

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2022도15288 사기, 횡령, 업무상횡령
피 고 인 피고인
상 고 인 피고인
변 호 인 변호사 김규남(국선)
원 심 판 결 서울남부지방법원 2022. 10. 13. 선고 2021노1658 판결
판 결 선 고 2023. 2. 23.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울남부지방법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 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 있는바, 이와 같이

피고인의 진술 없이 판결할 수 있기 위해서는 피고인이 적법한 공판기일 소환장을 받고도 정당한 이유 없이 출정하지 아니할 것을 필요로 한다.

그리고 형사소송법 제63조 제1항에 의하면, 피고인에 대한 공시송달은 피고인의 주거, 사무소, 현재지를 알 수 없는 때에 한하여 이를 할 수 있으므로, 기록상 피고인의 집 전화번호 또는 휴대전화번호 등이 나타나 있는 경우에는 위 전화번호로 연락하여 송달받을 장소를 확인하여 보는 등의 시도를 해 보아야 하고, 그러한 조치를 취하지 아니한 채 곧바로 공시송달의 방법에 의한 송달을 하고 피고인의 진술 없이 판결을 하는 것은 형사소송법 제63조 제1항, 제365조에 위배되어 허용되지 아니한다(대법원 2005. 2. 25. 선고 2004도7145 판결 등 참조).

2. 기록에 의하면, 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

가. 제1심법원은 2021. 7. 8. 피고인에게 징역 8월을 선고하고 이 사건 공소사실 중 횡령의 점에 대하여 무죄를 선고하였는데, 이에 대하여 피고인은 항소하지 않았고 검사만이 2021. 7. 14. 사실오인, 법리오해, 양형부당을 이유로 항소하였다.

나. 원심은 2021. 7. 29. 제1심에서 피고인에게 소송관계서류가 적법하게 송달되었던 주소인 서울 영등포구 (주소 1 생략)으로 소송기록접수통지서 등을 발송하였으나 송달불능 되었고, 2021. 9. 6. 피고인의 주민등록상 주소지인 경기 평택시 (주소 2 생략)으로 위 서류를 발송하였으나 송달불능 되었다.

다. 원심은 2022. 2. 11. 평택경찰서에 피고인에 대한 소재탐지를 촉탁하여 '피고인의 주소지 확인결과 피고인을 만나지 못하였고, 주소지 건물의 거주자를 만나 탐문한 바로는 피고인이 2021년까지 회사 숙소인 위 주소지에 거주하였으나 이후 숙소를 나간 뒤 현재까지 연락이 되지 않는다고 한다'는 취지의 회신을 받았다.

라. 원심법원은 2022. 6. 7. 제1심에서 연락이 되었던 피고인의 휴대전화번호로 연락을 시도하였으나 수신정지로 통화가 되지 않았다.

마. 원심은 제1심에서 피고인이 진술한 거소지인 충청남도 예산군 (주소 3 생략)으로 송달을 해보거나 제1심에서 피고인에 대하여 송달이 이루어졌던 서울 영등포구 (주소 1 생략)에 관하여 관할 경찰서장에게 소재탐지촉탁을 하지 않은 채 2020. 6. 8. 피고인에 대한 송달을 공시송달로 할 것을 명하였다(이하 '이 사건 공시송달결정'이라고 한다).

바. 원심은 2022. 6. 8. 소송기록접수통지서, 2022. 7. 15. 피고인 소환장을 각 공시송달하고, 제1회 공판기일에 피고인이 출석하지 않자 다시 공시송달로 피고인을 소환한 후, 제2회 공판기일에도 피고인이 출석하지 않자 형사소송법 제365조 제2항에 의하여 피고인의 출석 없이 개정하여 소송절차를 진행한 후 2022. 10. 13. 검사의 항소를 받아들여 제1심판결을 파기하고 피고인에게 징역 1년 6월을 선고하였다.

사. 피고인은 원심판결 선고 사실을 알게 되자 상고권회복청구를 하였고, 원심법원은 피고인이 책임을 질 수 없는 사유로 상고기간 내에 상고하지 못하였다고 인정하여 2022. 11. 15. 상고권회복결정을 하였다.

3. 이러한 사실관계를 앞서 본 법리에 따라 살펴보면, 원심으로서는 이 사건 공시송달결정을 하기 전에 기록에 나타난 피고인의 다른 주소지에 송달을 실시하는 등의 시도를 하였어야 한다. 그런데도 원심은 이러한 조치를 취하지 않은 채 피고인의 주거, 사무소와 현재지를 알 수 없다고 단정하여 곧바로 공시송달의 방법에 의한 송달을 하고 피고인의 진술 없이 판결을 하였다. 이러한 원심판결에는 형사소송법 제63조 제1항, 제365조를 위반하여 피고인에게 출석의 기회를 주지 않음으로써 소송절차가 법령

