

상소제기기간의 기산점과 피고인의 출석과의 관계*

신 이 철**

목 차

- | | |
|-----------------------------------|--|
| I. 서 설 | 1. 피고인이 공판정에 출석한 원칙적인
경우-상소기간을 ‘재판 선고일’로부
터 계산 |
| II. 피고인의 출석재판 및 불출석재판이
허용되는 경우 | 2. 피고인의 불출석재판이 허용되는 예
외적인 경우 |
| 1. 원칙-피고인의 출석재판 | |
| 2. 예외-피고인의 불출석재판 | |
| III. 상소제기기간의 기산점 | IV. 결 론 |

I. 서 설

2007년도에 형사소송법은 공판중심주의와 피의자·피고인 측의 방어권 보장이라는 양대 축을 중심으로 전면적 개정이 이루어졌다. 이러한 개정은 그동안 다소 미흡했다는 평가를 받은 공판중심주의와 방어권 보장을 한층 더 강화하는 방향으로 상당부분 손질이 가해졌고 이는 부인할 수 없는 사실이다. 개정 전 형사소송법에 피고인이 공판기일에 출석하지 아니한 때에는 특별한 규정이 없으면 개정하지 못하도록 규정하여 공판개정 요건으로 삼으면서, 공판정에 출석할 권리를 가지고 있음을 분명히 하고 있던 가운데(제276조 본문), 개정된 형사소송법에는 공판중심주의의 중요한 내용을 이루는 구두변론주의를 명문으로 규정

* 이 논문은 2012년도 원광디지털대학교의 교비 지원에 의하여 수행됨.

** 원광디지털대학교 경찰학과 조교수, 법학박사

하기에 이르렀다(제275조의3). 즉 피고인이 공판기일에 출석하지 아니한 때에는 원칙으로 개정하지 못하도록 하고 있는데, 이는 피고인이 소송절차의 전반에 참여하여 소송절차를 형성할 권리를 가지며, 피고인의 이러한 참여권은 결국 방어권의 행사를 위한 전제가 되는 권리라고 평가된다. 여기서 공판기일의 출석문제는 바로 상소제기기간을 계산함에 있어서 그 기산점을 언제부터 삼을 것인가를 판단함에 있어서 매우 중요한 기초가 된다.

현행 형사소송법에서 상소제기는 ‘상소제기기간 내’에 ‘서면’으로 하여야 한다고 하면서(제343조 제1항), 구체적으로는 항소와 상고의 제기기간은 7일 내에 상소장을 제출하여야 하며(제358조, 제374조), 상소의 제기기간은 ‘재판을 선고 또는 고지한 날로부터 진행한다’고 규정하고 있다(제343조 제2항). 여기서 형사소송법 제42조는 ‘재판의 선고 또는 고지는 공판정에서는 재판서에 의하여야 하고 기타의 경우에는 재판서 등본의 송달 또는 다른 적당한 방법으로 하여야 한다’고 규정하고 있는데, 선고외의 적당한 방법으로 재판 내용을 관계인에게 알려주는 이른바 ‘고지’는 일반적으로 재판서의 등본의 송달 기타 적당한 방식에 의하므로 상소제기기간을 고지일로 계산하는 것은 결국 재판서의 등본의 송달 일로부터 계산하게 되므로 별도로 크게 문제되지는 않는다.¹⁾ 쟁점이 될 수 있는 것은 공판정에서 재판의 내용을 구술로 선언하는 이른바 ‘선고’의 경우에는 형사소송 규칙 제148조 본문에서 ‘법원은 피고인에 대하여 판결을 선고한 때에는 선고일로부터 14일 이내에 피고인에게 그 판결서 등본을 송달하여야 한다’고 규정하고 있기 때문에 구속된 피고인에 대한 판결서 등본의 송달을 규정한 것은 피고인들에게 그 판결

1) 결정·명령이 공판정에서 구술로 고지된 경우에는 재판서송달이 기준이 아닌 구술 고지가 있는 날로부터 상소의 제기기간이 진행한다. 그러나 결정·명령이 공판정외에서 고지된 경우에는 결정·명령의 재판서가 송달된 날로부터 상소제기기간이 진행한다.

서 등본을 받아 보고 상소여부를 결정하라는 취지로 이해될 여지가 있다. 따라서 상소제기기간은 7일로 한다는 규정(제358조, 제374조)을 판결선고일로부터 7일이 아닌, 판결송달일로부터 7일 이내에 제기하면 되는 것으로 해석될 여지가 없지 않다. 그리고 다른 모든 행정행위에 대한 이의 등도 결정서 등이 송달된 날로부터 그 시점을 기산하도록 하고 있을 뿐만 아니라(행정소송법 제8조 제2항), 민사소송에서도 판결 선고를 함에 있어서 판결원본에 의해 주문을 읽어 선고하도록 하면서도(제216조 참조) 상소제기기간만큼은 ‘판결이 송달된 날로부터 2주일 이내에 제기하여야 한다’고 규정하여(제396조 등) 판결문 송달을 받아 보고 그 상소여부를 결정하도록 하고 있다는 점도 이를 뒷받침하고 있는 것이 아닌가 하는 의문이 제기될 여지가 충분하다. 여기서 상소제기는 절차의 형식적 발전과 그 발전을 추구하는 절차면의 형성에 역할을 담당하는 절차형성행위로서 매우 중요한 역할을 수행하고 있다. 이와 관련하여 상소제기의 기간에 있어서 그 기산점은 피고인에게는 적지 않은 이해관계가 있다고 생각된다. 특히나 상소기간의 문제는 크게 보면 형사사법에 대한 국민의 불신을 가져올 수도 있기 때문에 절차의 안정성을 해치지 않으면서도 관계 당사자의 인권을 어떻게 보호할 수 있는가 하는 관점에서 논의하지 않을 수 없다. 결국 전체적 체계적으로 접근함으로써 올바른 해석방법과 기준을 마련해 볼 필요가 있다고 보인다.

그런데 현재 피고인이 공판정에 출석하여 주문과 이유요지를 듣는 것이 원칙이 되어 있고 더욱이 ‘형을 선고하는 경우에는 피고인에게 상소기간과 아울러 상소할 법원을 고지하여야 한다’고 규정하고 있으므로 상소기간을 재판 선고일로부터 계산하더라도 별다른 문제가 없다고 보고 있다. 과연 이러한 일반적 해석방법이 개별적인 사안에도 언제나 타당한지를 검토하기 위해서는 무엇보다 먼저 당사자의 공판정 출석이 원칙으로 되어 있지만, 예외적으로 당사자 출석 없이도 재판할 수 있는 경우가 있으므로 이를 구체적으로 살펴볼 필요가 있다고 본다(II).

그런 다음에 과연 피고인의 출석여부를 구별함이 없이 일률적으로 상소 제기의 기산점을 재판 선고일을 기준으로 정하는 것이 옳은 것인지를 고민하면서 합리적인 처리방법이 무엇인지를 살펴 볼 필요가 있다고 본다(Ⅲ). 이러한 범위 내에서 입법적 시사점을 얻기 위해 외국의 입법례의 세밀한 검토가 필요한 것은 물론이다.

Ⅱ. 피고인의 출석재판 및 불출석재판이 허용되는 경우

상소제기의 기간을 계산함에 있어서 그 기산점은 피고인의 공판정 출석과 적지 않은 관련이 있다고 보인다. 따라서 무엇보다 먼저 피고인의 출석재판이라는 원칙적인 경우와 피고인의 불출석재판이 허용되는 예외적인 경우의 검토가 필요하다고 생각된다.

1. 원칙-피고인의 출석재판

형사소송절차에서 피고인의 공판기일 출석권은 피고인의 방어권 보장을 위해서 뿐만 아니라 실체적 진실발견을 위하여도 매우 중요한 권리이다. 따라서 피고인이 공판기일에 출석하지 아니한 때에는 원칙적으로 개정하지 못하도록 하면서(제276조 본문), 다른 한편으로는 피고인에게 출석의 의무뿐만 아니라 재정의무까지 부여하여 출석한 피고인은 재판장의 허가 없이 퇴정하지 못하도록 규정하고 있다(제281조 제1항).

다만, 형사소송법은 다액 500만원 이하의 벌금이나 과료에 해당하는 경미사건의 경우, 무죄·면소·공소기각 등 피고인에게 유리한 재판을 하는 경우 등 중형선고의 가능성이 전혀 없을 때나, 피고인이 자의적으

로 퇴정하거나 퇴정명령을 받은 경우, 구속피고인이 출석을 거부하는 경우, 약식명령에 대하여 정식재판을 청구한 경우 등 불출석에 대한 책임이 피고인에게도 있다고 할 수 있는 때에 한하여 불출석재판을 허용하고 있다. 아래에서는 피고인의 출석없이 재판할 수 있는 경우를 구체적으로 살펴보기로 한다.

2. 예외-피고인의 불출석재판

공판기일에 피고인이 출석하지 않으면 개정하지 못하는 것이 원칙이라는 것은 이미 언급 한 바가 있다(제276조 본문). 그리고 형사소송법은 제1편에 ‘총칙’, 제2편에 ‘제1심’을, 제3편에 ‘상소’를 규정하고 있으면서, 다시 제2편(제1심) 제3장에서 ‘공판’의 규정을 두고, 또 다시 공판에 관한 제3장의 제3절에서 ‘공판의 재판’이라고 하여 제318조의4 내지 제337조에 재판선고에 관한 규정을 두고 있으므로 결국 재판선고도 공판기일에 하게 되어 있다. 따라서 판결선고기일에 있어서의 피고인의 출석요부는 보통의 공판기일과 동일하다. 결국 피고인의 불출석개정이 가능한 경우에는 불출석한 그대로 판결을 선고할 수 있기 때문에 피고인이 불출석하여도 판결을 선고할 수 있는 예외적인 경우는 아래와 같다. 물론 피고인의 출정 없이 증거조사를 할 수 있는 경우에 피고인이 출정하지 아니하는 때에는 형사소송법 제318조 제1항에 의한 증거동의가 있는 것으로 간주된다(제318조 제2항 본문). 이러한 증거동의의 의제는 피고인이 공판정에 출석하지 아니한 경우에 전문증거의 증거능력을 결정하지 못함으로써 절차가 지연되는 것을 방지하기 위하여 마련된 장치이다.²⁾ 그러나 피고인이 출정하지 않더라도 대리인 또는 변호인이 출정한 때에는 증거동의가 있는 것으로 간주되지 않는다(제318조 제2항 단서).

2) 대법원 2010. 7. 15. 선고, 2007도5776 판결.

2.1 의사무능력자 및 법인에 대한 피고사건

2.1.1 의사무능력자

형법 제9조 내지 제11조의 책임능력 규정(형사미성년자, 심신장애자, 농아자에 대한 불처벌 또는 필요적 감경)이 적용되지 않는 범죄사건에서³⁾ 피고인⁴⁾에게 공판당시에 의사능력이 없는 경우이다.⁵⁾ 이러한 사건에서 의사능력이 없는 피고인의 소송행위는 무효이므로, 피고인에게 의사능력이 없는 경우 법정대리인(친권자, 후견인)이 피고인의 소송행위에 대해 별도의 법원 선임이나 피고인으로 부터의 수권행위 없이⁶⁾ 당연히 대리하게 하고(제26조), 법정대리인이 없으면 법원이 선임한 특별대리인(제28조)이 법정대리인의 임무를 행한다. 여기서 대리인의 대리로서 중요한 것은 법정출석에 대한 대리과 진술의 대리이다. 따라서

-
- 3) 현재 형법에는 없고, 담배사업법 제31조 등 주로 행정관련 법규위반죄가 규정하고 있다. 예컨대 담배사업법 제11조(담배제조업허가) ① 담배제조업을 영위하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 기획재정부장관의 허가를 받아야 한다. 허가받은 사항중 대통령령이 정하는 중요한 사항을 변경하고자 하는 때에도 또한 같다. <개정 2008.2.29> 제27조의2(벌칙) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다. <개정 2002.1.26, 2004.1.20> 1. (생략) 2. 제11조의 규정에 위반하여 담배 대용품을 제조한 자 3. (이하 생략) 제31조(형법의 적용제한) 이 법에 정한 죄를 범한 자에 대하여는 형법 제9조·제10조 제2항·제11조·제16조·제32조 제2항·제38조 제1항 제2호중 벌금경합에 관한 제한가중규정과 동법 제53조의 규정은 이를 적용하지 아니한다. 다만, 징역형에 처할 경우 또는 징역형과 벌금형을 병과할 경우에 있어서의 징역형에 대하여는 그러하지 아니하다.
- 4) 구법 하에서는 의사무능력자인 피고인에 한해서 대리를 인정하였지만, 현재는 의사무능력자인 피고인뿐만 아니라 수사단계의 피의자도 보호하기 위해 그 소송행위의 대리를 허용하고 있다.
- 5) 따라서 범죄당시에는 의사능력이 없었으나 공판당시에 의사능력이 있으면 피고인 본인이 소송행위를 하여야 하므로 법정대리인에 의한 대리가 허용되지 않는다.
- 6) 이러한 점은 피고인의 출석 없이 재판할 수 있는 경미사건 등에서 피고인이 출석시킬 수 있는 대리인(제277조 단서)은 피고인의 수권이 있어야 하는 것과 비교된다.

이 경우에는 피고인 본인의 출석 없이 법정대리인 또는 특별대리인이 출석하여 공판절차에 참여하게 되므로 법정대리인 또는 특별대리인의 출석이 공판개정의 요건이 되므로, 이들의 출석이 있으면 피고인의 출석이 없더라도 공판을 개정할 수 있다. 그리고 대리인은 범죄사실에 대한 진술을 할 수 있으며 범죄사실을 인정하는 진술을 한 경우 그 진술은 유죄의 증거로 된다.⁷⁾

2.1.2 피고인이 법인인 경우

법인도 당사자 능력은 있지만, 법인 자신이 직접 공판정에 출석하여 소송행위를 한다는 것은 생각하기 어렵기 때문에 현실적으로는 대표자인 자연인이 법인을 대표하여 소송행위를 할 수 밖에 없다. 따라서 형사소송법은 법인의 대표자가 소송행위를 대표하도록 하고(제27조), 대표자가 없을 때는 법원이 선임한 특별대리인이 대표자의 임무를 수행한다(제28조).⁸⁾ 여기서 법인의 대표자는 ‘소송행위를 할 당시의 대표자’를 말하므로, 법인에 대해 공소가 제기된 후에 법인의 대표자가 변경된 경우는 물론, 소송진행 중에 대표자가 변경된 경우에도 새로운 대표자가 이후에 소송행위를 하여야 한다.

그리고 여기서의 ‘대표’는 법정대리인의 ‘대리’와 그 의미가 다르지

7) 법정대리인 등에게 피고인에 준해 진술거부권이 인정되고, 피고인에 준하는 지위 때문에 증인적격이 없다는 것이 통설이다. 그러나 피고인 본인은 아니므로 법정대리인에 대한 구속은 허용되지 않는다.

8) 피고인인 법인의 대표자가 공판기일에 출석하지 않고 대리인도 출석시키지 않는 경우에도 제28조를 유추적용하여 특별대리인을 선임하여야 한다는 견해(차용석/백형구, 주석 형사소송법 3권 제3판(한국사법행정학회, 1999), 123쪽)도 있으나, 법인의 대표자가 재판을 거부 또는 회피할 목적으로 공판기일에 출석하지 않는 경우까지 특별대리인을 선임하여 재판을 진행하는 것이 과연 타당한지와 나아가 법원이 해당 법인의 혐조 없이 형사절차에서 법인을 대표할 적절한 특별대리인을 선임할 수 있을 지도 의문이라는 입장으로는 백형구/박일환/김희옥 등, 주석 형사소송법 I (한국사법행정학회, 2009), 132쪽(성지용 집필부분).

않으므로 소송행위로서 공판정 출석은 물론 의견진술 등의 행위가 포함되어 있다. 따라서 법인의 대표자는 법인의 범죄사실에 관하여 진술을 할 수 있고 법인의 대표자가 법인의 범죄사실을 인정하는 진술을 하는 경우 그 진술은 법인의 공소사실을 유죄로 인정하는 증거로 된다.⁹⁾

법원은 공판기일에 법인의 대표자를 소환하여야 하며(제267조 제2항), 그의 출석 없이는 개정할 수 없음이 원칙이다. 다만 법인에 대한 사건은 벌금 또는 과료에만 해당하므로 형법상 형의 경중으로 보면 비교적 가벼운 사건에 속할 뿐만 아니라, 법인의 권리보호를 위해서 항상 대표자가 최적임자라고 단정하기도 어렵다. 오히려 사건내용을 보다 잘 파악하고 있는 실무자를 출석시키는 것이 법인의 입장을 대변하는데 훨씬 효과적인 경우가 많다.¹⁰⁾ 따라서 이러한 경우 위 대표자 또는 특별대리인이 있더라도 반드시 출석할 것을 요하지 않고, 법원의 허가 없이도 다른 대리인을 출석시킬 수 있다고 규정하고 있다(제276조 단서). 이때 대리인은 대표자 이외의 사람이면 자격에 제한이 없다.¹¹⁾ 공판기일에 대리인을 출석하게 할 때에는 그 대리인에게 대리권을 수여한 사실을 증명하는 서면을 법원에 제출하여야 한다(규칙 제126조).

2.2 경미사건 및 피고인에게 유리한 재판을 하는 경우

경미사건의 경우 피고인의 출석의무를 면제한 것은 피고인의 공판정

9) 법인 대표자의 진술이 피고인인 법인의 공소사실을 유죄로 인정하는 증거로 된다는 점을 고려할 때 진술거부권이 인정되며, 법인을 대표하여 소송행위를 하는 법인의 대표자 역시 법정대리인과 마찬가지로 증인적격이 없다고 해야 한다. 그러나 법인의 대표자는 법인을 대표할 뿐 본인이 피고인이 아니므로 법원의 대표자에 대한 구속은 허용되지 않는다.

10) 헌법재판소 1995. 3. 23. 선고, 92헌바1 결정.

11) 다만, 대리인과 변호인은 소송상 지위가 구분되므로 대리인이 동시에 변호인의 지위를 가질 수는 없다는 입장으로는 임동규, 형사소송법 제8판(법문사, 2012), 377쪽.

출석으로 인한 시간적·정신적 부담을 경감하고 피고인의 편익을 도모하려는데 그 주된 목적이 있다. 나아가 경미한 사건으로 사실상 다툼이 없거나, 피고인에게 유리한 판결을 할 것이 명백한 사건 등에서 피고인의 출석없이 재판할 수 있도록 함으로써 피고인의 불출석으로 인한 불필요한 재판지연을 방지할 수도 있게 된다.

2.2.1 경미사건

2.2.1.1 벌금 또는 과료에 해당하는 사건

2007년 개정 전에는 다액 100만원 이하의 벌금 또는 과료에 해당하는 경우에 있어서 불출석재판이 허용되었다. 그러나 법정형이 다액 100만원 이하인 형사공판사건이 거의 찾아 볼 수가 없는 관계로 불출석재판에 관한 현행법 규정은 거의 사문화되었기 때문에 2007년 형사소송법 개정을 통해 다액 500만원 이하의 벌금 또는 과료사건으로 액수를 상향 조정하였다.¹²⁾ 여기서는 형은 법정형을 말하므로 처단형과는 관계가 없고, 또한 법정형에 벌금 또는 과료가 정해져 있는 경우라도 선택형으로 징역이나 금고, 구류형이 규정되어 있으면 여기의 적용이 없게 된다.

결국 다액 500만원 이하의 벌금 또는 과료에 해당하는 사건에 관하여는 피고인의 출석을 요하지 않는다(제277조 제1호). 이때 피고인의 출석을 요하지 않을 뿐이지, 출석의 권리까지 상실하는 것은 아니므로 이 경우에도 피고인을 소환하여야 한다. 이때 피고인은 대리인을 출석하게 할 수 있다(동조 단서).

12) 일본의 경우도 50만엔(형법, 폭력행위등처벌에관한법률 및 경제관계범죄의정비에 관한법률의 죄 이외의 죄에 관하여는 5만엔)이하의 벌금 또는 과료에 해당하는 사건의 경우 불출석재판이 가능하며, 대리인을 출석시킬 수 있다(일본 형사소송법 제284조). 五十万円(刑法、暴力行為等処罰に関する法律及び経済関係罰則の整備に関する法律の罪以外の罪については、当分の間、五万円)以下の罰金又は科料に当たる事件については、被告人は、公判期日に出頭することを要しない。ただし、被告人は、代理人を出頭させることができる。

2.2.1.2 약식명령사건

2007년 개정법에서 불출석사유로 추가된 것으로 약식명령에 대하여 피고인만이 정식재판의 청구를 하여 판결을 선고하는 사건에는 불출석 재판이 가능하도록 규정하고 있다(제277조 제4호). 피고인만이 약식명령에 대하여 정식재판을 청구하였는데 법원이 심리 후 판결선고기일을 따로 잡을 경우에 피고인의 출석 부담을 경감하기 위해 판결선고기일에는 피고인의 출석 없이도 개정하여 판결을 선고할 수 있도록 한 것이다.

2.2.1.3 즉결심판사건

즉결심판사건이라 할지라도 피고인의 출석은 개정의 요건이므로 피고인이 기일에 출석하지 아니한 때에는 원칙적으로 개정할 수 없다(즉결심판에 관한 절차법 제8조). 그러나 즉결심판에 관한 절차법(이하 ‘즉심법’이라고 한다)은 즉결심판사건의 간이·신속한 처리를 위하여 여러 가지 특칙을 마련하고 있다. 이와 관련하여 즉결심판에 의하여 피고인에게 벌금 또는 과료를 선고하는 경우에는 피고인이 출석하지 않더라도 심판할 수 있다. 이는 피고인이 불출석심판을 청구하지 아니한 채 즉결심판기일에 출석하지 아니한 경우에 대비하기 위한 규정이다. 그리고 즉결심판사건의 피고인 또는 즉결심판출석통지서를 받은 자는 법원에 불출석심판을 청구할 수 있고, 법원이 이를 허가하는 때에는 피고인이 출석하지 아니하더라도 심판할 수 있다(즉심법 제8조의2). 경찰서장의 출석은 이를 요하지 않는다. 다만 불출석심판은 불개정심판¹³⁾과는

13) 즉결심판의 심리는 약식절차와 달리 공개된 법정에서 이루어져야 하며, 그 법정에는 경찰관서 외의 장소에 설치되어야 한다(즉결심판에 관한 절차법 제7조 제1항). 그러나 상당한 이유가 있는 경우에 판사는 피고인의 진술서와 경찰서장이 송부한 서류 또는 증거물에 의하여 개정 없이 심판할 수 있는데 이를 ‘서면심리 또는 불개정심판’이라고 한다. 다만 구류에 처하는 경우에는 불개정심판을 할 수 없다(동조 제3항). 불개정심판은 실무상 피고인의 출석이 가능하더라도 무죄·면소 또는 공소기각을 함이 명백한 사건이나 벌금이나 과료에 처할 사건이 명백하고 피고인이 소재불명인 경우 등에 주로 사용된다(법원행정처, 법원실무제요 형사[II], 608쪽).

달리 개정한 상태에서의 심판이므로 반드시 공개된 법정에서 법원사무관 등의 참여하에 행하여져야 한다.

2.2.2 피고인에게 유리한 재판

2.2.2.1 공소기각 또는 면소재판

공소기각 또는 면소의 재판을 할 것이 명백한 사건에 관하여는 피고인의 출석을 요하지 않는다(제277조 제2호). 이는 피고인에게 유리한 판결을 할 것이 명백한 경우에 해당하기 때문이다. 다만, 피고인은 대리인을 출석하게 할 수 있다. 공판기일에 대리인을 출석하게 할 때에는 그 대리인에게 대리권을 수여한 사실을 증명하는 서면을 법원에 제출하여야 한다(규칙 제126조).

2.2.2.2 무죄판결 등

피고인에게 사물의 판별능력 또는 의사결정능력이 없거나, 피고인이 질병으로 출정할 수 없는 때에는 법원은 검사와 변호인 그리고 의사의 의견을 들어서¹⁴⁾ 그 상태가 계속되는 기간동안 공판절차를 정지하여야 한다(제306조 제1항·제2항·제3항).¹⁵⁾ 즉 공판절차 정지의 기간은 피

14) 공판절차의 정지는 ‘법원의 직권’에 의하여 이루어지므로 검사·피고인·변호인에게 공판절차정지의 청구권은 인정되지 않는다. 다만 입법론적으로는 신청권을 인정하는 것이 타당하다는 것으로는 백형구/박일환/김희옥, 앞의 책, 265쪽(백형구 집필부분).

한편 공판절차의 진행을 사실상 중단하는 것은 ‘공판절차의 정지’가 아니다. 그리고 또한 공판절차정지는 법원의 결정으로 공판절차정지의사를 명시한다는 점에서, 특정한 사유가 발생하면 당연히 소송절차의 진행이 정지되는 경우와 구별된다. 예컨대 ① 기피신청과 관련하여 소송절차가 정지되는 경우(제22조), ② 관할에 관한 신청(토지관할 병합심리신청, 관할지정신청 또는 관할이전신청)과 관련하여 소송절차가 정지되는 경우(규칙 제7조), ③ 재심청구와 관련하여 소송절차가 정지되는 경우(규칙 제169조 제2항), ④ 위헌법률심판의 제청과 관련하여 소송절차가 정지되는 경우(헌법재판소법 제42조) 등이 있다.

15) 공판절차의 정지사유가 있음에도 불구하고 공판절차를 진행하는 것은 위법하며 그

고인이 범행 후 심신상실의 상태에 있는 때에는 의사능력을 회복할 때까지, 피고인이 질병으로 인하여 공판기일에 출석할 수 없는 때에는 건강이 회복되어 공판정에 출석할 수 있을 때까지 공판절차를 정지하여야 한다는 것이다.¹⁶⁾ 공판절차의 정지는 피고인이 불구속인 경우에는 구속기간의 제한(제92조)을 받지 않으므로 굳이 공판절차를 정지할 필요가 없다는 점에 비추어 보면 주로 피고인구속 중인 경우에 적용될 것이 예상되지만, 이 경우에도 보석이나 구속집행정지에 의하여 대부분 피고인이 석방되므로 실무상 공판절차가 정지되는 것이 그리 흔한 것은 아니다.¹⁷⁾ 공판절차를 정지한 후 그 정지사유가 소멸한 때에는 공판절차정지의 결정을 취소하고 공판절차를 다시 진행하게 되는데, 이때 피고인의 질병을 이유로 공판절차를 정지하였다가 공판절차를 진행하는 경우에는 공판절차를 갱신할 필요가 없지만, 피고인의 심신상실을 이유로 공판절차를 정지하였다가 공판절차를 다시 진행하는 경우에는 공판절차를 갱신하여야 한다(규칙 제143조).

여기서 비록 공판절차의 정지사유가 있는 경우에도 피고인에게 유리한 재판을 할 경우인 피고사건에 대하여 무죄·면소·형의 면제¹⁸⁾ 또는 공소기각의 재판을 할 것이 명백한 때에는 피고인의 출정 없이 재판할 수 있다는 것이다(동조 제4항). 피고인에 유리한 재판이 선고된다는 점을 고려하여 공판절차정지의 예외를 인정한 것이라고 볼 수 있다.

것이 판결에 영향을 미치는 경우에는 항소이유 또는 상고이유가 된다(형사소송법 제361조의5 제1호, 제383조 제1호).

16) 공판절차정지결정의 효력은 그 결정의 주문에 기간이 명시된 경우에는 그 기간 만료시까지, 기간이 명시되지 아니한 경우에는 정지결정이 취소될 때까지 계속된다(신동운, 신형사소송법 제4판(법문사, 2012), 1003쪽).

17) 백형구/박일환/김희옥, 앞의 책, 264쪽(백형구 집필부분).

18) ‘형의 선고유예의 판결’을 하는 경우에는 제306조 제4항이 적용되지 않는다. 다만 ‘형 면제판결’을 제306조 제4항에 포함한 것은 형 면제판결이 유죄판결이라는 점을 고려할 때 입법론적으로 의문이라는 견해로는 이재상, 앞의 책, 511쪽; 백형구/박일환/김희옥, 앞의 책, 265쪽(백형구 집필부분).

예컨대 범행 당시에 이미 심신상실의 상태인 경우에는 공판절차를 정지할 필요 없이 무죄판결을 선고하게 된다.

2.2.2.3 피고인의 불출석을 허가한 사건

개정법이 추가한 것으로 장기 3년 이하의 징역 또는 금고, 다액 500만 원을 초과하는 벌금 또는 구류에 해당하는 사건에서 피고인의 불출석허가신청이 있고, 법원이 피고인의 불출석이 그의 권리를 보호함에 지장이 없다고 인정하여 이를 허가한 사건에 관하여는 피고인의 출석을 요하지 않는다(제277조 제3호). 다만 이 경우에도 인정신문이나 판결선고시에는 피고인이 출석해야 한다(동조 제3호 단서).¹⁹⁾

여기서 불출석허가신청은 피고인이 공판정에 출석하여 구술로 하거나 공판기일 외에서 서면으로 할 수 있으며, 법원은 허가여부를 결정하여야 한다. 법원은 불출석을 허가한 경우에도 피고인의 권리보호 등을 위해 그 출석이 필요하다고 인정되는 때에는 불출석허가를 취소할 수 있다(규칙 제126조의3). 불출석허가취소에 대해서 불복규정을 별도로 두고 있지 않고 있는데, 법 제403조 제1항의 판결 전 소송절차에 관한 결정에 해당하여 불복이 허용되지 않는다.

19) 일본도 규정을 두고 있다. 장기 3년 이하의 징역 또는 금고, 50만엔을 초과하는 벌금에 해당하는 사건의 경우 피고인의 출석이 권리를 보호하기 위하여 중요하지 않다고 인정되는 때에는 법원은 피고인의 불출석을 허가할 수 있으나, 구류에 해당하는 사건의 판결을 선고하거나, 장기 3년 이하의 징역 또는 금고, 50만엔을 초과하는 벌금에 해당하는 사건의 모두절차나 판결선고시에는 반드시 피고인의 출석이 필요하다(일본 형사소송법 제285조). 拘留にあたる事件の被告人は、判決の宣告をする場合には、公判期日に出頭しなければならない。その他の場合には、裁判所は、被告人の出頭がその権利の保護のため重要でないと認めるときは、被告人に対し公判期日に出頭しないことを許すことができる。長期三年以下の懲役若しくは禁錮又は五十万円(刑法、暴力行為等処罰に関する法律及び経済関係罰則の整備に関する法律の罪以外の罪については、当分の間、五万円)を超える罰金に当たる事件の被告人は、第二百九十一条の手続をする場合及び判決の宣告をする場合には、公判期日に出頭しなければならない。その他の場合には、前項後段の例による(第二百八十五条).

2.3 피고인의 퇴정

2.3.1 퇴정명령과 임의(또는 무단)퇴정

피고인의 출석은 공판개정 요건으로서 피고인의 권리인 동시에 의무이므로 출석의무 뿐만 아니라 재정의무를 부담하게 된다. 따라서 출석한 피고인은 재판장의 허가 없이 퇴정하지 못하고(제281조 제1항) 재판장은 피고인의 퇴정을 제지하거나 법정의 질서를 유지하기 위하여 필요한 처분을 할 수 있다(제281조 제2항). 한편 형사소송법은 재판장의 허가 없이 무단으로 퇴정한 경우나 법정질서유지를 위한 퇴정명령을 받은 때에는 재판의 필요성과 신속성을 위하여 피고인의 진술 없이도 재판을 진행할 수 있도록 ‘피고인이 재판장의 허가 없이 퇴정하거나 재판장의 질서유지를 위한 퇴정명령을 받은 때에는 피고인의 진술 없이 판결할 수 있다’는 규정을 두고 있다(제330조).²⁰⁾ 따라서 그 판결의 전제가 되

20) 이때 제318조를 적용하여 증거동의를 의제할 수 있는가에 대하여 (1) 피고인의 무단 퇴정의 경우 반대신문권의 포기로 볼 수 있다는 점을 근거로 한 적극설(노명선/이완규, 형사소송법(성균관대학교 출판부, 2009), 641쪽; 이재상, 형사소송법 제9판(박영사, 2012), 611쪽; 임동규, 앞의 책, 549쪽)과 무단퇴정은 공정한 재판을 추구하는 수단으로 주로 사용된다는 점과 증거부동의 의사가 암묵적으로 표시되어 있다는 점 등을 근거로 한 소극설(권오걸, 형사소송법(형설출판사, 2010), 788쪽; 배종대/이상돈/정승환/이주원, 신형사소송법 제3판(홍문사, 2011), 654쪽; 신동운, 앞의 책, 1105쪽; 신양균, 형사소송법 신판(화산미디어, 2009), 843쪽; 이영란, 한국형사소송법 개정판(나남, 2008), 837쪽; 이은모, 형사소송법 제2판(박영사, 2011), 647쪽; 진계호, 형사소송법(형설출판사, 2000), 622쪽)의 대립이 있다. 생각건대 적극설을 취하면 무단퇴정 상황을 이용하여 증거능력 없는 증거가 제출될 수 있다는 점과 피고인을 재차 소환하여 증거조사를 할 수 있다는 점에 비추어 보면 소극설이 타당하다고 생각된다. 한편 (2) 퇴정명령의 경우 형사소송법 제330조가 피고인의 무단퇴정과 재판장의 퇴정명령을 나란히 규정하고 있다는 점을 근거로 증거동의를 의제된다는 적극설(노명선/이완규, 앞의 책, 643쪽; 임동규, 앞의 책, 549쪽)과 증거동의를 형사절차의 신속한 진행을 위한 것이지 질서유지명령에 위반한 피고인에 대한 제재수단이 아니라는 점을 근거로 한 소극설(권오걸, 앞의 책, 788쪽; 손동권, 형사소송법 개정신판(세창출판사, 2010), 667쪽; 송광섭, 형사소송법(형설출

는 공판절차의 개정은 피고인의 불출석 하에서도 가능하다. 여기서 피고인의 퇴정은 피고인이 공판기일에 일단 출석한 다음 재정의무를 위반한 경우이므로, 처음부터 피고인의 불출석과는 구별되는 것이다. 문제는 ‘판결할 수 있다’는 의미와 관련하여 심리를 사실상 종결하고 판결 선고만 남은 경우를 뜻한다는 협의설²¹⁾과 판결뿐만 아니라 증거조사와 최종변론과 같은 심리도 피고인의 출석 없이 할 수 있다는 광의설²²⁾의 대립이 있다. 생각건대 퇴정하거나 퇴정당한 경우이므로 사실심리절차 가운데 피고인신문은 가능하지 않을 것이다. 따라서 피고인신문을 제외한 나머지 사실심리절차가 진행될 수 있는가에 있다. 제330조는 ‘피고인이 진술하지 아니하는 경우에도 피고인의 진술 없이 판결할 수 있다’고 규정하고 있는데, 제도의 취지에 비추어 보면 퇴정명령이나 임의퇴정의 경우도 피고인이 출석하여 진술을 하지 않는 경우와 크게 다르지 않기 때문에 이와 마찬가지로 심리도 할 수 있다고 해야 한다.

2.3.2 일시퇴정

증인, 감정인, 공동피고인의 자유로운 진술을 보장하기 위하여 형사소송법은 ‘재판장이 증인 또는 감정인이 피고인 또는 어떤 재정인²³⁾의 면전에서 충분한 진술을 할 수 없다고 인정한 때에는 그를 퇴정하게

판사, 2010), 666쪽; 신동운, 앞의 책, 1106쪽; 신양균, 앞의 책, 843쪽; 이은모, 앞의 책, 647쪽; 이재상, 앞의 책, 612쪽; 이형국, 형사소송법 전정판(법문사, 1996), 360쪽; 차용석/최용성, 형사소송법 제2판(세영사, 2002), 606쪽)의 대립이 있다. 생각건대 피고인을 재차 소환하면 증거조사를 할 수 있다는 점에 비추어 보면 소극설이 타당하다고 생각된다.

21) 배종대/이상돈/정승환/이주원, 앞의 책, 436쪽; 신양균, 앞의 책, 562쪽.

22) 손동권, 앞의 책, 476쪽; 이재상, 앞의 책, 439쪽; 임동규, 앞의 책, 370쪽.

23) 검사와 변호인은 재정인에 포함되지 않는다는 입장으로 백형구/박일환/김희옥, 앞의 책, 216쪽(박일환 집필부분). 방청인 전원 퇴정은 비공개재판을 의미하므로 법원조직법 제57조 단서의 사유에 해당하지 않는 한, 형사소송법 제297조의 사유만으로는 허용되지 않는다고 보아야 한다.

하고 진술하게 할 수 있으며, 피고인이 다른 피고인의 면전에서 충분한 진술을 할 수 없다고 인정한 때에도 같다'고 규정하고 있다(제297조 제1항). 다만 이러한 규정이 증인 등의 진술의 자유를 보장하기 위한 것임에는 틀림없지만 다른 한편으로는 피고인의 증인신문권을 침해할 우려가 있으므로 증인 등의 진술이 종료한 때에는 퇴정한 피고인을 입정하게 한 후 법원사무관 등으로 하여금 진술의 요지를 고지하게 하여야 한다고 규정하고 있다(제297조 제2항). 물론 제297조의 일시 퇴정명령은 재판장의 소송지휘권에 의한 처분이므로 법령위반을 이유(규칙 제136조)로 이의신청을 하는 방법으로 불복할 수 있다(제304조). 그 불복은 처분이 있는 후 즉시하여야 하며(규칙 제137조), 이의신청이 있는 경우 법원은 결정을 하여야 한다(제304조 제2항). 이때 시기에 늦은 이의신청 등은 물론(규칙 제139조 제1항), 이유가 없는 경우에는 결정으로 이의신청을 기각하여야 하지만(규칙 제139조 제2항), 이의신청이 적법하고 이유가 있는 경우에는 이의신청의 취지에 상응하는 내용의 결정을 하여야 한다(규칙 제139조 제3항). 이의신청에 대한 결정에 의하여 판단된 사항에 대하여는 다시 이의신청을 할 수 없으며(규칙 제140조), 이의신청에 대한 법원의 결정에 대해서도 판결전 소송절차로서 보통항고가 허용되지 않으며(제403조), 현재 즉시항고를 허용하는 규정도 없다.

그리고 일본 형사소송법이 변호인이 재정하는 경우에 한하여 검사와 변호인의 의견을 들어 피고인을 퇴정할 수 있다고 규정하고 있는 것과는 달리,²⁴⁾ 우리 형사소송법은 변호인이 재정하는 경우에 한한다는 명시

24) 일본 형사소송법 제304조의2, 裁判所は、証人を尋問する場合において、証人が被告人の面前（第一百五十七条の三第一項に規定する措置を採る場合及び第一百五十七条の四第一項に規定する方法による場合を含む。）においては圧迫を受け充分な供述をすることができないと認めるときは、弁護人が出頭している場合に限り、検察官及び弁護人の意見を聴き、その証人の供述中被告人を退廷させることができる。この場合には、供述終了後被告人を入廷させ、これに証言の要旨を告知し、その証人を尋問する機会を与えなければならない(第三百四条の二)。

적인 규정이 없으므로 변호인이 재정하지 아니한 경우에도 일시퇴정을 명할 수 있고, 검사나 피고인의 의견을 들어야 하는 것도 아니다.

판례도 ‘재판장은 증인이 피고인의 면전에서 충분한 진술을 할 수 없다고 인정할 때에는 변호인이 없는 피고인의 경우에도 피고인을 퇴정하게 하고 증인신문을 진행함으로써 피고인의 직접적인 증인 대면을 제한할 수 있지만, 이러한 경우에도 피고인의 반대신문권을 배제하는 것은 허용될 수 없다. 따라서 변호인이 없는 피고인을 일시 퇴정하게 하고 증인신문을 한 다음 피고인에게 실질적인 반대신문권의 기회를 부여하지 아니한 채 이루어진 증인의 법정진술은 위법한 증거로서 증거능력이 없다고 볼 여지가 있다. 그러나 제1심법원은 제3회 공판기일에 증인에 대한 증인신문을 실시하고 공판조서(증인신문조서)를 작성한 다음, 제4회 공판기일에서 재판장이 증인신문결과 등을 위 공판조서에 의하여 고지하였는데 피고인은 ‘변경할 점과 이의할 점이 없다’고 진술한 사실을 알 수 있는 바, 이와 같이 피고인이 책문권 포기 의사를 명시함으로써 실질적인 반대신문의 기회를 부여받지 못한 하자가 치유되었다고 할 수 있으므로,²⁵⁾ 증인의 법정진술이 위법한 증거라고 볼 수 없다’고 판시²⁶⁾하고 있다.

25) 대법원 1974. 1. 15. 선고, 73도2967 판결 등 참조.

26) 대법원 2010. 1. 14. 선고, 2009도9344 판결. 형사소송법 제297조의 규정에 따라 재판장은 증인이 피고인의 면전에서 충분한 진술을 할 수 없다고 인정할 때에는 피고인을 퇴정하게 하고 증인신문을 진행함으로써 피고인의 직접적인 증인 대면을 제한할 수 있지만, 이러한 경우에도 피고인의 반대신문권을 배제하는 것은 허용되지 않는다. 원심법원의 재판장이 피고인의 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2011. 9. 15. 법률 제11047호로 개정되기 전의 것) 위반(강간 등), 강요, 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(카메라 등 이용촬영) 범행의 피해자들을 증인으로 신문할 때 증인들이 피고인의 면전에서 충분한 진술을 할 수 없다고 인정하여 피고인의 퇴정을 명하고 증인신문을 진행하였는데, 증인신문을 실시하는 과정에 변호인을 참여시키는 한편 피고인을 입정하게 하고 법원사무관 등으로 하여금 진술의 요지를 고지하게 한 다음 변호인을 통하여 반대신문의 기회를 부여한 사안에서, 원심의 증인신문절차 등 공판절차에 어떠한 위법이 있다고 볼 수 없다(대법원 2012.

최근 헌법재판소도 형사소송법 제297조 제1항에 따라 피고인이 퇴정한 상태에서 이루어진 증인신문조서의 진술기재가 유죄의 주된 증거가 된 사건에서, 위 조항 중 “증인이 피고인의 면전에서 충분한 진술을 할 수 없다고 인정한 때에는 피고인을 퇴정하게 하고 진술하게 할 수 있다.”는 부분이 헌법에 위반된다는 주장에 대하여²⁷⁾ ‘이는 증인의 진술을 제약하는 요소를 제거하고 이를 통해 실제적 진실의 발견을 용이하게 하기 위한 것으로서, 그 목적의 정당성 및 수단의 적합성이 인정된다. 그리고 피고인 퇴정 후 증인신문을 하는 경우에도 피고인은 진술의 요지를 고지 받고 변호인이 있는 경우에는 변호인이, 변호인이 없는 경우에는 재판장이 반대신문을 대신하는 방식으로 피고인은 여전히 형사소송법 제161조의2에 의하여 반대신문권이 보장되고, 이때 피고인은 증인신문 전에 수사기관 작성의 조서나 증인 작성의 진술서 등의 열람·복사를 통하여 증인의 신분, 그 증언의 취지나 내용을 미리 알 수 있으므로, 반대신문 할 내용을 실질적으로 준비할 수 있는 등 기본권 제한에 관한 피해의 최소성이 인정된다. 나아가 기본권제한의 정도가 증인을 보호하여 실제적 진실의 발견에 이바지하는 공익에 비하여 크다고 할 수 없어 법익의 균형성도 갖추고 있으므로, 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 할 수 없다’고 결정²⁸⁾을 내린 바 있다. 그러나 적어

2, 23. 선고, 2011도15608 판결)

27) [사건 개요] 청구인은 ‘OO지역 폭력조직 000파의 부두목으로 활동하였고, 위 범죄 단체의 존속과 유지를 위하여 업무방해, 강요, 손괴, 상해, 공갈 등의 범죄를 저질렀다.’는 취지의 공소사실로 기소되어 수원지방법원 00지원에서 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(단체 등의구성·활동)죄 등으로 징역 3년 6월을 선고받았다. 위 판결에는 위 범죄단체의 두목과 행동대장 등에 대한 형사재판에서 증언한 증인 윤OO 등에 대한 증인신문조서의 진술기재가 유죄의 증거로 쓰였는데, 위 증인 등에 대한 각 증인신문은 모두 형사소송법 제297조 제1항에 따라 위 피고인들(두목과 행동대장 등)이 퇴정한 상태에서 이루어졌다(위 두목과 행동대장 등은 모두 사선 또는 국선 변호인이 선임된 상태에서 재판을 받았다).

28) 헌법재판소 2012. 7. 26. 선고, 2010헌바62 결정.

도 위헌이라고 선언할 정도에 이르지 않는다고 하더라도 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 보장함에는 미흡한 측면이 없지 않다. 따라서 일본의 형사소송법 제304조의2 처럼 변호인이 출석하고 있는 경우에 한하여 피고인 퇴정 후 증인신문이 가능하도록 하는 입법을 하거나,²⁹⁾ 아니면 피고인을 퇴정시킬 때 변호인이 없는 때에는 국선변호인을 선임 하여야 한다는 규정을 두는 등의 입법적 개선의 노력을 기울여야 할 것으로 본다.³⁰⁾

2.4 피고인이 불출석하는 경우

2.4.1 구속피고인의 출석거부

일반적으로 법원으로부터 소환을 받은 피고인이 출석을 거부하는 때에는 구속영장을 발부하여 법원에 인치하게 될 것이다(제74조 참조). 그런데 구속된 피고인이 처음부터 출석을 거부하는 경우가 문제된다. 이와 관련하여 형사소송법 제277조의2 제1항은 ‘피고인이 출석하지 않으면 개정하지 못하는 경우에 구속된 피고인이 정당한 사유없이 출석을 거부하고, 교도관에 의한 인치가 불가능하거나 현저히 곤란하다고 인정 되는 때에는 피고인의 출석 없이 공판절차를 진행할 수 있다’는 규정을 두게 되었다. 이는 특히 공안사건이나 집단적 사건에 있어서 구속 중인 피고인이 공판기일에 출석하는 것을 거부함으로써 일반적이고 통상적

29) 裁判所は、証人を尋問する場合において、証人が被告人の面前（第二百五十七条の三第一項に規定する措置を採る場合及び第二百五十七条の四第一項に規定する方法による場合を含む）においては圧迫を受け充分な供述をすることができないと認めるときは、弁護人が出頭している場合に限り、検察官及び弁護人の意見を聴き、その証人の供述中被告人を退廷させることができる。この場合には、供述終了後被告人を入廷させ、これに証言の要旨を告知し、その証人を尋問する機会を与えなければならない。

30) 헌법재판소 2012. 7. 26. 선고, 2010헌바62 결정의 보충의견(재판관 이동흡)에서도 그 취지가 나타나고 있다.

인 방법으로는 출석하게 하는 것이 곤란하여 개정을 할 수 없게 되는 사례가 빈발하자 이에 대비하여 1996년 12월에 새로이 입법화한 것으로 평가받고 있다. 판례도 법문에 충실하게 ‘형사소송법 제277조의2의 규정에 의하여 피고인의 출석 없이 공판절차를 진행하기 위해서는 단지 구속된 피고인이 정당한 사유 없이 출석을 거부하였다는 것만으로는 부족하고 더 나아가 교도관리에 의한 인치가 불가능하거나 현저히 곤란하다고 인정되어야 한다’고 판시하고 있다.³¹⁾ 구속피고인의 출석 없이 공판절차를 진행할 경우에는 법원이 출석한 검사 및 변호인 의견에 구속되지는 않지만 그들의 의견을 들어야 한다(제277조의2). 구속피고인에게 이러한 사유가 발생하는 경우에는 교도소장은 즉시 그 취지를 법원에 통지하여야 한다(규칙 제126조의4). 이때 법원이 피고인의 출석 없이 공판절차를 행하고자 하는 경우에는 미리 그 사유가 존재하는가의 여부를 조사하여야 한다(규칙 제126조의5 제1항). 판례도 ‘구속된 피고인이 출석하지 않는 경우에 법원이 위 조문에 따라 피고인의 출석 없이 공판절차를 진행하기 위해서는 피고인의 출석거부사유가 정당한 것인지 여부뿐만 아니라 교도관에 의한 인치가 불가능하거나 현저히 곤란하였는지 여부 등 위 조문에 규정된 사유가 존재하는가의 여부를 조사하여야 한다’고 판시하고 있다.³²⁾ 법원이 그 조사를 함에 있어서 필요하다고 인정하는 경우에는 교도관리 기타 관계자의 출석을 명하여 진술을 듣거나 그들로 하여금 보고서를 제출하도록 명할 수 있다(규칙 제126조의5 제2항). 또한 구속피고인의 출석 없이 공판절차를 진행하는 경우에는 재판장은 공판정에서 소송관계인에게 그 취지를 고지하여야 한다(규칙 제126조의6). 본 규정은 당해 기일의 절차에만 적용되며, 그 사유

31) 대법원 2001. 6. 12. 선고, 2001도114 판결.

32) 대법원 2001. 6. 12. 선고, 2001도114 판결. 구속된 피고인이 출석하지 아니하자 그 출석거부사유만을 조사한 후 교도관에 의한 인치가 불가능하거나 현저히 곤란하였는지 여부에 대한 조사를 아니한 채 바로 피고인의 출석 없이 공판절차를 진행한 경우, 형사소송법 제277조의2의 규정을 위반한 것이다.

도 각 기일마다 각 별로 판단되어야 한다.

2.4.2 피고인의 소재불능

미해결사건의 적체를 방지하기 위하여 일정한 경우에 피고인의 소재 불명을 이유로 피고인의 진술 없이 재판할 수 있음을 소송촉진 등에 관한 특례법은 인정하고 있다. 즉 제1심 공판절차에서 피고인에 대한 송달불능보고서가 접수된 때로부터 6월이 경과하도록 피고인의 소재를 확인할 수 없는 때에는 대법원 규칙이 정하는 바에 따라 피고인의 진술 없이 재판할 수 있다. 다만 사형·무기 또는 장기 10년이 넘는 징역이나 금고에 해당하는 사건의 경우에는 그러하지 아니하다(동법 제23조).³³⁾ 송달불능에 의한 불출석재판은 피고인의 해태에 의하여 본

33) 원래 형사소송절차에서 피고인의 공판기일 출석권은 피고인의 방어권 보장을 위해서 뿐만 아니라 실체적 진실발견을 위하여도 매우 중요한 권리이므로 형사소송법은 다액 500만 원 이하의 벌금이나 과료에 해당하는 경미사건의 경우, 무죄·면소·공소기각 등 피고인에게 유리한 재판을 하는 경우 등 중형선고의 가능성이 전혀 없을 때나, 피고인이 자의적으로 퇴정하거나 퇴정명령을 받은 경우, 구속피고인이 출석을 거부하는 경우, 약식명령에 대하여 정식재판을 청구한 경우 등 불출석에 대한 책임이 피고인에게도 있다고 할 수 있는 때에 한하여 불출석재판을 허용하고 있다. 헌법재판소는 과거 (구)소송촉진 등에 관한 특례법 제23조(제1심 공판절차에서 피고인에 대한 송달불능보고서가 접수된 때로부터 6월이 경과하도록 피고인의 소재를 확인할 수 없는 때에는 대법원규칙이 정하는 바에 따라 피고인의 진술 없이 재판할 수 있다. 다만, 사형, 무기 또는 단기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 사건의 경우에는 그러하지 아니하다)에 대하여 피고인의 공판기일 출석권을 제한하고 있는 이 사건 법률조항은 피고인 불출석 상태에서 중형이 선고될 수도 있는 가능성을 배제하고 있지 아니할 뿐만 아니라, 그 적용대상이 너무 광범위하므로, 비록 정당한 입법목적 아래 마련된 조항이라 할지라도 헌법 제37조 제2항의 과잉금지 원칙에 위배되어 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는 것이고, 자기에게 아무런 책임 없는 사유로 출석하지 못한 피고인에 대하여 별다른 증거조사도 없이 곧바로 유죄판결을 선고할 수 있도록 한 것은 그 절차의 내용이 심히 적정치 못한 경우로서 헌법 제12조 제1항 후문의 적법절차원칙에 반한다(헌법재판소 1998. 7. 16. 선고, 97헌바22 결정)고 결정한 바 있었다.

그러나 그 후 헌법재판소의 위헌결정 후 그 위헌성을 해소하기 위하여 구 소속법

인에 대한 변론권을 포기한 것으로 보는 일종의 제재적 조치라고 이해된다. 따라서 불출석의 책임을 피고인에게 귀속시키려면 그가 적법한 공판기일소환장을 받고서 정당한 사유 없이 출정하지 않아야 한다.

소송촉진특례규칙은 (i) 피고인에 대하여 송달불능보고서가 제출된 경우 그 송달불능이 공소장에 기재된 피고인의 주소가 특정되어 있지 아니하거나, 그 기재된 주소에 공소제기 당시 피고인이 거주하지 아니한 사실이 인정된 때에는 재판장은 검사에게 상당한 기간을 정하여 그 주소를 보정할 것을 요구하여야 한다(동 규칙 제18조 제3항). (ii) 송달불능이 위의 사유이외의 사유로 인한 경우 또는 주소보정요구를 하였으나 주효하지 아니한 경우에는 재판장은 피고인의 경찰관서 등에 소재를 확인하기 위하여 소재조사촉탁, 구인장의 발부 기타 필요한 조치를 취하여야 한다(동 규칙 제18조 제2항). (iii) 이와 같은 필요한 조치를 취하였음에도 불구하고 피고인에 대한 송달불능보고서가 접수된 때로부터 6월이 경과하도록 피고인의 소재가 확인되지 아니한 때에는 그 후 피고인에 대한 송달은 ‘공시송달’의 방법에 의하여 공소장 부분이나 그 이후의 서류를 송달할 수 있게 된다(동 규칙 제19조 제1항).³⁴⁾

제23조가 개정되었는 바, ① 불출석재판의 적용대상에서 제외되는 사건의 범위를 사형·무기 또는 단기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 사건에서 사형·무기 또는 장기 10년이 넘는 징역이나 금고에 해당하는 사건으로 변경하여 불출석재판 대상사건의 범위를 축소하고 장기에 대한 제한을 두어(소속법 제23조 단서 개정) 불출석재판의 대상에서 제외되는 형법상의 죄는 크게 확대되었다. ② 불출석재판에 의하여 유죄판결을 받고 그 판결이 확정된 자가 책임을 질 수 없는 사유로 공판절차에 출석할 수 없었던 경우에는 제1심법원에 재심을 청구할 수 있도록 하고, 재심청구가 있는 경우 법원은 재판의 집행을 정지하되 피고인의 구금을 요하는 때에는 구속영장을 발부하도록 함으로써 심급의 이익을 상실하지 않고 제1심부터 다시 증거조사를 하여 판결을 받을 수 있도록 개정하였다. 결국 현행법은 위헌성을 해소한 규정이므로 헌법이 보장하는 적법절차를 위반하거나 공정한 재판을 받을 청구인의 권리를 침해한 것으로 볼 수 없다(헌법재판소 2005. 7. 21. 선고, 2005헌바21 결정).

34) 그러므로 기록상 피고인의 집전화번호 또는 휴대전화번호 등이 나타나 있는 경우에는 위 전화번호로 연락하여 송달받을 장소를 확인하여 보는 등의 시도를 해보아야

공시송달은 형사소송법 제63조 제1항에서 피고인의 주거, 사무소와 현재 재지를 알 수 없는 때에 한하여 할 수 있다고 규정하고 있다.³⁵⁾ (iv) 제1심 공판절차에서 피고인에 대한 소환이 공시송달로 행하여지는 경우에도 법원이 소송촉진 등에 관한 특례법 제23조의 규정에 의하여 피고인의 진술 없이 재판을 하기 위하여는 공시송달의 방법으로 소환 받은 피고인이 2회 이상 불출석할 것이 요구된다(동 규칙 제19조 제2항). 그러므로 공시송달의 방법으로 소환한 피고인이 불출석한 경우 법원은 다시 공판기일을 지정하고 공시송달의 방법으로 피고인을 재소환한 후 그 기일에도 피고인이 불출석하여야 비로소 피고인의 불출석 상태에서 재판절차를 진행할 수 있는 것이다.³⁶⁾ 따라서 사형·무기 또는 장기 10년이 넘는 징역이나 금고에 해당하는 사건의 경우에는 앞서 언급한 (i)-(iii)의 필요한 조치를 취하여야 함은 동일하지만, 불출석재판을 할 수 없게 된다.

다만 미제사건의 적체를 해소하기 위한 것이기는 하지만 피고인에게 책임 없는 사유로 인한 불출석까지 불출석재판을 허용하는 것은 지나치게 가혹하다는 문제가 있다. 따라서 1999년에 소송촉진 등에 관한 특례법은 공시송달사건과 관련하여 재심을 허용하고 있다.³⁷⁾ 즉 공시송달에

하고, 그러한 조치를 취하지 아니한 채 곧바로 공시송달의 방법에 의한 송달을 하는 것은 형사소송법 제63조 제1항, 소송촉진 등에 관한 특례법 제23조에 위배되어 허용되지 아니한다(대법원 2011. 5. 13. 선고, 2011도1094 판결).

35) 피고인의 다른 연락처 등이 기록상 나타나 있는 경우에는 그 연락처로 연락하여 송달 받을 장소를 확인하여 보는 등의 시도를 해 보아야 하고, 그러한 조치를 취하지 아니한 채 곧바로 공시송달의 방법에 의한 송달을 하고 피고인의 진술 없이 판결을 하는 것은 허용되지 아니한다(대법원 2007. 7. 12. 선고, 2006도3892 판결; 대법원 2011. 7. 28. 선고, 2011도6762 판결).

36) 대법원 1991. 12. 17. 선고, 91모23 결정; 대법원 2011. 5. 13. 선고, 2011도1094 판결.

37) 소송촉진 등에 관한 특례법상의 재심은 확정된 판결이 있을 때 책임질 수 없는 사유로 불이익을 입게 될 위험에 처한 사람을 구제한다는 점에서 상소권회복과 비슷하다. 그러나 소송촉진 등에 관한 특례법상의 재심은 제1심의 유죄판결이 확정

이어 피고인의 진술 없이 행한 재판에서 유죄판결을 받고 그 판결이 확정된 자가 책임을 질 수 없는 사유로 공판기일에 출석할 수 없었던 경우 재심청구권자(제424조)는 그 사실을 안 날로부터 14일 이내에 제1심법원에 재심을 청구할 수 있다(동법 제23조의2 제1항).³⁸⁾ 재심청구가 있을 때에는 법원은 재판의 집행을 정지하는 결정을 하여야 하며(동조 제2항), 이때 피고인을 구금할 필요가 있을 때에는 형사소송법 제70조의 구속요건을 갖춘 경우에 구속영장을 발부하여야 한다(동조 제3항).

2.4.3 항소심에서의 불출석

형사소송법 제370조와 제276조에 의하면, 항소심에서도 피고인의 출석 없이는 개정하지 못하는 것이 원칙이다. 다만 같은 법 제365조에 의하면, 피고인이 항소심 공판기일³⁹⁾에 출정하지 아니한 때에는 다시 기일을 정하고 피고인이 정당한 사유 없이 다시 정한 기일에도 출정하지 아니한 때에는 피고인의 진술 없이 판결할 수 있도록 되어 있다. 이와 같이 피고인이 불출석한 상태에서 그 진술 없이 판결할 수 있기 위해서는 피고인이 적법한 공판기일 통지를 받고서도 2회 연속으로 정당한 이유 없이 출정하지 아니한 경우에 해당하여야 한다.⁴⁰⁾ 이는 피고인의

되었을 때에 대비한 구제방법이며, 재심절차의 형식을 취하므로 원판결을 내린 제1심법원에서 절차가 개시되며, 일단 확정판결이 존재한 상태에서 절차가 진행되는 것이다. 그러나 상소권회복은 유죄판결을 포함한 모든 형태의 재판을 대상으로 하며, 상소심법원에서 절차가 개시되며, 유효한 상소제기가 있는 것으로 되어 일단 발생 하였던 재판의 확정력이 배제된다는 점에서 차이가 있다(신동운, 앞의 책, 1427쪽).

38) 재심청구인이 책임을 질 수 없는 사유로 이 기간 내에 재심청구를 하지 못한 경우에는 그 사유가 없어진 날로부터 14일 이내이다.

39) 본조 제1항의 공판기일은 최초의 공판기일을 의미한다는 견해도 있으나(허형구 등, 주석 형사소송법 하(한국사법행정학회, 1986), 225쪽), 제정당시의 형사소송법은 ‘최초의 공판기일’이라고 규정하고 있었지만, 형사소송법 제1차 개정 시에 ‘최초의 공판기일’에서 ‘최초의’를 삭제하여 규정하고 있다는 점에 비추어 최초의 공판기일을 의미하지 않는다고 해야 한다. 따라서 항소심의 제2회 공판기일과 제3회 공판기일에 계속해서 불출석한 경우에는 본조에 의하여 결석재판이 허용되는 것이다.

해태에 의하여 본안에 대한 변론권을 포기한 것으로 보는 일종의 제재적 규정이므로 그 2회 불출석의 책임을 피고인에게 귀속시키려면 그가 2회에 걸쳐 적법한 공판기일소환장을 받고서 정당한 사유 없이 출정하지 아니함을 필요로 한다는 것이다.⁴¹⁾ 여기서 피고인이 소환장을 직접 송달받고 2회 이상 불출석한 경우뿐만 아니라, 소환장을 공시송달한 경우에도 피고인이 항소심의 공판기일에 2회 이상 불출석한 경우에도 제365조의 결석재판이 허용된다.⁴²⁾ 그리고 피고인이 항소한 경우뿐만 아니라, 검사가 항소한 경우에도 본조가 적용된다.⁴³⁾ 이 경우에도 판결뿐만 아니라 심리도 할 수 있으며, 증거동의가 의제된다고 해석된다.

2.4.4 약식명령(또는 즉결심판)에 대한 정식재판절차에서의 피고인의 불출석

소송촉진을 위하여 약식명령에 대하여 정식재판을 청구한 피고인이 정식재판의 공판기일에 출석하지 아니한 때에는 법원은 다시 기일을 정하여야 한다. 피고인이 정당한 사유 없이 다시 정한 기일에 출정하지 아니한 때에는 피고인의 진술 없이 판결을 할 수 있다(제458조 제2항, 제365조). 그리고 약식명령에 대해 피고인만이 정식재판청구를 하여 판결을 선고하는 경우에는 피고인의 불출석이 허용된다(제277조 제4호). 문제는 약식명령에 대해 피고인만이 정식재판을 청구한 사건의 항소심에서, 원심법원이 피고인이 출석한 제1회 공판기일에 변론을 종결하고

40) 대법원 2012. 6. 28. 선고, 2011도16166 판결.

41) 대법원 1988. 12. 27. 선고, 88도419 판결; 대법원 2006. 2. 23. 선고, 2005도9291 판결; 대법원 2008. 6. 26. 선고, 2008도2876 판결; 대법원 2008. 9. 25. 선고, 2008도5508 판결.

42) 대법원 1983. 11. 14. 자, 83모50 결정. 항소법원이 본조를 위반하여 결석재판을 하면 소송절차의 법령위반에 해당하며 그 위법이 판결에 영향을 미친 때에는 상고이유(제383조 제1호)에 해당한다.

43) 대법원 1967. 1. 31. 선고, 66도1529 판결.

제2회 공판기일인 선고기일을 지정하여 고지하였는데, 피고인이 출석하지 아니하자 선고기일을 연기하고 제3회 공판기일을 지정하였으나 피고인에게 따로 공판기일 통지를 하지 않은 경우이다. 판례는 제3회 공판기일에 대해서는 적법한 통지가 없었으므로 형사소송법 제365조가 적용될 수 없고 약식명령에 피고인만이 정식재판을 청구하여 형사소송법 제370조, 제277조 제4호에 따라 당초 지정한 선고기일에 피고인 출석 없이 판결을 선고할 수 있었으나, 굳이 그 기일을 연기하고 선고기일을 다시 지정한 이상 적법한 기일통지를 해야 한다는 이유로, 피고인의 출석 없이 공판기일을 열어 판결을 선고한 것은 위법하다는 입장이다.⁴⁴⁾

한편 즉결심판사건에 있어서 벌금 또는 과료를 선고하는 경우에는 피고인이 출석하지 아니하더라도 심판할 수 있다(즉결심판에 관한 절차법 제8조의2 제1항). 이 경우 불출석의 허용기준은 법정형이 아니라 선고형이다. 즉결심판사건의 피고인 또는 즉결심판 출석통지서를 받은 자는 법원에 불출석심판을 청구할 수 있고 법원이 이를 허가하는 때에는 피고인이 출석하지 아니하더라도 심판할 수 있다(동조 제2항).

Ⅲ. 상소제기기간의 기산점

1. 피고인이 공판정에 출석한 원칙적인 경우-상소기간을 ‘재판 선고일’로부터 계산

형사소송법 제343조 제2항이 ‘상소의 제기기간은 재판을 선고 또는 고지한 날로부터 진행한다’고 규정되어 있으며, 형사소송법 제358조는 ‘항소의 제기기간은 7일로 한다’고 규정되어 있다. 그리고 형사소송법

44) 대법원 2012. 6. 28. 선고, 2011도16166 판결.

제42조는 ‘재판의 선고 또는 고지는 공판정에서는 재판서에 의하여야 하고 기타의 경우에는 재판서의 등본의 송달 또는 다른 적당한 방법으로 하여야 한다. 단 법률에 다른 규정이 있는 때에는 예외로 한다’고 규정하고 있다. 한편으로 형사소송법 제43조에서 재판의 선고(宣告)는 재판장이 하며, 판결을 선고함에는 공판기일에 출석한 피고인에게 주문(主文)을 낭독하고 이유의 요지를 설명하여야 하는 것이 원칙으로 되어 있으며, 형사소송법 제324조는 형을 선고하는 경우에는 재판장은 피고인에게 상소할 기간과 상소할 법원을 고지하여야 한다고 규정하고 있다.

재판은 선고 또는 고지에 의하여 외부적으로 성립하여 공표된다. 여기서 ‘선고’란 공판정에서 재판의 내용을 구술로 선언하는 행위이고, ‘고지’란 선고 외의 적당한 방법으로 재판 내용을 관계인에게 알려주는 행위이다. 따라서 ‘고지’가 ‘선고’에 비하여 훨씬 간소한 방식이라 할 수 있다. 이에 형사소송법은 재판 중 가장 중요한 유형인 판결에 대하여는 반드시 ‘선고’를 거쳐 공표하도록 하고, 그 밖의 결정·명령에 대하여는 극소수의 예외(공판 비공개결정은 선고하여야 한다. 형사소송법 제53조 제2항)를 제외하고는 ‘고지’에 의하여 공표하도록 하고 있다. 고지의 방식은 재판서 등본의 송달 기타 적당한 방식에 의한다.

따라서 ‘고지’일로부터 계산하는 것은 결국 재판서 등본의 송달일로부터 계산하는 것이 되어 큰 논의가 없게 된다. 문제는 ‘선고’의 경우이다. 여기서 과연 상소제기기간이 재판서송달일로부터 진행되는 것으로 하여야 한다고 볼 여지가 있는가에 있다. 특히 형사소송규칙 제148조는 ‘법원은 구속된 피고인에 대하여 판결을 선고한 때에는 선고일로부터 14일 이내에 피고인에게 그 판결서 등본을 송부하여야 한다’고 규정하고 있다.⁴⁵⁾ 그렇다면 판결을 선고받은 피고인에게 판결문을 송달하여야 하고, 피고인들에게 그 판결서 등본을 받아 보고 항소 여부를 결정하

45) 불구속 피고인이나 법 제331조의 규정에 의하여 구속영장의 효력이 상실된 구속 피고인 대하여는 송달을 ‘신청’하는 경우에 한하여 판결서 등본을 송달한다.

라는 취지로 해석하여 항소제기기간도 그 송달을 받은 날부터 진행된다 고 보아야 하는가에 있다. 그러나 선고는 공판정에서 판결의 내용을 구술로 선언하는 것이므로 재판의 선고에 관한 상소제기기간은 재판서의 송달과 관계 없이 재판선고일로부터 진행되는 것이다. 결국 판결이 공판정에서 선고된 경우에는 판결문이 송달된 날이 기준이 아니라, 선고한 날로부터 상소의 제기기간이 진행된다.

2. 피고인의 불출석재판이 허용되는 예외적인 경우

앞서 살펴본 바와 같이 형사소송법 제276조에서는 피고인의 공판기일의 출석권을 보장하고 있어 사실심에서의 판결은 원칙적으로 피고인이 출석하지 아니하면 선고될 수 없게 되어 있다. 이는 형사소송법이 판결내용을 피고인에게 직접적으로 전달하는 방식을 취함에 있어 문서에 의한 송달이라는 간접적이고도 우회적인 방법을 지양함으로써 오히려 국민 개개인의 알 권리, 재판받을 권리 등을 보다 충실하게 구현하고자 하는 취지에서라고 할 수 있다. 또한 헌법 제27조 제3항에는 국민의 신속한 재판을 받을 권리가 보장되어 있는 바,⁴⁶⁾ 특히 형사소송사건은 피고인이 특정한 범죄혐의를 받고 있다는 점과 질서유지의 측면에서 당사자인 국가나 피고인 모두에게 신속히 확정되어야만 하기 때문에 상소기간의 기산점을 ‘재판 선고시’로 한 것으로 평가된다. 문제는 아래에서 살펴볼 피고인의 불출석재판이 허용되는 예외적인 경우이다.

46) 재판의 신속은 우선적으로 피고인의 인권을 효율적으로 보호하기 위한 것이지만, 다른 한편으로는 소송경제, 재판에 대한 국민의 신뢰, 실체적 진실의 발견, 형벌목적의 달성 등 공공의 이익을 위한 것이기도 하다(헌법재판소 2007. 11. 29. 선고, 2004헌바39 결정).

2.1 민사소송법과의 차이

문제는 형사소송법과는 달리 민사소송법 제206조에서는 ‘판결을 선고함에도 판결원본에 의하여 주문을 낭독하여야 한다’고 규정하여 놓고도, 다른 한편 민사소송법 제396조는 ‘① 항소는 판결이 송달된 날로부터 2주일 내에 제기하여야 한다. 다만, 판결송달 전에도 제기할 수 있다. ② 제1항의 기간은 불변기간으로 한다’고 규정하고 있다. 그렇다면 결국 민사소송에서의 항소제기기간은 ‘판결이 송달된 날로부터 2주일 이내에 제기하여야 한다’고 규정하여 판결문을 송달받아 보고 그 항소 여부를 결정하도록 하고 있음을 알 수 있다.

그렇지만 민사소송법 제207조 제2항은 당사자가 출석하지 않아도 판결을 선고할 수 있다고 규정하고 있으므로,⁴⁷⁾ 형사판결 선고와는 근본적으로 그 구조를 달리하고 있다. 이는 민사소송의 경우 항소제기기간이 판결송달일로부터 기산되고 있는 것(민사소송법 제396조)과 대조되고 있는 점으로서 형사소송은 민사소송과 달리 신속, 정확성이 유지되어야 한다는 점에 그 차이가 있다고 할 것이다. 특히나 재판의 선고는 피고인 자신의 편의나 형사재판의 신속한 종결을 위한 합리적 이유가 있는 예외적인 경우를 제외하고는 공판기일에 피고인이 출석하여 피고인에게 주문을 낭독하고 이유의 요지를 설명하여야 하는 것이 원칙으로 되어 있다. 더욱이 형사소송법 제324조는 ‘형을 선고하는 경우에는 재판장은 피고인에게 상소할 기간과 상소할 법원을 고지하여야 한다’고 규정하고 있는 반면 민사소송법에서는 이에 대한 규정을 두고 있지 않다. 따라서 형사소송법은 피고인이 상소할 것으로 경협치상 예상되는 경우에는 피고인이 상소기간 내에 상소할 수 있도록 충분한 조치를 배려하고 있다는 것을 알 수 있다.

47) 행정소송에서도 당사자가 출석하지 아니하여도 선고할 수 있다(행정소송법 제8조 제2항).

2.2 외국의 입법례

독일 형사소송법 제35조 제1항은 ‘당사자의 출석 하에 행하여지는 재판은 당사자에게 선고함으로써 고지되며 요구가 있는 때에는 당사자에게 등본을 교부하여야 한다’고 하면서 제2항은 ‘기타 재판은 송달에 의하여 고지된다’고 규정하고 있다.⁴⁸⁾ 그리고 제35조의 a는 ‘기한부의 상소로서 다룰 수 있는 재판을 고지할 때에는 당사자에게 불복의 가능성과 불복신청기간 및 방법에 관하여 고지해야 한다’고 하면서,⁴⁹⁾ 한편

48) Strafprozessordnung § 35 (1) Entscheidungen, die in Anwesenheit der davon betroffenen Person ergehen, werden ihr durch Verkündung bekanntgemacht. Auf Verlangen ist ihr eine Abschrift zu erteilen. 당사자의 출석하에 행하여진 재판은 선고를 통해 당사자에게 고지된다. 당사자가 요구하면 그 등본을 교부하여야 한다. (2) Andere Entscheidungen werden durch Zustellung bekanntgemacht. Wird durch die Bekanntmachung der Entscheidung keine Frist in Lauf gesetzt, so genügt formlose Mitteilung. 그 밖의 재판은 송달에 의하여 고지된다. 재판의 고지에 의하여 별도의 기간이 개시되지 않는 경우에는 특별한 형식을 필요로 하지 않는 통지만으로 충분하다. (3) Dem nicht auf freiem Fuß Befindlichen ist das zugestellte Schriftstück auf Verlangen vorzulesen. 인신구속중인 자에 대하여는 요구가 있을 경우 송달된 문서를 낭독해 주어야 한다.

49) Strafprozessordnung § 35a Bei der Bekanntmachung einer Entscheidung, die durch ein befristetes Rechtsmittel angefochten werden kann, ist der Betroffene über die Möglichkeiten der Anfechtung und die dafür vorgeschriebenen Fristen und Formen zu belehren. Ist gegen ein Urteil Berufung zulässig, so ist der Angeklagte auch über die Rechtsfolgen des § 40 Abs. 3 und der §§ 329, 330 zu belehren. Ist einem Urteil eine Verständigung (§ 257c) vorausgegangen, ist der Betroffene auch darüber zu belehren, dass er in jedem Fall frei in seiner Entscheidung ist, ein Rechtsmittel einzulegen. . 일정기간 내에 상소를 제기함으로써 불복이 가능한 재판을 고지할 때에는 당사자에게 불복가능성과 함께 그 기간 및 형식에 대해 고지하여야 한다. 판결에 대해 항소가 허용되는 경우에는 제40조 제3항, 제329조, 제330조의 법률효과에 대해서도 피고인에게 고지하여야 한다. 판결에 앞서 합의(§ 257c)가 있는 경우에는 당사자에게 그가 어떠한 경우든 상소를 제기할 것인지를 자유롭게 결정할 수 있다는 사실에 대해서도 고지하여야 한다.

제44조는 ‘귀책사유 없이 기간의 준수가 방해된 경우에는 권리회복신청을 할 수 있는데 제35조의 a에 따른 고지가 이루어지지 않은 경우아이에 해당한다’고 규정하고 있다.⁵⁰⁾ 한편 제314조 제1항은 ‘제1심법원의 판결에 대한 항소는 판결의 선고 후 1주일 내에 서면으로 또는 법원사무국의 조서에 기재함으로써 제출되어야 한다’고 하면서 제2항에서는 ‘판결의 선고가 공판피고인의 불출석하에 행하여진 경우에는 송달로부터 기간이 진행된다’고 규정⁵¹⁾하고 있다. 결국 독일 형사소송법은 항소기간 7일은 피고인출석 하에 판결을 선고한 경우에는 선고일로부터, 불출석 하에 선고된 경우에는 판결문송달일로부터 기산하고 있음을 알 수 있다.⁵²⁾

50) Strafprozessordnung § 44 War jemand ohne Verschulden verhindert, eine Frist einzuhalten, so ist ihm auf Antrag Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren. Die Versäumung einer Rechtsmittelfrist ist als unverschuldet anzusehen, wenn die Belehrung nach den § 35a Satz 1 und 2, § 319 Abs. 2 Satz 3 oder nach § 346 Abs. 2 Satz 3 unterblieben ist. 기간을 준수하지 못한 데 대해 유책성이 없는 자에 대해서는 신청에 의하여 실기의 회복을 허용해야 한다. 제35조a 제1문과 제2문, 제319조 제2항 제3문, 제346조 제2항 제3문에 따른 고지가 이행되지 않은 경우에는 상소기간의 실기에 대하여 유책성이 없는 것으로 본다.

51) Strafprozessordnung § 314 (1) Die Berufung muß bei dem Gericht des ersten Rechtszuges binnen einer Woche nach Verkündung des Urteils zu Protokoll der Geschäftsstelle oder schriftlich eingelegt werden. 항소는 판결선고 후 1주일 이내에 제1심법원에 대하여 법원사무국의 조서에 기재하는 방법 또는 서면으로 제기하여야 한다. (2) Hat die Verkündung des Urteils nicht in Anwesenheit des Angeklagten stattgefunden, so beginnt für diesen die Frist mit der Zustellung, sofern nicht in den Fällen der §§ 234, 387 Abs. 1, § 411 Abs. 2 und § 434 Abs. 1 Satz 1 die Verkündung in Anwesenheit des mit schriftlicher Vollmacht versehenen Verteidigers stattgefunden hat. 판결의 선고가 피고인의 출석하에 이루어지지 않은 경우에는 제234조, 제387조 제1항, 제411조 제2항과 제434조 제1항 제1문에 해당하는 사례에서 서면에 의해 권한을 위임받은 변호인이 출석한 상황에서 선고가 이루어진 경우가 아닌 한, 판결의 송달과 함께 항소제기기간이 시작된다.

일본의 경우 형사소송법 제358조에서 ‘상소의 제기기간은 재판이 고지된 날로부터 진행한다’고 규정하고 있으면서,⁵³⁾ 제342조는 재판의 고지는 판결의 경우 공판정에서의 선고에 의하고,⁵⁴⁾ 형사소송규칙 제 34조에서 결정·명령의 경우는 등본의 송달에 의한다고 규정하고 있다. 그리고 제362조와 제363조는 귀책사유 없이 상소기간을 도과한 경우에는 상소제기기간 내에 상소와 동시에 상소권회복청구를 하도록 규정하고 있다.⁵⁵⁾ 한편 제373조는 항소제기기간을 14일로 하고,⁵⁶⁾ 제414조는 상고제기기간에 관하여 제373조를 준용하고 있다.⁵⁷⁾ 결국 일본은 항소 제기기간의 기산점은 우리나라와 같으나, 그 기간은 14일로 하고 있는 점이 우리나라와 다를 수 있다.

프랑스의 경우 형사소송법 제498조에서 ‘판결 선고일에 피고인이 출석한 경우에는 판결선고일로부터 10일 이내에 항소하여야 한다’고 규정하고 있지만,⁵⁸⁾ 제499조에서는 ‘피고인이 불출석하여도 판결선고를 할 수 있는 경우에는 판결문송달일로부터 10일 이내에 상소하여야 한다’는 규정을 두고 있다.⁵⁹⁾

52) Hans-Heiner Kühne, *Strafprozessrecht*, 7. Aufl., C.F. Müller, 2007, S. 587 ff.

53) 上訴の提起期間は、裁判が告知された日から進行する。

54) 判決は、公判廷において、宣告によりこれを告知する。

55) 第三百五十一条 乃至 第三百五十五条の規定により上訴をすることができる者は、自己又は代人の責に帰することができない事由によつて上訴の提起期間内に上訴をすることができなかつたときは、原裁判所に上訴権回復の請求をすることができる。上訴権回復の請求は、事由が止んだ日から上訴の提起期間に相当する期間内にこれをしなければならない。上訴権回復の請求をする者は、その請求と同時に上訴の申立てをしなければならない。

56) 控訴の提起期間は、十四日とする。

57) 前章の規定は、この法律に特別の定のある場合を除いては、上告の審判についてこれを準用する。

58) Code de procédure pénale Article 498 Sans préjudice de l'article 505, l'appel est interjeté dans le délai de dix jours à compter du prononcé du jugement contradictoire. 제505조에 규정된 경우를 제외하고, 항소는 대심에 의한 판결이 선고된 때로부터 10일 이내에 이를 제기하여야 한다.

2.3 현행법에 대한 검토

현행법상으로는 재판의 선고는 예외적인 경우를 제외하고는 공판기일에 피고인이 출석하여 피고인에게 주문을 낭독하고 이유의 요지를 설명하는 것이 원칙으로 되어 있다(제43조). 더욱이 형을 선고하는 경우에는 재판장은 피고인에게 상소할 기간과 상소할 법원을 고지하여야 한다고 규정하고 있다(제324조). 또한 피고인은 비용을 납입하고 재판서의 등초본을 청구할 수 있는 권리를 인정하고 있으며(제45조), 항소절차에서도 재판에 대해 불복의 의사만을 표시한 항소장을 제출하는 것으로 항소제기의 효과가 있고(제343조 제1항), 항소이유는 소송기록 접수통지를 받은 날로부터 20일 이내에 항소이유서를 항소법원에 제출할 수 있도록 규정되어 있다. 그렇다면 피고인은 일단 항소를 한 후 재판서의 등초본을 교부받아 항소이유를 작성할 수 있는 충분한 기간이 주어져 있다고 할 것이다. 한편 상소권은 재판의 선고·고지에 의하여 발생하고 상소기간의 경과에 의하여 소멸하도록 되어 있지만, 당사자에게 책임질 수 없는 사유가 있는 경우에는 소송절차의 확실성보다도 당사자를 구제하는 것이 중요하다는 고려에 입각하여 형사소송법은 상소권자가 자기 또는 대리인의 귀책사유 아닌 사유로 말미암아 상소기간 내에 상소를 할 수 없었던 때에는 원심법원에 상소권회복청구를 할 수 있는 길을 열어놓고 있다(제345조). 이러한 이유로 상소의 제기기간은 재판을 선고한 날로부터 진행되어도 형사소송법상 피고인의 항소권이 침해되지 않도록 다양한 보완장치가 마련되어 있는 이상, 국민의 알권리를 침해하거나 국민의 재판청구권을 과도하게 제한한다고는 평가되지는

59) Article 499 Si le jugement est rendu par défaut ou par itératif défaut, le délai d'appel ne court qu'à compter de la signification du jugement, quel qu'en soit le mode. 판결이 불출석 또는 재판으로 이루어진 경우의 항소기간은 방법여하를 불문하고, 판결이 송달된 날로부터 진행한다.

않는다.⁶⁰⁾

결국 형사재판의 경우 원칙적으로 판결선고시에 피고인의 출석을 요하므로 상소제기기간의 개시일을 판결선고일로 규정하고 있는 현행 법의 태도에 문제가 있다고 말할 수는 없다. 하지만 출석여부와 관계없이 모든 경우를 획일적이고 일률적으로 상소기간의 기산점을 처리하는 것은 문제가 아닐 수 없다. 왜냐하면 일정한 경우에는 피고인의 출석 없이 판결할 수 있도록 함으로써 피고인이 판결선고사실을 정확히 인지하지 못하는 경우가 있을 수 있는 경우가 앞서 살펴본 바대로 현행법에 분명히 존재하고 있다. 따라서 적어도 피고인의 출석 없이도 재판할 수 있는 예외적인 사유에 해당하는 경우라면 피고인에게 판결선고의 내용이 송달된 때에 상소제기기간이 개시되는 것으로 해석하는 것이 바람직하다고 본다. 이렇게 해석하더라도 법에 규정된 원래의 취지에 반하지 않을 뿐만 아니라, 피고인의 보호의 견지에서도 실질적인 상소심재판을 받을 권리를 강하게 보장할 수 있다는 점에서 타당하다는 것이다. 앞서 살펴본 독일이나 프랑스 등 선진국의 입법례를 고려해 보더라도 더욱 더 그러하다. 다만 여기서 피고인 출석없이 재판할 수 있는 경우는 앞서 살펴본 대로 대부분 피고인에게 불리하지 않거나 불리하더라도 피고인의 귀책사유로 인한 경우인데, 구체적으로 피고인의 상소심재판을 받을 권리와 소송경제의 교량을 통하여 사안별로 검토할 필요가 있다는 견해가 제기될 여지도 없지 않다. 그러나 그러한 예외적인 사유가 있는 경우에는 피고인 출석 없이 재판을 진행할 수 있는 사유로서 고려하면 충분하고, 피고인이 판결선고사실을 정확히 인지하지 못하고 있다는 점에서는 공통된 것이므로 달리 취급할 이유가 없기

60) 단기의 항소제기기간이 피고인이 형사판결에 대한 항소 여부를 결정하기에 충분하지 않다는 점을 부인할 수 없으나, 법이 여러 가지 제도적 장치를 통하여 실효성 있는 항소제도를 보장하고 있다는 점을 감안하여 볼 때 최소 침해성의 원칙에 위반되는 정도의 과도한 제한이라고 보기 어렵다(헌법재판소 2007. 11. 29. 선고, 2004헌바39 결정).

때문에 굳이 구별하여 검토할 필요는 없다고 보인다. 다만 변호인이 출석한 경우에는 예외로 볼 수 있을 것으로 생각된다.

IV. 결 론

현행 헌법과 형사소송법은 공판중심주의를 원칙으로 하고 있으나, 과거 실무에서 공판중심주의는 형해화되어 그 기본적 취지가 상당부분 몰각되고 있다는 것이 일반적인 견해이다. 즉 전문법칙이 형해화되어 조서재판⁶¹⁾이 재판의 중심을 차지해 버렸고, 공판심리에 있어서의 직접주의와 구두주의는 한낱 장식물에 불과하게 되어 버렸다. 그러나 현행법상으로 공판중심주의적 법정심리절차를 확립하면서 공판중심주의⁶²⁾가 담고 있는 구두변론주의를 포함한 그 내용들이 관철되도록 규

61) 이러한 표현은 한국뿐만 아니라 일본에서도 널리 사용되고 있는 것으로 보인다. 中山博之, “調書裁判から公判中心主義へ——自白偏重の捜査・公判から証言と物的証拠を中心とした公判へ”, 自由と正義 54卷10号(通号 656)(日本弁護士連合会, 2003. 10), 89-99쪽.

62) 본래 공판중심주의라는 말은 일본에서 만들어진 용어로서 1949년 신 형사소송법의 도입으로 종전에 수사를 담당해 오던 예심판사 제도를 폐지하면서 당시 예심과 공판정으로 이원화되었던 법원의 심리가 공판정으로 단일화 됨으로써 형성된 것이라 할 수 있으며, 그 실질적 내용은 대륙법계 국가에서 선서를 한 피고인에게 자백을 강요하던 기문주의 방식을 반성하고 영국식 배심제를 모델로 하여 공개주의를 도입하면서 정립된 것이라 하겠다. 현행법상 공판중심주의를 직접 기술하고 있는 법적 조항은 없다. 그러나 헌법재판소는 헌법 제27조의 해석에 있어서 “헌법 제27조가 보장하고 있는 공정한 재판을 받을 권리 속에는 신속하고 공개된 법정의 법관의 면전에서 모든 증거자료가 조사, 진술되고 이에 대하여 피고인이 공격, 방어할 수 있는 기회가 보장되는 재판이 충분히 보장되는 재판을 받을 권리가 포함되어 있다”고 판시함으로써 공판중심주의가 실질적으로 공정한 재판을 받을 권리의 내용을 이루고 있음을 확인하였으며(헌법재판소 1996. 12. 26. 선고, 94헌바1 결정), 이에 현행 형사소송법 등에서 공판중심주의의 전제 혹은 기초가 되는 원칙들, 즉 공개주의, 구두주의, 변론주의, 직접주의, 집중심리주의를 모두 채용하고 있다. 그리고

정하여 이를 강화한 것은 입법론적으로 바람직스러운 것이다. 이와 관련하여 판결선고도 예외적인 경우를 제외하고는 공판기일에 피고인이 출석하여 피고인에게 주문을 낭독하고 이유의 요지를 설명하는 것이 원칙으로 되어 있다(제43조). 더욱이 형을 선고하는 경우에는 재판장은 피고인에게 상소할 기간과 상소할 법원을 고지하여야 한다고 규정하고 것으로 보아(제324조) 상소의 제기기간은 재판을 선고한 날로부터 진행되어도 국민의 알권리를 침해하거나 국민의 재판청구권을 과도하게 제한한다고 단정할 수 없을 것이다. 따라서 형사재판의 경우 원칙적으로 판결선고시에 피고인의 출석을 요하므로 상소제기기간의 개시 일을 판결선고일로 하는 현행법의 태도에 문제가 있다고 말할 수는 없다는 것에 쉽게 동의할 수 있다. 하지만 일정한 경우에는 피고인의 출석 없이 판결할 수 있도록 함으로써 피고인이 판결선고사실을 정확히 인지하지 못하는 경우가 분명히 있을 수 있고 앞서 본문에서 검토한 대로 현행법에는 엄연히 존재하고 있다. 따라서 적어도 이러한 피고인의 출석 없이도 재판할 수 있는 예외사유에 해당하는 경우에는 피고인에게 판결선고의 내용이 송달된 때에 상소제기기간이 개시되는 것으로 해석하는 것이 바람직하다고 본다. 이렇게 해석하더라도 원래 형사소송법 제343조 제2항의 ‘상소의 제기기간은 재판을 선고 또는 고지한 날로부터 진행한다’라는 법 규정의 원래 취지에 반하지 않을 뿐만 아니라, 피고인의 보호의 견지에서 오히려 타당한 면이 있고 논리적이기 때문이다. 따라서 본문에서 살펴본 대로 피고인의 출석 없이도 재판할 수 있는 경우에 상소기간의 기산점을 둘러싸고 논란이 계속될 것으로 생각되므로 이를 분명히 하기 위해서도 앞서 살펴본 독일이나 프랑스의 입법례를 고려하여

공판중심주의는 심리의 능률과 재판의 적정을 보장한다는 의미에서 적극적 실제진실주의의 이념에, 피고인의 방어권의 충실한 행사를 보장한다는 의미에서는 소극적 실제진실주의의 내지 피고인의 인권보장이념에 봉사하며, 피고인의 소송활동의 강화를 의미한다는 의미에서 당사자주의의 철저한 보장에 기여한다.

적어도 제343조 제2항 단서를 신설하여 ‘다만 피고인이 불출석한 경우에도 판결선고를 할 수 있는 경우에는 판결문송달일로부터 진행한다’는 규정을 신설하는 것이 불필요한 논쟁으로부터 벗어나는 길이라고 생각된다. 이러한 입법이 이루어지기 전까지 상소제기의 기산점에 대한 보다 발전된 대법원 판례의 변화를 기대해 본다.

(투고일 2012년 8월 31일, 심사(의뢰)일 2012년 9월 14일 게재확정일 2012년 10월 12일)

주제어 : 피고인 출석, 재판의 선고, 상소제기 기간, 상소제기 기산점, 피고인 퇴정

참고문헌

1. 단행본

- 권오걸, 형사소송법, 형설출판사, 2010.
- 노명선/이완규, 형사소송법, 성균관대학교 출판부, 2009.
- 배종대/이상돈/정승환/이주원, 신형사소송법 제3판, 홍문사, 2011.
- 백형구/박일환/김희옥, 주석 형사소송법 III, 한국사법행정학회, 2009.
- 법원행정처, 법원실무제요, 형사II, 2008.
- 손동권, 형사소송법 개정신판, 세창출판사, 2010.
- 송광섭, 형사소송법, 형설출판사, 2010.
- 신동운, 신형사소송법 제3판, 법문사, 2011.
- _____, 신형사소송법 제4판, 법문사, 2012.
- 신양균, 형사소송법 신판, 화산미디어, 2009.
- 신현주, 형사소송법 신정2판, 박영사, 2002.
- 심희기/양동철, 형사소송법, 삼영사, 2009.
- 이영란, 한국형사소송법 개정판, 나남, 2008.
- 이은모, 형사소송법 제2판, 박영사, 2011.
- 이재상, 형사소송법 제9판, 박영사, 2012.
- _____, 형사소송법연습, 박영사, 2012.
- 이형국, 형사소송법 전정판, 법문사, 1996.
- 임동규, 형사소송법 제7판, 법문사, 2011.
- 정영석/이형국, 형사소송법 전정판, 법문사, 1996.
- 정웅석/백승민, 형사소송법 전정 제3판, 대명출판사, 2009.
- 진계호, 형사소송법, 형설출판사, 2000.
- 차용석/최용성, 형사소송법 제2판, 세영사, 2002.
- 中山博之, “調書裁判から公判中心主義へ--自白偏重の捜査・公判か

ら証言と物的証拠を中心とした公判へ”, 自由と正義 54卷

10号 通号 656, 日本弁護士連合会, 2003. 10.

Hans-Heiner Kühne, *Strafprozessrecht*, 7. Aufl., C.F. Müller, 2007.

Klaus Volk, *Grundkurs StPO*, 6. Aufl., Verlag C. H. Beck, 2008.

Werner Beulke, *Strafprozessrecht*, 8. Aufl., 2005.

[Zusammenfassung]

**Verhältnis zwischen dem Rechnungszeitpunkt
der Rechtsmitteleinlegungsfrist und
der Anwesenheit des Angeklagten**

Yi-Chul Shin*

Nach geltender kStPO erfolgt die Urteilsverkündung während der Anwesenheit des Angeklagten im Gerichtssaal. Deshalb kann man gegen die geltende Regelung, wonach der Rechnungszeitpunkt der Rechtsmitteleinlegungsfrist sich mit dem Urteilsverkündungstag beginnt, nicht einwenden, dass durch soche Regelung die bürgerliche Wissensrecht bzw. Informationsrecht verletzen oder das Recht auf ein rechtliches Gehör rechtswidrig einschränken würde. Da die geltende kStPO in bestimmten Fällen ohne Anwesenheit des Angeklagten die Urteilsverkündung erlaubt und dadurch der Angeklagte keine Information über die mit ihm betroffene Urteilsverkündung erhalten kann, soll in diesen Ausnahmefällen der Rechnungszeitpunkt der Rechtsmitteleinlegungsfrist so verstanden werden, dass er sich mit dem Zustellungszeitpunkt der Urteilsverkündung beginnt. um die Norm noch zu verdeutlichen, soll de lege ferenda in §343 Abs. 2 kStPO noch ein Paragraph zugefügt werden: “Hat die Verkündung des Urteils nicht in Anwesenheit des Angeklagten staatsgefunden, so beginnt für diesen die Frist mit der Zustellung.”

* Prof. Dr. an der polizeiadministrativen Fakultät der wonkwang digital Universität

Stichwörter : Anwesenheit des Angeklagten, Urteilsverkündung,
Rechtsmitteleinlegungsfrist, Rechnungszeitpunkt der
Rechtsmitteleinlegungsfrist, Entfernung des Angeklagten.

