

## = 2020년 제26회 법무사시험 형사소송법 =

**【문 1】** 아래의 각 물음에 답하시오(아래 각 물음은 상호관련성이 없음, 관련 법리에 관한 대법원 판결이 있는 경우 대법원 판결의 입장과 논거를 포함시킬 것, 견해 대립이 있는 경우 대법원 관례 및 대법원전원합의체 관례의 다수의견에 따름).

1. 피고인은 2018. 6. 11. 수원지방법원에서 절도죄, 각 사기죄 등으로 벌금 300만 원의 약식명령을 받은 후 정식재판을 청구하였다(검사는 정식재판을 청구하지 않음). 제1심 법원은 위 정식재판 사건(2018고정000)을 2018고단0000 점유이탈물횡령 등 사건에 병합하였고, 이후 7건의 사건을 추가로 병합하였다. 제1심은 2019. 7. 12. 판시 각 죄에 대하여 모두 징역형을 선택한 다음 이를 경합범으로 처단하여 피고인에게 징역 1년 2월을 선고하였고, 이에 피고인과 검사는 각 양형부당을 이유로 항소를 제기하였다. 항소심은 2019. 10. 11. 피고인과 검사의 각 양형부당 항소를 모두 기각하였다. 위 항소심의 판단이 적법한지 설명하시오. (10점)
  
2. 서울중앙지방법원은 2019. 9. 5. 피고인에 관한 2019고단0000 사건(이하 '제1사건'이라고 한다)에서 각 사기죄, 상해죄 등을 유죄로 인정하고 징역 1년 2월을 선고하였다. 한편 서울 중앙지방법원은 2018. 11. 26. 피고인에 대하여 폭행죄, 모욕죄로 벌금 300만 원의 약식명령을 하였고, 이후 피고인의 정식재판회복청구가 받아들여진 2019고정0000(이하 '제2사건'이라고 한다. 검사는 정식재판을 청구하지 않았음)에서 2019. 9. 26. 위 폭행죄, 모욕죄에 대하여 유죄로 인정되어 벌금 300만 원이 선고되었다. 항소심은 2019. 12. 12. 제1사건의 항소사건(쌍방 항소함)과 제2사건의 항소사건(피고인만 항소함)이 병합되었음을 이유로 위 제1심판결들을 모두 파기한 다음, 위 각 죄에 대하여 유죄로 인정하고 징역형을 각 선택한 후 누범가중과 경합범가중을 하여 그 처단형의 범위 안에서 피고인에게 징역 1년 2월을 선고하였다. 위 항소심의 판단이 적법한지 설명하시오. (10점)

**【문 2】 아래의 각 물음에 답하십시오**(아래 각 물음은 상호관련성이 없음, 관련 법리에 관한 대법원 판결이 있는 경우 대법원 판결의 입장과 논거를 포함시킬 것, 견해 대립이 있는 경우 대법원 관례 및 대법원전원합의체 관례의 다수의견에 따름).

1. 甲은 피고인이 경영하는 병원의 사무국장으로 근무하면서 2011. 8. 23.부터 2012. 2. 21.까지 총 43회에 걸쳐 합계 23,490,000원을 환자 소개의 대가 명목으로 교부하면서 환자를 소개·알선·유인하는 행위를 저질렀다. 이와 관련하여 피고인은 양벌규정인 의료법 제91조를 적용법조로 하여 기소되었다. 피고인은 제1심 제3회 공판기일에서 검사가 증거로 제출한 사법경찰관 작성의 甲에 대한 피의자신문조서를 증거로 함에 동의하지 않고 그 내용을 부인하였으나, 제1심은 위 피의자신문조서를 형사소송법 제312조 제3항이 적용되는 ‘검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서’가 아니라 같은 조 제4항의 ‘사법경찰관이 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 조서’에 해당한다고 보아, 甲이 이미 사망하였으므로 공판기일에 출석하여 진술을 할 수 없는 경우에 해당하고 그의 경찰에서의 진술은 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 인정된다는 이유로 형사소송법 제314조에 의하여 증거능력을 인정하였다. 이에 따라 제1심은 피고인에 대한 공소사실을 유죄로 인정하였다. 제1심의 증거능력에 대한 판단이 적법한지 설명하십시오. (10점)

2. (기초사실) 피고인은 2018. 3. 20.부터 2018. 3. 26.까지 총 18회에 걸쳐 휴대전화기의 카메라 등을 이용하여 성명불상의 여성 피해자의 치마 속을 몰래 촬영하였다는 이유로 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법위반(카메라등이용촬영)죄로 기소되었다. 피고인은 제1심과 항소심에서 공소사실에 대해 자백하였고 검사가 제출한 모든 서류에 대하여 증거를 동의하였다(아래 가, 나항은 상호 관련 없음).

가. (위 기초사실을 바탕으로 한 추가사실) 검사가 법원에 제출한 증거에는 경찰관이 현행범 체포할 때 임의제출 방식으로 압수한 피고인 소유의 휴대전화기 및 여기에 기억된 저장정보를 탐색하여 복제·출력한 영상캡처 사진과 복제된 영상파일이었다(위 휴대전화기와 관련하여 별도로 사후에 영장을 받은 사실은 없다). 현행범 체포 당시 임의제출 방식 자체는 적법하였다는 전제 하에 피고인의 자백을 뒷받침할 보강증거가 있다고 볼 수 있는지 설명하십시오. (5점)

나. (위 기초사실을 바탕으로 한 추가사실) 검찰이 법원에 제출한 증거는 오로지 2018. 3. 26. 자 범행과 관련하여 작성한 위 휴대전화기에 대한 압수조서와 피고인에 대한 검사 작성의 피의자신문조서만이 있었는데, 위 압수조서에는 “2018. 3. 26. 07:30경 지하철 0호선 A역 승강장 등에서 경찰관이 비노출 잠복근무 중 검정 재킷, 검정 바지, 흰색 운동화를 착용한 20대 가량의 남성이 짧은 치마를 입고 에스컬레이터를 올라가는 여성을 쫓아가 뒤에 밀착하여 치마 속으로 휴대폰을 집어넣는 등 해당 여성의 신체를 몰래 촬영하는 행동을 하였다”는 내용이 포함되어 있고, 그 하단에는 2018. 3. 26.자 공소사실에 관한 피고인의 범행을 직

접 목격하면서 위 압수조서를 작성한 사법경찰관 및 사법경찰리의 각 기명날인이 들어가 있었다. 이 경우 피고인의 각 범행에 관하여 자백을 뒷받침할 보강증거가 있다고 볼 수 있는지 설명하시오. (5점, 만약 범행별로 그 여부가 달라질 경우 이를 구분하여 설명할 것)

3. 피고인은 새마을금고 이사장 선거와 관련하여 대의원인 甲에게 자신을 지지해 달라고 부탁하면서 현금 50만 원을 제공하였다는 이유로 새마을금고법 위반으로 기소되었다. 검사는 사법경찰관 작성의 공범 甲에 대한 피의자신문조서 및 진술조서를 증거로 제출하고, 검사가 신청한 증인 乙은 법정에서 출석하여 ‘甲으로부터 피고인에게서 50만 원을 받았다는 취지의 말을 들었다’고 증언하였다. 피고인은 공판기일에서 공소사실을 부인하였고 위 甲에 대한 피의자신문조서와 진술조서의 내용을 모두 부인하였다. 한편 공범이자 공동피고인인 甲은 현금 50만 원을 받았다는 취지의 공소사실을 부인하면서도 위 피의자신문조서와 진술조서의 성립의 진정은 인정하였다. 이 경우 피고인에 대하여 위 甲에 대한 피의자신문조서와 진술조서, 그리고 乙의 법정진술의 증거능력 유무에 대하여 설명하시오. (10점)

## 【문 1. 1】 형종 상향 금지의 원칙과 고정사건과 고단사건의 병합시 1개의 징역형 선고의 적법성<sup>1)</sup>

### I. 문제점

약식명령에 불복하여 피고인만 정식재판을 청구한 이른바 ‘고정사건’을 통상절차에 의하여 기소된 이른바 ‘고단사건’에 병합한 후, 각 죄에 대하여 모두 징역형을 선택한 다음 1개의 징역형을 선고한 것이 제457조의2 제1항의 ‘형종 상향 금지 원칙’에 위반되는 것은 아닌지가 문제된다.

### II. 형종 상향 금지의 원칙

#### 1. 약식명령에 대한 정식재판의 청구와 ‘형종 상향’ 금지의 원칙

2017. 12. 19. 개정법은 약식명령에 불복하여 정식재판의 청구를 남용하는 경우를 방지하면서도 피고인의 정식재판청구권의 위축될 우려를 감안하여, 종래의 ‘불이익변경의 금지’를 중한 종류의 형을 선고하지 못한다는 ‘형종 상향의 금지’로 대체하고(제457조의2 제1항), 양형 상향시 양형 이유를 기재하도록 하였다(동조 제2항).

#### 2. 고정사건과 고단사건의 병합시 1개의 징역형 선고의 적법성

판례는 제1심법원이 ‘고정사건’을 통상절차에 의하여 기소된 ‘고단사건’에 병합한 후 각 죄에 대하여 모두 징역형을 선택한 다음, 경합범가중 등을 거쳐 ‘고단사건’의 1심형과 같은 징역형을 선고하자, 피고인과 검사가 각 양형부당을 이유로 항소한 사안에서, 제1심판결 중 위 ‘고정사건’ 부분은 피고인만이 정식재판을 청구한 사건인데도 약식명령의 벌금형보다 중한 종류의 형인 징역형을 선택하여 형을 선고하였으므로 형종 상향 금지의 원칙을 위반한 잘못이 있고, 제1심판결에 대한 피고인과 검사의 항소를 모두 기각함으로써 이를 그대로 유지한 원심판결에도 형종 상향 금지의 원칙을 위반한 잘못이 있다고 한다(대판 2020.1.9. 2019도15700).

### III. 문제의 해결

판례에 따르면, 제1심법원에서 ‘고정사건’을 ‘고단사건’에 병합한 후 각 죄에 대하여 모두 징역형을 선택한 다음, 경합범가중 등을 거쳐 ‘고단사건’의 1심형과 같은 징역형을 선고한 제1심판결 중 고정사건 부분은 제457조의2 제1항의 형종 상향 금지의 원칙을 위반하여 위법하다.

그리고 항소심판결도 위법한 제1심판결을 그대로 유지하였으므로 형사소송법 제457조의2 제1항을 위반하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다(대판 2020.1.9. 2019도15700).

결국 위 항소심의 판단은 **위법**하다.

(항소심은 각 죄를 유죄로 인정하더라도 고정사건 부분에 대하여는 징역형을 선택하여 차단할 수는 없으므로, 주문에서 고정사건 부분은 벌금형(벌금액수 상향조정 가능), 고단사건 부분은 징역형을 별도로 선고하여야 할 것이다)

+ [가점(1~2점) 예상]

1) 2순환 제1회 모의고사 【제2문 (2)】 및 2·3순환 최근판례 자료 中 ★★★ 참조.

## 【문 1. 2】 형중 상향 금지의 원칙과 고정사건과 고단사건의 병합시 1개의 징역형 선고의 적법성<sup>1)</sup>

### I. 문제점

형사소송법 제457조의2 제1항에서 규정한 정식재판청구 사건에서의 형중 상향 금지의 원칙이 피고인이 정식재판을 청구한 사건(제2사건)과 다른 사건(제1사건)이 병합된 후 경합범으로 처단되는 경우에도 정식재판을 청구한 사건에 대하여 그대로 적용되는지가 문제된다.

### II. 고정사건과 고단사건의 병합시 ‘형중 상향’ 금지 원칙의 적용여부

판례는 형사소송법 제457조의2 제1항에서 “피고인이 정식재판을 청구한 사건에 대하여는 약식명령의 형보다 중한 종류의 형을 선고하지 못한다.”라고 규정하여, 정식재판청구 사건에서의 형중 상향 금지의 원칙을 정하고 있다. 위 형중 상향 금지의 원칙은 피고인이 정식재판을 청구한 사건과 다른 사건이 병합·심리된 후 경합범으로 처단되는 경우에도 정식재판을 청구한 사건에 대하여 그대로 적용된다.”는 입장이다(대판 2020.3.26. 2020도355; 同旨: 대판 2020.1.9. 2019도15700).

즉 사안의 경우, 제2사건은 피고인만이 정식재판을 청구한 사건이므로 형중 상향 금지의 원칙에 따라 그 각 죄에 대하여는 약식명령의 벌금형보다 중한 종류의 형인 징역형을 선택하지 못하고, 나아가 제2사건이 항소심에서 제1사건과 병합·심리되어 경합범으로 처단되더라도 제2사건에 대하여는 징역형을 선고하여서는 아니 된다. 그런데도 원심은 제2사건의 항소심에서 각 죄에 대하여 약식명령의 벌금형보다 중한 종류의 형인 징역형을 선택한 다음 경합범가중 등을 거쳐 제1사건의 각 죄와 제2사건의 각 죄에 대하여 하나의 징역형을 선고하고 말았다. 이러한 원심판결에는 형사소송법 제457조의2 제1항에서 정한 형중 상향 금지의 원칙을 위반한 잘못이 있다(대판 2020.3.26. 2020도355).<sup>2)</sup>

### III. 문제의 해결

판례에 따르면, 항소심에서 제2사건과 제1사건을 병합하여 경합범으로 처단하더라도 제2사건에 대하여는 징역형을 선고하여서는 아니 된다.

따라서 위 항소심판결 중 제2사건의 판단에는 형사소송법 제457조의2 제1항에서 정한 형중 상향 금지의 원칙을 위반한 잘못이 있다.

결국 위 항소심의 판단은 **위법**하다.

(만일 상고에 의하여 파기환송 받았다면, 항소심은 주문에서 제1사건에 대하여는 징역형, 제2사건에 대하여는 벌금형 (벌금액수 상향조정 가능)을 별도로 선고하여야 할 것이다) + [가점(1~2점) 예상]

1) 2순환 제1회 모의고사 【제2문 (2)】 및 1·2·3순환 최근판례 자료 中 ★★★ 참조.

2) 항소심에서 파기재판의 원칙 : 항소이유가 있다고 인정한 때에는 원심판결을 파기하고 다시 판결을 하여야 한다(제364조 제6항).

## 【문 2. 1】 제312조 제3항의 법리와 양벌규정으로 처벌받는 자 사이의 적용여부<sup>1)</sup>

### I. 문제점

형사소송법 제312조 제3항의 법리 및 행위자와 양벌규정에 의하여 처벌받는 법인 또는 개인 사이에서도 제312조 제3항의 법리가 적용되는지 및 제314조의 적용 여부 등이 문제된다.

### II. 형사소송법 제312조 제3항의 법리

#### 1. 형사소송법 제312조 제3항의 법리

제312조 제3항은 그 취지(인권보장, 위법수사 억제)상 사경이 작성한 당해 피고인에 대한 피신조서 뿐만 아니라, 당해 피고인과 공범관계에 있는 자에 대한 피신조서를 당해 피고인에 대한 유죄의 증거로 사용할 경우에도 (확장) 적용된다(대판(소합) 2004.7.15. 2003도7185[전원일치] 등 참조).

따라서 당해 피고인과 공범관계가 있는 피의자에 대하여 사경이 작성한 피신조서는 ... 당해 피고인이 내용을 부인하면 증거능력이 없고(피고인내용인정설), 그 당연한 결과로 원진술자의 출석·진술불능이라는 필요성과 특신상태 하에서 예외를 인정하는 제314조도 적용되지 않는다(위 소합).

#### 2. 행위자와 양벌규정에 의하여 처벌받는 자 사이에 제312조 제3항 적용 여부

제312조 제3항의 법리는 공범관계에 있는 자들 사이뿐만 아니라, 행위자와 양벌규정에 의하여 처벌받는 법인 또는 개인 사이의 관계에서도 마찬가지로 적용된다(대판 2020.6.11. 2016도9367).

생각건대, 행위자와 양벌규정에 따라 처벌되는 행위자가 아닌 법인 또는 개인 간의 관계는, ... 내용상 불가분적 관련성이 있고, 따라서 공범관계 등과 마찬가지로 인권보장적인 요청에 따라 제312조 제3항이 이들 사이에서도 적용된다고 보는 것이 타당하다(위 소합 참조).

### III. 문제의 해결

판례에 따르면, 행위자와 양벌규정에 의하여 처벌받는 자 사이에서도 제312조 제3항의 법리가 적용되는바, 사안에서 사경 작성 甲에 대한 피신조서는 (당해) 피고인이 증거부동의하고 그 내용을 부인하고 있으므로 제312조 제3항에 의하여 증거능력이 인정될 수 없고, 그 당연한 결과로 공범 甲이 사망하였다더라도 제314조에 의하여 증거능력을 인정할 수도 없다.

따라서 제1심의 증거능력에 대한 판단은 위법하다.

행위자에 대한 사경 작성 피신조서가 양벌규정에 의해 처벌받는 자에 대한 증거능력 인정요건  
 ⇒ 제312조 제3항의 법리가 적용(당해 피고인내용인정설) → 사업주가 내용부인하면 증·능 없음  
 ⇒ 제314조 부적용('그 당연한 결과로') → 원진술자(행위자) 사망하더라도 제314조에 의해 인정 못함

1) 3순환 제6회 모의고사 【제1문 1】 및 마무리특강자료 85p 및 2·3순환 최근판례 자료 中 ★★★ 참조.

## 【문 2. 2. 가】 보강증거의 성질(자격)<sup>1)</sup>

### 1. 문제점

보강증거란 피고인의 자백의 진실성을 담보할만한 자백 이외의 별개의 독립한 증거를 말하는데, 사안의 휴대전화기 등이 보강증거의 자격(성질)이 있는지가 문제된다.

### 2. 보강증거의 성질(자격)

- ① 보강증거는 자백의 진실성을 담보하는 증거이므로 증거능력이 있고, 자백 이외의 별개의 독립한 증거로 인증, 서증, 물증 등 그 형태를 불문하며, 또한 직접증거는 물론 간접·정황증거도 보강증거가 될 수 있다.
- ② 한편, 현행범 체포현장 또는 범죄장소에서도 제출의 임의성이 입증된다면 제218조의 임의제출물 압수가 허용되며, 이 경우 사후영장을 받을 필요도 없다(대판 2019.11.14. 2019도13290; 대판 2020.4.9. 2019도17142 등).
- ③ 그리고 휴대전화기 자체에서 복제·출력한 영상캡처 사진과 복제된 영상파일은 휴대전화기에 저장된 내용과 출력 문건의 동일성이 인정되어야 하고, 이를 위해서는 휴대전화기 원본이 압수 시부터 문건 출력 시까지 변경되지 않았다는 사정, 즉 무결성이 담보되어야 휴대전화기 자체와 동일하게 그 증거능력을 인정할 수 있다(대판 2013.7.26. 2013도2511[왕재산 사진] 등 참조).
- ④ 사안의 현행범 체포 당시 임의제출 방식으로 압수한 휴대전화기 자체 및 이에 기초하여 복제·출력한 영상캡처 사진과 복제된 영상파일도 동일성 인정과 무결성이 담보된다면 증거능력이 있고 자백 이외의 별개의 독립한 증거에 해당하여 보강증거의 자격이 인정된다.<sup>2)</sup>

### 3. 문제의 해결

휴대전화기 및 영상캡처 사진과 복제된 영상파일은 증거능력이 있고 자백과는 별개의 독립한 증거로, 피고인의 자백에 대한 보강증거가 될 수 있다.

---

1) 2순환 제8회 모의고사 【제3문】 및 마무리특강자료 113p 및 2·3순환 최근판례 자료 中 ★★★ 참조.

2) 영상캡처 사진과 복제된 영상파일 : 설령 영상캡처 사진과 복제된 영상파일이 2016년 개정 형사소송법 제313조 제1항 괄호부분에 포함되는 전자형태의 문서로 전문서류에 해당한다고 하더라도, 사안에서 피고인이 검사가 제출한 모든 서류에 대하여 증거로 함에 동의하고 있어, 제318조 제1항에 의하여 그 증거능력이 인정됨은 물론이다.

## 【문 2. 2. 나】 압수조서상의 ‘압수경위’란 등의 보강증거 자격 유무

### 1. 문제점

먼저 2018. 3. 26.자 범행과 관련해서는 압수조서 중 ‘압수경위’란의 위 내용이 피고인의 자백과는 증거능력이 있고 별개의 독립한 증거에 해당하여 보강증거의 자격이 있는지가 문제된다.

그리고 2018. 3. 26.자 이외의 범행과 관련해서는 2018. 3. 26.자 범행과 관련하여 사법경찰관·리가 작성한 위 휴대전화기에 대한 압수조서와 검사 작성의 피고인에 대한 피의자신문조서가 피고인의 자백과는 별개의 독립한 증거로 보강증거의 자격이 있는지가 문제된다.

### 2. 2018. 3. 26.자 범행과 압수조서상의 ‘압수경위’란의 보강증거 자격 유무

판례는 압수조서 중 ‘압수경위’란의 위 부분은 사법경찰관 P1이 범행을 직접 목격한 내용을 기재한 것으로 실질적으로 제312조 제5항의 ‘피고인 아닌 자가 수사과정에서 작성한 진술서’에 준하는 것으로 볼 수 있고, 이에 따라 휴대전화기에 대한 임의제출절차가 적법하였는지 여부에 영향을 받지 않는 별개의 독립적인 증거에 해당한다는 입장이다(대판 2019.11.14. 2019도13290).

사안의 경우 피고인이 법정에서 자백하면서 검사가 제출한 모든 서류에 대하여 증거로 함에 동의하였으므로 진정한 것으로 인정되면 증거능력이 있고(제318조 제1항), 증거로 함에 동의하지 않는 경우라도 사법경찰관·리가 증인으로 출석하여 성립의 진정을 인정하는 등 제312조 제4항의 요건을 충족하면 피고인의 자백과는 별개의 독립증거로 증거능력이 있게 된다.

따라서 사법경찰관·리가 작성한 압수조서상의 ‘압수경위’란은 2018. 3. 26.자 범행의 피고인의 자백에 대한 보강증거의 자격이 있다.

### 3. 2018. 3. 26.자 이외의 범행과 2018. 3. 26.자 범행과 관련하여 작성한 위 휴대전화기에 대한 압수조서와 검사 작성의 피고인에 대한 피의자신문조서의 보강증거 자격 유무

2018. 3. 26.자 범행과 관련한 사법경찰관·리가 작성한 휴대전화기에 대한 압수조서나 검사가 작성한 피고인에 대한 피의자신문조서는 2018. 3. 26.자 이외의 범행과는 아무런 관련이 없을 뿐만 아니라, 검사가 작성한 피고인에 대한 피의자신문조서는 피고인의 공판정에서의 자백과 별개의 독립한 증거도 아니다.

따라서 2018. 3. 26.자 범행과 관련한 사법경찰관·리가 작성한 휴대전화기에 대한 압수조서나 검사가 작성한 피고인에 대한 피의자신문조서는 2018. 3. 26.자 이외의 범행의 피고인의 자백에 대한 보강증거의 자격이 없다.

### 4. 문제의 해결

- ① 압수조서상의 ‘압수경위’란은 2018. 3. 26.자 범행의 피고인의 자백에 대한 보강증거의 자격이 있다.
- ② 그러나 사법경찰관·리가 작성한 휴대전화기에 대한 압수조서나 검사가 작성한 피고인에 대한 피의자신문조서는 2018. 3. 26.자 이외의 범행의 피고인의 자백에 대한 보강증거의 자격이 없다.

## 【문 2. 3】 사경 작성 공범에 대한 피신조서, 제316조 제2항의 적용범위<sup>1)</sup>

### I. 문제점

① 사경 작성의 공범 甲에 대한 피신조서와 진술조서가 (당해) 피고인에 대한 관계에서 어떠한 요건 하에서 증거능력이 인정되는지, ② 乙의 법정진술은 제316조 제2항의 적용범위 등과 관련하여 그 증거능력이 문제된다.

### II. 사경 작성 공범 甲에 대한 피신조서 및 진술조서의 증거능력

판례는 제312조 제3항은 사경 작성 당해 피고인에 대한 피신조서뿐만 아니라 당해 피고인과 공범 또는 공동피고인에 대한 관계에서도 (확장) 적용되므로, 그 공동피고인의 진술에 의하여 성립의 진정이 인정되더라도 당해 피고인이 내용을 부인하면 증거능력이 없다고 하여(대판(소합) 2004.7.15. 2003도7185; 대판 2019.11.14. 2019도11552 등 참조), 제312조 제3항 적용설 중 피고인내용인정설의 입장이며, 그 당연한 결과로 제314조의 적용도 없다고 한다(위 소합 등).

한편 피의자의 진술을 녹취 내지 기재한 서류 또는 문서가 수사기관에서의 조사과정에서 작성된 것이라면 그것이 진술조서라는 형식을 취하였다고 하더라도 피신조서와 달리 볼 수 없다(判例).

따라서 판례에 따르면, 사안에서 위 사경 작성 공범 甲에 대한 피신조서와 진술조서는 甲이 성립의 진정을 인정하고 있지만 (당해) 피고인이 그 내용을 모두 부인하고 있으므로, 피고인에 대하여 제312조 제3항은 물론 제314조에 의하여도 그 증거능력을 인정할 수 없다.

### II. 乙의 법정증언과 제316조 제2항의 ‘피고인 아닌 타인’의 범위

판례는 여기의 원진술자인 ‘피고인 아닌 타인’에는 제3자는 물론 공범자와 공동피고인 및 공범자인 공동피고인도 포함된다는 입장이다(대판 1984.11.27. 84도2279[부산남흥여관 사건]; 대판 2000.12.27. 99도5679[공천대가 기부금 사건] 등). ☞ 소위 제316조 제2항 적용설.

사안의 乙의 법정증언은 제316조 제2항의 필요성과 특신상태가 증명되어야 하는바, 원진술자 甲의 출석·진술불능이라는 사유에 해당하지 않아 필요성 요건이 충족될 수 없다(대판 2019.11.14. 2019도11552).

따라서 판례에 따르면, 乙의 법정증언도 (피고인이 법정에서 공소사실을 부인하고 있으므로 증거동의를 여지도 없다) 피고인에 대하여 증거능력이 없다.

### IV. 문제의 해결

사경 작성 공범 甲에 대한 피신조서와 진술조서 및 공범인 공동피고인 甲의 진술을 원진술로 하는 乙의 법정증언은 (당해) 피고인에 대하여 증거능력이 없다.

1) 3순환 제6회 모의고사 【제1문 2】 및 예비순환·1순환 최근판례 참조.