

[발표논문]

## 공범의 진술의 증거능력과 증명력\*

송진경\*\*

### 《차 례》

- |  |  |
|--|--|
| I. 들어가며  | III. 공범의 법정(法廷) 자백에 대한 증거능력 부여와 그에 대한 비판적 검토 |
| II. 헌법적 형사소송의 관점에서 본 공범의 진술의 증거능력 인정 과정 및 법적 논리에 대한 비판적 검토 | IV. 결 론                                      |

### I. 들어가며

2013년 3월 15일자 법률신문에는 “강력사건 30% 허위자백에 의한 오판이었다.”라는 제목으로 김상준 서울고법 부장판사의 박사학위논문인 ‘무죄판결과 법관의 사실인정에 관한 연구’에 대한 기사가 실렸다. 해당 논문에 따르면 1995년부터 2012년까지 유죄에서 무죄로 1·2심 판결이 엇갈린 강력사건 540건을 조사한 결과 170건(31.5%)에서 피고인 또는 공범의 허위자백 때문에 판단이 달라졌다는 것이다. 공범의 진술(공범자의 자백)에 의존한 사실인정은 원죄(冤罪)와 오판의 우려가 크다는 점은 우리 학계에서도 이미 지적된 바 있

\* 이 논문은 2013년 정부(교육부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임(NRF-2013S1A5B5A07048452)

\*\* 법학박사, 동아대학교 강사

다.<sup>1)</sup>

과거에는 자백은 증거의 왕이라고 할 정도로 절대적 증명력이 인정되어 왔으나, 자백에도 허위가 개입할 수 있는 여지는 얼마든지 있다. 따라서 허위자백으로 인한 오판을 방지하고 자백편중수사로 인한 인권침해를 방지하기 위한 수단으로서 자백보강법칙이 마련되었다.<sup>2)</sup> 특히 공범의 경우에는 서로 공모한 후 실행행위를 분담하는 등 범죄를 실행할 때에는 범죄의 실현이라고 하는 목적달성을 위해 협력하는 관계에 있지만, 형사절차에 들어오게 되면 자신의 범죄 실행 부분을 축소하고 다른 공범에게 책임을 전가하거나 심지어는 범행과 무관한 제3자를 공범으로 지목할 우려도 없지 않다.<sup>3)</sup>

한편 공범인 공동피고인(을)의 자백은 수사단계에서는 사법경찰관작성 피의자신문조서나 검사작성 피의자신문조서의 형태로 현출될 수 있고, 공판단계에서는 공판정에서 피고인의 지위에서의 진술이나 변론분리 후 증인의 지위에서의 진술로 현출될 수 있다.

공범인 공동피고인(을)에 대한 사경작성 피신조서의 경우에는 형사소송법 제312조 제3항이 적용되어 공동피고인(을)이 내용부인을 하면 증거능력이 없게 된다. 이에 비해 검사작성 피신조서의 경우에는 제312조 제4항에 따른 요건 즉 조서작성의 적법성, 실질적 진정성립, 반대신문권의 보장, 특신상태가 증명되면 증거능력이 부여된다.

그런데 2007년의 대폭적인 개정으로 현행 형사소송법은 증거조사를 먼저 한 다음 피고인신문을 하고 있다. 따라서 피고인(갑)과 공동피고인(을)이 병합기소된 경우에는 공범자(을)의 수사기관의 면전에서 행해진 자백이 기재된 증거서류가 증거조사 단계에서 피고인(갑)의 범죄사실을 입증하기 위해 제출된 경우에는 공범자(을)가 공동피고인의 지위에 있기에 반대신문을 행할 수

1) 민영성, “공범의 진술의 증거능력과 증명력”, 인권과 정의 제322호, 대한변호사협회, 2003. 6, 69면 참조.

2) 권오걸, 스마트 형사소송법, 형설출판사, 2012, 643-644면; 배중대·이상돈·정승환·이주원, 신형사소송법(제5판), 홍문사, 2013, 730면; 신동운, 신형사소송법(제5판), 2014, 1400면; 신양균, 신판 형사소송법, 화산미디어, 2009, 875-876면; 임동규, 형사소송법(제8판), 법문사, 2012, 586면.

3) 같은 취지의 지적으로 민영성, “공범자의 자백과 보강증거에 관한 판례의 비판적 검토”, 형사법연구 제15권, 한국형사법학회, 2001, 289면; 유지영, “공범자 자백의 증거능력”, 중앙법학 제14집 4호, 중앙법학회, 2012, 151-152면.

없게 된다. 이러한 근거에서 수사기관 면전에서 공범자의 자백에 대한 보강증거는 공판정 외의 자백인 경우에 필요하게 되나, 분리심리된 공범자(을)가 법관의 면전에서 자백한 경우에는 보강증거를 요하지 않는다고 하는 공판정자백기준설이 주장되고 있다.<sup>4)</sup>

종래의 대법원 판례 중에서는 형사소송법 제310조 소정의 ‘피고인의 자백’에는 공범인 공동피고인의 자백이 포함되지 않기에 공범인 공동피고인들의 각 진술이 상호간에 보강증거가 될 수 있다<sup>5)</sup>고 하는 경우뿐만 아니라, 피고인 갑이 자신의 범행을 부인한다고 하더라도 공범인 을이 자백하면 해당 자백만을 근거로 하여 갑에게 유죄판결을 할 수 있다<sup>6)</sup>고 한 경우까지 찾아볼 수 있다. 즉 대법원은 “형사소송법 제310조의 피고인의 자백에는 공범인 공동피고인의 진술은 포함되지 않으며, 이러한 공동피고인의 진술에 대하여는 피고인의 반대신문권이 보장되어 있어 독립한 증거능력이 있다.”<sup>7)</sup>고 한다. 그러나 증거조사를 먼저 한 다음 피고인신문을 하게 되는 현행 형사소송법의 구도 하에서는 공범인 공동피고인의 진술에 대해서 ‘피고인의 반대신문권’이 보장되어 있으므로 독립한 증거능력이 있다고 보았던 이러한 대법원의 태도 역시 향후 계속 유지되기는 쉽지 않을 것으로 예상된다.

그러므로 아래에서는 먼저 헌법적 형사소송의 관점에서 공범에 대한 변론을 분리한 후 공범을 증인으로 소환하는 것은 헌법이 보장하는 기본권의 하나로서 진술거부권에 대한 침해가 아닌지에 대해 살펴보고자 한다. 아울러 공판조서에 담긴 공범의 진술에 대해 형사소송법 제311조나 제315조 제3호를 적용하여 법관면전의 진술이라는 근거로 바로 증거능력을 부여해 버리는 것은 소극적 실체적 진실주의의 보장을 위해 제반 증거조사 절차를 마련하고 있는 형사소송법의 취지에 반하는 것은 아닌지 검토하고자 한다.

4) 신동운, 앞의 책, 1407면 참조.

5) 대법원 1990. 10. 30. 선고 90도1939 판결

6) 대법원 1985. 7. 9. 선고 85도951 판결; 대법원 1992. 7. 28. 선고 92도917 판결

7) 대법원 1992. 7. 28. 선고 92도917 판결. 같은 맥락에서 대법원 1985. 3. 9. 선고 85도951 판결; 대법원 1985. 6. 25. 선고 85도691 판결; 대법원 1987. 7. 7. 선고 87도973 판결 등

## Ⅱ. 헌법적 형사소송의 관점에서 본 공범의 진술의 증거능력 인정 과정 및 법적 논리에 대한 비판적 검토

### 1. 헌법상 보장된 기본권으로서 진술거부권과 형사소송법상 반대신문권

헌법 제12조 제2항은 “모든 국민은 … 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다.”라고 하여 진술거부권을 기본권으로서 보장한다. 이를 형사절차에서 구체적으로 실현하기 위해 현행 형사소송법은 수사기관이 신문에 들어가기 전에 피의자에게 진술거부권을 고지하는 절차를 상세히 규정(제244조의3)하여 강화하고<sup>8)</sup> 공판정에서도 재판장이 피고인에게 진술거부권을 고지하도록 하여(제266조의8, 제283조의2) 피고인의 방어권을 강화하였다.<sup>9)</sup>

영미식 형사절차에서 피고인은 당사자이기에 피고인에 대한 신문이라는 것을 상정할 수 없다. 피고인은 자기부죄거부의 특권을 포기하고 증인으로 선서하여 체험사실을 진술할 수 있는데, 이 때 검사는 증인의 지위에 선 피고인에 대해 반대신문을 행할 수 있다.

그러나 우리 형사소송법은 피고인신문절차(제296조의2)를 인정하고 피고인에게 진술거부권을 부여하고 있기에 상피고인을 제3자 즉 증인의 지위에 세워서 검사가 반대신문을 한다거나 상피고인에 대해 피고인이 반대신문을 한다는 것은 생각할 수 없다. 이러한 이유에서 판례도 공범이 공동‘피고인’의 지위에서 있고 피고인신문을 통해서 얻은 진술을 증인의 증언과 같이 취급하는 것을 부정하고 변론분리 후 증인의 지위에서 선서 후에 진술하였을 때 비로소 ‘반대신문권’이 실질적으로 보장됨을 이유로 증언 즉 일종의 진술‘증거’로 증거능력을 부여할 수 있다<sup>10)</sup>고 한다. 이와 같은 대법원의 논리구조와 유사한 판례는 미연방대법원의 브루튼 판례<sup>11)</sup>에서도 발견된다. 해당 판례에서 미

8) 법무부, 개정 형사소송법 해설, 2007, 7면 참조.

9) 법무부, 위의 자료, 203면 참조.

10) 대법원 2008. 6. 26. 선고 2008도3300 판결; 대법원 2012. 10. 11. 선고 2012도6848, 2012전도143(병합) 판결

11) *Bruton v. U.S.*, 391 U.S. 123 (1968)

(美) 연방대법원은 브루튼과 함께 강도 등을 범했다고 하는 공동피고인 에반스(Evans)의 자백은 피고인 브루튼(Bruton)의 범행에 대한 판단자료 즉 증거로서는 배심원들이 고려하여서는 안 된다고 보았다. 그 이유는 피고인이 공동피고인의 해당 자백에 대한 교호신문이 이루어지지 않았기에 이는 미(美) 수정헌법 제6조에서 보장하고 있는 ‘불리한 증인을 대면할 권리’를 침해한 것이고 나아가서 공정한 재판을 받을 권리에 대한 침해라고 보았기 때문이다.<sup>12)</sup> 공동피고인의 자백에 대한 미(美) 연방대법원의 일련의 판례에 대해서는 본고의 지면 관계상 향후 새로운 연구에서 더욱 상세히 다루기로 한다.

대법원은 공범이 변론을 분리하여 증인의 지위에서 허위진술을 하는 경우 위증죄로 처벌하는 것을 긍정하고 있으며, 자신의 범죄사실과 관련된 부분에 대해서 진술한다고 하더라도 피고인으로서의 진술거부권 내지 자기부죄거부 특권에 대한 침해로 볼 수 없다<sup>13)</sup>고 판시하고 있다. 하지만 피고인의 공동피고인에 대한 반대신문권의 행사가 실질적으로 보장된다고 하더라도 이는 헌법상 기본권인 공동피고인의 진술거부권을 침해할 소지도 없지 않다.<sup>14)</sup> 미국의 경우에 자기부죄거부의 특권(미 수정헌법 제5조)은 피고인이 포기할 수 있다고 한다.<sup>15)</sup> 그러나 우리 헌법상의 진술거부권은 포기할 수 없는 기본권으로서 규정되어 있음에 반해, 증인에 대한 반대신문권은 형사소송법상의 권리에 그치고 있다는 점에서 공범인 공동피고인을 변론분리 후 증인적격을 긍정하고 증언을 하도록 하는 것은 반대신문권의 보장을 위한 공여지책일 수는 있으나 헌법적 형사소송의 관점에서 볼 때에는 일종의 진술강요라는 비판의 소지가 없지 않다고 판단된다. 왜냐하면 법원이 상피고인의 변론을 분리한 후 증인으로서 소환장을 송부하게 되면 정당한 사유가 없는 한 증인으로서 출석을 하여야 하고, 증인이 정당한 이유 없이 선서나 증언을 거부하면 과태료에 처해질 수 있고, 선서 후 위증을 하면 위증죄로 처벌되기 때문이다.

12) 해당 판례에 대한 분석으로 David M. Nissman · Ed Hagen, Law of Confession (2nd Ed.), Thomson Reuters, 2013, 576-578p. 참조.

13) 대법원 2012. 10. 11. 선고 2012도6848, 2012전도143(병합) 판결

14) 같은 취지의 지적으로 유지영, 앞의 논문, 160면 참조.

15) Testimonial Waiver of the Privilege against Self-Incrimination, Harvard Law Review Vol. 92, No. 8, Jun. 1979, 1752p. 참조.

다시 말해서 위증의 벌을 받지 않기 위해서 경우에 따라서는 공범은 자신의 범죄행위에 대한 진술을 할 수밖에 없고 그것이 비록 실제적 진실의 발견을 용이하게 한다고 할지라도 이는 자기에게 불리한 진술에 대한 진술을 강요당하는 것과 마찬가지로 이에 헌법상 기본권으로서 진술거부권에 대한 침해라고 봄이 타당할 것이다.

## 2. 소극적 실제적 진실주의의 관점에서의 비판적 검토

적극적으로 범죄를 적발하고 범인을 색출하여 범죄에 상응하는 형벌을 부과하는 것을 적극적 실제적 진실주의라고 한다. 이에 비해 소극적 실제적 진실주의는 무고(無辜)한 시민을 범죄의 혐의에서 벗어나게 함으로써 부정의한 형벌이 행해지지 않도록 하려는 요청이다. 특히 소극적 실제적 진실주의는 유죄판결을 할 경우에 더욱 엄격한 심사를 가할 것을 요구하며 진범인이 형사 처벌을 면하는 일이 있더라도 무고한 사람이 처벌되어서는 안 된다는 범공동체의 기본적 가치결단에서 나오는 요청이라고 설명된다. 우리 헌법도 소극적 실제적 진실주의의 요청에 따라서 특히 무죄추정의 권리를 형사피고인의 기본권으로서 명시하고 있다(헌법 제27조 제4항, 형사소송법 제275조의2).

근대 형사소송법은 헌법적 형사소송을 표방하며 우리 형사소송법 역시 형사소송과 관련된 여러 기본권을 구체적으로 실현하기 위한 절차들을 마련하고 있다. 공판기일변경신청권(형사소송법 제270조), 공판정출석권(동법 제276조), 증거보전청구권(동법 제184조), ④증거조사참여권(동법 제121조, 제145조, 제163조, 제176조), ⑤증거조사에 대한 의견진술권(동법 제293조), ⑥증거조사에 대한 이의신청권(동법 제296조) 등은 피고인의 권리에 해당한다고 하며, 이로써 피고인에게 주체적 지위를 부여하고 방어권을 보장하여 소극적 실제적 진실발견의 이념과 적법절차를 구현하고자 한다고 설명된다.

생각건대 증인에 대한 증거조사방식은 선서한 증인에 대해 주신문과 반대신문을 행하고 필요에 따라서는 재주신문 그리고 재반대신문 등을 하는 순서로 교호신문을 함으로써 그 신빙성 등에 대해 탄핵할 수 있다. 그런데 병합기소되어 함께 하나의 공판절차에서 재판을 받게 되는 상피고인인 공범에 대해

서는 피고인은 증인의 경우와 달리 반대신문을 할 수가 없다.

마찬가지로 분리기소되어 독립된 공판조서에 담기게 된 공범의 진술에 대해서도 그것이 법관면전의 진술이라는 이유에서 형사소송법 제315조 제3호의 이른바 ‘기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서’로서 ‘당연히 증거능력이 있는 서류’로 분류해 버리는 것 역시 재검토가 필요하다. 왜냐하면 첫째로 실질적인 차원에서 볼 때 공판이 분리되어 다른 공범이 같은 공판정에 있지 않은 상황에서 공범은 자신이 아닌 타인 특히 다른 공범에게 책임을 전가하는 경향이 없지 않을 것이며, 둘째로 절차적인 면에서도 해당 공범의 진술에 대해 다른 공범이 반대신문을 한다는 것은 불가능하기 때문이다.

그럼에도 형사소송법 제311조나 제315조 제3호를 적용하여 공판조서에 담긴 공범의 진술에 대해 법관면전의 진술이라는 근거로 바로 증거능력을 부여해 버리는 것은 증거조사참여권, 의견진술권, 이의신청권 등을 원천봉쇄하게 되는 것이라고 할 것이다. 이처럼 공범의 진술에 대한 철저한 증거조사와 이의제기가 불가능하게 되는 것을 소극적 실체적 진실주의의 보장을 위해 제반 증거조사 절차를 마련하고 있는 형사소송법의 취지에도 부합하지 않는 것이라고 판단된다.

### Ⅲ. 공범의 법정(法廷) 자백에 대한 증거능력 부여와 그에 대한 비판적 검토

#### 1. 문제의 제기

피고인은 자신의 범행을 부인하고 있으나 병합기소된 공동피고인이 공판정에서 자백을 하는 경우에는 해당 자백은 공판조서에 기재되므로 형사소송법 제311조의 ‘공판기일에 피고인이 아닌 자의 진술을 기재한 조서’로서 증거능력을 가지게 된다고 본다<sup>16)</sup> 공범자의 자백이 어느 정도의 신용성 즉 증명력을 가지는가에 대한 판단은 이제 법관의 자유심증에 맡겨지게 된다. 다음

으로 피고인(갑)은 자신의 범행을 부인하고 있으나 분리기소된 공범(을)이 자신의 피고사건에 대한 공판정에서 자백을 하면서 갑과 함께 범행하였다고 자백한 경우에는 형사소송법 제315조 제3호의 '특히 신용할만한 정황에 의하여 작성된 문서'로서 증거능력을 가지게 될 것으로 판단된다.<sup>17)</sup>

여기에서 발생하는 의문은 2007년의 대폭적인 개정으로 현행 형사소송법이 증거조사를 먼저 한 다음 피고인신문을 하고 있다고 하여 공동피고인의 공판정 자백이 실제로 의미가 크지 않다고 볼 수 있는가이다. 왜냐하면 형사소송법 제311조 또는 제315조 제3호에 의해 증거능력이 부여된 공범의 자백은 앞에서 언급한 대법원 1990. 10. 30. 선고 90도1939 판결, 대법원 1992. 7. 28. 선고 92도917 판결 등의 판례를 감안하여 볼 때 공범의 공판정 자백은 피고인의 자백에 대한 보강증거로서 사용될 수 있을 뿐만 아니라 피고인이 자백하지 않는 경우에도 공범자의 자백 그 자체가 증거능력 있는 독립한 증거 특히 피고인의 유죄를 증명하는 증거로 사용될 수 있다고 여겨지기 때문이다.

## 2. 병합기소된 공범인 공동피고인의 공판정 자백에 대한 형사소송법 제311조 적용에 대한 비판적 검토

공판조서란 공판기일의 소송절차가 법정(法定)의 방식에 따라 적법하게 행해졌는지 여부를 입증하기 위하여 법원사무관 등이 공판기일에서의 소송절차 경과를 기재한 조서를 말한다.<sup>18)</sup> 공판조서에는 공판기일의 소송절차의 진행 경과에 대한 절대적 증명력이 부여(형사소송법 제56조)되어 있을 뿐만 아니라<sup>19)</sup> 실체형성에 있어서 유죄인정의 증거로까지 사용할 수 있도록(동법 제

16) 신동운, 앞의 책, 1153면 참조.

17) 피고사건과 별도의 사건에서 작성된 공판조서는 형사소송법 제315조 제3호에 의하여 증거능력이 인정된다는 대법원 1966. 7. 12. 선고 66도617 판결, 신동운, 앞의 책, 1137면 및 임동규, 형사소송법(제8판), 법문사, 2012, 529면 참조.

18) 법원실무제요 형사, 98면.

19) 대법원도 "공판조서의 기재가 명백한 오기인 경우를 제외하고는 공판기일의 소송절차로서 공판조서에 기재된 것은 조서만으로써 증명하여야 하고 그 증명력은 공판조서 이외의 자료에 의한 반증이 허용되지 않는 절대적인 것"이라고 판시하고 있다(대법원 1983. 10. 25. 선고 82도571 판결; 대법원 1993. 11. 26. 선고 93도2505 판결; 대법원 1995. 6. 13. 선고 95도826 판결; 대법원 1996.04.09. 선고 96도173 판결; 대법원 2011. 7. 28. 선고 2011도6164 판결; 대법원 2012. 5. 10. 선고 2012도2496 판결; 대법원 2012. 6. 14. 선고 2011도12571 판결 등).



311조) 규정되어 있다.<sup>20)</sup>

공판조서의 절대적 증명력을 규정하고 있는 형사소송법 제56조는 제정 형사소송법에서부터 현재까지 동일한 형태로 유지되고 있다. 공판조서에는 공판기일의 절차적 진행순서 및 방식을 비롯하여 공판정에서 물적 증거 등에 대한 증거조사가 진행되었다면 그에 대한 내용 그 외에도 검사와 피고인 및 그 변호인 등의 당해 공판기일에서의 진술과 변론 그리고 증인이 출두하였다면 그 증언의 내용 등이 담겨지게 될 것이다. 하지만 해당 조문에서 명시하고 있는 공판조서의 절대적 증명력의 범위는 ‘공판기일의 소송절차’에 대한 부분에 한정되고 있다.<sup>21)</sup> 특히 피고인을 비롯하여 증인 등 피고인 아닌 자가 진술한 내용이 공판조서에 기재된 경우 이로써 담보할 수 있는 것은 공개된 법정 및 법원의 면전에서 이루어진 진술이기에 ‘고도의 임의성’과 ‘절차적 적법성’이지 그 자체가 실체적 진실에 부합한다는 것은 아니라고 판단된다.<sup>22)</sup> 다시 말해서 공판정에서 검사의 공소장낭독, 증인의 증언, 피고인의 진술이나 변호인의 변론 등이 공판조서에 기재된다(형사소송법 제48조 제1항 1호, 제51조 등)고 하더라도 그 내용은 공판기일에 검사나 피고인 측의 ‘주장’이며 해당 사안의 실체적 진실은 각종의 증거를 바탕으로 법원이 발견하는 것이라고 여겨진다.

하지만 앞서서도 언급한 것처럼 형사소송법 제311조는 ‘피고인이나 피고인 아닌 자의 진술’을 기재한 공판조서 등을 ‘증거’로 할 수 있다고 한다. 하지만 공판조서에 담긴 진술은 공개된 법정 및 법원의 면전에서 ‘적법한 절차’에 따라 ‘자유로운 상태’에서 행해진 것일 수는 있더라도 이를 곧바로 ‘실체적 진실’에 부합하는 진술이라고 보기는 어렵다고 여겨진다. 물론 형사소송법 제55조에서 피고인에게 공판조서열람권을 부여하고 공판조서에 대한 열람, 등사, 낭독 청구에 응하지 아니한 때에는 해당 공판조서를 유죄의 증거로 할 수 없도록 하고(동조 제3항), 2007년의 전면적 개정 이후 현행 형사소송법이 공판정에서 심리의 영상녹화(제52조의2) 등을 규정하여 공판조서의 기재의 정확성

20) 신동운, 앞의 책, 730면 참조.

21) 백형구, 주석 형사소송법(1), 1997, 236-237면.

22) 같은 취지에서 “공판조서는 그 서면 자체의 성질과 작성과정에서 법정된 엄격한 절차적 보장에 의하여 고도의 임의성과 기재의 정확성 및 절차적 적법성이 담보되어 있고”라고 판시하고 있는 헌재 2013. 10. 24. 2011헌바79 결정(헌공 205, 1479) 참조.

등을 담보하려고 하고 있다. 그러나 이러한 장치들은 공판 당일에 행해진 진술 등의 정확성을 확보하는 수단일 수는 있겠지만, 당해 사건이 발생한 바로 그 시점에 발생한 사실관계를 진실 그대로 정확히 밝혀내기에 적합한 수단일 수는 없다.<sup>23)</sup> 아울러 일각에서는 공판조서 등에 대해 증거능력을 바로 부여하고 있는 제311조의 취지에 대해 수소법원 또는 법원에 의해 적법하게 해당 조서가 작성되었으며 심리의 공개, 당사자의 참여, 반대신문권의 보장 등으로 인해서 성립의 진정이 추정되기 때문이라고 설명하고 있다.<sup>24)</sup> 그러나 공범인 공동 ‘피고인’은 피고인의 지위에 있기에 증인과 달리 진술거부권을 행사할 수 있다. 특히 현행 형사소송법은 종래 형사소송규칙에서야 규정하였던 헌법상 기본권으로서 진술거부권에 대한 재판장의 고지의무를 명시하였다. 생각건대 이러한 변화는 헌법적 형사소송의 구현을 위한 일환으로서 진술거부권의 행사를 더욱 실질적으로 보장하고 강화하는 방향으로의 발전이라고 여겨진다. 무엇보다 상피고인에 대한 피고인의 반대신문은 불가능하다는 점에서 제311조에 따른 증거능력의 부여의 근거 중 하나인 반대신문권의 보장이라고 하는 것은 적어도 상피고인의 진술에 대한 부분에서는 논리적 근거를 상실하게 된다고 판단된다. 그렇다면 공판조서 등의 성립의 진정이 추정되어 증거능력이 바로 부여된다고 하는 귀결 자체의 논리적 근거에도 의문이 발생하게 된다. 더구나 성립의 진정이 ‘추정’된다는 것으로부터 증거능력을 부여해 버리는 것은 본래 추정의 의미에도 부합되지 않는다. 왜냐하면 추정은 반증을 통해서 깨뜨릴 수 있는 것이지만 해당 조문처럼 곧바로 증거능력을 부여하는 것은 반증을 통해서 뒤집을 수 없는 간주의 효력이 되어 버리기 때문이다.

이처럼 조문구조 자체에 일종의 논리비약이 내재하고 있다고 하더라도 법실무상 해당 규정을 적절하게 선택하여 타당하게 운용하고 있다면 해당 규정들에 대한 논의의 실익은 그만큼 줄어들지도 모른다. 그러나 대법원판례를 비롯하여 기본권 보장의 최후의 보루인 헌법재판소 다수의견마저도 공판조서는

23) 같은 맥락에서 “검거된 공범자는 아직 검거되지 않은 공범자에게 책임을 전가하는 내용의 진술을 하는 경우가 적지 않다.”고 하는 신이철, “공범 공판조서의 증거능력 규제방안”, 형사법연구 제24권 4호, 한국형사법학회, 2012, 237면 참조.

24) 신동운, 앞의 책, 1150면 참조.

고도의 임의성과 기재의 정확성 및 절차적 적법성이 담보된다는 등의 이유로 반증을 통해서 깨뜨릴 수 없는 절대적 증거능력을 부여<sup>25)</sup>하고 있다.

백보 양보하여 성립의 진정이 추정된다는 점을 긍정한다고 하더라도 성립의 진정은 형식적 진정성립과 실질적 진정성립을 의미할 뿐이다. 형식적 진정성립은 해당 조서의 원진술자가 서명 또는 기명날인 등을 했다는 것을 인정하는 것이고, 실질적 진정성립은 해당 조서의 원진술자가 자신이 진술한 내용 그대로 조서가 작성된 것이라고 인정하는 것을 의미한다. 이에 비해 내용인정은 조서에 담겨있는 내용이 실제적 진실에 부합함을 인정하는 것이라는 점에서 실질적 진정성립과 특히 구별된다. 이렇게 볼 때 성립의 진정의 담보를 근거로 하여 내용인정 혹은 실제적 진실에 부합한다는 결론을 이끌어 내기에는 무리가 없지 않아 보인다. 그러므로 공판조서 등이 실제형성에까지 영향을 미치도록 하고 있는 당해 조문에 대해서는 입법정책의 차원에서 재고(再考)해 볼 여지가 적지 않다고 판단된다.

### 3. 분리기소된 공범의 공판정 자백에 대한 제315조 제3호의 ‘특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서’로서의 취급에 대한 비판적 검토

헌법재판소는 2013. 10. 24. 2011헌바79 결정에서 당해 위헌소원의 심판대상이 된 형사소송법 제315조 제3호가 명확성의 원칙과 공정한 재판을 받을 권리를 침해하지 않는다고 판단하였다. 그 논지를 보면 형사소송법 제315조 제3호의 ‘기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서’는 동조 제1호와 제2호에서 열거하고 있는 공권적 증명문서나 업무상 통상문서에 준하여 ‘굳이 반대신문의 기회 부여가 문제되지 않을’ 정도로 고도의 신용성의 정황적 보장이 있는 문서라고 해석할 수 있기 때문이라는 점을 들고 있다. 아울러 해당 판례의 다수의견은 “우리 형사소송법이 채택하고 있는 대심적 구조 하에서 피고인의 진술은 공개된 법정에서 반대당사자의 지위에 있는 검사에 의하여 검증되고 탄핵되는 지위”에 있기에 “제3자가 일방적으로 한 진술과 같다고 평가할 수 없[다]”고 한다.

25) 헌재 2013. 10. 24. 2011헌바79 결정 참조.

여기에서 제기될 수 있는 문제는 첫째로 ‘분리기소’된 공범(을) 즉 피고인에 대해서 검사와 당해 피고인의 변호인(형사소송법 제296조의2 제1항) 그리고 필요에 따라서는 재판장이 피고인을 신문할 수 있다(동조 제2항)고 할지라도 해당 공판에 참석하지 않았던 피고인(갑)은 공범(을)의 진술에 대해 전혀 반대신문을 할 기회가 없다. 둘째로 분리기소된 범정의 법관은 공범(을)의 진술을 직접 심리하는 것이 가능하였겠지만 피고인(갑)에 대한 공판의 심리를 담당하게 되는 법관으로서 다른 법관의 면전에서 진술한 공범(을)의 진술이 담긴 공판조서를 증거자료로 삼게 되는 점에서 원진술자인 공범(을)의 진술을 직접 청취하여 심리하는 것이 아니라는 점에서 직접심리주의에도 철저히 못하게 된다.

같은 맥락에서 헌법재판소 재판관 3인은 보충의견으로서 특히 신용할만한 정황에 의하여 작성된 문서에 당연히 증거능력을 인정하는 형사소송법 제315조 제3호의 경우에 공범의 공판조서는 배제하는 입법이 바람직하다는 견해를 제시하였다.

#### 4. 병합심리된 공범의 진술과 분리기소된 공범의 진술에 대한 판례의 취급에 대한 비판적 검토

공범이 함께 병합심리된 경우에는 모두 피고인의 지위에 있으므로 증인으로서가 아니라 피고인의 지위에 있기에 피고인신문을 행할 수밖에 없고 피고인에게 진술거부권이 부여된다. 따라서 선서한 증인의 경우와 달리 허위진술을 하더라도 위증죄로 다루지 않게 됨과 아울러 헌법상 보장되는 진술거부권도 부여되어 있다. 또한 피고인의 지위에서 행해진 진술에 대해 증인의 경우와 같이 반대신문을 할 수도 없다.

한편 대법원은 공동피고인 사이에 아무런 실질적 이해관계가 없이 우연히 심리만 병합된 경우나 맞고소 사건에서처럼 서로 상반되는 이해관계를 가진 공동피고인의 경우에는 제3자성이 유지되고 있기에 변론을 분리하지 않더라도 증인으로서 선서하고 증언을 하면 된다는 입장이다. 이에 비해 공범인 공동피고인에 대해서는 소송절차의 분리로 피고인 지위에서 벗어난 경우에 다

른 공동피고인에 대한 공소사실에 관하여 증인적격을 긍정<sup>26)</sup>하고 있다.

여기에서 발생하는 문제는 공범에 대한 공판절차의 분리 여부에 따라서 헌법적 차원의 기본권으로서 피고인의 진술거부권의 보장 여부가 달라진다는 점에서 공정한 재판의 원칙을 해하게 될 우려가 있다. 즉 병합심리의 경우에는 피고인의 진술거부권이 보장되는 반면 변론을 분리하여 증인의 지위에 서게 되면 피고인의 지위에서와 같은 진술거부권은 보장되지 않는다.

대법원 판례의 논리처럼 공범(을)에 대한 공판을 분리한 후 피고인(갑)에 대한 공판에서 증인적격을 인정하여 공판정에서 직접 심리주의에 철저하게 증인신문을 하는 사례<sup>27)</sup>도 있겠지만 형사소송법 제315조 제3호를 적용하여 공범의 진술이 담긴 공판조서를 증거능력 있는 증거로 삼는 경우<sup>28)</sup>도 없지 않다.

그런데 증인이란 법원이나 법관에 대하여 자기가 과거에 체험한 사실을 진술하는 제3자를 말한다. 공범(을)에 대한 공판을 분리한 후 피고인(갑)에 대한 공판에서 증인적격을 긍정하여 증인신문을 한다고 하더라도 - 앞에서 제기한 헌법이 보장하는 진술거부권에 대한 침해문제와 더불어 - 과연 공범에게 객관적인 관찰자로서 제3자성을 긍정하는 것이 타당한지 여부에 대한 의문이 남게 된다.

#### IV. 결 론

앞에서 살펴본 것처럼 판례는 공판조서에 담긴 공범의 진술에 대해서 형사소송법 제311조 또는 제315조 제3호에 의해 당연히 증거능력이 있다는 입장에 있

26) 대법원은 2008. 6. 26. 선고 2008도3300 판결에서 “공범인 공동피고인은 당해 소송절차에서는 피고인의 지위에 있으므로 다른 공동피고인에 대한 공소사실에 관하여 증인이 될 수 없으나, 소송절차가 분리되어 피고인의 지위에서 벗어나게 되면 다른 공동피고인에 대한 공소사실에 관하여 증인이 될 수 있다 할 것이다.”라고 판시하였다. 같은 맥락에서 대법원 1983.10.25. 선고 83도2295 판결; 대법원 1999. 9. 17. 선고 99도2449 판결; 대법원 2007. 11. 29. 선고 2007도2661 판결; 대법원 2012. 12. 13. 선고 2010도10028 판결 등 참조.

27) 대법원 1983. 10. 25. 선고 83도2295 판결 참조.

28) 헌재 2013. 10. 24. 2011헌바79 결정의 당해 사건인 대전지방법원 2010노2600 판결

다. 그렇다면 공판조서에 담겼다는 이유로 증거능력을 부여받은 공범의 진술에 대해서 피고인이 증명력을 효과적으로 탄핵할 수 있는 방법이 있는지에 대한 문제가 발생한다. 하지만 이미 검토한 바 병합심리되는 공범은 당해 소송절차에서는 공동'피고인'의 지위에 있기에 검사가 피고인에 대해 증거조사 후 피고인신문을 할 수는 있겠지만 피고인(갑)이 상피고인(을)에 대해 반대신문을 할 수는 없다. 따라서 공동피고인에 대한 변론을 분리하여 증인으로 신문하지 않는 한 그 진술을 피고인에 대한 증거로 쓸 수 없다는 견해가 주장되었다. 대법원 판례가 공범인 공동피고인이라고 할지라도 소송절차가 분리되어 피고인의 지위에서 벗어나게 되면 다른 공동피고인에 대한 공소사실에 관하여 증인이 될 수 있다<sup>29)</sup>고 하는 것도 피고인의 반대신문권을 보장하기 위한 취지가 그 근처에 자리 잡고 있다고 선해(善解)하여 볼 여지도 없지 않을 것이다.

그런데 판례의 논리와 같이 변론을 분리하여 -공범의 진술이 담긴 공판조서가 아니라- 공범을 증인으로 소환하여 공범(을)에 대하여 피고인(갑)의 반대신문이 실제로 행해진다고 하더라도 공범(을)이 자신의 형벌을 감경시키고자 하는 의도로 갑을 끌어들이기 위해 수사단계에서 한 자백을 공판단계에서도 검찰 측 증인으로 등장하여 그대로 진술하는 경우에 해당 진술의 허위부분을 밝혀내어 반박하는 것은 결코 쉽지 않다<sup>30)</sup>는 점이 지적되고 있다.

아울러 우리 입법자는 증인의 진술이라는 것은 얼마든지 허위를 진실처럼 가장(假裝)할 수 있다<sup>31)</sup>는 점을 인식하여 의용 형사소송법이 채택하고 있지 않던 자백보강법칙을 제정 형사소송법에서 도입하였을 것으로 여겨진다.

그럼에도 대법원은 공범인 공동피고인들의 각 진술이 상호간에 보강증거가 된다고<sup>32)</sup> 할 뿐만 아니라, -피고인이 자백하지 않은 경우라고 할지라도- 공동피고인의 자백은 이에 대한 피고인의 반대신문권이 보장되어 있어 증인으로 신문한 경우와 다를 바 없으므로 독립한 증거능력이 있다<sup>33)</sup>는 입장을

29) 대법원 2008. 6. 26. 선고 2008도3300 판결; 대법원 2012. 10. 11. 선고 2012도6848, 2012전도143(병합) 판결

30) 민영성, "공범의 진술의 증거능력과 증명력", 인권과 정의 제322호, 대한변호사협회, 2003. 6, 79-80면 참조.

31) 업상섭, "신형법의 제정경위", 조선일보 1953년 10월 13일자 기고문(신동운 편, 효당 업상섭 형사소송법 논집, 서울대학교 출판부, 2006, 220-221면 참조.

32) 대법원 1990. 10. 30. 선고 90도1939 판결

유지해왔다. 이러한 관례의 입장은 피고인신문을 먼저하고 증거조사를 하던 과거 형사소송법 하에서의 입장으로 명시적으로 폐기된 것은 아니다. 하지만 최근 일련의 대법원 판례들이 공범인 공동피고인이라고 할지라도 소송절차가 분리되어 피고인의 지위에서 벗어나게 되면 다른 공동피고인에 대한 공소사실에 관하여 증인이 될 수 있다<sup>34)</sup>고 하는 판시한 것은 증거조사 후 피고인신문을 하는 현행 형사소송법의 구도 하에서 반대신문권을 보장하기 위함에 취지가 있다고 판단된다.

그러나 법원 또는 법원에 대하여 자신의 과거 체험사실을 진술하는 제3자로서 증인의 진술에도 허위가 개입할 여지가 없지 않다고 할 때, 공범의 경우에는 그가 병합기소되어 피고인의 지위에서 진술을 하든 혹은 변론을 분리하여 증인의 지위에서 진술을 하든지 책임을 전가할 경향이 매우 높다<sup>35)</sup>는 점에 주목할 필요가 있다. 무엇보다도 첫머리에서 소개한 2013년의 실증적 연구에서도 밝히고 있는 것처럼 피고인 또는 공범의 허위자백은 적지 않은 오판의 원인이 되고 있다. 우리 학계에서도 공범의 진술(공범자의 자백)에 의존한 사실인정은 원죄(冤罪)와 오판의 우려가 크다는 점을 지적<sup>36)</sup>한 바 있다.

증거재판주의의 관점에서 볼 때 공범에 대해 변론분리 후 증인적격을 부여함을 긍정하여 공판정에서 증인신문을 행하였다고 하더라도 공범의 진술에 대해 물적 증거나 이해관계 없는 제3자의 진술과 같은 증거로서 증거능력을 부여하는 것은 피고인의 진술 혹은 자백에 의존하던 과거로의 후퇴나 답보(踏步)는 아닌가 하는 의문이 남는다. 따라서 적어도 대법원이 공범의 진술에 대해서는 형사소송법 제311조나 제315조 제3호를 적용하는 것을 자제하거나 또는 해당 조문을 개정하여 공범의 진술에 대해서는 해당 조문의 적용이 배제되는 것으로 명시하는 것이 해결방안이 될 수 있다고 판단된다.

투고일 : 2014. 09. 30.	심사일 : 2014. 10. 25.	계재확정일 : 2014. 11. 03.
---------------------	---------------------	-----------------------

33) 대법원 1985.3.9. 선고 85도951 판결; 대법원 1992. 7. 28. 선고 92도917 판결

34) 대법원 2008. 6. 26. 선고 2008도3300 판결; 대법원 2012. 10. 11. 선고 2012도6848, 2012전도143(병합) 판결

35) 같은 취지의 지적으로 민영성, 앞의 논문, 71면; 유지영, 앞의 논문, 159면 참조.

36) 민영성, “공범의 진술의 증거능력과 증명력”, 인권과 정의 제322호, 대한변호사협회, 2003. 6. 69면 참조.

## 참고문헌

### \* 단행본

- 권오걸, 스마트 형사소송법, 형설출판사, 2012.  
배종대·이상돈·정승환·이주원, 신형사송법(제5판), 홍문사, 2013.  
백형구, 형사소송법, 법원사, 2012.  
서일교, 형사소송법 강의, 제일문화사, 1957.  
신동운, 신형사소송법(제4판), 법문사, 2012.  
신동운 편, 형사소송법개정자료집, 한국형사정책연구원, 1990.  
三井誠·酒卷匡/신동운(역), 입문 일본형사수속법, 법문사, 2003.  
신양균, 형사소송법(신판), 화신미디어, 2009.  
임동규, 형사소송법(제8판), 법문사, 2012.  
차용석·최용성, 형사소송법(제3판), 21세기사, 2008.

### \* 논문

- 강구진, “공범자인 공동피고인의 진술”, 법정 제74권, 한국사법행정학회, 1977.  
강동범, “공동피고인의 증인적격”, 한국 형사법학의 이론과 실천: 정암 정성진 박사 고회기념논문집, 한국사법행정학회, 2010.  
김대휘, “공범자의 범정의 진술의 증거능력과 자백의 보강법칙 - 공범자의 범정의 진술에 대한 제314조 및 제310조의 적용여부”, 형사판례연구 11권, 한국형사판례연구회, 2003.  
김덕중, “자백과 보강증거: 판례를 중심으로”, 원광법학 제28권 3호(2012년 9월), 원광대학교 법학연구소, 2012.  
김봉수, “공동피고인에 대한 진술조서와 자백보강법칙”, 경원법학. 제2권 제1호 (2009년 4월), 경원대학교 법학연구소, 2009.  
권오병, “공범자의 자백”, 사법행정 제5권 5호, 한국사법행정학회, 1964.  
민영성, “공범자의 자백과 보강증거에 관한 판례의 비판적 검토”, 형사법연구



- 제15권, 한국형사법학회, 2001.
- 민영성, “공범의 진술의 증거능력과 증명력”, 인권과 정의 332호, 대한변호사 협회, 2003.
- 민영성, “공범자자백의 취급에 관한 관례의 태도와 비판”, 형사법의 쟁점과 관례: 우리형사판례연구회 제100회 발표기념논문집, 법문사, 2009.
- 민유숙, “공범에 대한 경찰피의자신문조서의 증거능력 부여 - 형사소송법 제 314조에 의하여 증거능력을 부여할 수 있는지 여부”, 대법원판례해설 제53호, 법원도서관, 2005.
- 백형구, “공범자의 법정자백과 보강증거의 요부”, 법률신문 1608호, 1985. 7. 9.
- 신동운, “공범인 공동피고인의 증인적격”, 대한변협신문, 2009. 6. 29
- \_\_\_\_\_, “제정형사소송법의 성립경위”, 형사법연구 제22호, 한국형사법학회, 2004.
- 신이철, “공동피고인 진술의 증거법적(증거능력) 규제”, 형사법연구 제21권 제2호, 한국형사법학회, 2009.
- 신치재, “공범자의 자백 - 특히 미국연방대법원판례와 연방증거규칙을 중심으로-”, 사법행정 제31권 10호, 한국사법행정학회, 1990, 73-81면.
- 유지영, “공범자 자백의 증거능력”, 중앙법학 제14집 4호, 중앙법학회, 2012, 151-177면.
- 이규호, “자백과 보강증거에 관한 소고”, 사법행정 제51권 제3호 통권591호 (2010년 3월), 한국사법행정학회.
- 이재신, “공판중심주의적 법정심리를 위한 소고”, 재판자료 형사법 실무연구 제123집, 법원도서관, 2013.
- 이찬엽, “입법론적 관점에서 소송절차상 자백의 보강법칙의 문제점”, 법학논고 제40집(2012년 10월), 경북대학교 법학연구원.
- 정영석, “공범자의 자백과 보강증거”, 사법행정 제8권 2호, 1967.
- 정웅석, “공범인 공동피고인의 법정진술의 증거능력과 증명력”, 형사판례연구 제17호, 한국형사판례연구회, 2009.
- 정진연·신이철, “형사증거법상 공동피고인의 증인적격과 공판정 진술(자백)

의 증거능력”, 성균관법학 제19권 3호, 성균관대학교 법학연구소, 2007.

정한중, “다른 사건 공판조서의 증거능력”, 외법논집 제33권 1호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2009.

\* 학위논문

김상준, 무죄판결과 법관의 사실인정에 관한 연구: 항소심의 파기자판 사례들을 중심으로, 서울대학교 법학전문대학원 박사학위논문, 2013.

김현무, 공범자의 자백에 관한 연구, 한양대학교 박사학위논문, 2000.

신이철, 형사증거법에서 공범자 진술에 관한 연구, 건국대학교 박사학위논문, 2008.

\* 입법자료

신동운 [편], 형사소송법 제정자료집, 한국형사정책연구원, 1990.

신양균 [편], 형사소송법 제 개정 자료집(상), 한국형사정책연구원, 2009.

\_\_\_\_\_ [편], 형사소송법 제 개정 자료집(하), 한국형사정책연구원, 2009.

<국문요약>

## 공범의 진술의 증거능력과 증명력

송진경

헌법은 제12조 제2항에서 피고인의 진술거부권을 보장하고 있으며, 해당 권리를 구체적으로 보장하기 위해 형사소송법은 제244조의3에서 수사기관에서의 진술거부권 고지, 제266조의8 및 제283조의2에서 공판정에서의 피고인에 대한 진술거부권 고지절차를 규정하고 있다. 따라서 한국의 형사절차에서는 검사가 상피고인을 제3자 즉 증인의 지위에 세워서 반대신문을 한다거나, 피고인이 상피고인에 대해 반대신문을 한다는 것은 생각할 수 없다.

이러한 이유에서 판례도 공범이 공동‘피고인’의 지위에서 있고 피고인신문을 통해서 얻은 진술을 증인의 증언과 같이 취급하는 것을 부정하고 변론분리 후 증인의 지위에서 선서 후에 진술하였을 때 비로소 ‘반대신문권’이 실질적으로 보장됨을 이유로 증언 즉 일종의 진술‘증거’로 증거능력을 부여할 수 있다고 한다. 헌법적 형사소송의 관점에서 볼 때 공범인 공동피고인을 변론분리 후 증인적격을 긍정하고 증언을 하도록 하는 것은 반대신문권의 보장을 위한 궁여지책일 수는 있으나 일종의 진술강요라는 비판의 소지가 없지 않다.

최근인 2013년의 실증적 연구에 따르면 1995년부터 2012년까지 유죄에서 무죄로 1·2심 판결이 엇갈린 강력사건 540건을 조사한 결과 170건(31.5%)에서 피고인 또는 공범의 허위자백 때문에 판단이 달라졌다고 한다. 공범의 자백에 의존한 사실인정은 원죄(冤罪)와 오판의 우려가 크다는 점은 우리 학계에서도 이미 지적된 바 있다.

허위자백으로 인한 오판을 방지하고 자백편중수사로 인한 인권침해를 방지하기 위한 수단으로서 자백보강법칙이 마련되었다. 공범은 범죄를 실행할

때에는 범죄의 실현이라고 하는 목적달성을 위해 협력하는 관계에 있지만, 형사 절차에 들어오게 되면 자신의 범죄 실행 부분을 축소하고 다른 공범에게 책임을 전가하거나 심지어는 범행과 무관한 제3자를 공범으로 지목할 우려도 없지 않다.

그럼에도 대법원 판례는 공판조서에 담긴 공범의 진술에 대해 형사소송법 제311조나 제315조 제3호를 적용함으로써 법관면전의 진술이라는 점을 이유로 바로 증거능력을 부여할 수 있다고 해석하고 있다. 생각건대 이는 소극적 실체적 진실주의의 보장을 위해 제반 증거조사 절차를 마련하고 있는 형사소송법의 취지에 반하는 것이라고 판단된다. 따라서 적어도 대법원이 공범의 진술에 대해서는 형사소송법 제311조나 제315조 제3호를 적용하는 것을 자제하거나 또는 해당 조문을 개정하여 명시적으로 공범의 진술에 대해서는 해당 조문의 적용이 배제되는 것으로 명시하는 것이 해결방안이 될 수 있다고 판단된다.

주제어: 공범의 진술, 공범자의 자백, 보강증거, 반대신문권, 진술거부권, 증인 적격

<Abstract>

## On the Admissibility and Reliability of the Codefendant's Confession

Song, Jin-Kyung

Criminal defendant has the right of silence secured by article 12, clause 2 of the Korean Constitution and in order to materialize the Korean criminal procedure has article 244-3 of 'announcement of right to refuse to make statements', article 266-8 clause 6 and article 283-2 of 'announcement of right to refuse to make statements'. Korean criminal procedure act has the Article 296-2 of 'Examination of Defendant'. Therefore, it is not possible that public prosecutor interrogates codefendant as one of the witnesses or defendant has an opportunity of cross-examination of codefendant.

For this reason, Supreme Court has not regarded the statements of codefendant as sworn statements of witnesses. Supreme Court has held that it is possible to use the statements of accomplice as evidences that satisfy qualifications for admissibility of evidence only if accomplice as witness make a sworn statement by separating the pleading because of securing the right to cross-examine accomplice

In a view point of constitutional criminal procedure, using statements of accomplice as statements of witness by separating the pleading mentioned above may be a plan as the last resort to secure the defendant's right of

cross-examination, this method could infringe on the accomplice's right of silence. According to a research paper published in 2013, reversing the judgement of the first trial, the appeal court ruled the defendant not guilty on 170 cases out of the 540 violent crime cases occurred from 1995 to 2012. The main reason is accomplice's false statements. Korean criminal jurists have already pointed out fact-findings on the basis of confessions of accomplice have the risk of false charges.

In order to prevent misjudgement caused by false confessions and human rights violations caused by investigation depended upon defendant's confession, the Constitution and criminal procedure law stipulate some provisions on corroborating evidence. I think that accomplices cooperate with each other when they commit a crime together, however, they shift the responsibility to others. There is a possibility that a defendant even points out a third person unrelated to the crime.

Nevertheless, the Supreme Court has held that a statement of accomplice written in protocol of trial has admissibility of evidence on the basis of the statements conducted in the presence of judge by applying the article 311 or the article 315 no. 3. This interpretation could violate the ideology of finding of passive substantial truth and the purpose of the criminal procedure for the examination of evidence. It is better for the Supreme Court not to apply the article 311 or the article 315 no. 3 in statements of accomplice or to specify that the articles could not be applied to statements of accomplice by revising the articles.

Key Words: confession of codefendant, corroborating evidence, right of cross-examination, right to remain silent, qualification as a witness