

# 日帝強占初期 刑事司法制度와 證據裁判主義에 관한 考察\*

: 朝鮮高等法院 刑事判決錄을 中心으로

安柱烈\*\*

## 목 차

- I. 들어가며
- II. 강점초기의 형사사법제도
- III. 강점초기 형사사법제도에서의 증거재판주의
- IV. 조선고등법원 형사판례상 증거법칙
- V. 나오며

## [국문요약]

본 연구의 목적은 일제강점초기의 형사사법제도, 특히 증거재판주의에 관한 고찰을 통하여 일제가 조선인의 인권을 탄압하는 데 형사사법을 활용할 수 있었는지 여부를 살펴보는 것이다.

따라서 여기에서 주로 고찰할 대상으로는 형사소송제도, 증거재판제도 등을 규정하고 있는 명치형사소송법, 조선형사령과 이들 규정을 실제 적용한 조선고등법원 형사판결이 있다.

위에서의 법령, 판례를 검토한 결과, 식민지조선에서의 형사사법제도는 본국과 달리 명치헌법에 규정된 '법률에 의한' 법원을 구성할 수 없다는 본질적인 문제가 있었고, 조선형사령의 구체적 내용에 있어서도 명치형사소송법상 규정된 인권보장장치인 근대형사소송원칙에 반하는 규정을 두고 있음을 확인할 수 있었다. 한편 일제강점초기의 조선고등법원 형사판결은 자

\* 이 논문은 2002년도 한국학술진흥재단의 지원에 의하여 연구되었음(KRF-2002-BM-1535).

\*\* 법학박사, 전북대학교 법과대학 강사

백의 임의성 등 인권보장을 위한 근대형사소송원칙을 인정하고 있지만, 오늘날의 형사소송 이론에 비추어 볼 때 상당부분 완화하여 적용하고 있음을 파악할 수 있다.

[주제어] 일제강점초기 형사사법제도, 증거재판주의, 명치형사소송법, 조선형사령, 조선고등법원형사판결

## I. 들어가며

1910년대는 일제강점 초기로서 소위 ‘무단통치시대’라고 일컬어진다. 이 때는 한일합방 직후 우리 민족의 항일의병운동이 가장 활발했던 시기로서, 일제는 경찰, 헌병을 동원하여 무력으로 우리 민족의 항일운동을 진압하였다. 따라서 이 시기에는 日帝가 그 어느 때보다 우리 민족의 人權을 혹독하게 탄압했을 것이라 여겨진다.

그런데 일제가 우리 민족을 탄압할 수 있었던 것은 권력을 자의적으로 행사할 수 있는 법제적 뒷받침이 있었기 때문이다. 즉 日本帝國憲法上 천황이 국가의 통수권을 보유하고 있었지만 천황 대권이 국가의 여러 기관에 나뉘어 위임됨으로써 사실상 권력분립적인 양상을 띠고 있었기 때문에, 천황은 大權을 직접 행사하지 않고 정치적 책임도 지지 않았다. 이러한 권력구조 속에서 朝鮮總督도 조선의 통치에 관한 한 다른 기관의 감독을 받지 않는 독자적인 관할권을 행사할 수 있게 되었고, 그 결과 자의적이고 강압적인 권력행사가 행해졌던 것이다.<sup>1)</sup>

당시 朝鮮總督에게는 본국에서라면 법률로 정해야 할 사항을 총독의 명령으로 대신할 수 있는 委任立法權이 주어졌다.<sup>2)</sup> 이처럼 총독에게 입법권이 위

1) 1910년대의 朝鮮總督은 천황에 대해 직접 책임을 지는 지위로서 총리대신을 거쳐 천황에 상주할 수 있는 권한을 가졌으며, 위임된 범위 내에서 육해군의 통솔권과 제반 정무에 대한 통할권 등을 갖고 있었다. 이는 본국의 각 행정부서의 장관이 최고행정기관으로서 각기 그 분담사무에 대한 최고행정관청으로서 천황에 대해 책임을 지는 것에 대해서, 朝鮮總督은 조선에서의 권한을 한 손에 가진 것과 같은 지위에 있었음을 의미한다. 따라서 法制的으로 본국 행정관청의 권한이 직접 조선에까지 미치지 않았다.

2) 문준영, 『帝國日本の 植民地 刑事司法制度의 形成』, 『법사학연구』 23(한국법사학회, 2001),

입됨으로써 본국의회는 총독부의 財政에 대한 同意權을 가질 뿐 입법에 관한 자신의 고유 권한을 조선에까지 행사할 수 없었던 것이다. 朝鮮總督은 입법권의 일부를 위임받아 법률사항을 총독의 명령인 制令으로 대신할 수 있었고 본국의 직령에 해당하는 조선총독부령을 발할 수 있었다. 이러한 사정은 司法權에 있어서도 마찬가지로여서 조선의 법원은 본국과 달리 헌법상 규정된 ‘法律에 의한’ 법원의 구성을 할 수 없게 되었던 바,<sup>3)</sup> 총독은 刑事에 관한 制令으로 「朝鮮刑事令(1912)」을 제정하여, 刑法·刑事訴訟法 등과 같은 刑事法을 依用하도록 하였다.<sup>4)</sup>

조선에서 시행되었던 日帝의 刑事司法制度가 우리 민족을 억압하기 위한 도구로 사용되었다는 것은 이미 잘 알려진 역사적 사실이지만, 구체적으로 刑事司法制度가 어떻게 구성되고 형사관계법이 어떻게 적용되었는가를 정리하는 것은 일제의 식민지배의 부당성을 새롭게 인식하고 나아가 패전이후 일본의 刑事司法制度의 영향을 받은 현행 우리나라의 刑事司法制度를 돌아볼 수 있는 계기가 될 수 있다는 데 의의가 있다고 본다.

따라서 본 연구에서는 日帝 強占初期의 刑事司法制度와 證據裁判主義가 어떤 성격을 갖고 있었는가를 당시 刑事法令과 朝鮮高等法院 刑事判決錄을 통해서 살펴보고, 또한 현대 형사법이론의 관점에서 당시 刑事司法制度의 문제점을 고찰하고자 한다.

127쪽; 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 부여받았다.

3) 明治憲法은 “司法은 天皇의 命에 따라 法律에 의하여 裁判所에서 행한다. 裁判所의 構成은 法律로서 이를 정한다”(제57조)고 규정한 데 대하여, 1910년 10월 1일 공포·시행된 「朝鮮總督府裁判所令」(制令 제5호)은 統監府裁判所의 조직을 그 명칭만 朝鮮總督府裁判所로 바꾸면서, 고등법원에 재판소구성법상 大審院의 특별권한에 속하는 職務權限을 부여하는 내용이였다(문준영, 앞의 논문, 127쪽).

4) 이외에 그 부칙에 조선인에 대해서는 당분간 일부의 죄목을 제외하고 구한국의 형법대전을 적용하도록 규정하였으나 1917년의 개정으로 이 규정은 삭제되었다. 또한 조선인에 대해서는 구래의 태형을 존속시키고 있었는데 그것을 규정한 「朝鮮答刑令」은 1920년에 폐지되었다.

## II. 強占初期의 刑事司法制度

### 1. 植民地型 刑事司法制度의 형성

일제가 우리 민족을 지배하기 위하여 우리 司法制度에 변화를 가한 것은 제 2차 한일협약(1905년 11월)에 의하여 대한제국이 보호국화한 때로 거슬러 올라간다.

이 당시 舊韓國에 시행된 법규는 외형상 대한제국의 법규와 일본법규가 공존하고 있었지만, 실질적으로 대한제국의 법규는 일본에 의하여 장악되어 있었다. 왜냐하면 당시 법률의 제정, 시행 등에 관한 주요 요직에 일본인 관료가重用되었기 때문이다. 또한 舊韓國에 거주하던 일본인에 대한 재판권에 관한 법규인 「韓國에서의 裁判事務에 관한 法律」(법률 제56호), 「統監府法務院官制」(칙령 제164호), 「韓國에서의 裁判事務取扱規則」(칙령 제166호)을 공포하여 식민지형 刑事節次의 특례를 도입하였고, 마침내는 統監府裁判部(1909년)를 설치하게 되었다.

한일합방(1910년) 이후에는 「朝鮮總督府裁判所令」이 개정됨으로써 총독부 재판소가 식민지의 상황에 맞게 구성되었다. 즉 朝鮮總督府裁判所の 식민지형 법원화는 종전의 구재판소조직의 통폐합이라는 기구축소와 더불어 진행되었고, 아울러 朝鮮總督府裁判所를 2심급제로 변경하는 문제도 한일합방 직후부터 제기되었으나, 결국 조선에서는 3심제도를 유지하는 대신 대만형 법원구조의 일부가 도입되는 선에서 타협이 이루어지게 되었다.<sup>5)</sup> 또한 1912년 3월 18일

5) 일제는 합방 초에는 통감부재판소를 조선총독부재판소로 개칭하고 그 관할 등을 다소 변경하는 정도에 그쳤다. 즉 舊制를 그대로 답습하여 서울에 고등법원, 서울 평양·대구에 공소원, 서울·공주·함흥·평양·해주·대구·진주·광주에 지방재판소와 지방재판소지부 12개소, 구 재판소 68개소를 설치하여 재판사무를 시작했다. 경성공소원은 서울·공주·함흥의 3개의 지방재판소를 관할하고 경성지방재판소 밑에는 8개의 區裁判所를 두었는데 경성구재판소는 경성부·양주·고양·영평·포천·가평군을, 개성구재판소는 개성·장단·풍덕·교하·파주·적성·연천·마전·삭녕을, 여주구재판소는 여주·음죽·이천·양평을, 수원구재판소는 수원·파천·시흥·안산·남양·광주·용인·양지·진위·양성·

「朝鮮總督府裁判所令」의 개정에 의하여 지방재판소를 ‘지방법원’으로, 공소원을 ‘복심법원’으로 하여 법원조직의 명칭을 본국과 차별화하면서, 지방법원의 합의를 원칙적으로 폐지하고, 종래의 區裁判所를 없애고 지방법원지청을 두는 형식으로 법원조직의 축소가 단행되었다.<sup>6)</sup>

## 2. 强占初期의 刑事節次 및 刑事訴訟構造

日帝强占初期 刑事節次와 刑事訴訟構造에 관하여 규율했던 법은 明治刑事訴訟法(1890)이다. 이 법에서 정하고 있는 刑事節次는 오늘날의 刑事訴訟法과 마찬가지로 범죄수사와 범인의 검거로부터 公訴提起, 公判節次 그리고 刑의 宣告와 執行에 이르는 일련의 과정에 관한 것이다. 즉 明治刑事訴訟法은 제1편 총칙, 제2편 재판소, 제3편 범죄의 수사, 기소 및 예심, 제4편 공판, 제5편 상소, 제6편 재심, 제7편 대심원의 특별권한에 속한 소송절차, 제8편 재판의 집행, 복권 및 특사로 구성되어 있었다.

일제강점기의 刑事訴訟構造는 검사의 공소권에 관한 규정,<sup>7)</sup> 검사의 수사권에 관한 규정,<sup>8)</sup> 사법경찰관의 수사권,<sup>9)</sup> 공판구조에 관한 규정<sup>10)</sup> 등을 살펴볼

---

안성·죽산을, 인천구재판소는 인천부·부평·양천·김포·통진·강화·교동을, 춘천구재판소는 춘천·화천·양구·인제를, 철원구재판소는 철원·안성·이천·평강·금성·회양·금화를, 원주구재판소는 원주·황성·홍천·평창·정선·영월을 각기 관할구역으로 하였다. 또 경성지방재판소는 인천지부와 춘천지부를 둔 바, 인천지부는 인천 구 재판소를, 춘천지부는 춘천·철원·원주의 구재판소와 함흥지방재판소 管下 강릉과 울진의 구재판소를 관할하게 했다. 이러한 조직은 역시 三審 四階級制이며 고등법원 밑에 3종의 재판소를 두어 구재판소와 지방재판소가 제1심이고, 제2심은 지방재판소와 공소원이었는데 제2심의 재판사부가 分屬되어 권한이 서로 엇갈렸다.

6) 1912년에는 사무의 복잡성을 줄이기 위하여 裁判所令을 개정하였다. 즉, 구재판소·지방재판소·공소원의 구별을 폐지하고 ‘재판소’라는 명칭도 ‘法院’으로 바꾸어 지방법원과 복심법원의 2종으로 하였다. 또한 고등법원을 포함하여 三審 三階級制로 하였고, 각 재판소에 검사국을 병치하였다. 종래의 구재판소는 지방법원지청이라고 개칭하고 1914년에는 지방법원 소재지에 있는 지청 8개청과 지방재판소 지부 12개청도 폐지하여 5개 지청을 두었다.

7) 明治刑事訴訟法 제1조.

8) 明治刑事訴訟法 제46조.

9) 明治刑事訴訟法 제47조.

때 일견 彈劾主義訴訟構造를 취하고 있는 것처럼 보이지만 사실상은 그렇지 않았다. 왜냐하면 明治刑事訴訟法이 ‘豫審’(제3편 제3장)이라는 특징적인 내용을 규정함으로써 오늘날의 刑事訴訟法이 소송구조로서 규정하고 있는 彈劾主義와는 다른 소송구조를 취하고 있기 때문이다.<sup>11)</sup> 여기에서 ‘豫審制度’란 종래의 糾問主義<sup>12)</sup>의 폐단을 시정하기 위하여 고안된 제도로서, 豫審判事가 檢事の 起訴前 段階에서 사건을 심리할 수 있도록 정한 제도를 의미한다. 즉 豫審制度는 糾問主義刑事節次에 비하면 발전된 제도라고 할 수 있지만 판사가 수사절차에 관여할 수 있게 함으로써 수사절차와 재판절차가 엄격하게 분리된 오늘날의 ‘彈劾主義訴訟節次’에는 이르지 못한 중간형태의 ‘折衷型 訴訟構造’라고 할 수 있겠다.<sup>13)</sup>

이와 같이 豫審을 소송구조의 주요 내용으로 하고 있는 明治刑事訴訟法은 형사피의자·피고인 보호라는 점에서 또는 공정한 재판을 기할 수 없다는 점에서 탄핵주의로 일컬어지는 오늘날 문명국가의 형사소송구조에 비하여 많은 문제를 가지고 있었다. 그런데 더욱 큰 문제는 이러한 明治刑事訴訟法조차 조선에서 그대로 적용되지 않았다는 점이다. 일제는 明治刑事訴訟法이 조선에 적합하지 않다는 이유로, 朝鮮刑事令(1912)<sup>14)</sup>에 의하여 이를 더욱 제한하고 왜곡하였다.

원래 明治刑事訴訟法上 豫審制度는 豫審判事가 예심절차에서 고소·고발

10) 明治刑事訴訟法 제176조 및 동 법 제179조.

11) 물론 오늘날의 刑事訴訟法과 비교하여 이념이라든지 기본원칙이라든지 그에 따른 제도상의 차이가 많이 있다.

12) 糾問主義(Inquisitionsprinzip)는 프랑스혁명 이후 형성된 근대적 형사소송 이전의 절차로서, 이는 訴追機關이며 동시에 審判機關인 裁判官이 스스로 수사절차를 개시하여 심리하고 재판하는 형사절차를 말한다.

13) 豫審制度란 원래 프랑스의 治罪法(Code d'instruction criminelle, 1808)상 규정된 제도로서, 일본의 治罪法(1880)에 의해서 도입되었고 日本明治刑事訴訟法(1890)에도 그대로 유지되었다.

14) 朝鮮刑事令은 식민지 조선에서의 형사에 관한 실제규정 및 절차규정을 포함한 것으로서 당시 일제에 의해서 강요되었던 형사에 관한 법규 거의 전부를 이루는 것으로서, 朝鮮刑事令은 조선에서 특별한 규정을 둘 필요가 있는 것을 제외하고는 일본에서 시행되는 법률, 즉 형사에 관하여는 일본형법, 日本明治刑事訴訟法 등에 의하도록 할 것을 규정하고 있다(朝鮮刑事令 제1조).

등 특정사건을 미리 심리하여 범죄성립의 확신을 얻은 경우에만 공판절차를 개시하게 함으로써 범죄혐의가 불충분함에도 불구하고 檢事가 함부로 기소하는 것을 방지하여 피고인을 보호하겠다고 하는 것이었으나, 식민지 조선에서는 조선형사령에 규정된 특별규정에 의하여 그러한 취지가 무색할 정도로 그 내용이 왜곡되어 시행되었다.

明治刑事訴訟法上 규정된 豫審制度의 목적은 당해 사건을 公判에 회부할 것인지 여부를 결정하는 것과 證據資料의 수집·보전이라고 할 수 있다. 그런데 공판회부의 여부를 범죄에 따라 檢事의 ‘의무’로 하고 있는 明治刑事訴訟法上の 규정<sup>15)</sup>과 달리, 朝鮮刑事令은 이를 檢事의 의무가 아니라 檢事의 ‘재량권 행사’로 규정함으로써,<sup>16)</sup> 檢事의 起訴權 行使의 적정도모라는 豫審制度 본래의 기능은 전혀 기대할 수 없게 되었다. 그런 점에서 朝鮮刑事令 아래에서의 豫審制度는 단지 證據資料蒐集만을 목적으로 한다고 해도 지나치지 않게 되었다.

豫審에서 證據資料를 수집하고 보전하도록 하는 것은 공판법원이 공판절차에 이르러 證據를 조사하게 되면 멸실, 사실상태의 변경 기타 사유로 인하여 이를 충분히 이용할 수 없게 될 염려가 있기 때문에, 예심에서 이들 자료를 모두 수집하기 위한 것이다.

豫審에서의 이러한 증거자료의 수집은 檢事 및 司法警察官의 활동영역인 ‘搜查節次’와 예심 후의 공판법원의 활동영역인 ‘公判節次’로 나누어 파악할 수 있다. 전자는 強制搜查權에 관하여 문제가 되고, 후자는 변론주의, 직접심리주의 등 公判節次의 諸原則과 관련하여 논의된다.

15) 明治刑事訴訟法 제62조 : “지방재판소 검사가 범죄의 수사를 끝낸 때에는 다음의 절차를 해야 한다.

1. 重罪로 사료한 사건에 있어서는 豫審判事에 豫審을 구해야 한다.  
2. 輕罪로 사료한 사건에 있어서는 그 輕重難易에 따라 豫審을 구하거나 또는 즉 그 재판소에 呈訴를 해야 한다. ……”

16) 조선에서의 豫審制度는 식민지 조선의 경우 「犯罪即決例」에 의해서 경미한 범죄의 상당부분까지도 경찰의 즉결처분에 의하도록 되어 있었고, 구류 또는 과료에 해당하는 사건을 제외하고 사건이 번잡한 때에는 檢事가 예심을 청구할 수 있는 것으로 되어 있었다(朝鮮刑事令 제16조 단서).

### Ⅲ. 強占初期 刑事司法制度에서의 證據裁判主義

#### 1. 概說

實體眞實의 發見을 이념으로 하는 형사소송에서의 證據裁判主義란 사실인정을 법관의 恣意가 아니라 반드시 證據에 의하여야 한다는 것을 의미하고 있다. 또한 이러한 證據裁判主義는 自白에 의하여 사실인정을 해서는 안 된다는 역사적 의의를 갖는 近代 刑事訴訟法의 자명한 원리이기도 하다.<sup>17)</sup>

그러나 強占初期의 明治刑事訴訟法에는 오늘날 현대문명국가에서의 소송법과 같은 증거재판주의에 관한 직접적인 규정이 없었다. 하지만 明治刑事訴訟法(명치 23년 개정, 1890년)이 이전의 改定律例(명치 6년)에 규정되었던 “斷罪는 自白에 의한다”는 규정을 삭제한 사실이라든지, 또한 피고인의 自白에 관한 관련 공무원의 검증조서라든지 證據物件, 證人 및 鑑定人의 진술에 대한 證明力을 법관의 自由心證主義에 따르게 하고 있고,<sup>18)</sup> 피고인의 自白을 얻어내기 위하여 공혁(恐嚇)이나 사언(詐言)을 쓰지 못하도록 규정<sup>19)</sup>하는 등 여러 관련규정을 볼 때, 明治刑事訴訟法 또한 證據裁判主義를 證據法의 기본원칙으로 하고 있음을 알 수 있다.

이와 같이 일본제국주의 아래에서도, 현대민주국가의 형사소송제도에 비하면 미흡하지만, 證據裁判主義를 기본원리로 하여 나름대로 형사피의자·피고인의 인권을 보호하기 위한 장치를 마련하고 있었다. 그러나 앞에서 언급한 것처럼 明治刑事訴訟法이 朝鮮刑事令에 의해서 적용되었기 때문에, 明治刑事訴

17) 우리 刑事訴訟法은 “사실의 인정은 證據에 의하여야 한다”(제307조)는 규정을 함으로써 證據裁判主義를 확인하고 있고, 明治刑事訴訟法의 後法인 현행 日本刑事訴訟法(제317조)도 같은 규정을 두고 있다.

18) 明治刑事訴訟法 제90조 : “피고인의 自白官吏의 검증조서, 증거물건, 증인 및 감정인의 공술이며 기타 재판의 증빙은 판사의 판단에 입한다.”

19) 明治刑事訴訟法 제94조 : “豫審判事は 피고인으로 그 죄를 自白하게 함을 위하여 공혁이나 또는 사언을 쓰지 못한다.”

訟法上の 證據法則 또한 법이 정한대로 적용되지 않았을 것이라 여겨진다.

따라서 이하에서는 明治刑事訴訟法上 證據와 직접 관련된 ‘豫審制度’와 明治刑事訴訟法の 證據에 관한 규정을 제한하고 있는 ‘朝鮮刑事令’을 살펴봄으로써 식민지조선에서 證據裁判主義가 어떤 의미를 갖는지 파악하고자 한다.

## 2. 證據裁判主義와 豫審制度

### 1) 豫審制度의 意義 및 機能

日帝强占初期에 조선형사령에 의해서 依用되었던 明治刑事訴訟法上 豫審制度는 앞에서 언급한 바와 같이 證據制度和 밀접한 관련이 있다.

증거제도와 관련된 豫審은 公判法院이 사실을 판단하는 데 필요한 자료를 수집하기 위한 것으로서, 公判節次까지 기다려 조사하게 된다면 자료의 멸실, 상태의 변경 기타 사유로 인하여 이를 충분히 이용할 수 없게 될 염려가 있으므로, 수사절차에서도 자료를 수집할 수 있게 하는 데 그 목적이 있다.<sup>20)</sup> 예심에서의 자료수집은 檢事 및 司法警察官의 활동무대인 搜查節次에 대한 것과 예심 후의 공판법원의 활동영역인 公判節次로 나누어 파악할 수 있다. 전자는 強制搜查權에 관한 것이고, 후자는 辯論主義, 直接審理主義 등 公判節次에서의 여러 原則과 관계하는 것이다.

먼저 公判節次가 개시되기 이전의 단계, 즉 搜查節次에서의 예심에서는 豫審判事만이 예심처분으로서 강제처분을 할 수 있었다. 즉 이것은 檢事 및 司法警察官에게 搜查節次上 강제처분권을 원칙적으로 허용하지 않는 것으로서, 사법경찰관은 말할 것도 없고 檢事の 경우에도 그가 소송구조상 원고로서 일방당사자가 되기 때문에 법관과 같은 공평한 지위에 있지 않다고 보고, 강제력을 행사하여 조사를 하는 일은 제3자인 법관에게 맡겨야 한다고 보았기 때문이다.

20) 申東雲, 「日帝下の 豫審制度에 관하여 : 그 制度的 機能을 중심으로」, 『법학』 v.27., No 1(1986), 151-153면.

明治刑事訴訟法上 豫審判事は 증거조사를 위하여 피고인을 召喚, 拘引,<sup>21)</sup> 拘留<sup>22)</sup>할 수 있었고, 搜索, 差押의 권한도 가지고 있었다.<sup>23)</sup> 이에 대해서 檢事 및 司法警察官은 현행범 및 준현행범의 경우 그 사건이 급속을 요하는 때에 한하여 豫審判事を 기다리지 아니하고 그 사실을 통지한 후 범죄현장에 임검하여 비로소 豫審判事에게 속하는 처분을 할 수 있을 뿐이다. 이 경우에도 구류장의 발부에는 제한이 있었으며 특히 司法警察官은 전혀 구류장을 발부할 수 없었던 것이다.<sup>24)</sup>

이와 같이 현행범 등이 아닌 복잡한 사건이나 비현행범사건의 경우 檢事나 司法警察官에게는 진상을 충분히 조사할 수 있는 권한이 법규정상 주어지지 않았으므로, 이러한 경우에 강력한 강제처분권을 가진 豫審判事に 의한 조사는 절대적으로 필요하였다.

이어서 公判節次에서의 예심의 기능<sup>25)</sup>은 공판법원과 동등한 자격을 가진 독립한 豫審判事에게 證據의 수집과 보전을 행하도록 하여 공판심리의 효율을 꾀하려는 것이다. 이는 공판법원의 절차, 특히 합의법원에 있어서는 評議를 하여야 하는 결과 복잡한 사건일 경우 절차를 신속하게 진행할 수 없으므로, 미리 충분한 조사 및 證據蒐集을 하여 공판에 회부하게 한다면 證據蒐集 및 實體眞實發見에 큰 도움이 될 것이라고 여겼기 때문이라고 본다. 따라서 공판절차에서 證據蒐集에 관한 豫審判事の 활동은 證據資料의 수집과 보전을 위한 臨檢, 搜索, 物件差押,<sup>26)</sup> 被告人訊問, 證人訊問 등이고, 豫審判事が 작성하는

21) 明治刑事訴訟法 제73조: “...拘引狀으로써 引致한 피고인은 48시간에 이를 訊問해야 한다. 만약 그 시간을 경과하는 때에는 拘留狀을 발하지 아니하면 당연히 이를 放釋해야 한다.”

22) 明治刑事訴訟法 제75조: “拘留狀은 피고인을 신문한 후에 금고 이상의 형에 해당하는 것으로 사료되지 않으면 이를 발할 수 없다. 단 피고인이 도망한 경우에는 그 訊問을 하지 아니하고 이를 발할 수 있다.”

23) 豫審判事が 집행한 구류의 기간을 제한하는 규정은 없었다.

24) 明治刑事訴訟法 제147조: “제144조, 제146조에서 검사에 허용한 직무는 사법경찰관도 역시 가차로 이를 행할 수 있다. 단 拘留狀을 발할 수 없다. ……”

25) 申東雲, 앞의 논문, 154-157면 참조.

26) 沒收해야 할 물건이 피고인의 소유에 속하는 것은 증거에 의해서 설명하지 않아도 위법하지 않다(朝鮮高等法院 明치 43년 10월 28일 判決 刑上 제131호(刑事判決錄 제1권, 9쪽)); “죄

조서는 법관이 심리·작성한 조서이기 때문에 공판에서 거의 절대적인 證據로서 위력을 발휘하였다.

이와 같이 豫審判事는 공판법관에 준하는 각종의 證據調查權限을 가지고 있었으며 이와 관련하여 작성된 각종의 예심조서는 公判節次에서 매우 중요한 證據資料로서 활용되었다. 그러나 절차에 위배한 증거는 그 증거능력이 인정되지 아니한 바, 朝鮮高等法院은 證人訊問과 관련하여 “證人으로서 訊問해야 할 뜻을 알리고 訊問하면서 그 證人에게 宣誓를 하게 하지 않은 것은 위법하므로 당해 예심조서를 斷罪의 자료에 供하는 판결은 위법임을 면할 수 없다”고 판시하였다.<sup>27)</sup>

## 2) 식민지 조선에서의 豫審制度

明治刑事訴訟法은 朝鮮刑事令에 의하여 依用되어 식민지 조선에 적용되었다. 그런데 朝鮮刑事令에서는 특별규정을 두어, 내용이 어찌됐든 近代刑事訴訟의 이념과 원칙을 기초로 하여 만들어진 明治刑事訴訟法에 중대한 제한을 가하게 되었다.<sup>28)</sup> 제한의 주요한 내용의 하나는 明治刑事訴訟法에서 豫審判事가 행하던 기능을 식민지 조선에서는 檢事 및 司法警察官이 거의 담당하였다는 점이다.<sup>29)</sup>

먼저 搜查節次에 있어서 朝鮮刑事令은 豫審判事에게만 주어지는 강제처분

---

로 되어야 할 사실을 인정하는데 있어서 證據를 提示하고 그 理由를 明示해야 하는 것은 형사소송법이 규정하는 바대로 죄가 되어야 할 사실에 있는 것 즉 沒收의 목적이 피고인의 소유에 속하는 것을 증거에 의해서 설명해야 한다는 범규가 없으므로 沒收를 위해서는 그 목적이 피고인의 소유인 것을 나타내는 것으로 족한 것이어서 전연 證據를 보이지 않아도 하등 방해하는 것이 아니므로 제3점의 논지는 전부 이유 없다.”

27) 朝鮮高等法院 明治 44년 6월 23일 判決(刑事判決錄 제1권, 121면).

28) 申東雲, 앞의 논문, 151면.

29) 朝鮮高等法院 大正 5년 6월 22일 判決 刑上 제65호(刑事判決錄 제3권, 435쪽); “조선총독부 순사는 사법경찰관의 직무를 행하는 명을 받은 때는 이를 행해야 하고, 그 명을 받은 것은 소송기록에 의하여 이를 명확히 할 것을 요하며, 또 그 명을 받은 조선총독부순사가 작성한 訊問調書 또는 聽取書 중 그 附書에 사법경찰관직무취급 또는 경비대리의 기재를 필요로 한다.”

권을 규정하고 있는 明治刑事訴訟法과 달리, 檢事 및 司法警察官에게 豫審判事に 준하는 強制處分權을 인정하였다.<sup>30)</sup> 즉 朝鮮刑事令은 檢事 또는 司法警察官이 경죄의 현행범의 경우 범행장소에 臨檢하지 아니하고도 豫審判事에게 속하는 강제처분을 할 수 있도록 하였고,<sup>31)</sup> 현행범이 아닌 경우에도 수사의 결과 급박한 처분을 필요로 할 때는 檢事 또는 司法警察官이 공소제기 전에 한해서 영장을 발부하여 수색·물건차압을 하고, 피고인 또는 증인을 신문하거나 감정을 명할 수 있었던 것이다.<sup>32)</sup> 다만 豫審判事の 강제처분권과 비교하여 차이가 있다면 檢事 및 司法警察官에 의한 강제처분은 未決拘禁에 있어서 기간 제한을 받는다는 점뿐이었다.<sup>33)</sup> 그리고 檢事 또는 司法警察官이 재판소 외에서 피고인이나 증인을 신문하는 경우 사안이 다급하여 서기가 입회할 수 없을 때에는 2명의 立會人을 필요로 하고, 이 때 검사 또는 사법경찰관은 조서를 작성하여 이를 낭독하고 立會人과 함께 서명날인하도록 하였다.<sup>34)</sup> 朝鮮高等法院도 사법경찰관이 작성한 證人訊問調書에 立會人 1명만의 署名捺印이 있는 데

30) 朝鮮高等法院 대정 8년 8월 11일 判決 刑上 제558호(刑事判決錄 제6권, 259쪽); “사법경찰관이 범죄자라고 인정하여 취조를 하고 일정한 장소에 승낙 동행을 구하는 것은 범죄수사권의 행사에 필요한 처분으로서 그 직무행위 중에 포함되는 것이라고 할 수 있는 것으로서, 헌병보조원은 헌병의 지휘감독을 받아서 경찰사무에 복하는 것이므로 헌병보조원이 사법경찰관인 헌병의 지휘감독을 받아 범죄자에 대하여 일정한 장소에 승낙동행을 구하는 행위도 또한 그 헌병보조원으로서의 직무행위인 것도 자명하다.”

31) 朝鮮刑事令 제11조: “검사 또는 사법경찰관은 형사소송법 제144조, 제146조 또는 제147조의 경우에 범소에 임검할 필요가 없을 때는 임검을 하지 않고 예심판사에게 속하는 처분을 할 수 있다.”

32) 朝鮮刑事令 제12조: “검사는 현행범이 아닌 사건이라도 수사의 결과 급속한 처분을 요할 것으로 사료하는 때는 공소제기 전에 한하여 영장을 발부하여 검중, 수색, 물건차압을 하고 피고인 증인을 신문하거나 또는 감정을 명할 수 있다. ……”

33) 申東雲, 앞의 논문, 154면.

34) 明治刑事訴訟法 제92조: “豫審判事が 임검, 수색, 물건집유나 또는 피고인이나 혹은 증인의 신문함에는 재판소에 傍參을 필요로 한다. 서기는 조서를 제작하여 豫審判事와 공히 署名捺印한다. 재판소 외에서 급속한 때에 서기의 傍參을 할 수 없을 때에는 傍參人 2명이 있음을 요한다. 단 監獄署에 취하여 피고인을 訊問하는 때에는 그 감옥의 판리 1명으로 방참하게 할 수 있다.

전항의 경우에는 豫審判事가 스스로 조서를 제작하여 이를 독문하고 방참인과 공히 署名捺印하여야 한다. 書記나 또는 傍參人이 없는 處分은 그 효력이 없다.”

그치는 것은 無效로 한다고 판시하였다.<sup>35)</sup> 이 때 司法警察官이 조선형사령 제 12조 제2항의 규정에 의하여 피고인을 신문하는 경우에는 그 조서에 急速한 處分을 요하는 사건이라는 뜻 또는 가예심처분을 행한다는 뜻을 기재할 것을 요하였다.<sup>36)</sup> 다른 한편으로 재판소는 急速을 요한다고 인정한 때에는 공판개정 전일지라도 檢事에게 통지하여 검색과 물건압수를 할 수 있고 또 증인을 신문하거나 감정을 명할 수 있었으며, 나아가 이 경우에는 소송관계인의 立會를 요하지 아니하였다.<sup>37)</sup>

그 밖에 拘留狀의 경우에는 檢事만이 이를 발부할 수 있었고 司法警察官에게는 이 권한이 인정되지 않았으나, 司法警察官에게는 피고인을 신문한 후 금고 이상의 형에 해당하는 자라고 사료될 때 체포 후 14일까지 피고인을 유치할 수 있는 권한이 있었다.<sup>38)</sup> 朝鮮刑事令에 의하면, 人身拘束의 권한에 관하여 豫審判事에게 무기한의 拘留權을 인정하고 있는 明治刑事訴訟法과 달리, 檢事에게는 20일간의 공소제기기간을<sup>39)</sup> 司法警察官에게는 14일의 검찰송치기간

35) 朝鮮高等法院 대정 5년 7월 8일 判決 刑上 제75호(刑事判決錄 제3권, 445면); “司法警察官이 작성한 李廣章의 證人訊問調書의 기사를 인용하였다고 하여도 同 調書는 조선형사령 제12조 제2항에 의하여 司法警察官이 급속히 처분을 요하는 것으로 사료되어 증인의 신문을 위한 것으로 인하여 작성한 것임은 일견 기록상 명백하므로 그 證人訊問을 위해서는 동령 제 21조에 따라 형사소송법 제92조의 규정에 따라 2명의 立會人이 있어야 함을 요하는 데 구속받으므로, 현재 그 조서를 볼 때 立會人으로서 1명의 서명날인이 있는 것만으로 더욱 그 立會人의 우측 란 안에 立會人巡査補라는 기재는 이것이 있다고 하여도, 그 아래에 서명날인 있는 것이 아닌 것은 立會人 2명이 있다고 하는 적법한 처분이라고 인정할 수 없으므로 그 처분은 위 제92조의 규정에 의해 무효로 되는 것이므로 原審이 그 무효의 證人訊問調書의 기사를 증거로 인용하여 이를 종합 고려하는 하나의 자료로서 피고의 범죄사실을 인정함으로써 피고를 처벌하는 것은 違法의 判決로서 …… 원 판결은 이점에 있어서 전부를 파훼하여야 할 원인이 있다고 할 수 있다.”

36) 朝鮮高等法院 대정 5년 9월 7일 判決 刑上 제103호(刑事判決錄 제3권, 455면).

37) 朝鮮刑事令 제20조 前文: “재판소는 급속을 요할 때에는 공판개정 전이라도 檢事에게 통지하여 검색, 물건차압을 하거나 또는 증인을 신문하거나 혹은 감정을 명할 수 있고, 이 경우에는 소송관계인의 입회를 불요한다. 재판소는 그 부원 1명에게 명하여 전항의 처분을 하게 할 수 있다.”

38) 朝鮮刑事令 제13조: “司法警察官이 피고인을 訊問한 후 금고 이상의 형에 해당하는 자로 사료할 때는 14일을 넘지 아니하는 기간동안 그를 留置할 수 있다.”

39) 朝鮮刑事令 제15조.

을 준수하도록 하고 있다.<sup>40)</sup>

또한 현행범·비현행범 모두의 경우, 檢事 및 司法警察官은 證據調查와 관련하여 조서를 작성하도록 되어 있고, 檢事와 司法警察官이 작성한 조서는 豫審判事의 조서와 마찬가지로 公判節次에서 중대한 역할을 담당하였다. 이러한 현상은 直接審理主義라는 近代刑事訴訟法의 이념을 외면하고 公判節次를 形骸化, 空洞化하는 결과를 가져왔다.

강제처분에 있어서는 豫審判事가 심리하는 경우에도 司法警察官으로 하여금 검증, 수색, 물건차압을 하게 하고 감정을 명할 수 있게 하였으므로,<sup>41)</sup> 독립한 법관의 심리에 의하여 작성된 조서라는 제한된 정당화는커녕 사라져버렸다. 이것은 서면심리에 주로 의존하는 朝鮮刑事令下의 특유한 재판현상이라고 하겠다.<sup>42)</sup>

이와 같이 檢事 및 司法警察官의 수사활동에 의하여 작성된 각종조서가 公判節次에서 바로 證據資料로서 사용될 수 있었으므로 豫審制度는 그만큼 상대적으로 그 기능을 상실하였던 것이다.

이로써 朝鮮刑事令에 있어서는 明治刑事訴訟法에서 정한 예심의 필요성은 사실상 거의 사라지게 되었다.

이와 같이 檢事 및 司法警察官에 의한 수사활동과 公判法院에 의한 공판절차 전의 증거조사활동에 의하여, 朝鮮刑事令下에서의 豫審制度는 그 증거조사 측면에서의 기능이 사실상 그다지 크게 부각될 수 없었던 것이다.

40) 朝鮮刑事令 제13조

41) 朝鮮刑事令 제17조: “裁判所 또는 豫審判事는 필요로 인할 때에는 司法警察官으로 하여금 검증, 수색, 물건차압을 하게 하거나 또는 감정을 명하게 할 수 있다. 이 경우에는 제12조 제1항 단서의 규정을 준용한다.”

42) 申東雲, 앞의 논문, 157면.

## Ⅳ. 朝鮮高等法院刑事判決上 證據法則

### 1. 概說

刑事訴訟의 궁극적 목표는 구체적 법률관계의 형성·확정에 있다. 구체적 법률관계에 속하는 것으로는 ‘범죄의 성립여부’와 범죄가 성립하는 경우 ‘형벌의 종류와 양형’이 있는 바, 이는 독자적으로 구성되는 것이 아니고 언제나 일정한 사실관계를 전제로 하여 발전한다. 그런데 이러한 사실관계의 확정에는 證據에 의해서 이루어지는데, 이러한 공소사실 등 주요사실을 인정하는 것은 법관의 자의가 아니라, 반드시 證據能力 있는 그리고 법률이 정한 증거조사절차를 거친 證據에 의해야 한다는 證據裁判主義를 의미한다고 하겠다.<sup>43)</sup>

證據裁判主義는 종래 비합리적인 사실판단이나 ‘自白에 의존한 사실인정’을 배제하는 원칙으로 출발하였으나, 오늘날에는 법률이 규정한 證據能力이 있는 證據와 證據調查方式에 의해서만 사실인정이 가능할 수 있도록 하는, 즉 사실인정에 엄격한 증명을 요한다고 할 것인 바, 證據裁判主義의 機能은 기본권 제한의 비례성 및 사실인정의 합리성의 실현이라고 할 수 있다.<sup>44)</sup>

朝鮮高等法院 형사판결에서도 “虛無의 證據에 의해서 범죄사실을 인정한 판결은 불법으로서 파훼를 면할 수 없다”<sup>45)</sup>고 하여 법원의 판결이 證據裁判主義에 입각해야 한다는 것을 판시하고 있다.

朝鮮高等法院刑事判決錄에 나타난 證據裁判主義와 관련한 것으로는 證據法則에 관한 주요 내용인 自白의 任意性, 間接(또는 상황)證據의 證據能力, 傳聞證據의 證據能力 등이 있다.

43) 裴鍾大·李相暉, 『刑事訴訟法』(홍문사, 2002), 512면.

44) 裴鍾大·李相暉, 위의 책, 512-513면.

45) 朝鮮高等法院 大正 7년 11월 11일 판결(刑事判決錄 제5권, 294면).

## 2. 朝鮮高等法院判例上에 나타난 證據法則에 관한 몇 가지 문제들

### 1) 自白의 任意性

自白은 유죄인정의 가장 중요한 證據이고, 수사기관의 증거수집도 自白을 바탕으로 할 때 가장 효율적일 수 있다. 自白은 법원으로 하여금 유죄심증을 쉽게 형성할 수 있게 한다. 따라서 수사기관은 물론 법원도 自白에 의존하고 싶은 유혹을 강하게 받기 마련이다. 그러나 수사활동의 자백의존도가 커질수록 수사기관의 가혹행위의 위험성은 그만큼 높아지게 된다.<sup>46)</sup> 즉 형사피의자 및 형사피고인의 인권을 침해할 소지가 많은 것은 심문과정에서 自白을 얻기 위한 것이라고 하겠다.

실제 17세기까지 형사재판에서 自白은 아무런 제한을 받지 않고 사용이 가능한 ‘證據의 王’이었다. 이 때에는 자백획득을 위하여 밀실에서 국가기관에 의한 온갖 고문, 폭행, 협박 등이 행해졌다.

고문 등 부당하게 획득한 任意性이 없는 自白의 證據能力이 제한되기 시작한 것은 18세기 후반에 이르러서이다. 우리 現行刑事訴訟法은 自白의 任意性과 관련하여 “피고인의 自白이 고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때에는 이를 유죄의 證據로 할 수 없다”(제309조)고 규정하여 의심스러운 自白의 증거능력을 부정하고 있는 바, 이를 ‘自白排除法則’이라고도 한다.<sup>47)</sup>

明治刑事訴訟法(1980)上 自白에 관한 규정으로는 제90조<sup>48)</sup>와 제94조<sup>49)</sup>가

46) 裴鍾大·李相燾, 앞의 책, 541면.

47) 우리나라의 경우 다수설은 自白排除法則의 실효성을 고려하여 自白인 독수의 과실에 대하여 그 證據能力을 부인하고 있고, 판례는 제1차적 증거가 證據能力이 없는 自白인 경우 이에 기하여 얻은 제2차적 증거의 證據能力을 배제하고 있다(張倫碩, 「違法蒐集自白의 證據排除에 관한 研究」, (한양대 대학원, 박사학위논문, 1992. 6). 223-224면).

48) 明治刑事訴訟法 제90조: “피고인의 자백관리의 검증조서, 증거물건, 증인 및 감정인의 공술이며 기타 제반의 증빙은 판사의 판단에 의한다.”

49) 明治刑事訴訟法 제94조: “豫審判事は 피고인으로 그 죄를 自白하게 하기 위하여 공력(恐嚇)이나 또는 사언(詐言)을 쓰지 못한다.”

있는 바, 自白의 任意性에 관한 규정은 바로 제94조이다. 이는 現行刑事訴訟法 제309조와 비교할 때 유죄의 證據로 할 수 없다는 명문의 규정은 없지만 법문상 證據能力을 인정하지 않는다는 의미로 해석할 수 있을 것이다. 이는 朝鮮高等法院 判例에서 “自白을 재판상 증거로 하는 것은 범인이 任意로 自白을 하는 경우에 한하고, 고문의 결과 任意로 하지 않은 自白은 전연 自白으로서 효력이 없는 것으로 함에 따라 이러한 自白을 하는 것 같은 공술도 마찬가지로 證據로서 효력이 없다”<sup>50)</sup>고 한 판시에서도 확인할 수 있다.

明治刑事訴訟法上 任意性を 부인하는 수단으로서 예시한 것이 ‘恐嚇’, ‘詐言’이지만, ‘신체구속의 부당한 장기화로 인한 自白’ 등 그 밖의 수단도 있을 수 있다. 그런 의미에서 明治刑事訴訟法 제정 당시에 있었던 제2장 제3절의 ‘밀실감금’에 관한 규정을 1890년 소송법에서 삭제한 것도, 강점초기의 明治刑事訴訟法이 證據裁判主義 또는 自白排除法則을 기본원칙으로 하고 있다는 것을 미루어 짐작할 수 있다.

## 2) 間接(또는 狀況)證據의 證據能力

間接證據란 범죄사실을 간접적으로 추측케 하는 證據로서, 이는 주요사실을 추론케 하는 사실을 증명하는 ‘間接事實의 證據’로서 情況證據라고 부를 수 있다. 이는 범죄사실을 직접 증명하는 證據로서, 구성요건사실을 직접 추론할 수 있는 사실을 증명하는 直接證據와 구별된다.

현행 刑事訴訟法은 證據의 증명력을 법관의 자유판단에 의존하는 ‘자유심증주의’를 채택하고 있기 때문에 직접증거, 간접증거의 證明力에는 차이가 없다.<sup>51)</sup> 그러나 間接證據에만 의존하는 증명은 그것이 피고인의 유죄에 대해 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 公訴事實이 진실한 것이라는 확신을 가질 수 있을 때에만 證據裁判主義에 위반하지 않는 것이다.<sup>52)</sup>

50) 朝鮮高等法院 大正 6년 7월 5일 판결 형상 제65호(刑事判決錄 제4권 345면).

51) 刑事訴訟法 第308條: “事實의 認定은 證據에 의하여야 한다.”

52) 大判 1987, 6. 23, 87도795.

이러한 간접증거의 증명력에 관해서 朝鮮高等法院判決은 承審官이 證據에 의하여 일정한 사실을 인정하는 것은 間接證據라도 그것이 사실이고, 피고의 소위임을 인정한 이상 증거력이 있다고 판시하였다.<sup>53)</sup>

### 3) 職權에 의한 證據調查原則

證據調查는 法院의 職權에 의해서도 이루어질 수 있다.<sup>54)</sup> 실제적 진실발견을 목적으로 하는 형사소송에서 그 최종적인 책임자인 법원이 職權으로 증거조사를 할 수 있는 것은 법원의 권한인 동시에 의무로 보아야 할 것이다. 오늘날 판례도 법원이 職權證據調查를 충분히 하지 아니한 경우에는 審理未盡의 違法이 있는 것으로 본다.

다만 職權證據調查를 법원의 의무로 보는 경우에도 당사자의 증거수집이 진실발견에 더 적합한 것은 사실이다. 따라서 법원의 職權證據調查는 당사자의 신청에 의한 증거조사에 대해 보충적으로 행하는 것이 바람직하다. 그러므로 당사자의 입증활동이 불충분할 경우에는 釋明權을 행사하여 그 활동을 최대화하는 것이 필요하다. 다만 피고인에게 유리한 證據는 법원이 처음부터 직권으로 조사할 수는 있을 것이다.

법원의 직권에 의한 증거조사와 관련하여 朝鮮高等法院은 “職權으로 진실을 발견하여 證據를 조사하여야 하므로 舉證의 책임을 당사자에게 돌아가게 하는 것이 아니”라고 判示하고 있다.<sup>55)</sup> 또한 증거조사를 할 것인지 여부를 결

53) “承審官이 證據에 의해서 혹은 일정한 사실을 인정하는 것이 반드시 直接證據에 의하지 않는다는 것은 인정할 수 없지만, 間接證據 혹은 狀況證據라고 하여도 그것이 사실이고, 이에 의하여 혹은 사실이 피고의 소위임을 인정한 이상은 이에 의하여 사실을 인정하여도 위법이 없으므로 그 直接證據와 間接 혹은 狀況證據라고 하여 證據力에 한지(軒輊)가 있는 것은 아니다.(상고추가취의 1점) 朝鮮高等法院 대정 6년 11월 15일 판결 민상 제124호(刑事判決錄 제4권 454면).

54) 職權證據調查를 인정한 것은 刑事訴訟의 계임화를 방지하고 實體眞實發見의 이념을 구현하는 것이라 할 수 있다(金成贊, 「刑事節次上的 實體的 眞實發見의 制約」(동아대 대학원, 석사학위논문, 2000.12), 7면).

55) “刑事裁判所에 있어서는 민사재판소에 있어서와 같이 당사자의 舉證을 기다려 사실을 확정하는 것과 반드시 다르지는 않으나 職權으로 진실을 발견하여 제반 證據를 조사하여야 하

정하는 것은 법원의 직권에 속하므로, 그 證據가 변호인에 의해서 제출된 유일한 것이라고 할지라도 법원이 그것에 구속받지 않는다고 하였다.<sup>56)</sup>

#### 4) 傳聞證據의 證據能力

傳聞證據란 사실인정의 기초가 되는 사실(‘要證事實’이라고 함)을 경험한 사람 자신이 법원에 그 경험내용을 직접 보고하지 않고 다른 제3의 매체를 통해 간접적으로 보고하는 경우 그 매체를 의미한다. 즉 傳聞證據는 요증사실을 직접 지각한 사람의 진술을 내용으로 하는 陳述證據이다.

現行 刑事訴訟法에서는 일정한 경우 이외에는 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 대신하여 진술을 기재한 서류나 공판준비 또는 공판기일 외에서의 타인의 진술을 내용으로 하는 진술은 이를 證據로 할 수 없다는 ‘傳聞法則’을 규정하고 있다.<sup>57)</sup>

이와 같이 刑事訴訟法上 傳聞證據를 인정하지 않는 근거로는 ① 만약 傳聞證據의 증거능력을 인정하게 된다면 原陳述의 진실성을 당사자의 반대신문으로 음미할 수 있는 기회가 주어지지 않게 되고, ② 傳聞證據가 증인이 아닌 타인의 성실성과 능력에 의존하고 와전될 가능성이 많다는 점에서 傳聞證據는 신용성이 결여될 수 있다는 점, 그리고 ③ 원진술자의 진술뿐만 아니라 태도 등을 직접 관찰할 수 있는 직접주의의 요청을 들 수 있다.<sup>58)</sup>

---

므로 舉證의 責任을 당사자에게 돌아가게 하는 것이 아니므로 被告에게 있어서 유일한 證據라고 믿고 그 證據調査를 신청한 때 재판소에 있어서 필요하다고 인정하지 않는 때는 이를 허용하지 않아도 違法으로 되는 것은 아니다”(朝鮮高等法院 大正 7년 2월 7일 판결 형상 제168호(刑事判決錄 卷5권, 21면)).

56) “刑事의 公判은 實體的 眞實의 發見을 목적으로 하는 것으로서 證憑取調의 한도를 정하는 것은 사실 裁判所의 職權에 전속하여, 변호인에 의해서 제출된 유일한 證據方法으로서 취조를 해야 하는 것은 아니다”(朝鮮高等法院 大正 6년 5월 28일 판결 형상 제56호(刑事判決錄 卷4권 314면)).

57) 刑事訴訟法 제310조의 2 : “제311조 내지 제316조에 규정한 것 이외에는 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 대신하여 진술을 기재한 서류나 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 대신하여 진술을 기재한 서류나 공판준비 또는 공판기일 외에서의 타인의 진술을 내용으로 하는 진술을 이를 證據로 할 수 없다.”

58) 미국헌법 수정 제6조(1798)도 증인과의 대면할 권리(the right to be confronted with the witness)를

따라서 이러한 傳聞法則의 인정근거에 해당되지 않는 경우, 즉 현행 刑事訴訟法 제311조에서 제316조에 해당하는 사유와 같이 ① 원진술자의 진술 당시의 여러 정황으로 미루어 公判廷 밖에서 행한 것이지만 진술의 진실성이 담보될 수 있는 경우라든지, ② 원진술과 같은 가치의 證據를 구하는 것이 어렵기 때문에 진실발견을 위해서는 어쩔 수 없이 傳聞證據를 사용해야 할 필요성이 있는 때에는 예외를 인정할 수밖에 없다.

明治刑事訴訟法上 傳聞證據에 관한 직접적 규정은 없지만, 朝鮮高等法院은 이에 관하여 傳聞證據를 證據로 채택하는 것이 법원의 직권에 속한다고 판시하고 있고,<sup>59)</sup> 證인이 傳聞하여 지득한 事實上的 供述이라고 할지라도 證言으로서의 效力을 갖는다고 하였다.<sup>60)</sup>

## V. 나오며

위에서 살펴본 바와 같이 일제가 조선을 일본 영토의 일부분으로 편입하여 內鮮一體를 주장하였지만, 조선의 법적 지위가 일본 본국과는 구별된다는 것은 여러 부문에서 발견되고 있다. 이러한 현상은 본토와 차별화된 식민지 조선의 刑事司法制度에서도 확연히 알 수 있다. 이것은 法制度的으로 조선이 일본의 통치를 받는 일본과 다른 異法地域임을 의미하는 바, 식민지 조선의 법적 지위를 규정한 「朝鮮에施行할法令에관한法律(1911)」<sup>61)</sup>은 여러 곳에서 이를 표

규정하고 있다(丁雄爽, 「刑事證據法上の 傳聞法則에 관한 研究 : 美國聯邦證據規則과의 比較法的 觀點에서」, 연세대 대학원, 박사학위논문, 1998. 12), 8면).

59) “證인의 供述 중 특정인에 의해서 들은 사실의 공술부분은 證據로서 채용할 수 없는 것이 아니므로, 供述이 證인의 이해에 관련될 때라도 이를 채용하는 것은 사실 裁判所의 職權에 속한다”(朝鮮高等法院 대정 8년 5월 24일 판결 형상 제47호(刑事判決錄 제6권 123면)).

60) 朝鮮高等法院 명치 44년 7월 24일 判決 刑上 제70호(刑事判決錄 제1권, 144면).

61) 朝鮮에施行할法令에관한法律(1911년) : “朝鮮에서는 법률을 요하는 사항은 朝鮮總督의 명령으로 규정할 수 있다”(제1조); “제1조의 명령은 內閣總理大臣을 경유하여 勅裁를 청해야 한다”(제2조); “임시로 긴급을 요하는 경우에 있어서 朝鮮總督은 바로 제1조의 명령을 발할 수 있다. 전항의 명령은 발포 직후에 勅裁를 청해야 한다. 만약 勅裁를 얻지 않았을 때에는 朝

현하고 있다.

식민지 조선에 관한 차별적인 법규정은 明治憲法에 명시된 입헌주의 혹은 법치주의원리를 식민지에 적용하지 않았음을 뒷받침하고 있고<sup>62)</sup> 특히 형사에 관한 制令인 「朝鮮刑事令(1912)」은 刑法·刑事訴訟法 등을 依用하게 하여 명치형사소송법상 근대형사원칙이 그대로 적용될 수 없는 특별규정을 두고 있고, 또한 조선인의 인권을 위협하는 세부사항을 규정하고 있다.<sup>63)</sup>

이러한 문제는 刑事節次나 證據法을 적용하는 데 있어서도 예외가 없었다. 이를테면 당시의 법률에 起訴法定主義가 규정되어 있었지만, 이것은 원래의 제도취지인 형벌권의 공정한 실현에 이바지하기 위한 목적이 아니었고, 오히려 嚴罰主義의인 强壓統治의 일환으로 식민체제를 구축하여 이에 위반하는 한국인을 예외없이 처벌하려는 데 그 목적이 있었다.<sup>64)</sup> 또한 明治刑事訴訟法上 證據에 관한 사항은 豫審制度에 포함되어 있는 바, 이 또한 朝鮮刑事令에 의해서 왜곡된 채 식민지 조선에 依用되었음을 알 수 있었다. 특히 일본 본토와 달리 식민지 조선에서는 수사절차상 豫審判事가 행하던 기능을 檢事 및 司法警察官이 거의 담당하였다는 점 등은 일제의 식민통치의 절대적 기구였던 경찰이 조선인의 인권이 더 많이 침해할 수 있는 근거를 제공하는 차별적이고 억압적인 내용이라고 하겠다.

---

鮮總督은 곧바로 그 명령이 장래 효력이 없음을 공포해야 한다”(제3조); “법률의 전부 또는 일부를 조선에 시행할 것을 요하는 것은 칙령으로써 이를 정한다”(제4조); “제1조의 명령은 제4조에 의거하여 조선에 시행하는 법률 및 특히 조선에 시행할 목적으로 제정한 법률 및 칙령에 위배되어서는 안된다”(제5조); “제1조의 명령은 制令이라 칭한다”(제6조).

- 62) 단적인 예로 憲法의 議員公選 규정에 입각한 중의원선거법이 식민지에 적용되지 않은 違憲性은 문제되지 않았다. 그 결과 식민지의 憲法상의 지위는 자국의 영토로서 당연히 憲法이 시행되고 있다는 일본 정부의 정치적인 명분에도 불구하고, 실제로는 憲法상의 제권리를 식민지에는 적용하지 않고 법률의 시행은 거의 전적으로 行政命令에 委任되는 모순 속에 놓여 있었던 것이다.
- 63) 그 밖에 부칙에서는 조선인에 대해서 당분간 일부 죄목을 제외하고 구한국의 刑法大典을 적용하도록 규정하였으나, 1917년 개정으로 이 규정은 삭제되었다. 또한 조선인에 대해서는 구래의 笞刑을 손속시키고 있었는데, 그것을 규정한 「朝鮮笞刑令」은 1920년에 이르러서야 폐지되었다.
- 64) 裴鍾大·李相暉, 앞의 책, 각주 6), 6면.

한편 日帝強占初期의 朝鮮高等法院 刑事判決은 自白의 任意性등 인권보장을 위한 近代刑事訴訟原則을 인정하고 있지만, 間接證據, 傳聞證據의 證據能力 등은 오늘날의 형사소송이론에 비추어 볼 때 상당부분 완화하여 적용하고 있음을 파악할 수 있었다. 이러한 경향 또한 수사기관이 수사절차상 얼마든지 인권을 침해할 수 있는 수사권 남용으로 이어질 수 있게 하는 판결이라고 할 수 있다.

결론적으로 당시 刑事節次에 적용되었던 明治刑事訴訟法은 오늘날의 刑事訴訟法과 같이 適法節次의 原則, 迅速한 裁判의 原則 등과 같은 이념 내지 원칙을 규정하고 있지는 않았지만, 나름대로 人權을 보장할 수 있는 장치는 있었다고 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 명치형사소송법상 규정된 최소한의 근대형사소송원칙마저도 朝鮮刑事令의 毒素條項에 의하여 식민지 조선에서 적용할 수 없게 되었다는 것은 日帝가 刑事司法制度를 우리 민족을 탄압하기 위한 수단으로 이용하기 위한 의도를 처음부터 갖고 있었음을 짐작할 수 있게 한다.

## A Consideration on the System of Criminal Action and the Principle of Evidential Justice in Early Japanese Seizure of Chosun : Centering around Criminal Precedents of the High Court of Justice of Chosun

Ahn, Ju-yeol\*

The purpose of this study is to examine how Japanese imperialism could use the system of criminal action to oppress the resistance of Chosun through the consideration of the judicial system of crime, especially evidence system.

Therefore, objects considered in this study are the law of criminal procedure of Japanese(1890) that prescribed the system of criminal action and the evidence system etc., the criminal ordinance of Chosun, criminal precedents of the high court of justice of Chosun that applied the above-mentioned law practically.

As a result of examination of these law, ordinance and judicial precedents, the judicial system of criminal action in Chosun under the rule of Japanese imperialism had intrinsic problem that, unlike Japan's own land, couldn't organize the court 'by the law' regulated in the constitution of Japanese imperialism. and it was checked that detailed contents of the criminal ordinance of Chosun also prescribed regulations against the recent principle of criminal action as the device for protection of human right stipulated in the constitution of Japanese imperialism.

---

\* Part-time lecturer, College of Law, Chonbuk National University

**[Key Words]** the system of criminal action in early Japanese seizure of Chosun, principle of evidential justice, the law of criminal procedure of Japanese(1890), the criminal ordinance of Chosun, criminal precedents of the high court of justice of Chosun