



저작자표시-변경금지 2.0 대한민국

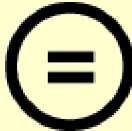
이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.
- 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

2009年 8月
碩士學位論文

陷穽搜查에 관한 研究

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

李 龍 鎬

陷穽搜查에 관한 研究

A STUDY ON THE ENTRAPMENT

2009年 8 月 25 日

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

李 龍 鎬

陷穽搜查에 관한 研究

指導教授 金 鍾 九

이 論文을 碩士學位 申請論文으로 提出함

2009 年 4 月 日

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

李 龍 鎬

李龍鎬의 碩士學位論文을 認准함

委員長 朝鮮大學校 教授 印

委員 朝鮮大學校 教授 印

委員 朝鮮大學校 教授 印

2009 年 5 月 日

朝鮮大學校 大學院

目 次

ABSTRACT

第1章 序 論	1
第1節 研究의 目的	1
第2節 研究의 範圍와 方法	4
第2章 陷穽搜查의 理論的 基礎	6
第1節 陷穽搜查의 意義와 沿革	6
1. 意義	6
2. 陷穽搜查의 沿革	8
第2節 陷穽搜查의 違法性論	10
1. 適法說	10
2. 違法說	12
3. 折衷說	13
4. 小結	14
第3節 陷穽搜查의 法的 性格	15
1. 任意搜查와 強制搜查의 性格	15
2. 見解의 對立	16
3. 陷穽搜查의 必要的 當爲性	18
第3章 陷穽搜查에 대한 比較法的 考察	23
第1節 美國	23

1. 主要判例	23
2. 陷穽搜查에 관한 美國 聯邦大法院 判斷 基準	31
3. 模範刑法草案과 17個 州의 '客觀的 基準說' 採擇	34
4. 小結	34
第2節 獨逸	35
1. 身分偽裝搜查官 投入에 관한 刑事訴訟法의 規定	35
2. 主要判例와 學說	36
3. 法的效果	39
4. 小結	39
第3節 日本	40
1. 主要 判例	40
2. 最近 日本 下級審 判例의 檢討	42
3. 小結	43
第4章 違法한 陷穽搜查의 法的 效果	44
第1節 序言	44
第2節 違法한 陷穽搜查의 法的效果	45
1. 法的效果	45
2. 陷穽搜查에 의하여 蒐集한 證據의 證據能力	48
3. 小結	48
第5章 陷穽搜查의 適法한 統制方案	50
第1節 被教唆者의 刑事責任 否定을 통한 統制	50
1. 序言	50
2. 陷穽搜查의 違法性 與否와의 關係	52
3. 違法한 陷穽搜查의 證據能力	54

第2節 陷穽教唆者の 刑事責任 認定을 통한 統制	64
1. 序說	64
2. 故意의 段階에 따른 陷穽教唆者の 概念範圍	65
3. 共犯의 處罰根據에 따른 陷穽教唆者の 刑事責任	67
4. 共犯論에 의한 陷穽教唆者の 刑事責任	70
第3節 搜查機關 內部的 統制	73
第6章 結 論	77
參 考 文 獻	80

ABSTRACT

A Study on the Entrapment

Lee, Yong Ho

Advisor : Prof. Kim, Jong Goo, Ph.D.

Department of Law

Graduate School of Chosun University

Difficult problems are occurring that against current crimes through complicated and elaborate plans, post-corresponding investigations alone can not restrain crimes and punish against them properly. Therefore, investigational services have come to use a technique of entrapment against covertly and meticulously planned crimes as a pre-measure, which properly and effectively deals with various aspects of crimes that are secretly planned and complicated. However, for the entrapment, investigational services make themselves or others to incite persons to commit crimes to arrest them. However, several problems occurs in its execution.

Therefore, this study is to identify many problems involved in the entrapment, that is, illegality and tolerance field appearing in that the government incites the accused to commit crimes through a deception or

allurement. And for the case the entrapment is permitted, this study examines a few academic assumptions on the tolerance field, its theoretical grounds, ways to control the entrapment out of the tolerance field, and attitudes and precedents of foreign countries centering on American precedents of the entrapment.

Then this study examines several perspectives on the entrapment in our country to confirm the background of revising the Law of Illegal Evidence Collecting Exclusion in Section 2 Article 308, Revised Law of Criminal Procedure and cases of foreign legislation. It is to find some problems of the Law of Illegal Evidence Collecting Exclusion and develop plans to improve it. Based on the results, this study is to speculate whether the entrapment is appropriate for pre-corresponding investigation against very destructive crimes, that is, mutually-agreed crimes such as drugs, smuggling, bribes, prostitution, trade of stolen goods, those without victims or covert crimes.

In conclusion, it is to look at proper ways to control the entrapment and to balance conflicting branches of social defense and guaranty of human rights reflecting social ambivalence.

第1章 序 論

第1節 研究의 目的

전통적인 수사기관의 범죄에 대한 수사방식은 이미 발생한 범죄에 대한 대응 (reaction)적 성격을 유지해 왔으며, 통상 범죄의 단서와 증거를 포착하는 방법으로 시민의 신고·고소·고발 등에 의존해왔다. 그러나 점차 현대에 들어서 범죄의 복잡성과 전문성으로 인해 일상적인 정보망으로는 포착되기 힘든 범죄유형(invisible)들이 계속적으로 발견·증가되었다. 이렇듯 복잡하고 전문적이며 은밀·은폐성이 강한 유형의 범죄들에 대한 수사기관의 대응은 효율적이지 못했고, 여전히 사후대응적인 소극적 방식으로 대응하다 보니 범죄의 예방에 효과적인 대응을 하지 못하였다.

이와 관련하여 ‘수사’(Investigation, Ermittlung)는 일반적으로 ‘범죄의 혐의 유무를 명백히 하여 공소의 제기과 유지 여부를 검증하기 위해 범인을 발견·확보하고, 증거를 수집·보존하는 수사기관의 활동’ 이러한 활동을 법적으로 규제하는 절차를 수사라 한다.¹⁾ 종래의 통설은 수사를 공소를 제기 유지하기 위한 준비로서 범죄사실을 준비하고 범인과 증거를 발견·수집하는 수사기관의 활동이라고 정의²⁾ 하고 있다. 그러나 이러한 수사의 형태는 국가의 존재와 더불어 어떠한 모습으로든 국가의 형벌권을 발동하는 첫 단계³⁾로서의 역할을 담당해 왔으며 수사는 범죄 발생 후 ‘언제, 어디서, 누가, 무엇을, 어떻게 행했나’를 사후적으로 추적하여 실체적 진실을 발견하는 방향으로 진행되었다.

다시 말하면 국가와 국민간의 대립적 관계 형태, 즉 법집행의 공평성과 기본권에 대한 비침해성 및 법집행 자원 활용과 경제성의 확실한 원칙이라기보다 합리적이라고 생

1) 이재상, 「신형사소송법」, 박영사, 2009, 179쪽.

2) 김기두, 「형사소송법원론」, 박영사, 1995, 193쪽; 정영석, 「형사소송법」, 법문사, 1997, 229쪽.

3) 차용석, “수사구조론”, 「월간고시」, 1986년 4월호, 21쪽.

각되어지는 법집행 방법의 발전을 통하여 해결되어져 왔다는 것이다.

이러한 법집행의 발전을 통하여 우리는 국가의 수사 활동을 사후대응적인 것으로 제한되는 법이론과 절차가 확립되어졌다. 하지만 국가와 개인의 문화가 발전하면서 그에 상응하는 범죄 현상도 더불어 발전하게 되었으며 이에 맞서 국가와 사회 공동체도 이러한 범죄를 예방하고 대응해야만 하는 필요성을 가지게 되었다.

이렇게 발전되는 범죄는 과거의 범죄 행태에 비해 더욱더 지능적이고, 조직적이며 일반적으로 외부에 잘 드러내지 않으면서 그 사회나 국가 혹은 개인에게 막대한 피해를 전달하는 것이 특징이며, 점점 더 진화되어가는 형태로 발전되고 있다. 보통 이러한 범죄에는 마약(narcotics), 밀수(contraband), 뇌물(bribery), 매춘(prostitution), 장물(stolen goods)에 관한 범죄 등이 있으며 이는 비교적 '합의적 범죄'(consensual), '피해자 없는 범죄'(victimless)⁴⁾, '은밀한 범죄'(invisible crimes)라고 불리는 범죄들이다.

이와 같은 범죄들은 국가적·사회적·개인적 법익의 침해가 막대하고 그 대응에 있어서도 전혀 효과적이지 못하기 때문에 기존의 사후대응적인 수사방법보다는 적극적인 사전대응적 수사방법이 절실히 요구되고 있는 것들이다.

그리하여 국가기관은 적극적인 수사방법으로써 효과적인 법익보호를 위해 수사기관 또는 그 사주를 받은 자가 자신의 신분을 감추고 사술을 통해 범죄를 유발케 하여 이를 통해 범인을 체포하는 함정수사와 같은 수사 방법을 사용하게 되었다.

그러나 수사의 상당성은 수사의 신의칙과 수사비례의 원칙을 내용으로 한다. 이러한 점에서 범죄를 유발하는 함정수사는 국가가 사술에 의하여 국민을 사술에 빠뜨리는 것이므로 수사의 신의칙에 반하기 때문에 허용되지 않는다⁵⁾고 한다. 현행 헌법 제10조에서 보장하는 인간의 존엄성과 기본적 인권보장을 침해하는 것은 용납될 수 없고, 더불어 헌법 제12조의 신체의 자유를 보장한 것과는 조화를 이룰 수 없기 때문이다.

4) '피해자 없는 범죄'는 오늘날 비범죄화 대상으로 논의되고 있으며 함정수사의 대상이 되는 범죄라고 보기에는 문제가 있다고 생각한다.

5) 이재상, 전거서, 188쪽.

하지만 헌법 제10조와 헌법 제12조에서 보장하는 인간의 존엄성과 기본적 인권보장 및 신체자유에 침해가 사후대응적 수사방법으로 인해 보다 막대한 법익의 피해가 우려된다면 법 감정이나 근본적인 법원칙을 크게 해치지 않는 한도에서 효과적인 수사방법의 수단을 제시할 필요성이 인정되는 것이 현실이다.

따라서 본 논문에서는 법문상, 우리 형사소송법에 "수사에 관하여는 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 조사를 할 수 있다."⁶⁾라고 규정되어 있지만, 그 목적 달성을 위한 절차상의 과정에 하자가 있을 때 허용의 정당성 인정 여부를 판단하고자 한다. 더불어 그 인정 범위 속에 함정수사도 포함되는가 하는 점과, 포함된다면 함정수사의 허용범위와 그 기준 그리고 적법성 및 위법성, 각국의 판례와 학설을 비교 분석하면서 우리 통설과 법원의 판례 입장을 정리해 보고자 한다.

이로써 적법한 함정수사에서 사회방위와 인권보장이라는 상반된 가치의 조화를 실현하고 수사의 신의칙과 수사비례의 원칙을 내용으로 수사의 상당성을 제고하고자 함을 목적으로 한다.

6) 형사소송법, 제199조 제1항.

第2節 研究의 範圍와 方法

합정수사와 관련된 제반 문제들을 살펴보면 우선 위법성 여부의 판단과 위법한 합정수사의 법적 효과로 나눌 수 있으며, 여기서 위법하게 수집된 증거의 증명력이 문제시됨을 알 수 있다. 또한 위법성 판단을 거친 ‘허용된 합정수사’를 수사기관으로 부터 어떻게 적절히 통제할 수 있는가 하는 점도 중요한 논점이다.

먼저 위법성 여부의 판단에 관해서는 합정수사의 위법성과 그 법적효과에 대해 고찰하고자 하며, 합정수사에 관한 각국의 판례와 사례들을 살펴보면서 판단 기준에 관한 여러 학설들을 검토하는 방법을 택하고자 한다. 그리고 위법한 합정수사의 법적효과로서의 피고인에 대한 형벌조각사유, 더불어 허용된 합정수사의 적절한 통제방안을 살펴보고 현재 우리 대법원이 취하고 있는 판례의 입장을 고찰해 보고자 한다.

먼저 실체법적 측면과 절차법적 측면으로 나누어 검토해 보면, 두 가지 측면 모두 위법성 판단을 거친 위법한 합정수사를 어떻게 통제할 수 있는가 하는 문제와 직결됨을 알 수 있다. 우선 실체법적 측면에서 보면 행위자를 범인으로 처벌하기 위하여 범행을 교사하고 미수에 이르기 전에 체포하는 미수의 교사⁷⁾가 문제된다. 이를 다시 절차법적 측면에서 보면 합정수사에 대한 논의는 교사자의 형사책임이 문제시 된다. 이러한 합정수사의 위법성여부에 따른 피교사자의 형사절차상 처벌 적격 여부 문제를 대법원 판례를 기준으로 살펴 논의하고자 한다.

이와 관련해 실체법상 미수교사자의 형사책임의 인정여부를 소송법상 피교사자의 처벌 가능성의 문제와 구별됨을 전제로 하므로 실체법상의 미수에 대한 교사자의 형사책임은 미수교사자의 문제로 피교사자의 처벌과 연결할 필요가 없다고 사료가 된다.

이러한 기본적인 입장을 기초로 하여 제2장에서는 합정수사의 의의와 연혁을 살펴보고, 합정수사의 위법성론 등 이론적 기초를 토대로 임의수사와 강제수사의 법적 성격을 고찰한 후, 합정수사의 필요적 당위성을 논하고자 한다.

7) 성낙현, “합정수사의 가벌성에 관한 실체법적·소송법적 논의”, 「형사정책연구」 제9권 제4호, 1998, 87쪽; 이재상, 「형법총론」, 박영사, 2009, 491쪽.

제3장에서는 함정수사에 대한 각국, 즉 미국·독일·일본의 학설과 판례의 입장을 정리하여, 특히 미국을 중심으로 일찍부터 논의 되어온 각국의 함정수사에 대한 위법성 판단기준과 통제 방안들이 어떠한 방향으로 진행 되었는지 살펴보려 한다.

제4장에서는 위법한 함정수사의 법적효과에 관한 판례의 입장과 학설을 살펴보고 함정수사에 의하여 수집한 증거의 증거능력을 검토하고자 한다.

제5장에서는 함정수사의 적법한 통제방안을 피고사자의 형사책임 여부로 나누어 살펴보고 수사절차에서 경시되기 쉬운 수사상의 신의칙과 인권보호의 중요성을 논하고자 한다.

第2章 陷穽搜查의 理論的 基礎

第1節 陷穽搜查의 意義와 沿革

1. 意義

함정수사란(entrapment, encouragement) 약물범죄나 조직범죄와 같이 은밀히 이루어지는 범죄를 수사하기 위해 수사기관이나 그 의뢰를 받은 자가 신분을 숨긴 채로 범인에게 범죄를 권유하고 실행을 기다려 범인을 체포하고 필요한 증거를 수집하는 것을 말한다.⁸⁾ 그리고 수사기관이나 수사기관의 사주를 받은 정보원등이 시민에게 범죄 기회를 제공하고 시민이 그 기회를 이용하여 범죄를 할 때 체포하는 수사행위⁹⁾를 말하며, 수사기관이 시민에게 범죄를 범하도록 교사한 후 범죄의 실행을 기다렸다가 범인을 체포하는 수사방법¹⁰⁾등으로 정의되어지고 있다.

그리고 제한된 범죄에 대해 수사기관 또는 그 하수인에 의해 진행 된다는 점에서 대상범죄와 주체의 제한은 함정수사의 특징이라고 할 수 있다.

위의 각 정의들은 거의 유사한 개념의 정의를 상호간에 가지고 있음을 알 수 있다. 그러나 한편으로는 이러한 개념 정의와 다르게 광의와 협의로 나누어 보는 개념 정의¹¹⁾가 있다.

광의의 함정수사는 “수사기관이 스스로 또는 정보원을 이용하여 신분을 감추고 행하는 모든 사전대응적이고 기망적인 수사방법”으로 정의되며, 협의의 함정수사는 “수사기관의 기망이나 설득이 없었으면 범죄를 실행하지 않았을 자에 대한 수사기관

8) 신양균, 「형사소송법」, 홍문사, 2004, 71쪽.

9) 배종대/이상돈/정승환, 「신형사소송법」, 홍문사, 2008, 87쪽.

10) 신동운, 「신형사소송법」, 홍문사, 2008, 119쪽.

11) 최영홍, “함정수사”, 「판례월보」 187호, 1986, 4월, 27쪽.

의 범행의 구상과 계획”¹²⁾이라고 하는 정의 개념도 있다. 다시 말하면 협의의 함정수사는 범의유발형 함정수사를 의미하고, 광의의 함정수사는 기회제공형 함정수사를 포함하는 개념이다.

이에 관하여 미국 연방대법원의 다수 의견¹³⁾을 살펴보면 “정부기관이나 그 고용원이 이미 범의를 가진 제3자에게 단순히 범죄를 행할 기회를 제공한 경우와 범죄의 계획이 정부 관리로부터 유래하여, 선량한 사람의 마음 속에 그것이 이식된 경우”의 두 경우가 있다고 하며 전자를 ‘기회제공형 함정수사’라 하고, 후자를 ‘범의유발형 함정수사’라 하고 있다.

우리나라의 대법원 판시에 의하면 협의의 함정수사, 즉 범의유발형만이 위법성이 문제시 되며, 이를 본래의 함정수사라 한다.

“함정수사라 함은 본래 범의를 가지지 아니한 자에 대하여 수사기관이 사술이나 계락을 써서 범의를 유발케 하여 범죄인을 수사하는 방법을 말하는 것이므로 범의를 가진 자에 대하여 범행의 기회를 주거나 범행을 용이하게 한 것에 불과한 경우는 함정수사라 할 수 없다”라고 하거나¹⁴⁾ “함정수사에 의하여 피고인의 범의가 비로소 야기되거나 범행이 이루어진 것이 아닌 경우에는 피고인의 행위가 함정수사에 의한 것이어서 처벌할 수 없다는 주장은 이유 없다.”라고 판시¹⁵⁾함으로써 기회제공형 함정수사를 함정수사의 범위에 포함시키지 않고 있다. 하지만 미국의 경우 범의유발형 함정수사의 경우 범죄가 국가기관에 의해 위법하게 유발된 것이라고 보아 ‘함정의 항변’(Defense of entrapment)을 인정함으로써 실제법적으로 피고사자 또는 피유인자의 무죄의 항변을 인정하고 있지만 우리나라의 통설은 미국 연방대법원의 이론에 따라 함정수사를 기회제공형의 함정수사와 범의 유발형의 함정수사로 나누어 전자는 적법

12) 신현주, 「형사소송법」, 박영사, 2002, 50쪽.

13) Sorrels v. U. S. 287 U. S. 435(1932) ; Sherman v. U. S. 356 U. S. 369(1958) ; U. S. v. Russell 411 U. S. 423(1973).

14) 대판 83. 4. 12, 82도2433; 대판 1992. 10. 27 선고, 92도1377 판결(보건범죄단속에관한특별조치법위반 공1992, 3336).

15) 대판 82. 6. 8, 82도884.

함에 반하여 후자는 위법하다고 보고 있다.¹⁶⁾

그리고 사실상의 관례나 형태를 보면 기수의 단계에서 체포하여 그 죄책을 묻는 것이 대부분이며 미수라고 하더라도 사실상은 미수 규정이 있거나 미수단계를 구성요건으로 한 경우가 대부분이다.

그러나 실행의 단계에서 체포하거나 미수의 교사로 보아 미수의 단계에서 체포한다는 개념요소를 대부분 사용하고 있기도 하다. 그러므로 미수의 교사와 상관성이 있다는 것은 사실이나 결코 미수의 교사만을 의미하는 것이 아니며 그보다 더욱더 포괄적인 개념인 것이다.

2. 陷穽搜查의 沿革

역사적으로 지능화 되어지는 범죄의 변화에 따라 수사 방식도 변화를 거듭해 왔다. 일반적 범죄가 아니라 합의를 통해 이루어지는 범죄에 대한 효율적인 수사방식으로 판단되는 함정수사는 처음에는 주로 정치범 체포를 위한 수단으로 사용 되었으나 오늘날에는 전통적 수사방법으로는 체포나 증거포착이 어려운 마약·밀수·도박·뇌물 등의 범죄 수사에 주로 이용되고 있다.

연혁을 살펴보면, 함정수사가 범죄해결 수단으로 채택되기 시작한 것은 프랑스 대혁명 전 혁명사상이 만연한 상태에서 루이14세가 혁명가나 정치범들을 체포하기 위하여 이용한 정보원인 Agent Provocateur에서 기원을 찾을 수 있다. 그러나 수사기관이 정보원을 이용한 것은 역사적으로 아주 오래 전부터 라고 보이지만 문헌상으로는 영국의 중세법에서 인정된 “Approvement 제도”에서 부터인 것으로 보여 진다.¹⁷⁾

Approvement 제도란 반역죄(Treason)나 중범죄(Felony)에 있어서 그 음모에 가담한 공범자(Approve)가 자신의 죄상을 자백하고 다른 공범자(Appellee)를 고발함으로써 자신의 죄를 용서 받는 것을 인정하는 제도였다. Approvement 제도에서는 고발

16) 이재상, 「신형사소송법」, 박영사, 2009, 189쪽.

17) 김현철, “함정수사에 관한 연구”, 서울대 석사학위논문, 1994, 9쪽.

된 공범자가 유죄임을 판명 되었을 경우 고발자는 용서를 받았으나 무죄로 판명될 경우에는 오히려 교수형에 처해졌다.

이 제도는 정적 제거를 위해 많이 이용되었으며 자기가 고발한 공범자가 무죄가 될 경우에는 자신이 교수형에 처해 졌으므로 그것을 피하기 위해 엉뚱한 증상을 하거나 다른 공범자에게 불리한 증언을 하지 않을 수 없었을 것이므로 그 폐해가 컸다. 그러나 “Approvement 제도”는 정보원을 이용한 제도이기는 하였으나 엄밀한 의미에서는 함정수사와 구별되는 것이다.

또한 제정 러시아의 정적을 제거하기 위한 정쟁에서도 자주 이용되었으며, 독일에서는 19세기 중엽 이래 발달한 수사방법이라고 한다.¹⁸⁾

수사기관이 이와 같은 악덕범죄(vice crime)에 한정되어 사용되었던 기망수단은 이들 범죄에 대한 일반인들의 인식 또한 부정적이어서 수사기관의 기망이용이 별다른 거부감이 없었다. 그러나 미국의 연방대법원이 Sorrels사건¹⁹⁾의 함정향변을 인정한 이후 함정수사의 허용 기준에 대한 논의가 활발히 전개되었으며, 1980년대에 들어 미국의 FBI가 화이트칼라 범죄(white-collar crime)의 전형인 고위공직자들의 뇌물수수에 대하여 ‘ABSCAM’²⁰⁾이라는 기망수사를 전개해 나가자 함정수사의 문제는 법집행의 도덕성과 윤리성의 문제로서 활발한 논의의 대상이 되었다.

현재 우리나라의 경우 마약류사범 수사의 상당부분을 함정수사에 의존하고 있으며 매춘이나 밀수사범 수사에도 많이 이용되고 있다.

오늘날 함정수사가 주로 사용되는 범죄유형으로는 상습절도, 마약, 매춘, 도박, 밀수,

18) 정영철, “함정수사에 관한 법적 고찰”, 「경찰학 논집」 제2권, 경찰대학교, 1978, 121쪽.

19) Sorrels v. United States. 287 U. S. 435(1932).

20) ABSCAM이란 1978년 봄 FBI의 뉴욕주 롱아일랜드(Long Island)지부가 도난당한 미술품과 유가증권을 찾기 위해 아랍부호 2명의 명의로 위장하여 설립한 회사 명칭인 Abdul Enterprises Ltd.의 머릿글자인 ‘Ab’와 사기를 뜻하는 ‘Scam’이라는 단어를 붙여 만든 신조어로서 기망수사 방법을 의미한다. 처음에는 장물거래를 탐지하기 위하여 위장된 기업을 운영하였으나 나중에는 고위 공직자의 뇌물 거래에까지 수사영역을 확대시켜 나가면서 점차 공위공직자에 대한 FBI의 이와 같은 기망수사는 국민들로부터 큰 호응을 받았으며 기망수사에 걸려들었던 고위공직자에게 법원은 대부분 유죄판결을 내렸다. Entrapment through Unsuspecting Middlemen, 95 Harv. L. Rev. 1122, 1136 (1982).

공직자의 뇌물범죄, 장물거래, 밀주제조, 금제품의 매매, 무면허 의료행위, 우편기관의 사기적 이용 그리고 제한적으로 간첩범죄 등을 들 수 있다.

이와 같은 범죄들은 상습적이고 쌍방이 경제적 또는 사실상의 이익을 취득할 수 있기 때문이며, 또 은밀히 비밀리에 수행되고 그들의 행위의 노출을 피하기 위해 교묘한 책략을 사용하고 있어 자신에게 직접적인 피해가 없는 국민들은 비록 그 범죄들을 증오 하더라도 자발적이고 적극적으로 수사에 협조하고 개입하려 하지 않으며 또한 이들 범죄들은 계속적이고 조직적으로 행해지는 경우가 많기 때문에 함정수사의 영역도 계속 확대되고 있는 추세이다.

전통적 유형의 범죄도 그 범행 기술이 발달함에 따라 전통적 수사 방법으로는 대응이 불충분하므로 전통적 유형의 범죄 영역에도 함정수사가 확대될 가능성은 충분히 존재한다고²¹⁾ 할 것이다.

第2節 陷穽搜查의 違法性論

1. 適法說

사회를 방위하여야 한다는 견지 하에, 일상적인 수사기법으로는 범인을 검거하기 곤란한 범죄에 대응하고 검거하기 위해 일정한 사술을 사용하여 증거를 수집·확보하고 그에 수반하여 기망적인 방법을 이용하였다 하더라도 이는 수사의 목적달성을 위해 필수적으로 수반되어야 한다는 견해이다.

때문에 수사의 필요성으로 함정을 통한 범죄인의 검거라는 방법이 이용된 것은 전혀 별개의 논의이며 설사 범의를 유발당한 범인이라도 실행한 범죄가 자신의 의지에 기인한 이상 이를 처벌하는 것에는 아무런 문제가 없다고 본다.

적법설은 함정수사의 정당성의 근거를 공공질서 및 공공복지에 대립하는 범죄를 제

21) 김현철, 전계논문, 9-11쪽.

거한다는 목적의 정당성 · 수사방법의 합목적성 등에서 찾고 있다. 범죄는 공익에 반하는 것이므로 함정수사에 의하여 피의자의 권리가 어느 정도 침해된다 하더라도 이는 헌법 위반이 되지 않는다는 것이다.²²⁾

일본 최고재판소는 “타인의 유혹에 의해 범의가 발생하거나 강화된 자가 범의를 실행한 경우 그 유혹자가 경우에 따라서는 마약취체법 제53조²³⁾와 같은 규정의 유무에 관계없이 교사자 또는 중범으로 책임을 지는 것은 별론으로 하고, 그 타인인 유혹자가 사인이 아니고 수사기관이라는 한 가지 사실만을 가지고 그 범죄실행자의 구성요건해당성 · 위법성 · 책임을 조각하거나 공소제기의 절차규정에 위반하거나 공소권을 소멸시키지 않는다는 것은 다언을 요하지 않는다.”²⁴⁾라고 판시하였다.

이와 관련하여 종래 일본의 판례는 ‘범의유발형’ 과 ‘기회제공형’ 을 가리지 않고 모든 함정수사를 용인하는 태도를 취하고 있었다. 그러나 이후의 하급심 판례와 학설의 압도적 다수는 미국의 주관적 기준설의 논지를 수용하여 함정수사를 기회제공형과 범의유발형으로 구분하고 전자는 적법, 후자는 위법이라고 보고 있다.²⁵⁾

기회제공형 함정수사의 경우 그 허용요건에 대해서는 첫째 범죄의 혐의가 존재할 것, 둘째 대상 범죄가 조직적 · 상습적으로 행해져 피해법익이 중대할 것, 셋째 함정수사의 방법을 취해야 할 필요성이 특별히 강하고 그 방식 이외에는 달리 대체할 효과적인 수사수단이 없을 것, 넷째 함정수사의 수단이 정책적 · 정치적으로 악용 · 남용될 위험이 없을 것 등이 제시되고 있다.²⁶⁾

이와 같이 일본의 판례는 경우에 따라 요건을 구비하여 함정수사를 일정 부분 허용하는 태도를 취하고 있다.

22) 김기두, “함정수사”, 「월간고시」, 83. 7, 100쪽.

23) 현행 일본 마약취체법 58조.

24) 日最判, 昭和 28. 3. 5 判決, 形集, 7권 3호, 482면.

25) 東京高裁, 昭和 57. 10. 15 判決, 判例時報, 1095호, 155면; 同庚高裁, 昭和 62. 12. 16 判決, 判決タイムス, 667호, 269면 참조.

26) 三井 誠, 刑事訴訟法(1), 1997, 90-91면 참조.

2. 違法說

합정수사의 위법성판단 기준은 미국 연방대법원의 1932년 Sorrells 사건에서 주관적 기준설과 객관적 기준설의 대립에서 시작되었다. 주관적 기준설은 미국연방 대법원의 다수 의견으로 범인의 내심 또는 주관적인 심리상태, 즉 사전 범의의 유무를 합정 기준으로 삼아 합정수사의 유무를 판단한다는 이론으로 ‘범인의 내심에 의한 범의 유발’ 이라고 할 수 있다. 그리고 수사기관의 행위는 그 판단기준이 될 수는 없다는 이론이다.

객관적 기준설은 수사기관이 행한 합정행위의 정당성, 즉 ‘법 집행의 객관적 정당성’ 을 합정의 기준 척도로 삼아 합정수사의 유무를 판단하는 이론으로 이때 수사기관이 사용한 기망 수사방법 그 자체만을 합정수사의 판단 기초로 하고 범인에게 존재하는 범의는 합정수사를 판단하는데 전혀 고려하지 않는다.

합정수사는 법을 지키고 집행해야 할 국가기관이 사술·계략 등 기망적 수사방법을 사용하여 선량한 시민을 범죄에 몰아넣는 행위로서 인간의 존엄과 가치 및 행복추구, 사생활의 비밀과 자유 등 헌법상 보장된 인간의 기본적 권리 및 이를 두텁게 보호하기 위한 적법절차의 원리를 정면으로 침해하는 행위이므로 어떠한 경우에도 그 정당성을 인정받을 수 없다고 하는 견해²⁷⁾이다.

일본의 하급심 판례 중에는 “합정수사는 국가가 한편으로는 유혹에 걸리기 쉬운 자를 유인하여 범죄를 실행시켜 범인을 제조하면서 이를 체포하여 당당하게 처벌한다는 점에서 비난을 면할 수 없고 그러한 조치를 긍정하여 피고인의 행위를 처벌한다는 것은 개인의 존엄성을 인정하는 헌법의 정신에 반한다.” 고 하여 무죄판결로서 위법성을 인정²⁸⁾하고 있다.

27) 합정수사에 관한 위법설의 논거는 합정교사자의 형사책임에 관한 가벌설의 논거와 대체로 일치하고 있으나, 합정교사자의 가벌설 문제는 실체법적 견지에서 해결하여야 할 문제로서 소송법적으로 합정수사의 위법성이 곧 합정교사자의 가벌성과 연결되는 것은 아니라고 하여야 한다; 김현철, 전제논문, 54쪽.

28) 日本横浜地裁 51. 6. 19 ; 日東京高判 52. 7. 29. 이 판례들은 일본의 판례로서는 드물게 합정수사

3. 折衷說

최근 우리 대법원과 미국 연방대법원의 판례 입장을 보면 위법 수집한 증거에 관한 견해가 위법 수집된 증거의 증명력을 부인하고 위법한 함정수사에 관한 명확성을 요구하는 입장이다.

절충설의 입장에서 보면 국가가 사회방위를 위해서는 합목적적 관점에서 적절한 범위 내의 기망수단을 사용하는 것은 바람직한 일은 아니지만, 현실적으로 특수한 형태의 범죄에 대응하기 위한 함정수사는 허용되어야 한다는 결론에 이른다. 이로 인해 범인 검거방법으로 적절한 범위 내의 기망적인 방법의 필요성을 인정하게 되었다.

그러므로 절충설은 기망적 방법을 이용한 수사라도 이미 범죄를 결의하고 실행하고 있는 자에게 범죄의 기회를 제공한 거에 불과한, 즉 기회제공형인 경우에는 위법하지 아니하고, 전혀 범의가 없는 자에게 사술을 이용하여 새로이 범의를 갖도록 만든 경우 즉 범의유발형의 경우에는 이를 위법하다고 보는 견해이다.²⁹⁾

우리 대법원은 “소위 함정수사라 함은 본래 범의를 가지지 아니한 자에 대하여 수사기관이 사술이나 계략 등을 써서 범의를 유발케하여 범죄인을 검거하는 수사방법을 말하는 것이므로 범의를 가진 자에 대하여 범행의 기회를 주거나 범행을 용이하게 한 것에 불과한 경우에는 함정수사라고 말할 수 없다.” 고 판시하고 있으며 범의를 유발한 경우만을 함정수사로 봄으로써 절충설의 입장에 취하고 있다³⁰⁾고 볼 수 있다. 이 이론은 미국 판례 이론에 의해 제시 되었으며, 우리나라의 다수설은 이 견해의 입장을 취하고 있다.

를 정면으로 위법하다고 보고 있는 경우이다.

29) 이 견해에 따르면 기회제공형 함정수사가 적법하고 이에 의해 검거된 피교사자가 처벌된다는 것은 의문이 없으나, 범의유발형 함정수사의 경우에는 함정에 걸린 피교사자의 처벌문제에 대해 견해가 나누어지고 있다. Agent provocateur 이론의 영향을 받은 대륙법계 국가들은 피교사자가 당연히 처벌되어야 한다고 보는데 반해 미국의 판례 이론은 함정에 걸린 자에게 일정한 경우 함정의 항변을 인정함으로써 피교사자를 구제 하려는 태도를 취하고 있다.

30) 大判 83. 4. 12, 82도2433; 大判 87. 6. 9, 87도915; 大判 92. 10. 27, 92도1377.

4. 小結

우리 형사소송법 제199조 제1항에는 “수사에 관해서는 그 목적을 달성하기 위해서 필요한 조사를 할 수 있다” 라고 규정하고 있다. 이는 함정수사 방법 이외에는 해결하기 어려운 범죄에 대한 실체 진실의 발견이라는 형사소송법상의 대원칙과 이를 통해 국가적 사회적 개인적 법익의 침해가 큰 범죄의 범인을 검거 함으로써 사회방위에 기여하는 합목적적 관점에서 그 정당성이 인정될 수 있다. 하지만 이러한 수사방법이 아무런 법적 통제 없이 인정될 경우, 수사기관 자의에 의해 헌법상 보장되고 있는 기본적인 인권이 침해될 우려가 크다는 점에서 이를 무제한적으로 인정할 수는 없는 것이다.

그래서 형사소송법 제199조 1항의 조문 하단에는 “강제처분은 이 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 필요 한도의 범위 안에서만 하여야 한다.” 라고 규정함으로써 인권침해의 최소화를 위해 필요한 조치를 하였지만 그것만으로는 수사기관의 적법절차 기준을 제시하지는 못하고 있다.

함정수사는 함정의 항변이 인정되는 기회의 제공과 함정의 항변이 인정되지 않은 범의의 유발이라는 관점으로 나누어 볼 수 있지만, 함정수사의 필요성과 타당성의 견해에서 함정수사의 기망적 수사방법 정도의 범위 한계성을 살펴 볼 필요가 있다. 개인의 인권보장 및 사회질서의 유지라는 상충된 가치를 종합적으로 고려하여 합목적적으로 판단함이 바람직하다고 하겠다.

그러므로 함정수사는 기존의 전통적인 수사방법으로는 그 목적 달성이 어려운 은밀하고 치밀한 범죄를 수사하기 위한 경우 그러한 범죄가 이미 실행되고 있거나 실행되어지려고 하는 구체적인 혐의가 있는 경우에 범죄계획을 사전인지 후 증거를 수집 확보하고 범인을 체포, 기소하는 수사목적 달성을 위해 필요 최소한도의 범위 내에서 필요한 최단시간 내에³¹⁾ 위의 요건을 충족한 국가기관의 적시 적절한 행위는 함정수사의 적법을 인정하여야 한다고 사료된다.

31) 수사의 개시로부터 범행의 실행까지 과다한 시간이 소요된 경우 함정수사행위는 위법한 것으로 추정된다고 한다; 안강민, “함정수사에 관하여”, 「검찰」 1974, 8, 199쪽.

第3節 陷穽搜查의 法的 性格

1. 任意搜查와 强制搜查의 性格

함정수사는 은밀하고 조직적인 범죄에 대항하기 위해 사전대응적 방법으로 사용된 수사의 방법이다. 특히 간첩수사나 마약사범에서는 침해되는 법익의 정도가 크고 범행이 은밀하고 조직적으로 행해지기 때문에 통상의 수사방법으로는 범인을 검거하는 데 어려움이 있다는 점에서 사전대응적이고 효율적인 함정수사의 방법을 사용하고 있다. 하지만 이러한 범인의 검거에 어려움이 따른다고 하여 범죄를 수사하고 방어하는 수사기관이 사술과 기망을 통한 함정을 이용하여 국민을 범죄에 빠지게 하고 함정에 빠진 국민을 국가가 처벌하는 것은 수사의 신의칙상 문제가 된다. 현행법상 함정수사 허용규정은 없다. 따라서 함정수사가 강제수사라고 한다면 강제수사 법정주의에 의하여 함정수사는 위법하다고 해야 한다. 그러나 함정수사에 의하여 개인의 인격적 자율권 내지 인격의 자유로운 발전의 권리가 침해된다고 할지라도 권리의 개념 자체가 유동적이라 하는 점을 고려하면 모든 함정수사를 강제수사로 보아 강제수사 법정주의를 근거로 함정수사를 위법하다고 볼 것은 아니라고 한다.³²⁾ 따라서 함정수사는 임의수사로 해석하고 헌법상 보장되는 인격적 권리를 침해하거나 위험을 유발하게 할 때 비로소 위법하다고 할 것이다.

수사에 있어서 당사자주의적 소송구조를 구현하기 위해 가급적 임의수사를 원칙으로 하며 임의수사란 임의적인 조사에 의한 수사 즉, 강제력을 행사하지 않고 상대방의 동의나 승낙을 받아서 행하는 수사를 의미 한다³³⁾고 한다. 이에 반하여 강제수사는 형사절차에서는 사실 해명 활동을 강제 처분이라 하며 특히 수사절차에서 수사기관이 행하는 강제처분을 강제수사라고 한다.³⁴⁾

32) 이재상, 전계서, 188쪽.

33) 이재상, 상계서, 212쪽.

34) 신양균, 「형사소송법」, 홍문사, 2004, 140쪽.

임의수사는 강제력을 수반하지 않으므로 시민의 생활 이익에 침해를 주지 않으며 형사소송법상 명문의 근거가 없더라도 원칙적으로 자유로이 행할 수 있고 그 처분의 내용도 비유형적이다. 단, 임의수사도 형사절차의 일부를 구성하는 만큼 적정절차의 이념에 의한 법적 규제를 받지 않을 수 없기 때문이다.³⁵⁾

그리고 강제수사는 형사소송법 제199조 제1항의 단서에서와 같이 법적 근거와 필요한 최소한도의 규제가 있다. 그래서 현행 형사소송법은 ‘구속·압수·수색·검증·증거보전·증인신문의 청구·공무소에의 조회’ 등 특별한 규정을 두고 있으며, 이와 같은 것도 필요 최소한도의 범위 내에서 행하여야 한다.

이렇게 임의수사와 강제수사의 차이점 때문에 함정수사를 강제수사라고 한다면 영장청구, 위법수집증거배제 등 엄격한 절차와 명문의 근거 규정이 요구된다고 할 것이지만, 임의수사라 한다면 근거 규정과 엄격한 절차가 요구되지 않는다.

2. 見解의 對立

(1) 형식설

형식설은 우리나라 종래 다수설의 견해로 법에 규정되어 있는가를 중심으로 형사소송법이 명문으로 규정하고 있는 경우만을 강제수사로 보려는 입장이다.³⁶⁾

형식설은 살펴보면 ‘상대방에 대하여 직·간접의 물리적 강제력을 행사하거나 또는 의무를 부담하게 하는 경우’를 강제처분으로 보며 이에는 형사소송법상 명문규정이 있는 ‘구속(형사소송법 제201조 이하)·압수·수색·검증(형사소송법 제215조 이하)·증거보전(형사소송법 제184조)·증인신문의 청구(형사소송법 제221조의 2)·

35) 진계호, 「형사소송법」, 형설출판사, 2004, 235쪽; 김기두, “임의수사와 인권보장” (고시연구 1983, 4), 25쪽; 백형구, “임의수사의 본질과 한계” (고시계 1982, 11), 114쪽.

36) 강구진, 「형사소송법원론」, 학연사, 1982, 180쪽; 김기두, 「형사소송법」, 박영사, 1987, 204쪽; 차용석, 「형사소송법」, 박영사, 1997, 106쪽.

공무소에의 조회(형사소송법 제199조 제2항) 등이 포함된다.

그러나 형식설 입장에 의하면 과학기술의 발달에 따라 새로이 등장한 수사방법 즉, 감청·사진촬영·비디오촬영·거짓말 탐지기의 사용·DNA검사 등과 같은 새로운 수사방법의 대두에 따른 인권침해의 가능성에 대처하지 못한다는 흠을 안고 있다.³⁷⁾

(2) 실질설

실질설의 견해에 따르면 개인의 의사에 반하고 기본적인 자유권을 침해하거나 배제할 가능성이 있는 함정수사는 강제처분에 포함될 수도 있다는 견해이다.

그 구체적인 기준에 따라 견해의 대립이 있다. 즉 이 견해는 수사기관의 권한 행사에 초점을 맞추는 태도이다. 이에 반하여 강제수사의 유무를 상대방의 의사여하에서 구하려는 견해가 있다. 이에 따르면 강제수사는 상대방의 의사에 반하여 실질적으로 그의 법익을 침해하는 처분을 말하며, 반대로 상대방의 법익침해를 수반하지 않는 수사는 임의 수사라고 본다.³⁸⁾ 이로써 실질설은 형식설이 갖는 미비점을 보완하여 실질적 기준을 제시한다.

(3) 적법절차 기준설

수사기관의 처분이 헌법상 개별적으로 명시된 기본권을 침해하거나 또는 명시되지 아니 하였더라도 법공동체가 공유하고 있는 최저한도의 기본적 인권마저도 침해할 우려가 있는 것인 때에는 강제처분으로 보아 영장주의를 비롯한 법적규제를 받게 하고 그와 같은 최소한도의 요구범위에 들지 않는다면 임의 수사라고 보는 것이 타당하다.³⁹⁾

37) 신동운, 전계서, 155쪽.

38) 이재상, 전계서, 209쪽; 이영란, 「한국형사소송법」, 나남출판, 2007, 262쪽; 임동규, 「형사소송법4판」, 법문사, 2006, 162쪽; 진계호, 「형사소송법제2판」, 형설출판사, 2004, 237쪽.

현행 형사소송법이 강제수사에 대한 사법적 억제라는 차원에서 영장주의 원칙을 채택하고 있으므로 영장의 요부라는 목적적 관점에서 수사의 내용을 고찰하여 강제 유무, 법적 의무부과의 여부, 법익침해의 유무 등을 구체적·실질적으로 판단해야 한다는 견해⁴⁰⁾도 적법절차기준설의 범주에 속한다. 즉 임의수사와 강제수사를 구분하는 기준으로 적법절차를 제시하는 입장이다.

이러한 기준으로 강제수사와 임의수사를 구분하게 되면 강제수사를 형사소송법에 규정되어 있는 수사처분에 한정하게 되는 폐단을 방지할 수 있고 새로운 수사방법의 등장에 탄력적으로 대응할 수 있으며 강제력의 유무나 상대방의 의사의 제압과 같은 평면적 기준이 제시하지 못했던 실질적 규제원리를 획득할 수 있다는 것을 그 이유로 한다. 그러나 이 설에 의하면 수사기관의 적법절차 준수 여부를 다양한 요인을 고려하여 판단함을 전제로 하므로 임의수사와 강제수사의 명확한 구별기준을 제시하지 못함을 아쉬움으로 남는다.

3. 陷穽搜查의 必要的 當爲性

(1) 서론

전술한 바와 같이 마약범죄나 간첩범죄 등 법익의 침해가 크고 피해자가 없으며 범행이 조직적이고 범죄가 상습적으로 행하여진다는 점에서 효율적인 사전대응적 방법으로 함정수사의 필요성이 제기되고 있다. 하지만 이러한 적극적인 수사기법은 현재 우리나라의 광범위한 법 감정과도 맞지 않아 아직은 도입에 대한 논의조차 미약하다.⁴¹⁾ 마약과 매춘수사에서 시작된 함정수사는 현재 여러 영역에서 사용되어지는데, 특히 피해자가 없고 소수의 이해관계자간의 은밀한 거래와 관련된 뇌물범죄 수사에 사용되고

39) 배종대/이상돈/정승환, 전계서, 218쪽; 신동운, 전계서, 156쪽.

40) 백형구, “임의수사의 본질과 한계”, 「고시계」, 1982, 11, 113-114쪽.

41) 성운환, “함정수사에 관한 연구”, 중앙법학 제9집 제4호, 2007, 180쪽.

있다. 마약범죄는 범행이 외부에 드러나지 않고 관련자 상호간의 이해관계가 일치하여 내부자의 제보에 의하지 않는 한 수사기관이 범죄정보를 입수하기가 곤란하다. 우리 수사기관의 마약범죄의 첩보를 입수하는 경로는 자체 범죄정보실에서 생산하는 방법과 관련자의 제보에 의하여 획득하는 방법 그리고 외부기관에서 이첩 받는 방법 등이 있고, 단순 투약자를 검거하여 전체적인 공급망을 검거하기 위한 범죄인의 이용방법 등이 있다. 이 같은 방법으로 입수한 첩보도 단순한 풍문이나 추측에 불과한 것들이 대부분이고 상당한 근거가 있는 첩보라고 하더라도 위와 같은 마약 범죄의 특성으로 인해 수사를 통하여 전모를 밝혀내는 것은 지극히 어려운 일이다. 또한 대법원 2005도 1247 판결은 위법한 함정수사에 기한 공소제기의 효력이 무효임을 명백히 증명해 주는 판결로 “범의를 가진 자에 대하여 단순히 범행의 기회를 제공하거나 범행을 용이하게 하는 것에 불과한 수사방법이 경우에 따라 허용될 수 있음은 별론으로 하고, 본래 범의를 가지지 아니한 자에 대하여 수사기관이 사술이나 계략 등을 써서 범의를 유발하게 하여 범죄인을 검거하는 함정수사는 위법함을 면할 수 없고 이러한 함정수사에 기한 공소제기는 그 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당한다.”⁴²⁾라고 판시하여 범죄인의 범의를 유발한 함정수사는 위법이라고 하였다. 이러한 조직적이고 은밀하게 이루어지는 범죄를 방어하고 수사의 실체적 진실을 밝히기 위해서는 객관적인 증거의 수집을 보다 용이하게 하기 위하여 수사기관의 적극적이고 사전대응적인 수사방법을 폭넓게 인정해 주는 것이 필요하다.

(2) 마약범죄 수사 기법을 통한 함정수사 고찰

이번 장에서는 마약범죄에 있어서 그 경향이 점차 조직적이고 지능적일 뿐만 아니라 범행이 교묘하고 은밀히 행해지기 때문에 사전대응적으로 사용되어지고 있는 수사기법을 살펴보고자 한다. 마약수사에 가장 흔하게 동원되는 기법 중의 하나로 양도수사 즉, 위장거래를 들 수 있다. 이는 수사기관이 마약매수자를 가장해 수사를 벌이는 방

42) 대판 2005. 10. 28 선고, 2005도1247 (마약류관리에관한법률위반(향정)) 판결.

법으로 이때의 마약은 국내에 있는 것으로 한정된다. 이 같은 방법은 최근 마약의 거래 방법은 휴대전화를 이용하여 매수자에게 접촉 장소를 지정하는 등 한층 교묘해지고 있어 이러한 위장거래를 활용해 피의자를 검거하는 효과적 수법이다.

던지기는 검거된 마약사범이 ‘선처’ 또는 ‘형의감경’ 등의 목적으로 또 다른 마약사범 조직의 범죄사실을 수사기관에 제보하는 수법이다. 이는 검거 또는 지명수배 중인 범죄자가 수사기관에 중요한 정보를 제공하였을 경우 정상을 참작하여 감형하여 주는 플리바긴(Plea Bagain) 수사기법을 악용한 것으로 선처 외에도 상대조직원을 제거하거나 마약시장을 장악하려는 목적으로 사용되기도 한다. 던지기 수법은 무고한 시민을 마약범죄에 끌여 들일 수 있다는 점에서 문제가 있다.

다음으로 통제배달(Controlled Delivery)이 있다. 이는 마약이 적발된 중간지점에서 운반책을 체포하거나 증거물을 압수하는 대신 마약이 최종목적지에 도달할 때까지 감시함으로써 배후자, 조직, 자금원 등 마약유통의 전모를 밝히는 수사기법이다. 이와 같이 이러한 범죄에 대처하기 위하여 수사기관은 함정수사와 같은 보다 적극적인 수사방법을 강구할 수밖에 없는 실정이다.

(3) 마약범죄 함정수사의 실증적 사례

1) 경찰 계략에 빠져 마약을 투약한 사례⁴³⁾

경찰정보원인 임씨는 구치소에 수감된 지인을 구하기 위해 경찰을 만났다가 “마약사범 검거에 협력하면 도와주겠다.” 는 말을 듣고 마약 전과가 김씨에게 접근했다. 김씨가 ‘돈이 없다’ 고 하자 임씨는 경찰관으로부터 공작금 50만원을 받아 “이 돈으로 마약을 사라” 며 건네줬고 결국 집요한 유혹에 넘어간 김씨는 임씨가 준 돈으로 마약을 사서 여관에 투숙하여 히로뽕을 투약하다 검거된 사례로 대법원은 피고인 김씨가 당초 히로뽕을 투약할 생각이 없었는데 경찰관의 지시를 받은 임씨가 집요하게 히로뽕을 사

43) 대법원, 2007. 10. 28 판결.

달라고 요청했으며 구입대금도 경찰관이 낸 사실 등을 인정하고 이 사건은 경찰관과 임씨가 공모한 계략에 의한 함정수사로 유발된 범죄라고 판시했다. 그러므로 경찰과 그 정보원이 계략을 짜서 마약전과자에게 접근하여 집요하게 마약을 사도록 유인해 검거한 행위는 위법한 함정수사이므로 기소자체가 무효라고 하였다.

2) 피고인을 기회제공형과 범의유발형으로 구별하여 처벌한 사례⁴⁴⁾

대법원은 피고인이 기회제공형 함정수사에 의해 유인된 것으로 인정받기 위해서는 수사기관과 직접 관련이 있는 유인자가 피유인자(피고인)와의 개인적인 친밀관계를 이용하여 피유인자의 동정심이나 감정에 호소하거나, 금전적·심리적 압박이나 위협 등을 가하거나, 거절하기 힘든 유혹을 하거나 또는 범행방법을 구체적으로 제시하고 범행에 사용될 금전까지 제공하는 등 과도하게 개입함으로써 피유인자로 하여금 범의를 일으키게 하여야 하는 정도에 이르러야 하는 것이므로 유인자가 수사기관의 공작은 물론 수사기관의 별다른 개입 없이 포상금 획득 등 사적인 동기에 기하여 피고인을 유인하고, 더욱이 피고인에게 단순히 10여 차례에 걸쳐 “아는 여자가 필로폰을 구입하려고 하니 구매 달라.” 라는 부탁을 하였을 뿐이라면 유인자가 수사기관과 직접적인 관련을 맺은 상태라고 볼 수 없음은 물론이고 수사기관이 사술이나 계략 등을 사용하였다고도 볼 수 없는 것이므로 범의 없던 피고인이 유인자의 유인으로 인하여 범의가 유발되었다 하더라도 이는 수사기관에 의한 위법한 함정수사에 해당한다고 할 수 없다고 하였다.

3) 수사협조 핑계 마약 밀수입 처벌 사례⁴⁵⁾

2007년 10월 경찰 정보원인 마약전과자 김모씨는 중국의 마약판매책 최모씨로 부

44) 대법원, 2006도3464 판결.

45) 대법원, 2008도5854 판결.

터 국내에 갖고 있는 필로폰 500g을 급히 처분해 달라는 연락을 받고 경찰과 협조해 마약 위장거래를 하기로 했다. 07.11월 김씨는 서울의 모 커피숍에서 경찰과 함께 마약운반책을 기다렸으나, 정체불명의 택배원이 “중국에서 택배가 왔다” 며 마약이 든 상자를 건네자 김씨가 수령을 거부하며 실랑이를 벌였다. 이때 중국에서 밀반입된 마약거래가 있다는 첩보를 받고 따로 잠복하고 있던 검찰 마약수사관들에 의해 김씨는 현행범으로 검거 되었다. 김씨는 경찰수사를 돕던 중, 역으로 최씨의 ‘던지기’ 수법에 당했다며 억울함을 호소하였으나 조사결과 김씨가 마약의 양이 당초 받기로 한 500g에서 부족하자 잔량을 채우기 위해 최씨에게 실제로 마약을 국내로 보내도록 한 사실이 드러났다. 재판부는 “수사기관의 마약위장거래 수사는 국내에 소재한 마약만을 대상으로 해야 하는데 김씨가 중국에서 마약을 밀반입한 점은 수사목적의 한계를 넘어 그 자체로 위법” 이라고 판결했다. 또한 김씨가 필로폰을 제3자에게 보내게 하고, 그를 검거하고자 했다면 이는 새로운 범행을 유발하는 불법인 ‘던지기’ 에 해당되고 김씨가 최씨의 던지기 수법에 역공 당했다 하더라도 필로폰의 국내 반입은 그 자체로 위법하다고 판시했다. 덧붙여 재판부는 김씨의 밀반입 계획을 들은 형사가 계획에 반대했는데도 그대로 추진해 김씨가 수사기관의 통제를 벗어났다고 판단했다.

위 사례는 수사기관의 합법적인 위장거래 수법과 불법인 마약사범의 던지기 수법이 한꺼번에 나타난 보기 드문 사건으로 합법적인 마약수사와 합정수사, 던지기 수법 등에 대한 기준이 되는 사건이다.

第3章 陷穽搜查에 대한 比較法的 考察

第1節 美國

1. 主要判例

(1) Sorrels 판결⁴⁶⁾

미국 연방대법원의 함정수사에 대한 함정항변을 인정한 미국 내의 최초 판결로서 사건의 개요를 살펴보면 다음과 같다. 연방 금주단속관(Federal Prohibition Agent)인 Martin은 어느 마을에 들러 우연히 만난 세 사람을 통해 Sorrels을 알게 되었고 그들은 대화 도중 동일한 육군부대 전우였음을 알게 되었다.

이후 친숙해진 분위기속에 Martin은 Sorrels에게 술을 구할 수 없겠느냐고 물었고 Sorrels은 가진 술이 없다고 대답하였다. 그러나 얼마 후 Martin은 두 번째로 술을 요청하였고 동일한 대답을 들었다. 그 후 대화는 약 1시간 40분 동안 진행되었고 Martin이 세 번째로 술을 마시고 싶다고 요구하자 Sorrels은 구해 보겠다고 하고 밖으로 나가서 1/2갤런(Gallon)의 위스키를 가지고 왔으며 Martin은 5달러에 술을 구입하면서 Sorrels를 금주법 위반을 이유로 체포하였다.

체포 후 Sorrels는 주류의 소지 및 판매를 금지한 금주법위반으로 기소되었다. 이전에 Sorrels에게 금주법 위반의 전과는 없었으며, 함정에 관한 배심원 지도 없이 1심에서 징역 8월이 선고되었고 항소심 판결은 “범행 권유의 목적은 범죄적 행태에 임하고 있는 자들을 탐지하는데 있는 것이지 범죄행위를 만들어 내려는데 있는 것이 아니

46) Sorrels v. U. S. 287 U. S. 435 (1932) 판결; 박정희, “陷穽搜查의 違法性 判斷基準 및 統制方案”, 2002, 충북대학교 법무대학원 석사 학위 논문 20~22쪽.

다.” 라는 원칙을 내 세우면서도 “비록 떳떳하지 못한 권유라 하더라도 이것이 형사 법규위반에 대한 항변으로 원용될 수는 없다.” 라고 하면서 Sorrels의 함정항변을 배척하고 원심판결을 인용하였다.⁴⁷⁾

이 사건에 있어서 연방대법원은 “금주법 위반으로 피고인이 기소된 이 범죄는 금주 단속관에 의하여 교사되었다는 것과 그것은 금주단속관의 목적의 소산이었다는 것, 피고인의 범행을 저지르려는 사전범의는 없었고, 피고인은 근면성실하고 착한 사람이며, 금주단속관의 반복적이고 끈질긴 간청에 의해 유인되었고 금주단속관은 전우로서 상호 전투개념을 회상함으로써 생긴 감정을 이용하여 유인에 성공한 것이다.”⁴⁸⁾라면서 이와 같은 사실의 인정에 의해 연방대법원은 함정항변을 기각한 제4순회 항소법원의 판결을 파기 하면서 “수사기관 또는 그 정보원이 단지 범행의 기회를 제공하거나 범행을 용이하게 하는 것은 일반적으로 허용되고 있다. 또한 수사기관은 범죄 행위에 개입된 자를 체포하기 위해 기망이나 계략의 방법을 사용할 수도 있는 것이다. 이러한 방법은 때로는 법을 집행하는데 있어서 불가피한 것이며, 허용된 기망이나 계략의 목적은 범죄계획을 폭로하고 범인을 체포함에 있다. 그러나 범의가 법집행기관에서 유래하여 법집행기관이 선량한 사람의 마음속에 범죄적 구도를 심어주고 그들을 기소하기 위해서 범죄로 유도하였을 경우에는 문제가 다르다. 부당한 교사에 대해서는 무죄판결이 구제 방법이며 배심원에 함정항변을 제출하지 못한 재판은 재심을 요한다.” 라고 판시했다. 여기서 “함정수사의 항변이란 수사관의 기망이나 설득이 없었다면 범죄를 범하지 않았을 것이라고 인정되는 자를 범죄에 관여하게 하기 위하여 수사관이 적극적인

47) 항소심 판결에서 Park 판사는 다음과 같은 재미있는 비유를 하면서 원심판결을 인용하였다. “Sorrel의 함정에 빠졌다는 항변은 마치 이 세상의 역사와 맞먹는 오랜 변명의 반복 즉, ‘뱀이 나를 유혹 하였습니다. 그래서 사과를 따 먹었습니다.’ (창세기 3장 14절)라고 하는 것과 마찬가지로이다. 이러한 변명은 위대한 범수여자인 하나님으로부터도 받아들여지지 않았고, 또한 우리가 유혹자의 성격이나 행위를 어떻게 평가하고 판단하든 간에 그러한 변명은 지금까지 한번도 범죄를 가려주거나 범죄자에게 면책특권을 부여하는데 이용된 적이 없다. 따라서 기독교 윤리상으로는 물론이고 모든 문명국의 법에 의하더라도 그러한 항변이 결코 용인될 수는 없다고 할 것이다.” (notes and comments) The Constitutional States of the Entrapment Defense. 74 Yale L. J. 942 (1965).

48) 유인창, “함정수사의 법적 효력에 관한 연구”, 2005, 527쪽.

작용을 하거나 계획을 세웠다는 항변을 말하였다” 49)고 한다.

다시 말하면 ‘주관적 기준설’에 따라 범의유발형 함정수사의 경우 피고인에게 무죄의 항변을 인정하는 것이다. 수사요원이 피고인의 마음속에 범의를 이식하고 범행을 유혹, 교사한 경우에는 함정수사에 기초한 무죄의 항변이 성립하며, “범죄 실행의 기회 또는 편의”를 제공한 경우에는 그 항변이 인정되지 않는다는 것이다.

이 경우 핵심적인 기준은 “제기된 쟁점과 제출된 증거에 비추어 보았을 때 피고인이 범하였다고 주장되는 범죄가 정부 관리의 창조적 활동의 산물이고 피고인은 그 정부의 활동이 없었더라면 무고한 사람인가?” 50)하는 여부이다. 이 판례는 미국연방대법원의 함정항변(entrapment defense)을 인정한 최초의 판례가 되었다.

(2) Sherman 판결⁵¹⁾

Sherman v. U. S. 356 U. S. 369 (1958) 판결은 정부정보원과 마약판매상간의 함정수사에 관한 미국 연방대법원의 함정항변을 인정한 판결⁵²⁾로 정부의 정보원인 Kalchinian은 1951년 8월말에 마약 중독을 치료 받으러 병원을 다니던 중, 우연히 같은 환자인 Sherman을 만났다. 그 후 그들은 무척이나 가까운 사이가 되었다.

그러던 중 Kalchinian은 Sherman에게 자신은 치료의 효과가 없는 것 같으며 마약을 구할 좋은 방법을 알고 있느냐고 물었다. 그리고 Kalchinian은 피고인 Sherman에게 마약을 구해 줄 것을 요청했다.

처음에는 피고인은 이를 거절하였다. 그러나 Kalchinian은 고통스러운 척 하면서 피고인의 동정심을 수차에 걸쳐 유발하며 요구를 반복하였고 결국 피고인은 그 요구를 들어 주기로 했다. 그 후 Sherman은 몇 번에 걸쳐서 마약을 구해왔고 Kalchinian은

49) 이재상, 「신형사소송법」, 박영사, 2008, 189쪽.

50) 조국, “함정수사의 위법성 기준과 법적 효과에 대한 재검토”, 「형사법연구」 14호, 2001, 69쪽.

51) Sherman v. U. S. 356 U. S. 369 (1958) 판결; 박정희, 전제논문 20~25쪽.

52) 이재상, 상계서, 189쪽.

마약단속국에 마약을 판매하는 사람이 있다는 사실을 통보 했다.

그리고 1951년 11월 한 달 동안에 마약단속국 요원들은 피고인이 3회에 걸쳐 정부에서 Kalchinian에게 제공한 돈과 마약을 교환하는 것을 확인했다. Sherman은 마약 판매죄로 기소되어 1심에서 징역 10년을 선고 받고 항소심에서 원심이 유지 되었으나 연방대법원에서는 이를 파기환송 하였다.

실제로 이사건의 재판상의 문제점들을 보면 정보원이 범죄를 범하려는 사전범의가 없는 피고인에게 범행의도를 심어주었는가 또는 피고인이 이미 사전범의가 있었는데 마약 거래를 승낙하는 것에 대해 단순히 자연적으로 주저하였는가 하는 것이었다. Warren대법원장이 대표 기술한 다수의견에 의하면 "합정항변을 인정하는 것이 Sorrel v. U. S. 판결 이후 연방대법원의 확고한 입장인 바, 범죄행위가 수사기관의 창조적 활동의 산물인 경우에는 합정항변이 인정되지만 범죄인에게 단지 범행기회 혹은 편의를 제공한 경우에는 합정항변이 인정되지 않는다. 본 사건에 있어서 Kalchinian은 정부로부터 보수를 받지 않았지만 활발한 정보원이었고, 피고인은 두 번의 전과 사실 이외에 마약거래에 관여한 흔적이 없고 체포된 후 그의 아파트에서도 마약이 발견된 일이 없으며, 마약 거래에서 피고인이 이익을 남긴 것도 아니기 때문에 합정수사인가 아닌가라는 문제는 배심원이 결정할 사항으로 이 사건을 파기 환송한다."라고 하였다. 그리고 "합정항변이 인정되는 이유는 수사기관의 부당한 수사방법의 저지에 있는 것이므로 주안점을 수사기관의 행위에서 피고인의 과거행적으로 이전하는 무고성 기준은 편파적 증거채택의 위험이 있다." 라고 Frankfurter, Douglas, Harlam, Brennan 등의 4명의 연방대법원 판사들은 결론에서는 동조하지만 보충 의견을 제시하였다.

피고인은 1942년에 마약 불법 판매죄로, 1946년에는 마약불법소지죄로 유죄 판결을 받은 전과가 있었다. 검찰에서는 이를 피고인의 사전범의에 대한 증거로서 제시하였으나 연방대법원은 이 증거로는 피고인의 사전범의를 인정하기에 충분하지 않다고 결론짓고 이번 기소에는 합정이 있었다고 판시했다.

연방대법원은 이 전과들이 각각 9년, 5년 전의 전과였기 때문에 오래된 전과여서 사

전범의를 인정하는데 불충분하다고 판시한 것이지 전과가 사전범의의 입증의 자료로서 인정될 수 없는 것은 아니며 보다 최근의 전과였다면 사전범의의 인정자료로서 충분히 인정될 수 있다고 하였다. 이에 대해 Frankfurter 등 4인의 연방대법원 판사들은 Sherman v. U. S. 사건의 판결에서 동일 범죄로 두 번이나 유죄판결을 받은 전과가 있는 Sherman항변을 인용하면서 “합정수사의 허용된 한계는 혐의자가 누구냐에 따라 달라지지 않는다. 부당한 합정수사 행위는 그것이 선량한 시민에 의해 행해졌을 때와 마찬가지로 전과자에 대한 것도 허용될 수 없는 것이다.

이와 다른 견해는 국민의 법 앞의 평등원칙에 저촉되는 것이며 그 견해에 따른다면 전과자에 대해서는 어떠한 합정행위도 허용된다고 하는 부당한 결론이 나온다. 전과자나 누범자라 하더라도 수사기관의 부당한 유발행위가 없었더라면 범죄를 저지르지 않았을 것이라고 인정되는 경우가 있으며, 이러한 가능성은 결코 경시되어서는 안 될 것이다.” 라고 하였다.⁵³⁾

(3) Russel 판결⁵⁴⁾

연방 마약 및 유해약물 단속국(the Federal Bureau of Narcotics and Dangerous Drugs)의 비밀수사요원인 Joe Sharpino는 1969년 12월 7일 워싱턴 주에 있는 Whidbey 섬에 가서 피고인 Russel과 그의 두 공범 John Connolly와 Patric Connolly 형제를 만났다. Sharpino의 임무는 메스암페타민이 불법적으로 제조되고 있는 것으로 생각되는 공장의 위치를 알아내는 것이었다. Sharpino는 Russel과 John Connolly 및 Patric Connolly에게 자신은 메스암페타민의 제조 및 판매에 관심이 있는 조직을 대표하고 있다고 속이고 그는 피고인들에게 생산된 마약의 절반을 받는 조

53) 합정수사는 “통상 범죄를 회피하고 자기억제(self-struggle)를 통하여 보통의 유혹에는 저항하는 사람들”이 범죄를 범하도록 유혹하기 쉬운 방법을 사용해서는 안 된다고 못 박는다; Sherman v. U. S. 356 U. S. 369 (1958).

54) U. S. v. Russel 411 U. S. 423 (1973) 판결; 박정희, 전개논문, 25-28쪽.

건과 마약의 샘플과 그것이 제조되고 있는 공장을 Sharpino에게 보여준다는 조건으로 메스암페타민 제조에 필수적 요소인 phenyl-2-propanone을 공급하겠다고 제안했다. Patric Connolly는 자신이 1969년 5월 이래로 마약을 제조해 오고 있으며 지금까지 3파운드를 생산 했다고 말했다. 그리고 Sharpino에게 제조공장이 있는 Russel의 집을 보여주었다. Sharpino는 그곳에서 phenyl-2-propanone이라는 화학약품 명칭이 붙어 있는 빈 병을 발견했다. 사전 협의된 대로 Sharpino는 1969년 12월 9일에 100g의 phenyl-2-propanone을 공급하고 생산된 마약의 절반을 받았다. 그러나 Sharpino는 나머지 절반도 팔라고 제안했고 피고인들은 이에 동의하여 60달러를 받고 나머지를 팔았다.

약 1달 후에 Sharpino는 추가적으로 Sharpino에게 메스암페타민을 공급하면서 Connolly가 이전에 자신이 아닌 다른 경로로 phenyl-2-propanone 2병을 입수하여 추가적인 생산을 하였다는 것을 알았다. 그리고 그 후 Sharpino는 수색영장을 가지고 Connolly의 집에 와 500g짜리 phenyl-2-propanone을 담은 빈 병과 자신이 공급한 것이 아닌 phenyl-2-propanone이 들어있는 100g짜리 병을 발견했다.

연방마약 및 유해약물 단속국이 몇 개의 화학약품 회사에 대해서 phenyl-2-propanone을 파는 것을 중단해 달라고 요청해 놓은 상태였으므로 이 화학약품을 일반적으로 얻는 것은 어렵다는 것이 피고인과 Connolly의 재판에서 입증 되었다. 증거조사가 끝나고 지방법원 판사로부터 함정에 대한 배심원 지도를 받은 후에 배심원들은 유죄를 인정하였다. 항소심에서 피고인은 배심원들이 자신에게 이미 범행의도가 형성되어 있다고 판단한 것을 인정했지만 법집행기관의 행위의 개입이 있었으므로 법적으로 함정이 있다고 주장했다. 항소심법원은 항변을 받아들여 원심을 파기 했다. 이 항소심 법원은 '범죄행위에 있어서 부당하게 정부가 개입했음을 인정하는 경우'는 무조건 공소를 기각함으로써 피고인의 사전범의에 초점을 맞추는 전통적인 함정의 개념을 확장시키려고 하였다.

이 사건에서 항소심법원은 메스암페타민을 제조하는데 필수적이면서도 아주 구하기 힘든 phenyl-2-propanone을 공급한 정부 비밀요원의 행위는 함정을 구성한다고 판

시했다. 이와 같은 견해는 피고인의 사전범의 여부에 초점을 맞추는 연방대법원의 다수 견해와는 달리 정부의 행위 그 자체에 초점을 두고 있다.

그러나 피고인이 항소심에서 자신에게 사전 범의가 있다고 인정했기 때문에 연방대법원에서 함정항변이 인정될 수는 없었다. Rehnquist대법원 판사가 대표 기술한 다수의견에 의하면 Sorrel 및 Sherman 판결에서 확립된 함정수사항변은 피고인의 범행의도 혹은 경향에 초점을 두고 사법 관리는 선량한 시민을 범죄행위로 유혹하고 처벌받게 하기 위해 사주하여서는 안 된다는 것이므로, 비밀 정보원이 메스암페타민 생산에 너무 깊숙이 관여하였으므로 기소는 적법절차 위반이라는 피고인 측의 주장을 배척하면서 본 건에 있어서 주원료의 구입은 상당히 어렵지만 불가능한 것은 아니고 그 원료 자체의 소지는 적법한 것이며, 메스암페타민의 불법제조는 우발적이고 격리된 범죄가 아니라 계속적 기업경영 형식이라고 했다. 또한 장래 사법 관리들의 행위가 너무 부당해서 그에 의한 기소 및 유죄확보가 적법절차 조항 위반으로 전면적으로 금지된 사안이 나타날지도 모르지만 본 건은 거기까지 미치지 않는다고 하여 원심을 파기했다.

이에 대하여 Stewart, Brennan, Marshall 대법원 판사들은 함정수사항변의 초점은 ‘피고인에게 범죄경향이 있느냐, 피고인이 선량한가?’ 에 있는 것이 아니라 사법관리들의 행위를 규제함에 있고 정부는 범죄를 조장하여서는 안 된다고 하여 반대의견을 표명했다.

(4) Jacobson 판결⁵⁵⁾

이 사건은 “소수의견 측은 피고인이 수사요원이 접근하기 전에 범죄성향을 갖고 있었음을 합리적 의심의 여지없이 입증해야 한다.” 는 연방대법원의 다수의견을 새로이 강조한 사건으로서 그 내용은 다음과 같다.

네브라스카(Nebraska)에 사는 농부인 피고인은 10대 소년들의 누드 사진이 들어 있는 Bare Boys I 과 Bare Boys II 라는 두 권의 잡지를 성인서점에 주문하여 1984년

55) Jacobson v. U. S. 112 S.Ct. 1535 (1992) 판결; 박정희, 전개논문, 28~31쪽.

2월 그 잡지를 받았다. 이 때까지만 해도 이런 종류의 잡지를 우편 주문하거나 배달하는 것은 주법이나 연방법 어디에도 저촉되는 것이 아니었다. 그러나 이후 의회는 우편을 통하여 그와 같은 잡지를 받아 보는 것을 불법으로 규정하는 아동보호법(the Child Protection Act of 1984)을 통과시켰다.

같은 해 말에 우편검열관은 성인서점에서 압수한 우편 리스트에서 피고인의 이름을 확인하고 1985년 1월에 그를 비밀수사의 대상으로 삼았다. 그 후 2년 6개월 동안 연방수사기관은 5개의 위장조직을 통하여 피고인과 펜팔을 하도록 하여 아동 도색잡지에 대한 피고인의 태도를 시험하면서 우편으로 반복해서 그와 접촉하였다. 그 동안에 수사요원들은 정부의 통제를 비난하는 가짜 편지를 썼고 단속을 피해 그와 같은 잡지를 구할 수 있는 방법을 알려주는 등의 방법으로 그를 계속 자극했다.

피고인과 우편접촉이 시작된 지 26개월 후에 연방수사요원들은 그에게 어린이들의 섹스 장면 사진을 선전하는 팸플릿을 그에게 보냈고 피고인은 그것을 주문했다. 그 잡지가 배달된 후에 피고인은 체포되었다. 그의 집을 수색한 결과 그가 수사요원들로부터 받은 잡지와 1984년에 합법적으로 입수한 두 개의 잡지만이 발견되었음에도 피고인은 어린이 도색잡지를 우편으로 받아보는 것을 금지한 아동보호법 위반으로 기소되었다. 그러자 그는 정부의 행위 자체가 위법이며, 수사기관이 그에 대한 수사를 시작하기 전에 합리적 범죄혐의가 있어야 하며, 그는 정부의 사술에 의해서 함정에 빠졌다고 항변했다. 1심에서 피고인의 함정항변은 받아들여지지 않았고 피고인은 유죄가 인정되었다. 제8항소 법원의 합의부는 원심판결을 파기했으나 전원합의체에 의한 재심리에서는 유죄를 그대로 유지했다. 연방대법원은 위 세 가지 항변사유 중 세 번째의 함정항변에만 근거하여 5대 4로 항소심판결을 파기했다.

Jacobson 사건에서 연방대법원은 "법집행공무원이 범행의도를 만들어 내거나 기소하기 위해 무고한 사람의 마음속에 범죄 행위의 의도를 심어주어서는 안 된다." 고 판시했는데, 이와 같은 연방대법원의 해석은 다음과 같은 두 문제점에 초점을 맞추어 전통적인 함정항변의 분석을 따르고 있다.⁵⁶⁾

56) 김현철, 전계논문, 30쪽.

첫째, 국가가 피고인이 범죄행위를 하도록 유인(induce)했는가?

둘째, 국가가 피고인이 범죄행위를 하도록 유인했다고 할 때 피고인은 법집행기관원이 처음으로 접근하기 전에 이미 범행위도를 가지고 있었는가?

검찰 측에서 피고인이 도색잡지를 주문하도록 유인했다는 점에 대해서 부인하지 않았기 때문에 Jacobson 사건에서 법정에서의 유일한 논점은 ‘법집행기관이 개입하기 전에 피고인이 불법적인 도색잡지를 주문할 사전의도를 가지고 있었다는 것을 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 입증했느냐?’ 하는 점이다.

이 사건의 특수한 상황에 근거하여 연방대법원은 정부가 2년 반 동안 피고인에게 행했던 관찰에도 불구하고 검찰측이 Jacobson의 사전범의를 입증하지 못했다고 판시했다. 연방대법원은 “일반적으로 대부분의 사람들은 그들이 어떤 법을 인정하지 않더라도 그것을 따라야한다고 이해하고 있기 때문에 이 합법적으로 구입한 잡지는 지금에 와서 불법화된 행위의 사전범의를 입증하는 증거로는 불충분하다.” 고 했다.

이 판결은 연방대법원이 원칙적으로 주관적 기준설을 취하면서도 피고인이 사전범의를 보유하고 있음을 증명하는데 엄격한 요건을 부과함으로써 객관적 기준설의 문제의식을 상당부분 수용하였음을 보여주었던 판결이다.⁵⁷⁾

2. 陷穽搜查에 관한 美國 聯邦大法院 判斷 基準

(1) 주관적 기준설(subjective test)

1932년의 ‘Sorrels v. U. S. 판결’⁵⁸⁾에서의 다수의견은 수사요원이 피고인의 마음속에 범의를 이식하고 범행을 유혹·교사한 경우는 함정수사에 기초한 무죄의 항변이 성립하며 “범죄 실행의 기회 또는 편익”⁵⁹⁾을 제공한 경우에는 그 항변이 인정되

57) 유인창, 전계논문, 2005, 530쪽.

58) Sorrels v. U. S. 287 U. S. 435 (1932) 판결.

59) Id. at 441; 조국, 전계논문, 68쪽.

지 않는다는 주관적 기준설을 제시하였다. 이 경우 핵심적 기준은 “제기된 쟁점과 제출된 증거가 피고인이 범하였다고 주장되는 범죄가 정부 관리의 창조적 활동의 산물이고 피고인은 그 정부의 활동이 없었다면 무고한 사람인가?”⁶⁰⁾라는 것이다.

주로 ‘피유인자의 내면적 심리상태’에 초점을 두어 ‘피고인의 마음속에 범죄적 구조를 심어준 경우’에는 그 함정수사는 정당화되지 못하고 함정의 항변이 인정된다고 하는 Sorrels 판결 이래 미국 연방대법원의 다수의견⁶¹⁾이다.

Sorrels 사건에서 연방대법원은 “범죄고의가 정부 관리에게서 유래하였고 결백하고 선량한 사람의 마음속에 그것이 이식된 경우에는 함정은 존재하지만 범의가 피유인자의 마음속에서 발생한 경우에는 정부 관리의 행위는 단순히 범죄의 기회를 제공한 것에 불과한 것으로 함정은 없다.”고 하고 있다.

우리나라의 학계의 통설도 상기의 대법원의 입장을 별다른 문제 제기 없이 수용하고 있다⁶²⁾. 즉 기회제공형 함정수사는 함정수사에 해당되지 않는다고 하여 적법하다고 판시하였고, 범의유발형의 함정수사는 위법성과 소송법적 효과 면에서 문제를 제기하고 있다.

(2) 객관적 기준설(objective test)

수사관이 사용한 유혹의 방법 자체를 문제 삼아 ‘범죄에 관여할 의사가 없는 자를 범죄에 관여케 할 위험을 발생케 할 정도의 설득 내지 유혹의 방법을 사용한 경우에는 위법하다.’⁶³⁾는 학설로서 주로 법집행의 객관적 정당성에 초점을 두어 수사기관의 행위가 불법적인 함정을 구성하였는가를 기준으로 함정의 유무를 판단하고자 하는 미국 연방대법원의 소수의견이다.

60) Id. at 451; 조국, 상계논문, 68쪽.

61) Sorrels v. U. S. 287 U. S. 435 (1932); Sherman v. U. S. 356 U. S. 369 (1958) 등.

62) 이재상, 전계서, 190쪽.

63) 이재상, 상계서, 190쪽.

법원이 함정에 빠진 피고인의 처벌을 거부하는 것은 피고인의 행위가 구성요건⁶⁴⁾에 해당하지 않기 때문이 아니라 국가기관이 취한 방법을 시인하기 어렵기 때문이며 국가기관이 범죄수사를 함에 있어 위법한 수단을 사용하였음에도 불구하고 피고사자의 내심의 의사라는 불명확한 기준에 따라 함정항변의 인정 여부가 결정되는 것은 부당하다는 것과 법원은 공정하고 명예로운 사법운영에 대한 공적 신뢰를 위하여 수사기관이 법적 근거가 없는 수단을 사용하는 것을 막을 책임이 있음을 그 근거로 한다.

미국 연방대법원의 판례는 “국가기관의 유인행위가 없었다라면 범죄를 저지르지 않았을 사람의 범죄행위는 국가기관에 의한 범죄의 구상이며 계획이므로 그러한 국가기관의 행위를 기준으로 함정의 유무를 결정해야 할 것이고 피유인자의 전과 유무 나쁜 평판 과거의 비행등은 국가기관의 범죄 창조행위에 영향을 미치지 못한다.” 고 하고 있다.⁶⁵⁾

객관적 기준설에 대해서는 피고인에게 사전범의가 있었는지의 여부는 수사기관이 수사방법을 선택함에 있어 중요한 판단자료가 됨에도 불구하고 이를 전혀 무시하는 것은 합리적이지 못하고 통상의 일반인을 기준으로 하기 때문에 마음이 약하여 유혹에 넘어간 사람은 모두 범죄자가 되어버릴 수 있는 반면, 상습적인 범죄인은 약한 유혹에는 응하지 않다가 일반인도 넘어갈 만한 강한 유혹을 기다려 범죄를 행함으로써 처벌을 교묘하게 피할 위험성이 있으며, 사전범의를 인정하기 위해서는 피고인의 행위에 대한 광범위한 조사가 행해지는데 반하여 수사기관의 불법성을 인정하기 위해서는 수사기관의 행위태양이라는 비교적 좁은 범위에만 관심을 갖기 때문에 신뢰 가능한 증거가 흠결되는 일이 많고 이에 사실인정의 과정이 부정확하게 될 우려가 있다는 비판⁶⁶⁾이 제기되고 있다.

64) Sorrels 판결에서 Roberts, Brandeis, Stone 대법관, 그리고 Sherman 판결에서 Frankfurter, Douglas, Harlan, Brennan 대법관 등에 의해 제시되고 있다.

65) Sorrels v. U. S. 287 U. S. 435 (1932) 판결에서 Roberts 대법관에 의해 제시된 소수의견이다.

66) 會田正和, “おとり捜査”, 刑事裁判實務大系 第 11卷 犯罪捜査, 1991, 232쪽.

3. 模範刑法草案과 17個 州의 '客觀的 基準設' 採擇

연방대법원 내의 두 가지 기준의 대립이 계속되는 가운데 중요한 사건이 발생하는데, 그것은 바로 미국 최고의 형법권위자들이 모여 미국 법연구회를 통해 발표한 '모범형법초안' (Model Penal Code)이 객관적 기준설을 채택한 것이었다.

초안의 제12조, 제13조 제1항은 함정수사라는 무죄의 항변은 범죄가 되는 행위가 금지되지 않는 것이라는 믿음을 유발하도록 계획된 기만행위를 국가기관이 그 정을 알면서 행하거나 또는 범죄를 범할 준비가 되어 있지 않은 사람에 의해서 해당범죄를 범해질 정도의 실질적 위험을 만드는 설득 또는 유혹의 방법을 국가기관이 채용하여 타인이 범죄에 관여하도록 유혹 또는 권장한 때 가능하다고 규정하였다. 그리고 동조 제2항은 피고인이 함정수사에 기초한 무죄의 항변을 제기할 때 그 판단은 배심이 아니라 법관이 한다고 규정하였다.

초안은 피고인의 성향과 관계없이 수사기관이 타인에게 범죄를 명하도록 유도 또는 권유하는 방식을 문제 삼는 '객관적 기준설'을 명시적으로 채택한 것이고, 수사기관의 행위의 위법성 여부는 법관이 행하여야 한다고 요구한 것이다. 이후 17개 주가 입법 또는 판결을 통하여 초안의 입장을 따르게 된다.

4. 小結

함정수사의 적법성의 한계는 국가가 사술과 기만을 통하여 국민을 범죄를 범하도록 유도하고 이를 처벌한다는 점에서 수사의 신의칙에 반한다고 하여야 할 것이다. 그런데 사전범의가 없는 국민에게 범의를 유발시켰을 경우에는 범의유발형으로 당연히 위법한 함정수사이고 사전범의 유무와 관계없이 범죄 실현의 기회만을 제공한 경우에는 국가가 범죄를 유발한 경우에 해당하지 않는다고 할 것이다. 하지만 은밀하고 조직적이며 상습적인 마약범죄의 수사나 침해되는 법익이 큰 간첩

수사의 경우는 기회제공형의 함정수사는 허용될 것이나 재산범죄나 폭력범죄의 경우에는 특별한 수사방법이 필요한 것이 아니므로 함정수사는 허용되지 않는다고 해석함이 타당하다⁶⁷⁾고 한다. 따라서 국민에게 사전범의를 유발시킬 때에는 위법한 함정수사이며 함정수사의 적정절차 원칙을 위반하고 국민을 범법실행의 동기·유혹의 제공 또는 범죄관여가 위법하면 위법한 함정수사로 판단하여 허용되지 않아야 할 것이다. 주관설과 객관설을 종합하여 함정수사의 한계를 판단하여야 한다는 의미이다.⁶⁸⁾

第2節 獨逸

1. 身分偽裝搜查官 投入에 관한 刑事訴訟法の 規定 ⁶⁹⁾

독일의 경우 형사소송법 제110조의 a 내지 제110조의 e에서 ‘신분위장 수사관’⁷⁰⁾의 투입에 관한 규정을 상세히 규정하고 있다. 신분위장수사관의 투입 요건을 보면 ① 먼저 금지된 마약류 거래 또는 무기거래 및 통화나 유가증권위조 범죄의 영역이나 ② 국가 안보의 영역에서 업무상 또는 상습적으로 또는 범죄단체 기타 조직을 결성하여 행하여 범죄의 진상 규명을 위하여 투입할 수 있다.

신분위장수사관의 투입은 검사의 동의를 얻어야 하며, 검사가 3일 이내에 동의하지 않을 때에는 투입을 중지하여야 한다. 그리고 특정피의자를 대상으로 하는 신분위장수사관의 투입이나 일반에게 개방되어 있지 않은 주거에 신분위장수사관이 출입하는 경

67) 이재상, 전계서, 190쪽.

68) 이재상, 전계서, 190쪽; 신양균, 전계서, 73쪽.

69) 조국, 전계논문, 75쪽 재인용.

70) 신분위장수사관이란 ‘경찰직에 종사하는 공무원으로서 가공의 변화된 신분(die veränderte Identität 또는 Legende)으로 활동하는 자를 말하며 [StPO, § 110a (1)]’ 미국의 ‘undercover’에 대응하는 개념이다.

우는 판사의 동의를 요한다.

신분위장수사관은 가상의 신원을 구축하고 유지하는데 필요한 경우 각종의 문서의 작성·변경·사용하는 것이 허용되며, 이 신원을 가지고 각종의 법률적 거래를 할 수 있다. 그리고 신분위장수사관은 주거권자의 동의를 얻어 타인의 주거에 출입할 수 있다. 신분위장수사관의 신원은 그 투입이 종료된 후에도 비밀이 유지된다.

한편 일반에 공개되지 않는 주거에 신분위장수사관이 투입되었을 경우 주거권자에 대하여 사후통제가 있어야 하며, 신분위장수사관의 투입에 관한 결정과 기타자료는 검사가 보관하게 된다. 그리고 신분위장수사관을 투입하여 얻은 개인 신상과 관련된 정보를 형사절차에서 증거로 사용할 수 있는 근거조항도 마련되어 있다.

2. 主要判例와 學說

(1) 특히 위험하고 해명 곤란한 범죄

독일 슈투트가르트 지방법원은 “선발된 조직형태, 복잡한 판매시스템 및 부분적으로는 공모에 관련되는 행위형태에 의하여 수사기관의 방법으로는 사안해명이 상당히 곤란하거나 불가능한 범죄”를 특히 위험하고 해명 곤란한 범죄라고 정의⁷¹⁾하고 있다.

또한 U. Berz 나 F. Dencker와 같은 학자들은 함정수사가 허용되는 범죄를 인적 결합을 기초로 한 조직적 범죄 또는 직업적 범죄에 한정하고 있다.

이러한 견해와 판례의 입장에 대해 주목되는 점은 함정수사방법이 허용되는 범죄를 한정함에 있어서 종래의 논의와 범죄의 유형만을 문제 삼지 않고 범죄의 태양도 하나의 기준으로서 문제를 삼는 다는 것이다. 이는 함정수사에 있어서 모든 범죄를 함정수사의 대상으로 삼는 것이 아니라 일정한 범죄의 유형과 태양만을 대상으로 삼는 것으로 사회방위와 인권보장의 조화를 이루는데 좋은 방법이라고 할 수 있다. 즉 사전에 함정수사의 대상 범죄를 제한함으로써 함정수사의 남용을 막을 수 있을 것이다.

71) 박광민, “함정수사의 규제”, 「성균관법학」 제7호, 1996, 57쪽.

(2) 법치국가 원칙⁷²⁾

독일에서의 합정수사에 관한 초기의 판례가 법치국가원칙 위반의 기준으로 채택한 것은 범의의 구체화, 즉 수사기관원의 행위가 피고사자에게 있어서 기존 범의의 구체화에 그친 것이면 적법하고 그것을 초월한 경우이면 위법하다는 것이다.

이런 기준을 처음으로 제시한 판례는 BGH NJW 1980, 1761 제1형사부 판결⁷³⁾이었다. 이 사건은 마약구입자로 가장한 수사기관원이 헤로인 소매자인 피고인에게 접근하여 소량의 헤로인을 구입하는 과정에서 헤로인의 대량조달이 가능하다는 피고인의 말에 구매의사를 표시함과 동시에 소량으로는 도움이 되지 않는다고 강조함으로써 피고인을 헤로인의 대량거래에 관여하도록 설득한 사안이다.

BGH는 이 판결에서 “헤로인 소매인으로 활동한 피고인의 ‘의사표시’ 는 보다 중대한 마약거래에 대한 ‘혐의의 충분한 기초’ 로 볼 수 있고 수사기관은 이익을 약속하여 거래의 상대방을 가장한 데 그치고 다른 모든 것은 피고인에게 맡겨져 있으므로 이는 피고인이 ‘기존의 범의에 기초하여 그에게 제공된 기회에 덤벼든 것’ 이어서 이는 수사기관에 의해 단순히 범죄 실행에 대한 일반적 결의가 구체화된 것에 불과한 것이며 따라서 수사기관의 활동은 배척할 수 없고 이는 법치국가원리에 위배되지 않는다.” 라고 판시 했다.⁷⁴⁾

이 판결에서 주목되는 것은 첫째, 수사기관의 행위에 대한 위법판단의 구체적인 기준, 즉 ‘평가의 관점’ 을 제시하고 있다는 점이다. 판례는 위법판단의 기준으로 피고인에게 존재하는 혐의의 기초와 정도, 피고인의 범의, 피고인의 범죄 실행에 대한 고유의 능동성, 수사기관에 의한 범의 유발의 태양 · 강도 · 목적 등의 네 가지를 들고 있다.

72) 박광민, 상계논문, 58쪽 이하 참조.

73) BGH Urt v. 15. 4. 1980, NJW, 1980, S. 1761.

74) k. Seelmann, Zur materiell-rechtlichen Problem des V-mannes, ZStW, 1983, S. 821; 유인창, 전계논문, 532쪽.

둘째로, 판례는 함정수사의 위법의 근거가 되는 법치국가원칙의 구체적 내용을 밝히고 있는 바, 그 내용은 기본법 제1조의 ‘인간의 존엄’ 또는 인간의 존엄의 구체적 준칙으로서 ‘인간의 국가 활동의 객관화 금지’ 라고 한다.

이러한 BGH NJW 1980,1761 제1형사부 판결⁷⁵⁾이 제시한 위법평가의 관점은 획기적인 것이었으나 그 가운데에는 ‘범의의 구체화’ 기준으로 포섭할 수 없는 부분이 있는 것도 사실이었다. 즉 피고인에게 존재하는 혐의의 기초와 정도, 피고인의 범의라는 두 가지 기준은 범의가 구체화된 것인지를 착안하는 관점이 될 수 있었으나, 피고인의 범죄 실행에 대한 고유의 능동성 수사기관에 의한 범죄유발의 태양·강도·목적이라는 두 가지 기준은 이로부터 범의가 구체화 되었는가 하는 판단을 이끌어 내기에 부족한 면이 있었다.

이러한 점에 착안하여 BGH NJW 1981,1626 제2형사부판결에서는 평가의 관점에서 범의의 구체화 기준이 포섭하지 못했던 피고인의 능동성과 수사기관의 유혹의 정도·강도·목적에 초점을 두어 함정수사의 위법성을 평가하려는 시도를 하였는바, “피고인이 이미 마약 거래를 행하였다든가 이에 관여하려고 하고 있는 혐의의 결여 자체만으로는 함정수사를 위법으로 하기에 충분하지 않고 범죄에 대한 범죄 실행자의 고유의 기여가 배후에 후퇴하는 정도의 반복적 장기적인 설득, 강력하고 집요한 유혹 등과 같은 중대한 영향을 수사기관이 제공한 경우는 함정수사는 위법으로 된다.” 라고 하여 ‘중대한 구체화’ 기준으로부터 ‘중대한 영향’⁷⁶⁾이라는 기준의 전환을 보여주었다.

75) 박정희, 전계논문, 44쪽.

76) 유인창, 전계논문, 533쪽.

3. 法的效果

함정수사의 법적 효과에 대해서는 종래 독일 연방대법원은 ‘검사는 수사를 개시해서도 안 되고 공소를 제기해도 안 된다’는 입장을 취하고 있다. 즉 법치국가원칙에 위배되는 함정수사의 피의자에 대한 형벌권이 소멸한다고 보았던 것이다.

그런데 1984년 연방대법원 제1형사부는 입장을 바꾸어 함정수사가 있었다더라도 그것은 형벌권발생을 저지하는 사유가 아니라 형벌감경사유에 해당한다고 판시하였다.⁷⁷⁾ 소송장애가 되려면 구체적 사실의 유무에 따라 명확하게 판단할 수 있어야 하는데 함정수사의 경우는 그러한 사실판단의 문제가 아니라 공판절차에서 광범한 평가작업을 거쳐 이루어지는 가치판단의 문제이므로 소송장애를 가져오는 것이 아니라 상소 이유가 될 뿐이라는 것이다.

이어 1985년 연방대법원 제2형사부와 1986년의 연합부 판결도 이러한 불가벌성에서 가벌성으로의 급전을 재차 확인한 바 있다.

4. 小結

독일에서는 1980년대의 일련의 판결을 통해서 함정수사에 관한 법원의 견해를 확립하였고 ‘특히 위험하고 해명 곤란한 범죄의 한도’ 내에서 함정수사의 예외적 적용을 인정하였으며 ‘기본법 및 형사소송법에 내재하는 법치국가 원칙에 반하지 않는 한도’에서도 이를 인정하였다. 또 위법한 함정수사에 대해 독일 연방대법원은 검사의 수사개시의 불가와 공소제기의 불가입장을 취하고 있으며 함정수사는 소송장애로서의 절차의 정지라는 소송법적 효과를 가져 오는 것이라는 입장에서 1984년 이후에는 형벌 감경사유로 파악하고 있음⁷⁸⁾을 알 수 있었다.

77) 박정희, 전계논문, 44쪽.

78) 조국, 전계논문, 78쪽.

第3節 日本

1. 主要 判例

(1) 日横浜地判 51. 6.19 判決⁷⁹⁾

일본 横浜地方裁判所는 다음에 나올 판례와는 달리 “함정수사는 국가가 한편으로는 유혹에 걸리기 쉬운 자를 유인하여 범죄를 실행시켜 범인을 제조하면서 이를 체포하여 당당하게 처벌한다는 점에서 비난을 면할 수 없고, 그러한 조치를 긍정하여 피고인의 행위를 처벌한다는 것은 개인의 존엄성을 인정하는 헌법의 정신에 반한다. 또한 함정에 빠진 피고인의 행위에는 반사회적 위험성이 없다” 고 하면서 무죄를 판결하여 일본의 판례의 경향과는 상반되는 피교사자의 형사책임에 관하여 불가벌이라는 입장을 취한 바 있다.

(2) 日最判 53. 3.5 判決⁸⁰⁾

일본 最高裁判所는 이 사건이 상고심에서 원심을 확정하며 “타인의 유혹에 의해 범의가 발생하거나 강화된 자가 범죄를 실행할 경우, 그 유혹자가 경우에 따라서는 마약취제법 제53조(현행 제58조)⁸¹⁾와 같은 규정의 의무에 관계없이 교사범 또는 중범으로서 책임을 지을 때가 있는 것은 별론으로 하고 그 타인인 유혹자가 사인이 아니고 수사기관이라는 한 가지 사실만을 가지고 그 범죄 실행자의 구성요건해당성, 위법성, 책임을 조각하거나 공소제기의 절차규정에 위반하거나 공소권을 소멸시키지 않는다는

79) 박정희, 전계논문, 52쪽.

80) 박정희, 상계논문, 52쪽.

81) 日本 麻薬麻酔法 第58條는 “마약단속공무원은 수사상 필요한 경우 후생대신의 허가를 얻어 마약을 양수할 수 있다” 고 규정하고 있다.

것은 多言을 요하지 않는다.” 고 판시함으로서 범죄를 실행한 교사자의 책임을 인정하였다. 이는 고의가 유발된 사안에 있어 피교사자의 형사책임을 인정한 최초의 판례이며 이러한 입장은 이후의 판례에서도 계속 유지되고 있다.

(3) 日最判 1958. 3.5 判決⁸²⁾

일본 最高裁判所에서 판단한 당해 사건의 개요는 다음과 같다. 피고인 Y는 수사요원 S. H 로부터 마약을 입수, 알선을 부탁 받아 피고인 C에게 의뢰하였던 바 C는 이에 응하여 밀수품인 마약 염산디아세틸모르핀을 입수하여 Y에게 교부하였고, Y. C는 마약불법소지죄로 기소된 사안이었다.

제1심에서 변호인은 S. H는 수사요원으로서 처음부터 범의가 없는 피고인들의 범의를 유발하여 본 건 마약을 소지케 한 것이고 곧 체포되어 마약도 입수될 운명이었기 때문에 피고인의 소위에 범익침해의 위험성이 있다고는 할 수 없어 위법성이 조각된다는 점, 또 이러한 경우 처벌하는 것은 일본 헌법 제11조(국민의 기본적 인권보장에 관한 일반조항), 제13조(생명, 자유 및 행복추구에 대한 권리), 제31조(법률에 의한 기본권 제한)에 위반한다는 점을 주장하였다.

그러나 이에 대하여 피고인은 1심에서 유죄 판결을 받았고, 이어 항소심에서도 재판소는 원심의 판결을 유지하였다. 이에 변호인은 상고하며 그 이유에서 함정에 의하여 새로이 범의를 유발시킨 것이 아니라는 원심의 사실인정을 다투면서 범의 없는 자에게 범의를 유발시키는 함정수사는 정당한 수사행위의 범위를 일탈하여 일본 헌법 제13조, 제31조에 위반한다는 주장을 되풀이 하였다.

그러나 상고심인 최고재판소 판결에서도 “타인의 유혹에 의하여 범의가 발생되거나 또는 범의가 강화된 자가 범죄를 실행한 경우에 우리 형사법상 그 유혹자가 경우에 따라서는 마약 취제법 제53조와 같은 규정의 유무에도 불구하고 교사범 또는 중범으로서의 책임을 지는 것은 별문제로 하고 그 타인인 유혹자가 일반 사인이 아니고 수사기

82) 박정희, 전계논문, 53쪽.

판이라는 단 한 가지 사실만으로써 그 범죄 실행자의 범죄 구성요건해당성·위법성·책임을 조각하거나 공소제기 절차 규정에 위반하거나 공소권을 소멸시키는 것이라고 할 수 없다.” 라고 판시하여 유죄를 인정하였다.

이와 같이 함정에 걸린 피유인자는 단순히 기회만 제공된 경우인가 아니면 범의가 유발된 경우인가를 묻지 않고 가별적이라는 것이 일본 최고재판소 판례의 태도인데 이는 함정수사의 허용범위를 넓게 인정하고 있는 입장이라고 볼 수 있다.

2. 最近 日本 下級審 判例의 檢討

함정수사에 대한 일본의 판례는 현재로는 대상범죄의 “폐해가 크고 그 밀매의 경로를 검거할 필요성이 높으며 검거는 ‘통상의 물’ 이 존재하지 않으면 곤란하다.”⁸³⁾는 실정을 이유로 함정수사가 필요하다는 점에는 합의가 되어 있다. 그러나 함정수사는 국가가 한편으로는 범인을 제조하고 한편으로는 체포하여 처벌하는 ‘극도로 모순적인 조치’ 로 도저히 용인할 수 없다는 하급심 판례⁸⁴⁾도 있다.

1953년에는 함정수사의 위법성여부에 대한 일본최고재판소의 원칙적 판결이 내려졌다. 최고재판소는 피고인의 상고를 기각하면서 ‘범의유발인가, 기회제공인가’ 를 가리지 않고 모든 함정수사를 용인하는 주장을 폈고,⁸⁵⁾ 학계에서도 함정교사자를 처벌하면 위법한 함정수사가 억제될 것이므로 피고인의 항변을 인정할 필요가 없다고 주장하며 동의하는 주장도 제기되었다.⁸⁶⁾ 그러나 이후의 하급심 판례와 학설의 압도적 다수

83) 東京高判 昭和 57年 10月 15日 判時 1095号, 155쪽; 刑事裁判實務大系 第11卷 犯罪搜查, 1991. 233쪽 인용.

84) 日横浜地裁 昭和 26年 6月 19日 判示 87号 3面; 會田正貨, 상계논문, 233쪽 인용.

85) “타인의 유혹에 의하여 범의를 일으키거나 또는 범의를 강화한 경우에..... 유혹자가 사인이 아니고 수사기관이라는 사실만으로 그 범죄실행자의 범죄 구성요건해당성 혹은 책임성, 위법성을 조각되지 않으며, 또는 공소제기의 절차규정에 위반한다거나 또는 공소권이 소멸되지 않음은 다언을 요하지 않는다.” (日最判 昭和 28年 3月 5日 形集 7卷 3号, 482面).

86) 平野龍一, 刑事訴訟法, 1958, 86面 각주1번 인용; 조국, 전개논문, 79쪽 각주73번 인용.

는 미국 연방대법원의 1932의 ‘Sorrels 사건’ 및 1958년의 ‘Sherman 사건’의 판결에서 표명된 다수의견의 논지를 수용하여 ‘기회제공형 함정수사’와 ‘범의유발형 함정수사’를 구별하고 전자는 적법하나 후자는 위법이라고 보고 있다.

그리고 상기 최고재판소 판결도 기회제공형 사안에 대한 판결이었기에 범의유발형 사안에 대해서도 똑같이 적용된다고 보기는 곤란할 것이고 판례는 오히려 수사협조요원의 가벌성을 긍정하고 있기 때문에 특히 범의 유발형의 경우에는 실체법적 또는 소송법적인 영향을 받을 여지가 있다 하겠다. 그러나 아직 일본의 경우 상술한 1992년의 Jacobson 사건이나 각 주의 입법 및 법원에서의 객관적 기준설 채택 등에 대한 소개는 이루어지지 못하고 있다⁸⁷⁾.

3. 小結

종래 일본의 최고재판소는 「타인의 유혹에 의하여 범의가 발생하였거나 또는 그것이 강화된 자가 범죄를 실행한 경우에 그 타인인 유혹자가 사인이 아니라 수사기관이라는 것만으로 그 범죄 실행자의 범죄 구성요건해당성, 책임성 또는 위법성을 조각하거나 또는 공소제기의 절차규정에 위반하거나 공소권을 소멸시킨다고 할 수 없다.」⁸⁸⁾는 입장을 고수하다가 미국 연방대법원의 1932년의 ‘Sorrels 사건’ 및 1958년의 ‘Sherman 사건’의 판결에서 표명된 다수 의견의 논지를 수용하여 ‘기회제공형 함정수사’와 ‘범의유발형 함정수사’를 구별하고 전자는 적법하나, 후자는 위법이라고 보고 있다.⁸⁹⁾

87) 황태정, “함정수사의 허용성과 법적 통제방안에 관한 연구”, 연세대학교 석사학위 논문, 2000.

88) 日最判 1952. 3. 5(形集재 7-3, 482); 이재상, 전게서, 191쪽.

89) 박정희, 전게논문, 57쪽.

第4章 違法한 陷穽搜查의 法的 效果

第1節 序言

수사기관의 범죄행위 포착과 범인검거의 어려움으로 인해 수사기관의 범죄행위에 대한 개입 정도와 증거 수집의 방법에는 다양한 방법을 통해 이루어지고 있다. 하지만 범죄를 수사하고 진압함에 있어서 법의 공정한 집행을 수행해야 할 국가기관이 오히려 다양한 범죄 발생과 범인 검거의 어려움으로 인해 적절하지 않은 수사의 방법을 사용하고 있어 논란이 되고 있다.

이러한 논란에는 위법한 함정수사가 문제시 되며 위법한 함정수사의 위법성과 그리고 처벌적격의 책임소재를 명확히 하여 위법한 함정수사를 적절히 통제함으로써 적법 절차에 의한 수사의 연결성 및 국민의 인권과 권리보장의 실현을 구현해야 한다고 사료된다. 그리고 함정수사에 관한 미국의 최근 판례의 입장과 우리 대법원의 입장을 보면 위법 수집된 증거의 증명력을 부정하고 위법한 함정수사에 기한 공소제기의 효력은 법률위반을 이유로 무효라는 입장을 보이고 있으며 범의를 유발하고 위법한 함정수사에 대해서는 그 명확성을 요구하여 피교사자의 형사책임의 소재를 완화하는 입장을 보인다.

이와 관련하여 수사기관이 함정이라는 방법을 이용해 국민에게 범죄를 범하게 하고 다른 한편으로는 그 함정에 걸린 국민을 처벌하는 함정수사가 과연 수사기관의 국민에 대한 신뢰성과 수사의 신의칙상 정당성이 확보되는가 하는 문제들을 논해 보고자 한다. 본고에서는 함정수사에 관한 위법성의 이론적 근거를 살펴보고 또 일정한 경우에 함정수사가 허용된다면 함정수사의 허용범위의 정당성을 살펴봄으로써 헌법과 형사소송법이 추구하는 인권보장과 실체적 진실발견을 위한 현실적 접근에 부합되지 않는 한계선을 명확히 정리할 필요가 있다.

第2節 違法한 陷穽搜查의 法的效果

1. 法的效果

위법한 함정수사에 있어서 함정에 걸린 자의 처벌 가능성이 문제시 된다. 이에 관하여 불가벌설과 가벌설로 나뉘어 대립되고 있다. 불가벌설은 국가의 기망과 사술로 인하여 국민을 함정에 빠뜨려 범죄를 실행하도록 한 후 즉, 범죄를 창조하여 이를 처벌한다는 것은 비난의 여지가 있고 수사의 신의칙과 연결성을 훼손한다는 점에서 피고사자를 처벌할 수 없다고 한다. 반면 가벌설에 의하면 함정에 걸렸다는 것만으로 위법성이나 책임이 조각되지 않고 범의를 유발당한 자가 자유로운 의사로 범죄를 실행한 이상 실체법상 이를 처벌할 수 있다⁹⁰⁾고 한다. 이는 소송절차나 피고사자의 죄책은 위법한 함정수사의 실행에 있어서 아무런 영향을 미치지 않는다는 것이다.

(1) 불가벌설

불가벌설은 국가가 일방으로는 사람을 유혹에 빠뜨려 범죄를 실행하도록 하여 범인을 제조하면서 한편으로는 그를 처벌하는 것은 비난을 면치 못한다는 이유로 피고사자의 처벌을 부정해야 한다고 한다.⁹¹⁾ 불가벌설은 다시 피고사자를 어떤 방법으로 구제할 것인가에 관하여 공소기각설과 면소설 및 무죄설로 나누어진다.

가. 공소기각설

공소기각의 재판은 피고사건에 대하여 관할권 이외의 형식적 소송조건이 결여된 경

90) 김진환, “함정수사에 관하여 수집한 증거”, 고시계, 1989, 97쪽.

91) 이재상, 전계서, 190쪽.

우에 절차상의 하자를 이유로 공소를 부적법하다고 인정하여 사건의 실체에 대한 심리를 하지 않고 소송을 종결시키는 형식재판이다. 공소기각의 재판에는 공소기각의 결정과 공소기각의 판결이 있다. 공소기각의 사유는 제327조와 제328조에 열거되어 있다. 이는 한정적인 열거라고 보아야 할 것이므로 그 사유에 해당하지 않는 경우에는 공소기각의 재판을 할 수 없다.⁹²⁾ 다만 제 327조 2호의 사유는 소송조건 전반에 대한 일반조항으로서 광범위한 활용이 필요하다는 견해도 있다.⁹³⁾

우리나라 다수설⁹⁴⁾과 판례가 취하는 태도⁹⁵⁾이기도 하며 함정수사는 적법절차에 위배되는 중대한 위법을 수반하는 수사방법이므로 이에 기초한 공소제기는 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당하며 따라서 공소기각의 판결을 해야 한다는 견해이다. 그러나 이 견해도 1) 수사절차에 위법이 있다고 하여 그것이 반드시 공소제기의 효력을 잃게 하는 것은 아니며, 2) 함정수사의 실체적 측면을 충분히 고려하지 못했다는 비판을 받고 있다.⁹⁶⁾

2) 면소판결설⁹⁷⁾

형사소송법 제326조에 규정되어 있는 면소판결은 실체심리를 행할 필요성이나 소송추행의 이익이 없기 때문에 피고사건의 실체 심리에 들어가지 않고 절차를 종료시키는

92) 대법원 1986. 9. 23, 86도1547[공보 86, 3011].

93) 이재상, 전계서, 658쪽.

94) 강구진, 전계서, 179쪽 ; 배종대/이상돈, 「형사소송법」, 홍문사, 2005, 184쪽.

95) 대법원 2005. 10. 28, 2005도1247 [공보 2005, 1899] , 「범의를 가진 자에 대하여 단순히 범행의 기회를 제공하거나 범행을 용이하게 하는 것에 불과한 수사방법이 경우에 따라 허용될 수 있음은 별론으로 하고, 본래 범의를 가지지 아니한 자에 대하여 수사기관이 사술이나 계략 등을 써서 범의를 유발케 하여 범죄인을 검거하는 함정수사는 위법함을 면할 수 없고, 이러한 함정수사에 기한 공소제기는 그 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당한다」 .

동지: 대법원 2007. 5. 31, 2007도1903 [공보 2007, 1016] .

96) 이재상, 전계서, 191쪽.

97) 이재상, 전계서, 191쪽.

형식재판을 말한다.⁹⁸⁾ 면소판결은 실체재판인가 형식재판인가, 또는 그 어느 것에도 해당하지 않는 독자적 유형의 재판인가라는 문제가 면소판결의 본질론으로 다루어지게 된다. 면소판결의 본질론은 공소권이론, 소송조건이론 및 기관력이론에 직접 영향을 미칠 뿐만 아니라 형사소송의 기초이론과도 깊은 관계를 맺고 있다.⁹⁹⁾ 면소판결설은 함정수사의 위법을 공소권의 존재 내지 추행 자체에 관한 문제로 파악하여 위법한 함정수사가 행하여진 경우 국가는 처벌적격을 잃기 때문에 실체적 소송조건을 결하여 면소판결을 선고해야 한다는 견해이다.¹⁰⁰⁾

3) 무죄판결설

무죄판결설은 피교사자에게 무죄판결을 선고해야 한다고 한다.¹⁰¹⁾ 범죄행위가 함정의 부당한 권유에 의한 경우에는 책임이 조각되거나 또는 고의가 없고, 범인에 대한 사회적 반감이 적고 오히려 동정할 수 있는 경우이므로 가벌적 위법성이 결여되었다는 것을 이유로 한다. 그러나 무죄설에 대하여는 1) 함정에 의하여 범의가 유발된 경우에도 고의가 없다고 할 수 없고 현재의 책임이론에 의하는 한 수사기관의 함정에 빠졌다는 것만으로는 책임이 조각된다고 할 수 없으며, 2) 교사자가 수사기관인가 또는 사인인가에 따라 범죄의 성부를 달리 해석해야 할 이유가 없다는 비판이 제기된다.¹⁰²⁾

(2) 가벌설

함정에 걸렸다는 것만으로 위법성이나 책임이 조각되지 않고 범의를 유발당한 자가 자유로운 의사로 범죄를 실행한 이상 실체법상 이를 처벌할 수 있다¹⁰³⁾고 한다. 즉

98) 대법원 1964. 3. 31, 64도64.

99) 이재상, 전계서, 660쪽.

100) 이재상, 전계서, 191쪽.

101) 신동운, 전계서, 66쪽; 신양균, 전계서 74쪽(형벌배제사유라고 한다).

102) 이재상, 전계서, 190쪽.

위법한 함정수사가 행해졌다고 해도 범의를 유발당한 자의 자유로운 의사로 범죄를 실행한 이상 함정수사가 범죄의 성립을 조각하거나 소송조건에 해당한다고 할 수는 없다는 견해이다.

2. 陷穽搜查에 의하여 蒐集한 證據의 證據能力

범의를 유발한 함정수사에 의하여 수집한 증거는 당연히 증거능력이 부정된다. 영장주의에 위반하는 경우뿐만 아니라 적정절차를 위반하는 때에도 헌법정신에 반하여 수집한 증거로서 증거수집절차에 중대한 위법이 있는 경우라고 해석하지 않을 수 없고, 범의를 야기하는 함정수사는 적정절차에 대한 본질적인 위반이 있는 경우에 해당하기 때문이다.¹⁰⁴⁾

3. 小結

위법한 함정수사는 중대한 법치국가원칙 위반으로부터 직접 도출되는 더 이상의 형사절차를 진행할 수 없는 소송장애요소가 된다. 다만, 이렇게 일반화된 소송조건 개념이 소송조건에 대한 법형상을 상실하게 하거나 형벌청구권의 실현을 저해하지 않도록 비유형적 소송조건은 예외적인 경우 보충적으로 인정해야 한다. 대법원이 위법한 함정수사를 공소기각 판결이라는 형식재판에 의해 처리한 것은 위법한 함정수사의 부존재를 소송조건으로 인정한 것으로서 이론적으로 타당하다. 위법한 함정수사에 대한 공소기각 판결에는 기존 통설의 이해와는 달리 일사부재리의 효력을 인정해야 한다. 종래 통설은 공소기각의 판결에는 실체 판결과 달리 일사부재리의 효력이 발생하지 않는 것으로 이해하고 있지만, 위법한 함정수사를 이유로 공소기각의 판결이 확정된 후 검사가 동일 사안에 대해 공소를 제기하는 것은 사안의 성질상 불가능하기 때문이다.¹⁰⁵⁾

103) 김진환, 전계논문, 97쪽.

104) 이재상, 전계서, 192쪽.

범의유발형의 함정수사의 위법함을 인정함에도 이에 대한 처벌이 가능하다는 가벌설의 경우를 보면 수사의 신의칙에 반한다는 점을 간과할 수 없다. 하지만 이러한 신의칙에 반하는 수사의 소송법적 고려는 증거배제와의 관계에서 고려하면 족하고 함정수사에 의하여 범죄를 실행했다는 사실만으로 범죄의 성립을 조각한다고 할 수 없고 함정수사를 소송조건에 해당한다고 할 수 없는 이상 가벌설이 타당하다¹⁰⁶⁾고 할 수 있겠다.

105) 조기영, “함정수사의 법적효과”, 한국형사법학회, 2007, 23쪽.

106) 이재상, 전계서, 192쪽.

第5章 陷穽搜查의 適法한 統制方案

第1節 被敎唆者의 刑事責任 否定을 통한 統制

1. 序言

이른바 수사기관에 의한 함정수사가 적법절차에 의한 규정된 법의 테두리 즉 범죄기회의 제공이라는 범위 내에서 행사된 경우에는 피교사자 즉, 범죄를 실행한 자가 그에 상응하는 처벌을 받게 된다는 것에는 이문이 없고 형사적 책임이 뒤따른다는 것은 우리나라의 판례와 다수설의 입장으로 이론의 여지가 없다.

그렇지만 함정수사가 규정된 법의 테두리 밖에서, 즉 피교사자의 범의를 유발해서 행사된 행위에 대해서는 문제의 소지가 있다. 다시 말해 허용범위를 벗어나 그 정당성이 인정되지 않은 범의유발형 함정수사의 경우 피교사자의 형사 책임 여부에 대해서는 어떤 판결을 내려야 할 것인가에 관한 문제인 것이다.

정당성이 인정되지 않는 함정수사에 기인한 결과임에도 피교사자의 형사적 책임이 부인되는 경우라면 이는 한편으로는 위법한 함정 수사의 효력을 인정하게 된다는 의미를 가지게 된다. 그리고 적정절차 법리에 기인한 실체적 진실을 입증한데 있어서 공정성과 사법의 신뢰성을 잃게 될 것이다.

또한 그러한 의미는 곧 위법한 함정수사의 통제가 불가능하게 된다는 결론으로 이르게 된다. 결국 피교사자의 가별성 여부에 대한 논의는 함정수사를 적법 또는 위법의 기로에 놓는 것과 같은 효과를 가져 온다. 따라서 교사자와 피교사자의 형사책임의 당위성과 적법한 절차에 기하지 않은 함정수사로 인한 적절한 통제 방안과 사법적 대응이 필요하다고 할 것이다. 또한 위법한 함정수사가 피교사자의 형사책임이 인정되지 않았다면 선의의 당사자를 범죄의 구덩이에 몰아넣는 교사자의 가별성에 대한 문제를 탐

구하여 함정수사를 통제하는 방안을 살펴볼 필요가 있을 것이다.

이에 본장에서는 피고사자의 형사책임의 부인을 통해 통제하는 방법과 피고사자의 형사책임 인정을 통해 함정수사를 통제하는 방안을 살펴보고자 한다.

먼저 적법하지 못한 함정수사는 국가기관이 위법한 방법을 동원하여 선의의 당사자를 범죄의 구덩이에 몰아넣은 것이므로 당연히 양자는 선후에 있어서 인과적 연관성을 가진다는 견해와 다음으로 적법성을 갖추지 못한 함정수사를 실시한 국가기관의 위법성이 인정되기는 하지만 이는 실체법상 피고사자가 실행한 범죄인적 성격과 직접적인 연관성을 갖는 것으로 보지 않고 별개의 문제로서 취급되어야 하고, 이에 대한 고려는 소송법적인 고려로 족하다는 견해도 있다.

그리고 위법한 함정수사의 경우 피고사자의 형사적 책임에 대해서도 수사 실행과정에서 발생한 불법과 공소제기의 불법 또는 무효는 구별해야하고 수사가 불법이라 하더라도 교사자의 기망과 사술에 의하여 죄를 범한 피고사자의 행위가 범죄를 구성하는 것과는 별개의 문제라고 보아 피고사자의 형사적 책임을 인정하는 가벌설과 반면, 수사기관에 의해 주도된 기망과 사술이 일방적으로 사람을 현혹하여 유혹에 빠뜨린 뒤 범죄를 실행한 그를 체포, 처벌하는 것은 비난의 대상이 되며 피고사자의 처벌은 부정되어야 한다는 불가벌설도 존재한다.

불가벌설 견해의 분류로는 실체법적 단계에서 피고사자의 형사책임을 부인하는 방법으로 위법한 수사방법에 의한 범죄는 범죄의 성립요건 자체를 충족시키지 못하여 범죄가 성립할 수 없다고 보며 실체법적으로 범죄는 성립한다 하여도 소송법적으로는 위법수집증거의 배제를 통한 무죄판결이나 공소제기절차의 위법 또는 국가의 처벌 적격 상실을 이유로 공소기각 또는 면소의 판결을 함으로써 피고사자의 최종적인 형사책임을 부인하는 방법으로 분류한다.

그러므로 함정수사에 의해 제기된 공소의 효력 문제와 이에 의해 수집된 증거의 증거 능력 문제가 연결되어 논의되어진 것은 피고사자의 형사책임 여부에 관한 보편적인 논의다.

그러나 결론적으로 교사에 의한 것이든 자의에 의해 범죄행위를 모의 실행한 이상

부정되지 않은 피교사자의 형사책임은 공범론상 당연한 일이나, 국가기관에 의한 함정 수사 범죄의 경우는 국가 권력 작용의 공정성과 사법의 신뢰성 상실을 이유로 달리 취급하는 것이기 때문이다.

그리하여 이번 장에서는 함정수사의 위법성이 피교사자의 형사책임과 연계성 문제와 실체법적 위법성을 무시하고 절차상으로는 하자 없이 제기된 함정수사의 공소의 효력 및 함정수사과정에서 수집된 증거의 증거능력의 인정여부에 대해 고찰하고자 한다.

2. 陷穽搜查의 違法性 與否와의 關係

위법한 함정수사의 경우 그 함정수사의 위법성이 피교사자의 면책 가능성과 어떤 연관성을 가진 채 상호 연결되느냐에 대해서는 견해가 대립하고 있다. 즉, 교사자와 피교사자를 별개의 범죄 형태로 분리 고찰하여야 한다는 견해와 이와 달리 동일한 범죄의 형태로 연결하여 논해야 한다는 견해로 양분되어 진다.

첫 번째, 양자를 별도로 논해야 한다고 주장하는 견해는 함정 수사 행위가 지닌 자체의 위법성 여부와 범죄를 유발 당한 자의 가벌성 여부는 필연적으로 표리관계에 놓인 것이 아니며 표리관계에 있는 것이 아닌 이상 이는 별개의 문제로 인식해야 하며 분리되어 소송법적으로는 그 법적 효력이 부정된다 하더라도 이때 피교사자가 부정에 반대하여 반드시 그 처벌을 면할 수 있는 것은 아니라고 하는 견해이다.¹⁰⁷⁾

살펴보면 ‘위법한 함정수사가 행해진 경우 피교사자의 형사책임은 인정할 수 없다’라고 하는 견해이며 그러나 함정수사에 의해 범죄를 실행했다는 사실만으로 적법한 것이든 위법한 것이든 범죄 자체는 실체법적으로 성립되어지므로 국가의 공정성과 신뢰성에는 반하지만 수사의 결과는 소송법적으로 위법수집증거배제와의 관계에서 논의하면 족할 것이라는 것을 그 이유로 한다.

두 번째 견해는 함정수사의 위법성문제를 피교사자의 처벌문제와 연결하여 생각하는 견해¹⁰⁸⁾이다. 이는 교사자와 피교사자를 동일한 형태의 범죄로 보며 또한 위법한 함

107) 김진환, 전계논문, 69쪽.

정수사는 그 자체가 적법성을 구비하지 못해 피교사자를 처벌 할 수 없다는 견해로 만약 허용범위를 벗어난 불법적인 함정수사의 경우에도 피교사자가 처벌된다면 위법한 함정수사의 허용기준에 대한 타당성의 문제가 야기되고 또한 법적용의 공정성의 문제가 논란이 되어 어떠한 경우에도 피교사자를 처벌할 수 있다는 가능성을 열어두는 결과가 될 것이며 이는 수사기관의 공권력 남용을 묵인하고 이로 인해 일반 국민의 권리를 심히 침해하는 결과를 야기하게 되는 것이 되어 부당하다는 견해이다. 그러므로 두 번째 견해에도 위법하다고 인정된 함정수사의 경우에는 피교사자의 형사책임은 지울 수 없다고 한다.

그렇다면 문제는 이러한 두 견해의 차이가 어떠한 실익에서 논의되어 질 수 있는지는 것이다. 두 견해는 사실상 둘 다 위법한 함정 수사가 피교사자에게 형사책임을 부과할 수 있는 없다는데 그 의의를 같이 하고 있다.

따라서 피교사자의 처벌 여부에 대한 부정에 그 맥을 두고 있는 이상 단지 양자를 표리의 관계로 보는가 아닌가에 따라 두 견해가 이론을 구성함에 있어 적법하지 않은 함정수사가 처음부터 범죄가 성립하지 않는 것으로 보아야 하는 것인지 아니면 함정수사에 기인하여 실행하게 된 범행이라 하더라도 법체계상으로 범죄는 성립하게 되는 것이고 단지 소송법적인 판단을 함에 있어 위법수집증거배제를 통하여 피교사자를 구제하게 되는 것으로 족한 것인가 하는 이견을 보일 뿐이다.

이렇듯 이러한 두 견해의 대립은 결국 피교사자의 구제의 인정에 그 인식을 같이 하고 있으면서 적법하지 못한 함정수사가 수사기관에 의해 행하여졌다면 과연 어떠한 방법으로 피교사자의 구제가 이루어져야 할 것인지에 대한 논의가 이루어져야 하는 것이다. 주지하건대, 함정수사의 적법과 위법의 판단에 관한 문제가 수사기관이 행한 함정수사의 공정성과 신뢰성을 잃어버리고 이를 해하는 정도에 이른 경우, 다시 말해 이를 법치원리에 위반되고 부당한 국가공권력의 행사로 인지한다면 함정에 현혹되어 범행을 실행한 피교사자의 구제 여부는 결국 형사정책으로 해결해야 할 문제이다.

그리고 함정수사의 적법 또는 위법의 문제는 단지 함정 수사에 기인하여 유인된 피

108) 원정일, “함정수사론”, 「검찰」, 1974, 50쪽.

교사자의 형사적 책임 여부를 따지는데 그 논거의 목적이 있는 것이 아니라 수사기관과 같은 국가 공권력 행사 기관에 의해 이루어지는 수사권 남용을 적절히 통제하고 위법한 함정수사에 의한 피교사자의 형사책임을 합목적적으로 판단하여 구제해야 한다는 것이다.

3. 違法한 陷穽搜查의 證據能力

(1) 陷穽搜查에 의해 蒐集된 證據의 證據能力

1) 序言

위법한 범의유발형 함정수사에 빠진 자의 법원의 판단은 공소기각의 판결을 하거나 공소권의 흠결을 이유로 면소판결을 하는 경우 실체심사를 하지 않으므로 증거의 증거능력이 문제될 여지가 없다. 하지만 실체 심사를 요구하는 공판절차, 즉 유죄판결과 무죄판결의 경우에 위법한 범의유발형의 함정수사가 이루어진 경우 그러한 위법한 절차에 의해 수집된 증거의 증거능력이 문제시 된다.

이러한 문제에 관해 논해지는 것이 위법수집증거의 배제법칙이다. 위법수집증거배제법칙(exclusionary rule)은 수사기관의 실체진실 발견은 무제한적으로 행해지는 것이 아니라 절차의 적법성이 문제되며, 절차가 위법한 경우 그러한 위법한 방법에 의하여 수집한 증거(illegally obtained evidence)에 대해서는 증거능력(admissibility)을 인정할 수 없다고 하는 원칙이다.¹⁰⁹⁾

이 원칙은 헌법상 개인을 희생하면서 까지도 관철되어야 한다는 전제에서, 신뢰성이

109) 미국연방대법원은 그 근거를 due process of law 에서 찾고 있다. 그러나 특히 ‘증거물’에 관해서는 일본의 판례는 “증거수집의 위법이 그 증거물 자체의 성질이나 형상에 아무런 변화를 가져오지 않는 한 또는 그 증명력이 있는 이상 자유 심증에 의하여 이를 유죄인정의 자료로 할 수 있다.”고 하고 있으며, 우리 대법원도 “증거물의 경우 압수절차가 위법해도 증거가치에 변함이 없으면 증거능력이 있다”고 판시한 바 있다. (大判 68. 9. 17, 68도932).

없는 증거는 배제되어야 한다는 신뢰성확보의 원칙(reliability principle), 기본적인 권을 보장한다는 실질적 요청이 형사절차상 실체적 진실 신뢰성이 있더라도 위법하게 수집된 증거의 증거능력을 미국 연방대법원은 근거를 due process of law에서 찾고 있다. 그러나 특히 ‘증거물’에 관하여는 일본의 판례는 “증거수집의 위법이 그 증거물 자체의 성질이나 형상에 아무런 변화를 가져오지 않는 한 또는 그 증명력이 있는 이상 자유 심증에 의하여 이를 유죄인정의 자료로 할 수 있다”고 하고 있으며, 우리 대법원도 “증거물의 경우 압수절차가 위법해도 증거가치에 변함이 없으면 증거능력이 있다”고 판시한 바 있다.

그리고 개인의 권리를 침해하여 수집된 증거는 배제되어야 한다는 개인적 권리보호의 원칙(protective principle)을 근간으로 하고 있는 것이라 하겠다. 위법이라도 있으면 그 침해의 성격과 관계없이 모든 절차 위반에 대하여 동 법칙이 적용되어야 한다는 것을 의미하는 것은 아니며, 위법하게 수집된 증거에 단지 절차상의 사소한 하자나 위법이 있는 경우에도 무조건 증거능력을 부정하는 것은 지나치게 형식논리에 치우친 것으로서 타당하다 할 수 없다. 문제는 어느 경우에 증거를 배제할 것인가 하는 것이다.

증거수집활동의 위법과 적법은 그 한계선이 분명하지 아니한 경우가 많으며, 또한 위법과 적법의 기준을 일률적으로 확정한다는 것이 거의 불가능하기 때문이다. 여기에는 우리나라에 위법수집증거배제에 관한 대법원의 실질적인 판시내용도 없다는 점도 일조를 하고 있다. 증거배제의 기준이 명확하고 합리적으로 제시되어야 할 필요성이 여기에 있는 것이다.

아래에서는 증거에 관한 영미와 독일·일본 그리고 우리나라의 학설과 판례의 태도를 살펴보고, 수사기관의 증거수집활동이 위법하다고 평가되는 경우 그 위법성의 정도 즉, 증거수집활동의 위법성의 기준은 어느 정도인가에 대해 알아보기로 한다. 또한 그 기준에 따라 판단할 때 범의유발형 함정수사에 의해 수집된 증거는 위법한 것인지 위법하다면 동 법칙이 적용되어 배제될 수밖에 없는 것인지를 학설과 판례의 입장을 고려하여 검토해 보기로 하겠다.

2) 위법수집증거의 배제에 관한 각국의 논의

① 미국

미국법에서 유래한 위법수집증거배제법칙은 미국의 증거법제도에서 종래 자백을 제외하고는 증거수집방법의 위법성이 증거의 허용성에 영향을 미치지 않는다는 Common Law의 원칙이 지배고 있었으며 1886년 Boyd v. U. S. 판결이후 판례에 의해 위법수집증거배제법칙이 확립되어 왔다.¹¹⁰⁾

1920년 Silverthorne Lumber Co. v. U. S. Case에서 O.W.Holmes 판사는 “어떤 방법으로 증거를 수집하는 것을 금지하는 규정의 본질은 비단 그렇게 수집된 증거가 법정에서 사용될 수 없다는 데 있는 것만 아니고 그 증거는 절대로 사용될 수 없다는 데 있는 것이다.” 라고 판시하면서 다른 경로로 얻어졌다면 증거능력이 있는 증거라도 정부 자신의 위법행위에 의해서 얻어진 증거는 어떤 형태로 변형되어 법원에 제출되더라도 이를 증거로 사용할 수 없다는 점을 명백히 하였다.

미국의 증거배제법칙의 정당화의 근거는 원칙적으로 억지(deterrence)에 있다고 한다.¹¹¹⁾ 즉, 위법수집증거배제법칙은 장래 수사기관의 위법행위를 억지하는데 목적이 있는 것이고 장차 위법한 수사를 억지하지 못할 상황에는 이 법칙이 작동할 필요가 없는 것이다.¹¹²⁾ 미국 연방대법원의 Mapp 사건¹¹³⁾판결과 Weeks 사건¹¹⁴⁾판결에서 확립한 위법수집증거 배제법칙이 연방사건뿐만 아니라 미연방 헌법 14조를 통해 주 사

110) Boyd v. U. S. 116 U. S. 616 (1886).

111) Dallin H. Oaks, Studying the Exclusionary Rule in Search and Seizure, The University of Chicago Law Review, Vol. 37, No. 4 (Summer, 1970), 668면.

112) 김중구, 「사인이 수집한 형사사건의 증거와 증거배제법칙」, 형사법연구 제20권 제2호, 2008, 209쪽.

113) Mapp v. Ohio, 367 U. S. 643 (1961). 이 사건에 대하여 미연방대법원은 6대3의 다수의견으로 맵(Mapp)의 손을 들어주었고 위법수집증거배제법칙이 주 법정에도 적용된다고 판결하였다.

114) Weeks v. United States, 232 U. S. 383 (1914). 이 판결로부터 연방법정 차원에서 위법하게 수집된 증거는 증거능력이 배제된다는 위법수집증거배제법칙이 형성되었다.

건에서도 적용된다고 판시한 바 있다. 이로 인해 위법수집증거법칙은 미국법에서 확고한 원칙으로 자리 잡게 되었다고 할 수 있다.

미국의 위법수집증거배제법칙은 일찍부터 사법심사를 통해 법과 사회의 능동적인 개혁을 주도해왔던 연방대법원이 위법수사의 억지라는 현실적인 필요에 부응하여 판례를 통해 도입해온 것인 만큼, 수사기관의 위법수사가 연방헌법에 규정된 형사피의자의 헌법적 권리를 실질적으로 침해한 것인지, 그러한 침해가 실제적 진실을 포기할 만큼 중대한 것인지를 중시하는 경향을 보인다.¹¹⁵⁾

② 영국

영국에서의 위법수집증거법칙은 미국과는 달리 강력한 권한을 가진 입법부가 법률을 제정하여 법원으로 하여금 재량의 범위 내에서 행사하게 함으로써 이를 입법화 하였다¹¹⁶⁾.

영국의 위법수집증거배제법칙은 미국과 같이 Common Law에 뿌리를 두고 있지만 미국은 연방대법원의 판례에 의해 위법수집증거배제법칙을 확립되어 왔다. 미국은 수사기관의 위법수사가 미연방헌법에 규정된 형사피의자의 헌법적 권리를 실질적으로 침해당했는지 그러한 침해가 실제적 진실을 포기할 만큼 중대한 것인지를 중시한 반면 영국의 경우에는 수사기관의 행위가 경찰 및 형사증거법과 경찰직무규칙의 규정을 형식적으로 위반한 것인지 이로 인해 형사재판의 공정성에 반하는 결과가 초래하였는지에 초점을 두고 있다.

영국은 1984년 제정된 경찰 및 형사증거법(PACE act 1984) 제76조에서 강압에 의한 자백과 신뢰성 없는 자백을 배제하고, 제78조에서 절차의 공정성을 반하는 증거를 배제하였으며, 제82조에서는 법관의 보통법에 따른 증거배제의 재량을 명문화하고

115) Weeks v. U. S. 232 U. S. 338 (1914); Mapp v. Ohio 367 U. S. 643 (1961); Ker v. California 374 U. S. 23 (1963); Escobedo v. Illinois 378 U. S. 478 (1964).

116) Bloom/Brodin, Constitutional Criminal Procedure, 1992, pp.161-203.

있다. 1984년 제정된 ‘경찰 및 형사증거법(PACE act Practice),¹¹⁷⁾과 이에 기초하여 만들어진 ‘경찰직무규칙(Code of Practice)’ 이 그것이다.

영국에서는 이에 따라 형사재판의 공정성에 대하여 이에 반하는 수사기관의 행위가 제정법과 경찰직무규정을 위반하여 초래될 결과에 더 관심을 두고 있으며 경찰 및 형사증거법을 근거로 하여 경찰직무규칙(Code of Practice)이 제정되었는데 이후 영국의 법원은 이 직무규칙 토대로 하여 실질적이고 중대하게 위반한 사안에 대해 증거를 배제하는 경향을 보이고 있다. 이로보아 미국이 보다 실질 중심적이라면 영국은 형식 중심적임을 알 수 있다

③ 독일

종래 대륙법계에서는 함정교사자의 형사책임 문제를 논의의 대상으로 하고 피교사자의 형사책임은 이를 당연한 것으로 인정하고 있었으나 독일에서는 헌법적 증거 금지원칙이 인정되어 시민의 인격권침해에 초점을 맞추고 있으며 위법한 함정수사에 의해 교사된 범죄행위에 관해 일반적으로 소추장애를 긍정하고 있다.¹¹⁸⁾

독일의 판례는 함정수사는 원칙적으로 허용되어서는 아니 되지만,¹¹⁹⁾ ‘특히 위험하고 해명 곤란한 범죄에 대하여 법치국가원칙에 반하지 않는 한도 내에서’ 는 허용될 수도 있다고 한다.¹²⁰⁾ 그러나 수사의 과정에 있어 수사기관에 의한 반복적 설득, 집요한 유혹 등과 같은 ‘중대한 영향’ 이 있었던 경우에는 함정수사는 위법으로 되고 이에 의해 수집한 증거는 증거로 사용할 수 없다고 하고 있는 바, 판례는 이러한 ‘중대한 영향’ 기준의 근거로 ‘모순되고 간계를 부리는 국가 활동에 대한 비난’ 을 들고 있다. 즉, 국가는 법치국가원칙에 위배되는 방법을 사용해서는 안 되며, 이 원칙에 대한 침

117) 황태정, 전계논문, 77쪽 재인용.

118) BGH NStZ, 1984, 519.

119) BGH StV, 1981, 163; BGH NJW, 1981, 1626; BGH StV, 1984, 406.

120) BGH StV, 1981, 163; BGH NJW, 1981, 1626; BGH StV, 1984, 406; BGH GA, 1975, 333; BGH NJW, 1980, 1761.

해는 자신의 부담으로 돌려야 한다는 것이다.

학설은 국가에 의한 헌법 또는 법률의 침해, 소송의 목적 결여 등을 이러한 증거사용금지의 이유로 들고 있다.

④ 일본

제2차 세계대전 이후 일본 최고재판소의 증거배제인정 가능성의 긍정적인 태도는 미국법의 영향을 받았으며 일본의 위법수집증거배제법칙은 학설과 판례에 의하여 확립되었다.

일본의 판례는 종래 “증거수집의 위법이 그 증거물 자체의 성질이나 형상에 아무런 변화를 가져오지 않는 한 또는 그 증명력이 있는 이상 자유 심증에 의하여 이를 유죄 인정의 자료로 할 수 있다”고 판시하면서 위법한 절차에 의해 취득한 압수물의 증거능력을 인정하고 있었다.

그러나 학설은 미국 판례의 영향을 받아 위법한 절차에 의해 수집된 증거는 증거능력이 부정되어야 한다는 데 일치되어 있었으며, 이러한 학설의 영향으로 일본 최고재판소도 1978년 “증거물의 압수 등의 절차에 영장 주의의 정신을 몰각시키는 중대한 위법이 있고 이를 증거로 사용 하는 것이 장래의 위법한 수사의 억제라는 견지에서 상당하지 않은 경우에는 그 증거능력을 부정해야 한다.”고 판시¹²¹⁾함으로써 적법절차의 보장과 위법수사의 억제, 기본권의 보호를 위해 일정한 경우 증거를 배제할 수 있음을 인정하기에 이르렀다.

그러나 일본의 최고재판소는 위법수집증거배제법칙을 인정하면서도 증거배제를 충족하는 경찰관의 불법행위의 중대성을 높게 평가하고 이 법칙을 적용하여 실제로 증거를 배제하는 것을 부정하고 수사관의 통제 보다는 합법성을 부여하여 피고사자의 면책을 전면적으로는 부정¹²²⁾하고 있다.

121) 日最判 78. 9. 7.

122) 日東京高判 51. 12. 11; 日最判 53. 3. 5.

이러한 태도는 함정교사자의 형사책임에 주로 관심을 갖고 피교사자는 당연히 처벌되는 것으로 보고 있는 대륙법계 이론의 영향을 받은 것으로 보인다.

⑤ 우리나라

가. 法律의 規定

실체적 진실을 입증하는데 있어서 중요한 절차인 증거수집절차에 있어서 적정절차의 법리에 기한 증거수집절차의 적법성이 가장 중요시 되고 있는 가운데 우리 헌법은 증거법제상 증거능력과 관련하여 진술증거로서 제12조 제7항 전단에서 자백배제법칙을 규정하고 있고, 이에 의해 형사소송법에서는 피고인의 임의성 없는 자백의 증거능력을 배제하고(제309조), 피고인이나 피고인 아닌 자의 임의성 없는 진술의 증거능력을 배제하고 있으며 진술증거에 관한 규정들로 규정되어 있다.

비진술증거로는 형사소송법 제302조 2항에 “적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다.” 라고 위법수집증거배제법칙의 규정을 개정함으로써 헌법이 보장하고 있는 적법절차의 원칙을 증거법에 구체화 하여 ‘적법한 절차에 의하지 아니하고’ 수집된 증거의 증거능력을 배제함으로써 증거수집절차의 적법성을 제고하였다.

나. 학설 및 판례태도

범의를 유발한 함정수사에 의하여 수집한 증거는 당연히 증거능력이 부정 된다.¹²³⁾ 고 하였고 영장주의에 위반하는 경우 뿐 아니라 적정절차를 위반하는 때에도 헌법정신에 반하여 수집한 증거로서 증거수집절차에 중대한 위법이 있는 경우라고 해석하지 않

123) 강구진, 전계서, 179쪽; 김기두, 전계서, 224쪽; 배중대/이상돈, 전계서, 186쪽; 신동운, 전계서, 66쪽.

을 수 없고, 범의를 야기하는 함정수사는 적정절차에 대한 본질적인 위반이 있는 경우에 해당하기 때문이다.¹²⁴⁾라고 하였다.

헌법이 규정하는 적법절차와 인권보장의 정신을 살리기 위해서는 범의를 유발한 함정수사의 증거능력을 부정하는 것이 타당하며, 함정수사도 수사 목적달성을 위해 인간의 존엄성을 침해하지 않도록 수사의 연결성과 신의칙에 대한 엄격한 법률적 규제와 통제를 가져야 한다고 하였다.

종래 우리법원의 판단은 함정수사를 기회제공형과 범의유발형으로 나누어 기회제공형은 함정수사가 아니며(기회제공형은 위법성이 없는 허용되는 임의수사) 범의유발형의 함정수사만이 위법한 함정수사이며, 기회제공형의 수사는 그 체포 구속의 적법성 그리고 함정수사를 수단으로 획득된 수사자료 및 증거를 토대로 기소한 경우에 그 기소의 적법·유효여부 그리고 함정수사로 획득한 증거물을 증거로 사용해도 좋은가의 여부·마지막으로 법원의 함정에 빠진 피고인의 유죄 판결여부 등의 문제에서 아무 문제가 없다는 것이었다.¹²⁵⁾

최근 대법원 2007도3061 판결은 공직선거법위반 혐의를 받던 제주지사실 압수수색 사건의 판결로서 헌법과 형사소송법이 정한 절차를 위반하여 수집한 압수물과 이를 기초로 획득한 2차적 증거의 증거능력 유무 및 그 판단기준의 한계를 명확히 그어 주었던 판결이며 그 다수의견의 요지는 “기본적 인권 보장을 위하여 압수수색에 관한 적법절차와 영장주의의 근간을 선언한 헌법과 이를 이어받아 실체적 진실 규명과 개인의 권리보호 이념을 조화롭게 실현할 수 있도록 압수수색 절차에 관한 구체적 기준을 마련하고 있는 형사소송법의 규범력은 확고히 유지되어야 한다. 그러므로 헌법과 형사소

124) 이재상, 전계서, 192쪽.

125) “함정수사라 함은 본래 범의를 가지지 아니한 자에 대하여 수사기관이 사술이나 계략 등을 써서 범죄를 유발케하여 범죄인을 검거하는 수사방법을 말하는 것이므로 범의를 가진 자에 대하여 범행의 기회를 주거나 범행을 용이하게 한 것에 불과한 경우에는 함정수사라 말할 수 없다. 피고인이 미국으로부터 물품을 밀수입할 것을 먼저 데이비드 엘·영에게 제의하였음을 알 수 있으니 피고인은 본래 범의를 가진 자라 할 것이니 여기에 함정수사라는 개념이 개제할 수 없다” [대법원 1983. 4. 12 선고, 82도2433 판결(특정범죄가중처벌등에관한법률위반등 공1983, 848)]; 같은 취지로 [대법원 1992. 10. 27 선고, 92도1377 판결(보건범죄단속에관한특별조치법위반 공1992, 3336)] .

송법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 기본적 인권보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않는 것으로서 원칙적으로 유죄 인정을 증거로 삼을 수 없다. 수사기관의 위법한 압수수색을 억제하고 재발을 방지하는 가장 효과적이고 확실한 대응책은 이를 통하여 수집한 증거는 물론 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거를 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없도록 하는 것이다.” 126)

우리의 통설도 이와 크게 다르지 아니하고 기회제공형의 함정수사는 적법하다고 하였고 범의유발형의 위법설은 이를 위법으로 판단하여 함정수사의 범위를 매우 좁히는 결과를 초래하였다.¹²⁷⁾

3) 證據蒐集活動의 違法性의 基準

개정된 우리 형사소송법 제302조 2항에 명시된 규정에 의한 위법수집증거배제의 원칙이란 증거의 수집의 방법이나 과정에 있어서 법률이 규정한 적법절차를 위반하여 수집된 증거 다시 말해서 위법절차에 의해 수집된 증거의 증거능력을 배제 한다는 것이다. 통상 수사기관의 영장 없이 행하는 압수, 수색 등의 강제처분을 통제하기 위한 방안으로 위법수집증거 배제법칙이 조문화 되었다. 그러나 우리대법원의 판례에서도 보았듯이 위법의 정도가 경미한 경우까지 확실적인 증거능력을 부정해야 하는 것에 반대 의견을 보였다.

다시 말하면 위법으로 수집된 증거가 배제된다고 하여 모든 절차의 위법이 조금이라도 있으면 증거로서 배제되어야 한다는 것을 의미 하는 것은 아니다. 문제가 되는 것은 어느 정도의 위법성 내지 중대성이 있어야 하는가 하는 점이며 배제되어야 할 위법수집증거라고 하기 위해서는 일반적으로 ‘중대한 위법’ 이라 하면 ‘정의감에 반하고 문명사회의 양심에 충격을 주는 경우’나 ‘due process의 기본이념에 반하는 경우’ 를 의미한다.

126) 대판 2007. 11. 15 선고, 2007도3061 공직선거법위반(제주지사실압수수색사건) 판결.

127) 심희기, “위법한 함정수사에 기초한 기소의 절차법적 효과”, 「고시연구」 2006, 3월호, 108쪽.

이러한 중대한 위법에 대한 판단은 법원 또는 법관이 발부한 적법한 영장에 의한 강제처분과 헌법 제12조 제3항과 형사소송법 제215조 내지 제217조의 위반된 증거물의 압수·수색 등은 수사기관의 증거수집활동에 있어서 위법의 정도를 배제법칙 취지에 합목적적으로 관련시켜 그 근거로 되는 적법절차 및 인권보장의 요청과 다른 한편 침해된 이익과 위법의 정도, 그 증거사용의 필요성 등을 고려하여 구체적이면서 개별적으로 검토하여 결정하여야 할 것이다.¹²⁸⁾

(3) 小結

위에서 살펴본 각국의 위법수집증거의 배제 경우를 살펴보면 우선 미국은 증거법제도에는 종래의 Common Law의 원칙이 지배 되고 있음을 알 수 있었으며 이후 Mapp 사건판결과 Weeks 사건판결에서 확립된 위법수집증거 배제법칙이 연방사건 뿐만 아니라 미연방 헌법 14조를 통해 주 사건에서도 적용된다고 판시하였고 이로 인해 미국 법에서 확고한 원칙으로 자리 잡고 있음을 알 수 있었다. 그리고 이들 사건판결에서 알 수 있듯이 주목할 만한 미국판례의 변화는 특히 개별사건에 맞게 변형시켜 나가는 유연한 태도¹²⁹⁾의 입장을 보이고 있었다. 그리고 영국의 입장을 보면 미국과 같이 Common Law에 그 뿌리를 두고 있지만 강력한 권한을 가진 입법부의 법률로 제정하여 이를 재량의 범위 내에서 사용하고 있었고 미국보다 더 형식중심적임을 살펴보았다. 독일의 증거배제법칙은 증거가 적법하게 또는 위법하게 수집되었는가는 결정적인 요소가 아니며, 절차의 위법이 있다하여 증거배제가 자동으로 이루어지는 것도 아니다. 독일에서는 이 경우 증거능력을 인정할 것인가 부정할 것인가는 기본권의 핵심영역을 침해하는 경우가 아니라면 기소된 범죄의 중대성과 피고인의 프라이버시권의 침해의 정도를 비교衡量하여 판단한다.¹³⁰⁾는 것을 살펴보았다.

128) 이재상, 전계서, 495쪽.

129) 안동준, “위법수집증거의 처리를 통해본 미국판례의 유연성”, 2007, 성균관 법학, 제9권 제2호, 403쪽.

130) 김종구, 전계 논문, 213쪽.

범의를 유발한 함정수사에 의하여 수집한 증거는 당연히 증거능력이 부정 된다.¹³¹⁾ 영장주의에 위반하는 경우뿐만 아니라 적정절차를 위반하는 때에도 헌법정신에 반하여 수집한 증거로서의 증거수집절차에 중대한 위법이 있는 경우라고 해석하지 않을 수 없고, 범의를 야기하는 함정수사는 적정절차에 대한 본질적인 위반이 있는 경우에 해당하기 때문이다.¹³²⁾

우리나라의 통설과 관례 태도의 입장은 헌법이 규정하는 적법절차와 인권보장의 정신을 살리기 위해서는 위법수집증거의 증거능력을 부정하는 것이 타당하며, 인간의 존엄성을 최대 이념으로 하는 법치 국가의 원리에서도 실체적 진실을 밝히기 위한 증거수집도 인간의 존엄성을 침해하지 않도록 법률적 규제와 통제를 가져야 한다고 하였고 임의성 없는 자백의 증거능력을 부정하는 법의 취지는 비진술증거에 대해서도 유지되어야 한다고 하였으며 원칙적으로 위법수집증거배제법칙을 인정하지 않는 태도를 보이다가 일정한 범위 즉 위법한 범의유발형 함정수사에서는 예외적으로 인정하고 보다 명확한 입장을 보이고 있다.

第2節 陷穽教唆者の 刑事責任 認定을 통한 統制

1. 序說

함정교사는 피교사자를 미수단계 또는 실질적인 범의침해가 없는 상태에서 체포하려는 의도로 통상의 교사와는 구별된다. 이와 관련하여 교사자의 고의가 문제된다. 함정교사는 교사행위 그 자체에 대한 고의와 피교사자의 범죄 실현에 대한 고의 즉 이중의 고의(Doppelter Vorsatz)가 필요로 하며 함정에 빠진 피교사자는 정범으로서 처벌의 대상이 되지만 반면 정작 함정에 빠뜨린 함정교사자는 피교사자의 범죄 실현에 대한

131) 강구진 전계서, 179쪽; 김기두, 전계서, 224쪽; 배종대/이상돈, 전계서, 186쪽.

132) 이재상, 전계서, 192쪽.

고의가 없었으므로 불가벌이 된다.

이같이 모순된 함정교사를 적절한 법의 환경 안에서 통제되기 위한 방법의 하나로 함정 교사자의 고의를 인정함으로써 함정교사자의 형사책임을 인정하는 방법을 들 수 있다. 수사절차에 있어 수사관이 위법한 방법을 사용한 경우 피교사자의 형사책임 인정여부와는 별도로 이를 처벌함으로써 간접적으로 위법한 함정수사를 억제하는 효과를 거둘 수 있기 때문이다.

함정교사자의 책임을 논하기 위해서는 먼저 피교사자의 행위에 대한 함정교사자의 고의의 결여 정도를 어떻게 파악하고 무엇을 기준으로 교사자의 고의가 결여되었음을 확인이 되어야 하며 함정교사자는 미수의 의도라도 피교사자에게는 착오에 의한 기수의 의도 즉 고의로 받아 들여졌고 이로 인해 범행결의가 형성되었다는 관점에서 보면 함정교사자의 미수의 의도에 대한 판단은 그리 간단하지 않다.

우리 대법원은 위법한 함정수사의 성립을 부인하는 내용의 판시를 통해 함정교사의 정의를 밝히는 정도이고 함정교사자와 피교사자의 처벌 등에 관한 해결의 시도는 없는 실정이다.¹³³⁾ 그러므로 함정교사자의 고의 여부에 따라 함정교사자에게 어느 정도의 형사책임을 부여되는지 검토되어야 할 것이다.

2. 故意의 段階에 따른 陷穽教唆者의 概念範圍

함정교사자가 의도한 피교사자의 범행단계를 체포시기에 따라 나누어 본다면, 실행 착수 후 기수(Vollendung)에 이르기 전에 체포하려 한 경우로 전형적인 ‘미수의 교사’의 경우가 있고 기수 후 범행의 종료(Beendigung) 전에 체포하려 한 경우, 그리고 범행이 완전히 종료한 후 체포하려 한 경우의 세 단계¹³⁴⁾가 있을 수 있다.

133) 정금천, “함정수사에 관한 고찰”, 『형사법연구』, 제26호 특집호, 2006, 742쪽.

134) 통설에 의하면 정범의 고의는 범행이 기수에 이른 이상 인정되면 족하고 종료에 이를 것을 요하지 않으므로 기수 후 범행 종료 전에 체포의 경우와 범행의 종료 후 체포의 경우는 고의의 단계를 구분함에 별 실익이 없다.

일반적으로 함정수사는 수사기관 또는 그 협력자가 함정(entrapment)을 파놓고 피교사자에게 범죄를 교사 또는 방조한 후 실행을 기다려 그를 체포하는 수사방법을 말하며 공범론상 「미수의 교사(Anstiftung zum Versuch)와 같은 뜻으로 취급된다.

그래서 종래 함정교사자의 형사책임 문제도 주로 미수의 교사와 관련되어 논의 되어 왔으나 현실적으로 함정수사에 있어서 함정교사자의 고의는 피교사자의 행위를 반드시 미수에 그치게 하려는 경우만이 있는 것은 아니며, 설령 함정교사자의 고의가 미수에 그치게 하려고 하더라도 함정교사자의 의도대로 실현되어지는 것은 아니다.

이러한 이유로 고의의 단계에 따른 함정교사자의 개념범위에 관하여 학설은 대립하고 있다. 함정교사를 범죄가 미수에 그칠 것을 인식하고 범행을 교사하여 그 범행이 ‘기수에 이르기 전에’ 체포하려 한 경우만을 가리키는 견해¹³⁵⁾가 있는가 하면, 피교사자의 실행행위가 기수로 될 것을 인식하고 교사하여 ‘기수로 된 후에’ 체포하려 한 경우를 포함하여 이해하는 견해도 있다.¹³⁶⁾

수사기관이 함정수사를 행함에 있어서는 확실한 증거의 확보와 범인의 검거를 위해 범행이 기수에 이르기 전에 체포해야 된다는 생각보다 범인의 도주를 방지하는 데만 관심을 기울이는 것이 보통일 것이다. 이렇게 되면 함정교사자의 고의는 언제나 ‘미수의 교사’에 그치는 것이 아니라 오히려 많은 경우 ‘기수의 교사’ 또는 공동정범 중범의 행위에 해당하게 된다.¹³⁷⁾ 뿐만 아니라 통상적으로 Agent provocateur 이론과 관련하여서는 종래 결과범을 교사한 경우만을 문제로 하고 있었으나 최근에는 마약이나 무기의 불법소지와 같은 추상적 위험범에 대한 함정수사도 문제가 되고 있는 바,¹³⁸⁾ 이처럼 미수의 교사가 실제로는 이론적으로 불가능한 경우도 생기게 된다.

이와 관련 종래 함정수사에서 논의 되어왔던 ‘미수의 교사’가 함정수사의 논의대상에 포함되는 것은 물론이지만, 함정수사에 관한 논의는 이처럼 교사자의 고의가 미수

135) 이재상, 「형법총론」, 박영사, 2008, 461쪽.

136) 이재상, 상계서, 461쪽.

137) 차용석, 전계논문, 142쪽.

138) 차용석, 상계논문, 142쪽.

에 머무르는 경우에만 국한하여 생각할 것이 아니라 함정교사자의 고의가 기수의 단계에 이른 경우와 같이 교사의 고의를 폭넓게 해석해서 고찰하는 것이 타당하다 할 것이다.

3. 共犯의 處罰根據에 따른 陷穽教唆者의 刑事責任

(1) 책임공범설(책임가담설)

공범자는 정범자를 통하여 법익을 침해하였기 때문이 아니라 정범자로 하여금 책임과 형벌에 말려들게 함으로서 정범자를 추락시켰기 때문에 처벌된다고 본다.(H.Mayer)¹³⁹⁾ 극단적 공범종속형식과 관련된 이론으로 종래의 공범의 처벌근거의 견해이며 이는 정범의 법익 침해로서 공범도 처벌대상이 되는 것이 아니라 이미 공범의 범죄 행위 즉 교사에 의한 정범의 법익이 침해되었기 때문에 처벌의 대상이 되는 것이라는 견해이다.

이 견해에 의하면 정범의 범죄 실행의 결의 단계에서 공범의 처벌요건의 행위불법은 이미 갖추어져 있다는 점에서, 미수의 교사자는 가벌적이라고 할 수 있다.

(2) 불법공범설(불법가담설)

불법가담설은 공범의 처벌근거는 정범에게 위법한 행위를 야기 또는 촉진한 점에 있으며, 공범은 각칙의 구성요건이 배후에 있는 금지를 위반한 것이 아니므로 공범의 불법은 공범이 정범의 사회적 일체성을 해체함에 의하여 법적 평온을 파괴하는데 있다고 한다. 책임가담설을 제한적 종속형식에 따라 변형시킨 이론이며, 이에 의하여 진정한 분범에 대한 비신분자의 공범도 가능하게 된다. ¹⁴⁰⁾

139) 구현수, “공범의 처벌근거에 관한 연구”, 한양대학교 석사학위논문, 1997, 16쪽.

140) 이재상, 「형법총론」, 박영사, 2004, 426쪽.

견해에 의하면 범죄 실행의 단계 이전에 교사자가 피교사자의 교사 또는 방조의 위법한 행위를 하였고 그러므로 미수의 교사에 있어서도 피교사자의 위법한 행위가 가능하게 되었다는 점에서 교사자는 처벌의 대상이 되어야 한다는 것이다.

(3) 야기설

공범은 정범자로 하여금 불법한 결과를 야기 시켰기 때문에 처벌된다고 한다. 즉 인과관계에 의해 공범도 법익의 간접적 침해로 인해 처벌된다는 이론으로 공범은 정범자로 하여금 법익을 침해하도록 야기 시켰기 때문에 정범의 행위불법으로 인한 법익의 침해가 이루어 졌다는 이론이다. 이러한 야기설의 논의 중에도 공범의 독자적 불법의 인정여부와 불법 정도의 견해의 차이가 대립하고 있다.

1) 순수야기설

공범이 처벌되는 것은 공범자 자신이 형법 각칙에 보호되고 있는 법익을 독자적으로 침해하였기 때문이며 공범은 정범과는 독립된 독자의 불법을 가지고 있다고 본다.(Luderssen, Schmidhauser)¹⁴¹⁾ 즉 공범자가 독자적인 위법행위를 했다고 보는 학설로 공범자의 행위자체로서 처벌근거를 찾고 있다. 그러므로 미수의 교사자는 처벌된다고 한다.

2) 수정야기설(종속성지향야기설)

공범은 정범이 법익을 침해하는데 가담하였기 때문에 처벌되지만 공범의 불법은 불법행위 그 자체에 있는 것이 아니라 오로지 정범 행위의 불법에 기초를 둔다고 한다. 즉 공범의 불법은 오로지 그 근거와 정도가 정범의 불법에 의하여 결정된다고 한

141) 이영우, “공범처벌의 근거와 한계에 관한 연구”, 한국외국어대학교 박사학위논문, 1994, 31-33쪽.

다.¹⁴²⁾(Baumann, Bockelmann; Cramer, Jeschek, Maurach/Gossel) 이 견해는 정범의 법익침해에 대한 공범의 가담여부에 따라 공범의 처벌근거를 찾는 견해로, 이에 의하면 미수의 교사자는 가벌적이 된다는 이론이다.¹⁴³⁾

3) 혼합야기설(중속적법익침해설)

공범은 그 자신이 구성요건에 해당하는 행위를 하지 않고 구성요건에 의하여 보호된 법익을 간접적으로 침해함으로써 처벌되지만 공범의 불법은 공범행위 자체의 불법에 근거를 둘 뿐만 아니라 정범행위 자체의 불법에도 근거를 둔다고 본다(Roxin, Herzberg, Otto, Stratenwerth, Samson).¹⁴⁴⁾

이 학설은 구성요건에 해당하는 법익을 간접적으로 침해하는 데에서 공범의 처벌 근거를 찾고 있지만 미수의 교사의 경우에는 교사자에게는 구성요건에서 보호하고 있는 법익을 침해하려는 의사는 없으므로 교사의 처벌을 정당화되지 않는다고 보거나, 교사의 책임이 부인된다고 보게 됨으로 미수의 교사는 불가벌로 된다는 이론이다.

(2) 小結

우리 형법에서의 교사범의 규정은 타인을 교사하는 것은 피교사자의 실행행위의 착수부터 실행행위의 완성에 이를 때까지를 말하므로 이는 교사자가 피교사자의 실행행위의 종료에 이를 때까지를 예견하고 있다고 해석해야 할 것이며 형법 제31조 제1항은 ‘타인을 교사하여 죄를 범하게 한 자는 죄를 실행한 자와 동일한 형으로 처벌 한다’고 규정하여 피교사자의 실행행위의 종료 그리고 결과 발생까지도 예견하고 인식할 것을 요한다. 또한 교사자는 타인을 통해 법익침해의 결과를 실현하려고 의도하는 점에

142) 이영우, 전계논문, 39쪽.

143) 차용석, 전계논문, 144-145쪽.

144) 이영우, 전계논문, 46쪽 이하 참조.

서 보면 교사자는 범죄의 결과발생에 대한 예견과 인식이 필요하다고 보고 교사범의 처벌근거에서 교사범은 피교사자를 범죄에 끌어들이 처벌을 받게 한다는 점보다 타인을 통해서 법익침해를 실현하려는 점으로 인식되므로 결과적으로 교사자의 결과발생에 대한 예견 또는 인식의 필요성을 도출해 낼 수 있다.

4. 共犯論에 의한 陷穽教唆者의 刑事責任

(1) 공범론상 교사자의 고의

함정교사자를 처벌할 수 있는가에 관한 문제는 통상 교사자의 고의를 어떻게 이해하느냐에 따라 결론을 달리하게 된다.

독일형법 제 26조는 교사범을 ‘고의로 타인으로 하여금 고의의 위법행위를 수행하도록 결의시킨 자’ 라고 정의함으로써 교사범의 성립과 관련하여 교사자의 고의를 명문으로 요구하고 있는 반면 우리 형법은 이를 명문으로 요구하고 있지는 않다. 여기서 교사자의 고의라는 것이 어떤 내용으로 이루어진 것인가가 문제 된다.¹⁴⁵⁾

우리 형법 제31조 제1항 교사범은 ‘타인을 교사하여 죄를 범하게 한자’ 를 말한다고 규정되어 있다. 독일의 통설은 교사의 위법성과 가벌성은 타인의 행위에 의하여 범죄구성요건에 해당하는 결과를 발생시키는데 있는 것이므로 교사자의 고의에는 정범행위에 의하여 결과가 완성된다는데 대한 인식 또는 의욕을 필요로 한다고 하여 교사자의 고의에 범죄 실현의 고의가 필요함을 인정하고 있다.

우리나라의 통설적 견해도 교사범이 성립하기 위해서는 피교사자에게 범행을 결의케 하려는 교사의 고의와, 이를 통해 기도하였던 범죄를 실현하려는 정범의 고의, 범죄 실현의 고의 또는 기수의 고의의 2중의 고의(doppelte Vorsatz)를 요한다고 한다.¹⁴⁶⁾ 교사자의 고의에 범죄 실현이 고의는 필요치 않고 단지 피교사자로 하여금 범

145) 이재상, 「형법총론」, 박영사, 2008, 483쪽.

146) 김일수, 「한국형법II」, 박영사, 1996, 387쪽.

죄를 결의케 하려는 고의로 충분하다고 하는 일부의 견해도 있지만 우리나라의 대다수의 견해는 교사행위의 수단에 제한을 두고 있지 않다. 그리고 “단순히 범죄를 유발할 상황을 만든 것만으로는 교사행위라고 할 수 없다” 고 하거나, “교사행위는 피교사자의 정신적 의사형성에 영향력을 가하는 것이 필요 하다” 고 하는 견해도 있다.

독일의 다수 견해도 이러한 견해와 같은 입장을 취하여 “명백한 정신적 접촉을 통하여 의사형성에 영향을 줄 수 있는 수단이어야 한다.” 는 견해를 취한다. 교사행위들과 같이 ‘피교사자의 의사형성에 영향을 줄 수 있는 정도의 것’ 이라고 이해한다면 굳이 판례의 논지를 차용할 필요도 없이 기회제공형의 함정수사는 교사행위로 볼 수도 없을 것이어서 논의의 대상에서 제외될 것이며 범의유발형 함정수사의 경우에만 함정교사자의 형사책임이 문제된다 할 수 있을 것이다.

(2) 미수의 교사자의 가벌성(기수이전에 체포하려 한 경우)

1) 가벌설

일본의 다수설 견해로 교사자의 고의는 피교사자에게 범죄를 실행할 결의를 발생 시킨다는 고의가 있는 것으로 족하고 거기에 결과발생의 인식과 예건의 고의까지 있어야 하는 것은 아니라고 하는 견해이다.

이렇게 본다면 교사자의 교사에 의해 정범의 행위가 실행행위에 나아가도록 할 것을 인식하고 의욕한 이상, 피교사자가 스스로 그 결과의 발생을 방해해서 미수에 그치게 할 의사로 실행한 경우에도 교사자의 고의에 의해 미수의 교사를 처벌할 수 있게 된다는 것이다.

교사범이 처벌의 근거는 범죄의 실행의 결의가 없거나 아직 범죄 실행의 결의가 되어있지 않은 자를 범죄의 실행에 유도하거나 방조하는 것을 그 근거로 하는 것이고, 교사행위는 범죄의 기본적 구성요건의 실행행위가 아니어서 교사의 고의도 기본적 구성요건의 전 내용 즉, 결과의 발생까지 인식 인용할 필요가 없다는 것이다.

2) 불가벌설

교사자의 고의는 범죄를 실행케 함으로써 그 실행행위에 의한 결과의 발생을 인식 인용하는 것으로 단순히 피교사자로 하여금 범죄의 실행을 결의하게 하는 것만으로는 부족하다.

이 견해에 의한다면 처음부터 결과가 발생하지 아니할 것을 예견하고 행동한 교사자에게는 결과발생의 인식이 없는 것이며, 따라서 교사자의 성립에 필요한 고의를 결하므로 처벌할 수 없다는 결론에 도달하게 된다. 독일 및 우리나라의 통설이다.¹⁴⁷⁾

위의 설에 의하면 피교사자의 행위가 미수 단계에 나아갈 경우만을 예상 하였으나 예상과는 달리 기수에 이른 경우와, 교사자가 발견한 결과는 발생하지 아니하였지만 다른 구성요건에 해당하는 결과가 발생한 경우에는 어떻게 되는가가 문제된다.

따라서 결과발생에 대한 교사자의 과실 유무에 따라 과실 책임을 질뿐이라는 견해와 방조의 예에 따라 처벌해야 한다는 견해¹⁴⁸⁾가 대립하고 있으나, 이와 관련 교사자의 행위로 인한 피교사자의 범행이 인식·촉발되었고 결국 기수에 이르게 되었다는 점에서 결과적으로 방조범에 해당한다고 보는 것이 타당하다고 사료된다.

3) 小結

형법 제 31조 1항의 의하면 “타인을 교사하여 죄를 범하게 한 자는 죄를 실행한 자와 동일한 형으로 처벌 한다” 고 규정하고 있다. 우리형법은 교사자의 불법을 정범의 불법과 동등한 정도로 평가하고 있으며 그 불법의 핵심을 범죄 실현의 고의에 있다고 하여 고의 교사범을 정범의 형과 동일한 형으로 처벌하고 있다.

형법의 규정상으로도 교사자의 고의 내용이 타인으로 하여금 ‘죄를 범하게 할’ 의

147) 이재상, 전제서, 484쪽.

148) 이재상, 「형법총론」, 박영사, 2004, 476쪽.

사 즉 범죄 ‘실행’의 의사를 포함하고 있음은 명백하다. 그러므로 교사행위의 불법성은 이러한 교사자의 범죄 실현 의사에 의해 특징 지워지는 것이라 할 수 있다.

그러므로 교사자의 고의는 정범의 행위를 미수에 그치게 하려는 의사가 아니라 죄를 범하게 하려는 즉 범죄구성요건을 실현케 하려는 의사가 있지 않으면 안 된다.

교사자의 고의에 관한 통설적 견해는 미수의 교사는 교사범이 성립하기 위하여 이중의 고의 (doppelte Vorsatz) 중 범죄 실현의 고의 즉, 기수의 고의가 없다는 이유로 이를 처벌할 수 없다고 하여 이중의 고의의 필요성을 강조하고 있으며, 독일의 통설도 정범의 행위가 단지 미수에 그칠 것을 예상한 경우에는 결과발생에 대한 인식 또는 의욕이 없는 것이어서 교사범의 성립에 필요한 교사자의 고의를 결하여 교사범은 성립하지 않게 된다고 한다. 그러므로 우리나라와 독일의 절대다수설은 교사자의 고의가 결여되었다는 이유로 사법심사에서 배제하는 것으로써 문제를 해결해 왔다.

반면 피교사자에게는 정범성립을 인정 후 단지 소송법적 시각에서 그 구제 수단을 찾고 있다. 즉, 공소 제기된 피교사자에게 유죄판결을 내려야 한다는 견해와 무죄판결을 해야 한다는 견해 등이 있으나 절대다수설의 견해처럼 공소기각판결을 내림으로서 유무죄판결에 앞서 형식적인 재판은 통한 해결을 추구하고 있음이 타당하다 할 것이다.

第3節 搜查機關 內部的 統制

합정수사는 범죄예방과 범죄퇴치에 관한 공공의 이익이 있을 때 예외적으로 허용된다. 그러나 인간의 기본적 인권을 침해하는 수사행위는 헌법상의 기본적인 법치국가에 반하고 위법하므로 허용되지 않는다.

그렇지만 국가가 정의를 수호하고 질서를 지키며 법을 집행하여야 함에도 불구하고 국민을 유혹하여 범죄를 실행에 나가는 합정수사를 통해서 법을 집행한다는 점에서 우리 법 감정상 쉽게 용인되기 어려운 점이 있다. 그러나 앞서서도 언급했듯이 특수한 형태의 범죄에 있어서는 제한적이지만 합정수사 방법의 필요성이 인정되고 있음을 살

펴보았다. 그래서 함정수사는 기회제공형 함정수사에 한해 피교사자의 사전범의의 인정여부의 확보를 통해 이루어지는 경우에 그 정당성을 인정할 수 있었다.

범의유발형 함정수사에서 경우에는 함정수사의 보다 적극적이고 실효성 있는 사전 통제를 통해 함정수사의 개시 이전 단계에 있어서의 수사기관 내부의 통제방법을 강구하는 것이 바람직할 것이다.

1980년 말 미국 법무부는 이러한 취지에서 범죄수사에 관여하는 요원들에게 직접적인 구속력을 갖는 수사지침을 마련한 바, ‘비밀수사에 관한 법무장관지침(Attorney General's Guidelines on FBI Undercover Operation)’¹⁴⁹⁾이 그것이다.

이 지침은 특히 ABSCAM 수사와 관련하여 허용되는 함정수사와 그렇지 않은 함정수사를 대조하여 설명함으로써 불법적인 함정수사의 개시가능성을 대폭 줄이고 있을 뿐만 아니라 종래 법원에 의해 함정수사에 적용되던 함정항변이나 적법절차의 원리보다도 그 범위가 훨씬 제한적이어서 함정수사의 합리화에 많은 기여를 하고 있다.

이와 관련하여 첫째, 함정수사는 함정이 없었더라면 범죄의 의도를 갖지 않았을 개인을 불법행위에 관여케 하는 유혹(inducement) 또는 권장(encouragement)이므로 주의 깊게 회피되어야 한다. 함정수사를 승인함에 있어 그 승인권자는 법률의 요청에 따르는 외에 잠재적 수사대상의 범죄성이 합리적이고도 명백할 것, 함정수사에 의해 범죄를 적발할 수 있다는 합리적인 징후가 있을 것, 함정수사는 그 본질상 국민을 범죄에 관여하도록 유인한 것이어서 정당화되기 어려우므로 그 유인행위의 성격이 부당하지 않을 것 등의 조건을 만족시켜야 한다.

둘째, 개인에게 유혹의 방법을 사용하는 수사방법은 정보원 또는 다른 수단에 의해 파악된 수사대상이 범죄행위에 이미 관여하고 있거나, 관여를 개시하고 있거나, 곧 관여할 것이라는 합리적인 징후가 있는 경우 또는 범죄의 기회를 제공하는 과정이 피유

149) FBI지침은 1976년에 공포되었고 이는 FBI를 더욱 강하게 법무성의 통제 하에 두려는 법무장관 에드워드 레비 노력의 일환이었다고 한다. 그 후 공직부정에 대한 ABSCAM 수사에 도덕적 논의가 활발한 시점에서 이 지침이 개정되어 1981년 1월 당시 법무장관이던 시빌레티에 의해 공포 되었다; ABSCM Ethics : Moral Issues and Deception in Law Enforcement (Gerald M. Caplan ed, 최영홍 譯), 166쪽.

인자가 기도된 범죄를 행하려는 사전범의를 가지고 있었다고 믿을만한 합리적인 이유가 있었던 경우에 한하며, 함정수사위원회(Undercover Operation Review Committee)가 가능하다고 결정하지 않는 한 승인권자의 특별한 서면허가 없이는 허용되지 아니한다.

셋째, 범행의 기회가 제공되는 경우 그 기회는 실제상황과 매우 유사해야 한다. 예컨대 제시된 범죄의 대가가 너무 크거나 압력이 견디기 어려운 것일 경우 이는 허용되지 아니한다.

넷째, 수사요원이나 정보원에 대한 통제가 이루어져야 한다. 만일 수사요원이나 정보원에 의해 범법행위가 이루어진 경우 FBI는 범죄의 기수미수 및 긴급성 여부, 생명과 재산에 대한 위협의 정도 등을 고려하여 해당 주 또는 지방검찰 또는 경찰에 이 사실을 알려야 하는지를 결정하여야 한다.

이러한 FBI 지침은 함정수사의 개시가능성 및 그 방법을 엄격히 제한함으로써 범의가 없는 사람을 범죄로 유인하여 체포하는 가운데 발생할 수 있는 인권침해의 소지를 크게 줄였다는 점에 큰 의의가 있다고 하겠다. 이를 참고하여 범의가 없는 사람을 수사개시단계에서 수사의 대상으로부터 제외할 수 있는 수사의 지침을 마련 한다면 다음과 같은 내용들이 포함되어야 한다는 견해가 있다.¹⁵⁰⁾

첫째, 정보원은 신용 있는 자로 선정되어야 하며 그 활동은 주기적으로 통제되어야 한다. 수사대상자와 내부적 신뢰관계에 있는 자(친구, 가족 등)를 정보원으로 채용해서는 아니 된다. 이러한 경우 개인 적 감정에 이끌리어 범죄를 실행할 가능성이 있기 때문이다.

둘째, 인권의 존중은 사생활의 보호에서부터 비롯되므로 가정과 같은 헌법상 보호되는 장소에서 함정수사를 위한 침입을 목적으로 정보원을 사용하여서는 아니 된다.

셋째, 수사대상자의 선정이유가 합리적이고 명백해야 한다. 즉, 함정수사는 수사대상자가 범죄에 나아가려 한다고 믿을만한 합리적 혐의가 있는 경우에 한하여 인정되어야 한다. 국가는 국민을 테스트 할 권한이 없고 국민은 국가로부터 간섭이나 테스트를 당

150) 최영홍, 전계논문, 231-233쪽.

하지 않을 권리 즉, ‘간접받지 않을 자유’ 를 가지기 때문이다.

넷째, 함정수사는 예외적인 수사형태이므로 함정수사방식을 사용 할 범죄의 유형이 한정되어 있어야 한다. 소위 ‘피해자 없는 범죄’, ‘은밀한 범죄’, 및 ‘합리적 범죄’ 와 같이 증거보충이 어려운 범죄를 그 예로 들 수 있다.

다섯째, 사전범의가 있는 자를 대상으로 할 경우에도 그를 유혹하여 범죄를 실행하게 하는 과정에서 적법절차의 원리 등 헌법상의 기본권 보장원리를 크게 해쳤을 경우에는 이를 배제 시켜야 한다.

第6章 結 論

지금까지 함정수사에 관한 이론적 기초와 판례를 중심으로 함정수사의 필요적 당위성을 살펴보고 외국 사례를 비교 분석하여 위법한 함정수사의 적절한 통제방안을 고찰하여 왔다. 논의한 바와 같이 복잡다기한 사회 현상들과 이에 새로운 형태로 진화하는 범죄는 수사기관의 범죄 예방과 범인 검거라는 수사의 목적을 실현하는데 많은 문제를 야기 시키고 있는 실정이다. 즉, 종래의 수사기관의 전통적인 수사방식으로는 현재의 은밀하고 조직적이며 치밀하게 행해지는 신종 수법의 다양한 범죄들을 다스릴 수 없다. 그리하여 수사기관에서는 수사의 목적 실현을 위해 사전대응적 방법의 수사기법을 이용하여 범인검거와 사회방위에 이와 같은 수사 방법을 실행하여 왔다. 그리고 수사기관은 범죄예방과 사회안녕 및 질서유지라는 대명제에 부합하는 범위내에 그 정의의 한계선이 존재하는 경우에 한하여 마약범죄 등등의 은밀하고 치밀하며 범익의 침해가 큰 범죄들에 대항하기 위해 이른바 ‘함정수사’ 라는 사전 대응책을 강구하게 되었던 것이고 또한 그러한 대응책이 실제로도 많은 사례에서 범죄예방과 범인검거로 이어질 수 있었다.

함정수사는 수사기관이 범죄를 교사하여 그 실행을 기다려 범인을 체포하는 수사방법을 말한다.¹⁵¹⁾ 하지만 대명제에 부합하는 범위 내에 존재하는 범익의 손실이 큰 범죄들을 대항하기 위한 수사방법으로 함정수사를 사용함에 있어서도 우리 헌법의 기본 원칙인 법치주의와 인간의 기본적 인권의 침해 금지라는 원칙을 벗어나는 함정수사는 허용될 수 없다는 함정수사의 한계가 있다. 이렇듯 함정수사는 수사상의 필요성 때문에 불가피한 경우 허용될 수 있으나 단순히 기회를 제공하거나 범행을 용이하게 하는 정도의 함정수사에 머물러야 하며 범의가 없는 자로 하여금 범의를 유발 하게 하여 범행을 실행시킨 뒤 이를 검거하는 것은 수사의 엄결성과 신의칙상 허용되지 않는다.

151) 이재상, 「신형사소송법」, 박영사, 2008, 188쪽.

즉, 함정수사의 양면성이라는 특성을 감안하더라도 함정수사는 개인의 인권침해를 극소화 하는 틀 속에서 사회 방위와 인권보장이라는 양 가치를 상충됨 없이 조화시킬 수 있는 적절한 방안을 모색해야만 하는 과제를 안고 있다.

우리 대법원의 최근 판례의 경향을 보면, “본래 범의를 가지지 아니한 자에 대하여 수사기관이 사술이나 계략 등을 써서 범의를 유발하게 하여 범죄인을 검거하는 함정수사는 위법하다” 고 하여 함정수사의 한계를 명확하게 구분 짓고 있으며 또한, “구체적인 사건에 있어서 위법한 함정수사에 해당하는지 여부는 해당 범죄의 종류와 성질, 유인자의 지위와 역할, 유인의 경위와 방법, 유인에 따른 피유인자의 반응, 피유인자의 처벌 전력 및 유인행위 자체의 위법성 등을 종합하여 판단하여야 한다.” 고 하여 함정수사 여부를 판단함에 있어 종합적이고 구체적인 사안의 고려가 반드시 수반되어야 함을 명시하고 있다. 그리고 함정수사의 수단으로서 사용되어 지는 유인이라는 것이 “수사기관과 직접 관련이 있는 유인자가 피유인자와의 개인적인 친밀관계를 이용하여 피유인자의 동정심이나 감정에 호소하거나, 금전적·심리적 압박이나 위협 등을 가하거나, 거절하기 힘든 유혹을 하거나, 또는 범행방법을 구체적으로 제시하고 범행에 사용될 금전까지 제공하는 등으로 과도하게 개입함으로써 피유인자로 하여금 범의를 일으키게 하는 것은 위법한 함정수사에 해당하여 허용되지 않지만, 유인자가 수사기관과 직접적인 관련을 맺지 않은 상태에서 피유인자를 상대로 단순히 수차례 반복적으로 범행을 부탁하였을 뿐 수사기관이 사술이나 계략 등을 사용하였다고 볼 수 없는 경우는, 설령 그로 인하여 피유인자의 범의가 유발되었다 하더라도 위법한 함정수사에 해당하지 않는다.”¹⁵²⁾고 판시하여 범의유발형 함정수사에 관해서도 명확한 입장을 표명하고 있다. 상기에서 살펴보았듯이 우리나라의 경우 마약, 매춘 등의 범죄수사에 있어서 함정수사방법에 의한 범죄 예방이 늘어나고 있는 실정이므로 이에 대한 이론적 체계의 확립은 반드시 필요하다고 사료되어지며 현재 이와 관련한 판례들이 많지는 않지만 향후 다양한 판례들을 기준으로 함정수사에 관한 법원의 명확한 판단기준이 기대된다.

또한 수사기관도 함정수사에 대한 합목적적인 지침을 마련하여 적정절차에 기인한

152) 대법원 2007. 7. 12 선고, 2006도2339 판결.

함정수사의 방법을 실행함으로써 법치국가의 원칙에 반하는 함정수사는 통제되어야 할 것이다.

헌법과 형사소송법이 정한 절차를 위반하여 수집한 압수물과 이를 기초로 획득한 2차적 증거의 증거능력 유무 및 그 판단기준의 한계를 명확히 그어 주었던 대법원 판결은 “기본적 인권 보장을 위하여 압수·수색에 관한 적법 절차와 영장주의의 근간을 선언한 헌법과 이를 이어받아 실체적 진실 규명과 개인의 권리 보호 이념을 조화롭게 실현할 수 있도록 압수·수색 절차에 관한 구체적 기준을 마련하고 있는 형사소송법의 규범력은 확고히 유지되어야 한다. 그러므로 헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않는 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다. 수사기관의 위법한 압수수색을 억제하고 재발을 방지하는 가장 효과적이고 확실한 대응책은 이를 통하여 수집한 증거는 물론 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거를 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없도록 하는 것이다.”¹⁵³⁾을 그 요지로 하고, 이는 적법절차에 의하지 아니하고 수집된 증거는 증거능력을 인정하지 않겠다는 대법원의 명확한 취지를 보여주었다. 이와 같은 대법원의 취지로 판단하건대, 함정수사의 허용문제는 함정수사의 예외적 필요성을 인정하면서도 민주적 기본 질서와 사생활권 등이 침해되지 않도록 하는 것이어야 할 것이며, 또한 적극적인 범죄방지라는 점에서 필요성이 인정되고 있는 함정 수사라 할지라도 범의가 없는 자에게 기망 수단을 이용하여 범죄를 유발하는 경우의 함정수사는 허용될 수 없다고 할 것이다. 이는 “동기가 수단을 정당화하지 못한다.”는 의미로서 수사절차에서 경시되기 쉬운 인권 보호의 중요성을 강조하고자 함이다.

153) 대판 2007. 11. 15 선고, 2007도3061 공직선거법위반(제주지사실 압수수색 사건) 판결.

參 考 文 獻

【國內文獻】

1. 單行本

- 강구진, 「형사소송법원론」, 학연사, 1982.
- 김기두, 「형사소송법」, 박영사, 1987.
- , 「형사소송법원론」, 박영사, 1995.
- 김일수, 「한국형법Ⅱ」, 박영사, 1996.
- , 「형법총론」, 박영사, 2006.
- 박상기, 「형법총론」, 박영사, 2009.
- 배종대 · 이상돈, 「형사소송법」, 홍문사, 2005.
- 배종대 · 이상돈 · 정승환, 「신형사소송법」, 홍문사, 2008.
- 백형구, 「형사소송법」, 박영사, 2005.
- 신동운, 「신형사소송법」, 법문사, 2008.
- 신양균, 「형사소송법」, 법문사, 2004.
- 신현주, 「형사소송법」, 박영사, 2002.
- 이영란, 「한국형사소송법」, 나남출판, 2007.
- 이재상, 「형법총론」, 박영사, 2004.
- , 「형법총론」, 박영사, 2008.
- , 「형법총론」, 박영사, 2009.
- , 「신형사소송법」, 박영사, 2008.

- , 「신형사소송법」, 박영사, 2009.
임동규, 「형사소송법4판」, 법문사, 2006.
이형국, 「형법총론」, 법문사, 2007.
정성근, 「형법총론」, 형설출판사, 2008.
정영석, 「형사소송법」, 법문사, 1997,
진계호, 「형사소송법제2판」, 형설출판사, 2004.
차용석, 「형사소송법」, 박영사, 1997.

2. 論文

- 구현수, “공범의 처벌근거에 관한 연구”, 한양대학교 석사학위논문, 1997.
김종구, “사인이 수집한 형사사건의 증거와 증거배제법칙”, 형사법연구, 제20권 제2호, 2008.
김기두, “함정수사”, 월간고시, 1983.
---, “임의수사와 인권보장” (고시연구 1983, 4).
김정진, “함정수사의 허용범위와 통제방안에 관한 연구”, 한양대학교 석사학위논문, 2001.
김우한, “함정수사에 관하여”, 검찰, 1968.
김정진, “함정수사의 허용범위와 통제방안에 관한 연구”, 한양대학교 석사학위논문, 2001.
김진환, “함정수사에 관하여 수집한 증거”, 고시계, 1989.
김현철, “함정수사에 관한 연구”, 서울대학교 석사학위논문, 1994.
박광민, “함정수사의 규제”, 성균관법학 제7호, 1996.
박상기, “함정교사자의 형사책임”, 고시연구, 1989.
박정희, “陷穽搜查의 違法性 判斷基準 및 統制方案”, 2002, 충북대학교 법무대학원

석사 학위 논문.

- 백형구, “임의수사의 본질과 한계”, 고시계, 1982.
- 성낙현, “함정수사의 가벌성에 관한 실체법적·소송법적 논의”, 「형사정책연구」 제9권 제4호, 1998.
- 심희기, “위법한(범의유발형) 함정수사에 기초한 기소의 절차법적 효과”, 고시연구, 2006.
- 성윤환, “함정수사에 관한 연구”, 중앙법학 제9집 제4호, 2007.
- 안동준, “위법수집증거의 처리를 통해 본 미국판례의 유연성”, 성균관대학교 비교법 연구소, 제19권 제2호, 2007.
- 안강민, “함정수사에 관하여”, 검찰, 1974.
- 오영근외, “위법수집증거배제법칙에 관한 연구”, 한국형사정책연구원, 1995.
- 유인창, “함정수사의 법적 효력에 관한 연구”, 2005.
- 이영우, “공범처벌의 근거와 한계에 관한 연구”, 한국외국어대학교 박사학위논문, 1994.
- 이용훈, “함정수사의 위법성에 관하여”, 법정, 1996.
- 이은모, “공소권남용이론에 대하여”, 형사법연구 제11호, 1999.
- 이재상, “함정수사”, 고시계, 1998.
- 임정혁, “함정수사의 비난가능성”, 「법조」, 1994.
- 원정일, “함정수사론”, 「검찰」, 1974.
- 정영철, “함정수사에 관한 법적 고찰”, 「경찰학 논집」, 제2권, 경찰대학교, 1987.
- 조국, “함정수사의 위법성 기준과 법적 효과에 대한 재검토”, 형사법연구, 2001.
- 조기영, “함정수사의 법적효과”, 한국형사법학회, 2007.
- 차용석, “수사구조론”, 「월간고시」, 1986.
- 최영홍, “함정수사”, 판례월보, 1986.
- 황태정, “함정수사의 허용성과 법적 통제방안에 관한 연구”, 연세대학교 석사학위

논문, 2000.

【外國文獻】

高田卓爾, 「刑事訴訟法」, 1984.

鈴木茂嗣, 「刑事訴訟法」, 1990.

平野龍一, 「刑事訴訟法」, 1982.

三井誠, 「刑事手續法(1)」, 新版, 1991.

瀧賢太郎, “おとり捜査の必要性をめぐって”, 警察研究第57卷, 1986.

佐藤芳男, “おとり捜査”, 青山法學論集34卷3 4號, 1993.

會田正和, “おとり捜査”, 刑事裁判實務大系第11卷犯罪捜査, 1991.

河上和雄, “刑事訴訟の課題とその展開”, 1982.

小野一郎, “オトリ捜査とワナの理論および誘發者の理論”, 警研25 卷11 .

佐藤降之, “おとり捜査”, 刑事訴訟法判例百選, 第7版, 1998.

Ashworth, Andrew, Principles of Criminal Law, 1991.

Bloom, Robert M. Brodin, Mark S., Constitutional Criminal Procedure, 1992.

LaFave, Wayne R./Israel, Jerold H., Criminal Procedure, 1985.

Donnelly, Hudicial Control of Informants, Spies, Stool Pigeon and Agent provocateur, 60 Yale Law Journal, 1951.

Comment, ABSCAM, the Judiciary, and the Ethics of Entrapment, 91 Yale Law Journal, 1982.

Emtrapment through unsuspecting middleman, 95 Harvard Law Review, 1982.

The Constitutional States of the Entrapment Defense, 74 Yale L. J. 942, 1965.

Black' s Law Dictionary, 7th ed., 1999.

Gerald M. Caplan[최영홍 譯], The Theory of Entrapment Investigation(陷穽搜查技法), 청림출판, 1988.

US Army Criminal Investigation Command(USACIDC), [이상원 남궁 구 共譯], Law Enforcement Investigations(科學搜查方法論), 진명출판, 1985.

Dreher, Eduard/Trondle, Herbert, Strafgesetzbuch, 45.Aufl., 1990.

Jescheck, Hans–Heinrich, Lehrbuch, AT, 4.Aufl., 1988.

Stratenwerth, Gunter, Strafrecht, AT, 3.Aufl., 1981.

Schonke, Adolf/Schroder, Horst, Strafgesetzbuch, Kommentar, 24.Aufl., 1991.

Berz, U., Polizeilicher agentprovocateur und Tatverfolgung, JuS, 1982.

Franzheim, H., Der Einsatz von Agentprovocateur zur Ermittlung von Straftatarn, NJW, 1979.

저작물 이용 허락서					
학 과	법	학 번	20087026	과 정	석사
성 명	한글: 이용호 한문 : 李龍鎬 영문 : Lee Yong Ho				
주 소	광주 광역시 남구 봉선동 무등3차 301동 901호				
연락처	상 동				
논문제목	한글 : 함정수사에 관한 연구 영문 : A Study on the Entrapment				
<p>본인이 저작한 위의 저작물에 대하여 다음과 같은 조건아래 조선대학교가 저작물을 이용할 수 있도록 허락하고 동의합니다.</p> <p style="text-align: center;">- 다 음 -</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 저작물의 DB구축 및 인터넷을 포함한 정보통신망에의 공개를 위한 저작물의 복제, 기억장치에의 저장, 전송 등을 허락함 2. 위의 목적을 위하여 필요한 범위 내에서의 편집·형식상의 변경을 허락함. 다만, 저작물의 내용변경은 금지함. 3. 배포·전송된 저작물의 영리적 목적을 위한 복제, 저장, 전송 등은 금지함. 4. 저작물에 대한 이용기간은 5년으로 하고, 기간종료 3개월 이내에 별도의 의사 표시가 없을 경우에는 저작물의 이용기간을 계속 연장함. 5. 해당 저작물의 저작권을 타인에게 양도하거나 또는 출판을 허락을 하였을 경우에는 1개월 이내에 대학에 이를 통보함. 6. 조선대학교는 저작물의 이용허락 이후 해당 저작물로 인하여 발생하는 타인에 의한 권리 침해에 대하여 일체의 법적 책임을 지지 않음. 7. 소속대학의 협정기관에 저작물의 제공 및 인터넷 등 정보통신망을 이용한 저작물의 전송·출력을 허락함. <p style="text-align: center;">동의여부 : 동의(○) 조건부 동의() 반대()</p> <p style="text-align: center;">2009 년 8 월 일</p> <p style="text-align: center;">저작자: 이 용 호 (서명 또는 인)</p> <p style="text-align: center; font-weight: bold; font-size: 1.2em;">조선대학교 총장 귀하</p>					