

帝國日本の 植民地 刑事司法制度의 形成*

- 1895~1912년 臺灣과 朝鮮의 法院組織과
刑事法規를 중심으로 -

文竣暎**

목 차

- I. 머리말
- II. 臺灣에서의 植民地型 刑事司法制度의 成立
 - 1. 帝國憲法과 ‘63法’의 關聯構造
 - 2. 植民地型 法院構造의 成立(1898년)
 - 3. 植民地型 刑事節次上特例의 成立(1901~1905년)
 - 4. 罰金 및 答刑處分例, 犯罪即決例의 制定(1904년)
 - 5. 臺灣에서의 植民地型 刑事司法制度의 成立의 意味
- III. 統監府下 韓國에서의 植民地型 刑事司法制度의 導入
 - 1. 統監府下 韓國에서의 法規常況
 - 2. 統監府法務院의 設치와 「韓國에서의 裁判事務取扱規則」의 制定(1906)
 - 3. 韓國人에 對한 刑事節次: 民刑訴訟規則의 制定(1908)
 - 4. 統監府裁判所의 設치와 「韓國에서의 裁判事務에 關한 法律」의 廢止
 - 5. 統監府裁判所司法事務取扱令, 韓國에서의 犯罪即決令의 制定(1909)
- IV. ‘日韓併合’에서 1912년 朝鮮刑事令의 制定까지
 - 1. 併合直後의 法院과 法令 정비
 - 2. 朝鮮總督府裁判所의 植民地型 法院化
 - 3. 1912년 朝鮮刑事令의 制定
- V. 맺음말

* 본고는 ‘두뇌한국21 2000~2001년 대학원생장기해외연수프로그램’의 지원을 받아 일본 京都大學 人文科學研究所에서 연구하는 기회에 작성되었다.

** 서울대학교 법학박사과정 수료

(국문요약)

1912년 식민지 조선에서의 법원조직과 형사법규의 정비는, 본국의 제도에 대한 조선의 특례를 설정하는 것이면서, 이미 존재하고 있던 식민지형 형사사법제도의 이식·확충과정을 완결하는 것이었다. 그 기본적 틀은 1895년 이후 식민지 대만에서 형성, 정착된 것으로, 帝國憲法과 改正條約 體制와의 관계, 식민통치정책상의 관념들, 그리고 본국 형사사법제도의 움직임 등에 영향을 받고 있었다.

〈주제어〉 사법제도, 형사소송, 조선형사령, 재판소(법원), 제령, 식민지

I. 머리말

1912년 3월 「朝鮮刑事令」, 「朝鮮笞刑令」 및 「朝鮮監獄令」의 제정, 그리고 「朝鮮總督府裁判所令」과 「犯罪卽決例」의 개정은, 大韓帝國(이하 舊韓國이라 칭함)이 일본의 피보호국으로서 식민지화하면서부터 시작된 식민지 형사사법제도의 정립과정을 마무리하는 의미를 지니고 있다. 여기서 식민지 형사사법제도라고 한 것은, 조선의 형사사법제도가 일본측이 식민지 피지배민족인 조선인을 통치하기 위하여 구상한 제도일 뿐만 아니라, 동시에 같은 시기의 일본의 식민지였던 臺灣, 關東州의 그것과 관련지어 관찰하여 볼 때, 제국일본의 식민지에서 공통적으로 발견할 수 있는 형식과 내용을 가지고 있다는 의미까지 포함한다. 말하자면, 조선의 형사사법제도에는, 일본의 제국체제 내에서 본국의 그것과 구별되는 내용과 형식을 가진, 식민지 형사사법제도로서의 공통적인 라벨(label)이 붙어 있다는 것이다. 본고의 목적은 일본이 제국으로 확장되어 가면서, 이 식민지 형사사법제도의 형식과 내용이 어떠한 배경에서, 어떠한 계기를 통하여 형성, 정립되어 나가는지, 그리고 그것이 조선에는 어떻게 도입되는지를 밝히는 것이다.

조선의 경우, 「조선형사령」을 중심으로 하여 형사절차의 특징을 규명하고 있는 연구성과가 있다.¹⁾ 이에 의하면, 식민지 형사절차의 특징은, 수사기관의 권한강화,

1) 대표적으로는, 申東雲, 「日帝下の豫審制度에 관하여」, 서울대학교 『法學』, 제27권 1호(서울대학교 법학연구소, 1986), 149면 이하; 「日帝下の刑事節次에 관한 研究」 『韓國法史學論叢 朴秉豪教授還甲記念(Ⅱ)』(博英社, 1991), 401면 이하.

예심·공판절차의 간소화를 주축으로 하는 형사절차상의 특례, 광범위한 경찰사법을 뒷받침하고 있는 범죄즉결처분의 체제에 있으며, 형사절차상의 특례의 성립은 1909년 10월의 「統監府裁判所司法事務取扱令」까지 거슬러 올라간다. 그러나 형사절차법규의 경우만 놓고 본다면, 「통감부재판소사법사무취급령」은 통감부재판소에서 일본인의 사건을 재판하기 위한 절차법규였으며, 따라서 이에 근거하여 당시 한국인에 대한 식민지 형사절차상의 특례가 도입되었다고 설명한다면²⁾ 다소 문제가 있다. 뒤에 언급하겠지만, 당시 일본법규로서의 형사절차법규는 영사재판제도로부터 분리되면서부터 식민지 형사절차법규로서의 특징들을 공유하게 되었으며, 「통감부재판소사법사무취급령」도 바로 그러한 선상에서 이해할 수 있다. 만일 한국인에 대한 절차상의 특례를 분석하려면, 당시의 한국법규를 대상으로 삼아야 할 것이다. 물론 한국법규 자체에도 이후 식민지 형사절차법규와 관련된 중요한 내용이 새로 고안·도입되고 있었다.

1920년대까지 일본의 식민지형 형사사법제도를 구성하는 기본적인 틀로서는, ① 본국의 사법조직과 조직상 절연된 상태에서, 소수의 일본인 사법관으로 구성되는 간이한 법원구조, ② 본국의 제도를 기본으로 삼으면서 수사기관의 권한을 확대·강화하고 국가측에게 편의하게 구성된 형사절차, ③ 경미범죄·행정범죄에 대한 ‘범죄즉결처분권한’을 매개로 하여 형사사법의 피라미드의 기저부를 점하고 있는 경찰사법, ④ 무장항쟁과 정치운동을 엄중 처단하고 식민지의 치안을 유지하기 위하여 설정된 특별한 형벌법규,³⁾ ⑤ 근대적 형벌담론 위에서 재구성된, 異民族에

2) 申東雲, 「日帝下の 刑事節次에 관한 研究」, 404~405면 참조. 한편, 도면희, 「일제 식민 통치기구의 초기 형성과정—1905~1910년을 중심으로—」, 한국정신문화연구원 편, 『일제 식민통치연구 1: 1905~1919』(백산서당, 1999), 53면. 역시 1909년 통감부재판소설치 시기의 사법기관 및 법규에 대하여 분석하고 있는데, 역시 위의 연구성과에 근거하고 있다.

3) 그 대표적인 것으로, 대만의 경우 1898년 11월 6일 律令 제20호(긴급율령)에 의하여 공포된 「匪徒刑罰令」을, 조선의 경우 1919년 4월 15일 制令 제7호로 공포된 「政治에 관한 犯罪處罰의 건」을 들 수 있다. 양자의 주된 적용대상은 전자의 경우 주로 군사적 항적행위에, 후자의 경우 정치적 대중운동에 맞추어져 있지만, 그 구성요건에서 전자는 후자에 해당하는 행위를 포괄하고 있다. 양자는 그 적용법주의 차이에도 불구하고 상당한 유사성을 갖고 있다. 가령 기본범죄에 대한 미수 또는 예비에 해당하는 행위에 기본범죄에 대한 형벌을 부과하거나, 자수한 자에 대하여 형의 감면을 인정하고 있는 점이다. 한편, 「비도형벌령」의

대한 특종의 형벌체계⁴⁾ 등을 들 수 있을 것이다. 이 중 ⑤의 경우 1920년대 대만과 조선에서 태형제도가 폐지됨으로써 그 비중이 크게 줄어들게 된다. 이와 같은 기본적인 틀은, 淸日戰爭의 결과 1895년 일본이 영유한 대만에서 일단 성립하였으며, 다시 러일전쟁의 결과 1905년 일본에게 할양된 관동주조차지에서 보완·추가된다. 구한국의 식민지화는, 한반도라는 지리적 단위를 대상으로 하는 법질서가, 1895년 이후 성립한 帝國日本の 法秩序로의 편입, 더 정확하게는 ‘제국의 법질서’를 구성하는 하위체계로서의 ‘식민지 법질서’로 편입되어 가는 과정이기도 하다.⁵⁾

본고는 이상과 같은 논지의 전개에 따라 다음과 같이 구성된다. 우선 II에서는 대만에서의 식민지형 형사사법제도의 기본적 틀—법원, 형사절차, 범죄즉결처분, 태형제도 등—이 어떻게 성립되어 갔는지 서술한다. III에서는 1905년 이후의 통감부시기에 해당하는데, 일본법규와 한국법규, 두 계통의 법규 속에 식민지형 형사법규가 어떻게 도입, 창출되고 있는지를 살펴본다. 마지막으로 IV에서는 조선총독부의 설치 이후 1912년에 이르기까지 조선에서의 식민지형 형사사법제도의 정립과정을 살펴본다.⁶⁾

무장폭력적 행위에 대한 대처방법은, 1912년 「조선형사령」에 의하여 일부 존속되는 「형법대전」상의 살인죄, 특히 강도죄를 통하여 조선에서도 실현된다고 볼 수 있다.

- 4) 이민족에 대한 특종의 형벌체계로는 臺灣, 關東州, 朝鮮 등지에서 시행된 태형제도가 대표적이다. 이를 지지하고 있는 근대적 형벌담론이란, 실증주의 범죄학, 사회방위론, 특별예방주의와 같이, 범죄 및 범죄자의 특성에 대한 사회학적, 인류학적, 생물학적 지식을 매개로 형성된 이론과 실천의 체계를 의미한다. 대만의 경우 태형제도 이외에 1906년에는 「浮浪者取締規則」을 제정하여, 부랑자의 定住, 就業, 集禁, 強制勞動에 의한 訓育 등을 실시하였다.
- 5) 이와 관련하여, ‘제국의 법질서’내에서의 본국과 식민지, 식민지와 식민지, 제국 전체와 외국(특히 만주와 중국) 간의 직접적 연결 또는 연쇄의 구조를 해명하려는 시도로서는, 田中隆一, 「帝國日本の司法連鎖」[朝鮮史研究會 編, 『朝鮮史研究會論文集』 제38집(東京: 綠陰書房, 2000. 10), 61~91면]가 대표적이며 극히 중요하다. 위 논문은 ‘内外地司法統一’운동이 총독정치와 이민족통치의 문제와 맞물리면서 부딪히게 되는 장벽, 만주와 중국에서의 영사재판권과 식민지 재판조직과의 연계과정, 제국일본의 사법정비·연쇄과정과 재외조선인의 민족해방운동과의 밀접한 관계 등에 대하여 다루고 있다. 반면, 필자는 본고에서, 위와 같은 제국사법의 직접적 연쇄를 다루지는 않고, 본국과 식민지, 식민지와 식민지가 각각 ‘異法域’으로 구성되고 있으면서도 공통적인 내용을 갖고 있는 측면에 대해 다루려 한다.

II. 臺灣에서의 植民地型 刑事司法制度의 成立

1. 帝國憲法, 改正條約, 그리고 '63法'

1895년 4월 일본은 대만을 영유한 후 군사적 점령작전을 통해 대만주민의 저항을 진압한 끝에, 1896년 3월 본격적으로 民政을 실시한다. 그와 함께 「臺灣에서 施行할 法令에 관한 法律」(1896. 3. 29, 법률) 제63호, 이하 '63법')을 제정하여 대만 총독에게 법률의 효력을 갖는 명령, 즉 律令을 제정할 수 있는 권한을 부여하였다. 일견 대만총독은 자유롭게 율령발포권한을 행사할 수 있는 것처럼 보이지만, 당시 帝國憲法과의 관계, 본국의 정부의 통치방침과의 관계,⁸⁾ 대만에서의 개정조약⁹⁾ 실

-
- 6) 1920년을 전후한 시점 이후의 식민지 법원구조의 변화, 대만에 대한 內地法令延長主義 노선으로의 전환, 조선과 대만에서의 대형제 폐지, 大正刑事訴訟法の 제정에 따른 식민지 형사절차법규의 변화 등에 대해서는 별도의 고찰이 필요하기 때문에, 본고에서는 일단 1912년 조선에서의 정립과정까지를 다루기로 한다. 또한, 지면의 제약과 논의의 집중을 위하여, 1905년 러일전쟁 승리로 획득한 樺太, 즉 사할린남부, 제1차 세계대전 종전후 1914년 위임통치를 하게 된 南洋群島의 형사사법제도에 대해서는 생략하기로 한다.
- 7) 본고에서는 특별한 명기가 없는 한, 法律과 勅令은 日本의 法律과 勅令을 가리킨다. 일본의 법제를 주로 다루어야 하는 본고의 내용상 부득이한 것으로써, 널리 양해를 구하는 바이다.
- 8) 특히 헌법이 신영토에 시행된다는 것을 전제로, 식민지에 본국의 제도와 동일한 제도를 연장시행한다는 소위 '內地延長主義' 방침은, 이미 대만 영유 당시부터 특히 정당정치세력을 중심으로 의회와 본국정부 일각에 뿌리깊게 존재하고 있었다. 그 대표적인 인물이 原敬이다. 그는 立憲政友會라는 정당을 이끌면서, 1906년 이후 내무대신으로서, 1918년부터는 내각총리대신으로서 식민지통치방침의 결정에 깊게 개입하였다. 자세한 것은, 春山明哲, 「近代日本の植民地統治と原敬」, 『日本植民主義の政治的展開 一八九五～一九三四年—その統治體制と臺灣の民族運動—』(東京: アジア政經學會, 1980) 참조. 또한 대만에서의 '내지연장주의'와 '식민지특별통치주의'라는 두 가지 노선의 전개와 그 정치적 의미에 관하여는, 春山明哲, 「明治憲法體制と臺灣統治」, 『岩波講座 近代日本と植民地 4』(統合と支配の論理)(東京: 岩波書店, 1993) 참조.
- 9) 일본은 明治政府 수립 이후 불평등조약의 개정협상에 착수하여, 마침내 1897년 각국과 조약개정에 성공한다. 內地開放, 治外法權 撤去, 關稅自主權 保有 등을 내용으로 하는 改正條約들은 1899년 7, 8월부터 실시된다. 일본의 조약개정과정에 대하여는 松井芳郎, 「條約改正」, 福島正夫 編, 『日本近代法體制の形成』(東京: 日本評論社, 1982), 193~261면 참조.

신문제 등에 의하여 제한을 받지 않을 수 없었다. 논의를 진행하기 위하여, 이들 문제들에 대하여 짚고 넘어갈 필요가 있다.

당초 제국헌법이 대만에 효력을 미치지 않음을 전제로 구상된 '63법'은 1896년 제19회 제국의회의 법률안 심의과정을 거치면서 소위 '63문제'라는 헌법논쟁을 촉발시키게 된다.¹⁰⁾ 격렬한 논쟁과정 중 정부측은 '제국헌법 중에서 臣民의 權利義務라던가 하는 것은 시행되지 않으나, 헌법상의 天皇의 大權이 대만에 시행되고 있다'는 소위 일부시행설로 한 발짝 후퇴한다.¹¹⁾ 이후 여러 계기를 통하여 정부는 제국헌법이 대만¹²⁾과 조선¹³⁾ 식민지에 시행되고 있다는 것을 인정하고 있었다. 물

10) '63문제'란 식민지총독이 가지고 있는 입법권한이 제국의회의 협찬권을 규정한 제국헌법에 위배되는 것이 아닌가, 법률로써 법률의 입법을 위임할 수 있는가 하는 등의 문제를 둘러싸고 벌어진 일련의 헌법논쟁을 말한다. 당시의 일본의 법학자들간의 헌법논쟁에 대해 소개하고 있는 한국문헌으로서, 金昌錄, 『日本에서의 西洋憲法思想의 受容에 관한 研究-『大日本帝國憲法』의 制定에서 『日本國憲法』의 '出現'까지-』(서울대학교 법학박사학위논문, 1994. 6), 132~153면 참조.

11) 『第一九議會衆議院議事速記錄』, 外務省 編, 『外地法制誌 6 -臺灣ニ施行スヘキ法令ニ關スル法律ノ議事錄-』(東京: 文生書院, 1990, 10면. 한편, 63법 제정 당시의 헌법논쟁은 헌법해석의 문제 이외에도 '식민지'에 대한 다양한 관념에 의해 유발되기도 하였다. 식민지라는 개념은 당시에 있어서는, 본국으로부터 독립한 개별의 정치조직을 가진 자치체로서 생각하는 경향이 있었고, 그에 따라 '63법'의 심의과정에서 제국의회에서 정부측이 대만이 식민지라고 발언한 데 대해, 일부 의원들은 대만은 식민지로서가 아니라 신영토의 민족을 모국에 同化시켜 皇化를 입게 하기 위하여 취하여졌다고 하는, 일본 특유의 동화주의적 관점에 입각하여 강하게 비판하였다[中村 哲, 『植民地統治法の基本問題』(東京: 日本評論社, 1943), 105~109면].

12) 물론 그것은 제국의회의 협찬권, 신민의 권리 등을 식민지에도 그대로 인정한다는 취지가 아니다. 다음의 인용문은 정부의 공식입장을 나타내는데, 이는 정부의 헌법시행론이 일종의 논리적 수사임과 동시에 제국의회와의 관계를 고려한 정치적 타개책이기도 함을 보여 준다.

“헌법은 이를 신영토에 시행하는 특별한 국가행위로써 시행되는 것으로, 당연 시행되는 것이 아니다. 그리고 대만영유 당시에는 애초 그 영역에 대하여 제국헌법은 시행되지 않는 것으로 되었지만, 이후 입법사무에서 또한 예산회계사무에서 이미 제국의회의 협찬권을 인정하게 됨으로써 제국헌법에 依由한다는 국가행위를 발표한 것에 다름 아니다. 따라서 금일에 있어서는 헌법은 이미 대만에 시행되고 있는 것으로 한다.”[伊能嘉矩, 『臺灣十年史』(臺北: 新高堂, 1905), 613면]

13) 1910년 6월 3일 寺內正毅 한국통감은 '조선에는 당분내 헌법을 시행하지 않고 대권에 의

론 과연 식민지에 진정으로 제국헌법이 시행되고 있는가라고 하는 문제도 있지만, 식민지에서의 법제의 구조를 살펴보기 위하여 정작 간과하여서는 안 되는 것이, 이러한 헌법시행론을 매개로 하여 식민지총독 및 본국행정부의 식민지에서의 법률사항에 대한 입법권이 제국헌법과 서로 관계를 맺고 있는 구조이다.

‘63법’을 비롯하여 臺灣, 樺太, 朝鮮에서의 입법권을 규정한 법률들에 관련된 논의들을 살펴보면, 이들 법률들이 제국헌법의 체계상 받아들여지지 않는 입법체제임에도 불구하고, 제국헌법의 체계논리에 근거하여 그 체계의 일부로 위치지우려는 시도들을 발견할 수 있으며, 이는 식민지 통치상의 필요에 의하여 식민지총독과 본국 행정부의 입법권을 인정하는, 제국의회의 자신의 憲法慣行을 형성하는 듯한 반복적 실천에 의하여 뒷받침되고 있었다.¹⁴⁾

또한 치외법권의 폐지와 관세자주권의 확립을 내용으로 하는 개정조약을 대만에도 시행할 것인가라는 문제를 둘러싸고, 정부 내외에서 팽팽한 논의가 진행되었다.

하여 통치한다’는 내용을 담고 있는 병합실행의 방침을 각의에 제출한다[「韓國に對する施政方針」 1910. 6. 3 閣議決定, 外務省 編, 『日本外交年表並主要文書 上』(東京: 原書房, 1965), 336면]. 1910년 8월 29일 병합조약 공포와 동시에 「朝鮮에 施行할 法令에 관한 件」(칙령 제324호)이 긴급칙령의 형식으로 발표되는 것도, 단지 사태의 긴급함을 넘어 헌법문제와도 관련이 된다. 1911년 1월 제27회 제국의회에 동긴급칙령 사후승인안이 제출되는데, 중의원 특별위원회에서는 동긴급칙령이 대만과 비교하여 극히 이례적이라는 것, 긴급칙령을 승인하고 나면 제국의회가 추후 법률로써 동 칙령을 개정할 수 있는 기회가 없어진다는 등의 논리에 의하여, 긴급칙령을 승인하지 않는 대신에 동일한 내용에 1915년 12월까지의 유효기간이 붙은 법률안이 제출된다. 이후 유효기간이 무의미하다는 논의를 거쳐 결국 시행기한이 없는 수정법률안이 가결되었고, 이 법률안이 이후 중의원 본회의와 귀족원을 통과한다. 이로써 1911년 3월 2일 법률 제30호 「조선에 시행할 법령에 관한 법률」이 성립되는 것이다.[外務省 編, 『外地法制誌 9 - 日本統治時代の朝鮮』(東京: 文生書院復刻, 1990), 52~58면의 기술과, 90~117면의 제국의회의사록 참조]. 이 법률이 존재하는 한 정부로서도 대만의 경우와 마찬가지로 헌법이 조선에 시행됨을 인정하지 않을 수 없다. 한편 정부내부에서도 寺内の 제안에 반대하여, 原敬은 1910년 12월 桂太郎 총리대신과의 담화에서 신영토에 헌법의 효력이 미친다는 대만 영유 이후의 정부방침을 확인시키고, 桂 역시 이를 인정한다(春山名哲, 「近代日本の植民地統治と原敬」, 41~42면).

- 14) 필자는 이에 입법권한의 분배, 입법절차상의 문제를 넘어서, 제국헌법과 천황제에 대한 관념이 결부되어 있다고 본다. 즉 일본이 국민국가적 틀을 벗어나 제국으로 확장되는 과정에서, 帝國憲法과 天皇制의 관련구조가 유발하는 효과에 의해 이 문제는 더욱 복잡해지고 있다. 다른 기회를 빌어 이 문제를 직접적으로 다루기로 한다.

이 문제가 대만사법운용에 대해 갖는 의미는, 대만의 외국인에게는 치외법권을 인정하지 않는 대신 일본인과 동등하게 처우한다는 것, 즉 日本의 法典을 적용하여 일본재판소에서 재판해야 함에 있다. 따라서 이 경우 대만인과, 일본인·외국인과의 법제상 차별이 불가피하게 되고, 이민족 통치에 정치적으로 바람직하지 않은 결과를 낳게 된다고 하는 논리에 입각하여 개정조약의 실시연기를 주장하는 견해가 있지만, 일본정부는 1898년 6월 대만에 개정조약이 실시됨을 제외국에 통고하게 되고, 이에 따라 대만에서도 일본의 민법, 상법, 형법, 민형사소송법의 실시가 불가피하게 되었다.¹⁵⁾

대만총독의 위임입법권, 제국헌법 및 개정조약체제와의 관계는 갖가지 정치적 맥락과 결부되면서 식민지의 입법에 영향을 미치게 된다. 크게 두 가지를 지적할 수 있다.

하나는, 식민지에서의 법원구성에 미친 영향이다. 식민지법원의 판사는 본국의 재판소구성법상 판사 자격을 갖는 자로서 임명되고, 일정한 제약하에 헌법상의 신분보장을 받게 된다. 이것은 다음의 결과들을 낳는 데 직간접적인 계기가 되었다. 첫째, 사법관의 배치와 충원에서 일본인 사법관료가 중심이 될 수밖에 없다. 둘째 식민지의 재정상황과 맞물려 일본인 사법관이 중심이 되는 식민지 법원의 조직은 될수록 축소될 수밖에 없었고, 식민지법원은 사법수요의 증가에 탄력적으로 대응할 수 없게 된다. 셋째, 결국 왜소한 법원조직 때문에라도 재판절차의 간이화가 필요하게 되었고, 더 나아가 법원조직의 바깥으로, 즉 경찰이 중심이 되는 행정기구에 사법권의 상당부분을 분할하여 줄 수밖에 없었다.

또 하나는, 식민지 법제에 미친 영향이다. 한편에서는 본국의 법전을 시행해야 하고, 다른 한편에서는 대만의 舊慣과 특수사정에 조응하는 특유의 법제가 필요하다. 이에 따라 식민지의 사법법제는 때로는 이중적 법제로서 때로는 통일적 법제로서 전개되어 나간다. 문제는 개정조약과 제국헌법의 대만시행을 떠받치고 있던 관념이 확산될수록 대만 고유의 법제의 확립이 위협받거나 약화된다는 것이다. 정부

15) 대만에서의 개정조약 실시경과, 내지연장주의와 특별통치주의의 이 문제에 대한 인식, 그리고 개정조약 실시와 대만의 이중적 법제형성 및 舊慣調査의 관계에 관하여는 淺野豐美, 「近代日本植民地臺灣における條約改正—居留地と法典導入」, 『臺灣史研究』 14호 (臺灣史研究會, 1997. 10) 참조.

나 의회 모두 타테마에(建前; 원칙)로서 장래에 식민지가 장래에 본국으로 완전히 통합되어야 한다는 것을 인정하기 때문에, 식민지 총독의 입법은 늘 법제의 통일을 대비한 임시적인 조치로서 이해될 수밖에 없었다.¹⁶⁾ 그에 따라, 기본적으로 본국의 법제를 모범으로 하면서 예외를 설정하는 내용으로 식민지 법제를 설정하는 관행이 형성된다. 상당한 공을 들여 진행한 식민지 구관조사의 성과들은, 적극적인 법령으로 정착하기가 쉽지 않았고, 대다수는 지배자측인 일본에 의해 해석·구성되는 관습의 테두리를 벗어날 수 없게 된다.¹⁷⁾ 본고에서 다루고 있는 형사법규의 경우 민사법규에 비하여 훨씬 더 본국의 법제에 가까워질 수 있는 성격을 지니고 있다.

이하에서는, 위와 같은 점들을 염두에 두면서, 대만에서 어떠한 국면과 논의를 거쳐 식민지형 형사사법제도가 형성되는지 살펴보기로 한다. 우선 식민지형 법원구조의 성립부터 시작하여 보자.

2. 植民地型 法院構造의 成立(1898년)

민정실시 직후 1896년 5월 1일 율령 제1호로 「臺灣總督府法院條例」가 공포되

-
- 16) 내지연장주의의 입장에서 볼 때, 본국의 법전과 식민지의 구관을 당분간 병존시킨다는 것은, 식민지 사회에 원칙적으로 본국과 동일한 법제를 실시함으로써, 본국과 동일한 사회적 진화의 경로를 거치도록 하면서 구관을 자연도태시켜, 궁극적으로 본국과 식민지를 융합하는 과정상에 존재하는 임시적 조치에 불과하다. 반면 後藤新平의 식민지특별통치주의의 입장에서는 궁극적인 융합이야 별론으로 하더라도, 구관에 기초한 법제가 식민지 사회의 내적 발전에 의하여 진화하면서 자연 消長하는 경로를 취하고 있다고 말할 수 있다. 淺野豊美, 앞의 글, 78~79면; 春山明哲, 「明治憲法體制と臺灣統治」, 47~48면.
- 17) 가령, 대만에서는 1914년 그간의 舊慣調査 성과를 바탕으로 臺灣民事令·商事令·不動産登記令·親族相續令·戶籍令 등 독자적인 민사제법규의 제정이 추진한다. 그런데, 1916년 2월 제37회 제국의회에서, 법률 제31호(1906년 제정, 臺灣에서 施行할 法令에 관한 法律)의 기한을 연장하는 개정법률안을 심의하면서, 대만의 민사제법규안과 관련하여 그 내용이 무엇이며, 과연 율령으로 내지의 민사법규와 독립된 법령을 제정하겠다는 것인지, 만일 대만 독자의 민사법제가 필요하다면 그것은 제국회의의 협찬을 거친 법률로써 제정하여야 하는 것이 아니냐는 등의 질문이 제기된다. 이에 대해 정부측은 가급적 본국의 법제와 일치시켜나가는 것이 좋다는 의견을 표한다(「第三十七會衆議院委員會議錄」, 外務省編, 『外地法制誌』 6, 339면).

었다. 이때의 대만총독부법원은 총독의 ‘管理’에 속하는 高等法院, 覆審法院, 地方法院의 3심급제 법원이다. 判官(判事에 해당)은 본국의 「재판소구성법」 상의 판사의 자격을 가진 자로 임명하는데, 지방법원 판관의 경우 당분간 행정관으로 임명할 수 있도록 하고, 지방법원 검찰관의 직무는 警部長 및 警部로써 이를 대리하게 할 수 있도록 하였다.

대만의 법원조직과 사법권은, 1897년 10월 소위 高野事件¹⁸⁾을 계기로 일대전기를 맞게 된다. 이는 ‘63법’의 헌법적 문제를 재조·재야 정치 전체에 확산시키면서, 제국헌법상의 사법권과 식민지의 사법권의 관계에 대한 논쟁을 촉발시켰다. 만일 정부와 총독부측이 제국헌법상의 재판관의 신분보장규정¹⁹⁾이 대만의 판관에게 적용되지 않는다는 입장을 고수한다면, 대만의 판관은 행정관임을 인정하는 것이 되고, 대만총독부법원은 제국헌법상 司法裁判所가 아니라는 결론에 다다른다. 그러나 이렇게 되면 대만에 거주하는 日本人의 헌법상의 권리—법률에 정한 재판소에서 재판을 받을 권리—를 침해한다는 비판을 낳고, 더 나아가 대만법원의 판결은 행정처분에 지나지 않게 된다. 또한 장래 개정조약의 대만실시가 예정된 상황에서 외국인에 대한 대만법원의 재판권행사에 대하여 항의가 제기될 가능성도 있었다.²⁰⁾

18) 1896년 민정실시 이후에도 민정은 자리잡지 못하고, 무관 및 행정관등의 발호에 의하여 통치의 문란이 가중되었다. 이를 쇠신하고자 제2대 총독 乃木는 官紀肅正을 단행하고, 이를 주도한 인물이 당시 民政局 法務部長겸 대만총독부고등법원장 高野孟矩이었다. 그는, 汚職혐의가 있는 행정관들에 대하여 과감한 검거와 심판을 단행하는데, 이 때문에 대만의 사법관과 행정관 사이에 심각한 반목이 생기게 되었고, 총독은 1897년 10월 高野에 대하여 고등법원장직의 非職을 명하였다. 하지만 高野는 이 처분이 재판관의 신분보장을 규정한 제국헌법의 규정에 위배하고, 대만사법권의 독립을 침해하는 것이라고 주장하며, 본국정부에 의견서를 제출하고 사령서를 반납하는 등 명령에 불복한다. 그러나 본국 정부는, 대만의 판관이 대만총독의 관리하에 있는 관리인 이상 비직처분이 가능하다고 하여 高野의 주장을 받아들이지 않는다. 이에 대해 高野는 본국의 재야 정치가 및 법조인과 연대하여 사법권의 독립, 헌법옹호를 주장하며 대만총독부와 본국 정부를 맹공격하였고, 사대는 伊藤博文대각에 대한 탄핵운동으로까지 확대되었다. 高野事件에 대한 간략한 소개로는, 山崎丹照, 『外地統治機構の研究』(東京: 高山書院, 1943), 385~386면.

19) 帝國憲法 제57조 ②항 裁判官은 刑法의 宣告 또는 懲戒의 處分에 의하는 외에 그職을 免當함이 없다. ③懲戒의 條規는 法律로써 이를 정한다.

20) 결국 1899년 3월 제국의회에서 정부는 한 의원의 질의에 대하여 「臺灣에 憲法은 適用되는 것으로 한다. 臺灣總督府判官은 憲法 제57조 제2항의 保障을 받는 것으로 한다」고 회

결국 이 문제의 해결을 떠맡게 된 것은 1898년 초 대만통치쇄신의 임무를 띠고 새로 부임한 兒玉源太郎 총독과 後藤新平 민정국장이었다. 後藤新平은, 대만총독부 민정국장으로 임명되기 직전 내각에 제출한 「臺灣統治急案」에서 행정과 사법, 전영역에 걸치는 경찰조직의 필요에 근거하여, 경찰서가 제1심을 행하고, 최종심은 본국의 大審院에서 행하는 구상을 제시한 바 있었다.²¹⁾ 대만의 법원을 둘러싼 헌법적 논쟁, 더 이상 대만총독부를 방임상태로 놔둘 수 없게 된 본국의 伊藤博文 內閣과의 관계, 과연 後藤新平은 자신의 구상을 실현하였는가.

대만총독부는 1898년 5월 법원조례개정안을 완성하고 정부와 협의에 들어갔지만, 협의는 난항을 거듭하였다. 마침내 1898년 7월 19일 「대만총독부법원조례」가 개정되고(울령 제16호), 「臺灣總督府法院判官懲戒令」(울령 제18호)이 제정되는데, 그 골자는, 총독부법원을 자격있는 판관으로 구성하면서, 종전의 고등법원 즉 상고심을 폐지하고 「지방법원-복심법원」의 2심급제 법원으로 축소하는 것, 판관의 신분보장의 규정하여 위헌시비를 약화시키는 대신에, 총독부법원의 총독직속을 명시하고 판관의 休職制 및 懲戒節次를 둬으로써 총독의 영향력을 유지하는 것이었다.²²⁾ 이것은 대만총독부측이 당초 구상한 내용—지방법원판관의 판검사자격 예외규정 유지, 판관의 퇴직절차의 행정관적 취급—보다는 몇 발짝 후퇴한 내용이었다.²³⁾

한편, 총독부법원조례의 개정은 대만의 복심법원의 판결에 대하여 본국의 대심원에서 상고심을 행하는 내용의 단행법률안의 제출을 조건으로 한 것이었다.²⁴⁾ 본

답하고, 그 취지를 대만총독부에 內訓하였다. 臺灣總督府警務局 編, 『臺灣總督府警察沿革誌(4 : 1942)』(臺北: 南天書局復刻, 1995), 14면.

21) 鶴見祐輔, 『後藤新平 1』(東京: 勁草書房, 1965), 915~916면.

22) 개정된 대만총독부법원조례 제17조 제1항 ‘대만총독은 필요하다고 인정하는 때에는 판관에게 휴직을 명할 수 있다’와 같이, 한편으로는 제16조에서 판관에게 終身官으로서의 지위를 보장하면서도 다른 한편에서 행정관처럼 자유로이 휴직처분을 행사할 수 있도록 하고 있다. 또한 판관계절차의 경우에도, 그 위원은 대만총독부법원판관 중에서 매년 총독이 임명하도록 하고, 심리절차 역시 구두변론이 아닌 서면심리를 원칙으로 하는 등, 위원회구성 과 절차상의 문제를 안고 있었다.

23) 1898년 대만총독부법원조례의 개정과 본국과의 협의과정에 관하여는, 檜山幸夫, 「解說 臺灣總督府의 刷新と統治政策の轉換—明治三一年の臺灣統治—」, 中京大學社會科學研究所 臺灣總督府文書目錄編纂委員會, 『臺灣總督府文書目錄 3』(東京: ゆまに書房, 1996), 423~442면.

국정부는 총독부측이 기초한 법률안(「臺灣總督府法院의 判決에 대한 大審院의 裁判權에 관한 法律案」²⁵⁾)을 1899년 1월 제13회 제국의회 중의원에 제출하고, 중의원에서 수정통과된다. 그러나 귀족원의 심의과정에서 부결되어 버리고 말았다.²⁶⁾

개정 「대만총독부법원조례」는 이후의 전개와 관련하여, 통치비용의 절감을 위한 간이한 법원구조, 헌법문제를 약화시키는 재판관 신분보장형식을 창출하였다는 의미를 갖는 한편, 행정관의 재판권 행사라는 구상이 실패로 돌아감으로써, 이 구상은 적어도 법원조직을 통해서서는 실현될 수 없게 되었다. 또한 대심원의 상고심판권에 관한 법률안이 실패하면서, '63법'은 출범 이후의 최대의 위기를 무사히 통과하게 되었다. 이후 동일한 취지의 법률안들이 의원입법으로 제출되지만, 이번에는 정부측이 반대하고 나선다.²⁷⁾ 제국의 법제와 사법의 통일은, 본국과 식민지간의 법원조직의 직접적 연결이라는 가장 강력한 수단을 잃어버리고, 1919년 「共通法」(법

24) 「臺灣總督府法院條例ヲ改正ス」, 『公文類聚』 第22編・明治31年・第28券・司法(東京: 國立公文書館 所藏, 이하 동일, 請求記號: 1-2A-011, 類831)

25) 동법률안 제1조에 따르면 '대만의 복심법원에서 민사소송법 또는 형사소송법에 의하여 내린 제2심의 終局判決에 대하여는 大審院에 상고할 수 있다'

26) 정부측의 법률안 제출이유는, 대만법원의 경비절감상 고등법원을 폐지하는 대신에 본국의 대심원에서 상고심을 행하여 3심제를 유지하고, 아울러 제국의 법률의 통일을 도모한다는 것이었다. 그러나 귀족원에서는, 대심원에 상고하는 것은 인민의 불편과 비용을 증가시키고, 굳이 3심제가 필요하다면 총독부법원에서 간이하게 실시할 수 있으며, 법률의 통일은 내지에서도 이루어지고 있지 않고 오히려 총독에게 입법권을 위임한 법률 제63호의 취지에 맞지 않으며, 高野사건에서 정부 스스로 행정관이라고 한 대만의 판관의 재판에 대하여 본국의 대심원에서 심리하는 것은 법리에 어긋난다는 등의 이유로 본 법안을 부결시켰다. 「臺灣總督府法院ノ判決ニ對スル大審院ノ裁判權ニ關スル法律案特別委員會會議錄」, 『第13會帝國議會貴族院委員會會議錄』(貴族院議事局, 1899). 결국, 63법의 논리에 의하여 구성된 대만법원을, 정부가 주도하여 본국의 법원질서에 종속시키려 하였던 이 시도는, 거꾸로 63법 제정시의 정부의 논리, 63법의 존재가 낳은 본국 법질서와의 착종으로 말미암아 실패하게 된 것이다.

27) 대만 및 일본의 재야법조계가 연계하여, 중의원에서 의원입법으로 동일한 취지의 법률안들이 제출되는데, 1909년 「內地及臺灣司法共通에 관한 法律案」, 1914년의 「裁判所構成法及辯護士法을 臺灣에 施行하는 法律案」 및 「行政裁判及訴願에 관한 法律을 臺灣에 시행하는 법률안」, 그리고 1917년 같은 두 법률안이 제출된다. 그러나 이번에는 정부측이 반대하였을 뿐만 아니라, 대만과 본국 법제도간의 부정합이 더욱 부각되면서 속속 실패하게 된다.

를 제37호)과 같이 異法域 상태를 유지하면서 법률상 취급과 효과의 연쇄를 인정하는 방식으로 이루어지게 된다. 또한 동 법률안이 성립하지 못함으로써, 총독부측은 민형사소송법에 상당한 예외를 설정할 수 있는 가능성 또한 획득하게 되었다.

3. 植民地型 刑事節次上特例의 成立(1901~1905년)

1898년 법원조례개정과 함께, 개정조약실시에 대비하여 제정된 「民事, 商事 및 刑事에 관한 律令」(1898. 7. 16, 울령 제8호)은 대만인과 청국인에게는 제국의 법전을 적용하지 않는다고 규정하였지만, 1899년 4월 「本島人 및 淸國人에 대한 刑事訴訟法, 民事訴訟法 및 그 附屬法律適用에 관한 건」(1899. 4. 28, 울령 제8호)에서는 대만인 및 청국인의 민형사사건의 경우 별단의 규정이 없는 한 형사소송법, 민사소송법에 의하도록 하였다. 이 조치는 訴訟節次에서 재판준칙을 통일함으로써 대만인과 청국인의 민형사사건 처리과정에서 발생하는 혼란을 해소하기 위한 것이었다.²⁸⁾ 즉 단지 본국의 법제가 우월, 완벽하다는 관념에서뿐만 아니라, 실무적인 필요에 의해서도 본국법제를 이민족에게 적용할 필요가 생겼다는 것이다.²⁹⁾

한편 그와 동시에 「本島人 및 淸國人의 犯罪豫審에 관한 律令」(1899. 4. 28, 울령 제9호)이 공포되어 대만인과 청국인의 범죄사건에 관하여는 사건의 輕重難易에 따라 중죄의 경우에도 반드시 예심³⁰⁾을 거치지 않아도 되는 특례가 형성된다.

28) 「臺灣道人及淸國人ニ刑事訴訟法民事訴訟法及其附屬法律適用ニ關スル律令案」, 『公文類聚』第22編・明治32年・第38卷・司法三・刑事(1-2A-011, 類871)

29) 이러한 경향은 臺灣舊慣調査의 총책임자였던 岡松參太郎의 지적에서도 드러난다. 그는 1905년 2월 臺北에서의 강연에서, 식민지대만을 통치하는 데 있어서 정치상 특별한 제도를 요한다는 견해는 정착한 것처럼 보이지만, ‘법률 특히 사법법률상에서는 왕왕 이 방침과 다른 것이 있음을 보’며 ‘실제 새로이 어떤 입법을 하려고 함에 있어서는 항상 내지와의 통일을 도모하려고 하는 경향이 있고, 그 중에서도 사법직무를 맡는 사람들의 논의에 그러한 경향이 많은 것 같다’고 하면서, 이 현상의 배후에는 내지와 동일법제가 실무상 편리하다고 하는 사고방식, 거기에 더하여 내지법은 완전하다고 하는 인식이 있다고 지적한다. 春山名哲, 「法學博士・岡松參太郎と臺灣—「臺灣ノ制度ニ關スル意見書」解題—」, 『臺灣近現代史研究』 제6호(東京: 綠陰書房, 1988), 207면.

30) 明治刑事訴訟法(1899. 10. 7 제정, 법률 제96호)에 의하면 검사는 중죄사건의 경우 반드시 예심판사에게 예심을 청구하여야 하고, 경죄사건의 경우 경중난이에 따라 예심을 청구하거

일견 통상의 기소절차에 대하여 특례를 설정한 것처럼 보이지만, 「匪徒刑罰令」의 운용과도 깊이 관련되어 있다.³¹⁾

1898년 11월 5일 「비도형벌령」(울령 제24호)과 「臺灣總督府臨時法院條例中改正」(울령 제23호)이 긴급울령에 의하여 공포 즉시 시행된다. 이 두 울령은 비도 토벌작전을 수행하면서 임의의 장소에 단심제 법원을 임시로 설치하여, 저항자에게는 신속한 처단을, 투항자에게는 형의 감면이라는 강은양책을 병행하기 위한 법적 장치였다. 이 두 울령의 시행과 더불어 총독부는 수개월에 걸쳐 대규모 토벌작전을 진행하고 있었다.³²⁾

1901년에 들어서면서 본격적으로 대만 전체에 미치는 단일한 특례가 설정되기 시작한다. 1901년 5월 「刑事訴訟手續에 관한 律令」(1901.5.27, 울령 제4호)은 수사기관의 臨檢, 검찰관의 수사상 강제처분권한, 법원의 증거조사, 重罪事件의 官選辯護制에 대하여 대만형 특례를 규정하고 있다.³³⁾ 이러한 형사절차에 관한 식민지형 특례는, 1905년 7월 29일 「刑事訴訟特別手續」(울령 제10호)이 제정되면서 일단

나 곧바로 기소할 수 있다.

- 31) 『公文類聚』에 의하면 총독부는 제8호, 제9호의 두 울령안을 1898년 12월 9일자로 상주한 것으로 되어 있다. 이 시기는 토비토벌작전이 진행되고 있던 때로서, 이미 긴급울령으로 공포된 「비도형벌령」에 따라 임시법원과 통상의 지방법원에서 포획한 토비를 처단하고 있었다. 또한 총독부측은 울령안 이유서에서 ‘本島에 있어서 匪徒刑罰令犯 등 극히 그 罪迹이 현저하여 구태여 재차 증거수집을 요하지 않는 것에 대하여 일일이 예심을 행하는 것은 헛되이 형식에 구애되는 것으로, 재판사건의 지체를 야기할 뿐만 아니라 사법경제상에 不利를 주어 가장 本島에 적절하지 않은 조항’이라고 말하고 있다. 『臺灣人及清國人ノ犯罪豫審ニ關スル件ヲ定ム』, 『公文類聚』 第23編・明治32年・第38卷・司法三・刑事(1-2A-011, 類871)
- 32) 두 긴급울령의 제정배경, 그 사후재가와 둘러싼 문제, 그리고 그것이 총독의 울령제정권에 미친 영향에 관하여, 檜山幸夫, 「解説 臺灣總督の律令制定權と外地統治論—「匪徒刑罰令」の制定と「臺灣總督府臨時法院條例改正」を例として—」, 中京大學 社會科學研究所 臺灣總督府文書目錄編纂委員會 編輯, 『臺灣總督府文書目錄 4』(ゆまに書房, 1998), 471~570면 참조.
- 33) 현행범사건에서의 수사기관의 臨檢을 임의화하고, 非現行犯事件이라도 급속한 처분을 요하는 경우(이하 要急事件으로 칭함) 검찰관에게 강제처분권한을 인정하면서, 법원의 명령에 의하여 판관이 아닌 사법경찰관이 증거조사를 행하게 하고, 匪徒刑罰令사건을 必要的辯護制, 官選辯護制 사건의 범위에서 제외하는 것 등이다.

락된다. 「형사소송특별수속」은, 1901년의 「형사소송수속에 관한 율령」의 규정을 포괄하면서, 수사·예심·공판·판결, 변호, 상소·재심·비상상고 등 소송절차 전반에 걸쳐 특례를 설정하고 있는데, 수사·소추·재판기관의 권력과 편리를 강화·확대하면서, 피고인·변호인측의 권리와 이익은 제한·억압하는 것이 목적이었다.³⁴⁾ 불과 18개 조문이라고 볼 수도 있지만 사실상 명치형사소송법 체계를 완전히 형해화하는 위력을 가지고 있는 특례들이었다. 한편 1908년 8월 28일 「臺灣刑事令」(율령 제9호)에서는 본국의 新刑法(1907년 제정)을 依用함으로써, 실제형법분야의 통일이 달성된다.

대만에서 단일한 형사절차상의 특례가 성립되는 그 배경에는 무엇이 있었을까. 우선 1900년 제정된 「臺灣新聞紙條例」, 「臺灣出判規則」, 「臺灣保安規則」 등의 치안법규들은, 일본인과 외국인에 대한 규제도 대만의 통치상 중요한 문제로 떠올랐음을 의미한다. 그에 따라 대만에서의 치안유지와 범죄진압을 위해서는 인종, 국적에 예외없는 단일한 형사절차상의 특례가 필요하게 되었을 것이다. 한편 1899년 6월부터 본국으로부터 검사의 자격을 가진 자가 검찰관으로 임용되는데, 그 결

34) 그 규정 중 이후 다른 식민지에도 도입되는 주요규정들을 살펴보면 다음과 같다.

官吏公吏作成書類의 형식적 하지는 당해 관리가 보정할 수 있음(제3조), 피고인, 증인, 감정인 등의 호출은 구두명령 또는 해당인의 출석의 의사표시를 한 서면제출로 대신할 수 있음(제9조), 검찰관, 사법경찰관은 현행범사건의 경우에도 현장임검없이 예심처분 할 수 있음(제5조), 검찰관은 要急事件의 경우 피고인을 구인할 수 있고 금고이상의 형에 해당하는 경우 검중, 물건차압, 수색의 처분 및 20일간의 구류를 할 수 있음(제1조), 검찰관은 사건의 경중난이에 따라 예심을 청구하거나 곧바로 법원에 기소할 수 있음(제2조), 법원은 공개재정전에도 직권으로 증인, 감정인의 호출을 결정할 수 있음(제8조), 법원 또는 판관은 법원소재지 외에서의 증거수집을 해야 할 경우 사법경찰관에게 검중, 수색 및 물건차압, 증인·참고인의 취조, 감정명령 등을 명할 수 있음(제6조), 受命·受託判官은 임검의 경우 스스로 예심판사에 속한 처분을 할 수 있음(제11조), 법원은 예심을 경유하지 않은 사건을 필요한 경우 예심판관에게 송부할 수 있음(제13조), 주형 1년 이하의 금고 또는 2백원 이하의 벌금에 처할 사건의 경우, 피고인의 자백이 있으면 다른 증빙의 취조를 생략할 수 있음(제14조), 지방법원에서 주형 1년이하의 금고 또는 2백원 이하의 벌금을 언도한 판결에는 증거에 관한 이유의 명시를 생략할 수 있음(제16조), 중죄사건의 필요적 변호제 및 관선변호제를 시행하지 않음(제10조), 변호인은 상소할 수 없음(제18조), 형사소송법 제269조에 해당하는 것 외에는 소송수속법률에 위배하여도 판결에 영향을 미치지 않는 이상 복심법원은 控訴를 기각함(제17조).

과는 단지 인력의 충원에 그치지 않고, 검찰중심의 형사사법을 짜나가는 데에도 영향을 미쳤을 것이라고 추측된다.

한편, 본국에서는, 行政檢束을 인정한 「行政執行法」(1900, 법률 제84호)의 실시, 微罪不檢舉=起訴便宜主義의 정착·확대를 중심으로 수사·검찰기관의 권한이 확대되고 있었다. 이러한 추세는, 수사상강제처분을 원칙적으로 예심판사에게 집중시킨 명치형사소송법 체제와 조화할 수 없었다. 그에 따라 1901년 5월에는 直接審理主義의 원칙적 채용, 예심기능의 축소, 수사기관의 강제권한 확대를 핵심내용으로 하는 형사소송법개정안이 완성된다.³⁵⁾³⁶⁾ 또한 검사의 사건현장 임검은 형

35) 명치30년대 이후의 형사소송법 개정작업과 수사검찰의 권한확대 경향에 관하여는, 小田中聰樹, 『刑事訴訟法の歴史的分析』(日本評論社, 1976); 三井誠, 檢察官の起訴猶豫裁量(1)-その歴史および實證的研究, 『法學協會雜誌』87卷 9・10號(東京: 法學協會, 1970), 897~944면 참조.

36) 1901년 형사소송법개정안에서 수사기관의 강제처분권한 강화 및 예심과 관련된 규정은 다음과 같다.[『改正刑事訴訟法草案』(東華堂, 明治 34. 5) 참조]

제226조 검사가 범죄의 수사를 하고 그 사건에 관하여 공소를 제기함이 가하다고 사료한 때에는 예심 또는 공판을 청구한다.

제77조 다음의 경우에 피고사건이 급속의 처분을 요하고 재판소 또는 판사의 구인장을 청구할 여유가 없는 때에는 검사 또는 사법경찰관은 구인장을 발하여 피고인의 구인을 명할 수 있다.

1. 현행범의 피고인이 그 장소에 있지 않은 때
2. 피고인이 정해진 주거를 가지고 있지 않은 때
3. 피고인이 감시에 붙여진 자인 때
4. 피고인이 강도, 절도 또는 수인도주의 죄를 범한 자인 때
5. 사체의 검증으로 인하여 피고인을 발견한 때

제117조 ①검사는 제77조 내지 제86조의 규정에 의하여 피고인을 구인하거나 구인을 명할 수 있는 사건에 관하여는 공소의 제기전에 한하여 검중, 차압 또는 수색을 하거나, 또는 이들 처분을 지방재판소나 구재판소의 검사, 또는 구재판소판사에게 촉탁할 수 있다.

②전항의 경우에 사법경찰관 역시 검중, 차압 또는 수색을 하거나 이들 처분을 다른 사법경찰관에게 촉탁할 수 있다. 다만 봉서는 개피의 권한을 갖는 자의 승낙이 있지 않으면, 이를 개치할 수 없다.

제223조 ①검사는 수사를 함에 관하여 강제의 처분을 필요로 하는 때에는 공소의 제기전이라도 검중, 차압, 수색 또는 피고인, 증인의 신문 또는 감정의 처분을 그 소속 재판소의 예심판사 또는 소속구재판소의 판사에게 청구할 수 있다.

사소송법의 규정에도 불구하고 적극적으로 수행되지 않았으며, 1904년 司法省訓令은 심리의 신속, 경비의 절감을 위해 臨檢 및 出張 억제를 장려하였다.³⁷⁾ 그리고 1905년 3월의 재판소구성법개정을 통해 구재판소의 관할사건의 범위를 확대하였는데 이는 더 많은 범죄를 보다 간략한 구재판소의 절차를 통해 처리할 수 있게 됨을 뜻하였다. 요컨대, 대만과 본국에서의 움직임은 모두 명치형사소송법체제의 파탄으로 향할 수밖에 없었던, 일본의 치안유지 중심적인 형사사법제도 속성의 발현이라는 점에서 동일한 방향성을 지니고 있었던 것이다. 본국에서의 이러한 움직임은 총독부가 절차상의 특례를 고안하고 본국 정부를 설득하는 데 적지 않은 도움을 주었을 것이다. 그러나 「형사소송특별수속」은 현행 법규와 개정안에서 필요한 규정을 수동적으로 옮긴 것은 아니라, 이를 활용하여 보다 적극적으로 국가측의 권력을 강화하고 소송절차를 간이화시키고 있다. 극도로 강화된 수사검찰의 권한, 그리고 여전히 그 위력을 발휘하고 있는 예심,³⁸⁾ 이 두 가지만 보아도 대만의 형사절차상 특례의 본질이 규문주의적 성격의 강화에 있음을 확인할 수 있다.

4. 「罰金 및 答刑處分例」, 「犯罪即決例」의 제정(1904년)

대만총독부는 1903년 7월경 태형처분례, 범죄즉결례, 민사구류제, 행정관의 민사재판권 등을 내용으로 하는 율령안을 입안하여 내부의 논의를 거쳐 정부와의 협의

37) 光行次郎, 「檢察權運用の推移」, 『法曹會雜誌』 17권 11호(裁判所構成法施行50年記念號), 1939. 11, 78면; 檢事力事實發見ノ爲メ臨檢スル場合ニ關スル件, 明治37年4月司法省民刑甲第84號訓令, 司法大臣官房文書課 編, 『司法例規 續編』, 1905. 6.

38) 「형사소송특별수속」에서는, 수사검찰기관의 강제처분권한 이외에도 예심관련 규정에 주목해야 한다. 제1조에서 검사의 중죄사건의 예심청구를 임의화하여 예심의 비중이 낮아진 것처럼 보인다. 하지만, 제13조에서 법원은 필요한 때에는 예심을 경유하지 않은 사건을 예심판판에게 송부할 수 있도록 규정하고 있다. 물론 형사소송법 제241조가 유사한 취지를 규정하고 있지만, 이는 예심없이 경죄로서 기소된 사건이 재판중 중죄라고 판단되는 경우 예심에 회부하기 위한 제도이므로, 중죄의 필수적 예심이라는 명치 형사소송법의 구조에 부합하는 제도이다. 그러나 「형사소송특별수속」 제13조는 ‘필요로 하는 때’라는 모호한 요건만 규정한다. 이에 따라 이미 검사의 충분한 취조를 거쳐 곧바로 공판에 회부된 사건이라도 필요한 경우 예심의 밀행적·규문적인 취조기능을 활용할 수 있게 된다.

에 들어간다.³⁹⁾ 이 과정에서 민사구류제는 입법화에 실패하였지만, 나머지는 1904년 1월12일 율령 제1호 「罰金 및 笞刑處分例」, 동년 2월25일 율령 제3호 「廳長으로 하여금 民事爭訟調停등을 取扱케 하는 건」, 동년 3월12일 율령 제4호 「犯罪即決例」로써 실현된다.

대만 태형제도의 논리적 기초는, 당시 臺灣覆審法院長 鈴木宗信가 後藤新平의 지시로 각국 식민지를 시찰하고 돌아와서 저술한 「臺灣罰金及笞刑理論」에 의해 제공되었다. 여기서 그는 短期自由刑의 폐해, 대만인과 청국인의 천성에 부합하는 형벌제도의 필요, 그리고 서구 식민지에서의 예를 근거로 태형을 정당화하고 있다.⁴⁰⁾ 이를 근거로 일정한 조건아래 자유형을 벌금형이나 태형으로 전환하거나,⁴¹⁾ 자유형이나 재산형을 태형으로 전환하는 것이 허용되는 「罰金 및 笞刑處分例」⁴²⁾가 성립한다.

39) 1903년의 율령안의 내용을 확인할 수 있는 자료로는, 明治36.7.31 覆審法院檢察官長 尾立維孝, 「民事拘留笞刑復興及輕罪ノ即決裁判權ヲ警察官ニ附與セントスル律令案ニ對スル意見書」, 『後藤新平文書』 7-81(東京: 國立國會圖書館 憲政資料室 所藏, 마이크로필름번호: R32)

40) 鈴木은 다음과 같이 말한다. “(1) 단기의 자유형에 대신하여 다른 형으로 벌함으로써, 囚人으로 하여금 犯罪敎習所인 감옥에 들어가는 폐를 피하게 한다. (2) 廉恥·自由를 중히 여겨야 함을 알지 못하는 자에 대하여 형벌의 목적을 달성하는 것을 도모할 필요가 있다. (3) 무익하게 소모하는 감옥의 절약을 도모할 필요가 있다.” 또한 “태형의 목적이 오로지 미죄를 薄懲하여 恥心을 발하게 함으로써 개과천선시키려고 하는 量刑이라는 것은 이론의 여지없으며, 영국은 在香港의 漢族에 대하여 태형을 시행하고, 독일은 在膠州灣의 漢族에 대하여 이를 시행하여, 양자 모두 機宜를 얻었다.” 平野義太郎, 「笞刑について」, 『法律時報』 제12권 11호, 1940, 1171면 재인용.

41) 자유형의 재산형으로의 환형은 1898년 8월 율령 제20호 臺灣阿片令改正에서 이미 일부 도입되고 있었다.

42) 그 주요내용은 다음과 같다. 다만 당초의 율령안(위 「罰金及笞刑處分例律令案」)은 ‘本島人(= 臺灣島人) 및 淸國人의 범죄’라는 명시가 없었다.

제1조 主刑 3월 이하의 重禁錮의 형에 처할 本島人 및 淸國人의 범죄에 관하여는 그 情狀에 의하여 罰金 또는 笞刑을 처할 수 있다.

제2조 主刑 또는 附加刑의 벌금 1백원 이하의 형에 처할 본도인 및 청국인의 범죄에 관하여는 피고인이 다음의 1에 해당하는 때에는 그 정상에 의하여 태형에 처할 수 있다.

1. 本島內에 일정한 주소를 갖지 않을 때
1. 無資產인 때

태형처분의 도입은 적지 않은 내외의 반대, 특히 야만적 형벌의 도입이라는 비난을 불러일으켰다.⁴³⁾ 하지만 근대학파적 형벌이론을 덧씌움으로써 찬성론을 이끌어 내기도 하였고,⁴⁴⁾ 鈴木의 경우 오히려 태형이 문명적·진보적 관념에 입각하고 있다면서 반론을 펼친다.⁴⁵⁾ 태형이 도입된 효과는 어떤 것이었을까. 당시의 사정을

제3조 구류 또는 과료의 형에 처할 본도인 및 청국인의 범죄에 관하여는 그 정상에 의하여 태형에 처할 수 있다.

- 43) 태형부활에 대하여는 이미 대만내부에서 반대의견이 제출되고 있었다. 복심법원검찰관장 尾立維孝는 1903년 7월 의견서(尾立維孝, 앞의 의견서)를 통하여 태형의 도입이 불가하다고 주장한다. 그 이유는 臺灣島民도 帝國臣民인 이상 특종의 형벌로 다스리는 것은 법제의 원리와 一視同仁의 大義에 반한다는 것, 영국령 식민지에서 실제 태형의 집행건수는 극히 소수임에 비하여, 중금고 3월 벌금 백원이하의 범죄인은 본도 형사범인의 4분의 3이상에 해당하므로 국가의 체면이나 득실에서 볼 때 온당하지 않다는 것, 태형에 의하여 감옥비를 절약한다고 하지만, 대만의 범죄증가원인을 볼 때 미죄불검거처분의 적극활용으로 대처하는 것이 타당하다는 것이다.

또한 동울령의 공포후에는 본국에서도 논쟁이 확대되는데, 비판적인 견해 중 대표적으로 일본의 행형개량에 크게 공헌한 小河滋次郎의 주장이다.(小河滋次郎, 『臺灣答刑例ニ就テ』, 『法學協會雜誌』 제22권 4·5호, 1904) 그는 교육형주의에 근거하여 서구에서의 태형 비판론을 소개하면서 태형이 문명적인 형벌의 원리에 반할뿐더러, 더 나아가 장래의 刑制의 統一에 거스르는 제도라고 비판한다. 특히 태형찬성론이 근거하는 야만민족의 성향론을 반박하면서, “고통은 단지 일순간뿐이고 교육과 염치가 없는 그들 蠻族의 신체에 있어서는 일시 다만 이를 견뎌내면, 즉 後害 중 그들을 畏怖시킬만한 것은 조금도 있지 않다. 태형을 참는 고통은 오히려 반나절의 노역을 견디는 고통보다 열등하다고 느끼지 않을 수 없다. 蠻族에 대한 태형은 불법이면서도, 형벌로써 예기한 畏嚇懲戒의 목적”도 달성할 수 없다고 반박한다.(같은 글, 『法學協會雜誌』 제22권 5호, 709면)

- 44) 당시의 대학자 穗積陳重의 경우 태형문제를 帝國大學 法理演習會에서 다루었는데, 찬반이 엇갈리는 와중에, 그는 인중에 따라 형을 달리하는 것은 평등주의로 나아가는 進化의 大道에 비추어 타당하지 않지만, 태형 그 자체는 慣行犯이나 少年犯罪에 대하여 단기자유형보다 우수하기 때문에 오히려 전국확일적으로 태형을 채용하는 것이 득책이라고 주장하였다. 「法理演習記事(特に臺灣の答刑に關する 穗積陳重博士の意見)」, 『法學協會雜誌』 22권 3호, 1904, 451~453면.

- 45) “微罪에 대하여서만 적용하고 今世의 文明的 諸制度와 調和할 수 있는 정도에서 집행하면 단기자유형에 대응시킬 수 있는 文明的 最良寬刑”이고, “3월 이하의 중금고 또는 백원 이하의 벌금에 처할 微罪에 관하여 一乘 위대한 自由裁量의 權能을 裁判官에게 부여한 것으로 오히려 近世進歩한 法律思想에서 나온 것”이다. 鈴木宗信, 『小河氏ノ答刑論ヲ讀ム』, 『法學協會雜誌』 22권 6·7호, 1904.

전하는 기록에 의하면, 사회적 신분이나 뇌물도 통하지 않는 데다, 태형에 대한 공포심과 수치심이라는 정신적 고통이 더욱 커서 단기간은 범죄감소의 효과를 거두고 있었다.⁴⁶⁾

한편, 犯罪即決例와 民事爭訟調停制度는 행정기관이 제1심 민형사사건에 대하여 재판권을 행사한다는 後藤新平의 구상을 법원조직 바깥에서 실현한 것이다. 犯罪即決例는 행정과 사법의 분리를 모르는 대만인의 관념에 근거하여 행정관의 신속한 처결으로써, 시간과 경비를 절약한다는 취지에서 도입되었다.⁴⁷⁾ 이는 구류·과료의 형에 해당하는 범죄에 대한 즉결처분, 즉 본국의 「違警罪即決例」의 구조⁴⁸⁾를 빌리면서도, 3월이하의 重禁錮에 처할 도박의 죄, 3월이하의 중금고 또는 1백원 이하의 벌금의 형에 처할 行政諸規則違反의 죄를 정식재판없이 즉결처분할 수 있는 제도이다. 하지만 즉결사건의 범위를 정하는 기준을 法定刑이 아닌 處斷刑으로 삼음으로써, 행정관청에 재량에 의하여 절반이상의 형사사건이 즉결처분되는 결과를 낳게 된다. 이 때문에 대만내부에서도 재판구조를 근본적으로 변경한다는 비판을 낳기도 하였다.⁴⁹⁾ 또한 犯罪即決例의 근거가 행정·사법의 구분을 모

46) 臺灣總督府警務局 編, 前掲書, 933~934면.

47) 총독부측은 범죄즉결례의 제정이유를 다음과 같이 말하고 있다. 「犯罪即決例ヲ定ム」, 『公文類聚』 第28編・明治37年・第19券・司法(1-2A-011, 類980)

“본도에서의 형사사건은 해마다 증가 추세가 있어, 獄舍가 항상 부족한 상황에 이르게 되었지만, 그 사건중 賭博罪 및 阿片令 違反과 같이 行政罰에 속하는 것은 그 檢舉가 극히 용이하며 그 형벌 역시 重禁錮 2月, 罰金 1百圓 이하의 輕微事件이 많다. 이들 경미한 사건에 관하여는 번잡한 형사소송수속을 적용하는 것은 司法事務의 敏捷을 도모하는 所以가 아닐 뿐만 아니라, 종래 支那法制에 慣熟한 本島人은 行政司法의 分立을 이해하는 관념이 없기 때문에 본청과 같이 權衡하여 裁判制度를 變更하여도 조금도 民心에 影響을 주는 바가 없고, 도리어 本島 目下의 實情과 종래의 경험에 비추어 里俗民情에 精通하는 地方官으로 하여금 간편한 즉결의 수속을 적용시킴으로써 治罪의 敏速을 기할 수 있기 때문에 훨씬 우수하다.”

48) 대만에서는 본국의 違警罪即決例(1885, 太政官布告 31호)에 해당하는 「拘留 또는 料料의 刑에 해당하는 犯罪即決例」가 1896년 10월 1일 율령 제7호로 공포하였는데, 즉결관청에 헌병대장, 분대장, 하사를 추가하는 것에 목적이 있었다.

49) 覆審法院檢察官長 尾立維孝은, 앞의 의견서에서, 소액의 경비를 절감하기 위하여 사법제도를 근거에서 변경하는 것은 문명에서 야만으로 가려는 것이고, 內地人과 外國人도 즉결 재판을 받게 되어 본국 및 淸韓에 거주하는 內地人보다 冷遇酷待를 받게 되며, 경찰의 수

르는 대만인의 관념에 있다고 주장되었지만, 실제 운용은 결코 대만인에게만 한정 되지 않았다.

5. 臺灣에서의 植民地型 刑事司法制度의 成立의 意味

1898년 臺灣總督府法院條例의 개정을 시발로, 1904년 罰金 및 笞刑處分例, 犯罪卽決例, 1905년 刑事訴訟特別手續, 1908년 臺灣刑事令의 제정을 거쳐 확립된 대만의 제도는, 단지 식민지 원주민의 상태에 적용한 제도, 淸朝 이래의 통치방식과 법규범을 활용한 제도만이 아니었다. 통치의 효과와 비용의 절감을 거두기 위하여 행정기구와 경찰조직을 활용할 필요, 대만법원을 둘러싼 헌법적 문제와 그로 인한 법원조직상의 제약, 울령권의 행사를 가급적 본국제도를 모범으로 하는 예외의 설정에 한정짓게 만들었던 본국으로부터의 정치적 제약과 대만내부의 실무적 경향, 土匪의 출몰·舊宗主國 淸國과의 인접·문화적 격차를 가진 다민족의 공존에서 야기되는 대만특수의 치안상황, 명치형사사법체제의 붕괴로 치달아갔던 형사사법의 이론과 실제의 변화추세, 이와 같은 여러 경향들이 경합하면서, 대만총독부와 본국 정부 양자간의 협상에 의하여 탄생하였다는 것이 중요하다. 대만의 제도는 식민지로서 인식되는 본국 이외의 지역에서, 명치일본의 관료사법의 속성이 발현된 결과라는 성격을 함께 지니고 있는 것이다. 바로 그 사실 자체로부터, 이 제도는 그 기원이야 어쨌든 다른 지역에서도 도입·응용가능한 제도, 일종의 기준으로서 자리잡게 된다.⁵⁰⁾

러일전쟁의 승리를 계기로, 대만형 제도는 다른 지역으로 확산되기 시작한다. 1905년 일본이 러시아로부터 획득한 關東州租借地에 도입된 형사사법제도 역시

사관행과 부족한 자질 때문에 검거자의 다대한 증가와 부실한 취조를 낳아, 오히려 비용과 문제점을 증가시킬 것이라는 점을 들어 범죄즉결예안의 폐기, 내지는 즉결범위의 대폭축소를 요구하고 있다.

50) 또한 여기에는 만일 특정규정이 대만통치상의 특수사정에 기인하고 있다고 할지라도, 한번 그 규정이 정립된 후에는, 그 기원이 되었던 구체적 사정과의 관련성이 희박해지면서, 오히려 해당 규정의 내적 해석과 운용을 통하여 일반적 처분으로서의 속성을 취득하게 된다는 법제도의 특성도 반영되어 있다고 할 것이다.

대만과 동일한 구조를 갖게 된다. 관동주에서는 1905~1906년 이미 軍政組織과 軍政法規에 의하여 대만형 제도의 핵심(형사절차상 특례, 태형제도 등)을 실현하고 있었다. 1906년 關東都督府法院의 설치 이후에도 군정시대의 형사법규는 존속하였다. 1908년 9월 24일 공포된 칙령 212호 關東州裁判令, 동 213호 關東州裁判事務取扱令, 9월 28일 공포된 칙령 236호 罰金 및 笞刑處分令에 의하여, 종전의 제도는 地方法院-高等法院의 2심제 법원조직, 지방행정관인 民政署長이 일정한 범위에서 행사하는 민형사 제1심재판권, 대만의 절차법을 보완한 민형사절차상의 특례, 청국인에게 적용되는 벌금 및 태형제도 등의 내용으로 재정비된다.

Ⅲ. 統監府下 韓國에서의 植民地型 刑事司法制度의 導入

1. 統監府下 韓國에서의 法規常況

여기에서는 1905년 11월 제2차 日韓協約에 의하여 大韓帝國이 보호국화한 때로부터 1910년 8월 29일 ‘日韓併合’까지 통감부하 구한국에서의 형사사법의 전개를 형사절차입법을 중심으로 살펴본다. 우선 논의에 앞서 다음과 같은 점을 지적해 두고자 한다.

즉 구한국에 대한 제3국의 치외법권은 별론으로 하고, 이 시기 구한국에서는 韓國法規와 日本法規이라는 두 개의 계통이 공존하고 있었으며, 1909년 7월 「韓國司法 및 監獄事務의 委託에 관한 韓日覺書」의 조인후 10월 統監府裁判所가 설치되어 재판권을 하나로 통일되었지만, 일부 법령을 제외하고 두 계열의 법체제가 완전히 통합되지는 않았다.

한국법규의 상황과 관련하여, 1909년 7월 이전에도 한국법규의 입법은 일본의 장악 하에 있었다는 점을 상기할 필요가 있다. 1906년 7월 梅謙次郎의 한국정부 법률고문 기용, 1907년 1월 일본인 法部參與官과 法務輔佐官의 배치, 1907년 7월 ‘제3차 日韓協約’에 의한 次官政治로의 이행(法部次官 倉富勇三郎 기용), 동년 12월 法典調査局의 설치(한국칙령 제60호) 등 일련의 과정을 통해 일본은 한국의

입법, 사법사무를 장악하고 있었다.

한편 일본인에 대한 재판권의 경우, 종전의 領事裁判權이 통감부의 재판권으로 대체되고, 1909년 統監府裁判所로 흡수되는 과정을 겪어나간다. 이 과정에서 일본 법규 역시 변화를 겪게 되는데, 흥미로운 것은 일본인에게 적용하는 법규임에도 불구하고 대만과 관동주의 형사절차법규와 공통되는 내용을 갖게 된다는 점이다. 즉 식민지 형사절차법규는 열등한 이민족에 대한 것일 뿐만 아니라, 식민지로서 인식되는 지역의 법제로서의 의미 또한 갖고 있음을 반증하여 주는 것이다. 이하에서는 시간적 순서에 따라 그 과정을 살펴보기로 한다.

2. 統監府法務院의 설치와 「韓國에서의 裁判事務取扱規則」의 제정 (1906)

1905년 12월 통감부와 理事廳의 설치에 이어, 1906년 6월 25일 법률 제56호 「한국에서의 재판사무에 관한 법률」, 칙령 제164호 「統監府法務院官制」가 공포되면서, 한국거주 일본인에 대한 재판권은 종래의 일본영사관이 아니라, 理事廳-統監府法務院의 2심급제 재판조직에서 행사하게 되었다.

위 법률 제56호는 1899년 제정된 「領事館의 職務에 관한 法律」(법률 제70호)⁵¹⁾을 대체하는 것으로서 이사청과 통감부법무원의 재판권행사에 관한 근거법률이다.⁵²⁾ 일본정부는 동 법률을 1906년 2월 제22회 제국의회 귀족원에 제출하였고, 약

51) 그 기본적인 취지는 영사재판의 관할사건의 범위를 본국의 지방재판소보다 좁게 설정하면서, 영사재판에 대한 불복은 長崎控訴院에 하도록 규정하는 데 있었다. 한편 영사의 재판 사무집행에 따른 약간의 특례규정은 있었지만, 수사상 강제처분 및 공판절차상의 중요한 예외를 설정하지는 않았다.

52) 그 주요내용은 다음과 같다.

제1조 理事廳은 그 관할구역내에서의 소송사건의 始審 및 非訟事件의 사무를 행한다.

제3조 理事廳은 理事官 또는 副理事官 단독으로 審問裁判한다.

제4조 統監府法務院은 終審으로서 이사청의 재판에 대한 上訴를 관할한다.

제5조 ① 통감부법무원은 評定官 3인으로 조직한 부에서 심문재판한다.

제6조 5년이상 판사, 검사, 제국대학법과대학교수, 이사관, 부이사관 또는 변호사인 자가 아니면 평정관 또는 검찰관이 될 수 없다.

간의 손질을 거쳐 귀족원을 통과하여 3월 11일 중의원에 송부된다. 이 수정법률안은 중의원본회의와 특별위원회의 심의과정에서 축소된 63법문제, 대만법원문제라고 말할 수 있을 논쟁에 휘말리게 되었지만, 결국 수정안 그대로 통과하였다.⁵³⁾

6월 25일 칙령 제166호 「韓國에서의 裁判事務取扱規則」(이하 「裁判事務取扱規則」이라고 함)은 바로 동 법률의 제10조 근거하여 제정된 소송절차법이다. 일 본인에 대하여 적용되는 일본법규이지만, 이미 식민지형 형사절차상의 특례를 도입하고 있다. 즉 관공리작성문서의 보정, 소송관계인의 호출을 간이화하는 특칙과 함께, 要急事件에서의 검사의 강제처분(단 구류장발부는 제한), 공판개정전의 증인·감정인 호출, 법원의 명령에 의한 사법경찰관의 증거조사, 수명·수탁판사의 독자적 예심처분권한, 중죄사건에 대한 관선변호제의 제한(무기형과 사형에만 적용), 피고인의 자백에 따른 다른 증빙취조의 생략 등 축약된 기본구조를 내장하고 있다.

3. 韓國人에 대한 刑事節次: 「民刑斷稿規則」의 제정(1908)

다음으로, 한국인에게 적용되는 형사법규에 대하여 살펴보자.

당시 한국정부의 대표적 사법법규라면 1905년 4월 29일 공포된 「刑法大全」(한국법률 제2호), 그리고 1899년 5월 제정되어 1906년 10월 개정된 「裁判所構成法」

제8조 통감부법무원의 검찰사무는 검찰관이 이를 행한다.

제10조 본법에 규정있는 것 외에 재판사무에 관하여 한국에서 적용하는 법률에 관하여는 칙령으로써 별단의 규정을 둘 수 있다.

- 53) 衆議院에서 주로 문제된 것은 다음과 같다. 첫째 이사관과 부이사관의 재판권한은 헌법 제24조의 법률에 정한 재판관의 재판을 받을 권리를 침해한다는 것, 둘째 동법 제10조는 헌법 제9조의 위임명령의 법리를 위반한다는 것, 셋째 영사재판하의 3심제를 2심제로 변경하는 것은 의지에 거주하는 일본인에 대한 차별·혹대라는 것이다. 정부는 이에 대해 제2차 日韓協約에 의해 이사관은 영사에 속한 직권을 인계받음으로써 그 재판권은 기존의 영사재판권과 동일한 것으로서 문제되지 않으며, 현지의 실정상 법률을 변경하지 않는 한도에서 다소의 특례를 둘 필요가 있으며, 아직까지는 사건이 적어 굳이 상고심을 둘 필요가 없다고 답변하였다. 또한 국익상의 필요, 상고심 자체에 대한 회의론에 근거한 옹호론이 의원들 가운데서 제기되어, 결국 본법안은 3월 18일 본회의를 통과하였다. 『帝國議會衆議院議事速記録 21 -第22會議會, 明治 38年』(東京: 東京大學出版會, 1980), 255면, 271면 이하; 『帝國議會衆議院委員會議錄 37 -明治編 38』(東京: 東京大學出版會, 1988), 143면 이하.

(한국법률 제6호)이라고 할 것이다. 이후 일본이 직접 구한국의 입법에 관여하기 시작하면서, 1907년 6월 「民事刑事의 訴訟에 관한 건」(한국법률 제1호)과 「訊問刑에 관한 건」(한국법률 제2호),⁵⁴⁾ 동년 12월 「재판소구성법」(한국법률 제8호) 등이 제정되고,⁵⁵⁾ 동 「재판소구성법」의 실시에 맞추어 1908년 7월 13일의 「民刑訴訟規則」(한국법률 제13호)이 공포되고, 같은 달 23일의 제2차 「刑法大正改正」(한국법률 제19호)이 단행된다.

중요한 점은 「민형소송규칙」이 단순히 구한국의 소송법제의 개량에 그치지 않았다는 데 있다. 「민형소송규칙」의 형사절차규정은, 다음과 같이 검사뿐만 아니라 사법경찰관⁵⁶⁾에게도 독립적인 수사상강제처분권한을 부여하고 있다.

제153조 搜查에 當하야는 被告人의 訊問, 逮捕, 拿引, 拘留, 證人의 訊問, 拿引, 鑑定, 檢定, 家宅搜索及物件押收를 行함을 得함. 但司法警察官은 檢事의 許可가 有치아니하면 十日以內 被告를 拘留함을 得치못함. 訊問, 檢證, 家宅搜索及物件押收를 行할 時는 調書를 作成함이 可함. 鑑定에 當하야 鑑定書를 徵치 아니할 時도 亦同⁵⁷⁾

종래의 구한국 법규에서는 검사는 자유로이 강제처분권을 행사할 수 있었지만, 사법경찰관은 검사의 명을 받아 수사를 보조하고 영장을 집행하는 지위에 머물고 있으며, 취조는 원칙적으로 검사가 행한다. 그런데 「민형소송규칙」에서는 사법경찰관에게 아예 독립적인 강제처분권한을 부여하고 있는 것이다.

이 중요한 변화의 의미는, 일본의 한국경찰의 장악과정과 관련이 있을 듯하다.

54) 「民事刑事訴訟에 관한 건」은, 군수의 재판을 민사사건과 태형에 해당하는 형사사건의 제1심으로 한정하고, 일체의 수사관련 처분권을 박탈하는 내용이었다. 「訊問刑에 관한 건」은 또한 일체의 민형사사건에서 소송관계자에 대한 고문을 금지하는 내용이었다.

55) 이 때의 재판소구성법의 의해, 구한국의 재판조직은 내지의 재판소구성법의 예에 따라, 大審院, 控訴院, 지방재판소, 구재판소의 체제를 갖춘 4급3심제로 구성된다.

56) 民刑訴訟規則 제150조

① 警視·警部는 司法警察官으로서 검사의 지휘를 받아 범죄를 수사한다.

② 巡查는 司法警察吏로서 검사 및 사법경찰관의 지휘를 받아 범죄수사의 보조를 행한다.

57) 원문은, 朴熙寬 編, 『朝鮮現行 法規大全』(京城: 修文書館, 1911; 한국법제연구원 복각, 1997), 22면에 의함.

伊藤은 1906년 2회에 걸쳐 일본인 경찰관을 포함하여 경찰관을 증원 배치하면서, 종래의 지방행정관인 관찰사는 민형소송사건에 관하여 일체 일본인 輔佐官과 협의하여 시행하는 체제를 만들어내었다. 다시 1907년 6월 제18회 施政改善協議會에서는 관찰사와 군수의 취조권 자체를 박탈하여 일본인 경찰관이 검사의 직무를 집행하는 방침을 제시하기도 한다. 한편 1907년 10월 고문경찰제가 폐지된 후, 동년 11월 理事廳警察官이 한국경찰에 통합됨으로써, 일본인 경찰관리는 보좌관으로서가 아니라 정식 한국경찰관리로 임명된다.⁵⁸⁾

결국 「민형소송규칙」 제153조의 취지는 伊藤의 구상을 실현함으로써, 종래의 한국인 행정관이나 검사를 배제하고 일본인 경찰관이 직접 범죄수사를 행할 수 있는 체제를 마련한 것이다. 즉 한국 사법권의 장악은 단지 일본인 법관에 의한 재판 사무의 장악에 그치는 것이 아니라, 일본인 경찰관에 의한 수사권의 장악에서도 이루어지고 있는 것이다.

또한 이는 식민지 형사절차법제상 또 하나의 중대한 진전이였다. 1908년의 「관동주재판사무취급령」의 경우, 대만의 예에서 한발 더 나아가, 요급사건에 관하여 검사는 사법경찰관에게 검사에게 허용된 처분을 행하게 할 수 있다고 규정하기에 이르렀다.⁵⁹⁾ 반면 1912년 「조선형사령」의 제12조 2항 및 제13조의 규정은 「민형소송규칙」 제153조와 마찬가지로 사법경찰관에게 독립적인 강제처분권한을 부여하고 있다.

58) 松田利彦, 「朝鮮植民化の過程における警察機構(1904~1910)」, 『朝鮮史研究會論文集』 31호(東京: 綠陰書房, 1993. 10), 129, 136~137면.

59) 關東州裁判事務取扱令 제72조는 다음과 같이 규정하고 있다.

제72조 ①검사의 직무를 행하는 자는 현행범이 아니라 하더라도 수색의 결과 피고사건이 급속의 처분을 요한다고 사료한 때에는 공소의 제기전에 한하여 구인장을 발하거나 사법경찰관으로 하여 이를 발하도록 할 수 있다.

②전항의 경우 금고이상의 형에 해당한다고 사료한 때에는 검사의 직무를 행하는 자는 구류장을 발하여 검증, 수색, 차압을 하거나, 증인을 신문하거나 감정을 명하거나, 또는 사법경찰관으로 하여 이를 하도록 할 수 있다. 다만 선서를 시키거나 벌금 또는 과료 및 비용배상의 인도를 할 수 없다.

③전항의 규정에 의하여 피고인을 구료한 후 20일 이내에 제소하지 않는 때에는 그를 석방해야 한다.

4. 統監府裁判所 설치논의와 「韓國에서의 裁判事務에 관한 法律」의 폐지

1909년 7월 12일 한국의 사법·감옥사무의 위탁에 이어, 동년 10월 16일 칙령 제236호 「統監府裁判所令」이 발표된다. 한국인에 대한 재판권행사는 특별한 문제가 없었지만, 종래 이사청과 통감부법무원에서 재판을 받던 일본인에 대하여는 역시 법적 근거의 문제가 발생한다. 적어도 1906년 법률 제56호 「한국에서의 재판사무에 관한 법률」을 개정하거나, 새로운 법률을 만들어야 할 필요가 있었을 것이다.

흥미롭게도 구한국정부의 법부차관, 통감부사법청장관, 총독부사법부장을 역임한 倉富勇三郎의 문서 중 「韓國에서의 裁判事務에 관한 件」,⁶⁰⁾ 속에 「한국에서의 재판사무에 관한 건」이라는 법률안이 등장한다.⁶¹⁾ 동문서는 그 이유에서⁶²⁾ 한국주재 일본인의 사건을 한국재판소의 조직을 활용하여 재판하는 편이 일본인에게도 이익이며, 장차 사실상 치외법권의 폐지효과를 거둘 수 있다고 하면서, 한국의 재판소조직을 통감부재판소로 변경하는 내용의 법률안을 제시하고 있다. 동 법률안

60) 「韓國ニ於ケル裁判事務ニ關スル件」 倉富勇三郎文書, 三〇—19(東京: 國立國會圖書館 憲政資料室 所藏)

61) 이 문서에는 동법률안과 함께, 「統監府裁判所職員에 관한 건」, 「統監府裁判所翻譯官 및 翻譯官試補官制」, 「統監府裁判所職員官等俸給令」 3건의 칙령안도 수록되어 있다.

62) 그 이유는 대략 다음과 같다. 현재의 일본인에 대한 재판은 영사재판의 시대와 각별한 변화가 없으며 여러 가지 점에 있어서 전문의 재판소에 미치지 못하는 것은 어쩔 수 없다. 그러나 일본인의 소송을 심판하기 위하여 특별히 다수의 재판소를 설치하는 것은 바람직스럽지 않다. 반면 한국의 재판소는 아직 불비한 면이 적지 않지만 재판소의 구성은 일본의 현 제도와 같고, 그 직원의 다수 역시 일본인을 병용하고 있어서 그 실질에서 일본의 재판소에 필적하므로, 재한국 일본인에 관한 소송은 일본법판으로 하여금 일본재판소를 구성시켜 일본의 법률에 의해 심판하는 편이 수월하다. 이렇게 되면, 한국에 대해 특별히 침해하는 바가 없고 일본인의 이익도 적지 않다. 게다가 한국에 專務의 재판소를 설치한다면, 발명·의장·상표 및 저작권에 관한 일미협약의 예를 확충하여 한국주재외국인의 일체의 소송도 일본재판소의 재판권에 복종시키는 것도 어렵지 않게 된다. 그렇게 된다면, 직접적으로 한국에 대한 치외법권을 폐지한 것은 아니나 그 실질은 폐지한 것과 동일한 효과를 거둘 수 있다. 따라서 한국을 위해서도 가장 편리한 일이라고 하지 않을 수 없다.

은 부칙 제7조에서 ‘명치39년 법률 제56호는 이를 폐지함’이라고 하여, 동법률안이 統監府裁判所 설치에 따라 1906년 법률 제56호를 대체할 목적으로 기초되었음을 보여준다. 동 문서에는 작성일 표기가 없는데, 주목할만한 것은 부칙 제6조에서는 그 시행기일이 1909년 4월 1일로 잡고 있다는 것이다. 그렇다면 통상의 제국의회의 회기를 고려할 때, 아무리 늦어도 1908년 말에는 기안이 되어 있어야 한다.

그러나 한국의 사법 및 감옥사무를 일본정부에 위탁하는 방침이 세워지고 그것이 조인되는 것은 1909년 7월의 일이다.⁶³⁾ 그렇다면 1908년 말 시점에 이미 사법권의 위탁이 고려되고 있었다는 것인가. 동문서의 내용 및 당시의 상황으로 보아, 統監府裁判所의 설치는 1908년 말경이면 현실적인 일정으로 떠올랐을 것으로 보인다. 1908년 5월 조인된 美日政府간의 한국에서의 發明·意匠·商標 및 著作權의 보호에 관한 조약이 8월 실시됨에 따라, 한국에서의 동 권리에 관한 韓美日 3국민의 사건은 한국의 일본재판소가 재판관할권을 행사하게 되었다.⁶⁴⁾ 그에 따라 종전의 이사청-통감부법무원 조직으로는 미국측의 치외법권철거에 상응하는 수준의 재판조직이 될 수 없고, 또한 증가하는 일본인의 사건을 처리하기 위해서라도 일본재판소를 확대개편할 필요가 생겼을 것이다. 또한 1907년 7월 6일 일본정부의 각의에서 「한국병합에 관한 건」⁶⁵⁾을 결정한 이상, 따로 일본재판소를 확충하는 것보다 한국재판소를 통감부재판소로 재편성하는 편이 더 낫다고 판단하였을 것이다.

그러나 한국 사법권의 위탁이 전제되지 않고서는, 統監府裁判所의 구상은 실현될 수 없으며, 설사 그것이 성공하더라도 과연 법률안이 제국의회를 통과하겠느냐고 하는 어려운 문제가 남아 있다. 어쨌든 동 문서를 통하여, 1909년 7월 이전에 통감부 내부에서는 統監府裁判所 설치를 전제로 상당히 구체적인 논의가 오고갔음을 추측할 수 있다.

63) 伊藤博文은 1909년 7월 3일 桂總理大臣에게 한국의 사법·감옥사무 위탁에 관한 의견서와 함께, 조약안을 제시하였고, 이 의견은 7월 6일 閣議決定과 天皇의 裁可를 통하여 채택되었다. 이후 7월 10일부터 통감부와 한국정부의 협상이 개시된다. 市川正明 編, 『日韓外交史料 8 -保護及併合-』(東京: 原書房 復刻, 1980), 249면 이하.

64) 市川正明, 前掲書, 233면 이하.

65) 外務省 編, 『日本外交年表拉主要文書 上』, 315면.

정작 1909년 7월 12일 사법·감옥사무의 위탁각서가 조인되었을 때, 일본정부가 취한 방식은 10월 18일 緊急勅令에 의하여 1906년 법률 제56호를 폐지해 버리는 간명한 방식이었다.⁶⁶⁾ 이로써 같은 날 統監府裁判所令과 그 재판준칙을 정한 統監府裁判所司法事務取扱令은 칙령의 형식으로 공포된다.⁶⁷⁾ 이로써 한국에서의 재판권은 완전히 일본 천황의 대권에 근거하여 성립하게 되는 것이다.

5. 「統監府裁判所司法事務取扱令」, 「韓國에서의 犯罪即決令」의 제정(1909)

1909년 10월 16일 칙령 제237호 「統監府裁判所司法事務取扱令」(이하 「사법사무취급령」)의 공포와 함께, 1906년의 「한국에서의 裁判事務取扱規則」은 폐지된다. 「司法事務取扱令」은 일본법규로서 형사사건의 경우 한국인에게는 적용되지 않는다.⁶⁸⁾ 형사절차에 관하여는 제23조부터 제34조까지 12개조의 간략한 특례를 두고 있는데, 1906년의 「재판사무취급규칙」의 규정을 일부보완하면서 새로 규정을

66) 1909.10.18 勅令(緊急) 제235호 「明治39年 法律 第56號 廢止の件」

67) 제국헌법 제8조 2항에 의하면 긴급칙령은 다음 회기의 제국의회에 사후승낙을 구해야 하고, 만일 의회의 승낙을 얻지 못하면 긴급칙령은 장래를 향해 효력을 상실한다. 하지만 일본정부는 동 긴급칙령의 사후승낙안건은 제26회 제국의회에 제출하지 않는다. 이에 따라 1910년 3월 23일 제국의회 중의원에서는 사후승낙안건을 속히 제출할 것을 요구하는 결의안을 채택하였지만, 정부는 동 긴급칙령이 효력을 상실하여도 상관없다는 입장에서 의회의 요구에 응하지 않았다(『第26會帝國議會 衆議院議事速記錄』, 『帝國議會 衆議院議事速記錄 24』, 505면 이하). 여기서 잠깐, 과연 이 결과가 추후 법적으로 어떠한 결과를 낳을 것인지 살펴보자. 동 긴급칙령은 1910년 3월 제국의회의 회기종료와 함께, 장래를 향하여 그 효력을 상실하게 된다. 이에 따라 1906년 법률 제56호의 효력이 부활하게 되고, 그 순간 동 긴급칙령에 근거하여 칙령으로 공포된 統監府裁判所令은 그 효력을 잃게 될 것이다. 그렇다면 적어도 한국에서의 일본인사건의 재판에 관하여 統監府裁判所의 법적 근거는 사라진다.

68) 1909.10.16, 칙령 제238호 「한국인에 관계하는 사법에 관한 건」 제1조는 ‘統監府裁判所는 본령 기타의 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고 한국인에 대하여는 한국법규를 적용한다’고 규정하면서, 다만 제2조에 한국인과 한국인이 아닌 자 사이의 민사사건에 대하여 일본법규를 적용하는 경우를 규정하고 있다.

신설하는 내용이다.⁶⁹⁾ 신설된 것들은 모두 1905년 대만의 「형사소송특별수속」, 1908년 「관동주재판사무취급령」의 형사절차에 포함된 것들이다. 다만 요급사건에서의 검찰의 강제처분권한과 관련하여 1906년의 「재판사무취급규칙」과 마찬가지로 구류권은 인정하지 않았다.⁷⁰⁾

역시 같은 날 칙령 제240호로 공포된 「韓國에서의 犯罪即決令」은 식민지형 범죄결례를 흐름을 이어받고 있다. 즉결관청으로서는, 대만에서와 같이 행정청장을 먼저 내세우는 형식이 아니라, 통감부경시 또는 통감부경부로서 한국의 경찰서장, 분서장의 직무를 갖는 자, 즉 경찰관이 즉결관청임을 정면에서 인정하고 있다. 이는 1910년 (조선) 「범죄결례」로 계승된다. 한국인 지방행정관과 경찰관에게 즉결처분 권한을 부여하지 않고, 헌병경찰로 하여금 광범위한 형사사법권을 행사할 수 있도록 하는 취지이다.

즉결사건의 범위는 구류 또는 과료의 형에 해당하는 죄, 한국법규에 의하여 태형, 구류 또는 30원 이하의 벌금의 형에 처할 죄이다. 전자에 의해 처벌될 범죄로는 1908년 10월 1일 통감부령 제44호로 공포된 「警察犯處罰令」 위반범죄가 대표적이다. 후자의 경우 당연히 한국인에게만 적용되는 것으로 이 경우에는 처단형을 기준으로 삼고 있으면서, 즉결처분으로 태형을 부과할 수 있도록 하고 있다. 형법대전에서 태형을 규정하지 않은 범죄가 오히려 소수라는 점을 생각하면 조선인 범죄의 대다수를 경찰관서에서 즉결처분할 수 있게 된다.

69) 새로 추가된 규정으로는 형사소송법상 법률에 위배한 재판관을 제외하고는 제1심의 소송수속이 법률을 위반하여도 판결에 영향을 미치지 않는 한 控所을 기각한다는 규정(제32조), 고장·공소·상고 또는 항고의 권리자는 기간내에 이를 포기할 수 있다는 것(제33조), 변호인은 상소할 수 없다는 것(제34조) 등이다.

70) 제25조 ①검사는 급속한 처분을 요한다고 사료할 때에는 공소제기전에 한하여 검중, 수색, 물건차압을 행하거나 피고인, 증인을 신문하거나, 감정을 명하는 등 예심판사에 속한 처분을 할 수 있다. 다만 구류장을 발하고 벌금, 과료 및 비용배상의 선고를 행하거나 선서를 하게 하지는 못한다.

②검사는 사법경찰관으로써 전항의 처분을 행하게 할 수 있다.

IV. '日韓併合'에서 1912년 朝鮮刑事令의 제정까지

1. 併合直後の 法院과 法令정비

1910년 8월 29일 緊急勅令으로 공포된 「朝鮮에서 施行할 法令에 관한 건」을 통해 조선총독은 制令制定權을 부여받는다. 동시에 제령 제1호로써 조선의 법령의 효력에 관한 건이 공포되어 병합 이전의 일본법령과 한국법령은 조선총독이 발한 명령으로써 당분간 그 효력을 갖게 되었다. 10월 1일 공포·시행된 「朝鮮總督府裁判所令」(제령 제5호)은 統監府裁判所의 조직을 그 명칭만 조선총독부재판소로 바꾸면서, 고등법원에 재판소구성법상 대심원의 특별권한에 속하는 직무권한을 부여하는 내용이었다.

한편 총독부재판소의 설치와 함께, 민형사법규의 정비도 함께 시도되었음을 확인할 수 있는 자료가 있는데,⁷¹⁾ 다음과 같은 制令案이 포함되어 있다.

統監府裁判所司法事務取扱令中 改正의 件

統監府裁判所司法事務取扱令中 다음과 같이 改正함

「統監」을 「朝鮮總督」으로 「韓國」을 「朝鮮」으로 고침

제1조 朝鮮總督府裁判所에서의 司法事務의 取扱에 관하여는 民事訴訟法 및 刑事訴訟法, 그리고 그 附屬法律에 의함

附屬法律은 朝鮮總督이 이를 指定함

附則

本令은 日부터 이를 施行함

71) 「犯罪即決例民事爭訟調停ニ關スル件及辯護士規則ヲ定ム」 『公文類聚』 第34編・明治43・第21卷・司法門(1-2A-011, 類1108)에는, 1910년 12월 15일 제정된 犯罪即決例, 民事爭訟調停에 관한 건, 辯護士規則에 관한 制令案·理由書·總督上奏文·閣議決定書·裁可奏請文 등과 함께, 「廢案 統監府裁判所司法事務取扱令中改正の件外二件」이라는 자료가 실려있다. 이 자료는 '明治39年 9月'이라고만 표기된 閣議決定文案, 天皇의 裁可를 얻었음을 朝鮮總督에게 통지하는 내용의 指令文案, 그리고 제령안으로 「統監府裁判所司法事務取扱令改正ノ件」, 「朝鮮民事令」과 그 理由書, 「朝鮮刑事令」과 그 理由書を 포함하고 있다. 각의결정문안과 지령안을 기안하여 놓은 상태에서, 도중에 폐안이 되었음을 알 수 있다.

朝鮮民事令

제1조 民事에 관한 事項은 民法, [×民事訴訟法,] 商法 및 그 附屬法律에 의함⁷²⁾
附屬法律은 朝鮮總督이 이를 指定함

제2조 不動産에 관한 權利에 관하여는 民法 第2編[×物權]의 規定에 의하지 않고
從來의 例에 의함

[×제3조 朝鮮人間의 親族 및 相續에 관하여는 民法 第4編 및 第5編의 規定에 의
하지 않고 從來의 例에 의함]

제3조 朝鮮人間의 民事에 관하여는 제1조의 規定에도 불구하고 從來의 例에 의함
附則

本令은 [×施行의]日부터 이를 施行함

朝鮮刑事令

제1조 刑事에 관한 事項은 刑法[×, 刑法施行法 및 刑事訴訟法에 의함] 및 刑法施
行法에 의함

제2조 朝鮮人의 刑事에 관하여는 [×從來의 例에 의함] 前條의 규정에도 불구하고
從來의 例에 의함

附則

本令은 [×施行의]日부터 이를 施行함

즉, 「통감부재판소사법사무취급령」을 ‘총독부재판소사법사무취급령’으로 개정하면서, 일본법규를 의용하되, 조선인의 민형사건에 대하여는 종전의 예의 의하도록 하는 예외를 두고 있다. 물론 이 제령안들을 통하여 당장에 통감부재판소시기의 이원적 법체계를 해소하는 것은 아니라는 점에서, 1912년의 「朝鮮民事令」, 「朝鮮刑事令」의 시행결과와는 차이가 있다. 한편, 1910년 12월 15일에는 「犯罪即決例」와 「民事爭訟調整」에 관한 건이 공포됨으로써, 민사·형사에 걸치는 경찰사범의 토대가 구축된다.

2. 朝鮮總督府裁判所의 植民地型 法院化

총독부재판소를 식민지의 상황에 맞게 개편하는 작업은 1910년 11월 28일 「조선

72) [×]은 원래의 제령안에서 삭제된 것을 확인할 수 있는 부분이다.

총독부재판소령」의 개정을 통해 개시된다. 그 내용은 형사사건의 경우, 총독이 필요하다고 인정하는 경우 구재판소 또는 지방재판소의 사건을 동등한 다른 재판소로 이송하여 처리할 수 있도록 하는 것이다. 물론 이는 법원조직이 아직 충분하지 못하기 때문이기도 하지만, 외국인관계사건이나 다중폭동사건 등 정치적으로 중요한 사건을 法定의 관할재판소에 구애받지 않고 편의적으로 처결하기 위한 것이다.⁷³⁾ 대만의 임시법원과 그 취지가 유사함을 알 수 있다.

한편, 1911년 5월 「조선총독부재판소령」의 개정과 「朝鮮總督府判事懲戒令」의 제정에 의해 판사신분보장제도⁷⁴⁾와 징계절차가 규정된다. 물론 그 내용은 1898년 대만의 그것에 준하는 것이었다. 총독부재판소의 식민지형 법원화는 여기에 그치지 않았다. 이미 1910년 10월 조선총독부재판소의 탄생은 종전의 區裁判所조직의 통폐합이라는 기구축소와 더불어 진행되었다. 또한 그보다 더 나아가 아예 조선총독부재판소를 대만이나 관동주에서와 마찬가지로 2심급제로 변경하는 문제가 ‘일한병합’ 직후부터 제기되고 있었다.⁷⁵⁾

1911년부터 시작되는 총독부의 본격적인 행정정리사업에서 총독부재판소도 예

73) 「朝鮮總督府裁判所令ヲ改正ス」, 『公文類聚』 第34編・明治43年・第21卷・司法門 (1-2A-011, 類1108)

74) 조선총독부재판소의 判事は 禁錮이상의 刑의 선고, 懲戒의 處分에 의하지 않으면 그 의사에 반하여 그 官을 잃지 않는다(제28조, 제26조). 그러나 조선총독은 필요하다고 인정하는 때에는 休職을 명할 수 있고(제26조), 신체·정신의 쇠약으로 인하여 직무를 집행할 수 없게 된 때에는 고등법원총회의 의결을 거쳐 그 퇴직을 명할 수 있다(제26조). 중요한 것은 대만에서의 마찬가지로 判事休職制가 도입된 것이다.

75) 1910년 9월 당시 朝鮮高等法院 檢事長 國分三亥는 다음과 같이 말하고 있다.[國分三亥, 「併合と司法制度との關係」, 『朝鮮』, 1910. 9, 琴秉洞 編, 『資料 雜誌にみる近代日本の朝鮮認識 4』(東京: 綠陰書房, 1999), 263면]

“……그런데, 世上에서는 걸핏하면, 朝鮮의 裁判이 그 民度에 비하여 지나치게 完全하다는 것처럼 생각하거나, 혹은 二審制度를 주장하기도 하지만, 상술한 바와 같이 朝鮮의 裁判制度가 日本內地 歐洲諸國과 同等한 것이, 今日 韓國의 併合을 容易하게 하고, 또한 治外法權의 撤去에 異議를 불러오지 않은 原因이라고 한다면, 병합을 마친 금일 이를 변경하는 것과 같은 것은, 실로 너무나 자의적인 행태이고, 또한 歐洲諸國에 대하여서도 심히 바람직하지 않다고 말하지 않을 수 없다. 어쨌든, 伊藤公이 일찍이 朝鮮의 司法制度에 무게를 두었다는 것은, 병합을 해결한 금일에 와서 들여다보면, 그 착안점이 높음에 驚伏하지 않을 수 없다.”

외가 아니었다. 1911년 11월 상순 渡邊 고등법원장, 國分 검사장은 식민지에서의 지방재판소 및 감옥제도를 시찰하기 위하여 1개월간의 예정으로 대만으로 출장하게 되는데,⁷⁶⁾ 곧 이 출장의 목적이 총독부재판소를 2심제로 변경하기 위한 조사 때문이라는 소식이 전해진다.⁷⁷⁾ 이에 대해 12월 초 총독부측은 의혹의 진화에 나서 3심제의 유지방침을 밝힌다. 즉 열국의 치외법권을 철거는 조선의 3심제도를 통해 조선에서의 사법제도를 신용하게 만든 데 근거하고 있고, 高等法院을 유지하는 비용은 1년에 5만원 내외에 불과하고 인구 및 사건의 비율에서 도저히 대만과 비교할 수 없으므로, 조선의 3심제도를 2심으로 변경하는 것은 전혀 사실무근이며, 사법권의 위임을 받을 당시에 이과 같은 의사가 없었으므로 2심제도로 개정하는 주장이 제기될 이유가 없다는 것이다.⁷⁸⁾

결국 조선에서는 3심제도를 유지하는 대신 대만형 법원구조의 일부가 도입되는 선에서 타협이 이루어지게 된다. 즉 1912년 3월 18일 「조선총독부재판소령」의 개정에 의하여 지방재판소를 ‘지방법원’으로, 공소원을 ‘복심법원’으로 하여 법원조직의 명칭을 본국과 차별화하면서, 지방법원의 합의제를 원칙적으로 폐지하고, 종래의 구재판소를 없애고 지방법원지청을 두는 형식으로 법원조직의 축소가 단행된다.

3. 1912년 朝鮮刑事令의 제정

1910년 9월 조선민형사령안이 폐안된 이후, 1911년 다시 민형사령의 제정이 추진된다. 1911년 10월 총독부 사법부에서 조선민형사령 제령안을 완성하였고 이는 본국 내각법제국의 심의에 회부되어, 11월초에 발표를 앞두고 있었다. 주목할만한 점

76) 『朝鮮新聞』, 1911. 11. 12, 「法院長と檢事長」.

77) 『朝鮮新聞』, 1911. 11. 26, 「二審制に改められん」.

“從來 朝鮮의 裁判制度는 三審制이었었지만, 병합당시 이미 臺灣의 現制에 準하여 二審으로 바꿀 예정이었으나, 급격한 變경은 人心의 動搖를 일으킬 우려가 있어서 改正을 연기하였는데, 今回 寺內總督의 施政方針에 근거하여 二審으로 바꾸고 明治45年度부터 實施하기로 內定되었다. 渡邊高等法院長과 國分檢事局長의 臺灣行은 필경 그 때문일 것이라고 한다.”

78) 『朝鮮新聞』, 1911. 12. 5, 「司法改正に就て」.

은 당시의 민형사령안이 실제법규의 내용까지 포함하고 있었다는 것이다. 즉 조선 형사령의 경우 「형법대전」을 참작개선하는 내용으로, 조선민사령의 경우 일본민법을 기초로 하면서 조선의 구관을 참작한 내용이라는 것이다.⁷⁹⁾ 그러나 1912년 3월에 공포된 「조선민사령」, 「조선형사령」은 절차법규가 중심이므로, 1911년 10월의 이 조선민형사령안도 폐기되었음을 알 수 있다.

1912년에 접어들면서 조선민형사령의 제정작업은 일본법규의 의용과 특례의 설정을 통하여 종래 2종의 법계가 공존하는 상황을 해소하는 방향으로 나아간다.⁸⁰⁾ 1912년 3월 14일자 『朝鮮新聞』에는, 본국내각 법제국에서 심의하고 있던 朝鮮刑事令案이 전문 게재되어 있다. 실제 3월 18일 制令 제11호로써 공포된 「조선형사령」과 비교할 때, 양자는 대체로 일치하지만 경찰의 수사권한 등에서 중요한 차이가 있다.⁸¹⁾

79) 『朝鮮新聞』, 1911. 10. 5, 「朝鮮の民刑事令」.

80) 조선총독부측은 朝鮮刑事令제정의 이유를 다음과 같이 밝히고 있다.(「朝鮮刑事令ヲ定ム」, 『公文類聚』 第38編·明治45年大正元年·第16券·司法·刑事(1-2A-011, 類1150) “目下 朝鮮의 刑事에 관한 法規는 內地人 또는 外國人에 대한 것과 朝鮮人에 대한 것 二種이 있다. 내지인 또는 외국인에 대한 實體法은 주로 형법에 의하고 手續法은 형사소송법에 약간의 예외규정을 둔 것 외에는 모두 內地의 裁判所에서의 예에 의하게 한 統監府裁判所司法事務取扱令에 의한다. 또한 朝鮮人에 대한 實體法은 주로 舊韓國政府時代에 제정한 刑法大案에 의하고 수속법은 民刑訴訟規則에 의하는 것으로 되어 있다. 그렇지만 朝鮮併合후 今日에 있어서 刑罰法規에 二種의 系統을 存置하는 것은 不條理·不公平한 결과를 낳음을 면치 못한다. 따라서 朝鮮總督府裁判所令의 改正을 계기로 刑事法規를 統一整理하여 内外人 및 朝鮮人의 구별없는 共通의 實體法 및 手續法을 규정하였는 바, 대체로 內地의 刑罰法規에 의하고 예외로서 현재 조선에서 행하여지고 있는 형사소송수속에 관한 특별규정을 襲用하는 것으로 되었다.”

81) <『朝鮮新聞』(1912. 3. 14) 게재 朝鮮刑事令案>

제13조 ①檢事は 捜査를 함에 관하여 急速의 處分을 要하는 것으로 思料하는 때에는 公訴提起前에 한하여 檢證, 搜索, 物件差押 및 被告人·證人의 訊問 기타 豫審判事에 속하는 處分을 할 수 있다. 다만 罰金, 料料 또는 費用賠償의 言渡를 하거나 宣誓를 시킬 수는 없다.

②檢事は 必要한 경우에 司法警察官으로 하여금 檢證, 搜索, 物件差押 또는 證人의 訊問을 시키거나 鑑定을 命하게 할 수 있다. 이 경우에는 前條 但書의 規정을 準用한다.

제17조 裁判所 또는 豫審判事は 必要한 경우에는 司法警察官으로 하여금 檢證, 搜索, 物件差押 또는 證人訊問을 하게 하거나, 感情을 명하게 할 수 있다. 이 경우에는 제13

『朝鮮新聞』 게재 조선형사령안의 경찰의 수사권한 등은 종전의 「통감부재판소 사법사무취급령」의 규정에서 크게 변한 것이 없다. 그런데, 실제의 「조선형사령」에서는 사법경찰관에게 독자적 강제처분권과 14일의 유치권을 부여하면서, 법원의 명령에 의한 사법경찰의 증거조사 범위에서 증인신문이 삭제되고 있다. 마치 경찰의 강제처분권 행사와 관련하여 모종의 거래가 있는 듯이 보여지기도 한다. 이미 언급하였듯이 사법경찰관의 독자적인 강제처분권한은 1908년 「민형소송규칙」에서 도입되었다. 이것이 「조선형사령」에 재규정되는 것은, 당시의 헌병경찰제도의 운용과 관련이 있을 것이다.

여하튼, 「조선형사령」은 대만과 관동주의 형사절차상의 특례법의 규정들을 포괄적으로 받아들이면서, 보완·추가하고 있다(부록 참조). 이로써 통감부기의 이원적 형사법규체제는 해소되고 통일적 형사절차상 특례가 완성된다.⁸²⁾ 한편 부칙 제

조 제1항의 但書의 規定을 準用한다.

<1912.3.18, 制令 제11호 朝鮮刑事令>

제12조 ①檢事は 現行犯이 아닌 事件이라 하더라도 搜查의 結果 急速한 處分을 要한다고 思料하는 때에는 公訴提起前에 한하여 令狀을 발하여 檢證, 搜索, 物件差押을 하거나, 被告人·證人을 訊問하거나 또는 感情을 명할 수 있다. 다만 罰金, 料料 또는 費用賠償의 言渡를 하거나 宣誓를 시킬 수는 없다.

②前項의 規定에 의하여 檢事에게 許容한 職務는 司法警察官도 역시 臨時로 이를 할 수 있다. 다만 拘留場을 발할 수는 없다.

제13조 ①司法警察官이 前條 제2항의 規定에 의하여 被告人을 訊問한 후 禁錮이상의 刑에 해당한다고 思料하는 때에는 14일을 초과하지 않은 기간에 留置할 수 있다.

제17조 裁判所 또는 豫審判事は 필요하다고 인정하는 때에는 司法警察官으로 하여 檢證, 搜索, 物件差押을 하도록 하거나 또는 鑑定을 명하게 할 수 있다. 이 경우에는 제12조 제1항 但書의 規定을 準用한다.(밑줄은 필자)

82) 조선형사령은 법률적으로는 조선에 있어서 유일한 형사소송법규이며, 따라서 일본인과 외국인도 차별없이 통일적으로 규율한다. 그럼에도 불구하고, 정치적 배려에 의하여 중국인이 아닌 외국인의 형사사건의 경우 본국 형사소송법상의 일부 규정들이 내부적 처리준칙이 되기도 한다. 그 일례를 들자면, 시기적으로는 대정형사소송법이 시행될 때이지만, 1923년 12월 「검사가 수사상 외국인(중국인을 제외) 또는 상당한 지위를 가지는 자에 대하여 강제처분을 필요로 하는 때에는 될수록 형사소송법 제255조에 의하여 취급을 할 것」이라는 감독관회의 결의[「外國人又ハ相當ノ地位ヲ有スル者ニ對スル強制處分ニ關スル件」, 1923. 12, 高等法院及覆審法院兩監督官會決, 朝鮮總督府法務局 編, 『改正 朝鮮司法例規』(京城: 朝鮮司法協會, 1928. 12), 317면]에서 보는 바와 같다.

41조 2항에 의하여 「형법대전」의 일부조항⁸³⁾은 1917년 12월 「조선형사령」의 개정(제령 제3호)시까지 존속하였다. 그 존속이유는 「조선의 살인죄, 강도죄는 그 犯狀이 극히 흉악하여 형법의 규정에 의하여 이를 처벌하여도 치안의 保持를 완전히 할 수 없다」는 논리에 근거한 것이지만,⁸⁴⁾ 그 이면에는 살인죄와 강도죄를 매개로 폭력적 대항행위를 극형으로 차단하려는 취지가 있었다고 할 것이다. 이러한 의미에서 이러한 잠정적 조치는 대만의 「비도형벌령」과 공통되는 성격을 지니고 있다고 볼 수 있다.

같은 날 제령 제13호로써 「朝鮮答刑令」이 공포되었는데, 대만과 관동주의 태형제도와 다른 점으로, 자유형을 벌금형으로 환형하는 제도를 두지 않고 오로지 태형만을 적용하고 있다. 또한 제령 제12호로써 「범죄즉결례」를 개정하여 새로운 재판소체제 및 형법의 의용구조에 맞도록 정비하는 한편, 3월 25일에는 「경찰범처벌규칙」(총독부령 제40호)을 제정, 경범죄의 세목을 확대개편한다.

1922년 소위 「大正刑事訴訟法」(1922. 5. 5, 법률 제75호, 1924. 1. 1 시행)이 제정된다. 이에 따라, 1922년 12월 7일 「조선형사령」이 개정(제령 제14호)되지만 여전히 그 기본구조는 유지되고, 수사·소추측에 유리한 명치형사소송법의 일부 규정들이 부활하여 거꾸로 대정형사소송법에 대한 특례로 자리잡기도 한다. 또한, 이번에는 「조선형사령」이 대만과 관동주의 형사절차법규보다 1년여 앞서 개정됨으로써, 대만과 관동주에서의 형사절차법규 개정과정에서 영향을 미치게 된다.

V. 맺음말

이상과 같이, 1895년 대만영유로부터 시작하여 1910년 조선의 병합, 1912년 「조선형사령」의 제정에 이르기까지, 일본의 식민지형 형사사법제도가 어떻게 형성, 정착, 확대되어 가는지를 살펴보았다. 본고에서는 대만에서 식민지형 형사사법제도가

83) 형법대전상의 모살죄, 고살죄, 강절도살인죄, 친속존장살인죄, 강절도상해죄, 강절도강간죄, 강도죄와 그 미수범에 관한 규정으로 모두 그 기본범죄를 사형에 처하고 있다.

84) 1912. 3. 20, 「朝鮮刑事令要旨」, 倉富勇三郎文書 三〇—12.

형성, 정착되는 과정을, 대만 내부에서의 총독부의 통치정책뿐만 아니라, 보다 확장된 틀, 즉 제국헌법 및 개정조약 체제와의 관계, 식민통치정책상의 관념들, 그리고 본국 형사사법제도의 움직임 등을 함께 고려하면서, 그 형성의 계기와 전개 방향성이 어떤 것이었는지를 해명하고자 하였다.

조선에서 1912년의 법원조직과 민형사법규의 정비는, 본국의 그것에 대한 조선만의 특례를 설정하는 것일 뿐만 아니라, 이미 대만, 관동주, 구한국에서 형성, 공유되고 있던 식민지형 사법제도를 이식, 확충하는 작업이었다. 즉 구한국의 보호국화를 기점으로 여러 국면과 전환을 거치면서 제국일본의 법질서의 하위구조인, 식민지형 사법제도로서 자리잡아 나가는 과정이 일단락됨을 의미하는 것이다. 물론 식민지형 형사사법제도의 공유와 확산을 지적하는 것은, 식민지 조선에 대한 사법통치의 구조의 일부를 설명한 데 지나지 않는다.

본고에서는 단지 법제적 수준에서 본국과 식민지를 비교하면서 그 특징을 간추려 보았을 뿐이다. 더구나, 주로 법원조직과 형사절차법규의 분석에 집중하였기 때문에, 법원, 검찰, 경찰 등 형사사법기구의 실제적인 구성과 그 운용, 각종 실체법규의 제정과 적용실태, 사회변화와 범죄의 양상, 감옥과 행형 등과 같이 다른 중요한 부분들을 빠뜨리고 있다. 이에 대한 분석은 이후의 과제로 미루지 않을 수 없다. 이와 관련하여 마지막으로 지적하고 싶은 것은, 식민지 형사사법의 구조는, 본국의 형사사법제도의 변화과정과 밀접하게 관계하고 있을 뿐만 아니라, 근대일본의 형사사법제도가 가지는 국가폭력의 과잉의 문제를 훨씬 농축적으로 보여준다는 것이다. 식민통치의 경제성에 도달하기 위하여 고안된 일본의 식민지 형사사법의 구조는, 그 기원에서도 그러하지만 이후의 전개과정에서도 근본적으로 국가폭력을 재생산하는 구조일 수밖에 없었다. 식민지 지배당국은 이를 해소할 능력도 의지도 가지지 못하였으며, 항상 본국의 그것과 동일한 방향성을 갖고, 그 수단과 내용에 있어서는 본국보다 훨씬 강화된 권력과 폭력에 의지하여 사법통치를 유지해 나가는 것이다.

植民地刑事手續法規의 主要規定의 成立과 展開(1901~1912)

(○ : 동일 · 거의 동일, △ : 약간 제한)

	臺灣: 1901	臺灣: 1905	韓國: 1906	關東州: 1908	韓國: 1909	朝鮮 1912
	刑事訴訟手續에 관한 律令	刑事訴訟 特別手續	韓國에서의 裁判事務規則	關東州裁判事務 取扱令	統監府裁判所司法 事務取扱令	朝鮮刑事令
편의화		관공리작성서류 보정의 편이	○	○	○	○
		관계인호출의 편이	○	○	○	○
			입회인선정의 편이	○	○	○
		입검처분의 임의화	○	○		○
						사건이송의 편이
요급사건	검사의 구인 · 구류 · 검 중 · 차압 · 수색권	○	△(구류권제외)	검사의 증인신문 · 감정 권한 추가	△(1906과 동일)	○
				검사의 명에 의한 사법경찰의 처분(구류권제외)	○	○
						사법경찰관의 독자적강제처분 (구류권포함)
예심	중죄예심의 임의화	○	○	○	○	○
		예심비경유사건의 예심제회부		○		
법원의 증거조사		공판전증인 · 감정인호출	○	○	○	공판전강제처분 증거조사 범위 확대
		사법경찰관에 증거조사명령	○	○		△

	臺灣: 1901	臺灣: 1905	韓國: 1906	關東州: 1908	韓國: 1909	朝鮮: 1912
	刑事訴訟手續에 관한 律令	刑事訴訟 特別手續	韓國에서의 裁判事務規則	關東州裁判事務 取扱令	統監府裁判所司法 事務取扱令	朝鮮刑事令
법원의 증거조사		수명·수탁판사의 독자적 예심처분		○	○	○
		경죄의 자백과 증빙취조생략	○		○	
변호				비변호사의 관선변호인선임		○
		필요적변호사건 관선변호제폐지	△	○	△	○
		변호인의 상소제한		△	○	○
판결		경죄판결시 증거에 관한 이유설시 생략		○	○	○
		결석판결상의 고장신청제한		○		○
상소		절차위반을 이유로 한 항소의 제한		○	○	○
				상소권의 포기·취하		○
기타				압수물건 환부절차		○

* 위 표는 1901~1912년까지 臺灣, 關東州, 舊韓國, 朝鮮에서의 형사절차법규의 주요규정들이 언제, 어떻게 규정되고 있는지를 보여주기 위하여 작성되었다. 각 행 왼쪽에서 오른쪽으로 방향으로 각 규정의 내용과 기호를 참고하면 언제 해당규정이 설정되고 다른 곳으로 옮겨가는지는 알 수 있다. 비어 있는 곳은 해당 규정이 없음을 뜻한다.

* 구한국에서의 형사절차법규의 경우 日本法規 2건만을 포함시켰다.

The Formation of the Colonial Type of Criminal Justice in the Japanese Empire: The Court and the Laws in Taiwan and Korea Between 1895~1912

Moon, Joon-young*

In 1912, the court and the criminal laws of colonial Korea, were rearranged through the ordinances issued by Korean Government-General. It meant that the criminal justice system of colonial Korea was conclusively reshaped into the type of colonial justice system of the Japanese Empire. Since 1905, Japan was in control of Korea as her protectorate, and reformed the judicial system of Korea. At the same time, the modernization of the judicial system by Japan, included reorienting it to colonial type, which was formed already in other colonies, and of which the basic elements had been introduced in Japanese judicial organization for Japanese residents in Korea.

This article aims at describing the formation of the criminal justice system in Taiwan, and its transplantation and complement in Korea, between 1895 and 1912. The common elements of the criminal justice among Japan's colonies—Korea, Taiwan, and Kwantung in China—, are as follows. (1) The court of justice under the Government-General, was composed of a small number of Japanese judges, who were supposed to have the judge qualification prescribed by the Law of the Constitution of the Court of Justice in Japan

* Ph.D Candidate in law, SNU.

inland. (2) The criminal procedure of colonies, basically modeled after the Code of Criminal Procedure of inland, was characterized by many exceptional provisions convenient for state, which, for example, extremely strengthened the inquisitorial power of the prosecutor and the judicial police, especially over the investigation and arrestment of a suspect. (3) The administration of justice by police, which was conceded by the summary jurisdiction of police on misdemeanor, occupied the basis of the pyramid of criminal justice. 4. The whipping was imposed upon Korean, Taiwanese, Chinese criminals, as a substitute for short-term imprisonment or fine, and it was justified on grounds of, racial discrimination, modern positivist penal theory, and contemporary instances in other Oriental colonies of the British Empire and the Second Reich.

The basic form and content as above were devised and settled in colonial Taiwan. In this connection, it is argued that the factors and backgrounds of the formation and spread of these elements were related with the constitutional problems and political circumstances of modern Empire Japan concerning a colonial policy.