

# 공직부정에 대한 함정수사에 관한 고찰

A study on entrapment for misconduct

이 만 종 (Lee, Man Jong)\*

## ABSTRACT

A criminal types of these days are more and more systemized, so that traditional investigating system can't work out the problems absolutely, especially awareness of crime, gathering of proofs and hunt down the true criminal .

Entrapment for secrecy crime - drugs, smuggling, prostitution, bribery - have executed continuos.

Entrapment is still debated because of its merits of society's protection and demerits of possibility that violating the human rights.

However, the constitution must take sanctions for the human rights against illegal investigation that inducing criminal intention.

In a thesis, looking for harmony between necessity of entrapment for the protection of society's and hazard of the violate human rights.

Keywords : entrapment, criminal induct, misconduct, illegal investigation

---

\* 공군사관학교

## I. 서론

최근들어 개인의 인격권 침해의 대표적인 사항으로 함정취재와 함께 함정수사의 위법성 여부가 법률적인 쟁점으로 논란의 대상이 되고 형사사건으로 번지는 경우가 증가하고 있다. 특히 범죄수사 과정에서 마약, 매춘 등은 이제 통상적인 함정수사의 대상이 되었으며, 심지어 공직자의 뇌물죄에 이르기까지<sup>1)</sup> 함정수사의 결과물이 형사재판에서 적법한 증거로 채택된 사례도 있다.<sup>2)</sup>

그러나 수사라 함은 수사기관이 형사사건에 관하여 범죄혐의의 유무를 명백히 하여 공소제기 여부 및 공소유지 여부를 결정하기 위해 범인을 발견·확보하고 증거를 수집·보전하는 수사기관의 활동을 말하는 것으로 수사절차는 수사기관의 실체적 진실 발견을 위한 합목적성이 활동의 핵심이 되지만, 지나치게 수사의 합목적성을 강조한 나머지 개인의 기본적 인권에 대한 부당한 제한을 초래하거나 자의적인 수사활동을 하는 것은 허용될 수 없는 것이다.<sup>3)</sup>

따라서 수사는 그 목적 달성을 위해 필요한 최소한에 그쳐야 하며 수사결과 얻어지는 이익과 수사에 의한 법익침해가 부당하게 균형을 잃을 때는 이를 수사의 방법으로 허용해서는 안된다는 「수사 비례의 원칙」과 범죄의 혐의를 밝히기 위해 사술을 사용하거나 피의자를 곤궁·궁박 상태에 빠뜨리는 방법을 사용해서는 안된다는 「수사의 신의칙」 원칙에 어긋나서는 안된다는 것이다.

그러나 범죄의 형태와 양상은 시대의 변화에 따라 점차 다양하게 변화하고 있으

1) 공직부정(official corruption)에 대한 함정수사 방법은 미국에서 FBI가 1980년대 초부터 사용하여 왔다. 소위 ABSCAM이라고 불리는 이 수사방법은 5명의 현직 하원의원들까지 관련된 1980년대의 최대 공직자 부정사건으로 그와 같은 수사방법의 정당성 및 도덕성 여부에 관하여 커다란 논쟁을 불러 일으켰다. 공직부정에 대한 함정수사의 경우에는 다음과 같은 의문점이 제기될 수 있다. 즉, 부도덕하고 파렴치한 범죄자를 대상으로 하던 수사방법을 사회적 지위면에서 전혀 반대쪽에 있는 상류층 인사를 상대로 하는 수사에 그대로 채택할 수 있는가? 공직자의 윤리의식과 사명감은 일반인의 그것보다 얼마나 더 높아야 하는가? 고위 공직자는 공직자라는 사실 하나만으로 수사기관의 잠재적 시험대상이 되어야 하는가? 함정수사 대상이 되었다는 사실이 언론에 공표됨으로서 무고한 공직자가 입게되는 희생은 어떻게 회복될 수 있을 것인가?

2) 함정취재 또는 위장취재에는 법률적으로 함정수사와 유사한 쟁점들이 발견된다. 함정취재는 통상적으로 접근하기 어려운 "진실의 현장"을 폭로하는 기사를 쓸 때 위력을 발휘할 수 있는 장점이 있는 반면 취재목적에 의해 파놓은 함정에 빠진 상대방으로서는 사적인 내밀한 모습이 익명으로나마 생생히 노출된다는 점에서 개인의 인격권 침해가 있는 것이다.

3) 이만중, 「범죄수사」, 학현사, 2004, 3면

며 특히 최근의 범죄동향은 해킹 등 사이버 범죄, 신용카드 위조 등 하이테크형 범죄, 사회의 「모럴 패닉」 현상에 의한 성 관련 범죄 및 뇌물, 마약 범죄 등 더욱 지능화되고 은밀화되고 있는 추세이다.<sup>4)</sup>

따라서 수사방법 역시 종래의 전통적인 방법으로는 범죄의 인지, 증거의 수집 및 범인의 색출활동이 곤란한 경우가 많기 때문에 이에 대처하기 위하여 함정수사로 인한 인권침해 요소가 있음에도 불구하고 각국의 수사기관은 함정수사의 필요성을 인정하며 어느정도까지는 융통성을 부여하는 추세이며 관련 수사자료의 증거능력도 폭넓게 인정하는 것이 일반적인 분위기이다.

그러므로 본 논문에서는 우리사회의 공직부정과 그 잠재적 가능성에 보다 적극적으로 대응할 수 있는 방안을 제시함과 아울러 그에 따르는 기본권 침해를 최소화 하는 길을 모색하고자 한다. 즉 국민의 자유와 인권을 보장한다는 측면과 개인과 사회 국가의 법익을 지키고자 하는 함정수사의 필요성 측면의 조화가 동시에 이루어져야 한다는 관점에서 공직부정에 대한 함정수사시 피고사자의 형사책임과 위법성 및 공소의 효력 또는 그에 의해 수집된 증거의 증거능력 등 위법한 함정수사의 소송법적 통제방안을 모색하고자 한다.

## II. 공직부정에 대한 함정수사의 문제

국가적 차원에서 부정부패는 사회적 낭비와 비효율성을 증대시켜 국가 경쟁력을 약화시키는 결과를 가져온다. 따라서 국가 경쟁력의 강화를 통한 지속발전과 국가 번영을 위해서는 부패없는 깨끗한 정부 및 깨끗한 사회의 건설이 필수적인 요건이다.

그러나 화이트 칼라 범죄의 대표적 유형이라 할 수 있는 공직부정은 신분상의 보호막에 가려진 채 청탁자와의 밀접한 거래를 통하여 이루어지고 일반범죄와는 달리 피해자를 남기지 않기 때문에 수사기관이 이를 적발하기는 매우 어렵다.<sup>5)</sup>

또한 범죄혐의가 있더라도 증뢰자가 스스로 자백을 하지 않으면 증거확보가 어려운 실정이다.

이를 극복하기 위해 1980년대 들어 미연방수사국은 앱스캠(ABSCAM)<sup>6)</sup>이라는

4) 이만중, 「범죄학개론」, 학현사, 2002, 41면

5) 최영홍 역, 「white collar 범죄와 함정수사 기법」, 청림출판, 1988, 216면

6) ABSCAM이란 FBI가 은밀하게 장물거래를 탐지하기 위하여 설립한 Abdul Enterprises Ltd.라는 유령회사의 머릿자인 'Ab'와 'scam' 이라는 단어가 합성된 것으로서,

새로운 유형의 수사방법을 채택하고 있는 바,<sup>7)</sup> 이는 종래 수사방법이 이미 발생된 범죄에 대하여 사후적으로 수사활동을 전개하였던 것과는 달리 “범행가능성이 있는 자”에게 접근하여 범의를 유발시키고 이에 말려들면 체포하는 일종의 속임수 수사기법이다.

이와 같은 수사활동은 범죄를 예방하고 적발하는 순기능적 역할을 담당하기도 하지만 이에 못지 않게 많은 역기능도 우려되고 있다.

우선 이러한 수사의 대상이 되는 공직자의 입장에서 보면 고도의 정직성을 가진 경우에도 고위직에 재직한다는 이유만으로 수사기관으로부터 도덕성을 테스트 당하게 되고, 사생활도 침해되기 쉬우며, 사회적으로도 이러한 수사에 참여한 정보원이나 경찰요원이 저지르게 될 비행 또한 무시할 수 없기 때문이다.<sup>8)</sup>

그러나 공직부정 범죄는 일반적으로 상호 합의하에 이루어지는 범죄(consensual crime)로서 범행의 목격자나 피해자가 존재하지 않는 소위 보이지 않는 범죄(invisible crime)에 해당되기 때문에 종래의 소극적인 수사방법에 의해서는 실효를 거둘 수가 없다.

따라서 수사관들은 범행을 유도하기도 하고 범행의 대상이 되기도 하는 등 기망수사방법을 사용하기도 하였는데 이러한 방법에 대하여 미연방대법원은 과거의 소극적 태도에서 벗어나 일정한 요건하에 그 적법성을 적극적으로 인정함으로써 이제 앱스캠은 사법적으로도 정당성을 인정받는 수사방법이 되었으며 우리나라의 경우에도 공직 부정부패를 감시하고 방지하기 위해서 이와 같은 수사기법이 활용되고 있다.

### Ⅲ. 함정수사의 위법성과 피교사자의 가벌성

#### 1. 함정수사시 피교사자의 형사책임

함정수사는 보통 “수사기관이 범죄를 교사하여 그 실행을 기다려 범인을 체포하

---

1978년 초 Long Island에서 시작된 수사방법이다. 처음에는 유가증권이나 미술품 등의 압거래를 탐지할 목적으로 출발하였으나 나중에는 아랍 부호들의 미국 영주권 취득을 도와주고 뇌물을 받는 공직자에게까지 수사대상을 확대하면서 법원의 적법판정에 힘입어 이제는 기망수사를 의미하는 일반적인 용어가 되었다.

7) P. Reuter, Licensing Criminals : Police and Informants, in ABSCAM, Supra note, 3 at 102-107

8) Nathan, *ibid.* at 14-16

는 수사방법”이나 “수사기관 또는 수사기관의 사주를 받은 사람(agent provocateur)이 신분을 숨기고 범죄를 교사한 후 그 실행을 기다려 범인을 체포하는 수사행위”로 정의되고 있으며<sup>9)</sup> 대표적 유형으로는 이미 범의를 가지고 있는 자에 대하여 범죄로 나아갈 기회를 제공하는데 그치는 「기회제공형 함정수사」와 전혀 범의가 없는 자에게 범죄를 유발하게 하는 「범의유발형 함정수사」가 있다.

이 중 기회제공형의 경우에는 수사의 상당성이 인정되어 적법하다는 점에 이르지 않으며 이에 따라 피교사자의 형사처벌이 가능하나 범죄유발형의 경우에는 적법성의 여부에 대해 견해의 대립이 있어 피교사자의 형사책임에 대해서도 학설이 나누어지고 있다.

먼저, ‘가벌설’은 수사가 불법이라는 것과 사술에 의하여 죄를 범한 자의 행위가 범죄를 구성하는가는 별개의 문제로 보아 피교사자의 형사책임을 인정하는 반면 ‘불가벌설’은 국가가 일방적으로 사람을 유혹하여 범죄를 실행하도록 하여 범인을 체포하면서 한편으로는 그를 범인으로 체포하여 처벌하는 것은 비난 받을 사항이기 때문에 피교사자의 형사책임을 물을 수 없다는 것으로 이러한 불가벌설 이론은 다시 두가지 견해로 나뉘어진다. 첫 번째는 위법한 수사방법에 의한 범죄는 범죄구성요건을 결하기 때문에 범죄가 성립되지 않는다고 보아 실체법적 단계에서 피교사자의 형사책임을 부인하는 방법과 둘째 실체법적으로는 범죄가 성립하되 소송법적으로 위법 수집증거의 배제를 통한 무죄판결이나 공소제기절차의 위법 또는 국가의 처벌적격상실을 이유로 공소기각 또는 면소의 판결을 함으로써 피교사자의 최종적인 형사책임을 부인하는 견해가 있다.

따라서 피교사자의 형사책임 여부에 관한 이러한 논의는 함정수사에 의해 제기된 공소의 효력 문제 및 이에 의해 수집된 증거의 증거능력 문제와 연결하여 논해지는 것이 가장 일반적이다 할 수 있겠다.

## 2. 함정수사의 위법성과 피교사자의 가벌성

함정수사의 위법성 여부에 대해서는 적법설과 위법설로 주장이 나뉘어 지는 바, 적법설은 마약 범죄와 같이 외부에서 쉽게 적발하기 어려운 범죄의 경우에는 전통적인 수사방법만으로는 해결이 어려워 함정수사의 필요성이 절실하기 때문에 이런 경우에는 함정수사의 위법성 여부와 상관없이 피교사자를 실체법상 처벌할 수 있다고 주장한다.<sup>10)</sup>

9) 배중대·이상돈, 「형사소송법」, 홍문사, 1996, 180면

10) 첫 번째 견해는 함정수사 행위자체의 위법성 여부와 범죄를 유발당함자의 가벌성 여부는

반면에 다수설인 위법설은 범죄방지의 임무가 있는 수사기관이 오히려 범죄를 유발·조장하는 것은 국민의 인권과 자유를 보장해야 할 국가가 법익보호라는 이유로 헌법에서 보장하는 개인의 존엄성과 행복추구권을 침해하게 되기 때문에 함정수사는 위법한 것이며 따라서 피교사자를 처벌할 수 없다고 주장한다.<sup>11)</sup>

그러나 함정수사의 위법성과 피교사자의 가벌성에 관한 논의는 두 견해 모두 적법한 함정수사의 경우에는 피교사자에게 형사책임을 인정하여 처벌하여야 하나 위법한 함정수사가 행해진 경우에는 피교사자의 형사책임을 인정할 수 없다는 것을 전제로 하고 있다.

다만 함정수사가 위법한 경우 처음부터 범죄가 성립하지 않는다고 보아야 하는지 아니면 실체법상 범죄는 성립하나 소송법적으로 이후에 증거배제 등을 통하여 피교사자를 처벌할 수 없는 것으로 처리하여야 하는지 문제되는데 결국 함정수사의 위법·적법을 과연 어느 정도에서 구분하여야 하는가 하는 것이 문제인 것이다.

이것에 대해서는 수사의 필요성과 상당성의 범위에서 기준을 정하여야 하겠다. 즉 수사의 필요성이란 수사목적의 달성을 위하여 필요한 때에만 할 수 있다는 것으로 수사기관의 주관적 범죄혐의와 공소제기의 가능성을 그 요건으로 하고 수사의 상당성은 수사방법이 사회통념상 상당하다고 인정되는 것을 말하는 것으로 범죄유발형 함정수사와 같은 수사비례의 원칙이나 신의칙에 위배되어서는 안된다.

따라서 함정수사의 적법·위법문제는 신의칙에 어긋나는 국가 공권력의 발동과 수사권 남용을 방지하고 이로 인해 범죄자가 되어버린 피교사자를 구제하여야 한다는 필요성에 따라 합목적적인 방법으로 통제되고 규율되어야 하겠다.

## IV. 함정수사의 효과 및 증거능력

### 1. 위법한 함정수사의 소송법적 효과

---

반드시 표리(表裏)관계에 놓인 것은 아니며 이는 별도로 고찰해야 하는 문제이기 때문에 함정수사의 적법·위법 여부와 관계없이 피교사자의 범죄 실행 사실만으로도 실체법적으로 범죄가 성립되며, 다만 신의 측에 반하는 수사결과는 소송법적으로 증거배제와의 관계에서 족할 것이라는 견해이다.

- 11) 국가기관의 공권력 남용을 묵인하고 이로인해 개인의 권리를 침해하는 결과를 초래하게 되어 부당하며 함정수사가 위법하다고 인정되는 경우에는 피교사자에게 형사책임을 지울 수 없다는 견해이다.

범의유발형 함정수사가 위법하다고 할 때 어떠한 소송법적인 효과가 발생하는가에 대한 문제로서 공소제기에 미치는 영향과 증거능력에 미치는 영향으로 구분할 수 있다.

#### 1) 공소제기의 효력

수사절차는 공판절차를 위한 사전절차라는 측면을 감안할 때, 공소제기의 가능성이 없는 사건은 수사의 필요성이 없다. 따라서 소송조건의 결여로 인하여 공소제기의 가능성이 없는 때에는 수사가 허용되지 않는다. 그러므로 위법한 함정수사에 의해 공소가 제기된 경우 법원은 어떠한 재판을 할 것인가에 대하여는 몇가지 견해의 대립이 있다.

이에 관한 다수설은 위법한 함정수사는 공소제기가 무효인 경우에 해당하므로 공소기각 판결을 하여야 한다고 보고있는 바, 이에 관한 학설로는 첫째, 피고사자가 함정에 빠져 범행하였다는 사실을 가지고 피고사자의 위법성이나 책임이 조각되지는 않으며 실제범상 범행의 결과를 초래하였으므로 이를 처벌할 수 있다는 견해(유죄판결설), 둘째, 범의유발형 함정수사는 형법상 허용되지 않기 때문에 피고사자의 행위가 반사회적 위험이 없으므로 그에 의해 얻어진 증거의 증거능력이 부정되거나 범죄는 성립하나 가벌성이 조각되므로 무죄 판결을 해야한다는 견해(무죄판결설), 셋째, 함정수사는 적법절차에 위배되어 수사절차에 중대한 하자가 있는 경우이고 따라서 공소제기의 절차가 법률의 규정에 의하여 무효일 때(형소법 제 327조 제2호)에 해당하므로 공소기각의 판결을 선고해야 된다고 하는 견해(공소기각설), 넷째, 함정수사에 의해 국가가 피고인의 범죄를 유발한 경우에는 국가는 처벌적격을 상실하게 되며 이로인해 실제적 소송조건을 결하여 형벌권을 행사할 수 없다고 해야하므로 면소판결을 선고해야 한다는 견해(면소판결설)등 4가지 학설로 나누어지고 있다.

#### (1) 공소제기 효력에 관한 학설

##### ① 피고사자 가벌설(유죄판결설)

피고사자 가벌설은 교사자의 기망과 유혹에 상관없이 피고사자가 함정에 걸렸다는 것만으로는 위법성이나 책임이 조각되지 않고 범의를 유발당한 자가 자유로운 의사로 범죄를 실행한 이상 실제범상 이를 처벌할 수 있다는 견해이다.<sup>12)</sup> 함정수

12) 한국 대법원 판례 1963. 9. 12, 63도190

사를 가장 광범위하게 허용하는 견해라 할 수 있으며 일본<sup>13)</sup>과 독일<sup>14)</sup>의 판례 그리고 일본과 우리나라의 일부 학설<sup>15)</sup>이 이러한 견해를 취하고 있다.<sup>16)</sup>

이 설의 주요 논거는 수사기관의 유인행위 여부를 불문하고 행위자 자신의 행위는 실체법상 범죄의 3가지 구성요소인 구성요건 해당성·위법성·책임성을 구비하고 있다는 점, 수사가 불법이라는 것과 사술에 의해 범죄를 범한 자의 행위가 범죄를 구성하는가는 별개의 문제라는 점,<sup>17)</sup> 그리고 수사방법의 불법과 공소제기의 불법 또는 무효는 구별해야 한다는 점 등을 들고 있다.

이에 관한 주요국의 학설과 판례를 살펴보면 독일의 판례이론은 ‘특히 위험하고 해명곤란한 범죄’의 경우에 ‘기본법 및 형사소송법에 제재하는 법치국가원칙’에 반하지 않는 한도내에서만 합정수사가 허용된다고 하면서, 이러한 두가지 원칙에 반하는 위법한 합정수사에 대해서는 ‘절차의 정지(Einstellung)’라는 소송법적 효과를 인정하고 있는 바, 이는 실체법적으로 피고사자의 범죄의 성립을 부정하기 어려우므로 대신 소송법적으로 절차를 정지함으로써 피고사자를 구제하려는 태도라 할 수 있다.

또한 일본 최고재판소는 “타인의 유혹에 의해 범의가 발생하거나 강화된 자가 범죄를 실행할 경우, 그 유혹자가 경우에 따라서는 마약취체법 제 53조(현행 제 58조)와 같은 규정의 유무에 관계없이 교사범 또는 중범으로서 책임을 지는 때가 있는 것은 별론으로 하고, 그 타인인 유혹자가 사인이 아니고 수사기관 이라는 한 가지 사실만을 가지고 그 범죄실행자의 구성요건 해당성·위법성·책임을 조각하거나 공소 제기의 절차규정에 위반하거나 공소권을 소멸시키지 않는다는 것은 다언을 요하지 않는다”고 판정함으로써 범죄실행자의 면책을 전면적으로 부정하고 있는 바,<sup>18)</sup> 이는 범의가 유발된 사안에 있어 피고사자의 형사책임을 정면으로 인정한 판례로서 이러한 논지는 이후의 판례에서도 계속 유지되고 있다. 또한 일본의 학설과 우리나라의 일부 견해는 합정교사자를 처벌하면 되기 때문에 굳이 피고사자의 면책을 인정할 필요가 없으며 수집된 증거 역시 위법수집증거이기 때문에 증거능력을 부정하여야 한다는 입장이다.

13) 日最判 52. 3. 5 : 日本東高判 51. 12. 11.

14) BGH GA 1975, 333 ; BGH NJW 1980, 1761 ; BGH NJW 1981, 1626 등.

15) 김진환, 합정수사에 관하여 수집한 증거, 월간 고시계, (1989. 9.), 97면

16) 영국에서는 합정수사를 이유로한 피고사자의 면책을 부정하고 있으며 경우에 따라 양형사유로 고려하면 충분하다고 주장하고 있다.

17) 日東京高判 51. 12. 11

18) 日最判 53. 3. 5

반면에 영국에서는 경우에 따라 양형 사유로 고려하면 문제가 없으므로 함정수사로 인한 피고사자의 범행에 대해서는 면책을 인정하지 않고 있는 실정이다.

이와 같은 유죄판결설에 대해서는 함정수사는 적법하지 못하며 국가기관이 국민의 신뢰를 저버리는 위법한 법 집행행위를 자행했으므로 처벌적격을 상실하여 형벌권을 행사할 수 없을 뿐만 아니라, 피고사자는 순수한 자유의사가 아닌 수사기관의 유혹에 의한 의사결정이라는 점을 간과하고 있다는 비판이 있다.

## ② 피고사자 불가벌설

### 가) 무죄 판결설

이 설은 함정수사는 범죄를 저지를 의사가 없는 피고사자에게 국가기관이 사술을 사용, 범행의 결의를 하게 하여 범죄를 유발하였다는 점을 고려하여 피고사자에게 무죄판결을 내려야 한다는 견해로 함정수사를 가장 엄격하게 금지하려는 설이며 무죄판결을 주장하는 견해로 외형적으로 형법이론상 금지행위에 해당하는 행위 일지라도 그 행위의 본질상 추상적으로나 구체적으로 반사회적 피해발생의 위험성이 없기 때문에 구성요건 해당성 또는 위법성이 조각된다고 하는 견해, 범죄를 예방·진압해야 할 국가가 오히려 범죄를 배출한 경우이므로 그 범죄는 실질적 위법성을 결하며 실질적 범죄의 관념에 해당하지 아니한다는 견해, 위법한 함정수사의 경우 ‘행위자에 대한 비난 가능성의 강화’와 ‘수사권 남용이라는 국가의 압도적인 비난 가능성’을 고려할 때 책임이 조각되어야 한다는 견해도 있으며,<sup>19)</sup> 범죄가 수사기관의 부당한 교사에 기인한 경우에는 범죄 자체는 성립하지만 가벌성이 조각된다고 하는 견해 등이 있다.

이와 같은 무죄판결설은 마약 등 소지가 함정수사에 의한 것이라고 하여 바로 반사회적 위험성이나 실질적 위법성이 없는 것이라고는 할 수 없고, 피고인이 자유의사에 의해 범죄를 결의하고 이를 실행한 이상 범죄의 성립을 부정할 수 없으며, 이미 범죄가 성립한 이상 무죄를 선고하는 것은 형사소송법 체계상 불가능하다는 비판을 받고 있다.<sup>20)</sup>

### 나) 공소기각설

19) 이 견해에 의한다면 무죄판결설을 취하는 것이 공소권기각설이나 면소판결설을 취하는 것보다 ‘교사자의 책 임’을 물을 수 있는 근거를 명확히 해주는 실익이 있다고 한다. 공소기각설이나 면소판결설에 의하면 만일 교사자를 공범중속성설에 따라 그 중속형식을 논할 때 어느 중속형식을 따를지가 불분명해지는 반면, 무죄판결설에 따르면 최소중속형식 또는 제한중속형식에 따라 공범의 성립을 가능케 하게 되기 때문이다.

20) 이재상, 함정수사, 고시계, (98. 4.), 119면

공소란 특정한 형사사건에 대하여 법원의 심판을 요구하는 검사의 법률행위적 소송행위를 말하는 바, 범죄의 객관적 혐의가 인정되어 유죄판결을 받을 수 있다고 판단되어야 제기할 수 있는 것이다. 따라서 함정수사는 적법절차에 위배하여 수사 절차에 중대한 하자가 있는 경우로서 ‘공소제기의 절차가 법률의 규정에 의하여 무효인 때(형소법 제327조 제2호)’에 해당하므로 수소법원은 형식적 소송조건의 흠결 또는 소송장애를 이유로 공소기각의 판결을 선고해야 한다는 견해가 공소기각설의 주장이며 우리나라 다수설이다.

이 설의 주요 논거는 범죄방지를 주목적으로 하는 수사기관이 오히려 범죄자와 동일한 위법, 무효인 수사를 하였으면 그에 기한 공소는 소추의 이익을 상실하였으므로 이를 기각함이 타당하며 함정에 빠진 피고사자를 불안하게 하지 않고 신속하게 종료시키는 것이 피고인의 인권보장에 도움이 될 뿐 아니라,<sup>21)</sup> 함정수사가 없었다면 당해 공소제기도 없었다고 인정되는 때에는 위법한 수사방법을 사전적으로 억제한다는 차원에서도 공소를 기각하는 것이 타당하다는 것을 그 논거로 하고 있다. 반면에 이 설은 형사소송법 제 327조 제2호의 ‘공소제기절차에 위반되어 무효인 때’에는 위법한 함정수사에 해당된다고 하나, 동 조항은 공소제기 그 자체의 절차에 하자가 있는 경우를 상정한 것이어서 여기에 수사단계의 하자를 포함시키는 것은 무리이므로 적정절차에 위법이 있다하여 반드시 공소제기절차에 위배된다고 볼 수는 없고,<sup>22)</sup> 인권보장과 함정수사의 사전억제 차원에서 공소기각을 하여야 한다고 주장하지만, 구체적으로 행하여진 범죄가 위법한 함정수사인지 여부를 판명하기 위해서는 (특히 피고인이 범행을 행할 당시의 심리상태를 정확히 파악하기 위해서는) 실체관계심사가 필연적일 것이라는 비판을 받고 있다.

#### 다) 면소판결설

면소판결설은 일본의 다수설로서 함정수사에 의해 국가가 피고인의 범죄를 유발한 경우에는 국가는 처벌적격을 잃게되며, 이 경우 실체적 소송조건을 결하여 형벌권을 행사할 수 없다고 해야하므로 면소판결을 선고해야 한다고 주장하는 학설이다.

이 설에 대하여는 함정수사행위와 그 사건 간의 실체법상 연관성을 논하였다는 점에 있어서는 높이 평가되지만 함정수사는 단순히 범죄를 범하게 한 것에 불과하고 범죄의 실행은 범인의 자유의사에 의해 스스로의 책임하에 한 것이라는 점에서 국가에게 처벌적격이 없다고는 할 수 없으며, 일선 수사관의 행위에 의해 범죄를

21) 최영홍, 판례일보(86. 4.), 13면

22) 박광민, 함정수사의 규제, 성균관법학 7호, 1996. 67면

범한 자가 처벌을 면할 수 있다면 이는 수사관에게 국가의 형벌권을 소멸시킬 권한을 인정하는 결과를 초래한다는 비판이 있다. 더욱이 면소판결설은 면소의 요건을 규정한 형사소송법 제326조<sup>23)</sup>의 어느 사유에도 해당하지 않는 합정수사에 대하여 초법규적 면소사유를 인정하는 것으로서 타당하지 못하다는 비난을 받고 있다.<sup>24)</sup>

## 2. 합정수사에 의해 수집된 증거의 증거능력

합정수사에 의하여 위법하게 수집된 증거에 대해서는 공판절차에 있어 실체심사를 요구하는 유죄판결과 무죄판결의 경우에 중요한 문제가 되기 때문에 위법수집배제의 법칙(Exclusionary rule)이 적용되어 증거능력이 부정되어 진다.<sup>25)</sup>

즉 위법수집배제법칙은 수사기관의 실체진실 발견은 아무리 중요한 경우라고 할 지라도 무제한적으로 하여져서는 안되며 절차의 합법성이 있어야 한다는 것이다. 따라서, 절차가 위법한 경우 그러한 위법한 방법에 의하여 수집한 증거(illegally obtained evidence)에 대해서는 증거능력을 인정할 수 없다고 하는 원칙으로<sup>26)</sup> 이는 헌법상 개인을 희생하면서 까지도 관철되어야 한다는 전제에서 신뢰성이 없는 증거는 배제되어야 한다는 신뢰성확보의 원칙(reliability principle), 신뢰성이 있더라도 위법하게 수집된 증거는 그 증거능력을 배제하여야 한다는 위법수사 역지의 원칙(disciplinary principle), 그리고 개인의 권리를 침해하여 수집된 증거는 배제되어야 한다는 개인적 권리보호의 원칙(protective principle)을 근간으로 하고있는 것이라 하겠다.

또한 증거에는 진술증거와 비진술증거가 있는 바, 진술증거인 자백에 대하여는 헌법 제12조 7항과 형사소송법 제 309조에서 증거능력을 제한하는 규정을 두고 있다. 그러나 비진술증거인 증거물에 대해서는 이러한 명문규정이 없을뿐만 아니라 압수절차에 위법이 있더라도 그 증명력에는 아무런 영향을 미치지 않는다. 따라서

23) 형사소송법 제326조는 면소판결의 사유로 ①확정판결이 있었던 경우, ②사면이 있었던 경우, ③공소시효가 완성된 경우, ④범죄 후의 법령개폐로 형이 폐지되었을 경우를 들고 있다.

24) 이재상, 전계논문, 120면

25) 이재상, 형사소송법, 박영사 1991, 521면

26) 미국 연방대법원은 그 근거를 due process of Law에서 찾고 있다. 그러나 ‘증거물’에 관하여는 일본의 판례는 “증거수집의 위법이 그 증거물 자체의 성질이나 형상에 아무런 변화를 가져오지 않는 한 또는 그 증명력이 있는 이상 자유심증에 의하여 이를 유죄인정의 자료로 할 수 있다”고 하고 있으며 우리나라 대법원도 “증거물의 경우 압수절차가 위법해도 증거가치에 변함이 없으면 증거능력이 인정된다”고 판시한 바 있다.

위법수집증거배제법칙이 주로 증거물의 증거능력에 관한 문제를 다루어지고 있는 이유도 여기에 있다.

그러나 증거수집활동의 위법과 적법의 기준확정은 그 한계선이 분명하지 않는 경우가 많으며, 우리나라에는 위법수집증거배제에 관한 명문규정이 없기 때문에 증거배제의 기준이 명확하고 합리적으로 제시되어야 할 필요성이 제기되고 있다.

(1) 위법수집증거의 배제에 관한 각국의 논의

① 미국

위법수집증거의 배제법칙은 미국의 증거법에서 유래한다. 그러나 미국에서도 1886년의 Boyd 사건<sup>27)</sup>에 이르기까지는 자백을 제외하고는 증거수집방법의 위법성이 증거의 허용설에 영향을 미치지 않는다는 Common Law의 원칙이 지배하고 있었다. 이후 이 법칙이 확립된 것은 1914년의 Weeks 사건에 의한 것이며<sup>28)</sup> 1946년 연방형사소송규칙 제 142조에서 명문화 되었으며 1961년의 MAPP사건을 통하여 판시됨으로써<sup>29)</sup> 미국 증거법상 명백한 원칙으로 확립되었다.

② 영국

미국과 같이 Common Law에 뿌리를 두고 있었음에도 불구하고 미국이 연방대법원의 판례에 의해 위법수집증거의 배제법칙을 확립하여 온 반면, 영국은 미국과는 달리 강력한 권한을 가진 입법부가 법률을 제정하여 법원으로 하여금 재량의 범위내에서 행사하게 함으로써 동 법칙을 입법화하였다.<sup>30)</sup>

1984년 제정된 '경찰 및 형사증거법(Pace act Practice)'<sup>31)</sup>과 이에 기초하여 만들어진 '경찰직무규칙(Code of Practice)'<sup>32)</sup>이 그것이다. 영국에서는 이에 따라 수사

27) 이재상, 전게서, 521면.

28) 우편을 위법하게 이용한 연방법 위반 사건에 대하여 「위법하게 압수된 물건을 시민인 피고인에게 불이익한 증거로 이용하는 것을 인정한다며 불합리한 압수·수색을 받지 않을 권리를 시민에게 보장하는 미국헌법수정 제4조는 무의미하게 된다」고 하여 배제법칙이 연방헌법의 요구임을 명백히 하였다.

29) “수정 제4조의 Privacydml 권리는 제14조 due process조항의 본질적 내용을 이루므로 위법수집 증거배제법칙은 주에도 적용된다”고 판시

30) Bloom/Brodin, Constitutional Criminal Procedure, 1992, p.161-203

31) Zander, The Police And Criminal Evidence Act 1984,2nd ed.,1990, p.185-214

32) ①사람과 차량의 수색, ②사람의 구급, 처우, 신문 및 신원확인, ③주거의 수색, ④사람과 사람의 주거에서 발견된 물건의 압수 등에 관한 경찰의 직무를 규율하기 위해서 영국 국무장관에 의해 제정된 규칙이다.

기관의 행위가 제정법과 경찰직무규정을 위반하여 형사재판의 공정성에 반하는 결과가 초래할 수 있는가에 초점을 두어온 경향이 있다.

1984년 제정된 경찰 및 형사소송법(PACE act 1984)은 제 76조에서 강압에 의한 자백과 신뢰성 없는 자백을 배제하고, 제 78조에서 절차의 공정성을 반하는 증거를 배제하였으며, 제 82조에서는 법관의 보통법에 따른 증거배제의 재량을 명문화하고 있다. 이 법을 근거로 하여 경찰직무규칙(Code of Practice)이 제정되었는데 이후 영국의 법원은 이 직무규칙을 실질적이고 중대하게 위반한 사안에 대해 증거를 배제하는 경향을 보이고 있다.

### ③ 독일

독일에서는 형사소송법에서 위법수집증거배제법칙을 증거금지(Beweiser-bot)의 문제로 다루고 있다. 즉 실체진실발견이 합정수사의 목적이더라도 국가적 이익을 보호하여야 하기 때문에 위법수집증거는 금지되고 단념되어야 한다는 것이다.

독일의 판례는 1980년대 수사기관이 신분을 속이고 마약을 구입한 합정수사와 관련된 판결을 통하여 합정수사에 관한 BGH의 견해를 확립하였던 바, 합정수사는 원칙적으로 허용되어서는 아니되지만<sup>33)</sup>, ‘특히 위험하고 해명곤란한 범죄’에 대하여 기본법 및 형사소송법에 내재하는 법치국가원칙에 반하지 않는 한도 내에서는 허용될 수도 있다고 하였다.<sup>34)</sup> 그러나 수사의 과정에 있어 수사기관에 의한 반복적 설득, 집요한 유혹 등과 같은 ‘중대한 영향’이 있었던 경우에는 합정수사는 위법으로 되고 이에 의해 수집된 증거는 증거로 사용할 수 없다고 하고 있는 바, 판례는 이러한 ‘중대한 영향’ 기준의 근거로 ‘모순되고 간계를 부리는 국가활동에 대한 비난’을 들고 있다. 즉, 국가는 법치국가원칙에 위배되는 방법을 사용해서는 안되며, 이 원칙에 대한 침해는 자신의 부담으로 돌려야 한다는 것이다.

### ④ 일본

일본의 판례는 종래 “증거수집의 위법이 그 증거물 자체의 성질이나 형상에는 변경이 없으므로 그 증명력이 있는 이상 자유심증에 의하여 이를 유죄인정의 자료로 할 수 있다”고 판시하면서 위법수집증거의 증거가치를 인정해야 한다는 입장으로 피고사자에게 엄격한 책임을 묻는 경향이 있었다. 반면에 학설은 미국 판례의 영향을 받아 위법한 절차에 의해 수집된 증거는 증거능력이 부정되어야 한다는 데 일치되어 있었으며, 이러한 학설의 영향으로 최고재판소도 1978년 9월 7일 판결을

33) BGH StV, 1981, 163 : BGH NJW, 1981, 1626 : BGH StV, 1984, 406

34) BGH GA 1975, 333 : BGH NJW, 1980, 1761.

통하여 배제법칙을 선언하기에 이르렀으며<sup>35)</sup>, 일본의 위법수집증거배제법칙의 통설과 판례를 통하여 확립되었다.

#### ⑤ 우리나라

우리나라에 있어서는 위법수집증거배제법칙 채택여부에 판례와 학설의 태도가 대립되고 있다.

판례와 형사소송법상 명문의 규정의 유무에 불구하고 통설의 입장은 위법수집증거의 증거능력을 부정하고 위법수집증거배제법칙을 채택하여야 한다는 점을 당연한 것으로 인정하고 있다.<sup>36)</sup> 이는 헌법이 규정하고 있는 적정절차와 인권보장의 정신을 살리기 위해서는 위법수집증거의 증거능력을 부정하는 것이 타당하며, 임의성 없는 자백의 증거능력을 부정하는 법의 취지는 비진술증거인 증거물에 대해서도 유지되어야 한다는 점을 그 근거로 한다.

또한 위법한 함정수사에 의해 수집한 증거의 증거능력을 인정할 것인가에 관하여는 실체진실 발견만이 형사소송의 유일한 목적이 아니고 적정절차의 이념조화 및 형사소송법의 윤리화(Ethisierung)달성 측면에서 위법한 함정수사의 경우 그에 의해 수집된 증거는 위법수집증거이므로 적정절차의 원칙을 규정하고 있는 헌법 제 12조 1항의 취지와도 일치하므로 위법수집증거배제법칙을 적용하여 증거능력을 배제하여야 한다는 견해(증거능력부인설)<sup>37)</sup>인 통설이 타당하다고 생각된다.

반면에 통설의 태도와 달리 판례는 원칙적으로 위법수집증거배제법칙을 인정하지 않는 태도를 보이다가 최근에 와서 일정한 범위에서 이를 인정하고 있다.

대법원은 영장주의에 위반하여 압수한 증거물의 증거능력에 관하여 종래 일본 판례의 영향으로 “증거물은 압수절차가 위법하더라도 물건 자체의 성질·형상에 변화를 가져오는 것은 아니므로 그 형상 등에 대한 증거가치에는 변함이 없다 할 것이므로 증거능력이 있다.”고 판시하여 위법수집증거의 증거능력을 인정하고 있다.

이는 증거수집절차의 위법은 그 증거의 실질가치에 영향을 미치지 않으며, 진술 증거와는 달리 증거물은 반환하여도 다시 압수할 수 있으므로 무용한 절차를 반복할 필요가 없으며, 위법행위에 대해서는 별도의 제재와 구제수단을 강구하면 족하다는 점 등을 근거로 하고 있다.<sup>38)</sup>

35) 「증거물 압수 등의 절차에 영장주의 정신을 몰락시키는 중대한 위법이 있고 이를 증거로 사용하는 것이 장래의 위법한 수사의 억제라는 견지에서 상당하지 않은 경우에는 그 증거능력을 부정해야 한다」고 판시

36) 강구진, 형사소송법원론, 학연사, 1982, 506면 : 신동윤, 형사소송법, 법문사, 1994, 99면 : 이재상, 전계서, 493면.

37) 강구진, 전계서, 179면.

또한 대법원은 전술한 바와 같이 기회제공형 합정수사의 경우 합정 교사자에게는 범죄가 성립하지 아니하고 피교사자는 처벌할 수 있다고 하는 점을 밝히고 있으나, 범의유발형 합정교사의 경우에는 피교사자와 합정교사자를 처벌할 수 있는 반면, 범의유발형 합정교사의 경우에는 피교사자와 합정교사자를 처벌할 수 있는 것인지, 만약 피교사자가 면책된다면 그 면책의 한계 및 구체적인 범위는 어떻게 되는지에 관해 전혀 언급이 없다. 따라서 합정수사에 의해 수집된 증거에 관한 대법원의 태도를 명확히 알 수는 없으나, ‘증거물’을 제외한 다른 분야에 있어 위법수집 증거배제원칙의 적용범위를 넓혀가고 있는 최근 판례의 동향에 대한 중요한 시사점이 된다고 할 것이다.

### (3) 증거수집활동의 위법성 판단의 기준

합정수사의 증거수집에 관한 위법성을 판단함에는 개인의 인권보장과 사회질서라는 두가지의 가치를 종합적으로 고려하여 합목적으로 판단함이 바람직하다고 하겠다.

따라서 배제되어야 할 위법수집증거라고 하기 위해서는 어느 정도의 위법성 내지 중대성이 있어야 하는 바, 일반적으로 ‘중대한 위법’이라 하면 ‘정의감에 반하고 문명사회의 양심에 충격을 주는 경우나 적정절차의 원칙(due process)의 기본이념에 반하는 경우를 의미한다. 즉 중대한 위법에 대한 판단기준은 증거수집활동에 있어서의 위법의 정도를 배제법칙의 취지에 합목적으로 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.<sup>38)</sup>

## 3. 합정수사의 허용영역

이상의 논의에서 살펴본 것처럼 합정수사의 위법성에 대해 미국과 우리나라는 인정하는 입장이나, 일본 최고 재판소는 합정수사가 도덕적 비난성 가능성은 별론으로 하되 적법하다는 입장이다.

그러나 공직부정부패를 제거하고 사회정의를 실현하여야 한다는 명분에도 불구하고 국가의 공권력은 무제한적으로 행사될 수 없는 것이며 무엇보다도 국민의 기본권이 보장되어야 하는 게 중요하다 할 수 있겠다.

38) 이재상, 전계서, 524면.

39) 이재상, 전계서, 495면

따라서 함정수사의 허용범위는 주관적 기준설(subjective test)과 객관적 기준설(objective test)로 학설이 대립되어 있다.

전자는 수사기관의 개입이 있기 전에 피고인의 심리상태가 이미 범행행위에 나아갈 의사가 갖추어져 있어서, 국가기관의 개입으로 새로이 피고인의 심리에 범죄적 기도를 심어준 경우가 아닌 한, 기망수사는 적법하다는 입장이다.

반면에 후자는 피고인의 심리상태를 고려함이 없이 국가기관이 사용한 수사방법이 '사법권은 공정하고 명예롭게 행사되어야 한다'는 국민의 신뢰에 어긋나게 행사되었느냐 하는 점을 기준으로 삼는다.

객관적 기준설이 수사기관의 기망의 정도만을 가지고 판단하기 때문에 기망방법의 통제가 용이하다는 장점이 없지 않으나 범죄의 성립은 개개인의 구체적인 심리상태에 따라 달라질 수 있다는 점에서 통상적 위치에 있는 주관적 기준설이 타당하다고 생각된다.<sup>40)</sup>

그러므로 수사기관의 유혹 당시 피고인이 이미 범의를 가지고 있으면 함정수사는 그 적법성이 인정된다고 할 것이다.<sup>41)</sup>

## V. 함정수사에 대한 통제방안

앞에서 살펴본 바와 같이 수사기관의 실체진실 발견은 무조건적·무제한적으로 행해지는 것이 아니라 반드시 적법한 절차에 의하여야 하기 때문에 우리나라에서는 위법한 절차에 의하여 수집된 증거(illegally obtained evidence)에 대해서는 증거능력을 인정하지 않고 있는게 통설로서 인정되며 여기에는 다음과 같은 두가지의 논거를 제시하고 있다.

첫째는 위법한 절차에 의하여 취득한 증거를 유죄의 인정에 사용하는 것은 법의 적정절차를 보장하고 있는 헌법 제 12조 1항에 위반한다는 것이며,<sup>42)</sup>

둘째는 헌법 제 12조 3항을 비롯한 기타의 적정절차 위반의 수사활동을 억제할

40) See Comment, *supra* note 3, at 1123-1125 대부분의 주는 입법이나 판례를 통하여 주관적 기준설을 제시하고 있다. Comment, Causation and intension in the Entrapment Defense 28 U.C.L.A.L. Rev. 859 n. 3(1981)

41) 최영홍, 함정수사, 판례월보, 1986. 4. 187호. 27면

42) 헌법이 적정절차 보장규정은 단순한 프로그램적 규정이 아니고 실효성을 수반해야 하는 규범이므로 그것은 형소법상 실현하는 방법의 하나로서 배제법칙이 유래된 것이다.

다는 정책적 이유 때문이라고 주장하고 있다. 즉 전자는 인권보장 측면에 논리의 중점을 두고 있다 한다면 후자는 함정수사와 같은 위법수사를 최대한 억제하기 위한 사전적 주장이라 할 수 있겠다.

위의 논거 중 실체적 진실 발견은 공정한 법적 절차에 의해 실현되어야 하는 것이 적정절차 보장이라는 형사소송법의 이념을 구현하는 것에 부합되기 때문에 위법한 수사에 의해 수집된 증거를 배제하기 위해서는 아래와 같은 소송법적 제도적 통제방안을 강구할 필요가 있겠다.<sup>43)</sup>

## 1. 적정절차에 의한 형벌권의 실현

적정절차(due process)의 원칙이란 헌법정신을 구현한 공정한 법적절차에 의하여 형벌권이 실현되어야 한다는 원칙으로서 형사소송의 최고의 이념이 실체적 진실 발견이라 하더라도 실체적 진실 발견은 어떠한 희생을 치르더라도 달성해야 하는 유일한 목적은 될 수 없으며 실체적 진실 발견도 적정절차의 보장 속에서 신속하게 이루어져야 한다는 제한을 받지 않을 수 없다는 것이다. 따라서 이러한 절차에 의하지 않으면 헌법상의 자유나 정의는 구현되기 어렵기 때문에 형사재판에서도 재판이 적정절차에 의하여 진행되어야 할 뿐만 아니라 적정절차를 위반한 증거는 사실인정의 자료로서 배제하여야 한다는 위법수집증거배제원칙이 준수되어야 하는 것이다.

또한 위법한 절차에 의해 취득한 증거를 법원이 증거로서 허용하지 않는다면 범인을 잡기 위해서 무리하게 수단과 방법을 가리지 않게 되는 등 범의 남용과 오용에 의한 인권침해 사례가 사전 방지될 수 있는 효과를 기대할 수 있을 것이다.<sup>44)</sup> 따라서 적정절차에 의한 수사활동은 곧바로 형벌권의 실현을 구현시킬 수 있는 좋은 방안이라 할 수 있다.

## 2. 위법수집 증거에 대한 배제

두 번째로 기대되는 방안은 수사기관에 의한 무리한 함정수사 등 위법수사활동을 억제하여야 한다는 것이다. 물론 최근의 범죄양상이 지능적이고 치밀하여짐에 따라 종래의 수사방법에 대한 고민 끝에 함정수사가 채택되기도 하지만, 단순히 범

43) 범인필벌(必罰)이라는 절대주의 철학은 인권보장적 요청에 그 전통적 우위성을 양보하여야 한다고 하는 주장이다.

44) S. H. Kadish, Encyclopedia of Criminal and Justice(Vol. 2). 1983. 527면

인체포 등 실적향상만을 위해 수사의 적정절차가 무시되는 경향도 많다 할 수 있으므로, 위법수집증거에 대한 배제법칙을 보다 강력하게 취하게 된다면 자연적으로 위법수사는 억지될 수 있으며 이로 인해 적정절차에 의한 수사진행이 이루어지리라 생각된다.

또한 수사에 관여하는 수사요원들에게 일정한 지침을 하달하고 그의 준수를 강제하는 방법도 필요하다.<sup>45)</sup>

### 3. 정보원의 엄격한 통제

함정수사에는 통상적으로 정보원이 이용되고 있다. 그러나 이러한 정보원을 대체로 사회적으로 비난이 되는 전과자인 경우가 많다. 따라서 그들에게 정의감이나 사명감을 기대할 수 없기 때문에 이러한 정보원에 대한 엄격한 통제방안을 강구 수사대상자의 사생활이나 기본권이 침해되지 않도록 해야 한다.

그러나 무엇보다도 중요한 것은 실무수사관들에 대한 감독활동 강화와 함께 수사의 과학화 및 철저한 인권의식 고양에 더 한층 관심을 기울이는게 주요하리라 생각된다.

### 4. 공익성을 고려한 함정수사의 허용과 제한

최근 국가안전기획부(현 국가정보원)의 도청테이프에 대해 검찰은 ‘수사 및 공개불가’라는 입장을 밝힌 바와 같이 공직부정에 대한 함정수사는 그 공익성에도 불구하고 불법증거에 접근하는 방법은 적법하고 신중하여야 한다는 주장이다. 또한 함정수사가 행해지는 경우에는 개인이 사생활이 침해되기 쉽고 국가로부터 간섭을 받지 않을 권리가 침해되기 쉬우며, 사전범의(predisposition)가 없는 자를 수사대상으로 삼는 경우도 있어 예산의 낭비라는 비판도 받을 수 있다. 따라서 공직 부정 방지를 위한 함정수사를 전개할 경우에는 사전범의가 있는 자 만을 적발하여 체포할 수 있도록 하여야 하며 공직부정의 은밀한 특성을 고려하더라도 수사방법의 남용을 최대한 억제하는 장치를 마련하고, 종래 함정수사를 위법으로 판시하던 법원의 판례에 보다 엄격한 제한을 추가하는 방안도 강구되어야 할 것이다.<sup>46)</sup>

45) 미국 법무부에서는 1980년말에 연방수사국의 비밀수사에 관한 장관지침(Attorney General's Guidelines on FBI undercover operation)을 하달하여 허용되지 않는 수사기법을 수사요원들이 사용하지 않도록 통제하고 있다.

46) 독일에서는 슈타지(옛 동독 국가안전부)가 통일전 불법으로 수집한 자료의 공개여

## 5. 함정교사자의 형사책임 인정을 통한 통제

함정수사를 통제하기 위한 방법의 하나로 함정교사자의 형사책임을 인정하는 방법을 들 수 있다. 즉 수사절차에 있어 수사관이 위법한 방법을 사용한 경우 피교사자의 형사책임 여부와는 별도로 이를 처벌함으로써 간접적으로 위법한 함정수사를 억제하는 효과를 거둘 수 있기 때문이다.

종래 독일, 프랑스 등의 대륙법계에 속하는 나라들에서는 대부분 Agent provocateur 이론에 의해 체포된 범죄자가 형사책임을 지는 것은 당연한 것으로 하고 함정수사를 행한 수사기관, 즉 함정교사자의 형사책임을 주된 논의의 대상으로 하고 있다.

따라서 함정교사자에게 어느정도의 형사책임이 지워져야 하는지가 검토되어야 할 것이다.

## VI. 결 론

이상에서 살펴본 바와 같이 숨겨져서 나타나지 않는 공직부정의 은밀한 범행수법에 비해 수사능력은 아직도 뒤따라가지 못하고 있어 이러한 공직부정 범죄에 적절히 대응하기 위해서는 전통적인 수사방법대신 필요한 경우에는 함정수사의 방법을 채택하지 않을 수 없는 경우가 있다.

그러나 아무리 범죄인을 색출·검거함으로써 사회방위에 기여하게 된다는 측면이 있다 하더라도, 이러한 수사방법이 제한없이 자행될 경우에는 헌법상 보장되고 있는 인간의 기본적 인권이 침해될 수 있다는 우려에서 함정수사의 실행은 필요한 최소한의 범위내에서 행하여져야 하는 것이다. 즉 우리 형사소송의 이념이라 할 수 있는 실체적 진실발견과 적법절차보장의 조화가 이루어져야 하는 것이다.

따라서 우리는 범죄로부터의 사회방위라는 명제와 함께 국가권력으로부터 국민

---

부를 놓고 많은 진통을 겪다 잘못된 역사를 밝히고 올바른 정치교육을 한다는 차원에서 제한적인 공개를 결정하였다. 즉 과거청산이라는 틀에서 동독의 첩자를 색출해 기소하거나 재판하는데 활용하기도 했다. 또 수사기관이 국가의 안보를 위태롭게 했을 경우나 살인·마약범과 같은 중대한 범죄를 저지른 용의자를 대상으로 열람목적과 범위를 정해 요구할 경우 정보를 제공할 수 있다. 그러나 이때에도 불필요한 개인정보 누설을 막기위해 매우 제한적으로 정보를 공개하여야 한다.(중앙일보 2005. 8. 5)

의 기본권보장이라는 두가지 명제사이에서 양 가치를 조화시킬 수 있는 합리적인 방안모색이 무엇보다 바람직하다 할 수 있다.

이 경우 양자의 합리적인 조화방안으로는 은밀하고 지능적으로 자행되는 공직부정 범죄를 방지하기 위해서 함정수사의 방법을 채택하되 일정한 범위에서 최소한도 내에서 이루어져야 할 것이다. 그러나 함정수사의 적법성과 필요성을 과연 어느 정도에서 인정하여야 하는 것인가 하는 문제는 아직도 서로 다른 견해가 있다.

우리 대법원은 적법한 함정수사, 즉 '기회제공형 함정수사'의 경우에는 피고사자는 면책될 여지가 없이 당연히 형사책임을 지게 된다고 하고 있으나 위법한 '범의 유발형 함정수사'의 경우에는 아직도 명확한 입장이 없으나 통설과 판례는 위법행위의 태양에 따라 종합적으로 검토되어야 한다는 입장이며, 위법수집증거배제법칙 역시 판례와 학설의 태도가 대립되고 있다.

그러나 형사소송의 이념과 목적을 반추하여 볼 때 실체진실발견만이 형사소송의 유일한 목적이 될 수 없으며 이는 적정한 절차에서 공정하게 발견되어야 한다. 나아가 피의자·피고인의 인권보장적 측면이 경시되어서는 안되기 때문에 함정에 빠져 범죄를 실행한 자의 형사책임을 부인하는 등 적법절차를 보장하고 수사기관의 위법수사를 배제하며 위법한 증거수집행위를 억제하기 위하여는 위법수집증거능력을 부정하는 등 사법적 통제의 기능을 한층 강화하여야 할 것이다.

더구나 우리나라는 선진국에 비해 아직도 비민주적 법률요소와 사회환경이 내재하고 있으나 2001. 5월 국가인권위원회법이 발효되어 모든 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 보호하고 그 수준을 향상시키고자 하는 활동이 활발한 실정이기 때문에 국가기관의 엄결성(廉潔性)유지 측면에서도 함정수사에 대하여 우리의 실정에 적합한 제한기준 설정과 방안마련이 더욱 필요하다 생각한다.

즉 양자의 합리적인 조화방안으로는 공직부정에의 대응을 위하여 함정수사 방법을 채택하되 그러한 수사방법의 남용을 최대한 억제하는 장치를 마련하여야 될 것이다

## 참 고 문 헌

- 강구진, 형사소송법원론, 학연사, 1982.  
 박상기, 형법총론, 박영사, 1995.  
 배종대/이상돈, 형사소송법, 홍문사, 1996.

- 신동운, 형사소송법, 법문사, 1993.
- 진계호, 형사소송법, 형설출판사, 2000.
- 권오병, “임의수사와 강제수사의 한계”, 사법행정, 64.1.
- 김기두, “함정수사”, 월간고시, 83. 7.
- 김정진, “함정수사의 허용범위와 통제방안에 관한 연구”, 한양대 석사학위 논문, 2001.
- 김진환, “함정수사에 관하여 수집한 증거”, 고시계, 89. 9.
- 박광민, “함정수사의 규제”, 성균관법학 제7호, 1996.
- 백형구, “임의수사의 본질과 한계”, 고시계, 82. 11.
- 안강민, “함정수사에 관하여”, 검찰 74. 8.
- 이용훈, “함정수사의 위법성에 관하여”, 법정, 1996. 6.
- 전지연, “함정교사의 가벌성”, 고시연구, 1992. 12
- 최대권, “기본권의 제한 및 한계에 관한 한 연구”, 법학 제 22권 3호, 서울대 법학 연구소, 1981.
- 황대정, “함정수사의 허용성과 법적 통제방안에 관한 연구”, 연세대 석사학위논문, 2000
- Ashworth, Andrew, Principles of Criminal Law, 1991.
- Bloom, Robert M./Brodlin, Mark S., Constitutional Criminal procedure, 1992.
- Comment, ABSCAM, the Judiciary, and the Ethics of Entrapment, 91 Yale Law Journal, 1982.
- Black's Law Dictionary, 7th ed., 1999.

저자약력 : 저자 이만중은 조선대학교에서 법학박사 학위를 취득하였으며, 공군 및 국방부의 헌병대장을 역임하였다. 관심분야는 수사, 범죄학 등이다.