



피고인 불출석 재판 제도 개선방안

2024. 11.

사법정책자문위원회

I. 검토 배경	4
1. 피고인의 출석권과 출석 의무	4
2. 1심 사건 중 공시송달로 진행·처리된 사건 현황	4
3. 문제점	5
4. 현행 소송촉진 등에 관한 특례법(이하 ‘소촉법’) 개선방안 검토	8
II. 사례 및 시사점	9
1. 사례 소개	9
2. 시사점	10
III. 현행법상 불출석 재판 제도 개관	11
1. 불출석 재판 제도 분류(소촉법 제외)	11
2. 소촉법상 불출석 재판 제도	12
가. 관련 규정	12
나. 요건 개관	13
다. 제정 및 개정 경위 및 헌법재판소 결정례	13
3. 공시송달 재판 진행 현황	15
가. 공시송달의 필요성	15
나. 공시송달로 진행된 재판에 대한 구제수단	16
1) 판결 확정 전 구제수단: 상소	16
2) 판결 확정 후 구제수단: 상소권회복청구, 재심청구	16
다. 공시송달의 적법 여부에 대한 판단과 문제점	18
4. 논의의 주안점: 소촉법상 불출석 재판	22
IV. 해외 입법례	22



1. 미국	22
가. 개요	22
나. 헌법상 출석권의 제한에 관한 연방대법원 판례	23
다. 연방형사소송규칙(Federal Rules of Criminal Procedure)상 불출석 재판 관련 규정	25
라. 공판절차 시작 시 불출석한 피고인에 대한 불출석 재판 인정례	27
마. 참고: 뉴욕 주법상 피고인의 자의적 출석권 포기로 인한 결석재판의 요건	29
바. 도망자에 대한 권리박탈 법리(Fugitive Disentitlement Doctrine)	29
2. 독일	30
가. 피고인의 출석 의무 및 예외	30
나. 피고인의 소재를 파악할 수 없는 경우	31
다. 재판 진행에 피고인의 출석이 필요하지 않은 것으로 정해진 경우	31
1) 형사소송법 제232조	31
2) 형사소송법 제233조	32
3) 항소심에서의 불출석	32
4) 정식재판청구절차에서의 불출석	33
라. 피고인의 임의적 불출석에 따른 공판 진행	33
1) 형사소송법 제231조	33
2) 기타: 제231조a(피고인이 심리무능력을 야기한 경우), 제231조b(질서위반행위)	35
3. 프랑스	36
가. 프랑스 형사법상 범죄 구별 및 관할법원 등	36
나. 경죄법원의 경우	37
1) 대심절차에 의한 재판을 받은 것으로 보는 경우	37
2) 결석재판	38
다. 경찰법원의 경우	39
라. 중죄법원의 경우 → 결석재판	39
4. 일본	40
가. 소속법을 제외한 불출석 재판 관련 규정	41



나. 소속법 유사 불출석 재판제도	43
5. 시사점	44
V. 문제점 및 개선방안	46
1. 현행 제도의 문제점과 개선 방향	46
가. 문제점 1: 불출석 사유와 단계를 구분하지 않은 제도 설계	46
나. 문제점 2: 피고인에게 불출석 유인을 제공할 수 있는 제도	47
다. 개선 방향	49
2. 구체적인 개선방안	49
가. 불출석 사유·단계별 유형화	49
나. 1, 2유형의 개선방안 → 제시하지 않음	51
다. 3유형의 개선방안	52
1) 1, 2유형과의 차별화 필요성	52
2) 새로운 형태의 불출석 재판 절차	53
3) 선결 문제: 두 번째 기일 지정 시 소환장 송달 문제	54
4) 구체적 개정안의 내용	61
라. 4유형의 개선방안	62
1) 1, 2, 3유형과의 차별화 필요성	62
2) 개선 방향	63
3) 구체적 개정안의 내용	64
3. 소결론	67
VI. 결론	67

건의문에 포함될 개선방안

(1안) 국가의 정당한 형벌권 행사와 피고인의 방어권 보장을 조화롭게 달성할 수 있도록, 피고인이 정당한 사유 없이 재판에 불출석하고 재판 진행 단계를 고려하여 절차 보장 필요성이 적은 경우에는 「소송촉진 등에 관한 특례법」상 불출석 재판의 요건을 완화하는 것이 바람직함

(2안) 불출석 재판 제도는 ‘불출석에 대한 피고인의 귀책사유’와 ‘재판 진행 단계에 따른 절차 보장 필요성의 정도’에 따라 요건을 세분화하는 방향으로 재설계되어야 함



I. 검토 배경

1. 피고인의 출석권과 출석 의무

- 피고인은 형사소송의 주체로서 공판기일에서 공소사실의 존부에 대하여 공격, 방어를 하게 되고 형사소송법상 각종 방어권이 인정되므로, **피고인의 방어권 행사**를 위하여 공판기일에서의 피고인의 출석권이 보장되어야 함.
- 피고인은 소송절차의 주체인 동시에 절차의 대상인 지위를 가지고 있으므로, 피고인의 출석은 권리인 동시에 의무이기도 하며,¹⁾ 이는 단지 **피고인의 방어권 보장**을 위해서뿐만 아니라 **실체적 진실발견**을 위하여도 매우 중요함
- 따라서 가능한 한 **피고인이 공판기일에 직접 출석**하여 방어권을 행사하는 것이 우리가 지향해야 할 바람직한 모습의 형사재판임에는 의문의 여지가 없음

2. 1심 사건 중 공시송달로 진행·처리된 사건 현황

■ 통계²⁾

연도	고합 사건			고단 사건			고정 사건		
	처리건수	공시송달건수	비율(%)	처리건수	공시송달건수	비율(%)	처리건수	공시송달건수	비율(%)
2014	21,153	272	1.3	161,423	4,135	2.6	83,928	3,170	3.8
2015	18,366	224	1.2	163,921	4,553	2.8	72,310	2,351	3.3
2016	20,216	304	1.5	178,705	5,454	3.1	67,391	2,171	3.2
2017	19,259	197	1.0	184,363	5,718	3.1	61,480	1,839	3.0
2018	18,860	209	1.1	170,100	4,957	2.9	47,427	1,489	3.1
2019	17,715	209	1.2	175,380	5,130	2.9	41,799	1,218	2.9

1) 이상 편집대표 노태약, 주석 형사소송법(III), 한국사법행정학회 (2022), 130.

2) 피고인 수 기준



연도	고합 사건			고단 사건			고정 사건		
	처리건수	공시송달건수	비율(%)	처리건수	공시송달건수	비율(%)	처리건수	공시송달건수	비율(%)
2020	16,593	199	1.2	183,941	4,681	2.5	43,609	950	2.2
2021	17,438	229	1.3	175,998	5,204	3.0	38,957	849	2.2
2022	18,939	230	1.2	165,823	4,849	2.9	33,795	598	1.8
2023	21,350	306	1.4	170,197	5,254	3.1	36,883	699	1.9

▣ 공시송달 사건 비율이 매년 일정 정도를 차지함

- 소속법이 적용되는 고합, 고단 사건에서는 공시송달 사건의 비율이 일정 수준을 유지하고 있고 그 건수도 적지 않음

3. 문제점

▣ 관련 기사

[류현진 등친 피고인 또 불출석...재판 지연, 대책 없나]

2024. 6. 23. 국민일보 김승연 기자

지난 13일 오후 2시 서울남부지법 409호 법정. 야구선수 류현진의 라면 광고 계약금 일부를 가로챈 혐의로 기소된 전 에이전트 전모(49)씨가 선고 공판에 불참했다. 지난 4월 18일에 이어 두 번 연속 재판에 나타나지 않은 것이다.

전씨는 2013년 류현진에게 지급해야 할 광고료 가운데 15만 달러(약 2억원)를 가로챈 혐의로 재판에 넘겨졌다. 검찰은 전씨에 대해 징역 5년을 구형했지만 전씨가 잇따라 재판에 나오지 않으면서 선고는 또 미뤄지게 됐다.

지난 14일 조세 포탈 혐의 등으로 재판을 받는 허재호 전 대주그룹 회장도 광주지법 법정에 나타나지 않았다. 허씨가 뉴질랜드에 머무르며 4년 넘게 법정에 나오지 않고 있기 때문이다. 그는 2019년 8월 첫 재판 이후 심장질환과 코로나19로 인한 이동 어려움 등을 이유로 법정 출석을 피하고 있다.

최근 형사재판에서 피고인이 법정에 나타나지 않는 방식으로 선고를 지연시키는 사례가 빈발하고 있다. 이에 재판이 수개월에서 수년에 이르기까지 미뤄지는 경우도 허다하다. 사법부가 재판부의 행정력 낭비를 막기 위해 피고인들의 불출석 꾀수를 방지할 강도 높은 대책을 내놓아야 한다는 지적이 나온다.



현재 법원은 피고인의 정당한 사유 없는 불출석이 반복되면 구속영장을 발부할 수 있다. 그러나 피고인이 몇 번 이상 재판에 나오지 않을 때 영장을 발부한다는 식의 규정은 따로 없다. 설령 영장이 발부됐더라도 집행까지 이뤄지는 경우는 절반에 미치지 못한다.

지난해 기준 재판 불출석과 관련해 발부된 구속영장 건수는 1만721건이었다. 하지만 집행은 4168건(38.9%)에 그쳤다. 검찰 관계자는 “피고인의 지능적 도피 수법과 한정된 검거 인력 등으로 구속영장 집행에 어려움을 겪는다”고 말했다.

이른바 ‘공시송달’ 절차를 거쳐 피고인이 불출석한 상태에서 재판부가 선고를 내리는 방법도 있다. 공시송달은 피고인 등이 서류를 받지 않고 재판에 불응할 때 관보에 내용을 게재한 뒤 이를 전달된 것으로 간주하는 제도다. 그러나 선고 이후 피고인이 ‘재판 진행을 알지 못해 항소도 못했다’며 상소권 회복을 청구하는 방식으로 뭉니를 부릴 가능성이 있다.

김성천 중앙대 법학과 교수는 “피고인이 제때 출석하지 않으면 판사의 영장 발부부터 피고인을 잡기까지의 행정력이 추가 투입된다”며 “보란 듯이 재판에 불출석하지 않는 이들이 있고, 일부가 그런 행태를 답습하는 것도 문제”라고 지적했다.

피고인이 법정에 나오지 않아도 재판을 진행할 수 있도록 하는 예외 규정을 확대해야 한다는 지적도 나온다. 현재 형사소송법에 따르면 500만원 이하의 벌금형이 예상되는 경미한 사건은 피고인이 출석하지 않아도 재판을 진행할 수 있다. 이런 사유를 더 늘려야 한다는 것이다.

법원행정처 관계자는 “피고인이 선고를 앞두고 도망가거나 재판 중인 사실을 알면서도 소재 불명인 경우에는 불출석 재판 요건을 완화하는 방향으로 형사소송법을 개정해야 한다”며 “피고인이 자신이 법정에 나가지 않아도 재판이 그대로 진행된다고 하면 굳이 불출석할 이유가 없어질 것”이라고 말했다.

[(단독) '237억 사기범'도 잠적...불구속 피의자 영장 지난해 1만건]

2024. 8. 1. 중앙일보 이영근 기자

지난 10일 오전 대구지법 형사10단독 법정. 방청석에 앉은 피해자 6명이 피고인도, 변호사도 없는 행뎡그렁한 피고인석을 멍하니 바라봤다. 이날은 수십 배 수익을 미끼로 237억 원대 투자금을 받은 혐의(유사수신 등)로 3년 전 불구속 기소된 서모(51)씨의 선고기일이었다. 이날 재판은 지난해 6월 추가기소된 17억원대 사기 혐의만 따진 것으로 서씨가 지난해 7월부터 도주해 쫓기로 진행됐다.

재판을 맡은 허정인 부장판사는 서씨에게 징역 4년 6개월을 선고했다. 검사는 당초 서씨에게 징역 3년을 구형했지만, 1년 6개월의 ‘과심죄’를 추가한 것이다. 허 판사는 “피고인은 관련 사건으로 재판을 받다가 선고기일로 지정된 2023년 7월 21일부터 출석하지 않았고, 이 사건 재판에도 한 차례도 출석하지 않았다”고 양형 이유를 밝혔다.

판결문에 따르면, 서씨는 2013년부터 2016년 무렵까지 “검증된 기술을 보유한 아이카이스트에 투자하면 원금을 보장하고 연 30%의 수익을 거둘 수 있다”는 조건을 내걸고 투자자 104명으로부터 237억1772원 가량의 투자금을 모았다. 아이카이스트는 이준석 개혁신당 대표 관련 의혹을 제기한 김성진씨가 대표로



있던 기업이다. 서씨는 그러나 투자금을 개인 주식투자, 생활비 등으로 유용했을 뿐 투자 수익금을 지급할 의사나 능력이 없었다고 한다. 알고 보니 서씨는 사기·폭행·음주운전 등 전과 13범이었다.

검찰은 서씨를 특가법상 사기, 유사수신 등 혐의로 2021년 6월 불구속 기소했다. 구속영장은 청구하지 않았다. 그러다 징역 9년형을 구형받자 서씨는 선고기일인 지난해 7월 21일 잠적해버렸다. 이후 이 재판 선고는 7번이나 연기됐다. 피해자 문모(44)씨는 “서씨가 제주도 인근에서 자산가 행세를 하면서 또 사기를 치고 있다는 소문이 있는데 수사기관이 검거에 손을 놓고 있는 것 같아 속이 탄다” 고 했다.

법조계에서 서씨 사례는 낯설지 않다. 지난해 10월 대구지법 서부지원 형사1단독(부장 정승호)은 2022년 5월 경북 고령군에서 혈중알코올농도 0.033% 상태로 승용차를 운전해 사람을 치어 다치게 한 뒤 도주한 A씨에게 징역 1년을 선고했다. 동종 범죄로 집행유예 기간 중 또 범행을 저지른 A씨는 선고기일에 불출석하고 도주했다.

문제는 피고인이 도주한 순간부터 검거는 하세월이라는 점이다. 부장판사 출신 윤지상 변호사는 “불출석 피고인의 검거 책임 소재가 불분명해서 재판 단계로 넘어오면 수사기관이 서로 책임을 미루는 경우가 적지 않다” 고 지적했다. 불출석 피고인 검거는 보통 판사가 구속영장을 발부하고 검찰 지휘 아래 경찰이 집행하는 식으로 이뤄진다. 대검찰청에 따르면 지난해 불출석 피고인 구속영장 발부건수는 1만611건(중복 발부 포함)에 이른다. 하지만 검거 인원은 지난해 기준 1242명에 불과하다.

이 같은 지적을 의식해 검찰은 직접 피고인 검거 활동에 나섰다. 지난 2022년 12월 전국 검찰청마다 불출석 피고인 검거 업무 담당부서 및 담당자를 지정했다. 서울중앙지검은 불출석 피고인 전담 검거팀을 만들고 2022년 8월~10월까지 총 30명을 검거하기도 했다. 대검 관계자는 “사법정의를 신속히 실현하기 위해 노력하고 있다. 다만 관련 인력이 한정적이라 검거율이 다소 낮은 것 같다” 고 설명했다.

부장검사 출신 조주태 변호사는 “불구속 재판 원칙이 자리 잡은 뒤 불출석 피고인 문제가 커졌다” 며 “명백한 증거로 수사 단계부터 중죄가 예상되는 경우라면 구속영장을 적극적으로 청구해야 한다” 고 지적했다. 윤지상 변호사는 “불출석 피고인 검거 실적에 가점을 주는 등 인센티브가 있어야 수사 기관도 적극적으로 나설 것” 이라고 말했다.

■ 문제점1: 불출석 피고인에 대한 신병 확보가 사실상 어려움

- 법원이 할 수 있는 조치, 즉 구속영장 발부 및 지명수배 의뢰, 각종 송달 및 연락, 소재탐지촉탁 등만으로는 의도적으로 도망한 피고인의 신병을 확보하기가 사실상 어려움
- 특히 가장 실효적인 수단이라고 할 수 있는 구속영장은 수사기관의 역량 및 의지 부족으로 별건 체포 경우 외에는 집행이 사실상 전혀 되고 있지 않음
- 기일에의 인치만을 가능하게 하는 구인영장 역시 사실상 집행이 되지 않음



A 판사(수도권 지방법원, 형사단독 재판장):

예컨대 오전 10시 기일로 지정된 사건의 구인영장을 집행하려면, 경찰관이 새벽에 피고인의 집에 가서 피고인을 데리고 법정에 도착하여 기다리고 있어야 한다는 건데, 피고인이 집에 있을지 없을지도 모르는 상황에서 경찰이 구인영장을 집행하러 가지 않는다. 경찰에서 구인영장으로서는 집행할 수 없으니 구금영장으로 바꿔달라고 실무관에게 연락하기도 한다. 경찰관도 제한된 시간 내에서 여러 업무를 처리해야 하니 일에 우선순위를 둘 수밖에 없는데, 구인영장의 집행은 후순위이다.

B 판사(지방권 지방법원, 형사단독 재판장):

구인영장이 집행불능으로 반환되었는데, 그 사유로 ‘피고인이 법원에 출석하겠다고 말했음’이라고 기재된 사례가 있었다. 구인영장도 구속영장의 일부로 강제력을 가지는 것인데, 피고인이 출석하겠다고 하여 집행하지 않았다는 것은 사실상 구속영장의 강제력을 부정하는 것과 다를 바 없다.

■ 문제점2: 불출석 재판을 위한 과도한 행정력 낭비

- 현행 소촉법 등에 공시송달을 전제로 하는 불출석 재판 제도를 두고 있으나, 후술하듯 불출석 재판이 가능하기 위하여는 피고인이 고의로 불출석하고 있는지 등을 묻지 않고 일률적으로 모든 조치(과거 주소 및 연락처 등에 대한 송달·연락 시도, 소재탐지촉탁 등)를 거쳐야 하고, 소촉법의 경우 6개월의 기간도 경과하여야 함
- 그러나 주소, 연락처 등 송달·연락 시도의 경우에는 출석 의사는 있으나 재판 사실을 알지 못하는 피고인에 대하여나 필요한 조치이지, 재판 사실을 잘 알고 있음에도 의도적으로 도망하는 피고인에 대하여는 유효적절한 수단이라고 볼 수 없음
- 그럼에도 불출석 재판 진행하기 위하여 이러한 절차를 모두 거치고 있는데, 이는 법원과 수사기관의 행정력을 불필요하게 낭비하고 있다고 볼 수 있음

4. 현행 소송촉진 등에 관한 특례법(이하 ‘소촉법’) 개선방안 검토

■ 불출석 재판의 필요성과 요건 구성

- 헌법재판소 1998. 7. 16. 선고 97헌바22 결정: “법원의 적절한 조치에도 불구하고 피고인의 소재를 확인할 수 없는 경우에 피고인이 출석하지 아니하였다는 이유로 공판절차를 진행할 수 없다고 한다면, ① 그 절차의 중단으로 인



하여 국가의 정당한 형벌권의 행사는 불가능해질 수밖에 없고, ② 심지어 피고인의 도피를 조장하는 등 여러 가지 불합리한 결과를 초래할 우려가 있음
→ 일정한 요건 아래 불출석 재판을 가능하게 할 필요가 있음”

- 불출석 재판의 요건을 설계함에 있어서는 ① 위와 같은 불합리한 결과를 시정할 수 있게 하는 한편, ② 피고인의 방어권 보장 및 실체진실발견의 측면을 과도하게 저해하지 않는 균형을 갖춘 제도가 필요함 → 특히 불출석 재판을 최소화하는 것이 이상적인 형사재판임을 고려할 때, 불출석 재판 제도가 피고인의 불출석 유인을 조장하는 제도가 되어서는 안 됨

■ 소속법상 불출석 재판 제도 개선 필요성

- 소속법은 사형, 무기 또는 장기 10년이 넘지 않는 사건에서, 주소보정, 소재조사촉탁, 구인장의 발부 기타 필요한 조치를 취하였음에도 송달불능보고서 접수 후 6개월 내 피고인의 소재를 확인하지 못하는 경우 공시송달을 실시할 수 있고, 공시송달 소환 2회 후 불출석 시 피고인의 진술 없이 재판할 수 있도록 규정함 → 실무상 불출석 재판에 있어서 가장 많이 활용되는 제도
- 현행 소속법이 앞서 본 불출석 재판의 목적을 효과적으로 달성하면서도 피고인의 방어권 보장 및 실체진실 발견을 저해하지 않는지 검토하여, 미흡한 부분이 있다면 개선방안을 강구할 필요가 있음

II. 사례 및 시사점

1. 사례 소개

■ 피고인 A에 대한 기소 내용

- 공소사실(특수상해): 2019. 7. 30. 위험한 물건인 전자저울로 피해자의 뒷머리를 가격하여 약 2주간의 치료가 필요한 뇌진탕의 상해를 가함
 - 특수상해: 1년 이상 10년 이하의 징역(벌금형 없음) / 폭력 전과 포함 18범
 - 집행유예기간 중 범죄(집행유예기간: 2019. 2. 28.부터 2년) → ① 유예기간



중 재차 집행유예 불가 + ② 유예기간 도과 전 실행 확정 시 기존 집행유예 (징역 6개월) 실효

- 기소일시: 2019. 9. 3.

■ 재판 경과

- 피고인: 전자저울이 아닌 종이박스를 던졌다는 등 주장(위험한 물건 ×)
- 본인 불출석 + 기일 변경 신청 + 증인 불출석으로 인한 기일 변경 = 6회
 - 증인에게 불출석을 권유하고 증거 인멸 부탁(재판과정에서 드러남)
- 2020. 8. 25. 증인신문 후 변론 종결, 2020. 9. 4.로 선고기일 지정
- 9. 4., 9. 11., 9. 25. 각 선고기일 불출석, 소환장 송달불능(9. 10. 폐문부재)
- 공시송달 요건 충족 위해 6개월 간³⁾ 소재탐지촉탁, 구속영장 발부 등 절차 진행 후 2021. 3. 11. 공시송달 실시, 2회 불출석 후 2021. 4. 9. 판결선고
 - 집행유예기간 이미 도과 → 징역 1년 선고
- 변호인 항소 → 항소심에서 집행유예 선고, 확정

2. 시사점

■ 해당 사안의 특징

- 해당 사안은 피고인이 집행유예 실효를 막고 실행 선고를 피하기 위하여, 재판 지연 목적의 불출석 동기가 있는 사건이었음
- 재판부는 피고인의 재판 지연으로 인하여 불공정한 결과가 발생하지 않도록 각종 조치를 최대한 신속히 진행하려고 하였으나(① 선고기일 신속 지정, ② 2020. 9. 10 송달 불능 후 6개월 도과 직후인 2021. 3. 11. 공시송달 실시), 불출석 재판 요건 충족 절차 진행 과정에서 집행유예 기간 도과를 막지 못함

3) 소송촉진 등에 관한 특례법 제23조(제1심 공판의 특례)

제1심 공판절차에서 피고인에 대한 송달불능보고서가 접수된 때부터 6개월이 지나도록 피고인의 소재를 확인할 수 없는 경우에는 대법원규칙으로 정하는 바에 따라 피고인의 진술 없이 재판할 수 있다. 다만, 사형, 무기 또는 장기 10년이 넘는 징역이나 금고에 해당하는 사건의 경우에는 그러하지 아니하다.



- 한편, 이 사건에서 만일 도망한 피고인에게 집행유예 기간 내에 공시송달 후 실행을 확정시켰다고 하더라도, 공시송달의 사소한 위법이 있다면 **상소권 회복 또는 재심**을 통하여 다시 재판이 진행될 것이고, 그 과정에서 집행유예기간을 충분히 도과시킬 수 있음 → 역시 **불출석의 유인을 제공**

■ 개선의 필요성

- 위 사건의 예에서는 결국 성실하게 재판받은 피고인에 비하여 고의적으로 불출석한 피고인이 이익을 받게 되고, 그 이익의 정도도 상당히 큼
- 그런데도 현행 제도는 피고인에게 불출석 유인을 제공하는(억제하지 못하는) 제도로 일부 기능하고 있음 → 이를 바로잡을 수 있는 개선방안 마련 필요

III. 현행법상 불출석 재판 제도 개관

1. 불출석 재판 제도 분류(소촉법 제외)

■ ① 중형 선고의 가능성이 전혀 없는 경우

- 경미사건 등의 경우(형소법 제277조)
 - 다액 500만 원 이하의 벌금 또는 과료에 해당하는 사건
 - 공소기각 또는 면소의 재판을 할 것이 명백한 사건
 - 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 사건(다만 인정신문, 판결선고 제외)
 - 피고인만이 정식재판의 청구를 하여 판결을 선고하는 사건
- 공판절차 정지사유가 있는 경우에 무죄, 면소, 형면제, 공소기각의 재판을 하는 경우(형소법 제306조)
- 즉결심판의 경우(즉결심판에 관한 절차법 제7조, 제8조의2)



■ ② 불출석에 대한 책임이 피고인에게도 있는 경우

- 재판장의 허가 없이 퇴정하거나 퇴정명령을 받은 때(형소법 제330조)
- 구속피고인이 정당한 사유 없이 출석을 거부한 때(형소법 제277조의2)
- 항소심(피고인만 정식재판을 청구한 고정사건 포함)에서 2회 연속 불출석한 경우(형소법 제365조, 제458조)
- 선거재판에서 2회 불출석한 경우(공직선거법 제270조의2)

■ ③ 피고인이 의사무능력자 또는 법인인 경우(형소법 제26 내지 28조)

2. 소속법상 불출석 재판 제도

가. 관련 규정

[소속촉진 등에 관한 특례법]

제23조(제1심 공판의 특례)

제1심 공판절차에서 피고인에 대한 송달불능보고서가 접수된 때부터 6개월이 지나도록 피고인의 소재를 확인할 수 없는 경우에는 대법원규칙으로 정하는 바에 따라 피고인의 진술 없이 재판할 수 있다. 다만, 사형, 무기 또는 장기 10년이 넘는 징역이나 금고에 해당하는 사건의 경우에는 그러하지 아니하다.

제23조의2(재심)

① 제23조 본문에 따라 유죄판결을 받고 그 판결이 확정된 자가 책임을 질 수 없는 사유로 공판절차에 출석할 수 없었던 경우 「형사소송법」 제424조에 규정된 자는 그 판결이 있었던 사실을 안 날부터 14일 이내(재심청구인이 책임을 질 수 없는 사유로 위 기간에 재심청구를 하지 못한 경우에는 그 사유가 없어진 날부터 14일 이내)에 제1심 법원에 재심을 청구할 수 있다.

[소속촉진 등에 관한 특례규칙]

제18조(주소의 보고와 보정)

① 재판장은 피고인에 대한 인정신문을 마친 뒤 피고인에 대하여 그 주소의 변동이 있을 때에는 이를 법원에 보고할 것을 명하고, 피고인의 소재가 확인되지 않는 때에는 그 진술없이 재판할 경우가 있음을 경고하여야 한다.

② 피고인에 대한 송달이 불능인 경우에 재판장은 그 소재를 확인하기 위하여 소재조사촉탁, 구인장의 발부 기타 필요한 조치를 취하여야 한다.

③ 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.

제19조(불출석피고인에 대한 재판)

① 피고인에 대한 송달불능보고서가 접수된 때로부터 6월이 경과하도록 제18조제2항 및 제3항의 규정에



의한 조치에도 불구하고 피고인의 소재가 확인되지 아니한 때에는 그 후 피고인에 대한 송달은 공시송달의 방법에 의한다.

② 피고인이 제1항의 규정에 의한 공판기일의 소환을 2회 이상 받고도 출석하지 아니한 때에는 법 제23조의 규정에 의하여 피고인의 진술없이 재판할 수 있다.

나. 요건 개관

- ① 소재 확인 조치: 소재조사촉탁, 구인장 발부, 기타 필요한 조치, 주소 보장
- ② 최초 송달불능보고서 접수 후 6개월 동안 소재 미확인
- ③ 공시송달(2주 후 효력) → 1회 불출석 → 공시송달(5일 후 효력) → 2회 불출석 시 불출석 재판 진행

다. 제정 및 개정 경위 및 헌법재판소 결정례

■ 최초 도입 → 사형·무기 또는 단기 3년 이상 제외

- 소속법 제23조에 따른 결석재판제도는 1981. 1. 29. 소속법이 제정되면서 도입
- 입법 취지는 다음과 같음⁴⁾
 - 법원의 적절한 조치에도 불구하고 피고인의 소재를 확인할 수 없는 경우에 피고인이 출석하지 아니하였다는 이유로 공판절차를 진행할 수 없다고 한다면 그 절차의 중단으로 인하여 국가의 정당한 형벌권의 행사는 불가능해질 수밖에 없고, 심지어 피고인의 도피를 조장하는 등 여러 가지 불합리한 결과를 초래할 우려가 있음
 - 소속법의 입법목적은 바로 피고인 불출석의 위와 같은 피해를 시정하기 위하여 일정한 요건 아래 공판절차를 진행할 수 있도록 하여 형벌권의 신속하고도 적절한 행사를 도모하려는 것이고, 이를 통하여 부수적으로 영구미제사건의 적체를 줄이려는 것임
 - 특히 우리 형사소송법 제249조 제2항은 재판시효를 두고 있어(공소제기 후 15년 경과 시 공소시효 완성 간주) 피고인의 불출석에 대비한 입법의 필요성

4) 헌법재판소 1998. 7. 16. 선고 97헌바22 결정



은 더욱 큼

- 제정 당시 소촉법 제23조는 현행 소촉법 제23조와 비교하여 단서 조항에 차이가 있었음. 즉, 당시 소촉법 제23조 단서가 “다만, 사형·무기 또는 단기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 사건의 경우에는 그러하지 아니하다.” 라고 규정하여, 소촉법 제23조의 적용대상이 현행법보다 넓었음

■ 위헌결정(헌법재판소 1998. 7. 16. 선고 97헌바22 결정)

- 과잉금지 원칙에 위배되어 공정한 재판을 받을 권리 침해, 적법절차 원칙 위배 → 위헌
 - ① 피고인 불출석 상태에서 중형이 선고될 수도 있는 가능성을 배제하고 있지 아니할 뿐만 아니라 그 적용대상이 너무 광범위함
 - ② 피고인의 불출석 사유를 구체적으로 따지지 아니한 채 획일적으로 궐석재판의 가능성을 열어 두고 있고, 아무런 책임 없는 피고인에 대하여도 별다른 증거조사 없이 유죄판결을 선고할 수 있게 하고 있음

“공판절차 불출석 사유에는 예컨대 재판장이 제1회 공판기일에 출석한 피고인에게 인정신문을 한 뒤에 주소의 변동이 있을 때에는 이를 법원에 보고할 것을 명하고, 피고인의 소재가 확인되지 않을 때에는 피고인의 진술없이 재판할 경우가 있음을 경고하였음에도 피고인이 고의로 출석하지 않는 경우 등 피고인에게 그 책임을 돌릴 수 있는 경우도 있을 수 있겠으나,

피고인이 공소가 제기된 사실조차 알지 못한 경우이거나, 공소제기사실을 알고 있다고 하더라도 피고인에게 그 책임을 돌릴 수 없는 경우도 얼마든지 있을 수 있다.

그러나 이 사건 법률조항은 그 사유가 어디에 있는지를 가리지 아니하고 한결같이 피고인에게 답변과 입증 및 반증의 기회 등 공격·방어의 기회를 부여하지 아니한 상태에서의 궐석재판을 허용하고 있다.”

■ 후속 합헌 결정(헌법재판소 2005. 7. 21. 선고 2005헌바21 결정)

- 위 위헌결정에 따라 1999. 12. 28. 소촉법 제23조가 현행과 같이 개정되어, ① 그 적용대상이 ‘사형·무기 또는 장기 10년이 넘는 징역이나 금고에 해당하는 사건 제외’로 축소되었고, ② 소촉법 제23조의2가 신설되어 소촉법 제23조에 따라 판결이 선고되어 확정된 피고인이 재심을 청구할 수 있게 되었음



- 헌법재판소는 개정된 소추법 제23조가 위와 같은 개정 및 신설에 따라 위헌성이 해소되어 헌법에 위반되지 않는다는 결정을 하였음
 - 대상 범죄의 법정형 상향으로 위 ①의 위헌사유 제거
 - 재심 규정을 둠으로써 ②의 위헌사유 제거

■ 국가인권위원회 권고(2005. 11. 29.)

- “소재불명으로 인한 피고인의 불출석 재판을 인정하고 있는 소송촉진법 제23조는 ① 당사자에게 재판에 대한 사전 통보라는 최소한의 형사소송절차를 보장하지 않을 뿐만 아니라, ② 불출석 사유에 대한 피고인의 귀책 여부를 구분함이 없이 획일적으로 적용하여 책임 없는 사유로 불출석한 피고인이 방어기회 없이 유죄판결을 받을 수 있게 함으로써 재판을 받을 권리 및 적법절차의 원칙에 위배된다.” 는 이유로 소추법 개정을 권고

■ 개선 필요성

- 후술하듯 위헌결정 및 국가인권위원회 권고에서 지적한 “불출석 사유에 대한 피고인의 귀책 여부를 구분함 없이 획일적으로 불출석 재판을 가능하게 하는 부분” 은, 재심을 가능하게 하는 법 개정만으로는 해소되었다고 보기 어려움

3. 공시송달 재판 진행 현황

가. 공시송달의 필요성

■ 필요성

- 불출석 재판 중 일정 유형의 사건에서는 출석의 전제가 되는 ‘송달’ 이 이루어져야 하는 경우가 있음 → 대부분을 차지하는 유형은 다음 두 가지임
 - ① 소추법상 불출석 재판
 - ② 항소심(피고인만 정식재판을 청구한 고정사건 포함)에서 2회 연속 불출석한 경우(형소법 제365조, 제458조)



■ 공시송달 진행

- 각종 출석 확보 조치에도 불구하고 피고인의 소재를 알 수 없는 경우에는 앞서 본 소속법 규정 또는 아래의 형사소송법 규정에 따라 공시송달을 진행함

[형사소송법]

제63조(공시송달의 원인)

- ① 피고인의 주거, 사무소와 현재지를 알 수 없는 때에는 공시송달을 할 수 있다.
- ② 피고인이 재판권이 미치지 아니하는 장소에 있는 경우에 다른 방법으로 송달할 수 없는 때에도 전항과 같다.

제64조(공시송달의 방식)

- ① 공시송달은 대법원규칙의 정하는 바에 의하여 법원이 명한 때에 한하여 할 수 있다.
- ② 공시송달은 법원사무관등이 송달할 서류를 보관하고 그 사유를 법원게시장에 공시하여야 한다.
- ③ 법원은 전항의 사유를 관보나 신문지상에 공고할 것을 명할 수 있다.
- ④ 최초의 공시송달은 제2항의 공시를 한 날로부터 2주일을 경과하면 그 효력이 생긴다. 단, 제2회 이후의 공시송달은 5일을 경과하면 그 효력이 생긴다.

[형사소송규칙]

제43조(공시송달을 명하는 재판)

법원은 공시송달의 사유가 있다고 인정할 때에는 직권으로 결정에 의하여 공시송달을 명한다.

- 형사소송법상 공시송달과 소속법상 공시송달의 요건은 실질적으로 같은 요건이라고 할 수 있고,⁵⁾ 다만 소속법에서는 피고인의 소재를 확인하기 위하여 필요한 조치를 구체화하고 있을 뿐임

나. 공시송달로 진행된 재판에 대한 구제수단

1) 판결 확정 전 구제수단: 상소

- 피고인이 선고 사실을 잘 알고 있는 경우에는 직접 또는 변호인을 통하여 상소장을 제출할 수 있음
- 다만, 많은 사건에서 소재불명 상태의 피고인은 상소를 제기하지 않음

2) 판결 확정 후 구제수단: 상소권회복청구, 재심청구

5) 법원행정처, 형사신청 재판실무편람(2017), 15.



■ 상소권회복청구, 재심청구

- 공시송달로 진행된 판결은 통상 불복 없이 확정되며, 피고인은 확정판결의 집행으로 구금된 피고인은 교도소에서 불복절차를 강구하게 됨
- 형사소송법과 소추법은 공시송달로 확정된 판결에 대한 불복절차로 **상소권회복청구**와 **재심청구**의 두 가지 길을 열어두고 있음
 - ① **상소권회복**: 피고인이 자신의 책임질 수 없는 사유로 상소 제기기간 내에 상소를 하지 못한 경우에는 상소권회복의 청구를 할 수 있음(형사소송법 제 345조) → 회복 시 항소심 진행
 - ② **재심**: 한편 소송촉진법 제23조의2 제1항은 “제23조에 따라 유죄판결이 확정된 자가 책임을 질 수 없는 사유로 공판절차에 출석할 수 없었던 경우, 판결이 있었던 사실을 안 날부터 14일 이내에 제1심 법원에 재심을 청구할 수 있다.” 고 정하고 있음 → 재심 개시 시 1심 진행
 - 상소권회복의 요건과 재심청구의 요건은 사실상 동일하나, 실무상 상소권회복청구의 비율이 재심청구의 비율보다 압도적으로 높음⁶⁾

■ ‘책임질 수 없는 사유’ 유무의 판단⁷⁾

- ① **공소장이 송달된 바 없는 경우** → 책임질 수 없는 사유 인정

공시송달의 방법으로 피고인이 불출석한 가운데 공판절차가 진행되고 판결이 선고되었으며, 피고인으로서 는 공소장부분 등을 송달받지 못한 관계로 공소가 제기된 사실은 물론이고 판결 선고사실에 대하여 알지 못한 나머지 항소기간 내에 항소를 제기하지 못한 경우에는, 이와 같은 항소기간의 도과는 피고인의 책임질 수 없는 사유에 기인한 것으로 봄이 상당하다(대법원 2007. 1. 12.자 2006모691 결정, 대법원 2004. 1. 30.자 2003모447 결정).

- ② **공소장이 송달되었거나 피고인이 공판기일에 출석하였던 경우** → 공시송달의 적법 여부에 따라 결정

6) 판결문검색시스템에서 사건명 ‘상소권회복’, 주문 ‘상소권을 회복한다’, 검색어 ‘공시송달’로 검색할 경우 4,353건이 검색되나, 주문 ‘재심을 개시한다’, 검색어 ‘제23조의2’로 검색할 경우 단 24건만이 검색됨(2024. 6. 20. 확인). 이는 재심청구가 널리 알려져있지 않고, 교도소에서 상소권회복청구서 양식을 주로 보관, 교부하기 때문으로 추측됨

7) 법원행정처, 형사신청 재판실무편람 (2017), 2-23.



- 공시송달 위법: 책임질 수 없는 사유 인정 ↔ 공시송달 적법: 불인정
- 공시송달이 위법하다면 피고인의 귀책사유 불문하고 책임질 수 없는 사유 인정 → 피고인이 선고기일을 앞두고 도주하는 등 피고인에게 귀책사유가 명백히 있는 경우에도, 공시송달에 사소한 흠이라도 있는 경우에는 상소권회복

형사소송법 제345조의 ‘자기 또는 대리인이 책임질 수 없는 사유’라 함은 본인 또는 대리인에게 귀책사유가 전혀 없는 경우는 물론, **본인 또는 대리인의 귀책사유가 있더라도** 그와 상소제기기간의 도과라는 결과 사이에 다른 독립한 원인이 개입된 경우를 배제한다고 보기 어려우므로, **위법한 공시송달에** 터 잡아 피고인의 진술 없이 공판이 진행되고, 피고인이 출석하지 않은 기일에 판결이 선고된 이상, 피고인은 자기 또는 대리인이 **책임질 수 없는 사유**로 인하여 상소제기기간 내에 상소를 하지 못한 것으로 봄이 상당하다(대법원 2006. 2. 8.자 2005모507 결정 등)

피고인이 재판이 계속 중인 사실을 알면서도 새로운 주소지 등을 법원에 신고하는 등 조치를 하지 않아 소환장이 송달불능되었더라도, 법원은 기록에 주민등록지 이외의 주소가 나타나 있고 피고인의 집 전화번호 또는 휴대전화번호 등이 나타나 있는 경우에는 위 주소지 및 전화번호로 연락하여 송달받을 장소를 확인하여 보는 등의 시도를 해 보아야 하고, 그러한 조치 없이 곧바로 공시송달 방법으로 송달하는 것은 형사소송법 제63조 제1항, 소송촉진 등에 관한 특례법 제23조에 위배되어 허용되지 아니하는데, 이처럼 허용되지 아니하는 잘못된 공시송달에 터 잡아 피고인의 진술 없이 공판이 진행되고 피고인이 출석하지 않은 기일에 판결이 선고된 경우에는, 피고인은 자기 또는 대리인이 책임질 수 없는 사유로 상소 제기기간 내에 상소를 하지 못한 것으로 봄이 타당하다(대법원 2022. 5. 26.자 2022모439 결정 등)

- 이에 대하여는 공시송달의 위법 여부와, 피고인이 책임질 수 없는 사유로 상소(출석)하지 못했는지 여부를 분리하여 판단하여야 한다는 주장이 있고,⁸⁾ 이는 법문에도 부합하는 해석으로 경청할 만하다고 생각함

다. 공시송달의 적법 여부에 대한 판단과 문제점

▣ 공시송달 적법 여부에 대한 판단

8) 김혜경, “형사절차상 공시송달제도의 문제점과 개선방안”, 형사정책연구 25권 1호(2014. 봄호), 28(절차위법으로 인한 불송달은 대부분 피고인의 귀책사유 없는 불출석으로 이어지겠지만, 비록 절차위법이 있었다고 하더라도 피고인이 이미 공소장부분을 송달받고 공판기일에 참여한 이후라면 절차상의 하자가 곧바로 피고인의 불출석과 인과관계가 있는 것은 아니다. 현재는 절차상 위법의 대소를 구분하지 아니하고 절차상의 하자가 존재하기만 하면 공시송달을 위법하다고 보지만, 현행법상 불출석으로 인한 재판회복청구의 사유는 피고인의 책임질 수 없는 사유만으로 한정되어 있다는 점을 고려하여야 할 것이다 … 피고인의 소재탐지의 노력을 하였음에도 불구하고 이를 파악할 수 없었다면, 그러한 과정에서 다소의 절차적 하자가 있었다고 하더라도 이를 반드시 피고인의 책임없는 사유로 연결할 수는 없을 것이다. 오히려 피고인의 정확한 주소기재의 해태 또는 주소변경의 미신고에 의한 경우를 기준으로 하여, 이를 원인으로 한 절차적 하자가 발생하였다면 피고인의 고의 또는 과실여부를 중심으로 하여 공시송달의 적법성을 판단함이 타당할 것으로 생각된다).



- 공시송달의 적법 여부는 ① 각종 소재 확인 조치를 다하였는지 여부로 판단하고, ② 그 외 소촉법 사안의 경우 최초 송달불능보고서 접수 후 6개월이 도과하였는지 등의 요건 충족 여부도 판단함
- 소재 확인 조치로는 앞서 본 소재조사촉탁, 구인장 발부, 기타 필요한 조치, 주소보정 외에도, 송달가능한 주소를 알기 위한 각종 노력이 포함됨
 - 이에 대하여 판례는 증거기록에 나타난 각종 주소, 본인이나 가족의 휴대전화번호, 피고인의 집과 직장 전화번호 등 기록상 확보할 수 있는 모든 연락처로 송달·연락을 시도하여야 한다고 판시함
- 공시송달의 적법 여부의 판단 기준은 재판부마다 다르나, 실무상 상당히 엄격하게 판단하는 경우가 많음
 - 심지어 하급심 중에는 이메일 주소나 페이스북 계정으로 연락을 시도하지 않은 것을 이유로 공시송달이 위법하다고 보아 상소권을 회복하는 사례도 자주 발견됨
 - 재판장으로서 불출석 재판의 적법성을 확보하기 위하여, 오래된 전화번호로 결과론적으로 연락을 안 받을 것이 명백한 경우나, 과거 주소임이 비교적 명백한 경우에도 연락·송달·소재탐지촉탁 등의 절차를 거쳐야 함
 - 이는 피고인이 가급적 출석 상태에서 재판을 받아야 하고, 불출석 상태에서 형을 선고받은 경우 이를 시정해야 한다는 법관들의 인식이 반영된 것으로 이해될 수 있음

■ 현행 공시송달 제도의 문제점

- 문제점 1: 증거분리제출 실무와 공시송달 요건 충족의 어려움
 - 증거분리제출제도로 인하여 제1심 재판장으로서 증거채택이 이루어지지 않아 수사기록을 살펴볼 수 없음에도, 판례상 수사기록에 나타난 주소에 대한 송달, 연락처에 대한 전화를 시도하지 않으면 공시송달이 부적법한 것으로 평가됨



- 이와 관련하여 ① 재판부에서 검사에게 수사기록을 검토한 후 피고인의 연락 가능한 모든 주소, 전화번호를 제출할 것을 요구하는 실무례도 있으나, 실무상 검사의 협조가 원활하지 않고, 검사가 일부 연락처를 누락한 경우에도 공시송달 위법 사유가 되므로 이를 검사의 협조를 전적으로 믿기는 어려움

B 판사(지방법원 지방법원, 형사단독 재판장):

검사의 수사기록 검토결과를 믿을 수는 없다. 판사와 검사의 주소보정에 대한 심사기준이 달라 주소보정이 누락될 가능성도 있다. 피고인이 “예전에는 주민등록주소지에 살았는데 최근 다른 곳으로 이사했다.”라고 진술한 경우, 재판장은 그 주소지로도 소재탐지촉탁을 보낼 것이나 검사는 피고인이 거주하지 않는 주소임이 명백하므로 주소보정대상에서 제외할 수 있다.

- 또한 ② 재판부에서 피고인이 불출석한 공판기일에 법정에서 검사에게 잠시 증거기록의 열람을 요청하고, 연락처 등을 메모하여 피고인에게 송달과 연락을 시도하는 실무례도 있으나, 이는 엄밀히 말하면 채택되지 않은 증거를 열람한다는 점에서 위법한 실무례로 평가될 여지가 있음

B 판사(지방법원 지방법원, 형사단독 재판장):

많은 재판장이 검사를 믿을 수 없으니 법정에서 기록을 빌려 소재탐지촉탁의 대상을 선정한다. 대법원에서 제시한 기준은 수사기록이 증거로 채택, 조사되지 않은 사건에서 재판장에게 위법을 요구하는 결과가 된다.

- 결국 절차를 가장 정확하게 준수하기 위하여는, ① 주소보정, 소재탐지촉탁, 구인장 발부 등의 조치 → ② 검사에게 증거기록상 주소와 연락처 확인 요청, 확인된 주소와 연락처로 송달 및 연락 시도 → ③ 6개월 후 공시송달 → ④ 2회 불출석 시 재판 진행, 증거기록을 제출받고 선고기일 지정 → ⑤ 증거기록상 다른 주소·연락처 발견 시 변론재개, 공시송달 취소, 재차 연락 시도 → ⑥ 다시 공시송달 → ⑦ 다시 2회 불출석 시 재판 진행이라는 복잡한 절차를 거쳐야 함
- 이는 처음부터 공소장을 받지 못한 피고인에게나, 선고기일을 고지받고도 도망하는 등 귀책사유가 분명한 피고인에 대하여도 동일하게 적용되는 절차임

● 문제점 2: 판례의 엄격한 판단과 공시송달 요건 준수에 대한 동기 부족

- 앞서 본 것과 같이 판례는 피고인의 책임질 수 없는 사유 유무를 판단함에 있어, 공시송달이 위법하다면 피고인의 귀책의 정도는 묻지 않고 있으므로,



실무상 피고인이 선고기일을 앞두고 도주한 경우 등 피고인의 책임이 일견 명백한 경우에도 공시송달에 사소한 위법이 있다면 상소권이 회복되고 있음

- 나아가 많은 재판부에서 실질적으로 의미 없는 조치를 하지 않았다는 이유로도 상소권회복청구를 인용하는 경향을 보임 → 예컨대 과거 주소임이 명백한 곳에 대한 소재탐지누락, 주민등록증 사본상 주소에 대한 송달 누락, 바뀐 전화번호임이 명백한 번호에 대한 연락 누락, 이메일 연락 누락 등을 이유로 상소권회복청구를 인용하기도 함

C 판사(수도권 지방법원, 형사단독 재판장):

공시송달을 명하기 위하여 증거기록상 나타난 모든 주소와 연락처로 송달을 시도해야 한다는 법리는 동의하기 어려운 측면이 있다. 피고인이 도주한 것이 명백한데 기록을 전부 검토하여 과거의 주소지까지 송달을 시도하는 것이 타당한지 의문이다.

D 부장판사(지방권 지방법원, 형사단독 재판장):

- ‘피고인의 소재를 파악하기 위한 조치’라는 이름으로 실질적 의미가 없는 조치도 강제하는 것도 문제이다. 피고인이 최초 피의자신문을 받으면서 “주민등록증의 주소는 A이나, 최근에 B로 이사 가서 A에는 더 이상 살지 않고 있다”라고 진술한 사건이 있었다. A에 대한 소재탐지촉탁절차를 거치지 않았다는 이유로 상소권회복청구가 인용되었는데, 피고인 스스로 더 이상 살지 않는다고 진술한 주소지에 소재탐지촉탁을 보내는 것은 무용한 절차에 불과하다. 이를 이유로 공시송달의 적법성을 부정하는 것은 타당하지 않다.
- 아무리 요건을 엄격하게 심사하여 공시송달을 명해도 상소권회복이 되는 경우가 많다. 공시송달로 진행하여 판결을 선고해도 어차피 다른 재판부에서 상소권회복청구를 인용할 것이라는 생각을 가지게 된다.

- 또한 부적법한 실무레이기는 하나, 피고인이 불출석 재판에서 실형을 선고받아 구금된 경우에는 피고인의 재판받을 권리를 보장하기 위하여 이유를 불문하고 상소권을 회복시키는 실무례도 있고, 검사도 이에 대하여 항고하는 경우는 드물
- 여러 법관들이 자신이 선고한 불출석 판결이 예상치 못한 사유나 지엽적인 이유로 인하여 효력을 상실하였고, 그로 인하여 불출석 재판이 자신의 단계에서 종결되어 확정되는 재판이 아닌 이른바 거쳐가는 재판이라는 인식을 갖게 된다는 점을 지적하고 있음. 나아가 면밀한 심사를 거쳐 공시송달을 명하였으나 상소권회복청구가 인용되는 경험이 반복되면, 재판장으로서의 어차피 확정되지 않을 사건이라는 생각 하에 공시송달의 요건을 충족하지 아니한 채 공시송달을 명할 가능성도 높아짐



4. 논의의 주안점: 소속법상 불출석 재판

▣ 소속법 외의 사안에서는 특별한 문제가 없음

- 불출석 재판이 피고인의 의사에 부합하는 유형에 해당하거나, 불출석 재판이 피고인에게 불이익을 주지 않는 유형, 피고인의 귀책사유가 명백한 유형임

▣ 소속법상 불출석 재판에 대한 집중적인 검토 필요

- 피고인이 자신이 불출석한 상태에서 재판이 진행되기를 적극적으로 의욕하는 것이 아니고, 그 판결도 통상 피고인에게 불리하게 선고되는 경우가 많으므로, 불출석 재판의 절차와 내용이 적법하였는지에 대하여 피고인이 적극적으로 다투게 됨
- 위험결정 및 국가인권위원회 권고에서 언급하고 있는 ‘피고인의 불출석 사유를 구체적으로 따지지 아니한 채 확일적으로 결석재판의 가능성을 열어 두고 있는 점’ 이 현재까지 해결되고 있지 않은 측면이 있음
- 상소권회복, 재심에서의 ‘책임질 수 없는 사유’의 판단이 공시송달의 적법과 연계됨으로써 피고인의 책임이 일견 명백한 경우에도 불출석 재판에 대한 불복이 보장될 가능성이 높고, 이는 피고인에게 불출석과 도주 유인을 부여

IV. 해외 입법례

1. 미국

가. 개요

- 형사재판에서 피고인의 출석권은 헌법상 권리로서 연방 수정헌법 제6조⁹⁾의 대면권 조항 및 제5조¹⁰⁾의 적법절차 조항에 근거를 두고 있음

9) “모든 형사 기소에서 피고인은 범죄가 행해진 주 및 해당 지역의 공정한 배심원단에 의한 신속하고 공개적인 재판을 받을 권리를 누려야 하고, 해당 지역은 법에 의하여 사전에 확정되어야 하며, 기소의 성질과 원인을 통보받고, 자신에게 불리한 증인과 대면하며, 자신에게 유리한 증인을 확보하기 위한 강제 절차를 밟고, 변호인의 조력을 받을 수 있다.”

10) “... 누구든지 동일한 범죄로 인하여 두 번 다시 생명이나 신체의 위협에 처하게 할 수 없고, 형사 사건에서



- 헌법상 권리로서 출석권의 범위 내에서, 연방과 주의 법령에 따라 구체적인 궐석재판의 허용요건이 정해짐. 따라서 각 주의 형사소송법이나 판례가 궐석재판을 허용하는 경우라도 연방헌법상 출석권을 침해하는 경우에는 궐석재판이 허용되지 않음

나. 헌법상 출석권의 제한에 관한 연방대법원 판례

■ 권리 포기(waiver)와 권리 박탈(forfeiture)

- 피고인의 헌법상 재판 출석권에 대한 제한에 관하여는 이론상으로 권리 포기(waiver)와 권리 박탈(forfeiture)의 2가지 관점이 있음.¹¹⁾
 - 권리 포기(waiver): 피고인이 권리 포기에 관한 정보를 알면서 자의로 포기의 결정을 하여야 함. 즉 피고인이 출석하지 않은 경우 재판이 그대로 진행되는 사실을 알면서 자의적으로 권리를 포기하였음이 인정되어야 불출석 재판을 할 수 있음.
 - 권리 박탈(forfeiture): 피고인이 알면서 자의적으로 결정을 내리지 않더라도, 즉 피고인의 주관적 인식과 관계없이, 피고인의 이익과 국가의 이익 등을 객관적으로衡量하여 피고인의 출석권을 박탈함.
- 미국 연방대법원은 불출석 재판에 관하여 Diaz 판결 이래로 피고인의 헌법상 출석권의 포기로 이론구성을 해온 것으로 평가됨

■ 1912년 Diaz 판결 이전의 미국 관습법

- 종래 미국 관습법에서는 중범죄 혐의에 대하여 유효한 재판과 유죄판결을 하기 위해서는 피고인의 출석이 필수적이라고 함. 피고인이 불출석한 경우에는 유죄판결은 무효화됨

■ Diaz 판결(1912년)¹²⁾

자신에 대한 증인이 될 것을 강요당하거나 적법한 법률 절차 없이 생명, 자유 또는 재산을 박탈당하지 않으며, 정당한 보상 없이 사유 재산을 공공의 용도로 수용당하지 아니한다.”

11) Eugene L. Shapiro, Examining an Underdeveloped Constitutional Standard: Trial in Absentia and the Relinquishment of a Criminal Defendant's Right to be Present, 96 MARQ. L. REV. 591, 603 (2012).



- 진행 중인 재판에 두 차례 걸쳐 자진하여 불출석한 피고인에 관한 사건에서 연방대법원은 피고인의 출석권에 대한 제한적인 예외를 인정함
- 즉 피고인 출석 하에 공판이 시작된 후 임의로(자발적으로) 불출석하는 경우 출석권을 포기한 것으로 구성하여 불출석 재판이 가능한 예외를 인정함.
 - 범죄가 사형이 가능한 범죄가 아니고 피고인이 구금되어 있지 않은 경우, ... 피고인의 출석 하에 공판이 시작된 후 피고인이 임의적으로 불출석하는 경우, 이는 이미 이루어진 것을 무효화하거나 공판의 완성을 방해하는 것이 아니라, 반대로 출석할 권리의 포기로 작용하여 법원은 피고인이 출석한 것과 같은 방식과 같은 효과로 재판을 자유롭게 진행할 수 있다고 판시

■ Allen 판결(1970년)¹³⁾

- 연방대법원은 피고인이 재판을 방해하는 행위를 하는 경우 피고인의 출석권이 상실될 수 있다고 판시함.
- 연방대법원은 재판방해 행위로 인한 불출석 재판 인정 시 아래 사실을 고려
 - ① 판사로부터 무질서한 행동 계속 시 퇴장당할 것이라는 경고를 받았을 것
 - ② 질서 있는 행동에 동의하면 재판에 복귀할 수 있다는 통지를 지속적으로 받을 것

■ Taylor 판결(1973년)¹⁴⁾

- 피고인의 임의적인 재판 불출석은 피고인이 자신의 출석 권리에 대해 알고 있었거나 법원으로부터 출석권에 대하여 명시적 경고를 받았음을 입증하지 않더라도 출석권의 효과적인 포기로 해석될 수 있음
 - 기소된 피고인이 오전 재판을 마친 후 오후 재판부터 불출석하였고, 다음 날 아침에도 불출석하고 연락이 되지 않음.

12) Diaz v. United States, 223 U.S. 442, 32 S.Ct. 250, 56 L.Ed. 500 (1912).

13) Illinois v. Allen, 397 U.S. 337, 90 S.Ct. 1057, 25 L.Ed.2d 353 (1970).

14) Taylor v. United States, 414 U.S. 17, 94 S.Ct. 194, 38 L.Ed.2d 174 (1973).



- 매사추세츠주 지방법원에서는 연방형사소송규칙 제43조에 의하여 피고인 불출석 상태에서 배심재판, 유죄 선고
- 피고인은 “출석권 및 불출석 시 재판 계속 가능성을 경고받았음이 입증되지 않았으므로 불출석 재판이 불가능하다.” 고 주장
- 연방대법원은 “판사, 배심원, 증인, 변호사가 출석하고 재판을 계속할 준비가 되어 있는 재판 도중에 법정에서 도망친 피고인이 결과적으로 자신의 불출석에도 재판이 계속될 수 있다는 사실을 모른다는 것은 믿을 수 없다.” 고 하면서, 피고인의 불출석 상태에서 내린 유죄판결을 그대로 확정함

■ Crosby 판결(1993년)¹⁵⁾

- 연방대법원은 공판 시작 시 출석하지 않은 피고인에 대하여 결석재판이 금지된다고 해석함
 - 연방대법원은 공판의 시작 시부터 피고인이 불출석하는 경우와 공판 시작 시에는 참여하였으나 공판 중에 불출석한 경우를 구별할 실익이 있다고 봄
- 다만, 이 판결은 일반적으로 헌법상 출석권에 대한 해석에 관한 판결이 아니라 결석재판의 요건을 규정한 연방형사소송규칙 제43조에 대한 해석에 관한 판결인 것으로 여겨짐. 따라서 헌법상 출석권의 범위에 관하여는 여전히 논쟁이 있음(후술)

○ 판시사항

- ① 이미 진행 중인 소송을 중단하는 데 드는 비용은 아직 시작하지 않은 재판을 연기하는 데 드는 비용보다 더 크므로, 재판지연으로 인한 비용이 피고인의 출석에 따른 피고인과 사회의 이익보다 더 클 가능성이 있는 시점을 명확히 구분해야 한다면, 재판의 시작은 적어도 그 선을 그을 수 있는 그럴듯한 장소라고 판시함
- ② 또한 피고인이 재판에 최초 출석하였다는 사실은 이후 출석을 포기한 것이 실제로 고의적이라는 것을 보장하는 역할을 한다고 판시함. 즉 판사, 배심원, 증인 및 변호사가 출석하여 재판을 계속할 준비가 되어 있는 재판 도중에 법정에서 도망친 피고인이 결과적으로 자신의 부재중에도 재판이 계속될 수 있다는 사실을 알지 못할 가능성은 거의 없다고 판시함

다. 연방형사소송규칙(Federal Rules of Criminal Procedure)상 불출석 재판 관련 규정

15) Crosby v. United States, 506 U.S. 255, 113 S. Ct. 748, 122 L. Ed. 2d 25 (1993).



■ 연방형사소송규칙 제43조

[연방형사소송규칙]

제43조 피고인의 출석

- (a) 출석이 필요한 경우. 본 규칙, 규칙 제5조, 제10조에서 달리 규정하지 않는 한, 피고인은 반드시 다음의 절차에 출석하여야 한다.
- (1) 첫 공판기일, 최초 기소 인부절차, 그리고 답변
 - (2) 모든 공판 절차, 여기에는 배심원 구성과 평결서 반환을 포함함
 - (3) 양형절차
- (b) 출석이 필요하지 않은 경우. 아래의 경우에는 피고인은 출석할 필요가 없다.
- (1) 단체인 피고인. 피고인이 출석한 변호인에 의하여 대리되는 단체인 경우.
 - (2) 경범죄 위반. 벌금형 또는/그리고 1년 이하의 징역형으로 처벌될 수 있는 범죄이고, 피고인의 서면 동의가 있는 경우, 법원은 기소인부, 답변, 공판, 그리고 양형절차를 화상으로 진행하도록 하거나 피고인의 불출석 상태에서 진행하도록 허가한다.
 - (3) 법적 문제에 대한 회의나 청문절차. 이 절차는 오직 법률문제에 대한 회의 또는 청문절차만 포함된다.
 - (4) 형의 정정 절차. 규칙 제35조나 18 U.S.C. § 3582(c)에 따라 형량을 정정하거나 감경하는 절차가 포함된다.
- (c) 계속 출석 포기
- (1) 일반적으로, 최초 공판절차에 출석하였거나 유죄를 인정하거나 다투지 않는 피고인은 아래와 같은 상황에서 출석권을 포기한다.
 - (A) 공판절차가 시작된 후 피고인이 임의로(voluntarily) 불출석한 경우. 법원이 피고인에게 공판절차에서의 출석 의무를 고지하였는지 여부와 관계없다.
 - (B) 사형을 선고할 수 없는 사건에서 피고인이 양형절차에 임의로 불출석한 경우
 - (C) 법원이 피고인에게 방해 행위를 이유로 법정에서 퇴정시킬 수 있음을 경고하였으나 피고인이 지속적으로 퇴정을 정당화시키는 행위를 계속하는 경우
 - (2) 포기의 효과. 피고인이 출석할 권리를 포기한 경우, 피고인의 불출석 상태에서 평결서의 반환과 양형절차를 포함하여 공판절차가 완료될 수 있다.

- 연방대법원의 판결 내용을 반영하여 연방형사소송규칙 제43조에서 ① 피고인의 출석이 필요한 경우, ② 피고인의 출석이 필요하지 않은 경우, ③ 피고인이 출석권을 포기한 것으로 보아 궤석재판을 할 수 있는 경우를 규정함
- 연방형사소송규칙은 연방법원의 형사재판에만 적용되는 규정이고, 각 주의 형사재판에서는 각 주의 형사법령이 적용됨

■ 피고인이 출석권을 포기한 것으로 보아 궤석재판을 할 수 있는 경우

- 최초 공판절차에 출석한 피고인이나, 유죄 또는 불항쟁의 답변을 한 피고인으로서, ① 공판절차가 시작된 후¹⁶⁾ ‘임의적(voluntary)’으로 불출석한 경우



(법원이 피고인에게 출석 의무를 고지하였는지는 불문), ② 사형을 선고할 수 없는 사건에서 피고인이 양형절차에 임의적으로 불출석한 경우

- 법원은 피고인이 불출석한 경우 재판을 진행하기 전에 그 불출석이 임의적인 것인지 확인해야 함. 피고인은 자신의 불출석이 임의적이지 않았음을 증명하여 유죄판결을 취소할 수 있음

- 최초 공판절차부터 피고인이 불출석한 경우: Crosby 판결에 따르면 궤석재판을 할 수 없음. 그러나 Crosby 판결 이후 일부 연방 하급심 및 주 법원 판결들은 Crosby 판결의 의미를 제한적으로 해석하여 공판절차 시작 시 불출석한 피고인에 대하여도 일정한 경우(예컨대, 공판절차 시작 전 재판 불출석에 대한 경고를 들은 경우) 궤석재판을 할 수 있다는 취지로 판시함

- Crosby 판결과 사실관계가 다르다는 점을 근거로 하거나 Crosby 판결은 헌법상 출석권이 아닌 연방형사소송규칙 제43조의 해석에 관한 것일 뿐이므로, 주 법원의 형사재판에 직접 적용된다고 보기 어렵고, 각 주의 법령이 정한 바에 따라 궤석재판을 할 수 있다는 점을 근거로 함

라. 공판절차 시작 시 불출석한 피고인에 대한 불출석 재판 인정례

■ Cuoco 판결(연방 제2순회법원)¹⁷⁾

- 법정에서 출석하여 증거배제심리(suppression hearing)에 참여하고 재판 불출석에 대한 경고를 들었음에도 배심원 선정 직전 법정을 떠나 공판 시작 시(배심원 선정 전)부터 출석하지 아니한 피고인에 대한 불출석 재판이 적법하다고 판단함
- 이 판결에서는 피고인이 공판 시작 전부터 불출석하기는 하였으나, 법원으로 부터 불출석하더라도 재판을 시작할 것이라는 점을 명시적으로 들었기 때문에 연방형사소송규칙 제43조의 목적에 따라 이미 재판이 시작되었다고 판단할 수 있다는 점도 근거로 들었음

16) 공판절차 시작 시에는 출석하였어야 함(Crosby 판결 참조).

17) Cuoco v. United States, 208 F.3d 27, 32 (2d Cir. 2000).



■ Fairey 사건(연방대법원)¹⁸⁾

- 피고인이 변경 주소로 신고한 주소로 재판 일시를 통지하였으나 피고인이 공판 시작 시부터 출석하지 아니하였고, 불출석 상태에서 유죄판결을 받은 사안 → 연방법원 1, 2심에서 구제를 위한 이송 신청 모두 기각하였고, 연방대법원에서도 심리를 거부함

■ Simpson v. State 사건(앨라배마 주 항소법원)¹⁹⁾

- 피고인이 소송의 시간과 장소 및 출석할 권리에 대한 통지를 받았다는 증거가 있는 경우 출석권 포기를 허용한 사례. 이 판결에서 법원은 Crosby 판결은 연방형사소송규칙이 공판 시작 시 출석하지 않은 피고인에 대한 재판을 허용하지 않는다고 판시하였지만, 불출석 재판이 위헌이라는 Crosby의 주장에 대한 검토를 거부하였기 때문에, 각 주에서는 자체 법령 및 절차 규칙에 비추어 공판 시작 시 출석하지 않은 피고인에 대한 불출석재판이 가능한지를 고려할 수 있다고 판단함. 이후 앨라배마 주의 규칙을 해석하여 재판 시작 시 불출석이 가능하다고 판단함

■ State v. Finklea 사건(뉴저지 주 대법원)²⁰⁾

- Crosby 판결은 연방형사소송규칙 제43조를 해석하였을 뿐이고 연방대법원은 판단에 있어 헌법적 고려를 하지 않았다고 강조하였으므로, Crosby 판결이 아니라 뉴저지 주의 규칙을 해석해야 하고, 뉴저지 주의 규칙상으로 공판 시작 시점에 불출석한 경우에도 출석권 포기가 가능하다고 판시

■ Koons v. State 사건(인디애나 주 항소법원)²¹⁾

- Crosby 판결에서 연방형사소송규칙 제43조에 대하여만 다뤘을 뿐, 헌법에 의하여 불출석 재판이 금지된다는 주장을 다루지 않았다고 하면서, 인디애나 주법에 따라 불출석 재판이 가능하다고 판시함

18) Fairey v. Tucker, 567 U.S. 924, 132 S. Ct. 2218, 2220, 183 L. Ed. 2d 653 (2012).

19) Simpson v. State, 874 So.2d 575 (Ala.Crim.App.2003).

20) State v. Finklea, 147 N.J. 211, 686 A.2d 322 (1996).

21) Koons v. State, 771 N.E.2d 685 (Ind.Ct.App.2002).



■ Jefferson v. State 사건(미시시피 주 대법원)²²⁾

- 피고인이 자신의 재판 날짜를 알고 있었고, 두 번의 연기가 허가되었으며, 재판을 회피하려는 분명한 의사를 표명한 경우, 피고인이 전혀 출석하지 않은 채 진행된 불출석 재판에 오류가 없었다고 판단함

■ 추가적으로 이익형량이 필요한지 여부

- ① 연방대법원 판시는 없어 보이나, 대부분의 연방순회법원들에서는 위 궐석 재판의 요건을 충족하더라도 추가적으로 피고인의 출석권이라는 사익과 궐석 재판을 진행하여야 하는 공익을 형량해야 한다는 태도임. 뉴욕, 델라웨어, 매릴랜드 주에서도 이익형량 분석을 요구함
 - 이익형량에 있어서는 합리적인 기간 내에 피고인의 위치를 파악하여 재판을 진행할 수 있는 가능성, 피고인이 여러 명인 경우 재판 일정 조정이 어려움, 증거가 멸실되거나 증인이 사라질 가능성, 피고인의 의도 등 모든 관련 요소를 고려할 수 있음

- ② 반면 다수의 주 법원은 별도로 이익형량 분석이 필요하지 않다는 태도임

마. 참고: 뉴욕 주법상 피고인의 자의적 출석권 포기로 인한 궐석재판의 요건

- ① 피고인에게 이른바 ‘Parker warnings’ (피고인에게 출석의무가 있고 불출석하는 경우 재판절차가 그대로 진행된다는 점을 고지하는 것)를 하였거나 피고인이 재판에 불출석한 경우에도 재판이 진행된다는 점을 알고 있었을 것
- ② 피고인이 불출석 재판이 진행된다는 점을 알면서(knowingly) 자발적이고(voluntarily) 지능적으로(intelligently) 불출석하였을 것
- ③ 이익형량 분석을 거칠 것

바. 도망자에 대한 권리박탈 법리(Fugitive Disentitlement Doctrine)

- 법원은 재량에 따라 도피 중인 피고인의 청구를 받아들이지 않을 수 있다는

22) Jefferson v. State, 807 So.2d 1222 (Miss.2002).



법리²³⁾로서, 주로 유죄판결을 받은 피고인의 상소절차나 사건이송명령 신청 절차에 적용됨

- 도주한 피고인의 권리를 박탈하는 목적은 다음과 같음
 - ① 도망자에 대해 내려질 수 있는 모든 결정의 집행 가능성을 보장함
 - ② 사법 절차를 무시한 것에 대해 처벌을 부과함
 - ③ 정의로부터의 도피를 억제하고 법원의 효율적인 운영을 촉진함
 - ④ 피고인의 도주로 인해 상대방에게 불이익이 발생하는 것을 방지함
- 따라서 유죄판결을 받은 피고인이 상소하거나 연방법원에 사건이송명령을 신청하였더라도 피고인이 도주한 경우에는 법원이 재량권의 행사로 유죄판결의 오류에 대한 심사를 거부하고 상소를 기각하거나 사건이송명령 신청을 기각할 수 있음
- 항소심(피고인만 정식재판을 청구한 고정사건 포함)에서 2회 연속 불출석한 경우 궐석재판을 허용하는 형소법 제365조, 제458조 규정과 유사

2. 독일

가. 피고인의 출석 의무 및 예외

▣ 원칙적으로 모든 공판기일에 피고인 출석 필요

- 독일 형사소송법 제230조는 피고인이 모든 공판기일에 출석해 있을 것을 정하고 있음. 이는 피고의 권리이자 의무이며 법적심문권 및 참여권을 보장하기 위한 것임. 나아가 피고인의 출석은 법원이 직접적으로 사람으로부터 어떠한 인상을 얻도록 함을 보장하는 것임²⁴⁾

▣ 예외

- ① 피고인이 소재를 파악할 수 없는 부재자 상태인 경우

23) Smith v. United States, 94 U.S. 97 (1876).

24) Nestler, Jura, 2024, 135 (138).



- ② 재판진행에 피고인의 출석이 필요하지 않은 것으로 정해진 경우
- ③ 피고인이 공판기일에 임의로 출석하지 않는 경우

나. 피고인의 소재를 파악할 수 없는 경우

■ 부재자(Abwesende)

- 독일 형사소송법 제276조는 ① 거소를 알지 못하거나, ② 외국에 체류하고 있고 관할법원에 출석시키는 것이 불가능하거나 부적절하다고 보이는 피혐의자를 부재자로 규정

■ 효과

- 독일 형사소송법 제285조 제1항은 부재자에 대하여는 공판을 열 수 없도록 하면서 부재자가 나중에 출석하는 경우에 대비하여 증거보전절차를 진행할 수 있다고 정하고 있음

다. 재판 진행에 피고인의 출석이 필요하지 않은 것으로 정해진 경우

1) 형사소송법 제232조

■ 일정 범위의 경미범죄

- 180일 이하의 일수벌금형, 선고유예, 운전금지, 몰수, 폐기 또는 사용불능화를 단독으로 과하거나 병과할 것이 예상되는 경우

■ 출석요구 및 불출석 재판 고지

- 피고인이 정상적으로 출석요구를 받았고 출석요구서에서 피고인의 불출석 상태에서 심리할 수 있다고 알려준 경우에 한함

■ 불출석 재판 가능하나 더 중한 형벌 선고 불가

[독일 연방형사소송법]

제232조 피고인의 불출석에도 불구하고 공판의 진행

(1) 피고인이 정상적으로 출석요구를 받았고 출석요구서에서 피고인의 불출석 상태에서 심리할 수 있다고 알려준 경우 그리고 180일 이하의 일수벌금형, 선고유예, 운전금지, 몰수, 폐기 또는 사용불능화를 단독으로



과하거나 병과할 것이 예상되는 경우에 공판은 피고인의 출석 없이 진행할 수 있다. 이 절차에서 더 중한 형벌이나 개선·보안처분을 선고해서는 안 된다. 피고인에게 출석요구서에서 운전면허 박탈의 가능성을 알린 경우에 운전면허 박탈을 할 수 있다.

(2) 출석요구를 공시한 경우에 공판은 피고인 없이 열리지 못한다.

(3) 법관의 피고인신문조서는 공판에서 낭독한다.

(4) 피고인의 불출석 상태에서 한 판결은 제145조a 제1항에 따라 변호인에게 송달하지 않는 경우에 피고인에게 판결이유와 함께 교부의 방식으로 송달해야 한다.

2) 형사소송법 제233조

■ 일정 범위의 경미범죄

- 피고인은 6개월 이하의 자유형, 180일 이하의 일수벌금형, 선고유예, 운전금지, 몰수, 폐기 또는 사용불능화를 단독으로 과하거나 병과 할 것이 예상되는 경우

■ 피고인의 신청과 허가에 따른 면제

- 피고인이 출석 의무 면제 신청, 법원의 허가

■ 불출석 재판 가능하나 더 중한 형벌 선고 불가

[독일 연방형사소송법]

제233조 피고인의 공판 출석 의무의 면제

(1) 피고인은 6개월 이하의 자유형, 180일 이하의 일수벌금형, 선고유예, 운전금지, 몰수, 폐기 또는 사용불능화를 단독으로 과하거나 병과할 것이 예상되는 경우에 그의 신청에 따라 공판 출석 의무를 면제받을 수 있다. 피고인이 불출석한 상태에서 더 중한 형벌이나 개선·보안처분을 선고해서는 안 된다. 운전면허의 박탈은 허용된다.

(2) 피고인이 공판 출석 의무를 면제받으면, 수명법관 또는 수탁법관이 피고인을 기소에 관하여 신문해야 한다. 이 경우에 피고인에게는 그가 심리에 출석하지 않을 때 허용되는 법률효과를 고지하고, 그가 공판 출석 면제의 신청을 계속 유지할지를 물어본다. 제1문에 따른 촉탁이나 위임을 하지 않고 공판 외에서 법원도 피고인이 법원 외의 다른 장소에 머무르며 신문의 영상과 음성이 실시간으로 피고인의 체류 지역과 법정으로 전송되는 방법으로 기소에 관하여 신문을 할 수 있다.

(3) 신문을 위하여 지정된 기일은 검찰과 변호인에게 통지해야 한다; 그들이 신문에 출석하는 것을 필요로 하지 않는다. 신문조서는 공판에서 낭독해야 한다.

3) 항소심에서의 불출석

- 독일 형사소송법 제329조 제1항은 피고인과 변호인이 항소심 공판에 출석하



지 않고 이를 충분히 해명하지 못하면, 법원이 불출석 재판(ein echtes Versäumnisurteil)에 의하여 항소를 기각할 수 있도록 정함

4) 정식재판청구절차에서의 불출석

- 약식명령(Strafbefehl)을 받은 피고인은 2주 이내에 약식명령에 대한 이의제기(Einspruchseinlegung)를 할 수 있는데, 이는 우리 형사소송법상 약식명령에 대한 정식재판청구제도에 대응
- 이 경우 피고인은 위임장을 가진 변호인으로 하여금 공판절차에서 자신을 대리하게 할 수 있으므로, 직접 출석의무를 부담하지 않음
- 피고인뿐만 아니라 변호인도 불출석한 경우 제412조에 따라 본안심리 없이 피고인의 이의제기를 기각함

라. 피고인의 임의적 불출석에 따른 공판 진행

1) 형사소송법 제231조

■ 의의

- 피고인 출석의 원칙을 철저히 따르게 되면 피고인이 공판기일에 출석하지 않거나 심리무능력을 초래하여 절차진행을 계획적으로 방해하거나 적어도 지연시키는 결과를 만들 수 있음. 이에 형사소송법은 공공의 이익에도 부합하는 형사 절차의 신속성을 위해 이러한 위험에 대응할 수 있는 다양한 방법을 마련해 두고 있음²⁵⁾
- 피고인이 스스로(eigenmächtig), 즉 제230조 제2항²⁶⁾의 충분한 해명이 없이 공판에 출석하지 않은 경우 법원은 제231조 제2항에 따라서 피고인 없이 공판을 종결시킬 수 있음. 다만 위 조항은 예외 규정이므로 엄격하게 해석되어

25) Laue, Hauptverhandlung ohne den Angeklagten, JA 2010, 294 (296).

26) 제230조(피고인의 불출석)

① 출석하지 않은 피고인에 대해서는 공판을 진행하지 않는다.

② 피고인의 불출석에 대하여 충분한 해명이 없는 경우, 공판의 진행을 위하여 필요하다면 구인을 명하거나 구속영장을 발부하여야 한다.



야 함²⁷⁾

[독일 형사소송법]

제231조 피고인의 출석 의무

- (1) 출석한 피고인은 심리 중에 퇴정할 수 없다. 재판장은 퇴정을 방지하기 위하여 적절한 조치를 할 수 있다; 또한 재판장은 심리가 정지되는 동안 피고인을 유치할 수 있다.
- (2) 제1항에 불구하고 피고인이 퇴정하거나 정지되었던 공판의 속행 시에 출석하지 않으면, 피고인이 이미 기소에 관하여 신문을 받았고 법원이 피고인의 이후 출석을 필요하다고 보지 않는 경우에 공판은 피고인의 불출석 상태에서 종료될 수 있다.

- 위 조항에서 말하는 ‘심리의 정지’는 완전히 심리를 다시 시작하여야 하는 중단(Aussetzung)과는 달리, 지금까지의 공판결과를 토대로 앞으로의 공판이 속행될 것이 명백히 예정된 것을 의미함. 즉, 우리 형사재판에서의 기일 속행에 대응하는 개념임²⁸⁾

■ 불출석 재판의 요건

- ① 피고인이 기소에 관하여 신문을 받았어야 함(über die Anklage schon vernommen war)
 - 기소(Anklage)는 허가된 공소장(Anklagesatz)을 의미하며 결정적인 기준은 오로지 피고인이 범죄사실에 대해 의견을 말할 기회(Gelegenheit)가 있었는지 여부임²⁹⁾ → 우리나라 법상 공소사실 인정 여부에 대한 진술
- ② 피고인이 퇴정(Entfernen)하였거나 또는 정지되었던 공판의 속행(Fortsetzung einer unterbrochenen Hauptverhandlung) 시에 출석하지 않았어야 함. 나아가 피고인이 심리무능력을 의도적으로 초래하는 경우도 이에 해당함
- ③ 법원이 피고인의 이후 출석이 필요하다고 보지 않아야 함

27) BGH 09.05.1974 - 4 StR 102/74; BGHSt 3, 187 (190); BGHSt 25, 317 (319); Meyer-Goßner/Schmitt Rn. 6; BeckOK StPO/Gorf, StPO § 231, Rn. 4; Löwe/Rosenberg/Becker, StPO § 231, Rn. 7; SSW-Grube, StPO § 231, Rn. 1; MüKoStPO/Arnoldi, StPO § 231, Rn. 9; Nestler, Jura, 2024, 135 (140).

28) BeckOK StPO/Gorf, StPO § 228, Rn. 15.

29) MüKoStPO/Arnoldi, 2. Aufl. 2024, StPO § 231 Rn. 10.



- ④ 피고인의 불출석은 자의적이어야 함

■ 실제 활용도

- 다만, 독일의 경우 송달이나 피고인의 신병 확보에 어려움이 없고, 송달이 이루어지지 않는 사건에서 주소보정을 명하면 빠른 시일 내로 송달이 이루어지고 있으며, 피고인에게 구속영장을 발부하면 원활히 집행되고 있어 실제 불출석 재판을 하는 경우는 많이 없다고 함³⁰⁾

2) 기타: 제231조a(피고인이 심리무능력을 야기한 경우), 제231조b(질서위반행위)

■ 제231조a(피고인이 심리무능력을 야기한 경우)

제231조a (피고인에 의한 심리무능력 야기)

- (1) 피고인이 고의로 그리고 책임 있게 소송능력을 상실한 상태에 빠졌고 이로써 알면서 피고인 출석 하의 정상적인 공판 진행이나 속행을 방해하면, 피고인이 아직 기소에 관하여 신문을 받지 않은 경우에, 법원이 피고인의 출석을 반드시 필요하다고 보지 않는 한, 공판은 피고인의 불출석 상태에서 진행되거나 속행된다. 제1문에 따른 절차 진행은 피고인이 공판절차의 개시 후에 법원이나 수명법관 앞에서 기소에 관하여 의견진술을 할 기회를 가졌던 경우에 한한다.
- (2) 피고인이 다시 소송능력을 회복하는 즉시 재판장은 아직 판결선고를 시작하지 않았으면 피고인의 불출석 상태에서 심리된 것의 주요 내용을 피고인에게 알려주어야 한다.
- (3) 제1항에 따른 피고인 불출석 상태의 심리는 법원이 감정인인 의사의 의견을 들은 후에 결정한다. 결정은 공판의 시작 전에도 할 수 있다. 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다; 즉시항고는 집행정지의 효력이 있다. 이미 시작된 공판은 즉시항고에 관한 재판 시까지 정지돼야 한다; 제229조 제2항의 요건이 인정되지 않는 경우에도 공판은 30일까지 정지될 수 있다.
- (4) 변호인이 없는 피고인에게는 제1항에 따른 피고인 불출석 상태의 심리를 고려하는 즉시 국선변호인을 선정해야 한다.

■ 제231조b(질서위반행위)

제231조b (질서 유지를 위하여 피고인의 퇴정 후에 속행)

- (1) 피고인이 질서위반행위를 이유로 법정에서 퇴정당하거나 구금되면(법원조직법 제177조), 법원은 피고인의 추가 출석이 반드시 필요하다고 보지 않는 경우에 피고인의 출석이 공판의 진행을 중대하게 침해할 것으로 염려되는 한 피고인의 출석 없이 심리할 수 있다. 어떠한 경우에도 피고인에게 기소에 관하여 의견진술을 할 기회를 주어야 한다.
- (2) 피고인의 출석이 다시 허용되는 즉시 제231조a 제2항에 따라 절차를 진행해야 한다.

30) 2024. 6. 14. 사법연수원에 방문한 뮌헨 고등법원(Oberlandesgericht München)의 Stephanie Mehner 판사, 뮌헨 제1지방법원(Landgericht München I)의 Meike Lafleur 판사와 대면 인터뷰 결과



■ 실제 활용도

- 제231조a(피고인이 심리무능력을 야기한 경우), 제231조b(질서위반행위)는 사실상 사문화된 조항으로 활용이 거의 되지 않는다고 함³¹⁾

3. 프랑스

가. 프랑스 형사법상 범죄 구별 및 관할법원 등

■ 범죄 구분

- 프랑스 형법상 범죄(infraction)는 그 경중에 따라 중죄(crime), 경죄(délit), 위경죄(contravention)로 나뉘는데(프랑스 형법 제111-1조), 각 범죄의 유형에 따라 법정형, 관할법원 및 재판절차 등에서 차이를 보임
- ① 중죄(crime)는 법정형이 무기징역(금고)형 또는 징역 10년 이상 30년 이하의 유기징역(금고)형에 해당하는 범죄를 말함
- ② 경죄(délit)는 법정형의 상한이 10년 이하의 구금형, 360일 이하의 일수벌금형(1일 1,000유로 이하), 공익근로봉사, 일정 한도의 권리박탈 또는 제한 등에 해당하는 범죄를 의미함
- ③ 위경죄(contravention)는 벌금 3,000유로 이하의 벌금형과 면허정지 등 일정 권리의 박탈 또는 제한에 해당하는 범죄를 말함
 - 위경죄는 다시 가장 경한 제1급 위경죄부터 가장 중한 제5급 위경죄까지 5단계로 나뉨(프랑스 형법 제131-1조, 제131-3조, 제131-4조, 제131-13조).

■ 관할

- ① 중죄는 중죄법원(cour d'assises)에, ② 경죄는 경죄법원(tribunal correctionnel)에, ③ 위경죄는 경찰법원(tribunal de police)에 관할권이 있음(프랑스 형사소송법 제231조, 제381조, 제521조)

31) 2024. 6. 14. 사법연수원에 방문한 뮌헨 고등법원(Oberlandesgericht München)의 Stephanie Mehner 판사, 뮌헨 제1지방법원(Landgericht München I)의 Meike Lafleur 판사와 대면 인터뷰 결과



■ 대심절차에 의한 재판과 결석재판

- 프랑스의 경우 피고인 불출석 상태의 재판을 ① 대심절차에 의한 재판을 받은 것으로 보는 경우와 ② 결석재판으로 구분하고 있음
- ① 대심절차에 의한 재판의 경우 일반적인 상소 절차만 허용되고, ② 결석재판의 경우 재심과 유사하게 판결을 선고한 법원에 이의신청을 하고, 이에 따라 판결을 선고한 법원은 동일한 사건을 다시 심리하여 판결을 선고함

나. 경죄법원의 경우

1) 대심절차에 의한 재판을 받은 것으로 보는 경우

■ ① 피고인 불출석

- 정당한 절차에 따라 직접 소환을 받은 피고인은 법원이 정당하다고 인정하는 이유를 제시하지 않는 한 출석하여야 함. 피고인 본인이 소환을 받지 않았더라도 정식 소환을 알고 있었음이 입증된 때에도 동일한 의무를 짐(형사소송법 제410조 제1항)
- 위와 같은 경우에 피고인이 정당한 이유를 제시하지 아니한 채 출석하지 아니하였을 때에는 변호인의 대리출석을 규정한 형사소송법 제411조가 적용되는 경우를 제외하고는 피고인은 대심절차에 의한 재판을 받은 것으로 봄(제410조 제2항)

제410조

- ① 정당한 절차에 따라 직접 소환을 받은 피고인은, 소환을 한 법원이 정당하다고 인정하는 사유를 제시하지 아니하는 한 출석하여야 한다. 피고인은 본인이 직접 소환을 받지 아니하였어도, 제557조, 제558조 및 제560조에 따라 소환사실을 알고 있었음이 입증된 때에는 동일한 의무가 있다.
- ② 전항의 규정에 따라 출석 의무가 있음에도 출석하지 아니하고, 정당한 이유도 제시하지 못한 피고인은 제411조가 적용되는 경우를 제외하고 대심절차에 의한 재판을 받은 것으로 본다.

제410-1조

- ① 제410조 제1항에 정한 바에 따라 소환된 피고인이 출석하지 아니하고 2년 이상의 징역형에 처할 사건인 경우, 법원은 심리를 연기하고 이유를 붙인 특별결정으로 구인영장 또는 체포영장을 발부할 수 있다.

■ ② 변호인 대리출석



- 피고인은 공판기일에 변호인을 대리출석하도록 하고 자신은 불출석한 상태에서 재판받을 수 있도록 허가해 줄 것을 청구할 수 있음(제411조 제1항)
- 피고인의 변호인은 피고인을 위하여 변론을 할 수 있고, 이 경우 피고인이 대심절차를 거친 것으로 봄(제411조 제2항)
- 만일 피고인의 출석이 필요하다고 판단하는 경우에는 법원은 피고인의 출석을 명하고, 검사로 하여금 피고인을 재소환하게 하는 절차를 취하도록 함(제411조 제3항)
- 피고인이 재소환에 불응한 경우 대심절차에 의하여 재판을 받은 것으로 봄. 법원은 필요한 경우에는 변호인의 의견을 들어 심리를 연기함(제411조 제4항)
- 본조에 정한 바에 따라 절차를 진행해 줄 것을 청구한 피고인의 변호인이 재판에 출석하지 않은 경우, 변론이 연기된 경우를 제외하고 피고인이 대심절차에 의하여 재판을 받은 것으로 봄(제411조 제5항)

제411조

- ① 경죄법원에 소환된 피고인은 재판장에게 서신을 발송하여 **결석 상태에서 자신이 선임한 변호인 또는 직권으로 선임된 변호인이 대리하여 재판을 받을 것을 청구할 수 있다.** 전문의 규정은 모든 소환 형태에 대하여 적용된다.
- ② 피고인의 변호인은 변론 중에 개입하거나 변소할 수 있고, 이 경우 피고인이 대심절차를 거친 것으로 본다.
- ③ 법원은 피고인 본인의 출석이 필요하다고 인정하는 때에는 법원이 일시를 정하는 공판에 출석하도록 검사로 하여금 피고인을 재소환하게 하는 절차를 취한다.
- ④ 만약 피고인이 소환에 불응할 경우 대심절차에 의하여 재판을 받은 걸로 본다. 법원은 필요한 경우에는 변호인의 의견을 들어 제410-1조에 정한 바에 따라 심리를 연기한다.
- ⑤ 본조에 정한 바에 따라 절차를 진행해 줄 것을 청구한 피고인의 변호인이 재판에 출석하지 않은 경우, 피고인은 변론이 연기된 경우를 제외하고 **대심절차에 의하여 재판을 받은 것으로 본다.**

2) 결석재판

- 피고인 본인에게 소환장이 송달되지 않고, 피고인이 소환사실을 알고 있었다는 입증도 없는 경우에도, 피고인이 출석하지 아니한 때에는 결석재판을 진행함. 단, 제411조의 변호인 대리출석이 적용되는 경우에는 예외임(제412조 제1항)



제412조

- ① 소환장이 피고인에게 직접 전달되지 아니하고, 피고인이 소환 사실에 대하여 알고 있었음이 입증되지 아니한 경우에도, 피고인이 출석하지 아니한 때에는 결석재판을 진행할 것을 명한다. 단, 제411조가 적용되는 경우에는 그러하지 아니하다.
- ② 변호인이 피고인의 변호를 위하여 출석한 경우 변호인의 청구가 있으면 그의 의견을 청취할 수 있다. 이 경우 피고인이 대심절차에 의하여 재판을 받은 것으로 본다. 단, 제411조가 적용되는 경우는 그러하지 아니하다.
- ③ 법원은 필요하다고 인정하는 경우 제410-1조의 규정을 적용하여 심리를 연기할 수 있다.

- 변호인이 피고인의 변론을 위하여 출석하였고, 변호인이 요청할 경우에는 반드시 변호인의 변론을 청취하여야 함. 이 경우 제411조가 적용되는 경우를 제외하고, 피고인은 대심절차에 의한 재판을 받은 것으로 봄(제412조 제2항)
- 피고인에게 귀책사유가 없는 경우에도 불출석 재판을 가능하게 하는 것은 프랑스 형사소송법이 우리 형사소송법 외에는 그 입법례를 거의 찾아볼 수 없는 **재판시효제도**(공소제기 후 일정 기간 도과 시 공소시효 완성 간주)를 두고 있는 점³²⁾에 비추어 볼 때 이해될 수 있음

다. 경찰법원의 경우

- 위 나.항에서 본 피고인의 출석 및 대리에 관한 조항은 경찰법원의 피고인에게도 동일하게 적용됨(제544조 제1항)
- 다만, 소추된 위경죄가 벌금형으로만 처벌하도록 규정되어 있는 경우에는 피고인은 대소사(代訴士) 또는 특별대리인을 대리인으로 출석시킬 수 있음(제544조 제2항)

라. 중죄법원의 경우 → 결석재판

▣ 결석재판의 도입

- 앞서 본 한국 헌법재판소 1998. 7. 16. 선고 97헌바22 결정은, “프랑스에서도 형사소송법에 결석재판제도를 두고 있으나 이는 경죄나 위경죄에 한정된 것이고, 10년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 중죄는 그 적용대상이 아니

32) 헌법재판소 1998. 7. 16. 선고 97헌바22 결정



다.” 라고 실시하고 있으나, 프랑스는 2004. 3. 9. 형사소송법 개정으로 중죄 법원에 대하여도 궤석재판제도를 도입함

■ 궤석재판의 요건

- 피고인이 공판개시 당시 정당한 이유 없이 불출석한 경우 또는 공판 진행 도 중 불출석하였고, 출석할 때까지 심리를 연기할 수 없는 경우에는 궤석재판을 받음(제379-2조 제1항)
 - 이러한 경우에도 중죄법원은 피고인에 대하여 체포영장을 발부하고 기일을 연기할 수 있음(제379-2조 제2항).

■ 궤석재판의 절차

- 중죄법원은 피고인이 위와 같이 불출석한 경우 다른 공동피고인이 출석하였거나 공판이 시작된 이후 불출석한 경우가 아닌 한 참심원(les jures)의 관여 없이 사건을 심리하고 판결을 선고할 수 있음(제379-3조 제1항)
- 만약 ① 피고인의 변호인이 출석한 경우에는 피고인 신문에 관한 조항이나 피고인의 출석에 관한 조항을 제외하고는 일반적인 중죄법원의 공판절차에 따라 절차가 진행됨(제379-3조 제2항). ② 피고인의 변호인이 없는 경우 법원은 사소당사자의 진술이나 검사의 논고를 들은 다음 공소사실에 대하여 판결할 수 있음(제379-3조 제3항)

■ 궤석재판의 효과

- 위와 같은 절차에 따라 판결을 선고받은 피고인이 스스로 자수하거나 형의 시효가 완성하기 전에 체포된 경우 중죄법원의 판결은 존재하지 않았던 것으로 되고, 중죄법원에서의 통상적인 소송절차가 진행됨(제379-4조 제1항).
- 궤석재판으로 유죄판결을 선고받은 피고인은 항소할 수 없고(제379-5조), 중죄법원에서의 재판절차가 진행될 뿐임³³⁾

4. 일본

33) 문주형, “프랑스 형사소송법연구”, 법원도서관 재판자료 107집 (2005), 591.



가. 소속법을 제외한 불출석 재판 관련 규정(한국과 상당히 유사함)

■ 동일한 규정

- ① 공판절차 정지 사건에서 무죄, 면소, 형 면제, 공소기각 재판을 할 것임이 명백한 경우(한국 형사소송법 제308조, 일본 형사소송법 제314조),
- ② 구속피고인이 정당한 사유 없이 출석을 거부하고, 인치가 현저히 곤란한 경우(한국 형사소송법 제277조의2, 일본 형사소송법 제286조의2),
- ③ 무단 퇴정 또는 퇴정명령의 경우(한국 형사소송법 제330조, 일본 형사소송법 제341조)
- ④ 피고인의 출석이 불필요한 경미 사건

한국	일본
다액 500만 원 이하의 벌금 또는 과료에 해당하는 사건(제277조 제1호)	벌금이나 과료 50만 엔(형법, 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 및 경제관계벌칙의 정비에 관한 법률의 죄가 아닐 경우, 당분간 5만 엔) 이하에 해당하는 사건(제284조)

■ 유사한 규정

- ① 법원의 허가에 의한 피고인의 불출석

	한국(제277조 제3호)	일본(제285조)	
허가요건	피고인의 불출석이 그의 권리보호에 지장이 없다고 인정되는 경우	피고인의 출석이 권리보호를 위하여 중요하지 않다고 인정되는 경우	
대상사건	장기 3년 이하의 징역 또는 금고, 다액 500만원 초과 벌금, 구류	징역이나 금고 장기 3년 이하, 벌금이나 과료 50만 엔 ³⁴⁾ 을 넘는 사건	구류
출석해야 하는 절차	인정신문(제284조), 판결선고	모두절차(제291조), ³⁵⁾ 판결선고	판결 선고



- 양자는 불출석 허가 대상사건 및 (불출석 허가에도 불구하고) 반드시 출석하여야 하는 절차 등에 있어서 세세한 차이만이 있음

● ② 항소심에서의 궐석재판

한국(제365조)	일본(제390조)
2회 연속 불출석	<p>*원칙 : 항소심에서는 궐석재판 가능(2회 연속 불출석 등의 요건 없음)</p> <p>*예외 : 법원이 피고인의 출석 명할 수 있음[요건 - 벌금이나 과료 50만 엔 (형법, 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 및 경제관계벌칙의 정비에 관한 법률의 죄가 아닐 경우, 당분간 5만 엔) 이하에 해당하는 사건이 아닌 사건, 피고인의 출석이 권리보호를 위하여 중요하다고 인정하는 경우]</p> <p>→ 벌금이나 과료 50만엔 이하 사건에서는 피고인의 출석 명할 수 없음</p>

- 일본에서는 항소심에서 원칙적으로 궐석재판이 가능한데, 이는 현행 일본 형사소송법이 원칙적으로 제1심 판결 당시의 증거에만 기초하여 원판결의 당부를 판단하는 사후심(事後審)적 요소가 강한 제도를 채택하고 있는 데에 기인한다고 보임

● ③ 약식명령에 대하여 피고인이 정식재판 청구한 사건에서의 궐석재판

한국	일본
2회 연속 불출석(제458조, 제365조)	특별한 규정 없음
선고기일 불출석(제277조 제4호)	

- 그러나 이는 다음과 같은 한일 양국 간의 약식절차의 차이에서 기인한다고 볼 수 있음

34) 형법, 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 및 경제관계벌칙의 정비에 관한 법률의 죄가 아닐 경우, 당분간 5만 엔
 35) 일본 형사소송법상 모두절차는 우리나라 형사소송법상 진술거부권 고지, 인정신문, 검사의 모두진술(공소장 낭독), 피고인의 모두 진술 등을 포함하는 개념임.



	한국	일본
대상사건	지방법원의 단독, 합의 사건	간이재판소 사건에 한정
약식명령으로 부과할수 있는 벌금액 상한	없음	상한 100만 엔
불이익변경금지 원칙	형종 상향 금지로 개정됨	미적용
피의자의 확인 서면	해당 규정 없음	검사가 약식명령을 청구하려면 피의자로부터 ‘이의 없다’는 내용의 확인서면 받아야 함
정식재판 청구 비율	10% 이상	0.10% ~ 0.15%

나. 소촉법 유사 불출석 재판제도

■ 일본은 공시송달을 전제로 하는 소촉법 유사 제도 없음

- 일본 형사소송법은 공시송달 규정 자체를 준용하고 있지 않음

제54조

서류의 송달에 있어서는 재판소 규칙에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 민사소송에 관한 법령의 규정(공시송달에 관한 규정을 제외한다)을 준용한다.

- 한편, 일본도 구 형사소송법(1947년 신 형사소송법 제정 이전) 당시에는 형사소송에서도 공시송달 규정이 적용되었으나, 피고인의 권리보장을 위해 삭제하였다고 함³⁶⁾

■ 다만, 일본은 공소장 송달 불능 시 공소제기 효력 상실 규정을 두고 있음

- 일본 형사소송법은 일정한 기간 이내에 공소장 부분(또는 약식명령)이 피고인에게 송달(또는 고지)되지 않으면 공소제기 자체를 소급하여 효력을 잃게 함으로써 소추자인 검찰 측으로 하여금 피고인의 소재불명에 대한 위험부담을 지도록 함

36) 이인영, 김혜경, 공시송달 제도의 현황과 문제점 - 2013년도 대검찰청 연구용역과제(2013), 73면 ; 각주 28) 미즈이 마코토, 사카마키 타다시(신동운 역), 3면 참조.



제271조

- ① 재판소는 공소제기가 있는 때에는 지체없이 기소장 등본을 피고인에게 송달하지 않으면 안 된다.
- ② 공소제기가 있는 날로부터 2개월 이내에 기소장 등본이 송달되지 아니한 때에는 공소제기는 소급하여 그 효력을 상실한다.

제463조의2

- ① 전조³⁷⁾의 경우를 제외하고 약식명령의 청구가 있는 날로부터 4개월 이내에 약식명령이 피고인에게 고지되지 아니한 때에는 공소제기는 소급하여 그 효력을 상실한다.

■ 차이의 원인

- 일본에서는 제1심 구속기소율이 63~67%에 이르는 매우 높은 수준임³⁸⁾
- 즉 일본은 일단 신병이 확보될 경우 대부분의 피고인을 구속하여 구속재판을 행함으로써 공판 과정에서 피고인의 소재불명이라든가 불출석이 발생하는 것을 사전에 차단하고 있음
- 그러나 일본 내부에서도 불출석 재판을 방지하기 위한 구속재판에 대하여는 무죄추정의 원칙에 반할 뿐만 아니라 국제적인 인권 기준에도 현저히 못 미치는 것이라는 비판이 있음

5. 시사점

■ 미국

- 미국은 피고인이 재판 계속 중인 사실을 알면서도(특히 1회 이상 출석 후) 불출석하는 경우 출석권 포기로 구성하여 불출석 재판을 가능하게 하고 있음
- 또한 도망자에 대하여 상소나 사건이송명령 신청 권한을 인정하지 않고 있음

■ 독일

- 독일 역시 피고인이 공판절차에서 공소사실에 대한 신문을 받은 후 속행기일에 자의적으로 불출석한 경우 불출석 재판이 가능하도록 하는 규정을 두고 있음(제231조 제2항)

37) 통상의 심판(우리나라의 공판절차 회부에 해당)에 관한 규정인 일본 형사소송법 제463조를 가리킴

38) 연구책임자 김운선, “법원의 구속기간에 관한 연구”, 사법정책연구원(2023), 162.



■ 프랑스

- 경죄법원, 경찰법원에서는 ① 피고인이 소환을 받거나 소환을 알고 있음에도 정당한 이유 없이 불출석한 경우 불출석 재판이 가능하고, 이 경우 대심절차에 의한 재판을 받은 것으로 봄(→ 상소로 구제). ② 피고인 본인에게 소환장이 송달되지 않고, 피고인이 소환 사실을 알고 있었다는 입증도 없는 경우에는 결석재판 진행(→ 재심 유사로 구제)
- 중죄법원에서는 피고인이 공판 개시 당시 정당한 이유 없이 불출석한 경우 또는 공판 진행 도중 불출석하였고, 출석할 때까지 심리를 연기할 수 없는 경우에는 결석재판 가능(→ 재심 유사로 구제)

■ 일본

- 소속법과 유사한 불출석 재판 제도는 없으나, 공소장 송달 불능 시 공소제기 무효화 규정이 있음

■ 평가

- 주요 국가들은 피고인이 재판 계속 중인 사실을 잘 알면서도 불출석한 경우 공시송달 등의 요건을 거침이 없이 재판의 진행을 가능하게 하고 있음
 - 특히 미국과 독일의 예를 보면, 공판기일에 1회 이상 출석한 피고인에 대하여는 비교적 쉽게 불출석 재판을 인정하고 있음
 - 프랑스의 경우 피고인이 소환 사실을 알고 있는 경우에는 상소로 구제할 수 있는 불출석 재판을, 이를 모르고 있는 경우에는 재심으로 구제할 수 있는 불출석 재판을 가능하게 하고 있음
- 그에 반하여 한국의 소속법은 ① 피고인이 재판 계속 중인 사실을 알고 있는지, 재판에 출석한 적이 있는지를 불문하고, ② 각종 소재 확인 절차를 거쳐 공시송달 절차를 진행하게 한 후에야 불출석 재판을 가능하게 하고 있음
 - 주요 국가의 예처럼 피고인의 귀책사유의 정도에 따라 제도를 세분화하여, ① 피고인이 재판 계속 중인 사실을 모르는 경우에는 불출석 재판을 최소화



하고, ② 피고인의 재판 지연을 목적으로 임의로 불출석하는 등 그 귀책사유가 큰 경우에는 각종 절차를 거치지 않고도 재판의 진행을 가능하도록 제도를 재설계하는 방안을 검토할 필요가 있음

V. 문제점 및 개선방안

1. 현행 제도의 문제점과 개선 방향

가. 문제점 1: 불출석 사유와 단계를 구분하지 않은 제도 설계

■ 피고인의 불출석 양상은 다양함

● ① 피고인의 인식 유무

- 공소장 부분이나 피고인 소환장 등의 서류를 송달받지 못하고 전화 등으로 연락을 받지 못해 재판절차가 진행되고 있음을 알지 못하여 공판기일에 출석하지 못하는 경우
- 재판이 계속 중임을 잘 알고 있음에도 의도적으로 불출석하는 경우

● ② 피고인의 인식 정도

- 공소장, 소환장을 받아 재판 계속 중인 사실을 알고 있는 경우
- 공판기일에 출석하여 다음 기일을 고지받은 경우

● ③ 재판 단계

- 최초 공판기일부터 불출석하는 경우
- 공판기일 계속 중 다음 기일에 불출석하는 경우
- 변론종결기일까지 출석하다가 선고기일에 불출석하는 경우

■ 다양한 사유와 단계마다 불출석 재판의 필요성·정당성은 천차만별임

- 예컨대 ① 공소장, 소환장을 받지 못하여 재판 계속 중임을 알지 못하여 불출석한 피고인과, ② 변론종결기일까지 출석한 후 선고기일에 불출석한 피고



인에 대한 불출석 재판의 필요성·정당성은 그 차이가 큼

■ 사유·단계별 차등 無

- 그럼에도 현행 소추법은 사유·단계의 차이에도 불구하고 궐석재판 요건에 아무런 차등을 두지 않고, 단순히 법정형을 기준으로 불출석 재판의 가능 여부만을 구분하고 있음
- 헌법재판소 위헌결정과 국가인권위원회 권고에서 문제점으로 제기된 ‘불출석 사유에 대한 피고인의 귀책 여부를 구분함 없는 획일적 적용’ 부분이 여전히 해결되지 않고 있음

나. 문제점 2: 피고인에게 불출석 유인을 제공할 수 있는 제도

■ ‘불출석 재판 최소화’ 목적 달성을 위하여는 불출석 유인 제거 필요

- 피고인이 출석권 행사를 포기하고 도주하여 재판 절차 지연을 꾀하고 있다면, 적어도 그에 따른 이익을 부여하거나 도주의 유인을 제공하지 않아야 함
- ① 피고인은 단순히 처벌을 미루기 위한 목적, ② 앞서 본 것과 같이 집행유예 기간을 도과시키려는 목적, ③ 피해자와의 합의시간을 벌기 위한 목적 등 다양한 재판 지연 동기(도주 동기)가 있음
- 불출석 재판 제도는 이러한 재판 지연 동기가 있는 피고인이 재판 지연을 의욕하지 못하도록 설계할 필요가 있고, 적어도 성실하게 재판받은 피고인에 비하여 지나친 이익을 부여하여서는 안 됨

■ 현행 제도 → 불출석 유인 억제 불가

- 현행 제도는 피고인이 출석권을 포기하고 정당한 사법권의 행사를 방해하고 있는 사안에서도 ① 일률적인 각종 조치 및 6개월 요건으로 신속하게 재판을 진행하지 못하게 하고, ② 나아가 앞서 본 것 같이 불출석 재판에 대한 높은 불복 가능성을 비롯한 대부분의 절차적 권리를 부여하는 측면이 있음
- 특히 앞서 본 사례에서 집행유예 기간 도과라는 확실한 이익이 있고, 피고인



에게는 불출석 재판으로 인한 불이익이 양형 외에는 사실상 없음

● ① 일률적인 각종 조치 의무 및 6개월 요건

- 피고인의 귀책사유 정도를 불문하고 경우에 따라서는 무익하다고 볼 수 있는 조치를 일률적으로 거치게 할 이유는 없음 → 예컨대 선고기일을 앞두고 불출석하고 있는 피고인은 ‘소재 확인’ 이 문제가 아니라 ‘출석 의지’ 의 문제임에도, 과거 주소, 직장 주소에 대한 추가 송달, 가족과 지인에 대한 전화 연락 등의 조치를 모두 거쳐야 하고, 6개월 후에야 공시송달 가능
- 피고인으로서 불출석하기만 하면 위와 같은 각종 조치가 이루어지고 6개월 이 지나는 동안은 재판을 지연시킬 수 있음 + 이러한 사안에서는 위와 같은 조치가 무익하고, 소중한 물적·인적 자원(법관, 법원 직원, 경찰 등)을 낭비 하게 될 뿐임

● ② 불출석 재판에 대한 불복 허용

- 무엇보다도 불출석 재판에 대한 높은 불복 가능성은 피고인에게 도주의 유인을 확실하게 제공하고 있음
- 앞서 본 것과 같이 실무상 상소권회복 및 재심 개시의 요건인 ‘책임질 수 없는 사유’ 가 ‘공시송달의 적법’ 과 연동되어 불복이 받아들여질 가능성이 매우 높고, 이는 피고인이 재판 계속 중임을 잘 알고도 도주한 경우에도 같은 기준으로 적용됨

● 그렇다면 현행 제도 아래에서는, 피고인 입장에서 ‘도주를 통하여 재판을 미루는 경우의 이익’ 이 ‘공판기일 출석의 이익’ 보다 크고, 이는 피고인에게 불출석 유인을 제공함

- 이는 적극적으로 공판기일에 출석하여 절차 이행에 협력하는 대다수의 피고인들을 오히려 차별하는 결과가 될 수 있고, 공판절차의 진행에 협력할 유인 자체를 없애는 결과가 됨
- 나아가 그러한 재판절차의 지연을 용인하는 것은 국가의 정당한 사법권의 행



사라는 측면 외에 피고인의 범행으로 인한 피해자의 권익보호와 피해회복이라는 관점에서도 부당하다고 볼 수밖에 없음

다. 개선 방향

■ 불출석 재판 요건을 사유와 단계별로 차별화할 필요가 있음

- 단순히 법정형을 기준으로 불출석 재판의 가능 여부를만 구분하고 있는 소추법을 세분화하여, 불출석 사유와 단계별로 불출석 재판 요건을 차별화할 필요가 있음
- 세부 요건을 설계함에 있어서는 ① 제도에 내재된 불출석 유인을 제거하기 위하여 재판 계속 중인 사실을 잘 알면서도 의도적으로 불출석하는 피고인에 대한 불출석 재판 요건을 완화하되, ② 그 외의 피고인에 대하여는 절차적 권리가 충분히 보장될 수 있도록 설계할 필요가 있음

2. 구체적인 개선방안

가. 불출석 사유·단계별 유형화

■ 개요

유형	내용	귀책사유 정도	절차 보장 필요성
1	공소장 부분 등 미송달	최약	최강
2	공소장 부분 등 송달 / 불출석	약	강
3	공판기일 1회 이상 출석 후 불출석	강	약
4	변론종결 후 선고기일 불출석	최강	최약

■ 1유형: 공소장 부분 등 미송달 사안

- 공소장 부분을 송달받지 못한 피고인으로서 공소제기 사실 자체를 인지하지 못하고 있으므로, 불출석에 대한 귀책사유의 정도가 가장 낮음 + 재판이 전혀 진행되지 않았다는 점에서 절차적 권리 보장 필요성이 높음



- 다만, 공소장 부분을 송달받지는 못하였으나, 법원 직원으로부터 전화 연락을 받은 경우는 귀책사유의 측면에서 아래 2유형으로 포섭

A 판사(수도권 지방법원, 형사단독 재판장):

법원에서 소환장뿐만 아니라 문자메시지로도 기일을 통지하고 있어 피고인들은 자신의 공판기일을 다 알고 있다. 예전에 사건기록을 읽는데 피고인이 수사기관에서 “언제 별건으로 공판기일이 잡혀 있다.”는 말을 한 게 기록되어 있었는데, 그 사건의 소환장은 송달되고 있지 않은 상태였다. 나중에 보니 그 피고인은 두 사건 모두 공판에 출석하지 않았다.

■ 2유형: 공소장 부분 등을 송달받았으나 1회 기일부터 불출석 사안

- 피고인이 일단 공소장 부분을 송달받은 후 거주지를 옮기거나, 같은 장소에서 거주하면서도 추가 서류를 송달받는 것을 회피하고 공판기일에 출석하지 않는 사안으로, 1유형보다는 귀책사유의 정도가 높음
- 그러나 법정에 1회라도 출석하여 법관을 직접 대면하고 불출석 재판 위험을 고지받은 피고인보다는 자발성(의도적 도망 목적)이 낮다고 볼 수 있음
 - 피고인이 공소장 부분 및 안내장을 송달받는 것만으로는 공판절차가 진행된다는 것의 구체적 의미나 자신의 권리와 의무 등에 대하여 명확하게 이해하였다고 인정하기는 어려운 측면이 있음. 공판기일 출석의 중요성이나 불출석으로 인한 불이익에 대해서도 진지한 수준의 인식에는 이르지 못할 수 있음

■ 3유형: 공판기일 1회 이상 출석 후 불출석

- 피고인은 자신이 재판 계속 중인 사실과 불출석의 의미와 효과에 대하여 명확히 인식하였다고 보아야 함
 - 피고인은 공소장 부분과 피고인 소환장을 송달받고 제1회 공판기일에 출석함으로써 직접 법관과 대면하게 됨
 - 재판장은 재판에 앞서 형사소송법 제283, 284조가 정한 진술거부권의 고지와 인정신문절차를 마친 뒤, 피고인에게 주소변동이 있을 때에는 이를 법원에 보고할 것을 명하고, 피고인의 소재가 확인되지 않는 때에는 그 진술 없이 재판할 경우가 있음을 경고하여야 함(소송촉진규칙 제18조 제1항)



- 미국, 독일의 경우에도 1회 출석을 출석권의 자발적 포기의 의미 있는 징표로 보고 있음

- 다만, 재판이 모두 종결되지 않았다는 점에서 절차적 권리 보장 필요성은 아래에서 보는 4유형보다 높음

■ 4유형: 변론종결 후 선고기일 불출석

- 이러한 유형에는 피고인이 아무런 연락 없이 잠적하는 경우도 있으나, 피해자와 합의를 할 시간이 필요하다는 등의 사유서를 제출하며 출석만 하지 않는 경우도 상당히 있고, 그중에는 사선변호인을 선임하여 변호인과는 연락을 하면서도 공판기일 출석만 거부하는 사건도 있음
- 피고인의 귀책사유의 정도가 가장 높으며, 실체적 심리가 모두 종료되었다는 점에서 추가적인 절차 보장의 필요성도 상소기간, 상소법원, 보호관찰 준수사항 고지 외에는 거의 없음

■ 개선 방향

- 3, 4유형의 요건 완화 → 1, 2유형보다 귀책사유의 정도가 훨씬 높고, 절차 보장의 필요성이 낮은 3, 4유형에서 소속법에 정한 요건을 완화할 필요 있음

나. 1, 2유형의 개선방안 → 제시하지 않음

■ 1유형

- 1유형은 피고인의 귀책사유의 정도가 낮고 및 절차 보장의 필요성이 크므로, 현행법상 소속법 요건을 개선하는 것은 바람직하지 않음
- 다만, 장기적으로 일본 형사소송법 제271조와 유사한 취지의 규정을 신설하는 방안을 도입하는 것을 검토할 필요는 있음
 - 일본 형사소송법 제271조는 일정한 기간 동안 공소장 부분이 송달되지 않은 경우 공소제기의 효력 자체를 상실시키고 있음
 - 이는 검사가 피고인의 소재를 파악한 상태에서 공소를 제기함을 원칙으로 하



고, 공소장 부분이 피고인에게 송달되지 않을 경우 그로 인한 절차적 불이익을 수사기관이 부담하도록 함으로써 수사기관이 적극적으로 피고인의 신병을 확보하도록 간접적으로 강제하는 기능이 있음

- 2, 3, 4유형은 모두 피고인이 법원으로부터 공소장 부분을 송달받거나 공판기일에 출석하는 등 형사재판절차의 진행사실을 인지하였거나 절차에 참여하던 도중 자신의 책임으로 불출석하게 되었다는 점에서 그에 대한 불출석 재판이 정당화될 수 있음에 반하여, 공소장 부분을 송달받은 바 없는 피고인에 대해서는 피고인의 책임으로 인하여 형사재판절차가 개시되지 못하였다고 인정할 수 없는 경우가 많을 것임
- 피고인의 주소나 연락처 등 소재를 파악해두고 피고인에게 정상적으로 소송 관련 서류가 송달될 수 있도록 적극적인 조치를 취하여야 할 의무는 피고인을 상대로 공소를 제기하여 형사처벌을 구하는 수사기관인 검사에게 있고, 공소제기된 피고인의 소재를 파악할 수 없다는 문제를 적극적으로 해결하여야 할 지위에 있는 것도 검사라고 볼 수 있음

■ 2유형

- 앞서 본 것과 같이 공소제기된 사실을 알고 있다는 점에서 피고인에게 귀책사유가 없다고 보기 어려우나, 법관을 대면하지 않았다는 점에서 공판기일 출석의 중요성이나 불출석으로 인한 불이익에 대해서도 진지한 수준의 인식이 없을 수 있음 → 현행 소추법 요건을 완화할 필요성이 크지는 않음
- 다만, ‘책임질 수 있는 사유’의 유무를 ‘공시송달의 적법 여부’와 연동시키는 실무례에 대하여는 재검토가 필요함 → 공시송달의 위법이 사소한 경우(예컨대 과거 주소임이 거의 확실한 주소에 대한 송달 누락 등)에는, 피고인의 재판에 대한 인식이 명확함을 전제로 귀책사유를 인정할 여지도 있음

다. 3유형의 개선방안

1) 1, 2유형과의 차별화 필요성



- 1, 2유형의 경우와 달리 1회라도 공판기일에서 법관을 대면하고 출석 의무와 불출석 시 효과를 고지받은 피고인이 다음 기일에 정당한 이유 없이 불출석하는 경우 이는 **비교적 명백한 출석권의 포기**로 볼 수 있음

B 판사(지방법원, 형사단독 재판장):

재판에 출석하려는 피고인은 출석하기 어려운 상황이 될 경우 당연히 재판부에 연락하여 양해를 구한다. 지금과 같은 정보화 시대에 피고인이 연락을 받지 않는 것에 출석거부의 의사 이외의 사정을 상정하기는 어렵다.

- 비교법적으로도 1회 이상 출석한 피고인에 대하여는 별다른 소재탐지 노력 없이 불출석 재판이 가능하도록 규정하고 있음
 - ① 미국의 경우 피고인이 재판 계속 중인 사실을 알면서도 불출석하는 경우 별도의 시간적 요건이나 사전조치를 요구하지 않고 있고, 특히 연방형사소송 규칙 제43조는 1회 이상 출석한 피고인이 임의로 불출석하는 경우 출석권을 포기한 것으로 보고 불출석 재판을 진행할 수 있도록 규정하고 있음
 - ② 독일의 경우에도 형사소송법 제231조에서 기소에 관하여 신문을 받은 피고인, 즉 기일에 출석하여 공소사실 인정 여부에 대한 진술을 한 피고인이 속행기일에 불출석하는 경우 불출석 재판을 할 수 있는 규정을 두고 있음
- 따라서 1, 2유형에 비하여 간소화된 요건의 불출석 재판을 진행하는 것을 검토할 필요가 있음

2) 새로운 형태의 불출석 재판 절차

■ 방향: '기간 단축'과 '사전조치 간소화'

- ① 기간 단축: 피고인이 출석권과 방어권을 행사하지 않고 공판기일에 출석하지 않는 이상, 피고인에게 재판 계속 중인 사실을 인식시키기 위한 **6개월**의 경과와 같은 시간적 요건을 부여할 필요성은 없음
- ② 사전조치 간소화: 또한 본 유형에서는 불출석의 원인이 '피고인의 소재 불명'이 아닌 '피고인의 의지'에 기인한 것으로, **다양한 주소 및 연락처로 송달과 연락을 시도할 의무**를 법원에 부여하는 것도 타당하지 않음



F 판사(수도권 지방법원, 형사단독 재판장):

불출석 재판을 적법하게 시작하기가 어렵다는 건 피고인과 변호인 모두가 알고 있다. 특히 집행유예기간 도과 같은 문제가 걸려 있는 사건에서는 변호인이 피고인의 불출석을 사실상 돕고 있다는 인상을 받을 때도 있다.

■ 공시송달은 요구하지 않고, 2회 불출석 시 재판이 가능한 것으로 설계

- 다만, ① 피고인이 1회 불출석하였다는 이유만으로 실형 선고까지 가능한 불출석 재판을 진행하는 것은 피고인에게 심대한 절차적 불이익을 가하는 것으로 타당하지 않을 수 있음. ② 나아가 1회 불출석 시 피고인이 ‘정당한 사유 없이’ 불출석한 것인지를 그 자리에서 판단하기는 어려울 수도 있음
- 따라서 피고인이 공판기일에 불출석한 경우 처음으로 불출석한 기일에는 불출석 재판을 하지 않고 그 기일을 연기하는 것으로 하고, **불출석 횟수가 2회에 이를 때** 불출석 재판을 진행할 수 있도록 정하는 것이 조화로운 방안임
- **항소심 및 피고인만 불복한 고정 사건**에서도 유사한 취지의 규정(2회 불출석 시 재판 진행)을 두고 있음³⁹⁾ → 1회 이상 출석한 피고인에 대하여도 유사한 착상이 가능함

[항소심 관련]

제365조(피고인의 출석)

- ① 피고인이 공판기일에 출석하지 아니한 때에는 다시 기일을 정하여야 한다.
- ② 피고인이 정당한 사유없이 다시 정한 기일에 출석하지 아니한 때에는 피고인의 진술없이 판결을 할 수 있다.

[고정 사건 관련]

제458조(준용규정)

- ② 제365조의 규정은 정식재판절차의 공판기일에 정식재판을 청구한 피고인이 출석하지 아니한 경우에 이를 준용한다.

3) 선결 문제: 두 번째 기일 지정 시 소환장 송달 문제

39) 그 취지에 관하여, ① 항소심에 관하여는 항소심에 사후심적인 성격도 있는 점을 고려하여 피고인 불출석 재판의 예외를 허용한 것이고, ② 피고인만 불복한 고정 사건에 관하여는 피고인이 출석을 하지 않음으로써 본안에 대한 변론권을 포기한 것으로 보는 일종의 제재적 규정으로 이해하는 서술로는 편집대표 노태악, 주석 형사소송법(4) 제6판 (2022), 315, 751; 대법원 2002. 4. 12. 선고 2002도326 판결



■ 두 번째 기일 지정 시 소환장 송달 문제 해결 필요

- 피고인이 공판기일에 출석한 경우 다음 기일은 법정에서 구두로 고지되고 별도의 소환장을 송달하지 않으므로, 첫 번째 불출석 기일에 대하여는 소환장 송달의 적법 여부가 문제가 되지 않음
- 그러나 피고인이 해당 기일에 불출석한 경우에는 그 다음 기일을 법정에서 구두로 고지할 수 없으므로, 두 번째 기일에 관하여는 **소환장을 송달**하여야 함
- 그러나 피고인이 우편물을 수령하지 않거나 주소를 옮기는 등의 방법으로 소환장을 받지 않는 경우 두 번째 기일의 적법한 진행 자체가 불가능함
- 이 문제를 해결하지 않으면 결국 **소재 확인을 위한 각종 조치 후 공시송달**을 명하는 수밖에 없는데, 이 경우 현행 소촉법상 제도와 차이가 없게 됨

F 판사(수도권 지방법원, 형사단독 재판장): 2회 불출석으로 진행하고 변론을 종결했는데, 선고기일통지서가 송달되지 않는 경우도 적지 않다. 선고기일 통지를 위해 소재탐지촉탁을 거쳐 공시송달명령을 해야 하는데, 상당히 비효율적이다. 그런 경우를 막기 위해 불출석으로 진행하는 고정 사건에서는 가능하면 즉일선고를 하려 하는데, 사실상 즉일선고가 강제되는 결과가 되어 재판진행과 변론종결에 부담을 느낄 때가 있다.

- 해결방안 → ‘우체에 부치는 송달’의 활용(후술)

■ ‘우체에 부치는 송달’ 또는 ‘발송송달’ 제도 개관

- 근거 규정

[형사소송법]

제61조(우체에 부치는 송달)

- ① 주거, 사무소 또는 송달영수인의 선임을 신고하여야 할 자가 그 신고를 하지 아니하는 때에는 법원사무관 등은 서류를 우체에 부치거나 기타 적당한 방법에 의하여 송달할 수 있다.
- ② 서류를 우체에 부친 경우에는 도달된 때에 송달된 것으로 간주한다.

제65조(「민사소송법」의 준용)

서류의 송달에 관하여 법률에 다른 규정이 없는 때에는 「민사소송법」을 준용한다.

[민사소송법]

제185조(송달장소변경의 신고의무)

- ① 당사자·법정대리인 또는 소송대리인이 송달받을 장소를 바꿀 때에는 바로 그 취지를 법원에 신고하여야 한다.
- ② 제1항의 신고를 하지 아니한 사람에게 송달할 서류는 달리 송달할 장소를 알 수 없는 경우 종전에



송달받던 장소에 대법원규칙이 정하는 방법으로 발송할 수 있다.

제186조(보충송달·유치송달)

- ① 근무장소 외의 송달할 장소에서 송달받을 사람을 만나지 못한 때에는 그 사무원, 피용자(被用者) 또는 동거인으로서 사리를 분별할 지능이 있는 사람에게 서류를 교부할 수 있다.
- ② 근무장소에서 송달받을 사람을 만나지 못한 때에는 제183조제2항의 다른 사람 또는 그 법정대리인이나 피용자 그 밖의 종업원으로서 사리를 분별할 지능이 있는 사람이 서류의 수령을 거부하지 아니하면 그에게 서류를 교부할 수 있다.
- ③ 서류를 송달받을 사람 또는 제1항의 규정에 의하여 서류를 넘겨받을 사람이 정당한 사유 없이 송달받기를 거부하는 때에는 송달할 장소에 서류를 놓아둘 수 있다.

제187조(우편송달)

제186조의 규정에 따라 송달할 수 없는 때에는 법원사무관등은 서류를 등기우편 등 대법원규칙이 정하는 방법으로 발송할 수 있다.

제189조(발신주의)

제185조제2항 또는 제187조의 규정에 따라 서류를 발송한 경우에는 발송한 때에 송달된 것으로 본다.

[민사소송규칙]

제51조(발송의 방법)

법 제185조제2항과 법 제187조의 규정에 따른 서류의 발송은 등기우편으로 한다.

● ① 형사소송법에 따른 우체에 부치는 송달

- 형사소송법 제61조에 의하여 피고인이 주소 등을 신고하지 않은 경우에 서류를 우체에 부치거나 기타 적당한 방법에 의하여 송달할 수 있고, 서류를 우체에 부친 경우 도달된 때 송달된 것으로 간주됨 → 이를 통상 ‘등기우편에 의한 발송송달’로 지칭함⁴⁰⁾
- 형사소송법 제65조, 민사소송법 제185조에 따라 피고인이 주소를 바꿀 때는 그 취지를 법원에 신고하여야 하고, 신고하지 않은 경우에는 형사소송법 제61조에 따라 우체에 부치는 송달을 할 수 있음
- 이 경우 송달의 효력은 발송한 때가 아니라 소송서류가 송달할 곳에 도달된 때에 발생하므로(형사소송법 제61조 제2항), 소송서류를 실제로 수령하지 아니한 때에도 집배원이 송달서류를 송달장소에 가지고 간 때 송달의 효력은 발생함⁴¹⁾

40) 법원실무제요 형사(Ⅰ), 법원행정처 (2022), 296. 다만, 민사소송법과는 달리 발신주의가 적용되지 않으므로, 이를 ‘발송송달’로 지칭하는 것이 타당한지는 검토가 필요함

41) 편집대표 노태악, 주식 형사소송법(1) 제6판 (2022), 507-508. ‘송달서류는 등기우편으로 발송한 때로부터



- 다만 송달받을 자에게 아무런 고의·과실이 없음에도 불구하고 그 수령 없이 등기우편으로 인한 송달의 효과가 발생함으로 인하여 상소기간의 도과 등의 불이익을 받게 되는 경우에는 형사소송법 제345조의 규정에 의하여 상소권회복청구를 할 수 있을 뿐임

● [2] 민사소송법에 따른 발송송달

- 민사소송법 제185, 187조에 따라 다음 두 경우에 법원사무관등은 서류를 등기우편 등 대법원규칙이 정하는 방법으로 발송할 수 있고, 이 경우 서류를 발송한 때에 송달된 것으로 봄(제189조)
 - ① 당사자·법정대리인 또는 소송대리인이 송달받을 장소를 바꾸고도 법원에 신고하지 아니하여 달리 송달할 장소를 알 수 없는 때(제185조 제2항)
 - ② 보충송달이나 유치송달의 방법으로도 송달할 수 없는 때(제187조)
- 민사소송법 제185조 제2항의 발송송달을 할 수 있는 요건은 조문에 비교적 명확하게 규정되어 있는 데 비하여, 제187조의 발송송달을 할 수 있는 요건은 추상적임. 마치 조문의 문언만 보면 보충송달이나 유치송달을 할 수 없는 경우이면 곧바로 발송송달을 할 수 있는 것처럼 해석할 여지도 없지 않으나 실무상 엄격하게 보아 좁게 인정하고 있음⁴²⁾

민사소송법 제187조에 따른 발송송달은 송달받을 자의 주소 등 송달하여야 할 장소는 밝혀져 있으나 송달받을 자는 물론이고 그 사무원, 고용인, 동거인 등 보충송달을 받을 사람도 없거나 부재하여서 원칙적 송달방법인 교부송달은 물론이고 민사소송법 제186조에 의한 보충송달과 유치송달도 할 수 없는 경우에 할 수 있는 것이고, 여기에서 송달하여야 할 장소란 실제 송달받을 자의 생활근거지가 되는 주소·거소·영업소 또는 사무소 등 송달받을 자가 소송서류를 받아 볼 가능성이 있는 적법한 송달장소를 말하는 것이다(대법원 2009. 10. 29.자 2009마1029 결정, 대법원 2022. 3. 17. 선고 2020다216462 판결)

- 발송송달하려는 주소가 ‘실제 생활근거지’로 확인되어야 하고, 따라서
 - ① 수취인부재, 주소불명, 이사불명, 수취인불명으로 송달불능이 된 경우

통상의 소요기간이 지난 후에 송달장소에 도달된 것으로 추정할 수 있을 것이다. 등기우편은 우편물의 취급 과정이 우체국에 기록으로 남아 있으므로, 도달시기가 재판상 문제되더라도 이를 확인할 수 있다.’는 서술로는 서명수, “형사절차에 있어서의 우편송달”, 대법원 판례해설 31호 (1999. 5.), 583.

42) 편집대표 민일영, 주석 민사소송법(II) 제9판, 한국사법행정학회 (2023), 436.



에는 그 주소로 제187조의 발송송달을 할 수 없음. ② 또한 그 장소가 송달 상대방의 실제 생활근거지로 확인되었고, 송달불능의 사유가 폐문부재인 경우여야 가능함 → 따라서 제187조의 발송송달은 가능한 경우가 그다지 많지 않음⁴³⁾

● ③ 형사재판 절차에 민사소송법의 준용 여부

- 민사소송법 제187조(보충송달, 유치송달로 송달할 수 없는 때의 발송송달)는 형사절차에 준용된다는 것이 판례임⁴⁴⁾
- 반면 민사소송법 제185조(송달장소 신고의무 미이행의 경우 발송송달)에 대하여는 형사소송법 제61조가 특칙이므로, 형사소송절차에 준용되지 않는다는 문헌이 있음⁴⁵⁾(형사소송법 제61조가 제65조의 준용 배제 사유인 ‘법률에 다른 규정이 있는 경우’에 해당)

■ ‘우체에 부치는 송달’ 및 ‘발송송달’의 활용 현황 → 사실상 활용 ×

- ① 형사소송법 제61조에 의한 송달(우체에 부치는 송달)을 하느냐 여부는 수소법원의 재량이나 피고인이 실제 수령하지 못한 경우 그가 입는 불이익이 크다는 점 때문에 널리 이용되고 있지는 않는다는 것이 법원실무제요의 서술이고,⁴⁶⁾ 실제로 법관들이 공판절차에서 이를 활용하는 경우는 사실상 없는 것으로 보임. ② 나아가 민사소송법 제187조에 의한 발송송달도 형사재판에서는 사실상 활용하고 있지 않음
- 법상으로는 가능하다고 하더라도, 형사재판에서는 피고인의 출석이 중요하고, 향후 송달의 적법성이 문제될 수도 있다는 점에서 활용이 되지 않는 것으로 보임
- 특히 2회 불출석 시 불출석 재판이 가능한 항소심에서는 이를 충분히 활용해 봄직하나, 실무상 발송송달을 하는 경우는 사실상 없음 → 항소심에서는 요건

43) 판례공보스터디 민사판례해설(III-하), 서울고등법원 판례공보스터디(2022), 911(대법원 2022. 3. 17. 선고 2020다216462 판결에 대한 해설)

44) 대법원 1998. 7. 13.자 98모53 결정

45) 서명수, “형사절차에 있어서의 우편송달”, 대법원 판례해설 31호 (1999. 5.), 581.

46) 법원실무제요 형사(I), 법원행정처 (2022), 296.



을 충족하여 공시송달을 진행하는 것이 통상적임(단, 소촉법상 6개월 요건 無)

G 고법판사(고등 형사항소부, 과거 지방 형사항소부 경험):

항소심에서 2회 불출석 요건을 충족하기 위하여 형사소송법 또는 민사소송법상 발송송달을 하는 경우는 거의 없음. 발송송달을 하는 것이 가혹해보이기는 하지만 법상으로는 활용이 가능할 것으로 보임

■ ‘우체에 부치는 송달’ 활용 필요성

- 공판기일에 출석하여 다음 기일을 고지받고도 불출석한 피고인에 대하여는, 그 다음 기일은 일반적인 송달이 아닌 ‘우체에 부치는 송달’ 방식을 허용할 필요가 있음
- ① 근거1: 공판기일에 일단 출석한 피고인은 자신이 재판 계속 중인 사실을 잘 알고 있음 → 재판부에 연락하거나 인터넷 ‘나의 사건검색’ 등을 통하여 자신의 다음 기일을 충분히 파악할 수 있고, 또 그렇게 하는 것이 피고인의 의무이기도 하므로 반드시 실제 소환장 송달을 통하여 기일을 인식시킬 필요는 없음

[대법원 1996. 8. 23.자 96모56 결정]

형사피고사건으로 법원에 재판이 계류 중인 자는 공소제기 당시의 주소지나 그 후 신고한 주소지를 옮긴 때에는 자기의 새로운 주소지를 법원에 제출한다거나 기타 소송진행 상태를 알 수 있는 방법을 강구하여야 하고, 만일 이러한 조치를 취하지 않았다면 소송서류가 송달되지 아니하여 공판기일에 출석하지 못하거나 판결선고 사실을 알지 못하여 상소기간을 도과하는 등의 불이익을 받는 책임을 면할 수 없다.

- ② 근거2: 이러한 방안을 도입하지 않는다면, 재판 지연을 목적으로 하는 피고인은 소환장을 수령하지 않거나 주소를 이전하는 방식 등으로 두 번째 기일의 진행을 저지할 수 있고, 결국 공시송달 절차를 거쳐야 할 수밖에 없음 → 개정의 효과가 사실상 없음
- ③ 근거3: 현행법상 제도인 우체에 부치는 송달이나 발송송달 제도는 활용이 어려움 → 새로운 요건의 우체에 부치는 송달 제도 마련 필요
 - 형사소송법 제61조에 따른 우체에 부치는 송달을 활용하는 것에는 그 요건에 비추어 한계가 있음 → 일단 소환장이 1회 송달불능이 되어야 하고(기간 소요), 나아가 그 사유가 수취인불명 또는 이사불명이어야 함(단순 폐문부재의



경우 요건 미충족)

- 민사소송법 제187조에 따른 발송송달 역시 일단 소환장이 1회 송달불능이 되어야 하고(기간 소요), 그 장소가 송달 상대방의 실제 생활근거지로 확인되었고, 송달불능의 사유가 폐문부재인 경우여야 가능함
- 나아가 실무상 법관들이 송달의 적법성 문제 등을 우려하여 위와 같은 제도의 활용을 주저하고 있는 상황에서, 위 송달의 활성화를 추진하는 것은 적절하지 않은 측면이 있음
- ④ 근거4: ‘우체에 부치는 송달’의 요건인 ‘주거, 사무소 또는 송달영수인의 선임을 신고하여야 할 자가 그 신고를 하지 아니하는 때’와 ‘피고인이 법정에서 다음 기일을 고지받고도 기일에 불출석한 것’에는 피고인이 그 의무를 해태하였다는 측면에서 유사점이 있음

■ 토론: 형사전자소송의 도입에 따른 송달제도 변화

- 2025년경 도입이 예상되는 형사전자소송의 근거법률인 형사사법절차에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률 제14조(47)는 전자적 송달과 관련된 부분을 정하고 있음
- 형사전자소송에 동의한 피고인(제1항 제3호)에 대해서 전자적 방식으로 송달을 할 수 있고, 피고인이 송달내역을 확인하지 아니하는 경우에는 전자적 통

47) 제14조(전자적 송달 또는 통지)

- ① 형사사법업무 처리기관은 송달 또는 통지를 받을 자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 송달 또는 통지를 전산정보처리시스템을 통하여 전자적으로 할 수 있다.
 - 1., 2. (생략)
 3. 전자적 송달 및 통지에 동의한 등록사용자로서 대통령령 또는 대법원규칙으로 정하는 자에 해당하는 경우
- ② 제1항에 따른 송달 또는 통지는 형사사법업무 처리기관이 전자문서를 전산정보처리시스템에 등재하고 그 사실을 송달 또는 통지받을 자에게 전자적으로 통지하는 방법으로 한다.
- ③ 제2항에 따라 송달 또는 통지한 경우에는 그 송달 또는 통지를 받을 자가 전산정보처리시스템에 등재된 전자문서를 대통령령 또는 대법원규칙으로 정하는 절차와 방법에 따라 확인한 때에 송달 또는 통지된 것으로 본다.
- ④ 제3항에도 불구하고 송달 또는 통지를 받을 자가 전산정보처리시스템에 등재된 전자문서를 확인하지 아니하는 경우에는 제2항에 따라 등재 사실을 전자적으로 통지한 날부터 14일이 지난 날에 송달 또는 통지된 것으로 본다. 다만, 피의자 또는 피고인 등의 형사사법절차상의 권리를 보호하기 위하여 필요한 경우로서 대통령령 또는 대법원규칙으로 정하는 경우에는 통지된 것으로 보지 아니한다.



지일로부터 14일이 지난 날에 송달된 것으로 봄(제4항)

- 공판절차 진행 중 도주한 피고인에 대해서는 일정한 기간 동안 피고인이 전자송달내역을 확인하지 않으면 공판기일이 통지된 것으로 간주되므로, 발송 송달과 같은 방식을 활용하여 피고인에 대한 기일통지를 의제할 필요성은 사라지게 됨

4) 구체적 개정안의 내용

현행	개정안
<p>소송촉진법 제23조(제1심 공판의 특례)</p> <p>제1심 공판절차에서 피고인에 대한 송달불능보고서가 접수된 때부터 6개월이 지나도록 피고인의 소재를 확인할 수 없는 경우에는 대법원규칙으로 정하는 바에 따라 피고인의 진술 없이 재판할 수 있다. 다만, 사형, 무기 또는 장기 10년이 넘는 징역이나 금고에 해당하는 사건의 경우에는 그러하지 아니하다.</p>	<p>소송촉진법 제23조(제1심 공판의 특례)</p> <p>① 제1심 공판절차에서 피고인에 대한 송달불능보고서가 접수된 때부터 6개월이 지나도록 피고인의 소재를 확인할 수 없고, 피고인이 공판기일에 출석한 바 없는 경우에는 대법원규칙으로 정하는 바에 따라 피고인의 진술 없이 재판할 수 있다.</p>
<p><신 설></p>	<p>② 제1심 공판절차에서 공판기일에 출석하였던 피고인이 다음 공판기일에 출석하지 아니한 때에는 다시 기일을 정하여야 한다. 피고인이 정당한 사유 없이 다시 정한 기일 또는 그 뒤에 열린 기일에 출석하지 아니한 때에는 피고인의 진술 없이 재판할 수 있다.</p>
<p><신 설></p>	<p>③ 제2항에 의하여 다시 정한 기일 또는 그 뒤에 열리는 기일에 대한 소환장 송달은 서류를 우체에 부치는 방법에 의할 수 있고, 이 경우 도달된 때에 송달된 것으로 간주한다.</p>
<p><신 설></p>	<p>④ 제1, 2항은 사형, 무기 또는 장기 10년이 넘는 징역이나 금고에 해당하는 사건의 경우에는 적용하지 아니한다.</p>

현행	개정안
소송촉진법 제23조의2(재심)	소송촉진법 제23조의2(재심)
① 제23조 본문에 따라 유죄판결을 받고 그 판결이 확정된 자가 책임을 질 수 없는 사유로 공판절차에 출석할 수 없었던 경우 형사소송법 제424조에 규정된 자는 그 판결이 있었던 사실을 안 날부터 14일 이내(재심청구인이 책임을 질 수 없는 사유로 위 기간에 재심청구를 하지 못한 경우에는 그 사유가 없어진 날부터 14일 이내)에 제1심 법원에 재심을 청구할 수 있다.	① 제23조 제1, 2항----- ----- ----- ----- ----- ----- ----- ----- ---
② ~ ⑦ (생략)	② ~ ⑦ (생략)

■ 제2항: 공판기일에 출석하였던 피고인의 불출석 시 특례 규정

- 2회 이상 불출석 시 불출석 재판을 가능하게 함
- 연속 불출석 외에도 비연속 불출석도 포함

■ 제3항: 전항의 경우의 우체에 부치는 송달 특례 규정

- 형사소송법 제61조의 우체에 부치는 송달 규정을 차용함

장기적으로 항소심 및 피고인만 불복한 고정 사건 관련 형사소송법도 같은 취지로 개정 검토

- 다만, 항소심과 피고인만 불복한 고정 사건의 경우 소추법상 6개월 요건이 적용되지 않고, 피고인 불복 고정 사건은 선고기일 불출석 시 곧바로 선고가 가능하다는 점에서 개정 필요성이 소추법보다 높지 않음

라. 4유형의 개선방안

1) 1, 2, 3유형과의 차별화 필요성



■ 귀책사유의 정도 및 출석권 포기의 징표

- 변론종결기일까지 참석한 후 선고기일을 고지받은 피고인이 선고기일에 불출석한 경우 1, 2, 3유형에 비하여 피고인의 귀책사유 및 출석권 포기의 징표가 더욱 명백하다고 볼 수 있음

■ 절차 보장의 필요성

- 나아가 이미 심리가 이미 종료되었다는 점에서 3유형에 비하여 절차 보장의 필요성이 훨씬 낮고, 피고인의 출석이 실제진실발견에 기여하는 바도 없음
- 다만, 선고기일에 피고인이 출석하지 않는 경우 ① 판결의 주문과 이유의 요지를 설명할 수 없고(형사소송법 제43조), ② 나아가 적절한 훈계(형사소송규칙 제147조 제2항)도 할 수 없으며, ③ 선고 시의 각종 부수적인 고지(상소기간, 상소법원, 준수사항 등)를 하지 못하는 문제점이 있음
- 이러한 고지를 생략하는 것은 결코 바람직하지 않으나, 이와 같은 고지 필요성만을 이유로 의도적으로 불출석한 피고인에 대하여 재판을 하지 못하게 하는 것 역시 바람직하지 않으므로, 법익의 비교형량상 이러한 사안에서 불출석 재판을 가능하게 하는 것은 어느 정도 불가피한 측면이 있음

A 판사(수도권 지방법원, 형사단독 재판장):

선고기일에 피고인이 출석하지 않는 경우가 가장 힘들다. 여러 피고인 중 일부만 출석한 경우, 출석한 피고인에 대해서만 판결을 분리선고한다면 결론이 노출되는 문제도 있고 기록을 복사해야 하는 업무상 부담도 만만치 않다. 출석한 공동피고인이 멀리서 온 경우에는 선고를 연기하면서 마음이 상당히 무겁다. 특히 법정구속을 예정한 피고인이 불출석하는 경우에는 판결문과 구속영장 원본을 모두 폐기해야 하고, 연기된 선고기일마다 새롭게 구속영장을 만들어 가져가야 해서 그로 인한 불편함이 상당하다. 이런 사건에서도 6개월간의 추적기간을 거쳐야 한다는 것은 극히 부당하다.

2) 개선 방향

■ '기간 단축'과 '사전조치 간소화' → 3유형과 같음

■ ① 다만, 3유형과는 달리 2회 불출석을 요구할 필요 없음

- 변론종결기일에 선고기일을 고지받은 피고인의 경우 추가적인 절차 보장 필요성이 낮고(피고인이 상실하는 절차적 이익은 각종 고지를 받지 못하는 정



도에 불과함), 실체진실발견을 위하여 피고인의 출석이 더 이상 기여하는 바도 없음

- 나아가 선고기일에 출석하지 못한 경우에도 항소할 수 있고, 책임질 수 없는 사유로 항소기간 내 항소하지 못한 경우 상소권회복청구라는 구제수단도 남아있음
- 특히 법률전문가가 아닌 피고인의 경우에도 선고기일의 중요성은 충분히 이해할 수 있으므로, 재판부에 별도로 연기신청 등을 하지 않은 피고인이 ‘정당한 이유로’ 불출석하는 경우는 상정하기 어려움 → 선고기일에 불출석한 피고인에게 굳이 한 번의 기회를 더 부여할 이유도 낮음

■ [2] 법정형에 따라 불출석 재판 대상을 제한할 필요 없음

- 위헌결정의 취지는 ‘피고인의 방어권이 전혀 행사될 수 없는 상태에서’ 재판이 진행되어 사형이나 무기과 같은 중형 선고가 가능하도록 규정하고 있다면 공정한 재판을 받을 권리를 과도하게 침해한다는 것임

[헌법재판소 1998. 7. 16. 선고 97헌바22 결정]

만일, 피고인의 공판기일출석권을 제한하고 있는 법률조항이 피고인의 방어권이 전혀 행사될 수 없는 상태에서 재판이 진행되어 사형이나 무기과 같은 중형선고가 가능하도록 규정하고 있다면, 이는 그 법률조항이 비록 위에서 본 바와 같은 정당한 입법목적에 지닌 것이라고 할지라도 그 목적 달성에 필요한 최소한의 범위를 넘어서 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 과도하게 침해하는 것이라고 하겠고(후략)

- 그런데 변론종결기일까지 출석한 피고인은 방어권을 대부분 행사하였다고 보아야 하므로, 굳이 10년 미초과 범죄로 불출석 재판을 제한할 필요성은 없음

3) 구체적 개정안의 내용

■ 4유형만 개정하는 경우

현행	개정안
소송촉진법 제23조(제1심 공판의 특례) 제1심 공판절차에서 피고인에 대한 송달불능 보고서가 접수된 때부터 6개월이 지나도록 피	소송촉진법 제23조(제1심 공판의 특례) ① 제1심 공판절차에서 피고인에 대한 송달불능 보고서가 접수된 때부터 6개월이 지나도록

현행	개정안
고인의 소재를 확인할 수 없는 경우에는 대법원규칙으로 정하는 바에 따라 피고인의 진술 없이 재판할 수 있다. 다만, 사형, 무기 또는 장기 10년이 넘는 징역이나 금고에 해당하는 사건의 경우에는 그러하지 아니하다.	피고인의 소재를 확인할 수 없고, 피고인이 공판기일에 출석한 바 없는 경우에는 대법원규칙으로 정하는 바에 따라 피고인의 진술 없이 재판할 수 있다.
<신 설>	② 제1심 공판절차에서 변론종결기일에 출석하여 선고기일을 고지받은 피고인이 정당한 사유 없이 선고기일에 출석하지 아니한 때에는 피고인의 출석 없이 판결을 선고할 수 있다.
<신 설>	③ 제1항은 사형, 무기 또는 장기 10년이 넘는 징역이나 금고에 해당하는 사건의 경우에는 적용하지 아니한다.
소송촉진법 제23조의2(재심) ① 제23조 본문에 따라 유죄판결을 받고 그 판결이 확정된 자가 책임을 질 수 없는 사유로 공판절차에 출석할 수 없었던 경우 형사소송법 제424조에 규정된 자는 그 판결이 있었던 사실을 안 날부터 14일 이내(재심청구인이 책임을 질 수 없는 사유로 위 기간에 재심청구를 하지 못한 경우에는 그 사유가 없어진 날부터 14일 이내)에 제1심 법원에 재심을 청구할 수 있다. ② ~ ⑦ (생략)	소송촉진법 제23조의2(재심) ① 제23조 제1, 2항----- ----- ----- ----- ----- ----- ----- ----- ----- ---. ② ~ ⑦ (생략)

▣ 3, 4유형을 모두 개정하는 경우

현행	개정안
소송촉진법 제23조(제1심 공판의 특례) 제1심 공판절차에서 피고인에 대한 송달불능	소송촉진법 제23조(제1심 공판의 특례) ① 제1심 공판절차에서 피고인에 대한 송달불



현행	개정안
<p>보고서가 접수된 때부터 6개월이 지나도록 피고인의 소재를 확인할 수 없는 경우에는 대법원규칙으로 정하는 바에 따라 피고인의 진술 없이 재판할 수 있다. 다만, 사형, 무기 또는 장기 10년이 넘는 징역이나 금고에 해당하는 사건의 경우에는 그러하지 아니하다.</p>	<p>능보고서가 접수된 때부터 6개월이 지나도록 피고인의 소재를 확인할 수 없고, 피고인이 공판기일에 출석한 바 없는 경우에는 대법원규칙으로 정하는 바에 따라 피고인의 진술 없이 재판할 수 있다.</p>
<p><신 설></p>	<p>② 제1심 공판절차에서 공판기일에 출석하였던 피고인이 다음 공판기일에 출석하지 아니한 때에는 다시 기일을 정하여야 한다. 피고인이 정당한 사유 없이 다시 정한 기일 또는 그 뒤에 열린 기일에 출석하지 아니한 때에는 피고인의 진술 없이 재판할 수 있다.</p>
<p><신 설></p>	<p>③ 제2항에 의하여 다시 정한 기일 또는 그 뒤에 열리는 기일에 대한 소환장 송달은 서류를 우체에 부치는 방법에 의할 수 있고, 이 경우 도달된 때에 송달된 것으로 간주한다.</p>
<p><신 설></p>	<p>④ 제1심 공판절차에서 변론종결기일에 출석하여 선고기일을 고지받은 피고인이 정당한 사유 없이 선고기일에 출석하지 아니한 때에는 피고인의 출석 없이 판결을 선고할 수 있다.</p>
<p><신 설></p>	<p>⑤ 제1, 2항은 사형, 무기 또는 장기 10년이 넘는 징역이나 금고에 해당하는 사건의 경우에는 적용하지 아니한다.</p>
<p>소송촉진법 제23조의2(재심)</p> <p>① 제23조 본문에 따라 유죄판결을 받고 그 판결이 확정된 자가 책임을 질 수 없는 사유로 공판절차에 출석할 수 없었던 경우 형사소송법 제424조에 규정된 자는 그 판결이 있었던 사실을 안 날부터 14일 이내(재심청구인이 책임</p>	<p>소송촉진법 제23조의2(재심)</p> <p>① 제23조 제1, 2, 4항----- ----- ----- ----- -----</p>



현행	개정안
을 질 수 없는 사유로 위 기간에 재심청구를 하지 못한 경우에는 그 사유가 없어진 날부터 14일 이내)에 제1심 법원에 재심을 청구할 수 있다.	----- ----- ----- ---
② ~ ⑦ (생략)	② ~ ⑦ (생략)

3. 소결론

■ 피고인의 귀책사유 유무 및 절차 보장 필요성의 정도에 따라 불출석 재판의 요건을 재설계할 필요 있음

- 귀책사유의 정도가 가장 크고 절차 보장 필요성이 가장 낮은 4유형(선고기일 불출석)에 대한 개선을 1순위로 고려
- 귀책사유의 정도가 그 다음으로 크고 절차 보장 필요성이 그 다음으로 낮은 3유형(1회 이상 출석 후 불출석)에 대한 개선을 2순위로 고려

VI. 결론

■ 불출석 재판제도의 개선 필요성 및 방향

- 형사재판에서의 불출석 재판제도는 사건별 특성에 맞게 국가의 정당한 형벌권 행사를 저해하지 않으면서도 피고인의 방어권 보장 및 실체진실발견까지 조화롭게 달성할 수 있는 제도로 설계되어야 하고, 피고인에게 도망의 유인을 제공하는 방향으로 기능하여서는 안 됨
- 이를 위하여 피고인의 귀책사유 유무 및 절차 보장 필요성의 정도에 따라 불출석 재판의 요건을 재설계할 필요 있음

스스로 지킬 조건을 갖추지 못한 사람에게는 자신에게 주어진 청문의 손길은 미치지 않는 것이다. 법정에 나타나지 않고 청문의 권리를 외친다고 하여 법정문이 열리는 것은 아니다. 다수의견이 힘주어 말하는 공정한 재판은 피고인에게도 정당해야 하겠지만 고소인·피해자에게도 역시 정당해야 한다는 것을 우리는 잊어서는 안 된다.



- 헌법재판소 1998. 7. 16. 선고 97헌바22 결정 재판관 이영모의 반대의견 중

■ 사법정책자문위원회 차원의 건의문 채택 필요

- 22대 국회에서 관련 개정안이 논의될 수 있도록 사법정책자문위원회 차원의 건의문 채택 필요