

형사절차상 공시송달제도의 문제점과 개선방안*: 공시송달관련 판례분석을 중심으로

김혜경**

국 | 문 | 요 | 약

공시송달제도는 피고인에 대한 소송서류의 송달불능 또는 지연을 통한 소송의 지연 또는 미해결사건의 적체를 방지하기 위함을 목적으로 한다. 문제는 이러한 공시송달이 당사자의 방어권 보장이나 사실관계의 파악을 저해하는 요소로 작용하는가이다. 그러나 당사자의 청문권 및 참여권은 자발적 방어의 기회에 대한 보충적인 자기부담의 기대가 출석의 강요를 스스로 부담하게 만드는 기제로써 작용한다는 점을 고려할 때에 공시송달제도가 반드시 피고인의 방어권을 저해하는 요소로 작용하지는 않는다는 점을 확인할 수 있을 것이다. 따라서 궁극적으로 요구되는 점은 공시송달제도의 축소가 아니라, 공시송달제도의 적절한 활용일 것이다.

그러나 공시송달제도는 전적으로 소송경제의 효율성과 신속성만을 위한 제도는 아니다. 더욱이 현행 형사소송절차와 같이 각종 재판회복청구권을 모든 공시송달자에게 원칙적으로 보장하는 한, 공시송달은 당사자의 권리구제에도 소홀하지 않는다. 오히려 문제는 충분한 당사자의 신원 확인이 부재한 상태에서 이루어지는 공시송달과 이에 대한 불복으로 인하여 소송경제의 효율성이 저하되는 역효과를 초래하고 있다는 점이다. 특히 판례는 공시송달에 의한 형집행정지 및 재판권회복에 대하여 매우 관대한 결과, 공시송달제도의 취지를 퇴색케 하고 있다.

따라서 공시송달제도를 효율적으로 운용하기 위한 방법을 모색하고, 그 법적 효과 및 구제방법을 다원화할 필요성이 제기된다. 즉, 공시송달 원인을 현실적으로 제한함과 동시에 그 구제방법 역시 당사자의 의사를 기초로 다원화하여 고의적이고 악의적으로 공시송달의 효과를 악용하고자 하는 당사자에 대한 제재 또는 구제제한수단을 강구함으로써 동 제도의 본연의 효과를 회복하는 것이 필요할 것이다. 이러한 문제점을 기초로 하여 본 논문에서는 우선 공시송달제도가 형사절차상 가지는 취지를 살펴보고(Ⅱ), 현행 공시송달제도에 관한 판례의 태도를 분석한 후(Ⅲ), 공시송달제도가 가지는 문제점 및 그 개선방안을 제시해 보고자 한다(Ⅳ).

- ❖ 주제어 : 공시송달, 권석재판, 불출석재판, 재판을 받을 권리, 증거동의, 전자약식절차, 약식명령, 정식재판회복청구권, 재판회복청구권

* 본 논문은 2013년 12월 대구경북 교수-검찰실무연구회에서 발표한 내용을 수정·보완한 것임
** 계명대학교 법경대학 부교수·법학박사

I. 들어가며

형사절차상 피고인의 방어권보장을 위한 규정들은 그 명문의 의미로부터 뿐만 아니라, 외적으로는 피고인의 방어권과 무관하게 보일지라도 간접적이고 궁극적으로는 피고인의 방어권 보장을 위한 기제로 작용하는 경우가 많다. 특히 피의자 또는 피고인에 대한 통지 및 송달과 이를 통하여 이루어지는 당사자의 참여와 법적 청문 및 출석 등은 형사절차 전 과정에 걸쳐서 방어권보장을 위한 전제조건이 된다. 일반적으로 이와 같은 당사자의 청문권이나 출석 및 참여권은 법치국가의 원리로부터 비롯하여 국가적인 사법적 승낙의 헌법적 의무를 파생시킴과 동시에¹⁾, 피고인의 출석은 실체적 진실발견 뿐만 아니라 피고인의 자발적 사물해명의 협력가능성의 제공에도 기여한다고 본다.²⁾

피의자 또는 피고인에 대한 통지 또는 송달은 이러한 의미에서 매우 중요한 역할을 한다. 이는 법치국가의 원리로서 개인의 자유보호의 개념이, 소송의 당사자에게는 소송의 참여권으로 나타나게 되며³⁾ 본질적으로 사실적 의사소통의 참여를 통하여 절차적 원칙의 당사자 평등이 이루어지기 때문이기도 하다.⁴⁾ 이를 위하여 우선 통지 또는 송달을 통한 피고인 또는 피의자의 법적 청문기회가 제공된다. 형사소송법 제242조는 피의자의 진술을 통하여 자신을 방어하는 기회를 확보할 수 있다는 데에 본질이 있다.⁵⁾ 피의자의 청문권은 헌법상의 법치국가원리 및 적법절차의 요

1) Bernhard Haffke, Das Rueckwirungsverbot des Art. 103II GG bei Änderung des Rechtsprechung zum materiellen Recht, 1970, 250-253면.

2) Peter Riess, Die Durchfuehrung der Hauptverhandlung ohne Angeklagten, in; Juristenzeitung hrsg. von Bader usw., 1975, 267면. 이에 따르면 출석권리로부터 출석의무가 파생될 수도 있는데, 출석권리가 실행강제를 통하여 보호된다면 자발적 방어의 기회에 대한 봉충적인 자기부담의 기대가 출석의 강요를 스스로 부담하게 만든다고 한다.

3) Jesep Esser, Traditionale und postulative Elemente der Gerechtigkeitstheorie in Tradition und Fortschritt im Recht, 1977, 114면; Othmar Jauerinig, Zivilprozessrecht, 1985, 99면.

4) Niklas Luhmann, Legitimation durch Verfahren, in; Soziologische Texte -band 66 - hrsg. von Maus, Heinz und Fuerstenberg, Friedrich, 1969, 103면 이하; Helmut Conig, Die obersten Grundsätze des Rechts, 1947, 8면.

5) 이처럼 수사절차상 효율적인 자기 방어를 위하여 피의자에게 진술의 기회를 부여하여야 한다는 것을 수사절차상 피의자의 법적 청문권이라고 한다(문채규, “수사절차상 피의자의 청문권”, 법학연구 제49권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2008/8, 99면 이하).

구와 연결된다. 즉, 적정성의 요구와 피의자의 주체적 지위의 존중요구 및 공정한 재판받을 권리 등에 근거한다고 할 수 있다. 또한 피의자 또는 피고인에게는 형사절차의 진행 및 자신과 관련한 모든 권리의무관계에 대하여 고지를 받을 권리가 확보되어야 한다.

그리고 형사소송법 제276조는 피고인의 출석을 개정의 전제조건으로 하고 있다. 피고인의 공판정출석권은 방어권의 전제조건임과 동시에 피고인의 권리로서 작용할 뿐만 아니라, 다른 한편으로는 피고인의 의무이기도 하다. 그런데 현재 경미사건이나 즉결심판사건에 있어서는 피고인의 출석을 요하지 않는다. 더욱이 소송촉진 등에 관한 특례법(이하 “소촉법”이라 칭함)은 일정한 경우에 피고인의 소재불명을 이유로 피고인의 진술 없이 재판할 수 있음을 인정하고 있다. 물론 요하지 않는다는 것이 권리의 상실까지 의미하는 것은 아니므로, 출석 없이 이루어진 재판의 결과에 대한 불복이 소송의 지연뿐만 아니라 경제적 부담까지 초래한다는 점에서 문제된다.

이를 해소하기 위하여 형사소송법은 제60조 이하에 서류의 송달에 관한 규정들을 두고 있다. 특히 공시송달제도는 피고인에 대한 소송서류의 송달불능 또는 지연을 통한 소송의 지연 또는 미해결사건의 적체를 방지하기 위함을 목적으로 한다. 문제는 이러한 공시송달이 당사자의 방어권 보장이나 사실관계의 파악을 저해하는 요소로 작용하는가이다. 앞서 언급한 당사자의 청문권 및 참여권은 자발적 방어의 기회에 대한 보충적인 자기부담의 기대가 출석의 강요를 스스로 부담하게 만드는 기제로써 작용한다는 점을 고려할 때에 공시송달제도가 반드시 피고인의 방어권을 저해하는 요소로 작용하지는 않는다는 점을 확인할 수 있을 것이다. 따라서 궁극적으로 요구되는 점은 공시송달제도의 축소가 아니라, 공시송달제도의 적절한 활용일 것이다.

공시송달제도는 전적으로 소송경제의 효율성과 신속성만을 위한 제도는 아니다. 더욱이 현행 형사소송절차와 같이 각종 재판회복청구권을 모든 공시송달자에게 원칙적으로 보장하는 한, 공시송달은 당사자의 권리구제에도 소홀하지 않는다. 오히려 문제는 충분한 당사자의 신원확인이 부재한 상태에서 이루어지는 공시송달과 이에 대한 불복으로 인하여 소송경제의 효율성이 저하되는 역효과를 초래하고 있

다는 점이다. 특히 판례는 공시송달에 의한 형집행정지 및 재판권회복에 대하여 매우 관대한 결과, 공시송달제도의 취지를 퇴색케 하고 있다.

따라서 공시송달제도를 효율적으로 운용하기 위한 방법을 모색하고, 그 법적 효과 및 구제방법을 다원화할 필요성이 제기된다. 즉, 공시송달 원인을 현실적으로 제한함과 동시에 그 구제방법 역시 당사자의 의사를 기초로 다원화하여 고의적이고 악의적으로 공시송달의 효과를 악용하고자 하는 당사자에 대한 제재 또는 구제 제한수단을 강구함으로써 동 제도의 본연의 효과를 회복하는 것이 필요할 것이다. 이러한 문제점을 기초로 하여 본 논문에서는 우선 공시송달제도가 형사절차상 가지는 취지를 살펴보고(Ⅱ), 현행 공시송달제도에 관한 판례의 태도를 분석한 후(Ⅲ), 공시송달제도가 가지는 문제점 및 그 개선방안을 제시해 보고자 한다(Ⅳ).

Ⅱ. 공시송달제도의 개관

1. 공시송달제도의 의의

형사절차상 당사자의 지위를 가지는 피고인은 공소제기시점부터 형이 확정되어 집행이 완료될때까지 절차내의 참여권이 보장될 뿐만 아니라, 한편으로는 출석의무를 지게 된다. 이러한 피고인의 권리와 의무는 피고인의 형사절차에서의 지위로부터 비롯되기도 하지만, 그 밖의 증인, 변호인, 검사 등 형사소송 관여자들에게도 절차진행의 내용을 알리는 것은 관여자들의 권리보장뿐만 아니라 신속한 재판의 원칙을 위하여도 전제조건이 된다.

따라서 형사소송법 제370조, 제276조에 의하면, 항소심에서도 피고인의 출석 없이는 개정하지 못하고, 다만 같은 법 제365조에 의하면, 피고인이 항소심 공판기일에 출정하지 아니한 때에는 다시 기일을 정하고 피고인이 정당한 이유 없이 다시 정한 기일에도 출정하지 아니한 때에는 피고인의 진술 없이 판결할 수 있도록 되어 있으나, 이와 같이 피고인의 진술 없이 판결할 수 있기 위해서는 피고인이 적법한 공판기일 소환장을 받고서 정당한 이유 없이 출정하지 아니할 것을 필요로 한다.⁶⁾

공시송달제도는 ‘적법한 공판기일 소환장을 받고서 정당한 이유 없이 출정하지 아니할 것’이라는 불출석재판의 법적 근거가 된다. 즉, 송달불능 후 피고인에 대한 소재탐지촉탁 및 확인 등의 충분한 절차와 노력을 기울였음에도 불구하고 피고인의 소재불능으로 판단될 경우, 약식명령과 공소장부분을 비롯한 각종 형사절차참여관련 통지를 공시송달로 함으로써 피고인이 적법한 약식명령의 송달 또는 공판기일 소환장을 받은 것으로 간주하여 피고인의 불출석을 정당한 이유 없이 출정하지 아니한 것으로 그 법적 효력을 부여하기 위한 제도이다. 그 결과 피고인의 책임 없는 사유로 인한 불출석의 범위를 제한함으로써, 적법한 공시송달에 의한 재판의 효력이 인정된다.

2. 입법취지

가. 신속한 재판의 원칙과 적법절차에 의한 재판청구권의 보장과의 관계

송달불능을 이유로 한 공시송달은 피고인의 방어권이 전혀 행사될 수 없는 상태에서 공판절차를 진행할 수 있도록 하는 결과, 영구미제사건의 적체를 줄이기 위하여 마련한 불가피한 입법이라고 할 수 있다. 그런데 당사자주의 하에서 그러한 결과가 재판청구권의 한 내용인 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 과도하게 침해한 것으로서 적법절차의 원칙에 반하는가 여부가 문제된다.

적법절차의 원칙은 영미법계의 국가에서 국민의 인권을 보호하기 위한 기본원리의 하나로 발달되어 온 원칙으로, 미국의 수정헌법에서 명문화하기 시작하였으며, 대륙법계 국가에서도 이에 상응하여 법치국가원리 또는 기본권제한의 법률유보원리로 정립되어 있다. 여기서 적법절차라 함은 인신의 구속이나 처벌 등 형사절차만이 아니라 국가작용으로서의 모든 입법작용과 행정작용에도 광범위하게 적용되는 독자적인 헌법원리의 하나로 절차가 형식적 법률로 정하여지고 그 법률에 합치하여야 할 뿐만 아니라 적용되는 법률의 내용에 있어서도 합리성과 정당성을 갖춘 적정한 것이어야 하며, 특히 형사소송절차와 관련시켜 적용함에 있어서는 형벌권

6) 大判 1995. 7. 14, 95도920; 大判 1997. 9. 26, 97도1371; 大判 1999. 12. 24, 99도3784; 大判 2002. 9. 24, 2002도2520 등 참조.

의 실행절차인 형사소송의 전반을 규율하는 기본원리로 이해된다.⁷⁾

우리 법제는 피고인의 반대신문권을 미국헌법이나 일본헌법과 같이 헌법상의 기본권으로까지 규정하지는 않았으나 형사소송법 제161조의2에 피고인의 반대신문권을 포함한 교호신문권을 명문으로 규정하였고, 법관의 면전에서 진술되지 아니하고 피고인에 대한 반대신문의 기회가 부여되지 아니한 진술에 대하여는 원칙적으로 증거능력을 부여하지 아니하는 내용으로 형사소송법 제310조의2를 규정하여, 모든 증거는 법관의 면전에서 진술 심리되어야 하는 직접주의와 피고인에게 불리한 증거에 대하여는 반대신문할 수 있는 권리를 원칙적으로 보장하였다.

그런데 공시송달제도와 관련하여서는, 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 있고, 이러한 불가피한 상황 하에서 보충적으로만 공시송달이 가능하다는 점을 적법절차원칙 준수여부와 관련하여 고려하여야 할 것이다. 이러한 점에서 공시송달은 적법절차에 의한 재판청구권과 양립할 수 없는 것은 아니며, 오히려 피고인 불출석의 위와 같은 폐해를 시정하기 위하여 일정한 법적 요건 하에 한정적으로만 공판절차를 진행할 수 있도록 함으로서 절차법상의 정의를 추구하고자 하는 규정으로 보아야 할 것이다.⁸⁾

나. 증거조사의 편의성

이는 형사소송법 제318조의2가 피고인의 결석재판에 대한 증거동의 간주규정인 가라는 해석상의 문제⁹⁾로서, 이에 대하여는 불출석재판은 피고인의 소재불명에 국

7) 憲裁決 1994. 4. 28. 93헌바26.

8) 또한 공시송달제도는 적법절차에 의한 공정한 재판과 공개재판을 받을 권리에 관한 헌법규정과, 신속한 재판 및 실제적 진실에 합치하는 또 다른 면의 공정한 재판의 실현이라는 헌법규정의 조화·조정을 도모하고 실제법상의 정의와 절차법상의 정의의 조화를 도모한 규정이라는 점에서 적법절차에 의한 공정한 공개재판을 받을 권리를 본질적으로 침해하는 것이라고 할 수 없다.

9) 제1심 공판에서 피고인의 불출석에 의한 경우 증거조사가 문제된다. 특히 약식명령의 경우, 약식명령의 통보는 송달에 의하여 이루어지는 바 공소장에 기재된 주거지로 송달하여 송달불능이 되면 검사에게 주소보정을 요구한다거나 소재조사촉탁 등을 하지 않고 곧바로 공시송달의 방법으로 약식

한된 것으로서 이를 바로 피고인의 반대신문권의 포기라고 볼 수 없으며, 증거동의가 의제되지 않는다고 보는 견해가 있다.¹⁰⁾ 진술 없는 재판의 효력이 증거동의까지 의제하는 것은 아닐 뿐만 아니라, 이는 비례의 원칙에 반하기 때문이라고 보며, 결과적으로 입법론상 해결해야 할 문제라고 본다. 반면 약식명령은 공시송달의 방법으로 송달이 확정된 경우 노역장유치집행을 받기 때문에 이를 모면하기 위한 방법으로 정식재판청구권회복청구를 하여 유치집행정지가 되도록 한 후 신병이 풀리면 정식재판에 거의 출석이 현실적으로 기대하기 어려우므로 증거동의의 의제가 필요하다고 보기도 한다.¹¹⁾

생각건대, 피고인의 불출석 재판에서 증거동의를 의제하지 않는다면, 실질적으로 개별 증거에 있어서 증거능력 인정에 많은 문제점이 제기될 것이다. 예컨대 검사작성 피의자신문조서는 형소법 제312조 제2항에 따른 대체방법을 통하여 영상녹화 등으로 실질적 진정성립을 인정한다고 하더라도, 수사기관 작성 피의자신문조서는 그 어느 경우에도 내용의 인정을 보완하는 방법을 찾을 수 없다. 만일 대체방법으로서 형소법 제316조에 의한 수사기관의 진술을 통한 증거능력을 인정하고자 한다면, 이는 현실적으로 불필요한 절차의 반복이 될 수밖에 없을 것으로 보인다. 피고인의 권석상태에서 오로지 수사기관의 전문진술을 통하여 인정하고자 한다면 결과적으로는 그러한 절차가 형식적으로 이루어질 수밖에 없기 때문이다. 부정설의 입장에서는 입법론상 명문으로 해결할 것을 주장하나, 이는 제318조 제2항이 규정에서 증거동의를 의제할 수 있는 경우를 구체적으로 규정하는 방법을 통해서만 가능할 것이며, 명문으로 공시송달에 의한 불출석재판에서의 증거동의 의제규정을 신설한다고 하더라도 이는 실무상 이루어지고 있는 증거동의 의제의 근거법령을 명문화하는 효

명령을 송달함이 실무이다. 따라서 약식명령에 대한 공시송달 후 피고인이 정식재판청구권회복청구를 한 경우에는 대부분의 청구를 받아들이고 있다. 그런데 약식명령은 대체로 경미사건으로서 다액 500만원 이하의 벌금 또는 과료에 해당하는 사건인 경우가 많아서 형사소송법 제277조 제1항에 의하여 피고인의 출석을 요하지 않는 바, 다시 불출석에 의한 증거동의 의제의 문제가 발생하게 된다.

10) 김정원, “공시송달과 상소권회복청구”, 형사관례연구 제15권, 한국형사관례연구회, 2007, 491면; 신양균, 형사소송법, 783면. 차상우, “현행 권석재판제도의 문제점과 개선방안:소속촉진등에관한특별법 개정방향과 관련하여”, 검찰 통권 제119호, 대검찰청, 2007/12, 365면은 피고인의 소재불명이 피고인의 공판기일출석권의 포기가 아니기 때문에 증거동의를 의제할 수 없다고 본다.

11) 김정원, 앞의 논문, 493면.

과 이외에 입법론상 이와 다른 해결방안을 제시하기는 어려울 것으로 보인다.

다. 법적 안정성의 보장

공시송달과 관련하여, 법적 안정성은 형사절차상의 법적 안정성과 절차후의 법적 안정성으로 구분될 수 있다. 형사절차상의 법적 안정성이란, 공시송달을 통한 절차의 진행이 당사자의 참여권을 비롯한 방어권 보장에 적합하여야 한다는 의미에서, 공시송달 이전에 당사자의 신원확보를 위한 다양한 제도가 도입될 것을 필요로 한다. 현행 법제는 피고인에게 통지하기 위한 방법을 직접 송달을 원칙으로 하고, 송달이 불가능한 경우 소재탐지를 위한 충분한 노력을 할 것을 요구하고 있으며, 오로지 이에 대한 보충적 제도로서 공시송달을 허용한다는 점에서 공시송달은 절차적 단계상 최후수단이라고 볼 수 있다.

사후 법적 안정성이란 공시송달 후의 형집행 또는 재판회복과 관련하여 형집행의 실효성을 확보함으로써 당사자의 지위가 조기에 확정될 것을 요한다는 의미를 포함한다. 현재 공시송달에 의하여 형사절차상의 각종 통지들이 이루어진 후에 판결이 확정되면, 공시송달과정에서의 위법 또는 당사자에게 귀책사유 없는 불송달을 이유로 한 재판회복청구권 및 상소권회복청구권이 인정된다. 실무상으로는 대부분 당사자에게 귀책사유 없이 공시송달의 방법에 의하여 송달이 이루어지는 경우 그 자체를 절차적 위법이라고 본다.

법적 안정성의 측면에서 공시송달제도는 피고인의 불출석을 전제로 한 재판확정을 허용하며, 이를 통하여 경미사건에서의 피고인에게는 신속한 재판을 통하여 그 법적 지위가 확정된다. 또한 사후구제권을 통하여 기 확정된 지위를 번복하고 다룰 수 있는 기회를 보장함으로써 인하여 사후적 법적 안정성 역시 보장되고 있다. 이처럼 절차적인 면에서나 사후구제 면에서나 법적 안정성을 보장하는 장치들을 통하여 공시송달제도가 보완되고 있다.

라. 정당한 형벌권 행사의 보장

법원이 적절한 조치를 취하였음에도 불구하고 피고인의 소재를 확인할 수 없을

경우에 피고인이 출석하지 아니하였다는 이유로 재판을 진행할 수 없다고 한다면 형사공판절차의 진행이 사실상 중단됨으로써 정당한 형벌권의 행사를 저해하고, 이로 인하여 불구속 피고인의 도피를 조장하는 불합리한 결과를 초래할 우려가 있다. 특히 피고인이 고의적으로 형사공판절차 진행을 방해하기 위하여 고의로 도피하거나 불출석하는 경우 절차진행 가능성을 사전에 모두 차단하게 된다면, 국가형벌권이 악의의 피고인에 의하여 좌우되는 부당한 결과가 초래된다는 점을 고려하여야 할 것이다.

공시송달제도를 형사절차에도 적용할 것인가의 문제는 기본적으로 입법정책에 관한 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야이다. 따라서 형사절차의 본래의 기능과 목적을 달성함에 필요한 정도를 일탈함으로써 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 반하는 등 입법재량권이 헌법규정이나 헌법상의 제 원리에 반하는 경우를 제외하고는 피고인에게의 통지제도를 어떻게 구성할 것인가는 단순한 입법정책의 당부의 문제에 불과하고 헌법위반의 문제는 아니라고 보여 진다. 다만, 이로 인하여 침해되는 피고인의 재판청구권 또는 재판절차 참여권과 국가형벌권 간의 비교형량을 통하여 적절한 제도를 도입하고, 이에 의하여 침해되는 피고인에 대한 권리에 대한 구제절차를 법적으로 보장한다는 측면에서는 공시송달제도 자체의 도입은 제도적 문제가 아니며, 오히려 시행절차 또는 집행상의 문제일 뿐이다.¹²⁾ 뿐만 아니라 일정한 경우에는 피고인의 재판청구권을 보다 우선하여,¹³⁾ 법률상 그 어떤 경우에도 불출석에 의한 재판을 허용하고 있지 않으므로 비례의 원칙에도 반하지 않는다고 보여 진다.

12) 예컨대 일본의 경우에는 형사절차상의 송달에 관하여는 모두 민사소송법을 준용하면서도 공시송달 제도의 준용은 하지 않고 있는 반면, 피고인의 불출석 재판의 허용범위를 우리 법제보다 매우 광범위하게 허용하고 있다. 이 역시 피고인의 권리와 국가형벌권간의 비교형량의 문제이며, 다만 정책상 우리와 다소 차이가 있을 뿐이라고 보여진다.

13) 형사소송법은 다액 100만원 이하의 벌금이나 과료에 해당하는 경미사건의 경우와 무죄·면소·공소기각 등 피고인에게 유리한 재판을 하는 경우 등 중형선고의 가능성이 전혀 없는 경우나 피고인이 자의적 또는 일시 퇴정하거나 퇴정명령을 받은 경우와 구속피고인이 출석을 거부하는 경우, 상소심의 경우 및 약식명령에 대하여 정식재판을 청구한 경우 등 불출석에 대한 책임이 피고인에게도 있다고 할 수 있는 경우에 한하여 불출석재판을 허용하고 있다. 반면, 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역에 해당하는 경우에도 불출석재판을 허용하지 않음으로서 피고인의 이익 보장의 위한 장치를 두고 있다.

Ⅲ. 공시송달 관련 판례의 태도 분석

1. 헌법재판소 결정의 분석

가. 피고인의 불출석과 헌법상 재판받을 권리

공시송달은 피고인의 소재파악이 불가능할 경우 공시를 통하여 송달의 효력을 인정하고, 피고인이 불출석 재판이라는 예외를 인정함으로써 신속한 재판 및 법적 안정성을 보장하기 위한 제도이다. 그러데 헌법재판소는 피고인의 소재를 확인할 수 없는 때 피고인의 진술 없이 재판할 수 있도록 제1심 공판의 특례를 규정한 소송촉진 등에 관한 특례법 제23조가 재판청구권에 관한 헌법 제27조 제1항에서 보장하는 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 보았다.¹⁴⁾ 즉, 자기에겐 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 반한다고 본 것이다.¹⁵⁾

반면 반대의견에 따르면 제1심 공판절차에 대한 적법절차원칙은 통상 일반인의 기준을 벗어나 형사소송법 및 주민등록법 소정의 주소신고의무를 제대로 이행하지 아니하여 위 특례법 제23조 소정의 송달불능이 된 피고인을 보호하기 위한 원칙으로서 적용할 것은 아니므로 위 특례법 조항은 적법절차원칙을 침해한다고 볼 수 없고, 위 법률조항 소정의 대상 범죄와 법정형의 상한을 정한 부분은 입법정책에 속하는 문제로서 그 한계를 현저히 벗어난 것이 아니므로 재판청구권을 침해한다고 할 수 없다고 보았다.¹⁶⁾ 특히 반대의견은 스스로 지킬 조건을 갖추지 못한 사

14) 憲裁決 1998. 7. 16. 97헌바22. 소송촉진등에관한특례법 제23조에 관한 위헌결정이다.

15) 주된 이유는 다음과 같다. 첫째, 피고인의 귀책사유 없는 불출석 상태에서 중형 선고가능성을 인정함으로써 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 지나치게 침해한다는 점, 둘째, 동법 제23조 단서가 그 적용대상에서 제외시켜 놓은 “사형·무기 또는 단기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 사건”이 아니라고 하여 모두 경미사건은 아니며, 단서가 장기에 아무런 제한을 두지 아니한 관계로 그러한 사건에는 법정형이 재산형이나 단기 자유형에 해당하는 사건만 있는 것이 아니라 최고 징역까지 선고가 가능한 사건이 포함되어 있다는 점, 셋째, 피고인의 불출석 사유를 구체적으로 따지지 아니한 채 획일적으로 결석재판의 가능성을 열어 두고 있다는 점 등이다.

16) 동 결정에 대한 재판관 이영모의 반대의견은 입법자는 송달불능이 되어 적법절차가 요구하는

람에게는 자신에게 주어진 청문의 손길은 미치지 않는 것임을 강조할 뿐만 아니라, 공정한 재판은 피고인에게도 정당해야 하겠지만 고소인·피해자에게도 역시 정당해야 한다는 점을 지적하고 있다. 즉, 피고인에 대한 재판권의 보장을 강조함이 범죄의 상대방인 고소인이나 피해자에게도 그러한 결과가 형평성에 반해서는 안된다는 것이다.

생각건대, 불출석재판의 범위는 헌법의 보호영역 내에서는 입법권자의 입법형성권의 문제이다. 다수의견이 불출석재판에 대하여 입법형성권의 범위를 초과하였음을 지적하였으나, 우리 형사소송절차가 당사자주의를 천명하는 한, 당사자인 피고인은 권리뿐만 아니라 그에 합당한 의무까지도 부담하는 것이 타당하다는 점에서는 불출석재판 자체가 위헌은 아니며, 다만 피고인에게 귀책사유가 전혀 없는 경우에도 불출석재판을 통하여 증거동의를 의제함으로 인한 불이익을 부과하는 한에서만 헌법의 보호영역을 벗어난 것이라고 판단된다. 또한 대상법조는 불출석재판의 적용대상이 너무 광범위하다는 문제점이 있다는 점에 관하여는,¹⁷⁾ 입법적 개선사항에 관한 문제일 뿐이며, 불출석재판제도 그 자체가 위헌인 이유는 될 수 없을 것이다. 실제로 동 결정에서 소속법의 위헌요지는 두 가지인 바, 불출석 재판이 범위가 광범위하다는 점 및 피고인의 귀책사유 없는 불출석재판을 허용함은 재판권의 침해라는 점이었다. 국가인권위원회¹⁸⁾ 역시 시민적 및 정치적 권리에 대한 국제규약 제14조 제3항(d)¹⁹⁾ 및 헌법상의 규정을 주된 논거로 하여 당사자에게 공판에

고지·청문을 제대로 할 수 없는 피고인에 대한 기본적 인권의 보장이라는 측면과 사회질서의 유지 또는 공공복리를 도모하기 위한 공익이라는 측면을 서로 비교 교량하여 공익 쪽의 가치가 더 우선된다고 하여 이 사건 법률조항을 제정하였다. 이와 같은 비교형량은 기본권제한 조치에 대한 헌법상의 적부(適否)를 판단함에 있어 합리성과 정당성을 갖춘 적정한 것이라고 본다.

- 17) 다수의견은 불출석재판의 예외가, 형법만 살펴 보더라도 사형·무기 또는 단기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당되는 죄는 극히 일부임을 알 수 있다고 한다. 즉 형법 중 벌지 기재의 죄명을 제외한 형법이 정한 대부분의 죄는 이 사건 법률조항을 적용받게 되고, 형법 이외의 법률에도 필요적 변호 사건에 해당되지 아니하는 죄를 규정하고 있는 형벌조항은 무수히 많다는 점을 지적하고 있다.
- 18) 동 권고사항은 서울중앙지방법원 2004. 3. 18, 2003노10465 판결의 피고인이 서울구치소에 수감되어 송달을 받지 못한 것을 이유로 2003년 12월 15일 국가인권위원회에 소속법 제23조가 헌법에서 보장하는 재판을 받을 권리를 침해하고, 형사소송법 제347조와 제348조는 헌법에서 보장하는 신속한 재판을 받을 권리를 침해하는 것임을 이유로 진정된 사건이 발단이 되었다.
- 19) 동 규약 제14조 제3항은 모든 사람은 그에 대한 형사상의 죄를 결정함에 있어서 적어도 다음과 같은 보장을 완전 평등하게 받을 권리를 가진다고 규정하고 있으며, (d)에서 본인의 출석 하에

출석하기 위해 충분한 사전 통보와 출석 기회를 제공한 경우에 한하여 당사자의 불출석 재판이 허용되어야 한다는 점을 들어, 동 규정의 개정을 권고하였다.²⁰⁾

나. 개정 소추법에 대한 합헌 결정

이 후 소추법은 동 판결을 반영하여 개정되었으며, 당해 조항에 대하여 다시 제기된 위헌소원에서 합헌결정을 내리게 되었다. 즉, ‘사형·무기 또는 단기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 사건’만 불출석 재판의 대상에서 제외된 구 소추법 제23조가 피고인이 출석하지 않은 상태에서 중형이 선고될 수 있는 가능성을 배제하지 않고 있으며 장기에 대한 제한을 두지 아니하여 불출석 재판의 대상이 너무 광범위하다는 이유로 헌법재판소로부터 위헌결정을 받아 그 위헌성을 해소하기 위하여 불출석재판의 적용대상에서 제외되는 사건의 범위를 ‘사형·무기 또는 장기 10년이 넘는 징역이나 금고에 해당하는 사건’으로 개정된 소추법 제23조는 불출석 재판의 대상이 되는 범죄에서 중형이 선고될 수 있는 사건들을 제외하고 장기에 대한 제한을 둬으로써 불출석 재판의 대상에서 제외되는 형법상의 죄는 크게 확대되었다는 점에서 합헌이라고 보았다.

또한 구 소추법 제23조가 책임 없는 사유로 출석하지 못한 피고인에 대하여 별다른 증거조사도 없이 곧바로 유죄판결을 선고할 수 있게 한 점에서 적법절차원칙에 반한다는 위헌사유를 해소하기 위하여 소추법에 신설된 제23조의2는 그와 같은 경위로 판결이 선고되어 확정된 피고인이 제1심법원에 재심을 청구할 수 있게 하고, 재심청구가 있는 경우 법원은 재판의 집행을 정지하되 피고인의 구금을 요하는

재판을 받으며, 또한 직접 또는 본인이 선임하는 자의 법적 조력을 통하여 변호할 권리를 보장하고 있다.

20) http://www.humanrights.go.kr/03_sub/body02_2_v.jsp 위원회는 권고사항에 대하여, 공정한 재판을 받기 위해서는 공판에 출석하여 진술해야 하므로 공판에 출석하는 것은 피고인의 방어권 보장과 실제적 진실발견을 위해서 중요하다는 점, 공판출석을 위해 당사자에 대해 공판일시, 장소, 내용 등의 충분한 통보, 출석 요청을 통한 출석 기회 보장은 필수적인 적법절차이며, 정치적 및 시민적 권리에 관한 국제협약에서도 당사자에게 공판에 대한 사전 통보가 있는 경우에 한하여 불출석 재판을 할 수 있다고 하는 점을 주요 논거로 하여, 피고인의 소재를 전혀 알 수 없는 경우에는 피고인에게 공판에 대한 충분한 통보나 출석 요청은 이루어질 수 없으므로 이러한 경우의 불출석 재판은 허용될 수 없다고 보았다.

때에는 구속영장을 발부하도록 규정하였는바 이로써 자신에게 책임 없는 사유로 불출석 재판을 받은 피고인도 심급의 이익을 상실하지 않고 제1심부터 다시 증거 조사를 거쳐 판결을 받을 수 있게 되었으므로, 헌법이 보장하는 적법절차를 위반하거나 공정한 재판을 받을 청구인의 권리를 침해한 법률로 볼 수 없다고 보았다.²¹⁾

그 결과 의도적으로 공판정에 불출석하는 피고인까지 법률이 보호할 필요는 없고, 장기간의 공판절차의 정지로 인한 소송지연에 의한 불필요한 비용의 부담을 고려하면 소속법은 최소한의 제한이라고 하여야 할 것이다.²²⁾ 헌법재판소의 결정에 따라 개정된 소속법은 피고인 불출석에 대한 사후 재판권을 보장하는 장치를 둬으로써, 동조에 의한 궤석재판으로 인해 우려되는 피고인의 재판을 받을 권리의 침해와 적법절차의 원칙에의 위배는 크게 줄어들 것으로 기대된다.²³⁾

2. 대법원 판례의 분석

가. 송달절차의 위법성

1) 주소보정요구의 결여

피고인이 공소장에 기재된 주소에 공소 제기 당시 거주하지 않음이 인정되는 경우에는 소속법 시행규칙 제18조 제3항에 따라 법원은 반드시 검사에게 그 주소의 보정을 요구하여야 하고 그 보정을 요구함이 없이 바로 공시송달을 명할 수는 없다.²⁴⁾ 즉, 주소보정요구는 피고인의 절차참여권을 위한 기본이며 법원의 의무이기도 하다. 따라서 주소보정요구를 하지 않음으로 인하여 송달불능이 되었다면, 그 후속절차로 이루어지는 공시송달 역시 위법함을 면할 수 없다.

21) 憲裁決 2005. 7. 21, 2005헌바21. 소송촉진등에관한특례법 제23조 등 위헌소원으로 앞선 위헌판결에 의하여 개정된 소속법을 대상으로 하였다.

22) 강동욱, “헌법재판소의 결정이 형사사건의 공판절차에 미친 영향”, 한양법학 제20권 제3집, 한양대학교 법학연구소, 2009/8, 220면.

23) 강동욱, 앞의 논문, 221면; 고시면, “소송촉진등에 관한 특례법 제23조에 대한 현재의 합헌결정에 관한 인권의 개정권고-헌재결 2005.01.21., 2005헌바21(합헌)”, 사법행정 제48권 제1호, 한국사법행정학회, 2007/1, 17면.

24) 大判 1985. 1. 16, 자 84묘74.

2) 피고인 소재확인의 결여

공시송달은 피고인의 주거, 사무소, 현재지를 알 수 없을 때에 한하여 할 수 있는 바, 주거, 사무소, 현재지를 모두 알 수 없을 때를 의미하며 이 중 어느 하나만을 탐지하고 송달불능을 결정함은 위법하다.²⁵⁾ 그리고 만일 피고인이 구치소나 교도소 등에 수감 중에 있는 경우는 형사소송법 제63조 제1항에 규정된 ‘피고인의 주거, 사무소, 현재지를 알 수 없는 때’나 소송촉진 등에 관한 특례법 제23조에 규정된 ‘피고인의 소재를 확인할 수 없는 경우’에 해당한다고 할 수 없으므로, 법원이 수감 중인 피고인에 대하여 공소장 부분과 피고인소환장 등을 종전 주소지 등으로 송달한 경우는 물론 공시송달의 방법으로 송달하였더라도 피고인 소재확인의 결여로서 절차 위법에 해당한다.²⁶⁾

또한 공시송달명령이 공소장에 잘못 기재된 피고인의 휴대전화번호로 연락을 시도한 것에 불과하다면, 법원은 마땅히 피고인에 대한 각 경찰 및 검찰 피의자신문 조서에 기재된 올바른 휴대전화번호로 다시 연락하여 송달받을 장소를 확인하여 보는 등의 시도를 해 보고, 피고인의 소재가 파악되는 경우 공시송달명령을 취소하여 그 소재지로 피고인 소환장을 송달하는 절차 등을 거쳐야 했음에도 이러한 조치를 취하지 아니한 채 공시송달의 방법에 의한 송달을 유지하고 피고인의 진술 없이 곧바로 판결한 절차는 피고인에게 출석의 기회를 부여하지 않은 채 이루어진 것으로 위법하다고 보았다.²⁷⁾ 그 밖에도 주민등록등본 기재 주소지로 송달해 봄이 없이 공시송달을 하였다면 피고인은 책임질 수 없는 사유로 인하여 항소시간 내에 항소를 하지 못한 것이라고 보거나²⁸⁾ 송달받을 장소를 확인하여 보는 등의 시도를 하지 아니한 채 곧바로 공시송달을 행하는 것은 위법하다고 보고 있다.²⁹⁾

25) 大判 1990. 9. 25, 90도922는 형사소송법 제63조 제1항에 의한 공시송달은 피고인의 주거, 사무소, 현재지를 알 수 없을 때에 한하여 할 수 있는바, 공소장에 피고인이 운영하는 사무소 소재지가 기재되어 있는데도 주거지에 우송한 소송기록수리통지서 등이 이사불명으로 송달불능되었다는 이유만으로 같은 서류들을 위 사무소에 송달하여 보지 아니하고 공시송달로 송달한 것은 위법하다고 판시하였다.

26) 大判 2013. 6. 27, 2013도2714.

27) 大判 2007. 1. 12, 자 2006도691.

28) 大判 1984. 9. 28, 자 83도55.

29) 大判 2005. 2. 25, 2004도7145. 유사한 판결로는 大判 1995. 7. 14, 95도920; 大判 1997. 9. 26, 97도1371; 大判 1999. 12. 24, 99도3784 등이 있다. 예컨대 大判 2002. 9. 24, 2002도2520 등을

즉, 판례에 따르면 법원은 주거, 사무소, 현재지 등 소재가 확인되지 않는 피고인에 대하여 공시송달을 할 때에는 검사에게 주소보정을 요구하거나 기타 필요한 조치를 취하여 피고인의 소재를 확인할 필요가 있고, 주소확인을 위한 다양한 시도를 해 보았어야 할 것임에도 불구하고, 이러한 조치를 취하지 아니한 채 피고인의 주거, 사무소와 현재지를 알 수 없다고 단정하여 곧바로 공시송달의 방법에 의한 송달을 하고 피고인의 진술 없이 판결을 한 조치는 형사소송법 제63조 제1항, 제365조에 반하는 것으로 본다. 그 결과 소송절차가 법령에 위배되어 판결에 영향을 미친 때에 해당한다.³⁰⁾

이러한 판례의 입장에 대하여는 피고인의 주소지 변경 등의 신고의무와 관련하여 생각해 볼 필요가 있을 것이다. 소추법 규칙 제18조는 피고인에 대한 인정신문을 마친 뒤 피고인에 대하여 그 주소의 변동이 있을 때에는 이를 법원에 보고할 것을 명하고, 피고인의 소재가 확인되지 않는 때에는 그 진술 없이 재판할 경우가 있음을 경고하여야 함을 명시하고 있다. 또한 형소법 제241조는 검사 또는 사법경찰관이 피의자를 신문함에는 먼저 그 성명, 연령, 본적, 주거와 직업을 물어 피의자 임에 틀림없음을 확인하여야 함을 규정하고 있고, 사법경찰관리집무규칙 제17조 제1호에 피의자의 성명, 연령, 주민등록번호, 본적, 주거, 직업 및 전과, 기소유예, 선고유예 등의 처분을 받은 사실유무 등에 대하여 피의자에 대한 조사사항으로 규정하고 있다. 이처럼 피고인에게 주소신고의무를 부과할 뿐만 아니라, 수사절차에서도 수사기관에게 피의자의 신원과 함께 주소 등의 조사의무를 부과하고 있다는 점을 고려할 때, 그와 같은 기록이나 신고에 나타난 주소로의 통지에도 불구하고 폐문부재 등의 이유로 송달이 불가능하였다면, 이 후의 공시송달을 쉽게 절차위법으로 보기는 어렵다.

판례는 계속해서 공판과 판결의 절차에 명백한 위법이 있음에도 거주지 변경신

따르고 있다. 공시송달명령을 함에 앞서 피고인의 근무장소로 송달이 가능한지 여부를 살펴보거나 전화번호로 연락하여 송달받을 장소를 확인하여 보는 등의 시도를 해 보았어야 할 것임에도 불구하고, 이러한 조치를 취하지 아니한 채 피고인의 주거, 사무소와 현재지를 알 수 없다고 단정하여 곧바로 공시송달의 방법에 의한 송달은 위법하다고 본다.

- 30) 물론 수취인부재로 송달불능이 되었다는 점만으로는 공시송달의 요건에 해당하지 아니하고, 기록상 확인가능한 연락처를 통한 접촉을 시도하는 등의 노력은 요할 것이다. 관련판례로 大判 1994. 1. 25, 93도3430; 大判 1984. 11. 8, 자 84도31 참조.

고의무의 해태라는 본인의 잘못을 이유로 불복의 기회를 박탈한다면, 이는 비단 피고인의 권익보호차원에서 부당할 뿐만이 아니라 소송절차상 위법이 통제라는 형사상소제도의 목적에도 반한다고 판시하고 있다.³¹⁾ 물론 이러한 태도는 피고인의 권리를 더욱 강하게 보호해주기 위한 것으로서, 피고인의 상소권이 충분히 보장되기 위하여는 비록 피고인에게 잘못이 있다고 하더라도 절차상의 위법이 있으면 피고인을 보호해 주는 방향으로 해석하고 있다고 보여 진다.

그러나 이때의 공판과 판결의 절차상이 명백한 위법이 피고인의 소재에 대한 충분한 확인의 결여에 있다면, 이는 이유의 순환이라는 모순에 빠지게 된다. 즉, 피고인이 주소신고 또는 변경신고 의무를 해태하여 잘못된 주소로 송달함으로 인하여 피고인의 소재에 대한 충분한 확인의 결여가 발생하고 그러한 점이 절차상의 위법이 되기 때문이다. 특히 피고인의 귀책사유 없음을 피고인의 고의 또는 과실행위가 아닐 것을 요구하기 때문에, 피고인에게 잘못된 주소로 송달된 사유가 피고인의 고의 또는 과실로 인한 적정한 주소신고 또는 변경신고에 기인한다면 피고인의 고의 또는 과실행위의 중대성 여부를 절차적 위법 여부에서 고려해야 할 것이다.³²⁾ 궁극

31) 이와 반대로 大判 1994. 11. 29, 자 94도39은 신고의무를 해태한 피고인에게 책임질 수 없는 사유에 해당하지 않으므로, 상소권회복은 이유 없다고 보았다. 즉, 피고인이 제1심에서 징역형 선고를 받고 항소한 후에 법원에 신고한 주소를 떠나 이거하였음에도 법원에 새로운 주소를 신고하지 아니함으로써 항소기록접수통지서를 비롯하여 소송관계 서류일체가 송달불능되자 항소심법원은 소재탐지까지 하여 보았으나 이시간 주소를 알 수 없어 부득이 공시송달로 항소기록접수통지를 하게 되었고, 소정기간 내에 항소이유서의 제출이 없자 항소를 기각하는 결정을 하고 그 결정 역시 공시송달한 결과 즉시항고기간도 도과되어 확정되었다면, 피고인이 상소권을 행사하지 못한 것이 피고인의 책임질 수 없는 사유에 기인한 경우에 해당된다고 할 수 없다고 판시하고 있다.

32) 大判 1995. 7. 14, 95도920은 항소심 계속 당시 피고인이 주거 변경신고를 하여 변경된 주거로 우편송달된 공판기일소환장이 폐문부재, 수취인부재 등으로 송달불능되자, 검사가 피고인의 주거를 변경신고 전의 주거로 보정하여 그 보정된 주거로 우편송달하였으나 그 소환장 역시 이사불명으로 송달불능되고, 그 변경신고 전의 주거에 대한 검사의 소재수사지휘, 항소심의 소재탐지촉탁 결과도 불능으로 회보된 사안에서, 피고인이 제1심판결 선고 후 변경된 주거를 항소심에 스스로 신고한 점에서 상고심에서의 소송기록접수통지서가 변경된 주거로 발송하여 제대로 송달된 점 등에 비추어, 변경신고된 주거로 휴일 또는 야간에 집달관에 의한 송달을 하는 등 다른 송달방법을 강구하거나 변경된 주거로도 소재탐지를 하여 피고인 거주 여부를 조사하여 보았어야 하는데도 피고인의 주거를 알 수 없다고 단정하여 공시송달의 방법에 의한 송달을 하고 피고인의 진술 없이 판결을 선고한 항소심의 조치는 형사소송법 제63조 제1항, 제365조에 위배된다고 보았다. 이처럼 피고인이 변경신고를 한 주소로 송달하였고, 그 후 변경된 주소가 잘못된 것으로 판단하고 다시 변경전 주소로 송달한 후 소재탐지촉탁을 했음에도 이를 절차적 위법이라고 본다면 실무상 대부분의 경우 공시송달 과정의 절차적 위법을 인정하는 결과를 초래한다. 물론 검사의 소재수사지휘나

적으로는 절차적 위법과 피고인의 귀책사유 없음을 보다 명백하게 분리하여 판단하는 것이 타당할 것이다.

3) 6개월의 기간 미도과

소속법은 제1심 공판절차에서 피고인에 대한 송달불능보고서가 접수된 때로부터 6개월의 기간경과 후 궤석재판을 허용하는 바, 특례법상의 6월의 기간이 피고인의 재판청구권 및 공격·방어권의 보호를 위하여 설정된 최소한의 기간이라는 점에 비추어 보면, 그 기산점이 되는 ‘송달불능보고서가 접수된 때’는 엄격하게 해석하여야 한다.³³⁾

대법원은 예컨대, 검사가 경주교도소에 수용 중인 자로서 형기종료 이전에 공소장부분을 피고인의 주거지에 우편으로 발송하여 송달불능보고서가 접수되고 난 후, 피고인의 출소 후 답변서 및 정상관계진술서가 피고인의 주거지로 발송되었으나, 다시 송달불능보고서가 접수된 뒤에, 소환장의 송달을 공시송달로 할 것으로 명한 사건에서, 송달불능보고서가 접수된 날로부터 공시송달결정까지 약 3월이 기간이 도과하고, 공시송달 결정과 동시에 기일은 연기한 시점과 판결선고시점 간에 약 1월 2일 기간이 도과한 점을 주목하였다. 즉, 부적법한 공소장 부분의 송달에 따른 송달불능보고서가 접수된 시점을 기산점으로 하여 6월의 기간을 산정할 수는 없다고 할 것이며, ‘답변서 및 정상관계 진술서’의 송달불능보고서가 제1심에 접수된 후 제1심 공시송달결정은 물론 그 판결선고도 6월이 경과하기 전에 이루어졌음이 명백하므로, 소속법에 반하는 위법이 있다고 보았다.³⁴⁾

원심의 소재탐지촉탁은 피고인이 변경신고하기 이전의 주거지에 대한 것이므로 그 결과가 당연히 불능으로 회보될 수밖에 없었을 것임에 비추어 위 소재수사지휘보고서나 소재탐지촉탁결과만으로 피고인의 주거를 알 수 없다고 단정할 수는 없을 것이나, 변경주소로의 6회에 걸친 송달이 모두 폐문부재 또는 수취인부재였다면 이러한 사실관계도 고려하여 판단하여야 할 것이다.

33) 한범수, “궤석재판에 대한 구제방법”, 대법원판례해설 제48호, 법원도서관, 2004/7, 439면.

34) 大判 2003. 11. 14, 2003도4983. 사안의 경과는 다음과 같다. 검사가 2001. 10. 24. 피고인을 제1심 법원에 기소하면서 공소장에 피고인의 주거지를 '포항시 북구 동빈동 1가 (이하생략)'으로 기재함과 아울러 피고인이 다른 사건으로 경주교도소에 수용중으로서 2001. 11. 16. 그 형기가 종료될 예정임을 표시하였음에도 불구하고, 제1심은 공소장 부분을 피고인의 위 주거지에 우편으로 발송하여 그 송달불능보고서가 2001. 11. 2. 제1심에 접수되었으며, 피고인의 출소 후 '답변서 및 정상관계 진술서'가 피고인의 위 주거지로 발송되었으나 그 송달불능보고서가 2002. 3. 15. 제1심에

이후 대법원은 동일한 입장에서 6개월 미도와 상태에서의 공시송달결정을 일관되게 위법사유로 판단하고 있다. 예컨대, 피고인의 소재를 확인하기 위하여 필요한 조치를 취하였음에도 불구하고 피고인에 대한 송달불능보고서가 접수된 때로부터 6월이 경과하도록 피고인의 소재가 확인되지 아니한 때에 비로소 공시송달의 방법에 의하도록 하고 있는데, 2001. 8. 20.경 피고인에 대한 송달불능보고서가 제1심에 접수된 때로부터 약 5개월에 불과하고 6월이 경과하기 전인 2002. 1. 18. 공시송달결정이 이루어졌음이 명백하므로, 제1심은 특례법 제23조 소정의 6월이 경과하기 전에 공시송달결정을 하였다는 점에서 위법하다고 보았다.³⁵⁾

이처럼, 기간 미도과의 위법이 있는 때에는, 피고인에게 유리한 재판에 대하여도 상고권이 인정된다. 즉, 피고인의 출석 없이 이루어진 판결에 대하여 검사만이 양형부당으로 항소하였으나 항소가 기각된 후에 상고권회복결정이 확정되어 피고인이 상고에 이르게 된 경우, 외관상으로만 볼 때, 제1심판결에 대하여 피고인은 항소하지 않고 검사만 항소하여 그 항소가 기각된 것이므로 항소심판결은 피고인에게 불이익한 판결이 아니어서 피고인은 그 판결에 대하여 상고할 수 없다고 보는 법리에 따르면 피고인의 상고는 부적법하다고 보이기도 하지만,³⁶⁾ 피고인에게 유리한 재판의 상고불가의 원칙은 제1심이 통상적인 절차에 따라 진행되어 피고인이 공격·방어권을 제대로 행사할 수 있었던 경우에만 적용될 수 있고, 제1심 및 원심의 소송절차에서 피고인이 부당하게 배제되어 공격·방어권을 전혀 행사할 수 없었던 경

접수되었다. 검사가 2002. 5. 2. 피고인이 2001. 12. 22. '포항시 북구 죽도동 (이하생략)'으로 주민등록전입신고를 한 것으로 되어 있는 주민조회서를 제1심에 제출함으로써 피고인의 주소를 보장하자, 제1심은 2002. 5. 3. 관할 경찰서에 피고인의 소재탐지를 촉탁하였고, 그 결과 2002. 5. 14. '포항시 북구 죽도동 (이하생략)'은 피고인의 형인 공소의 1의 거주지로서 피고인은 형과 10년이 넘게 왕래가 없으며 피고인은 소재불명이라는 내용의 소재탐지보고서가 제1심에 접수되었다. 제1심은 위와 같이 경찰의 소재탐지보고서가 접수되자 2002. 6. 12. 위 피고인의 동거녀의 주거지나 핸드폰으로 연락을 취해보지도 않은 채, 피고인에 대한 공소장 부분과 2002. 6. 20. 10:00로 된 공판기일 소환장의 송달을 공시송달로 할 것을 명하였다.

35) 大判 2004. 2. 27, 2002도5800.

36) 大判 1990. 1. 25, 89도2166. 등에 따르면 제1심 판결에 대하여 피고인은 불복하지 않고 검사만 양형부당으로 항소하여 원심은 검사의 항소를 기각하고 있는 경우에 대법원은 일관하여 “제1심 판결에 대하여 피고인은 항소하지 않고 검사만 항소하여 그 항소가 기각된 경우 항소심 판결은 피고인에게 불이익한 판결이 아니므로”, 피고인은 그 판결에 대하여 상고할 수 없다고 판시하고 있다.

우에는 적용될 수 없다고 보아야 한다. 따라서 기간미도과의 위법상태에서 피고인에게 유리한 판결이 선고되었다고 하더라도, 피고인은 상고권이 있으며, 만약 그렇게 해석하지 않고 위 법리에 따라 피고인의 상고가 부적법하다고 해석한다면, 제1심이나 원심에서 피고인의 공격·방어권이 부당하게 침해된 사실을 인정하면서도, 그 위법을 시정하지 않고 오히려 피고인이 공격·방어권을 행사할 기회조차 영원히 박탈하는 결과에 이르고, 이는 재판받을 권리 및 헌법상 적법절차의 원칙에 반하기 때문이다.³⁷⁾

4) 기간 미도과에 대한 약식명령의 예외

약식명령의 송달에 대하여는 달리보고 있는 바, 6개월의 기간 미도과의 경우에도 위법하지 않다고 본다. 즉, 약식명령에 대한 정식재판청구사건에 관하여는 형사소송법 제458조 제2항이 항소심에서의 피고인 불출석 재판에 관한 같은 법 제365조를 준용하고 있는데, 위 제365조는 피고인이 적법한 소환을 받고도 정당한 사유 없이 2회 이상 불출석하면 피고인의 진술 없이 판결을 할 수 있다고 규정하고 있다. 한편 소추법상으로는 피고인에 대한 송달불능보고서가 접수된 때부터 6개월이 지나도록 피고인의 소재를 확인할 수 없는 경우에 비로소 공시송달의 방법에 의하여 피고인의 진술 없이 재판할 수 있다고 정하고 있는 바, 이는 제1심 공판절차에서의 피고인 불출석 재판에 관한 특례규정으로서, 위와 같이 형사소송법 제458조, 제365조가 적용되는 약식명령에 대한 정식재판청구사건에서 제1심은 소추법 제23조 및 그 시행규칙 제19조가 정하는 “피고인에 대한 송달불능보고서가 접수된 때로부터 6개월이 지나도록 피고인의 소재를 확인할 수 없는 경우”에까지 이르지 아니하더라도 공시송달의 방법에 의하여 피고인의 진술 없이 재판을 할 수 있다고 본다.³⁸⁾

즉, 소추법은 제1심 공판절차에서의 피고인 불출석 재판에 관한 특례규정이므로, 약식명령에 대하여는 이를 적용하지 않는다는 취지이다. 이는 다음과 같은 몇 가지 근거에 의하여 타당한 해석이다. 첫째, 약식명령은 벌금, 과료, 구류와 같은 비교적 경미한 형에 해당하는 경우인 바, 현행법 제277조는 500만원 이하 벌금, 과료, 구

37) 大判 2003. 11. 14, 2003도4983.

38) 大判 2013. 3. 28, 2012도12843.

류에 해당하는 사건에 대하여 궤석재판을 하기 때문에 대부분의 약식명령은 궤석 재판대상이 된다. 둘째, 정식재판청구시 불이익변경금지의 원칙이 적용되므로 인하여 약식명령의 형보다 정식재판에서 중한 형을 선고할 수 없으므로 어느 경우에도 정식재판의 선고내용이 약식명령보다 피고인에게 불리할 수 없다. 그리고 항소심의 피고인 출석에 관한 형사소송법 제365조가 피고인이 공판기일에 출석하지 아니한 때에는 다시 기일을 정하되, 피고인이 정당한 사유 없이 다시 정한 기일에 출석하지 아니한 때에는 피고인의 진술 없이 판결을 할 수 있음을 명시함으로써 항소심에서도 피고인의 2회 이상 불출석의 경우에는 궤석재판을 할 수 있도록 하고 있다는 점에서 약식명령에 대한 정식재판 청구에 소추법을 적용하지 아니하고, 2회 이상 불출석의 경우 바로 궤석재판을 하는 것이 형평성에 반하지 않는다는 점이다. 또한 약식명령 청구시 이미 검사에게 필요한 증거서류 및 증거물의 범원 제출의무가 부과되므로(형사소송규칙 170조), 상대방사자인 피고인이 불출석을 통하여 증거제출을 하지 않았다면 기 제출된 증거에 의하여 심리하는 것이 당사자주의에 반한다고 해석하기는 어렵다는 점에서도 판례의 태도는 타당하다.

나. 당사자의 책임 없는 사유

재판회복청구권의 사유는 피고인에게 책임 없는 사유에 의한 불출석 재판이며, 대부분의 불출석의 이유가 형사절차에 관한 공시송달에 의한 통지 자체가 당사자의 책임 없는 사유에 기인한 경우이다. 그런데 판례는 당사자의 책임 없는 사유를 다소 완화된 형태로 접근할 뿐만 아니라, 당사자에게 귀책사유가 있더라도 절차상 위법이 있는 경우에는 재판회복청구를 인용하고 있다. 그런데 당사자의 책임 없는 사유에 의한 불출석도 제1회 공판기일에 참석했던 자와 그렇지 아니한 자는 그 고의 또는 과실을 판단함에 있어서 그 기준을 달리 한다. 즉, 전자는 공소장부분도 송달받지 못한 상태이므로 공소제기 자체에 관한 인식도 없을 수 있지만, 후자의 경우에는 이미 공판정에 참석하여 공판절차 진행을 인지하고 있으므로 송달받지 못함에 고의 또는 과실이 없다고 판단할 수 있는 경우가 상대적으로 한정된다. 예컨대 제1회 공판기일에 출석하여 주거를 신고한 피고인이 이사 후 신주거지를 법원에 제출하는 등의 조치를 취하지 아니한 탓으로 출석 없이 판결이 선고된 사실을

알지 못하여 상소기간을 도과하였더라도 상소권회복청구권이 인정되지 않는다.³⁹⁾

반면, 전자의 경우에는 피고인이 실제 거주하고 있지 않은 주소로의 송달은 당사자의 책임없는 사유로 본다.⁴⁰⁾ 뿐만 아니라 피고인이 법원에 제출한 주소변경신청서에 주소를 잘못 기재한 잘못이 있더라도, 그 후 피고인의 실제 거주지로 검사의 항소장 제출통지서와 소송기록접수통지서, 항소이유서 부분이 각 송달되어 기록상 실제 거주지를 알 수 있었다면 법원이 변경된 주소로 소환하였다가 주소불명으로 송달되지 아니하자 바로 공시송달결정을 한 것은 위법하다고 본다.⁴¹⁾

즉, 판례는 기록상 나타난 피고인의 주소로 송달을 하였다고 하더라도 송달불능을 이유로 쉽게 피고인의 주거를 알 수 없다고 단정하여 공시송달의 결정을 하는 것을 공시송달 요건의 미비로 판단하고, 이 경우 공시송달의 결정은 형사소송법 제 63조 제1항에 위배된 위법절차라고 본다. 그리고 이와 같은 위법한 공시송달의 결정에 터잡아 공판기일소환장을 송달하고, 피고인이 2회 이상 출석하지 아니하였다고 보아 피고인의 출석 없이 심리하였다면 이는 피고인이 책임질 수 없는 사유로 인한 것이라고 판단한다.⁴²⁾

이러한 판례의 태도는 피고인의 책임 없는 사유로서의 피고인의 고의 또는 과실에 기하지 않는 불출석을 곧바로 법원 또는 검사의 고의 또는 과실에 의한 송달의 하자로 보는 듯하다. 반대로 피고인에게 고의 또는 과실이 존재하더라도 법원 또는 검사의 고의 또는 과실이 있으면 피고인의 책임 없는 사유를 인정한다. 이는 피고인의 재판을 받을 권리를 보다 강하게 보장하고자 하는 의도에서 비롯되었음을 알

39) 大判 1991. 8. 27, 자 91모17.

40) 大判 2007. 1. 12, 자 2006도691. ‘공소장부분 등을 송달한 위 주소지에는 재항고인의 모 항고외인만 살고 있고, 재항고인은 수년 전에 집을 나간 후 서울 모처에 살고 있으며 재항고인의 연락처는 없으나 가끔 전화연락만 하고 있다는 것인바, 이에 따르면 아무리 항고외인이 재항고인의 모라고 하더라도 동거하지도 아니하는 재항고인을 대신하여 공소장부분 등을 수령할 수는 없고, 설령 이를 수령하였다고 하더라도 이로써 재항고인에게 공소장부분 등이 적법·유효하게 송달된 것으로 볼 수는 없으며, 위에서 본 사정과 달리 공소장부분 등의 송달 당시 재항고인이 위 주소지에서 거주하였다고 인정할 만한 자료도 없는 점 등에 비추어 보면, 재항고인으로서 공소장부분 등을 송달받지 못한 관계로 공소가 제기된 사실은 물론이고 판결선고 사실에 대하여 알지 못한 나머지 항소기간 내에 항소를 제기하지 못하였다고 보이므로, 앞서 본 법리에 따라 이와 같은 항소기간의 도과는 재항고인의 책임질 수 없는 사유에 기인한’ 것이라고 판시하였다.

41) 大判 1992. 1. 21, 91도1327.

42) 大判 1988. 12. 27, 88도 419 참조.

수 있으나, 다만 법원 또는 검사의 송달 상의 절차위법 등의 문제와 피고인의 고의 또는 과실에 기한 송달불능으로 인한 불출석인지 여부는 분리해서 판단해야 할 것이다.

IV. 공시송달제도의 문제점과 개선방안

1. 제도개선의 핵심: 공시송달의 남용규제와 송달효력의 확보간의 형평성

현행법상 공시송달제도 자체는 헌법에 위반되거나 그 자체가 법체계에 부합하지 않는 제도는 아니다. 다만 공시송달의 현황과 법적 효과에 있어서 당해 제도의 본래 취지에 부합하지 아니하는 결과가 초래되고 있다는 점에서, 이러한 현실을 반영하여 공시송달이 가능한 범위를 축소하는 대신 공시송달의 법적 효력을 확보하여 불필요하거나 부당한 재판의 지연이 발생하지 않는 형평성에 부합하는 절충적 대안을 찾는 것이 필요할 것이다.

우선 공시송달제도의 존치는 인정하되 공시송달이 가능한 요건이나 범위를 현행 법제보다 축소함으로써, 실질적으로 당해 제도가 남용되거나 남발됨을 방지하여야 할 것이다. 현행 판례의 태도는 피고인의 귀책사유가 없음을 오로지 공시송달의 위법성 근거로 삼음으로 인하여 실질적으로 양자의 요건을 중복하고 있다. 그 결과 공시송달의 요건이 마치 외관상 하나의 사유처럼 처리되는 결과 요건의 축소로 인하여 공시송달이 시행되는 범위가 실질적으로 확대되는 결과가 초래되는 것이다. 따라서 공시송달제도의 요건을 현행법제보다 엄격하게 제한함으로써 공시송달제도에 대하여 통지제도에 관한 보충성 또는 최후수단성을 부여함이 필요할 것이다.

다음으로 기 제한된 엄격한 요건 하에서 공시송달제도가 시행된다면, 공시송달의 효력에 대한 법적 지속력을 부여함이 타당할 것이다. 법원은 공시송달제도가 위법함을 전제로 하여 각종 재판회복권의 청구를 무조건 받아들이는 경향이 있다. 현행 재판회복청구권의 행사에 대한 법원의 판단은 필요적 청구인용사항이 아니라, 임의적인 판단사항일 뿐이다. 그러나 공시송달에 절차적 위법만 존재하면 필요적

인용을 함으로써, 경미한 절차적 위법이 초래하는 재판의 지연과 불필요한 소송경제의 폐해를 피할 수 없는 결과를 초래하고 있다. 따라서 차선의 개선책으로는 공시송달제도의 엄격한 시행을 전제로 한 공시송달 이후의 후속절차에 있어서의 개선방안이 제시되어야 할 것이다.

여기에서는 이러한 두 가지 논점을 중심으로 하여, 구체적인 법적 또는 제도적 개선방안을 모색해 보고자 한다. 공시송달 남용을 제한하기 위하여 송달의 요건을 엄격하게 규제함에도 불구하고 공시송달의 효력을 보장하지 않는다면, 이는 결과적으로 현행 문제점의 개선책으로서의 효과를 담보 받을 수 없을 것이다.

2. 공시송달 요건의 재정비

가. 절차위법과 피고인 귀책사유 여부의 분리

정식재판회복 또는 상소권회복의 청구는 자기 또는 대리인이 책임질 수 없는 사유로 인한 재판청구권 상실의 회복이다. 여기에서 책임질 수 없는 사유란 정식 재판 또는 상소의 부재가 자기 또는 대리인의 고의 또는 과실에 기인하지 않는 것을 의미한다.⁴³⁾ 그리고 판례는 공시송달의 적법성 여부를 책임질 수 없는 사유의 중요한 징표로 삼아왔다.⁴⁴⁾ 예컨대 수사기록에 편철된 피고인에 대한 피의자신문조서 등에 피고인의 사무소가 나타나 있다면 법원으로서의 그 사무소에 다시 소송서류를 송달해 보아야 할 것임에도 바로 공시송달의 방법을 취한 것은 ‘공시송달의 요건을 흠결’한 것이며 이는 피고인이 책임질 수 없는 사유에 해당한다고 하거나,⁴⁵⁾ ‘이와 같은 위법사유는’ 피고인의 상소기간도과와 무관하다 할 수는 없으며 공시송달에 의한 소환을 다시 한번 더 하여 선고 공판을 하였더라면 피고인이 상소의 법정기간을 준수할 수 있었을 가능성을 배제할 수는 없는 것이니 피고인의 ‘책임질 수 없는 사유’로 인한 것으로 볼 여지가 있다고⁴⁶⁾ 실시하였다. 동 판결

43) 배종대/이상돈/정승환, 신형사소송법, 772면; 백형구, 알기쉬운 형사소송법, 22면; 신동운, 형사소송법, 1050면; 신양균, 형사소송법, 917면; 이재상, 형사소송법, 636면; 임동규, 형사소송법, 657면; 정용석/백승민, 형사소송법, 812면.

44) 김정원, 앞의 논문, 497면.

45) 大判 1986. 2. 27, 자 85모6.

이후에도 많은 경우 위법한 공시송달을 피고인의 책임질 수 없는 사유의 기준으로 삼고 있다.⁴⁷⁾

생각건대 송달에 있어서의 절차위법과 피고인의 책임질 수 없는 사유는 분리해서 판단하여야 할 것이다. 물론 절차위법으로 인한 불송달은 대부분 피고인의 귀책사유 없는 불출석으로 이어지겠지만, 비록 절차위법이 있었다고 하더라도 피고인이 이미 공소장부본을 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. 이러한 의미에서 또 다른 판례⁴⁸⁾가 ‘상소권회복여부의 허용 여부는 그 재판절차의 위법 여부와는 관계 없이 오로지 상소기간 도과가 상소권자의 책임 없는 사유에 기인한 것인지의 여부에 따라서만 판단되어야 할 것’이라고 한 점은 공시송달의 절차위법과 피고인 귀책사유를 분리하여야 함을 정확히 지적한 것으로 보인다. 물론 중대한 절차위법은 언제나 피고인의 권리침해 또는 침해의 위험성으로 연결된다. 그러나 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.

46) 大判 1991. 12. 17, 자 91모23.

47) 예컨대 大判 1991. 12. 17, 자 91모23 역시 피고인이 출석한 가운데 제1심 형사재판이 변론종결되어 판결선고기일이 고지되었으나 선고기일에 피고인이 불출석한 후, 소송촉진등에관한특례법 제23조, 같은법시행규칙 제19조에 의하여 공시송달로 피고인을 소환한 최초의 공판기일에 곧바로 피고인의 불출석 상태에서 판결을 선고한 것이, 피고인의 출석 없이 재판을 하기 위하여는 공시송달의 방법으로 소환받은 피고인이 2회 이상 불출석할 것을 요구하고 있는 위 시행규칙 제19조 제2항의 규정에 위배되는 위법한 조치이므로 이와 같은 ‘위법사유’는 피고인의 상소기간 도과와 무관하다 할 수 없어 피고인의 상소기간 도과가 피고인의 ‘책임질 수 없는 사유’로 인한 것으로 볼 여지도 있다고 본다.

48) 大判 1985. 2. 23, 83모37, 38.

나. 기소 및 공판절차상 공시송달 요건의 엄격화

외국의 입법례와 비교하여 우리 법제상 공시송달은 매우 광범위하게 인정된다. 독일법상으로는 외국거주를 제외한 국내거주자에 대한 형사상 공시송달은 인정되지 아니하며, 일본의 경우에는 형사절차상 공시송달제도 자체를 허용하지 않는다. 반면, 우리 법제상으로는 약식명령부터 항소심까지 피고인에 대한 송달불능이 되면 소재탐지촉탁 등을 하고도 소재를 탐지할 수 없을 때에는 공시송달을 허용한다. 특히 약식명령의 통보는 송달에 의하여 이루어지는바, 공소장에 기재된 주거지로 송달하여 송달불능이 되면 검사에게 주소보정을 요구한다거나 소재조사촉탁 등을 하지 않고 곧바로 공시송달의 방법으로 약식명령을 송달함이 실무이다.⁴⁹⁾ 따라서 약식명령에 대한 공시송달 후 피고인이 정식재판청구권회복청구를 한 경우에는 대부분의 청구가 받아들여지고 있는 실정이다.

그러나 공시송달을 통한 불출석 재판으로 인하여 피고인에게 유죄판결이 확정되었다고 하더라도, 형집행을 위해서는 다시 피고인의 신병을 확보하여야만 한다. 현실적으로는 형집행을 위한 신병확보 후 피고인이 재판청구권의 회복을 청구하는 바, 오히려 재판의 지연을 초래한다. 이는 신속한 재판을 도모하는 공시송달제도의 취지에 반하는 결과이다. 따라서 공소제기 및 공판절차 중에 공시송달의 요건을 보다 엄격하게 함으로써 공시송달을 이유로 한 재판회복청구의 범위를 축소할 필요가 있을 것이다. 현행법은 주거, 사무소와 현재지를 알 수 없는 경우에 공시송달을 하도록 함으로써 요건을 다소 광범위하고도 간략하게 기재하고 있다. 그러나 이를 ‘소재탐지촉탁 등 신병확보를 위한 노력을 다함에도 불구하고 주거와 사무소 및 현재지 등 피고인의 소재를 확인할 수 없는 경우’라든가 ‘주거, 사무소 및 현재지를 포함하여 피고인의 소재를 파악하기 위한 주의를 다하였음에도 불구하고 이를 확인할 수 없는 경우’ 등 검사의 소재파악을 위한 노력 또는 주의의무를 구체적으로 기술하거나 기타 구체적인 절차 또는 소재탐지를 위한 과정을 명문화함으로써, 검사에게 보다 구체적인 주의의무를 부과해야 할 것이다.⁵⁰⁾

49) 김정원, 앞의 논문, 492면.

50) 공시송달 요건을 엄격하게 하는 것과 관련하여 ① 경찰 또는 검찰에서 피의자신문을 실시하였거나 법정에서 피고인으로서 출석하였던 사정이 있고, ② 피의자신문 또는 법정 진술 과정에서 피의사실

이러한 규정을 통하여 공시송달의 요건을 더욱 엄격하고 제한적으로 해석하도록 하되, 일단 공시송달이 허용되는 정황 하에서의 공시송달의 효력은 현행법보다 강화할 필요가 있을 것이다. 요건의 엄격화가 효력의 실효성과 상응하지 않는다면, 공시송달의 남용을 방지하는 효과는 기대할 수 있을지 몰라도 공시송달의 단점으로 지적되는 재판회복청구의 남발을 축소할 수는 없기 때문이다.

다. 약식명령에 대한 공시송달의 제한

약식명령의 경우에도 또한 같다. 현행법상 약식명령에 대한 정식재판에 대하여는 불이익 변경금지의 원칙을 적용하기 때문에 약식명령을 공시송달로 받은 피고인의 입장에서는 정식재판청구가 피고인에게 불이익할 아무런 이유가 없다.⁵¹⁾ 그리고 형소법 제452조는 약식명령의 고지는 검사와 피고인에 대한 재판서의 송달에 의하여 한다고만 규정할 뿐, 송달불능이 된 경우의 조치에 대하여는 아무런 언급이

에 대한 피의자의 실질적 주장(자백, 일부부인, 전부부인)이 있었거나 피의사실을 고지받고 진술거부권을 행사한 사정이 있고 ③ 유리한 자료 제출의 기회가 봉쇄되지 않았던 사정이 있으며, ④ 앞서 본 주소 및 연락처 변경에 따른 안내서 사본을 청구하였고, ⑤ 수사 및 재판 과정에서 탐색 가능한 소재 파악 노력(주민조회상 주소지에 대한 송달, 수감조회 결과 나타난 수감장소에 대한 송달, 전기통신사업법상 피의자피고인 명의 휴대전화에 대한 요금청구지 주소에 대한 송달, 최근 피의자 또는 피고인에 대한 소득세 원천징수 사업자의 사업장에 대한 송달)에도 불구하고 소재를 알 수 없는 경우에 한하여 공시송달을 허용하는 방안 등을 검토해 볼 수 있다. 또한 회복청구에 대해서는 위와 같은 요건이 충족되어 공시송달이 허용된 경우 원칙적으로 회복청구를 불허하되, ① 피의자 또는 피고인이 명의를 모용당하였다는 소명이 있는 경우, ② 자유형의 실행 선고가 있었고 피고인의 양형이 매우 부당하다고 볼 만한 특별한 사정이 있는 경우 등에 한하여 회복청구를 하는 방안을 제안해 볼 수 있을 것이다.

- 51) 다만, 약식명령에 대한 정식재판의 청구에 불이익변경금지의 원칙을 적용함에 있어서 전혀 의문이 없는 것은 아니다. 먼저, 이 원칙의 적용에 가장 큰 문제는 불이익여부에 대한 판단기준이 명확하지 않다는 점이다. ‘선고형’의 경중을 비교하는데 현행법은 어떤 규정도 두고 있지 않으며 형법 제50조에서는 단지 ‘법정형의 경중’만을 규정하고 있을 뿐이다. 나아가 현법재판소가 지적하는 것처럼 약식명령에 대한 불이익변경금지와, 상소심에서 인정되는 불이익변경금지의 논리적·이론적 근거가 반드시 동일한 것인지도 의문이다. 약식절차와 정식재판절차는 동일한 심급의 소송절차이기 때문이다. 신동운, “경미범죄의 효율적 처리방안-경미사건 처리절차의 재정비를 촉구하면서”, 형사정책 제15권 제2호, 2003, 25면; 이경렬, “약식명령에 대한 정식재판의 청구와 불이익변경금지원칙의 적용”, 비교형사법연구 제11호, 한국비교형사법학회, 2009, 324면; 이기현, “불이익변경금지의 내용”, 형사판례연구(2), 한국형사판례연구회, 1994, 333-334면; 한영수, “불이익변경 여부의 판단기준”, 형사판례연구(8), 한국형사판례연구회, 2000, 531면.

없다. 그 결과 실무상 약식명령의 송달불능 시에는 곧바로 공시송달의 방법을 취하고 있는 바, 이로 인한 재판회복청구의 사례가 상당한 비중을 차지하고 있다.

따라서 약식명령의 경우에도 송달불능시 ‘피고인의 주거, 사무소 및 현재지를 포함하여 피고인의 소재파악을 위한 주의를 다하였음에도 불구하고 이를 확인할 수 없는 경우 약식명령의 고지를 공시송달로 대체한다’ 등의 규정을 둘 필요가 있을 것이다. 약식명령이 송달불능으로 언제나 공시송달의 방법을 취한다고 하더라도 약식명령의 형집행을 위해서는 추가적인 신변확보를 요하므로, 피고인의 소재파악이 전혀 불가능한 상태 하에서의 약식명령의 확정은 의미가 없을 뿐만 아니라 이후 재판회복청구권 행사에 의한 정식재판의 부담을 내포하고 있다는 점에서, 약식명령에 대한 공시송달요건을 보다 엄격하게 함으로써 약식명령에 대한 정식재판청구의 정당성의 범위를 축소하는 방안을 마련해야 할 것이다.

3. 정식재판회복에 대한 필요적 형집행정지의 이원화

정식재판회복청구를 담당하는 판사들은 정식재판회복청구가 들어오면 형사소송법 제458조에 의하여 준용되는 같은 법 제348조 제1항의 규정에 따라 대부분 집행정지결정을 하여 석방을 하고, 석방을 하게 되면 피고인들은 거의 전부 도주하는 것이 현실이다. 실제로 약식명령에 대하여 다툼 의사는 없으면서도 우선 노역장 유치집행을 회피할 목적으로 형사소송법 제348조 제1항이 규정한 필요적 집행정지 규정을 남용하고 있다면 방지하여야 할 것이다. 더욱이 자신의 주소나 연락처를 정확히 법원이나 검찰에 알리고 자신의 사건 처리 결과에 대하여 관심을 기울인 사람에 비하여 임의로 주거지를 옮기고 도주한 사람이 더 우대를 받는 결과가 초래되는 뒤편은 형평성에 있어서도 매우 부당한 결과를 초래하게 된다.

특히 노역장에 유치된 대부분의 피고인이 단지 구금상태를 벗어나기 위하여 정식재판회복청구를 하는 경우가 많은데 이러한 경우 집행정지로 석방하게 되면 사실상 신변확보 불능상태가 되어 버림으로써 그 동안의 벌금 집행노력이 원점으로 돌아가게 된다. 또한 이들의 신병을 다시 확보하여 형을 집행하기 위하여 드는 인적·물적 비용을 고려한다면 소송경제상으로도, 회복청구가 이유가 있고 진정으로

다투고자 하는 피고인에 대하여는 충분히 그 기회를 보장하여 주되 집행정지제도를 악용하려는 피고인들에 대하여는 적극적인 제재가 필요할 것이다.⁵²⁾ 다른 한편으로는 노역장 유치집행중인 자가 정식재판회보청구시 청구서에 교도관이 ‘노역장 유치집행중인 자’라는 표기를 하여 법원이 알 수 있도록 하거나 노역장 유치집행중인 자가 정식재판청구권회보청구시 구금 필요성이 인정되면 구속영장제도를 발부함으로써 악용할 수 없도록 하는 방안이 제기되기도 한다.⁵³⁾

현행법은 제348조 상소권회복의 청구시 형집행정지결정을 필요적 사항이 아닌 임의적으로 규정하고 있으므로, 재판회보청구 사유 및 제반정황을 고려하여 이를 이원화하는 것은 현행법에 반하지 아니한다. 다만, 집행정지결정 여부에 대한 객관적인 기준은 마련할 필요가 있을 것이다. 예컨대 약식명령발부로 인하여 노역장유치중인 자가 정식재판회보청구를 할 경우 형소법 제70조 제3항에 따라 주거부정을 기준으로 형집행정지 여부를 결정할 수 있을 것이다.⁵⁴⁾ 또한 정식재판회보청구가 전적으로 형집행의 목적 또는 도주의 목적으로 이루어졌음이 명백할 경우도 하나의 기준이 될 수 있을 것이다.

4. 각종 재판회보청구권 인용의 제한가능성

현행 재판회보청구권은 자기 또는 대리인이 책임질 수 없는 사유를 기준으로 한다. 판례의 많은 경우는 귀책사유 여부를 절차위법과 결부하여 판단하는 바, 특히 송달불능 후 공시송달까지의 소재탐지노력 여부로 귀결되는 경향이 있다. 따라서 송달불능된 경우라도 피고인이 주민등록도 옮기지 않은 채 임의로 주거를 이전하고 수사기관에서 진술한 전화번호도 모두 통화불능이었음을 자인하는 경우에는 피

52) 정진경, “정재청구권회보청구사건 처리방안에 관한 일고”, 법률신문, 2004/3/22.

<http://www.lawtimes.co.kr/LawEdit/Edit/EditContents.aspx?serial=12983&kind=ba04>

53) 천진호, “상소권회복제도의 몇 가지 문제점”, 형사판례연구(15), 한국형사판례연구회, 2007, 482면.

54) 우선 이러한 악용을 방지하기 위하여는 약식명령에 대한 정식재판회보청구시 피고인의 신병을 확보하여야 한다. 따라서 피고인을 심문한 후 즉석에서 회복여부를 결정하고 결정문을 즉석에서 교부하되, 피고인이 유무죄를 적극적으로 다투고자 하는 경우에는 주거불명을 이유로 한 영장을 발부하되 검사의 의견을 물어 벌금액 중 그 동안의 노역장 유치기간에 상응하는 만큼의 금액을 공제한 금액을 보석금으로 하여 석방하는 것도 하나의 방법이 될 수 있다.

고인에게 귀책사유가 있다고 보아 회복청구를 기각하는 등의 방안을 고려해 볼 수 있을 것이다.

또한 수사절차 또는 공판절차 과정에서 피의자 또는 피고인의 주소 등을 확인하고, 이에 대한 피의자 또는 피고인의 서명날인을 별도로 받음과 동시에 주소변경신고의무를 부과하고 당해 주소로의 송달불능시 공시송달이 가능함을 경고하는 절차를 명문으로 규정함으로써, 절차위법의 범위를 축소하는 방안도 가능할 것이다.⁵⁵⁾ 주소변경신고의무는 피고인의 공판절차 참석의무와도 결부되므로 이와 같은 의무 부과는 과잉금지의 원칙에 반하지 않을 뿐만 아니라, 궁극적으로는 피고인의 재판을 받을 권리를 보호하는 측면도 있다.

그리고 피고인의 재판회복청구시 반드시 피고인을 신문하는 절차를 두는 것도 가능할 것이다. 현행법은 재판회복청구절차를 서면주의로 규정하고 있으나, 피고인의 직접 신문을 통하여 우선적으로는 피고인의 신병을 확보하고 재판회복청구 결과 판결의 번복가능성을 확인함으로써 인하여 판결결과의 번복이 명백히 불가능할 경우에는 사실상 재판회복청구권의 인용을 제한할 수 있을 것으로 보인다. 물론 재판회복청구권의 제한은 헌법상 정당한 재판을 받을 권리에 대한 침해와도 직결되어 있으므로, 이를 광범위하게 인정할 수는 없다. 다만, 현행법은 재판회복청구 사유만을 기재하고 있고, 재판회복청구 인용제한사유에 대하여는 아무런 규정이 없이 임의적 결정사항으로 하고 있다는 점은 개정 필요성이 있는 것으로 판단된다.

5. 재심제도와와의 통일가능성

현행법상 제1심 공판절차에서 피고인의 귀책사유 없는 궤석재판에 대하여는 형소법 345조 상소권회복청구권과 소추법 제23조의2 재심청구권이 동시에 부여된다. 다만, 전자는 유죄판결을 포함한 모든 형태의 재판을 대상으로 하는 반면에, 재심 제도는 제1심이 유죄확정판결을 대상으로 한다는 점이 차이가 있다. 그리고 전자는

55) 차상우, 앞의 논문, 374면은 불구속재판의 확대에 의하여 기소시점과 공판기일간의 시간적 간격이 매우 장기라는 점에서, 변동주소에 대한 신고의무를 고지하는 신고의무고지제도를 신설하고 이를 고지받았음을 확인하는 서면을 제출받으면 그 후 불출석을 피고인의 출석권 포기로 보는 방안을 제시하고 있다.

심급이 올라가서 상소심에서의 심급절차가 진행되는 반면 후자는 재심이기 때문에 원심판결을 한 법원에서 다시 재판절차가 진행된다는 점에서만 상이하다. 그 결과 상소권회복제도와 재심제도는 동일한 사유에 대한 양 제도의 선택적 청구가 가능해진다. 그러나 형소법상 상소권회복제도의 범위 내에 재심제도가 포함된다는 점에서는 양 제도를 일원화하는 것이 바람직할 것이다.⁵⁶⁾

재심은 유죄의 확정판결에 대하여 중대한 사실오인의 오류가 있는 경우 판결을 받은 자의 이익을 위하여 판결의 부당함을 시정하는 예외적인 비상구제수단이며, 형소법 제420조 제5호는 유죄의 선고를 받은 자에 대하여는 무죄 또는 면소를, 형의 선고를 받은 자에 대하여 형의 면제 또는 원판결이 인정한 죄보다 경한 죄를 인정할 명백한 증거가 새로 발견된 때로 한정하고 있다. 따라서 재판회복청구가 가능한 경우를 모두 재심사유로 보기는 어려울 뿐만 아니라, 재심제도와 재판회복청구권제도는 모두 불이익 변경금지의 원칙이 적용된다는 점에서도 그 이익을 같이 한다.

물론 상소권회복에 의하면 심급이 올라감으로 인하여 원심법원에서의 판단기회가 축소되지만, 불출석재판으로 인한 원심판결을 1심으로 보고 이에 대한 항소의 기회를 부여하는 것 역시 3심 제도에 반하는 것은 아니라고 보여진다.

6. 결석재판제도 범위의 재정비

결석재판의 범위는 전적으로 입법정책적인 문제이다. 그런데 비교법적⁵⁷⁾으로도 우리 법제상의 결석재판 허용범위는 상대적으로 지나치게 넓다. 또한 결석재판제

56) 동일한 취지로 천진호, 앞의 논문, 473면.

57) 외국의 입법례를 살펴보면, 미국은 경찰관이 피의자를 체포하여 최초의 기일에 출석하여 유죄담변을 함으로써 형사절차가 개시되는 바, 유죄담변 또는 불항쟁담변을 한 자가 공판정에 불출석한 경우에는 출석권의 포기로 간주하여 결석재판을 함으로써 비교적 넓게 인정한다. 그러나 독일 및 프랑스, 일본, 영국 등은 법정형을 기준으로 하여 결석재판의 범위를 한정하고 있다. 예컨대 일본은 50만엔 이하의 벌금형에 해당하는 사건(일본 형사소송법 제285조 제2항), 독일은 환형유치기간이 180일 이하인 벌금형 또는 선고유예 등의 극히 경미한 사건으로 제한한다(독일 형사소송법 제232조 제1항). 프랑스는 경죄와 위경죄로 제한하되 경죄의 경우에도 2년 이상에 처할 경우에는 구인영장을 발부하도록 규정되어 있으므로 실질적으로 징역 2년 미만의 범죄로 국한된다(프랑스 형사소송법 제410-1조 제1항). 영국의 경우에는 공판절차가 개시된 경죄사건에서 소환장을 송달받은 피고인이 불출석한 경우 결석재판을 허용하지만, 이 경우 3개월 이하의 구금형만을 선고할 수 있다.

도에 대하여는 적법절차라는 형사소송의 이념과 배치되는 것은 아닌지 여부에 대하여 다소 논란이 있다.⁵⁸⁾ 그 결과 입법론상 일본의 경우처럼 공시송달을 삭제하고, 기소 후 2개월 이내에 기소장등본이 송달되지 아니하면 기소는 소급하여 그 효력을 상실하게 함으로서, 송달에 대한 책임을 검사에게 전적으로 귀속시킴이 타당하다고 보는 견해도 있다.⁵⁹⁾

결석재판을 신속한 재판을 도모하기 위한 제도이지만, 현실적으로는 재판의 중복 또는 지연을 초래할 뿐만 아니라 피고인의 방어권 보장과의 관계설정에 있어서도 많은 문제점을 내포하고 있다.⁶⁰⁾ 더욱이 결석재판으로는 피고인의 신병확보가 이루어지지 않는 이상 형집행이 불가능하게 되어 미집행자의 양산을 초래할 뿐이다. 따라서 비록 헌법재판소의 위헌결정 후 개정된 소추법상의 사형, 무기, 장기 10년 이상의 범죄에 대하여는 결석재판을 허용하지 않는 현행법이 합헌으로 결정되었다고 하더라도, 결석재판의 대상범죄를 합리적으로 축소하여야 할 필요성은 여전히 남아 있는 것으로 보인다.

이러한 점의 개선책으로는 다음과 같은 방법이 가능할 것이다. 첫째, 결석재판의 범위를 현행보다 대폭 축소하는 방안이다. 둘째, 결석재판이 허용되는 경우와 영장 발부를 통한 지명수배를 하는 경우를 합리적이고 타당한 기준을 제시하여 정립하는 방법이다. 이는 형집행의 실효성 확보로 이어지는 방안일 뿐만 아니라, 실제로 결석재판으로 인한 판결이 사후 재판회복청구권의 행사를 통하여 번복되거나 지연될 우려를 축소하는 방안이 될 것이다. 셋째, 결석재판에 있어서 증거동의의 문제를 입법론적으로 해결하여야 할 것이다. 현재 이에 대한 학설의 대립은 불출석재판에 증거동의 의제규정을 준용할 것인가의 문제로 귀결된다. 따라서 합리적인 방법으로 증거동의 여부를 종결하여야 할 것이며, 소추법상 형사소송법 제318조의2 규정의 준용규정을 두는 것이 바람직할 것으로 보인다.

58) 고시면, “소송촉진등에 관한 특례법 제23조에 대한 현재의 합헌결정에 관한 인권위의 개정권고”, 사법행정, 2007/1, 12면; 차상우, 앞의 논문, 351면; 천진호, “상소권회복제도의 몇가지 문제점”, 저스티스 통권 제97호, 한국법학원, 2007/4, 167면.

59) 신용석, “제1심이 위법한 공시송달로 피고인의 출석 없이 재판한 경우 항소심이 취하여야 할 조치”, 대법원 판례해설 제50호, 법원도서관, 2004/12, 757면.

60) 구체적인 문제점에 관하여는 차상우, 앞의 논문, 362-370면 참조. 여기에서는 이에 관한 언급은 생략하기로 한다.

7. 약식명령에 대한 정식재판회복청구권의 소멸시효 신설 여부

검찰보존사무규칙 제8조 제1항에 따르면 자유형의 경우 기록의 보존기간은 형의 시효가 완성될 때까지이므로, 자유형 선고 사건의 경우 기록이 폐기되는 경우란 거의 불가능하다. 그러나 정식재판회복청구의 경우에는 사건이 비교적 경미하여 약식 기소된 사안이 대부분이고, 벌금형이 선고된 사건의 경우 재산 압류 등으로 형의 시효가 늘어날 수 있으므로 상당한 시일이 지난 후에 회복청구 되는 경우도 있어 정식재판청구권이 회복된다고 하더라도 재판을 정상적으로 진행하기 어려운 경우가 발생한다. 예컨대 경미사건의 기록보존기간이 도과하여 기록이 폐기되어 없는 경우이거나, 경미 사건으로 피해자나 참고인들이 더 이상 사건에 대한 기억을 하지 못하는 경우, 관공서 등의 관련 자료들이 이미 소멸되는 경우 등이 실제로 발생한다. 동 규칙 제8조 제1항은 형의 시효기간으로 보존기간을 두는 바, 형법 제77조는 5년 미만의 자격정지, 벌금, 몰수 또는 추징의 형의 시효를 3년으로 하고 있고, 동 규칙 동조 단서는 구류, 과료사건에 대하여는 보존기간을 3년으로 하고 있으므로, 실질적으로 경미사건의 기록보존기간은 3년에 불과하다.

그러나 약식명령에 대한 정식재판회복청구권의 행사기간은 제한이 없으므로 인하여, 약식명령을 받은 자가 사후 정식재판회복청구를 하더라도 관련 사건기록이 부존재하는 결과가 초래된다. 이는 실질적으로 정식재판회복청구가 인용된다고 하더라도 처음부터 증거 등 관련자료를 수집해야 할 뿐만 아니라, 이미 많은 경우에는 증거수집이나 증인확보가 어려워지게 됨은 불가피하다. 따라서 최소한 약식명령에 대한 정식재판회복청구권의 행사에 관하여는 합리적인 기간을 설정하여 소멸시효를 두는 방안도 고려해 보아야 할 것이다.

8. 증거동의 의제 규정의 신설여부

공시송달제도가 부수적으로 영구미제사건의 적체를 줄이고자 하는 면이 없는 것은 아니나, 영구미제사건의 축소 또는 신속한 재판의 원칙이 공시송달제도의 전적인 목적은 아니라고 봄이 타당할 것이다. 다만 이 경우 제1심 공판에서 피고인의

불출석에 의한 경우 증거조사가 문제된다. 특히 약식명령의 경우, 약식명령의 통보는 송달에 의하여 이루어지는 바 공소장에 기재된 주거지로 송달하여 송달불능이 되면 검사에게 주소보정을 요구한다거나 소재조사촉탁 등을 하지 않고 곧바로 공시송달의 방법으로 약식명령을 송달함이 실무이다.⁶¹⁾ 따라서 약식명령에 대한 공시송달 후 피고인이 정식재판청구권회복청구를 한 경우에는 대부분의 청구를 받아들이고 있다. 그런데 약식명령은 대체로 경미사건으로서 다액 500만원 이하의 벌금 또는 과료에 해당하는 사건인 경우가 많아서 형사소송법 제277조 제1항에 의하여 피고인의 출석을 요하지 않는 바, 다시 불출석에 의한 증거동의 의제의 문제가 발생하게 된다.

이는 형사소송법 제318조의2가 피고인의 권석재판에 대한 증거동의 간주규정인 가라는 해석상의 문제로서, 이에 대하여는 불출석재판은 피고인의 소재불명에 국한된 것으로서 이를 바로 피고인의 반대신문권의 포기라고 볼 수 없으며, 증거동의가 의제되지 않는다고 보는 견해가 있다.⁶²⁾ 진술 없는 재판의 효력이 증거동의의 의제하는 것은 아닐 뿐만 아니라, 이는 비례의 원칙에 반하기 때문이라고 보며, 결과적으로 입법론상 해결해야 할 문제라고 본다. 반면 약식명령은 공시송달의 방법으로 송달이 확정된 경우 노역장유치집행을 받기 때문에 이를 모면하기 위한 방편으로 정식재판청구권회복청구를 하여 유치집행정지가 되도록 한 후 신병이 풀리면 정식재판에 거의 출석이 현실적으로 기대하기 어려우므로 증거동의 의제가 필요하다고 보기도 한다.⁶³⁾

생각건대, 피고인의 불출석 재판에서 증거동의를 의제하지 않는다면, 실질적으로 개별 증거에 있어서 증거능력 인정에 많은 문제점이 제기될 것이다. 예컨대 검사작성 피의자신문조서는 형소법 제312조 제2항에 따른 대체방법을 통하여 영상녹화 등으로 실질적 진정성립을 인정한다고 하더라도, 수사기관 작성 피의자신문조서는

61) 김정원, “공시송달과 상소권회복청구”, 형사판례연구(15), 한국형사판례연구회, 2007, 492면.

62) 김정원, 앞의 논문, 491면; 신양균, 형사소송법, 783면. 차상우, “현행 권석재판제도의 문제점과 개선방안 : 소송촉진등에관한특례법 개정방향과 관련하여”, 검찰 통권 제119호, 대검찰청, 2007/12, 365면은 피고인의 소재불명이 피고인의 공판기일출석권의 포기가 아니기 때문에 증거동의를 의제할 수 없다고 본다.

63) 김정원, 앞의 논문, 493면.

그 어느 경우에도 내용의 인정을 보완하는 방법을 찾을 수 없다. 만일 대체방법으로서 형소법 제316조에 의한 수사기관의 진술을 통한 증거능력을 인정하고자 한다면, 이는 현실적으로 불필요한 절차의 반복이 될 수밖에 없을 것으로 보인다. 피고인의 궤석상태에서 오로지 수사기관의 전문진술을 통하여 인정하고자 한다면 결과적으로는 그러한 절차가 형식적으로 이루어질 수밖에 없기 때문이다. 부정설의 입장에서는 입법론상 명문으로 해결할 것을 주장하나, 이는 제318조 제2항이 규정에서 증거동의를 의제할 수 있는 경우를 구체적으로 규정하는 방법을 통해서만 가능할 것이며, 명문으로 공시송달에 의한 불출석재판에서의 증거동의 의제규정을 신설한다고 하더라도 이는 실무상 이루어지고 있는 증거동의 의제의 근거법령을 명문화하는 효과 이외에 입법론상 이와 다른 해결방안을 제시하기는 어려울 것으로 보인다.

9. 전자고지제도의 활용방안 검토

가. 전자약식절차의 도입

현행법은 송달장소를 주소와 사무소 및 현재지로 한정하면서도, 송달불능이 되는 경우에는 그 밖에 피고인과 관련되거나 수사절차상 수신이 가능한 전화번호 및 기타의 장소가 확인될 때에는 이에 대한 송달도 필요하다고 본다. 그러나 일반적인 방법으로 전자고지의 방식은 다루지 않는 것으로 보인다.

최근에는 전자정부를 지향하면서, 형사소송절차에서도 형사사법절차의 전자화를 추구하는 하나의 방편으로 약식명령의 일부에 대하여는 전자약식제도가 도입되고 있다. 형사사법절차 전자화는 최첨단 IT기술을 이용하여 형사사법기관의 모든 문서 작성을 전자화하고 형사사법 정보를 공동 활용하도록 함으로써 ‘종이 없는 신속한 형사사법절차의 기반을 마련하고’ 사건관계인이 인터넷을 이용하여 24시간 실시간으로 형사사법 진행 상황 조회 서비스 등을 받을 수 있도록 함으로써 형사사법절차에서 국민편익을 크게 증가시키고 국가예산을 획기적으로 절감하는 것을 목표로 하고 있다.⁶⁴⁾ 이러한 전자약식제도는 기존 약식절차의 지연으로 인한 문제점을 해결할 수 있을 것으로 기대된다. 비교적 간단한 약식사건이 전체 형사사건의 40% 이상

을 차지하고 특히 음주운전사건은 2007년 기준으로 전체 약식사건의 31.9%를 차지하고 있으며, 약식사건의 경우 입건에서 확정까지 평균 120여일 지연 처리되어 약 40%가 공시송달에 의존하고 있을 뿐만 아니라 다른 사건이 확정될 때까지 대기한 후 사건을 일괄적으로 처리하는 방식을 취하고 있다. 또한 이런 지연으로 인하여 주소변동조차 반영되지 못함으로써 재판결과를 통지받지도 못하고 체포되는 경우도 발생하는 실정이다.⁶⁵⁾ 그러나 전자약식제도가 이러한 과정을 단축시킴으로 인하여 약식명령 대상사건에 있어서 효율적으로 활용될 가능성을 제시하고 있다.⁶⁶⁾

형사사법절차의 전자화로 엄청난 변화가 일어날 수 있는 분야는 형사기록 보존분야다. 수사단계에 이루어지는 전자적 수단에 의한 정보의 수집, 가공, 검색 등의 경우 점진적이고 양적인 양태의 변화지만, 보존 분야는 그 변화가 과히 혁신적이고 질적이라 할 수 있다. 보존의 편의성은 말할 것도 없고, 분류와 검색 등에 있어서 종전의 업무 형태와는 비교할 수 없을 정도로 효율적으로 수행될 수 있을 것이다.⁶⁷⁾

나. 전자약식명령 절차

약식절차에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률(이하 “전자약식법”)은 제3조는 대상사건을 검사가 「형사소송법」 제448조에 따라 약식명령을 청구할 수 있는 사건

-
- 64) 양종모, “전자약식절차의 효율성을 제고하기 위한 시스템 구축방안 -문서자동작성 에이전트 프로그램과 의사결정지원 전문가 시스템의 구현을 중심으로-”, 법과 정책연구 제11권 제3호, 한국법정책학회, 2011, 873면.
- 65) 정웅석/백승민, “약식절차에서 전자문서 등의 이용에 관한 법률 제정 의의”, 법조 통권 제635호, 법조협회, 2009/8, 292면.
- 66) 물론 전자약식제도에 관하여는 전자문서화의 신뢰성·진정성·보안성의 문제, 신속과 효율성의 강조로 인한 실제적 진실발견의 저해 가능성, 전자적 송달과 관련한 문제점, 공판주의의 역행 등의 이유로 현재까지는 그 제도적 불완전성에 대한 비판과 개선방안이 꾸준히 제시되고 있다. 이와 관련하여서는 권오걸, “약식절차에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률의 검토”, IT와 법연구 제4집, 경북대학교 IT와 법센터, 2010/2, 307면 이하; 김희수, “형사소송관점 등에서 본 형사사법통합 정보체계의 문제점에 대한 고찰”, 민주법학 제34호, 민주주의법학연구회, 2007, 338면 이하 참조.
- 67) 현재의 종이문서 기록의 경우 기록의 작성 또는 접수한 순서대로만 편철하는 편년체식 편성방식을 따르고 있어 형사사건 기록의 각권의 기록목록을 일일이 확인하여본다고 하여도 업무의 흐름 또는 업무의 처리절차 등을 파악할 수 없는 구조로 되어 있다. 이현정, “형사사건기록의 분류방안 연구”, 한국기록관리학회지 제10권 제1호, 한국기록관리학회, 2010/6, 183면.

중 피의자가 이 법에 따른 약식절차에 따를 것을 동의한 「도로교통법」 제148조의2 제1호, 제152조제1호 및 제154조제2호에 해당하는 사건 및 제1호에 해당하는 사건과 관련되는 「도로교통법」 제159조에 해당하는 사건으로 한정하고 있다.

그 절차로서 전자약식법 제7조에서 ‘검사는 제5조제2항에 따라 약식명령을 청구할 경우 같은 조에 따라 작성된 전자문서 및 제6조에 따라 작성된 전자화문서를 약식명령을 하는 데 필요한 증거서류로서 법원에 제출하도록’ 규정하고 있다.⁶⁸⁾ 그 이후 절차는 제8조에 따라서 법원은 전자약식명령이 청구된 경우 검사와 피고인에게 약식명령이나 그 밖의 소송에 관한 서류를 시스템을 이용하여 전자적으로 송달하거나 통지하고 구체적으로는 법원서기관, 법원사무관, 법원주사 또는 법원주사보가 약식명령을 시스템에 올린 후, 피고인에게 그 사실을 동의서에 적힌 전자적 수단으로 알려야 한다.

전자적 수단으로 통지한 경우에는 송달을 받을 사람이 형사사법포털에 올려진 약식명령을 확인한 때에 약식명령이 송달된 것으로 본다. 만일 송달을 받을 사람이 형사사법포털에 올려진 약식명령을 확인하지 아니하는 경우에는 법원사무관등이 약식명령을 올린 사실을 알린 날부터 2주가 지난 날에 송달된 것으로 본다. 다만, 송달을 받을 사람이 책임질 수 없는 사유로 형사사법포털에 올려진 약식명령을 확인하지 못한 경우에는 형소법 제458조에서 준용하는 같은 법 제345조부터 제348조까지의 규정에 따른 정식재판청구권 회복의 청구를 할 수 있다.

다. 전자약식절차의 확대 가능성

전자약식절차는 형사절차에서 정보화를 촉진하고 신속성을 높이기 위하여 서류를 전자적으로 작성·제출·송달할 수 있는 제도를 마련할 필요가 있으나, 형사절차의 전자화는 처음으로 도입되는 제도인 만큼 서면심리주의로 간이·신속하게 약식절차에 따라 정형적으로 처리되는 음주·무면허 운전 등 「도로교통법」 위반

68) 미국 연방법원은 전자문서는 컴퓨터로 생산된 문서로 컴퓨터에 저장된 문서라는 점에서 사람이 단순히 컴퓨터를 이용하여 자신의 사상이나 관념을 기재한 것으로 보아 전문증거로 취급하고 있고, 영국의 경우 경찰 및 형사증거법에서 컴퓨터로 작성한 서면에서의 진술은 전문법칙의 적용을 받는 진술증거로서 일정한 조건 하에 증거능력을 인정하고 있다고 한다. 정교일, “디지털증거의 압수와 공판정에서의 제출방안”, 형사법의 신동향 통권 제25호, 대검찰청, 2010/4, 188면 참조.

사건에 한정하여 우선적으로 실시하기로 하고, 이에 필요한 약식절차에서의 전자 문서의 이용방법 및 효력 등에 관하여 규정하고자 함을 입법목적으로 하여 제정되었다.⁶⁹⁾

동 법률의 제정이유에서도 밝히는 바와 같이, 도로교통법에 한정된 이유는 전자 약식절차는 처음으로 도입되는 제도이므로, 서면심리주의에 따라 간이하고 신속하게 정형적으로 처리될 수 있는 사건에 한정하여 시범적으로 우선 실시할 필요가 있기 때문이다. 그리고 2010년 시행 이후 3년을 초과하였다. 그동안 전자약식명령 제도의 시행 및 활용결과에 대하여는 반드시 검증의 절차가 필요할 것이다.

다만, 이러한 시행경과를 통하여 전자약식절차에 대하여 긍정적인 평가가 가능해 진다면, 한정적으로 시행하였던 도로교통법 위반사건 뿐만 아니라, 그 밖에 약식명령의 대상이 되는 사건들로 확대하는 방안을 모색해 보아야 할 것이다.

전자약식절차는 수사절차나 공판절차에로의 서류송부 등에 있어서의 간소화 및 신속성에 있어서도 효과적이지만, 특히 피고인에 대한 송달방법을 전자적 문서로 함으로써 공시송달을 요하지 않는다는 점에서도 실효성이 클 것으로 기대된다. 동법 상으로 법원은 전자약식절차에서 약식명령이나 그 밖의 소송에 관한 서류를 시스템을 이용하여 전자적으로 송달할 수 있도록 하고, 이 경우 송달을 받을 사람이 시스템에 올려진 전자문서를 확인한 때에 송달된 것으로 간주된다. 전자약식절차 시스템을 어떻게 구현할 것인가에 따라 다소 차이는 있겠지만, 수사절차 초기단계부터 피의자의 전자메일도 주소나 연락처와 동등하게 시스템에 기록되도록 되어 있을 뿐만 아니라, 형사사법포털 시스템(<http://www.kics.go.kr>)⁷⁰⁾에 약식명령에 대한 결정문을 게시함과 동시에 그 사실을 피고인에게 전자메일로 수신가능하도록 하였고, 이를 법원사무관 등이 재고지 함으로써 송달불능의 상태 또는 피고인의 주소 확인할 수 없는 경우가 매우 제한적으로 해석될 수 있기 때문이다.

69) 전자약식절차와 일반약식절차의 차이는 http://ptl.kics.go.kr/images/renew/etc/elc_infm_6.png 참조.

70) 최근 법무부는 형사사건 관계자가 스마트폰으로 관련 정보를 받을 수 있는 '모바일 형사사법포털' 애플리케이션을 출시하였다. 모바일 형사사법포털은 경찰·검찰·법무부·법원 등 4대 형사사법기관이 보유한 정보를 스마트폰을 통해 원스톱으로 접할 수 있도록 한 서비스로서 형사사법포털 앱을 이용하면 벌과금과 통지서 등을 조회할 수 있고 수사·재판 관련 내용을 간편하게 찾아볼 수 있다. http://mbn.mk.co.kr/pages/news/newsView.php?category=mbn00009&news_seq_no=1393644

라. 형사사법포털의 적극적 활용

이 경우 형사사법포털의 활용의 확대방안도 고려해 볼 수 있다. 형사사법포털은 2004년부터 논의되어 오다가,⁷¹⁾ 2010년 1월 25일 형사사법절차 전자화 촉진법이 제정되면서 형사사법절차의 전자화를 촉진하여 신속하고 공정하며 투명한 형사사법절차를 실현하고, 형사사법 분야의 대국민 서비스를 개선하여 국민의 권익 신장에 이바지함을 목적으로 형사사법포털 구축의 법적 근거를 제공하였다. 동법에서 “형사사법업무”란 수사, 공소, 공판, 재판의 집행 등 형사사건의 처리와 관련된 업무를 말한다(제2조 제1호). 이에 따라 광의의 형사절차상의 통합적 정보제공이 가능해지게 되었으며, 형사사법포털(KICS)을 통하여 기관들 간에도 유기적인 정보연계와 협력의 단초를 제공한 것으로 평가된다.⁷²⁾ 이와 같은 목적으로 구축된 형사사법포털은 검찰과 법원간의 공판송무에 있어서도 효율적 업무진행을 도모할 수 있으며, 형사절차 상 각종 고지가 필요한 사항에 관하여 당사자에게 송달방법의 확대 및 실시간 송달⁷³⁾ 및 송달여부확인이 가능하도록 하는 장이 될 것이다.

이처럼 전자약식절차 및 형사사법포털의 이용을 통하여 공시송달에 의한 방법의 범위가 축소됨으로 인하여, 공시송달에 따른 불출석으로 인한 재판회복청구 사안들이 현저히 감소할 수 있을 것으로 기대된다.

71) 형사사법포털의 시행경과를 보면, 2004년 12월 대검찰청, 법원, 법무부, 경찰청 등 주요 4개 기관이 공동으로 참여하는 ‘형사사법 통합정보체계 구축기획단’을 발족하였고, 2005년 7월 형사사법 업무절차 표준화 및 대국민 통합서비스 구축방안을 위한 정보화 발전계획 수립을 완료하였으며 2007년부터는 형사사법 분야에 있어서는 통합정보체계 구축사업을 진행하였다. 이는 그동안 사건기록 송치(검찰, 관세청, 국정원, 국세청 등), 수사(검찰), 집행(법무부)을 위한 정보시스템이 기관별로 분산 구축 관리되어 왔던 것을, 형사사법 기관 간 통합수사자료 정보망, 통합시스템 및 통합관리체계를 구축하고, 단계적으로 통합형사사법 포털 구축, 신원증명서, 출국가능사실 증명 등 각종 형사사법 민원처리 시스템의 구축을 추진하는 것을 주요 내용으로 하고 있다. 형사사법통합정보체계구축 사업은 ‘국민과 함께하는 21세기 e-형사절차의 구현’을 지향기치로 설정하고, 대국민 형사사법 서비스 품질을 향상시키는 것을 목표로 하였다. 그러나 2008년 법원이 사법부의 독립기능의 침해 및 개인정보보호를 우려하여 반대하면서 사법부와 타 기관간의 독자적 시스템 운영과 연계를 제시하였다.

72) 김혜경, 광의의 형사절차의 통합적 운용방안에 관한 연구 -보안처분절차와 수사절차를 중심으로-, 경찰대학 치안정책연구소, 2011, 55면.

73) 형사사법포털에서 소개하는 바에 따르면 사건 처리기간(경찰단속에서 법원약식명령발령까지)이 45일에서 약 20일로 줄었다고 한다. <http://www.kics.go.kr/index.html> 참조.

V. 맺음말

공시송달제도는 신속한 재판의 원칙과 당사자의 권리보호의 양 측면을 모두 고려하여야 하는 부담을 본질적으로 가지게 된다. 그리고 이를 구제하기 위한 방편으로 현행법은 당사자의 고의 또는 과실이 없는 송달불능으로 인한 재판확정에 대하여 각종 재판회복청구권 및 재심제도를 인정함으로써 피고인의 재판을 받을 권리를 보다 강화하고 있다. 그러나 현실적으로 공시송달에 의한 송달은 법원의 재판회복청구의 인용으로 인하여 신속한 재판을 저해하고, 소송경제적으로도 많은 부담을 초래한다는 결과를 피할 수 없는 것이 실정이다. 물론 그 어떠한 경우에도 헌법이 보장하는 재판청구권 및 무죄추정의 원칙은 피고인을 위하여 보호되어야 함은 당연하다. 그러나 공시송달제도의 실효성을 확보하면서 동시에 당사자의 권리보호에도 만전을 기하는 제도운영의 모미가 필요할 것이다.

본 논문에서는 기존의 판례의 태도를 분석하고, 공시송달제도 및 불출석재판과 재판회복청구권의 합리적 운영을 위한 몇 가지 방안을 소개하고자 하였다. 우선 공시송달제도의 존치는 인정하되 공시송달이 가능한 요건이나 범위를 현행법제보다 축소함으로써, 실질적으로 공시송달 제도가 남용되거나 남발됨을 방지하여야 할 것이다. 따라서 공시송달제도의 요건을 현행법제보다 엄격하게 제한함으로써 공시송달제도에 대하여 통지제도에 관한 보충성 또는 최후수단성을 부여함이 필요할 것이다.

다음으로 기 제한된 엄격한 요건 하에서 공시송달제도가 시행된다면, 공시송달의 효력에 대한 법적 기속력을 보다 강화함이 타당할 것이다. 법원은 공시송달제도가 위법함을 전제로 하여 각종 재판회복권의 청구를 전적으로 인용하는 경향이 있는 반면, 현행 재판회복청구권의 행사에 대한 법원의 판단은 필요적 청구인용사항이 아니라, 임의적인 판단사항일 뿐이다. 그러나 공시송달에 절차적 위법만 존재하면 필요적 인용을 함으로써, 경미한 절차적 위법이 초래하는 재판의 지연과 불필요한 소송경제의 폐해를 피할 수 없는 결과를 초래하고 있다. 따라서 차선의 개선책으로는 공시송달제도의 엄격한 시행을 전제로 한 공시송달 이후의 후속절차에 있어서의 개선방안을 제시하고자 하였다. 공시송달 남용을 제한하기 위하여 송달의

요건을 엄격하게 규제함에도 불구하고 공시송달의 효력을 보장하지 않는다면, 이는 결과적으로 현행 문제점의 개선책으로서의 효과를 담보 받을 수 없을 것이다.

참고문헌

국내문헌

- 강동욱, “헌법재판소의 결정이 형사사건의 공판절차에 미친 영향”, 한양법학 제20권 제3집, 한양대학교 법학연구소, 2009/8
- 고시면, “소송촉진등에 관한 특례법 제23조에 대한 현재의 합헌결정에 관한 인권위의 개정권고-현재결 2005.01.21., 2005헌바21(합헌)”, 사법행정 제48권 제1호, 한국사법행정학회, 2007/1
- 권오걸, “약식절차에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률’의 검토”, IT와 법연구 제4집, 경북대학교 IT와 법센터, 2010/2
- 김상훈, “독일의 개혁송달법”, 민사소송 : 한국민사송법학회지 제10권 제2호, 한국사법행정학회, 2006/11
- 김정원, “공시송달과 상소권회복청구”, 형사판례연구(15), 한국형사판례연구회, 2007
- 김혜경, 광의의 형사절차의 통합적 운용방안에 관한 연구 -보안처분절차와 수사절차를 중심으로-, 경찰대학 치안정책연구소, 2011
- 김희수, “형사소송관점 등에서 본 형사사법통합정보체계의 문제점에 대한 고찰”, 민주법학 제34호, 민주주의법학연구회, 2007
- 문채규, “수사절차상 피의자의 청문권”, 법학연구 제49권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2008/8
- 배종대/이상돈/정승환, 신형사소송법, 홍문사, 2009
- 백형구, 알기쉬운 형사소송법, 박영사, 2001
- 신동운, “경미범죄의 효율적 처리방안-경미사건 처리절차의 재정비를 촉구하면서”, 형사정책 제15권 제2호, 2003
- 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2012
- 신양균, 형사소송법, 화산미디어, 2009
- 신용석, “제1심이 위법한 공시송달로 피고인의 출석 없이 재판한 경우 항소심이 취하여야 할 조치”, 대법원 판례해설 제50호, 법원도서관, 2004/12

- 양종모, “전자약식절차의 효율성을 제고하기 위한 시스템 구축방안 -문서자동작성 에이전트 프로그램과 의사결정지원 전문가 시스템의 구현을 중심으로”, 법과 정책연구 제11권 제3호, 한국법정책학회, 2011
- 이경렬, “약식명령에 대한 정식재판의 청구와 불이익변경금지원칙의 적용”, 비교형사법연구 제11호, 한국비교형사법학회, 2009
- 이기현, “불이익변경금지의 내용”, 형사판례연구(2), 한국형사판례연구회, 1994
- 이동희, “일본이 피고인 불출석재판에 관한 비교법적 연구-일본의 법제 및 운용실태를 중심으로”, 경찰대학논문집 제28집, 경찰대학, 2009
- 이재상, 신형사소송법, 박영사, 2007
- 이현정, “형사사건기록의 분류방안 연구”, 한국기록관리학회지 제10권 제1호, 한국기록관리학회, 2010/6
- 임동규, 신형사소송법, 법문사, 2011
- 정교일, “디지털증거의 압수와 공판정에서의 제출방안”, 형사법의 신동향 통권 제25호, 대검찰청, 2010/4
- 정용석/백승민, “약식절차에서 전자문서 등의 이용에 관한 법률 제정 의의”, 법조 통권 제635호, 법조협회, 2009/8
- 정용석/백승민, 형사소송법, 대명출판사, 2012
- 정진경, “정재청구권회복청구사건 처리방안에 관한 일고”, 법률신문, 2004/3/22
- 차상우, “현행 권석재판제도의 문제점과 개선방안 : 소송촉진등에관한특례법 개정방향과 관련하여”, 검찰 통권 제119호, 대검찰청, 2007/12
- 천진호, “상소권회복제도의 몇 가지 문제점”, 형사판례연구(15), 한국형사판례연구회, 2007
- 천진호, “상소권회복제도의 몇가지 문제점”, 저스티스 통권 제97호, 대한변호사협회, 2007/4
- 한범수, “권석재판에 대한 구제방법”, 대법원판례해설 제48호, 법원도서관, 2004/7
- 한영수, “불이익변경 여부의 판단기준”, 형사판례연구(8), 한국형사판례연구회, 2000

외국문헌

- Bernhard Haffke, Das Rueckwirungsverbot des Art. 103 II GG bei Änderung des
Rechtsprechung zum materiellen Recht, 1970
- Helmut Conig, Die obersten Grundsätze des Rechts, 1947
- Jesep Esser, Traditionale und postulative Elermente der Gerechtigkeitstheorie in
Tradition und Fortschritt im Recht, 1977, 114면; Othmar Jauerinig,
Zivilprozessrecht, 1985
- Niklas Luhmann, Legitimation durch Verfahren, in; Soziologische Texte –band 66
– hrsg. von Maus, Heinz und Fuerstenberg, Friedrich, 1969
- Peter Riess, Die Durchfuehrung der Hauptverhandlung ohne Angeklagten, in;
Juristenzeitung hrsg. von Bader usw., 1975
- Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozeßrecht, 16. Aufl., 2004

The Improvement in Public Notice in area of Criminal Proceedings

Kim, Hye-Kyung*

Public notices are issued by a prosecution when the suspects or criminal defendants are lost or their mails were returned due to an incorrect address. It is a requirement in most jurisdictions, in order to allow members of the public to make their opinions on proposals known before a rule or law is made. So, if a prosecution announce in the official gazette, it has legal force as delivery of document. Therefor Public notice system will help to speed up a process that has so far been slow. But it is apprehended that person shall be denied the right of access to the court because of this system.

So, this study focused the improvement of public notice in criminal proceedings. first, there are more restrictions about requirements for public notice and circumstance of public notice should be limited when criminal procedure is summary order. second, if the public notice is in perfect condition, the right to require formal trial should be restricted beyond the fixed standards. next, although the right to require formal trial is accepted, it needs not a stay of execution of the sentence at all costs and a stay of execution of the sentence must be dual enforcement. And both an action for renewal of procedure and the right to require formal trial are necessary to homogenize one system. The next thing judgment by default should be reorganized because the limit of application for judgment by default is expansive excessively in present system. finally, the amendment of extinctive prescription about the right to require formal trial of summary order, use of Korean information system of criminal-justice services, etc.

* associate professor, College of Law and Police Science, Keimyung University, Ph.D. in Law

- ❖ Key words: public notice, summary order, the right to require formal trial, right to trial in reasonable time, the right of access to the court