

## 대 법 원

### 판 결

사 건	2014도17252 폭행, 공무집행방해, 사기
피 고 인	피고인
상 고 인	피고인
변 호 인	변호사 조정미(국선)
원 심 판 결	서울중앙지방법원 2014. 7. 25. 선고 2013노4373 판결
판 결 선 고	2015. 6. 25.

### 주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울중앙지방법원 합의부에 환송한다.

### 이 유

1. 가. 사형, 무기 또는 장기(長期) 10년이 넘는 징역이나 금고에 해당하지 아니하는 사건에 대하여는 소송촉진 등에 관한 특례법(이하 '소송촉진법'이라 한다) 제23조(이하 '이 사건 특례 규정'이라 한다)에 의하여 제1심 공판절차에 관한 특례가 허용되어, 피고인에 대한 송달불능보고서가 접수된 때부터 6개월이 지나도록 피고인의 소재를 확인할 수 없는 경우에는 대법원규칙으로 정하는 바에 따라 피고인의 진술 없이 재판할 수 있다.

다만 이 사건 특례 규정에 따라 유죄판결을 받고 그 판결이 확정된 피고인이 책임을

질 수 없는 사유로 공판절차에 출석할 수 없었던 경우에는, 위 피고인 등이 소송촉진법 제23조의2 제1항(이하 '이 사건 재심 규정'이라 한다)에 의하여 그 판결이 있었던 사실을 안 날부터 14일 이내에 제1심 법원에 재심을 청구할 수 있으며, 만약 책임을 질 수 없는 사유로 위 기간에 재심청구를 하지 못한 경우에는 그 사유가 없어진 날부터 14일 이내에 제1심 법원에 재심을 청구할 수 있다.

나. 헌법은 제27조 제1항에서 "모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다."고 규정하고, 같은 조 제3항 전문에서 "모든 국민은 신속한 재판을 받을 권리를 가진다."고 규정함으로써 모든 국민에게 적법하고 공정한 재판을 받을 권리를 보장하고 있다. 여기서 '공정한 재판을 받을 권리'에는 모든 증거자료가 법관의 앞에서 조사·진술되고 이에 대하여 피고인이 방어할 수 있는 기회가 실질적으로 보장되는 재판, 즉 피고인이 공판절차에 당사자로 참여하여 구술변론에 의해 답변과 반증을 할 수 있는 충분한 기회가 보장되는 재판을 받을 권리가 포함된다. 형사소송법에서 피고인에게 변호인의 조력을 받을 권리(제33조), 증거신청권과 증거보전청구권(제294조, 제184조), 증거조사에 대한 의견진술권(제293조)과 증거조사에 대한이의신청권(제296조) 등을 보장하고 있는 것도, 형사소송절차에서 피고인에게 당사자로서의 지위를 인정하고 국가의 형벌권 행사에 대하여 적절하게 방어할 수 있는 수단과 기회를 제공함으로써 공정한 재판을 받을 권리를 실질적으로 보장하기 위한 것이다.

이러한 '공정한 재판을 받을 권리'를 실현하기 위하여는 사전에 피고인에게 공소장을 송달하여 공소사실을 알려주고 공판기일을 통지하여 공판기일에 출석할 수 있는 권리를 보장해 주는 것이 필수적이다. 이를 위하여 형사소송법은 피고인이 공판기일에 출석하지 아니한 때에는 특별한 규정이 없으면 개정하지 못하도록 규정하고 있으며(제

276조 본문), 예외적으로 다액 500만 원 이하의 벌금 또는 과료에 해당하는 사건 등과 같이 중형선고의 가능성이 없거나 피고인이 재판장의 허가 없이 퇴정하거나 퇴정명령을 받는 등 불출석에 대한 책임이 피고인에게도 있는 경우에 한하여 불출석 재판을 허용하고 있다(제277조, 제330조 등).

다. 이와 같은 헌법 및 형사소송법 규정에 불구하고 소송촉진법에서 이 사건 특례규정을 둔 것은 소송의 지연을 방지하여 형벌권의 신속한 행사를 도모하고 미제사건이 불합리하게 적체되지 않도록 하려는 목적에서 일정한 요건을 갖춘 특별한 경우로 한정하여 피고인의 공판기일 출석에 예외를 인정한 것이다. 그렇지만 그로 인하여 헌법 및 형사소송법이 보장한 피고인의 방어권 행사가 제한되는 것은 부정할 수 없으므로, 공정한 재판을 받을 권리가 본질적으로 침해되지 않도록 방어권을 보완하는 절차를 둘 필요가 있다.

앞서 본 것과 같이 이 사건 특례 규정이 그 적용 대상에서 사형, 무기 또는 장기 10년이 넘는 징역이나 금고에 해당하는 사건을 제외함으로써 불출석 재판에 의하여 피고인에게 과중한 형이 선고되는 것을 막는 것에 그치지 않고, 나아가 이 사건 재심 규정을 두어 피고인이 책임을 질 수 없는 사유로 제1심 공판절차에 출석할 수 없었던 경우에 확정된 제1심 유죄판결에 대하여 폭넓게 재심을 허용한 것은 피고인이 출석한 공판절차에서 다시 재판을 받을 수 있는 기회를 부여하여 방어권을 실질적으로 보완하고 심급의 이익을 보장함으로써 헌법이 인정한 공정한 재판을 받을 권리 및 적법절차의 원칙을 실현하려는 취지로서, 이 사건 특례 규정이 합헌성을 갖추기 위한 필수적인 제도적 장치라 할 수 있다.

라. 그런데 이와 같이 귀책사유 없이 공판절차에 출석하지 못한 피고인에게 재심청

구권을 부여하여 공정한 재판을 받을 권리를 보장할 필요성은, 이 사건 특례 규정에 따라 진행된 제1심의 불출석 재판에 의하여 유죄판결이 확정된 경우뿐만 아니라, 그 제1심의 불출석 재판에 대하여 검사가 항소하여 항소심도 불출석 재판으로 진행한 후에 제1심판결을 파기하고 새로 또는 다시 유죄판결을 선고하여 확정된 경우에도 마찬가지로 인정된다.

오히려 제1심에 이어 항소심까지 불출석 재판으로 진행되어 제1심판결이 위와 같이 파기되면 제1심판결을 재심청구 대상으로 삼을 수 없을 뿐만 아니라 상고권회복결정을 받아 상고하더라도 형사소송법 제383조 제4호에 의하여 사실오인이나 양형부당을 상고이유로 주장하지 못하므로 피고인으로서는 그에 관하여 제대로 주장을 펴지도 못하고 항소심의 유죄판결을 받아들일 수밖에 없음을 고려하면, 제1심의 불출석 재판에 의한 유죄판결이 항소 없이 그대로 확정된 경우에 비해서 재심을 허용하여 피고인을 구제하여야 할 필요성은 훨씬 더 크다고 할 것이다.

비록 이 사건 재심 규정이 이 사건 특례 규정에 따라 제1심에서 유죄판결이 확정된 경우에 관하여 정하고 있지만, 이는 이 사건 특례 규정에 따라 피고인 불출석 상태에서 재판이 진행되는 경우에는 일반적으로 제1심에서 유죄판결이 확정된다는 사정을 고려한 것에 불과하고, 그 실질적인 취지는 이 사건 특례 규정에 기초하여 진행된 소송 절차를 전제로 유죄판결이 이루어진 경우에는 그에 대한 재심을 허용하겠다는 것이라고 봄이 타당하다.

그럼에도 항소심 재판이 진행되었다는 이유로 이 사건 재심 규정과 같은 재심절차를 허용하지 않는다면, 이는 귀책사유 없이 제1심은 물론 항소심까지 공판절차에 출석할 수 없었던 피고인으로 하여금 징역 10년이 선고될 수도 있는 사건에 관한 사실심 재판

결과를 그대로 받아들이도록 하는 것이어서 실체적 진실발견을 통하여 형벌권을 행사한다는 형사소송의 이념을 훼손하고 피고인의 공정한 재판을 받을 권리 및 방어권을 본질적으로 침해하는 결과를 낳을 뿐만 아니라, 제1심의 불출석 재판에 의한 유죄판결이 확정된 경우에 비하여 합리적인 이유 없이 부당하게 차별하는 것이므로 형평의 원칙에 반한다.

마. 이러한 이 사건 특례 규정과 재심 규정의 내용 및 입법 취지, 헌법 및 형사소송법에서 정한 피고인의 공정한 재판을 받을 권리 및 방어권의 내용, 적법절차를 선언한 헌법 정신, 귀책사유 없이 불출석한 상태에서 제1심과 항소심에서 유죄판결을 받은 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 실질적으로 보호할 필요성 등의 여러 사정들을 종합하여 보면, 이 사건 특례규정에 따라 진행된 제1심의 불출석 재판에 대하여 검사만 항소하고 항소심도 불출석 재판으로 진행된 후에 제1심판결을 파기하고 새로 또는 다시 유죄판결을 선고하여 그 유죄판결이 확정된 경우에도, 이 사건 재심 규정을 유추 적용하여, 귀책사유 없이 제1심과 항소심의 공판절차에 출석할 수 없었던 피고인은 이 사건 재심 규정이 정한 기간 내에 항소심 법원에 그 유죄판결에 대한 재심을 청구할 수 있다고 해석함이 타당하다.

그리고 위 경우에 피고인이 재심을 청구하지 않고 상고권회복에 의한 상고를 제기하여 위 사유를 상고이유로 주장한다면, 이는 형사소송법 제383조 제3호에서 상고이유로 정한 원심판결에 '재심청구의 사유가 있는 때'에 해당한다고 볼 수 있으므로 원심판결에 대한 파기사유가 될 수 있다. 나아가 위 사유로 파기되는 사건을 환송받아 다시 항소심 절차를 진행하는 원심으로서 피고인의 귀책사유 없이 이 사건 특례 규정에 의하여 제1심이 진행되었다는 파기환송 판결 취지에 따라, 제1심판결에 형사소송법 제

361조의5 제13호의 항소이유에 해당하는 이 사건 재심 규정에 의한 재심청구의 사유가 있어 직권 파기 사유에 해당한다고 보고, 다시 공소장 부분 등을 송달하는 등 새로 소송절차를 진행한 다음 새로운 심리 결과에 따라 다시 판결을 하여야 할 것이다.

2. 기록에 의하면, ① 제1심은 이 사건 특례규정에 따라 공시송달의 방법으로 공소장 부분과 소환장 등을 송달하고 피고인이 불출석한 상태에서 심리를 진행하여 벌금 500만 원을 선고하였고, ② 이에 대하여 검사만 양형부당으로 항소하자, 원심도 공시송달의 방법으로 소환장 등을 송달하고 형사소송법 제365조에 따라 피고인이 불출석한 상태에서 심리를 진행한 후, 검사의 항소를 받아들여 제1심판결을 파기하면서 징역 1년을 선고하여 원심판결이 형식적으로 확정되었는데, ③ 피고인은 공소장 부분 등을 송달받지 못해 공소가 제기된 사실조차 알지 못하였으며, 그 후 피고인이 원심판결에 의한 형 집행으로 검거되자 곧바로 상소권회복청구를 하였고, ④ 이에 법원은 피고인이 상고기간 내에 상고하지 못한 것은 책임을 질 수 없는 사유로 인한 것이라고 인정하여 상고권회복결정을 한 사실들을 알 수 있으므로, 이에 비추어 보면 피고인은 책임을 질 수 없는 사유로 제1심과 원심의 공판절차에 출석하지 못하였다고 할 수 있다.

3. 이러한 사정을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 피고인이 책임을 질 수 없는 사유로 불출석한 상태에서 이 사건 특례 규정에 의하여 제1심 재판이 진행되고 항소심 역시 피고인이 책임질 수 없는 사유로 불출석한 채 재판을 진행하여 제1심판결을 파기하고 다시 유죄판결을 선고한 원심판결에는 이 사건 재심 규정을 유추 적용한 재심청구의 사유가 있다 할 것이며, 이는 형사소송법 제383조 제3호에서 정한 상고이유에 해당한다. 이를 지적하는 취지의 상고이유의 주장은 이유 있다.

4. 그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법

원에 환송하기로 하여 주문과 같이 판결한다. 이 판결에는 대법관 민일영, 대법관 권순일의 반대의견이 있는 외에는 관여 법관의 의견이 일치하였다.

5. 대법관 민일영, 대법관 권순일의 반대의견은 다음과 같다.

가. 다수의견은, 이 사건 특례 규정에 따라 진행된 제1심의 피고인 불출석 재판에 의하여 유죄판결이 확정된 경우뿐만 아니라, 제1심의 불출석 재판에 대하여 검사가 항소하여 항소심도 불출석 재판으로 진행한 후에 제1심판결을 파기하고 다시 유죄판결을 선고하여 확정된 경우에도 피고인은 이 사건 재심 규정을 유추 적용하여 항소심 법원에 재심을 청구할 수 있으며, 나아가 이러한 경우에 항소심 법원에 재심을 청구하는 대신 상고권회복에 의한 상고를 제기하고 위 재심 사유를 형사소송법 제383조 제3호의 상고이유로 주장하는 것도 가능하다고 한다.

그러나 제1심에 이어 항소심도 피고인 불출석 재판으로 진행되어 제1심판결이 파기되고 다시 유죄판결이 선고되어 확정된 경우까지 이 사건 재심 규정을 유추 적용하여 재심을 청구할 수 있다는 다수의견은 법원의 정당한 법률해석권의 범위를 넘어선 것이어서 이에 찬성할 수 없다.

나. 본래 법률 규정의 의미·내용과 그 적용 범위가 어떠한 것인지를 정하여 선언하는 권한, 즉 법률 규정의 해석·적용에 관한 권한은 법원에 있는 것으로서, 법원은 법률 규정의 의미가 불명확한 경우 입법취지에 따른 적절한 해석을 통하여 그 의미와 내용을 확정할 수 있고, 나아가 재판에 적용할 법률 규정이 없는 경우에도 유추해석이 금지되는 형법조항이나 조세법규에 관한 것이 아닌 한 법의 이념에 맞도록 다른 법률 규정을 유추 적용할 수 있으며, 그 과정에서 어느 정도 법형성적인 판결을 할 수 있음은 물론이다.

그러나 여기에는 일정한 한계가 있다. 법률 규정의 해석·적용에 관한 법원의 권한은 어디까지나 헌법 제40조에 규정된 국회의 입법권이나 헌법상의 권력분립의 원칙을 침해하지 않는 범위 내에서 행사하여야 한다. 따라서 어느 법률 조항의 의미와 내용이 명확함에도 불구하고 법원이 해석을 통하여 사실상 그 법률 조항의 일부를 삭제·변경하거나 새로운 내용을 추가하는 등으로 전혀 새로운 법률상 근거를 창출한다면 이는 법률해석을 통한 일종의 입법행위로서 헌법이 부여한 사법권의 한계를 벗어나는 것이다. 법률에 명문의 규정이 있고 그 의미와 내용이 명확한 경우에는 설령 그 규정에 부족함이나 불합리한 점이 있다고 하더라도 국회의 입법을 통해 보완해 나가야 옳지, 그러한 절차를 거치지 않고 법원이 곧바로 명문의 규정에 어긋나게 해석하거나 입법자의 의사를 추론하여 새로운 규범을 창설하여서는 안 된다.

그런 까닭에 종래 대법원은, 헌법 제111조 제1항과 헌법재판소법 제45조 본문에 의하면 헌법재판소는 법률 또는 법률조항의 위헌 여부만을 심판·결정할 수 있으므로, 헌법재판소가 헌법불합치결정을 선고하면서 개정시한까지 개선입법이 이루어지지 않는 경우 그 다음날부터 법률조항의 효력을 상실하도록 하였더라도, 위 헌법불합치결정이 형벌에 관한 법률조항에 대한 위헌결정인 이상 구 헌법재판소법(2014. 5. 20. 법률 제12597호로 개정되기 전의 것) 제47조 제2항 단서에 따라 소급하여 효력을 상실한다고 보아야 할 뿐 이와 달리 해석할 여지가 없다(대법원 2011. 6. 23. 선고 2008도7562 전원합의체 판결 참조)고 판시하여 법률 해석은 법률의 문언에 충실하게 해석하여야 함을 선언하였고, 나아가 동일한 형법조항에 대하여 헌법재판소가 합헌 결정을 하였다가 그 후 사회상황의 변화에 따른 사정변경을 이유로 위헌결정을 한 경우에는 위헌결정의 전면적인 소급효를 인정하는 것이 오히려 사법적 정의에 현저히 반하는 결과를 초래할



수 있으므로 소급효의 범위를 달리 정할 필요성이 있으나, 죄형법정주의 등 헌법과 형사법하에서 형벌이 가지는 특수성으로 인하여 위헌결정의 소급효와 그에 따른 재심청구권을 명시적으로 규정한 법률의 문언에 반하여 해석으로 소급효 및 피고인의 재심에 관한 권리를 제한하는 것은 어렵고, 그에 따른 현저한 불합리는 결국 입법에 의하여 해결할 수밖에 없다고 판시함으로써(대법원 2011. 4. 14. 선고 2010도5605 판결 참조), 법률의 불비나 흠결 등에 따른 불합리는 국회의 입법을 통하여 해결하여야 함을 밝힌 바 있다.

다. 이 사건 특례규정은 제1심 공판절차에서 피고인에 대한 송달불능보고서가 접수된 때부터 6개월이 지나도록 피고인의 소재를 확인할 수 없는 경우에 대법원규칙으로 정하는 바에 따라 피고인의 진술 없이 재판할 수 있도록 규정하고 있고, 이 사건 재심 규정은 위 특례규정에 따라 유죄판결을 받고 그 판결이 확정된 피고인이 책임질 수 없는 사유로 당해 공판절차에 출석할 수 없었던 경우에는 위 피고인 등은 제1심 법원에 재심을 청구할 수 있다고 규정하고 있다.

이처럼 이 사건 재심 규정이 '위 특례규정에 따라 유죄판결을 받고 그 판결이 확정된 경우'에 재심을 청구할 수 있다고 규정하고, 나아가 재심의 관할법원을 '원판결 법원'이 아닌 '제1심 법원'으로 한정하고 있는 점에 비추어 보면, 이 사건 재심 규정은 제1심의 피고인 불출석 재판에 의하여 유죄판결이 확정된 경우에만 제1심 법원에 재심을 청구하는 것을 허용하고 있을 뿐, 제1심에 이어 항소심도 피고인 불출석 재판으로 진행한 후 제1심판결을 파기하고 다시 유죄판결을 선고하여 확정된 경우에는 재심을 허용하지 않고 있음이 분명하다.

그럼에도 다수의견과 같이, 피고인의 공정한 재판을 받을 권리와 방어권 등을 보장

할 필요가 있다는 이유로, 제1심의 피고인 불출석 재판에 대하여 검사가 항소하여 항소심도 불출석 재판으로 진행된 후에 제1심판결을 파기하고 다시 유죄판결을 선고하여 확정된 경우에까지 이 사건 재심 규정을 유추 적용하여 항소심 법원에 재심을 청구할 수 있다고 해석하는 것은, 이 사건 재심 규정에 준하는 새로운 재심 규정을 사실상 신설하는 것과 다를 바 없어 법률 해석이라기보다는 입법행위에 해당하며, 이는 정당한 법률해석의 한계를 벗어난 것이다.

제1심에 이어 항소심까지 불출석 재판으로 진행된 경우 피고인으로서는 사실심 재판을 한 번도 받아보지 못한 채 재판 결과를 받아들여야만 하는 상황이 발생하기 때문에 피고인에게 재심의 기회를 부여하여 공정한 재판을 받을 권리를 보장해 주어야 한다는 다수의견의 취지에는 충분히 공감하지만, 그러한 규정을 두고 있지 아니한 소송촉진법의 입법상 불비는 국회의 개선 입법을 통하여 보완하여야지 법원의 법률 해석을 통하여 보정할 수 있는 것이 아니다.

라. 형사소송법상 재심은 확정된 종국판결에 중대한 하자가 있음을 이유로 그 판결의 기판력을 깨뜨려 부당함을 시정하는 사후적인 구제절차이므로, 재심사유는 형사소송법이 열거하고 있는 사유에 한정되고 그 이외의 사유는 허용되지 않는다. 이러한 재심사유의 엄격성을 완화하기 위하여 헌법재판소법 등 개별 법률로 재심사유를 확장해 가고 있기는 하지만, 여전히 재심사유는 법률로 엄격히 제한되어 법률에서 제한적으로 인정하는 사유 이외에는 허용되지 않는 것이다.

같은 취지에서 대법원도, 상고를 기각한 확정판결에 대한 재심청구는 형사소송법 제421조 제1항에 따라 그 확정판결 자체에 형사소송법 제420조 제1호, 제2호, 제7호의 사유가 있는 경우에 한하여 허용될 뿐, 그 제소의 목적과 성질을 달리하는 민사소송법

상의 재심사유는 준용할 수 없다고 판단한 바 있다(대법원 1995. 3. 29.자 94재도9 결정 등 참조).

그런데 다수의견의 논리대로라면, 경우에 따라서는 형사소송법 제420조가 정한 재심 사유 이외의 사유, 예컨대 위와 같은 민사소송법상의 재심사유나 법령 위반 등을 사유로 한 재심 청구도 가능하다고 볼 여지가 있게 되는데, 이는 앞서 본 바와 같이 법률에 제한적으로 열거한 사유에 한하여 재심을 허용함으로써 법적 안정성과 구체적 정의를 도모하려는 재심 제도의 취지에 반하게 된다. 실제상으로도 제1심에 이어 항소심까지 적법한 절차와 증거조사를 거쳐 심리한 결과 유죄로 인정된 경우에는 설사 위와 같은 사유로 재심을 허용한다 하더라도 대부분 동일한 절차의 반복에 그칠 것인데, 과연 그런 경우에까지 재심을 허용하여야 하는지도 의문이다.

마. 결론적으로, 제1심에 이어 항소심도 피고인 불출석 재판으로 진행하여 제1심판결을 파기하고 다시 유죄판결을 선고하여 확정된 경우에도 이 사건 재심 규정을 유추 적용하여 항소심 법원에 재심을 청구할 수 있다는 다수의견은 정당한 법률 해석의 한계를 벗어나 사실상 입법을 한 것이나 다름없어 받아들이기 어렵다.

이상과 같은 이유로 다수의견에 반대하는 취지를 밝힌다.

재판장      대법원장      양승태 \_\_\_\_\_

                  대법관      민일영 \_\_\_\_\_

대법관 이인복 \_\_\_\_\_

대법관 이상훈 \_\_\_\_\_

주 심 대법관 김용덕 \_\_\_\_\_

대법관 박보영 \_\_\_\_\_

대법관 고영한 \_\_\_\_\_

대법관 김창석 \_\_\_\_\_

대법관 김 신 \_\_\_\_\_

대법관 김소영 \_\_\_\_\_

대법관 조희대 \_\_\_\_\_

대법관 권순일 \_\_\_\_\_

대법관 박상옥 \_\_\_\_\_