
- 1 차원고접수 : 2016. 09. 20.
심사통과접수 : 2016. 11. 10.
최종원고접수 : 2016. 11. 14.

Critical Analyses of Admissibility of Eyewitness Evidence based on Show-up Process

Kang, Wu Ye

Korea Maritime University, S.J.D.

It is not convenient and practical for law enforcement to operate the lineup process of eyewitness identification. That is, the convenience of law enforcement can drive to shift the requirement of urgency into that of proximity of time and space. Considering most of show-ups are made with proximity of time and space, an exceptional requirement can be changed into a principal requirement. The proximity of time and space possibly supercede not only lineup but also show-up and take up the main and majority process of eyewitness identification process. According to the scientific research results, show-up process may intensify the problems in store and reproduction of memories and cause high level of bias. Also, even though the accuracy of show-up process become lower as time goes by, it does not necessarily justify immediate show-up process. Show-up is still dangerous compared to ordinary lineup. Therefore, immediacy requirement should be replaced by urgency requirement. the inevitable condition is required, for example when a victim is close to death, when there is a circumstance that a victim cannot come to police department or detention center, when it is not proper to constitute a lineup process, or when it is necessary to determine the accuracy of arrest. In conclusion, show-up should be presumed to be an unfair process until it is proved that law enforcement made additional efforts to enhance accuracy or set aside suggestiveness of the process.

Key words : lineup, showup, identification process, eyewitness, requirement of immediacy