

연구총서 05-30

무죄추정원칙에 관한 연구

Eine Studie zum Grundsatz der Unschuldsvermutung

이진국
도종진

한국형사정책연구원

연구자

이진국 (한국형사정책연구원 연구위원, 법학박사)

도종진 (한국형사정책연구원 연구위원, 법학박사)

국문요약

제1장 서론

우리나라 현행 헌법 제27조 제4항은, “형사피고인은 유죄의 판결이 확정 될 때까지는 무죄로 추정 된다”고 규정하여 무죄추정원칙의 헌법적 지위를 명시하고 있으며, 이것은 형사소송법 제275조의2에서 다시금 확인되고 있다. 또한 우리나라가 1990년 4월 10일자로 가입했고 동년 7월 10일자로 발효된 UN인권규약 제14조 제2항에도 무죄추정을 피고인의 기본적 권리로 명시하고 있다. 헌법 제27조 제4항의 규범내용에 관하여 우리나라 학계에서는 거의 예외 없이 무죄추정원칙의 법적 효력을 인정하고 있으며 판례도 무죄추정원칙 직접적인 재판규범으로 원용하고 있다.

역사적 발전과정이나 헌법 제27조 제4항의 문언을 고려해 볼 때, 무죄추정원칙은 증거법에서 그 본래의 의미를 찾을 수 있다. 그래서 학설과 판례에서는 의문의 여지없이 범죄사실의 입증책임은 기소자인 검사에게 있고, 합리적 의심이 없을 정도로 범죄혐의가 입증되지 않은 경우에는 ‘의심스러울 때에는 피고인의 이익으로’(in dubi pro reo)의 원칙에 따라 범죄사실의 증거가 없는 것으로 간주하여 무죄를 선고해야 한다고 이해하고 있다. 그러나 무죄추정원칙이 증거법 이외의 영역에도 적용될 수 있는지, 이를 긍정한다면 그 구체적인 근거는 무엇인지에 관하여 우리나라뿐만 아니라 외국의 법질서에서도 많은 논란이 일고 있다. 특히 우리나라 학계와 판례는 무죄추정원칙의 적용범위와 관련하여 헌법 제27조 제4항을 ‘형사피의자’에게 까지 확대하여 무죄추정원칙을 강제처분의 규제원리로서 파악하고 있을 뿐만 아니라 무죄추정원칙으로부터 불구속수사원칙이 귀결된다고 이해하고 있다. 그렇지만 수사절차와 무죄추정원칙이 어떠한 관계에 있는 것인지, 특

히 강제처분에 무죄추정원칙이 적용될 수 있는 지에 관해서는 그 실질적인 근거가 제시되지 않고 있다. 무죄추정원칙으로부터 불구속수사가 원칙으로 되고, 구속수사는 예외로 남아야 한다는 당위성만 도출하고 있을 뿐이다.

우리나라나 외국에서나 무죄추정원칙에 관한 논의는 추상적이고 원론적이며, 형사소추의 일상에서 실용적이고 시민에 대하여 분명한 지침을 제공해 주는 기능을 결하고 있다. 우리나라 헌법에 무죄추정원칙이 명시적으로 도입된 지 25년이 되는 시점에서 이제는 그 실질적 내용과 개별적인 쟁점에 관하여 의미 있는 논의를 진행해 보아야 한다.

제2장 한국헌법상 무죄추정원칙의 의미와 내용

제1절 무죄추정원칙의 개념과 법적 성질

헌법 제27조 제4항에 명문으로 규정되어 있는 무죄추정원칙의 개념내용에 관하여 헌법재판소는 그 출범 이후부터 지금까지 줄곧 “공소의 제기가 있는 피고인이라도 유죄의 확정판결이 있기까지는 원칙적으로 죄가 없는 자에 준하여 취급하여야 하고, 불이익을 입혀서는 안 된다”고 판시해 오면서, 무죄추정의 제도적 표현으로서 공판절차의 입증단계에서 입증책임을 검사에게 부담시키는 제도, 보석 및 구속적부심 등 인신구속의 제한을 위한 제도, 피의자 및 피고인에 대한 부당한 대우 금지 등을 실시하고 있다. 헌법재판소의 판례를 보충하는 학설에서는, 유죄판결이 확정될 때까지 금지되는 불이익처분이란, 외형적으로 형벌과 동일하거나 유사한 처분뿐만 아니라, 통상 유죄판결에 수반되는 사회적 비난이나 사회적 차별의 불이익까지도 포함하지만, 당해 불이익처분이 유죄판결에 특별히 내재하고 있는 사회적·윤리적 비난을 수반하고 있어야 한다고 이해하기도 한다.

헌법 제27조 제4항에 규정된 무죄추정원칙의 법적 성격에 관하여, 무죄추정을 근거로 개인이 직접 헌법소원을 제기할 수 있다는 점을 들어 무죄추정원칙이 헌법상의 구체적 기본권으로 이해하는 입장과 무죄추정의 주관적 성격보다는 형사절차를 지배하는 지도적 원칙으로 이해하는 입장으로 나뉘어 있다. 한편, 무죄추정의 원칙이 문제되는 경우에는 대개 다른 기본권의 침해가 아울러 문제되므로 무죄추정원칙의 법적 성격을 규명하는 실제적인 의의는 크지 않다는 견해도 있다. 헌법재판소는 헌법 제27조 제4항의 규범내용을 기본권으로 이해하면서도, 그 용어는 무죄추정의 ‘원칙’이라는 개념을 사용하고 있으며 무죄추정권과 무죄추정원칙을 혼용하여 사용하기도 한다.

제2절 무죄추정의 적용범위

우리나라의 학설과 판례는 일반적으로 헌법 제27조 제4항에 형사피고인 뿐만 아니라 형사피의자도 포함된다고 이해하고 있다. 이와 같이 학설과 판례가 법률에 반하는 해석(*contra legem*)을 통하여 형사피의자까지도 헌법 제27조 제4항의 효력범위 속으로 포함시키는 이유는, “고도의 범죄혐의가 인정됨을 이유로 공소가 제기되어 유죄판결을 받을 개연성이 더욱 높아진 형사피고인에게 조차 무죄의 추정이 인정된다면 아직 공소제기여부를 결정할 수 있을 정도로 범죄혐의가 높지 않은 형사피의자 및 그 전단계의 단순한 혐의자들에 대해서는 더욱 더 강한 무죄추정이 인정되어야 한다”는 논리적 필연성 때문이다. 다만, 일부 소수견해는, 무죄추정이 피고인과 피의자에게 모두 적용되지만, 형사절차상 부당한 처우의 금지와 불구속수사의 원칙은 무죄추정과 외관상 연관가능성이 있을 뿐이지 실제로는 그 관계가 희박하다고 한다.

무죄추정원칙은 유죄의 확정판결 시까지만 효력을 가진다. 사실심에서

유죄판결이 선고되었다 하더라도 확정되지 않고 있는 한 아직 무죄로 추정 받게 된다. 다만 재심청구사건의 경우에는, 유죄판결이 확정된 것이 명백한 이상 재심청구가 있다고 피고인에게 무죄가 추정될 수는 없다는 입장과 재심청구인은 기본적으로 무죄추정권을 향유하지 못하지만, 일단 재심이 개시되면 재심청구사건에 대한 심판에 있어서도 ‘의심스러울 때는 피고인의 이익으로’의 원칙은 그대로 적용된다고 이해하는 입장이 대립하고 있다.

제3절 무죄추정원칙의 내용

무죄추정원칙의 규범적 내용은 일차적으로 증거법에서 나타난다. 우리나라에서는 무죄추정원칙으로부터 입증책임의 분배로 인하여 검사가 유죄인정에 필요한 증거를 제출할 의무가 있다는 점, 합리적 의심 없이 증명되지 못한 경우에는 ‘의심스러울 때에는 피고인의 이익으로’ 원칙에 따라서 무죄를 선고해야 한다는 점, 법률상 추정규정을 금지한다는 점을 주된 내용으로 한다.

우리나라에서 무죄추정원칙은 수사절차에서 구속의 요건과 구속기간 및 구속의 강도에 관해서도 적용되는 것으로 이해되고 있다. 통설과 판례는 무죄추정이 인신구속의 제한원리가 되며, 불구속수사의 원칙도 무죄추정원칙에서 도출하고 있다. 그러나 무죄추정원칙은 유죄확정 이전에 유죄확정자로서의 처우를 금하는 것이지 유죄확정 전에 전혀 불이익을 줄 수 없다는 것은 아니라는 관점에서 불구속수사와 무죄추정원칙간에는 관계가 없다는 소수설도 있다. 또한 우리나라 학설과 판례는 무죄추정원칙이 미결구금에도 적용된다는 점에 일치하고 있다. 무죄추정권에 비추어 볼 때 구속 피의자·피고인은 가능한 한 사회 일반인과 동일한 처우를 받아야 한다는 것이다.

나아가 무죄추정원칙을 해석함에 있어서 예단의 배제나 기타 일체의 부

당한 처우의 금지를 무죄추정원칙의 내용에 포함시키고 있다. 다만, 부당한 처우의 금지는 적정절차 원칙의 내용으로서, 유죄확정의 전후를 불문하고 적용되는 것이기 때문에 유죄확정 이전에 유죄확정 후에 가능한 처우를 금지하는 무죄추정원칙과 필연적인 관련이 있는 것은 아니라는 견해도 있다.

제3장 무죄추정원칙에 관한 비교법적 검토

제1절 영 국

영국에서는 무죄추정원칙은 입증책임전환의 또 다른 표현에 불과하다고 이해하고 있으며 판례는 무죄추정 개념 자체를 잘 사용하지도 않는다. 영국 최고법원은 1935년 Woolmington 사건에서 정신이상으로 인한 책임무능력과 법률상 추정의 예외를 제외하고는 기소인 측이 모든 입증책임을 부담한다고 판시한 이후로 지금까지 이 원칙은 유지되고 있다. 또한 유죄의 인정에 필요한 입증의 정도는 ‘합리적 의심이 없는 증명’이어야 한다. 그러나 배심제를 채택하는 영국에서는 사실인정을 둘러싼 증거법칙이 분화되어 있는 데, 예컨대 설득책임과 주장책임의 구분을 들 수 있다. 설득책임(persuasive burden)은 사실의 존부가 불명인 경우의 위험부담을 의미하며, 주장책임(evidential burden)은 어느 특정한 쟁점에 관하여 증거를 제출하여야 할 부담을 말한다. 영국에서 무죄추정원칙과 수사절차상 강제 처분을 결부시키는 견해는 학설에서조차도 매우 드문 현상이며 형사절차의 목적을 위하여 구속은 당연히 인정되는 것으로 이해된다.

제2절 미 국

미국의 헌법에는 무죄추정이 명문으로 규정되어 있지 않지만, 연방대법

원은 무죄추정원칙을 헌법 개정 제5조 및 제14조의 적법절차조항을 구체화하는 절차의 공정성에 대한 권리의 본질적 내용이라고 판시함으로써 불문의 헌법원리로 인정되고 있다. 무죄추정원칙에 관한 미국 학계의 통설은 무죄추정이 입증책임의 분배와 입증의 정도에 국한되어 적용된다고 이해하고 있다. 입증책임의 분배와 관련하여 연방대법원은 1970년 *In re Winship* 사건에서 형법적 비난의 근거가 되는 모든 요소를 기소하는 측이 입증해야 한다고 판시하였다. 입증의 정도에 관해서는 합리적 의심의 기준(beyond reasonable-standards)이 적용된다. 법률상 추정규정에 대하여 연방대법원은 헌법이 금지하지 않는다고 하면서도, 이러한 추정이 아무런 한계 없이 인정되는 것은 아니라고 판시하고 있다. 배심제를 취하고 있는 미국의 재판절차에서 사실상 추정은 대부분 허용되는 추론과 관련하여 현재 미국에서 인정되는 유형은 대부분 허용되는 추론(Permissive inference)과 관련을 가지고 있다. 그래서 예컨대 마리화나나 코카인을 소지한 사실로 부터 그 마리화나나 코카인이 불법적으로 수입된 것으로 추정하는 것은 근거없는 것이다. 따라서 형사사건을 심리하는 공판법관은 배심에 대하여 피고인에게 불리한 추정사실을 반드시 인정해야 한다고 설시(instruction)할 수는 없다.

미국에서 무죄추정원칙이 자기부죄금지과 같이 피의자의 재판전 단계의 권리목록에 포함되는지에 관하여 학설과 판례에서 많은 논쟁이 있었다. 연방대법원은 1979년 *Bell v. Wolfish* 사건에서 무죄추정이 단지 재판절차에서 형사피고인의 입증책임에 관련을 가질 뿐, 재판전 단계에서는 적용되지 않는다고 명확하게 판시하였다. 나아가 재범의 위험성을 구속사유로 하고, 보석권도 배제하며 구속기간의 무제한을 내용으로 하는 1984년의 연방보석개정법 제3142조 제e, f항의 '예방구속'의 합헌성 여부에 대하여 연방대법원은 1987년 *United State v. Salerno* 사건에서 동 조항이 적법절차의 본질적 내용을 침해하지 않았으며 예방구속은 형벌이 아니라 일종의 경찰법적 조치에 해당한다는 합헌결정을 통하여 하급심판결을 기각하였다.

제3절 독일

독일은 성문법을 기본으로 하는 대륙법계임에도 불구하고 기본법에 무죄추정원칙에 관한 명문의 규정이 존재하지 않는다. 유럽인권협약 제6조 제2항과 UN국제인권규약 제14조 제2항의 무죄추정원칙이 독일연방에서 효력을 발하고 있지만, 이 규범들은 헌법적 차원의 서열로 인정되지 않고 있다. 그러나 독일의 학계와 판례는 무죄추정원칙이 헌법의 구성요소라는 점에 합의를 보고 있다. 특히 독일 연방헌법재판소는 일관된 판례를 통하여 무죄추정이 법치국가원리의 구체적 표현이라고 판시하고 있다.

무죄추정의 사항적 적용범위와 관련하여 독일의 학설은 무죄추정이 형법에만 적용된다고 이해하는 것이 통설적 견해다. 이에 반해 독일의 판례는 질서위반법 위반사건, 노동법 위반사건(협약에 기초한 해고) 및 보험법의 영역에서 입증책임 경감과 관련하여 무죄추정원칙을 원용하고 있다. 또한 통설과 판례는 무죄추정원칙이 사인인 언론매체도 구속하지만, 그것은 직접적으로 적용되는 것이 아니라 간접적인 제3자효(mittelbare Drittwirkung)만 인정된다고 이해하고 있다.

법원의 재판단계에서 무죄추정원칙은 형사소송의 입증책임으로 이해되며, *in dubio pro reo* 원칙 및 혐의형의 금지와 관련을 가지고 있다. 다만, 과거와는 달리 무죄추정원칙과 *in dubio pro reo* 원칙과의 관계를 이론적으로 정립하고자 하는 노력이 분명하게 드러나고 있다. 법률상 추정과 관련하여 독일 학설에서는 거의 예외 없이 법률상 피고인의 책임을 추정하거나 고의의 존재를 추정하는 규정들도 무죄추정원칙으로 인하여 허용되지 않는다고 이해하고 있다. 이에 반해, 독일 연방헌법재판소는 법률상 추정규정이 원칙적으로는 형사실체법상 책임주의에 반하는 것이라고 이해하면서도, 모든 법률상의 추정규정이 법치국가에 반하는 것은 아니라고 판시하고 있다.

수사절차와 무죄추정원칙간의 관계에 대하여, 연방헌법재판소는 무죄추

정원칙이 수사절차에 대하여 적용된다는 점을 밝히면서도 형사소추기관이 공판절차 종료 이전에 피의자의 가벌적 행위에 대한 혐의의 정도를 판단하고 이러한 혐의의 정도에 따라서 강제처분을 행사하는 것은 무죄추정원칙에 반하지 않는다고 보고 있다. 다만 수사절차상 강제처분 행사는 항상 비례원칙에 따라서 그 한계를 판단해야 한다는 점을 지적하고 있다. 특히 독일에서는 구속과 무죄추정원칙의 관계가 적지 않게 논의되고 있는데, 그 이유는 우리나라와는 달리 구속기간의 절대적이 상한이 법정되어 있지 않아서 무죄추정원칙을 이론적 기초로 삼아 구속기간의 상한을 설정하고자 하기 때문이다. 독일 연방헌법재판소는 무죄추정원칙이 정당한 구속의 요건이 존재하는 사안에서 구속을 허용하지 않는다는 의미는 아니라고 명시적으로 밝히고 있다. 학설에서는 구속과 무죄추정과 조화를 이룬다는 입장에서 출발하면서도, 수사상 강제처분의 내용(예컨대 구속기간)이 형벌과 동일하거나 유죄를 미리 예견하는 제재로 나타나는 경우에만 무죄추정원칙에 위배된다고 이해한다. 그러나 이 경우에 강제처분의 형벌동일성을 판단하기 위한 구체적 기준(기본권제한의 강도, 기간 등)에 대해서는 합의를 보지 못하고 있다.

제4절 일본

일본의 현행 헌법 및 형사소송법에는 무죄추정의 원칙을 명문으로 선언하고 있는 조문은 없다. 그렇지만 무죄추정원칙의 적용영역을 입증책임과의 관련에서 파악하여 증거법의 영역에 한정시켜 이해하는 입장이 다수설이다. 따라서 일반적으로는 일본헌법 제31조를 적정절차조항으로 이해하여 이 조항에 무죄추정의 원칙도 포함된다고 파악하면서, ‘피고사건에 대하여 범죄의 증거가 없는 때’에는 무죄판결을 선고하도록 규정한 형사소송법 제336조는 헌법 제31조를 구체화한 조항으로 이해하는 입장이 다수설이다.

이상과 같은 법적 근거에 따라 형사절차에서 피의자 내지 피고인에 대하여 ‘무죄추정’의 이익을 부여하는 것은 일본 형사사법의 대원칙이라 할 수 있다. 따라서 그 죄책이 적법한 절차를 통하여 입증되어 유죄 판결이 선고될 때까지는 피의자 및 피고인은 가능한 죄가 없는 사람으로서 취급되어야 한다. 물론 피의자들 중에는 죄가 있는 사람이 다수 포함되어 있고 나아가 피고인이 되면 통계상 유죄로 선고되는 비율이 극히 높은 점에서 볼 때 오히려 유죄를 추정하는 것이 진실이라 할 수도 있다. 이점에서 무죄추정의 원칙은 수사절차에서 피의자를 일반시민과 동등하게 취급하여야 한다는 원칙이 아니라 실체적 진실을 위하여 피의자의 자유를 제한하는 경우에도 그 제한은 가능한 필요최소한도에 그쳐야 한다는 법리로 이해되고 있다.

한편 재판절차와 관련하여 일본의 다수설의 입장은 무죄추정의 원칙을 증거법상의 원칙으로 이해하고 있는데, 이는 결국 입증책임의 분배(전환) 문제, ‘의심스러울 때는 피고인의 이익으로(in dubio pro reo)’라는 원칙과의 관계에서 증명 및 혐의형금지의 문제 그리고 입증책임의 전환과 관련된 법률상 추정의 문제로 집약된다. 먼저 무죄추정이라는 용어는 다양한 의미를 포함하고 있지만, 이에 대하여 ‘의심스러울 때는 피고인의 이익으로’라는 원칙은 무죄추정원칙보다는 한정된 의미로 사용되고 있다. 즉 일본에서 ‘의심스러울 때는 피고인의 이익으로’라는 원칙은 사실의 존부가 명백하지 않은 때에 어떠한 재판(무죄판결 및 유죄판결)을 하여야 하는지를 지시하는 법칙으로 이해하고 있다. 또한 일반적으로 법원의 심리절차에 있어서 무죄추정이란 증명에 관한 원칙, 특히 입증책임의 소재를 지시하는 규범으로 이해되고 있다. 즉 ‘합리적인 의심을 품을 여지가 없을 정도(beyond a reasonable doubt)’로 유죄의 사실을 검사가 증명할 때 비로소 피고인을 유죄로 할 수 있다는 것이다. 마지막으로 형사소송에서 증명에 관한 무죄추정원칙은 형사재판의 근간을 이루는 중요한 것이지만, 일본에서는 이 원칙을 일절 예외를 허용하지 않는 엄격한 원칙으로서는 이해하고

있지 않다. 대부분의 견해는 일정범위 내에서 무죄추정원칙의 예외를 허용하고 있다. 즉 법률상 추정을 통한 입증책임의 분배(전환)는 무죄추정원칙의 범위 속에서 증거제출책임으로 한정하여 허용하고 있다.

제4장 무죄추정원칙의 규범적 내용에 대한 재검토

지금까지 논의된 무죄추정원칙의 다양한 관점들은 각각 무죄추정원칙의 본질적 측면을 지적해 주고 있지만, 그럼에도 실질적 내용을 충분하게 구체화시키지 못하고 있으며 형사절차상의 타 원칙들과 유사한 측면도 있다. 이 점에서 우리나라 헌법 제27조 제4항과 형사소송법 제275조의2에 명시되어 있는 무죄추정원칙의 규범적 내용을 재검토해 볼 필요가 있다.

제1절 증거법상 무죄추정원칙

무죄추정원칙은 일차적이고 직접적인 적용영역은 증거법에서 나타난다. 무죄추정원칙은 입증책임의 소재를 정하는 규칙임과 동시에 합리적 의심이 없을 정도의 유죄의 확신이라는 입증의 정도를 요구하는 소송법상의 법원리라고 할 수 있다. 오늘날 이 두 가지 내용이 무죄추정원칙에 속한다는 점에 대해서는 거의 이의를 제기하지 않는다. 문제는 ‘의심스러울 경우에는 피고인의 이익으로’(in dubio pro reo)와 무죄추정원칙과의 관련성이다.

1. in dubio pro reo와 책임주의

‘의심스러울 경우에는 피고인의 이익으로’(in dubio pro reo)의 법리는 가벌성에 관한 실체법적 요건의 존재가 입증되지도 않았을 뿐만 아니라 그 요건의 부존재도 입증되지 아니한 경우에 법원으로 하여금 ‘피고인에게

유리하게' 판단하도록 하는 판단규칙을 의미한다. '의심스러울 경우에는 피고인의 이익으로'의 법리는 실체형법의 책임주의에서 도출된다. 여기서 피고인의 책임(유죄)은 소송과 무관하게 단지 존재론적으로 발견되거나 묘사되는 것이 아니라 형사절차를 통하여 재구성되고 확정된다. 이를 위해서는 합리적이고 예단이 개입되지 않은 진실발견을 보장하기 위한 투명한 입증의 절차, 즉 공정한 재판절차가 요구된다. 그리고 이러한 공정한 재판절차 속에서 피고인의 범죄혐의에 대하여 법관이 합리적 의심이 없을 정도의 확신에 이르지 못한 경우에는 피고인에게 유죄를 선고할 수 없다. 이 점에서 의심스러울 경우에 피고인의 이익으로의 법리는 법관의 범죄에 대한 혐의만으로 유죄로 판결하는 혐의형의 금지를 본질적 내용으로 하며 실체법상의 책임주의의 절차적 이면을 형성한다.

2. 무죄추정원칙과 in dubio pro reo의 관계

in dubio pro reo에 관한 우리나라 통설은 이 법리를 무죄추정원칙과 거의 동의어로 이해하고 있지만, 이 두 가지 원칙은 그 본질이나 적용범위와 관련하여 무시할 수 없는 차이를 보이고 있다. 우선 본질의 측면에서 보면, 무죄추정원칙은 소송법상의 제도임에 반하여 in dubio pro reo의 법리는 법관의 판단법칙으로서 실체법상의 책임주의에 속하는 것이다. 적용범위와 관련해서는, 무죄추정원칙이 법관의 심증형성시까지만 의미를 가지는데 반해, in dubio pro reo의 법리는 심증형성이후에 그것도 입증불명(non liquet)이 명확한 상태에서만 효력을 발한다.

3. in dubio pro reo의 효과

우리나라 학설에서는 일반적으로 in dubio pro reo 법리를 '무죄'로 이해

하고 있다. 그렇지만 in dubio pro reo 법리는 입증불명의 상황에서 피고인에게 ‘유리한 법효과’(pro reo)가 발생해야 한다는 것을 의미하는 것이 의심스러운 상황에서 항상 무죄판결로 이어진다는 것을 말하는 것은 아니다. 무죄판결이 선고되어야 하는 사례로는 법원이 피고사건에 관하여 입증불명의 상황에 봉착한 경우에 공소가 제기된 사실관계와 다른 사실관계(예컨대 보다 경미한 사실관계) 조차도 인정할 수 없어서 피고인이 불가벌이라는 결론에 이른 경우이다. 피고사건에 관하여 심리한 결과 다른 사안으로 변경될 수 있는 경우에는 관련되는 형벌법규나 범죄유형간의 서열관계가 존재하는지 검토해 보아야 하고, 이러한 서열관계가 확정된 경우에는 그 중에서 경한 구성요건으로 처벌해야 한다.

제2절 무죄추정의 금지대상으로서 불이익처분

헌법재판소 판례와 학설에 의하면, 유죄의 확정판결이 있기까지는 죄 없는 자에 준하여 취급하여야 하고, 불이익을 입혀서는 안된다. 여기서 불이익처분은 유죄예단의 금지로 이해된다. 그런데 확정판결 이전의 유죄예단, 즉 ‘죄 없는 자에 준한 취급’과 ‘불이익처분금지’가 구체적으로 무엇을 의미하는지 의문이 제기된다. 불이익처분을 형식적으로 검토하게 되면, 과태료, 과징금, 범칙금 등과 같은 행정상 제재나 구속·압수·수색과 같은 수사상 강제처분, 감치 등의 부과 금지되어야 하기 때문이다.

독일 학설에서는 불이익처분의 인정기준에 관하여 사실적으로 접근하는 방식이 있다. 이러한 입장을 위하는 견해는, 형사절차에서 피고인의 무죄추정은 단지 정형화된 형사절차에서 확정적인 유죄판결에 의해서만 반복이 가능하다는 전제에서, 유죄가 확정되기 전에는 형벌과 형벌에 준하는 제재뿐만 아니라 사실상 형벌과 유사한 효과를 가져오는 일체의 불이익처분도 금지된다고 이해하고 있다. 그러나 이러한 이해방식은 불이익처분의 범위

를 불명확하게 만들어 버리는 난점이 있다. 이러한 이해방식에 따를 경우 예컨대 수사절차나 재판절차에서 피의자 또는 피고인에 대한 구속이나 압수·수색과 같은 강제처분은 적어도 관련자에게 해악으로 다가오기 때문에 결국 무죄추정원칙에 정면으로 반한다는 결과를 초래하기 때문이다.

불이익처분의 개념을 구체적으로 확정함에 있어서는 현재 우리나라에 위협을 예방하고 절차를 확보하기 위한 다양한 수단들과의 관련성도 고려해 보아야 한다. 그렇다면 무죄추정원칙이 금지하는 불이익처분은 막연하게 형벌과 유사한 ‘효과’를 가져오는 처분으로 이해되어서는 안 된다. 무죄추정원칙에서 금지하는 불이익처분이란, 유죄의 확정판결 이전에 형벌 또는 형벌에 준하는 처분으로서 사회윤리적 반가치판단이 담겨져 있는 처분을 말한다.

제3절 수사상 강제처분과 무죄추정원칙

우리나라의 통설과 판례는 불구속수사원칙을 무죄추정에서 직접적으로 도출하면서도 양자의 실제적 관련성에 관해서는 분명한 논의가 진행되지 않고 있으며, 어떠한 기준에 기초하여 무죄추정원칙이 구속을 제한하는 규칙으로 기능하는지 불분명하다.

1. 불구속수사의 일차적 근거로서 무죄추정원칙?

그러나 통설과 판례가 주장하는 것처럼, 피의자에 대한 수사와 관련하여 불구속원칙이 무죄추정원칙의 당연한 귀결인지 의문이 제기된다. 구속은 피의자나 피고인에 대한 자유를 제한함으로써 형사절차에서 출석을 보장하고 증거인멸을 통한 수사과 심리의 방해를 제거하며, 형벌의 집행을 확보하기 위한 제도이다. 여기서 구속이 허용되는지의 여부는 형사소송법이

규정하고 있는 구속의 요건인 범행의 상당한 이유와 주거부정, 증거인멸, 도주위험의 어느 하나에 해당하는 구속사유의 요건에 해당하는지의 여부에 달려있다. 따라서 형사절차를 확보하기 위한 수단으로서 구속이 행해지는 한, 이를 두고 유죄의 확정판결 이전에 금지하는 처분이나 적정절차에서 금지하는 부당한 처벌라고 할 수 없다. 오히려 형사소송법상의 구속의 요건이 존재하는 경우에 수사기관은 이를 관철하는 것이 법적용자와 법집행자로서의 의무라고 할 수 있다. 그렇지 않은 경우에는 법치국가원리의 또 다른 요소인 법률의 정당한 집행이 의미를 상실하게 될 것이다. 물론, 구속은 형사절차를 확보하기 위한 수단임에는 틀림없지만, 개인의 자유를 심각하게 제한하는 강제처분이라는 점에서 구속법의 적용에 일정한 제한이 따르지 않을 수 없다. 이를 위하여 현행 형사소송법 제199조 제1항은 구속을 포함한 강제처분은 필요한 최소한도의 범위 안에서만 행사할 것을 명시하고 있다. 이 점에서 비례원칙이 구속법을 지배하는 원리가 되는 것은 별론으로 하더라도, 무죄추정원칙이 구속의 당부를 판단하거나 불구속의 직접적인 근거가 된다고 보기 힘들다.

2. 구속의 불이익처분에의 포함 여부

무죄추정원칙의 본질적 내용인 ‘불이익처분의 금지’는 형사소송절차에 따라 유죄의 판결이 확정되기 전에는 형벌이나 형벌과 유사한 불이익처분을 과해서는 안 된다는 점을 지적해 주고 있다. 그러나 우리나라 형사소송법학계에서는 구속을 형사절차 확보의 수단으로 이해하고 있지, 형벌과 유사한 불이익처분으로 이해하지 않고 있다. 형사절차상 특정한 처분이 형벌과 유사한 효과를 가지는지의 여부는 그 처분이 범죄혐의의 규명이라는 절차상의 합법적인 목적에 이바지 하는 것인지에 달려있게 된다. 여기서 구속이 정당한 형사절차의 확보수단으로서 기능하는 한 이를 불이익처분

으로 봐서는 안 된다. 만약 수사상 강제처분이 형벌과 유사하다는 이유만으로 불이익처분이라고 인정한다면 구속제도는 언제나 무죄추정원칙에 위반되는 결과를 초래하기 때문이다.

3. 구속의 적법성 판단기준의 결여

무죄추정원칙이 구속이나 압수수색의 허용성에 어떠한 판단기준을 제공해 주는 지 의문이 제기된다. 특정한 강제처분을 제한하기 위해서는 그 강제처분의 위법성을 판단하는 기준이 있어야 한다. 구속이나 압수수색의 위법성을 문제 삼는 경우에도 납득할 수 있는 개별화된 판단기준을 가지고 당해 강제처분의 위법성을 검토해 보아야 한다. 그러나 무죄추정원칙은 강제처분의 허용성이나 강도(強度)를 판단하는 기준을 제공해 주지 못한다. 또한 구속이 위법한지의 여부는 개별 사건마다 그 기초되는 사안을 달리 하기 때문에 위법성 판단의 기준과 준거점도 개별사건마다 달라진다. 그런데 무죄추정원칙은 항상 동일한 크기로 존재하기 때문에 구속의 허용성이나 강도를 판단하는 데 아무런 판단기준을 제공해 주지 않는다. 유죄의 확정판결 이전에 형벌, 형벌과 유사하거나 사회적으로 차별하는 불이익처분을 부과해서는 안 된다는 무죄추정의 내용이 구속의 위법성 판단에 어느 정도의 판단기준을 제공해 줄지 의문이 제기된다.

4. 비교법적 검토

비교법적으로 고찰해볼 경우에도 구속에 무죄추정원칙이 적용된다는 우리나라의 학설과 판례는 설득력이 약하다. 미국 연방대법원은 이미 1979년 *Bell v. Wolfish* 사건에서 무죄추정원칙이 재판전 단계에 적용되지 않는다고 판시한 바 있다. 특히 미국과 독일에서는 재범의 위험성을 구속사유로

하는 예방구속도 허용하고 있으며, 연방대법원은 1987년 *United State v. Salerno* 사건에서 예방구속이 적법절차의 본질적 내용을 침해하지 않았다고 판시하였다. 독일의 학설과 판례는 구속과 무죄추정원칙은 상호 조화관계에 있으며, 다수설은 예방구속에 관한 형사소송법 제112a조가 무죄추정원칙에 위배되지 않는다고 이해하고 있다. 우리나라에 비해 수사상 기본권 제한의 가능성을 더 느슨하게 열어두고 있는 미국과 독일의 구속관련 입법과 판례 및 학설의 태도는, 구속과 무죄추정원칙간의 관계에 대한 우리나라의 학설과 판례에 시사해 주는 바가 크다.

5. 인신구속에서 무죄추정원칙의 의미

강제수사는 기본권침해나 제한과 직접적으로 결부되어 있기 때문에 그것이 통제되어야 하는 것은 당연하다. 우리나라 법질서는 이를 위해 적법절차원칙이나 비례원칙을 명시적으로 규정해 두고 있다. 나아가 피의자의 진술거부권, 변호인조력권 등 절차상의 권리가 보장되고 있다. 따라서 당해 수사절차에서 피의자는 수사기관의 구속으로 인하여 절차의 객체로 되어 있지만, 헌법이나 형사소송법이 인정하고 있는 절차상의 기본권을 향유할 수 있다. 여기서 구속과 무죄추정원칙간의 이율배반적인 관계는, 수사기관이 구체적 범죄혐의가 인정되는 피의자에 대하여 구속을 하였지만, 구속된 피의자는 절차상의 기본권에 기초하여 자신의 방어권을 행사할 수 있다는 방식으로 해명될 수 있을 것이다. 그러나 이러한 해명의 맥락에서 무죄추정원칙은 어디에서도 직접적이고 독자적인 기능을 찾아보기 힘들다. 결론적으로 무죄추정원칙은 불구속수사원칙의 일차적이고 직접적인 근거가 되지 못하며 수사기관 종사자로 하여금 인신구속시 신중한 판단을 해야 한다는 훈시적 의미를 뛰어넘을 수 없다. 인신구속을 제한하기 위해서는 구속법을 지배하는 비례원칙을 적용하여 피의자의 기본권영역을 보다 덜 침해하면서도 형사절차를 확보할 수 있는 수단을 고려해 보아야 한다. 예를 들어 보석제도의 활성화나 구속집행유예제도 도입 등을 고려해 볼 수 있다.

제5장 결 론

역사적으로 보면, 무죄추정원칙은 유죄판결을 위해서는 2명의 증인이나 피고인의 자백을 요구했던 규문주의하의 증거법칙에 따라 범죄사실이 증명될 수 없었을 경우에 법관이 무죄선고를 피하기 위하여 보다 경한 형벌(소위 특별형: *poena extraordinaria*)을 선고하는 것이 가능했던 규문소송 체계에 대한 투쟁의 산물이었다. 그러나 규문시대에서 해방된 오늘날 대부분의 법질서에서는 합리적 의심이 없을 정도의 증명에 기초한 경우에 한하여 유죄의 선고가 가능하며, 이러한 입증의 정도에 이르지 아니한 채 피고인의 혐의를 전제로 한 형벌이나 불이익처분을 부과할 수 없다는 점을 분명하게 인정하고 있다. 물론 여기서 ‘유죄’의 확정은 형사절차를 통하여 재구성되고 확정되며, 이를 위해서는 합리적이고 예단이 개입되지 않은 진실 발견을 보장하기 위한 투명한 입증의 절차, 즉 공정한 재판절차가 요구된다. 그리고 이러한 공정한 재판절차 속에서 피고인의 범죄혐의에 대하여 법관이 합리적 의심이 없을 정도의 확신에 이르지 못한 경우에는 피고인에게 유죄를 선고할 수 없다. 이러한 의미에서, 형사소송법상 무죄추정원칙이란, 미국의 연방대법원이 명백하게 판시한 바와 같이, 공소사실에 대한 입증책임의 소재와 입증의 정도를 정하는 법칙으로서 재판단계에서 나타난 증거에 의해서만 피고인의 유·무죄를 판단해야 한다는 증거법상의 원칙이다. 따라서 재판절차 이전단계에서 수사의 목적을 달성하기 위한 인신구속은 무죄추정원칙의 효력범위에 포함되지도 않는다고 이해하는 것이 헌법 제12조와 제27조 제4항에 대한 체계적이고 충실한 해석이다.

무죄추정원칙을 불구속수사의 규제원리로 받아들이는 우리나라 통설과 판례의 견해는 수사실무에서 나타나는 구속사례를 가급적 줄여보고자 하는 이론적 차원의 시도이라고 평가할 수 있는 여지도 있다. 그렇지만, 무죄추정원칙을 인신구속의 제한원리로 이해하는 경우에는 수사의 효율성을 현저하게

저해하고 이로써 형사절차의 정당한 관철을 무의미하게 만들어 버릴 위험이 있다. 이 점에서 불구속수사와 구속수사를 원칙과 예외의 관계로 양극화시키고, 불구속수사원칙이 무죄추정원칙에서 연원하는 일차적이고 직접적인 귀결이라는 통설과 판례는 무죄추정원칙의 본질에 대한 오해에서 비롯된 것이며, 오히려 ‘형사피고인’만 주체로 명시하고 있는 우리 헌법 제27조 제4항의 고유한 윤곽마저 흐리게 할 위험이 있다. 무죄추정원칙이 인신구속의 제한원리가 된다는 통설과 판례의 주장내용은 수사기관에 대하여 ‘신중한 수사에 대한 요청’이라는 훈시적인 성격 이상의 의미를 가질 수 없다.

제1장 서론

제1절 헌법적 서열의 무죄추정원칙

외국의 법질서¹⁾와는 달리 우리나라는 헌법에 무죄추정원칙을 명시적으로 규정하고 있다. 현행 헌법 제27조 제4항²⁾은, “형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다”고 규정하여 무죄추정원칙의 헌법적 지위를 분명하게 인정하고 있다. 무죄추정원칙은 그 실제적 내용이 매우 모호하고 포괄적이기 때문에 단순한 프로그램규정과 다를 바 없다는 우려도 나올 수 있다. 그러나 우리나라 학계에서는 거의 예외 없이 무죄추정원칙이 법적 효력을 가지고 있다고 인정하고 있으며, 판례도 무죄추정원칙을 규정한 헌법 제27조 제4항을 직접적인 재판규범으로 원용하고 있다. 이제는 무죄추정원칙이 기본권침해에 대한 실정법적 대응수단으로 작용하고 있다. 이 점에서 무죄추정원칙의 법적 내용에 관한 체계적이고 상세한 이해는 형사소송학계 뿐만 아니라 실무에 대해서도 보다 효과적이고 의미 있는 인식을 획득할 수 있게 해준다.

제2절 무죄추정원칙에 관한 논의의 현재

역사적 발전과정이나 헌법 제27조 제4항의 문언을 고려해 볼 때, 무죄추정원칙은 증거법에서 그 본래의 의미를 찾을 수 있다.³⁾ 그래서 학설과 판

1) 외국의 법질서에서 무죄추정원칙의 법적 근거에 관해서는 아래의 제3장을 참조.

2) 이 조문은 1980년 10월 27일자 헌법(제5공화국 헌법) 제26조 제4항을 그대로 이어 받은 것이다.

례에서는 의문의 여지없이 범죄사실의 입증책임은 기소자인 검사에게 있고, 합리적 의심이 없을 정도로 범죄혐의가 입증되지 않은 경우에는 ‘의심스러울 때에는 피고인의 이익으로’(in dubio pro reo)의 원칙에 따라 범죄사실의 증거가 없는 것으로 간주하여 무죄를 선고해야 한다고 이해하고 있다. 그러나 무죄추정원칙과 ‘의심스러울 때는 피고인의 이익으로’의 원칙간의 관계조차도 그 오래된 역사와는 달리 여전히 학설에서 논란이 되고 있다.⁴⁾

또한 우리나라 학계와 판례는 무죄추정원칙의 시간적 적용범위와 관련하여 헌법 제27조 제4항의 규정내용을 ‘형사피의자’에게 까지 확대시키고 있다. 형사피고인이 법원에서 유죄판결이 확정되기 전까지 무죄로 추정된다면, 당연히 그 이전단계인 수사절차에서도 피의자는 무죄로 추정 받아야 한다는 것이다. 그러나 수사절차와 무죄추정원칙간의 필연적인 이율배반적인 관계에 관한 상세한 해명은 없다. 즉, 피의자에 대한 범죄의 혐의에서 출발할 수밖에 없는 수사규범 및 현실과 그럼에도 불구하고 피의자가 무죄로 추정되어야 한다는 모순적인 관계를 명확하게 설명하지 않고 있다. 단지 무죄추정원칙으로부터 불구속수사가 원칙으로 되고, 구속수사는 예외로 남아야 한다는 당위성만 도출하고 있을 뿐이다.

물론 무죄추정원칙의 실질적 내용 내지 규범적 효과를 둘러싼 수많은 문제제기는 우리나라에서만 볼 수 있는 예외적인 현상은 아니다. 이미 외국의 법질서에서도 무죄추정원칙은 그 해석 및 적용과 관련하여 학설과 판례에서 많은 논란을 일고 있다. 이 점에서 Stuckenberg은 “약 200년 정

3) 신동운, 형사소송법 I, 570쪽에서는 가장 좁은 의미에서 볼 때 무죄추정원칙은 ‘의심스러울 때에는 피고인에게 유리하게’(in dubio pro reo)라는 법언과 같은 의미로 이해된다고 한다.

4) 이 점에서 “in dubio pro reo 원칙을 제외하면 무죄추정원칙의 실질적 내용은 오늘날까지 밝혀지지 않고 있다”는 Roxin 교수의 평가도 점차 의미를 잃어가고 있다(ders, *Strafverfahrensrecht*, 75쪽). 2차 대전 이후 독일에서는 무죄추정원칙과 in dubio pro reo 원칙간의 관계에 대하여 여전히 논란이 일고 있기 때문이다.

도의 역사를 가진 법원리라면 그 규정의 본질적인 내용에 대해서는 의견의 일치를 기대할 수 있음에도 불구하고, 무죄추정원칙의 실질적 내용에 대해서는 여전히 본질적인 합의를 보지 못하고 있다”⁵⁾고 지적한 바 있다.

우리나라나 외국에서나 무죄추정원칙에 관한 논의는 추상적이고 원론적이며, 형사소추의 일상에서 형사사법기관과 시민에 대하여 실용적이고 분명한 지침을 제공해 주는 기능을 결하고 있다. 우리나라나 외국에서 무죄추정원칙은 일반적으로 형사절차상 피의자나 피고인의 자유권이나 방어권을 강조하는 간접적인 효과들(예: 진술거부권, 변호인조력권 등)과 밀접하게 관련을 맺고 있는 것처럼 보인다. 우리나라 헌법에 무죄추정원칙이 명시적으로 도입된 지 25년이 되는 시점에서 이제는 그 실질적 내용과 개별적인 쟁점에 관하여 의미 있는 논의를 진행해 보아야 한다.

제3절 연구의 목적, 서술과정

이 연구는 무죄추정원칙의 실질적 내용을 이론적으로 규명하는 것을 목표로 한다. 이 연구를 수행하게 된 배경은, 우리나라에서 헌법적 서열로 자리매김하고 있는 무죄추정원칙이 학계와 실무에서 의미를 더해가고 있고, 일반 시민들이나 법률전문가들도 무죄추정원칙에 관하여 자연스럽게 언급하고 있음에도 불구하고, 무죄추정원칙의 규범적 내용에 관해서는 지금까지 깊이 있는 연구가 진행되지 못했다는 점에 있다.⁶⁾

무죄추정원칙을 둘러싼 이론적인 쟁점영역은 매우 다양하며 그에 대한

5) Stuckenberg, *Untersuchungen zur Unschuldsvermutung*, 4쪽.

6) 특히 우리나라의 경우 무죄추정을 직접적으로 다룬 전문연구서는 지금까지도 존재하지 않고 있다. 다만, 무죄추정과 관련한 소수의 연구논문만 존재하고 있을 뿐이다. 무죄추정에 관한 논문으로는, 김철수, 무죄추정권, 9쪽 이하; 신동운, 무죄추정의 원칙과 검사의 기소유예처분, 154쪽 이하; 신동운, 무죄추정의 원칙, 340쪽 이하; 차용석, 무죄의 확정과 피의자·피고인의 지위, 62쪽 이하; 허일태, 무죄추정의 원칙, 831쪽 이하 참조.

논의의 범위도 매우 넓다. 예컨대, 헌법상 무죄추정원칙의 일반적인 이해 이외에도 증거법상 무죄추정원칙의 가치, 수사절차상 기본권제한(예: 구속)과 무죄추정원칙과의 관계, 형사입법에서 무죄추정원칙의 고려(예: 법률상 추정규정과 무죄추정) 등도 문제된다.

이 연구에서는 무죄추정원칙에 대한 일반적인 이해를 중심으로 논의를 진행해 나갈 것이다. 주요 서술과정으로는, 우선 헌법 제27조 제4항의 무죄추정원칙에 관한 의미내용을 획득하고(제2장), 비교법적 관점에서 무죄추정원칙의 법적 근거, 증거법상의 지위, 수사절차상의 지위 등에 관하여 서술(제3장)한 뒤, 필자의 관점에서 무죄추정원칙의 규범적 내용을 탐색(제4장)한 후, 마지막으로 종합적인 검토(제5장)를 거칠 것이다.⁷⁾

7) 이 연구를 수행함에 있어 비교법적인 검토가 필요한 부분은 관련되는 외국의 전문서적을 다각도로 참조하였다. 그 중에서도 특히 Carl Friedrich Stuckenberg 박사가 Bonn대학 법학부에서 박사학위논문으로 제출한 ‘무죄추정원칙에 관한 연구’(Untersuchungen zur Unschuldsvermutung)서에 도움을 받은 바 크다.

제2장 헌법 제27조 제4항의 의미와 내용

헌법 제27조 제4항에 명시되어 있는 무죄추정원칙은 일차적으로 증거법의 영역에서 그 효력을 가진다. 그 밖에 수사절차와 같은 재판절차 이외의 영역에서 무죄추정원칙이 적용될 수 있는지에 관하여 통설과 판례는 무죄추정원칙이 수사절차를 포함한 전체 형사절차에 적용된다고 이해하고 있다. 그렇지만 구체적으로 어떠한 논증을 통하여 이러한 결론에 도달하게 되는지 의문이 제기된다. 여기서는 일차적으로 헌법 제27조 제4항에 규정되어 있는 무죄추정원칙의 개념과 법적 성질에 관한 학설과 판례의 태도(제1절)와 무죄추정원칙의 적용범위(제2절)에 관하여 개관한 다음 우리나라 학설과 판례에서 수용하고 있는 무죄추정원칙의 구체적 의미내용(제3절)에 관하여 서술할 것이다.

제1절 무죄추정원칙의 의의

1. 무죄추정의 법적 근거

우리나라는 1980년 10월 27일의 제5공화국 헌법에서부터 무죄추정을 헌법에 명문화하기 시작하여 현행 헌법 제27조 4항은 “형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다”고 규정하고 있으며, 하위 법률인 형사소송법도 1980년 12월 18일의 개정 법률에서 제275조의2를 신설하여 “피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다”라고 명시하여 그 실천원리를 규정하고 있다. 헌법 제27조 제4항이 탄생되기 전에도 무죄추정원칙은 형사절차상 피고인 보호를 위한 지도적 이념으로 간주되

었다.⁸⁾ 공소가 제기된 피고인의 대부분이 유죄판결을 받고 있음에도 불구하고 헌법이 무죄추정을 명시적으로 규정하고 있는 이유는 언제나 불리한 처지에 놓여 인권이 유린되기 쉬운 피의자·피고인의 지위를 옹호하여 형사절차에서 그들의 불이익을 필요최소한에 그치게 하자는 인간존엄성 존중을 궁극적 목표로 하고 있는 헌법이념에서 나온 것이다.⁹⁾

또한 우리나라가 1990년 4월 10일자로 가입한 '시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Convention on Civil and Political Rights)이 동년 7월 10일자로 발효됨에 따라 동 규약 제14조 제2항에 "범죄의 혐의를 받는 모든 사람은 법률에 따라 유죄가 입증될 때까지 무죄로 추정 받을 권리를 가진다(Everyone charged with a criminal offence shall have the right to be presumed innocent until proved guilty according to law)"고 명시된 무죄추정원칙도 우리나라에서 재판규범으로서의 의미를 가지게 되었다.¹⁰⁾

2. 무죄추정의 개념

우리나라 학설에서 헌법 제27조 제4항의 무죄추정의 구체적인 개념확정을 시도하는 학문적 접근은 쉽게 찾아볼 수 없다. 다만, 학설이나 판례에

8) 신동운, 형사소송법 I, 569쪽.

9) 신동운, 형사소송법 I, 568-569쪽.

10) 원래 유엔인권규약의 기초는 1948년에 유엔총회가 발표한 보편적 인권선언이었다. 그 당시 보편적 인권선언 제2조 제1항은 무죄추정을 개인의 권리(...has the right)로 규정해야 한다는 점을 지적하고 있었다. 그러나 유엔 인권위원회가 실제로 인권규약을 조문화 하는 과정에서는 무죄추정의 개인적 권리성을 더 강화하는 방식(...shall have the right)으로 입법되었다고 한다. 또한 무죄추정의 핵심적 내용으로 간주되고 있는 '합리적 의심이 없는 증명(beyond reasonable doubt)이라는 문구를 추가하자는 필리핀의 제안도 거부되었다. 증거법상의 이 공식이 보통법계 국가들 이외에는 잘 알려져 있지 않았기 때문이었다. 오늘날 유엔인권규약 제14조 제2항에 관하여 학계와 유엔인권위원회 실무는 무죄추정원칙을 공정한 절차에 관한 일반적인 권리의 한 유형으로 파악하고 있으며 피고인 뿐만 아니라 피의자에 대해서도 그 효력을 가지는 것으로 이해되고 있다.

서 의문의 여지없이 인정하고 있는 무죄추정원칙의 본질적 내용은 증명의 단계에서 법관이 ‘합리적 의심이 없는 증명’에 이르지 않은 경우에는 ‘의심스러울 경우에는 피고인의 이익으로’(in dubio pro reo)의 원칙이 따라서 피고사건에 대하여 무죄를 선고해야 한다(형사소송법 제325조)는 점이다. 그러나 우리나라에서는 무죄추정원칙이 증명의 단계에 뿐만 아니라 수사 절차를 포함한 모든 단계에까지 그 효력이 미친다고 일반적으로 이해하고 있기 때문에 ‘무죄로 추정된다’는 문언의 구체적 의미가 무엇인지 의문이 제기된다. 이와 관련하여 헌법재판소는 그 출범 이후부터 지금까지 줄곧 “공소의 제기가 있는 피고인이라도 유죄의 확정판결이 있기까지는 원칙적으로 죄가 없는 자에 준하여 취급하여야 하고, 불이익을 입혀서는 안 된다”¹¹⁾고 판시해 오면서, 무죄추정의 제도적 표현으로서 공판절차의 입증단계에서 입증책임을 검사에게 부담시키는 제도, 보석 및 구속적부심 등 인신구속의 제한을 위한 제도, 피의자 및 피고인에 대한 부당한 대우 금지 등을 실시하고 있다.¹²⁾

학설의 일부에서는 무죄추정원칙의 개념내용에 대한 헌법재판소의 판례를 보충한다. 신동운¹³⁾ 교수에 의하면, 유죄판결이 확정될 때까지 금지되는 불이익처분이란, 외형적으로 형벌과 동일하거나 유사한 처분뿐만 아니라, 통상 유죄판결에 수반되는 사회적 비난이나 사회적 차별의 불이익까지도 포함하지만, 당해 불이익처분이 유죄판결에 특별히 내재하고 있는 사회적·윤리적 비난을 수반하고 있어야 한다고 이해하고 있다.¹⁴⁾ 이러한 이해방식에 의하면, 형사사건으로 기소되었다는 사실 그 자체만으로 공무원에 대한 징계처분을 행하는 것은 위헌의 흠이 있지만, 공소제기의 기초를

11) 현재 1990.11.19. 90헌가48; 1992.1.28. 91헌마111; 1994.4.28. 93헌바26; 1995.7.21. 92헌마144; 무죄추정에 관한 판례의 상세한 분석은 신동운, 무죄추정의 원칙, 340쪽 이하 참조.

12) 현재 2003.11.27. 2002헌마193

13) 신동운, 무죄추정의 원칙과 검사의 기소유예처분, 159쪽.

14) 신동운, 형사소송법 I, 574쪽.

이루는 공무원의 비위사실을 기초로 하여 징계처분을 내리는 것은 무죄추정의 권리를 해하지 않는다고 한다.

3. 무죄추정원칙의 법적 성격

헌법 제27조 제4항에 규정된 무죄추정원칙의 법적 성격이 구체적인 기본권인지 아니면 헌법적 원칙 내지 형사절차의 지도원리인지에 관하여 명시적인 입장을 밝히고 있는 문헌은 그렇게 많지 않다. 연혁적인 측면에서 보면, 10·26 이후 형사피고인의 무죄추정권을 규정하자는 논의 가운데 6인 학자안과 신민당안, 국회안은 무죄추정권을, 대한변협안은 무죄추정원칙을 제안하였는데 정부안은 대한변협안을 약간 수정하여 현재의 조문체제로 규정하였다고 한다.¹⁵⁾

현재 학설에서는 무죄추정을 근거로 개인이 직접 헌법소원을 제기할 수 있다는 점을 들어 무죄추정원칙이 헌법상의 구체적 기본권으로 이해하는 입장¹⁶⁾과 무죄추정의 주관적 성격보다는 형사절차를 지배하는 지도적 원칙으로 이해하는 입장¹⁷⁾으로 나뉘어져 있다. 그러나 무죄추정을 구체적 기본권으로 이해하는 입장에서는 무죄추정에 대한 제한이 가능한지, 타 기본권과의 비교형량이 가능한 지, 무죄추정원칙이 대사인적 효력을 방사시키는 지 등에 관한 상세한 논의를 전개하지 않고 있다. 한편, 무죄추정원칙을 독립된 기본권으로 볼 것인지 아니면 헌법상의 원칙에 불과한 것인지는 헌법소원의 제기가능성과 관련하여 의미가 있을 수 있지만, 무죄추정의 원칙이 문제되는 경우에는 대개 다른 기본권의 침해가 아울러 문제될

15) 신동운, 무죄추정의 원칙과 검사의 기소유예처분, 154쪽 주 3번 참조.

16) 김철수, 무죄추정권, 11쪽; 신동운, 무죄추정의 원칙과 검사의 기소유예처분, 154쪽; 신양균, 형사소송법, 267쪽; 진계호, 형사소송법, 117쪽;

17) 변종필, 형사소송에서 진실개념, 222쪽; 신현주, 형사소송법, 138쪽; 이재상, 형사소송법, 102쪽; 정동욱, 무죄의 추정, 149쪽.

것이므로 실제적인 의의는 크지 않다는 견해¹⁸⁾도 있다. 헌법재판소는 헌법 제27조 제4항의 규범내용을 기본권으로 이해하면서도, 형사절차의 전 과정을 지배하는 원리로 이해하기도 한다.¹⁹⁾

제2절 무죄추정의 적용범위

무죄추정의 적용범위와 관련하여 우리나라에서는 형사절차 뿐만 아니라 형사절차 이외의 영역에서도 무죄추정이 적용되며, 형사절차 내부에서는 공판절차 뿐만 아니라 수사절차에도 적용되는 것으로 이해되고 있다.

1. 형사절차 전과정

헌법 제27조 제4항에는 ‘형사피고인’만이 명시되어 있다. 따라서 무죄추정원칙이 기본권이라는 일부 학설과 헌법재판소 판례의 입장을 따르게 되면, 재판절차에서 형사피고인만이 무죄추정권을 향유하게 되고, 형사피의자를 대상으로 하는 수사절차에는 헌법 제27조 제4항이 적용될 수 없다는 결론이 도출될 수 있다. 그러나 우리나라의 학설과 판례²⁰⁾는 헌법 제27조 제4항에 형사피고인뿐만 아니라 형사피의자도 포함된다는 점에 거의 일치하고 있다. 이와 같이 학설과 판례가 법률에 반하는 해석(*contra legem*)을

18) 윤진수, 변호사법 제15조의 위헌성, 107쪽.

19) 예컨대 현재 2003.11.27. 2002헌마193; 1992.1.28. 91헌마111; 1995.7.21. 92헌마144; 또한 헌법재판소는 무죄추정의 용어표현과 관련하여 무죄추정의 ‘원칙’이라는 개념을 사용하고 있으며 무죄추정권과 무죄추정원칙을 혼용하여 표현하기도 한다. 예를 들어, 현재 2003.11.27. 2002헌마193에서는 무죄추정원칙과 무죄추정권을 혼용해서 표현하고 있다.

20) 현재 1990.11.19. 90헌가48; 1992.1.28. 91헌마111; 1992.4.14. 90헌마82; 1992.4.14. 90헌마82; 1994.4.28. 93헌바26; 1995.7.21. 92헌마144; 1997.5.29. 96헌가17; 1997.6.26. 96헌가8·9·10(병합); 1998.2.27. 96헌마179; 1998.12.24. 94헌바46; 2003.11.27. 2002헌마193

통하여 형사피의자까지도 헌법 제27조 제4항의 무죄추정의 효력범위 속으로 포함시키는 이유는, 고도의 범죄혐의가 인정됨을 이유로 공소가 제기되어 유죄판결을 받을 개연성이 더욱 높아진 형사피고인에게 조차 무죄의 추정이 인정된다면 아직 공소제기여부를 결정할 수 있을 정도로 범죄혐의가 높지 않은 형사피의자 및 그 전단계의 단순한 혐의자들에 대해서는 더욱 더 강한 무죄추정이 인정되어야 한다는 논리적 필연성 때문이다.²¹⁾ 이러한 이해방식에 따라 학설과 판례는, 형사절차에 관하여 무죄추정원칙은 재판단계에서 법관의 자유심증을 제한할 뿐만 아니라 수사단계에서 강제처분에 대한 제한요소로 작용하며 미결구금의 처우에 대한 기준이 된다고 강조한다.²²⁾ 다만, 일부에서는 무죄추정이 피고인과 피의자에게 모두 적용되지만, 형사절차상 부당한 처우의 금지와 불구속수사의 원칙은 무죄추정과 외관상 연관가능성이 있을 뿐이지 실제로는 그 관계가 희박하다는 소수견해²³⁾도 있다.

2. 유죄판결의 확정

우리나라에서 피고인 또는 피의자에 대한 무죄추정의 시간적 한계를 유죄의 확정판결 시까지 이해하는데 아무런 이견이 없다. 여기서 유죄판결의 확정시란, 불복신청이 허용되지 않는 경우는 그 판결의 선고 시이며 불복신청이 허용되는 경우는 상소기간의 도과, 상소의 포기 또는 취하시 그리고 상소기각의 확정시이다. 그러므로 비록 제1심 또는 제2심에서 유죄판결이 선고되었다 하더라도 확정되지 않고 있는 한 아직 무죄로 추정 받게 된다. 여기서 유죄판결이란 형선고판결, 형 면제판결 및 형선고유예의 판

21) 신동운, 무죄추정의 원칙과 검사의 기소유예처분, 156쪽.

22) 신동운, 형사소송법 I, 570쪽 이하; 이재상, 형사소송법, 104쪽; 정동욱, 무죄의 추정, 143쪽; 차용석 외 3인 공저, 주식 형사소송법(III), 80쪽

23) 신현주, 형사소송법, 137쪽.

결을 말한다. 또한 면소판결, 소송기각판결, 관할위반의 판결 등의 형식판결은 비록 그것이 확정되었다 하더라도 그것들이 유죄판결이 아니기 때문에 당해 피고인은 법률상 계속 무죄의 추정을 받는다. 다만 재심청구사건의 경우에는, 유죄판결이 확정된 것이 명백한 이상 재심청구가 있다고 피고인에게 무죄가 추정될 수는 없다는 입장²⁴⁾과 재심청구인은 기본적으로 무죄추정권을 향유하지 못하지만, 일단 재심이 개시되면 재심청구사건에 대한 심판에 있어서도 ‘의심스러울 때는 피고인의 이익으로’의 원칙은 그대로 적용된다고 이해하는 입장²⁵⁾이 대립하고 있다.

3. 타 법 영역에의 적용가능성

우리나라에서 무죄추정원칙은 그 적용범위가 매우 넓다. 이미 헌법재판소는 그 출범 초기에 변호사 징계절차에 관하여 “변호사법 제15조에서 변호사에 대해 형사사건으로 공소가 제기되었다는 사실만으로 업무정지명령을 발하게 한 것은 아직 유무죄가 가려지지 아니한 범죄의 혐의사실뿐 확증없는 상태에서 유죄로 추정하는 것이 되며 이를 전제로 한 불이익한 처분이다”라고 판시한 바 있다.²⁶⁾ 또한 사립교원의 징계사건²⁷⁾, 공무원 징계사건²⁸⁾, 공정거래위원회의 행정처분²⁹⁾과 관련해서도 무죄추정원칙을 적용

24) 이재상, 형사소송법, 106쪽; 정동욱, 무죄의 추정, 146쪽.

25) 신동운, 형사소송법 I, 576쪽; 신현주, 형사소송법, 140쪽; 차용석 외 3인 공저, 주석 형사소송법(III), 83쪽.

26) 현재 1990.11.19. 90헌가48

27) 현재 1994.7.29. 93헌가3,7(병합) “사립학교법 제58조의2 제1항 단서 규정이 제3호 소정의 형사사건으로 기소된 교원에 대하여 필요적으로 직위해제처분을 하도록 규정하고 있는 것은 아직 유무죄가 가려지지 아니한 상태에서 유죄로 추정하는 것이 되며 이를 전제로 한 불이익한 처분이다.”

28) 현재 98.5.28. 96헌가12 “형사사건으로 기소되기만 하면 당해 공무원에게 일률적으로 직위해제처분을 하도록 규정한 구 국가공무원법 제73조의2 제1항 단서의 규정은 헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙에 위반되어 직업의 자유를 과도하게 침해하고 헌법 제27조 제4항의 무죄추정의 원칙에도 위반된다.” 같은 취지 대판 1999.9.17. 98두15412.

29) 현재 2002.1.31. 2001헌바43 “사업자단체의 독점규제및공정거래법 위반행위가 있을 때 공

하고 있다. 특히 대법원 판례³⁰⁾는 언론매체의 유죄추단적 보도와 관련하여 무죄추정원칙을 위법성 판단의 기준으로 적용하고 있다.

제3절 무죄추정원칙의 규범적 내용

우리나라 학설과 판례에서는 무죄추정원칙은 매우 포괄적으로 이해하고 있다. 무죄추정원칙에 관해서는 일반적으로 증거법에 관한 사항, 형사절차상 불이익처우의 금지 등이 논의되고 있다.

1. 증거법상 무죄추정

우리나라 증거법에서 무죄추정원칙은, 입증책임의 소재와 입증의 정도에 관한 규칙으로 적용된다. 즉, 범죄사실의 입증이 검사에게 있으며(입증책임의 소재), 입증은 ‘합리적 의심이 없는 증명’에 이를 것을 요구한다(입증의 정도). 또한 피고인의 책임에 대한 입증불명의 상태에서는 ‘의심스러울 때에는 피고인의 이익으로’ 원칙에 따라서 무죄를 선고해야 하며, 법률상 추정이 금지된다는 점도 무죄추정원칙의 내용에 속한다.

정거래위원회가 당해 사업자단체에 대하여 ‘법위반사실의 공표’를 명할 수 있도록 한 독점규제및공정거래에관한법률 제27조와 관련하여 법위반사실 공표명령은 공소제기조차 되지 아니하고 단지 고발만 이루어진 수사의 초기단계에서 아직 법원의 유무죄에 대한 판단이 가려지지 아니하였는데도 관련 행위자를 유죄로 추정하는 불이익한 처분이다”.

- 30) 대판 1998.7.14. 96다17257; 1999.1.26. 97다10215, 10222; 2001.11.30. 2000다68474; 2002.9.24. 2001다49692 “.....한편 헌법 제27조 제4항은 형사피고인에 대한 무죄추정의 원칙을 천명하고 있고.....수사결과를 발표함에 있어서는 유죄를 속단하게 할 우려가 있는 표현이나 추측 또는 예단을 불러일으킬 우려가 있는 표현을 피하는 등 그 내용이나 표현 방법에 대하여도 유념하지 아니하면 아니 된다 할 것이므로.....”

가. 입증책임의 소재

무죄추정의 원칙은 형사소송에 있어서 피의자와 피고인의 인권을 보장하는 동시에 거증책임의 소재를 정하는 기준이 된다. 형사소송에 있어서 입증책임이란 법원의 심리와 증거조사를 거친 후 종국적으로 사실의 진위가 불명(non liquet)한 경우에 불이익한 판단을 받게 되는 당사자의 지위, 바꾸어 말하면 검사 또는 피고인의 어느 한쪽에 존재하는 자기에 유리한 종국적인 사실인정을 얻기 위한 입증의 부담, 입증에 성공하지 못한 경우에 종국적으로 불이익한 판단을 받을 위험부담이라고 말할 수 있다.

형사소송에 있어서의 입증책임은 검사에게 분배되는 것이 대원칙으로 되어 있다. 즉 공소범죄사실에 대한 입증책임은 검사에게 있다. 국가 형벌권은 피고인의 자유, 재산뿐만 아니라 생명까지도 박탈하는 엄중한 국가권력이므로 실증적 진실에 입각하여 행사하지 않으면 안 되며, 따라서 다소라도 합리적 의심을 남는 경우에는 피고인을 무죄로 방면하여야 하기 때문이다.³¹⁾ 그러나 우리나라 통설은, 범죄의 성립요건, 즉 구성요건해당성, 위법성 및 책임은 모두 검사에게 입증책임이 부담되지만, 구성요건해당성만 입증되면 위법성과 책임은 사실상 추정되며, 피고인이 위법성 조각사유나 책임조각사유를 주장하는 때에는 검사가 그 부존재에 대하여 입증책임을 부담한다고 보고 있다.³²⁾

형의 가중사유(누범전과, 특가법 해당사실)와 형의 감면사유 중 심신미약, 농아자 등 위법성이나 책임의 감소를 이유로 하는 경우에도 검사에게 입증책임이 있다. 자수나 친족상도례의 경우와 같이 정책적 고려에 의하여

31) 신동운, 형사소송법 I, 571쪽.

32) 배종대/이상돈, 형사소송법, 495쪽, 497쪽; 이재상, 형사소송법, 458, 460쪽; 신현주, 형사소송법, 570쪽; 이에 반해 김정환, 형사소송에서의 추정 이론, 70-72쪽에서는 위법성이나 책임 역시 구성요건과 마찬가지로 피고인이 이를 주장하든 주장하지 않든 모두 검사에 의해 적극적으로 입증되어야 한다고 이해하고 있다.

형을 감면하는 경우에는 무죄추정의 원칙이 적용되는지에 관해서는 논란이 있다. 무죄추정의 적용을 긍정하면 검사에게 그 부존재에 관한 입증책임이 돌아가게 되고, 이를 부정하면 피고인에게 그 존재에 관한 입증책임이 돌아가게 될 것이다. 통설은 이 경우에도 검사에게 이러한 사유의 부존재에 관한 입증책임이 있다고 이해하고 있다.

나. 의심스러울 때는 피고인의 이익으로

무죄추정원칙은 증명의 단계에서 ‘의심스러울 때에는 피고인의 이익으로’(in dubio pro reo)의 원칙으로 작용한다. 형사소송법은 증거의 증명력이 법관의 자유판단에 의한다고 규정하고 있다(제308조). 자유심증주의는 증거의 증명력을 적극적 또는 소극적으로 법률로 규정하지 아니하고 법관의 자유판단에 맡기는 주의를 말한다. 그러나 법관의 자유로운 판단은 자의적 판단이어서는 아니 되고 합리적 판단이어야 한다. 합리적 판단과 관련하여 사인간의 분쟁해결절차인 민사소송에서는 입증의 우위에 따라서 판단하는 데 반해 형사소송에서는 법관이 유죄판결을 하기 위해서는 ‘합리적 의심이 없는 증명’(beyond reasonable doubt) 또는 유죄의 ‘확신’(Überzeugung, intime conviction)에 이를 것을 요구하고 있다. 민사소송에서 피고인에게 불법행위책임이 인정된 사안에서 형사소송에서는 무죄의 판결이 선고되는 경우는 자주 있을 수 있으며 이는 형사소송에서 입증의 정도가 보다 강화됨에 따른 당연한 귀결이다.³³⁾ 증거평가의 결과 법관이 유죄의 확신을 가질 수 없거나 입증의 정도가 합리적 의심이 생기게 하는 경우에는 피고인의 이익으로 판결해야 한다. 따라서 법관이 합리적 의심이 없을 정도의 심증을 형성하지 못한 경우에는 형사소송법 제325조의 ‘범죄사실의 증명이 없는 때’에 해당하여 법관은 피고사건에 대하여 무

33) 차용석 외 3인 공저, 주석 형사소송법(III), 81쪽.

죄를 선고해야 한다. 범죄의 증거가 없는 때라 함은 증거가 없는 경우는 물론이고 존재하는 증거를 제시하지 못하거나 제시한 증거가 불충분한 경우도 포함하기 때문이다. in dubio pro reo 원칙은 법관이 증거를 어떻게 평가해야 하는가에 관한 원칙이 아니라 증거평가를 마친 후에 확신을 얻지 못하고 피고인에게 불이익한 판단을 하는 것을 금지하는 것이라는 점에서 실체형법에 속하는 법원칙 내지 판단법칙으로 간주된다.

대법원 판례도 형사재판에 있어 범죄사실의 인정에 요구되는 심증의 정도에 관하여, “범죄사실의 증명은 합리적인 의심의 여지없을 정도로 고도의 개연성에 대한 심증 즉 이른바 확신을 요한다고 할 것이므로 그것이 범죄사실에 대한 단순한 혐의정도이거나 또는 단순한 개연성 정도의 것으로서는 아직 범죄사실의 증명 있다고 할 수는 없는 것이다”고 유죄판결에 있어서 요구되는 심증의 정도를 자세하게 실시한 바 있고 그 후에도 이 판결의 실시에 따른 판례가 자주 나타나고 있으며³⁴⁾, “형사재판에 있어서 유죄의 증거는 형사소송법상 엄격한 증거이어야 하고 또 그 증명력도 법관으로 하여금 합리적 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신을 생기게 할 수 있는 우월한 증명력을 가진 것이어야 하며 이와 같은 증거가 없다면 설사 피고인에게 유죄의 의심이 간다고 하여도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없는 것이다”³⁵⁾라고 판시하여 증명단계에서 무죄추정의 의미를 확인하고 있다. 판례의 이러한 표현은 합리적 의심의 여지가 없을 정도의 증명(proof beyond a reasonable doubt)이라는 영미법상의 증명개념과 사실에 관한 유죄의 확신(Überzeugung)이라는 독일에서의 증명개념을 종합하여 사용한 것으로 생각되나, 실질적으로 위 두 가지 개념과 차이가 있는 것은 아니고 다만 유죄판결에 있어 요구되는 심증의 정도를 보다 구체화하여 확증을 요구하는 것을 명확히 한 표현이라고 할 수 있을 것이다.

34) 대판 1965.6.22 65도370; 1971.7.6 71도880; 1985.10.8. 85도1146; 1986.11.25. 86도1636; 1987.3.24. 86도2783

35) 대판 1989.1.31. 85도1579 등

다. 법률상 추정의 금지

무죄추정원칙은 법률상 추정을 금지하는 근거로서 역할을 담당하기도 한다. 여기서 추정이란 어느 사실에서 다른 사실이나 법률관계를 추론하는 것을 말한다. 형사소송에서는 추정의 방법에 따라 사실상 추정과 법률상 추정으로 나눌 수 있다.

사실상 추정이란 경험칙을 근거로 하여 하나 또는 수개의 간접사실로부터 주요사실을 추인하는 것을 말한다.³⁶⁾ 사실상의 추정의 예를 들면, 검사가 甲에 대한 절도피고사건에서 甲이 범죄발생과 인접한 시각에 범행장소에서 무언가를 들고 나오더라는 사실(A 사실)을 입증한 경우에 법관이 이 사실로부터 갑이 절도범행을 저질렀을 개연성이 높은 사실(B 사실)을 추론하는 것이다. 그러나 사실상 추정의 경우에는 추정되는 사실(B 사실)의 존재가 명백하다는 확신이 법관에게 들지 않으면 추정되는 사실이 진위불명(non liquet)으로 되고 형사소송에서는 무죄추정원칙에 따라 추정된 사실이 존재하지 아니하는 것으로 판단되기 때문에 사실상 추정은 입증책임의 분배에 아무런 영향을 미치지 못한다. 사실상 추정으로 불이익을 받는 피고인은 법관으로 하여금 추정되는 사실이 진실이 아닐 수도 있다는 의심만 들게 하면 추정으로 인한 불이익을 면하게 된다.

이에 반해 법률상 추정이란 형사법의 관련 규정에 ‘~한 것으로 추정한다’라는 명시적인 표현에 의하여 추정하는 것을 말한다. 법률상 추정이 명시되어 있는 예로는, 현행 ‘마약류 불법거래 방지에 관한 특례법’ 제17조(불법수익의 추정)에서 찾아볼 수 있다. 이에 의하면, “제6조의 죄에 관계된 불법수익을 산정함에 있어 같은 조 각호의 규정에 의한 행위를 업으로

36) 사실상의 추정은 재판상의 추정이라고도 하며, 증명의 면에서 관찰하여 표현증명 또는 일응의 증명(Prima facie Beweis, Anscheinsbeweis)이라고도 한다. 그리고 표현증명이론의 연원은 영미의 판례법에 의하여 확립된 res ipsa loquitur(The thing speaks itself: “사물 그 자체가 입증한다”)라는 뜻의 라틴어 규칙에 있다고 한다.

한 기간 내에 범인이 취득한 재산으로서 그 가액이 당해 기간 내의 범인의 재산운용상황 또는 법령에 의한 급부의 수령상황 등에 비추어 현저하게 고액이라고 인정되고 그 취득한 재산이 불법수익금액·재산취득 시기 등 제반사정에 비추어 같은 조의 죄로 얻은 불법수익으로 형성되었다고 볼만한 상당한 개연성이 있는 경우에는 그 죄에 관계된 불법수익 등으로 추정 한다”고 규정하고 있다. 또한 ‘환경범죄의 단속에 관한 특별조치법’ 제11조에는 “오염물질을 사람의 생명·신체, 상수원 또는 자연생태계 등에 위협이 발생할 수 있을 정도로 불법 배출한 사업자가 있는 경우 그 물질의 불법배출에 의하여 위협이 발생할 수 있는 지역 안에서 동종의 물질에 의하여 생명·신체 등에 위협이 발생하고 그 불법배출과 발생한 위협 사이에 상당한 개연성이 있는 때에는 그 위협은 그 사업자가 불법 배출한 물질에 의하여 발생한 것으로 추정한다”고 명시하고 있다.

우리나라의 통설은 무죄추정원칙으로부터 법률상 추정이 허용되지 않는다고 이해하고 있다.³⁷⁾ 무죄추정원칙에 따라 입증책임은 검사에게 분배되는데, 법률상 추정규정이 있는 경우에는 피고인에게 반대사실의 입증을 부담(이 경우 입증의 부담은 반증이 아니라 본증이다)시키는 입증책임의 전환을 가져오기 때문이라는 것이다. 그러나 무죄추정이 형사소송에서 전혀 예외를 인정할 수 없는 원리라고 단정할 수 없으며 필요성이 인정되고 합리성에 의하여 적절하게 통제가 될 수 있다면 예외를 인정할 수 있다는 견해³⁸⁾도 있다.

37) 이재상, 형사소송법, 458쪽; 단, 배종대/이상돈, 형사소송법, 494쪽에서는 형사소송법상 법률상 추정의 금지의 근거에 대하여 그것이 자유심증주의 혹은 실체적 진실주의에 반하기 때문이라고 이해하고 있다.

38) 김정환, 형사소송에서의 추정 이론, 65-66쪽.

2. 구속과 무죄추정의 관계

우리나라에서는 구속의 허용성(즉, 요건)과 구속기간에 관하여 무죄추정 원칙이 적용된다고 일반적으로 이해하고 있으며, 판례도 같은 입장을 취하고 있다.

가. 학설의 입장

우리나라의 통설은 무죄추정이 인신구속의 제한원리가 된다는 전제에서 피의자에 대한 수사와 피고인에 대한 재판은 원칙적으로 불구속으로 행해져야 하며, 구속은 도주 및 증거인멸의 우려가 있는 경우에 예외적으로 허용되어야 한다는 점을 강조한다.³⁹⁾ 개별적인 논증형식을 보면, 무죄추정원칙으로부터 구속피의자·피고인의 형사보상청구권이 인정된다거나⁴⁰⁾, 무죄추정원칙으로부터 구속이 최후수단으로 사용될 때에만 정당화되고⁴¹⁾, 현행법상의 임의수사원칙(제199조 제1항)이나 구속요건의 제한 등이 모두 무죄추정원칙을 그 이념적 기초로 하고 있으며⁴²⁾, 미결구금일수의 본형산입 및 구속된 피의자·피고인에 대한 집견교통권의 보장도 무죄추정원칙에서 연원⁴³⁾하는 것으로 이해하고 있다. 그러나 불구속수사의 원칙을 무죄추정원칙의 내용에 포함시키는 것은 무죄추정원칙에 대한 오해에서 비롯되었다는 소수설⁴⁴⁾도 있다. 이 견해는, 무죄추정원칙은 유죄확정 이전에 유죄확정자로서의 처우를 금하는 것이지 유죄확정 전에 전혀 불이익을 줄

39) 신동운, 형사소송법 I, 572쪽; 이재상, 형사소송법, 104쪽; 정동욱, 무죄의 추정, 147쪽; 차용석 외 3인 공저, 주석 형사소송법(III), 82쪽.

40) 신동운, 형사소송법 I, 573쪽.

41) 이재상, 형사소송법, 104쪽.

42) 차용석 외 3인 공저, 주석 형사소송법(III), 82쪽.

43) 정동욱, 무죄의 추정, 147쪽.

44) 신현주, 형사소송법, 137쪽.

수 없다는 것은 아니라는 점에서 출발하면서 강제처분은 형사절차의 운영을 위하여 당연히 요구되는 합당한 목적을 위하여 존재하는 것이지 무죄추정원칙이 금지하는 유죄확정전의 처벌의 금지 또는 적정절차원칙에서 요구하는 부당한 처벌금지에 해당하지 않는다고 이해하고 있다.

나. 판례의 입장

헌법재판소 판례도 통설과 마찬가지로 무죄추정원칙에서 불구속수사의 원칙을 도출하고 있다. 헌법재판소는, “…무죄추정의 원칙은 증거법에 국한된 원칙이 아니라 수사절차에서 공판절차에 이르기까지 형사절차의 전 과정을 지배하는 지도 원리로서 인신의 구속 자체를 제한하는 원리로 작용한다. 신체의 자유를 최대한으로 보장하려는 헌법정신 특히 무죄추정의 원칙으로 인하여 수사과 재판은 불구속을 원칙으로 한다…그러므로 구속은 예외적으로 구속 이외의 방법에 의하여서는 범죄에 대한 효과적인 투쟁이 불가능하여 형사소송의 목적을 달성할 수 없다고 인정되는 경우에 한하여 최후의 수단으로만 사용되어야 하며 구속수사 또는 구속재판이 허용될 경우라도 그 구속기간은 가능한 한 최소한에 그쳐야 하는 것이다…”라고 판시함으로써 무죄추정원칙이 구속에 적용된다는 점을 분명하게 확인하고 있다.⁴⁵⁾ 또한 무죄추정원칙으로 인하여 구속기간은 최소한에 그쳐야 한다고 이해하면서 국가보안법상의 구속기간 연장 규정(제19조)을 찬양·고무죄(국가보안법 제7조)와 불고지죄(동법 제10조) 등에 적용하는 것은 무죄추정원칙에 따른 불구속수사의 원칙을 침해하여 위헌이라고 하였다.⁴⁶⁾ 나아가 사법경찰관과 검사에게 부여된 구속기간은 헌법상 무죄추정

45) 헌재 2003.11.27. 2002헌마193; 1992.1.28. 91헌마111; 1995.7.21. 92헌마144

46) 헌재 1992.4.14. 90헌마82; 그러나 헌법재판소는 증인신문절차를 거치지 아니하고 증거 채택결정을 할 수 있도록 하여 직접주의와 전문법칙의 예외를 인정하고 있는 형사소송법 제314조는 헌법상 무죄추정원칙의 침해가 아니라고 판시하였다(헌재 1994.4.28. 93헌바26;

의 원칙에서 파생되는 불구속수사원칙에 대한 예외로서 설정된 기간이고⁴⁷⁾, 법원의 구속기간의 제한도 무죄추정원칙에서 도출⁴⁸⁾된다고 판시하고 있다. 다만, 과기환송 사건에 있어 구속기간 갱신 및 구속으로 인하여 신체의 자유가 제한되는 것은 무죄추정의 원칙에 위배되는지 않는다고 판시하였다.⁴⁹⁾

다. 미결구금에 대한 무죄추정원칙의 적용

우리나라 학설과 판례는 무죄추정원칙이 미결구금에도 적용된다는 점에 일치하고 있다. 무죄추정권에 비추어 볼 때 구속피의자·피고인은 가능한 사회 일반인과 동일한 처우를 받아야 한다는 것이다. 공판정에서의 피고인의 신체구속의 원칙적 금지, 구속피고인의 공판정 출석시 수의착용의 금지, 미결수용자의 의사에 반하여 두발과 수염을 짧게 깎지 못하도록 금지하는 행형법 제65조, 미결수용자와 변호인 또는 변호인이 되려는 자와의 접견에는 교도관이 참여하거나 그 내용을 청취 또는 녹취하지 못하도록 하고 있는 행형법 제66조를 무죄추정원칙에서 도출하며,⁵⁰⁾ 피의자의 접견교통권의 보장,⁵¹⁾ 기소전 보석 및 필요적 보석⁵²⁾을 무죄추정원칙의 제도적 표현으로 이해하기도 한다.

헌법재판소는, 미결수용자의 수용시설 내에서의 처우에 관하여 지금까지 다양한 결정례를 내놓은 바 있다.⁵³⁾ 미결수용자의 경우 헌법 제27조 제4

현재 1992.4.14. 90헌마82

47) 현재 1997.6.26. 96헌가8·9·10(병합)

48) 현재 2001.6.28. 99헌가14

49) 대판 2001.11.30. 2001도5225

50) 신동운, 형사소송법 I, 573쪽.

51) 이재상, 형사소송법, 104쪽; 차용석 외 3인 공저, 주석 형사소송법(III), 82쪽.

52) 차용석 외 3인 공저, 주석 형사소송법(III), 82쪽.

53) 헌법재판소는 이미 현재 1992.1.28. 91헌마111에서 미결수용자의 수용시설 내 처우에 관하여 유죄판결이 확정된 수형자에 관한 규정을 준용하도록 하였던 구 행형법 제62조가

항에 의하여 유죄의 판결이 확정될 때까지 무죄로 추정되므로 형사절차에서 필요한 최소한의 불이익만을 입도록 할 필요성은 형이 확정된 경우에 비하여 더욱 크다고 강조하고 있으며⁵⁴⁾, 무죄추정원칙은 현행범으로 체포되었으나 아직 구속영장이 발부·집행되지 않은 자에게도 당연히 적용되고, 이들에 대한 기본권 제한은 미결수용자들의 경우와는 달리 더 완화되어야 한다⁵⁵⁾고 판시하고 있다. 미결수용자의 변호인의 충분한 조력을 받을 권리도 무죄추정원칙에서 도출⁵⁶⁾하고 있으며, 미결수용자가 수감되어 있는 동안 수사 또는 재판을 받을 때에도 사복을 입지 못하게 하고 재소자용 의류를 입게 한 행위를 무죄추정원칙에 위반된다고 보았으며,⁵⁷⁾ 군사법경찰관의 구속기간의 연장을 허용하는 군사법원법 제242조 제1항 중 제239조 부분 및 행형법시행령이 미결수용자의 접견횟수를 매일 1회로 하고 있는 것과는 달리, 미결수용자의 면회횟수를 매주 2회로 제한하는 군행형법시행령 제43조 제2항이 무죄추정원칙에 위반되어 위헌이라고 판시하였다.⁵⁸⁾ 한편, 대법원은, 법원의 재량에 의하여 판결선고 전 구금일수 중 일부만을 통산할 수 있도록 한 형법 제57조의 규정이 무죄추정원칙에 반하는 것이 아니라고 판시⁵⁹⁾한 바 있으며, 구속의 사유가 있어 구속영장이 발부, 집행된 이상 수사기관에서 구속된 피의자의 도주, 항거 등을 억제하는데 필요하다고 인정할 상당한 이유가 있는 경우에는 필요한 한도 내에서 포승이나 수갑을 사용할 수 있다고 판시⁶⁰⁾하고 있다.

위헌의 흠이 있다고 판시한 바 있다.

54) 현재 2003.12.18. 2001헌마163; 2003.11.27. 2002헌마193

55) 현재 2001.7.19. 2000헌마546

56) 현재 1992.1.28. 91헌마111; 1995.7.21. 92헌마144

57) 현재 1999.5.27. 97헌마137, 98헌마5(병합)

58) 현재 2003.11.27. 2002헌마193

59) 대판 1993.11.26. 93도2505

60) 대판 1996.5.14. 96도561

3. 불이익처우의 금지

학설과 판례는 헌법 제27조 제4항의 무죄추정원칙을 해석함에 있어 예단의 배제나 기타 일체의 부당한 처우의 금지를 무죄추정원칙의 내용에 포함시키고 있다.

가. 예단의 배제

무죄추정원칙은 수사기관이나 재판기관 종사자가 피의사실이나 피고사실에 대한 예단을 가지지 않을 것을 요구한다. 형사절차상 피의사실이나 피고사실에 대한 예단형성은 공정한 형사절차의 진행을 저해하기 때문이다. 이와 관련하여 공소장일본주의(형사소송규칙 제118조 제2항)는 사건에 대한 법관의 예단을 배제함으로써 재판의 공정을 도모한다. 법관이 공판심리에 앞서 사건에 관하여 편견을 갖게 되면 공정한 재판을 기대할 수 없기 때문이다. 피고인의 소송에 관한 서류는 공판의 개정 전에는 공익상 필요 기타 상당한 이유가 없으면 공개하지 못하도록 규정(형사소송법 제47조)하고 있는 것도 무죄추정의 내용이라고 이해되고 있다. 이와 같은 맥락에서 공소장에는 법령이 요구하는 사항만 기재할 것이고 공소사실의 첫머리에 공소사실과 관계없이 법원의 예단만 생기게 할 사유를 불필요하게 나열하는 것은 부적절하다.⁶¹⁾ 그러나 대법원 판례에 의하면, 공소장의 공소사실 첫머리에 피고인이 전에 받은 소년부송치처분과 직업 없음을 기재하였다 하더라도 이는 형사소송법 제254조 제3항 제1호에서 말하는 피고인을 특정할 수 있는 사항에 속하는 것이어서 그와 같은 내용의 기재가 있다 하여 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반된 것이라고 할 수 없고 또 헌법상의 형사피고인에 대한 무죄추정 조항이나 평등 조항에 위배되는

61) 대판 1992.9.22. 92도1751; 1999.5.14. 99도202; 1999.7.23. 99도1860 등.

것도 아니라고 판시하고 있다.⁶²⁾

나. 부당한 처우의 금지

학설에서는 고문·폭행·협박·가혹행위 등의 금지를 무죄추정원칙과 결부 지우기도 한다. 그래서 피고인에 대하여 고문을 가하고 모욕적인 신문을 가하는 것도 무죄추정원칙에 반하는 것으로 이해한다.⁶³⁾ 피고인이나 피고인 아닌 자의 진술이 고문·폭행·협박·가혹행위 등에 의해 이루어져 임의성이 없는 것으로 인정되면 유죄의 증거로 할 수 없다(형사소송법 제317조). 피고인을 신문함에 있어서 그 진술을 강요하거나 답변을 유도하거나, 그 밖에 위압적·모욕적 신문도 금지된다(형사소송규칙 제128조). 검찰, 경찰 기타 범죄수사에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 감독하거나 보조하는 자가 그 직무를 행함에 있어서 지득한 피의사실을 공판청구 전에 공표한 때에는 피의사실공표죄(형법 제126조)로 처벌된다.

다. 부당한 처우금지와 무죄추정과의 관계

예단의 배제나 부당한 처우의 금지가 무죄추정원칙의 제도적 표현임에는 의심의 여지가 없다. 그러나 이 제도들이 무죄추정원칙의 독자적인 규범내용인지에 관해서는 의문이 제기될 여지는 있다. 신문시 고문 또는 모욕적이거나 위압적인 언사의 금지, 부당한 고통의 부과 금지 등은 적법절차의 내용으로서, 유죄확정의 전후를 불문하고 적용되는 것이기 때문이다. 이 점에서 일부 소수설⁶⁴⁾은, 부당한 처우의 금지는 적정절차 원칙의 내용

62) 대판 1990.10.16. 90도1990

63) 신동운, 형사소송법 I, 572쪽; 이재상, 형사소송법, 105쪽; 정동욱, 무죄의 추정, 148쪽; 차용석 외 3인 공저, 주석 형사소송법(III), 81-82쪽.

64) 신현주, 형사소송법, 137쪽에 의하면, 무죄추정원칙은 적정절차원칙의 일부를 이루는 것

으로서, 유죄확정의 전후를 불문하고 적용되는 것이기 때문에 유죄확정 이전에 유죄확정 후에 가능한 처우를 금지하는 무죄추정원칙과 필연적인 관련이 있는 것은 아니라고 이해한다.

이지만, 부당한 처우의 금지는 무죄추정과 무관한 적정절차의 원칙부분에 해당한다고 이해하고 있다.

제3장 무죄추정원칙에 관한 비교법적 검토

무죄추정원칙은 이미 1789년 8월 26일 프랑스 인권선언 제9조에 명문화되기 시작한 이후로 오늘날 거의 모든 국가의 헌법 또는 형사소송법에 그 근거를 명시해두고 있거나 불문헌법에서 도출되고 있다.⁶⁵⁾ 따라서 무죄추정원칙에 관한 의미와 내용을 밝히기 위해서는 비교법적 관점에서의 의미 관련성을 규명할 필요가 있다. 이 연구에서는 무죄추정원칙의 의미를 보다 분명하게 규명하기 위하여 영미법계 및 대륙법계 국가에서 무죄추정을 어떻게 이해하고 있는지에 관하여 서술할 것이다. 여기서 한 가지 유의할 점은, 배심제를 취하고 있는 영미법계 국가의 재판단계에서 무죄추정원칙은

65) 무죄추정원칙을 다루고 있는 전문문헌들 중 이 원칙이 영미법계의 고유한 법제도이며 대륙법이 이 원칙을 계수한 것이라고 이해하는 견해가 있다. 예컨대 Krauss, *Der Grundsatz der Unschuldsvermutung*, 154쪽. 일부 문헌에서는 심지어 무죄추정원칙이 당사자주의 소송구조를 취하는 국가에서 완전한 의미를 가진다고 이해하기도 한다. 당사자주의 소송구조 하에서만 무죄추정원칙이 요구하는 법관의 완전한 공정성을 확보할 수 있는데 반해 대륙법계의 직권주의원칙(Instruktionsprinzip)하에서는 법관의 수사활동과 재판권이 결합하여 공정성을 기대하기가 어렵기 때문이라는 것이다. 그러나 무죄추정원칙이 영미법계 국가의 고유한 법제도인지에 대해서는 논란이 되고 있다. 무죄추정원칙은 영국이나 미국의 헌법에 수용된 것이 아니라 1842년에야 비로소 로드 아일랜드(Rhode Island) 주 헌법에서 최초로 등장했기 때문이다. 이에 관해서는 Durstewitz, *Die Rechtsvermutung der Unschuld(in dubio pro reo) - ein allgemeines Menschenrecht und Bestandteil des Völkerrechts*, 16쪽 이하, 28쪽, 30쪽; Köster, *Die Rechtsvermutung der Unschuld*, 65쪽 이하, 69-85쪽. 그런데 이 시기에 앞서 유럽대륙에서는 1789년의 프랑스의 ‘사람 및 시민의 권리선언’ 제9조에 “모든 사람은 범죄자로 선고될 때까지는 무죄로 추정된다”는 피고인의 권리가 명시되어 있었다. 그럼에도 불구하고 무죄추정원칙의 명시적 규정이 미국헌법에 기초를 두고 있는 것인지, 프랑스 인권선언의 독자적인 작품인지에 관해서는 이전부터 많은 논란이 되었다. 그 대표적인 격론이 바로 독일 공법학자 Jellinek와 프랑스의 Boutmy간의 인권선언논쟁이다. 이 논쟁에서, Jellinek는 1789년의 프랑스 인권선언은 독자적인 것이 아니라 그 당시의 북미 개별 주의 권리장전과 Virginia 주 권리장전(1776)에 도움을 받은 것이라 이해한 반면, Boutmy는 미국의 제 권리장전에는 인권이 소극적으로 표현되어 있는 반면, 프랑스 인권선언상의 인권조항은 적극적으로 표현되어 있다는 점을 들어 1789년의 프랑스 인권선언이 프랑스 고유의 작품이라는 점을 강조하였다. Jellinek와 Boutmy의 인권선언논쟁에 관해서는 김효전(역), 게오르그 엘리네크 - 에밀 부뜨미, *인권선언논쟁*, 238쪽 이하 참조.

대륙법계의 그것과 달리 나타날 수 있다는 점이다. 배심제란 사실문제는 배심이 확정하고 직업법관은 법률문제를 취급한다는 업무영역이 상호 분리되어 있기 때문에 증명에 관한 활동에서도 대륙법계 형사소송에서 볼 수 없는 특징이 나타날 수 있다.

제1절 영국

영국은 이미 오래 전부터 무죄추정원칙을 보통법(Common Law)상의 법원리로 인정해 오고 있었다. 영국에서는 1215년의 마그나 카르타 제39조에서 “자유시민에 대해서는 절차를 통하지 않고 판결할 수 없다”는 규정내용을 무죄추정원칙의 역사는 원류로 보기도 하지만, 법원리로서 무죄추정의 발전을 19세기로 보는 학자도 많다고 한다. 즉, 영국에서 법원리로서 무죄추정원칙은 ‘합리적 의심 없이’(beyond reasonable doubt) 증명된 경우에 한하여 피고인의 유죄는 입증된다는 17세기 말의 확고한 보통법원리에 기초하여 탄생하였으며, 이러한 이념은 1814년의 Phipson on Evidence⁶⁶⁾라는 표준적 교과서에서 처음으로 발견된 것이라고 한다.

1. 무죄추정원칙에 대한 이해

가. 법적 근거

영국에서 무죄추정원칙은 실정법에 규정되어 있지 않다. 영국은 1951년 3월 8일에 유럽인권협약에 비준함에 따라 동 협약 제6조 제2항에 명시되어 있는 무죄추정원칙이 적용될 가능성이 있었지만, 1998년 이전까지는 유

66) Phipson on Evidence, 13th ed, 1982.

럽인권협약을 국내법으로 전환하지 않았기 때문에 영국 국민은 동 협약상의 무죄추정원칙의 위반에 대한 법적 보호를 받는 데는 한계가 있었다. 그러나 1998년의 인권법(Human Rights Act)이 2000년 10월 2일에 발효됨에 따라 이제는 유럽인권협약 제6조 제2항의 무죄추정원칙이 국내법적 효력을 가지게 되었다.

나. 무죄추정원칙에 대한 이해

현재 영국에서 무죄추정원칙은 형사사건에만 국한되는 것이 아니라 민사사건에도 적용된다. 그러나 영국에서는 무죄추정원칙이 입증책임의 소재를 정하는 규칙의 또 다른 표현에 불과하다고 이해할 정도로 그 적용범위가 협소하다.⁶⁷⁾ 따라서 영국에서 무죄추정원칙은 형사절차 전반을 지배하는 일반적인 법원리로 이해되지 않고 있다. 물론 외국 학자들은 영국에서 피고인이 스스로 증인이 되어 진술할 가능성, 법정의 공개, 인신보호소송(Habeas Corpus), 묵비권, 전문증거의 증거능력배제, 법정모욕죄를 통한 언론매체의 유죄추단적 보도의 통제 등을 무죄추정원칙에서 파생된 제도라고 이해하기도 하지만, 이러한 이해방식은 무죄추정원칙을 입증책임전환에 관한 보통법적 원리로 이해하는 영국 사람들의 관념과는 일치하지 않는 것이다.⁶⁸⁾

다. 재판전 절차와 무죄추정원칙간의 관계

영국의 경우 특히 구속(pre-trial detention)과 무죄추정원칙과의 조화여

67) 그래서 Williams, *The Proof of Guilt, A Study of the English Criminal Trial*, 183쪽에서는 증거법칙 밖에서는 무죄추정 뿐만 아니라 피고인이 범죄혐의를 받고 있다는 유죄추정도 찾아볼 수 없다고 한다. 또한 Zuckerman, *The Principles of Criminal Evidence*, 124쪽 및 그곳의 주 6번 참조.

68) Stuckenberg, *Untersuchungen zur Unschuldsvermutung*, 284쪽.

부에 대하여 문제를 삼는 논의가 전혀 없는 것은 아니다. 예컨대 Duff⁶⁹⁾는 형사절차의 실행을 위한 수단인 구속과 그 밖의 강제처분은 무죄추정 원칙에 위반되는 것이며 피의자를 이성적이고 자율적인 인간으로 승인해야 한다는 원칙에도 합치되지 않는다고 이해하고 있다. 그러나 영국에서 무죄추정을 수사절차상의 강제처분을 포함하는 형사절차 전반을 지배하는 법원리로 이해하는 견해는 매우 드문 현상일 뿐만 아니라 형사절차의 목적을 위하여 구속은 당연히 인정되는 것으로 이해되고 있다. 이와 관련하여 Healy는 입증책임에 관한 법칙으로서 무죄추정의 좁은 의미와 구속 등과 같은 강제처분을 포함한 형사절차 전반을 지배하는 법원리로서 무죄추정원칙을 구별하면서, 무죄추정을 형사절차 전반으로 확장하는 것은 이 원칙을 매우 불명료하게 만드는 결과를 초래하게 되고 실무에서의 운용도 흐리게 만든다고 주장한다. 무죄추정을 형사절차 전체로 확대시키는 경우에는 법정주의나 적법절차와 같은 타 형법원칙과의 구분도 모호해 진다는 것이다.⁷⁰⁾

2. 증거법상 무죄추정원칙: Woolmington 사건

영국에서 무죄추정원칙을 원용하는 것은 거의 모든 경우에 증거법에 국한되어 있으며, 판례는 무죄추정 개념 자체를 잘 사용하지도 않는다. 무죄추정원칙의 본질적이고 독자적인 기능은 기소하는 측이 입증책임을 부담하고 유죄의 인정에 필요한 입증의 정도가 ‘합리적 의심이 없는 증명’이어야 한다는 점이다.

69) Duff, *Trials and punishments*, 139쪽 이하.

70) Healy, *Proof and Policy: No Golden Treads*, 364쪽 이하.

가. Woolmington 사건 이전의 입증책임구조

영국의 보통법상 무죄추정원칙의 중심 되는 문제영역은 피고인이 어디까지 입증의 위험에 놓여있어야 하는가에 있다. 이와 관련하여 비록 무죄추정이 명시적으로 언급되지는 않았지만, 오늘날 영국에서 무죄추정원칙의 발전에 대표적인 사례로 지적되고 있는 1935년의 Woolmington 사건⁷¹⁾을 들 수 있다. 영국에서는 약 17세기부터 살인죄의 경우 피고인의 행위는 항상 악의⁷²⁾(malice)로 추정되기 때문에 모살죄(murder)로 기소된 피고인은 자신이 계획적이고 악의적으로(willfully and maliciously) 살해하지 않았다는 사실에 대한 입증책임을 부담한다고 이해하고 있었으며, 일부 판례와 학설도 이에 따르고 있었다. 그렇지만 Woolmington 사건 이전까지는 영국의 모살죄로 기소된 사례에서 피고인에게 고살(manslaughter)의 입증책임을 부과한 사례는 한 건도 없었다. 모살죄로 기소된 이 사건에서 하급심 법원의 공판심리 중 공판법관(즉, 사실심 법관, trial judge)은 배심에 대하여 피해자가 피고인의 행위로 인하여 사망한 것이 확실한 경우에 그 범행을 단순한 사고 내지 고살로 보아야 할 사정의 존재여부에 대한 입증책임은 피고인이 부담한다고 실시⁷³⁾(instruction)한 것이 문제로 되었다.

나. Woolmington 사건의 개요

이 사건은 21세의 노예였던 Reginald Woolmington이 그의 부인인 17세의 Violet를 살해한 혐의로 기소된 사안이었다. Violet는 Reginald Woolmington

71) Woolmington v. D.P.P. [1935] A.C. 462, 481-2(HL.)

72) 영국에서 악의(malice)는 모살과 고살을 구별하는 주관적 구성요건요소이다.

73) 여기서 실시(instruction)란 배심원이 법률문외한인 점을 보충하기 위하여 법관이 배심원들에게 당해사건의 중요쟁점과 적용법규에 대하여 설명하는 것이다. 즉, 법관은 사건의 개요를 요약, 설명하고 검토해야 할 다양한 문제점 및 증거법, 적용법규를 알려준 후 배심원들로 하여금 유, 무죄의 평결을 하게 한다.

과 결혼하여 아이를 출산한 뒤 얼마 지나지 않은 1934년 11월에 수차례에 걸친 남편의 만류에도 불구하고 남편을 떠나 그녀의 친정에 가서 머물고 있었다. Woolmington은 1934년 12월 10일 아침에 소총을 자신의 외투에 숨기고 그의 장모 집에 갔다. Woolmington 장모집에 이웃한 주민은 Woolmington의 목소리를 알아차렸으며 그의 부인에게 집으로 돌아갈 의향을 묻는 소리를 들었지만, 그의 부인의 대답은 들을 수 없었으며 잠시 후 문이 닫히는 소리와 함께 총소리가 나는 것을 들은 후 Woolmington이 자전거를 타고 장모의 집을 떠나는 장면이 목격되었다. 그 후 이웃 주민은 사망한 Violet를 발견했는데, Violet의 몸에는 총상의 흔적이 있었다. Woolmington은 고용주와 자신의 어머니에게 그의 부인을 총으로 쏘았다는 사실을 말한 후 경찰에 출두하였다. 1935년 1월에 Taunton에서 열렸던 1차 소송에서 배심원은 아무런 결론에 이르지 못했다. 1935년 Bristol에서 開廷된 2차 소송에서 Woolmington은 Violet가 자신에게 돌아오지 않으면 자살할 거라고 위협하기 위하여 그녀에게 총을 보여주었으며, Violet가 자신의 애원을 거절하자 그 총으로 자살하려고 시도하는 순간에 탄환이 Violet에게 잘못 맞았다고(즉, 과실이었음을) 증언하였다. 그러나 결국 2차 소송에서 Woolmington은 살인죄로 선고되었으며, 이 사건은 영국의 최고 법원에서 문제되었다.

다. 영국 최고법원의 판결

이 사건에서 영국 최고법원(House of Lords)은, 피해자의 사망이 피고인의 행위로 인한 것이 명백한 사안에서 공판법관이 배심원에 대하여 그 범행을 단순한 사고 내지 고살로 보아야 할 사정의 존재여부에 대한 입증책임을 피고인이 부담한다고 설시(instruction)하는 것은 잘못 되었으며, 정신이상(즉, 책임무능력: insanity)과 법률상의 예외(statutory exception)를

제외하고는 기소하는 측이 모든 입증책임을 부담한다고 판시함으로써 피고인의 입증책임을 부정하였다. 즉 Woolmington 사건은 살인사건의 경우 법률상 항상 악의(malice)가 추정되기 때문에 살인죄로 기소된 자는 자신이 계획적이고 악의적으로(willfully and maliciously) 살해하지 않았다는 사실을 입증해야 한다는 영국의 전통적인 판례⁷⁴⁾와 학설⁷⁵⁾을 뒤집은 것이다. 이 점에서 Woolmington 사건에 대한 영국 최고법원의 판례는 정신이상과 법률상 추정규정을 제외한 모든 사례에서 기소인 측이 입증해야 한다는 기본원칙을 구축한 것으로 평가되고 있다. 그러나 그 이후의 영국의 최고법원과 학설은, 기소인 측이 모든 입증책임을 부담한다는 Woolmington 법칙에 구속되면서도 이 사건이 역사적인 근거를 가지고 있지 않을 뿐만 아니라 매우 급진적이라고 비판하였다.

3. Woolmington 법칙의 예외

Woolmington 사건에서 영국의 최고법원은 정신이상(즉, 책임무능력: insanity)과 법률상의 추정(statutory expections)의 경우를 제외하고는 기소하는 측이 피고인의 유죄를 입증할 책임을 부담한다고 판시하였다. 그러나 Woolmington 법칙의 예외가 이 두 가지 사례에 국한되는 것인지에 관해서는 영국에서 여전히 논란이 되고 있다. 이와 관련하여 1960년대 이후로 영국의 법원실무에서는 입증책임이라는 상위개념 하에 설득책임(persuasive, legal, ultimate, probative burden)과 주장책임⁷⁶⁾(evidential, evidentiary, provisional, tactical burden)을 구별하고 있다. 이 중에서 주장책임이라는

74) R. v. Greenacre and Gale, (1837) 8 C. & P. 35, 42; 173 E.R. 388, 391(Tindal C.J.).

75) Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, §7.2.2. 525쪽 이하.

76) ‘evidential burden’에 관하여 우리나라 학설에서는 일반적으로 ‘증거제출책임’으로 번역되고 있지만, 이러한 번역은 입증책임과 유사하게 이해될 수 있다는 점에서 정확하게는 ‘주장책임’ 내지 ‘진술책임’으로 번역하는 것이 적합하다.

개념은 직업법관과 배심원의 역할이 구분되어 있는 배심제를 채택하고 있는 나라에서만 나타나는 특징이라는 견해⁷⁷⁾도 있다. 영국법원이 설득책임이나 주장책임을 피고인에게 부담시키는 이유로는, 입증해야 할 사정에 대해서는 통상적으로 피고인이 더 잘 알고 있으며 모든 사정을 기소하는 측이 입증하도록 하는 경우에는 많은 피고인들이 무죄로 석방될 가능성이 있기 때문이라고 한다.⁷⁸⁾

가. 설득책임과 주장책임

설득책임(persuasive burden)은 사실의 존부가 불명(non liquet)인 경우의 위험부담을 의미한다는 점에서 일반적으로 말하는 입증책임(burden of proof)과 그 의미가 유사하다. 즉, 설득책임은 증거가 이미 제출되어 있는 어느 특정한 사실의 진실성에 관하여 사실인정기관(배심)을 설득하여야 할 실제적인 부담을 말한다. 어느 당사자가 설득책임을 부담하는가에 대하여 Phipson은 원고이건 피고이건 쟁점의 긍정을 실제적으로 주장하는 자가 부담하고, 고정된 크기로 존재하며, 어떤 경우에도 설득책임을 전환되는 경우는 없다고 하였다.⁷⁹⁾ Woolmington 법칙에 의하면, 기소하는 측이 가벌성에 관한 모든 요소를 입증할 책임, 즉 설득책임을 부담한다. 이 경우 배심원이 가벌성에 관한 요소를 판단한 결과 합리적인 의심을 가지고 있는 경우에 피고인을 무죄로 석방해야 한다.

이에 반해 주장책임(evidential burden)은 어느 특정한 쟁점에 관하여 증거를 제출하여야 할 부담, 즉 계쟁사실에 관하여 자기에게 불리한 재판을 피하기 위하여 충분한 증거를 제출하여야 할 당사자의 책임을 말한다. 주장책임은 일방 당사자의 입증의 정도와 타방 당사자의 입증의 정도가 어

77) Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law in Ten Volumes*, §2487.

78) Mirfield, *The Legacy of Hunt*, 24쪽 이하.

79) Phipson, *on Evidence*, 4-04, 4-06.

느 쪽이 큰가에 따라서 전환될 수 있다. 따라서 주장책임은 소송당사자 간에 이전될 수 있는 입증책임이며, 어느 쪽의 입증이 더 큰가에 따라 전환된다. 그리고 이 ‘전환’의 출발점은 설득책임이다. 영국의 경우 소추인 측인 검사가 설득책임을 부담하기 때문에, 소추인 측이 개연성이 더 높은 증거를 제공하면 입증책임은 피고인 측으로 넘어가고, 피고인 측이 다시 더 개연성이 높은 자료로써 반격하면 소추인 측이 다시 입증책임을 부담하게 된다. 소추인 측이 더 이상 증거를 가지고 있지 않으면, 피고인은 무죄로 석방되고, 이 점에서 주장책임과 설득책임을 합쳐지게 된다. 그러나 주장책임과 설득책임을 별개로 존재하는 결과를 초래할 수도 있다. 예컨대 주장책임이 피고인 측으로 넘어 갔고 피고인이 이를 소추인 측에 되돌려 보낼 수 없을 경우를 들 수 있다.

단, 주장책임은 공소사실을 인정할 수 있거나 부정(또는 감정)할 수 있는 충분한 정도의 증거자료만 제출하면 된다. 또한 당사자 중 일방이 제출한 자료(예: 피고인에게 불리한 증인의 증언)로부터 충분한 내용이 도출되었으며 주장책임을 부담하는 측에 대하여 이 사실을 지적해 주는 것만으로도 충분하다. 주장책임의 분배는 설득책임의 분배에 아무런 영향을 끼치지 않는다. 정확하게 말하면 주장책임은 제출하지 아니한 관점을 배제함으로써 배심원이 고려해야 할 증거자료의 범위에만 영향을 주게 된다.

나. 정신이상과 기타 항변

영국의 보통법에 의하면, 피고인에게 대하여 입증책임과 입증의 위험이 부담되는 예는 피고인이 정신이상(Insanity)을 항변하는 사례에 국한된다.⁸⁰⁾ 즉, 정신이상으로 인한 책임무능력에 대해서는 피고인이 설득책임을

80) M^fNaghton's(M^fNaghton's) Case, (1843) 10 Cl. & Fin. 200, 210; 8 E. R. 718, 722 (H.L.); R v. Smith, (1910) 6 Cr. App. Rep. 19, 21(C.C.A.); Sodeman v. R., (1936) 2 All E. R. 1138, 1140(P.C.).

부담한다. 따라서 피고인이 행위시 책임무능력이었다는 점에 대하여 배심이 의심을 가지고 있는 경우에는 비록 제출된 증거자료를 전체적으로 고려해 볼 때 합리적인 의심 보다 더 많은 확신을 가질 수 있는 경우라도 유죄로 평결해야 한다. 영국에서 다른 항변들과는 달리 정신이상만을 특별하게 취급하는 이유에 관해서는 분명한 답을 구할 수 없다. 예컨대 정당방위, 명정, 강박, 돌발적 사고, 회피불가능성, 알리바이 등과 같은 책임을 감면하는 사정에 관해서는 피고인이 주장책임만을 부담한다. 따라서 공판법관이 정당방위의 사실적인 요건이 존재했었는지에 관한 문제를 배심에게 넘긴 사례에서 피고인이 증거자료를 충분하게 제출한 경우에는, 기소인 측이 피고인의 이러한 항변을 합리적 의심이 없도록 입증해야 한다. 정당방위의 요건이 충족되었는지에 관하여 배심이 의심을 가지는 경우에는 유죄 판결을 해서는 안 된다.

다. 법률상 추정규정의 허용

Woolmington 법칙의 또 다른 하나의 예외는 법률상의 예외, 즉 법률상의 추정규정이다. 영국의회는 경미범죄나 중범죄의 경우에 법률에서 명시적으로 피고인에게 특정한 사정에 대한 입증책임을 부담시키는 규정을 적지 않게 입법한 예가 있다. 이러한 법률상의 추정규정은 피고인이 반증을 제출하기 전까지 특정한 구성요건적 사정의 충족을 추정하도록 규정되어 있다. 이와 관련된 법률로는, 1916년의 부패예방법 제2절(Prevention of Corruption Act 1916: 공무원에 대한 금전의 교부를 수뢰로 추정), 1933년의 아동및청소년법 제99(2)절(Children and Young Persons Act 1933: 성범죄의 피해자가 미성년자였다는 추정), 1981년의 법정모욕에대한법률 제3(3)절(Contempt of Court Act 1981: 법원심리의 불법적 공개에 따른 엄격책임에 대한 항변으로서 고의의 부존재 내지 충분한 주의), 1988년의 지방

정부법 제38(2)절(Local Government Act 1988: 개를 점유한 자는 그 개의 소유자라는 추정), 1988년의 도로교통범죄법 제15(2)절(Road Traffic Offenders Act: 혈중알코올농도가 운전불능으로 증명되었다는 추정) 등이다. 이 규정들에 해당하는 모든 사례에서 피고인은 반대사실에 대한 증명, 즉 자신의 무죄에 대한 설득책임을 부담한다.

한편, 피고인에게 유리한 사정에 대한 입증도 피고인에게 부담시키는 법률 상 추정규정도 있다. 대표적으로, 1957년의 살인범죄법 제2(2)절(Homicide Act 1957: 한정책임능력), 1916년의 절도에대한법률 제28절(Larceny Act 1916: 야간에 침입도구의 소지에 대한 면책의 입증) 등이 있다.

일반적으로 약식절차로 처리되는 경미범죄나 단순한 질서위반사범(regulatory offences)의 경우에는 1980년의 치안법원법 제101절에 따라서 피고인이 유리한 모든 사정에 대한 입증책임을 부담한다. 물론 치안법원법 제101절은 Woolmington 법칙을 정면으로 위반한 것이지만, 종종 무시되고 있다고 한다.

제2절 미 국

식민지 모국이었던 영국에서 법원이 무죄추정원칙을 적용하기 이전부터 매사추세츠 식민지 일반의회(General Court of Massachusetts)는 1657년에 무죄추정을 민사소송과 형사소송에서 입증책임에 관한 규칙으로 확정해 바 있다. 그 결과 미국에서는 이미 18세기 후반기에 무죄추정이 모든 주에 확고하게 뿌리를 내리게 되었다.⁸¹⁾ 19세기 초부터 미국 법원은 무죄추정을 입증책임의 분배와 동일하게 이해했지만⁸²⁾, 무죄추정을 증거법을 초월

81) Carroll/Smith, *American Constitutional Rights*, 487쪽.

82) *Commonwealth v. Kimball*, 41 Mass. (24 Pick) 367, 373(1938); *Commonwealth v.*

하는 일반적 소송원칙으로 이해하는 견해는 거의 존재하지 않았다. 그러나 이러한 사정은 20세기에 접어들어서면서 부터 바뀌게 되었다. 미국 연방대법원은 Coffin v. United States 사건⁸³⁾에서 무죄추정원칙을 강조하기 시작하였으며, 1930년대 이후로는 무죄추정의 범위와 효력에 관한 헌법재판이 증가하기 시작하였고, 이러한 경향은 1960년대 이후로 다시 한 번 더 강화되고 있다.

1. 법적 근거

미국 헌법에는 무죄추정원칙이 명시되어 있지 않다. 그러나 미국 연방대법원은 수많은 판례를 통하여 무죄추정원칙이 헌법 개정 제5조 및 제14조의 적법절차조항을 구체화하는 절차의 공정성에 대한 권리의 본질적 내용이라고 판시함으로써 불문의 헌법원리라는 점을 명백히 밝히고 있다.⁸⁴⁾ 특히 Estelle v. Williams 사건에서는 “비록 무죄추정이 헌법에 명시되어 있지 않지만, 우리의 형사사법체계 하에서 공정한 절차의 기초적인 요소에 해당한다”(The presumption of innocence, although not articulated in the Constitution, is a basic component of a fair trial under our system of criminal justice)고 판시하였다.⁸⁵⁾ 미국에서 무죄추정원칙은 오늘날 보통법의 한 내용으로 승인을 받고 있을 뿐만 아니라 일부 주에서는 헌법이나

Webster, 59 Mass. (5 Cush.) 295, 320(1850); Patterson v. State, 21 Ala. 571, 572 (1852).

83) Coffin v. United States, 156 U.S. 432, 15 S. Ct. 394(1895); 그 이후의 판례로는 Allen v. United States, 164 U.S. 492, 17 S. Ct. 500(1896); Lilienthal's Tobacco v. United States, 97 U.S. 237(1877); Kirby v. United States, 174 U.S. 47, 19 S. Ct. 574(1899); Holt v. United States, 218 U.S. 245, 31 S. Ct. 2, 54 L. Ed 1021(1910); United States v. Di Re, 332 U.S. 581(1948); Brubacker v. United States, 183 F.2d 894(6th Cir. 1950); Washington v. Clemmer, 339 F.2d 725(D.C.Cir. 1964).

84) Coffin v. United States, 156 U.S. 432, 15 S. Ct. 394(1895)

85) Estelle v. Williams, 425 U.S. 501, 96 S. Ct. 1691, 48 L. Ed. 2d 126(1976).

개별 법률에서 명시적으로 규정하고 있다.⁸⁶⁾ 예컨대 연방모범형법전 증거법⁸⁷⁾에서는, “어느 누구도 범죄의 개별적 요소가 합리적 의심을 넘을 정도로 입증되지 않는 한 그 범죄로 선고받지 않는다. 범죄의 증거가 존재하지 않는 경우에는 피고인의 무죄가 추정된다”는 형식으로 무죄추정원칙을 명시하고 있다. 현재 약 20개 이상의 주에서 무죄추정원칙을 연방모범형법전 Sec. 1.12(I)의 내용과 유사하게 규정하고 있다.

무죄추정의 규범적 내용에 관하여 학설은 형사절차의 출발점에서 국가 형벌권보다 열세에 있는 피고인의 지위가 무죄추정을 통하여 상쇄된다는 견해⁸⁸⁾에서부터, 무죄추정은 ‘개념상의 변종’(conceptually anomalous)이며 실무에서 중요하지도 않을 뿐만 아니라 단지 공정하고 주의 깊은 증거평가를 가능하게 한다는 의미의 수사적(修辭的) 기능만 가진다고 이해하는 견해⁸⁹⁾에 이르기 까지 다양하다. 그러나 무죄추정원칙에 관한 미국 학계의 통설은 무죄추정이 입증책임의 분배와 입증의 정도(합리적 의심의 기준)에 국한되어 적용된다고 이해하고 있다. 즉, 구속은 무죄추정원칙에 위배되는 것이 아니라고 한다. 그렇지 않으면 전래적인 구속사유인 도주의 위험이나 증거인멸의 위험도 무죄추정으로 인하여 허용되지 않을 뿐만 아니라 전통적으로 형사소송 개시 이전에 피의자·피고인을 보호하기 위한 수단으로는 무죄추정원칙 보다는 보석이나 인신보호영장에 더 많이 의존해 왔다는 것이 그 이유이다.⁹⁰⁾ 심지어 McCormick⁹¹⁾과 Wigmore⁹²⁾는 무

86) 미국의 실정법상 무죄추정원칙에 관한 개관으로는 Wharton, *Wharton's Criminal Evidence*, §36을 참조; 또한 캘리포니아주 형법 제1096조에도 무죄추정이 규정되어 있다.

87) Model Penal Code, Official Draft, 1962, Sec. 1.12(I): “No person may be convicted of an offense unless each element of such offense is proved beyond a reasonable doubt. In the absence of such proof, the innocence of the defendant is assumed”.

88) Horwatt, *An Attorney Ist Not A Rolls-Royce*, 174쪽.

89) Fletcher, *The Presumption of Innocence in the Soviet Union*, 1203쪽.

90) Fletcher, *Ibid*, 1212쪽 이하; Mitchell, *Bail Reform and the Constitutionality of Pretrial Detention*, 1231쪽; Berman, *The Presumption of Innocence: Another Reply*, 623쪽.

91) McCormick, *McCormick On Evidence*, 1992, 453쪽.

92) Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law in Ten Volumes*, vol. 9, §2511.

죄추정이 입증책임과 입증의 정도에 관한 실체적 규칙의 또 다른 이름 내지 잘못된 명칭에 불과하다고 보면서 무죄추정원칙의 진정한 의미내용을 부정한다. 이 점에서 미국에서 무죄추정원칙은 합리적이고 공정한 진실발견을 보장하는 증거법상의 원칙에 불과하다고 이해하는 것이 일반적이다.

2. 재판단계에서 무죄추정원칙

다른 보통법 국가와 마찬가지로 미국에서도 피고인이 무죄를 주장하거나 묵비하는 경우,⁹³⁾ 즉 유죄답변(guilty plea)을 통하여 소송과 무죄추정을 포기하지 않는 경우에만 형사소송이 개시된다. 형사소송의 기본적인 입증책임의 구조는, 공소제기자(대부분의 경우 검사)가 피고인의 책임을 증명해야하고, 입증의 정도는 합리적 의심을 넘어서는 정도(beyond reasonable doubt)로 피고인의 책임이 입증되어야 한다는 점이다. 연방대법원은 이 원칙을 헌법 개정 제5조(자기부죄금지)⁹⁴⁾ 및 개정 제14조의 적법절차의 구성요소로 보고 있다.

가. 입증책임 및 입증의 정도

미국에서 입증책임과 입증의 정도에 관한 규칙은 무죄추정원칙의 본질적 내용으로 간주되고 있다. 무죄추정원칙의 내용으로 간주되는 합리적 의

93) Federal Rules of Criminal Procedure, Rule II(a)(I)

94) 미국 헌법개정 제5조의 자기부죄금지, “...누구든지 어떤 형사사건에서도 자기에게 불리한 증언을 강요당하지 아니한다”(No person shall...be compelled in any criminal case to be a witness against himself...)고 규정하고 있다. 그러나 미국의 통설은 자기부죄금지와 법률상 책임추정은 관련이 없는 것으로 이해하고 있다. 법률상 책임이 추정된다고 하여 피고인이 진술을 강요당하는 것은 아니기 때문이라는 것이 그 이유다. 이에 관해서는 *Barnes v. United States*, 412 U.S. 837, 93 S. Ct. 2357, 37 L. Ed. 2d 380(1973); *Turner v. United States*, 396 U.S. 398, 90 S. Ct. 642, 24 L. Ed. 2d 610(1970); *Yee Hem v. United States*, 268 U.S. 178, 45 S. Ct. 470, 69 L. Ed. 904(1925)

심이 없을 정도의 증명(proof beyond a resonable doubt)은 형법적 비난의 근거가 되는 모든 요소와 관련되어 있으며 이러한 요소들은 공정한 절차에서 합리적 의심을 넘어서는 정도의 입증을 통해서만 인정될 수 있다.⁹⁵⁾ 단순한 혐의만으로 피고인의 책임을 인정해서는 안 된다. 따라서 증거가 불충분한 경우에는 피고인의 이익으로 해결되어야 한다. 물론 합리적 의심의 기준(reasonable-doubt standards)이 항상 무죄추정원칙과 결부되어 있는 것은 아니지만⁹⁶⁾, 무죄추정의 표현 내지는 무죄추정에 대한 실체성을 부여하는 규범으로 이해되고 있다. 이 점에서 합리적 의심의 기준은 재판의 오류를 줄이는 것을 본질적인 과제로 삼고 있다. 합리적 의심의 기준은 헌법 개정 제14조를 통하여 개별 주의 법에도 적용될 뿐만 아니라 소년사건에 대해서도 적용된다.

나. 법률상 추정의 허용성

법률상 추정을 통한 입증책임의 분배는 영국에서와 마찬가지로 무죄추정원칙의 범위 속에서 논의되고 있다. 법률상 추정규정은 이미 식민지시대의 제 법률에서 나타났다. 이 법률들은 피고인이 선서를 통하여 자신의 결백을 밝히지 않는 경우에는 공소제기가 증거로 충분하다고 규정하고 있었다. 피고인에게 부담이 되는 추정은 한편으로는 식민지 모국이었던 영국법의 추정을 계수한 것이며, 다른 한편으로는 연방법률 또는 각 주법에 규정되어 있다. 이러한 법률상 추정규정은 특히 주관적 불법요소나 증명하기 어려운 불법요소를 증명함에 있어 입증을 경감시키는 데 도움을 준다.

미국 연방대법원은 증거법에 관한 연방의 입법권은 추정에 관한 입법을

95) In re Winship, 397 U.S. 357, 90 S. Ct. 1068, 25 L. Ed. 2d 368(1970)

96) Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law in Ten Volumes*, vol. 9, §2511; 또한 합리적 의심의 기준에 관한 개별적인 내용은 Diamond, *Note: Reasonable Doubt*, 1716쪽 이하 참조.

포함하며 무죄추정은 보통법이나 성문법의 추정을 금지하는 것이 아니라 판시하면서도 이러한 추정이 아무런 한계 없이 인정되는 것은 아니라 헌법의 통제를 받는다는 점을 분명하게 밝히고 있다.⁹⁷⁾ 여기서 특정한 추정이 헌법에 위반되는지의 여부를 판단하는 심사기준으로는, 헌법 개정 제 5조의 자기부죄금지⁹⁸⁾와 적법절차조항에서 도출되는 합리적 의심이 없는 증명의 요구 및 헌법 개정 제6조⁹⁹⁾에 규정된 배심재판을 받을 형사피고인의 권리이다.

다. 사실상 추정의 허용성

형사사건에서는 소추하는 측(즉, 검사)이 범죄사실의 모든 요소를 합리적 의심이 없을 정도로 입증해야 하기 때문에 피고인은 입증책임과 관련하여 설득책임이나 주장책임을 부담하지 않는다.¹⁰⁰⁾ 따라서 형사사건에서의 추정은 대부분 허용되는 추론(Permissive inference)과 관련을 가지고 있다. 허용되는 추론은 피고인에게 주장책임만을 요구한다. 그러나 허용되는 추론이 배심으로 하여금 증거상황에 기초하여 비합리적인 결론의 도출을 허용할 경우에는 무죄추정원칙에 반할 수 있다.¹⁰¹⁾ 미국모범형법전 제

97) *McFarland v. American Sugar Refining Co.*, 241 U.S. 79, 36 S. Ct. 498(1916); *Yee Hem v. United States*, 268 U.S. 178, 45 S. Ct. 470, 69 L. Ed. 904(1925); *Morissette v. United States*, 342 U.S. 246, 72 S. Ct. 240, 96 L. Ed. 288(1952); *Speiser v. Randall*, 357 U.S. 513, 78 S. Ct. 1332, 2 L. Ed. 2d 1460(1958).

98) *Quinn v. United States*, 349 U.S. 155, 162; 75 S. Ct. 668, 673(1955). 그러나 미국의 통설은 책임추정이 자기부죄금지와 관련성을 가지지 않는다고 한다. 책임추정이 있는 경우에도 피고인은 진술을 강요당하지 않기 때문이라는 것이다. 이에 관해서는 *Nesson, Reasonable Doubt and Permissive Inferences*, 1978-1979, 1208쪽 이하 및 1210쪽 이하

99) 미국 헌법개정 제6조의 형사피고인의 권리는, “모든 형사소추에 있어 피고인은 범죄가 행하여진 州와 법률로 미리 규정되어 있는 地區의 공정한 배심에 의하여 신속한 공개 재판을 받을 권리...가 있다”(In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the state and district wherein the crime shall have been committed...)고 규정하고 있다.

100) 설득책임과 주장책임의 개념에 관해서는 본장 제1절(영국) 참조.

1.12조 제5항도 배심재판을 받을 권리와 의심이 없는 유죄입증을 보장하기 위하여 형법상의 추정을 원칙적으로 허용되는 추론(permissive inferences)으로 해석되고 있다. 원래 추론이란 증거의 의미에 관하여 사실심리자가 결론에 도달할 때까지의 사고과정을 말한다. 예컨대 피고인이 자동차를 운전하다가 피해자를 치었을 때 피고인에게 과실이 있는지의 여부는, 기존에 제출되어 있는 증거 예컨대 과속, 충돌직전에 한눈을 판 사실, 사고 직후에 잘못을 시인한 사실 등을 종합하여 사실 심리자인 배심이 추론에 의하여 결론을 내려야 한다. 따라서 추론의 도출은, 사실심리자인 배심의 재량에 속하는 사항으로서 반드시 추론을 도출할 필요는 없다. 즉, 제출된 증거로부터 추론을 도출하는 것이 가능한가의 여부는 법원이 결정하여야 할 법률문제이지만, 어떠한 추론을 끌어낼 것인가는 배심이 결정할 사항이다.

지금까지의 미국에서 연방대법원과 하급심 판례에서 근거가 없는 것으로 판시된 추정의 예를 보면, 불법양조장에 현존하고 있었다는 사실로부터 그 양조장의 소유자 또는 관리자로 추정하는 것¹⁰²⁾, 마리화나¹⁰³⁾나 코카인¹⁰⁴⁾을 소지한 사실로부터 그 마리화나나 코카인이 불법적으로 수입된 것으로 추정하는 것, 전과자가 무기를 소지했다는 사실로부터 그 무기가 외국에서 수입된 것으로 추정하는 것¹⁰⁵⁾, 장전된 총을 불법적으로 휴대한 사실로부터 그 총이 입증된 범행에 사용할 의도를 추정하는 것¹⁰⁶⁾ 등이다.

한편, 추정이 근거 있는 것으로 계속 유지되고 있는 판례를 예로 들면, 훔친 물건의 소유권에 대하여 충분히 해명되지 않았다는 사실로부터 절도범으로 추정하는 것¹⁰⁷⁾, 아편의 소지 사실로부터 그 아편이 불법적으로

101) *Morissetti v. United States*, 342 U.S. 246, 275; 72 S. Ct. 240; 96 L. Ed. 288(1952)

102) *United States v. Romano*, 382 U.S. 136, 139; 86 S. Ct. 279, 281; 15 L. Ed. 2d 210(1965)

103) *Leary v. United States*, 395 U.S. 6, 37; 89 S. Ct. 1532, 1548; 23 L. Ed. 2d 57(1969)

104) *Turner v. United States*, 396 U.S. 398, 422; 90 S. Ct. 642, 655; 24 L. Ed. 2d 610(1971)

105) *Tot v. United States*, 319 U.S. 463; 63 S. Ct. 1241(1943)

106) *State v. Odom*, 520 P.2d 152, 156; 83 Wash. 2d 541(S. Ct. Wash. 1974)

107) *Barnes v. United States*, 412 U.S. 837; 93 S. Ct. 2357; 37 L. Ed. 2d 380(1973)

수입되었다는 추정,¹⁰⁸⁾ 불법적인 양조장에 현존하고 있었다는 사실로부터 불법적인 양조행위를 했다는 추정,¹⁰⁹⁾ 건물에 무단 침입한 사실로부터 범최고의의 추정,¹¹⁰⁾ 권총을 소지한 사실로부터 범최고의의 추정¹¹¹⁾ 등이다.

어쨌든 형사사건을 심리하는 공판법관은 배심에 대하여 피고인에게 불리한 추정사실을 반드시 인정해야 한다고 설시(instruction)할 수는 없다. 따라서 어떤 추정사실의 존재가 배심에게 제출된 경우에는, 법관은 배심에게 기초사실을 추정사실에 대한 충분한 증거로서 인정할 수는 있으나 법률상 반드시 그렇게 인정해야 하는 것은 아님을 설시해야 한다. 만일 추정사실이 유죄 또는 범죄의 요소를 입증하거나 항변을 부정할 경우에는, 그 기초사실의 존재를 합리적 의심을 넘을 정도로 입증해야 한다.¹¹²⁾

3. 재판전 단계에서 무죄추정원칙

미국에서 무죄추정원칙이 자기부죄금지와 같이 피의자의 재판전 단계의 권리목록에 포함되는지에 관하여 학설과 관례에서는 특히 무죄추정과 구속과의 관계를 둘러싸고 집중적인 논의가 전개되었다.

가. 초기 관례의 경향

미국의 경우 연방법에서 뿐만 아니라 개별 주법도 중범죄(capital offenses)의 경우에 도주의 위험이나 증인 또는 배심원에 대한 부당한 영향을 미칠 위험이 있는 경우에 구속(즉, 공판전 구금: pretrial detention,

108) *Yee Hem v. United States*, 268 U.S. 178; 45 S. Ct. 470; 69 L. Ed. 2d 904(1925)

109) *United States v. Gainey*, 380 U.S. 63, 64; 85 S. Ct. 754, 756; 13 L. Ed. 2d 568(1965)

110) *Fritz v. State*, 86 Nev. 655, 658; 474 P. 2d 377(1970); *State v. Galen*, 5 Wash.App. 353, 359; 487 P.2d 273(1971)

111) *People v. Terra*, 303 N.Y. 332, 334(1951)

112) 예컨대 캘리포니아주 증거법 제607조(California Evidence Code §607).

custody)이 거의 예외 없이 인정되고 있다. 그러나 재판전 단계에서도 무죄추정원칙이 적용되며, 보석제도를 무죄추정원칙의 제도적 표현이라고 이해하는 판례¹¹³⁾도 나왔고, 일체의 유형의 구금을 그 목적과는 무관하게 형벌로 보는 판례¹¹⁴⁾도 있었다. 이러한 경향은 1951년에 연방대법원이 *Stack v. Boyle*¹¹⁵⁾ 사건에 대한 판결문 방론에서 “유죄판결 이전의 자유에 대한 권리는 변호를 방해받지 않고 준비할 수 있도록 해 주며 유죄판결 이전의 형벌 효과를 방지하는데 기여하는 것이다. …만일 보석을 받을 권리가 유지되지 않는다면 수세기에 걸친 투쟁 끝에 획득한 무죄추정원칙은 그 의미를 상실하게 될 것이다”¹¹⁶⁾라고 언급한 점을 보면 분명하게 알 수 있다. 나아가 보석을 불허하는 이유를 국가가 입증해야 한다고 함으로써 개별 사건에서 보석에 의한 석방의 요건에 대해서도 무죄추정원칙이 적용되기도 했다.¹¹⁷⁾

그 결과 다수의 연방법원은 자유를 제한하는 미결구금의 조건에 대하여 엄격한 기준(이른바 ‘절박한 필요성의 기준’: compelling necessity-standards)에 따라서 판단했다. 미결구금자는 무죄추정에 기하여 보석된 피의자나 일반인과 동일한 권리를 향유한다고 보았기 때문이다. 이러한 기준에 따르면, 피의자의 법원출두를 확보하고 구금시설내의 안전 확보에 필수불가결한 기본권제한만 허용되며¹¹⁸⁾, 교도당국의 행정적·재정적 사유는 수용자의

113) 구속과 관련하여 무죄추정을 주장한 판례로는 *Heikkinen v. United States*, 208 F. 2d 738(7th Cir. 1953); *State v. Konigsberg*, 164 A. 2d 740, 33 N.J. 367(1960); *Long v. Hamilton*, 467 S.W. 2d 139, (Ky. App. 1971); *United States v. Alston*, 412 A. 2d 351(D.C. 1980).

114) *United States v. Brown*, 381 U.S. 437, 85 S. Ct. 1707(1965)

115) 342 U.S. 1, 4; 72 S.Ct. 1; 96 L. Ed. 1(1951).

116) “This traditional right to freedom before conviction permits the unhampered of a defence, and severs to prevent the infliction of punishment prior to conviction. ...Unless this right to bail is preserved, the presumption of innocence, secured only after centuries of struggle, would lose its meaning”

117) *State v. Konigsberg*, 164 A. 2d 740, 33 N.J. 362(1960)

118) *Detainees of the Brooklyn House of Detention For Men v. Malcom*, 520 F. 2d 392(2d Cir. 1975); *Inmates of Milwaukee County Jail v. Petersen*, 353 F. Supp.

권리를 축소할 충분한 이유가 되지 못한다. 또한 구속 상태에 있는 피의자를 기결수 보다 더 열악한 구금조건에 처해서는 안 될 뿐만 아니라 어떠한 교정처분도 허용되지 않는다고 판시한 판례¹¹⁹⁾도 나왔다.

나아가 1987년에 콜롬비아 특별순회구 연방항소법원(U.S. Court of Appeals for the District of Columbia)은 *Campbell v. McGruder* 사건¹²⁰⁾에서, 무죄추정이 구속에 적용되지 않는다는 견해는 원초적으로(profoundly) 잘못 해석된 것이라는 전제에서, 무죄추정의 헌법원칙과 형사소송의 실행을 위한 구속의 허용이라는 헌법원칙 간에 원초적인 모순관계가 존재하다는 점을 확인하면서, 국가가 소송기일에 피고인의 출두를 확보하기 위하여 필요한 조치를 취할 수 있다면, 그것은 가택구금이 유일하게 허용되는 수단이라고 보았다.

그러나 콜롬비아 특별순회구 연방항소법원의 판례에 대하여, 학설에서는 무죄추정을 구속에 적용하는 경우에는 도주위험이나 증거인멸과 같은 전통적인 구속사유도 허용되지 않게 되고, 미국의 전통에서 보면 재판 이전 단계에서 피의자의 권리는 무죄추정원칙 보다는 보석이나 인신보호영장을 통하여 더 많이 보호되어 왔다는 비판도 제기되었다.¹²¹⁾ 이와 같은 맥락에서 1974년에 콜롬비아 특별구 항소법원(District of Columbia Court of Appeals)은 무죄추정원칙이 구속의 판단에 아무런 기준을 제공하지 않는다고 판시한 바 있다.¹²²⁾

1157(E. D. Wis. 1973)

119) *Marcera v. Chinlund*, 595 F. 2d 1231(2d Cir. 1979); 그러나 이 판례에서는 기결수와 미결수의 분리 또는 무죄추정에 기초한 미결수의 더 나은 처우는 요구되지 않았다. 오히려 미국의 형사사법 실무에서 구금의 기준을 설정함에 있어서는 행정적이고 예산에 관련된 문제가 우선적으로 고려되기 때문에 미결수는 일반적으로 기결수와 함께 수용되고 있으며, 구금조건 측면에서도 기결수 보다 더 열악한 것이 현실이다. 미결구금은 일반적으로 자치단체의 구금시설에서 집행되는 반면, 기결수는 구금상태가 비교적 양호한 국립 교도소나 연방교도소에서 집행되기 때문이다.

120) *Campbell v. McGruder*, 580 F. 2d 521(D.C. Cir. 1978)

121) Berman, *The Presumption of Innocence*, 623쪽; Mitchell, *Bail Reform and the Constitutionality of Pretrial Detention*, 1231쪽.

나. 연방대법원의 Bell v. Wolfish 사건에 대한 판단

결국 무죄추정이 재판전 단계에 적용될 수 있는지의 문제에 대해서는 1979년의 연방대법원 판결을 통하여 일단락 나게 된다. 연방대법원은 Bell v. Wolfish 사건¹²³⁾에서 무죄추정이 단지 재판절차에서 형사피고인의 입증책임에 관련을 가질 뿐, 재판전 단계에서는 적용되지 않는다는 점을 명확하게 판시하였다.

이 사건은 뉴욕의 한 구치소에 수감 중이던 형사피의자·피고인들이 구치소에서의 고통과 알몸수색 등의 권리제한에 대하여 대표당사자소송(class action)을 제기한 것인데, 하급심 법원¹²⁴⁾은 몇몇 문제된 권리제한이 무죄추정에 기초한 엄격한 구금생활의 조건(절박한 필요성의 기준)을 지키지 않았다는 점을 들어 헌법에 위반된다고 판시하였다. 그러나 연방대법원은 구금시설에 대하여 책임을 지는 기관이 구금시설 내에서 생활을 규율할 관할권을 가지고 있을 뿐만 아니라 구금생활의 조건을 보다 더 잘 규율할 수 있기 때문에 하급심 법원이 엄격한 구금생활의 조건을 적용하는 것은 권력분립의 원리를 위반한 것이며, 무죄추정원칙은 구금조건에 적용되지 않기 때문에 구금생활의 엄격한 기준은 무죄추정원칙에서 요구되는 것이 아니라고 판시하였다.¹²⁵⁾ 구체적으로 연방대법원은, “무죄추정이 우리의 형사사법체계에서 중요한 역할을 담당한다는 데 의심의 여지가 없다. 피고인에게 유리한 무죄의 추정이라는 이 원칙은 의심의 여지가 없는 법칙이고, 공리이자 핵심이며, 무죄추정의 실현은 우리의 형사법운용의 초석이라 할 수 있다. 그러나 무죄추정원칙은 재판전 단계에서 피구금자의

122) Blunt v. United States, 322 A.2d 579, 584(D.C. 1974).

123) Bell v. Wolfish, 441 U.S. 520, 99 S. Ct. 1861, 60 L. Ed. 2d 447(1979)

124) United States ex rel. Wolfish v. Levi, 439 F. Supp. 114 (1977); Wolfish v. Levi, 573 F. 2d 118 (2d Cir. 1978)

125) Bell v. Wolfish, 441 U.S. 562, 99 S. Ct. 1886, 60 L. Ed. 2d 447(1979)

권리를 판단하는 데 적용되는 것이 아니다”¹²⁶⁾라고 명시적으로 확인하였다. 이러한 이해에 기초하여 연방대법원은 구치소 내에서의 알몸수색을 위해서는 피의자의 체포·수색 등에서 요구되는 헌법 개정 제4조의 ‘상당한 이유’가 필요하지 않다고 판시함으로써 구금시설내의 신체자유의 침해요건을 완화하였으며 알몸수색을 허용하는 범죄의 종류에 대해서도 아무런 제한을 두지 않았다.¹²⁷⁾ 결국 연방대법원의 판결내용으로부터 구속된 피의자나 피고인은 극단적인 사례를 제외하면 구금조건의 제한에 대하여 법원의 보호를 받을 수 없다는 결론이 도출된다.¹²⁸⁾

다. 예방구속에 대한 무죄추정원칙의 적용배제

예방구속이란 법원이 피고인의 석방에 의하여 사회의 안전이 위협받을 것이라는 판단을 근거로 피고인에게 보석을 허가하지 아니하고 구금을 명하는 것을 말한다.¹²⁹⁾ 미국에서는 1960년대 후반, 특히 1968년의 대통령선거를 계기로 증가하는 범죄율을 저감시키기 위한 입법프로젝트가 논의된다. 그 결과 1984년의 연방보석개혁법(Federal Bail Reform Act 1984)은

126) “Without question, the presumption of innocence plays an important role in our criminal justice system. The principle that there is a presumption of innocence in favor of the accused is the undoubted law, axiomatic and elementary, and its enforcement lies at the foundation of the administration of our criminal law. But it has no application to a determination of the rights of a pretrial detainee during confinement before his trial has even begun.”

127) 이에 반해 Marshall 판사와 Powell 판사의 소수견해(Id at 563, 571, 574, 579) 및 Stevens 판사와 Brennan 판사의 소수견해(id at 582)는 재판이전의 단계에서도 무죄추정이 적용될 수 있다는 입장을 유지하였다.

128) Bosworth, *Pretrial Detainment: The Fruitless Search for the Presumption of Innocence*, 286쪽.

129) 미국의 경우 구속사유를 창설함에 있어 일차적으로 제기되는 문제는 구속을 강제하는 것이 허용되는지, 헌법 개정 제8조에 따라서 보석권을 반드시 인정해야 하는지의 여부이다. 그러나 미국 헌법 개정 제8조는 단지 “과다한 보석이 요구되어서는 안 된다”(Excessive bail shall not be required)라고 규정하고 있을 뿐이므로 피의자나 피고인에게 보석권이 어디까지 인정되는지 논란이 되고 있다.

제3142조 제e항을 통하여 ‘예방구속’(preventive detention)을 구속사유로 신설하게 되었다. 이에 따라 법원은 도주 또는 재범의 위험성이 심각한 경우에는 구속기간의 확정도 없이 보석을 불허하는 구속을 명할 수 있다[18 U.S.C. 3142(e), (f)]. 예방구속의 대상이 되는 범죄는 연방보석개혁법에 4가지 군¹³⁰⁾으로 열거되어 있다. 이러한 범죄의 경우에 검사의 청구가 있으면, 법원은 어떠한 석방 조건이 피고인의 출석과 타인 및 사회의 안전을 합리적으로 보증할 수 있는가를 결정하기 위하여 구속에 관한 심리를 하여야 한다[(18 U.S.C. 3142(f). (1)]. 또한 법원은 피고인이 도주할 위험성이 심각한 경우나 피고인이 사법절차의 방해 내지 방해 시도, 장래의 증인이나 배심원에 대한 협박이나 침해, 또는 그러한 시도를 행할 위험성이 심각한 경우에는 직권으로 심리를 행할 수 있다[18 U.S.C. 3142(f). (2)].

그러나 연방보석개혁법에 신설된 예방구속의 요건에 대하여 학계에서는 보석을 받을 권리와 적법절차에 대한 위반이라는 지적이 나왔다. 결국 보석을 불허하고 구속기간의 한계를 두지 않는 연방보석개혁법상의 예방구속의 위헌성은 연방대법원에서 문제되었는데, 연방대법원은 1987년 *United State v. Salerno* 사건¹³¹⁾에서 구속기간의 한계가 없는 예방구속조항이 적법절차의 본질적 내용을 침해하였기 때문에 위헌이라고 판시한 하급심 판결¹³²⁾을 기각하였다. 예방구속을 규정한 연방보석개정법 제3142조 제e항은 범죄를 예방하고 사회의 안전을 보장하는 데 대한 정부의 이익이 개인의 자유라는 이익보다 더 크며, 적법절차의 본질적 내용을 침해하지 않았을 뿐만 아니라 예방구속은 형벌이 아니라 일종의 경찰법적 조치(regulatory

130) a) 폭력범죄(crime of violence), b) 형의 상한이 무기징역 또는 사형인 범죄, c) 약물규제법(Controlled Substances Act: 21 U.S.C. 801), 규제약물의 수출입에 관한 법(Controlled Substances Import and Export Act : 21 U.S.C. 951), 1980년 9월 15일 법률 제1조(21 U.S.C. 955a)에 형의 상한이 10년 이상으로 규정되어 있는 범죄, d) 앞에서 언급한 유형의 범죄로 2회 이상 유죄판결을 받은 피고인에 의한 중죄

131) *United States v. Salerno*, 481 U.S. 739, 107 S. Ct. 2095, 95 L. Ed. 2d 697(1987)

132) *United States v. Salerno*, 794 F. 2d 64(2nd Cir. 1986)

measure)에 해당하기 때문이라는 것이었다.

종합해 보면, 미국 연방대법원이 Bell v. Wolfish 사건에서 무죄추정의 적용범위를 재판단계에만 국한시키는 판결을 내 놓은 이후로 현재 무죄추정은 구속 및 피의자·피고인의 구금생활의 조건과 관련하여 더 이상 논의되지 않고 있다.¹³³⁾

제3절 독일

독일에서 무죄추정원칙은 계몽기의 자연법론과 이성법론에 따라서 활발하게 논의되었다. 그러나 17세기부터 전개되어 온 무죄추정원칙은 지금까지도 분명한 의견의 합치 없이 그 구체적 의미내용에 관하여 다양한 해석과 논쟁이 일어나고 있으며, 실무에서 그 실천적 기능의 중요성에도 불구하고 실제로 법원의 소송에서 문제되는 사례는 그다지 많이 존재하지 않는다. 오늘날 독일의 헌법학과 형사법학계는 무죄추정원칙을 형사절차 전반을 지배하는 원리로 이해하는 것이 일반적이지만, (법기술적인) ‘19세기의 유물’ 또는 ‘불명확하고 감정적인 호소’에 불과하다고 하여 무죄추정이 불필요하다고 비판하는 소수견해¹³⁴⁾도 있다.

1. 무죄추정원칙에 대한 일반적 이해

가. 법적 근거

독일은 성문법을 기본으로 하는 대륙법계임에도 불구하고 기본법에 무

133) LaFave & Israel, *Criminal Procedure*, §12.3(c), 610쪽; Jett, *Note: The Loss of Innocence*, 832쪽; Hansen, *When Worlds Collide*, 197-199쪽; Reems, *United States v. Salerno*, 704쪽.

134) Montenbruck, *In dubio pro reo*, 190쪽.

죄추정원칙에 관한 명문의 규정이 존재하지 않는다. 물론 독일은 1952년 8월 7일자 동의법¹³⁵⁾(Zustimmungsgesetz)을 통하여 유럽인권협약을 비준함으로써 동 협약 제6조 제2항의 무죄추정원칙이 지금까지 독일 연방에 적용되고 있으며, 1976에는 UN국제인권규약에 가입하여 동 규약 제14조 제2항의 무죄추정규정이 여전히 효력을 발하고 있다. 그러나 독일의 다수견해에 의하면, 유럽인권규약과 UN인권규약은 독일 내에서 법률적 서열을 가질 뿐 헌법적 차원의 서열을 인정되지 않고 있다.¹³⁶⁾ 독일 국내법에서 무죄추정원칙은 개별 주의 헌법¹³⁷⁾에 명문화되어 있을 뿐이다.

그러나 독일의 학계와 판례는 무죄추정원칙이 헌법의 구성요소라는 점에 합의를 보고 있다. 특히 독일 연방헌법재판소는 판례의 일관된 입장을 통하여 무죄추정원칙이 법치국가원리의 구체적 표현이라고 판시하고 있다.¹³⁸⁾ 학설에서는 무죄추정원칙의 근거를 인간존엄성(기본법 제1조 제1항), 보편적 인격권(기본법 제1조 제1항, 제2조 제1항), 법치국가원리(기본법 제20조 제3항), 일반적으로 승인된 국제법규(기본법 제25조), 비례원칙, 죄형법정주의(기본법 제103조 제2항), 책임원칙 등에서 도출하고 있다.¹³⁹⁾

135) BGBl. 1952 II, 685; 이 동의법은 1953년 9월 3일자로 독일 연방 전역에 발효되었다.

136) 물론 유럽인권협약과 UN인권협약의 법적 성질에 관하여 독일에서는 기본법 제25조에 규정된 일반적으로 승인된 국제법규라는 점을 들어 법률과 기본법 사이의 서열을 차지하고 있다는 소수설도 있다. Köster, *Die Rechtsvermutung der Unschuld*, 135쪽 이하; Paeffgen, *Vorüberlegungen zu einer Dogmatik der Untersuchungshaft-Rechts*, 62쪽 이하.

137) 베를린 주 헌법 제65조 제2항, 브란덴부르크 주 헌법 제53조 제2항, 브레멘 주 헌법 제6조 제3항, 자알란트 주 헌법 제14조 제2항, 라인란트-팔츠 주 헌법 제6조 제3항 2문, 헤센 주 헌법 제20조 제2항 1문.

138) BVerfGE 19, 342(347); 22, 254(265); 25, 327(331); 35, 311(320); 74, 358(370); 82, 106(114); BVerfG NJW 1988, 1715; 1992, 1612; 1992, 2011; 1994, 377; NStZ 1987, 118; 1991, 30; 1992, 289, 290.

139) 학설의 개별적인 내용 및 관련문헌은 Stuckenberg, *Untersuchungen zur Unschuldsvermutung*, 48-53쪽 참조.

나. 무죄추정원칙의 적용범위

무죄추정의 사항적 적용범위와 관련하여 독일에서는 형법에만 적용된다고 이해하는 것이 통설적 견해다.¹⁴⁰⁾ 다만, 무죄추정이 모든 범질서에 적용되며, 私人에 대해서도 적용된다는 소수설¹⁴¹⁾도 있다. 이에 반해 독일의 판례는 질서위반법 위반사건, 노동법 위반사건(협약에 기초한 해고) 및 보험법의 영역에서 입증책임 경감과 관련하여 무죄추정원칙을 원용하고 있다.¹⁴²⁾

인적 적용범위와 관련하여 범죄혐의자의 유죄를 추단하는 내용을 보도하는 언론매체가 무죄추정원칙의 수범자로 될 수 있는지가 학설과 판례에서

140) 독일의 형사실무에서 현재 무죄추정원칙과 관련하여 주로 논의되는 주요 쟁점은 크게 두 가지로 압축된다. 하나는 집행유예의 취소와 실행선고(형법 제56f조, 제56e조)에 관련되어 있다. 형법 제56f조 제1항 1호에서는, 집행유예를 선고받은 자가 보호관찰 기간 중에 범죄를 범한 경우에는 법원이 집행유예를 취소하도록 규정하고 있는데, 집행유예 기간 중의 범죄가 법원의 판결을 전제로 하지 않고 있기 때문에 동조는 무죄추정원칙에 위반된다는 것이 학설의 일반적인 견해다. 또 다른 하나의 사례는 소송비용 부담에 관한 독일 형사소송법 제467조 제3항 2호의 무죄추정위반 여부이다. 이에 의하면, 소송장애사유(우리나라의 경우 공소기각사유와 유사함)가 존재하지 않음으로 인하여 재판을 받지 않은 경우에는 피고인이었던 자에게 소송비용을 부담시키고 있다. 그러나 재판이 확정되지 않음에도 불구하고 피고인이었던 자에게 소송비용을 전가시키는 것은 무죄추정의 한 내용인 유죄예단금지에 해당하며 단순히 혐의에 기초하여 형벌을 선고하는 혐의형과 유사하다는 점에서 무죄추정원칙에의 위반이 문제된다.

141) 예컨대 Marxen, *Medienfreiheit und Unschuldsvermutung*, 373쪽 이하에서는 무죄추정을 사회적 공동생활의 근대적 형식을 구성하는 법원칙, 즉 일반적 법원칙으로 이해하고 있다. 한 사회에서 개인의 평화로운 공존은 혐의자의 책임에 관한 성급한 예측을 인정하지 않는 일반적인 구속력을 가지는 절차, 즉 무죄추정이 보장된 절차가 규범에 위반된 행위에 대한 대응을 걸러주는 경우에 한해서만 가능하기 때문이라는 것이다. 그러나 형법에 내재하는 원칙만으로는 이러한 사회의 여과기능을 모두 감당할 수 없기 때문에 무죄추정은 형법뿐만 아니라 모든 법 영역에 효력을 가진다고 한다. 따라서 이와 같은 일반적 법원칙으로서 무죄추정원칙에 따르게 되면, 법적 영역 및 사회적 영역에서 사법 이외에 책임을 귀속시키는 일체의 행위는 금지된다. Marxen이 유죄추단적인 내용을 보도하는 언론매체에 대하여 무죄추정원칙을 직접적으로 적용해야 한다고 주장하는 것도 이러한 의미에서 이해할 수 있다.

142) 질서위반법 위반사건에 관한 독일 판례로는 BVerfG NStZ, 1992, 238 f.; 노동법 위반사건에 관해서는 BAG NJW 1995, 1110(1111); 보험법 사건에 관해서는 4. Zivilsenat in BGHZ 132, 78(82 f.) 참조.

문제되고 있다. 통설과 판례는 무죄추정원칙이 사인인 언론매체도 구속하지만, 그것은 직접적으로 적용되는 것이 아니라 간접적인 제3자효(mittelbare Drittwirkung)만 인정된다고 이해하고 있다.¹⁴³⁾

다. 무죄추정원칙의 이해

무죄추정원칙에 대한 이해와 관련하여 일부 학설에서는 무죄추정원칙과 범죄혐의를 관련지우면서, 범죄혐의가 짊어질수록 무죄추정은 더 약화되고, 법관이 확신을 형성하면 무죄추정은 사라지게 된다고 이해하고 있다.¹⁴⁴⁾ 예컨대 독일의 Sax는 무죄추정을 규범적 원칙이기도 하지만, 범죄혐의와의 해결할 수 없는 긴장관계에 있는 심리적 사안(psychologischer Sachverhalt)이기도 하다고 이해한 바 있다. 무죄추정과 범죄혐의는 유죄의 확신을 형성하는 과정에서 각각 상반되게 나타나는 심리적 사안이기 때문에 이 두 가지를 동시에 고려하는 것은 불가능하며, 이 둘의 긴장관계는 실정법상의 기본권 보호에 관한 제 규정에 따라서 해결된다고 한다. 그래서 무죄추정원칙은 법관에게 대하여 잠재적인 범죄자의 인간존엄을 존중하라는 의미에서 ‘품위있는 심리수행’(vornehme Verhandlungsführung)을 요구하는 단지 하나의 인간적인 문제에 불과할 뿐이라고 한다.

143) OLG Düsseldorf OLGZ 1990, 202(204); OLG Köln NJW 1987, 2682(2683); OLG Frankfurt NJW 1980, 597(599); Bornkamm, *Pressefreiheit und Fairneß des Strafverfahrens*, 255쪽; LR-Gollwitzer, Art. 6 MRK, Rdn. 108; Hassemer, *Vorverurteilung durch die Medien*, 1923쪽; Koch, *Publizistischer Mißbrauch staatsanwaltlicher Ermittlungsverfahren*, 402쪽; Meyer-Goßner, *Strafprozeßordnung*, Art. 6 MRK, Rdn. 13; Kühne, *Strafprozeßordnung*, Rdn. 136. 2; Meyer, *Grenzen der Unschuldsvermutung*, 62-63쪽; Roxin, *Strafrechtliche und strafprozessuale Probleme der Vorverurteilung*, 156쪽; 한편, Stuckenberg 박사는 언론매체의 유죄추단적 보도나 사인의 유죄추단적 표현은 민법 또는 형법상의 명예보호법에 따라 해결될 수 있기 때문에 굳이 제3자효를 주장할 필요가 없다고 한다. Stuckenberg, *Die normative Aussage der Unschuldsvermutung*, 459쪽.

144) 예컨대 독일의 Sax, *Grundsätze der Strafrechtspflege*, 987쪽 이하.

그러나 Sax의 심리적 사안에 대하여 형사절차상 무죄추정은 범죄혐의의 정도와 아무런 상관없이 동일한 크기로 유죄의 판결이 확정되기 전까지 존속한다는 비판적인 견해¹⁴⁵⁾도 있다. 무죄추정원칙과 피고인의 소송상 주체적 지위를 결부 지워보면, 범죄혐의가 짙고 이러한 혐의가 형사절차상 시간이 경과할수록 더욱 더 명백하게 된다고 하더라도 이러한 사실이 피고인의 절차상의 권리를 축소시키는 근거로 작용하거나 유죄판결을 예단하는 기초로 활용되어서는 안 된다는 것이다. 즉, 형사절차의 진행경과에 따라서 피고인의 범죄혐의가 강화되거나 약화되는 것과는 별개로 확정판결에 의하여 절차가 종료될 때까지 무죄추정원칙은 아무런 변화 없이 동일한 크기로 존재하며, 이에 따라 헌법이나 형사소송법에 규정된 피고인의 방어권도 범죄혐의와 무관하게 존속하게 된다. 그렇지 않고 무죄추정원칙을 범죄혐의에 종속시키는 경우에는 법관이 공판절차의 어느 단계에서든 유죄를 확신하는 경우에 피고인의 절차적 보장도 제한될 수 있다는 결론에 이르게 될 것이기 때문이다. 이 점에서 무죄추정원칙은 심리적으로 이해되어야 할 사안이 아니라 규범적으로 이해되어야 한다고 주장한다.

2. 법원의 재판단계에서 무죄추정원칙의 효력

증거법상 무죄추정원칙은 형사소송의 입증책임으로 이해되며, ‘의심스러울 경우에는 피고인의 이익으로’(in dubio pro reo) 원칙 및 혐의형의 금지와 관련을 가지고 있다.

145) Krauss, *Der Grundsatz der Unschuldsvermutung im Strafverfahren*, 157쪽 이하 참조; 또한 Gropp, *Zum verfahrenslimitierenden Wirkungsgehalt der Unschuldsvermutung*, 806쪽; Lilie, *Unschuldsvermutung und Subjektstellung*, 613쪽; Schubarth, *Zur Tragweite des Grundsatzes der Unschuldsvermutung*, 32쪽 및 그곳의 주 152번 참조.

가. 입증책임규칙

직권주의 소송구조를 취하고 있는 독일의 형사소송에서 입증책임(Beweislast)이라는 개념의 사용에 반대하는 견해도 있지만, 일반적으로는 무죄추정원칙의 효과로서 형식적 입증책임법칙(즉 국가에 대한 입증책임의 분배)과 피고인에게 불이익한 입증책임전환의 금지를 의미한다.¹⁴⁶⁾ 따라서 독일의 형사소송구조 하에서 유죄의 인정에 필요한 증거는 모두 국가의 형사소추에 대한 관할기관인 검사가 입증하여야 하며, 피고인은 자신의 무죄를 입증할 필요가 없다.

나. 무죄추정원칙과 in dubio pro reo의 관계

한편, 무죄추정원칙은 in dubio pro reo 원칙의 표현 내지 기초로 이해하기도 한다. 독일에서 in dubio pro reo 원칙은 형사소송법에 명문으로 규정되어 있지는 않지만, 법관의 자유심증주의를 명시하고 있는 형사소송법 제261조의 논리적 裏面으로서 의문의 여지없이 인정되고 있다. 유죄판결의 필수적인 조건이 피고인의 책임에 대한 법관의 확신이라는 규범적 명제로부터 법관이 피고인의 책임에 대하여 확신을 가지지 못한 경우에는 유죄판결을 선고해서는 안 되기 때문이다. 따라서 피고인의 책임에 대하여 법관이 확신을 가지지 못하는 경우에는 ‘피고인에게 가장 유리한 법효과’를 선고해야 한다.¹⁴⁷⁾

그러나 2차 대전 이후로 독일의 형법학계에서는 무죄추정원칙과 in dubio pro reo 원칙간의 관계에 관하여 많은 논란이 일고 있다. 양자의 관

146) LR-Gollwitzer, Art. 6 MRK, Rdn. 147; Meyer, *Grenzen der Unschuldsvermutung*, 66쪽 이하; Montenbruck, *In dubio pro reo*, 71쪽 이하; Paeffgen, *Vorüberlegungen zu einer Dogmatik der Untersuchungshaft-Rechts*, 44쪽 이하.

147) Stuckenberg, *In dubio pro reo*, 568쪽.

계에 관하여 과거에는 동일하게 입증책임법칙으로 취급되었지만, 오늘날에는 in dubio pro reo 원칙을 무죄추정원칙의 효과 내지 핵심으로 이해하고 있다. 한편, 무죄추정원칙과 in dubio pro reo 원칙은 그 효과에서 볼 때 유사한 측면도 있지만, 그 기능이나 적용범위와 관련하여 차이가 난다고 이해하는 견해도 있다. 우선 기능과 관련한 차이로는, 무죄추정원칙은 일차적으로 판결이 선고될 때까지 혐의자의 인격권을 보호하는 기능을 담당하게 되는데, 이는 의심 있는 입증상황에서의 판결을 의미하는 in dubio pro reo 원칙과는 다른 절차적 상황이라는 것이다.¹⁴⁸⁾ 적용범위와 관련하여, 예컨대 Mrozynski는 무죄추정원칙과 In dubio pro reo 원칙간의 차이를 강조하고 있다. 즉, 무죄추정은 형사절차에서 범행과정의 재구성이 종료될 때 까지 효과를 가지는 반면, in dubio pro reo 원칙은 범행과정의 재구성에 관한 시도가 종결된 이후에만 효과를 가진다고 한다.¹⁴⁹⁾ 다른 한편, 무죄추정원칙과 in dubio pro reo 원칙 간에 아무런 관계가 없다는 견해도 있다. Meyer에 의하면, 이 두 가지 원칙은 모두 중세의 혐의형에 대한 투쟁이었다는 공통의 역사적 뿌리를 가지고 있는 것은 사실이지만, in dubio pro reo 원칙은 판단법칙으로서 실체형법에 속할 뿐 절차법상의 원칙인 무죄추정원칙으로부터 도출되지 않는다고 한다.¹⁵⁰⁾

다. 법률상의 추정의 금지

무죄추정원칙을 국가가 피고인의 유죄를 입증해야 한다는 형식적 입증책임법칙으로 이해하는 경우에는, 법률상 추정은 무죄추정과 조화되기 힘들다. 따라서 학설에서는 거의 예외없이 법률상 피고인의 책임을 추정하거나 고의의 존재를 추정하는 규정들도 무죄추정원칙으로 인하여 허용되지

148) Montenbruck, *In dubio pro reo*, 73쪽.

149) Mrozynski, *Die Wirkung der Unschuldsvermutung*, 256쪽.

150) Meyer, *Grenzen der Unschuldsvermutung*, 67쪽.

않는다고 이해하고 있다. 또한 대부분의 학설은 피고인에게 책임을 추정하는 것과 유사한 실체법 규정도 무죄추정원칙 속에서 문제 삼고 있다.¹⁵¹⁾ 그러나 독일 국내에서 적용되는 유럽인권규약 제6조 제2항¹⁵²⁾이 무죄추정원칙에 규정된 무죄추정원칙은 무엇이 ‘책임의 법률적 증명’인지에 관하여 명시해 두지 않았기 때문에 이 문제는 결국 국내 입법자의 재량에 속하게 되어 법률상 추정규정을 입법하는 것이 가능하다는 견해도 있다.¹⁵³⁾ 독일 연방헌법재판소는 법률상 추정규정이 원칙적으로는 형사실체법상의 책임주의에 반하는 것이라고 이해하면서도, 모든 법률상의 추정규정이 법치국가에 반하는 것은 아니라고 판시하고 있다. 즉, 특정한 법률상 추정규정이 법치국가원리 및 책임주의에 반하는지의 여부는 개별사례에서 문제되는 법률상 추정의 구성요건이 어떻게 규정되어 있는가에 따라 달라진다고 이해한다.¹⁵⁴⁾

3. 수사절차상 강제처분과 무죄추정원칙의 관계

독일 연방헌법재판소와 학설은 수사절차에도 무죄추정원칙이 적용된다고 이해하고 있다. 그러나 수사절차상 국민의 기본권에 가장 밀접한 관계를 가지고 있는 구속과 무죄추정원칙간의 관계에 관한 독일의 학설과 판례의 견해를 보면, 수사절차단계에서 무죄추정원칙이 가지는 실제상의 의

151) 그러나 예컨대 무죄추정원칙과 혐의형의 금지를 구분하고 있는 Frister는 법률상 추정규정의 금지를 혐의형의 금지라는 관점에서 문제 삼고 있다. Frister, *Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung*, 69쪽 이하 및 82쪽 이하.

152) 유럽인권규약의 정확한 명칭은 1950년 11월 4일자로 체결된 ‘인권과 기본적 자유의 보호에 관한 규약(Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten)’이다. 이 규약 제6조 제2항의 규범내용에 의하면, “가벌적 행위로 공소가 제기된 자의 책임이 법률적으로 증명되기까지는 무죄로 추정된다”라고 규정되어 있다. 이 규약은 1952년 8월 7일자로 독일연방의회에서 국내법으로 전환되었다(BGBI. 1952 II S. 685, 953).

153) Stree, *In dubio pro reo*, 7쪽 및 그곳의 주 24번; Schröder, *Zur Zulässigkeit gesetzlicher Beweisregeln*, 1903쪽 이하.

154) BVerfGE 9, 167, 169; BVerfG NSTZ 1987, 118; 1988, 21

미는 그다지 크지 않은 것으로 나타난다.

가. 논의의 배경

독일에서 강제처분으로서 구속은 무죄추정원칙의 다양한 관념을 심사하기 위한 시금석으로 간주되고 있다.¹⁵⁵⁾ 외형적인 관점에서 볼 때 구속과 자유형은 차이가 없기 때문이다. 독일에서 강제처분, 특히 구속과 무죄추정원칙과의 관련성 내지 양자의 조화관계에 관한 논의가 전개되는 근본적인 배경은, 우리나라와는 달리 일반적으로 적용될 수 있는 구속기간의 절대적이 상한이 법정되어 있지 않기 때문이다.¹⁵⁶⁾

독일 형사소송법에는 ‘재범의 위험’(Wiederholungsgefahr)을 구속사유로 규정하고 있는 예방구속¹⁵⁷⁾의 경우 구속기간이 1년으로 제한되어 있다(제

155) Stuckenberg, *Untersuchungen zur Unschuldsvermutung*, 106쪽.

156) 이에 반해 우리나라의 경우에는 수사기관의 구속기간의 상한이 법정되어 있다. 사법경찰관이 피의자를 구속한 때에는 10일 이내에 피의자를 검사에게 인치해야 하고(형소법 제202조), 검사가 피의자를 구속하거나 사법경찰관으로부터 피의자의 인치를 받은 때에는 10일 이내에 공소를 제기하지 아니하면 반드시 석방해야 한다(동법 제203조). 단, 검사의 구속기간은 10일을 초과하지 아니하는 한도에서 법원의 허가를 전제로 1차에 한하여 연장할 수 있다.

157) 우리나라와는 달리 독일 형사소송법 제112a조는 ‘재범의 위험’(Wiederholungsgefahr)을 독립된 구속사유로 규정하고 있다. Deckers, in: *AK-StPO*, §112a Rdn. 6; Paeffgen, in: *SK-StPO*, §112a, Rdn. 5; Wolter, *Untersuchungshaft, Vorbeugungshaft und vorläufige Sanktionen*, 485쪽. 동법 제112a조에 의하면, 피의자 또는 피고인이 강간의 죄(형법 제174조, 제174a조, 제176조, 제176a조, 제176b조, 제177조, 제178조, 제179조)를 범할 현저한 혐의가 있거나, 상해의 죄(형법 제224조 내지 제227조), 중절도죄(형법 제243조, 제244조), 강도 및 협박의 죄(형법 제249조 내지 제255조), 영업적 장물·집단장물죄(형법 제260조), 사기죄(형법 제263조), 방화죄(형법 제306조 내지 제306c조), 강도적차량침입죄(형법 제316a조), 마약법상의 일정한 범죄(제29조 제1항 1호, 4호, 10호, 제3항 제29a조 제1항, 제30조 제1항, 제30조 제1항) 등 범질서를 중대하게 침해하는 범죄를 반복 또는 계속하여 범할 현저한 혐의가 있고, 판결확정 전에 동종의 범죄를 또 다시 범하거나 범행을 계속할 위험이 인정되고, 이러한 위험을 피하기 위하여 구속이 필요하며, 강간의 죄 이외의 범죄의 경우 1년 이상의 자유형이 기대될 때에는 예방구속을 할 수 있다. 독일 형사소송법상의 예방구속의 사유로서 재범의 위험성은 절차확보를 위한 구속사유가 아니라, 일종의 예방적인 처분 즉 보안구속(Sicherungshaft)의 성격을 띠고 있다.

122a조). 그러나 ‘재범의 위험’ 이외의 구속사유에 해당할 경우에는 구속기간을 절대적으로 제한하는 규정은 없다. 독일 형사소송법 제121조에서는 구속기간을 가능한 한 6개월을 초과할 수 없도록 규정하면서도, 수사가 어렵거나 수사범위가 넓은 경우 또는 구속을 계속해야 할 또 다른 특별한 이유가 있는 경우에는 구속기간을 연장할 수 있도록 규정하고 있다(동조 제1항). 단, 구속 후 6월이 경과하면 주최고법원(Oberlandesgericht)은 의무적으로 구속의 연장에 관하여 심사해야 한다(동조 제2항 내지 제4항). 제121조 제1항은 6개월의 구속기간을 동일한 사건(derselbe Tat)으로 명시하고 있으므로, 다른 범죄혐의로 구속된 경우에는 6개월의 기간은 다시 진행한다. 독일에서 구속이 지나치게 장기간 계속된다는 비판이 자주 제기되고 있는 이유도 여기에 있다. 따라서 무죄추정에서 구속의 상한을 이론적으로 도출¹⁵⁸⁾하거나 무죄추정을 예방구속의 위헌성의 근거로 원용하기도 한다.

나. 수사절차와 무죄추정원칙에 관한 이해

지금까지 독일 연방헌법재판소는 무죄추정원칙을 유죄입증 이전의 불이익처분의 금지와 확정판결 이전에 행하는 일체의 책임확정의 금지로 이해하면서¹⁵⁹⁾, 무죄추정원칙은 사전에 소송법의 규정에 따른 절차를 경유하지 않고 형벌이나 책임확정과 동일한 효과를 가져 오는 불이익으로부터 시민을 보호하는 수단이라고 판시¹⁶⁰⁾하고 있다. 따라서 무죄추정원칙의 적용범위는 피고인뿐만 아니라 피의자에 대해서도 미치며, 피고인이나 피의자에 대한 구속이 사전형벌로서의 의미를 가져서는 안 된다. 그렇지만 형사소추

158) 예컨대 1983년의 형사소송법 개혁대안은 제22조에서 구속기간을 예상되는 자유형의 2/3을 초과할 수 없다고 규정한 바 있다. Arbeitskreis Strafrechtsreform, *Die Untersuchungshaft*, 113쪽 이하.

159) BVerfG 22, 254(265); BVerfG NJW 1988, 1715, 1716

160) BVerfGE 9, 137(144); 19, 342(347); 35, 311(320); 74, 358(371, 374); 82, 106(114, 117)

기관이 공판절차 종료 이전에 피의자의 가벌적 행위에 대한 혐의의 정도를 판단하고 이러한 판단에 기초하여 강제처분을 행사하는 것은 무죄추정원칙에 반하지 않는다고 보고 있다.¹⁶¹⁾ 다만 수사절차상 강제처분 행사는 항상 비례원칙에 따라서 그 한계를 판단해야 한다는 요청은 남아있다. 이 점에서 독일 판례와 학설의 일반적인 경향은 무죄추정원칙을 공판절차 뿐만 아니라 수사절차에도 적용되는 것으로 이해한다. 이미 재판단계에서 법원이 피고인의 무죄를 추정해야 한다면, 모든 다른 형사사법 기관도 무죄를 추정해야 하기 때문이라는 것이다.¹⁶²⁾

다. 구속과 무죄추정에 관한 학설과 판례의 태도

독일 연방헌법재판소는, 한편으로는 구속이 형벌적 성격을 가져서는 안 된다고 판시하면서도, 다른 한편으로 무죄추정원칙이 정당한 구속의 요건이 존재하는 사안에서 구속을 허용하지 않는다는 의미는 아니라고 명시적으로 밝혔다.¹⁶³⁾ 즉, 구속제도는 ‘효과적인 형벌소추’와 ‘시민의 자유보장’ 간의 긴장관계에 있으며, 이들 두 요소는 모두 법치국가원리에서 도출되기 때문에 불가결한 경우에는 필요한 절충이 허용된다고 이해하면서, 다만 구속의 결정과 그 집행은 항상 비례원칙에 따라서 판단되어야 한다고 판시하였다. 구속은 인간의 자유에 대한 침해가 진실의 발견에 대한 국가공동체의 정당한 요구와 행위자의 즉각적인 처벌이 혐의자의 일시적인 구금에 의하지 아니하고는 확보될 수 없는 경우에만 정당화된다는 것이다. 구속제도의 이러한 성격으로부터 독일 형사소송법은 구속은 최후의 수단으로서

161) BVerfGE 82, 106(115); 74, 358(372)

162) Köster, *Die Rechtsvermutung der Unschuld*, 175쪽; Kondziela, *Täter-Opfer-Ausgleich und Unschuldsvermutung*, 180쪽 이하; Dalbkermeier, *Der Schutz des Beschuldigten*, 24쪽.

163) BVerfGE 19, 342, 348

행해질 것을 요구하고, 구속영장은 실질적인 요건과 특별한 형식요건을 구비하여야 발부될 수 있고, 구속을 계속할 경우에는 주최고법원에 의한 구속심사를 의무화하고 있다.

독일 학계의 일반적인 견해도, 무죄추정이 공소제기 이전 단계인 수사절차에서도 적용되지만, 구속과 같은 수사상 강제처분은 기본적으로 무죄추정과 조화를 이룬다는 입장에서 출발하고 있다. 다만, 이 경우에 무죄추정과 강제처분의 모순관계를 해소하기 위하여, 수사상 강제처분의 내용(예컨대 구속기간)이 형벌과 동일하거나 유죄를 미리 예견하는 제재로 나타나는 경우에만 무죄추정원칙에 위배된다고 이해한다.¹⁶⁴⁾ 이 점에서 무죄추정원칙은 수사절차상 강제처분의 정당성을 판단하기 위한 논증도구라 할 수 있다. 그러나 이 경우에 특정한 강제처분이 형벌과 동일하다고 판단하기 위한 구체적 기준(기본권제한의 강도, 기간 등)이 무엇인가에 관해서는 합의를 이루지 못하고 있다.¹⁶⁵⁾

이에 반해 무죄추정원칙이 구속과 아무런 관련성을 가지지 않는다는 견해¹⁶⁶⁾도 있다. 구속은 형사절차의 목표를 달성하기 위한 처분이기 때문에 형벌과 아무런 관련성이 없다고 한다. 비록 구속으로 인한 미결구금이 추후에 유죄판결에 기초한 본형에 산입되는 경우에도 이로부터 구속이 형벌과 동일하거나 유사하다는 결론을 도출할 수 없다는 것이다.¹⁶⁷⁾

나아가 무죄추정에 기초하여 강제처분의 강도와 기간을 통하여 형벌과

164) KK-*Boujong*, vor §112 Rdn.8; *Konziela*, Täter-Opfer-Ausgleich und Unschuldsvermutung, 181쪽 이하; *Kühl*, Unschuldsvermutung, Freispruch und Einstellung, 13쪽 이하, 33쪽 이하; *Rudolphi*, in: SK StPO, vor §94 Rdn. 8; *Wolter*, in: SK StPO, vor §151 Rdn. 108.

165) 특정한 강제처분이 무죄추정원칙의 본질적 내용인 형벌유사성에 해당되는지를 판단하는 기준에 관한 상세한 내용은, *Stuckenbergh*, *Untersuchungen zur Unschuldsvermutung*, 70쪽 이하 및 491쪽 이하를 참조.

166) Meyer, *Grenzen der Unschuldsvermutung*, 68쪽; Paulus, *Anmerkung zu BVerfG, Beschluß v. 29.5.1990*, 601쪽; KK-Pfeiffer, *Einl.*, Rdn. 32a; Meyer-Goßner, *Strafprozeßordnung*, MRK Art. 6, Rdn. 14.

167) Arbeitskreis Strafrechtsreform, *Die Untersuchungshaft*, 31쪽.

의 유사성을 판단할 수 있다는 일부의 학설에 대하여 심각한 우려를 표시하는 견해도 있다.¹⁶⁸⁾ 예컨대 Meyer에 의하면, 무죄추정원칙은 강제처분의 위법성을 판단하는 유용한 기준을 제공해 주지 않으며, 따라서 특정한 강제처분의 강도와 기간이 언제 형벌의 성격을 가지는지 불확실하다고 한다. 구속은 그 기간이 얼마가 되더라도 구속일 뿐이며, 압수가 피의자의 권리를 심각하게 침해하는 경우에도 압수일 뿐이지, 장기간의 구속이나 피의자의 권리를 심각하게 침해하는 압수라고 해서 그것이 형벌의 성격을 가질 수 없다고 한다. 결국 Meyer는 과도한 강제처분의 행사에 대해서는 독일 형소법 제112조 제1항 2문에 규정되어 있는 비례원칙의 적용을 통하여 피의자의 권리가 보호되며, 무죄추정이 비례원칙을 대체하거나 보충한다면 피의자의 권리보호를 위한 법적 안정성이 더 위태롭게 된다고 경고한다.¹⁶⁹⁾

제4절 일 본

1. 무죄추정원칙에 대한 일반적 이해

일본의 경우에는 무죄추정의 원칙을 대체로 다음과 같은 세 가지 유형으로 파악하고 있다. 첫째, 무죄추정의 이념을 공정한 재판과 함께 헌법상

168) Meyer, *Grenzen der Unschuldsvermutung*, 68쪽.

169) 그 밖에, 구치소에 수용 중인 피의자나 피고인의 기본권제한에 관하여 독일의 학설은 구속의 집행에 관한 형사소송법 제119조를 무죄추정원칙과 결부시키고 있다. 무죄추정원칙으로부터 미결수용자는 기결수와 분리되어 수용되고(동조 제1항), 피구속자에 대하여는 구속의 목적과 집행기관의 질서유지를 위하여 필요한 범위 내에서 기본권을 제한할 수 있다(동조 제3항). 그러나 연방헌법재판소는 엄격한 요건 하에서 미결수의 기본권을 제한하는 것은 무죄추정에 반하지 않는다고 판시하였다. BVerfGE 35, 5, 9 f; 307, 310; 311, 319 f; 45, 95, 100 f.

의 보장이므로 높이 평가하려고 하는 입장이고, 둘째 무죄추정의 범리를 입증책임과의 관련에서 파악하여 증거법의 틀 내에서 그 한계·범위를 이해하려고 하는 입장이며, 셋째 무죄추정의 원칙을 강행성을 가진 법규범으로서가 아니라 오로지 법적언적인 훈시규범으로 파악하고 피고인의 인격·자유를 존중하여 인도적인 처우를 하여야 한다는 점을 재판·소추·수사의 각 기관에 훈시한 것으로 이해하는 입장이다.¹⁷⁰⁾ 첫 번째 파악방식은 미국법제에서의 기본적인 견해이고, 두 번째 파악방식은 영미법제뿐만 아니라 프랑스법제에서의 일반적인 견해이며, 세 번째 파악방식은 직권주의적 소송구조를 채택하고 있는 법제 하에서 취하는 견해라고 한다.¹⁷¹⁾

현재 일본에서 무죄추정원칙의 법규범성을 전혀 인정하지 않는 세 번째 입장을 주장하는 견해는 찾아보기 힘들다. 일본헌법 제31조¹⁷²⁾의 적정절차 보장 조항이 무죄추정원칙을 포함한다는 점에 대해서는 오늘날 일반적으로 승인되고 있다. 이 점에서 일본은 첫 번째 입장이 일반적인 견해라고 평가할 수 있지만, 구체적으로는 두 번째 입장처럼 무죄추정원칙의 적용영역을 증거법의 영역에 한정시켜 이해하는 입장이 다수설이라 할 수 있다. 또한 무죄추정원칙의 법규범성을 인정하는 입장이 일반적이라 하더라도 그 법규범성을 프로그램적인 성질을 갖는 것으로 이해하면서 반드시 구체적인 강행법규성의 승인을 의미하는 것이 아니라고 파악하는 견해가 다수를 점하고 있다.¹⁷³⁾

170) 鴨良弼, 刑事訴訟法の基本理念, 116쪽.

171) 무죄추정원칙의 법규범적 목적은 공소기관에 대하여는 공소를 증명할 책임을 지우고, 재판기관에 대하여는 이 원칙의 공정한 적용을 의무지움으로써 만에 하나 발생할 수 있는 오판을 방지함과 동시에 피고인의 방어지위를 보장하려는 점에 있다고 한다: 鴨良弼, 前掲書, 120쪽.

172) 일본헌법 제31조는 법정절차의 보장이라는 표제 하에 “누구든지 법률이 정한 절차에 의하지 아니하고는 생명 혹은 자유를 박탈당하거나 또는 기타 형벌을 부과받지 아니한다”고 규정하고 있다.

173) 村井敏邦, 無罪推定原則の意義, 2쪽.

2. 무죄추정원칙의 법적 근거

일본의 현행 헌법 및 형사소송법에는 무죄추정의 원칙을 명문으로 선언하고 있는 조문은 없다. 이 점에서 무죄추정원칙은 조문 그 자체보다도 해석에 의해 도출되는 원칙이라 할 수 있다. 이와 관련하여 헌법적 관점에서 무죄추정원칙을 이해함에 있어서는 다툼이 있다.

예컨대 ‘누구든지 자기에게 불이익한 진술을 강요받지 아니 한다’는 헌법 제38조 제1항의 탄핵주의의 표현인 자기부죄거부특권보장조항과 ‘모든 형사사건에 있어서 피고인은 공평한 법원의 신속한 공개재판을 받을 권리를 가진다’고 규정한 헌법 제37조 제1항의 공정한 공판심리를 받을 권리보장조항으로부터 무죄추정원칙을 도출하는 소수설도 있다.¹⁷⁴⁾ 그러나 일반적으로는 헌법 제31조를 적정절차조항으로 이해하여 이 조항에 무죄추정의 원칙도 포함된다고 이해¹⁷⁵⁾하면서, ‘피고사건에 대하여 범죄의 증거가 없는 때’에는 무죄판결을 선고하도록 규정한 형사소송법 제336조는 헌법 제31조를 구체화한 조항으로 이해하는 입장이 다수설이다.¹⁷⁶⁾

한편 일본의 법원이 무죄추정원칙을 적용하고 있는 실정법적 근거로는, 무죄추정원칙을 선언하고 있는 세계인권선언 제11조 제1항과 시민적정치적권리에관한국제협약 제14조 제2항을 들 수 있다. 이들 조약은 일본도 가입한 다국가간 조약으로서 그 중 무죄추정조항은 일본국내법으로서의 효력을 갖기 때문이라는 것이다.¹⁷⁷⁾

174) 渥美東洋, 刑事訴訟法(新版補訂), 219쪽; 同, 刑事訴訟を考ふる, 235쪽.

175) 三島聰, 刑事法への招待, 15쪽; 田宮裕, 刑事訴訟法(新版), 301쪽.

176) 松尾浩也, 刑事訴訟法(上), 213쪽; 後藤昭, 「疑わしきは被告人の利益に」ということ, 584쪽; 福井厚, 刑事訴訟法講義(第2版), 42쪽.

177) 後藤昭, 「疑わしきは被告人の利益に」ということ, 585쪽; 三島聰, 刑事法への招待, 16쪽; 村井敏邦, 無罪推定原則の意義, 6쪽; 日本最高裁判所決定昭和 50(1975)年5月20日 刑集第29卷第5号177頁 참조.

3. 재판단계에서 무죄추정원칙

일본의 경우 다수설의 입장은 무죄추정의 원칙을 증거법상의 원칙으로 이해하고 있는데, 이는 결국 입증책임의 문제, ‘의심스러울 때는 피고인의 이익으로’(in dubio pro reo)라는 원칙과의 관계에서 증명 및 혐의형금지의 문제 그리고 입증책임의 전환과 관련된 법률상 추정의 문제로 집약된다.

가. 무죄추정원칙과 in dubio pro reo원칙의 구별

‘의심스러울 때는 피고인의 이익으로’(in dubio pro reo)라는 법언은 형사재판에서 증거조사를 마쳤음에도 사실의 존부가 명확하게 판명되지 않은 때에는 피고인에게 유리하게 취급하여야 한다는 원칙을 말한다. 전형적으로는 조사를 다하였음에도 피고인이 범인인지 여부가 명확하게 드러나지 않은 경우에는 유죄가 아닌 무죄의 판결을 선고하여야 한다는 것을 의미한다.

여기서 ‘피고인의 이익으로’라는 표현에는 단지 처벌하지 않는다는 이상의 의미가 포함되어 있다. 예컨대 피고인이 사람을 살해한 것이 명백한 경우에도 피해자로부터 부탁을 받아 살해한 것이라고 주장하는 경우가 있을 수 있다. 이 경우 피해자의 의뢰가 있었다는 점이 확인되었다 하더라도 피고인은 무죄가 되지는 않는다. 단지 보통살인죄(일본형법 제199조)보다는 형이 가벼운 촉탁살인죄(동법 제202조)로 처벌된다. 이 때 피해자의 의뢰가 있었는지 여부가 명백하지 않은 경우에는 ‘피고인의 이익으로’ 판단한다. 즉 피해자의 의뢰가 있었던 것으로 취급한다는 것이다. 따라서 피고인은 처벌되지만, 형은 피해자의 의뢰가 없는 살인죄보다 가벼운 촉탁살인죄의 형이 적용되는 것이다.¹⁷⁸⁾

178) 後藤昭, 「疑わしきは被告人の利益に」ということ, 575쪽.

‘의심스러울 때는 피고인의 이익으로(in dubio pro reo)’원칙과 유사한 표현으로 ‘무죄추정원칙’을 들 수 있다. 이 원칙은 피고인은 무죄로 추정되기 때문에 범인임이 증명되지 않는 한 무죄를 선고하여야 한다는 의미를 포함하고 있다. 이 점에서는 ‘의심스러울 때는 피고인의 이익으로(in dubio pro reo)’원칙과 같은 의미라 할 수 있다. 그러나 무죄추정이라는 용어는 그 이상의 의미를 갖는 것으로 이해되고 있다.¹⁷⁹⁾ 즉 그 하나는 형사재판 중에 범인으로 의심받고 있는 자라 하더라도 판결결과 유죄로 결정되기까지는 범죄자로 취급되어서는 아니 된다는 의미라는 것이다. 예컨대 피고인의 도망을 방지하기 위한 구속인 拘留를 징역 등의 형벌과 구별하면서 가능한 한 피고인의 자유를 제한하지 않은 방법으로 행하여야 한다는 것도 바로 이러한 의미에서의 무죄추정원칙의 표현이라 할 수 있다.

무죄추정이라는 용어의 또 다른 하나의 사용법은 피고인의 유죄를 입증하는 것은 검사의 임무이지 판사의 임무가 아니라는 의미에서의 사용법이다. 이 경우에도 검사가 피고인의 범죄를 충분히 증명할 수 없는 때에는 무죄가 된다는 점에서는 ‘의심스러울 때는 피고인의 이익으로’원칙과 같은 결론에 이르게 된다. 다만 이 경우의 무죄추정이라는 용어에는 범죄를 명백히 밝혀내는 역할이 소추자인 검사에 있다는 점을 강조하는 의미가 있다. 즉 이는 무죄추정이라는 용어의 미국적인 사용법이라 할 것이다.¹⁸⁰⁾

이처럼 무죄추정이라는 용어는 다양한 의미를 포함하고 있지만, 이에 대하여 ‘의심스러울 때는 피고인의 이익으로’라는 원칙은 무죄추정원칙보다는 한정된 의미에서 사용되고 있다. 즉 일본에서 ‘의심스러울 때는 피고인의 이익으로’라는 원칙은 사실의 존부가 명백하지 않은 때에 어떠한 재판(무죄판결 및 유죄판결)을 하여야 하는 지를 지시하는 법칙이라 할 수 있다.¹⁸¹⁾

179) 平野龍一, 刑事訴訟法, 189쪽.

180) 田宮裕, 刑事訴訟におけるモデル論, 368쪽은 미국에서의 탄핵주의란 ‘피고인의 무죄추정과 묵비권’의 總和라고 지적한다. 일본에서는 이처럼 법관이 아닌 당사자가 사실해명의 주도권과 책임을 지고 있는 것을 당사자주의로 이해한다.

나. 증명과 무죄추정원칙

일반적으로 법원의 심리절차에 있어서 무죄추정이란 증명에 관한 원칙, 특히 입증책임의 소재를 지시하는 규범으로 이해되고 있다.¹⁸²⁾ 즉 ‘합리적인 의심을 품을 여지가 없을 정도’(beyond a reasonable doubt)로 유죄의 사실을 검사가 증명할 때 비로소 피고인을 유죄로 할 수 있다는 것이다. 따라서 피고인 측에서 무죄를 적극적으로 증명할 필요는 없고, 검사가 유죄를 일정수준까지 증명하지 못하는 한 피고인은 무죄가 된다는 것이다. 이 원칙은 증명과 관련하여 다음과 같이 입증책임의 문제와 증명도의 문제로 논의되고 있다.

첫째, 일본에서는 실질적(객관적) 입증책임, 즉 어떤 요증사실의 존부가 불명인 때에 이로 인해 불이익의 판단을 받는 당사자의 법적 지위(부담 내지 위험)¹⁸³⁾는 형사소송에 타당한 ‘의심스러울 때는 피고인의 이익으로’라는 원칙에 따라 검사에게 있다고 한다.¹⁸⁴⁾ 이처럼 피고인이 무죄로 추정되고 오로지 검사에게 유죄의 증명책임을 지우는 것은 피고인 측에 무죄의 증명을 요구하는 경우 일반적으로 문외한이라 할 수 있는 피고인이 입증활동을 하기에는 서투르기 때문에 결국 유죄로 되어버리는 지극히 불합

181) 後藤昭, 「疑わしきは被告人の利益に」ということ, 576쪽.

182) 熊本典道, 刑事訴訟法論集, 464쪽; 田宮裕, 刑事訴訟法(新版), 301쪽; 三島聰, 刑事法への招待, 17쪽.

183) 이에 대하여 형식적(주관적) 입증책임은 절차진행과정에서 자신이 불이익의 판단을 받을 우려가 있는 당사자가 이를 모면하기 위하여 행하여야 하는 입증행위부담을 말한다. 예컨대 검사는 합리적인 의심을 넘을 정도로 피고인의 범죄를 입증하지 못하면 무죄가 되기 때문에 이를 피하기 위하여 유죄의 증거를 제출할 필요가 있다. 따라서 불이익의 판단을 받을 우려가 있는 당사자란 실질적(객관적) 입증책임을 지는 당사자를 의미하기 때문에 형식적 입증책임은 실질적 입증책임을 지는 당사자의 절차면의 부담을 의미한다고 한다. 団藤重光, 新刑事訴訟法綱要(七訂版), 239-240쪽; 福井厚, 刑事訴訟法講義(第2版), 300쪽; 田宮裕, 刑事訴訟法(新版), 304쪽.

184) 高田卓爾, 刑事訴訟法(二訂版), 206쪽; 吉岡一男, 刑事法通論, 20쪽. 한편 일본의 판례도 검사의 입증책임을 인정하고 있다. 日本最高裁判所判決昭和43(1968)年10月25日刑集第22卷第11号961頁. ‘八海事件’으로 알려진 이 판결은 일본에서 ‘합리적인 의심’이라는 표현을 사용한 최초의 最高裁判所 판결이다.

리한 결과를 방지하기 위함이라는 것이다.¹⁸⁵⁾ 즉 사람이 범죄를 행하였기 때문에 처벌되어야 하는 것이지 입증이 서투르다는 이유로 처벌되어서는 안 되기 때문이다. 이 점에서 형사소송에서의 입증책임론은 무죄추정원칙의 裏面이라 할 수 있다.¹⁸⁶⁾

둘째, 그 유죄입증의 수준(증명도)은 통상인이 의문을 품을 여지가 없을 정도로 매우 고도의 것이어야 한다. 피고인에게 불리한 사실을 인정하는 경우에는 고도의 증명도가 필요하다는 것이다. 검사의 입증이 피고인 측의 반증보다 조금이라도 우월하면 좋을 정도의 낮은 수준으로 충분하다고 한다면, 의심스러운 경우에는 범인으로서 처벌해도 좋다는 결과를 초래할 지도 모르기 때문이다. 이와 관련하여 平野교수는 “3인의 재판관 중 무죄를 확신하는 자가 1인 있는 경우 유죄로 판결하는 것은 ‘의심스러울 때는 피고인의 이익에 따른다’는 원칙에 반하는 것”이라 한다.¹⁸⁷⁾

다. 법률상 추정과 입증책임의 전환

이상과 같이 형사소송에서 증명에 관한 무죄추정원칙은 형사재판의 공간을 이루는 중요한 것이지만, 일본에서는 이 원칙에 대한 일체의 예외를 허용하지 않는 엄격한 원칙으로 이해하는 것은 아니다. 대부분의 견해는 일정범위 내에서 무죄추정원칙의 예외를 허용하고 있다. 법률상 추정을 통한 입증책임의 전환은 무죄추정원칙의 범위 속에서 논의되고 있다.

여기서 ‘추정’이란 어떤 사실(전제사실)로부터 다른 사실(추정사실)을 추인하는 것을 말한다. 이는 통상 성문법규를 기준으로 성문화되어 있지 않은 추정인 사실상 추정과 성문화되어 있는 추정인 법률상 추정으로 나뉜다.¹⁸⁸⁾ 사실상 추정은 사실이 존재할 개연성이 크다는 경험칙과 표리의 관

185) 団藤重光, 新刑事訴訟法綱要(七訂版), 239-240쪽.

186) 田宮裕, 刑事訴訟法(新版), 301쪽; 三島聰, 刑事法への招待, 17쪽.

187) 平野龍一, 捜査と人權, 271쪽.

계에 있는 것으로 합리적인 자유심증과정을 지칭하는 것임에 지나지 않는다. 법률상 추정은 규정형식상 반증이 허용되는지 여부에 따라 반증이 허용되지 않는 추정과 반증이 허용되는 추정으로 나눌 수 있으며 전자는 소위 ‘간주’규정으로서 擬制라 할 수 있다.¹⁸⁹⁾ 여기서 문제는 반증이 허용되는 추정이다. 일반적으로 추정규정은 ‘전제사실이 존재하는 경우에는 추정사실이 존재하는 것으로 추정한다’는 형식을 취하며, 추정사실에 대하여 입증책임을 지는 자가 전제사실을 입증하면 추정사실부존재의 입증책임이 상대방에게 전환되는데 이를 추정의 효과로 이해한다.¹⁹⁰⁾

물론 형사소송에서 법률상 추정은 검사의 입증을 용이하게 한다는 정책적 요청에 기초하는 것이기 때문에 추정규정을 둠으로써 추정사실부존재의 입증책임을 피고인에게 지게 하는 경우, 이는 실질적 입증책임을 인정하는 것과 같고, 이러한 입증에 실패한 피고인은 그 서투른 입증방법에 의해 유죄가 되는 결과를 초래할 것이라는 이유로 형사소송에서는 원칙적으로 법률상 추정이 인정되지 않는다는 주장¹⁹¹⁾도 있다. 그러나 일본형법 및 특별법에는 추정이 문제되는 경우가 있을 뿐만 아니라 대부분의 학자들은 다음과 같이 입증책임을 어느 정도 피고인에게 전환하여야 하는지 여부를 중심으로 논의가 이루어지고 있다.

첫째, 일본 현행법의 당사주의적 소송구조 하에서는 입증책임의 분배를 요구하는 것이 당연한 것으로 검사가 범죄성립요건사실의 일부를 입증하는 경우, 다른 사실(예컨대 위법성조각사유, 책임조각사유를 포함한 법률상 범죄성립을 조각하는 이유인 사실)의 존재에 대하여는 피고인이 입증책임을 지어야 한다는 주장이 있다.¹⁹²⁾

188) 松尾浩也, 學證責任および推定, 119쪽; 田宮裕, 刑事訴訟法(新版), 308쪽.

189) 이와 관련하여 반증이 허용되지 않는 법률상의 추정은 실제법상 구성요건의 문제이지 소송법상의 문제가 아니라고 주장하는 학자로는, 青柳文雄, 五訂刑事訴訟法通論 下卷, 104쪽.

190) 三井誠, 學證責任と推定(3), 128쪽 이하; 松岡正章, 推定, 204쪽.

191) 団藤重光, 新刑事訴訟法綱要(七訂版), 236쪽; 岡部泰昌, 學證責任および推定, 272쪽.

192) 小野清一郎, 新刑訴における證據の理論, 376쪽.

둘째, 위의 견해를 더욱 확대하여 모든 범죄조각사유 외에 미필적 고의의 부존재 및 주관적 불법요소의 부존재에 대하여도 실질적 입증책임의 전환을 인정하여야 한다는 견해도 있다.¹⁹³⁾

그러나 이상과 같은 견해에 대하여는, 첫째 범죄는 구성요건만으로 성립되는 것이 아니라 위법성·유책성이 충족될 때 비로소 범죄가 성립하는 것이기 때문에 위법조각사유·책임조각사유의 부존재에 대하여도 검사가 입증책임을 져야 하고¹⁹⁴⁾, 위법성·유책성 가운데 일부라도 법관이 최종적으로 확신을 얻지 못한다면 ‘범죄의 증거가 없는 때(일본형사소송법 제336조)’에 해당한다¹⁹⁵⁾고 하여야 한다거나, 둘째 범죄의 주관적 요소는 본래 범죄성립요소이며 처벌의 요건사실에 대하여 입증책임을 전환하는 것은 생각할 수 없다¹⁹⁶⁾는 반론이 주장되고 있다. 그리고 일본의 통설적인 견해는 실질적 입증책임의 분배를 일반적으로 인정하는 것이 아니라 법에 규정되어 있는 경우에 한하여 예외적으로 이를 인정하고 있다고 할 수 있다.¹⁹⁷⁾

추정에 의한 입증책임의 전환을 예외적인 경우로 한정시킨다 하더라도 문제는 여전히 남아있다.¹⁹⁸⁾ 추정을 예외적으로 인정한다 하더라도 추정이 합리적인 것으로 ‘무죄추정’, ‘의심스러울 때는 피고인의 이익으로’의 원칙에 위배되지 않고, 적정절차·진실주의·당사자주의·묵비권보장 등 헌법상의 요청을 충족시켜야 한다는 관점에서 다음과 같은 주장이 제기되고 있다.

193) 井上正治, 刑法における主觀的要素の證明, 449쪽 이하; 安倍治夫, 新刑事訴訟の七つのアンバランス, 3쪽.

194) 平野龍一, 刑事訴訟法概説, 194쪽; 東京地方裁判所八.王子支院判決平成1(1989)年6月30日判例タイムズ第725号237頁; 東京地方裁判所判決昭和62(1987)年3月17日判例タイムズ第637号227頁.

195) 高田卓爾, 刑事訴訟法(二訂版), 207쪽.

196) 光藤景皎, 舉證責任と推定, 250쪽.

197) 岡部泰昌, 舉證責任および推定, 269쪽; 三島聰, 刑事法への招待, 18쪽; 後藤昭, 「疑わしきは被告人の利益に」ということ, 583쪽.

198) 예컨대 동시상해의 경우 이를 입증책임의 전환, 의제 등으로 이해한다 하더라도 동시상해와 공범의 합리적인 관련이 반드시 인정되는 것이라 할 수 없을 뿐만 아니라, 폭행과 상해의 결과 간의 인과관계, 공모의 존재를 합리적으로 추인할 수 있는가에 대하여도 의문을 제기하고 있다.

첫째, 전제사실의 추정사실에 대한 합리적인 관련에 대하여는 미국연방 대법원의 지배적인 판례를 답습하여 전제사실이 추정사실에 대하여 증명력을 갖는 경우에 추정이 허용된다고 하는 견해가 있다.¹⁹⁹⁾ 여기서 합리적인 관련은 전제사실에 구체적으로 충분한 증명력이 있어야 하는 것이지만, 미국연방대법원의 판례²⁰⁰⁾처럼 경험칙상 유형적으로 인정되는 상당한 개연성이 있어야 하는 것인지 여부가 문제된다. 법관은 합리적인 관련을 엄격하게 판정함으로써 적정절차의 보장을 실효적으로 하고, 무죄추정을 엄격하게 심사하여 억제하여야 한다는 점을 강조하는 견해도 있다.²⁰¹⁾

합리적인 관련의 존재에 의해 합헌으로 판단된 추정이라 하더라도, 전환되는 입증책임은 소추 측의 입증책임보다 완화된 것으로 합리적인 의심을 넘을 정도의 증명일 것을 요하지 않고 ‘증명의 우월’ 정도의 입증으로 충분하다는 견해²⁰²⁾도 있지만, 일반적으로는 피고인의 입증책임의 내용은 ‘증거제출책임’²⁰³⁾에 한정시켜야 하며 이렇게 한정시키는 것이 무죄추정원칙 등과의 관련에서 허용되는 최저한도라고 한다.²⁰⁴⁾ 그리고 증거제출책임을 다하지 않은 경우 법률상 추정에 따라 법관이 반드시 유죄를 인정하여야 하는 것인지, 인정할 수 있음에 그치는 것인지 여부가 문제되지만, 일

199) 平野龍一, 刑事訴訟における推定, 246쪽 이하; 松尾浩也, 刑事訴訟における舉證責任, 265쪽 이하.

200) *Leary v. United States*, 395 U.S. 6, 36; 89 S. Ct. 1532, 1548; 23 L. Ed. 2d 57(1969). 이 판례는 법률상 추정과 적정절차의 보장, 묵비권 등의 관련에 대한 합헌성 심사기준으로서, 첫째 본문과 같은 전제사실의 추정사실에 대한 합리적 관련, 둘째 추정효과로서의 피고인의 입증책임의 내용, 셋째 법관에 대한 추정의 구속력을 들고 있다.

201) 岡部泰昌, 舉證責任および推定, 273쪽.

202) 前田宏ほか, 人の健康に係る公害犯罪の處罰に關する法律について, 36쪽.

203) ‘증거제출책임’은 영미법에서 유래한 개념으로 증거(반박증거가 없으면 유죄를 인정할 수 있을 정도의 증거)를 제출하는 것을 말하며, 증거를 제출하기만 하면 책임이 면제되어 반대당사자가 다시 실질적 입증책임을 지게 된다. 일본에서는 이를 ‘쟁점형성책임’으로 부르는 학자(松尾浩也, 刑事訴訟法 下 I, 19쪽)도 있지만, 이는 형사소송의 당사자주의화에 따라 적정절차의 보장에 반하지 않는 한도에서 피고인에게도 응분의 증거제출 책임을 부담시킬 수 있다는 사고를 배경으로 하고 있다 할 것이다. 福井厚, 刑事訴訟法講義(第2版), 301-302쪽.

204) 平野龍一, 刑事訴訟法, 187쪽; 岡部泰昌, 舉證責任および推定, 274쪽; 松尾浩也, 舉證責任および推定, 118쪽.

반적으로는 후자의 효과만을 인정하는 것이 헌법 제31조의 해석상으로도 타당하다고 새기고 있다.²⁰⁵⁾

이처럼 추정에 의한 입증책임의 전환을 정책상 예외적으로 인정한다 하더라도 법의 명문규정과 합리적인 근거가 필요하다. 먼저 법에 피고인이 입증하여야 할 사항을 규정하는 경우가 있다.²⁰⁶⁾ 예컨대 동시상해에 있어서 공모의 부존재(일본 형법 제207조), 명예훼손죄에 있어서 적시사실의 진실성(동법 제230조의2)²⁰⁷⁾, ‘아동복지법’ 제60조 제3항의 아동연령의 부지에 대한 과실의 부존재, ‘폭발물단속법칙’ 제6조의 치안을 방해하거나 사람의 신체·재산을 해하려는 목적의 부존재, 각종 양벌규정(예컨대 노동기준법 제121조 광업법 제194조 등)의 법인·사업주의 위반방지에 필요한 주의, ‘사람의건강에관련된공해범죄의처벌에관한법률’ 제5조의 유해물질의 배제와 위험발생과의 인과관계 추정사실의 부존재 등을 들 수 있다. 최근에는 ‘국제적인협력하에규제약물에관련된부정행위를조장하는행위등의방지를피하기위한마약및항정신약단속법등의특례등에관한법률’ 제18조는 규제약물의 불법수입을 업으로 하는 자가 상당하지 않은 고액의 재산을 취득한 때에는 이를 ‘불법수익’으로 추정하는 규정을 둬으로써 몰수에의 길을 열어두고 있다.²⁰⁸⁾

한편 합리성의 유무, 즉 입증책임의 전환규정이 합헌으로 판단되기 위해서는, 첫째 피고인의 입증사항이 검사가 입증하는 부분으로부터 합리적으로 추인되어야 하고, 둘째 피고인이 입증하는 쪽이 오히려 편리한 부분이어야 하며, 셋째 피고인이 입증책임을 부담하는 부분을 제외하더라도 범죄

205) 光藤景皎, 學證責任と推定, 254쪽; 平野龍一, 刑事訴訟法, 187쪽; 岡部泰昌, 學證責任および推定, 274쪽.

206) 三井誠, 學證責任と推定(3), 128쪽 이하.

207) 일본의 판례 및 대부분의 학설은 ‘진실임을 증명한 때’라는 문언을 중시하여 피고인 측이 공언히 적시한 사실의 진실성을 적극적으로 증명하여야 한다고 새기고 있다. 즉 판례는 ‘합리적인 의심을 품지 않을 정도’의 증명을 요구하고 있다. 東京高等裁判所判決昭和59(1984)年7月18日高刑集第37卷第2号360頁.

208) 村井敏邦, 暴力團·麻藥立法の問題, 5쪽; 井上正仁, 麻藥新法と推定規定, 13쪽 이하.

로서 상당한 가별성이 인정되어야 하는 등의 사정이 있는지 여부를 기준으로 판단하여야 한다고 한다.²⁰⁹⁾

4. 수사절차상 강제처분과 무죄추정의 관계

이상과 같은 법적 근거에 따라 형사절차에서 피의자 내지 피고인에 대하여 ‘무죄추정’의 이익을 부여하는 것은 일본 형사사법의 대원칙이라 할 수 있다. 따라서 그 죄책이 적법한 절차를 통하여 입증되어 유죄의 판결이 선고될 때까지는 피의자 및 피고인은 가능한 한 죄가 없는 사람으로서 취급되어야 한다. 물론 피의자들 중에는 죄가 있는 사람이 다수 포함되어 있고 나아가 피고인이 되면 통계상 유죄율이 극히 높은 점²¹⁰⁾에서 볼 때에는 오히려 유죄를 추정하는 것이 진실이라 할 수도 있다. 이 점에서 무죄추정의 원칙은 피고인·피의자를 일반시민과 동등하게 취급하여야 한다는 원칙이 아니라 실체적 진실발견을 위하여 피고인·피의자의 자유를 제한하는 경우에도 그 제한은 가능한 필요최소한도에 그쳐야 한다는 법리로 이해되고 있다.²¹¹⁾

따라서 체포·匂留의 처분도 증거인멸의 방지 또는 도망의 방지를 위해서만 승인된 절차이기 때문에 그 한도에 있어서만 일반인과 다른 절차상의 부담을 지는 것에 지나지 않고, 체포·匂留의 상태에 있음을 이유로 그 이외의 목적을 추구할 수는 없다고 한다.²¹²⁾ 이와 관련하여 일본에서는 ‘필요적 보석(권리보석)’을 무죄추정원칙과의 관계에서 설명하는 것이 일반

209) 田宮裕, 刑事訴訟法(新版), 307쪽; 福井厚, 刑事訴訟法講義(第2版), 301쪽.

210) 일본의 전사건재판확정인원을 살펴보면 2003년 무죄확정자는 80명으로 최근 10년간의 통계 중 가장 많은 인원이지만 재판확정인원 총수 877,0704명의 0.009%를 점하고 있다: 日本法務總合研究所編, 平成16年版犯罪白書, 2004, 122쪽 참조.

211) 松尾浩也, 刑事訴訟法(上), 211쪽; 田宮裕, 刑事訴訟法(新版), 302쪽; 福井厚, 刑事訴訟法講義(第2版), 42쪽; 鈴木茂嗣, 刑事訴訟法の基本構造, 185쪽.

212) 井戸田侃, 無罪推定の法理-刑事訴訟法の現實と課題, 332쪽.

적이다.²¹³⁾ 즉 句留는 이유가 있어 이루어지는 것이기는 하지만, 피의자·피고인에게 있어 자유의 구속은 중대한 희생을 강제하는 것이기 때문에 다른 방법이 있는 경우에는 이를 회피하여야 하며, 이러한 취지를 감안하여 일본의 현행법은 보석제도를 규정하고 있다는 것이다. 물론 당사자주의가 실질화되는 단계, 즉 정식고발단계에서부터 보석의 권리가 보장되는 의미와는 달리 일본의 경우에는 기소 후의 보석²¹⁴⁾만을 인정하고 있다. 이 점에서 기소전 보석제도는 장래의 입법문제로 인식되고 있다.²¹⁵⁾

또한 句留의 요건으로서 규정되어 있는 ‘증거인멸의 우려’나 ‘도망의 염려’라는 사유 이외의 이유를 부가하여 句留를 정당화할 수도 없다고 한다.²¹⁶⁾ 이를 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

가. 句留와 형의 집행확보의 목적

일본의 경우 “句留는 자유형의 사전집행과 같은 의미를 가지고 있다”고 지적하는 경우가 있다.²¹⁷⁾ 이러한 지적을 행하는 견해는 이를 긍정하는 것이 아니라 句留가 그러한 기능을 담당하고 있는 것이 句留제도의 취지에서 타당한 것인가 라는 의문을 제기하는 경우가 대부분이다. 그러나 句留의 목적에 재범방지를 포함하는 견해²¹⁸⁾도 있지만, 이에 대하여는 형의 사전집행적 요소를 정면에서 긍정하는 것으로 혐의만으로 처벌을 인정하는 견해로서 타당하지 않다고 한다.²¹⁹⁾

213) 村井敏邦, 無罪推定原則の意義, 7쪽; 田宮裕, 刑事訴訟法(新版), 257쪽.

214) 유엔인권위원회는 제4회 일본정부보고서에 대한 심사에 있어 일본의 기소전 句留제도의 개혁을 강하게 권고하였지만, 일본정부는 기소 전 句留가 단기간임을 이유로 기소전 보석제도를 보유하고 있다고 한다. 村井敏邦, 無罪推定原則の意義, 7쪽.

215) 田宮裕, 刑事訴訟法(新版), 260쪽.

216) 村井敏邦, 無罪推定原則の意義, 10쪽.

217) 下村幸雄, 句留の必要性, 516쪽; 多田元, 句留の必要性理論, 144쪽 등.

218) 高田卓爾, 刑事訴訟法(二訂版), 161쪽; 平場安治, 改訂刑事訴訟法講義, 272쪽; 青柳文雄, 五訂刑事訴訟法通論 上卷, 537쪽.

또한 장래의 형집행확보를 句留의 목적에 포함시키는 견해도 다수 있다.²²⁰⁾ 일본 최고재판소도 “句留의 목적은 심판을 위해서만 피고인의 신병을 보전하는 것이 아니라, 판결의 효력 즉 그 집행확보의 목적까지도 포함한다”²²¹⁾고 판시하였으며, 하급심의 판례들 중에는 “기소전 句留은 수사를 위해서만 행하는 것이 아니라, 장래의 재판 또는 형의 집행확보를 위해서도 행하는 것으로 이러한 句留의 목적은 수사의 완료에 의해 소멸되지 않는다. 검사가 부당하게 기소를 지연시킨 경우에는 피의자의 신속한 재판을 받을 권리를 침해하는 것이지만, 이는 별도로 구제하여야 할 것이다. 피의자가 도주의 염려가 있음에도 피의자를 석방하는 것은 장래의 재판 또는 형집행을 확보하려고 하는 句留의 목적에 반한다”고 예²²²⁾도 있다.

장래의 형집행확보가 句留의 목적에 포함된다고 새기는 견해에 대해서는, 기소전 句留가 기소전 즉 재판의 준비단계에서 무죄추정이 적용되는 피의자의 신체를 부득이하게 미리 확보해 두기 위한 것이라는 점을 고려할 때, 그 필요성을 근거지우는 목적으로 형집행확보까지 포함시킬 수 있는 것인지 의문²²³⁾이라거나, 句留 후 무죄가 선고된 자, 집행유예부 자유형 또는 벌금형이 선고된 자에 대해서는 그 句留가 형의 집행을 확보하기 위한 것이었다고는 할 수 없다²²⁴⁾는 등, 자유구속이라는 점에서 句留가 자유형의 집행과 동일한 효과를 발생시키는 점을 근거로 句留에 형집행확보의 목적을 포함시키는 점에 대하여는 기본적으로 무죄추정원칙과의 관계에서 의문이 제기되고 있다.

219) 田宮裕, 刑事訴訟法(新版), 260쪽; 兒島武雄, 句留保釋と再犯の防止, 33쪽 이하.

220) 小野清一郎ほか, ポケット註釋全書·刑事訴訟法(上) 新版, 157쪽; 団藤重光, 新刑事訴訟法綱要(七訂版), 391쪽 등.

221) 日本最高裁判所決定昭和25(1950)年3月30日刑集第4卷第3号457頁.

222) 大阪地方裁判所決定昭和41(1966)年4月13日判例時報第498号67頁.

223) 多田元, 句留の必要性理論, 147쪽.

224) 福井厚, 刑事訴訟法講義(第2版), 265쪽; 村井敏邦, 無罪推定原則の意義, 12쪽.

나. 句留와 재범방지의 목적

한편 句留의 필요성판단과의 관계에 있어서도 재범의 우려가 있음을 이유로 하는 句留에 대하여는 사법당국도 부정적인 견해를 보이고 있다. 예컨대 일본최고재판소 사무총국 형사국감수 ‘체포·句留에 관한 해석과 운용’²²⁵⁾에 의하면, ‘기소할 가치가 없다고 생각되는 경미한 무전취식 등의 사안(증거상 범죄성립은 명백하지만 죄증인멸의 우려는 전혀 없음)에서 우연히 피의자가 부랑자이었기 때문에 피의자를 그대로 석방하면 동종의 범행을 반복할 염려가 다분히 인정되는 경우에 그 피의자를 보호단체 등의 갹생시설에 수용하는 절차를 취하는 동안(통상 2, 3일간 정도) 신체구속이 필요하다는 이유로 句留가 청구된 때, 句留의 필요가 있다고 하여 句留시키는 것이 바람직한지 여부’에 대한 해답에서, “기소전 句留의 목적이 죄증인멸 및 도망의 방지에 있음은 명백한 것으로 이는 어디까지나 수사의 목적을 달성하기 위하여 설정된 것이다. 사안이 경미하다 하더라도 수사를 위하여 피의자의 신체를 구속할 필요가 있으면 句留의 필요가 있다 할 것이다. 그러나 기소할 가치가 없음이 명백한 경미사안에 대하여는 수사가 공소의 제기, 수행을 목적으로 하는 것인 이상 이미 수사를 행할 필요가 없다 할 것이므로 형사소송법 제60조 제1항 각호에 해당하는 경우라 하더라도 句留의 필요는 없다 할 것이다. 句留는 수사를 위하여 인정되는 것이기 때문에 수사의 필요가 없음에도 다른 목적을 이유로 하는 것은 허용되지 않는다’고 확인하고 있다. 나아가 중대한 범죄에 대하여도 句留목적 외의 사정을 고려해서는 안 되기 때문에 살인사건 등의 중대범죄의 경우 재범예방의 목적을 句留의 목적에 포함시켜 판단하는 것은 허용될 수 없다고 한다.²²⁶⁾

225) 日本最高裁判所事務總局刑事局監修, 逮捕·句留に関する解釋と運用, 77쪽 이하.

226) 村井敏邦, 無罪推定原則の意義, 13쪽.

또한 未決句留를 재범방지를 위하여 이용하는 경우에 이를 ‘예방구금’이라 하지만, 일본 현행법의 句留는 도망과 죄증인멸²²⁷⁾의 방지를 위하여 인정하고 있는 것이기 때문에 예방구금이 아니라고 한다. 그렇지만 죄증인멸의 우려를 폭넓게 해석하여 재범방지를 보석조건으로 함으로써 句留를 예방구금으로 운용할 수도 있다. 그러나 이러한 운용은 句留에 관한 종래의 이해와는 이질적인 것이므로 실무운용상 정말로 필요하다면 입법으로 해결하여야 한다는 주장도 있다.²²⁸⁾

227) 죄증인멸의 위험성을 이유로 체포·句留하는 것은 피의자·피고인을 원칙적으로 일반시민과 동등하게 취급하려고 하는 무죄추정원칙에 저촉하는 것이기 때문에 句留의 요건으로 할 수 없다는 소수의 견해로는, 三島聰, 刑事法への招待, 30쪽.

228) 田宮裕, 刑事訴訟法(新版), 260쪽.

제4장 무죄추정원칙의 규범적 내용에 관한 재검토

제2장과 제3장을 통하여 우리나라와 외국의 법질서에서 무죄추정원칙의 규범적 내용을 개관해 보았다. 그 결과 무죄추정원칙의 구체적 의미내용에 관해서는 매우 다양한 견해가 도출되고 있다는 점이 확인되었다. 무죄추정원칙의 해석에 관한 학설과 판례의 견해를 보면, 좁게는 무죄추정원칙을 입증책임에 관한 규칙과 입증의 정도에 국한시켜서 이해하기도 하고, 넓게는 일체의 국가형벌권의 행사로부터 개인의 자유권을 확보하기 위한 논증 도구로 사용하기도 한다. 이러한 관점들은 각각 무죄추정원칙의 본질적 측면을 지적해 주고 있지만, 그것은 단편적이어서 그 실질적 내용을 충분하게 구체화시키지 못하고 있다. 이 점에서 우리나라 헌법 제27조 제4항에 명시되어 있는 무죄추정원칙의 규범적 내용을 다시금 검토할 필요가 있다.

제1절 증거법상 무죄추정원칙

무죄추정원칙은 일차적이고 직접적인 적용영역은 증거법에서 나타난다. 무죄추정원칙은 입증책임의 소재를 정하는 규칙임과 동시에 합리적 의심이 없을 정도의 유죄의 확신이라는 입증의 정도를 요구하는 소송법상의 법원리라고 할 수 있다. 오늘날 이 두 가지 내용이 무죄추정원칙에 속한다는 점에 대해서는 거의 이의를 제기하지 않는다. 문제는 ‘의심스러운 경우에는 피고인의 이익으로’(in dubio pro reo)와 무죄추정원칙과의 관련성이다.

1. in dubio pro reo와 책임주의

‘의심스러울 경우에는 피고인의 이익으로’(in dubio pro reo)의 법리는 가벌성에 관한 실체법적 요건의 존재가 입증되지도 않았을 뿐만 아니라 그 요건의 부존재도 입증되지 아니한 경우, 즉 입증불명(non liquet)의 상태에 있는 경우에 법원으로 하여금 ‘피고인에게 유리하게’ 판단하도록 하는 판단규칙을 의미한다. 유죄판결의 필수적인 조건이 피고인의 책임에 대한 법관의 확신이라는 규범적 명제로부터 법관이 피고인의 책임에 대하여 확신을 가지지 못한 경우에는 유죄판결을 선고해서는 안 되기 때문이다.

오늘날 ‘의심스러울 경우에는 피고인의 이익으로’(in dubio pro reo)의 법리는 실체형법의 책임주의에서 도출된다. 헌법 제27조 제4항은 “형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정 된다”고 명시하고 있다. 형사소송법상의 개념인 ‘유죄’를 실체법상의 개념으로 전환하면 ‘책임’(Schuld)이며, ‘유죄의 판결확정’이란 책임선고(Schuldsspruch)를 의미한다. 여기서 책임은 가벌성의 기초임과 동시에 가벌성을 제한한다. 그러나 책임은 소송과 무관하게 단지 존재론적으로 발견되거나 묘사되는 것이 아니다. 책임 및 그 결과로 나타나는 범죄는 형사절차를 통하여 재구성되고 확정된다. 이 점에서 책임은 규범적으로 구성되며, 투명한 입증의 절차를 통하여 확정된다. 그리고 피고인의 책임이 입증되기 전에는 비록 범죄혐의에 대한 확신에 이른 경우조차도 피고인은 무죄로 추정된다. 합리적 의심이 없을 정도의 확신에 이른 경우야 비로소 피고인에게 유죄를 선고할 수 있다. 이 점에서 의심스러울 경우에 피고인의 이익으로(in dubio pro reo)의 법리는 법관의 범죄에 대한 혐의만으로 유죄로 판결하는 혐의형의 금지(Verbot der Verdachtsstrafe)를 본질적 내용으로 하며 실체법상의 책임주의의 절차적 이면을 형성한다.

2. 무죄추정원칙과 in dubio pro reo의 관계

in dubio pro reo에 관한 우리나라 통설은 이 법리를 무죄추정원칙과 거의 동의어로 이해하고 있다. 피고인에 대한 유죄의 실체판결을 하려면 법원은 증거에 의하여 합리적 의심이 없을 정도로 강하게 피고사실에 대하여 심증을 형성해야 하고, 증거자료를 판단한 결과 여전히 합리적 의심의 여지가 남는 경우에는 in dubio pro reo의 원칙에 따라서 피고인에게 무죄판결을 선고해야 한다는 것이다.²²⁹⁾ 이러한 이해방식에 따르면 무죄추정원칙과 in dubio pro reo간에는 일정한 접점이 형성된다. 그러나 이 두 가지 원칙은 그 본질이나 적용범위와 관련하여 무시할 수 없는 차이를 보이고 있다. 우선 본질의 측면에서 보면, 무죄추정원칙은 소송법상의 제도임에 반하여 in dubio pro reo의 법리는 법관의 판단법칙으로서 실체법상의 책임주의에 속하는 것이다. 적용범위와 관련해서는, 무죄추정원칙이 법관의 심증형성시까지만 의미를 가지는데 반해, in dubio pro reo의 법리는 심증형성이후에 그것도 입증불명(non liquet)이 명확한 상태에서만 효력을 발한다. 즉, 무죄추정원칙은 재판절차에서 사실관계에 관한 재구성이 종료될 때까지 효과를 가지는 반면, in dubio pro reo 법리는 이러한 사실관계의 재구성이 종결된 결과 가벌성에 관한 요건의 존재뿐만 아니라 부존재도 불명확한 상황에서만 적용된다.

3. in dubio pro reo의 효과

우리나라 학설에서는 일반적으로 in dubio pro reo 법리를 ‘무죄’로 이해하고 있다. 그렇지만 in dubio pro reo 법리는 입증불명의 상황에서 피고인에게 ‘유리한 법효과’(pro reo)가 발생해야 한다는 것을 의미하는 것이지

229) 예컨대 신동운, 형사소송법 I, 570-571쪽; 이재상, 형사소송법, 108쪽.

의심스러운 상황에서 항상 무죄판결로 이어진다는 것을 말하는 것은 아니다. 무죄판결이 선고되어야 하는 사례로는 법원이 피고사건에 관하여 입증 불명의 상황에 봉착한 경우에 공소가 제기된 사실관계와 다른 사실관계(예컨대 보다 경미한 사실관계) 조차도 인정할 수 없어서 피고인이 불가벌이라는 결론에 이른 경우이다. 피고사건에 관하여 심리한 결과 다른 사안으로 변경될 수 있는 경우에는 관련되는 형벌법규나 범죄유형간의 서열관계가 존재하는지 검토해 보아야 하고, 이러한 서열관계가 확정된 경우에는 그 중에서 경한 구성요건으로 처벌해야 한다.

이 경우 서열관계는 크게 두 가지의 유형이 있다. 하나는 개념논리적인 서열관계로서 ‘대소관계’이다. 이는 기수에 대한 미수, 가중적 구성요건에 대한 기본적 구성요건구성요건과 같이 특별관계가 존재할 경우에 나타난다. 예를 들어 절도피고사건에 대하여 피고인이 절취한 사실은 입증되었지만, 흉기를 휴대한 사실이 의심스러울 경우(즉 입증불명인 경우)에는 기본적인 구성요건인 형법 제329조의 절도죄의 유죄가 선고되어야 한다. 다른 하나는 ‘가치합치적 서열구조’로서 ‘강약관계’(Schwächeren zum Stärkeren)이다. 이 서열구조는 작위범에 대한 부진정 부작위범, 정범에 대한 공범, 고의범에 대한 과실범 등과 같은 택일적 구성요건의 사건에서 어느 하나가 타 구성요건에 보충적으로 적용된다. 예를 들어 행위자가 살인한 사실은 입증되었으나, 그 범행의 고의성에는 의심이 존재하지만 적어도 과실로 범했다는 점이 인정되면 과실치사죄로 처벌된다.

제2절 무죄추정원칙의 금지대상으로서 불이익처분의 의미와 내용

우리나라 통설과 판례는 무죄추정원칙을 증거법에 국한시키지 않고 형

사절차 전반에 걸쳐 적용되는 범규범으로 이해하고 있다. 형사절차의 진행과 관련하여 무죄추정원칙은 유죄판결이 확정되기 전까지는 피의자나 피고인에게 불이익처분을 부과해서는 안된다는 것이다. 이와 관련하여 핵심적인 쟁점으로 되는 부분이 바로 무죄추정원칙의 금지대상에 속하는 불이익처분의 의미와 내용을 밝히는 것이다.

1. 문제제기

일반적인 의미에서 보면, 무죄추정원칙이란 아직 유무죄가 가려지지 아니한 범죄의 혐의사실에 대하여 유죄로 추정하거나 이를 전제로 한 불이익한 처분을 금지한다는 취지로 이해된다. 우리나라 헌법재판소도 “공소의 제기가 있는 피고인이라도 유죄의 확정판결이 있기까지는 원칙적으로 죄가 없는 자에 준하여 취급하여야 하고 불이익을 입혀서는 안 된다”고 이해하고 있다.²³⁰⁾ 즉, 무죄추정원칙은 유죄의 확정판결이 있기 전에 ‘죄가 없는 자에 준하여 취급’하고 ‘불이익처분’을 금지한다는 것을 의미하며, 여기서 불이익처분은 유죄예단(Schuldantezipation)을 금지하는 것으로 요약된다. 그런데 여기서 확정판결 이전의 유죄예단, 즉 ‘죄 없는 자에 준한 취급’과 ‘불이익처분 금지’가 구체적으로 무엇을 의미하는지 의문이 제기되지 않을 수 없다. 예컨대 이미 수사기관은 혐의자의 유죄에서 출발하여 수사를 착수·진행하고 있으며, 현상학적으로 보면 형사절차와 형사절차 외부에서 피고인에게 불이익한 효과를 초래하는 다양한 처분도 존재한다. 과태료, 과징금, 범칙금 등과 같은 행정상 제재나 구속·압수·수색과 같은 수

230) 헌재 1990.11.19. 90헌가48; 1992.1.28. 91헌마111; 1994.4.28. 93헌바26; 1995.7.21. 92헌마144; 신동운 교수는 헌재 1990.11.19. 90헌가48를 평석하는 자리에서, 헌법재판소가 결정문에서 “불이익을 입혀서는 안된다”는 표현을 사용한 것에 대해 정확한 표현이 아니라고 비판하고 있다. 이러한 불명확성 때문에 무죄추정원칙이 비례원칙이나 기타 헌법원리와 뒤섞여 그 모습을 잃게 되는 계기가 된다고 이해한다. 신동운, 무죄추정의 원칙, 347쪽.

사상 강제처분, 감치 등도 피의자나 피고인에게 불이익한 처분이 될 수 있으며, 구속의 경우에는 징역형과 유사하게 볼 여지도 있다. 그러므로 형사절차에서 무죄추정원칙을 엄격하게 적용하게 되면, 검사의 공소제기 조차도 허용되지 않게 되고, 이론적으로는 형사절차 그 자체가 존재하지 않을 수도 있다. 무죄추정을 엄격하게 적용하게 되면, 수사절차에서 검사가 피의자의 유죄에 대한 개연성에 기초하여 공소를 제기하는 행위 자체도 헌법재판소가 금지하는 ‘죄 없는 자에 준한 취급’과 ‘불이익처분 금지’에 해당할 수 있기 때문이다. 어떠한 기준에 따라서 ‘죄 없는 자에 준한 취급’과 ‘불이익처분 금지’를 결정할 지 논의해 보아야 하는 이유도 바로 여기에 있다. 다만, 여기서는 ‘죄 없는 자에 준한 취급’²³¹⁾은 ‘불이익처분금지’의 한 유형에 속한다는 관점에서 무죄추정원칙의 맥락에서 ‘불이익처분금지’를 인정하는 기준에 관하여 논의를 집중할 것이다.

2. 견해의 대립

우리나라에서는 불이익처분의 구체적 개념과 인정기준에 대한 논의는 신동운 교수를 제외하면 거의 진행되고 있지 않고 있기 때문에 이에 관한 논의가 비교적 깊이 진행되고 있는 독일 학설에 따라서 이 문제를 접근해 볼 필요가 있다.²³²⁾

독일의 학설 중 불이익처분의 인정기준과 관련하여 사실적인 접근방식이 있다. 이러한 입장을 취하는 견해는, 형사절차에서 피고인의 무죄추정은 단지 정형화된 형사절차에서 확정적인 유죄판결에 의해서만 번복이 가

231) ‘죄 없는 자에 준한 취급’은 유죄선고와 동일한 효과를 가져 오는 불이익처분으로 해석할 수 있으며, 예컨대 사전에 소송법상의 제 규정에 따르지 아니하고 책임(유죄)을 확정하는 행위를 말한다.

232) 독일 연방헌법재판소도 유죄판결이나 형벌과 동일한 효과를 가져 오는 불이익처분을 무죄추정원칙의 금지내용이라고 판시하고 있다. BVerfGE 74, 358, 371; 82, 106, 106, 114. 이 점에서 독일 연방헌법재판소 판례내용은 우리나라 헌법재판소 판례내용과 매우 유사하다.

능하다는 전제에서, 유죄가 확정되기 전에는 형벌과 형벌에 준하는 제재뿐만 아니라 사실상 형벌과 유사한 효과를 가져 오는 일체의 불이익처분도 금지된다고 이해한다. 예컨대 Kondziela는, 일상적으로 구성요건에 해당하고 위법하며 유책한 행위에만 결부되어 피의자가 유죄라는 인상을 불러일으키거나 해악으로 다가올 수 있는 모든 법적 효과는 불이익처분에 해당한다고 이해한다. 이러한 이해방식을 취할 경우에는, 확정판결 이전에 부과하는 범죄에 대한 일체의 효과는 불이익처분에 해당하게 된다.²³³⁾ 따라서 수사절차에서 검사가 피의자에 대하여 일정한 조건을 부담시키고 그에 상응하게 공소제기를 유예하는 소위 조건부 기소유예는 무죄추정원칙을 위반한 것이라고 평가할 수 있다.²³⁴⁾ 이와 유사하게 Paeffgen도 국가형벌권에 의한 특정한 처분이 형벌과 유사한 것인지의 여부는 그 처분의 본질이나 실제적 효과만으로는 결정할 수 없고, 다양한 맥락에 관련되어 있기 때문에 현상학적으로 처리해야 하며, 이 경우에 불이익처분으로 고려될 수 있는 것으로는 당해 처분으로 인하여 희생된 법익, 당해 처분의 낙인효과, 형법 및 형사소송법과의 내용적 관련성 등이라고 한다.

한편, Kühl 교수는 무죄추정원칙의 의미내용에 대하여 법원에 의한 유죄의 판결확정 이전에 형벌의 부과나 형벌유사적 처분의 부과를 금지하는 것으로 이해하고 있다.²³⁵⁾ 그러나 ‘형벌유사적 처분’의 의미내용에 대해서는 유죄판결의 확정 이전에 피의자나 피고인에게 부과되는 모든 유형의 해악부과는 아니라고 한다. 만약 형벌과 유사한 효과를 가지는 처분까지 무죄추정원칙의 금지대상인 ‘불이익처분’의 내용에 포함시키는 경우에는 질서위반법 위반에 따른 ‘질서위반금’의 부과나 검사가 형사소송법 제153a조

233) Kondziela, *Täter-Opfer-Ausgleich und Unschuldsvermutung*, 183쪽.

234) Paeffgen, *Vorüberlegungen zu einer Dogmatik des Untersuchungshaftrechts*, 53쪽 및 그곳의 주 194번. 따라서 Paeffgen은 고문금지와 혐의형금지를 무죄추정원칙에서 도출한다.

235) Kühl, *Unschuldsvermutung, Freispruch und Einstellung*, 13쪽 이하.

에 근거하여 조건부 기소유예 처분을 행할 때 부과하는 ‘사회봉사’ 처분과 구분을 지을 수 없을 뿐만 아니라 구속 자체도 형벌과 유사한 효과를 가지는 처분에 포함시키게 되어 무죄추정원칙의 금지내용이 불투명하게 되어 버리게 되는 결과를 초래하기 때문이라는 것이다. 오히려 Kühl 교수는 특정한 처분이 형벌의 본질이라고 할 수 있는 ‘반가치판단’(Unwerturteil)을 포함하는 경우에만 형벌과 유사한 처분에 해당한다고 이해하고 있다. 즉, 형벌유사적 처분의 판단기준은, 당해 처분이 피의자나 피고인에게 ‘해악’으로 나타나는지의 여부에 달려있는 것이 아니라, 당해 처분이 ‘사회윤리적 반가치판단’(sozialethisches Unwerturteil)의 성격을 가지고 있어야 한다는 것이다.²³⁶⁾ 이러한 이해방식에 따를 때, 형벌유사적 처분이란 ‘형벌과 동일하게 사회적 차별을 가져오는 일체의 처분’을 의미하게 된다. 이러한 처분에 속하는 예로는 확신에 기초하지 아니한 예단된 유죄확정이나 피의자나 피고인이 범죄를 저질렀다는 형사사법기관의 명시적인 표현 등이다. 그렇지만 Kühl 교수는 피의자나 피고인의 혐의에 대한 형사사법기관의 표현이 회피가능했던 경우에만 무죄추정의 위반으로 이해한다. 범죄혐의를 규명하기 위하여 필요한 수사행위나 소송행위에 필수적으로 포함되는 혐의의 확정은 정당화된다고 이해한다.²³⁷⁾ 그렇지 않은 경우에는 국가적 형사사법을 포기하고 이로써 모든 시민의 자유와 안전을 단념해 버리게 되는 결과를 초래할 것이기 때문이라는 것이다.

3. 검 토

무죄추정원칙에서 금지하고 있는 불이익처분을 사실적 관점에서 바라보

236) Kühl, *Unschuldsvermutung, Freispruch und Einstellung*, 14쪽 이하. Kühl 교수가 불이익처분의 인정기준으로서 특정 처분의 ‘사회윤리적 반가치판단’을 제시하는 이유는 형벌의 본질적인 목적설정은 범행의 ‘사회윤리적 불승인’(sozialethische Missbilligung)에 있다는 점에서 착상하고 있기 때문이다.

237) Kühl, *Unschuldsvermutung, Freispruch und Einstellung*, 25쪽.

는 Kondziela와 Paeffgen의 견해는 불이익처분의 범위를 불명확하게 만들어 버리는 난점을 가지고 있다. 예컨대 교통사범에 대한 범칙금이나 질서위반행위에 대한 과태료의 경우에는 법원의 책임확정 없이 집행되고 있는데, 불이익처분의 인정기준을 관련자에 대한 해악으로 이해할 경우에는 이들 법효과는 모두 무죄추정원칙에 대한 위반이라는 결론이 도출된다. 또한 Paeffgen과 같이 다양한 요소를 종합하여 판단하는 경우에는 동일한 사안에서 서로 다른 결론이 도출될 수 있기 때문에 오히려 법적 안정성마저 해칠 우려도 있다. 요컨대 불이익처분의 인정기준을 사실적으로 고찰하는 방식은 한마디로 수사절차의 수행을 불가능하게 만들어 버리고 만다. 예컨대 수사절차나 재판절차에서 피의자 또는 피고인에 대한 구속이나 압수·수색과 같은 강제처분은 적어도 관련자에게 해악으로 다가오기 때문에 결국 무죄추정원칙에 정면으로 반한다는 결과를 초래하기 때문이다.

불이익처분의 개념을 구체적으로 확정함에 있어서는 현재 우리사회에 위험을 예방하고 절차를 확보하기 위한 다양한 수단들과의 관련성도 고려해 보아야 한다. 그렇다면 무죄추정원칙이 금지하는 불이익처분은 막연하게 형벌과 유사한 효과를 가져오는 처분으로 이해되어서는 안 된다. 수사절차와 공판절차에서 부과되는 일정한 처분이 무죄추정원칙에서 금지하는 불이익처분인지의 여부는 단순히 당사자가 해악으로 느꼈는가에 초점을 맞출 것이 아니라 그 처분이 사회윤리적 반가치판단을 포함하고 있는 형벌 또는 형벌에 준하는 제재로 볼 수 있는지의 여부에 달려 있다. 결론적으로 무죄추정원칙에서 금지하는 불이익처분이란, 유죄의 확정판결 이전에 형벌 또는 형벌에 준하는 처분으로서 사회윤리적 반가치판단이 담겨져 있는 처분을 말한다.

제3절 수사상 강제처분과 무죄추정원칙

무죄추정원칙에서 여전히 논란되는 쟁점 중의 하나는 수사상 강제처분, 특히 구속과의 관련성이다. 즉, 구속요건, 구속기간 및 미결구금자에 대한 기본권제한의 강도 등에 무죄추정원칙이 직접적 기준을 제공해 주는 지가 문제로 된다. 불구속수사원칙의 직접적인 근거규범이 헌법 제27조 제4항의 무죄추정원칙인지도 논란의 여지가 있다. 우리나라의 학설과 판례에서는 피의자는 유죄의 판결이 확정될 때 까지 무죄로 추정되기 때문에 피의자에 대한 수사는 불구속으로 행하는 것이 원칙이며²³⁸⁾, 구속기간은 가능한 최소한에 그쳐야 한다²³⁹⁾고 이해하고 있다. 통설과 판례의 이러한 태도는 아마도 우리나라에서 구속이 하나의 처벌처럼 받아들여지고 있는 사회적 실상을 감안하여 수사기관의 구속을 자제시키기 위한 배경에서 주장되는 것처럼 보인다. 그러나 우리나라의 통설과 판례는 불구속수사원칙을 무죄추정에서 직접적으로 도출하면서도 양자의 실체적 관련성에 관해서는 분명한 논의가 진행되지 않고 있으며, 어떠한 기준에 기초하여 무죄추정원칙이 구속을 제한하는 규칙으로 기능하는지 불분명하다. 이러한 의미에서 여기서는 수사상 강제처분에 무죄추정원칙의 적용가능성에 관한 우리나라 학설과 판례의 견해를 검토할 것이다.²⁴⁰⁾

238) 차용석 외 3인 공저, 주석 형사소송법(III), 82쪽; 신동운, 형사소송법 I, 572쪽; 이재상, 형사소송법, 104쪽; 헌재 1992.1.28. 91헌마111; 1995.7.21. 92헌마144

239) 헌재 1992.4.14. 90헌마82.

240) 무죄추정원칙이 수사상 강제처분에 적용될 수 있는지, 불구속수사의 직접적인 근거규범인지의 여부를 논의함에 있어 이를 소송구조론적 관점에서 이해해 볼 수도 있다. 우리나라의 수사절차는 대륙법계의 수사구조를 띄고 있다. 여기서 독일과 같은 대륙법계 수사구조에서는 혐의사실에 관한 조사를 사실판단자가 직권으로 사실을 ‘조사’(Ermittlung)하는 것을 본질로 하고 그 조사의 범위와 관련해서도 유죄판결을 받기에 충분한 혐의까지 수사가 행해지고 있다. 이 점은 예를 들어 우리나라에서 대륙법계 수사구조의 대표적인 특징인 검사의 객관의무를 인정하고 있는 점에서 알 수 있다(대판 2002.2.22. 2001도23447 참조). 이에 반해 영미법계와 같은 당사자주의에서는 절차주제자와 사실판단자는 중립적이고 당사자의 공방으로 사실확인이 이루어진다는 점에서 사실의 ‘제시’

1. 불구속수사의 직접적 근거로서 무죄추정원칙?

통설과 판례가 주장하는 것처럼, 불구속수사의 원칙이 무죄추정원칙의 당연한 귀결인지 의문이 제기된다. 구속은 피의자나 피고인에 대한 자유를 제한함으로써 형사절차에서 출석을 보장하고 증거인멸을 통한 수사와 심리의 방해를 제거하며, 형벌의 집행을 확보하기 위한 제도이다. 여기서 구속이 허용되는지의 여부는 형사소송법이 규정하고 있는 구속의 요건인 범행의 상당한 이유와 주거부정, 증거인멸, 도주위험의 어느 하나에 해당하는 구속사유의 요건에 해당하는지의 여부에 달려있다. 따라서 형사절차를 확보하기 위한 수단으로서 구속이 행해지는 한, 이를 두고 유죄의 확정판결 이전에 금지하는 처분이나 적정절차에서 금지하는 부당한 처벌라고 할 수 없다.²⁴¹⁾ 오히려 구속의 요건이 존재하는 경우에 수사기관은 이를 관철하는 것이 형사절차를 확보하기 위하여 필요하다. 구속의 요건이 존재함에도 불구하고 이를 관철하지 아니하는 경우에는 범치국가원리의 또 다른 요소인 법률의 정당한 집행이 의미를 상실하게 될 것이다.

물론, 구속은 형사절차를 확보하기 위한 수단임에는 틀림없지만, 개인의

를 본질로 하며 법원의 절차가 매우 일찍 시작되기 때문에 공판절차로 넘어가기 위하여 필요한 범죄의 ‘혐의’도 대륙법계 소송구조 보다는 매우 낮은 것이다. 상세한 내용은 이완규, 검찰제도와 검사의 지위, 24-33쪽 참조. 그런데, 이와 같은 대륙법계 수사구조의 특징을 이해하면서 구속제도와 무죄추정원칙간의 관계를 설명하는 견해가 있다. 예컨대 Natali와 Ohlbaum은 공판전 자유, 즉 불구속(pretrial liberty)을 근거지움에 있어 무죄추정원칙이 영미법계의 당사자주의 소송구조 철학과 대륙법계 직권주의 소송구조 철학간의 차이에서 나타나는 가장 현저한 특징이라고 언급하고 있다. Natali&Ohlbaum, *Redrafting the Due Process Model: The Preventive Detention Blueprint*, 1227쪽 이하 참조. 대부분의 유럽국가의 범절서에서는 무죄추정원칙이 승인되고 있지만, 이 원칙을 공판절차에 국한하여 적용하고 있으며 피의자나 피고인의 보석권과의 관련성 속에서 논의하지 않을 뿐만 아니라 예방구속의 허용여부도 헌법적 문제로 간주하지 않는다고 한다. 또한 대륙법계 직권주의 소송관념 하에서는 구속이 원칙이며 불구속은 예외라고 한다. 직권주의 소송구조 하에서의 형사소추체계는 사실을 조사하는 소추기관이 수사절차에서 이미 전체적인 증거자료를 조사하고 취사하여 공소제기를 결정함으로써 피의자의 범죄유무를 결정해 버리기 때문이라는 것이다.

241) 신현주, 형사소송법, 137쪽; 같은 취지로는, 이태훈, 미국의 인신구속제도와 운영실태, 17쪽.

자유를 심각하게 제한하는 강제처분이라는 점에서 구속법의 적용에 일정한 제한이 따르지 않을 수 없다. 이를 위하여 현행 형사소송법 제199조 제1항은 구속을 포함한 강제처분은 필요한 최소한도의 범위 안에서만 행사할 것을 명시하고 있다. 이 점에서 비례원칙이 구속법을 지배하는 원리가 되는 것은 별론으로 하더라도, 무죄추정원칙이 구속의 당부를 판단하거나 불구속의 직접적인 근거가 된다고 보기 힘들다. 만약 무죄추정원칙이 비례원칙을 대체하거나 보충한다면 오히려 피의자의 권리보호를 위한 법적 안정성이 더 위태롭게 될 것이다.

2. 구속의 불이익처분에의 포함 여부

무죄추정원칙의 본질적 내용인 ‘불이익처분의 금지’는 형사소송절차에 따라 유죄의 판결이 확정되기 전에는 형벌이나 형벌과 유사한 불이익처분을 과해서는 안 된다는 점을 지적해 주고 있다. 그러나 우리나라 형사소송법체계에서는 구속을 형사절차 확보의 수단으로 이해하고 있지, 형벌과 유사한 불이익처분으로 이해하지 않고 있다. 형사절차상 특정한 처분이 형벌과 유사한 효과를 가지는지의 여부는 그 처분이 범죄혐의의 규명이라는 절차상의 합법적인 목적에 이바지 하는 것인지에 달려있게 된다. 여기서 구속이 정당한 형사절차의 확보수단으로서 기능하는 한 이를 불이익처분으로 봐서는 안 된다. 만약 수사상 강제처분이 형벌과 유사하다는 이유만으로 불이익처분이라고 인정한다면 구속제도는 언제나 무죄추정원칙에 위반되는 결과를 초래하기 때문이다.²⁴²⁾

물론, 형벌유사적 처분이라는 개념을 단순히 법적인 관점을 떠나 사회적 현상으로 이해할 경우 구속기간의 부당한 장기화는 피의자에게 불이익처

242) Rudolphi, *SK-StPO*, Vor 94 Rdnr. 8 9; Krauss, *Der Grundsatz der Unschuldsvermutung*, 162쪽 이하.

분으로 다가올 여지도 있다. 그러나 우리나라에서 구속기간의 부당한 장기화를 방지하기 위한 논증도구로서 무죄추정원칙을 원용할 가능성은 거의 존재하지 않는다고 보아야 한다. 예컨대 독일의 경우 판례와 학설은 구속기에 무죄추정원칙을 적용하고 있지만, 그 본질적인 이유는 구속기간에 대한 절대적 상한이 규정되어 있지 아니한 점을 고려하여 이를 무죄추정원칙을 통하여 제한하고자 논의되고 있다. 이에 반하여 우리나라에서는 수사기관의 구속기간을 엄격하게 법정하고 있으며, 법정 구속기간을 경과한 경우에는 피의자를 의무적으로 석방해야 한다. 즉, 사법경찰관이 피의자를 구속한 때에는 10일 이내에 피의자를 검사에게 인치해야 하고(형소법 제202조), 검사가 피의자를 구속하거나 사법경찰관으로부터 피의자의 인치를 받은 때에는 10일 이내에 공소를 제기하지 아니하면 반드시 석방해야 한다(동법 제203조). 단, 검사의 구속기간은 10일을 초과하지 아니하는 한도에서 법원의 허가를 전제로 1차에 한하여 연장할 수 있다.

따라서 구속 그 자체는 무죄추정원칙의 금지대상에 포함되지 않을 뿐만 아니라 구속기간의 상한도 법정되어 있기 때문에 무죄추정원칙의 포착범위에 포함되지 않는다고 이해할 수 있다.

3. 구속의 적법성 판단기준의 결여

통설 및 판례와 같이 무죄추정이 인신구속의 제한원리가 된다는 점에서 출발한다는 점을 인정하는 경우에도, 무죄추정원칙이 구속이나 압수수색의 허용성에 어떠한 판단기준을 제공해 주는 지 의문이 제기된다. 특정한 강제처분을 제한하기 위해서는 그 강제처분의 위법성을 판단하는 기준이 있어야 한다. 구속이나 압수수색의 위법성을 문제 삼는 경우에도 납득할 수 있는 개별화된 판단기준을 가지고 당해 강제처분의 위법성을 검토해 보아야 한다. 그러나 무죄추정원칙은 강제처분의 허용성이나 강도(強度)를 판

단하는 기준을 제공해 주지 못한다. 또한 구속이 위법한지의 여부는 개별 사건마다 그 기초되는 사안을 달리하기 때문에 위법성 판단의 기준과 준거점도 개별사건마다 달라진다. 그런데 무죄추정원칙은 항상 동일한 크기로 존재하기 때문에 구속의 허용성이나 강도를 판단하는 데 아무런 판단 기준을 제공해 주지 않는다. 유죄의 확정판결 이전에 형벌, 형벌과 유사하거나 사회적으로 차별하는 불이익처분을 부과해서는 안 된다는 무죄추정의 내용이 구속의 위법성 판단에 어느 정도의 판단기준을 제공해 줄지 의문이 제기된다.

4. 비교법적 검토

비교법적으로 고찰해볼 경우에도 구속에 무죄추정원칙이 적용된다는 우리나라의 학설과 판례는 설득력이 약하다. 미국 연방대법원은 이미 1979년 *Bell v. Wolfish* 사건에서 무죄추정원칙이 재판전 단계에 적용되지 않는다고 판시한 바 있다. 특히 미국과 독일에서는 재범의 위험성을 구속사유로 하는 예방구속도 허용하고 있으며, 연방대법원은 1987년 *United State v. Salerno* 사건에서 예방구속이 적법절차의 본질적 내용을 침해하지 않았다고 판시하였다. 독일의 학설과 판례는 구속과 무죄추정원칙은 상호 조화관계에 있으며, 다수설은 예방구속에 관한 형사소송법 제112a조가 무죄추정원칙에 위배되지 않는다고 이해하고 있다. 우리나라에 비해 수사상 기본권 제한의 가능성을 더 느슨하게 열어두고 있는 미국과 독일의 구속관련 입법과 판례 및 학설의 태도는, 구속과 무죄추정원칙간의 관계에 대한 우리나라의 학설과 판례에 시사해 주는 바가 크다.

5. 인신구속에서 무죄추정원칙의 의미

인신구속과 무죄추정원칙은 현상학적으로 보면 상호 이율배반적인 관계

에 있다. 형사소송법 제195조는 수사기관의 수사를 강제하고 있으며, 여기서 수사의 기본적인 전제는 피의자에 대한 범죄혐의의 추정(즉, 유죄의 추정)라고 할 수 있다. 그런데 수사기관의 강제수사에 무죄추정원칙이 적용된다면, 그것이 수사를 하지 말아야 한다는 의미인지, 강제수사에 있어서 수사기관의 신중한 판단을 요구한다는 의미인지 의문이 제기된다.

강제수사는 기본권침해나 제한과 직접적으로 결부되어 있기 때문에 그것이 통제되어야 하는 것은 당연하다. 우리나라 법질서는 이를 위해 적법절차원칙이나 비례원칙을 명시적으로 규정해 두고 있다. 나아가 피의자의 진술거부권, 변호인조력권 등 절차상의 권리가 보장되고 있다. 따라서 당해 수사절차에서 피의자는 수사기관의 구속으로 인하여 절차의 객체로 되어 있지만, 헌법이나 형사소송법이 인정하고 있는 절차상의 기본권을 향유할 수 있다. 여기서 구속과 무죄추정원칙간의 이율배반적인 관계는, 수사기관이 구체적 범죄혐의가 인정되는 피의자에 대하여 구속을 하였지만, 구속된 피의자는 절차상의 기본권에 기초하여 자신의 방어권을 행사할 수 있다는 방식으로 해명될 수 있을 것이다. 그러나 이러한 해명의 맥락에서 무죄추정원칙은 어디에서도 직접적이고 독자적인 기능을 찾아보기 힘들다. 단지 하나의 실익이 있다면, 무죄추정원칙이 구속요건이나 구속기간을 제한하는 잣대로 된다는 점인데, 무죄추정원칙의 포괄성과 일반성으로 인하여 구속요건이나 구속기간의 위법성을 판단하는 데 어느 정도로 도움을 제공해 줄지 의문이 제기된다. 실제로 우리나라에서 무죄추정원칙에 대한 위반이 문제되는 사례에서는 무죄추정원칙 그 자체만 재판규범으로 원용된 것이 아니라 비례원칙 등과 같은 타 규범에 대한 침해가 우선적으로 문제되었다. 우리나라 헌법재판소의 판례를 자세히 분석해 보면, 무죄추정원칙이 원용되는 곳에서는 어김없이 비례원칙이 등장하고, 실제에서 비례원칙이 기본권제한의 정당성이나 기본권침해 여부를 판단하는 데 더 중요한 의미를 가지고 있다. 이와 같이 무죄추정원칙이 특정한 국가행위의 기

본권 침해성을 판단하는 데 독자성을 띠지 못하는 이유는, 무죄추정원칙이 기본권제한의 정당성 여부를 심사하는 판단기준을 제공해 주지 못하기 때문이다.

결론적으로 무죄추정원칙은 불구속수사원칙의 일차적이고 직접적인 근거가 되지 못하며 수사기관 종사자로 하여금 인신구속시 신중한 판단을 해야 한다는 훈시적 의미를 뛰어넘을 수 없다. 인신구속을 제한하기 위해서는 구속법을 지배하는 비례원칙을 적용하여 피의자의 기본권영역을 보다 덜 침해하면서도 형사절차를 확보할 수 있는 수단을 고려해 보아야 한다. 예를 들어 보석제도의 활성화나 구속집행유예제도의 도입 등을 고려해 볼 수 있다.

제5장 결 론

외국과 우리나라에서는 모두 무죄추정원칙을 인정하고 있지만, 그 해석에 관해서는 무죄추정원칙을 이해하는 견해마다 매우 상이하게 나타난다. 무죄추정의 규범적 내용을 입증책임의 소재나 ‘합리적 의심이 없을 정도의 입증’이라는 입증의 정도에 관한 규칙에 국한시키는 견해에서부터 피의자나 피고인의 일반적인 자유권을 포괄하는 법원리로 파악하는 견해, 형사실무가로 하여금 신중한 사건처리를 호소하는 修辭적인 기능만 가진다는 견해에 이르기까지 그 이해방식이 다양하다.

우리나라의 경우 통설과 판례는 무죄추정원칙의 규범적 내용을 입증책임의 소재나 입증의 정도 등과 같은 증거법상의 효력범위를 넘어 이를 위법수사의 금지, 인신구속의 제한(불구속수사원칙), 진술거부권의 보장, 형사절차상 부당한 대우의 금지 등과 같이 피의자나 피고인의 절차상의 자유를 보호하는 일체의 규범과 제도에 결부지우고 있다. 통설과 판례의 이러한 태도는 무죄추정원칙을 피의자나 피고인의 일반적인 자유권(즉, 절차상의 권리)을 포괄하는 개념으로 이해하고 있는 것 같다.

그러나 증거법 영역에서의 무죄추정원칙의 기능과 가치를 제외하면 이외의 영역에서 무죄추정원칙에 포함시키고 있는 각각의 제도들은 무죄추정원칙의 1차적이고 직접적인 내용이라고 보기 힘들다. 또한 무죄추정원칙을 형사절차상 피의자나 피고인에게 직접 또는 간접적으로 유리하게 작용하는 일체의 규정과 제도를 포괄하는 원칙(*favor rei prinzip*)을 이해하는 경우에는 이 법원리의 고유한 윤곽을 흐리게 만들고 그 실체상의 의미마저 잃어버리게 되는 결과를 초래할 수 있다. 나아가 무죄추정원칙에 근거하고 있는 것으로 간주되는 거의 모든 관점들은 이미 다른 형사소송법원리나 절차상 기본권들로부터 도출할 수 있다. 예를 들어 진술거부권이나

형사절차상 부당한 대우의 금지 등은 무죄추정원칙과 결부지을 필요도 없이 현행 헌법과 형사소송법의 관련 제도와 규정에서 도출할 수 있다.

역사적으로 보면, 무죄추정원칙은 유죄판결을 위해서는 2명의 증인이나 피고인의 자백을 요구했던 규문주의하의 증거법칙에 따라 범죄사실이 증명될 수 없었을 경우에 법관이 무죄선고를 피하기 위하여 보다 경한 형벌(소위 특별형: *poena extraordinaria*)을 선고하는 것이 가능했던 규문소송 체계에 대한 투쟁의 산물이었다. 그러나 규문시대에서 해방된 오늘날 대부분의 법질서에서는 합리적 의심이 없을 정도의 증명에 기초한 경우에 한하여 유죄의 선고가 가능하며, 이러한 입증의 정도에 이르지 아니한 채 피고인의 혐의를 전제로 한 형벌이나 불이익처분을 부과할 수 없다는 점을 분명하게 인정하고 있다. 물론 여기서 ‘유죄’의 확정은 형사절차를 통하여 재구성되고 확정되며, 이를 위해서는 합리적이고 예단이 개입되지 않은 진실발견을 보장하기 위한 투명한 입증의 절차, 즉 공정한 재판절차가 요구된다. 그리고 이러한 공정한 재판절차 속에서 피고인의 범죄혐의에 대하여 법관이 합리적 의심이 없을 정도의 확신에 이르지 못한 경우에는 피고인에게 유죄를 선고할 수 없다. 이러한 의미에서, 형사소송법상 무죄추정원칙이란, 미국의 연방대법원이 명백하게 판시한 바와 같이, 공소사실에 대한 입증책임의 소재와 입증의 정도를 정하는 법칙으로서 재판단계에서 나타난 증거에 의해서만 피고인의 유·무죄를 판단해야 한다는 증거법상의 원칙이다. 따라서 재판절차 이전단계에서 수사의 목적을 달성하기 위한 인신구속은 무죄추정원칙의 효력범위에 포함되지도 않는다고 이해하는 것이 헌법 제12조와 제27조 제4항에 대한 체계적이고 충실한 해석이다.

무죄추정원칙을 불구속수사의 규제원리로 받아들이는 우리나라 통설과 판례의 견해는 수사실무에서 나타나는 구속사례를 가급적 줄여보고자 하는 이론적 차원의 시도이라고 평가할 수 있는 여지도 있다. 그렇지만, 무죄추정원칙을 인신구속의 제한원리로 이해하는 경우에는 수사의 효율성을

현저하게 저해하고 이로써 형사절차의 정당한 관철을 무의미하게 만들어 버릴 위험이 있다. 이 점에서 불구속수사와 구속수사를 원칙과 예외의 관계로 양극화 시키고, 불구속수사원칙이 무죄추정원칙에서 연원하는 일차적이고 직접적인 귀결이라는 통설과 판례는 무죄추정원칙의 본질에 대한 오해에서 비롯된 것이며, 오히려 ‘형사피고인’만 주체로 명시하고 있는 우리 헌법 제27조 제4항의 고유한 윤곽마저 흐리게 할 위험이 있다. 무죄추정원칙이 인신구속의 제한원리가 된다는 통설과 판례의 주장내용은 수사기관에 대하여 ‘신중한 수사에 대한 요청’이라는 훈시적인 성격 이상의 의미를 가질 수 없다.

참고문헌

1. 국내문헌

- 김정환, 형사소송에서의 추정 이론, 인권과 정의, 343권, 대한변호사협회, 2005, 63-72.
- 김효전(역), 게오르크 옐리네크 - 에밀 부뜨미, 인권선언논쟁, 법문사, 1991. 2월, (再版) 1999. 11.
- 김철수, 무죄추정권, 대한변호사협회지, 제70호, 대한변호사협회, 1981. 9. 9-42.
- 박상기, 독일형법사, 을곡출판사, 1993.
- 배종대/이상돈, 형사소송법, 제3판, 홍문사, 1999.
- 변종필, 형사소송에서 진실개념, 고려대학교 대학원 박사학위논문, 1996.
- 신동운, 무죄추정의 원칙, 헌법재판자료 4집, 헌법재판소, 1991, 340-349.
- 신동운, 무죄추정의 원칙과 검사의 기소유예처분, 서울대 법학, 31권3·4호 (83·84호), 서울대학교 법학연구소, 1990, 154-166.
- 신동운, 형사소송법 I, 제2판, 법문사, 1997.
- 신양균, 형사소송법, 대명출판사, 1996.
- 신현주, 형사소송법, 신정 2판, 박영사, 2002.
- 윤진수, 변호사법 제15조의 위헌성, 인권과 정의, 179호, 대한변호사협회, 1990.11, 99-110.
- 이완규, 검사의 지위와 객관의무, 형사판례연구[12], 한국형사판례연구회 (편), 박영사, 2004, 301-329.
- 이재상, 형사소송법, 제6판, 박영사, 2002.
- 이태훈, 미국의 인신구속제도와 운영실태, 법조, 46권 7호(490호), 법조협회, 1997. 5-25.

- 정동욱, 고시연구, 16권 11호, 고시연구사, 1989, 143-149.
- 진계호, 형사소송법, 형설출판사, 2000.
- 차용석/백형구/박일환/박승진, 주석 형사소송법(III), 제3판, 한국사법행정학회, 1999.
- 차용석, 무죄의 확정과 피의자·피고인의 지위, 법조춘추, 통권134호, 1986. 1, 62-71.
- 허일태, 무죄추정의 원칙, 공범론과 형사법의 제문제, 심경 정성근 교수 화갑기념논문집, 삼영사, 1997, 829-835.

2. 일본문헌

- 青柳文雄, 五訂刑事訴訟法通論 上卷, 立花書房, 1976.
- 青柳文雄, 五訂刑事訴訟法通論 下卷, 立花書房, 1976.
- 渥美東洋, 刑事訴訟法(新版補訂), 有斐閣, 2001.
- 渥美東洋, 刑事訴訟を考える, 日本評論社, 1989.
- 安倍治夫, 新刑事訴訟の七つのアンバランス, 刑事訴訟法における均衡と調和, 一粒社, 1963.
- 井戸田侃, 無罪推定の法理-刑事訴訟法の現實と課題-, 近代刑事法の理念と現實·柏木千秋先生喜壽記念論文集, 立花書房, 1991.
- 井上正治, 刑法における主觀的要素の證明, 瀧川先生還曆記念·現代刑法學の課題(下), 有斐閣, 1955.
- 井上正仁, 痲藥新法と推定規定, 研修 第523号, 1992.
- 岡部泰昌, 舉證責任および推定, 高田卓爾·田宮裕編, 演習刑事訴訟法, 青林書院新社, 1984.
- 小野清一郎ほか, ポケット註釋全書·刑事訴訟法(上) 新版, 有斐閣, 1986.
- 小野清一郎, 新刑訴における證據の理論, 刑法雜誌 第5卷第3号, 1954.

- 鴨良弼, 刑事訴訟法の基本理念, 九州大學出版會, 1985.
- 熊本典道, 刑事訴訟法論集, 信山社, 1989.
- 兒島武雄, 句留保釋と再犯の防止. 佐伯千仞編著, 生きている刑事訴訟法, 日本評論社, 1970.
- 光藤景皎, 舉證責任と推定, 渥美東洋ほか・増補刑事訴訟法, 青林書院, 1977.
- 後藤昭, 「疑わしきは被告人の利益に」ということ, 一橋論叢 第117卷 第4号, 1997.4.
- 下村幸雄, 句留の必要性, 佐伯千仞編著, 生きている刑事訴訟法, 日本評論社, 1970.
- 鈴木茂嗣, 刑事訴訟法の基本構造, 成文堂, 1988.
- 高田卓爾, 刑事訴訟法(二訂版), 青林書院新社, 1984.
- 多田元, 句留の必要性理論, 青年法律家協會裁判官部會編, 刑事實務の研究, 日本評論社, 1971.
- 団藤重光, 新刑事訴訟法綱要(七訂版), 創文社, 1984.
- 田宮裕, 刑事訴訟法(新版), 有斐閣, 1999.
- 田宮裕, 刑事訴訟におけるモデル論, 刑事法學の現代的狀況-内藤謙先生古稀祝賀論文集, 有斐閣, 1994.
- 日本最高裁判所事務總局刑事局監修, 逮捕・句留に関する保釋と運用, 司法協會, 1995.
- 日本法務總合研究所編, 平成16年版犯罪白書, 2004.
- 平野龍一, 刑事訴訟法, 有斐閣, 1990.
- 平野龍一, 捜査と人權, 日本國憲法大系 第7卷, 日本評論社, 1985.
- 平野龍一, 刑事訴訟法概説, 東京大學出版會, 1968.
- 平野龍一, 刑事訴訟における推定, 法學協會雜誌 第74卷 第3号, 1957.
- 平場安治, 改訂刑事訴訟法講義, 有斐閣, 1954.
- 福井厚, 刑事訴訟法講義(第2版), 法律文化社, 2003.

- 前田宏ほか, 人の健康に係る公害犯罪の處罰に關する法律について, 法曹時報 第23卷 第2号.
- 松尾浩也, 刑事訴訟法(上), 弘文堂, 1987.
- 松尾浩也, 刑事訴訟法 下 I, 弘文堂, 1986.
- 松尾浩也, 舉證責任および推定, 刑事訴訟法講座(2), 有斐閣, 1969.
- 松尾浩也, 刑事訴訟における舉證責任, 上智法學論集 第1卷第1号, 1958.
- 松岡正章, 推定, 刑事訴訟法の争點, 有斐閣, 1979.
- 三島聰, 刑事法への招待, 現代人文社, 2004.
- 三井誠, 舉證責任と推定(3), 法學教室 1998年 11月号, 有斐閣.
- 村井敏邦, 無罪推定原則の意義, 光藤景皎先生古稀祝賀論文集(上卷), 成文堂, 2001.
- 村井敏邦, 暴力團・麻薬立法の問題, 法律時報 第63卷第7号, 日本評論社, 1991.
- 吉岡一男, 刑事法通論, 成文堂, 1995.

3. 구미문헌

- Alexy, Robert: *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a.M., 1986.
- Alternativkommentar (AK): *Kommentar zur Strafprozeßordnung*, Neiwied u.a., 1992.
- Arbeitskreis Strafrechtsreform: *Die Untersuchungshaft, Gesetzentwurf mit Begründung*, vorgelegt von Knut Amelung u.a., Heidelberg, 1983.
- Berman, Harold J.: *The Presumption of Innocence: Another Reply*, 28 American Journal of Comparative Law, 1980, pp. 615.
- Bornkamm, Joachim: *Pressefreiheit und Fairneß des Strafverfahrens*,

Baden-Baden, 1980.

Bosworth, Cathy Lynne: *Pretrial Detainment: The Fruitless Search for the Presumption of Innocence*, 47 Ohio State Law Journal, 1986, pp. 277.

Carroll, William A./Smith, Norman B.: *American Constitutional Rights - Cases, Documents, and Commentary*, Lantham/MD London, 1991.

Dalbkermeyer, Brigit: *Der Schutz des Beschuldigten vor identifizierenden und tendenziösen Pressemitteilung der Ermittlungsbehörden*, Frankfurt a.M., 1994.

identifizierenden

Diamond, Henry A: *Note: Reasonable Doubt: To Define, Or Not to Define*, 90 Columbia Law Review, 1990, pp. 1716.

Duff, R.A.: *Trials and punishments*, Cambridge London New York Rochelle Melbourne Sydney, 1986.

Durstewitz, Josef: *Die Rechtsvermutung der Unschuld(in dubio pro reo) - ein allgemeines Menschenrecht und Bestandteil des Völkerrechts*, Diss. Göttingen, 1954.

Fletcher, George P.: *Rethinking Criminal Law*, Boston · Toronto, 1978.

Fletcher, George P.: *The Presumption of Innocence in the Soviet Union*, 15 UCLA Law Review, 1968, pp. 1203.

Frister, Helmut: *Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts*, Berlin, 1988

Grebing, Gerhardt: *Untersuchungshaft in Frankreich*, Bonn, 1974.

Gropp, Walter: *Zum verfahrenslimitierenden Wirkungsgehalt der*

- Unschuldsvermutung*, JZ, 1991, 804 ff.
- Hansen, Keith Eric: *When Worlds Collide: The Constitutional Politics of Unites States v. Salerno*, 14 American Journal of Comparative Law, 1986-1987, pp. 155.
- Hassemer, Winfried: *Vorverurteilung durch die Medien*, NJW, 1985, 1921 ff.
- Healy, Patrick: *Proof and Policy: No Golden Treads*, The Criminal Law Review, 1987, pp. 355.
- Horwatt, Karin Graham: *An Attorney Is Not A Rolls-Royce: The Comprehensive Forfeiture Act of 1984 and the Sixth Amendment Right to Effective Assistance of Counsel After United States v. Monsanto*, I Wm. & Mary Bill of Rts. J. 1992, pp. 145.
- Jett David: *Note: The Loss of Innocence*, 22 American Criminal Law Review, 1984, pp. 805.
- Karlsruher Kommentar(KK): *Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichts- verfassungsgesetz mit Einführungsgesetz*, 3. Aufl., München, 1993.
- Koch, Karl-Heinz: *Publizistischer Mißbrauch staatsanwaltschaftlicher Ermittlungsverfahren*, ZRP, 1989, 401 ff.
- Kondziela, Andreas: *Täter-Opfer-Ausgleich und Unschuldsvermutung*, MschrKrim, 1989, 177 ff.
- Köster, Rolf-Jürgen: *Die Rechtsvermutung der Unschuld*, Diss., Bonn, 1979.
- Krauss, Detlef: *Der Grundsatz der Unschuldsvermutung im Strafverfahren*, in: Müller-Dietz, Heinz (Hrsg.), *Strafrechtsdogmatik und*

- Kriminalpolitik, Köln u.a., 1971, 411 ff.
- Kühl, Kristian: *Unschuldsvermutung, Freispruch und Einstellung*, Köln u.a., 1983.
- Kühne, Hans-Heiner: *Strafprozeßordnung*, 4. Aufl., Heidelberg, 1993.
- LaFave, Wayne & Israel, Jerold H.: *Criminal Procedure*, Hornbook Series, 1992.
- Lilie, Hans: *Unschuldsvermutung und Subjektstellung*, in: Jürgen Goydke u.a.(Hrsg.), *Vertrauen in den Rechtsstaat: Beiträge zur deutschen Einheit im Recht*, Festschrift für Walter Remmers, Köln, 1995, 601 ff.
- Löwe-Rosenberg(LR): *Die Strafprozeßordnung und das Gerichts-verfassungsgesetz*, Großkommentar, 24. Aufl., Berlin u.a., 1989.
- Marxen, Klaus: *Medienfreiheit und Unschuldsvermutung*, GA, 1980, 365 ff.
- McCormick: *McCormick On Evidence*, Fourth Edition by John William Strong, vol 2, St. Paul/Minn, 1992.
- Meyer, Karlheinz: *Grenzen der Unschuldsvermutung*, in: Hans-Heinrich Jescheck/Theo Volger (Hrsg.), *Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag*, Berlin u.a., 1989, 61 ff.
- Meyer-Goßner, Lutz: *Strafprozeßordnung mit GVG und Nebengesetzen*, 48. Aufl., München, 2005.
- Mirfield, Peter: *The Legacy of Hunt*, *The Criminal Law Review*, 1988, pp. 19.
- Mitchell, John N.: *Bail Reform and the Constitutionality of Pretrial Detention*, 55 *Virginia Law Review*, 1969, pp. 1223.
- Montenbruck, Axel: *In dubio pro reo aus normtheoretischer, straf- und*

- strafverfahrensrechtlicher Sicht*, Berlin, 1985.
- Mrozynski, Peter: *Die Wirkung der Unschuldsvermutung auf spezialpräventive Zwecke des Strafrechts*, JZ, 1978, 255 ff.
- Natali, Louis M. & Ohlbaum, Edward D., *Redrafting the Due Process Model: The Preventive Detention Blueprint*, 62 Temple Law Review 1225, 1989, pp. 1225.
- Nesson, Charles R.: *Resonable Doubt and Permissive Inferences: The Value of Complexity*, 92 Harvard Law Review, 1978-1979, pp. 1187.
- Paeffgen, Hans-Ullrich: *Vorüberlegungen zu einer Dogmatik der Untersuchungshaft-Rechts*, Köln u.a., 1986.
- Paulus, R.: *Anmerkung zu BVerfG, Beschluß v. 29.5. 1990 - 2 BvR 254 und 1343/88*, NStZ, 1990, 600 ff.
- Phipson: *on Evidence*, ed. by Buzzard, John Huxley /May, Richard/Howard, M. N. 13th ed, London, 1982.
- Reems, Chalmous G.: *United States v. Salerno: The Validation of Preventive Detention and the Denial of a Presumed Constitutional Right to Bail*, 41 Arkansas Law Review, 1988, pp. 697.
- Roxin, Claus: *Strafverfahrensrecht*, 25. Aufl., München, 1998.
- Roxin, Claus: *Strafrechtliche und strafprozessuale Probleme der Vorverurteilung*, NStZ, 1991, 153 ff.
- Rüping, Hinrich: *Grundriß der Strafrechtsgeschichte*, 2. Aufl., München, 1991.
- Sax, Walter: *Grundsätze der Strafrechtspflege*, in: Bettermann, Karl August/Nipperdey, Hans Karl/Scheuner, Ulrich, Die Grundrechte,

Band III/2, Berlin, 1959.

Schröder, Horst: *Zur Zulässigkeit gesetzlicher Beweisregeln im Strafrecht*, NJW, 1959, 1903 ff.

Schubarth, Martin: *Zur Tragweite des Grundsatzes der Unschuldsvermutung*, Basel/Stuttgart, 1978.

Stree, Walter: *In dubio pro reo*, Tübingen, 1962.

Systematischer Kommentar(SK), *Kommentar zur StPO und GVG*, Hrsg. von Rudolphi/Frisch/Paeffgen Rogall/Schüchter /Wolter, 14. Liefgr., 1995.

Stuckenberg, Carl-Friedrich: *Untersuchungen zur Unschuldsvermutung*, Berlin/New York, 1998.

Stuckenberg, Carl-Friedrich: *Die normative Aussage der Unschuldsvermutung*, ZStW, 1999, 422 ff.

Stuckenberg, Carl-Friedrich: *In dubio pro reo*, JA, 2000, 568쪽.

Wharton: *Wharton's Criminal Evidence*, 14th ed. vol I, §36, Rochester/N.Y. Bancroft/CA, 1985.

Wigmore, John Henry: *Evidence in Trials at Common Law in Ten Volumes*, revised by James H. Chadbourn, 4.th ed., vol. 9., Boston/Toronto, 1981.

Williams, Glanville: *The Proof of Guilt*, A Study of the English Criminal Trial, 3rd ed. London, 1963.

Wolter, Jürgen: *Untersuchungshaft, Vorbeugungshaft und vorläufige Sanktionen*, ZStW, 1981, 452 ff.

Zuckerman, Adrian A. S.: *The Principles of Criminal Evidence*, Oxford, 1989.

Eine Studie zum Grundsatz der Unschuldsvermutung

Lee, Jin-Kuk*
Toh, Joong-Jin**

In der vorliegenden Arbeit versucht der Verfasser, die normative Aussage der in Art 27. Abs. 4 ausdrücklich vorgesehenen Unschuldsvermutung zu verdeutlichen und präzisieren. Über den wesentlichen Sachgehalt der Unschuldsvermutung in der koreanischen wie auch ausländischen Lehren besteht keine Einigkeit, wie es Roxin angemerkt hat. Die Arbeit geht von der Unschuldsvermutung aus, dass sie einerseits ein subjektives Rechts des einzelnen ist, andererseits sich als Versonderung des Rechtsstaatsprinzips in das Gebot eines fairen Verfahrens einordnen lässt. Der Verfasser spricht jedoch gegen die Anwendbarkeit der Unschuldvermutung auf die Zwangsmassnahme im Ermittlungsmassnahme, wogegen die Schrifttum und Rechtsprechung einheilig aus der Unschuldvermutung ein Ausnahmebleiben der Untersuchungshaft ableiten. Da aber sich die Unschuldsvermutung für die Rechtfertigung einer Zwangsmassnahme keine exakte Kriterien liefern lässt, ist sie nicht die Zwangsmassnahme anzuwenden. Gegen den Versuch, in dem durch die Unschuldsvermutung die Möglichkeit und Zulässigkeit strafprozessualer Zwangseingriffe begrenzt, angewendet werden, Untersuchungshaft bleibt Untersuchungshaft und wird nicht zur Strafe oder strafähnlichen Sanktion, die Unschuldsvermutung überhaupt verbietet.

* Research fellow, Korean Institute of Criminal Justice Policy, Ph.D. in Law

* Research fellow, Korean Institute of Criminal Justice Policy, Ph.D. in Law