

공동피고인의 피고인적 지위와 법정진술

- 공동피고인의 피고인적 지위에서 바라본

학설 · 판례의 문제점 -

정 응 일*

성 경 숙**

목 차

I. 들어가는 말	2. 판례
II. 공동피고인의 증인적격	3. 검토
1. 학설	IV. 공범인 공동피고인의 법정자백에 대한
2. 판례	증명력과 자백보강법칙
3. 검토	1. 공범인 공동피고인의 자백에 대한 보
III. 공범인 공동피고인의 법정진술에 대한	강증거의 필요성 여부
증거능력과 반대신문	2. 공범인 공동피고인의 자백의 보강증
1. 학설	거적격
	V. 나오는 말

I. 들어가는 말

공동피고인이란 동일 절차에서 공동으로 심판받고 있는 수인의 피고인을 말하므로, 반드시 공범인 경우만을 지칭하는 것은 아니다. 공동피고인으로 되는 경우가 실체법상의 공범자에 국한되는 것이 아니라 형사소송법 제11조의 관련사건으로 병합심리하는 피고인들도 포함하기 때문이다. 따라서 공동피고인의 진술은 다른 공동피고인(이하에서는 이를 ‘피고인’이라 한다)의 범죄에 대한 진술인 동시에 자기의 범죄사실에

* 성균관대학교 BK21 글로벌 과학기술법 전문가양성 사업단 연구원

** 울산대학교 사회과학대학 선임연구원, 법학박사

대한 피고인으로서의 진술(자백)이 될 수도 있지만, 공동피고인 간에 특별한 관계가 없어 피고인의 사건에 대해서는 제3자의 진술에 해당하는 경우도 있다. 즉 공동피고인은 그 내부적인 이해관계에 따라 진술거부권 행사의 주체가 될 수도 있고, 법원에 대한 증언의무와 진실의무를 부담해야 할 수도 있는 이중적 지위에 있는 것이다. 현행 형사소송법에서는 이러한 공동피고인의 진술에 대한 명문의 규정은 없고, 다만 피고인 등의 퇴정(제297조)과 공동피고인을 위한 파기(제364조의2, 제392조)와 같은 소송절차부분에 관한 규정만이 있을 뿐이다.¹⁾

이에 따라 공동피고인의 진술에 대한 증거능력과 증명력 문제는 전적으로 학설과 판례에 일임되어 있다. 하지만 지금까지 이 주제에 대한 많은 선행연구들, 특히 판례는 일관되게 공동피고인을 제3자적 지위로 파악하는 것을 전제로 하여 그의 진술에 대한 증거능력 평가를 증언과 다를 바 없는 것으로 평가할 뿐만 아니라, 독립된 증명력을 부여하는 입장을 취함으로써 공동피고인의 피고인적 지위를 도외시해 왔다. 이러한 시각에 의하면 공동피고인과 피고인의 이해관계가 소송 중에 확정되지 않았음에도 불구하고 공동피고인에게는 위증의 제재 하에 진술(자백)을 강요할 수 있을 뿐만 아니라, 이러한 진술(자백)만으로 피고인을 유죄로 처벌할 수 있게 된다.

따라서 이 글은 이 문제를 규정의 기계적인 해석과 같은 형식논리로 단순화해서 해결할 것이 아니라, 형사소송법 체계에서 공동피고인의 피고인적 지위를 실질적으로 고려해야 하는 것이 헌법적 차원의 요청임을 상기시키는데 연구의 목적이 있다. 이를 위해 공동피고인의 법정진술에 대한 기존의 논의들, 특히 판례와 일부 견해가 공동피고인의 법정진술을 제3자적 지위로만 평가함으로써 초래되는 위헌적인 모습들이 보다 분명하게 드러날 수 있도록 대법원의 판결내용과 이러한 판례의 태도와 궤를 같이 하는 견해들의 근거를 상세하게 살펴볼 것이다.

1) 이하에서는 형사소송법의 조문은 조문만을 표시한다.

Ⅱ. 공동피고인의 증인적격

형사소송법 제146조는 “법원은 법률에 의해 다른 규정이 없으면 누구든지 증인으로 신문할 수 있다”고 규정하고 있다. 따라서 공동피고인의 진술을 피고인의 범죄사실을 인정하기 위한 증거로 사용할 수 있는 방법 중에 우선적으로 생각해 볼 수 있는 것이 법정에서 공동피고인을 증인으로 신문하는 것이다. 하지만 공동피고인의 진술은 자기사건에 대한 사실과 함께 피고인에 대한 유죄증거로서의 의미를 가질 수 있기 때문에 어떠한 요건 하에서 증인적격을 인정할 수 있는지에 대해서는 다음과 같이 학설과 판례가 나뉜다.²⁾

1. 학설

1.1 변론분리 불요설

공동피고인은 피고인과의 관계에서는 제3자이므로 병합심리 중인 공동피고인도 증인으로 신문할 수 있다는 견해이다.³⁾ 공동피고인이라도 각 피고인은 자기의 사건에 관하여만 피고인이고 다른 사람에 대한 사건

2) 종래에는 이에 대한 학설을 긍정설, 부정설, 절충설로 분류하였다. 하지만 긍정과 부정의 의미가 ‘변론의 분리 없이도 공동피고인의 증인적격을 인정할 것인가?’에 대한 긍정(증인적격 인정)과 부정(증인적격 부정)이었다면, 절충설로 분류되는 견해들은 후술하듯이 변론의 분리 여부보다는 공동피고인 간의 실질적 관계에 따라 증인적격을 인정하기 때문에 정확하게 같은 차원에서의 학설분류방법이라고 보기 어렵다. 따라서 이하에서는 각 학설이 ‘어떠한 조건’에서 증인적격을 인정하는지를 보다 분명하게 나타내기 위해서 변론분리 필요설(종래의 부정설)과 변론분리 불요설(종래의 긍정설) 및 제한적 변론분리 불요설과 제한적 전면부정설로 분류하기로 한다.

3) 차용석/최용성, 형사소송법 제3판(21세기사, 2008), 630쪽; 최진안, “피고인과 피고인 아닌 자의 진술에 대한 증거법상의 몇 가지 문제”, 성균관법학 제22권 제3호(성균관대학교 법학연구소, 2010), 405쪽.

에는 피고인이 아니며, 공동피고인의 이러한 제3자적 지위가 법원이 행하는 변론의 병합이나 분리 여부에 따라 피고인 또는 증인으로 바뀌는 것은 아니기 때문이라고 한다. 따라서 진술거부권(제244조의3, 제266조의8 제6항)은 피고인의 지위에 있는 한도에서 그 피고인 자신에 대한 공소사실에 대하여 인정하면 되고 타인의 범죄사실에 대한 증언을 하는 경우에는 증언거부권(제148조)이 보장되어 있는 이상 진술거부권의 침해는 문제가 되지 않는다고 한다. 이러한 입장에 따르면 변론을 분리하지 않더라도 공동피고인은 반드시 증인으로서 선서하고 진술하여야 하며, 단순히 공동피고인의 지위에서 한 진술은 다른 공동피고인에 대한 관계에서는 증거로 사용할 수 없게 된다.

1.2 변론분리 필요설

공동피고인은 사건이 병합심리되고 있는 한 피고인으로서 진술거부권을 가지므로 변론을 분리(제300조)하지 않는 한 증인으로서 신문할 수 없다는 견해이다.⁴⁾ 변론을 분리하지 않고 증인적격을 인정하여 진술을 강제하면 공동피고인의 진술거부권이 침해된다는 것이다. 결국 이 견해에 의하면 공동피고인을 증인으로 신문하기 위해서는 반드시 변론을 분리하여 공동피고인이었던 자를 피고인에 대한 공판절차에서 증인으로 신문할 것이 요구된다.

1.3 제한적 변론분리 필요설(절충 1설)

공동피고인 상호간의 실질적 관계를 고려하여 증인적격을 인정하자는 견해이다.⁵⁾ 이 입장에 의하면 우선 공동피고인 상호간에 이해관계를

4) 정영석/이형국, 형사소송법(법문사, 1994), 395-396쪽; 심희기/양동철, 신형사소송법판례(홍문사, 2009), 510-511쪽.

공통으로 하지 않고 단지 심리만 병합된 것이거나 맞고소 사건의 경우와 같이 상호간 이해가 상반된 공동피고인의 경우(이하에서는 이를 ‘공범 아닌 공동피고인’이라 한다)에는 공동피고인이라도 제3자에 불과하므로 증인적격을 인정한다. 하지만 공동피고인 상호간에 공통의 실질적인 이해관계가 인정되어 진술거부권이 침해될 수 있는 공동피고인(이하 이를 ‘공범인 공동피고인’이라 한다)에 대해서는 변론의 분리 없이는 증인적격을 인정하지 않는다. 즉 공범인 공동피고인에 대해서는 변론분리 필요설을 취하고 공범이 아닌 공동피고인은 변론분리 불요설을 ‘절충’한 견해인 것이다.

1.4 제한적 전면부정설(절충 2설)

이 견해는 공동피고인을 공범인 공동피고인과 공범 아닌 공동피고인으로 구별하여 증인적격의 인정여부를 판단한다는 점과 공범 아닌 공동피고인에 대해서 증인적격을 인정한다는 점에서는 절충 1설인 제한적 변론분리 필요설과 동일하다.⁶⁾ 하지만 공범인 공동피고인은 피고인으로서의 성질을 가지기 때문에 변론을 분리하더라도 증인적격을 인정할 수 없다고 한다.⁷⁾ 따라서 공범인 공동피고인은 스스로 진술거부권을

5) 노명선/이완규, 형사소송법(성균관대 출판부, 2009), 402쪽; 손동권, 형사소송법 개정신판(세창출판사, 2010), 490쪽; 이경렬, “공동피고인의 법정자백과 파기환송심에서의 불이익변경금지원칙의 적용”, 고시계 제55권 제7호(고시계사, 2010), 54-55쪽; 이은모, 형사소송법(박영사, 2010), 460쪽; 이창섭, “공범에 대한 피의자 신문조서의 증거능력 소고”, 비교형사법연구 제12권 제2호(한국비교형사법학회, 2010), 135쪽.

6) 다만 관련성이 없어 증인적격이 인정된 공범 아닌 공동피고인이라도 그에 대한 증인 신문을 위해서 변론을 분리하여야 하는지에 대해서는 i) 분리할 필요가 없다는 견해(정용석/백승민, 형사소송법 전정 제3판(대명출판사, 2009), 799쪽)와 ii) 변론분리가 필요하다는 견해(배종대/이상돈/정승환, 신형사소송법 제2판(홍문사, 2009), [48] Rn, 23)로 나뉜다.

7) 권오걸, “증인적격과 위증죄”, 법학논고 제36호(경북대학교 법학연구소, 2011), 42

행사하지 않거나 증언거부권을 포기하고 자진하여 증인이 될 것을 신청하지 않는 한 변론을 분리하더라도 증인으로 신문할 수 없다고 한다.⁸⁾

2. 판례

대법원은 ① “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”고 판시하여,⁹⁾ 공범인 공동피고인도 변론을 분리하면 증인적격을 인정할 수 있다고 한 바 있다. 한편 ② “피고인과 별개의 범죄사실로 기소되어 병합 심리되고 있던 공동피고인(필자 註: 공범 아닌 공동피고인)은 피고인에 대한 관계에서는 증인의 지위에 있음에 불과하므로 선서 없이 한 그 공동피고인의 법정 및 검찰진술은 피고인에 대한 공소범죄사실을 인정하는 증거로 할 수 없다”고 판시하여,¹⁰⁾ 이 경우에 증인적격의 인정을 위해 변론을 분리해야 하는 것인지의 여부는 명백하지 않다.¹¹⁾

쪽; 김영갑, “서증의 증거능력과 증거조사방법의 비교검토”, 형사재판의 제문제 제2권(박영사, 1999), 425쪽; 신동운, 신형사소송법(법문사, 2007), 731쪽; 이재상, 신형사소송법 제2판(박영사, 2008), §34/13; 임동규, 형사소송법 제6판(법문사, 2009), 596쪽; 정웅석/백승민, 앞의 책, 799쪽.

8) 종래에는 절충 1설과 2설 모두 공범인 공동피고인과 공범 아닌 공동피고인을 구별하여 증인적격을 판단하고 있다는 점에만 초점이 맞춰졌다. 이러한 이유로 양 학설의 차이점이 정확하게 설명되지 않은 채 마치 하나의 절충설인 것처럼 설명되어 왔으나, 공범인 공동피고인의 증인적격의 인정 여부에 대해 양 학설은 뚜렷한 차이가 있다는 점에서 구별하여 설명하는 것이 정확할 것이다.

9) 대법원 1999. 9. 17. 선고, 99도2449 판결; 대법원 2008. 6. 26. 선고, 2008도3300 판결. 실무에서는 공범인 공동피고인을 증인으로 신문할 때에는 같은 법정에서 여타 사정의 변화 없이 단지 변론의 형식적인 분리를 통해서 공동피고인에게 증인적격을 부여한다.

10) 대법원 1982. 6. 22. 선고, 82도898 판결.

위와 같은 대법원의 판시내용을 정리해 보면, 공범인 공동피고인은 변론을 분리하면 증인적격이 인정되고, 공범이 아닌 공동피고인은 증인으로서 선서하지 않는 한 그가 한 진술에 대한 증거능력을 부정한 것이라고 할 수 있다. 따라서 제한적 변론분리 필요설(절충 1설)의 입장과 같은 취지라고 볼 수 있다.¹²⁾

3. 검토

3.1 공동피고인의 진술거부권과 증인적격

우리나라 헌법 제12조 제2항은 “모든 국민은 ...형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다.”라고 하여 진술거부권을 명문으로 규정하고 있다. 이러한 진술거부권은 피고인이나 피의자 또는 장차 피고인이나 피의자가 될 자가 수사절차나 공판절차와 같은 형사절차 뿐만 아니라 행정절차나 국회의 조사절차 등 어디에서나 형사상 자기에게 불리한 진술을 거부할 수 있는 권리를 말한다.¹³⁾ 헌법 제12조 제2항에서 진술거부권을 기본적 권리로 보장하는 것은 무엇보다 형사피의자나 피고인의 인권을 형사소송의 목적인 실체적 진실발견이나 구체적 사회정의의 실현이라는 국가적 이익보다 우선적으로 보호함으로써 인간의 존엄성과

11) 김영갑, 앞의 논문, 425쪽.

12) 이러한 판례의 입장을 부정설에 가까운 것으로 평가하는 견해가 있다(신이철, “공동 피고인 진술의 증거법적(증거능력) 규제”, 형사법연구 제21권 제2호(한국형사법학회, 2009), 106쪽). 하지만 판시내용에서 공범인 공동피고인과 공범 아닌 공동피고인을 구분하고 있다는 점뿐만 아니라 공범 아닌 공동피고인에 대해 반드시 변론을 분리해야만 증인적격을 인정할 수 있는지가 분명하지 않으므로 판례를 부정설의 입장으로 파악하는 어렵다고 할 것이다(이은모, 앞의 책, 460쪽 참조). 생각건대 공범인 공동피고인을 공범 아닌 공동피고인과 구분한 뒤 증인적격을 인정하고 있다는 점에서 대법원은 절충설 중에서도 제한적 변론분리 필요설의 입장이라고 판단된다.

13) 정종섭, 헌법학원론 제4판(박영사, 2009), 522쪽.

생존가치를 보장하고 나아가 비인간적인 자백의 강요와 고문을 근절하려는 데 있다.¹⁴⁾ 이에 따라 고문 등 폭행에 의한 강요는 물론 법률에 의하더라도 진술을 강제할 수는 없다.¹⁵⁾

더 나아가 헌법은 제12조 제2항에서 “형사상 자기에 불리한 진술”에 한하여 진술거부권을 인정하고 있는데 비해, 형사소송법 제244조의3 조와 제283조의2 제1항에서는 피고인의 이익 또는 불이익을 불문하고 진술거부권을 인정함으로써 그 범위를 헌법보다 확장하고 있을 뿐만 아니라, 제283조의2 제2항에서는 “재판장이 피고인에게 제1항과 같이 진술을 거부할 수 있음을 고지하여야 한다”고 하여 재판장에게 진술거부권의 고지까지도 의무화하고 있다.¹⁶⁾

공동피고인의 증인적격 문제는 진술거부권의 이와 같은 헌법적 기본권으로서의 지위에 비추어 생각해 보아야 한다. 공동피고인이 제3자에 불과할지 당사사적 지위인지는 당해 피고인에 대한 사건의 실체에 관한 개념으로서 유죄의 확정판결이 내려지기 전에는 어차피 추정된 사실이나 주장된 사실에 불과하다.¹⁷⁾ 다시 말해 공동피고인의 지위는

14) 헌법재판소 1997. 3. 27. 선고, 96헌가11 결정. 대법원은 더 나아가 진술거부권이 보장되어 있으므로 형사소송절차에서 피고인은 방어권에 기하여 범죄사실에 대하여 진술을 거부하거나 거짓 진술을 할 수 있다고 판시한 바 있다(대법원 2001. 3. 9. 선고, 2001도192 판결). 다만 이 경우 범죄사실을 단순히 부인하고 있는 것이 죄를 반성하거나 후회하고 있지 않다는 인격적 비난요소로 보아 가중적 양형의 조건으로 삼는 것은 결과적으로 피고인에게 자백을 강요하는 것이 되어 허용될 수 없다고 할 것이나, 그러한 태도나 행위가 피고인에게 보장된 방어권 행사의 범위를 넘어 객관적이고 명백한 증거가 있음에도 진실의 발견을 적극적으로 숨기거나 법원을 오도하려는 시도에 기인한 경우에는 가중적 양형의 조건으로 참작될 수 있다고 하였다(대법원 2001. 3. 9. 선고, 2001도192 판결).

15) 헌법재판소 1990. 8. 27. 선고, 89헌가118 결정.

16) 2007년 개정 전 형사소송법에서는 이러한 고지의무에 대해 명시적인 규정을 두지 않고 형사소송규칙 제127조에서 이를 규정하였었다. 2007년 개정 형사소송법은 이를 명문화한 것이다(법원행정처, 형사소송법 개정법률 해설, 108쪽).

17) 최병각, “공범과 공동피고인, 왜 문제인가?”, 저스티스 통권 제122호(한국법학원, 2011), 172쪽.

변론분리라는 형식적 절차에 의해 결정되거나 변경될 사항이 아님이 분명하다.¹⁸⁾ 따라서 공동피고인에게 변론의 분리라는 기술적인 절차에 의해 증인적격을 인정하자는 대법원과 다수학설의 주장은 결국 진술거부권에 대한 ‘우회적 침해’를 통한 진술거부권의 형해화에 다를 바 없다고 할 것이다.¹⁹⁾ 공동피고인의 법정 진술의 의미, 즉 피고인의 범행에 대한 진술인 동시에 자기의 범행에 관한 진술로서 일체불가분의 관계인지 여부가 확정판결 전까지 알 수 없음에도 불구하고 그러한 공동피고인으로 하여금 증인신문에 의해 위증죄의 제재를 받을 위험 하에서 진술을 하거나 증언을 거부함으로써 자기의 범죄를 암시 또는 사실상 시인하게 될 수밖에 없게 되기 때문이다.²⁰⁾

또한 형사소송법상 피고인신문은 피고인의 자발적인 신청 내지 동의가 있어야만 가능한 것이 아니라, 검사 또는 재판장의 발의로 얼마든지 허용되고(제296조의2 제1항과 제2항) 있기 때문에 공동피고인에 대해서도 피고인신문(제296조의2)을 할 수 있을 뿐만 아니라,²¹⁾ 그의 법정진술은 후술하듯이 일정한 조건(반대신문권의 보장)이 갖춰질 경우 피고인에 대해서 증거능력을 인정할 수 있으므로 공동피고인의 증인적격을 인정해야만 할 현실적인 필요성도 크다고 볼 수 없다.²²⁾

18) 변론의 분리제도 자체는 본질적으로 소송경제와 심리의 편의를 위한 것일 뿐이다(신동운, 앞의 책, 856쪽). 예컨대 공동피고인과 피고인이 공동정범인 경우에는 이와 같이 형식적으로 변론을 분리하더라도 피고인의 사건이 동시에 자신의 사건이라는 성격은 변하지 않는다(변할 수도 없다).

19) ‘우회적 침해’라는 분석으로는 윤동호, “개정형사소송법과 공범의 자백의 증거능력에 관한 해석론”, 형사법연구 제20권 제1호(한국형사법학회, 2008), 199쪽 참조.

20) 이러한 이유로 대법원 2008. 6. 26. 선고, 2008도3300 판결의 1심(수원지법 성남지원 2008. 2. 4. 선고, 2007고단3186 판결)과 2심(수원지법 2008. 4. 1. 선고, 2008노869 판결) 모두 공범인 공동피고인에게 자신의 공소사실과 밀접한 관련이 있는 부분에 관하여는 증인적격이 인정되지 않는다고 판단하였다.

21) 이 경우 증인신문의 방식을 준용하고 있다(제296조의2 제3항).

22) 손동권, 앞의 책, 490쪽; 신동운, 앞의 책, 731쪽; 임동규, “형사증거법상 ‘공범인 공동피고인의 범위’”, 형사판례연구14(박영사, 2006), 4쪽. 이와 같은 이유로 공범

3.2. 공범인 공동피고인의 범위

그렇다면 진술거부권이 침해될 수 있는 공동피고인, 즉 공범인 공동피고인의 범위를 어디까지로 보아야 하는지가 문제된다. 증인적격이 없는 공범인 공동피고인에 대해서 ① 공동정범(합동범 포함)과 협의의 공범(임의적 공범)뿐만 아니라 필요적 공범까지만 포함된다는 견해와²³⁾ ② 엄밀한 의미의 공범(공동정범, 협의의 공범, 필요적 공범)과 사후종범뿐만 아니라 널리 피고인의 범죄사실이나 그 전후에 밀접한 관련이 있는 사실을 기소범죄사실로 하는 공동피고인은 공범으로 보자는 견해²⁴⁾가 주장되어 왔다.

이에 대해 대법원은 합동범²⁵⁾과 공동정범²⁶⁾은 물론, 뇌물을 주고받은 필요적 공범의 형태인 대향범²⁷⁾도 공범인 공동피고인으로 보고 있지

인 공동피고인을 바로 증인으로 신문하지 아니하는 것이 통상의 실무례라고 한다(법원행정처, 법원실무제요 형사 II(법원행정처, 2008), 192쪽).

23) 김봉수, “피고인의 공소사실과 관련한 공동피고인에 대한 경찰작성 신문조서의 증거능력”, 형사법연구 제22권 제1호(한국형사법학회, 2010), 81쪽; 김영갑, 앞의 논문, 443쪽; 임동규, “공범인 공동피고인의 범위”, 고시계 통권 제51권 제9호(고시계사, 2006. 9), 48쪽. 한편 확일적 유형구분보다는 피고인의 기소된 범죄사실과 불가분적 연관을 갖는 사실관계를 놓고 수사 및 공판을 받고 있는 자로 이해하는 것이 바람직하다면서도 공동정범(합동범 포함)과 협의의 공범(임의적 공범) 및 필요적 공범만 공범인 공동정범으로 보아야 한다는 견해로는 정진연/신이철, “형사증거법상 공동피고인의 증인적격과 공판정 진술(자백)의 증거능력”, 성균관법학 제19권 제3호(성균관대학교 비교법연구소, 2007), 509-510쪽.

24) 여훈구, “검사작성의 공범자에 대한 피의자신문조서의 증거능력”, 형사판례연구(1)(박영사, 1993), 400쪽; 최진안, 앞의 논문, 408쪽. 한편 ‘공통의 이해관계’ 유무를 기준으로 공동피고인의 증인적격을 판단하는 견해(신동운, 앞의 책, 731쪽; 정웅석/백승민, 앞의 책, 799쪽) 역시 이러한 견해를 취하고 있는 것으로 판단된다.

25) 대법원 1992. 7. 28. 선고, 92도917 판결.

26) 대법원 1990. 10. 30. 선고, 90도1939 판결; 대법원 1996. 3. 8. 선고, 95도2930 판결.

27) 대법원 1985. 6. 25. 선고, 85도691 판결(공동피고인인 증뢰자의 법정자백은 수뢰자에 대하여 독립하여 증거능력이 있다는 취지).

만, 절도범과 그 장물범에 대해서는 공범인 공동피고인의 관계가 아니라 서로 제3자임을 판시한 바 있다.²⁸⁾

생각건대 획일적으로 공동정범(합동범 포함)과 협의의 공범(임의적 공범) 및 필요적 공범인 경우에만 국한하여 진술거부권이 침해된다고 볼 수는 없다. 진술거부권의 ‘진술’이라 함은 언어적 표출 즉, 생각이나 지식, 경험사실을 정신작용의 일환인 언어를 통하여 표출하는 것을 의미하고,²⁹⁾ 그 대상은 범죄사실 뿐 아니라 간접사실이나 보조사실, 범죄의 단서를 제공하는 사실 등을 모두 포함한다.³⁰⁾ 그런데 이와 같은 진술이 위와 같은 제한된 공범의 경우에만 가능할 것이라고 볼 근거는 없다. 무엇보다 공범의 인정여부와 형태 등은 유죄의 확정판결이 내려지기 전에는 아무도 알 수 없음에도 불구하고 이를 기준으로 공범인 공동피고인지를 판단하여 증인적격을 부정해야 한다는 주장은 기교적인 탁상공론에 불과하다.³¹⁾ 따라서 공동피고인의 진술거부권이 침해당할 가능성 여부에 따라 구별하여, 예컨대 각각 다른 별개의 범죄사실로 기소되고 다만 병합심리된 것뿐이거나³²⁾ 맞고소 사건의 경우처럼 상호간 이해가 상반된 공동피고인의 경우와 같이³³⁾ 명백하게 진술거부권을 침해할 위험이 없는 경우에만 공동피고인의 법정진술은 증인신문절차를 통해 증

28) 공동피고인인 절도범과 그 장물범은 서로 다른 공동피고인의 범죄사실에 관하여는 증인의 지위에 있다 할 것이므로, 피고인이 증거로 함에 동의한 바 없는 공동피고인에 대한 피의자신문조서는 공동피고인의 증언에 의하여 그 성립의 진정이 인정되지 아니하는 한 피고인의 공소 범죄사실을 인정하는 증거로 할 수 없다(대법원 2006. 1. 12. 선고, 2005도7601 판결).

29) 헌법재판소 1997. 3. 27. 선고, 96헌가11 결정(헌법재판소가 도로교통법상 음주측정을 위한 호흡측정행위를 진술이 아니라고 본 사안).

30) 차용석/최용성, 앞의 책, 105쪽.

31) 공판 진행 중에 있는 경우에는 수사기관의 조사에 의해 결정된 형태만을 기준으로 공범인지 아닌지를 추정해 볼 수밖에 없는데 이러한 구분은 아무런 절차법적 근거가 없을 뿐만 아니라, 무죄추정의 원칙에도 반한다.

32) 대법원 1979. 3. 27. 선고, 78도1031 판결.

33) 대법원 1982. 9. 14. 선고, 82도1000 판결.

언으로서 증거능력을 갖게 하는 것이 바람직할 것이다.³⁴⁾ 만약 위와 같은 경우에도 공동피고인의 법정진술을 증거로 사용할 수 있게 되면 이는 선서 없는 증인의 증언에 증거능력을 인정함과 실질적으로 차이가 없게 되어 버리기 때문이다.³⁵⁾ 반면 공동피고인 상호간에 공통의 실질적인 이해관계, 즉 그의 진술이 동시에 자신의 범죄행위에 대한 내용을 포함하게 될 수 있는 경우에는 스스로 진술거부권을 행사하지 않거나 증언거부권을 포기하고 증인이 될 것을 신청하지 않는 한 증인으로 신문할 수 없다고 보는 것이 타당하다고 할 것이다.³⁶⁾

Ⅲ. 공범인 공동피고인의 법정진술에 대한 증거능력과 반대신문

전술하였듯이 ‘공범인 공동피고인’³⁷⁾이 ‘피고인이 어떠한 죄를 저질

34) 독일의 판례 역시 공동피고인에게 자신의 형사책임과 관계없는 피고인의 범죄에 대해 진술하도록 하기 위해서 변론을 일시적으로 분리하여 증인으로 신문하는 것은 적법하다고 한다(BGH 10, S. 8).

35) 정진연/신이철, 앞의 논문, 519쪽.

36) 독일의 통설은 피고인의 개념을 형식적으로만 파악하지 않고 피고인의 이익보호라는 관점에서 공동피고인의 진술이 그 자신의 절차에서 의미를 가질 수 있다면 공동피고인간의 변론분리 등과 같은 형식적인 절차를 통해 증인적격을 인정하는 것은 허용될 수 없다고 한다(Diethelm Kleszczewski, *Strafprozessrecht*(Carl Heymanns Verlag, 2007), Rn. 155). 독일의 판례 역시 공동피고인이 자기 자신에게도 부담이 되는 범죄행위를 진술하여야 하는 경우에는 증인신문을 하기 위한 목적으로 변론을 일시적으로 분리하는 것은 허용될 수 없다고 하였다(BGH StV(1984), 186).

37) 전술한 바와 같이 공범 아닌 공동피고인의 법정진술에 대하여는 증인으로 신문하지 아니하는 경우 피고인의 법정진술에 대한 관계에서는 그 증거능력을 인정할 수 없다는 것이 학설과 판례의 일치된 견해이므로, 공범 아닌 공동피고인의 법정진술은 증인신문을 통해야 한다. 따라서 이하에서의 논의는 ‘공범인 공동피고인’의 법정진술이 증거능력에 대한 논의에 국한하기로 한다.

렀다’ 뿐만 아니라, ‘피고인과 공동으로 죄를 범했다’고 하는 공범자의 진술(자백)은 모두 다른 공범자에 대한 관계에서는 증거로서의 성격을 가진다. 그러나 공범자인 공동피고인은 공범관계의 특수성으로 인하여 책임전가를 위한 허위진술의 가능성이 높는데 비해 증인으로서 진술하는 것이 아니기 때문에 진실을 말해야 할 의무가 있는 것은 아니다. 이와 같은 이유로 공범인 공동피고인의 법정진술에 대해서 위증죄 등으로 진술의 진실성이 어느 정도 담보되는 증인의 증언과 그 증거가치를 동일하게 볼 수 있을지가 의문시 된다. 하지만 그렇다고 하여 임의성이 인정되고 피고인의 반대신문 등이 철저하게 이루어진 경우에도 공범인 공동피고인의 진술에 대해서 피고인의 범죄사실에 대한 증거능력을 완전히 부정하는 것은 실제적 진실발견이나 소송경제의 측면에서는 부당하다 할 수 있을 것이다. 이러한 문제점 때문에 공범인 공동피고인의 법정진술을 피고인의 유죄증거로서 증거능력을 인정하기 위해 반대신문이 필요한 것인지 견해가 나뉜다.

1. 학설

1.1 반대신문 불요설

공동피고인이 법정에서의 한 진술에 대해 피고인의 반대신문 없이도 그에 대한 유죄의 증거로 사용할 수 있다는 견해이다.³⁸⁾ 그 근거로는 ① 공동피고인의 진술은 법관 앞에서의 임의의 진술이고, ② 전문증거가 아닌 피고인의 진술에 대하여 반대신문권의 보장을 엄격히 요구할 필요가 없을 뿐만 아니라, ③ 공판 중의 피고인신문절차에서 공동피고인은 다른 공동피고인에 대해 반대신문권을 행사할 수 있으며, ④ 공동피고인

38) 김영갑, 앞의 논문, 431쪽; 이재상, 신형사소송법연습 제3판(박영사, 2008), 282쪽; 임동규, 앞의 책, 570쪽.

의 공판정 진술은 본인에 대해서도 불리한 증거로 사용된다는 점에서 증거능력을 인정해야 한다는 점 등을 들고 있다.

1.2 반대신문 필요설

공범인 공동피고인의 법정진술에 대한 증거능력을 인정하기 위해 반대신문이 필요하다는 주장은 그 근거와 절차에 대해 다시 견해가 나뉜다.

1.2.1 변론분리 필요설(증인신문설)

공판절차를 분리하여 증인으로 신문하지 않는 한, 공동피고인의 법정진술을 피고인의 공소사실에 대하여 증거능력을 인정할 수 없다는 견해이다.³⁹⁾ 그 논거로는 ① 피고인신문절차(제296조의2)에서 반대신문권을 명문으로 보장하고 있지 않으며, ② 공동피고인의 진술은 책임전가를 위해 허위일 위험성이 높은 반면 진술거부권을 가지므로 피고인의 반대신문권이 효과를 거두기가 어려울 뿐만 아니라, ③ 이러한 공동피고인의 진술이 증인선서에 의하여 담보될 수도 없기 때문이라고 한다.

1.2.2 반대신문 보장설

피고인의 반대신문권의 중요성에 비추어, 법정에서 진술한 공범인 공동피고인에 대해 피고인이 실제로 충분히 반대신문⁴⁰⁾을 하였거나, 반대신문의 기회가 부여되었다고 인정된 경우에 한해 공동피고인의 법정진술에 증거능력을 인정하는 견해이다.⁴¹⁾ 그 근거로는 ① 공판정에서

39) 박강우, “공동피고인의 증인적격과 공판정 진술의 증거능력”, 고시연구 제30권 제7호(고시연구사, 2003), 158쪽; 심희기/양동철, 앞의 책, 510-511쪽; 최진안, 앞의 논문, 416쪽. 이러한 견해들은 모두 공범인 공동피고인의 진술을 피고인의 유죄증거로 채용하려면 증인으로 신문하여야 한다고 주장한다.

40) 이는 피고인의 공동피고인에 대한 신문으로서 증인신문은 아니므로, 반대신문이 아니라 ‘보충신문’이라고 표현하는 견해로는 김영갑, 앞의 논문, 426쪽.

법관 앞에서 행하여진 증인의 증언도 반대당사자에게 반대신문의 기회를 주지 않는 한 그 증거능력이 부정되는데 비해(제161조의2 제1항) 책임전가의 위험성이 높은 공동피고인의 진술에 대해 반대신문조차 거치지 않고 증거능력을 인정할 수는 없고, ② 변론분리 필요설에 의하면 변론을 분리하지 않는 한 공동피고인이 진술거부권을 행사하지 않고 피고인의 반대신문에 적극적으로 응한 경우에도 그 증거능력이 부정되므로 소송경제의 관점에서 문제가 있으며, ③ 반대신문권의 행사를 통하여 공판중심주의를 강화하고자 한 개정 형사소송법의 취지는 공범인 공동피고인의 법정진술에도 관철되어야 한다는 것이다.

2. 판례

대법원은 공범인 공동피고인이 법정에서 한 진술에 대해 “공동피고인의 자백은 이에 대한 피고인의 반대신문권이 보장되어 있어 증인으로 신문한 경우와 다를 바 없으므로 독립한 증거능력이 있다”고 판시하였다.⁴²⁾ 이러한 판례의 입장에 대해 반대신문은 필요하지만 실질적으로 반대신문권이 행사되었는가 또는 충분히 보장되었는가 여부는 검토하지 않고 증거능력을 인정하자는 취지이므로 반대신문 보장설을 취한 것으로 이해하는 견해가 있다.⁴³⁾ 하지만 위와 같은 판례의 태도를 반대신문 보장설과 정확하게 일치한다고 보기는 어렵다. 앞에서 살펴본 것처럼 판례는 공범인 공동피고인에 대해서 변론의 형식적인 분리를

41) 노명선/이완규, 앞의 책, 567쪽; 배종대/이상돈/정승환, 앞의 책, [62]/14; 백형구, “공범자 자백의 증거능력”, 저스티스 제33권 제1호(한국법학원, 2000), 102쪽; 손동권, 앞의 책, 565쪽; 이은모, 앞의 책, 581쪽; 정진연/신이철, 앞의 논문, 525쪽; 정용석/백승민, 앞의 책, 245쪽; 차용석/최용성, 앞의 책, 630쪽; 최진안, 앞의 논문, 414쪽.

42) 대법원 1992. 7. 28. 선고, 92도917 판결; 대법원 1985. 6. 25. 선고, 85도691 판결; 대법원 1987. 7. 7. 선고, 87도973 판결.

43) 노명선/이완규, 앞의 책, 567쪽; 최진안, 앞의 논문, 411쪽.

통해 증인신문을 해야 한다는 입장이기 때문이다.⁴⁴⁾ 생각건대 판례는 공동피고인을 제3자로 파악하고 있기 때문에 증인신문(제161조의2, 제163조)의 규정을 적용할 수 있을 뿐만 아니라, 실무상 같은 법정에서 공동피고인의 ‘참고인진술조서’에 대해 피고인의 반대신문을 증거능력의 요건으로 규정하고 있는 만큼(제312조 제4항) 동일 절차에서 동일인에 대해 반대신문을 반복할 필요가 없으므로 피고인의 반대신문권이 당연히 보장되어 있다고 보는 반대신문 불요설에 가까운 것으로 보인다.⁴⁵⁾

3. 검토

변론분리 필요설의 주장처럼 공동피고인의 진술을 피고인의 유죄증거로 채용하기 위해서 반드시 증인신문에 의해 반대신문권을 행사해야 한다는 것은 결국 진술한 바와 같이 공통의 실질적인 이해관계를 가지고 있는 공범인 공동피고인의 방어권과 진술거부권을 침해하는 결과에 이르게 된다. 이와 같이 공범인 공동피고인의 증인적격을 인정하는 태도는 반대신문권이 증거법적인 분야에서 요청되는 권리임에 반하여,⁴⁶⁾ 진술거부권은 피고인의 지위를 보장하기 위해 헌법상 명문으로 규정된 기본권임을 간과한 것이다.⁴⁷⁾

44) 반대신문 보장설은 공범인 공동피고인에 대해 증인신문을 통해 증거능력을 부여하는 주장이 아니다.

45) 이러한 판례의 입장을 반대신문 불요설로 이해하는 견해로는 백형구, 앞의 논문, 102쪽; 손동권, 앞의 책, 564쪽; 신이철, 앞의 논문, 109쪽; 이은모, 앞의 책, 580쪽; 정웅석, “공범인 공동피고인의 법정진술의 증거능력과 증명력”, 형사판례연구(17)(박영사, 2009), 548쪽.

46) 피고인에게 불리한 증거는 법관의 면전에서 직접 진술되어야 하고 피고인에게 반대신문의 기회를 부여하여야 하는 이러한 권리보장은 적법절차에 의한 공정한 재판을 받을 권리나 공개재판을 받을 기본권 실현을 위한 여러 방법 중의 한 방법일 뿐이고, 헌법상 명문으로 규정된 권리는 아니다(헌법재판소 1998. 9. 30. 선고, 97헌바51 결정).

47) 정웅석/백승민, 앞의 책, 243쪽.

반대신문 불요설은 현행 형사소송법에서 피고인의 반대신문에 대한 명문의 규정이 없더라도 법관 면전에서 행해지는 증인신문과 피고인신문 등을 통해 이를 준용하거나 유추적용할 수 있기 때문에 반대신문권은 ‘사실상’ 보장되어 있다고 본다. 따라서 피고인의 반대신문권은 보장 여부가 문제되는 것이 아니라, ‘행사 또는 불행사’만이 있을 뿐이므로 반대신문 불요설과 반대신문 보장설은 차이가 없다고 한다.⁴⁸⁾ 또한 반대신문 필요설을 취하게 되면 개개의 경우에 반대신문이 충분히 행하여졌거나 그 기회가 부여되었는가 여부를 판단하기가 현실적으로 어렵다고 주장한다.⁴⁹⁾ 하지만 반대신문 불요설에 의할 경우에는 증인의 경우와는 달리 피고인의 반대신문에 대한 명문의 규정이 없으므로,⁵⁰⁾ 공동피고인이 진술거부권을 행사하거나 피고인에게 변호인이 없는 경우와 같이(제33조 참조) 반대신문권을 행사하지 않은 것이 아니라 제한되는 상황에서 무엇을 근거로 증거능력을 부정하거나 그 증거가치를 차별적으로 평가할 수 있을 것인지가 문제된다.⁵¹⁾ 또한 증인신문(제161조의2)

48) 이러한 점 때문에 반대신문 불요설과 반대신문 필요설은 차이가 없다는 견해로는 임동규, 앞의 책, 570쪽. 한편 재판장이 일부러 반대신문권의 행사를 보장하지 아니한 경우는 실무상 발생할 수 없으므로 논의의 실익이 없다고 주장으로는 김영갑, 앞의 논문, 431쪽.

49) 김영갑, 위의 논문, 430쪽.

50) 일본 형사소송법 제311조 제3항은 “배석재판관·검찰관·변호인·공동피고인 또는 그 변호인은 재판장에게 알리고 전항의 진술(피고인의 임의로 하는 진술)을 요구할 수 있다”고 규정하여 공판정에서 피고인의 공동피고인에 대한 신문권을 보장하고 있다.

51) 형사소송법은 제161조의2에서 피고인의 반대신문권을 포함한 교호신문제도를 규정함과 동시에, 제310조의2에서 법관의 면전에서 진술되지 아니하고 피고인에 의한 반대신문의 기회가 부여되지 아니한 진술에 대하여는 원칙적으로 증거능력을 부여하지 아니함으로써, 형사재판에 있어서 모든 증거는 법관의 면전에서 진술·심리되어야 한다는 직접주의와 피고인에게 불리한 증거에 대하여는 반대신문할 수 있는 권리를 원칙적으로 보장하고 있는바, 반대신문권의 보장은 형식적·절차적인 것이 아니라 실질적·효과적인 것이어야 하므로, 증인이 반대신문에 대하여 답변을 하지 아니함으로써 진술내용의 모순이나 불합리를 드러내는 것이 사실상 불가능하였다면,

외에도 반대신문의 기회가 보장될 것을 요건으로 참고인신문조서의 증거능력을 인정하고 있는데(제312조 제4항), 피고인의 반대신문에 대해서만 기회보장이나 행사 여부를 판단하는 것이 현실적으로 어렵다는 것은 납득하기 어려운 주장이다. 뿐만 아니라 반대신문 보장설에 의하면 반대신문을 행사할 수 있는 기회가 보장되지 않았거나 형식적으로는 보장되었지만 실질적으로 행사할 수 없었을 때 이를 근거로 항소(제361조의5 제1호)나 상고(법 제383조 제1호)를 제기할 근거가 명백해 지게 된다.

법관이 아무리 사안을 사려 깊고 신중하게 신문한다 하더라도 그것이 사건의 실체적 경험자인 당사자의 반대신문만큼 절실하고 직접적일 수는 없기 때문에 법정 외의 자백이든 법정 내의 자백이든 이에 대한 피고인의 반대신문권은 각각 별개로 보장되고 행사될 수 있어야 법정진술의 진실성을 담보하고 증거가치를 차별화 할 수 있게 된다.⁵²⁾ 따라서 이와 같은 점들을 고려하여 공범인 공동피고인이 피고인에게 책임을 전가하는 진술을 할 위험성이 높은 경우에도 피고인의 반대신문권이 사실상 보장되어 있다는 이유만으로 증거능력을 인정할 수 있다는 반대신문 불요설이나 판례에는 찬성할 수 없다. 해석론상으로는 반대신문권에 대한 사실상 보장에만 그칠 것이 아니라 피고인이 공판정에서 실제로 충분히 반대신문을 하였거나 스스로 행사하지 않고 적극적으로 답변한 경우에 한하여 증거능력을 인정하는 것이 타당하며,⁵³⁾ 더 나아가 우리

그 사유가 피고인이나 변호인에게 책임 있는 것이 아닌 한 그 진술증거는 법관의 올바른 심증형성의 기초가 될 만한 진정한 증거가치를 가진다고 보기 어렵다 할 것이고, 따라서 이러한 증거를 채용하여 공소사실을 인정함에 있어서는 신증을 기하여야 한다(대법원 2001. 9. 14. 선고, 2001도1550 판결).

52) ‘조서’에 증거능력을 인정하는 것과 ‘진술’에 증거능력을 부여하는 것은 엄연히 다른 것일 뿐만 아니라, 조서가 수사기관에서 압축적인 내용으로 작성된다는 점을 고려한다면 동일한 법정에서 같은 사람에 대해 진술조서에 대한 반대신문이 이루어졌다고 하더라도 이와는 별도로 공동피고인에 대한 반대신문의 기회가 보장되어야 한다.

53) 반대신문 보장설을 취하면서도 피고인의 반대신문에 대하여 공동피고인이 진술거부

도 일본처럼 공판정에서 피고인의 공동피고인에 대한 신문권을 명문으로 보장함으로써 입법적으로 해결해야 할 것이다.

Ⅳ. 공범인 공동피고인의 법정자백에 대한 증명력과 자백보강법칙

우리 형사소송법에서는 원칙적으로 증거의 증명력은 원칙적으로 법관의 자유판단에 의하지만(제308조), 헌법 제12조 제7항과 형사소송법 제310조에서는 피고인의 자백만이 유일한 증거인 경우에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다고 하여 자유심증주의의 예외를 규정하고 있다. 따라서 다른 보강증거 없이 피고인의 자백만을 근거로 공소사실을 유죄로 판단한 경우에는 그 자체로 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있는 것이다.⁵⁴⁾

그런데 공범인 공동피고인이 자신의 범행뿐만 아니라 피고인의 범행을 자백하였지만 다른 보강증거가 없는 경우에 대해서는 아무런 규정이 없다.⁵⁵⁾ 이 또한 공범인 공동피고인을 피고인적 지위와 제3자로서의 지위 중 어떤 관점에서 바라볼 것인지를 고려하여, 그의 자백이 피고인의 유죄판단에 대해 증명력을 인정받을 수 있는지를 결정해야 하는 문제

권을 행사한 경우에는 그 진술에 대한 증거능력을 부정해야 한다는 견해로는 민영성, “공범자의 자백과 보강증거에 관한 판례의 비판적 검토”, 형사법연구 제15호(한국형사법학회, 2001), 293쪽.

54) 대법원 2007. 11. 29. 선고, 2007도7835 판결.

55) 여기서 논의의 대상은 공범인 공동피고인에 국한된다. 왜냐하면 진술한 바와 같이 공동의 이해관계가 전혀 없어 진술거부권이 침해될 우려가 없는 공범 아닌 공동피고인은 자신의 범죄에 대해서는 자백할 수 있지만, 피고인의 범죄사실에 대해서는 자백할 내용이 없기 때문이다. 따라서 공범인 공동피고인인 이상 스스로 진술거부권을 행사하지 아니하고 증인으로 진술하더라도 자신과 피고인의 범죄사실에 대한 자백이 포함되는 경우에는 그러한 자백에 대해 보강증거가 필요할 것인지를 검토해야 한다.

이다. 이를 다시 두 가지로 나누어보면, 첫째는 공동피고인의 자백만을 ‘유일한 증거’로 하여 법원이 피고인의 공소사실을 유죄로 인정할 수 있는지(보강증거의 필요성), 둘째는 피고인과 공동피고인 모두 자백한 경우에 공동피고인의 자백을 피고인의 자백에 대한 보강증거로서 인정하여 피고인을 유죄로 판단할 수 있는지 여부이다(보강증거 적격).

1. 공범인 공동피고인의 자백에 대한 보강증거의 필요성 여부

1.1 학설

1.1.1 보강증거필요설

공동피고인의 자백만으로는 피고인을 처벌할 수 없고 형사소송법 제 310조의 취지에 따라 보강증거가 있어야만 피고인을 유죄로 처벌할 수 있다는 견해이다.⁵⁶⁾ 그 근거는 다음과 같다. ① 공범자는 양형상의 이점을 고려하여 다른 공범자에게 책임을 전가하려는 허위진술의 위험성이

56) 권오걸, “형사증거법상 공동피고인의 소송관계”, 형사법연구 제12호(한국형사법학회, 1999), 458-459쪽; 민영성, 앞의 논문, 299-302쪽; 배종대/이상돈/정승환, 앞의 책, [62]/20; 서보학, “공범자의 법정 외 진술의 증거능력과 자백의 보강법칙”, 형사판례연구(11)(박영사, 2003), 360쪽; 황종국 “공범의 자백”, 사법논집 제26집(법원도서관, 1995), 484쪽. 한편 필요설을 지지하면서도 변론을 분리하여 공동피고인이 법정에서 선서하고 증언한 경우에는 법원이 그 증언의 신빙성을 인정하여 그 자백만으로 피고인의 유죄를 인정할 수 있다는 견해로는 손동권, “공범자 자백의 증거능력과 증명력”, 고시연구 제30권 제9호(고시연구사, 2003), 64쪽; 심희기/양동철, 쟁점강의 형사소송법 제2판(삼영사, 2010), 644쪽. 그러나 공범인 공동피고인을 증인으로 신문한 경우에만 보강증거가 필요없다고 하게 되면 공범인 공동피고인의 진술거부권과 자백의 보강법칙이 모두 무의미해 지는 결과가 되어 버린다. 공범인 공동피고인을 증인으로 신문하여 자백을 받아내는 것이 훨씬 간명한 방법이기 때문이다. 따라서 필요설의 근본취지를 고려한다면 공범인 공동피고인은 증인으로 신문할 수 없고, 그가 스스로 진술거부권을 행사하지 아니하고 증인으로서 자백한 경우에도 보강법칙이 적용되는 것으로 이론을 구성해야 논리적 일관성을 유지할 수 있다고 생각한다.

높다. 따라서 이 경우에 오판의 방지를 위하여 증명력 판단에 특별한 주의를 기울이기 위해서 보강증거가 필요하다. ② 공동피고인의 자백에 보강증거가 필요 없다고 하면 공동피고인과 피고인의 처벌에 불합리한 결과가 발생한다. 즉 공동피고인이 자백하고 피고인이 부인한 경우에 보강증거가 없는 한 자백한 자는 무죄가 되고 부인한 자는 공동피고인의 자백을 근거로 유죄가 되어버리기 때문이다. ③ 공동피고인의 수사단계에서의 자백을 유일한 증거로 공소사실을 부인하는 피고인에게 유죄를 인정하는 것은 자백편중의 수사관행을 극복하려는 자백보강법칙의 근본취지에 배치된다.

1.1.2 보강증거불요설

공동피고인의 자백만 존재하면 보강증거가 없더라도 법관의 자유심증에 따라 피고인을 유죄로 처벌하는 것이 가능하다는 견해이다.⁵⁷⁾ 그 근거로는 ① 형사소송법 제310조의 문언해석상 ‘피고인의 자백’을 ‘피고인 또는 공동피고인의 자백’으로 확장해석하는 것은 무리이고,⁵⁸⁾ ② 허

57) 노명선/이완규, 앞의 책, 673쪽; 이은모, 앞의 책, 585쪽; 이재상, 신형사소송법, §43/16; 임동규, 앞의 책, 572쪽; 최병각, 앞의 논문, 181쪽. 한편 별도의 규정이 신설되지 않는 한 현재의 ‘해석론’으로서는 불요설을 취하면서도 공동피고인의 자백에 대한 반대신문권을 철저히하고 실질적으로 보장하거나 공동피고인의 유·무죄가 확정된 이후에만 증인으로 신문할 수 있다고 함으로써 증거능력을 엄격하게 제한하는 견해로는 차용석/최용성, 앞의 책, 534쪽. 한편 일본 형사소송법 제319조 제2항은 “피고인은 공판정에서의 자백여부를 불문하고 그 자백이 자기에게 불이익한 유일한 증거인 경우에는 유죄로 되지 아니한다.”고 규정하고 있는데, 일본판례는 공동심을 받고 있는 많은 간에 공범자의 자백은 본인의 자백에는 포함되지 않으며 따라서 공범자의 자백에 보강증거를 요하지 않는다는 입장을 취하고 있다(日本 最判 昭和 33. 5. 28, 刑集 12卷 8號, 17面, 三井 誠/신동운, 율김, 입문 일본형사수속법(법문사, 2003), 291쪽에서 재인용).

58) 공동피고인의 자백을 피고인의 자백으로 본다면 가령 제312조나 제313조에서 공범자의 진술은 피고인의 진술로 취급되어 반대신문권 없이도 증거가 될 수 있게 된다(차용석/최용성, 앞의 책, 533쪽).

위자백의 문제는 직업법관이 행하는 증명력의 합리적인 판단에 맡길 사항이기 때문에 자유심증주의의 예외인 제310조는 엄격하게 해석하여야 하며, ③ 공동피고인의 자백에 대하여는 피고인이 반대신문권을 행사할 수 있기 때문에 반대신문을 생각할 수 없는 피고인의 자백과 동일시할 수 없을 뿐만 아니라, ④ 자백한 공동피고인이 무죄가 되는 처벌의 불합리 문제는 자백의 보강법칙이 적용되는 결과로서 부득이한 것이고 반대로 부인한 피고인을 처벌하는 것은 법관의 자유심증에 기인한 것으로 불합리하다고 할 수 없다는 점 등을 들고 있다.

1.1.3 제한적 보강증거 필요설(공판정 자백 기준설)

공판정 외에서의 공동피고인의 자백은 보강증거가 필요하나 공판정에서의 자백에는 보강증거가 필요 없다는 견해이다.⁵⁹⁾ 그 근거로 2007년 형사소송법의 개정 이후 공동피고인의 공판정 자백은 증거조사가 이미 종료된 이후에 이루어지게 될 뿐만 아니라 법관이 진술태도를 관찰할 수 있다는 점에서 보강증거의 필요성이 없지만, 공동피고인이 피고사건의 수사절차나 또는 별개의 사건에서 자백진술을 행한 경우에는 이러한 보완장치가 없으므로 법관의 심증형성은 보강증거를 통하여 신중히 하여야 한다는 점을 들고 있다.⁶⁰⁾

59) 신동운, 앞의 책, 1108쪽. 이 견해는 보강증거가 필요없는 공동피고인의 자백은 법관 면전의 자백이면 족하고 반드시 동일절차에서 행한 자백일 필요는 없다고 본다(신동운, 위의 책, 1105쪽).

60) 2007년 개정된 형사소송법에 따르면 검사의 모두진술(제285조)과 피고인의 모두진술(제286조)에 이어 재판장이 쟁점정리를 한 다음(제287조) 곧바로 증거조사절차(제290조 이하)에 들어가도록 하고 있다. 피고인이나 공동피고인에 대한 신문은 증거조사 다음에 이루어진다(제296조의2). 따라서 공동피고인의 자백이 기재된 증거서류가 피고인의 범죄사실에 유일한 증거라 하더라도 공동피고인의 자백이 먼저 증거조사의 대상이 되기 때문에 이 과정에서 피고인은 공동피고인에 대하여 반대신문을 할 수 없다고 한다. 이 견해는 바로 이러한 점을 이유로 공동피고인의 자백이 공판정 외의 자백임을 들어 보강증거를 요구할 필요가 있다고 한다(신동운, 위의 책, 1108쪽).

1.2 판례

대법원은 “형사소송법 제310조에 의하면 피고인의 자백이 그 피고인에게 불이익한 유일의 증거인 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다고 되어 있는바 여기서 말하는 피고인의 자백이라 함은 문리 해석상으로도 다른 공동피고인(공범인 경우이건 아니건 가리지 않는다)의 자백을 포함한다는 취지로 되어있지 않을 뿐 아니라 실지 문제로서도 이 공동피고인의 자백에 대하여는 반대신문권도 충분히 보장되어 있는 것이므로 마치 이 공동피고인을 증인으로 심문한 경우나 다를 바가 없는 것이다. 만일 공동피고인의 자백이기 때문에 보강증거가 필요한 것이라면 이 사람을 공동피고인의 자격으로서 신문하였는지 또는 증인의 자격으로서 신문하였는지의 우연성에 의하여 그 결과가 달라지는 기이한 결과가 된 것이다. 이러한 의미에서 공동피고인의 자백도 증거능력은 있는 것으로 보아야 될 것이며 다만 증거로 삼는데 거기에 다른 보강증거가 곁들여져야 되겠는지의 여부는 오로지 법관의 자유심증에 달려있다 할 것이다”고 판시한 이후로⁶¹⁾ 증거능력이 인정되는 공동피고인의 진술이 있다면 달리 보강증거가 없더라도 법관의 자유심증에 따라 피고인을 유죄로 처벌하는 것이 가능하다는 입장이다.⁶²⁾ 그리고 이러한 사고의 연장선상에서 “공동피고인 중의 1인이 다른 공동피고인들과 공동하여 범행을 하였다고 자백한 경우, 반드시 그 자백을 전부 믿어 공동피고인들 전부에 대하여 유죄를 인정하거나 그 전부를 배척하여야 하는 것은 아니고, 자유심증주의의 원칙상 법원으로서 자백한 피고인 자신의 범행에 관한 부분만을 취신하고, 다른 공동피고인들이 범행에 관여하였다는 부분

61) 대법원 1963. 7. 25. 선고, 63도185 판결.

62) 형사소송법 제310조의 피고인의 자백에는 공범인 공동피고인의 진술이 포함되지 아니하므로 공범인 공동피고인의 진술은 다른 공동피고인에 대한 범죄사실을 인정하는 데 있어서 증거로 쓸 수 있고 그에 대한 보강증거의 여부는 법관의 자유심증에 맡긴다(대법원 1985. 3. 9. 선고, 85도951 판결).

을 배척할 수 있다”고 판시하여,⁶³⁾ 공범인 공동피고인의 자백의 내용에 대한 취사선택과 증명력의 정도를 인정하는 것도 자유심증주의의 내용이라고 보고 있다.

1.3 검토

1.3.1 자백보강법칙의 의미와 공동피고인의 자백

이 문제의 해결의 실마리는 피고인의 자백에 보강증거를 요하는 이유가 무엇이며, 공동피고인의 자백에도 그러한 이유가 있는지를 검토하는 데서 풀어야 할 것이다. 형사소송법이 원칙적으로 자유심증주의를 채택하면서도(제308조) 다시 자백보강법칙(제310조)을 규정하고 있는 이유는 자백의 진실성을 담보하여 오판의 위험성을 방지하고 자백편중으로 인한 인권침해의 폐해가 발생하지 않도록 하는데 있다.⁶⁴⁾ 다시 말해 자유심증주의는 법관의 식견에 대한 신뢰를 기초로 하고 있지만, 역사적 경험을 통해 그러한 신뢰가능성이 항상 절대적일 수가 없다는 것이 밝혀졌기 때문에 여러 가지 증거법칙들을 안전장치로서 형성하고 발전시켜 왔던 것이다.⁶⁵⁾ 법관의 심증형성이 자백에 편중되는 위험을 막기 위하

63) 대법원 1995. 12. 8. 선고, 95도2043 판결. 이 사건은 이른바 “부산만덕초등학생 유괴살인사건”으로 공동피고인 4명 중 3명에게 경찰이 고문을 하여 허위자백을 받아 낸 것이 밝혀져 3명에게는 무죄가 선고된 경우이다(자세한 내용은 한겨레신문, “부산 어린이 유괴살해 경찰 고문받은 3명 무죄”, 1995. 2. 25. 1쪽, 3쪽, 18쪽).

64) 이재상, 신형사소송법, §43/5. 자백획득 과정에서 인권침해행위가 있었다는 것은 실제로는 입증이 곤란한 경우가 대부분이어서 자백의 증거능력의 제한만으로는 실제로 인권침해를 막는 데는 한계가 있고 오히려 자백만 얻어서는 증거로 부족하다는, 보강법칙이 주는 심리적 압박감이 보다 실효성 있는 인권보장책으로 기능하게 된다는 설명으로는 황종국, “공범의 자백”, 사법논집 제26집(법원도서관, 1995), 488쪽.

65) 이와 같이 자백이라는 신용하기 어렵고 인권침해의 유혹이 많은 증거는 자유심증을 제약하면서까지 증명력에 대해 법에 별도로 규정한 것은 자유심증에 우월하는 인권보장사상을 우위에 두겠다는 입법자의 결단이 반영된 것이다(황종국, 위의 논문, 505쪽 참조).

여 자백의 보강법칙을 규정하고 있는 것도 이러한 이유인 것이다.⁶⁶⁾ 따라서 공동피고인의 자백에 대한 증명력을 판단함에 있어서는 단순히 규정의 형식적이고 문리적인 해석에 그쳐서는 안 되고, 보강법칙을 규정한 헌법의 근본정신에 입각하여 자백의 보강법칙의 정신을 그것이 적용되어야 할 상황에서는 최대한 존중하고 보장해야 한다.

공동피고인의 자백은 피고인의 범죄사실에 관한 증언적 내용을 포함한다 하더라도 자신의 범행에 대한 부분과 피고인의 범행에 관한 부분을 명백하게 분리하기 어렵게 결합되어 있기 때문에 그 법률적 성격을 자백으로 보아야 한다. 2명 이상의 공동피고인들이 자백했다 하더라도 그러한 자백 외에 별다른 보강증거도 없고 피고인이 부인하고 있는 이상 자백의 증명력에 대한 이러한 문제점이 해소되었다고 볼 수는 없다. 또한 앞에서 살펴본 바와 같이 공동피고인과 피고인의 이해관계가 어떠한지는 대부분 그 자체가 심리의 대상으로서 유죄의 확정판결 전까지 알 수 없는 경우가 대부분이다. 따라서 공동피고인은 자기방어본능으로 인하여 책임전가를 위한 허위의 자백을 할 가능성이 피고인보다도 더 높을 수 밖에 없다.⁶⁷⁾ 하지만 그 자백에는 위증에 따른 형사처벌이라는 신빙성 보장을 위한 제도적 장치도 설치되어 있지 않다.⁶⁸⁾ 사정이 이러한에도 불구하고 피고인의 자백에는 보강증거를 요구하면서 그보다 신

66) 우리 헌법은 자백의 보강법칙을 단순한 증거법상의 원리가 아니라 헌법상의 기본원리로 규정하고 있는데, 이것은 국가기관의 대하여 자백의 수집이나 사용에 신중을 기하도록 촉구하는 정책적 배려에서 나온 것이라고 생각된다(신동운, 앞의 책, 1107쪽).

67) 단독범이든 공범이든 가능한 한 자기의 죄책을 줄여 유리한 판결을 얻기 위한 진술을 하는 경향은 공통적이지만, 공범의 경우에는 책임의 전부 또는 일부를 다른 공범자에게 전가할 수 있는 기회가 있기 때문에 책임전가를 위한 허위진술의 가능성은 더욱 크다고 하겠다(황종국, 앞의 논문, 494쪽).

68) 물론 앞에서 살펴본 것처럼 판례에 의하면 형식적인 변론의 분리를 통해 공동피고인을 증인으로 신문할 수 있을 것이다. 하지만 이러한 판례의 태도는 공동피고인의 진술거부권을 침해할 뿐만 아니라, 이로 인하여 얻은 진술은 임의성이 없는 자백(제309조)이 될 위험성이 높다.

빙성이 떨어지는 공동피고인의 자백에 보강증거가 필요없다는 것은 자백보강법칙의 근본취지를 무력화시키는 것에 다름없다.⁶⁹⁾

1.3.2 증거능력과 증명력의 준별

여기서 문제되는 상황을 다시 한 번 상기해보면 피고인이 자신의 행을 ‘부인’하고 있는데 ‘다른 보강증거 없이’ 증거능력 있는 공동피고인의 자백만으로 피고인을 유죄로 처벌할 수 있는지 여부이다.⁷⁰⁾ 보강증거불요설과 판례는 지나치게 제310조의 문언과 자유심증주의의 형식적 측면에만 집착하여, 이러한 경우에도 반대신문의 보장을 통해 증거능력이 인정된 증거에 대해서는 증명력을 제한할 필요 없이 자유심증주의의 합리적 운용에 의해서 문제를 해결할 수 있다고 한다. 즉 공동피고인을 증인으로 신문하거나 피고인신문을 통해 반대신문을 거치면 굳이 다른 보강증거가 없이도 보강법칙의 취지를 실현할 수 있다는 것이다.⁷¹⁾

그러나 피고인이 반대신문을 하더라도 공동피고인은 진술거부권을 행사할 수도 있을 뿐만 아니라, 공동피고인이 수괴이거나 교사범인 경우에는 범죄사실을 정확하게 알고 있어 비교적 쉽게 진실과 허위를 섞어 사실관계를 조작하는 것이 용이하기 때문에, 피고인(또는 피고인의 변호인)이 반대신문권을 행사하거나 직업법관에 의한 피고인신문에 의하더라도 공동피고인의 자백이 허위임을 밝혀낼 수 있는지는 의문이다.⁷²⁾

69) 이러한 이유로 영국과 미국에서는 공범자를 증인으로 불러 철저히 반대신문하고도 또 거기에 공범의 증인만으로 유죄를 선고할 수 없다는 재판장의 설시를 필요적으로 요구하고 있는 것이다(이에 대한 자세한 내용은 황종국, 앞의 논문, 484-485쪽 참조).

70) 보강증거불요설에 의하면 법정 자백 뿐만 아니라 법정 외 자백인 참고인진술조서만으로도 증거능력만 인정되면 이를 근거로 하여 피고인의 유죄를 인정할 수 있게 된다(최병각, 앞의 논문, 181쪽).

71) 최병각, 위의 논문, 181쪽.

72) 따라서 공동피고인의 자백의 신빙성을 판단함에 있어서는 피고인의 자백의 신빙성 유무를 판단함에 있어서와 같이 자백의 동기나 이유 및 자백에 이르게 된 경위가

또한 자백에 대한 보강증거는 피고인의 자백이 진실한 것이라고 뒷받침할 수 있는 것이면 직접증거가 아닌 간접증거나 정황증거도 될 수 있을 뿐만 아니라,⁷³⁾ 자백과 보강증거 사이에 어느 정도의 차이가 있어도 중요부분이 일치하고 그로써 진실성이 담보되면 보강증거로서의 자격이 있다는 것이 판례의 입장이라는 점을 고려해야 한다.⁷⁴⁾ 따라서 공동피고인의 자백 외에 이 정도의 보강증거조차 없는 경우에도 피고인을 유죄로 처벌할 수 있다는 주장은 유죄인정을 위한 불변의 원칙인 제307조 제2항(“범죄사실의 인정은 합리적 의심이 없는 정도의 증명에 이르러야 한다.”)에 반할 뿐만 아니라,⁷⁵⁾ 수사기관이나 법원이 범죄사실에 대한 자백 이외의 다른 결정적 증거를 찾으려는 노력, 또 찾아야 할 의무를 아주 쉽게 포기하도록 조장한다는 비난을 면할 수 없다.⁷⁶⁾

어떠한가, 자백 외의 정황증거 중 자백과 저촉되거나 모순되는 것이 없는가 하는 점 등을 특히 신중하게 고려하여 판단할 필요가 있다는 설명으로는 사법연수원, 형사증거법 및 사실인정론(사법연수원 출판부, 2011), 186쪽.

73) 대법원 2001. 9. 28. 선고, 2001도4091 판결, “보강증거는 범죄사실 전부나 그 중요부분 또는 자백과 보강증거를 종합하여 범죄사실을 인정할 수 있거나 범죄사실 중 적어도 그 행위나 결과 하나만은 인정할 수 있는 정도의 것 등을 필요로 하는 것이 아니라 피고인의 자백이 진실한 것이라고 뒷받침할 수 있는 것이면 족하다.”(대법원 1983. 7. 26. 선고, 83도1372 판결), “자백에 대한 보강증거는 자백사실이 가공적인 것이 아니고 진실한 것이라고 담보할 수 있는 정도이면 족한 것인지 범죄사실의 전부나 그 중요부분의 전부에 일일이 그 보강증거를 필요로 하는 것이 아니다.”(대법원 2000. 9. 26. 선고, 2000도2365 판결).

74) 대법원 2008. 5. 29. 선고, 2008도2343 판결.

75) 형사재판에 있어서 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신을 생기게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 할 것이고 이와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수 밖에 없으며 당사자 사이에 은밀히 금품 등을 수수함으로써 이루어지는 범죄라 하여 위와 같은 원칙의 적용을 배제시킬 이유가 없으므로 금품수수자 중의 1인인 금품공여자가 공여사실을 자백하였다 하더라도 반드시 유죄로 인정하여야 하는 것은 아니다(대법원 1987. 12. 22. 선고, 87도2168 판결).

76) 심희기/양동철, 쟁점강의 형사소송법 제2판(삼영사, 2010), 644쪽. 수사기관이나 법원은 보강증거까지 필요한 피고인의 자백보다 공동피고인의 자백을 선호하게 되

보강증거필요설의 주장이 제310조의 ‘피고인’에 공동피고인을 포함 하자는 것이 아니라 실정법적 근거를 위해 제310조를 ‘유추적용’하자는 견해라는 점,⁷⁷⁾ 공동피고인의 자백에 보강증거가 필요한가의 문제는 우리 헌법과 형사소송법상 보강법칙을 규정하고 있는 이상 피고인의 자백보다 공동피고인의 자백에 대해 오히려 더 강하게 요구된다고 보는 것이 타당하다.⁷⁸⁾ 더구나 다수설적인 입장이 공동피고인의 피고인적 지위를 고려하여 증인적격을 부정하면서도 보강법칙이 문제되는 부분에서는 별다른 근거를 제시하지 않고 공동피고인의 제3자성을 인정하는 것은 모순된 태도이다.

한편 공판정 자백 기준설에 대해서는 자백보강법칙은 공판정 자백과

어 공범자의 자백을 받아내기 위해 부당한 수사방법을 사용하거나 공동피고인을 무조건 증인으로 신문하여 자백을 받아낼 위험성이 더 커지기 때문이다. 이러한 위험성은 단순한 우려에만 그치는 것이 아니라, 우리는 이미 역사적으로도 진보당 사건에서 공범자인 양명산의 -2심에서 번복된-자백만으로 조봉암에 대해 간첩죄를 적용하여 사형을 선고·집행했거나(대법원 2011. 1. 20. 선고, 2008재도11 전원 합의체 판결을 통해 조봉암에 대한 간첩죄에 대해 무죄를 선고하였다), 남북어부사건 등과 같은 수많은 간첩사건에서 피고인이나 공동행위자의 자백만으로 유죄를 선고한 경험에 있다.

77) 백형구, 앞의 논문, 128쪽; 배종대/이상돈/정승환, 앞의 책, [62]/20; 황종국, 앞의 논문, 486쪽. 제310조는 피고인이 공소사실을 자백하는 경우에 관한 규정이므로 이를 공동피고인의 자백에 그대로 적용할 수는 없다. 이에 따라 보강증거가 필요하다고 보는 입장에서 우리나라와 같은 성문법제하에서 그 실정법적 근거로서 제310조를 유추적용하자는 것일 뿐, 불요설의 주장처럼 보강증거필요설이 피고인과 공동피고인을 동일하게 파악하는 견해가 아님을 유의해야 한다. 따라서 보강증거필요설을 정확하게 표현하자면 ‘제310조 적용설’이 아니라, ‘제310조 유추적용설’이기 때문에 불요설의 비판은 제310조를 유추적용하는 것이 부당하다고 주장해야 한다. 하지만 소송법 규정을 피고인에게 유리하게 유추하는 것은 유추금지원칙에 위배되지 않는다는 것이 지배적인 견해이다.

78) 허위진술을 간과하여 유죄를 인정할 수 있다는 염려는 이를 고려한 법관의 합리적인 증명력 평가에 의해 방지될 수 있다는 주장(이은모, 앞의 책, 585쪽)은 결국 피고인의 자백에 대해서도 적용되어야 하므로 이는 보강법칙 자체에 대한 비판이 된다(황종국, 앞의 논문, 509쪽).

공판정 외 자백을 모두 포함하여 적용되어야 하는데⁷⁹⁾ 공동피고인이 공판정에서 한 자백(진술한 반대신문 필요설에 따른 법정자백 또는 공범 아닌 공동피고인의 증언)이나 공판정 외 수사단계에서의 자백을 내용으로 하는 조서에 대해서는 모두 반대신문(법 제312조 제4항)을 거쳐 증거능력을 인정하고 있으므로 공판정 외에서 한 진술에 대해서만 보강증거가 필요하다는 주장은 합리적인 근거가 없다.⁸⁰⁾ 따라서 공동피고인의 자백은 그 숫자(1명이든 그 이상이든)와 장소(법정 내이든 외이든)에 상관없이 그들의 자백에 대해서는 반드시 보강증거가 필요하다고 보아야 한다.

2. 공범인 공동피고인의 자백의 보강증거적격

피고인과 공동피고인 모두가 자백한 경우, 즉 피고인이 자백한 경우 공동피고인의 자백을 이에 대한 보강증거로 볼 수 있을 것인가가 문제된다. 공동피고인의 자백만으로도 피고인을 유죄로 처벌할 수 있다는 보강증거불요설의 입장을 취하면 공동피고인의 자백은 당연히 피고인에 대한 보강증거가 될 수 있다. 한편 보강증거필요설을 주장하면서도 공동피고인의 자백에 대한 보강증거 ‘요부’의 문제와 공동피고인의 자백의 보강증거 ‘적격’의 문제는 별개의 것일 뿐만 아니라, 피고인과 공동피고인이 모두 자백한 경우에는 오판의 위험이 해소되었다고 할 것이므로 보강증거가 될 수 있다는 견해도 있다.⁸¹⁾

대법원은 “형사소송법 제310조 소정의 “피고인의 자백”에 공범인 공동피고인의 진술은 포함되지 아니하므로 공범인 공동피고인의 진술은

79) 대법원도 제310조의 자백의 보강법칙은 공판정의 자백과 공판정 외의 자백을 불문한다고 판시하고 있다(대법원 1966. 7. 26. 선고, 66도634 전원합의체 판결).

80) 서보학, 앞의 논문, 361쪽.

81) 불요설을 취하면서도 보강증거적격을 인정하는 견해로는 백형구, 앞의 논문, 136쪽; 손동권, 앞의 책, 573쪽; 정용석/백승민, 앞의 책, 366쪽; 황종국, 앞의 논문, 512쪽.

다른 공동피고인에 대한 범죄사실을 인정하는 증거로 할 수 있는 것일 뿐만 아니라 공범인 공동피고인들의 각 진술은 상호간에 서로 보강증거가 될 수 있다.”고 하여 공범자의 자백이 보강증거가 될 수 있다고 하였을 뿐만 아니라,⁸²⁾ “공동피고인중의 한 사람이 자백하였고 피고인 역시 자백했다면 다른 공동피고인 중의 한 사람이 부인한다 하여도 위 공동피고인중의 한 사람이 자백은 피고인의 자백에 대한 보강증거가 된다.”고 판시한 바 있다.⁸³⁾

위와 같은 견해들을 ‘보강증거적격 긍정설’이라고 부른다면, 이러한 긍정설은 공동피고인의 자백에 대해 증거능력이 인정된 이상 보강증거로 보지 않을 이유가 없고, 피고인과 공동피고인이 모두 자백하였으므로 오판 및 인권침해의 위험성이 적다는 것을 근거로 삼고 있는 견해로 요약할 수 있다. 하지만 이 문제의 본질이 피고인의 자백 외에는 공동피고인의 자백만이 존재할 뿐인 상황, 즉 피고인이나 공동피고인의 자백에 대한 다른 보강증거가 없음에도 공동피고인의 자백만을 근거로 피고인을 유죄로 처벌할 수 있는지에 대한 ‘증명력’의 문제라는 점을 간과해서는 안 된다.⁸⁴⁾ 이와 같은 관점에 비추어 보면 우선 전술한 것처럼 공범인 공동피고인의 자백이 과연 피고인의 자백과 전혀 별개의 독립된 증거라고 볼 수 있는지가 의문이다.⁸⁵⁾ 공범인 공동피고인의 자백은 피고인의 범죄사실에 관한 증언적 내용을 포함한다 하더라도 자신의 범행에 대한

82) 대법원 1990. 10. 30. 선고, 90도1939 판결; 대법원 1983. 6. 28. 선고, 83도1111 판결.

83) 대법원 1968.3.19. 선고, 68도43 판결.

84) 이를 ‘증명력’의 문제라고 정확하게 지적하고 있는 견해로는 백형구, 앞의 논문, 135쪽; 황종국, 앞의 논문, 510쪽. 이와 달리 보강증거능력이라고 보는 견해로는 이은모, 앞의 책, 585쪽.

85) 이러한 이유로 영국과 미국에서는 공범자를 증인으로 세워 철저하게 반대신문을 하고서도 거기에 더하여 보강증거는 공범자로부터 ‘독립’된 것으로 공범자의 진술 이외의 어떤 증거가 반드시 필요하다는 입장이다(Reverts vs. Russell 사건 등에 관한 자세한 내용은 권오걸, 앞의 논문, 460쪽을 참조).

부분과 피고인의 범행에 관한 부분을 명백하게 분리하기 어려운 피고인적 지위를 공유하고 있기 때문이다. 또한 피고인과 공동피고인이 모두 자백했음에도 불구하고 다른 보강증거가 전혀 없는 상황이라면-자백자의 수가 많아지면 어떤 형태라도 보강할만한 증거를 찾을 수 있는 가능성도 많아질 텐데도-오히려 이는 허위일 가능성이 높은 강요된 자백일 가능성이 더 크다고 할 것이다.⁸⁶⁾ 결국 보강증거적격 긍정설과 판례의 태도는 이와 같이 오판과 위법수사의 위험성이 높은 경우에 오히려 단독범보다 용이하게 다수인의 범죄를 처벌할 수 있게 되는 결과를 초래하게 된다.⁸⁷⁾ 따라서 공동피고인의 자백은 피고인의 자백에 대한 보강증거가 될 수 없다고 보아야 하며, 자백 외에 별도의 보강증거 없이는 피고인을 유죄로 판단할 수 없다고 해야 한다. 따라서 자백판증의 수사를 지양하고 오판을 방지하기 위해 자백 이외의 보강증거가 없을 때 유죄를 선고하지 못하도록 한 자백보강법칙의 취지는 복수의 자백이 존재할 때에도 여전히 유효한 원칙이라고 보아야 한다(보강증거적격 부정설).⁸⁸⁾

86) 서보학, 앞의 논문, 362쪽. 이 경우에는 공동피고인의 자백에 대한 피고인의 반대신문조차 무의미할 수밖에 없다(정용석/백승민, 앞의 책, 362쪽; 황중국, 앞의 논문, 512쪽).

87) 대법원은 긍정설의 이론적 전제(오판의 위험성 해소)조차 지키지 않고 공동피고인중의 한 사람(甲)과 피고인(A)이 자백만 하면 공동피고인 중의 다른 한 사람(乙)이 부인하고 있음에도 불구하고 공동피고인중의 한 사람의 자백이라도 피고인의 자백에 대한 보강증거가 될 수 있다고까지 함으로써 자백의 임의성과 진실성이 강하게 의심되는 상황에서도 기계적으로 제310조를 적용하고 있다. 이러한 판례의 태도는 다수인이 가담한 범죄의 경우에 그 실제적 진실발견을 외면하고 2명 이상이 공모하였다는 자백만으로 모두를 공동정범으로 처벌할 수 있는 방법을 이론적으로 정당화한 것에 불과하다.

88) 권오걸, 앞의 논문, 460쪽; 민영성, 앞의 논문, 303쪽; 배종대/이상돈/정승환, 앞의 책, [62]/25; 서보학, 위의 논문, 362쪽. 보강법칙의 근본취지를 고려하여 공동피고인의 자백에 대해 제310조를 유추적용하자는 보강증거필요설을 취하면서도 공동피고인의 자백이 피고인의 자백을 보강하는 독립된 증거로서 증명력을 갖는다고 하는 것은 논리적 모순이라고 생각한다.

V. 나오는 말

공동피고인의 진술은 피고인의 사건에 대해 제3자의 진술에 불과할 수도 있지만, 다른 공동피고인의 범죄에 대한 진술인 동시에 자기의 범죄사실에 대한 피고인으로서의 진술(자백)에 해당하는 경우도 있다. 그런데 공동피고인들 간에 실질적 이해관계를 공유하는지는 여부, 즉 공범여부는 그 자체가 대부분의 경우 확정판결이 내려지기 전까지 확정할 수 없는 심리의 대상인 것이다. 공동피고인의 법정진술에 대한 증거능력과 증명력이 문제가 되는 이유도 바로 이와 같이 공동피고인의 지위를 판결선고시까지 알 수 없다는 점에 있다. 그럼에도 불구하고 판례와 일부학설은 자기 자신에게도 부담이 되는 범죄행위를 진술하여야 하는 경우를 공범인 공동피고인으로 분류하면서도 결국 형식적인 변론의 분리에 의해 증인적격을 인정하고 있다. 이러한 태도는 공범 여부를 판단하는 취지를 무색하게 할 뿐만 아니라, 공동피고인에게 증인신문을 통해 자신의 범죄에 대한 진술을 강요함으로써 진술거부권을 침해하는 것을 가능하게 한다.

이러한 사고의 연장선상에서 판례가 공범인 공동피고인을 증인으로 신문하지 않더라도 공동피고인의 진술에 대해 피고인의 반대신문권이 보장되어 있다는 이유로 이를 증인으로 신문한 경우와 다를 바 없다고 하는 것 역시 공동피고인의 피고인적 지위를 고려하지 않은 태도이다. 피고인에게 책임을 전가하는 진술을 할 위험성이 높은 공동피고인의 피고인적 특징에도 불구하고 이에 대한 피고인의 반대신문권이 명문으로 규정되어 있지 않은 것이 현실을 고려하지 않고, 반대신문권이 사실상 보장되지 못하거나 제한되는 상황에서도 오직 반대신문권의 문제를 피고인의 불행사로만 파악하는 것은 오판의 책임을 피고인들의 탓으로 돌려 결국 공판중심주의를 형식적으로만 운영하는 것에 다름 아니다.

이와 같이 판례와 일부 학설이 공동피고인을 제3자로만 파악하여 그

의 법정진술을 증언과 다를 바 없다고 하는 주장은 다른 보강증거가 없는데도 공동피고인의 진술(자백)을 피고인의 법정 자백에 대한 보강증거로 인정하는 것을 아무런 문제가 없는 것처럼 보이게 해 준다. 뿐만 아니라 피고인이 자신의 범죄사실을 부인하는 경우에도 피고인을 유죄로 처벌하는 것도 공동피고인의 제3자성을 근거로 무리 없이 가능하게 해 준다. 하지만 이러한 주장의 ‘유일한’ 장점은 어떠한 보강증거도 없이 공동피고인의 자백만으로 피고인을 유죄처벌 할 수 있다는 것으로 이는 자백보강법칙의 형해화를 이론적으로 정당화하는 작업과 다를 바 없다.

생각건대 위와 같이 판례와 일부학설이 별다른 근거를 내세우지 않은 채 형식논리적으로 공동피고인을 무조건 제3자로만 파악하는 태도의 근거에는 법원에 의해 법정 내에서 충분히 신문하고 그 결과에 대한 증거가치를 판단하면 별 문제가 없을 것이라는 사고가 깔려 있는 것으로 보인다. 수사기관에 의한 진술(자백)강요나 조서 등과 같은 법정 외 진술의 증거능력에 대해서는 매우 엄격한 잣대를 들이대면서도 정작 법원 스스로는 위와 같은 과도한 믿음을 바탕으로 공판정 내에서 위험적인 결과들(진술거부권 침해, 강요된 진술과 자백, 위법수집증거배제법칙 위반, 자백보강법칙위반과 이로 인한 위법수사조장 등)을 계속해서 양산해 낸다면 공판중심주의는 바로 법원에 의해 빈껍데기에 불과한 것으로 전락하고 말 것이다.

따라서 대법원과 일부 학설은 공동피고인을 제3자적 지위로만 파악하려는 이분법적인 사고와 이를 일반화하려는 유혹에서 벗어나야 한다. 확정판결이 내려지기 전까지 공동피고인들의 실질적 이해관계 여부는 알 수 없는 만큼, 그의 법정진술은 별개의 사건이나 이해관계가 충돌하지 않는 한 공동피고인의 진술에 대한 증거능력과 증명력을 판단함에 있어서는 공동피고인의 피고인적 지위를 신중하게 고려하여 판단하여야 할 것이다. 이를 위해 공동피고인이 스스로 진술거부권을 행사하지 않거나 증언거부권을 포기하고 증인이 되지 않는 한 증인적격을 부정하

고, 공동피고인으로 신문하는 경우에는 피고인에게 철저하고 실질적인 반대신문권의 행사가 보장된 경우에만 그 진술의 증거능력을 인정함으로써 진실성을 확보해야 한다. 또한 이와 같이 증거능력을 인정한 공동 피고인의 진술(자백)이 있더라도 이를 보강해 주는 다른 증거가 없는 이상 자백보강법칙의 근본취지를 관철함으로써 피고인이 자신의 범죄 사실을 부인하든 인정하든 상관없이 그 증명력을 제한하여 피고인을 유죄로 인정할 수 없다고 해야 한다.

(투고일 2011년 12월 24일, 심사(의뢰)일 2012년 1월 12일, 게재확정일 2012년 2월 8일)

주제어 : 공동피고인, 증인적격, 반대신문권, 진술거부권, 공판중심주의

참고문헌

1. 단행본

- 노명선/이완규, 형사소송법, 성균관대학교 출판부, 2009.
- 배종대/이상돈/정승환, 신형사소송법 제2판, 홍문사, 2009.
- 법원행정처, 형사소송법 개정법률 해설, 2007.
- _____, 법원실무제요 형사 (Ⅱ), 2008.
- 사법연수원, 형사증거법 및 사실인정론, 사법연수원 출판부, 2011.
- 손동권, 형사소송법 개정신판, 세창출판사, 2010.
- 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2008.
- 심희기/양동철, 신형사소송법판례, 홍문사, 2009.
- _____, 쟁점강의 형사소송법 제2판, 삼영사, 2010.
- 이은모, 형사소송법, 박영사, 2010.
- 이재상, 신형사소송법 제2판, 박영사, 2008.
- _____, 신형사소송법연습 제3판, 박영사, 2008.
- 임동규, 형사소송법 제6판, 법문사, 2009.
- 정영석/이형국, 형사소송법, 법문사, 1994.
- 정웅석/백승민, 형사소송법 전정 제3판, 대명출판사, 2009.
- 정중섭, 헌법학원론 제4판, 박영사, 2009,
- 차용석/최용성, 형사소송법 제3판, 21세기사, 2008.
- 三井 誠/신동운 譯, 입문 일본형사수속법, 법문사, 2003.
- Kluszczewski, Diethelm, *Strafprozessrecht*, Carl Heymanns Verlag, 2007.

2. 논문

- 권오걸, “형사증거법상 공동피고인의 소송관계”, 형사법연구 제12호,

- 한국형사법학회, 1999.
- _____, “증인적격과 위증죄”, 법학논고 제36호, 경북대학교 법학연구소, 2011.
- 김봉수, “피고인의 공소사실과 관련한 공동피고인에 대한 경찰작성 신문조서의 증거능력”, 형사법연구 제22권 제1호, 한국형사법학회, 2010.
- 김영갑, “서증의 증거능력과 증거조사방법의 비교검토”, 형사재판의 제문제 제2권, 박영사, 1999.
- 김희균, “미국법상 전문법칙의 최근동향－공판중심주의의 문제”, 형사법연구 제20권 제2호, 한국형사법학회, 2008,
- 민영성, “공범자의 자백과 보강증거에 관한 판례의 비판적 검토”, 형사법연구 제15호, 한국형사법학회, 2001.
- 박강우, “공동피고인의 증인적격과 공판정 진술의 증거능력”, 고시연구 제30권 제7호, 고시연구사, 2003.
- 백형구, “공범자의 자백의 증명력”, 고시연구 제20권 제10호, 고시연구사, 1993.
- _____, “공범자 자백의 증거능력”, 저스티스 제33권 제1호, 한국법학원, 2000.
- 서보학, “공범자의 법정외 진술의 증거능력과 자백의 보강법칙”, 형사판례연구(11), 박영사, 2003.
- 손동권, “공범자 자백의 증거능력과 증명력”, 고시연구 제30권 제9호, 고시연구사, 2003.
- 신이철, “공동피고인 진술의 증거법적(증거능력) 규제”, 형사법연구 제21권 제2호, 한국형사법학회, 2009.
- 여훈구, “검사작성의 공범자에 대한 피의자신문조서의 증거능력”, 형사판례연구(1), 박영사, 1993
- 윤동호, “개정형사소송법과 공범의 자백의 증거능력에 관한 해석론”,

- 형사법연구 제20권 제1호, 한국형사법학회, 2008.
- 이경렬, “공동피고인의 법정자백과 파기환송심에서의 불이익변경금지원칙의 적용”, 고시계 제55권 제7호, 고시계사, 2010.
- 이은모, “공동피고인 자백의 증거능력”, 법학논총 제23권 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2006.
- 임동규, “형사증거법상 ‘공범인 공동피고인의 범위’”, 형사판례연구(14), 박영사, 2006.
- _____, “공범인 공동피고인의 범위”, 고시계 통권 제51권 제9호, 고시계사, 2006.
- 정웅석, “공범인 공동피고인의 법정진술의 증거능력과 증명력”, 형사판례연구(17), 박영사, 2009.
- 정진연/신이철, “형사증거법상 공동피고인의 증인적격과 공판정 진술(자백)의 증거능력”, 성균관법학 제19권 제3호, 성균관대학교 비교법연구소, 2007.
- 최병각, “공범과 공동피고인, 왜 문제인가?”, 저스티스 통권 제122호, 한국법학원, 2011.
- 최진안, “피고인과 피고인 아닌 자의 진술에 대한 증거법상의 몇 가지 문제”, 성균관법학 제22권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2010.
- 황종국, “공범의 자백”, 사법논집 제26집, 법원도서관, 1995.

[Abstract]

The Codefendant as a Defendant's Status and the Court Confession

Woong-Il Jeong*

Kyung-Suk Seong**

In our law, codefendant(joint defendant) usually contains the accomplice, where two or more perpetrators work together, and the defendant who is in Article 2 of the Criminal Procedure Act. According to the peculiarity of deposition of codefendant, admissibility of evidence may be divided into the case when accomplice is not a codefendant and when accomplice is a codefendant. If codefendant's assertions are different from each other, this raises some question about the above statement.

Here, the problem of admissibility of evidence by a confession of codefendant(joint defendant) is how to determine the essential condition to use any disadvantaged statement of the codefendant as a statement to admit a crime of the defendant. Especially, there is the argument on whether we can use confession by the codefendant as the admissibility for a judgement of the other codefendant. Furthermore, the problem of admissibility of evidence and eligibility as a witness by a confession of codefendant is mainly remained to the interpretation of literature theories and the judicial precedents.

The court states that the court confession by codefendant is admitted as evidence for the charge of the other defendant. They also make a definite

* Researcher of BK21 Global Science & technology Law Professional Program.

** Ulsan University College of Social Science, Researcher, Ph.D. in Law.

decision that there is no problem when codefendant is not relationship as accomplice, he or she is in a position as the 3rd person and should be a witness who should recognize as qualification of witness.

In here, it is necessary to discuss if his or her statement as codefendant can be used as a evidence to prove a charge of the other defendant. The interpretative controversy over the admissibility of evidence about the confession by codefendant is a typical example of those problems. As a result, the court confession by codefendant may not the problem simply related to the formal interpretation of criminal procedure act, rather it needed to consider the essential codefendant as a defendant's status of criminal procedure act on the basis of constitutional requests.

Key Words : Codefendant(Joint Defendant), Eligibility of Witness, A Right of Cross-Examination, Right of Silence, Concentrate Hearing

