

# 中世獨逸의 刑事裁判制度

—카롤리나형법전을 중심으로—

朴相基\*

## 目 次

- |                    |                             |
|--------------------|-----------------------------|
| I. 머리말             | IV. 카롤리나형법전과 糾問裁判           |
| II. 中世의 전통적인 형사재판  | 1. 카롤리나형법전의 成立과 슈<br>바르첸베르그 |
| III. 糾問裁判의 등장      | 2. 카롤리나형법전의 內容              |
| 1. 公訴制度의 등장과 폐쇄재판소 | V. 맺음말                      |
| 2. 糾問裁判의 淵源과 特徵    |                             |
| 3. 糾問裁判의 구조        |                             |

## I. 머리말

중세유럽사회에서 시행되었던 糾問裁判은 잔혹한 고문과 다양한 사형방법등을 연상하게 하는 개념이다. 그러나 이것이 糾問裁判에 대한 전체적인 평가일 수는 없다. 법률제도도 다른 사회적 제도와 마찬가지로 역사적 상황의 산물이기 때문에 현대적 시각이라는 척도로써 규문재판을 裁斷하는 것은 당시의 제도를 정확하게 이해하는 데에 한계가 있다고 본다. 물론 당시의 규문재판을 오늘날의 형사재판과 직접 비교하면 허다한 인권유린적 요소를 발견할 수 있다. 그러나 中世人들은 現代人이 아니었다는 점을 전제로 한다면 오늘날의 역사적 평가는 결국 限界性을 내포하고 있다. 그러므로 중요한 것은 당시의 상황에서 규문재판이 등장한 배경과 그 구체적인 시행내용을 살펴보는 것이 규문재판에 대한 가치평가적 접근보다는 유익하다고 본다. 물론 그렇다고 하여 시대적 배경의 차이가 규문재판제도가 빚었던 歷史的 跛行性의 정당화근거가 될 수 있다는 것은 아니다.

\* 延世大 法大 副教授

## II. 中世의 전통적인 형사재판

中世는 시대적으로는 약 10세기 초부터 16세기 초까지를 일컫는다. 近世로 가  
 까워지면서 변화하기는 하였지만 당시 재판제도의 특징은 裁判權의 細分化, 細  
 分化된 裁判權의 地域的 混在, 그리고 裁判權이 미약했던 점을 들 수 있다. 그  
 결과 수많은 裁判管轄權을 둘러싼 분쟁이 일어났고, 약한 재판권으로 인하여  
 재판결과에 대한 승복 여부도 미지수인 경우가 많았다. 이러한 원인으로서는 中世  
 社會가 지배계급과 피지배계급이라는 從屬關係로 이루어져 있었고, 이러한 종속  
 관계에서 지배계급은 재판권행사를 통해 종속민들을 보호하면서 동시에 이들을  
 지배할 수 있다고 믿었기 때문이다. 또한 재판권행사를 통하여 財産的 利益-재  
 판비용의 징수, 벌금, 재산몰수 등-을 획득할 수 있었던 것도 재판권 세분화의  
 커다란 원인이었다.

中世의 형사재판은 기본적으로 당사자간의 분쟁으로 파악되었다. 재판소는 共  
 同體의 法的 平和를 위하여 이러한 분쟁을 해결하는 것을 임무로 하였다. 재판  
 소는 사건의 실제적인 진실을 밝히는 일에 직접 개입하는 것이 아니라 이를 당  
 사자에게 맡겼다. 죄책을 밝힐 증거방법은 실질적인 평가가 아니라 형식적인 평  
 가를 통해 결정되었다. 이는 특히 증언의 경우에도 통용되었고 決鬪(Zwei  
 kampf)나 神判(Gottesurteil)의 방법이 중요한 입증방법으로 이용되었다.<sup>1)</sup>

피해자 개인의 주도로 이루어졌던 이와 같은 형사재판의 모습은 중세사회의  
 정치·경제적 불안과 피폐로 인한 범죄의 격증으로 인하여 바뀌게 된다. 즉 범  
 죄가 가해자와 피해자간의 문제만이 아니라 공동체 전체의 문제로 등장하게 된

1) 이러한 방법을 금지하도록 한 사람은 교황 이노첸트(Innozenz) 3세(1160/61-1216, 교황재  
 위 1198-1216)이다. 그는 1215년 로마교외의 라테란에서 개최된 제4차 라테란公議會  
 (Laterankonzil)에서 결투를 금지시키고, 동시에 성직자의 神判參與를 불허하였다. 또한 하  
 인리히(Heinrich) 6세의 아들 프리드리히(Friedrich) 2세는 1231년 자신이 통치하던 시칠리  
 왕국에서 神判을 금지시켰고, 결투는 예외적인 경우 -국왕에 대한 범죄, 毒殺, 暗殺 등-  
 로 제한하였다. 어쨌든 전반적으로는 이러한 방법들이 금지되거나 제한되기 시작하였으나  
 지역적 차이는 있었다.

것이다. 범인이 하던 潔白宣誓(Reinigungseid)는 점점 부인되기 시작하였고, 나중에는 소추자의 有罪立證宣誓(Überführungseid)를 통해 결백선서를 불가능하게 하였다. 증인에 의한 유죄입증이나, 도시에서는 書證에 의한 유죄입증이 인정되었다. 유효한 두 증인의 증언이 있으면 피고인의 결백선서를 물리칠 수 있게 되었다. 반면에 피고인에게는 무죄를 입증하여 줄 수 있는 증인을 내세울 수 있게 되었다. 현행법에 대한 재판절차가 이제는 모든 사회로부터 멸시의 대상이 되는 “社會的인 有害人物들”(landschädliche Leute, nicivi terrae), 예를 들어 거지, 점쟁이, 떠돌이 음악인, 집시, 도망한 노예나 수도자 등에 대한 재판에도 적용되었다. 그리고 상업을 주로 하여 성립된 도시에서는 범죄집단이 급증하자 도시 전체에 대한 위협으로 느껴 이들을 체포하고 소추하기 위한 조직을 갖추었다. 후일에는 모든 現行犯(現行犯은 사형에 처해졌다)을 재판하기 위한 “7人 裁判”(Übersiebnungsverfahren)으로 넘겨졌다. 이 절차에서는 피고인의 결백선서는 인정되지 않았다. 대신에 소추자가 6인의 보조선서자와 함께 피고인의 유죄를 입증하면 되는 것이어서 7인 재판이라고 부르는 것이다. 7인은 범행에 대한 증인이거나 피고인의 평소 소행을 잘 아는 사람일 수도 있는데 이들은 선서를 하고 피고인의 유죄를 입증하였다. 이러한 재판절차는 이들이 평소 나쁜 세평을 받고 있는 하류계층의 사람들이라는 점 때문에 그들의 범죄행위를 입증하여 유죄판결을 하는 것이 아니라 결국은 그들이 갖는 사회적 위험성이나 유해성을 입증하여 형사처벌을 하게 되었다.<sup>2)</sup> 그래서 이를 世評裁判(Verfahren auf Leumund)이라고도 부른다.

### Ⅲ. 糾問裁判의 등장

#### 1. 公訴制度의 등장과 폐매재판소

범죄의 증가는 필연적으로 보다 철저한 형사소추의 필요성을 제기하였다. 이

2) Eb. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege(이하 Strafrechtspflege), 67면 참조.

를 위해서는 개인이 아니라 公的인 訴追官이 필요하다는 생각이 公訴(Klagen von Amts wegen)制度的 등장원인이다. 그러나 형사소송의 근본구조는 변하지 않았기 때문에 소송의 형식이나 입증방법은 변화가 없었다. 그러나 이러한 소송 제도의 변화만으로도 재판에서 게르만적 요소가 사라지고 있음을 의미한다. 이를 반증하는 것이 중세후기의 재판소제도 가운데 중요한 의미를 지니는 페메재판소(Vemegericht 혹은 Fem-, Vemgericht라고 하며 일종의 秘密裁判所이다)이다. “Veme(Feme)”가 무슨 의미인지는 명백하지 않다. 한편으로는 연맹(Vereinigung)을 의미하고, 다른 한편으로는 (베스트팔렌지방 이외에서는) 란트 평화(Landfrieden)를 뜻하는 것으로 보인다. 아마도 비밀재판소 재판관들의 란트 평화를 수호하기 위한 서약적 동맹체를 의미한 것으로 추측된다. 이러한 페메재판소는 13세기 라인(Rhein)강과 베저(Weser)강 사이의 베스트팔렌(Westfalen)지방에 최초로 설치되었는데 이 지방에 설치되어있던 비밀재판소(Freigericht)가 그 기원이다.<sup>3)</sup> 국왕은 이 재판소의 재판권을 가지고 있었고 영주나 귀족, 관료들인 당연적 비밀재판관(Freigrafen)과 7인의 임명적 재판관(Freischöfe)으로 구성되었다. 임명적 재판관은 사생아가 아니고 평판이 좋으며 모든 권리의 향유자인 自由人이 될 수 있었으며 적지 않은 돈을 지불하고 이 자리 -Freistuhl- 에 취임하였다. 재판관임명식은 성대하게 거행되었는데 새로이 임명된 재판관은 재판소의 절대적인 비밀유지를 서약하였다. 이들은 사형에 해당하는 범죄를 범한 자를 재판소로 데려와 소추하는 임무를 수행하였다. 현행범이 아닌 경우에는 문서로 피고인을 소환하였다. 만일 피고인이 세 번의 소환에 응하지 않으면 그는 소추자의 선서에 의해 출석한 것으로 간주되어 재판을 받아 법의 보호 밖에 있음을 알렸는데(verfemt) 이는 교수형으로 집행되는 사형이 선고됨을 의미한다.

그러나 국왕의 권력이 강화되면서 자기의 재판권 밖에서 활동하는 페메재판소가 자신의 권력행사와 상충되는 것을 인식하자 국왕은 이의 약화를 원했고 이를 위해 많은 예외적인 재판권을 공포하였다. 이에 따라 페메재판소는 그 기

3) K. Kroeschell, Deutsche Rechtsgeschichte 2, 170면. 페메재판소는 독일내의 다른 지역에서는 14세기에서 18세기에 걸쳐 설치되었다.

능이 약화되기 시작하였고 糾問裁判이 등장하자 더 이상 필요성이 없었다.

## 2. 糾問裁判의 淵源과 特徵

중세의 재판제도는 기본적으로는 프랑크왕국시대와 마찬가지로였다. 그러나 중요한 변화가 나타났는데 그 대표적인 예가 民事訴追(bürgerliche Klage)와 刑事訴追(peinliche Klage)가 분화하기 시작한 점이다(양자의 형태를 혼합한 형태도 있었다). 그리고 형사재판은 규문재판형태로 발전하였다.

糾問裁判(Inquisitionsprozeß)의 형태적 연원에 대하여는 카롤링시대의 彈劾人裁判(Rügeverfahren)에서 찾는 견해<sup>4)</sup>가 있는 반면에 이를 근대의 재판형태로 보는 입장<sup>5)</sup>도 있다. 이는 규문재판의 본질을 어디에 두는가라는 문제와 결부되어 있다고 본다. 규문재판은 원래 교회재판의 형식에서 비롯되었다고 볼 수 있다. 즉 敎皇 이노센트 3세는 제4차 라테란公議會(Laterankonzil)에서 교회재판에서의 糾問主義形式이 세속의 일반인에 대한 재판형식으로도 이용되도록 한 것이다.

교회내에서의 재판은 당시 司祭들의 腐敗相과 관련되어 있다. 부패한 사제들에 대해서는 전래의 재판제도로는 처벌이 거의 불가능하였다. 당시의 사제들은 교회권력과 세속의 권력을 함께 가지고 있는 경우가 많았으며, 이러한 권력자에 대해 有罪立證의 실패에 따를 위협부담을 무릅쓰고 개인이 訴追 - 彈劾裁判, Akkusationsprozeß-한다는 것은 기대하기 어려웠기 때문이다.

물론 당시의 성직자들은 潔白宣誓(Reinigungseid)를 통해 자신에 대한 범죄혐의에서 벗어나 직위를 보전하기도 하였다. 이러한 상황에서 결백선서를 보충적으로만 적용하고 규문적 방법으로 재판제도를 개혁한 사람이 교황 이노센트 3세이다. 초기에는 이러한 변혁에 대한 반발이 심하였다. 그러나 교황은 규문주의를 교회내의 일반적인 징계절차와 형사재판방식으로 정착시키는데 주저하지 않았다.

이러한 변화는 13세기에서 16세기까지 계속되었으나 변화는 점진적인 것이었

4) Conrad, Deutsche Rechtsgeschichte, Band 1, 147면.

5) Planitz/Eckhardt, Deutsche Rechtsgeschichte, 304면.

다. 이는 형사재판에서 게르만적 요소가 사라지기 시작한 것으로 볼 수 있으며, 기타의 게르만적 요소인 贖罪金體系(Kompositionensystem, 이는 원래 복수—Fehde—를 제한하고 이를 대신하기 위해 나타난 것이다)는 범죄유형에 따라 속죄금의 量을 정해 놓은 제도를 일컫는데, 이 제도는 대략 1500년경까지 남아 있었다.

糾問裁判이라 함은 公權力, 즉 재판절차의 시작과 종결을 국가가 職權으로 하는 형사재판형태를 의미한다. 구체적으로는 국가기관이 범죄와 관련된 사실관계를 조사하고 이를 토대로 일정한 형식을 갖춘 재판을 통하여 실제적 진실을 찾고, 이에 상응하는 刑을 선고하는 것이다. 이러한 과정에서 증거를 확보하기 위하여 拷問이 동원되고, 형벌은 사형이나 身體毀損의 방법으로 가해졌다. 有罪立證은 형식적인 증거방법이 아니라 재판소의 합리적인 사실관계의 조사에 두었다.<sup>6)</sup>

규문재판의 본질적 특징을 이렇게 본다면 이는 근대적인 발전된 재판형태라고 보는 견해가 적합하다고 본다. 즉 규문재판은 7인재판이나 世評裁判(Leumundverfahren), 혹은 공소재판이나 폐매재판이 게르만적 형태나 사고방식을 그 본질로 하는 데 반해 독자적인 발전과정을 거친 제도이다. 대략 15세기 말에는 규문재판제도가 완성되었다고 볼 수 있는데 뉘른베르그의 형사령(Nürnberg Halsgerichtsordnung, 1485)이나 티롤(Tirol) 형사령(1499), 라돌프첼(Radolfzell) 형사령(1506)이 그 예이다. 이 재판제도는 엄격한 법적 절차를 따르는 것으로서 로마법의 계수가 형사법에 미친 영향의 결과라고 볼 수 있다.

규문재판의 근본구조는 소추자와 방어자(피고인), 그리고 재판관을 분리하지 않고 규문판사 한 사람으로 통합하는 것이다. 즉 이 제도 아래에서는 범죄피해자측에서 소추를 하는 것이 아니라 재판관이 하게 되고(職權訴追主義, Officialmaxime) 피해자는 단지 범죄사실을 알리는 고발자나 혹은 증인이 될 수 있을 뿐이다. 그리고 피의자는 단순한 조사(신문)의 객체가 된다. 다음으로 실제적 진

6) Inquisition은 라틴어로 inquisitio라고 하는데 이는 調査(Untersuchung)를 의미한다.

실발견의 의무도 재판기관이 부담한다(職權探知主義, Instruktionsmaxime). 이는 독일형사재판의 전래의 모습이었던 私人訴追者에 의한 裁判—Akkusationsprozeß—과는 대칭되는 모습이다. 물론 이 규문재판제도 아래에서도 공소와 함께 私人訴追가 허용되었지만 피의자가 무죄로 판명되는 경우 소송비용을 소추자가 부담하였기 때문에 위험부담을 안고 소추하기보다는 재판소에 고발하는 것을 선호하게 되었다.

규문재판 아래에서는 과거의 형식적인 증거방법 대신에 충분한 증인이 없는 경우 본인의 自白이 가장 중요한 증거방법이 되었다. 그러나 당연히 자백을 하지 않는 경우가 많았기 때문에 자백을 받아내는 데 가장 손쉬운(?) 방법인 고문이 이용되었고 그래서 규문재판하면 오늘날까지도 악명 높은 고문을 연상하게 된다.

拷問에 관한 가장 오래된 문헌상의 인정은 1221년에서 1230년경까지의 비인의 노이슈타트(Wiener Neustadt)법으로 알려져 있다.<sup>7)</sup> 즉 고문은 독일에서는 12세기 말경부터 인정된 방법이라고 볼 수 있다. 또한 1233년의 겔던(Geldern)지방에서도 인정되었으며, 슈바벤슈피겔(Schwabenspiegel)에서는 자백을 받아내기 위한 고문을 허용하는 규정을 두고 있다(Art. 375). 기타 1321/1323년의 아우그스부르크(Augsburg), 1322년 슈트라스부르크(Strasbourg)에서 인정되었음이 문헌상 증명된다. 또한 1348/49년에 유대인을 대량으로 체포하여 화형에 처할 때에도 서남독일지방의 모든 도시에서 고문이 자행되었다. 북부독일지역에서도 1345년의 메클렌부르크(Mecklenburg), 1350년의 뤼베크(Lübeck), 1349년 에르푸르트(Erfurt)에서 고문이 인정된 것으로 나타나 있다. 1350년부터는 전독일에서 고문이 인정되었다. 카롤리나형법전(1532)에도 후술하는 바와 같이 고문을 일정한 조건—정당한 소추와 확실한 입증—아래에서 인정하고 있다(Art. 6, 20). 이와 같은 고문이 로마법계수의 산물로 보는 견해는 이상의 문헌적 증거를 통해 알

7) 북부 이탈리아에서 고문이 증거획득방법으로 인정되기 시작한 것은 1228년의 베로나(Verona)의 법에서부터인데 당시에는 교회에서의 異端裁判과는 관계없이 로마법상의 범죄행위에 대해 사용되었다(Jerouscheck, ZStW 102(1992), 348면 참조).

수 있듯이 정확한 견해가 아니다. 만일 고문이 이러한 계수의 결과였다면 고문 뿐만 아니라 당시 이탈리아의 다른 형법이론(예를 들어 간접증거이론)도 받아들였다고 보아야 하나 그 흔적이 없다. 동시에 교회법의 영향이라고도 볼 수 없다. 고문의 연혁은 독일 이외의 다른 국가의 영향을 받았다고보다는 규문재판과 함께 독자적으로 이용된 방법이라고 보아야 한다. 이러한 고문은 실험을 한 후에 실시하는 고문방법이 있었던 것이 아니라 가혹한 감금이나 금식조치, 혹한에 떨게 하거나 암흑 속에 가두는 방법, 혹은 구타의 방법이 동원되었다(15세기에 이르러서야 고문방법의 단계적 구별이 도입되었고 고문도구도 그에 맞게 개발되었다). 여하튼 얼마나 고문방법이 다양하였는가는 카롤리나형법전이 고문방법을 규정하지 않고 해당 지역에서 전래로 사용하는 방법으로 한다고 규정하고 있는데서도 알 수 있다. 고문은 한 달 동안이나 계속되기도 하였는데 고문의 전제조건으로는 한 사람 혹은 두 사람의 유죄증인이 있을 것이었다.

그러나 고문을 통한 자백의 진실성 이전에 고문 자체가 갖는 잔혹성은 당시에 많은 문제제기가 있었다. 이미 이탈리아인 간디누스(Albertus Gandinus, 1245-1311)는 그가 쓴 형법책 “Tractatus de maleficiis”(1298)에서 정의를 확립하기 위한 엄격한 법적 형식을 갖춘 규문재판의 의미에 관해서 강조하고 있다.<sup>8)</sup> 즉 규문주의에 포함된 고문의 위험성을 간파하고 間接證據-혹은 情況證據-理論(Indizienlehre)을 통하여 이를 제한하고자 한 것이다.

교회법에서는 고문을 금지하였으나 마녀재판이 횡행하던 시기에 교회는 고문을 반대하기보다는 오히려 마녀가 교회권력에 대한 도전이라고 생각하고 고문을 적극적으로 이용하였다. “권력상실에 대한 걱정은 정의나 다른 윤리적 관점에서 비롯되는, 그리고 반대자를 신중하게 대하도록 할 모든 고려를 배척하였다.”<sup>9)</sup> 그리고 “고문의 역사는 인간이 권력을 행사하게 되면 얼마나 쉽게 비열한 남용에 젖으며 정의와 인간성, 그리고 이성의 목소리에 얼마나 쉽게 귀가 머는

8) Gerhard Schmidt, Sinn und Bedeutung der CCC, in : Die Carolina, F. -Ch. Schroeder (Hrsg.), 187면.

9) Eb. Schmidt, Strafrechtspflege, 78면.



가를 통렬하게 가르쳐 준다.”<sup>10)</sup>

### 3. 糾問裁判의 구조

게르만시대의 재판은 재판상의 모든 일들이 裁判日에 진행되었다. 이에 반해  
 규문재판에서는 재판이 고문을 포함한 搜查가 피고인이 재판소에 나오기 전 밀  
 폐된 공간이나 고문실에서 豫審節次(Vorverfahren)를 마친 후에 열렸다. 범죄증  
 가에 대한 대응책으로 형사재판이 피고인에게 가혹한 방향으로 바뀌고 특히 고  
 문을 행하는 것이 정식으로 허용되는 事前的인 豫審節次가 중요시된 것이다. 만  
 일 이 절차에서 자백을 받아내고 이를 조서에 기록하면 재판은 끝난 것이나 다  
 름없었기 때문에 宣告公判日(“endlicher Rechtstag”)은 사형집행의 儀式을 행하는  
 형식절차에 불과하였다. 그러나 지역에 따라서는 공개적인 선고공판일까지 생략  
 하는 재판의 “迅速化”가 인정되기도 하였다. 이러한 곳에서는 판결의 선고는 비  
 밀리에 내려졌다. 고문은 충분한 혐의가 없더라도 재판소의 다수구성원이 합의  
 를 하면 실시할 수 있었다. 그리하여 3, 4명의 參審員(Schöffen)으로 구성된 일  
 종의 “고문”위원회인 재판소위원회(Gerichtskommission)에서 행하였는데 피의  
 자의 自白(Urgicht)은 재판소 서기가 기록하고 판결의 근거로 이용되었다. 또한  
 재판관도 법학적 지식이 없던 일반인 -“Heckenrichter”로 불렸다- 에 의한 것  
 이었다.

만일 피고인이 자신의 자백을 재판일에 반복하지 않고 오히려 범죄사실을 부  
 인한다면 이를 어떻게 취급할 것인가? 고문을 당하는 자는 진실을 자백하는 경  
 우도 있겠으나 현재의 고통을 피하기 위해 허위의 사실일지라도 “自白”을 하고  
 고문에서 벗어나고자 한다고 보아야 한다. 진실을 밝히고자 이용한 고문에 바로  
 진실의 함정이 있었던 것이다. 그렇기 때문에 수사과정에서의 자백을 재판 당일  
 에는 반복하는 경우가 많으리라는 것은 당연하다. 이 경우에는 고문의 현장에서  
 피의자의 자백을 청취한 재판관이 이를 다시 반복할 수 있었다. 빈발하는 자백

10) Eb. Schmidt, 위의 책.

의 번복에 직면하여 이를 물리칠 수 있는 근거로 오늘날의 傳聞證人을 이용하는 방법이 인정된 것이다. 이에 따라 자연히 재판의 중심은 오늘날의 공판절차와 같은 공개된 재판절차가 아니라 3, 4인의 소위원회가 수행하며 고문이 행하여지는 사전적인 예비절차가 중시되었다.

刑의 宣告日(endlicher Rechtstag)이란 이러한 구조 속에서는 단지 일반에게 전래의 재판이 유지되고 있음을 알리는 형식적 구경거리 정도에 불과하였다. 범죄의 실제적 진실을 발견하여 정당한 판결을 하는 것이 아니라 혐의만 있어도 고문을 통해 빨리 자백을 받아내고 이를 근거로 쉽게 재판을 끝냄으로써 시간과 비용을 절약하고자 한 것이다. 1466년의 엘방엔(Ellwangen)형사령이나 1485년의 뉘른베르그(Nürnberg)형사령은 형선고일에 관해서만 자세히 규정할 뿐 현실적으로 더 중요한 예심절차에서 증거, 곧 자백이 확보되지 않는 경우의 해결책에 관해서는 한마디의 언급도 하지 않고 있다. 그 이유는 예심절차에서 피의자가 자백을 하지 않는 경우를 상정하지 않고 있었다는 반증이며 이러한 확신은 고문의 가혹성에 근거한 것이다. 결론적으로 13세기부터 형성되기 시작한 규문재판은 법에서 정한 형식이 있었다기보다는 오직 자백을 근거로 한 재판이었으며 자백은 고문을 통해서 확보하는 얼굴 없는 모습이었다고 할 수 있다. 이러한 공포분위기의 형사사법이 어떤 의미에서는 당시의 약한 국가권력이 급증하는 범죄에 대처하는 “효과적”인 방법이라고 생각하였는지도 모른다. 그러나 중세말기에 특히 잔혹하였던 형벌은 민중들로 하여금 범죄를 하지 못하도록 하는 예방적 효과를 거두지는 못하였다. 잔인한 방법의 형집행은 오히려 범죄자에 대한 동정심을 불러 일으켰고 민중들의 울분을 자아내는 원인이 되었다.

결국 이러한 형사사법이 법과 정의관념에 맞지 않는다는데 대한 비판과 반성은 1495년 베츠라(Wetzlar)에 설치된 帝國裁判所(Reichskammergericht)가 형사사법제도를 개혁하는 방향으로 나아가게 하였고 1496년 린다우(Lindau)에서 열린 帝國會議(Reichsversammlung)나 1497/98년 프라이부르크(Freiburg)에서 열린 帝國議會(Reichstag)는 그 예로서 16세기 개혁의 시대를 준비한 것이다.

#### Ⅳ. 카롤리나형법전<sup>11)</sup>과 糾問裁判

##### 1. 카롤리나형법전의 成立과 슈바르첸베르크

독일의 형법에 로마법의 정신이 나타난 최초의 법은 1507년의 밤베르크형법전(Constitutio Criminalis Bambergensis, 이하 CCB라 한다)이다. 그리고 이어서 1532년 카알(Karl) 5세(1500-1558)의 카롤리나형법전(Constitutio Criminalis Carolina, 이하 CCC라 한다)이다.<sup>12)</sup> 법률개혁에 선도적 역할을 하였던 것이 보름스 개혁안(Wormser Reformation, 1498)이었다면 이러한 정신을 이어받아 형법개혁을 담은 형법전이 당시 밤베르크 궁정재판소(Hofgericht)의 재판소장이었던 슈바르첸베르크(Johann v. Schwarzenberg, 1463/1465-1528)<sup>13)</sup>의 작품인 CCB이다. CCB는 CCC의 母胎(“mater Carolinae”)로서 독일형법학 발전의 전환점을 이룩한 업적이며 독자적인 독일형법이론의 출발점이 되었다. 이것은 15세기 밤베르크지방의 재판실무를 중심으로 한 관습법과 북부이탈리아의 형법학을 조화시켜 주요내용으로 담고 있는데 법률적 내용뿐만 아니라 당시의 법현실을 비판하는 서문을 담고 있다. 또한 CCC는 공포되기 전에 슈바르첸베르크가 사망하였지만 그 내용은 거의 그에 의한 것이다. CCB와 CCC는 형법전이라기보다는 형사소송법령이라고 보는 것이 정확하다. 형집행방법을 결정하는 기준으로서 각 범죄구성요건과 그에 대한 형량을 규정하여 두고 있으며(Art. 4-176) 여기에 幫助犯이나 未遂犯, 혹은 責任能力의 문제가 등장하기 때문이다(Art. 177-179). 즉 실제

11) “Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532”는 Reclam(Stuttgart)문고(Nr. 2990)에서 G. Radbruch의 내용소개와 함께 발간되어 있다.

12) Karl의 라틴어 표기에 따라 Carolina라고도 부른다. Karl 5세는 相續에 의해 카톨릭국 스페인의 국왕이 되었고, 당시의 巨富 Jakob Fugger의 도움을 받아 選帝侯들의 선거를 통해 신성 로마제국의 황제로 선출되었다. 또한 Worms에서 제국의회를 소집하여 Luther가 자신의 종교개혁 주장을 철회할 것을 권유한 사람이다.

13) 슈바르첸베르크에 관해서는 E. Wolf, Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, 102-137면 이하에 자세히 소개되어 있다. 또한 Kleinheyer/Schröder, Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten, 237-239면 및 Eb. Schmidt, Strafrechtspflege, 87면 참조.

형법이 형사소송법령의 한 내용으로 포함되어 있는 형태이다.

쉬바르첸베르그는 독일형법학사에서 가장 유명한 법학자의 한사람으로 오늘날 독일 바이에른주의 동북부지역인 밤베르크지방에서 1463년(혹은 1465년) 12월 26일에 태어났다. 귀족출신인 그는 신장이 거의 2미터에 가까운 거구였는데 체구에 어울리게 말타기나 수영, 검투에 능하였으며 자유분방한 생활을 하였다. 처음에는 기사생활을 하였으나 아버지는 이를 싫어하고 관직에 나아갈 것을 원했다. 부친의 강권에 관직에 나아간 그는 1493년에는 작센의 선제후 프리드리히(Friedrich)를 수행하여 예루살렘성지를 순례하였다. 이탈리아와 그리스를 거쳐 예루살렘에 간 그는 홀로 귀국을 하는 과정에서 인간사회와 세계에 관해 많은 경험을 쌓는다. 이러한 경험은 후일 그가 입법자로서 그리고 작가로서 활동하는데 밑거름이 되었다. 귀국 후 1499년에는 뷔르츠부르크(Würzburg)의 주교좌에서 근무를 하나 곧 1500/1501년에 최고위관직이었던 밤베르크의 궁정대신(Hofmeister) 및 재판소장이 되었다. 루터(Luther)를 지지하던 그의 성향 때문에 밤베르크의 새 주교와의 관계가 악화되자 밤베르크의 공직에서 떠나(1524) 카시미어(Casimir)와 브란덴부르크공(Georg von Brandenburg)에게로 司法과 행정업무를 맡는다(1525). 1526/27년에는 프로이센의 알브레히트(Albrecht)공의 파견관으로서 근무한 후 1528년 10월 21일 뉘른베르크(Nürnberg)에서 사망하였다.

쉬바르첸베르그가 활동하였던 당시의 상황은 集團犯罪가 만연되어 있었고, 사회분위기는 이에 대해 효과적으로 대처하지 못하는 당시의 형사재판에 대한 개혁의 필요성이 확산되고 있었다. 즉 범죄자에 대한 소추를 국가가 맡지 않고 피해자 개인에게 위임하면서 동시에 재판결과의 위험성까지도 부담시키는 소추방식은 더 이상 존속되기 어려웠다. 그래서 자연히 직권에 의한 형사소추를 인정하는 규문재판이 나타난 것인데, 그러나 이 규문재판절차는 고문만을 내용으로 할 뿐 형식과 실체가 없는 방식이었다. 이러한 문제점을 해결하는 것은 규문재판에 형식을 부여함으로써 법적 확실성을 갖추는 일이었다. 쉬바르첸베르그는 이러한 상황에서 이탈리아형법의 발전된 결과와 독일법을 절묘하게 접합하여 CCB와 CCC를 만들었다. 즉 그는 이러한 목표를 달성하기 위하여 우선 재판소

가 증거법칙에 엄격히 기속되도록 하고 동시에 자신이 재판관으로서 경험한 바를 근거로 하여 현실적인 間接證據理論(Indizienlehre) —즉 합리적인 근거를 토대로 하여서만 고문을 허용하여 입증하는 증거법 이론—을 실현시켰다. 즉 그는 피의자 본인의 자백과 같은 가치를 지닌 2인의 증인의 증언을 인정하는 이외에 고문을 허용하는 8가지의 간접증거를 인정하였다. 아무런 근거없이 자행되던 고문은 이로써 불가능하여지고 8가지 가운데 어느 경우에도 해당하지 않음에도 불구하고 고문을 하는 경우 이는 형사처벌의 대상이 되었다.

실체법의 부분에서 그는 로마법과 교회법의 영향 아래 일반적인 犯罪論, 예를 들어 未遂나 正當防衛에 관한 규정들을 두었다. 소년들이나 정신병자에 대한 특별취급이나 故意와 過失, 偶然性을 구별하여 이로부터 도출되는 責任(Verschulden)의 중요성을 부각시켰다. 그 결과 카롤리나형법전의 내용은 카르프 조프(1595-1666)에 의하여 일반법에서 발전된 責任論(Schuldlehre)과 현대 責任刑法(Schuldstrafrecht)의 기초를 마련하였다. 전체적으로 이는 結果를 중시하는 형법적 사고—Erfolgsstrafrecht—로부터 責任刑法—Schuldstrafrecht—으로 옮겨가는 한 단면이라고 할 수 있으며, Haskins가 “12세기의 르네상스”<sup>14)</sup>라고 부른 바와 같이 개인중시의 사상이 점증하던 당시 사회의 반영이라고 볼 수 있다.

쉬바르첸베르그는 로마법을 소개하였고 CCB나 CCC에도 로마법의 내용이 포함되어 있지만 그 자신이 라틴어를 할 줄은 몰랐다. 그래서 라틴어를 아는 학자들에게 로마법서의 필요한 부분을 번역하게 하고 이를 독일어로 썼으며 다시 자신의 로마법이해가 정확한 것인지를 확인받았다. 이러한 방법으로 그는 키케로(Cicero)의 저술들까지도 독일어로 옮겼다.

1487년 부친의 권유에 따라 귀족출신인 쿠누군데(Kunugunde)와 결혼한 그는 4명의 아들과 8명의 딸을 두었는데 1502년에 그의 아내가 일찍 타계하자 그는 작가로서 문학적 저술(“Kummertrost”)에도 몰두하였다.

14) Haskins, Renaissance of the Twelfth Century, Cambridge 1927.

## 2. 카롤리나형법전의 內容

### (1) 성 격

CCB와 CCC의 기본사상을 이루는 슈바르첸베르그의 목표는 正義(Gerechtigkeit)와 共同體의 利益(Gemeinnutzen, Zweckmäßigkeit)이었다(CCB 제125조와 CCC 제104조)<sup>15)</sup> 그는 법을 정의의 실현하고 공동이익을 추구하는 방편으로 생각하였으나 공동이익보다는 정의를 우선하였다. 그가 목표로 하는 정의는 형식적인 의미가 아닌 실질적이고 국가와 민족의 진정한 이익을 포함하는 것이었다. 그리고 양자는 서로 상충되는 가치가 아니라 동시에 추구될 수 있는 것으로 보았기 때문에 형벌은 應報刑과 目的刑의 의미를 동시에 지니게 되었다. 그에게서 정당한 형벌이란 형벌을 받을 만한 不法(行爲)에 대한 정당한 응보를 의미하며 이는 기독교적 본질에 따른 것이라고 보았다. 이러한 사상은 슈바르첸베르그가 로마시대의 키케로(Cicero)의 철학적 문헌에서 영향을 받은 바가 크다.

그리고 연혁적으로나 내용적으로 CCC의 근간을 이루는 것은 위에서 설명한 바와 같이 CCB이다. 그러나 CCC는 나름대로의 독자성을 갖추고 발전하였다. 예를 들어 CCB에 있던 異端罪(CCB 제130조)나 황제에 대한 불경죄, 군사적 모반죄 등이 CCC의 제1차 초안(1521)에서 삭제되었다. CCC는 대부분 절차법적 내용으로 이루어져 있다. 그렇지만 중요한 실체법적 내용도 담고 있는데 219개의 조문 가운데 77개 조문(Nr. 104-140)이 이를 다루고 있다. 나머지 조문들도 실체법적 내용을 담고 있으나 이 경우에는 절차법적 내용의 한 부분으로 취급되고 있다.

### (2) 節次法的 內容

CCC의 핵심내용은 형사재판에 관한 부분이다. CCC가 공포되던 당시의 刑事司法의 가장 심각한 문제점은 형사소송에 있었는데, 즉 한편으로는 民·刑事訴訟의 未分化로 인하여 형사소송을 민사소송적 시각으로 보아 소송의 주도권을 소송개시에서부터 소송수행까지 개인이 행사한 반면, 다른 한편으로는 이와는

15) 104 CCC("aus lieb der gerechtigkeit, und gemeyne nutz willen").

반대로 법적 근거없이 직권에 의한 소송의 수행이 가능하였던 점이다. 이를 해결하기 위하여 CCC는 전체적으로 형사소송법적 내용을 중점적으로 규정하고 있다. 조문상으로는 前文 및 제1조부터 제103조까지는 순수한 형사소송법적 내용들이고, 그리고 제181조부터 제219조까지는 주로 형사소송법적 내용들을 규정하고 있다. 이를 내용에 따라 분류하면 ① 裁判所의 構造와 構成(前文, 제1-5조), ② 緝問裁判(제5-10조), 私訴에 의한 소송의 개시와 구금(제11-17조), ③ 間接證據(제18-44조), 拷問, 自白, 檢證節次(제45-61조), 證言(제62-76조), ④ 판결의 선고와 刑의 집행(제77-103조), ⑤ 訊問調書의 작성체제와 최종판결문의 작성(제181-203조), ⑥ 재판비용 및 私法的 問題에 관한 규정(제204-214조), ⑦ 刑場의 설치(제215-217조), ⑧ 잘못된 慣行의 폐지(제218조), ⑨외부의 법적 검토의뢰에 관한 규정(Aktenversendung, 제219조)이 그것이다. 중요한 내용들을 소송의 순서에 따라 살펴보면 다음과 같다.

#### ① 裁判所의 構造와 構成

CCC는 前文에서 非專門裁判官(Laienrichter)에 의한 재판제도를 비판하고 이러한 재판제도는 무고한 사람을 법과 이성애 반하여 처벌을 하거나 사형에 처하는 잘못을 범하고 있다고 지적하였다. CCC는 비전문재판관이 하던 당시의 민사·형사재판을 전문적인 재판관에 의한 재판으로 바꾸는데 중요한 역할을 하였다. 그러나 국왕의 입법에 의해 시행되던 기존의 재판소를 폐지하고 새로운 형태의 재판소를 설치한다는 것은 쉬운 일이 아니었다. 프랑스에서도 체계적이고 입법화된 재판소의 구성과 재판소행정은 프랑스혁명 이후야 가능하였으며, 영국의 경우도 중세의 수많은 재판소들이 1870년대 司法法(Judicature Acts)의 제정과 그 이후의 입법조치가 있을 때까지 남아 있었다. CCC도 前文에서 국왕에 의해 설치된 재판소의 개혁이 불가능함을 인정하고 있다. 그러나 동시에 이러한 재판소들의 비효율성을 지적하고 있다. 이를 시정하기 위한 우회적인 방법으로서 전문적인 재판관들로 구성되는 재판소를 설치하고자 하였다. 이러한 내용들은 前文에서 밝힌 기존의 사법체제가 지닌 결함들을 시정하는 것과는 거리가 있는데 이는 당시의 정치적 상황을 고려한 슈바르첸베르크의 의도적인 선택이

라고 할 수 있다. 그리고 형사법은 이론체계가 정교한 이탈리아의 법이론을 도입하여 전문가가 아니면 법적용이 불가능하도록 하였다. 그리고 비전문가인 재판관이 이를 적용할 수 없을 경우 전문가로 구성된 재판소로 사건을 이송하도록 하였다.

CCC가 제1조에서 제5조까지 규정하고 있는 재판소의 체계와 구성을 보면 직접 비전문재판관들로 구성된 당시의 재판소를 배치하는 내용은 아니다. 다만 제1조에서는 재판소의 구성원은 각자가 소속된 재판소에서 자신의 업무에 대해 성실하게 최선을 다해야 하고, 이를 통해 不法이 일어나지 않도록 하여야 한다고 하고 있다. 제3조에서 제5조까지는 재판관, 참심원(Schöffen) 그리고 재판소 서기의 職務宣誓의 형식(선서문내용)을 규정하고 있다. 이를 두고 재판소구성원들의 法的 羈束性을 의미하는 것으로 해석하기도 하는데, 이는 단지 儀式的 性格을 띠는 규정으로 보는 것이 타당하다.

## ② 訴訟의 開始

소송의 개시에 관하여는 제6조에서 제17조까지가 규정하고 있다. 여기에서는 전통적인 중세의 私訴에 의한 訴訟을 존치시키되 조건을 강화하고 동시에 규문 재판과 결합시키고 있다.

형사재판을 개시하는데는 3가지 방법이 있을 수 있다. 첫째는 피해자 등에게 私訴(Privatklage)를 인정하는 방법으로서 중세유럽의 형사재판이 그러하였다. 둘째는 재판관이 스스로 범죄혐의자에 대한 재판을 시작하는 것으로서 緝問裁判(Inquisitionsprozeß)이 바로 그것이다. 셋째는 “소추자가 없으면 재판관이 없다”(Wo kein Kläger, da kein Richter)는 원칙에 따라 국가가 임명하는 訴追官, 즉 검사가 직권으로 소추를 하게 하는 방법으로서 오늘날의 형사소송이 그러하다.

CCC는 피해자에 의한 私訴의 제기를 형사재판개시의 정규방식으로 채택하고 있다(제11조 이하). 그리고 국가가 임명한 소추관에 의한 공소제기는 예외적으로 규정하고 있을 뿐이다(제88, 89, 165, 188, 201조). 그러나 이러한 訴追官에 의한 訴追制度(“Kläger von Amts wegen”)는 현행 독일형사소송법상의 검사제도의 전신은 아니다. 현재의 검사제도는 오히려 19세기 중반 프랑스형사소송법의



로부터 도입된 것이다. 그러므로 CCC에 나타난 공소제도는 독일형사소송상의 공소제도의 발전에 중요한 역할을 하지 못하였다. 그리고 CCC의 私訴에 의한 탄핵주의는 실상은 규문주의방식과 다름없었다는 것을 알아야 한다. 왜냐하면 개인의 소추는 형사재판개시의 전제조건이 아니었기 때문이다. 예를 들어 소추자가 피의자의 범죄행위를 직접 입증하지는 못하더라도 정황증거를 통해 입증하는 경우 피의자는 범행을 자백하도록 고문에 처해졌다. 즉 국가기관이 재판을 주도하는 것이다. 개인의 소추는 재판개시의 원인으로 기능을 할 뿐 더 이상의 협력은 필요가 없게 되었다.

그러나 만일 訴追者의 소추가 피의자의 범행사실을 입증하는데 실패하면 소추자가 처벌되었다. 이를 통해 개인이 위험부담을 무릅쓰고 소추를 하기가 어렵다는 점도 알 수 있다. 즉 CCC에 나타난 私訴에 의한 소송수행은 개인에게는 커다란 모험을 수반하는 것이었다. 왜냐하면 그에게는 공적인 도움이 제공되지 않았기 때문이다. 즉 소추자는 독자적으로 범죄혐의자에 대한 재판을 할 수 있는 준비활동을 하여야 했고, 만일 피고인이 무죄선고를 받게 되는 경우에는 피해보상을 하여야만 했으며, 피고인을 즉시 구속할 수 있는 조건이 충족되지 않는 경우에는 재판시작과 함께 保證金을 피고인에게 주어야만 하였다(제12, 13, 14, 61조). 이러한 상황에서 개인이 訴를 제기하여 범죄자의 처벌을 구한다는 것은 기대하기 어렵다. 그렇다고 범죄자의 처벌을 포기할 수도 없기 때문에 결국은 국가가 범죄소추를 담당할 수 밖에 없게 되었으며, 여기에 예외적으로 규정되어 있던 규문재판이 전면에 나서게 된 원인이 있다.

규문재판이 형사소송법발전에 끼친 공헌은 犯罪訴追를 범피해자의 문제가 아닌 國家的 任務로 파악하게 한 점이다. 반면에 부정적 기능도 컸는데 그것은 범죄소추를 裁判官에게 맡김으로서 재판관이 訴追者—當事者—로서의 기능까지도 겸하게 되었다는 점이다. 즉 규문재판에서는 재판관과 피고인 밖에는 없었다. 이것이 바로 규문재판의 폐해가 많았던 가장 큰 원인중의 하나이다. 이처럼 訴追와 裁判을 한 사람이 담당하고 있는 상황에서 피고인은 소송의 主體가 아니라 무기력한 소송의 客體일 수 밖에 없었다. 이는 피고인이 자신에게 불리한

증거도 스스로 법정에서 드러내야 한다는 것을 의미했다.

### ③ 訊問節次

CCC의 핵심내용 가운데 한 부분이 피고인에 대한 訊問關聯 규정이다. 여기에는 증거수집과 평가방법이 포함되어 있는데, 구체적으로는 拷問이 허용되는 전제조건과 拷問을 통해 획득한 自白의 검증, 그리고 證言의 이용방법이 그것이다.

CCC에서 규정하고 있는 형사재판의 기본사상은 正義觀念과 公共의 利益이다. 이는 범죄로부터 사회를 방어하여야 한다는 사고와 동시에 개인을 형사사법의 폐단으로부터 보호하여야 한다는 사고를 의미한다. 이러한 두가지 목표 가운데에서도 개인의 보호가 우선적이었다.

#### A. 間接證據

피고인의 지위강화와 관련하여 주목할만 한 것이 간접증거규정(제18-44조)이다. 당시 형사재판에서 間接證據(情況證據)가 나타난 경우에는 고문을 허용하였기 때문에 情況證據가 차지하는 비중이 매우 컸음을 알 수 있다. 그러나 구체적인 사건에서 어느 것이 간접적인 범행의 증거로서 인정될 수 있는가는 사전에 규정하기가 대단히 어려운 일이다.

“쉬바르첸베르그는 間接(情況)證據를 두 종류로 구별하고 있다. 하나는 “一般的” 間接證據(gemeine Indizien)이고, 다른 하나는 “特別”間接證據(besondere Indizien)이다. 첫번째 종류에 속하는 간접증거도 다시 단독으로가 아니라 다른 증인과 함께 拷問이 허용될 만한 증거가 될 수 있는 경우와 단독으로도 입증능력이 인정되는 증거로 나뉜다. 전자의 경우를 CCC는 8가지로 구체적으로 예시하고 있다(제25, 26조). 첫째 피의자가 평소 世評이 좋지 않은 경우, 둘째 범행 장소와 밀접한 장소에서 목격된 경우, 셋째 범행장소로 가는 길목이나 오는 길목에서 목격된 경우, 넷째 피의자가 평소 동일한 범행을 했던 좋지않은 친구들과 사귀었을 때, 다섯째 피의자가 피해자에 대하여 적대감을 가지고 있었을 때, 여섯째 피해자가 임종의 순간에 피의자를 지목하였을 때, 일곱째 피의자가 도피하였을 때, 여덟째 피의자가 피해자와 재산관계(식량, 소유물, 재산)로 법적 분쟁을 하였을 때이다. 일반적 간접증거로서 두번째 종류에는 피의자의 소지품이

범행현장에서 발견된 경우를 들고 있다.

두번째 종류인 特別間接證據가 있으면 고문이 역시 허용되었다. 구체적으로는 살인피의자인 경우에는 범행시간에 피묻은 옷이나 무기를 들고 있는 것이 목격되거나, 피살자의 물건을 갖고 있거나, 이를 팔거나 남에게 준 경우(제33조), 자신의 임신사실을 감추고 있다가 출산 후 영아살해피의자가 된 경우 임신중이었음이 목격된 때(제35, 36조), 강도피의자가 장물을 파는 것이 목격되고 보증인을 내세우지 못할 때(제38조), 방화피의자가 물래 불을 붙일 수 있는 대단히 의심스럽고 위험한 火因을 가지고 있는 것이 목격된 때(제41조) 등이다.

이상의 간접증거규정의 대부분의 내용들은 로마법과 교회법의 소송절차에서 비롯되는 것들로서 한사람의 범죄입증에 의한 신문시 고문이 허용되는 필요적 상황에 관한 것이다(“gnugsame anzeygungen”, 충분한 嫌疑). 제29-32조는 공통적인 상황을 규정하고 있고, 제33-44조는 개별적인 범죄구성요건을 기술하여 고문이 허용되는 조건을 제시하고 있다. 그러나 이러한 조건이 구비되어 있다고 하여 즉시 고문을 실시하기 보다는 재판관의 면전에서 고문의 威脅(“Territion”)만으로도 자백을 받아 낼 수 있는지를 시도하여야 한다고 하였다(제46조).

간접증거규정에서 주목할 만한 것은 共同正犯 상호간의 전술의 위험성에 관한 내용이다(제31조). CCC에 따르면 전술한 바와 같이 한 사람의 범행정황에 관련된 고발에 의해서도 고문이 정당화된다. 그렇기 때문에 CCC는 공동정범이 자신이 빠져나오기 위한 불순한 동기에 의해서 다른 공동정범을 고발하는 것을 주의하여야 한다고 하고 있다. 즉 단순한 결론만을 담고 있는 고발보다는 고발된 범행정황에 주목하여야 하고, 고발자로 하여금 偽證을 하게 할 수 있는 誘導 訊問(Suggestivfragen)을 피해야 한다고 하고 있다. 공동정범 상호간의 證人適格에 관하여 오늘날의 형사소송에서도 문제가 제기되는 것과 궤를 같이하는 문제 제기라고 볼 수 있겠다.

이상에서 살펴본 대로 규문재판에의 증거법은 신앙 혹은 미신을 토대로 형성되었던 증거방법들—예를 들면 보조선서자(Eideshelfer)가 있는 潔白宣誓(Reinigungseid)—을 오늘날과 같은 합리적인 증거방법, 예를 들면 증인의 증언 등으

로 대체한 데에 그 의의가 있다. 그리고 피고인 자신에 의한 무죄입증 대신에 소추자나 재판관의 유죄입증을 요구한 것도 하나의 진전이였다. 즉 舉證責任을 유죄를 주장하는 측에 둔 것이다. 그러나 만일 피고인이 정당방위를 주장하는 경우 이것이 입증되지도 않으면서 동시에 배제되지도 않는 상황에서는 오늘날과 같이 피고인에게 유리한 무죄판결이 아니라—in dubio pro reo—유죄판결을 받았는데(제141, 151조) 이는 입증책임이 전환된다고 보았기 때문이었다. 즉 CCC에서는 민사소송법적 사고가 아직 극복되지 못한 상태였다.

#### B. 拷問과 自白

CCC가 요구하는 拷問을 허용하는 근거로서 “적법한 嫌疑”(redliche azeygung)라는 표현(제20조)은 오늘날의 “충분한 의심의 근거”(hinreichende Verdachtsgründe)에 해당한다. 이는 현대의 형사소송법이 취하고 있는 피의자·피고인에 대한 適正節次의 보장이라는 원칙의 중세적 표현이라고 할 수 있다. 만일 피고인이 이상의 근거가 없는데도 불구하고 고문을 당한 경우에는 위법행위를 한 재판관이나 공무원에 대하여 손해배상을 청구할 수 있다고 하였다(제20조).

拷問에 관하여는 제45조부터 제61조까지 규정되어 있다. CCC에 고문을 허용하는 규정이 있는 것은 쉬바르첸베르그의 책임이라기 보다는 오히려 그의 공적이라고 보아야 한다. 이미 그는 CCC를 준비하던 중에 “비인간적인 고문으로 인해 그리스도의 피가 죄없이 흐르는 것을 막는 것”이 자신의 임무라고 생각하였다. 그래서 여러가지 정황이 혐의를 가지기에 충분할 때에만 고문이 허용되는 것으로 제한하였다. 이도 즉시 고문으로 들어가기 보다는 위에서 언급하였듯이 스스로 자백을 하도록 고문의 威脅(“Territion”)을 먼저 시도하라고 하였다(제46조).

CCC는 고문방식에 의한 신문을 통해 얻은 피고인의 진술결과에 대하여 여러 가지 제한적인 규정을 두고 있다. 그 골격은, 첫째 신문이 허용되는 사항, 둘째 누가 신문을 할 것인가에 관한 사항, 셋째 진술내용을 언제 기록하며 이를 확인하는가에 관한 사항, 넷째 진술내용의 진실성을 어떻게 확인할 것인가에 관한

사항이 그것이다.

그래서 誘導訊問을 금지하였으며(제56조), 피고인의 진술은 자신의 범행을 단 순히 시인하는 내용이 아니라 본인만이 알고 있는 범행관련사실을 그 내용으로 하는 것이 바람직하다고 하였다(제54조).<sup>16)</sup> 그리고 신문은 재판관이 하여야 하나 반드시 2인의 참심원(Schöffen)과 재판소서기의 참석하에 신문을 하여야 한다고 하였는데(제46조), 이는 재판관에게만 신문권을 허용하므로써 비밀리에 하는 경찰고문이 아닌 재판소에서의 고문만을 인정한 것이다.

쉬바르첸베르그는 고문을 통해 얻은 自白의 문제점을 인식하고 있었다. 그렇기 때문에 자백에 신빙성을 부여할 수 있는 장치로서 두개의 규정을 두고 있다(제58, 56조). 하나는 고문의 고통과 자백사이에 시간적 간격을 두어 확인하는 방법이다. 즉 고문 직후에 한 자백은 이를 인정하거나 기록하여서는 안되며 피고인이 고문에서 벗어나서 한 진술이어야 한다고 규정한 것이다(제58조).<sup>17)</sup> 그러나 이는 효과가 별로 없는 제한규정이다. 재차의 고문을 암시하는 상황이라면 피고인은 고문 당시의 진술을 고문이 끝난 후에도 반복할 것이기 때문이다. 그러나 쉬바르첸베르그는 고문을 통해서 실제적 진실 여부가 밝혀질 수 있다고 믿었다. 그렇기 때문에 다시 한번 고문에 의한 자백내용의 진실성을 확인하는 규정을 두고 있다. 즉 고문이 끝난 며칠 후 고문의 두려움에서 벗어났을 때 피고인을 고문실이 아닌 곳에서 다시 한번 신문하여 자백내용을 확인하여야 한다고 하였다(제56조). 그리고 고문은 최장 1시간까지 허용되었다. 그리고 자백사실이 허위로 들어난 경우나(제55조), 자백내용이 확인되지 않을 경우(제57조)에는 재차의 고문이 허용되었다. 또한 처음의 고문으로 자백을 받지 못한 경우에 새로운 증거가 나타나면 다시 고문을 할 수 있도록 하였다(제58조). 죄질이 무거운 경우에는 세 번까지의 고문이 허용되었으며 네번째의 고문은 허용되지 않았다.

16) "er solch vmbstende sagt, die sich inn der geschicht haben begeben, die keyn vnschuldiger wissen kann."

17) "soll die sag des gefragten nit angenommen oder auffgeschriben werden, so er inn der marter, sondern sol sein sag thun, so er von der marter gelassen ist."

CCC는 증거방법으로서의拷問이 갖는 위험성을 제거하기 위한 고문방식 등에 대하여 침묵함으로써 후일 가혹함의 극치를 달리는 고문이 등장하는 것을 막지 못하였다는 비판을 받을 수도 있다. 그러나 당시의 상황은 형사재판에서 고문을 너무나도 당연시하였기 때문에 고문을 규정한 CCC가 시대적으로 보아 뒤떨어진 것이라고 평가하기 보다는 현실인정의 바탕위에서 개혁을 시도한 것이었다고 보는 것이 정확하리라고 본다. 이는 CCC가 공포된 지 200년이 지난 후(1740년) 프로이센의 프리드리히대왕이 취임하자마자 고문을 폐지한 것을 획기적인 것으로 평가하는 것을 보아도 알 수 있다. 200년의 시차를 두고도 고문은 정당한 것으로 보는 분위기였던 것이다. 1751년의 바이에른형법전은 여전히 “천년동안이나 바이에른에서 사용되어 왔으며”(schon vor tausend Jahren in Bayern gebräuchlich gewesen), 경험에 비추어 보아도 그 효용을 배척할 수 없는 고문을 규정하고 있다. 마찬가지로 1768년의 마리아 테레지아여왕의 오스트리아형법전도 고문방법을 섬세하게 규정하고 있는 것이다. 형법학자 포이어바하도 1806년에 고문폐지를 주장하면서 폐지로 인한 부작용을 염려하였다. 독일에서 고문의 마지막 흔적은 1820년대에 들어서야 사라졌다. 즉 기록상으로는 1822년 하노버(Hannover)와 1828년 고타(Gotha)에서의 고문이 마지막이었다.

고문의 폐지는 형사재판형식의 근본적인 전환을 전제로 한다. 즉 자백을 받아내기 위한 고문을 더 이상 하지 않는다면 간접증거만으로 판결을 하여야 하며 이는 證據法定主義 대신에 自由心證主義가 들어서는 것을 의미한다. 그리고 자유심증주의는 주지하다시피 합리적인 사고를 하는 성숙하고 신뢰할 만한 전문적인 재판관을 전제로 한다. 그러나 CCC에서 전제하고 있는 재판담당자인 참심원(Schöffen)은 로마법을 모르고 경험도 없으며, 재판관으로서의 책임감도 결여된 사람이다. 이러한 시각에서 CCC는 전문재판관은 심리의 진행자이고 참심원이 판결을 내리는 오늘날의 배심재판과 같았던 당시의 소송구조를 참심원의 법률적 지식불비를 근거로 전문재판관과 함께 판결을 하도록 하였다(제81, 92조). 이러한 결과 법률전문가인 재판관이 소송의 주도권을 행사하게 되었고, 참심원은 점차 판결에서 배제되어 단순한 재판의 증인으로 격하되었다. 그리고 비전문

재판관이었던 참심원의 도덕적·합리적 사고능력에 대한 불신때문에 많은 경우에 상급법원(Oberhof)이나 법과대학(Juristenfakultät), 혹은 상급관청(Obrigkeits)에 의견서를 요청하도록 하고 있다(제219조). 이 때에는 관련재판기록 모두를 보내어 이를 검토하게 하고 의견을 구하는 것이다. 이를 소위 “Aktenversendung”(裁判記録送付)이라 하는데 이러한 절차는 CCC가 不可爭의 제1심이자 최종심만을 인정하는데 대한 상소심적 보충기능을 하기도 하였다.<sup>18)</sup> 또한 이 방식을 통하여 CCC의 실제법적·절차법적 내용은 그 생명력을 오래 유지할 수 있었다고 평가된다. 왜냐하면 법률적 전문지식이 결여된 재판소가 법률적 전문지식을 계속 흡수하여 판결을 내렸기 때문이다.

### C. 證言과 刑의 宣告

CCC는 피고인의 자백이 없는 경우 증인의 증언을 기초로 하여 판결을 할 수 있음을 여러 군데에서 규정하고 있다(제22조, 제62-67조). 그러나 증언보다는 자백을 더 중시하고 있다. 그래서 유죄판결을 하는 데에 충분한 적법한 증언이 있더라도 자백을 받아내기 위한 마지막 시도를 할 것을 규정하고 있다(제69조). 구체적으로는 로마법과 교회법적 기본구조 아래 최소한 2인(제67조)의 증인(제64조)이 있어야 완전한 증거가 구비된 것으로 보았다.

刑의 宣告는 피고인이 신빙성 있는 자백을 한 때에(CCC 제60조, CCB 제72조) 혹은 2인의 믿을 만한 증인이 유죄증언을 하면 가능하였다(CCC 제66조). 2인의 증인 가운데 1인은 범행에 관해 전해 들은 전문증인이 아니라 범행현장을 직접 목격하였어야 한다. 만일 이러한 조건을 갖춘 증인이 오직 한 명만이 있거나 정황증거만이 있는 경우에는 유죄선고가 불가능하였다. 대신 이러한 정황증거가 신빙성이 있을 때에는 고문을 허용하였다.<sup>19)</sup>

18) 상급관청에 대한 소송기록송부는 私訴의 경우에만 인정되었다. 직권소송이나 규문재판절차에서는 소송기록을 송부받을 상급국가기관은 스스로 當事者이기 때문이었다(예외: 제7조, 제106조).

19) 제한적으로나마 고문이 허용된 법이었다는 점을 들어 블로흐(Ernst Bloch)는 카롤리나형법을 “새디즘의 교과서”(Lerhbuch des Sadismus)라고 비판하였다(Naturrecht und menschliche Würde, 278면).

이러한 間接證據들은 오늘날의 자유심증주의적 관점에서 보더라도 증거로서 인정될 만한 것들이 많음을 알 수 있고 이는 쉬바르첸베르그의 재판실무경험에서 비롯된다고 보여진다. 뿐만 아니라 그는 이러한 혐의자를 범인으로 입증하는 간접증거이론 이외에 혐의자의 혐의사실을 부인하는 반대증거에 관하여도 재판관은 주의를 기울여야 한다고 규정하였다(제47조). 그래서 만일 피의자가 피의사실을 자백하였다 하더라도 그 사실만으로는 불충분하다고 하고 재판관은 自白 이외에(“ausserhalb Marter”) 자백의 진실성을 담보하기 위하여 구체적인 행위정황을 신문하여야 한다고 하였다(제48조). 그 밖에도 그는 알지 못하는(unbekannt) 증인이나(제63조, CCB 제75조) 대가를 받은(belonten) 증인<sup>20)</sup>을 허용하지 않았다(제64조, CCB 제76조 a). 그리고 증인의 증언태도를 정확히 관찰하여야 하며(제71조), 피의자에 대한 유도신문(Suggestivfragen)을 금지하였다(제56조, CCB 제68조).

기술한 바처럼 쉬바르첸베르그는 CCC를 통하여 형사재판에서의 문제점을(물론 당시의 수준에서이지만) 제거하기 위해 여러 보완 혹은 시정장치를 하였고 전체적으로는 당시의 자의적이고 무질서한 규문재판제도에 일정한 원칙을 세운 점을 알 수 있다. 즉 기존의 규문재판과 다른 점은 실제적 진실과 정의를 확립하기 위하여 형사재판의 합리적 변형을 시도하였고 이를 위해 재판의 각 단계마다 상응하는 규정을 둔 것이다. 이러한 태도는 쉬바르첸베르그가 실제적 진실과 무죄를 밝힌다는 것이 인간의 능력범위내에서의 한계적인 일일 수 밖에 없음을 인식한 데에 기인한다. 즉 그는 이러한 한계적 진실의 발견과 법적 안전성이라도 확보하기 위해서는 재판절차의 형식성이 특히 필요하다고 본 것이다.

그러나 CCC는 규문재판의 결정적인 흠을 제거하지는 못하였다. 규문재판의 가장 커다란 흠이란 형사소추를 국가기관인 재판관에게 맡기는 것을 넘어 소추관이라는 당사자로서의 지위를 함께 부여함으로써 한 사람이 동시에 소추와 재판을 담당하게 한 것이다. 이는 재판관으로 하여금 자신의 소추가 정당하였음을

---

20) 대신 증인을 처벌하였다.



입증하여야 한다는 심리적 압박을 가하여 고문을 성행하게 한 점이다. 특히 교황 이노센트 8세의 마녀처벌에 관한 교서인 “Hexenbulle”(1484)는 마녀재판과 그에 따른 고문을 극에 달하게 하였다. 이러한 고문의 참상과 이에 대한 비판은 예수이트신부였던 슈페(Friedrich von Spee, 1591-1635, “Cautio criminalis contra sagas”, 1631)<sup>21)</sup> 및 그 후의 자연법학자 토마지우스(“De crimine magiae”, 1701)<sup>22)</sup>에 의해서, 그리고 이탈리아의 베카리아(“Dei delitti e delle pene”, 1764)에 의해 고발되고 폐지가 요구되었다(특히 베카리아는 당시의 사회계약론에 입각하여 사형 자체의 폐지를 주장하였음은 주지의 사실이다).

CCC는 CCB와 마찬가지로 별 의미가 없게 된 最終宣告日(endlicher Rechtstag)을 그대로 두고 있다(제78-98조). 이는 재판의 直接性, 口頭性과 公開性을 유지하기 위한 게르만법적 유물이다. 이 날은 중심지에 위치한 광장의 한복판에 형장을 마련해 놓고 모인 사람들 앞에서 소추자와 피고인간의 진술을 들었다. 그러나 刑은 이미 재판소에서 결정되었기 때문에(제81, 94조) 이를 단지 선고하는 儀式的인 의미 밖에는 없었다. 그렇기 때문에 소위 인민재판식 결과를 초래할 수도 있는 이 기일에서는 오직 피고인을 내세우고 그의 죄명을 낭독하고 이제까지의 재판관이 형량을 선고한 후 刑을 집행할 “다음 재판관”(Nachrichter)의 의미를 지닌 형집행판에게 피고인을 넘겼다(제78조 이하. CCB 제91조 이하). 형집행인은 *Nachrichter*, *Scharfrichter*, *Henker*, *Freimann*, *Carnifex*, *Meister Hans*, *Kleemeister*, *Schinder*, *Züchtiger*라고도 하고 혹은 속칭 *Angstman*(무서운 사람)이라고도 부르는데 재판관이 아니라 형집행만을 담당하였으며 신분이 아주 낮은 계층이 맡았다. 우리와 비교하면 “망나니”라 할 수 있는데 직업적인 것은 아니었다. 원래 刑의 집행은 소추자측에 일임되어 소추자가 직접 집행하거나 하인을 시켜 집행하도록 하였던 것인데 13세기에 들어서 공적인 형집행인이 등장하였다. 그리고 소추자는 형집행시 보조행위를 할 수 있었는데 예를 들면 도끼와 같은 刑具를 제공하는 것들이다. 형집행인들은 특별한 모양의 옷을 입었으며, 사형

21) v. Spee, *Cautio Criminalis*(dtv Bibliothek Nr, 6122).

22) Christian Thomasius, *Vom Laster der Zauberei*(dtv klassik Nr. 2170).

을 집행하기 전에 재판관은 형집행인이 실수할 경우 그를 군중들로부터 보호하기 위해 평화를 호소—Friedensgebot—하였다. 이 관습은 18세기까지 계속되었다(1768년 테레시아형법전 제43장 제5조). 그리고 이러한 실수를 집행인이 세 번에 걸쳐 하거나, 범인(남성)과 결혼을 하겠다고 나서는 여성이 있는 경우에 형집행을 면제하였다(그러나 18세기에는 이러한 상황에서도 刑을 집행하였다. 테레시아형법전 제43장 제6조).<sup>23)</sup>

한편 도시에서는 형집행인으로 적합한 신분이 낮은 계층이 적어 형집행인을 구하기가 쉽지 않았다. 많은 사람들이 범죄자를 죽이는 일보다는 상업 등에 종사하였기 때문이다. 그래서 1276년의 아우그스부르크시 법서(Stadtbuch)는 형집행인에게 형집행 이외의 임무를 부여하는 형집행인의 임무격상(?)을 시도하기도 하였다. 뿐만 아니라 많은 곳에서는 그 지역의 전속 형집행인을 둘 수가 없어서 인근으로부터 데려오기도 하였다. 결국 직업형집행인제도를 두는 방향으로 나아가지 않을 수 없었다.

중세유럽에서 刑執行人은 접촉이 금기시되는 존재였다. 선과 악이 병존하는 이중성을 지닌 존재로 보아 동시대인들로부터는 미신적인 대상이었다. 그들은 시내에 거주할 수 없었으며 일반인과 술집에서 자리를 함께 할 수도 없었다. 허용되더라도 시의 외곽지역에 거주하거나 술집의 별도표지가 된 좌석에 앉아야 했다. 그들은 늑대 이외에는 사냥이 허용되지 않았으며, 가축은 일반인 소유 가축과 함께 풀을 뜯게 하여서는 안되었다. 이러한 제약은 그들의 가족에게도 해당되었다. 어느 누구도 자기 자녀가 형집행인의 자녀와 노는 것을 허락하지 않았으며 혼인관계를 맺지도 않았다. 예외적으로 사형선고를 받은 여성의 제의가 있으면 결혼이 가능하였다. 물론 형집행인과 결혼한 이 여성이 일반시민으로서 가졌던 권리는 상실되었다.

刑執行人과의 접촉을 피했던 이유는 형집행인이 마귀적 성격을 지녔으므로 그와 접촉하게 되면 마귀성이 전염될 것이라는 생각에서 비롯되었다. 그래서 형

23) Conrad, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 2, 415면 참조.

집행인은 장갑을 끼었으며, 남의 시선을 직접 받지 않기 위해 가면을 썼고, 단두형 집행시 칼을 사형수의 등뒤로부터 내리쳤다.

## V. 맺는 말

私人의 訴追에 의한 裁判—Akkusationsproze—과 勾문재판의 두 제도는 중세 후기까지는 병존하고 있었다. 15세기 후반에 들어서서 비로소 勾문재판제도가 일반화되기 시작하였고, 16세기 후반부터 私人訴追에 의한 재판은 사라졌다. 카롤리나형법전이 이에 기여하였음은 이미 설명한 바와 같다. 勾문재판제도가 특히 마녀재판을 통해서 정착되기 시작한 것은 초기 근대국가의 등장과 시대를 같이 한다. 이는 勾문재판이 국가형벌권의 확립을 전제로 한다는 점에서 초기의 근대국가권력의 형성과 맥을 같이 하는데에 기인하는 것이다.