

英美法上の傳聞法則에 관한 小考

金 鍾 華*

《차 례》

1. 傳聞法則의 性質
 1. 序論
 2. 傳聞法則의 定義
 - (1) 正統的 定義 및 Morgan의 定義
 - (2) 定義의 適用
 3. 傳聞法則의 理論的 根據
2. 傳聞法則의 例外
 1. 前訴訟에서의 證言(Formor Testimony)
 - (1) 傳聞證據로서의 地位
 - (2) 證據能力이 認定되기 위한 要件
 - (3) 結論
 2. 承認(Admission)
 - (1) 性質과 效果
 - (2) 證據로 認定되기 위한 要件
 - (3) 行爲에 의한 承認
 3. 利益에 反하는 發言(Declaration against Interest)
 - (1) 概念
 - (2) 證據能力이 認定되기 위한 要件
 4. 臨終時的 發言(Dying Declaration)
 - (1) 概念
 - (2) 證據能力이 認定되기 위한 要件
 - (3) 臨終時發言의 制限을 緩和하는 問題
 5. 卽時的인 發言(Spontaneous Decalration)
 - (1) 身體的 狀態에 대한 發言
 - (2) 心的 狀態에 대한 發言
 6. 業務上作成된 文書(Business Records)
 7. 公的文書(Official Written Statement)
 - (1) 理論的 根據
 - (2) 證據能力이 認定되기 위한 要件
 - (3) 判決의 內容의 證據能力
 8. 기타의 例外
3. 傳聞法則의 價値
 1. 傳聞法則과 陪審制度와의 關係
 - (1) 問題의 所在
 - (2) 大陸法 國家에서의 傳聞法則
 - (3) 英美에서의 非陪審裁判의 問題
 - (4) 結論
 2. 傳聞法則과 當事者主義
 3. 結論

1. 傳聞法則의 性質

1. 序 論

“英美證據法上の 가장 중요한 特徵”(The great characteristic feature of the common law of evidence)¹⁾으로서 脚光을 받던 傳聞法則도 그 陪審과의 歷史的 關聯에 因하여 陪審制度 어가

* 大田地方法院 判事

1) McCormick, Law of Evidence p.626.

늘날 빛을 잃어 감에 따라 그와 함께 빛을 잃어 가고 있는 感이 없지 않다. 그러나 300餘年の 歷史를 가지고 있고, 오늘날도 많은 나라의 實定法으로서 存在하고 있는 法則이 아무런 合理的 根據가 없을 수는 없다. 특히 이러한 法則이 實定法으로 되어 있는 나라들에서는 그 存廢를 論하기 前에 그 참된 價値를 吟味해 볼 필요가 있을 것이다. 이러한 努力은 傳聞法則이 英美에서 生成·發展되어 온 證據法則이기 때문에 英美證據法上의 傳聞法則의 內容과 根據를 探究하는 方法으로 부터 출발하지 않으면 안될 것이다. 따라서 本論文도 이러한 傳聞法則의 價値의 探究라는 目的을 위해 英美法上의 傳聞法則의 內容을 파악하는 것으로 부터 출발하고자 한다. 그러한 試圖를 함에 있어서 다음과 같은 事實을 前提로 하여야 할 것이다. 첫째로 傳聞法則은 英美의 判例에 의하여 形成된 法則이기 때문에 不文法이라는 것이다. 傳聞法則에 관한 成文立法이 이루어 지기 시작한 것은 英美를 莫論하고 20世紀에 들어온 以後의 일로서 그것도 대부분 그때까지 確立된 原則을 確認하는 데 불과하였다. 그렇기 때문에 그 內容과 限界가 不分明한 경우가 종종 있을 수 있다. 둘째로 傳聞法則의 歷史는 그 例外의 擴張의 歷史라는 사실이다. 傳聞法則의 오늘날의 例外는 하나의 原則에서 論理的으로 演澤된 結論이 아니라 그때 그때의 具體的 必要에 의하여 判例에 의하여 形成된 것이기 때문에 그 種類가 많고 때로는 그 內容이 神秘的인 경우가 있다는 것이다. 이러한 事實은 傳聞法則의 오늘날의 例外가 大體로 結晶이 된것은 各分野의 科學이 發達되기 前인 19世紀 以前이었다는 事實으로 부터 더욱 明白해 진다. 셋째로 傳聞法則은 英美判例에 의하여 이루어진 것이기 때문에 英法特有의 統合의 方法에 따라 刑事事件과 民事事件의 區分이 없이 發展되어 왔다는 事實이다. 다만 刑事事件에서는 그 嚴格한 證明을 要한다는 理念的 要請과 美國의 例에서 볼 수 있는 것과 같은 刑事被告人의 反對訊問權의 憲法的 保障과 같은 制度때문에 傳聞法則이 좀더 嚴格히 適用되는데 比하여 民事事件에서는 比較的 傳聞法則의 例外가 寬大하게 인정되었다고 하는 정도의 差異를 인정할 수 있을 뿐이다. 마지막으로 傳聞法則은 歷史적으로 陪審과의 關聯下에 生成·發展되어 왔다는 事實이다. 傳聞法則이 陪審制度和 理論적으로 不可分의 關係가 있느냐 하는 問題에 대하여는 뒤에 보는 바와 같이 많은 論難이 있을 수 있지만 적어도 한 가지 分명한 것은 傳聞法則은 歷史적으로 陪審制度下의 英美에서 生成·發展되었기 때문에 陪審制度에 알맞게 發達해 왔다는 事實이다. 實은 傳聞法則은 論理的으로는 陪審과 같은 裁判의 形式이 아닌 裁判의 本質과 깊은 關係가 있기 때문에 陪審裁判下에서든 非陪審裁判下에서든 그 價値는 嚴存할 수 있는 것이지만, 위에서 말한 것과 같은 歷史的 偶然때문에 非陪審下에서 傳聞法則을 論함에 있어서는 적어도 이러한 歷史的 事實을 念頭에 둘 필요가 있는 것이다. 그러면 이제 이와 같이 形成된 傳聞法則의 內容은 무엇이며 그 價値는 어디에 있는가?

2. 傳聞法則의 定義

(1) 正統的 定義 및 Morgan의 定義

傳聞法則은 英國에서의 오랜 慣行을 通하여 18世紀와 19世紀를 通해서 確立된 原則이기 때문에, 어떤 것이 傳聞證據이고 어떤 것이 傳聞證據가 아닌가를 구별하는 데 英國에서 거의 一世紀가 걸렸지만 아직도 모든 경우를 網羅할 수 있는 完全한 定義는 發見되고 있지 않다. 이것은 특히 傳聞法則의 많은 例外에 대해서 그것은 애초부터 傳聞證據가 아니기 때문에 傳聞法則의 適用을 받지 않는다는 見解가 可能하다는 점에 淵由하고 있다. 즉 傳聞法則이 實施된 結果, 많은 價値있는 證據들이 봉쇄를 당하게 됐고, 이러한 不合理를 救濟하기 위해서는 많은 例外가 判例를 通해서 確立되었는데 이러한 傳聞法則의 適用을 받지않게 되는 證言에 대해서는 그것은 당초부터 傳聞證據가 아니라는 見解가 나올 수 있었던 것이다. 그리하여 判例에서 보다는 學者들의 見解가운데 비교적 正確한 見解가 나오기 시작했는데, 그 중에서도 많은 支持를 받고 있는 것이 Wigmore의 定義²⁾이다. 그에 의하면 “傳聞이란 그것이 眞實이라는 것을 立證하기 위하여 法廷에 顯出된 어떤 사람(證人自身이나 기타 제3자)의 法廷外에서의 發表에 관한 證言이나 書證을 말한다”(Hearsay is oral testimony or documentary evidence as to somebody’s words or conduct outside courts, such statement being offered as an assertion to show the truth of matters asserted therein). 이라고 한다. McCormick에 의하면 “傳聞이란 그 담겨진 內容의 眞實을 立證하기 위하여 顯出된 法廷外에서의 發表에 관한 證言 또는 書證을 말한다”³⁾고 한다. 이러한 支配的 見解에 대한 少數說로서는 Morgan의 定義를 들 수 있다. 그에 의하면 “傳聞證據란 그 內容이 眞實이거나 眞實이라고 表示者が 믿고 있었다는 것을 立證하기 위하여 提示되는 主張的 또는 非主張的 모든 法廷外 言動에 대한 證據(“Hearsay is evidence of words or conduct outside of court, assertive or non-assertive, which is offered to prove the truth of the fact therein, or that the declarant believed them to be true)를 말한다고 한다. 결국 兩 定義의 根本的 差異는 後者の 見解에서는 非主張的인 行動(non-assertive conduct), 즉 말 代身の 表現으로 取한 行爲者の 心的狀態를 反映하는 行動은 傳聞證據에 該當되는 데 反하여 前者(通說)에서는 傳聞證據에서 除外하고 있다는 점이다.

(2) 定義의 適用(傳聞證據의 範圍)

① 法廷外 發表 傳聞이라 함은 위에서 살펴본 바와 같이 法廷外에서의 發表에 관한 證據

2) 3 Wigmore, Evidence 1340.

3) McCormick Law of Evidence p.459.

를 말한다. 따라서 法廷外 發表인 限 言語에 의한 것이거나 文書에 의한 것이거나를 區別하지 아니한다. 判例에 나타난 典型的인 例로서는, G가 原告를 自己 아들이라고 인정했다는 것을 立證하기 위해 H가 自己에게 그와 같은 內容의 署名된 文書를 읽어줬다고 하는 文盲者인 어머니의 陳述,⁴⁾ R의 放火事實을 立證하기 위한 證據로서 R이 自己가 放火했다고 M에게 말했다고 하는 것을 M으로부터 들었다고 하는 保安官의 證言,⁵⁾ 父親의 死因을 立證하기 위한 證據로서 提示된 父親이 職場에서 돌아와 모터에서 일하다가 다쳤다고 하는 말을 들었다는 家族들의 陳述,⁶⁾ Highway에서의 衝突事故後 運轉手로부터 그 車는 被告의 所有라고 말하는 것을 들었다는 證人의 陳述,⁷⁾ 自己아닌 다른 사람이 犯行을 했다고 自己에게 自白하는 것을 들었다는 刑事被告人의 陳述,⁸⁾ 自己가 理解하지 못하는 外國語로 어떤 사람이 말하는 것을 다른 사람이 通譯을 해주는 것을 들었다는 證人의 陳述⁹⁾등을 列舉할 수 있다. 刑事事件에서 刑事被疑者를 逮捕한 警察官이 往往 어떻게해서 犯行現場에 가게 됐느냐는 法廷에서의 質問을 받고 “수집된 情報”에 따라서 가게 됐다고 대답하는 경우에는 이것은 傳聞으로서 排斥되지 않지만¹⁰⁾ 좀더 나아가 상세한 告發內容을 陳述했다면 그와같은 陳述은 陪審을 誤導할 念慮가 있기 때문에 傳聞證據로서 排斥을 받게 된다. 以上은 口頭에 의한 傳聞證據의 例지만 書面에 依한 表現(written statement)이 傳聞證據로서 排斥되는 增遇도 往往있다.¹¹⁾ 判例에 나타난 것으로서는 看護員이 死者에 대한 生前의 看護의 代價를 請求하는 訴訟에서 死者가 生前에 作成한 自己는 아무에게도 債務가 없다고 하는 書面陳述,¹²⁾ Maryland에서 있는 犯罪의 Alibi로서 提出된 犯行時間에 South Carolina 注油所에서 注油後 作成하여준 領受證,¹³⁾ 火災保險金請求訴訟에서 被告會社가 提出한 死亡한 被保險者의 代理人이 作成한 保險目的不動產에 抵當權(mortgage)이 設定된 事實을 保險會社에 告知하지 않았다는 陳述¹⁴⁾ 역시 火災保險金請求訴訟에서 提出된 保險會社의 依賴에 의하여 專門家가 作成한 目的不動產의 被害程度에 관한 報告書,¹⁵⁾ 離婚訴訟에서 法令에 따라 法院의 指示에 의하여 作成한 調査官의 當事者 其他 제3자와의 面談內容을 記載한 報告書¹⁶⁾ 등이다.

4) Teague v. Wilson 220 N.C. 241.
 5) State v. Kluttz 206 N.C. 726 (1934).
 6) Hamilton v. Huebner 146 Nev. 320 (1945).
 7) Davis v. Bennetts 279 Ky. 799.
 8) Goldsmith v. State 232 Ala. 436, 168.
 9) Gulf c&s F Ry Co v. Giun 131 Tex 548.
 10) Lufkin v. State 144 Tex Cr. 501.
 11) Smith v. U.S. 105 F 2d 778 (1945).
 12) Heil v. Zahn 187 Md. 603.
 13) Morrow v. State 190 Md.
 14) Stone v. Union Fire Ins. Co. 106 Colo. 552.
 15) Grand Forks Bldg & Dec. Co. v. Implement Dealers Mut. F. Ins. Co. 75 N.D. 618.
 16) Dier v. Dier. 141 Nev. 685.

② 法廷外에서의 行動(conduct)

(A) 問題點 傳聞證據라고 하는 것은 法廷外에서의 發表(statement out of court)에 관한 證據이기 때문에, 그 發表라고 하는 것은 言語나 書面に 의한 發表에 局限할 것이나 不然이면 行動(conduct)에 의한 것 까지를 包含할 것이나 하는 것이 다음으로 問題가 된다. 이 問題를 解決하기 위해서는 傳聞法則에 대한 좀 더 깊은 考察로 부터 出發하지 않으면 안된다. 法廷外 發表가 傳聞으로서 排斥되는 경우는 위에서 보는 바와 같이 그 發表된 內容의 眞實을 立證하기 위하여 그 發表가 證據로 提示된 경우에 限한다. 따라서 이러한 目的以外的 目的으로 證據가 提示된 경우, 例컨대 名譽毀損事件에서 提出된 被告가 原告는 “도둑놈이다”라고 말했다고 하는 證據는 原告가 도둑놈이라는 事實을 立證하기 위한 것이 아니라, 被告가 단지 그와 같은 말을 했다는 事實을 立證하기 위한 것이기 때문에(實은 原告는 그와는 正反對로 自己는 도둑놈이 아니라는 것을 立證하고자 할 것이다) 그와 같은 證據는 傳聞證據가 아닌 것이다. 즉 어떤 證據가 傳聞證據가 되기 위해서는 그 證據가 다음의 두가지 事實을 立證하기 위한 基礎로서 提出된 경우에 限한다. 즉 發表者가 發表된 內容을 믿고 있었고, 둘째로 그 發表된 內容은 眞實이라는 것을 立證하기 위한 資料로서 提出된 경우에 限한다. 이와같은 證據는 信憑性이 없으므로 排斥되어야 하는 것이다. 왜냐하면 이 경우에는 첫째로 發表者는 그가 거짓 말을 하고 있다는 것을 意識하고 있을지도 모르고, 둘째로 가령 그가 이를 믿고 말했다 하더라도 그의 判斷은 잘못된 것일 수 있기 때문이다. 이것이 傳聞證據를 排除하여야 할 根本的 理由인 것이다. 그렇다면 言語나 書面に 의하지 않은 發表……行動에 의한 發表……의 경우에는 同一한 問題(즉 行動에 의하여 表現된 內容의 眞實을 立證하기 위하여 그 行動이 證據로 提出되는 경우)가 없다고 할 것인가? 例컨대 X의 精神이 正常이나 하는 것이 問題가 되었을 때 X를 平素부터 잘 아는 Y가 X와 結婚을 하려 했다는 證據—Y는 X를 精神이 온전한 사람으로 믿고 있었고 또 그것은 事實이라는 證據—가 提出되었다면 그것은 傳聞證據인가? 例컨대 “누가 했느냐?”고 물었을 때 듣고 있던 한 사람이 손을 들었다면 傳聞法則을 適用함에 있어서 이러한 行動에 의한 表現이 言語나 文書에 의한 表現과 다르다고 다룰 수 있을 것인가?

(B) 表意的行動과 非表意的行動(assertive conduct and non-assertive conduct) 이러한 行動은 위의 例에서 보는 바와같이 그 性質에 따라 대체로 두가지로 分類할 수 있는데, 첫째는 言語代身으로 使用될 것을 意識하고 한 行動(intend as a substitute for words, 例컨대 위에서 본 누가 했느냐고 물었을 때 손을 드는 行動)이고, 둘째는 言語代身으로 쓰여질 것을 意圖하지 않고 行해졌지만, 그의 心的狀態와 關聯이 있는 行動(例컨대 逮捕를 免하기 위한 逃走)으로 나눌 수 있다. 前者를 表意的行動(assertive conduct)라고 부른다면 後者는 非表意的行動(non-assertive conduct)라고 부를 수 있을 것이다. 이렇게 分類해 놓고 볼 때 表意的行動은 그

性質이 言語에 의한 表現과 같기 때문에 法廷外에서의 表意者의 이러한 行動이 그에 의하여 表示된 바가 眞實이라는 것을 立證하기 위하여 證據로 提示되었을 때에는 그것은 傳聞證據인 것이 分明하다. 例컨대 어떤 質問에 대한 對答으로 “아니오”라고 말하는 대신 머리를 저었다면 이러한 行動은 表意의 行動인데, 이러한 行動이 그 사람이 거절했다는 事實을 立證하기 위해 提示되었다면 이는 傳聞證據로서 排斥되어야 할 것이다. 여기까지는 傳統的定義(Wigmore 및 McCormick의 定義)에 의하든 Morgan의 定義에 의하든 그 結論이 同一하다. 問題는 非表意의 行動이 證言의 內容을 이루고 있는 境遇에 일어난다. 우선 Wigmore의 定義에 의한다면 이러한 行動은 傳聞證據가 될 수 없고 따라서 證據能力이 있다. 例컨대 X가 逮捕를 免脫하기 위하여 逃走했다면 이러한 行動은 그 자신이 自己의 有罪를 認定한다고 解釋되기를 願치 않으면서 取한 行動이기 때문에 그것은 非表意의 行動이지만 이것은 有罪를 認識하고 있었다는 徵表가 될 수 있기 때문에 證據로 할 수 있다는 것이다. 여기에 대해서 Wigmore는 두개의 理由를 들고 있다¹⁷⁾. 첫째는 非表意的 行動의 경우에는 그 行動自體의 眞實如否는 問題가 되지 않으니까(表示하려고 의욕하는 바가 없으니까) 表示者의 信憑性은 걱정할 必要가 없고 둘째로 사람의 行動은 말보다 더 明白해서 眞實이 保障이 된다는 것이다. 그러나 Morgan의 見解에 의할 때는 이러한 行動도 行爲者의 信念을 暗示裡에 內包하고 있기 때문에 그러한 行動이 다른 어떤 事實을 證明하기 위하여 提示된 경우(먼저 例에서 逃走가 그 사람의 有罪意識을 立證하기 위하여 提示된 경우)에는 同一하게 傳聞證據로서 排斥되어야 한다고 한다.¹⁸⁾ 이제 非表意의 行動의 경우에 관한 判例를 살펴보면 이것을 다시 作爲의 경우와 不作爲의 경우로 나누어 살펴볼 수 있다.

(C) 作爲 非表意的 作爲에 관한 리딩 케이스는 有名한 Wright v. Tatham 事件¹⁹⁾이다. 이 事件의 爭點은 死亡한 被相續人 Mr. Marsden의 法的相續人과 그의 受贈者사이의 相續訴訟事件에서 Mr. Marsden의 遺言은 精神의 能力이 온전한 狀態에서 한 것이냐 아니냐 하는 것이었다. 被告人 受贈者는 遺言當時 Mr. Marsden이 意思能力이 있었다는 것을 立證하기 위하여 그 遺言이 作成될 때 즈음하여 그에게 보내진 세사람으로부터의 편지를 證據로 提出했는데 이 편지는 모두 그가 精神이 健全하다는 前提下에 作成한 것들이었다. 처음 King's Bench에서는 이 證據들은 不適法하다고 判示되었고 抗訴되어 Court of Exchequer에서는 많은 論難 끝에 原審判決을 그대로 認定하였다. 이 事件의 判決에서 이러한 편지들이 排斥된 理由가 注目할만하다. 그 判決에서 Baron 判事의 見解는 그 편지들의 內容은 마치 Mr. Marsden은 精神의 健全하다고 直接的이고 肯定的인 宣言을 한 것과 같다는 것이다. 그렇기 때문에 이들 證據는

17) 6 Wigmore, Evidence §1714 Hinton, State of Mind and the Hearsay Rule I.U. Chicago Law Review 394.

18) Morgan; Handbook of Evidence p.213.

19) Exchaquer Chamber, 1837 7ed.

傳聞證據이고 그 發信人들은 宣誓를 하지 않았기 때문에 그 內容은 믿기 어렵다는 것이다. 結局 이 判例는 이 事件의 行動을 表意的行動과 同一하게 取扱한 것으로 歸着된다. 美國의 判例 가운데서도 이와같은 內容의 것들이 發見된다.²⁰⁾ 즉 Thomson v. Manhattan Ry. 事件에서 原告가 積患을 앓은 일이 있느냐는 問題를 立證하기 위해 提出된 擔當醫師의 治療한 일이 있다는 證據를 排斥하면서 New York 最高法院은 “우리는 그러한 證據는 傳聞證據라고 認定한다”라고 判定하였던 것이다. 이와는 反對로 行動에 관한 證據는 傳聞證據가 아니라고 暗示하고 있는 判決도 發見할 수 있다. 親族關係가 있느냐 하는 問題에 관하여 家族들이 그를 親族으로 待遇했다는 證據가 認容된 경우,²¹⁾ 이웃사람들이 두 男女를 夫婦로 取扱했다는 事實을 그들이 結婚했다는 證據로 認定한 경우,²²⁾ 父母가 그 子息을 適出子로 取扱했다는 事實을 嫡出의 證據로 인정한 判例²³⁾ 등이 그것이다. 그러나 여기서 注意할 必要가 있는 것은 이들 判例가 인정하고 있는 것은 特定人이 一定期間동안 繼續反復한 行動이나 또는 이웃이나 特定集團員들의 一般化된 行動에 관한 證據들이라는 事實이다. 이와는 달리 좀더 個別的인 行動이 證據로 인정된 경우로서는 特定人이 特定地方에 살았느냐 하는 證據로서 그가 그곳에서 投票權이 있었느냐 하는 것을 證據로 하게 한 判例가 있다.²⁴⁾ 이 判決의 抗訴法院은 原審判決을 인정하면서 “그러한 質問은(被告로 하여금 原告가 Sutton에서 投票權이 있었느냐를 묻게 한 質問, 原告의 Sutton에서의 居住에 관하여 그 地域選舉管理委員會가 무엇이라고 했느냐 또는 무엇을 했느냐를 立證하기 위해서 許容된 것이 아니라 단지 하나의 事實—居住의 重要한 要素가 缺如되어 있다는 事實—을 立證하기 위하여 許容된 것이라고 判定하고 있다. 類似한 것으로서는 契約의 存在를 다루는 事件에서 當事者一方이 契約의 條件에 따라 行動했다는 證據가 許容된 例,²⁵⁾ 警察官이 賭博場을 습격한 후 그 집에 도박을 거는 電話가 걸려오는 것을 들었다는 警察官의 陳述을 그 場所가 賭博場이었다는 證據로 認容한 例²⁶⁾ 등을 들 수 있다.

(D) 不作爲 위에서 본 바와 같은 雜多한 作爲에 의한 경우 이외에도 어떤 말을 하지 않았든가 어떤 行動을 하지 않았다는 것이 證據로 提示되는 경우가 많이 있다.²⁷⁾ 이를 大別하면 (가) 商品의 瑕疵나 飲食의 腐敗與否가 問題되었을 때 다른 顧客들로 부터는 아무런 不平이 없었다는 賣渡人側의 證據 (나) 事故로 인하여 어떤 傷害를 받았느냐가 問題되었을 때 같은 場所에 있었던 다른 사람들로 부터는 아무런 抗議가 없었다는 證據 (다) 家族들 全體에 관계

20) Thomson v. Manhattan Ry. 42 N.Y. Supp. 896 (1896)

21) Greaves v. Greenwood 2 Ex. D. 289 (1877)

22) Fleming v. Fleming 4 Bing 266 (1827)

23) Woodward v. Blue, 107 N.C. 407 (1890)

24) Mesesve v. Folsom 62 vt. 504.

25) Rey. v. Fordingbridge E.B. J&E. 678 (1858).

26) Billeci v. United States, 184 F 2d 394.

27) 6 Wigmore, Evidence § 655, 1720 (1).

되는 어떤 事件이 發生하였느냐 하는 것이 問題가 되었을 때 다른 家族들은 그 事件에 대해서 아무 말도 하지 않았다는 證據 등을 들 수 있다. 이러한 경우에 위 證據들을 許容한 것이 많이 있으나 이 問題를 正面으로 傳聞法則의 問題로서 다른 事件은 比較的 적다. Wigmore에 의하면 判例는 이 問題에 대한 明快한 對答을 하지 않고 있는 것으로 되어 있다. 그는 “이 問題에 대한 判例의 態度는 英國의 特性 그대로 妥協의 길을 따르고 있는 것 같다. 즉 判例는 두 가지 原則(傳聞이 된다는 原則과 되지 않는다는 原則)을 다 함께 인정하고 있다”고 하였다. 法學雜誌의 많은 論文들은²⁸⁾ 行動(沈默까지를 포함해서)이 傳聞의 危險을 가지는 程度와 그러한 危險이 없는 程度에 대하여 分析을 하고 있다. 그들의 共通된 意見이 있다면 行動이 그에 담겨진 바를 證明하기 위한 證據로 提出될 때에는 항상 傳聞證據로서 排斥을 하여야 한다는 法院의 假定은 옳지 못하다는 것이다. 이 結果는 너무나 많은 高貴한 證據를 死藏하는 結果가 되기 때문이라는 것이다. 그들은 한결 같이 좀더 伸縮性 있는 原則을 要求하고 있다. 이와같이 表示者가 그 表示된 바를 믿고 있다는 것을 立證하기 위한 行動에 관하여는 統一된 見解가 없으나 다만 學者들은 다음의 두가지 길중의 하나를 模索하고 있는 것 같다. 첫째 正統學說을 고집한다면 行爲者의 信念을 立證하기 위한 證據는 繼續傳聞證據일 수 밖에 없으나 다만 이 경우에도 그 信用性을 保障한다는 前提下에 傳聞法則의 例外로서의 길을 열어 주자는 것이다. 이러한 信用性을 保障하기 위한 方法으로서 Gean Falknor는²⁹⁾ 다음과 같은 提案을 하고 있다 (傳聞證據는 法廷外 發言뿐 아니라 非表意的인 行動까지를 包含할 수 밖에 없지만 이러한 非表意的인 行動에 관한 證據는 判事가 다음과 같은 事實을 인정할 수 있다는 前提下에 例外로 認容될 것을 提案한다. 첫째 行爲者는 證明하려는 事實에 관한 個人的 知識이 있을 것(다시 말해서 誤謬를 일으킬 수 없을 程度로 觀察의 機會가 주어졌을 것), 둘째 行爲가 行爲者에게 重要한 意味가 있는 것일 것, 셋째 不作爲의 경우(沈默)에는 그러한 不作爲가 行爲者에게 어떤 損害가 오는 경우임에도 不拘하고 그러한 不作爲를 하였을 것 등의 경우이다. 그러나 傳聞法則의 새로운 例外를 만들어 낸다는 것은 그리 쉬운 일은 아니다. 따라서 그 다음 代案으로서 傳聞證據는 口頭 또는 文書에 의한 證據와 그 밖에 어떤 意味를 알리기 위한 動作(例컨대 병어리의 손짓)에 의한 證據에 局限시키고 여기서 除外되는 行爲나 動作(沈默包含)은 情況證擧로서 인정을 한다는 것이다.³⁰⁾

그와 같이 되면 이들에 관한 證據에서는 그 證明力만이——證據能力이 아니라——問題가 되는 것이다. 그러나 이와같은 原則을 適用함에 있어서 判事는 다음과 같은 先行條件을 考慮

28) Seligman, An Exception to the Hearsay Rule, 26 Harv. L. Rev. 146 (1912), McCormick, “The Boderland of Hearsay, 139 Yale L.J. 489 (1930). Morgan Hearsay and non-hearsay 48 Harv. L. Rev.

29) Silence as Hearsay, 89 u. Pa L. Rev. 192 216 (1940).

30) 이 같은 提案은 一部小數判例에도 나타나 있다. 特히 Murchison 24 N.C.L. Rew. 274.

하여야 할 것이다. 즉 行爲者는 問題된 事實을 充分히 觀察할 機會가 있었는가? 그의 作爲나 不作爲는 그의 利害와 密接히 關聯되어 있어서 그렇게 믿지 않고서는 그런 行動을 하리라고 期待되지 않을 程度인가? 問題된 사람을 지금 法廷에 세울 수 없는 事情이 있는가? 이러한 問題들의 하나에 대해서 否定的인 答이 나와도 그 證據는 排斥되어야 할 것이다. 이러한 方法에 의할 때 傳統的方法에 의하여 傳聞證據로서 除外되는 많은 價値있는 證據들이 救濟를 받을 수 있을 것이다.

③ 어떤 事實의 主張

傳聞證據의 內容이 되는 法廷外 言語나 行動은 어떤 事實의 眞實을 主張하는 것이라야 한다. 즉 어느 定義에 의하더라도 問題된 法廷外 言動의 內容이 어떤 事實을 主張하는 것이 아닌 경우에는 이러한 證據는 傳聞證據가 아니다. 왜 法廷外 言動은 그 主張된 內容의 眞實을 立證하기 위하여 提示된 경우에만 傳聞證據가 되는가? 그 解答은 傳聞證據가 排斥되는 理由 즉 宣誓와 反對訊問과 같은 法廷外 發表者의 眞實을 擔保할 手段이 없다는 理由——에서 간단히 얻을 수 있다. 예를 들면 法廷外 發表者 D가 X는 竊取한 車를 時速 60마일로 운전하는 것을 보았다고 法廷外에서 말하였고 이 말을 들은 證人 W가 그 內容을 證言하는 경우를 생각해 볼 때 만일 이러한 證據가 X의 行動을 立證하기 위한 것이라면 이 事實의 眞實性은 전적으로 D의 觀察力 記憶力 誠實性에 依存할 수 밖에 없다. 그런데 이때는 D에게는 宣誓나 反對訊問과 같은 擔保가 없기 때문에 그 信憑性이 낮아지는 것이다. 그러나 D의 같은 言動은 전혀 다른 目的 例컨대 그 當時 D가 意識이 있었다든가 D는 英語를 할 줄 안다든가 하는 目的으로 使用될 수도 있고 이러한 경우에는 이러한 證據가 法廷外 言動을 內容으로 하는 것임에는 變함이 없으나 그 眞實性은 D의 信賴度에 依存하는 것은 아니다. 따라서 이와같은 경우에는 D의 言動의 眞實性을 擔保하는 方法이 없다고 하더라도 아무런 相關이 없는 것이다. 이 경우 우리의 관심은 D가 정말 그런 말을 했는가 하는 것이고, 그리고 그것을 위해서는 모든 擔保(W의 宣誓와 그에 대한 反對訊問의 機會가) 주어지고 있는 것이다. 이러한 差異는 表示者의 言動을 어떤 事實을 主張내지는 說明하는 것으로 받아들일지나 아니나 에서 나오는 差異인 것이다. 그러므로 傳聞證據가 되는 것은 法廷外 表示者의 主張이 인정된다면 그가 마치 證人으로서 法廷에서 同一한 事實을 陳述하는 것과 같은 결과가 생기는 경우에 局限되어야 할 것이다. 왜냐하면 그때에만 眞實을 위한 擔保가 問題되기 때문이다.

④ 傳聞證據에 該當되지 않는 法廷外 言動.

위와 같은 傳聞法則의 定義에 의해서 傳聞證據에 該當되지 않는 것으로서는 다음과 같은 것이 있다.

(A) 말 그 自體가 重要한 意味를 가지는 경우³¹⁾ 單純히 어떠한 말(words) 그 自體가 있었

31) Morgan, A Suggested Classification of Utterances Admissible as Res Gestae, 31 Yale L.J. 229 (1922).

느냐 하는 것만이 爭點인 때는 거기에 관한 證據는 傳聞證據가 아니다. 왜냐하면 그러한 경우에는 그 말하여진 內容의 眞實이 問題인 것이 아니라 다만 그러한 말이 있었느냐 없었느냐 하는 것만이 問題이기 때문이다. 이러한 것에 속하는 것으로서는 첫째로 契約에 관한 訴訟에서 契約의 請約, 承諾 등을 構成하는 當事者の 發言이다. 이러한 發言은 어떤 內容을 主張하는 말이 아니라 法이 效果를 부여하는 하나의 事實—言語的行動(verbal conduct)—이기 때문에 傳聞證據가 아니다. 둘째로 當事者の 一方이 어떤 財産을 贈與, 賣買, 또는 寄託에 의해서 占有하고 있다고 主張하는 경우에 그러한 法律行爲를 構成하는 言語들에 대한 證據는 傳聞證據가 아니다. 이 경우에도 그러한 말의 眞實性이 아니라 그러한 말을 정말 했었느냐 하는 事實만이 問題이기 때문이다. 셋째로 名譽毀損에 관한 訴訟에서 被告가 原告를 “도둑놈”이라고 한 말은 그 말의 眞實性을 證明하기 위하여서가 아니라(도리어 原告는 그 反對를 主張할 것이다) 그러한 말이 있었다는 證據로서 許容된다. 넷째로 詐欺가 問題가 된 訴訟에서 被告가 그에게 무슨 말을 하였느냐—그 말이 眞實이나에 관한 것이 아니라—에 관한 證據를 提出할 수 있다.

(B) 듣는 사람이나 읽는 사람에게 어떤 效果를 보여주기 위하여 한 말 X에게 또는 그 面前에서 한 發言은 X의 心的인 狀態(어떤 事實의 知, 不知³²⁾ 動機³³⁾ 善意, 惡意)를 立證하기 위하여서는 證據로 許容된다. 이러한 경우에도 그 發言은 말하여진 事實의 眞實을 主張하는 것이 아니고, 단지 그 말의 效果를 보여주기 위한 것이기 때문에 傳聞證據가 아니다. 例컨대 地主對 小作人의 訴訟에서 地主가 小作人에게 口頭로 그만둘 것을 通告하고자 하는 發言을 한 경우에, 小作人에 대한 위 發言은 必要한 解止通告를 小作人이 받았다는 것을 立證하는 證據로서 證據能力이 認定된다.³⁴⁾ 電車運轉手의 過失로 因한 不法行爲를 原因으로한 損害賠償請求訴訟에서 通行人이 전자운전수에게 “조심하라”고 소리쳤다고 하는 證據는 電車運轉手가 그러한 警告를 받았다는 證據로서 許容이 된다.

(C) 表示者의 心的인 狀態에 관한 證據表示者의 心的인 狀態를 直接的으로 나타내는 主張(例컨대 “나는 내 債權者를 속이겠다”)은 傳聞法則에 관한 어느 定義에 의하더라도 傳聞證據임에 變함이 없다. 왜냐하면 위의 경우에는 表示者의 心的인 狀態를 決定짓기 위하여서는 그 表示된 內容이 眞實인가 아닌가를 따져보지 않으면 안되기 때문이다. 그러나 實際에 있어서는 人間의 思考나 感情을 이처럼 直接的으로 나타내는 表示는 오히려 적고 대개는 人間의 心理的인 感情的인 狀態의 存在를 暗示的으로, 間接的으로 或은 推理的으로 表示하는 경우가 大部分이다. 그리고 이와같은 目的下에 提示된 證據들은 通說(Wigmore)의 定義에 의한다면 傳聞證據가 아니다. 例컨대 X의 精神狀態가 健全한가 하는 것이 問題되었을 때 X의

32) People v. Jones, 293 Mich. 409.

33) State v. Morgan 211 La 572.

34) Yung v. State, 36 Ore. 417.

“나는 王이다”라고 한 말은 다만 그의 精神狀態를 間接的으로 나타낼 뿐이기 때문에 傳聞證據가 아니다. 또 相續事件에서 被相續人의 遺言이 그의 生前의 眞正한 意思와 合致되는 가 하는 것이 問題된 訴訟에서 被相續人의 長男이 그의 父親이 生前에 정말 그를 좋아했다는 證據로서 (가) 그의 父親이 다른 子息들과는 달리 그에게 많은 大學을 마치도록 學費를 대줬다 (나) 그의 父親이 生前에 自己 長男이야 말로 “내 子息들 中에서 第一이다”라고 말했다는 證據 (다) 그의 “나는 다른 어떤 子息보다도 長男의 將來에 대하여 더 걱정하고 있다”고 말했다는 證據가 있을 때에 Wigmore의 定義에 의하면 (가)의 경우는 傳聞證據가 아님이 明白하고 (다)의 경우는 傳聞證據임이 明白하지만 (나)의 경우는 表示者의 感情을 情況的으로 推理해 내리는 證據이기 때문에 傳聞證據가 아닌 것이다.³⁵⁾ 이와같은 心的인 狀態를 情況的으로 나타내는 非主張的인 表示(non-assertive use of utterance)의 例는 다른 證據에 의하여 인정된 어떤 事實의 知, 不知를 證明하려는 경우에 흔히 찾아 볼수 있다. 그리하여 어떤 機械의 폭발로 因한 損害賠償請求訴訟에서 萬一 그 機械의 조종사가 그 事故以前에 그 機械의 brake에 缺陷이 있다고 말했다는 證據가 있고 또 그 機械가 實際에 있어서 缺陷이 있었다면 그러한 證據는 그 조종사가 그 機械의 缺陷을 알고 있었다는 證據로서 許容될수 있다.³⁶⁾ 다만 그 機械의 缺陷을 立證하기 위하여는 別個의 證據가 있음을 要한다. 要點은 어떤 사람이 어떤 말을 했다는 것은 그 말의 眞實如否와는 關係없이 그가 그러한 것을 認識하고 있었다고 推理할 수 있다는 것이다. 한 걸음 더 나아가 어떤 知識의 表示가 明示的인 경우에도(例컨대 “나는 브레이크의 缺陷을 알고 있다”고 말한 경우) 그것이 단지 그가 그 事實을 알고 있다는 것을 立證하기 위하여 提示되었다면 그리고 그 brake의 缺陷이 다른 證據에 의하여 立證이 되었다면 그 證據는 萬一 brake의 缺陷이 있었다면 그는 그것을 알고 있었을 것이라는 것을 立證하는 證據라는 意味에서 傳聞證據가 아닌 것이다. 다만 이러한 理論은 그 表示에 의하여 導出해 내리는 證據가 表示者의 表示當時의 知識인 경우에만 可能하다. 따라서 事故發生 一週日後에 表示者가 自己는 그 事故以前에 이미 그 브레이크 故障을 알았다고 말했고 이것이 그의 事前의 知識을 立證하기 위하여 提示되었다면 이것은 傳聞法則임이 明白하다. Wisconsin에서 있었던 한 少女의 強姦事件에서³⁷⁾ 그 強姦이 이루어졌던 집과 그 환경 室內裝飾 등에 관한 상세한 모양을 少女가 說明하였다는 證據가 제출되었고, 다른 證據에 의하여 이 說明은 被告人의 집의 모양과 符合되는 것이 證明되었기 때문에 위 少女의 說明에 관한 證據는 認容이 되었다. Morgan은 이 判例를 批評하여 말하기를³⁸⁾ 이 證據는 그 少女의 觀察力, 記憶力, 眞實性 등에 依存하는 것이기 때문에 傳聞證據가 가지고 있는 모든 危險性을

35) Loetsch v. New York City Omnibus Corp. 291 N.Y. 308.

36) Borderland Coal Co. v. Kerns 165 Ky. 487.

37) Bridges v. State 247 Wis 350.

38) Morgan; Evidence 1941-1945 59 Harv. L. Rev. 481 (1946)

지니고 있기 때문에 證據로 받아 들여져서는 안될 것이라고 한다. 그러나 다른 證據에 의하여 그 집의 構造가 들어났고 그 少女가 그날 그집에 처음가게 됐다는 것이 立證된 以上 그 少女의 그 집에 관한 說明은 그 內容의 眞實에 依存한다기 보다는 犯行이 있었던 날의 少女의 발자취를 그가 알고 있었다는 證據로서 取扱하여도 無妨할 것이다.

(D) 精神異狀인 如否에 대한 證據 精神異狀인 如否를 證明하는 主要方法은 그의 周圍環境의 變化에 대한 反應으로서의 그의 行動인 것은 두말할 必要도 없다. 때로는 非正常的인 行動이 假裝에 의하여 이루어지는 경우가 있기 때문에 그러한 行動의 意味가 사람을 속이려는 意圖가 없다는 事實에 더러는 依存하기는 하지만 대개의 경우에는 그러한 非正常的인 非言語的 行動(non-verbal conduct)에 관하여는 傳聞證據이나 하는 問題는 發生하지 않는다. 問題는 言語的인 行動(verbal conduct) (例컨대 精神異狀의 一般的 症狀인 환상이나 妄想과 같은 症狀를 表示하는 行動)의 경우이다. 이러한 言語的인 行動은 表示者가 그 主張하는 바를 믿고 있다는 것을 立證하기 위한 傳聞證據라기 보다는 單純히 不合理的 行動에 관한 證據로 다루어지고 있다³⁹⁾. 비록 그 表示가 外形에 있어서는 表示者의 信念을 表示하는 形態를 갖추고 있다 하더라도(例컨대 “나는 내가 헨리 8세라고 믿는다”) 그것은 情況的으로 非正常的 精神狀態를 表示하는 하나의 言語的 行動으로서 非傳聞證據로 取扱되고 있는 것이다. 다만 이와같은 證據가 傳聞證據로 取扱된다고 假定하더라도 이런 證據를 提示하고자 하는 쪽에서는 現在의 心理狀態에 관한 傳聞法則의 例外로서 救濟받을 수 있는 길이 있다. 그러나 判例의 一般的趨勢는 이러한 不合理的 表現들을 그 形式에 拘碍됨이 없이 非傳聞的인 行動(non-hearsay conduct)로 取扱하고 있다. 以上에 말한 分析은 Wigmore의 定義에 基礎한 것으로서 Morgan의 定義에 의할 것 같으면 表示者의 心理狀態를 나타내는 表示는 直接的이든 間接的이든 間에 모두 傳聞證據가 되기 때문에 表示者의 心理狀態를 나타내는 證據들은 大部分 傳聞證據에 包含이 되게 되는 것이다. 事實 Morgan은 그의 많은 例示와 分析을 通하여 正統的인 傳聞概念에 의하여 非傳聞證據로 規定된 것들 중의 많은 것들이 傳聞法則이 排除하려고 한 危險—즉 反對 訊問機會의 缺如—을 그대로 內包하고 있다고 指適하고 있다. 그러나 McCormick이 指適하는⁴⁰⁾ 대로 傳聞法則의 嚴格한 適用은 傳聞法則 本來의 目的에 背馳되는 結果를 가져오기 때문에 法廷外 表示證據를 좀더 融通性 있게 인정할 수 있는 裁量的 標準이 要請된다. 따라서 言語的 行動을 하나의 情況證據로서 인정하려는 것이 一般的 趨勢로 되어 있다.

3. 傳聞法則의 理論的 根據

(1) 各 見解

39) United States v. Robert 62 F 2d 594.

40) McCormick, Law of Evidence § 300.

傳聞證據를 證據에서 除外하는 根據가 무엇인가에 대하여는 다음과 같은 見解들이 있다.

(A) 反復에서 오는 危險을 除去하기 위한 것이라는 說. 이 說에 의하면 法廷外 口頭陳述을 證言하는 경우에는 그 傳達이 不正確하기 때문에 이러한 不正確한 傳達에서 오는 危險을 막자는 것이 傳聞法則의 目的이라고 한다.

Gardner에 의하면⁴¹⁾ 말을 傳達하는 경우에는 觀察한 事物을 再現시키는 過程에서 일어나는 心理學的인 錯誤때문에 그 傳達은 必然的으로 不正確하기 마련이고 이를 막자는 것이 傳聞法則의 目的이라고 한다. 그러나 이 學說은 다음과 같은 難點이 있다. 첫째로 Wigmore가 指摘하는 대로⁴²⁾ 傳聞證據는 모두 이러한 危險을 가지고 있는 것은 아니라는 것이다. 口頭에 의한 傳聞이 아닌 書面에 의한 證據는 이러한 變質의 可能性없이 原形 그대로 法廷에 顯出시킬 수 있기 때문이다. 反面에 Morgan이 指摘하는 대로⁴³⁾ 傳聞證據가 아닌 口頭에 의한 表現(이른바 operative words, 앞에서 본 바와같이 契約의 請約 또는 承諾을 構成하는 말 또는 名譽毀損의 內容이 되는 말 그 自體)도 위와 같은 危險은 內包하고 있는 것이다.

(B) 傳聞證據는 믿을 수 없는 證據이기 때문이라는 見解.

Marshall 判事は Mima Queen v. Hepburn 事件에서⁴⁴⁾ 傳聞證據는 “本質的 弱點”(intrinsic weakness)이 있기 때문에 證據로 할 수 없다고 判示하고 있다. 그 表現이 너무 애매하기는 하지만 그것이 만일 傳聞證據는 믿기 어려운 屬性을 지니고 있는 것이라는 말이라면 여기에는 약간의 問題가 있다. 첫째로 많은 傳聞證據가 傳聞法則의 例外로서 인정이 되어 있다는 것이다. 둘째로 傳聞證據는 異議(Objection)가 있으면 證據에서 除外되더라도 異議가 없으면 證據로 認容이 된다고 하는 事實이다.⁴⁵⁾ 傳聞證據는 單純한 소문에서 公文書에 이르기 까지 그 信憑度가 千差萬別일 뿐 아니라 이러한 證據들도 다른 證據와 똑같이 陳述者의 能力, 誠實度에 依存하고 있는 것이다. 英美判例가 이와같은 傳聞證據의 信憑度의 多樣性에 對處할 수 있는 伸縮性있는 法則을 마련하지 못했기 때문에 오늘날 英美에서는 證據의 自由化가 論議되고 있는 것이다.⁴⁶⁾

(C) 宣誓의 缺如. 傳聞證據는 表示者의 法廷에서의 宣誓가 缺如되었기 때문에 證據로 할 수 없는 것이라고 하는 見解는 比較的 오래된 見解의 하나이다.

1811年 Berkeley Peerage 事件⁴⁷⁾에서 Mansfield 判事は “法廷에서 當事者의 面前에서 宣誓하지 않고 한 陳述은 證據가 될 수 없다는 것이 法의 一般原則이다”라고 判示하였다. 陪審員自

41) Gardner; The Perception and Memory of Witness 18, Corn. L. Q. 391. 393 (1933).

42) 5 Wigmore Evidence § 1363.

43) Morgan; A Suggested Classification of Utterances Admissible as Res Gestae, 31 YaleL.J. 229 (1922).

44) 5 Wigmore, Evidence § 1363.

45) 104, A.L.K. 1130.

46) McCormick; Law of Evidence § 300.

47) 4 Camp. 415.

身이 證人으로서의 地位를 兼하고 있었던 初期의 陪審制度下에서는 陪審員의 宣誓만 있으면 充分한 것으로 생각되었으나 後에 陪審과 證人의 役割이 分離된 後에는 證人의 宣誓의 缺如는 證據能力을 다투는 主要方式이 되었다. 宣誓는 두가지 점에서 重要的 意味가 있다. 첫째로 하나의 儀式的인 宗教的 심볼로서 證人으로 하여금 僞證으로 인한 處罰의 危險을 인식시킴으로서 眞實을 말하도록 強制한다는 것이다. Wigmore는 宣誓의 缺如는 傳聞法則에 있어서는 하나의 附隨的인 問題에 不過하다고 말하고 있다.⁴⁸⁾ 그러나 宣誓가 傳聞法則의 唯一한 要素가 아니라는 事實——事實 唯一한 要素가 아니다——은 곧 宣誓가 傳聞法則의 하나의 必須的 要素라는 것을 否認할 根據는 되지 못할 것이다.

(D) 反對訊問의 缺如. 最後로 傳聞證據는 그 表示者의 法廷外 表示에 대해서 反對訊問의 機會가 주어지지 않은 證據이기 때문에 證據로 인정될 수 없다고 하는 見解가 오늘날 널리 承認된 見解의 하나이다. 確實히 이 見解는, 學者에 따라 한두개의 다른 理由와 結付되어서 主張되기는 하였지만, 19世紀 前半의 學者들의 거의 共通된 見解였다. 反對訊問의 機會의 缺如를 根據로 傳聞法則을 排斥한 最初의 例는 Hawkins에서 發見할 수 있다. 그에 의하면 “어떤 낯선 사람이 말했다고 하는 바는 刑事被告人을 위해서나 그의 罪를 立證하기 위해서나 問에 證據로 할 수 없다. 그 理由는 宣誓하지 않은 陳述이기 때문이 아니라 反對當事者의 反對訊問의 機會가 주어지지 않았기 때문이다”라고 말하고 있다. 最近의 英美判例들은 모두 反對訊問의 機會의 缺如를 傳聞法則의 主된 根據로 삼고 있다.⁴⁹⁾ Bentham은⁵⁰⁾ 反對訊問이야말로 英國의 裁判制度가 創案해낸 卓越한 產物이고 陪審制度의 威信을 높여 주는 데 至大한 役割을 하고 있는 制度라고 말하고 있다. 그는 이 反對訊問을 일컬어 “證言의 正確性和 完全성에 대한 保障이다”라고 말하고 있다. Morgan은 한 論文에서⁵¹⁾ 反對訊問의 保障的 機能을 分析하고 나서 다음과 같이 結論을 내리고 있다. (가) 反對訊問에 의하여 虛僞性이 들어날 것이라는 恐怖가 證人으로서 하여금 眞實을 말하도록 하는 衝動이 되고 있기는 하지만 反面에 實際에 있어서 反對訊問에 의하여 虛僞가 露呈되는 경우는 그리 많지는 않다. (나) 現代에 있어서 反對訊問의 主된 機能은 證人의 인식과 記憶의 잘못을 들어 내는 데 있다.

(2) 결론

Wigmore는 反對訊問機會의 缺如야말로 傳聞法則의 唯一한 根據라고 主張하면서 反對訊問機會의 缺如는 단지 附隨的인 問題에 不過하고 또 그리 重要的 것도 아니다 라고 하였다. Wigmore의 이러한 理論은 傳聞法則의 例外에 관한 理論의 根據를 提示하기 위한 政策의 意圖

48) 5 Wigmore Evidence § 1363.

49) Novicki v. Department of Finance 373 Iel 342 (1940).

50) Rationale of Judicial Evidence, b II Ch, K

51) Morgan; Hearsay Dangers and the Application of the Hearsay Concept, 62 Harv. L. Rev. 177 186. 188. (1948).

가 多分히 內在되어 있는 것 같다. 그리하여 그에 있어서는 反對訊問機會의 缺如가 傳聞證據 排除의 絶對的 理由라는 大前提下에 많은 傳聞法則의 例外의 경우에 어떻게 이 反對訊問의 問題가 克服될 수 있는가 하는 問題를 그 例外을 인정할 수 있는 重要한 基準으로 삼고 있다. 그는 反對訊問을 거치지 않은 證言은 陪審에게 주어져서는 안된다고 前提하고 나서 法廷外表示가 달리 眞實性을 保障할 수 있는 環境下에서 이루어 졌을 때에는 例外가 되는 것이라고 말하고 있다. 즉 傳聞法則의 例外을 取扱함에 있어서 그 例外에 관하여 하나씩 어떻게 다른 要素들이 反對訊問의 缺如를 補充하고 있는 가를 보여주고 있다. Thayer는 이와는 反對로 傳聞法則의 例外을 어떤 하나의 合理的基準에 의하여 說明하려는 態度를 忌避하고 있다.⁵²⁾ 그에 의하면 傳聞法則의 起源은 陪審의 機能과 證人의 機能을 分離시키려고 하는 歷史的偶然에 있었기 때문에 合理的基準에 의한 說明은 不必要하고 또 不可能하다는 것이다. 그 根據로서 그는 傳聞法則이 하나의 確固한 法原則으로서 確立된 것은 18世紀初만 그보다 以前부터 傳聞法則의 例外(例컨대 臨終時의 發言)가 實施되고 있었다는 것이다. Thayer의 見解는 卓見으로 생각한다. 事實 傳聞法則은 그에 그대의 必要에 따라 積진적으로 形成되어 나온 것이기 때문에 그 根據를 어느 하나의 原理에 의하여 統一的으로 說明하는 것은 不可能한 일인지도 모른다.

2. 傳聞法則의 例外

1. 前訴訟에서의 證言

(1) 傳聞證據로서의 地位

英美法에서는 前에 있었던 訴訟에서의 證人의 證言이 現在의 訴訟에서 提出되었을때(口頭에 의한 形式으로든 또는 書面화된 寫本의 形式으로든) 그 證據는 傳聞證據인가 아닌가 傳聞證據라던 例外的으로 證據能力이 인정되느냐 안되느냐 하는것이 問題된다. 이것이 이른바 前訴訟에서의 證言(former testimony)이라고 하는 것이다. Wigmore에 의하면 이것은 傳聞證據가 아닌데 比하여 많은 學者들⁵³⁾은 이것은 傳聞證據이기는 하지만 例外的으로 證據能力이 인정되는 경우라고 한다. Wigmore에 의하면 前訴訟에서의 證言은 이미 反對訊問을 거친 것이기 때문에 傳聞法則이 達하려고 하는 目的은 이미 成就된 證據이고 따라서 前訴訟에서의 證人을 現訴訟에 顯出시키는 것이 不可能하다면 前訴訟에서의 證言을 그대로 證據로 할 수 있는 것이라고 한다.⁵⁴⁾ 여기에 比하여 後者の 見解에서는 問題가 되는 것은 現在訴訟에서의 反對訊問이서 過

52) R.W. Baker; The Hearsay Rule p.24.

53) Greenleaf, Evidence § 163; 3 Jones, Commentaries on Evidence § 1177; McKelvey, Evidence, § 227.

54) 5 Wigmore 1370.

去의 訴訟에서의 反對訊問이 아니기 때문에 過去의 訴訟에서의 證言도 現訴訟에 있어서는 傳聞證據일수 밖에 없고 다만 이것은 傳聞法則의 例外가 될 수 있을 뿐이라고 한다. 그러나 여기서 구별하지 않으면 안될 것은 前訴訟에서의 證言이 傳聞以外的의 目的(즉 그 證言의 主張된 內容의 眞實을 立證하려고 하는 것이 아닌 경우)으로 使用되는 경우에는 傳聞證據가 아니라는 점이다. 例컨대 僞證을 立證하기 위하여⁵⁵⁾ 또는 證人의 記憶을 되살리거나 前訴訟에서의 陳述와 內容이 다르다는 것을 立證하기 위하여⁵⁶⁾ 前訴訟에서의 證言이 提示되는 경우에는 이것은 傳聞證據가 아니기 때문에 당연히 證據能力이 있다. 如何든 前訴訟에서의 證言이 現訴訟에서 傳聞의 目的으로 提出되었을 때 다음과 같은 要件下에 이를 傳聞法則의 例外로 인정하는 것이 學界의 傾向이고 이는 또 대부분의 判例의 支持를 받고 있는 것이다.

(2) 證據能力이 認定되기 위한 要件

① 當事者の 同一 傳統的인 見解는 前訴訟에서의 證言이 現訴訟에서 例外的으로 證據能力이 인정되려면 前訴訟의 當事者と 現訴訟의 當事者가 完全히 同一하여야 한다는 것이다. 그러나 學界와 判例의 傾向은 이 要件을 大幅緩和하여 가고 있다. 첫째로 當事者の 同一이라는 것은 利害의 同一이라고 解釋하고 따라서 前訴訟의 當事者의 承繼人이 現訴訟의 當事者인 경우를 包含한다는 判例를 찾아볼 수 있다.⁵⁷⁾ 이러한 경우에는 前訴訟의 當事者는 證人을 反對訊問하려는 利害關係나 動機가 現訴訟의 當事者와 同一하기 때문에 現訴訟의 當事者의 反對訊問이 缺如되었다 하더라도 現當事者를 保護함에 不足함이 없다는 것을 根據로 하고 있다. 둘째로 이러한 論理를 더 進展시켜 前訴訟에서의 證言이 證據로 提出됨으로써 不利益을 받는 當事者一方만 前訴訟에서의 當事者이면 足하다는 理論이 Wigmore에 의하여 提示되었고,⁵⁸⁾ 많은 判例⁵⁹⁾의 支持를 받고 있다. 이 理論은 前訴訟에서의 證言이 現訴訟에서 排斥되어야 할 理由는 그렇게 되면 그 證據에 의하여 不利益을 받을 當事者의 反對訊問權이 不當하게 侵害를 받는다는 점에 있다는 것에 着眼하여 그 證據를 提出하는 쪽은 비록 前訴訟의 當事者가 아니더라도 아무 弊害가 없기 때문에 이러한 證據는 傳聞法則의 例外로서 認容되어야 한다는 것이다. 셋째로 한걸음 더 나아가 前訴訟에서의 證言이 提出됨으로서 不利益을 받는 當事者가, 前訴訟의 當事者도 아니고 그와 利害關係를 같이 하는 것도 아닌 경우에도, 그가 前訴訟에서 實際로 反對訊問을 한 경우(例컨대 訴訟代理人으로서)에는 그가 願하는 바 反對訊問의 機會는 結果적으로 주어졌기 때문에 이러한 證據는 證據能力이 있다는 判例가 나오기에 이르렀다.⁶⁰⁾ 이

55) State v. Wykert, 198 Iowa 1219, (1924).

56) People v. Ferrero 293 N.Y. 51. 55. (1896).

57) Bryan v. Malloy, 90 N.C. 508 (1883).

58) 5 Wigmore § 1388 p.103.

59) Insul-Wool Insulation Corp. v. Home Insulation, 176F 2d 502 (1949).

60) Durant 事件, 80 Conn. 140 (1907).

事件은 D夫人의 離婚訴訟의 代理人이었던 被告人의 同離婚訴訟에서의 D夫人에 대한 偽證教唆事件이었던 바, 同被告人의 有罪의 資料로서 D夫人의 證言이 提出된 데 대하여 法院은 被告人은 그 當時 D夫人에 대하여 反對訊問을 한 바 있었다는 것을 理由로 證據能力을 인정하였다. 넷째로 마침내는 當事者의 同一도 利害關係의 同一도 다 必要하지 않다는 見解가 나오기에 이르렀다. 즉 前訴訟의 當事者가 現訴訟의 當事者가 反對訊問하고자 하는 바와같은 問題들에 대해서 같은 反對訊問을 하고자 하였으리라고 보이는 사정이 있고 實際로 그와같은 反對訊問의 機會가 주어졌을 때에는 그 前訴訟에서의 證言은 現訴訟當事者의 不利益을 위하여서도 許容된다는 判例⁶¹⁾가 있다.

Missouri에서 있었던 한 리딩 케이스에서는 남편에 의하여 提起된 그 妻의 傷害로 因하여 서비스를 받지 못하게 된 損害의 賠償을 請求하는 前訴訟에서의 한 證言이 妻가 提起한 同一한 事故로 因하여 妻自身이 입은 損害의 賠償을 請求하는 後訴訟에서 妻에게 不利益한 證據로 提出하는 것이 許容되었다. 이 두訴訟은 請求原因도 當事者도 다르지만(前訴의 原告는 男便, 後訴의 原告는 妻) 法院은 그들 사이에는 完全한 “利害의 同一”(a complete identity of interest)이 있다고 判定⁶²⁾하고 있다. Morgan은⁶³⁾ 이 判決을 가리켜, “確立된 原則에 대한 適當한 擴張 (A sensible extension of the established rule)”이라고 極贊을 하고 나서 “宜誓下에 이루어 지고 反對訊問을 經了한 公開法廷에서의 證言의 信憑度를 다른 數 많은 傳聞法則의 例外들과 比較할때 이 證據(前訴訟에서의 證言)의 證據能力을 嚴格하게 制限한다는 것은 실로 우스꽝스러운 일이다. 만일 이와같은 嚴格한 制限을 다른 傳聞法則의 例外들에 대하여도 加한다면 傳聞法則의 例外로서는 오직 前訴訟에서의 證言만이 남을 수 있을 것이다”라고 喝破하고 있다.

② 爭點의 同一 前訴訟에서의 證言이 現訴訟의 證據로 인정되려면 前訴訟의 爭點과 現訴訟의 爭點은 同一하여야 한다는 것이 一般적으로 主張되고 있다. 그러나 이것은 두 訴訟에서의 모든 爭點이 同一할것을 要求하는 것은 아니고, 附隨의 爭點은 달라도 관계가 없다.⁶⁴⁾ 뿐만 아니라 오늘날의 趨勢는 “爭點의 本質的同一”(Substantial identity of issues)만을 要求하고 있다. 그리하여 前訴訟은 強盜(robbery)에 관하여 起訴된 事件이고 後訴는 強盜로 因한 殺人으로 起訴된 事件에서 法院은 두 起訴는 同一한 行爲의 過程에서 일어난 結果들을 그 對象으로 한다는 것을 理由로 前訴의 證言을 後訴의 證據로 인정하고 있다.⁶⁵⁾

③ 證人의 召喚不能 前訴訟에서의 證言을 使用하는 것에 대한 또 하나의 制限은 그 證人

61) Lyon v. Rhode Island Co. 38 R. I. 252.

62) Bortlett v. Kansas City Public Service Co. 349. mo. 13 (1942)

63) The Law of Evidence, 1941—1945. 59 Harv. L. Rev. 481 (1946).

64) Bartlett v. Kansas City Pub. Service Co; 349 mo. 13.

65) Fox v. State 102 Ark. 393.

이 現訴訟에서는 出頭할 수 없는 事情이 있어야 된다는 것이다. 그러면 判例는 어떤 경우를 出頭할수 없는 경우로 인정하고 있는가?

(A) 死亡. 出頭할 수 없는 代表的인 경우이다.

(B) 不在. 州內에 不定期的 或은 永久的으로 居住하고 있지 않는 경우에는 인정된다.⁶⁶⁾ 州內에 居住하지만 召喚狀이 갈 수 없는 地域에 居住하는 경우에도 可能하다.⁶⁷⁾

(C) 身體上의 障礙도 出席시킬 수 없는 경우로 인정된다. 特定裁判에 나올 수 있느냐만이 問題이기 때문에 그 障礙가 永續的이나 하는것은 문제가 되지 않는다.⁶⁸⁾

(D) 精神의 障礙. 判例는 精神異狀을 召喚不能의 경우로 인정하고 있다.⁶⁹⁾ 다만 모든 種類의 精神異狀을 다 인정하고 있는 것은 아니다. 왜냐하면 證言은 事物의 觀察, 記憶, 判斷에 관한 最小限度의 能力만으로 足하기 때문이다. 만일 證人이 疾病으로 記憶을 喪失하였다면 이것도 召喚不能의 경우로 인정되고 있다.⁷⁰⁾ 時間의 經過로 記憶을 할 수 없게된 경우도 同一하다. 다만 여기에 대해서는 그렇게 되면 새로운 反對訊問의 資料가 發見된 것을 알아차린 證人이 後訴에서 反對訊問으로 虛僞가 드러날 것을 두려워하여 忘覺을 假裝할 念慮가 있을 수 있다는 非難이 있으나 그렇다 하더라도 忘覺이 사실인 경우에 前訴에서의 證言의 證據能力을 인정할 필요가 더 크다고 보아야 할 것이다. 또 實際에 있어서 利害關係가 없는 證人이 證言을 한 後時間의 經過에 따라 그 證言內容을 잊어버린다는 것은 흔히 있을 수 있는 일이기도 하다.

(3) 結論 前訴訟에서의 證言의 證據能力에 관한 가지가지의 複雜한 制限들은 法廷記錄들이 없었던 時代의 產物⁷¹⁾인 同時에 理論적으로는 反對訊問만이 證言의 信憑性을 保障하는 本質的保障이 된다는 理論의 歸結이다. 承認(admission), 利害에 反하는 發言(declaration against interest), 現在의 身體的 精神의 狀態에 대한 發言(declarations of present bodily or mental state) 등과 같은 傳聞法則의 例外들과 比較하여 본다면 前訴訟에서의 證言은 公開된 法廷에서의 宣誓한 證言이라는 점에서 훨씬 信憑度가 높은 것임에도 不拘하고 그 證據能力에 많은 制限을 하고 있는 것은 不合理하다고 할 수 있다. 앞에서 살펴본 바와 같이 判例와 學說은 그 要件을 緩和하기 위한 努力을 계속하고 있거나 앞으로의 길은 다음의 두가지 方法을 擇할것이 要請된다. 첫째로 適當한 反對訊問의 機會가 保障되리만큼의 當事者 및 爭點의 類似性이 있고 또 宣誓가 行하여 짐으로서 그 眞實이 保障된 民事事件에서는 證人의 顯出不能과 같은 要件은 拋棄되어야 할 것이다. 判事로 하여금 反對訊問을 위하여 證人을 顯出시킬 필요가 있느냐를 決定할 裁量權을 주어야 할 것이다. 이렇게 함으로써 證人의 顯出不能을 要件으로 하지 않는 다

66) Wolski v. National Life and Accident Ins. Co; 135 Neb. 643.

67) Gaty v. United Rys. Co., 261 S.W. 61.

68) Chase v. Springvale, Mills, 75 Mo. 156 (1910).

69) Marler v. State, 67, Ala. 55, 65.

70) State. v. New Orleans Waterworks Co. 107 La. 1(1901).

71) Aetna Ins. Co. v. Koone, 1233 Ala 265 (1936).

른 傳聞法則의 例外들과의 均衡도 維持할 수가 있다. 뿐만 아니라 證言의 內容이 되는 事件의 發生時間과의 間隔으로 보아 前訴訟에서의 證言이 더 信憑力이 있다고 逆說적으로 말할 수도 있다.

刑事事件에서는 證人の 顯出不能의 要件을 當장 拋棄하는 것은 刑事被告人의 對質權을 保障하는 憲法規定 때문에 民事事件에서처럼 容易한 일은 아닐 것이다. 둘째로 前訴訟에서의 證言의 證言이 高度로 信憑이 있는 狀態下에서 이루어 졌다고 인정될 때는 當事者나 爭點의 同一과 같은 要件도 拋棄하여야 할 것이다. 물론 그렇게 함으로써 反對訊問機會의 喪失이라고 하는 當事者制度의 偉大한 武器를 拋棄하는 結果가 될지 모른다. 그러나 이보다 훨씬 信憑度가 적은 다른 傳聞法則의 例外들에서도 이 要件은 除外되고 있는 것과 比較한다면 이상할 것은 하나도 없다. 이러한 要件緩和는 最近의 美國의 立法에서도 찾아볼 수 있다.⁷²⁾

2. 承認(Admission)

① 性質과 效果 現在 係屬되고 있는 訴訟에서의 當事者의 立場과 背馳되는 그 當事者의 法廷外에서의 發言 또는 行動을 “承認”(Admission)이라고 한다. 이러한 承認은 傳聞法則의 例外로서 證據能力이 인정되는 것인가 不然이면 처음부터 傳聞法則이 아닌가에 대하여는 學說의 對立이 있다. 첫째 Morgan의 見解⁷³⁾에 의하면 “承認”은 反對訊問을 거치지 않은 法廷外 發言이고 또 그 發表된 內容의 眞實을 立證하기 위하여 提出된 것이기 때문에 傳聞證據이지만 傳聞法則의 例外의 경우로서 證據能力이 인정된다고 한다. 이것을 傳聞法則의 例外로서 인정하는 理由에 관하여 그는 첫째로 “承認”은 다른 傳聞證據보다 信憑性이 있다는 점, 둘째로 發言者의 死亡, 不在 등의 理由로 原陳述者의 顯出이 不可能하다는 점을 들고 있다. 그러나 實際에 있어서는 “承認”은 後에 보는 바와같이 發言된 內容에 관한 直接的知識(first hand knowledge of the matter declared)조차도 要件으로 하고 있지 않기 때문에 眞實性에 대한 客觀的保障은 없는 것이다. 이 점에 대하여 그는 “그러한 法廷外發言을 한 當事者는 反對訊問機會의 缺如를 主張할 位置에 있지 않다”(왜냐하면 自己自身の 發言이기 때문에)는 점을 力說하고 있다. 둘째로 Wigmore의 見解⁷⁴⁾에 의하면 “承認”은 傳聞證據이나를 판가를 하는 基準인 反對訊問終了라고 하는 關門을 通過했기 때문에(왜냐하면 自己自身の 發言에 대하여 反對訊問을 하는 것은 意味가 없으니까) 傳聞證據가 아니라고 한다.

72) Model Code of Evidence § 503 “Evidence of a hearsay declaration is admissible if the judge finds that the declarant”

(a) is unavailable as a witness, or

(b) is present and subject to cross-examination

Uniform Ruls of Evidence § 63. 위와 大略 同旨.

73) E.M. Morgan, Admissions as an Exception to the Hearsay Rule, 30 Yale L.J. 355 (1921).

74) 4 Wigmore, Evidence, pp. 2 -5.

셋째 Strahom의 見解에 의하면⁷⁵⁾ 傳聞法則은 發言의 說明的인 內容이 問題되었을 때만 問題되는 것이고 承認은 그 說明的인 內容의 眞實을 立證하기 위한 것이 아니기 때문에 그 發言內容을 立證하는 證據가 아니라 그의 法廷外에서의 態度를 立證하는 하나의 狀況證據(circumstantial evidence)라고 主張한다. 그러나 Wigmore나 Strahom의 見解에도 不拘하고 當事者一方의 法廷外에서의 承認은 承認된 事實에 관한 實體的證據로서 證據能力이 인정된다는 것이 오늘날의 通說이다. 다만 法廷外에서의 行動(Conduct)이 “承認”으로서의 價値를 가지는 例外的인 경우에는 狀況證據로 보아도 無妨할 것으로 생각된다.

여기서 “承認”의 概念을 定함에 있어서 混同을 避하여야 할 점은 “證據로서의 承認(evidential admission)”은 “法廷에서의 承認(Judicial admission)”과는 區別하여야 한다는 점이다. “法廷에서의 承認”이라 함은 當該 訴訟節次에서 當事者나 그 代理人의 어떤 事實을 인정하는 口頭 또는 文書에 의한 意思表示로서 이러한 訴訟節次上에서의 承認의 效果는 一旦 承認을 하면 그 以上の 立證을 要하지 않는다고 하는 終局的인(conclusive) 것이다. 이에 反하여 “法廷外에서의 承認”은 하나의 證據에 不過하기 때문에 終局的인 것이 아니고 法廷에서의 反駁이나 說明이 許容되는 것이다. “承認”과 區別하지 않으면 양될 또 하나의 概念은 “自己利益에 反하는 發言”(Evidence of Declarations against Interest)이다. 自己利益에 反하는 發言은 傳聞法則의 또 다른 例外로서 인정되고 있는 것으로서 發言當時의 自己의 利益에 反하는 發言을 말한다. 이에 反하여 承認은 現在의 法廷에서의 立場과 背馳되기만 하면 足하기 때문에 發言當時에는 自己의 利益과 合致될 수도 있고 또 現在에 있어서도 部分的으로는 自己의 利益과 合致되어도 無妨하다. 例컨대 한 當事者가 어떤 約束어음이나 不動產에 관한 權利文書가 偽造된 것이라고 말하고 나서 그 約束어음이나 權利文書를 取得하여 이것을 根據로 提訴했다면 위 偽造된 것이라고 하는 發言은 現法廷에서의 立場과 背馳되기 때문에 “承認”이 되지만 發言當時의 利害와는 아무런 관계도 없기 때문에 “利益에 反하는 發言”이라고는 말할 수 없을 것이다.

(2) 證據로 인정되기 위한 要件

① 發言者의 能力 當事者의 法廷外 發言이 “承認”으로 看做되기 위하여는 그 發言者가 發言當時 어느 정도의 事物을 辨別할 수 있는 意思能力이 具備되어 있었을 것이 要求되느냐 하는 問題에 대하여 明白한 基準은 없다. 다만 未成年者나 精神薄弱者의 경우와 같이 그러한 精神的能力이 적은 경우에는 그 發言의 信憑性만이 問題가 된다고 하는 것이 一般의 見解이다.⁷⁶⁾ 酩酊狀態나 一時的 精神異狀症 같은 것도 전혀 合理的 判斷을 할 수 없을 程度라는 것이 立證되지 않는 限 그 發言의 信憑性만이 問題된다고 한다.⁷⁷⁾

75) John S. Strahom, Jr. "The Hearsay Rule and Admission" 85 U. Pa. L. Rev. 484, 564.

76) McAfee v. United States, 111 F. 2d 199.

77) Bell v. United States, 47 F. 2d 438.

② 直接知識의 不要 一般적으로 法廷外發言이 傳聞法則의 例外로서 證據能力이 인정되기 위하여서는 그 發言이 發言者의 直接的인 知識(first-hand knowledge)에 基礎한 것일 것이 要求되고 있으나,⁷⁸⁾ 承認의 경우에만은 그러한 要件이 必要없다고 하는 것이 判例學說의 一般的 見解이다.⁷⁹⁾ 따라서 發言者의 發言은 오직 傳聞에 基礎한 것이라도 相關없다. 이른바 “傳聞에 관한 傳聞(hearsay on hearsay)”이 容認되는 代表的인 경우이다. 그 理由는 어떤 사람이 自己에게 不利한 發言을 했다면 그 사람은 그에 관하여 充分히 調査한 後에 그러한 發言을 하였을 것으로 期待되기 때문이라고 한다. 그러나 비록 大部分의 “承認”은 自己利益과 背馳되는 것이 普通이지만 앞에서 살펴본 바와같이 發言當時에는 自己利益과 아무런 관계도 없는 “承認”도 있을 수 있기 때문에 이 說明은 充分한 것이라고 볼 수 없다. 結局 承認은 發言者에게 重要한 事件을 內容으로 하는 것이 普通이기 때문에 다른 傳聞證據보다는 그 信憑度가 높다는 것을 理由로 할 수 밖에 없다.

③ 強要強制의 效果 오래된 判例들 가운데는 法廷外에서의 “承認”이 強要, 脅迫 등에 의하여 이루어진 경우에는 그 事實을 단지 그 證據의 價値를 減少시킬 뿐이지 證據能力 自體가 否認되는 것은 아니라고 하는 것이 있지만 오늘날의 傾向은 그와는 反對이다. 즉 如何한 形態의 強要나 威計에 의하여 이루어진 承認도 證據能力이 없다는 것이다. 더구나 刑事事件에서는 이러한 法律(證據能力의 否認)은 憲法上(聯邦 및 州)의 要求이기도 한 것이다.

④ 意見의 形式으로 表現된 法廷外發言 英美法에 있어서는 證人의 證言은 意見의 形式을 取해서는 안 된다는 것이 하나의 確立된 原則이지만 法廷外承認이 證據能力이 인정되기 위하여는 그 法廷外發言이 意見의 形式(例컨데 自動車衝突事故後 “그것은 내 잘못이었다”고 하는 말)를 取하더라도 관계가 없다는 것이다.⁸⁰⁾ 여기에 대해서는 그러한 發言(例컨데 “내 잘못이다”)를 承認으로 보는 것은 法이 내린 結論은 當事者로 하여금 내리게 하는 結果가 된다는 批難이 있으나 當事者의 그러한 發言에는 그러한 判斷(잘못)의 基礎가 되는 事實(例컨데 過速)을 前提한 것이고 “承認”이 對象으로 하는 것은 이러한 事實(過速)이지 判斷(잘못) 그 自體가 아니기 때문에 無妨하다는 것이 一般的 見解이다.

(3) 行爲에 의한 承認(Admission by conduct)

(1) 援用된 承認(Adoptive Admission) 第三者가 發表한 바를 承認하는 當事者의 肯定的 行爲를 “援用된 承認”이라고 하고 이와같이 自發적으로 肯定한 第三者의 發言이 그 當事者의 法廷에서의 立場과 背馳될 때 이것은 (肯定했다는 行爲) 그 當事者에게 不利한 證據로서 인정

78) McCormick, Law of Evidence § 262 § 277.

79) Smedra, v. Stanek, 187 F 2d. 892.

80) Pekelis v. Transcontinental & Western Air. 187 F. 2d 122 (1951).

이 된다.⁸¹⁾ 當事者의 一方이 제 3자가 어떤 發言을 하는 것을 들었다는 事實만으로는 그가 그 사람의 發言을 肯定했다고 인정할 수는 없고 더 나아가 그와같은 發言(들었다는 發言)을 하게 된 狀況의 事情을 參酌하지 않으면 안된다. 이와같은 援用의 問題는 保險受益者가 保險金의 請求를 위해서 提出하는 死亡 또는 不具를 證明하는 文書(例컨데 醫師의 診斷書, 檢屍官의 死體檢案書)를 오히려 保險會社가 保險受益者에게 不利한 證據로 提示하는 경우에 往往 問題가 된다. 保險受益者가 保險金 請求時에 이러한 文書를 함께 提出했다는 事實만으로도 볼 때 그가 이러한 文書들을 援用했다고 볼 수 있을지 모른다. 그러나 實際에 있어서는 이러한 推理가 非現實的인 경우가 종종있다. 例컨데 保險受益者가 그가 添付하는 書類의 內容을 否認하는 경우 또는 그 書類들이 그가 添付한 다른 書類의 內容과 明白히 相衝될 때 같은 것이다. 또 添付된 醫師의 診斷書 같은 文書가 保險約款에 의하여 要求되고 있을 때 保險受益者가 그의 選擇이나 意思에 의하지 않고 그러한 文書를 添付하게 되는 경우도 있고 심지어는 保險會社側에서 미리 作成해놓은 書類에 署名만 해서 提出하는 경우도 있을 수 있기 때문이다. 判例는 大體로 一應 이러한 경우에 援用으로 認容을 하고 있으나 上記한 具體의 事例에 대한 態度는 各樣이다.

다음에 문제되는 것은 當事者가 證據로서 어떤 文書를 提出하는 것은 그 文書의 內容을 援用한 것으로 그 後의 別個訴訟에서 불수 있을 것인가? 하는 問題이다. 例컨데 當事者一方이 證言錄取書(deposition, 公判前段階에서 宣誓受領能力 있는 者 앞에서 宣誓하고 말한 文書를 錄取한 書類)나 公判前段階에서 作成된 證言書(Affidavit, 公判前段階에서 眞實인 것을 誓約하고 作成한 陳述書)를 그 담겨진 內容의 眞實을 立證하기 위하여 提出한 경우에는 그는 우선 그 內容을 알고 提出하였을 것이고 아마도 그 內容이 自己에게 有利하다고 判斷하여 提出하였을 것이기 때문에 이러한 證據는 後의 訴訟에서 그에게 不利한 證據로서 相對方에 의하여 提出될 수 있을 것이다.⁸²⁾ 그러나 證言에 관하여도 같은 結論을 내릴 수 있을 것인가의 문제는 自明한 것은 아니다. 즉 어떤 訴訟에서 當事者一方이 어떤 證人을 申請해서 그 證人이 그가 立證하고자 하는 바에 관하여 滿足할 만한 證言을 했을 때 이러한 證言은 後의 訴訟에서는 이른바 援用된 承認으로서 인정할 수 있을 것인가? 判例는 이를 인정하고 있다.⁸³⁾ 그러나 問題는 이러한 證言을 援用된 承認으로 提出하는 別訴의 當事者는 그 證言이 그 證言을 申請했던 前訴의 當事者가 立證하려는 內容의 것인지 아닌지를 어떻게 立證할 수 있을 것인가 하는 問題에 歸着된다. 證人에 관한 訊問事項은 大體는 解答의 열쇠를 提示하는 單答式의 質問의 形式(證人에게 “네”라는 答만이 필요하도록 設問)을 取하는 것이 常例이기 때문에 이와같은 경우에는 아무런 問題가 없다. 또 그렇지 않은 경우에도 反對訊問에 대한 答은 어떠한 경우에도

81) Uniform Rule § 63(8).

82) Richards v. Morgan 10, Jurist N.S. 559.

83) Bageard v. Consol. Traction Co., 64 N.J.L. 316 45.

그 證人을 申請한 쪽이 希望했던 答으로 看做할 수는 없다. 以上과 같은 明白한 경우 以外에 는 證言에 관하여는 援用된 承認으로 斷定하기 어려운 경우가 많을 것이다. 그러면 이와같은 當事者一方의 行爲를 제3자가 한 發表를 援用할 것으로 볼 것이냐 아니냐 하는 先決問題는 어떻게 決定할 것인가? 그것은 判事가 결정할 수 밖에 없다. 왜냐하면 一般的으로 事實에 관한 先決問題를 결정하는 機能은 判事에게 주어져 있다고 보아야 하기 때문이다. 判事가 그렇게 인정하지 않는 限 그것은 證據로 인정될 수가 없다.⁸⁴⁾

② 沈黙에 의한 承認(Admission by Conduct) 當事者一方의 面前에서 제3자가 어떤 事實을 主張하는 陳述을 했을 때 그 當事者는 萬一 그것이 事實이 아니라면 어떠한 경우에라도 自然히 이를 否認할 것이므로, 이와같은 경우에 이를 否認하지 않았다면 이는 그가 그 陳述을 眞實이라고 믿기 때문이라고 보여지고, 따라서 이러한 證據는 그 當事者가 그러한 믿음을 沈黙에 의하여 承認하였다는 狀況證據가 될 수 있을 것이다.⁸⁵⁾ 이러한 證據가 容認될 수 있는 根據는 그 當事者가 그 陳述을 自己의 陳述로 援用을 하려고 意圖하였거나, 또는 그러한 경우에 그에게는 어떤 말을 하여야할 義務가 負荷되기 때문이라는 데 있는 것이 아니라, 그의 行動(沈黙)에 의하여 推理되는 그의 信念의 狀態에 根據를 두는 것이다.⁸⁶⁾ 이 경우에 重要한 것은 否認을 하지 못했다는 것이기 때문에, 分明치 않거나 回避的인 應答도 같은 理論에서 그에게 不利한 證據로 認容이 될 可能性이 있지만,⁸⁷⁾ 그의 全體的 反應이 明白한 否認으로 取扱되어져야 될 경우에는 이러한 默示的인 承認의 理論은 適用될 餘地가 없다.⁸⁸⁾ 같은 理由에서 周圍事情으로 보아 否認을 못한 것이 그 陳述이 眞實인 것을 믿고 있기 때문이라기 보다는 다른 事情에 因한 것이라고 推理하는 것이 自然스러운 경우에는 그 證據는 역시 排除되어야 할 것이다. 例컨대 그 陳述이 法廷에서 이루어졌기 때문에 그것을 당장에 法廷內에서 否認하는 것은 禮儀에 벗어난 경우,⁸⁹⁾ 陳述이 事故直後에 이루어 졌고 그것을 들은 當事者가 精神的衝擊 또는 負傷을 입었거나 다른 負傷者를 돕고 있었기 때문에 거기에 대한 反駁을 할 수 없었던 경우,⁹⁰⁾ 또는 辯護人의 默秘하고 있으라는 指示 때문에 가만히 있었던 경우⁹¹⁾ 같은 것들이다.

더 말할 必要도 없이 陳述에 대한 當事者의 態度를 立證하려면 그 陳述의 內容自體를 立證하여야 할 것이다.〔그러나 이 陳述에 관한 證據는 그것이 그 陳述된 內容의 眞實을 立證하려

84) Model Code of Evidence, Rule 507.

85) Comm. v. Kenney, 12 Met. 235 (1947).

86) Model Code, § 507.

87) People v. Wilson, 61 Cal. App. 611, 215.

88) Commonwealth v. Twombly, 319 Mass. 464.

89) Jones v. State, 184 Tenn. 128, 196 S.W.2d 491.

90) Gerulis v. Viens, 130 me 378 (1931).

91) People, v. McGee, 31 Cal.2d 229, 187 (1947).

는 것이 아니라 그 陳述에 대한 當事者の 沈默이나 回避의인 態度를 立證하려는 것이기 때문에 技術的으로는 傳聞證據에 該當되지는 않는다.

그러나 實際에 있어서는 陪審은 오히려 그 陳述內容自體에 끌리기 쉽다는 事實을 항상 고려하여야 할 것이다.

많은 경우에 있어서 逮捕나 拘束을 當해본 經驗이 없는 사람은, 비록 무고한 경우에도, 과연 逮捕現場에서 告發者나 警察官과 論戰을 벌여야 할 것인지 잘 判斷이 안될 경우가 있을 것이다. 그러한 경우의 沈默을 후에 不利한 證據로 인정하는 危險을 排除하기 위해 判例와 美國의 많은 州의 立法例들은 拘束된 狀態下에서의 告發者の 非難에 대해서 沈默을 지키는 것을 후에 不利한 證據로 인정할 수 없도록 規定하고 있다.⁹²⁾ 結局 當황한 被拘束者의 沈默을 誤解할 수 있는 危險과 앞에서 말한 이에 관한 傳聞法則上의 危險을 同時에 排除할 수 있는 길은 證據能力의 問題에 관한 前提的事實을 決定하는 判事의 役割에 期待하는 수 밖에 없다. 즉 陪審에게 沈默이나 回避에 관한 證據를 承認을 관가름 하는 資料로써 주어지기 위하여는 다음과 같은 事實들이 前提的事實로써 確定되어야 한다. 첫째 主張된 陳述이 實際로 있었을 것, 둘째 當事者の 沈默이나 回避가 主張된대로 實際로 있었을 것, 셋째 當事者가 그 陳述을 듣고 理解하였을 것, 넷째 나타난 모든 事情에 비추어 볼 때 當事者の 沈默은 그 陳述이 眞實임을 믿었기 때문이라고 볼 수 있었을 것 등이다. 傳統的인 英美法上의 機能分類方法에 의할 때에는 앞의 두가지 先行條件에 관한 事實은 陪審이 決定하여야 할 것이다. 그들이 만일 實際로는 그와 같은 陳述이 없었다는 事實을 發見하게 된다면 그들이 그 陳述內容에 따라서 誤導될 염려는 없을 것이다. 그러나 앞에 말한 첫번, 두번, 세번째 先行條件에 관한 限 만일 陪審이 그러한 陳述이 있었다고 判斷한다면 그들은 단지 그러한 陳述이 있었다는 事實 때문에 그 陳述內容 自體를 믿어 버릴 危險이 항상 있는 것이다. 그러기 때문에 이러한 先行條件을 決定함에 있어서는 判事의 보다큰 役割이 期待되는 것이다. 즉 判事が 그러한 前提事實들이 있고 이러한 前提事實에 따라 陪審들이 正當한 推理를 할 수 있다고 인정되는 경우가 아니면 그러한 證據는 排除되어야 할 것이다. 만일 그가 陳述과 그에 대한 當事者の 態度를 위에 달한 正當한 推理의 資料로 인정하면 그때에 비로소 陪審은 그 前提事實에 관한 證據를 判斷할 수 있을 것이다.

③ 逃走 및 그와 類似한 行動 犯行後 法網을 避하려는 被告人의 行動은 被告人이 犯罪意識을 가지고 있었고 따라서 罪의 要素인 事實을 인식하고 있었다는 狀況證據를 構成하는 이른바 行動에 의한 承認으로 인정될 때가 종종있다. 여기에 속하는 것으로서는 犯行現場으로

92) State v. Bates, 140 Conn. 326 Commonwealth v. Anderson, 245 Mass. 177 139 N.E. 4 Wigmore, Evidence, § 1072, 46 Harv. L. Rev. 1162 (1933).

부터의 逃走,⁹³⁾ 假名の 使用,⁹⁴⁾ 逮捕에 대한 抗拒,⁹⁵⁾ 逮捕警官에게 賂物을 주려고 했다는 事實,⁹⁶⁾ 拘束狀態로부터의 逃走 또는 逃走의 企圖⁹⁷⁾ 등을 들 수 있다. 이러한 證據는 狀況證據이기 때문에 그 어느 하나가 決定的 役割을 하는 것은 아니므로, 우선 그 證據를 許容할 것이냐를 決定할 權限을 判事에게 주고, 被告人으로 하여금 그 證據에 대한 否認이나 說明을 할 수 있게끔 하는 方法이 가장 實際的이고 또 合理的일 것 같다.⁹⁸⁾

④ 和解의 提議 一定額으로 紛爭을 和解하자는 提議를 했다는 證據는 그가 訴訟에서 實際로 要求할수 있는 額數를 行動에 의하여 承認한 것으로는 보지 않는다는 것이 一般的 見解이다. 그러나 이러한 和解의 提議에 관한 證據를 排斥하는 理由는 그 證據가 價値가 없기 때문이 아니라 和解에 의한 紛爭의 解決을 獎勵하려는 政策的인 점에 더 큰 理由가 있다.⁹⁹⁾ 따라서 이러한 證據는 提議者에 대한 하나의 特典으로서 證據能力이 否認되는 것이다. 어떤 것이 證據에서 排除되는가? 確定的 提議는 물론¹⁰⁰⁾이요, 和解의 示圖¹⁰¹⁾를 包含한다는 것이 判例의 態度이다. 和解示圖 過程에서의 當事者의 意見表示에 隨伴되는 意思表示는 어느 程度 이러한 特典을 받을 수 있는가? 一般的으로 承認된 原則은 協商過程에서의 事實의 承認은 그것이 假定的인 年限——例컨대 “協商만을 위하여 承認”하는 경우——또는 그 事實의 承認이 提議自體와 緊密히 關聯되어 있어서 兩者를 分離할 수 없는 경우가 아닌 限 證據에서 排除되는 特典이 賦與되지 않는다는 것이다.¹⁰²⁾ 같은 理由에서 P와 D사이의 訴訟에서 D가 제3자인 T에 대하여 같은 過程에서 일어난 損害의 賠償을 求하는 訴訟에서 和解를 했다거나 提議 했다는 證據는 責任을 “默示的으로 承認한” 證據로는 되지 않는다는 것이 支配的 見解이다.¹⁰³⁾ 被疑者가 證人을 質受하려는 提議는 和解의 提議와는 달리 政策的 配慮가 따를 餘地가 없는 것이기 때문에 默示的인 承認(an implied admission)에 대한 證據로서 容認된다.¹⁰⁴⁾ 그러나 國家에 대하여 寬大한 處分을 바라는 대신에 起訴認否(plea)에서 有罪(guilty)를 인정하겠다는 提議는 刑事政策的인 配慮下에 證據能力이 否認되는 特典이 인정되고 있다.¹⁰⁵⁾

93) State v. Ford, 109 Conn. 490, (1929).
 94) People v. Woller, 14 Cal. 2d. 693.
 95) People v. Flannelly, 128 Calif. 83 (1900).
 96) Cortes v. State 135 Fla. 589 (1938).
 97) People v. Arnold 199 Calif. 471 (1926).
 98) Goforth v. State, 183 Ala. 66 (1913).
 99) Wartell, v. Novograd, 49 R.J. 191.
 100) Outlook Hotel Co. v. St. John. 287. F. 115 (1923).
 101) Wood, v. Morrissey, 31 F. Supp.
 102) Home Ins. Co. v. Baltimore Warehouse Co. 93 U.S. 527, (1876).
 103) Hawthorne, v. Eckerson Co. 71 F. 2d 844, (1935).
 104) Grace v. Comm. 302 Ky 796, (1946).
 105) Benett v. Comm. 234 Ky 333 (1930).

3. 利益에 反하는 發言(Declaration against interest)

(1) 概念 法廷外 發言이 當事者 이외의 第三者에 의하여 이루어지고 그 表示者가 現在 證人으로서 法廷에 나올 수 없는 事情이 있을 뿐 아니라 그 法廷外 發言이 이루어 졌을 當時의 事情으로 보아 表示者의 利益에 顯著히 反하기 때문에 그가 그 表示된 바가 眞實이라고 믿지 않는 한 그러한 表示를 할 理가 없다고 보여질 때는 그 法廷外 發言(하나의 傳聞證據)은 例外的으로 證據能力이 認定된다. 이 경우에는 大部分의 傳聞法則의 例外的인 경우에서와 같이 첫째로는 眞實性的의 保障(眞實이 아니면 自己利益에 反하는 表示를 할 理가 없다는 保障)이 있고 둘째로는 必要性(現在 表示者가 顯出不能이기 때문)이 있기 때문이다. 判例 가운데는 往往 이 利益에 反하는 發言을 當事者의 承認(Admission)의 경우와 混同하는 경우가 있다. Wigmore의 見解¹⁰⁶⁾에 따라 兩者를 區別하면 承認의 경우에는 利益에 反하는 發言의 要件을 하나도 具備할 必要가 없다고 한다. 즉 承認을 當時에는 表示者의 利益과 그 承認된 內容이 背馳될 필요가 없고 承認을 한 當事者의 顯出不能을 要하지 않는다 또 利益에 反하는 發言은 當事者 아닌 第三者에 의하여 이루어 지는데 承認은 當事者나 當事者와 같이 取扱할 수 있는 사람에 의하여 이루어질 것이 要求된다.

(2) 證據能力이 認定되기 위한 要件

利益에 反하는 發言으로서 例外的으로 證據能力이 認定되기 위하여는 다음과 같은 要件이 具備되어야 한다.

① 金錢的 또는 財産的 利益에 하는 發言일 것

(A) 傳統的인 見解에 의하면 이러한 例外로서 認定될 수 있는 “利益”이라는 것은 金錢的(pecuniary) 또는 財産上(proprietary)의 利益에 局限된다고 한다. 一般的으로 認定되고 있는 財産上 利益의 例로서는 表示者가 特定土地나 不動産을 所有하고 있지 않다고 하는 表示¹⁰⁷⁾ 또는 그것은 讓渡해 버렸다고 하는 表示¹⁰⁸⁾ 등을 들 수 있다. 典型的인 金錢利益에 反하는 表示의 例로서는 表示者가 빚을 지고 있다는 表示의 경우이다.¹⁰⁹⁾ 이 事實의 認定은 그 自體만으로서는 利益에 反하고 또 그가 債務를 지고 있다는 證據로 提示될 수 있는 可能性이 明白하다. 좀 덜 明白한 경우로서는 表示者가 債務의 辯濟의 意味로서 金員을 受領했다는 事實을 認定할 경우는 利益에 反하는 表示로 取扱되고 있다.¹¹⁰⁾

106) 5 Wigmore, Evidence § 1475.

107) In re Thomson, 205 Fed. 556.

108) Dean v. Wilkerson, 126 Ind. 338 (1890).

109) German Ins. Co. v. Bartlett, 188 Ill 165 (1900).

110) Palter Cap. Co. v. Great Western Life Assur. Co. (1936) 2 D.L.R. 304.

이 경우에는 金錢의 支拂事實을 그 金錢의 授受가 있었던 時點에서 볼 때에는 이는 受領者(위의 경우의 表示者)에게 有利한 듯 하지만, 그 發言은 回顧的 立場에서 볼 때에는 이는 債權의 消滅 또는 減縮의 證據이기 때문에 表示者의 利益에 反하는 것이라고 한다.¹¹¹⁾ 물론 他人을 위하여 保管을 하는 意味로 받은 金員의 受領은 債務의 承認이기 때문에 利益에 反한다고 볼 것이다.¹¹²⁾ 같은 理由에서 信託의 의미로 金錢을 받았다고 하는 것도 利益에 反한다. 그러나 英國에서는 利益에 反한다고 하는 경우가 債務나 財産에 狹少하게 局限되어 있는 데 比하여, 美國에서는 利益에 反하는 경우를 不法行爲¹¹³⁾나 契約不履行¹¹⁴⁾으로 인한 損害에 대한 責任을 발생시킬 事實을 承認하는 경우까지를 包含하는 것으로 取扱되고 있다.

(B) 刑事上の 利益에의 擴張 1814年 英國의 貴族院(House of Lords)은 先判例를 無視하고 Sussex Peerage Case에서 自己의 犯罪를 自白한 發言을 利益에 反하는 意思表示로서 받아들여질 수 없다고 判示하였다. 따라서 이 判例는 傳聞法則의 이 例外를 物質的인 利害關係있는 事件에 局限시키는 데 있어서 다른 어떤 判例보다도 많은 影響을 주었다. 이 判例는 美國에서 많이 踏襲되었다.¹¹⁵⁾ 民事事件의 判例 가운데는 第三者의 犯罪의 自白을, 特定犯罪는 同時에 民事上의 不法行爲가 되기 때문에 그에 관한 表示는 物質的 利害關係에 反한다고 하는 多少 架空的인 理論下에, 이를 證據로서 認定(따라서 傳聞法則의 例外로서 認定)한 것이 있다.¹¹⁶⁾ 刑事事件에 관한 自白을 利益에 反하는 意思表示에서 除外하는 것은 正常한가? 적어도 信憑性에 관한 限 刑事處罰을 받게 될 事實의 認定이 債務의 認定보다 덜 艱難하다고 볼 수는 없을 것이다.結局 自白을 除外하는 理由는 이를 證據로 認定하면 있지도 않았던 自白들에 관한 數多한 虛偽證言들이 나올 것을 憂慮한 政策의 配慮에 있을 것이다. 그러나 Wigmore가 指摘¹¹⁷⁾하는 바와 같이 偽證의 危險을 根據로 하는 論議는 妥當치 못하다. 왜냐하면 偽證은 證言에는 언제나 內包되는 危險이지 自白에 관한 證言에서만 特히 問題될 것은 아니기 때문이다. 그는 더 나아가 “무고한 사람이 自己의 無罪를 立證하는 것을 妨害하는 原則은 비록 그것이 다른 一面에서는 罪지은 者가 無罪가 되지 못하도록 妨害하는 長點이 있다하더라도 나쁜 原則이다”라고 痛駁하고 있다. 이러한 學界의 努力에 힘입었음인지 少數의 判例가운데는 차차 刑事利益에 反하는 表示를 除外하는 原則을 緩和하는 判例가 나오기에 이르렀다.¹¹⁸⁾ 한걸음 더 나아가 이 原則을 物質的인 利害關係에 局限시키는 것 自體도 再考되어야 할 것이다. 이런 意

111) Coffin v. Bucknam, 12 Me. 471, 473(1835).

112) Manning v. Lechmere, 1 Atk. 453.

113) Pennsylvania R. Co. v. Rochinski, 158 F. 2d (1946).

114) Jefferson, 58 Harv. L. Rev.

115) Donnelly v. United States, 228 U.S. 243. (1913).

116) Weber v. Chicago, R.I. & P. Ry. Co. 175 Iowa 358 (1915).

117) 5 Wigmore, Evidence § 1477.

118) People v. Lettrich, 413 Ill (1952).

味에서 表示者の 社會的 體面을 損傷시킨 事實을 認定한 것을 이른바 社會的 利益에 反하는 表示로 이 原則에 따라 證據로 받아 들인 判例¹¹⁹⁾는 注目할 만 하다.

② 表示者の 顯出不能 表示者가 法廷에 나올 수 없는 事情이 있어야 그의 利益에 反하는 表示는 例外로 證據能力이 인정된다는 것이 英國에서 確立된 判例이다. 특히 그 顯出不能의 事由로서는 死亡만이 인정되었으나 그 후에 精神異狀의 경우가 포함되게 되었다. 그러나 身體的인 障礙,¹²⁰⁾ 管轄內의 不在,¹²¹⁾ 發見不能, 기타의 證人을 出顯시킬 수 없는 모든 경우가 包含되어야 할 것이다.

③ 虛偽發言을 할 動機가 없을 것 이 例外를 認定할 수 있는 前提要件의 하나로 事實을 歪曲할 動機가 없을 것¹²²⁾을 要求한다는 것이 一般的 見解이다. 따라서 一面에 있어서는 自己利益에 反하더라도 다른 一面에 있어서는 自己利益과 一致될 때는 그 發言은 事實을 歪曲하였을 可能性이 있기 때문에 利益에 反하는 表示로 볼 수 없다.¹²³⁾

4. 臨終時의 發言(Dying Declarations)

(1) 概念 죽음에 臨迫한 사람이 自己의 죽음에 관하여 한 發言은 傳聞法則의 例外로서 認定된다. 이 例外는 傳聞法則의 例外中에서도 가장 오래된 것으로서 거의 傳聞法則의 發生과 同時에 發生한 것으로 看做되고 있다. 이 例外의 根據는 죽음에 臨迫한 者는 眞實을 말하는 것이 普通이라는 信念에 있다. 따라서 McCormick이 指摘하는 대로 이 傳聞法則의 例外는 法廷外發言에 대하여 例外的으로 證據能力이 認定되는 傳聞法則의 例外中에서도 그 理論의 根據가 가장 神秘的이고 그 限界가 가장 恣意的인 것이다”(mystical in its theory and the most arbitrary in its limitations).¹²⁴⁾

(2) 證據能力이 認定되기 위한 要件

① 發言者는 自己의 죽음이 臨迫한 것을 意識하고 發言하였을 것 發言者는 그 發言當時 自己의 죽음이 臨迫한 것을 알고 있어야 할 뿐 아니라, 그러한 確信을 가지고 있었어야 한다.¹²⁵⁾ 죽음에 臨迫했다는 事實을 알고 있으면 사람은 眞實을 말하게 되는가 하는 問題에 대하여는 論議가 있을 수 있을 것이다. 이것은 또한 證明을 할 수 있는 것도 아니다. 다만 죽음에 대한 確信(蓋然性이 아니라)은 嚴格하게 要求되는 要件이다. 그리고 대개는 이 죽음에

119) State v. Alcorn 7 Idaho 599.

120) Griffith v. Sauls 77 Tex 930 (1890).

121) Walnut Ridge Merc. Co. v. Cohn 79 Ark. 388 (1906).

122) German Ins. Co. v. Bartlett, 188 Ill. 165 58 N.E.

123) Demasi v. Whitney Trust & Savings Bank 176 So. 703.

124) McCormick, Law of Evidence § 258.

125) People, v. Tilley 406 Ill 398. (1950).

대한 確信은 그 自身の 臨終時의 말을 通하여 立證되는 것이 普通이나, 때로는 負傷의 致命度¹²⁶⁾ 醫師나 기타 사람들의 患者에 대한 希望이 없다는 告知¹²⁷⁾ 등과 같은 狀況에 의하여 立證되는 경우도 있다.

만일 發言者가 臨終을 意識하고 있었는지 分明치 않거나 反對證據에 의하여 다투어지고 있을 때에는 어떻게 할 것인가? 누가 이 前提要件을 決定하는가? 傳統的 慣例로서는 이러한 모든 問題는 判事가 決定을 한다는 것이고 美國의 大部分의 判例도 이에 따르고 있다.¹²⁸⁾ 그러나 다른 一部の 判例들은 發言者가 죽음이 臨迫했다고는 것을 알고 있었는지를 常識을 가진 一般人이면 判斷할 수 있을 정도의 內容이 그 發言 自體에 內包되어 있을 때는 證據能力을 認定한다는 것이다.¹²⁹⁾ 그러나 이 때에도 判事は 陪審에게 死者가 發言當時 臨終을 意識하고 있었다고 보여지지 않는 限, 그 發言을 全體的으로 無視하라는 것을 顯示하여야 한다는 것이다. 그러나 陪審이 關心을 가지고 있는 것은 證據能力의 問題가 아니라 被告人의 有, 無罪이기 때문에, 그 發言의 內容이 眞實이라고 陪審에게 여겨지는 狀況이 있을 때는 위와 같은 判事의 顯示가 效果를 낸다고 期待하기는 어려운 것이다.

다음으로 發言者는 죽음을 意識하고 있을 뿐 아니라, 證據가 提出된 當時에는 실제로 죽어 있지 않으면 안된다.¹³⁰⁾ 그러나 發言을 한 後 곧 죽어야 하는 것은 아니고, 몇달 後에 죽은 때에도 無妨하다.¹³¹⁾ 다만 必要한 것은 發言者가 자기의 죽음이 臨迫했다고 意識하고 있어야 된다는 것이지 실제로 發言 後 곧 죽어야 하는 것은 아니다.

② 證據로 認定될 수 있는 訴訟——殺人事件에서만 使用될 수 있다고 하는 制限 英國에서의 慣行에 의하여 確立된 가장 恣意的인 要件의 하나는 臨終後의 發言은 殺人을 다루는 刑事事件에서만 證據能力이 인정된다는 것이다.¹³²⁾ 判例들은 民事事件¹³³⁾에서 臨終時의 發言의 證據能力을 認定치 않을 뿐 아니라 殺人事件 以外の 刑事事件에서도 그 證據能力을 認定치 않는다. 그리하여 落胎¹³⁴⁾ 強姦¹³⁵⁾事件에서 女子가 그 後에 死亡한 경우에도 臨終時의 發言을 證據

126) Bland, v. State, 210 Ga. 190.

127) Sisk, v. State 182 Ga. 448.

128) Comer v. State, 212 Ark. 66 (1947). Tillman v. State 44. So. 2d 644 (Fla. 1950) People v. Hubbs 401 Ill. (1949).

129) Emmett v. State, 195 Ga. 517 (1943) People v. Denton 312 Mich 32 (1945).

130) State v. Carden 299 N.C. 404 (1936) 5 Wigmore, Evidence § 1431.

131) Emmett v. State 195 Ga (1943. 3個月半만에 죽었는데 認定) People v. Denton 312 Mich. 32 (1945. 11日後 死亡)

132) People v. Stison, 140 Mich, 216 (近親相姦의 事件에서 除外) Taylor v. Comm. 122 Va. 886. (1918) 暴行事件에서 除外

133) Prudential Ins. Co. v. Keeling's Adm'x, 271Ky. 558 (1938). (生命保險會社에 대하여 致命的인 負傷에 대한 二重의 補傷을 要求한 事件)

134) Winfrey v. State 174 Ark. (1900) (死亡이 犯罪의 要件은 아니지만 輕重을 左右하게 되는 事件에서 證據能力 不認定) 그러나 落胎에 의한 殺人의 境遇에는 證據能力을 認定한 事例가 있다. State v. Yochelman, 107 Conn. 148 (1927).

135) Frogge v. Comm., 296 Ky. 726 (1944).

로 認定하지 않았다. 이와 같은 不必要한 要件의 制限은 아마도 臨終時의 發言은 비록 信用性의 保障이 있다고 하더라도 陪審에 의하여 너무나 感情으로 다루어질 憂慮가 있다고 判事들이 생각했기 때문일 것이다.¹³⁶⁾

그러나 陪審의 感情이 死亡을 原因으로 한 民事事件이나 落胎罪의 起訴事件에서는 덜 衡擊的이라고 斷定할 수 있을까? 殺人事件에서는 被害者가 死亡하기 때문에 殺人者가 證據不充分으로 無罪가 되는 것을 막기 위하여는 被害者의 입을 통하여 나온 臨終時의 發言을 證據로 認定하여야 할 「必要性」이 있다는 것이 殺人事件에서 證據能力이 認定되는 有力한 根據이지만, 이러한 必要性은 殺人事件에서만 認定될 수 있는 것이냐 하는 점이 問題된다. 이러한 不合理한 制限의 不當性은 強姦, 落胎, 近親相姦, 強盜와 같은 死亡을 結果하거나 死亡이 뒤따를 수 있는 暴力犯罪에 있어서 被害者의 臨終時의 發言은 그 起訴內容이 死亡에 관한 것이냐, 또는 死亡을 隨伴한 別個의 犯罪(前例에서 強盜, 強姦)이냐에 따라 證據能力이 認定되기도 하고, 認定되지 않기도 한다고 하는 結論에서 明白히 看取될 수 있다. 例컨대 Rex v. Mead 事件에서 僞證事件으로 起訴된 被告人이 僞證事件에 관하여 有罪判決을 받고나서 檢事를 殺害하였던 바 그 僞證事件의 再審事件에서 그 檢事의 僞證事件 搜查經緯에 관한 臨終時의 發言은 證據能力이 否認되는데 反하여(殺人事件이 아니기 때문), 같은 臨終時 發言의 一部分인 그 檢事가 被告人에게 狙擊을 당한 經緯에 관한 發言部分은 그 被告人의 檢事に 대한 殺人事件에서는 證據能力이 認定되었다. 이는 前述한 要件의 당연한 결론이지만 檢事의 臨迫한 死亡의 認識이 그의 狙擊에 관한 陳述의 眞實性을 擔保했다면 그의 僞證에 관한 陳述에는 왜 그와 똑같은 眞實性의 擔保가 없다고 斷定할 수 있는가 하는 疑問에 대하여 判例는 아무런 說明을 하지 못하고 있다. Rex v. Hutchison 事件에서 被告人은 임신한 婦人을 流産시키려고 州의 制定法이 禁止하는 藥物使用을 하다가 그 婦人을 死亡케 하였다. 被告人에 대한 前示 制定法違反 刑事事件에서 위 死亡한 婦人의 臨終時의 發言은 그 證據能力이 否認되었었는데, 그 事件이 婦人에 대한 殺人(homicide)事件이었다면 당연히 證據能力이 認定되었을 것이 아닌가? 콕크(Coke)卿은 Common Law야 말로 人間의 理性의 精華(the perfection of human reason)이라고 定義했지만, 그가 말한 Common Law는 實體法으로서의 Common Law인지는 몰라도 이러한 不合理한 節次法까지는 包含하고 있지는 않을 것 같다.¹³⁷⁾

臨終時 發言의 使用에 관한 또 하나의 制限인 民事事件에서는 使用할 수 없다는 原則에 대해서도 같은 問題點들이 있다. 단일 한 臨終時의 發言의 內容이 “A가 利害關係가 있는 權利文書(또는 遺言狀)을 내가 變造했기 때문에 A가 나를 썼다”는 것이었다면, 그 發言은 A에 대한 殺人事件에서는 當然히 證據能力이 認定되는데 反하여, 그 僞造되었다는 權利文書의 眞

136) McCormick 前掲書 p. 556.

137) Howard L. Smith “Dying declaration” 3 Wis L. Rev. 193.

否를 다루는 民事訴訟에서는 證據能力이 인정되지 않을 것이다. 이러한 不合理的 Barfield v. Britt 事件에서 잘 나타나 있다. 被告가 “原告가 어떤 사람을 殺害했다”는 內容의 虛偽事實을 流布했다는 것을 理由로 하는 名譽毀損에 관한 民事訴訟에서 殺害된 사람의 臨終時의 發言은——그것이 단일 被告의 殺人을 다루는 刑事事件이었다면 그를 死刑場으로 보내기에도 充分한 證據였음에도 不酌하고——그 訴訟이 民事訴訟이라는 단 한가지 理由로 證據能力이 否認되었었다.

③ 死亡한 發言者와 訴訟의 關係 그 發言者의 死亡을 다루는 刑事事件에서만 使用될 수 있다고 하는 制限, 臨終時의 發言에 관한 또 하나의 不合理的 制限은 臨終時의 發言은 그 發言者의 死亡을 다루는 刑事事件에서만 證據能力이 인정된다는 것이다. 따라서 男便과 아내를 同時에 殺害한 한 被告人의 刑事事件에서¹³⁸⁾ 被告人이 男便의 殺害에 대하여만 起訴가 되었기 때문에 被告人을 殺害者라고 確認한 아내의 臨終時의 發言은——그 訴訟이 아내의 死亡을 다루는 事件이 아니었다는 理由로——證據能力이 否認되었었다. Wigmore는 이 結論을 痛駭하여 말하기를 “단일 우리 證據法에서 힌트를 얻지 않은 사람이라면 이보다 더 不合理的 法則을 생각해 낼 수는 없을 것이다”라고 하였다.¹³⁹⁾

④ 臨終者의 發言의 內容이 그의 死亡에 관한 것일 것 臨終時의 發言의 證據能力에 관한 또 하나의 不合理的 制限은 그 發言內容이 自己의 被擊當時의 狀況이나 이와 時間的으로 近接密着되어 있는 事件에 관한 것이라야 한다는 것이다. 따라서 被擊直前의 事件이 아닌 限 發言者와 殺害者 사이에 前에 있었던 言爭에 관한 發言같은 것은 證據能力이 없다.¹⁴⁰⁾

⑤ 發言者의 死亡 臨終時의 發言이 證據로 提出될 當時에는 發言者는 죽어있어야 한다는 것은 다른 例外的 경우에도 볼수 있는 것이다. 證據로 提出할 當時에 發言者가 死亡하였으면 그 發言을 檢察側 證據로서 提出될 수도 있고 被告人側 證據로서 提出될 수도 있다.¹⁴¹⁾

⑥ 기타 證據法上の 制限 위에 말한 臨終時 發言에 관한 固有의 制限以外에 證據法一般의 制限이 適用되는 것은 當然하다. 따라서 단일 發言者가 그가 말한 內容을 잘 觀察할 機會가 있었을 것이라고 보여 지지 않는 狀態下에서 이루어졌으면 그 發言은 證據能力이 없다.¹⁴²⁾ 이 原則은 종종 意見排除의 原則(opinion-rule)과 混同되어 意見を 內容으로 한 臨終時의 發言은 排除된다는 判示로 나타날 때가 있다. 그러나 意見排除의 原則은 法廷에서의 證人의 證言

138) Westbery v. State, 175 Ga. 115 (1932).

139) 5 Wigmore, Evidence § 1433.

140) Smith v. Comm, 236 Ky. 736 (被告人이 前에 臨終者의 집에 放火를 한 일이 있다는 發言이 除外된 事件). Jones v. State 236 (1951) (被告人이 그 前날 發言者를 죽이겠다고 脅迫했다는 發言이 除外된 事件)

141) Mattox v. United States, 146 U.S. 140 (1892) State v. Puetl, 210 N.C. 633 (1936).

142) Jones v. State, 52 Ark, 347 (發言者를 누가 쓰았는지 볼 수 없었던 狀況下에 있었기 때문에, A가 나를 쓰았다는 發言은 證據能力이 否認되었었다)

方法에 관한 原則이기 때문에 法廷外發言을 制限하는 原則으로서는 不適當하다.¹⁴³⁾ 따라서 그는 “아무 理由도 없이 나를 쫓다”는 臨終時 發言은 비록 意見排除의 原則에 의하면 排除되어야 할 것이 었지만……證言에 나타났을 때 이를 認容한 判例가 있다.¹⁴⁴⁾

(3) 臨終時 發言의 制限을 緩和하는 問題 (判例 및 各州의 立法에 의한 解決) 앞에서 살펴본 바와같이 臨終時의 發言의 證據能力을 規制하는 要件들 가운데는 너무나 不合理的하고 恣意的인 것이 많기 때문에 이터한 不合理的 制限의 緩和가 不斷히 要請되고 있고 美國의 各州의 立法에서 이터한 傾向은 잘 反映 되고 있다. California, Montana, Oregon, Porto Rico¹⁴⁵⁾에서는 殺人事件에서만 證據能力이 인정된다는 要件을 廢止하였다(다만 아직도 刑事事件에 局限하고 있고 그 發言內容은 死亡의 原因에 관한 것임을 要求하고 있다. Massachusetts, Missouri, New York, Ohio, Pennsylvania에서는¹⁴⁶⁾ 落胎와 強姦事件에서 인정하고 있다. 이터한 立法에서는 그 程度에 있어서 未溫의이기는 하나 그 方向에 있어서는 옳은 길을 걷고 있다고 보여진다. 이와는 反對方向의 立法例도 있기는 하다. 즉 North Carolina에서는¹⁴⁷⁾ 過失에 의한 殺人の 경우에는 인정하지만 民事事件은 물론 殺人을 除外한 모든 刑事事件에서 臨終時發言을 證據로 하는 것을 排除하고 있다. 判例가 立法을 促進할 정도로 앞서지 못하고 있는 것은 유감있지만 兇兇에는 실로 括目할 만한 破格的인 判例가 있다. Kansas 大法院은 臨終時 發言의 證據能力을 制限하는 拘束을 깨뜨리고 容容하게도 다음과 같이 宣言하였다.¹⁴⁸⁾ “우리는 아무런 合理的 根據없이 形成되고 無批判한 追從의 結果로서 이루어진 한 司法의 慣行인 證據 制限原則(臨終時의 發言의 證據能力을 制限하는 原則을 말함)과 對決하지 않으면 안되게 되었다”. 그리고 나서 同法院은 死亡한 賣渡人의 遺言執行人이 買受人을 相對로 提起한 所有物 返還請求訴訟인 위 事件에서 死亡한 賣渡人의 그 “物件을 賣渡한 것이 事實”이라고 하는 臨終時發言의 證據能力을 인정하였다. 이 判決에서 오직 한 判事만이 反對를 하였는데 그의 反對의 理由는 단지 이것은 너무나 重大한 變更이기 때문에 立法을 通하여 이루어져야만 할 것이라는 것이었다. Wigmore에 의하면¹⁴⁹⁾ “이터한 制限은 아무런 理性的 規制가 없었던 前世紀에나 妥當했던 것이기 때문에 立法에 의하여 全面的으로 撤廢되어야 한다”는 것이다. 이터한

143) Comm. v. Plubell, 367 Pa. (1951) Pendleton v. Comm. 131 Va.

144) State v. Saunders 14 Ore, 305 Finley v. State, 92 Tex. Cr. 543 (“그는 冷血漢 처럼 나를 쫓았다”는 發言을 인정)

145) Cal. C.C.P. 1872, Sec. 1870, Par. 4. Mont. Rev. Code 1921, Sec. 10, 531 Par. 4. Oregon Laws 1920, Sec 727 Par. 4. Parts Rico Rev. St & C. 1911, Sec. 1403, Par. 4.

146) Mass. St. 1889. C. 100, Gen. L. 1920, C. 233, Sec. 64 Mo. St. 1907, p.245 Rev. St. 1919, Sec. 4034 N.Y. St. 1875 C. 352 St. 1909 C. 66 Sec. 1, p.85. Ohio St. 1910 p.210, Gen Code Annot. 1921, Sec. 12, 412. Pa. Sr. 1895, June 26, Dig. 1920 Sec. 10, 361.

147) St. 1919, C. 29.

148) Thurton v. Fritz 91 Kan. 468 (1914).

149) 5 Wigmore. Evidence § 1436.

學界의 論議에 輸入되었음인지 美國의 證據法統一案(Uniform Rules of Evidence)¹⁵⁰⁾은 아무런 制限없이 “臨終時의 發言은, 發言者가 자기의 死亡이 臨迫하였고 回復의 希望이 없다는 것을 알고 自發的으로 한 것이라고 判事가 인정할 수 있을 때에는 그 發言者가 死亡하여 證言할수 없는 경우에 限하여 證據能力이 있다”고 規定하고 있다.

5. 即時的인 發言 (Spontaneous Declarations)

(1) 身體的 狀態에 대한 發言 (Declarations of bodily condition)

① 發言者의 身體上의 感覺, 症狀, 狀態 등에 대한 發言 苦痛이나 기타의 感覺처럼 發言者의 現在의 身體上의 狀態나 症狀에 대한 發言은 傳聞法則의 例外로서 證據能力이 인정된다. 이 證據의 信憑性은 發言當時에 發言者에게 現存하는 狀態를 그 內容으로 한다는 그 即時性(spontaneous quality)에 있다고 한다.¹⁵¹⁾ 그러나 現在의 症狀를 表現하는 말이 모두 即時的으로 이루어 지는 것은 아니고 때로는 計算된 誤答도 있을 수 있기 때문에 그 信憑性이라고 하는 것은 다만 相對的일 뿐이다. 다만 大部分의 그러한 發言은 誠實性이 있고 即時的으로 이루어진다고 하는 것 뿐이다. 또한 그러한 發言은 即時的이기 때문에 歪曲과 計算이 作用할 수 있는 現在의 證言보다 證明力이 더 크다고 하는 事實때문에 비록 現在에 그 發言者를 法廷에 顯出し킬 수 있는 경우에라도¹⁵²⁾ 그 당시의 傳聞的 發言을 證據로 할 필요가 있다고 하는 特別한 “必要性”까지를 具備하게 되는 것이다.

傳統的이고 支配的인 見解는 이 種類의 證言은 반드시 醫師에 대해서 이루어질 必要는 없고 家族, 親知, 기타 사람들에 대하여 이루어져도 無妨하다는 것이다.¹⁵³⁾ 現在狀態에 대한 發言에 局限하기 때문에 過去의 苦痛이나 症狀¹⁵⁴⁾, 現症狀의 原因이 되는 過去에 일어난 事件¹⁵⁵⁾ 등은 모두 除外된다.

大部分의 見解는 이러한 例外로 證據能力이 인정될 수 있는 發言은 身體的 狀態에 대한 “自

150) U.R. 63 Sub 5.

151) 6 Wigmore, Evidence § 1714

152) 그러기 때문에 이 例外의 경우에는 다른 경우와는 달리 原陳述者의 顯出不能이라고 하는 要件은 필요없다.

153) De Witt v. Johnson, 170 Okl. 625 (1935) (父母에 대해서 이루어진 경우) Frangos v. Edmunds, 179 Ore. 557 (1946) (妻에 대해서 이루어진 경우) Bagley v. Mason og Vt. 175 (1896) (參席者에 대해서 이루어진 경우)

154) Lowery v. Jones 219 Ala. 201 (1929) Martin v. P.H.Hanes Knitting Co, 189 N.C. 644 (1925) 그러나 判例 가운데는 “現在”의 症狀에 과거를 포함시킬 때가 있다. Hortford Accident & Indemnity Co. v. Baugh 87 F 2d 240 (1937) (“그가 내 病院에 와서 침에 피가 섞여 나왔다고 말했다”는 證言을 인정)

155) Roth v. Traveclers Protetive Ass'n of America (1909) 102 Tex. 214 (“木板에 넘어져 골치기 아프다”고 말했다는 證言中 앞의 部分을 인정치 않고 뒤의 部分만 인정했다)

然스럽고 卽時的인”(natural and spontaneous) 表現일 것을 要求하고 있으나¹⁵⁶⁾ 어떤 表現이 여기에 該當하는가에 대하여는 明白한 基準이 없다. 따라서 判事가 그의 判斷으로 그 當時의 周圍事情과 發言內容을 綜合的으로 考察하여 決定할 수 밖에 없을 것이다.

(2) 治療를 받기 위한 目的으로 醫師에게 한 身體狀態에 대한 發言 治療를 받으러 가서 患者가 醫師에게 한 現在의 身體狀態에 관한 말은 거의 全般的으로 그 말하여진 事實에 관한 證據로서 인정되고 美國의 몇몇개 州에서는 이러한 狀況下에서 말하여진 身體狀態에 관한 말만이 證據로 인정된다. 醫師에게 한 身體狀態에 대한 말은 大概是 質問에 대한 對答으로서 이루어 지는 것이기 때문에 家族이나 親知에게 한 경우 보다는 그 “卽時性”은 薄弱하지만 그 代身 患者들은 올바른 治療는 正確한 症狀의 告知에 의하여만 可能하다고 一般的으로 믿고 있다고 하는 事實로 부터 推理되는 새로운 信憑性이 追加된다. 그러기 때문에 이 경우에는 證言을 만들기 위하여 醫師에게 찾아간 경우에서 要求되는 것과 같이 主觀的 症狀는 排除된다고 하는 要件은 없다.

診察中에 한 말의 信憑性은 相當히 強한 것이기 때문에 一部 判例들은 傳聞法則의 例外를 患者가 治療中에 醫師에게 말한 過去의 症狀에까지 擴張하려는 것이 있다.¹⁵⁷⁾ 確實히 그러한 發言은 醫師의 所見을 形成하는 데 필요한 것이기 때문에 周圍事情에 비추어 보아 誠實하게 이루어졌다고 判斷될 때는 證據로 받아 들여도 좋을 것이다. 또 過去의 症狀뿐 아니라 한걸음 더 나아가 病의 原因을 說明하는 病歷도 그것이 治療를 위하여 말하여진 것인 이상 같은 程度의 信憑性이 있다 할 것이다. 事實 病院의 一般的 慣行은 患者가 提供하는 病歷, 症狀에 크게 依存하는 것이고 또 患者쪽에서도 自己가 생각하는 病의 原因(例컨대 떨어졌다든가 충돌을 했든가 하는)의 報告가 治療에 影響을 준다고 믿는 것이 普通이다. 이러한 病의 內部的 原因(external cause)에 관한 發言(醫師에게 대하여 말하여졌을 때)까지를 證據로 인정하려는 一部 判例가 있으나,¹⁵⁸⁾ 大部分의 判例들은 病의 原因에 대한 說明은 비록 醫師에게 治療를 받음 目的으로 한 것이라도 證據로 할 수 없다고 規定하고 있다.¹⁵⁹⁾

(2) 心的狀態에 대한 發言(Declarations of mental state)

① 表示者의 現在의 心理的 또는 感情的 狀態에 대한 發言

身體的 苦療이나 느낌에 대한 發言을 傳聞法則의 例外로 인정하는 原則의 副產物로서 表示

156) 3 Jones, Evidence § 1213. Rogers v. City of Letroit, 289 Mich 86. (1939)

157) Meaney v. United States, 112 F2d 538 (1940) Roosa v. Ecston Loanco 132 Mass. 459 (1882)

158) Walker v. Prudential Ins. Co 127 F 2d 938 (射擊을 하다가 負傷을 입게 된 經위에 대한 說明을 認容) Comm. v. Dawn 302 Mass 255 19 N.E. 2d (1939) (落胎의 經우의 身體 條件의 說明-不認定 Beck v. Whittlesherger, 181 Mich. 463 148 N.W. 247 (1914) (어떻게 해서 손에 負傷을 입게 되었느냐에 대한 說明)

159) Goetz v. J.D. Carson Co 357 Mo. 125 (1947) (어떻게 발을 빠였는가에 대한 說明이 인정안됨)

者的 現在의 心理的 狀態 感情에 관한 發言을 傳聞法則의 例外로 인정하는 原則이 派生하게 되었다.¹⁶⁰⁾ 一般의 發言으로서는 意圖, 目的, 計劃, 動機, 同意, 知識, 믿음에 관한 發言들이다. 이러한 發言들의 信憑性도 即時性과 그들이 發言當時에 存在하는 心理的 感情的 狀態를 表示하고 있을 뿐 아니라 明白한 誠實性을 인정할 수 있는 狀況¹⁶¹⁾下에서 이루어짐을 要한다고 하는 要件으로 부터 導出된다. 그 發言들을 證據로 인정할 必要性은 表示者를 顯出시킬 수 없다는 점에 있는 것이 아니라……그것은 要件이 아니다……表示者를 지금 다시 부른다 하더라도 그의 그 當時(그 發言이 이루어졌을 當時)의 心的 狀態에 관한 記憶은 옆에서 보고 있던 사람이 表示者가 말한 것을 記憶하는 것보다 더 分明하거나 더 眞實에 가까울 수 없다는 것을 根據로 한다. 證據法에 관한 大部分의 政策的 考慮가 그렇듯이 이러한 根據도 證明할 수 없는 事項에 속하지만 如何든 이런 類型의 例外가 法院에 하나의 有用한 證據를 提供하는 것은 틀림없는 事實이다.

여기서 이러한 傳聞法則의 例外의 경우와 구별하지 않으면 안될 것은 心理的 感情的 狀態를 情況의 證明하려는 發言들이다. 즉 “나는 餘生을 New York에서 보내고 싶다”든가 “나는 내 남편을 사랑하지 않는다”라든가 하는 말과 같이 心理的 感情的 狀態를 直接 表示하는 말들은 New York에 住所를 設定하려는 意思, 남편에 대한 愛情의 喪失을 證明하기 위하여 提示 되었을 때는 傳聞證據이기도 하지만 本 例外의 경우에 該當되어 證據能力이 인정되는 것인데 比하여 “나는 New York에서 살 때 그 어느곳에서 보다 幸福했다”라든가 “내 남편은 과립치한이다”라고 한 말은 New York에 머무르려는 意圖 또는 愛情의 喪失을 情況의 證明하기 위하여 提示된 경우에는 이는 傳聞法則의 適用을 받을 餘地가 없는 單純한 情況證據인 것이다. 그러나 學界의 이러한 區別¹⁶²⁾에도 不拘하고 判例는 이를 混同하여 이 두가지를 모두 傳聞法則의 例外로서 取扱하고 있다.

이러한 傳聞法則의 例外가 그 原則을 삼켜버리지 않게 하기 위한 하나의 不可缺한 制限이 있다. 그것은 즉 表意者가 어떤 事實이 眞實이라고 “記憶”하거나 “믿는다”고 하는 發言은 證據로서 인정할 수 없다는 것이다.¹⁶³⁾

② 問題된 心理狀態 또는 感情을 나타내는 發言

實體法은 종종 權利나 責任을 어떤 心理的·感情的 狀態에 依存하게 하는 경우가 있다. 그러한 경우에는 그 “心理狀態”自體가 하나의 爭點이 된다. 즉 意圖(intent) 또는 惡意(ill-will)

160) Uniform Rules of Evidence R. 63 (12) § 265

161) Elmer v. Fessenden 151 Mass. 359 (1889) (分明히 虛偽陳述의 動機 없이 이루어진 경우에 局限)

162) 6 Wigmore, Evidence, § 1715. Hinton, Univ. Chi. L. Rev. 394

163) Cardozo 判事의 Shepard v. United States, 290 U.S. 96에서의 判示 “未來에 向한 意志에 관한 發言은 과거에 向한 記憶에 관한 發言과 嚴格히 구별되지 않으면 안된다. 왜냐하면 그러한 구별을 無視한다는 것은 곧 傳聞法則의 終末을 의미하기 때문이다.”

같은 것은 그 사람의 前의 行動이나 後의 行動을 證明하기 위한 情況證據로서가 아니라 實體法上的 權利關係 그 自體를 直接 左右하는 하나의 機能的 事實(operative fact)로서 立證이 要求되는 것이다. 心理狀態의 斷定 그 自體가 目的인 것이다. 이러한 種類의 證言들에 있어서는 傳聞法則의 例外로서 받아들여야 할 必要성과 信憑性이 가장 強力하기 때문에 判例에서 傳聞法則의 例外로 받아들여지는 데 別問題가 없다.¹⁶⁴⁾ 즉 表示者의 現在의 心理狀態를 表示者의 行動이나 기타 事實을 情況의 으로 立證하기 위하여 使用하는 경우와 같이 證明力에 관한 困難性이 여기서는 없기 때문이다. 가장 普遍的인 例로서는 特定場所에 살겠다는 意圖에 관한 表明을 住所設定에 관한 證據로 提示하는 경우,¹⁶⁵⁾ 精神의 損害에 관한 立證으로서 心理的 苦痛에 관한 發言을 提示하는 경우,¹⁶⁶⁾ 表意者의 自動車를 使用하여도 좋다는 表明을 保險約款上의 所有者의 同意를 立證하기 위하여 提示하는 경우,¹⁶⁷⁾ 動產의 讓渡時의 發言을 債權者를 詐害할 意思의 有無를 判가름하는 證據로서 提示하는 경우,¹⁶⁸⁾ 意圖에 관한 表明을 犯罪의 要件인 故意를 立證하기 위하여 提示하는 경우¹⁶⁹⁾ 등이다. 이 例外로 인정되기 위하여는 表明當時에 存在하는 心理狀態에 관한 表明일 것을 要件으로 하지만 이 要件은 心理狀態의 時間的 繼續에 관한 概念(notion of the continuity in time of states of mind)때문에 많이 緩和되고 있다.¹⁷⁰⁾ 즉 表意者가 화요일날 말하기를 나는 내일 회사일로 出張을 가겠다고 했다면 이 證據는 비단 表示者의 화요일날의 心理狀態를 立證할 뿐 아니라 다음날 旅行길에서의 旅行의 目的까지를 證明할 수 있는 것이다. 이러한 事例은 다른 心理狀態의 경우에서도 찾아 볼수 있다.¹⁷¹⁾

뿐만 아니라 繼續의 理論은 과거의 方向으로도 遡及하여 간다. 즉 遺言이 作成者에 의하여 變更된 證據가 있는 경우에 그 後에 作成者가 당초 遺言과 背馳되는 말을 했다면 前示 證據는 그 遺言變更時에 遺言을 반복할 意思가 있었다는 證據로 인정된다.¹⁷²⁾ 또한 判例는 金錢의 支拂이 贈與의 意思에 의하여 이루어졌는가 하는 問題는 授與者의 金錢授受 當時, 그 以前, 그 이후의 表明에 의하여 證明될 수 있다고 判示하고 있다.¹⁷³⁾

164) Hutchins and Slesinger, Stote of Mind in Issue, 29 Col. L. Rev. 147 (1929)

165) Matter of Newcomb, 192 N.Y. 238

166) Missouri. K. & T.R.Co. v. Linton 141. S.W. 129 (被告가 原告의 아들 의 屍體를 處理해 주겠다는 契約을 不履行한 證據로서 “그는 心臟이 터져 살 수 없다고 말했다”는 證言 인정)

167) American Employers Ins. Co. v. Wertworth, 90 N.H. 112 (1939)

168) Sanger Brothers v. Colbert, 84 Tex 668 (1892) (讓渡人이 價格을 受領하면서 빚을 갚기 위해 판다고 한말을 認容)

169) Hall v. State, 31 Tex. Cr. R. 565. (1893) (飲酒로 인한 心神喪失을 主張하는 殺人事件에서 被告人의 被害者에 대한 殺害하겠다는 脅迫을 殺人에 관한 故意로 認容)

170) Chafee “Progress of the Law Evidence” 35 Harv. L. Rev. 444

171) Ickes v. Ickes, 237 Pa. 582 (1912) (남편이 妻를 떠나기 前날 愛情의 喪失을 말한 경우에는 그가 떠난 날도 愛情이 없었다는 證據로 認容)

172) Cramhton v. Osborn, 356 Mo. 125 (1947)

173) Casey v. Casey 97 Cal. App. 2d.

③ 後の 行動을 立證하기 위한 證據로서의 意圖의 表明

지금까지 보아온 類型의 心理狀態에 관한 表明에서는 惡意, 意圖, 詐意와 같은 表示者의 心的狀態 그 自體가 直接 問題였는데 反하여(다만 例外的으로 그러한 心的狀態가 表明 前後에 계속되는 것이 問題) 여기서 問題 삼고자 하는 것은 이러한 心的狀態가 다른 行動을 證明하기 위하여 使用되는 경우이다. 이와같이 다른 外部의 事實을 證明하는 方法으로서의 意圖表明은 그 信憑도가 훨씬 적은 것이 事實이다. 왜냐하면 意圖와 行動은 언제나 一致하는 것은 아니기 때문이다. 즉 X가 Y를 죽이겠다는 表明은 X가 Y를 實際로 죽였다는 證據로서 보다는 X가 위 表明當時 Y에 대한 殺意가 있었다는 證據로서 더 價値가 있고 信憑性이 있는 것이다. 더구나 이러한 表明을 證據로 使用해야 할 必要性도 훨씬 적다. 왜냐하면 이 경우에 立證하고자 하는 바는 X 自身만이 알고 있는 X의 心的狀態가 아니라 여러 사람이 보았을 수도 있는 X의 行動이기 때문이다. 따라서 意圖의 表明을 行動으로 證明하는 것으로 使用하는 것은 表示者를 法廷에 顯出시킬수 없는 경우에 局限시켜야 한다는 強力한 提議가 있다.¹⁷⁴⁾

④ 前の 行動을 立證하기 위한 證據로서의 心的狀態의 表明

한 아내 毒殺事件에서 病中の 아내가 “내 남편이 나에게 毒을 먹었다”고 한 말이 被告人의 女는 自殺했다는 主張을 排斥하기 위한 證據로서 인정되지 않았다.¹⁷⁵⁾ 이 事件에서 Cardozo 判事は 未來에로 志向하는 意圖의 表明과 過去에로 溯及하는 記憶의 表明은 嚴格히 區別하여야 한다고 力說하고 있다. 그러한 區別이 無視될 때 “傳聞法則은 終末을 告하는 것”이라고 그는 말하고 있다. 이러한 立場은 判例에 의하여 一般的으로 堅持되고 있다. 다만 遺言事件에서만 이러한 原則이 무너지고 있다. 遺言事件에서는 表示者의 과거의 行動을 立證하기 위하여 遺言者의 表明을 證據로 하여야 할 “必要性”이 큰 것은 두말할 必要도 없다. 遺言者는 이미 죽었고 普通의 경우에 그는 事實을 가장 잘 아는 사람이거나 또는 事實을 알고 있는 唯一한 사람이기 때문이다. 그의 信憑性도 直接知識인 점과 遺言者에게는 利己의 打算이 없다는 점에 의하여 뒷받침되고 있다. 따라서 判例의 傾向은 主張된 事件이 있는 후의 遺言者의 表明은 그가 遺言을 했거나 하지 않았다는 證據로서 또는 그가 遺言을 變更했다거나 하지 않았다는 證據로서 인정하고 있다.¹⁷⁶⁾

6. 業務上 作成된 文書(Business Records)

業務上 作成된 文書는 여러가지 態樣으로 證據로 될수 있는 경우가 있다. 當事者에 의하여

174) Hutchins and Slesinger, “State of Mind to Prove an Act”, 38 Yale L.J. 그러나 여기에 反對하는 見解로서는 Hinton States of Mind and the Hearsay Rule, U. Chi. L. Rev. 394 (1934)

175) Shepard v. United States, 290 U.S. 96 (1933)

176) Gilliland v. Dobbs, 234 Ala, 364 (遺言이 있었다는 날 이후에 遺言者가 나는 遺言을 하지 않았다는 表明이 인정됨) Saliba v. Saliba, 202 Ga. Loy V. Loy 246 S.W. 2d (認定. 그러나 遺言의 內容을 인정하기 위한 證據로는 不足)

作成되고 그 내용이 現當事者の 立場과 背馳되는 것은 “承認”(Admission)으로서, 作成者가 證人인 경우에는 “記憶을 蘇生시키는 資料”로서 또는 “過去의 記憶을 收錄한 記錄”으로서 또는 “自己利益에 反하는 發言”으로 자기 證據로 되는 경우 같은 것들이다. 그러나 이러한 것들은 그 어느 것도 業務上 作成된 文書라는 獨特한 傳聞法則의 例外로서 證據能力이 인정되는 경우와는 區別된다. 그와같은 文書가 證據로 인정되는 것은 앞의 例에서 보는 것과는 달리 作成者의 顯出없이 그 文書의 記載된 內容을 立證하기 위하여 그 業務上 作成된 文書自體가 證據로 인정되는 경우를 말한다.

이러한 경우에는 그 文書는 分明히 傳聞證據이고 이러한 傳聞證據가 傳聞法則의 例外로서 證據能力이 인정되는 理由는 다음 두가지에 歸着된다. 첫째로 業務上 作成된 文書는 正確한 簿記方法에 따라 作成되는 것이 一般的 商慣例로 되어 있을 뿐 아니라 社會의 機能이 그러한 文書의 信賴에 基礎를 두고 있기 때문에 다른 어떤 記錄보다도 高度의 正確性을 가지고 있고 따라서 信憑性이 크다는 것이다. 둘째로 이러한 文書의 證據能力이 인정되는 것은 그 作成者가 死亡, 精神異狀, 行方不明 등으로 證人으로서 證言할 수 없는 경우에 限하기 때문에 이러한 事由로 因하여 이러한 證據를 使用하지 않으면 안될 “必要性”이 또한 있다는 것이다.

證據能力이 인정되는 것은 當初의 記載만이고 帳簿의 寫本이나 謄本은 證據能力이 인정되지 않는다.¹⁷⁷⁾ 이러한 制限은 當初에 作成된 記載는 그 後에 作成된 寫本보다 더 正確하다는 前提에서 나온 것이다. 그러나 많은 去來의 慣行은 오히려 販賣員, 店員, 또는 職工이 그때 그때 傳票를 作成하고 이것을 規則적으로 모아서(대개는 하루치를 마감때 모아서) 元帳과 같은 장부에 옮겨 記載하는 것이 普通이다. 이러한 경우에는 그 元帳의 記載自體를 “當初의” 記載自體로 보아야 할 것이고,¹⁷⁸⁾ 따라서 傳票와 같이 去來 그 卽席에서 作成된 文書를 求할 수 없다는 立證을 할 必要 없이 그 證據能力이 인정된다.¹⁷⁹⁾ 이 경우에는 去來當時에 作成된 傳票自體도 또한 獨立하여 證據能力이 인정되는 것은 물론이다.¹⁸⁰⁾ 뿐만 아니라 목사지를 使用하여 領收證과 備置傳票를 동시에 作成하는 경우에는 두가지 다 同一하게 當初에 作成된 것으로 보아야 할 것이다.¹⁸¹⁾

業務上 作成된 文書의 信憑性은 그러한 文書는 大概是 去來卽時作成된 것이라고 하는 事實에 크게 依存한다. 따라서 判例와 學說은 “記錄된 去來時 또는 그와 가까운 때¹⁸²⁾”, 또는 “去

177) Stark v. Burkitt (1910) 103 Tex. 437 5 Wigmore, Evidence § 1532.

178) Plummer v. Struhy, etc. Co. 23 Colo 190 (1896)

179) Banner Grain Co. v. Burr. Formers Elev. & Supply Co. 192. Minn 334 (1925) (傳票에 관한 장부는 傳票의 顯出 必要없이 證據로 할 수 있다.)

180) Southwestern Telegraph & Telephone Co. v. Pearson (1911) 137 S.W. 733

181) Lake v. Lumber Co. (1921 Tex Civil App.)

182) 5 Wigmore, 281 Mo. 247 (1920) (at or near the time of the transaction recorded)

來時 또는 그와 相當히 가까운 때¹⁸³⁾” 作成되었을 것을 要求하고 있다. 그러나 이러한 時間的인 制限은 너무 嚴格하게 適用되어서는 안되고 去來의 通念에 비추어 去來時에 作成되었다고 볼 수 있을 程度의 時間的 近接性이 있으면 證據로 인정하여야 할 것이다.

7. 公的文書(Official written statements)

(1) 理論的 根據

公務員이 그 職務를 遂行함에 있어서 그의 直接知識에 基礎해서 作成한 文書는 傳聞法則의 例外로서 證據能力이 認定된다. 그 根據는 첫째로 公務員이 그의 公務遂行中에 일어난 일을 法院에 證言하기 위하여 항상 法院에 出頭하므로써 公務에 支障을 招來하는 弊端을 막자는 것이고(必要性) 둘째로 公務員은 그의 職務에 관한 事實을 항상 올바르게 記載하여야 할 職務가 公的으로 賦與되어 있기 때문에 그러한 文書는 信憑할 수 있다는 것이다(信憑性).

(2) 證據能力이 인정되기 위한 要件

① 記錄을 할 職務 公務員의 職務範圍內에서 作成된 文書임을 要하고 따라서 問題된 事實을 記載하는 職務가 그 公務員에게 주어져 있어야 한다. 公務所에 備置되거나 記錄되므로써 公示力을 가지게 되는 文書는 그 自體로서는 私文書(英美法上の deed나 mortgage)지만은 公務員의 公的인 保管狀態에 들어감으로써 公的記錄의 一部가 되고 證據能力이 생긴다.¹⁸⁴⁾ 이러한 경우에 그 文書의 內容은 公務員이 作成하는 謄本에 의하여 證明되는 것이다. 그러나 記錄이 돼 있다는 事實만을 證明할 수 있으나 不然이면 그 內容이 眞實인 것까지를 證明할 수 없느냐에 대하여는 見解가 對立되고 있으나 大部分의 州에서는 그러한 文書의 眞正을 推定하고 있다. 秘密이 法的으로 保障된 文書도 “公文書”의 概念에 包含되고 따라서 傳聞法則의 例外가 된다는 判例가 있다.¹⁸⁵⁾ 그러나 公開가 許容되는 文書가 아니면 信憑性의 要素가 缺如되는 것이라는 것을 根據로 反對의 趣旨로 判決한 判例도 있다.¹⁸⁶⁾

② 個人的 知識 公務員이 自己의 直接知識에 의하여 作成한 文書라야 한다. 따라서 單純한 意見이나 判斷 기타 다른 사람이 自己에게 報告한 것을 記載한 것은 인정되지 않는다. 例컨대 檢屍官의 死體檢案書에 “대뇌 貫通銃傷……自殺로 推定”라고 記載된 경우에는 대뇌 貫通銃傷部分은 檢屍官의 觀察에 基한 直接知識이니까 證據能力이 인정되지만 自殺推定部分은

183) Anchor Milling Co. v. Walsh, 108 Mo. 277(1892) (at or reasonably near the time of the transaction”)

184) 5 Wigmore, Evidence § 1677—1684.

185) People v. Nisonoff, 293 N.Y. 597

186) Cushing v. Nan. Bch. 143 Mass. 77.

檢屍官이 그 銃傷을 입게된 經緯에 대하여는 直接知識이 없기 때문에 證據能力이 인정되지 않는다.¹⁸⁷⁾ 이 점이 業務上 作成된 文書와 다른 점이다. 다만 各州의 成文法이 特定種類的의 公文書에 대해서는 “直接知識”의 要件을 排除하고 있는 경우가 있다. 첫째로 出生, 死亡, 結婚에 관한 記錄은 第三者의 報告(例컨대 醫師, 牧師, 父母 등)에 의하여 作成되었더라도 證據能力이 인정된다. 그러한 事件들은 法에 의하여 申告義務가 賦課된 것이기 때문에 信憑性이 있다는 것을 根據로 한다. 다만 統計調査에 대한 報告(census reports)는 統計的 目的만을 위하여 證據能力이 인정되고 그 以外에 그 記載內容의 眞實(例컨대 調査員에게 報告한 사람의 나이)의 立證을 위하여는 證據能力이 없다. 統計調査에 대한 報告도 法的義務로 規定된 경우가 있지만 統計는 總和된 數學的의 正確性만이 問題이지 基礎事實 하나 하나의 正確性은 問題가 안된다는 것을 理由로 한다. 둘째로 公務員의 調査報告書(警察官의 調査報告書, 消防官의 火災에 관한 原因報告書)등은 그 性質에 있어서는 作成者, 直接知識에 의하여 作成된 文書가 아니라 이른바 “傳聞에 의한 傳聞”이지만 美國의 證據法 統一案(Uniform Rules of Evidence)¹⁸⁸⁾은 公務員이 “事實을 調査하고 그에 基해서 判斷 認知하는 것을 職責으로”하는 경우에는 그 文書의 證據能力을 인정한다고 規定하고 있다.

③ 相對方에게 寫本을 交付할 것 위 統一案은¹⁸⁹⁾ 公文書를 證據로 提出하는 當事者는 相對方에게 그 寫本을 미리 交付할 것을 規定하고 있다. 訴訟過程에서의 기습을 막으려는 趣旨인 것이다.

(3) 判決의 內容의 證據能力

公的으로 認證된 判決文의 謄本은 그러한 判決이 있었다는 事實에 관한 限 언제나 證據能力이 있다. 問題는 그 判決의 內容을 이루고 있는 事實(前訴訟에서 나타난 事實)은 어느 程度까지 뒤의 訴訟에서의 事實認定의 基礎로 할수 있느냐 하는 점이다. 다음의 세가지 경우로 나누어 생각할수 있다.

① 前에 있는 刑事有罪判決 刑事判決의 基礎가 된 事實과 같은 事實이 뒤의 民事訴訟에서 爭點인 事實이 되었을 때 먼저 있는 刑事判決은 뒤 事件의 爭點인 事實을 認定하기 위한 證據로서 證據能力이 있느냐에 대하여는 意見이 크게 갈라져 있다.¹⁹⁰⁾ 例컨대 D가 醉中運轉의 有罪 判決을 받은 後 그때 負傷을 입은 當事者가 D를 相對로 損害賠償 請求訴訟을 提起하였을

187) Backstrom v. N.Y. Life, 236 N.W. 708.

188) U.R. 63(15) (C)

189) U.R. 64.

190) Cowen' "The Admissibility of Criminal Convictions in Subsequent Civil Proceedings", 40 Calif. L. Rev. 225 (1952).

때 그 뒤의 民事訴訟에서 D의 民事上 責任을 立證하기 위하여 D의 有罪判決을 證據로 할 수 있느냐?의 문제이다(물론 이 때에도 만일 D가 먼저 刑事訴訟의 起訴認否節次에서 有罪(guilty)를 인정했으면 그것은 被告의 “承認”(admission)으로서 證據能力이 인정되는 것은 別論으로 하고).

(A) 傳統的인 見解는 刑事判決은 民事訴訟에서는 證據로 할수 없다는 것이다.¹⁹¹⁾ 그 刑事判決은 그 事件陪審의 D가 有罪라는 意見을 記載한 傳聞證據에 不過하다는 것을 根據로 한다.

(B) 그러나 오늘날의 傾向은 刑事判決의 證據能力을 인정하는 方向으로 기울어지고 있다.¹⁹²⁾ 刑事事件에서는 D의 有罪는 陪審員全員이 “合理的 疑心이 없을 程度”(beyond a reasonable doubt)로 有罪를 確信하여야 하는 것이므로 證據의 優越(preponderance of the evidence)만으로 足한 民事事件에서 보다 立證의 必要度가 強化되었기 때문에 이러한 陪審의 意見(즉 判決)은 비록 傳聞이라도 高度로 信憑性이 있다는 것을 根據로 한다.

(C) 證據法 統一案은¹⁹³⁾ “重罪”(felony) 이외의 犯罪에 대한 有罪判決의 證據能力을 否認하고 있다. 즉 重罪에 대한 有罪判決의 證據能力만을 인정하고 있다. 同案의 提案理由書에서 밝혀진 重罪에 局限시킨 理由는 “交通事故에 관한 簡易法院의 判決은, 大部分의 略式事件(misdemeanor)에서 一般의으로 볼 수 있듯이, 신속과 妥協의 產物이기 때문에 重罪에서와 같은 信用性의 保障이 없기 때문”이라고 한다.

(D) 有罪判決의 證據로서의 效果 前의 刑事有罪判決을 證據로 인정하는 경우에 그 判決에 대하여 어느 정도의 證據로서의 效果를 認定할 것이냐에 대해서도 見解가 對立되어 있다. 大部分의 判例는 단순한 하나의 證據로서 인정할 뿐이지 既判力과 같은 效力(res judicata)에 基한 事實의 기속은 인정하지 않는다. 왜냐하면 當事者의 同一性이 없기 때문이다.¹⁹⁴⁾ 少數判例는 이러한 刑事判決도 뒤의 民事事件에서 禁反言類似(Collateral estoppel) 原則에 따라 事實을 기속하는 法的效力이 있다는 것이다.¹⁹⁵⁾

② 前에 있는 刑事無罪判決

前에 있었던 刑事無罪判決에 대해서는 傳聞法則이 嚴格하게 適用된다. 즉 D가 먼저 있는

191) Hollington v. F. Hewthorn & Co. (1943) K.B. 587 (Ct. App.) (損害賠償訴訟의 原告가 被告의 運轉不注意로 인한 業務上 過失致死 事件의 判決提示——證據能力 否認). General Exchange Ins. Co v. Sherry 165 Md. 1. 165 Atl. 809 (1933) (운전부주의) Girard v. Vermont Mutual Fire Ins. co. 103 vt. 330 (1931) (放火)

192) Fidelity Phenix Fire Ins. Co. v. Murphy, 226 Ala. 226 (1933) (船舶喪失을 理由로 하는 船舶保險金 請求訴訟에서 詐欺의 意思로 船舶破壞음모를 했다는 刑事判決을 證據로 決定하여 原告청구기각) North River Ins. Co. v. Militello, 100 colo. 343. (1937) (放火事件). Model Code of Evidence, Rule 521.

193) U.R. Rule 63(20)

194) Schindler v. Royal Ins. Co. 58 Cal. 2d 601.

195) Teitelbaum v. Dominion Ins. Co 58 Cal. 2d 601.

刑事判決에서 無罪를 宣告 받은 경우에 그 後에 제기된 그 無罪判決의 基礎事實을 爭點으로 하는 民事訴訟에서 前의 無罪判決은 證據가 될수 없는 것이다. 그 理由는 刑事事件에서의 無罪判決은 檢사가 被告人의 有罪를 “合理的인 疑心이 없을 程度(beyond reasonable doubt)”로 立證하지 못한 것 本인데 反하여 民事事件에서 要求되는 證據는 證據의 優越로서 足하기 때문에 民事事件과 刑事事件에서 證據의 比重은 同一하지 않다는 데 있다고 한다.¹⁹⁶⁾ 따라서 刑事事件의 無罪判決은 負傷한 當事者 또는 심지어는 國家에 의한 그 無罪받은 被告人을 相對로 하는 다른 種類의 民事訴訟을 提起하는 것을 막지 않는 것이다.

③ 前에 있는 民事事件의 判決

民事判決은 既判力에 의해 當事者 사이의 權利關係에 관한 紛爭을 終局的으로 終結하게 된다. 그러나 當事者 以外の 者가 그 判決을 뒤의 訴訟에서의 證據로 使用하고자 할 때에는 역시 傳聞法則이 問題되게 된다.

(a) 民事判決은 뒤의 刑事事件에서는 證據能力이 없다. 왜냐하면 위에서 본 바와같이 刑事事件과 民事事件은 그 證據의 標準이 다르기 때문이다.

(b) 當事者 이외의 第三者에 의하여 뒤의 民事訴訟에서 提出되었을 때에도 역시 證據能力이 否認된다. 다만 앞뒤 訴訟의 爭點이 同一한 경우에는 禁反言類似的 原則(Collateral estoppel)이 適用될 수가 있다는 見解가 있다. 또 指定制自白判決(default judgment)은 當事者の “默示的 承認”으로서 證據能力이 인정된다는 見解가 있으나¹⁹⁷⁾ 贊成하기 어렵다. 왜냐하면 擬制自白을 인정한 趣旨와 “承認”을 傳聞法則의 例外로 인정한 趣旨는 一致하지 않기 때문이다.

(C) 成文立法에 의하여 證據能力이 인정되는 경우가 있다. “第三者의 責任이 爭點인 民事訴訟에서는 그 사람에게 대한 終局判決은 證據能力이 認定”(Evidence Code, § 1302) 경우와 같다. 예컨대 保證人 또는 身元保證人에 대한 訴訟에서는 被保證人에 대한 判決을 證據로 (債務를 立證하기 위한) 使用할 수 있다. 또 求償權을 行使하는 경우에 自己 自身の 敗訴判決을 證據로 使用할 수 있다.¹⁹⁸⁾

8. 기타의 例外

(I) 論文(Treatises)

大部分의 判例는 專門的인 分野에 관한 論文에 실린 發表를 (예컨대 醫學에 관한 著述) 證據로 하는 것을 인정하지 않고 있다. 가장 主된 理由는 論文의 內容을 證據로 하는 것을 인정

196) U.S. v. Nat. Assoc. of Real Estate Boards, 339 U.S. 485

197) 4 Wigmore § 1066

198) U.R. 63(21); Evidence Code § 1301.

하면 法院의 學術的 論爭의 바탕이 될 可能性이 있다는 것이다. 그러나 少數의 判例는 特定한 좁은 分野에 관한 著述이나 報告를 證據로 인정하고 있다. 例컨대 商工會議所에서 만든 物價 調査表¹⁹⁹⁾ 保險會社에서 使用하는 生命表²⁰⁰⁾ 등이다. 또한 證據法統一案²⁰¹⁾은 이 原則을 大幅修正하여 學術的 論文은 主題에 관한 信憑할 수 있는 (著述일 때는) 證據로 할 수 있다고 規定하고 있다. California 證據法은²⁰²⁾ 當事者 이외의 사람에 의하여 著述된 歷史에 관한 作品, 科學 또는 藝術에 관한 書籍, 出版된 地圖 등은 證據로 할 수 있다고 규정하고 있다. 그러나 大部分의 判例는 論文을 證據로 提出하는 것을 許容하지 않으나 다만 鑑定證人²⁰³⁾에 대해서는 그의 意見에 基礎를 說明함에 있어서 學術的 論文을 引用하는 것이 허용된다.

(2) 오래된 文書의 內容

權利文書, 遺言狀, 기타의 財產處分文書는 그러한 文書라는 것이 認證이 되면 그 內容이 眞實한 것이라는 證據로서 인정된다. 그 要件으로서서는 혹은 30年 以上된 文書라야 한다면가 혹은 正當하게 保管된 것이라야 한다면가 또는 疑心을 할만한 外觀이 없는 것이라든가 하는 것들이 있다. 이러한 경우에는 다른 證據의 缺乏, 著者の 顯出不能 등의 事情 때문에 그 「必要性」은 쉽게 認識할 수 있을 것이다. 그러나 問題는 果然 그러한 文書는 信憑性이 있는가 하는 것이다. 著述이 오래됐다는 事實은 信憑性의 基礎가 될 수 없는 것이다. 왜냐하면 30年前에도 거짓말을 하는 사람은 지금과 마찬가지로 있었을 것이기 때문이다. 다만 이 例外를 옹호하는 사람들은 이 경우에는 첫째로 加工을 할 憂慮가 적고 둘째로 現在의 紛爭이 생기기 前에 著述된 것이기 때문에 當事者에 의하여 영향을 받았을 可能性이 없다는 것을 根據로 내세우고 있다.

(3) 소 문(Reputation)

다음의 몇 가지 種類의 소문은 傳聞法則의 例外로서 證據能力이 인정된다.

① 家系에 관한 家族들 間의 소문 家族의 家系에 관한 말은 대개는 소문에 의하는 경우가 많다. 어떤 사람의 自己의 年齡, 出生年月日, 다른 家族과의 관계 등에 대한 말은 實은 個人的 知識에 의한 것이라기 보다는 하나의 傳聞에 不過한 것이기 때문에 이러한 家族狀況에 관한 말은 가장 오래된 傳聞法則의 例外로 看做되어 왔다.

이러한 家族關係에 관한 家族員의 個別的인 말의 信憑性을 保障하기 위한 要件으로서서는 表

199) Virginia v. West Virginia, 238 U.S. 202.

200) Advance v. Thompson, 387 Ill 77 (1944)

201) U.R. 63 (31)

202) Calif. Ev. C. § 1341

203) Thompson v. Buchanan, 195 N.C. 155 (1928)

示者는 그 家族員이어야 하고,²⁰⁴⁾ 그 말은 現在의 紛爭이 發生하기 前에 이루어진 것이라야 한다²⁰⁵⁾는 것이다. 그러나 表示者는 出生 死亡 家族關係 등에 대한 直接知識을 가지고 있음을 要하지 않는다.²⁰⁶⁾ 다만 必要性에 대한 擔保로서 表示者는 死亡 其他 事由로 證言할수 없는 경우라야 하는 것이다.²⁰⁷⁾

② 家族關係에 관한 세상의 소문 家族關係에 관한 家族員 個個人的 말이 證據로 받아들여질 뿐 아니라 더 나아가 家族內에 傳해 내려오는 말²⁰⁸⁾ 또는 세상 사람들 사이에 널리 퍼져있는 말²⁰⁹⁾까지가 證據로 인정된다. 證據法統一案²¹⁰⁾은 公衆사이에 퍼져있는 信憑性 있는 소문이라고 判事가 인정할 때는 家系에 관한 소문은 證據로 받아들여 진다고 規定하고 있다. 같은 理由에서 비석에 새겨진 碑文이나 族譜(family Bible)의 記載內容은 비록 그 作成者를 確認할 수 없는 경우에도 證據로 할수 있다는 判例가 있다.²¹¹⁾

③ 土地境界에 관한 세상의 소문 公有 또는 私有土地의 境界에 관한 세상의 소문이 또한 證據로 인정되는 경우가 있다. 그 要件으로서는 現在의 紛爭이 생기기 以前부터 있었던 오래된 소문(대개는 前世代까지 溯及해 올라갈 수 있는)이라야 한다는 것이다.²¹²⁾ 이 경우에는 그 證言은 自己보다 나이 많은 사람의 말을 回想하는 形式으로 이루어 지는 것이 普通이기 때문에 “傳聞의 傳聞”이다. 다만 財産에 관한 權利自體는 소문에 의하여 立證될 수 없다.²¹³⁾

3. 傳聞法則의 價値

1. 傳聞法則과 陪審制度와의 關係

(1) 問題의 所在

Wigmore에 의하여 “英美證據法 體系의 榮光”(The pride of the anglo-american system of

204) 嚴格한 見解에 의하면 非家族의 말은 비록 下人이나 家族醫師의 말이라도 인정되지 않는다는 것이다. 5 Wigmore, Evidence § 1487

205) Daniels v. Johnson, 216 Ark. 374 (1950)

206) Grand Lodge, A.O.U.W. Bartes, 99 Neb. 631 (1904) (妻가 家族과 20年을 살아온 경우의 그의 죽은 남편의 나이에 대한 陳述認定)

207) 判例는 종종 死亡의 경우에 局限하는 경우가 있으나 오늘날의 判例는 管轄內의 不居住와 같은 事由를 받아 드린다. 5 Wigmore, Evidence, § 1481

208) Kelly's Heirs v. McGuire, 15 Ark. 555 (家族內의 소문)

209) 同居하는 사람들이 結婚을 했다는 事實에 관해서는 세상의 소문이 證據로 一般의으로 인정된다. Ringhouse v. Keever 49 Ill 470

210) U.R. 93 (27)

211) Inre Hennion's Estate, 131 N.J. Ef. 293 (1942)

212) Peltz v. Burgess 196 N.C. 395 (“비교적 오랜 기원을 가진 소문”)

213) 反對論의 判例 Chicago & Eastern Ill. R. Co. v. Schmitz, 211 Ill 446 (기차에 通行人이 치어 부상을 입은 事件. 그 철도가 特定會社의 것이라는 소문을 그 鐵道에 대한 所有權에 관한 證據로 인정)

evidence)²¹⁴⁾이라고 까지 贊揚된 傳聞法則이 果然 人間理性的 結晶體나 또는 單純한 歷史的 偶然에 不遇한 것이냐 하는 問題에 대하여는 見解가 對立되어 있다.

그러나 오늘날의 支配的 見解는 傳聞法則을 陪審과의 關聯下에 考察하는 것이 定說로 되어 있다. Lord Mansfield는 그의 有名한 Berkeley Peerage 判決²¹⁵⁾에서 “傳聞證據를 排斥하는 原則은 오랜 慣行에 의하여 確立된 英國特有的 制度이고 歐洲大陸에서는 發見할수 없는 制度이다”라고 自負하고 나서 “스콧트렌드나 歐洲大陸 諸國에서는 判事가 法뿐만 아니라 事實까지를 決定한다. 따라서 그들은 裁判過程에서 傳聞證據가 提出되더라도 判事가 그 價値를 無視해 버릴 能力이 있다고 믿기 때문에 傳聞證據를 받아들이는 것이 危險한 것이라고 생각하지 않는다. 그러나 英國에서는 陪審만이 事實을 判定할 權限이 있고 따라서 傳聞證據가 陪審의 心證形成에 어떤 役割을 할지 알수 없기 때문에 傳聞證據는 除外되는 것이다”라고 斷定을 하고 있다. Thayer는²¹⁶⁾ “傳聞法則은 論理的인 것은 아니지만 不合理的하다고는 할 수 없고 知性的이라고 感嘆할 수도 없는 陪審制度의 產物이다”라고 喝破하고 있고 Baker에 의하면²¹⁷⁾ 傳聞法則은 “歷史的 偶然이지 證據法體系의 合理性의 一部는 아니다”라고 한다.

이와같이 傳聞法則을 陪審의 產物이라는 傳統的 見解에 反對하는 學者로서는 Morgan을 들 수 있다. 그에 의하면²¹⁸⁾ 傳聞法則은 陪審의 產物이 아니라 “그와는 反對로 訴訟의 當事者主義의 產物”이라고 한다. 즉 英美에서는 當事者主義가 採用되었기 때문에 傳聞法則이 發達할수 있었던데 比하여 大陸諸國에서는 職權主義가 支配的이었기 때문에 傳聞法則은 발생할 餘地가 없었다고 한다. Baker는 이를 反駁하여 말하기를 두가지 事實이 同一한 結果를 發生시킬 수 있다. 즉 大陸에서 傳聞法則이 없었던 것은 그 訴訟의 職權主義의 性格의 탓으로 돌릴 수도 있지만 陪審制度가 없었던 탓으로도 돌릴 수 있는 것이다”라고 말하고 있다.

그러나 여기서 우리가 問題삼아야할 것은 傳聞法則이 歷史的으로 陪審과 關聯이 있었느냐 없었느냐 하는 過去의 問題가 아니라 오히려 傳聞法則은 理論的으로 陪審이 存在하는 裁判制度下에서만 妥當한 것이냐 아니냐 하는 現在의 問題, 未來의 問題인 것이다. 만일 傳聞法則이 事實認定과 法律判斷의 機能이 分離되어 있는 陪審制度下에서만 妥當한 것이라고 한다면 陪審이 없는 裁判制度下에서는 傳聞法則은 不必要한 것이거나 아예 存在한다면 廢止하여야 할 것이기 때문이다. 그리고 이러한 陪審없는 裁判이 문제되는 것은 비단 大陸法 國家에서만 아니라 英美法 國家에서도 마찬가지로 문제가 된다. 왜냐하면 英美에서도 大部分의 裁判…… 거의 大多數의 民事 裁判과 相當數의 刑事裁判……이 陪審없이 이루어 지고 있다는 現象

214) Principle of Judicial Proof. 1931 p.970

215) (1814) 4 Campbell p.414.

216) J. THAYER “A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law 509 (1898).

217) The Hearsay Rule, London, 1950.

218) Introduction to the American Law Institute’s Model Code of Evidence, 62 Harvard Law Review, 17

때문이다. 그리고 만일 그것이 陪審과 아무런 理論的 關聯이 없다면 大陸法 國家에서도(陪審 없는 英美裁判의 경우에는 물론) 傳聞法則의 價値를 吟味해 볼 價値가 있을 것이다. 이제 大陸法 國家의 경우와 英美의 陪審 없는 裁判의 경우를 나누어 고찰하고자 한다.

(2) 大陸法 國家에서의 傳聞法則

Hammelman의 大陸法 國家에서의 證據法則 發達에 관한 研究結果에 의하면²¹⁹⁾ 大陸法國家에서는 Lord Mansfield가 말한 바와는 正反對의 現象이 있었다는 것을 알수 있다. 첫째로 그 當時에 벌써 프랑스에서는 刑事裁判에 관한 陪審制度가 確立되어 있었다는 事實이고 둘째로 英國에서는 18世紀 末頃에야 비로서 傳聞法則이 確立된데 比하여 大陸에서는 그와는 正反對의 길을 밟고 있었다는 事實이다. 즉 大陸法 國家에서는 적어도 18世紀까지는 傳聞法則이 嚴格하게 遵守되어 왔고 이것이 緩和되기 시작한 것은 아이러니컬하게도 陪審制度가 나폴레온法典과 프랑스革命의 影響으로 歐洲大陸에 普及되기 시작한 以後의 일이라는 것이다. 비록 오늘날에는 歐洲國家들의 刑事節次法에서 傳聞法則에 관한 規定이 사라진 것이 事實이지만 그들 國家들이 實務에 있어서 이 問題를 忘覺한 것은 아니고 다만 이를 다른 角度에서 다루고 있는 것 뿐인 것이다. 그러면 歐洲國家들에서는 傳聞法則은 어떻게 取扱되고 있는가?

(a) 프랑스 大部分의 大陸法 國家들에서는 證據의 算術的 價値를 問題삼는 證據法則(例컨대 한 目擊證人의 價値는 50%이고 따라서 두 사람의 目擊證人이 있으면 完全한 證據가 된다)이 일찍부터 施行되어 왔기 때문에 傳聞的 證據는 充分한 價値가 없는 것으로 取扱되어 왔다. Pothier는 프랑스法의 이러한 事情을 다음과 같이 說明하고 있다.²²⁰⁾ “證言이 法廷에 받아들여지기 위하여는 證人은 그의 知識이 어디서 나온 것인지를 밝히지 않으면 안되었다. 例컨대 萬一 내가 어떤 物件을 샀다는 事實을 立證하려고 한다면 證人이 막연하게 내가 그 物件을 산것을 안다고 말하는 것으로는 不足하고 적어도 내가 그 物件을 살때 같이 있었다든가 또는 판 사람으로부터 그 物件을 나에게 팔았다는 것을 들었다고 證言하지 않으면 안되는 것이다. 萬一 그가 판 사람이 다른 第3者에게 팔았다고 말하는 것을 들었다고 밖에 證言할 수 없는 경우에는 그것은 證據로 될 수 없었다”고 한다. 나폴레온法典이 實施되기 以前까지는 프랑스에서는 口頭傳聞證據 즉 證人 A가 B로부터 그가 어떤 事實을 보거나 들었다고 말하는 것을 들었다는 證言……은 例外的인 경우에만 證據로 인정되었다. 그 경우란 (가) 證人이 現場에 있었던 사람으로부터 들었을 것, (나) 그가 이 現場에 있었던 사람의 이름을 말할 수 있을 것, (다) 그 사람(직접 들은 사람)이 信用할수 있는 사람이고 그 數가 2人 以上일 것, (라) 그 사람의 證言을 直接 들을 수 없는 事情이 있을것 등이다. 그 當時(지금도 마찬가지지만)에는 證人의 訊問은 그 證人을 申請한 當事자가 그 訊問을 求하는 內容을 그대로 記載한 訊問事項

219) H.A. Hammelman; Hearsay Evidence, a Comparison 67 Harvard L.R. 67

220) Pothier: Traite des Obligation No. 824.

(enquete)을 미리 法院에 提出하고 法院에서는 判事가 그 訊問事項에 따라 訊問하는 證人訊問方式을 取하였기 때문에 위와 같은 條件의 實施가 容易하였다. 즉 判事は 그 訊問事項에 따라 證人을 訊問하는 過程에 있어서 不必要하거나 不適當한 訊問은 除外해 버릴 權限이 있었기 때문이다. 프랑스 刑事訴訟法(Code d'Instruction Criminelle)이 1808年 實施되면서 부터 判事の 이러한 權限은 더욱 強化되었고 傳聞에 의하여 陳述하는 證言은 完全한 證據가 될 수 없었고 다만 다른 證人이나 間接證據에 의하여 證據된 事實을 補強할 수 있는 證據로서만 인정되었다. 이 法이 實施되면서 생긴 證據法上的 또 하나 큰 變革은 이 法이 自由心證主義를 採擇하였다는 것이다. 그 結果 反對의 規定이 있는 경우 外에는 法은 證據의 證明力을 決定 制限 또는 推定하지 않는다는 것이 오늘날의 基本原則이다. 물론 프랑스 刑事訴訟法은 傳聞證據에 대하여 아무런 規定을 하지 않고 있기 때문에 自己自身の 觀察을 土臺로 한 證言뿐 아니라 다른 사람으로부터 들은 것을 基礎로 한 證言도 그것이 傳聞證據라는 理由만으로 證據에서 除外되는 경우는 없고 또한 그 證明力을 個別的으로 制限하는 規定도 없다. 그러나 이러한 事實은 프랑스 法律家들에게는 傳聞證據의 危險性이 전혀 忘覺돼 있다는 것을 말하는 것은 아니다. 프랑스에서는 다른 大陸法國家에서와 마찬가지로 傳聞法則을 證據能力의 問題로서가 아니라 事件과의 關聯性의 問題로 다루어 지고 있다. 이러한 意味에서 口頭에 의한 傳聞證據는 그 根源을 알 수 없는 단순한 소문과 英美에서 말하는 참된 意味의 傳聞으로 나뉘어 지고, 前者에 대해서는 證據로서의 價値가 否認되지만 後者の 경우에는 判事が 事件과 直接 間接의 關聯이 있다고 인정한 때에는 하나의 情況證據로 받아 들여 진다. Dalloz는 이 事情을 이렇게 說明하고 있다.²²¹⁾ “法院은 證據의 價値를 自由롭게 지울질 할 수 있다. 分明히 自己가 直接 體驗한 것을 陳述하는 證人은 다른 사람의 知識을 傳達하는 證人보다는 더 많은 重要性이 賦與될 것이다. 이에 관한 限 法은 判事の 知性과 良識에 存在하고 있음이 分明하다”라고 말하고 있다.

(b) 이탈리아 프랑스와 마찬가지로 이탈리아에서도 傳聞法則에 관한 成文規定이 없다. 다만 이탈리아 民事訴訟法(Cpr Civ.) 제257조는 “단일 證人이 證言의 內容인 事實을 다른 사람으로부터 들었다고 陳述하는 경우에는 判事は 職權으로 그 第三者를 證人으로 召喚할 수 있다고 規定하고 있다. 이 경우의 證人召喚權은 分明히 任意的인 것이다. 또 이탈리아 刑事訴訟法(Cprpen) 제249조는 證人의 訊問은 確定的 事實에 局限될 것을 命하고 있다. 그러나 이 規定에 의하여 傳聞證據가 全面的으로 排除되는 것이 아니라 다만 裁判長에게 不必要한 證言을 制限하는 裁量權을 주는 것 뿐이다. 다만 同法 제319조는 “風聞”에 관하여 括目할 만한 規定을 두고 있다. 즉 “證人은 爭點인 事實에 관한 세상에 널리 퍼져있는 風聞에 관하여 證言할 수 없다”는 規定이다.

(c) 瑞西 瑞西의 몇개 Canton의 法典은 傳聞證據에 관한 規定을 두고 있는 것이 있다.

221) Dalloz Repertoire Pratique vol. IX p. 389.

例컨대 Obwalden 民事訴訟法 第130條는 “證人は自己の五觀を 통해 直接 認識한 事實만을 證言할 수 있다. 傳聞證據는 다만 記憶할 수 없을만큼 오래된 傳統에 관한 것인 경우에 한하여 證據로 할 수 있다.” 그러나 Heusler 에 의하면²²²⁾ 實務에 있어서는 傳聞證據라 하더라도 關聯 있는 狀況證據로서의 價値가 있을 경우에는 除外되는 일이 없다는 것이다. 또 St. Gall Canton 民事訴訟法 第158條는 “傳聞證據는 그 根源이 믿을 만한 것인 경우에는 狀況證據로 採用할 수 있다”고 規定하고 있다.

(d) 獨逸 獨逸에서는 民事訴訟法 및 刑事訴訟法을 通하여 證人の 知識의 根據를 確認하는 것이 要求되고 있다. 즉 Loewe-Resenberg²²³⁾에 의하면 “證人知識의 根據가 밝혀지지 않으면 안되는데 그렇지 않으면 證人이 단지 傳하여 들어서 알고 있는 事實이 마치 그 自身이 體驗한 事實처럼 取扱될 念慮가 있기 때문이다. 뿐만 아니라 自身の 意見이나 證人이 導出해 낸 結論과 證人이 實際로 經驗한 事實을 엄격히 구분되지 않으면 안된다”라고 說明하고 있다. 現代獨逸節次法의 理想인 直接主義·口頭辯論主義에 忠實하기 위해서는 證人이 指摘하는 原來의 陳述者를 可能な 限 法廷에 불러내는 것이 要請된다. 그리하여 獨逸刑事訴訟法(StPO) 第250條 後段은 刑事裁判에서는 證人は 本案裁判에서 口頭로 訊問될 것을 規定하는 同時에 “證人 訊問은 前에 作成된 調查나 기타 書面을 朗讀하는 方法으로 해서는 안된다”라고 規定하고 있다. 그 反面에 證人自身이나 또는 被告人的 警察에서의 陳述를 記載한 調查는 法廷에서의 그들의 陳述를 補充하기 위하여 朗讀되는 것이 許容된다. 結論적으로 獨逸에서는 傳聞證據의 證據能力은 문제가 되고 있지 않지만 原陳述者를 부를 수 있는 경우에 法院이 傳聞證據에만 依存할 수 있는가 하는 것은 항상 문제되고 있다. 이에 關聯된 條文으로서는 獨逸刑事訴訟法 第250條 前段의 規定으로서 “어떤 事實에 관한 證據가 어떤 사람의 感知를 內容으로 하는 경우에는 그 사람을 法廷에서 訊問하여야 한다”는 것이다. 이 條文의 文理解釋으로서 原陳述者가 있는 경우에는 傳聞證據에 依存할 수 없다는 結論이 나오게 된다. 그러나 獨逸聯邦裁判所 判例는 同條文은 傳聞證人으로서 原陳述者를 代置하는 것을 禁하는 것은 아니라는 것을 거듭 判示하고 있다.²²⁴⁾

그리하여 法院의 實務로서는 第2次的 또는 3次的인 傳來的인 證據가 本質적으로 內包하고 있는 “潛在的 危險性”이 個別的인 特殊狀況下에서 顯在的 危險으로 나타날 것이냐를 判斷하는 責任을 法院에 一任하고 있다. 法院이 그와같은 顯在的인 危險이 있다고 判斷한 때에는 直接證人(一次의 證人)을 召喚할 權限이 있는 것이다. 獨逸法學者들은 이와같은 方法이 傳聞證據를 排除하는 原則을 採擇하는 것보다 優越하다고 믿고 있다. 왜냐하면 證人は 흔히 傳聞의 事實도 感知한 事實인것 처럼 證言을 하고, 이 경우에 問題로 되어야 할것은 그 證言의 形式이 아니라 傳來的이나 아니냐 하는 그 內容이기 때문에, 傳聞法則을 採擇하여 모든

222) A. Heusler: Der Zivilprozess der Schweiz, Mannheim 1923. p. 119.

223) Kommentar zur Strafprozessordnung, 18th ed pp. 225—6.

224) Schäfer: Zeugnis vom Hörensagen, Breslau, 1933.

傳聞證據의 證據能力을 剝奪한다 하더라도 實質的인 意味의 모든 傳聞證據가 排除될 수 있느냐 하는 것은 疑心스럽다고 그들은 믿고 있기 때문이다.

(3) 英美에서의 非陪審裁判의 問題

英美에서는 傳統的으로 모든 裁判……民事件 刑事件 間에……은 陪審의 關與下에 이루어지고 그리고 모든 裁判에는 傳聞法則이 適用되는 것으로 되어 왔었다. 그러나 最近에 와서 많은 裁判이……現在에 와서는 大部分의 裁判이……陪審없이 이루어지고 있다는 새로운 現象이 생기게 되었다. 즉 1968年度 美國聯邦法院統計에 의하면,²²⁵⁾ 總 14221件의 聯邦地方法院 判決(民刑事包含, 破産事件 등 特殊事件除外)中 7278件이 陪審없이 이루어졌고 6,943件 만이 陪審에 의하여 이루어졌다. 各州에 있어서의 非陪審裁判의 比率은 各州에 따라 많은 差異가 있지만 平均的으로는 聯邦法院의 경우 보다 比率이 높다는 것이다.²²⁶⁾ 즉 各州의 一審法院의 경우 大體로 6분의 5가 陪審없이 이루어지고, 다만 6분의 1 만이 陪審에 의하여 이루어지고 있다는 것이다. 刑事被告人의 權利로 憲法(聯邦 및 州)上 保障된 陪審裁判의 激減은 被告人 自身이 陪審裁判을 拋棄(waive)하는 形式에 의하여 이루어지고 迅速한 裁判을 위한 政策的 配慮에서 나온 法院의 勸獎에 힘입은 바 크다. 뿐만 아니라 英國에서는 民事裁判에 관한 限 陪審裁判이 事實上 消滅하게 되었다. 즉 二次大戰中 人力의 不足에 대한 對策으로 1939년에 制定된 “非常規則”(Emergency Regulation)에 의하여 民事裁判에 관한 陪審裁判이 潛定的으로 停止되었었고, 同法令은 1950年代 初까지 存續하다가 廢止되었다. 따라서 理論적으로는 現在에도 英國의 民事裁判에 관하여 陪審裁判이 있을 수 있게 되었으나, 實際에 있어서는 前述 “非常規則”下에서의 慣行이 그대로 維持되어 民事陪審裁判은 거의 그 實例를 찾아볼 수 없게 되었다.²²⁷⁾

이러한 非陪審裁判의 急增에 따라 英美에서도 證據法에 관한 새로운 問題가 提起되기에 이르렀다. 그것은 즉 종래 陪審裁判制度下에서 生成되어온 傳聞法則을 非陪審裁判에서도 그대로 維持하는 것이 妥當한가 하는 問題이다. 英美의 支配的 見解는 傳聞法則을 陪審과의 關聯下에 考察하는 것이 定說로 되어 있기 때문에 必然的으로 非陪審裁判에서의 傳聞法則의 緩和의 問題가 臺頭되게 된 것이다. 이러한 論議에 앞장을 서고 있는 것은 英國이다. 즉 英國에서는 1938年の “證據法”(Evidence Act)를 擴張한 1954年の “法院規則”(Rules of Courts)에 의하면 非陪審裁判에서는 從來의 傳聞法則下에서는 證據能力이 否認되었던 證據…例컨대 書籍의 內容, 新聞의 記載, 모든 種類의 醫療의 記錄 등……들이 證據能力을 갖게 되었다. 이에

225) Annual Report of the Director of the Administrative Office of the United States 1968 in Reports of the Proceedings of the Judicial Conference of the United States 124 (1968).

226) An Approach to Rules of Evidence for Non-Jury Cases, 50 A.B.A. 723. (1964) Kenneth Culp Davis,

227) Sir William Kenneth Diplock: The Jury and Civil Action in England 45 Chicago Bar Record p.321. (1964).

比하여 美國에서는 오히려 非陪審裁判下의 傳聞法則 緩和에 관한 成文法的인 움직임은 없다. 最近에 提案된 聯邦證據法統一案(the Federal Rules of Evidence)에서도 傳聞法則에 관한 規定에서 非陪審裁判에 관한 아무런 例外를 規定하지 않고 있다. 다만 最近의 美國判例에서 이것이 問題되고 있을 뿐이다. 第一 먼저 問題가 된 것은 行政訴訟의 경우이다. 왜냐하면 行政訴訟은 傳統的으로 非陪審裁判으로 이루어졌기 때문이다. Wigmore는²²⁸⁾ 이 問題에 관하여 “陪審裁判의 證據規則을 그대로 陪審이 없는 行政訴訟에 適用하려는 努力은 歷史的 誤謬인 同時에 失敗에 돌아 갈 수 밖에 없는 運命을 타고 갔다”고 말하고 있고 McCormick은²²⁹⁾ “陪審이 없는 裁判節次에 대하여 適用되기에는 그것은(傳聞法則은) 너무나 不適當하다”고 하였다. 이러한 學界의 뒷받침 아래 1965년에 나온 한 判例²³⁰⁾ 그 “證據를 除外한 다른 證據만으로는 事實을 認定하기에 不充分한 境遇가 아닌 限 抗訴法院이 非陪審에 의한 原審判決을 단지 “價値 있는”(for what its worth) 傳聞證據를 받아 들였다는 理由만으로 破棄할 수 없는 것은 하나의 確立된 原則이다.”라고 判示하기에 이르렀다. 다른 判例로서는 行政訴訟인 United States v. United Shoe Machinery Corp.²³¹⁾에서 Wyzanski 判事は 傳聞法則의 例外에도 該當되지 않는 數 많은 書類들을 證據로 認定하고 나서 判示하기를 “行政訴訟의 事實審判事は 다른 訴訟에서는 傳聞證據로서 排斥될 모든 證據를 排斥해야 하는 것은 아니다. 그렇지 않다면 判事의 事實認定의 職務는 遂行될 수 없을 것이기 때문에 法院은 그 權限을 行使하기 위해서는 이런 種類의 訴訟에서는 傳聞法則을 緩和할 수 밖에 없다”고 判示하고 있다.

(4) 結 論

이상에서 고찰한 바를 綜合하면 다음의 두가지 事實이 明白해 진다. 첫째로 傳聞法則은 陪審制度和 깊은 관계가 있지만 그 관계는 必然的인 것은 아니라는 것이다. 事實 歷史的으로 볼 때에는 傳聞法則은 門外漢들의 集團인 陪審들의 事實認定에서의 誤謬를 막기 위한 努力의 一部로서 發達되어온 것만은 否認할 수 없는 事實이다. 이것은 오늘날 英美에서 傳聞法則이 主로 判事의 陪審에 대한 說示(Instruction)에서 問題되고 있다는 事實로부터 더욱 明白해진다. 權力에 대한 不信으로부터 出發한 것이 陪審制度라고 한다면——事實 英美에서는 오늘날도 陪審이야 말로 專制로부터 人民을 保護하는 最後의 堡壘라고 하는 信仰이 殘存해 있다——傳聞法則은 人間自體에 대한 永遠한 不信에서 비롯된 것이라고 말할 수 있을 것이다.

그러나 다른 한편에 있어서는 傳聞法則을 陪審과 不可分の 必然的 關聯이 있는 것은 아니라는 事實을 看過할 수 없다. 이 事實은 위에서 본 바와같이 陪審制度下의 歐州諸國에서 傳聞法則이 따르지 않았다는 事實, 그리고 오늘날의 英美의 非陪審裁判下에서——물론 많은 反對

228) 3 Wigmore Evidence § 4 bc

229) McCormick, Evidence; 5 Encyclopedia of Social Science 637 644(1931)

230) Joseph A. Bass Co. v. United States, 340 F 2d 842 (8th Cr. 1965)

231) 89 F. Supp. 349 (D.Mass)

가 있지만——아직도 傳聞法則이 君臨하고 있다는 事實로 부터 明白해 진다. 더구나 大韓民國의 경우에는 陪審制度가 없음에도 不拘하고 傳聞法則을 採擇하고 있는 것이다. 結局 陪審制度和 傳聞法則은 歷史的 關聯이 있을 뿐이지 論理的 關聯이 있는 것은 아니라고 할 수 있다. 왜냐하면 傳聞法則은 事實認定過程에서의 制限法則이기 때문에 事實認定權者가 누구이든 間에——判事이든——群의 門外漢들이든 間에——科해 질 수도 있고 科해 지지 않을 수도 있는 法則이기 때문이다. 人間에 대한 不信이 傳聞法則의 思想的 基礎라면 그 不信되는 人間에는 門外漢(陪審)이 包含될 것이지만 專門家(判事)도 包含될 수 있을 것이다.

둘째로 傳聞法則이 採用된 英美에서는 물론이려니와 傳聞法則이 採用되지 않은 國家들에서도 傳來的 證據의 危險性이 完全히 無視되고 있지는 않다는 점이다. 前述한 歐洲諸國에서 볼 수 있는 바와같이 그들 國家가 傳聞證據의 證據能力을 인정하지 않는 法則을 가지고 있지 않다는 점에서는 그들은 分明히 傳聞法則이 없지만 傳聞證據의 價値를 疑心하는 制度——方法是 다르지만——가 있다는 意味에서는 그들도 傳聞法則을 가지고 있는 것이다. 事實 지난 半世紀 동안의 科學的 調查의 結果는 傳來的 證據의 弱點을 一般的으로 承認하게 하였다. 즉 科學的 實驗에 의하여 意思의 傳達는 사람에서 사람을 通하여 가는 過程에서 內容이 變質된다는 것, 그리고 證人은 白己가 들은 말을 그대로 法廷에서 傳達하는 것은 不可能하다는 것이 立證되었다. 다만 이와같은 科學的 調查의 基礎가 된 것이 英美法上の 傳聞法則인 것은 否認할 수 없을 것이다. 事實 英美의 現存 傳聞法則의 內容 가운데도 아직도 科學的으로 證明할 수 없는 “神秘的이고 恣意的인” 要素가 많이 있지만, 적어도 300年 동안의 年輪을 갖는 동안에 傳聞法則은 人間の 合理性에 의하여 洗鍊되어 적어도 오늘날까지 存續하고 있는 原則의 大部分은 合理性을 가지고 있다고 볼 수 있고, 따라서 이러한 意味에서 傳來的 證據의 危險을 다루는 데 있어서 하나의 指針이 되는 것은 틀림없다. 셋째로 陪審制度는 傳聞法則의 內容을 決定하는데 있어서는 위에서 본 바와같이 論理的 必然性이 없지만 적어도 傳聞法則의 形式을 決定하는데 있어서는 決定的 役割을 한다는 事實이다. 陪審制度下에서 傳聞證據를 排斥하는 方法은 그 證據能力을 否認함으로써 陪審의 判斷의 資料에서 除外해 버리는 것이 適當하고 또 必要한데 比하여, 陪審이 없는 裁判制度下에서는 傳聞證據를 排斥하는 方法은 그 證明力의 問題로서 다름으로서 充分하기 때문이다.

2. 傳聞法則과 當事者主義

傳聞法則이 陪審制度和 적어도 論理的으로 必然的 關聯은 없는데 比하여 좀더 核心的인 裁判制度의 本質과 論理的 關聯이 있다고 볼 수 있다. 이것이 곧 裁判의 窮極의 目的을 追求하는 方法으로서 當事者主義를 擇하느냐, 職權主義를 擇하느냐 하는 問題이다. 즉 職權主義下에서는 法院自身이 當事者가 主張하는 모든 事實의 眞否를 가려야 할 責任과 權能에 있는 데 反하

여 當事者主義下에서는 法院은 오직 當事者의 眞實追求를 위한 鬭爭의 審判의 役割을 할 뿐이다. 따라서 職權主義下에서는 法院이 積極的으로 犯罪 또는 爭點인 事實을 가려내기 위한 能動的 努力을 하는데 比하여, 當事者主義下에서는 法院의 役割은 오직 消極的인 것에 그치고 眞實을 立證해야할 一次的인 責任은 當事者에게 있다. 그 結果 當事者主義下에서는 證言의 眞實을 擔保하는 唯一의 길은 當事者의 反對訊問뿐인데 比하여, 職權主義下에서는 反對訊問이 그렇게 重要한 意味가 없다. 그리고 傳聞證據는 이러한 反對訊問을 거치지 않은 證據이기 때문에 當事者主義下에서 傳聞證據를 받아들인다는 것은 곧 이러한 唯一한 眞實에의 擔保를 拋棄하는 것으로 된다. 이렇게 볼때 傳聞法則은 적어도 論理的으로는 當事者主義와 必然的인 關聯이 있다고 볼 수 있다. 이러한 意味에서 傳聞法則을 當事者主義와의 關聯下에 考察한 Morgan의 見解는—적어도 그것이 歷史的 說明이 아니라 論理的 說明이라면—妥當한 見解라고 할 수 있을 것이다. 다만 이러한 考察은 特定國家의 節次法과 관계없는 하나의 純粹한 理論的 考察로서만 妥當한 것이다. 왜냐하면 英美의 裁判이든 大陸系의 裁判이든을 莫論하고 純粹한 當事者主義와 純粹한 職權主義에 該當된다고 볼 수 있는 法制는 없기 때문이다. 英美의 刑事裁判도 모든 節次가 當事者에게 一任됐다고 하는 의미에서의 純粹한 當事者主義가 아닌 것과 같이 大陸系의 民事裁判이 職權主義的이라고 할 수도 없기 때문이다. 그러나 大體的 傾向으로서 英美가 當事者主義를 大陸系가 職權主義를 濃厚하게 採用했다고 말할 수는 있을 것이고, 이러한 傾向은 英美에서의 傳聞法則 採用의 理論的 根據로 看做될 수 있을 것이다.

3. 結 論

(1) 傳聞法則의 內容과 形式

傳聞法則이 生成·發展해온 300年의 歷史를 돌이켜 보면 傳聞法則의 歷史는 곧 傳聞法則의 例外的 擴張의 歷史라고 할 수 있다. 證人이 直接體驗한 事實, 그리고 反對訊問에 의하여 그 眞實이 擔保된 事實만을 證據로 삼으려는 法則은, 적어도 그것이 神이 아닌 人間이 하는 裁判에서 當然히 結果될 수 있는 事實認定의 誤謬를 最少限度로 줄이려는 努力의 結果라는 점에서 Anglo-Saxon 民族이 남긴 偉大한 文化的 遺産이라고 할 수 있을 것이다. 그러나 이 높은 理想은 現實에 부딪혔을 때 수많은 豫期치 않았던 矛盾과 不條理를 露呈하게 되었던 것이다. 直接體驗者의 證言만을 證據로 삼으려는 理想은 그 直接體驗者는 現在 이미 죽었거나 行方不明이 되었다고 하는 현실에 부딪혔을 때 부득이 現實과 妥協하지 않을 수 없었던 것이고, 이러한 妥協의 結果가 곧 傳聞法則의 例外들인 것이다. 오늘날 英美法上 인정되고 있는 傳聞法則의 例外는 그 分類方法에 따라 10가지에서 20가지 까지로 大體로 分類되고 있다. 그리고 前述한 傳聞法則의 例外에서 살핀대로 傳聞法則의 例外에는 수많은 不

合理, 不條理, 不正義가 도사리고 있는 것이 事實이다. 事實 이 英美의 傳聞法則은 Baker가 말한 그대로 “너무 技術的이고, 너무 強直하고, 너무 發達”했는지도 모른다. 그러나 적어도 것처럼 長久한 歲月동안 人間의 合理性의 批判을 받으면서 生成·變遷되어 온 하나의 法體系가 아무런 合理性도 갖고 있지 않다고는 아무도 말할 수 없을 것이다. 部分的으로는 많은 “神祕的” “恣意的”인 要素가 있지만 全體적으로 역시 合理性을 지니고 있는 것이 傳聞法則이라고 할 수 있을 것이다. 따라서 傳聞法則의 評價는 오늘날의 傳聞法則이 지니고 있는 合理性和 不合理性을 가려내는 일로 부터 出發하지 않으면 안될 것이다. 그렇게 함에 있어서 첫째로 問題되는 것은 어떠한 傳聞證據는 危險한 證據인가?의 問題이고, 다음에 問題되는 것은 그렇게 해서 危險하다고 判斷된 證據는 어떠한 形式으로 이를 制限할 것이냐의 問題이다. 前者를 傳聞證據의 內容의 問題라고 부른다면 後者は 傳聞證據의 形式의 問題라고 부를 수 있을 것이다.

(2) 傳聞法則의 內容에 대한 吟味

어떠한 傳聞證據는 危險한 證據이고 어떠한 證據는 危險하지 않은 證據인가를 決定함에 있어서, 第一 먼저 생각하지 않으면 안될 점은 어떠한 定義로서 傳聞證據를 規定하든 問에 그러한 傳聞證據에 包攝되는 證據의 種類는 無數히 많다는 事實이다. 우리가 우선 傳聞證據를 “그 內容의 眞實을 立證하기 위하여 提出된 反對訊問을 終了하지 않은 法廷外 陳述”이라고 規定하고 나서 考察한다면 이 範疇에 包攝되는 것으로서는 다음과 같은 것들을 例로 들 수 있다. 즉 歷史書籍, 新聞記事, 業務上記錄, 公的記錄 또는 公的證明書, 원지 기타의 文書, 單純한 口述傳聞(A가 B가 말하는 것을 들었다는), 重複的인 傳聞(A가 法院에 대하여 B가 C로부터 들었다는 말을 報告하는 경우), 社會의 評判, 世상의 소문 등 實로 그 種類는 信憑할 수 있는 確實한 證據로부터 아무 價値없는 單純한 發聲에 이르기 까지 無數하다는 것을 알 수 있다. 따라서 이와같은 하나의 定義아래 規定되는 傳聞證據는 모두 價値없는 것이라고 斷定할 수 없음은 물론이려니와 이를 無條件 信用하는 것도 危險한 일인 것이다. 傳聞證據의 定義는 그것이 아무리 完璧한 것이 된다하더라도 거기에 비추어 보기만 하면 價値있는 證據와 價値없는 證據를 自動적으로 識別해 내는 自動販賣機 같은 것일 수는 없다. 여기에 그 수많은 傳聞法則의 例外가 나오지 않을 수 없는 歷史的인 理由가 있는 것이다. 그러면 現在와 같은 例外를 規定함으로써 이 問題는 完璧하게 解決된 것인가? 不幸하게도 그렇지가 못하다. 이 問題에 대하여 Hinton 教授는 이렇게 말하고 있다.¹⁾ “證據法分野에 있어서 이 分野처럼 어렵고 一致된 原則을 適用할 수 없는 分野는 없다. 하나의 證據가 傳聞證據로 인정이 됐다면 그것은 傳聞法則의 例外에 該當되지 않는 限 除外되어야 할 것이다. 그러나 그 例外의 範圍는 어떻게 決定되는가? 그것은 合理性에 의해서라기 보다는 그때 그때의 偶然한 事情에 따라 左右되는 先

判例에 의해서 偶然하게 形成된 原則에 따라 決定되고 있는 것이다"라고 말하고 있다. 그러나 이러한 結果는 歷史的 偶然이라기 보다는 다음과 같은 本質的인 問題 때문이 아닌가 생각된다. 첫째로 사람의 行態는 千態萬象이어서 미리 作定된 하나의 原則에 따라 그 모든 경우를 다 Cover 할 수가 없다는 事實이다. 예컨대 負傷한 患者가 醫師에게 말한 病的 症狀에 관한 말은 證據로 할 수 있는데 反하여 그가 어떻게 해서 다쳤는가 하는 데 대한 陳述은 證據로 할 수 없다고 미리 規定해 놓은 경우에, 實際에 發生하는 事例에서는 반드시 前者의 경우에는 信憑性이 있고, 後者의 경우에는 信憑性이 없다고 말할 수 없는 많은 具體的 事例가 생길 수 있기 때문이다. 둘째로 傳聞證據의 信憑性의 問題는 그 證據自體의 本來的 性質에 따라 左右되는 것이 아니라, 그때 그때의 外部的 事情에 따라 決定되는 경우가 많다는 것이다. 즉 어떤 傳聞證據의 價値는 다른 證據를 求할 수 있느냐 없느냐 하는 事情에 따라 左右되는 경우가 있는 反面에, 그 立證하려는 事實이 眞實로 다투어 지고 있는가 또는 단지 名目上 다투어 지고 있기 때문에 보다 輕微한 證據에 의하더라도 無妨한가 하는 事情에 따라 左右되는 경우도 있는 것이다.

그러면 現在에 인정되고 있는 傳聞法則中에서 (그 例外까지를 包含하여) 어떤 것은 받아 들이고 어떤 것은 버려야 할 것인가? 한 마디로 말 한다면 現在의 個別的 原則이 가지고 있는 合理性을 吟味해서 神秘的, 非科學的 要素는 버리고 合理的이고 科學的 根據를 가진 것만을 推出해 내는 것이 上策이라고 莫然히 말할 수 밖에 없다. 그렇게 함에 있어서는 心理學, 醫學, 社會學 등의 많은 助力을 必要로 할 것이다. 그렇게 하여 推出되는 合理的인 原則들을 整理해서 보다 簡潔한 原則으로 統合하는 것이 要請된다. 그렇게 함에 있어서는 물론 "心要性"과 "情況의 保障"이라고 하는 傳統的 標準이 많은 參考가 될 것이다. 그러나 具體的인 例外의 경우에 관한 原則만을 남기는 方法을 擇한다던 이는 곧 高貴한 遺産을 拋棄하는 結果가 될 것이다. 따라서 가장 妥當한 方法은 現在의 原則들의 合理性을 維持하는 前提下에 그들의 最大 公約數를 찾아내는 일인 것이다. 그렇게 한 다음에 最後로 그와같이 하여 決定된 原則을 適用할 條件들에 대한 考察을 하여야 할 것이다. 예컨대 "證據의 優越"만이 要求되는 民事事件에서는 "合理的 疑心이 없을 程度"까지의 立證을 要하는 刑事事件에서 보다는 그 適用이 緩和되어야 할 것이고, 그 裁判制度가 當事者主義에 重點을 두고 있느냐 職權主義에 重點을 두고 있느냐에 따라서 그 適用의 範圍를 달리 하여야 할 것이다.

(3) 傳聞法則의 形式

다음에 문제되는 것은 이와같이 하여 傳聞證據로 決定된 證據를 어떠한 方法으로 挑斥할 것인가의 문제이다. 두말할 必要도 없이 英美에서는 그러한 證據는 證據能力을 否認하여 陪審에게 事實認定의 資料로서 주어지는 것이 禁止되고 있는 方式을 採擇하고 있다. 이러한 方

式은 陪審制度下에서 가장 適合한 것이다. 왜냐하면 陪審制度下에서는 證據의 認容如否는 判事가 決定하는데 反하여 그 證據의 價値判斷은 陪審이 하도록 그 機能分類가 되어 있기 때문이다. 그러나 陪審制度下에서도 이러한 限界가 不明確해질 때가 종종 있다. 그러한 例는 傳聞證據인 如否를 決定하기 위한 先決問題를 決定하여야 할 경우에 찾아볼 수 있다. 例컨대 어떤 사람의 臨終時의 發言이 傳聞法則의 例外로서 證據能力이 인정될 것인가를 決定하기 위해서는, 그가 그 發言을 果然했는가 했다면 自己의 臨終을 認識하고 한 것인가 등의 問題가 決定되어야 하는데 이러한 問題들은 事實認定의 問題이기 때문에 陪審制度下에서의 傳統的 機能分類에 의한다면 陪審이 決定하여야 할 問題이다. 따라서 이와같은 경우에 先決問題를 決定하기 위하여 주어진 判斷資料에 이미 傳聞證據의 內容自體가 包含되었기 때문에, 가령 先決問題에서 그 證據가 認容될 수 없는 證據라는 判定이 나서 그 證據能力을 否認한다 하더라도 陪審은 벌써 그 先決問題決定過程에서 그 排除되어야 할 傳聞證據의 內容을 들었고, 事實上 그 心證形成에 영향을 받았을 것이기 때문에 그 證據를 認容하지 않는다는 것은 結果에 있어서 아무런 意味가 없게 된다. 물론 英美法에서는 여기에 대하여 對處하는 方法으로 判事의 說示(Instruction)의 重要性이 力說되고 있으나, 위와 같은 狀況下에서 說示의 內容에 陪審이 傾聽하리라고는 期待하기 힘들다. 陪審의 意見은 그들에게 주어진 모든 直接 間接의 資料에 의하여 形成되고 그렇게 綜合的으로 形成된 意見이 어느 證據에 의한 것인가를 가려낼 方法은 없기 때문이다.

이러한 問題는 陪審없는 裁判의 경우에 더욱 明白해진다. 즉 非陪審裁判에서는 證據의 認容如否를 決定하여야 할 사람과 그 證據를 判斷하여야 할 사람은 一致되고 있기 때문에, 傳聞證據를 排除하는 方法으로서 證據能力을 否認한다는 것은 大部分의 경우에 適當치 않을 때가 많다. 특히 自由心證主義를 採擇하고 있는 非陪審裁判의 경우에는 具體的으로 어느 證據가 心證을 形成하는데 決定的 役割을 했는지 外見上으로 不明瞭한 경우가 많기 때문에, 傳聞證據以外에는 다른 證據가 없거나 先決問題를 決定할 것도 없이 傳聞證據인 것이 明白한 경우와 같은 例外的인 경우에만 意味를 갖게 된다. 뿐만 아니라 職權主義下의 訴訟構造에서는 모든 眞實探究의 權能과 義務가 法院에게 주어져 있고, 따라서 法院은 傳來的 證據에 대하여도 그 出處를 追窮하여 그 信憑도를 檢討할 수 있는 制度的 保障이 있기 때문에, 傳聞證據의 證據能力을 否認하여 全然 判斷의 資料에서 除하는 方法이 과연 理論的으로 職權主義와 相容될 수 있는 나라는 것이 問題된다. 더구나 自由心證主義를 證據法上的 原則으로 하는 法制下에서는, 모든 證據의 價値判斷은 判事에게 一任되어 있기 때문에 비록 信憑性이 적다 쳐더라도——그 例外로 해야 할 必要가 무엇인가 하는 問題에 봉착하게 된다. 따라서 이러한 非陪審, 職權主義, 自由心證主義下에서는 傳聞證據를 制限하는 또 하나의 方法 즉 判事로 하여금 그 價値를 判斷하게 하는 方法이 妥當하다고 생각된다. 이것이 곧 傳聞證據를 制限하는 方法으로서 證據能

力を制限하지 않고 證明力を制限하는 方法이다. 이러한 方法을 採擇할 때에 다음과 같은 것들이 問題된다. 첫째로는 傳聞證據는 證明力만이 弱한 것으로 보고 그 判斷을 判事에게 一任한다면 判事が 그 判斷過程에서 實際로 그와같은 證據를 證明力이 弱한 것으로 取扱해서 判斷했는지 않았는지를 客觀的으로 어떻게 確認할 것인가하는 實際上的 問題이다. 여기에 대해서는 傳聞證據에 대하여는 다른 證據에 의한 補強을 요하는 것과 같은 方法이 慎重히 檢計될 必要가 있을 것이다. 그렇게 된다면 傳聞法則의 原則과 例外에 관한 規定은 判事の 心證形成을 하는 過程에서의 하나의 尺잡이 役割을 할 수 있을 것이다. 둘째로 問題되는 것은 傳聞證據를 證據로 인정하고 다만 그 證明力만이 弱한 것으로 한다면 그것은 곧 傳聞法則의 拋棄가 아닌가 하는 理論的인 問題이다. 이 問題에 대하여는 만일 傳聞法則을 傳聞證據를 證據로 받아들이지 않는다는—즉 證據能力을 否認한다고 하는—原則으로 解釋하는 限 그것은 分明히 傳聞法則의 拋棄를 意味한다. 그러나 만일 傳聞法則을 네티 傳聞證據의 價値를 制限하는 原則으로 解釋할 때는 그것은 傳聞法則의 變革에 不過하다 할 것이다. 셋째로 이와같이 傳聞證據를 證明力이 弱한 證據로 한다면 傳聞法則의 原則과 例外를 어느 程度로 詳細하게 規定할 것인가 하는 問題이다. 이 問題는 곧 現在의 英美法上에 羅列된 傳聞法則의 例外들을 全部 그대로 받아들일 것인가—물론 非合理的인 것은 除外한 것 중에서 全部를 列擧하는 形式을 取할 것인가—하는 問題이다. 여기에 대하여는 다음과 같은 事實이 指摘되어야 할 것이다. 즉 現在의 英美法上의 傳聞法則의 原則과 例外는 하나의 概念에서 演繹되어 나온 것이 아니라 具體的인 事件에서의 必要에 의하여 判例에 의하여 形成된 것이기 때문에 概念의 推象化가 되어 있지 않다는 점이다. 그 결과 같은 한 사람의 發言이 臨終時的 發言에도 該當되고 自己利益에 反하는 發言 또는 “承認”에도 該當되는 事例이 있을 수 있게 된다. 그러나 그렇다고 해서 모든 例外에 共通되는 “必要性”과 “情況的 保障”만으로 지나치게 推象화한다면……적어도 傳聞證據의 證明力이 弱한 것으로 規定하고 그러한 경우를 列擧하는 制度를 採擇하는 경우……判事の 事實認定의 指針으로서의 役割을 할 수 없을 것이다. 따라서 兩極端을 妥協하는 中間線에서 現在의 傳聞法則의 原則과 例外를 單純化, 推象化하는 길을 摸索하여야 할 것이다. 네째로 傳聞證據에 대한 當事者의 處分權을 인정하는 制度를 考慮하여야 할 것이다. 여기에 關聯하여 英美에서 傳聞證據는 證據能力이 없지만 (inadmissible) 그것은 反對當事者가 그 傳聞證據에 대하여 反對(objection)을 하였을 때에만 證據에서 除外되는 것이고 이러한 反對가 없으면 그대로 證據가 될 수 있다는 事實은 參考의 價値가 있을 것이다.