

뇌물범죄 합정수사제도화의 필요성

정 신 교*

목 차

I. 서 론	2 합정수사의 위법성 기준
II. 뇌물범죄의 특성과 수사의 문제점	3. 위법한 합정수사의 소송법적 효과
1. 뇌물범죄의 특성	IV. 합정수사제도화의 필요성
2. 뇌물범죄 수사의 문제점	1. 문제제기
III. 합정수사의 형사법적 문제	2. 각국의 합정수사 운영현황
1. 이론적 쟁점	V. 결 론

I. 서 론

최근 반부패에 대한 국민적 관심과 지속적인 노력에도 불구하고 우리나라의 부패인식지수¹⁾는 OECD 회원국 중 하위권에 머물고 있다. 경제규모의 확대에 따라 시장기능이 활성화되는 반면 뇌물범죄는 시장 기능을 왜곡시키고 자원을 비효율적으로 지배함으로써 시장 질서를 저해하는 요소로 작용한다. 즉, 부정부패가 만연된 국가는 사회적으로 신뢰의 위기를 맞아 사회적 자본의 형성에 부정적인 영향을 주게 되는 것이다. 우리나라는 현행법상 다양한 부패방지 관련 규정이 있지만 뇌물범죄가 가지는 특성 때문에 효과적인 통제가 이루어지고 있지 않다.

* 김천대학교 경찰행정학과 조교수, 법학박사

1) 국제투명성기구(TI)가 공개한 ‘2011년도 부패인식지수(CPI) 조사 결과’에 따르면 한국의 CPI는 10점 만점에 5.4점으로 183개국 가운데 43위에 그쳤다. 이는 경제협력개발기구(OECD) 30개 국가(평균 7.18점) 중 25위 수준이며 아시아에서는 전체 4위를 차지한 싱가포르(9.3점), 14위 홍콩(8.3점), 17위 일본(7.5점), 34위 마카오와 대만(5.7점)에도 미치지 못했다(www.transparency.org).

뇌물범죄는 인간이 갖고 있는 욕구가 개인적이고 세속적인 형태로 나타날 경우에 발생하는 범죄로서 전 세계적으로도 가장 비난받아야 할 범죄로 규정되어 있으며, 그 해악 또한 사회구성원의 근본을 흔드는 위험성을 지니고 있다고 해도 과언이 아니다. 우리나라의 현실은 정·관계의 고위 공무원 등 사회의 지도적 중심계층에 소속된 자가 자기에게 위임된 권한 내지 지위를 남용하여 신뢰를 배반하고 개인적 이익을 취득하기 위하여 이른바 떡값, 후원금, 성의표시 등의 명목으로 갖가지 유·무형의 이득을 취하는 뇌물범죄가 지속적으로 발생하고 있는 실정이다.

이러한 끊임없는 뇌물범죄의 발생에도 불구하고 이에 대한 수사기법은 여전히 어려운 난제이다. 특히 뇌물범죄와 같은 합의에 의한 범죄(*consensus crimes*)는 매우 은밀하게 이루어질 뿐만 아니라, 그 성질상 범인검거와 증거수집이 용이하지 않다. 이러한 관점에서 함정수사(*entrapment*)의 필요성이 형사실무상 강조되고 있는 실정이다.

함정수사란 수사기관이 스스로 또는 수사기관의 사주를 받은 하수인을 시켜서 제3자에게 범죄를 교사하고 그 제3자가 범죄를 실행하는 것을 기다렸다가 그를 체포하는 수사방법을 말한다. 대법원은 “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 함정수사가 아니다”라고 하여 기회제공형 함정수사에 대해서는 허용하고 있다.²⁾

2) 대법원 1983. 4. 12. 선고, 82도2433 판결; 함정수사에 관한 국내 문헌으로 류전철, “함정수사의 형사소송법적 고찰”, 조선대 법학논총(조선대학교 법학연구소, 2001), 105쪽 이하; 박광민, “함정수사의 규제”, 성균관법학 제7호(성균관대학교 법학연구소, 1996), 45쪽 이하; 신양균, “함정수사의 적법성”, 형사법연구 제21권 제4호(한국형사법학회, 2009), 153쪽 이하; 성윤환, “함정수사에 관한 연구”, 중앙법학 제9권 제4호(중앙법학회, 2007), 179쪽 이하; 성낙현, “함정수사의 가벌성에 관한 실제 법적·소송법적 논의”, 형사정책연구 제36호 겨울호(한국형사정책연구원, 1998),

이와 같이 합정수사는 고도의 필요성을 전제로 허용되기는 하지만 헌법에 따른 적정절차 원리 또는 인권보장 원리와 충돌할 가능성이 매우 높다. 범죄인의 적극적인 발견과 체포를 통한 사회방위라는 순기능과 이에 수반되는 인권침해라는 역기능을 포함하는 합정수사의 양면성에 관한 충분한 이해가 전제되어야 하며, 그에 따라 합정수사의 실제 적용이 가능하고 합리적인 정의를 모색할 수 있기 때문이다. 이러한 관점에서 본고에서는 뇌물범죄에 대한 합정수사의 형사법적 문제와 합정수사제도화의 필요성에 대해 검토하고자 한다.

II. 뇌물범죄의 특성과 수사의 문제점

1. 뇌물범죄의 특성

뇌물범죄는 암수범죄³⁾의 특징을 가지며 또한 은밀성을 그 특징으로 한다. 범행이 외부에 노출이 되지 않고 이루어지기 때문에 범죄에 가담한 자가 아니면 밝혀내기가 매우 힘든 범죄이다. 뇌물수수의 당사자들은 서로 간에 이해득실을 따진 거래를 하는 것이며, 비밀리에 뇌물을 주고받는다. 뇌물의 피해자는 특정되기 어려운 경우가 많고, 또 사람들

103쪽 이하; 유인창, “합정수사의 법적효력에 관한 연구”, 법학연구 제19집(한국법학회, 2006), 525쪽 이하; 정진연, “합정수사의 위법성판단기준과 법적효과”, 비교형사법연구 제7권 제2호(한국비교형사법학회, 2005), 59쪽 이하; 조기영, “합정수사의 법적효과”, 형사법연구 제19권 제2호(한국형사법학회, 2007), 183쪽 이하; 조 국, “합정수사의 위법성 기준과 법적효과에 대한 재검토”, 형사법연구 제14호(한국형사법학회, 2000), 67쪽 이하 등이 있다.

3) 실제로 범죄가 발생하였으나 수사기관에 인지되지 않았거나, 인지되기는 하였으나 해결되지 않아 공식적인 범죄통계에 나타나지 않는 범죄를 말한다. 독일에서는 암수범죄를 Dunkelziff라 하며, 영미에서는 dark figure라고도 한다(손동권(역), “암수범죄에 관한 연구”, 형사정책연구(한국형사정책연구원, 1998), 193쪽).

은 뇌물로 인해 자신이 입은 구체적 피해를 인식하기 어려우며, 제3자가 이를 밝혀내는 것은 더더욱 어려운 일이다. 또한 뇌물범죄는 당사자 간의 합의에 의한 범죄이므로 수사하기도 매우 힘들다. 이하에서 뇌물 범죄의 특징을 구체적으로 살펴보기로 한다.

1.1 은밀성

뇌물범죄는 공여자와 수수자가 뇌물을 매개로 상호이익의 공범네트워크를 구성하기 때문에 이러한 수수행위가 외부에 발각되는 경우는 매우 드물다. 공직자에게 뇌물을 공여하고 청탁한 자는 그 청탁이 받아들여짐에 따라 많은 이익을 보게 되고, 청탁을 들어준 공직자는 뇌물을 수수하여 개인적 이익을 취하게 되어 공여자와 수수자 모두 만족하게 되어 특별한 사정이 없는 한 관련 정보가 밖으로 알려지기 힘들다.

이처럼 암수범죄로 되는 이유는 강력범죄처럼 어느 개인이 다른 사람에게 직접 공격을 가하는 것이 아니고, 그 해악도 간접적이고 분산적이며, 개인적 피해자가 없는 경우이므로 피해자의 고소나 제3자의 고발이 적극적이지 않기 때문에 특별히 외부에 노출되는 경우가 매우 드물다. 예컨대 밀수, 탈세, 국·공유지불하, 관급공사의 부정입찰 등의 큰 사건이 폭로되지 않고 은폐되는 이유도 이 때문이다.⁴⁾

공직자의 부정한 업무처리도 외견적으로는 정상적인 과정을 통하여 이루어지는 것처럼 보이기 때문에 다른 사람이 쉽게 알아 낼 수 없는 문제점이 있다. 뇌물로 제공되는 것은 자금의 추적이 가능한 수표가 아니라 주로 추적 불가능한 현금으로 이루어지고 있어 수사기관이 뇌물 범죄를 입증하는 것도 매우 어렵다.

4) 오영근, “공무원범죄와 양형-뇌물죄의 양형을 중심으로-”, 형사정책연구(한국형사정책연구원, 1994), 155쪽.

1.2 직접적 피해자의 부재

뇌물범죄는 그 피해자를 특정하기 어렵다. 즉 다른 대부분의 범죄와 달리 직접적으로 피해를 입었다고 호소하는 사람이 없다는 것이다. 뇌물범죄는 공여자와 수수자 모두 직접적으로 부정한 이익을 취하지만 그로 인한 피해자는 직접적으로 드러나지 않는 특징이 있다.

뇌물범죄는 이런 특성으로 인하여 일반 범죄와 달리 그 공여자나 수수자를 처벌하여 달라고 고발하는 사례가 거의 없는 실정이다. 고발과 같은 상황이 발생하는 것은 뇌물수증행위를 하는 자 사이에 이해관계의 불일치 등의 특별한 문제가 발생한 경우이다. 이로 인하여 뇌물수증죄의 초기 검거율은 극도로 낮다. 보통 뇌물수증죄가 발각되고 검거되는 것은 1년 혹은 2년이 지난 후 이루어진다. 왜냐하면 뇌물범죄는 대부분 합의에 의한 범죄이기 때문에 암수범죄가 될 가능성이 매우 높고 뇌물을 수수한 일방이 수사기관에 뇌물공여 사실을 신고하거나 다른 범죄의 수사과정에서 발견되거나 감사기관의 감사에서 뇌물범죄가 드러나는 경우가 많기 때문이다. 이처럼 뇌물죄는 수사기관의 초기 대응이 둔한 영역이지만 뇌물수증행위로 인한 국가적 손실은 일반 범죄와 비교할 수 없을 정도로 크다 할 수 있다.

1.3 계속성 및 조직성

뇌물범죄는 공여자와 수수자의 장기간에 걸친 친분관계에서 배태하여 일상사무속에서 정상적인 업무를 가장하여 발생하는 경우가 많기 때문에 계속성을 그 특징으로 한다. 즉 공직자는 민간기업체의 기업주와 긴밀한 사회적·인간적 관계를 형성하여 특정된 목표를 실현하기 위하여 일치된 행동을 하며, 그런 기회를 통해 금전과 향응을 제공받게 되는 것이다. 그리고 이러한 친분관계에 의하여 공무원의 자기의 재량

을 과도하게 행사하거나 부정한 금전을 수수하기도 한다. 그리고 기관 자체가 조직적으로 개입하는 사례가 적지 아니하여 공무원 소속 집단이 비호세력화 하여, 부패연루자들을 옹호하는 분위기가 조성되고 공익제보자가 따돌림을 받은 경우도 있다. 이처럼 직무의 특성상 몰인격적으로 크고 작은 유기적인 조직을 형성하기 때문에 주위의 공무원의 직무에 대한 파악은 어렵지 않게 인식할 수 있다.⁵⁾ 그렇기 때문에 이들은 법적인 업무분장에 의한 일정한 공적 조직의 조직원 일부의 범죄행위가 바로 전체 조직을 감염시킬 위험성도 있다.

1.4 희박한 범죄의식

일반국민은 뇌물범죄에 대하여 대체적으로 관대하며 뇌물 공여자나 수수자도 죄의식을 갖는 정도가 상당히 약하다는 특징이 있다. 또한 뇌물범죄는 범죄를 통하여 얻는 이익이 매우 큰 데 반하여 기소되어⁶⁾ 실형을 선고받는 비율은 다른 범죄에 비하여 비교적 낮기 때문에⁷⁾ 범죄유인의 작용이 강하다는 특징이 있다. 그리고 뇌물범죄에 있어서 법관의 폭넓은 재량권은 부당한 양형의 원인이 되며, 이는 국민의 사법 불신을 초래한다. 즉, 피고인이 유죄인가 무죄인가에 대한 판정과는 달리 피고인을 어느 정도 벌해야 하는가에 대한 법관의 판단은 수많은 논의와 지적에도 불구하고 여전히 국민의 신뢰를 얻지 못하고 있다. 또한

5) 연성진/김지선, “공무원 부정부패의 실태 및 대책”, 연구보고서(한국형사정책연구원, 1998), 114쪽.

6) 2010년 공무원범죄자의 주요 죄명별 검찰처리 인원에서 수뢰죄의 경우 전체 839명 중 기소와 불기소의 비율이 23.2%와 74.4%로 불기소의 비율이 훨씬 높게 나타났다(법무연수원, 범죄백서(2011), 233쪽).

7) 2011년 1심에서 선고된 주요 범죄별 실형비율을 보면 총 범죄자 16,592명 중에서 살인죄 73.7%, 성범죄 40.4%, 뇌물범죄 31.7%, 강도범죄 65.5%, 횡령·배임범죄 36.8%, 위증범죄 15.6%, 무고범죄 24.5%로 나타났다(<http://blog.naver.com/PostView.nhn?blogId=1dek3525&logNo=10146792878>, 검색일 : 2012.10.1).

대부분의 뇌물을 수수한 자는 자신의 범행이 관행적이라거나 수수한 뇌물이 정치자금이라고 주장하면서 정치적 희생양이라고 강변한다.

뇌물범죄는 그로 인한 이득이 큰 반면 적발되어 유죄판결을 받을 가능성은 극히 낮아 범죄유인 작용이 강한 범죄라 할 수 있다. 법원도 공무원이 뇌물범죄로 인하여 공직에서 추방되는 불이익을 입는다는 온정적 사고를 가지고 있어서 다른 범죄에 비하면 그 형량이 낮은 편이다.

2. 뇌물범죄 수사의 문제점

뇌물범죄는 위와 같이 주로 공무원 등 상대적으로 지식인층과 전문가들에 의하여 이루어지며 매우 은밀하게 행하여지기 때문에 통상적인 방법으로 적발하거나 혐의입증이 매우 어려운 점이 있다. 또한 관련자 상호간에 이해관계도 일치하므로 내부분쟁이 발생하지 않는 한 수사기관이 범죄정보를 입수하기도 곤란하다. 이러한 수사개시를 위한 정보입수의 어려움은 현재 우리 법원이 뇌물수사에 있어 수사기관이 수집한 증거에 대하여 보이고 있는 태도로 인하여 증폭된다. 나아가 범죄 정보를 입수하였다고 하더라도 현행 수사와 재판의 실정으로는 범죄 전모를 밝혀내고 공판과정에서 유죄를 입증하는 것도 쉽지 아니하여 뇌물범죄의 수사는 사실상 불가능한 상태라고 하여도 과언이 아니다.

2.1 범죄정보 수집과 증거확보의 어려움

뇌물범죄는 은밀성을 특징으로 하여 범행 가담자 외에는 그 내용을 알기 어렵고, 범행 가담자 내부에서 분쟁이 생기지 않는 한 외부에 드러나지도 아니하여 수사기관이 그 범죄정보를 얻기가 매우 어렵다. 부패 행위와 관련하여 행정기관의 자체감사에 의한 수사요청이나 감사원, 국세청 등 감찰기관의 고발도 있지만 내부징계로 사건이 종료되거나

수사기관이 인지하지 못하는 경우도 많이 발생하고 있다. 이는 공공조직이 비리를 적발하여 고발하여 얻을 수 있는 이익보다는 그로 인한 조직의 불신과 향후 사업에 대한 불안감 등의 불이익이 상대적으로 크다고 판단하는데 원인이 있다.

뇌물범죄는 보통 물적 증거가 존재하지 아니하고 관련자의 진술을 확보하는 것도 쉽지 않다. 통상 뇌물범죄를 수사하기 위해서는 자금의 흐름을 추적하여 뇌물의 전달경로를 파악하는 것이 필수적인데, 현금으로 수수하는 것이 전반적 현상이고 수표도 차명 계좌를 이용하거나 세탁된 현금 수표를 사용하는 경우가 많아 자금추적이 쉽지 않다. 뇌물을 공여하였다가 일이 뜻대로 이루어지지 아니한 경우에도 공여자와 상대방의 친분관계상 발설하기 곤란하고 나아가 상대방 또는 소속 기관으로부터 가해질 보복이나 불이익을 염려하여 진술을 꺼리는 경우가 대부분이다.

2.2 사건 관련자 진술확보의 어려움

뇌물을 수수한 공직자나 그 관련자들은 사회적으로 상당한 신분과 지위, 인맥을 가지고 있어 이를 이용하여 수사에 조직적으로 저항하고 끊임없이 방해를 시도하는 것이 일반적이다. 통상 사건 관련자들은 자신의 범죄를 완강히 부인하는 것은 물론 자신에게 불리하게 수사가 진행되는 경우에는 언론 등을 동원하여 정치적 탄압, 편파수사라고 주장하면서 수사기관을 음해하고 공격을 시도한다. 어떤 국가의 뇌물범죄도 은폐성과 은밀성이 강한 것은 사실이나, 우리나라와 같이 인적 네트워크 간의 상호 친밀성과 결속력이 강한 경우에는 외부에서 일정한 정보를 가지고 있다고 하더라도 합리적 의심을 넘어선(beyond reasonable doubt) 정도로 유죄입증이 가능할 정도의 증거를 수집하는 것은 대단히 어려운 일이다. 이미 상당부분 종식된 줄 인식되고 있던 우리 대기업이 각 공적사회에 일상적인 관리를 하는 관행이 다시 불거지는 현실은 단지 우연의

사건이라고 보기 힘들다. 우리사회에 구조적으로 존재하는 문제라고 진단하여야 한다. 이는 시장의 건전성이나 공직사회의 기강, 사회 혹은 사회 전반적인 정화라는 면에서 우리가 시급히 해결해야 할 문제이다.

2.3 공소유지의 어려움

뇌물범죄와 관련된 수사는 피해자 내지 참고인의 진술을 확보하였다고 하더라도 공판단계에서 그 진술을 유지하는 것은 매우 어렵다.⁸⁾ 특히 검찰이 기소를 하면 수사기록은 외부에 노출되게 되고, 그 비호세력은 관련자들의 인적사항을 쉽게 확인할 수 있다. 비호세력은 확인된 관련자들에게 유·무형의 각종압력을 행사하기 때문에 관련자들이 당초의 진술을 공판정에서 유지하는 것은 매우 힘들다.

뇌물사범은 수사기관에서 범행을 자백하였다고 하더라도 법정에서는 자주 범행을 부인하면서 수사기관에서 고문 또는 부당한 대우를 받았다는 등의 주장을 한다. 뇌물을 공여한 측도 수사단계에서 사실대로 진술하였다가 뇌물을 수수한 공직자 측의 조직적인 방해와 위협에 굴복하여 진술을 번복하는 일이 적지 않다. 이에 대해 신고자나 공익제보자에 대한 법적 보호규정⁹⁾이 있으나 여러 문제점이 노출되고 있기 때문에 그에 따른 실효성 있는 대책이 필요하다. 이처럼 뇌물범죄 신고자와 공익제보자에 대한 보호가 적절하게 이루어지지 않고 있는 우리의 현실은 수사상의 어려움을 발생시키는 직·간접적인 이유이다. 이 점을 해소하기 위해서는 진술의 번복에 대한 압력이 외부에서 법원 내부로 들어오는 것을 막을 장치가 필요하다. 법원이 단지 피고인 보호라는

8) 김성호, “공직부패 방지를 위한 제도개선에 관한 연구”, 박사학위논문(건국대학교 대학원, 2003), 211쪽.

9) ‘부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률’ 제62-제66조, ‘공익신고자 보호법’ 제12조-제15조.

혹은 증거법을 지킨다는 원칙론적인 언명 외에 일정정도 다른 시각에서 접근할 필요가 있는 것이 현재 우리나라의 뇌물수증행위의 실태라고 할 수 있다.

Ⅲ. 합정수사의 형사법적 문제

1. 이론적 쟁점

수사에 관하여는 ‘수사의 목적을 달성하기 위해 필요한’ 것이어야 하므로 목적달성을 위해 필요한 범위 내에서만 범죄수사가 가능하고 이를 ‘수사의 상당성’이라고 한다.¹⁰⁾ 특히 이러한 수사방법은 수사의 신의칙과 관련하여 문제될 수 있다. 그리고 이러한 논의는 첫째 합정수사에 기한 체포·구속이 적법한가, 둘째 합정수사를 수단으로 획득한 수사자료·증거를 토대로 기소한 경우 그 기소는 적법·유효한가, 셋째 합정수사로 획득한 증거물을 증거로 사용해도 좋은가, 넷째 법원은 합정에 빠진 피고인에게 유죄판결을 해도 좋은가에 대한 점이다. 이와 같은 점을 염두에 두고 이하에서는 합정수사의 적법성에 관한 문제에 대해 검토해 보고자 한다.

10) 수사의 상당성과 관련하여 국내 단행본으로는 백형구, 형사소송법 제3판(박영사, 2005), 35쪽 이하; 배종대/이상돈/정승환, 신형사소송법(홍문사, 2008), 87쪽 이하; 신동운, 신형사소송법 제2판(법문사, 2009), 120쪽 이하; 이은모, 형사소송법(박영사, 2010), 165쪽 이하; 임동규, 형사소송법 제6판(법문사, 2009), 124쪽 이하; 이영란, 한국형사소송법 개정판(나남, 2008), 254쪽; 손동권, 형사소송법 개정 신판(세창출판사, 2010), 165쪽; 신양균, 형사소송법 신판(화산미디어, 2009), 77쪽; 이재상, 신형사소송법 제2판(박영사, 2008), 190쪽; 차용석/최용성, 형사소송법 제3판(21세기사, 2008), 168쪽 이하 등이 있다.

2 함정수사의 위법성 기준

2.1 주관설

주관설은 ‘유인된 자의 내심’에 기준을 두어 범의가 수사기관으로부터 유래하여 피고인의 마음속에 ‘전달’된 경우에는 함정이 존재하고 피고인은 함정의 항변을 할 수 있는데 반해, 범의가 유인된 자의 마음속에서 ‘발생’한 경우에는 수사기관의 행위는 단순히 범죄의 기회를 제공한 것에 불과한 것으로 보면서 함정의 항변도 인정되지 않는다는 견해이다.¹¹⁾

이 견해는 1932년 *Sorrells* 판결¹²⁾과 1958년 *Sherman* 판결¹³⁾ 등을 통해 미국 연방대법원의 다수의견으로 주관적기준설이라고도 한다.¹⁴⁾ 이와 같은 피고인이 사전에 범의를 가지고 있었는가에 대해 주관설은 이 단계의 심사로 이루어지는데 먼저 함정의 유무는 수사기관이나 그 정보원에 의해 유발된 것인가를 심사하고, 다음으로 피고인에게 소추된 종류의 범죄에 관한 사전범의가 있었는지 여부를 심사한다. 이러한 심사에 의해 피고인의 범죄행위를 수사기관이 유인했다는 증거가 있는 경우에는 그가 이미 이에 대한 사전범의를 가지고 있었다는 것을 검찰 측에서 합리적인 의심의 여지가 없을 정도로 입증하지 못하는 한 피고인은 무죄가

11) 정진연, 앞의 논문, 66쪽 이하

12) *Sorrells v. U.S.*, 287 U.S. 435(1932); 밀주단속반원 Marton이 관광객을 가장하고 동네주민의 집에 방문해서 세 차례에 걸쳐 밀주 판매를 요구하고 이를 판매한 sorrells를 밀주 유통 및 판매 혐의로 체포한 사건이다.

13) *Sherman v. U. S.*, 365 U. S. 369(1958); 마약중독으로 치료 중이던 피고인을 경찰의 위장정보원이 만나 마약을 구할 수 있는지 물었고, 피고인이 처음에는 이야기를 회피하였으나 정보원이 수회 더 요청하자 정보원에게 마약을 제공하고 체포되어 유죄평결을 받은 사건이다.

14) *Sorrel v. U.S.*, 57 F.2d 973; *Hoffa v. U.S.*, 385 U.S. 293(1966); *Jacobson v. U.S.*, 503 U.S. 540(1992)

된다는 것이다. 이러한 주관설에 대해¹⁵⁾ 첫째 당해 범죄에 대한 특정된 고의가 없음에도 사전범의라는 불확실한 개념만으로 유죄를 인정하는 것은 구성요건해당성의 근본을 형해화하는 발상이고, 둘째 피고인에게 사전범의가 존재한다고 인정되는 한 수사태양의 위법성의 정도를 고려하지 아니하고 함정향변을 할 수 없다는 것은 부당하며, 셋째 피고인의 성격이나 사전 경향을 입증하기 위해 전과, 세평 등을 증거로 사용하는 것은 통상의 증거법칙을 무시하는 것이며, 넷째 아무런 법적 근거 없이 입법자가 수사기관에 의해 유발된 범죄의 처벌을 예정하고 있지 않다고 의제한다는 것은 논리의 비약이라는 비판을 받고 있다.

2.2 객관설

객관설은 어떻게 피고인을 범죄로 이끌었는지에 중점을 두는 견해로 주로 ‘법 집행의 객관적 정당성’에 초점을 두어 ‘수사기관의 행위가 불법적인 함정을 구성하는가’를 기준으로 함정의 유무를 판단하고자 하는 견해이다.¹⁶⁾ 객관적 기준설이라고도 한다. 법원이 함정에 빠진 피고인의 처벌을 거부하는 근거는 피고인의 행위가 구성요건에 해당하지 않기 때문이 아니라 국가기관이 취한 방법을 시인하기 어렵다는 데 있는 것이므로 국가기관이 범죄수사를 함에 있어 위법한 수단을 사용하였음에도 불구하고 피유인자의 내심의 의사라는 불명확한 기준에 따라 함정향변의 인정여부를 결정하는 것은 부당하다는 것이다. 이 견해는 미국 법률가협회의 모범형법전(ALI Model Penal Code)¹⁷⁾에도 반영되어 있다. 이후 알래스카 대법원¹⁸⁾과 캘리포니아 대법원¹⁹⁾에서

15) 주관설의 비판에 대해서는 정진연, 앞의 논문, 67쪽 이하.

16) Sorrells v. U.S. 판결에서 Riberts, Brandies, Stone 대법관, 그리고 Sherman v. U.S. 판결에서 Frankfurter, Douglas, Harlan, Brennan 대법관 등에 의해 제시되었다.

17) ALI Model Penal Code § 2, 13. (1962).

객관적 기준설을 채택하였다. 그러나 객관설도 첫째 피고사자가 사전에 경향이 있었는가의 여부는 수사기관이 수사방법을 선택할 때 중요한 판단자료가 되는 데에도 불구하고 이것을 전적으로 무시하게 된다는 점, 둘째 일반인을 기준으로 하기 때문에 마음이 약한 사람은 모두 범죄자가 되게 한다는 점, 셋째 비밀리에 행해지는 유혹에 대해서는 사전의 경향과 비교해서 신뢰 가능한 증거가 결핍되는 것이 많기 때문에 사실을 인정하는 과정이 부정확하게 되는 점, 넷째 위험한 상습범죄인을 놓쳐버릴 우려가 있다는 점 등에서 비판의 대상이 된다.

2.3 종합설

함정수사의 위법성 여부는 범죄인의 내심뿐만 아니라 수사의 상당성에도 맞춰져야 하며 범의 없는 시민을 보호하는 주관설의 의식을 유지하면서 수사기관이 채택한 함정수사기법이 일반인도 유혹이 될 정도로 강한 매력을 제공하지 않았는지도 함께 판단해야 한다는 입장이다.²⁰⁾ 즉 사전범의가 없는 자에게 범의를 유발하였을 경우 당연한 함정수사이고, 사전범의의 유무와 관계없이 수사기관이 사용한 수사기법이 헌법상 적정절차의 원리를 위반하였거나 또는 통상의 일반인도 범죄를 범하게 할 강한 동기나 유혹을 제공하려는 것이라면 위법한 함정수사라는 것이다.²¹⁾ 종합설에 따르면 3단계로 함정수사의 유무를 판단한다. 첫째 피

18) Grossman v. state 457 p. 2d 226 Alaska 1969; “함정수사의 설득이나 유혹이 범죄를 기꺼이 범할 준비가 되어 있는 자 외에 보통사람도 범죄를 범하도록 유발하기 쉬운 것이면 불법한 함정수사가 된다”고 보았다.

19) People v. Barraza; “행위의 구체적 특징이 아닌 과거의 행동에 대한 평가로 피고인의 범죄성향을 결정하는 것은 공정하지 못하다”고 판시하였다.

20) U.S. v. Russell, 411 U.S. 423(1973); 신동운, 앞의 책, 120쪽; 임동규, 앞의 책, 124쪽.

21) 유인창, 앞의 논문, 531쪽 이하.

고인의 사전범의의 유무, 둘째 함정수사기법의 적정절차원칙위반 여부, 셋째 통상의 일반인도 범죄행위를 하게 만들 정도의 동기·유혹을 제공하는 것이라면 함정수사라고 한다. 1992년 Jacobson 사건에서 다수의견도 ‘피고인이 수사기관이 최초로 접근하기 이전에 범죄성향을 갖고 있었음을 합리적 의심없이 입증해야 한다’면서 주관적 논거를 비판적으로 제시하고 있다.²²⁾ 이와 같이 주관설도 객관설의 비판을 받아들이는 상황으로 전개되고 있다.

2.4 소결

위법성의 기준과 관련해 각 견해대립은 모두 의미가 있지만 실제 적용하는 과정에서 다시 그 기준을 판단하는 과정을 거쳐야 하는 모순이 있다. 먼저 피유인자의 주관적 측면과 함정수사방식의 위법성 측면 양자를 통합적으로 적용하여야 할 것이며, 여기에 의해 제시된 구체적 기준을 종합적으로 적용하는 것이 필요하다. 나아가 구체적 기준 중 일부만을 충족하는 경우 위법성을 쉽게 인정할 것이 아니라 모든 기준을 적용하고 가능하다면 수치화하여 객관적인 기준으로 활용하는 것이 바람직 할 것이다. 대법원은 1960년대 초부터 함정수사의 문제에 대해 수사기관이 정보원을 이용하여 범죄를 수사한 경우라도 범의를 유발하지 않았다면 위법한 수사가 되지 않는다고 하였다. 여기서 범의를 유발하였는가의 여부는 함정수사의 적법성을 판단하는 일차적 기준으로서 지금까지도 유지되고 있다.²³⁾

22) Jacobson v. U.S. 503 U.S. 540(1992).

23) 대법원 2008. 10. 23. 선고, 2008도 7362 판결; 대법원 2008. 7. 24. 선고, 2008도 2794 판결.

3. 위법한 함정수사의 소송법적 효과

3.1 증거능력에 미치는 효과

위법한 함정수사로 인하여 수집된 증거가 어떤 평가를 받을 것인가가 문제되며, 이는 공소절차에 있어 피고인의 유·무죄와 직결되며 증거능력에 있어서도 매우 중요한 의미를 지닌다. 위법한 함정수사에 의하여 수집한 증거능력을 인정할 것인가에 대하여 통설은 형사소송법상 일반원칙으로서 위법수집증거배제법칙을 인정하면서 증거능력이 부정된다고 한다.²⁴⁾ 판례는 변호인의 접견교통권을 침해하여 작성된 피의자신문조서²⁵⁾ 또는 진술거부권을 고지하지 않은 채 작성된 피의자신문조서,²⁶⁾ 공판전 증인신문절차에의 참여기회를 인정하지 않은 경우,²⁷⁾ 실황조사 후 사후영장을 획득하지 않은 경우²⁸⁾에 대하여는 증거능력을 부정하여 진술증거에 대하여는 위법수집증거배제법칙의 적용을 인정하나, 압수물의 경우 압수절차가 위법이라 하더라도 물건 자체의 성질·형상에 변경을 가져오는 것은 아니므로 영장주의에 위반하여 압수된 증거물도 그 증거능력을 인정하여²⁹⁾ 비진술증거에 대하여는 위법수집증거배제법칙의 적용을 부정하였다.

24) 다만 신의칙에 반하는 정도가 경미한 경우 증거의 허용성을 부인할 정도인가를 판단하여 증거배제여부를 결정해야 한다는 견해도 있다(김진환, “함정수사에 의하여 수집한 증거”, 고시계(고시계사, 1989. 9), 97쪽 이하).

25) 대법원 1990. 9. 25. 선고, 90도1586 판결.

26) 대법원 1992. 6. 26. 선고, 92도682 판결.

27) 대법원 1992. 2. 28. 선고, 91도2337 판결.

28) 대법원 1992. 8. 7. 선고, 88도1339 판결.

29) 대법원 1987. 6. 23. 선고, 87도705 판결; 대법원 1994. 2. 8. 선고, 93도3318 판결.

3.2 공소제기 효력

합정수사가 위법한 경우 이를 토대로 수집한 증거는 소위 위법수집 증거로서 증거로는 사용할 수 없다는 점에서 학설은 일치한다. 그러나 합정수사를 통해 기소된 사건의 소송법상 처리에 대해서는 학설이 대립하고 있다. 실무에서는 합정수사 자체가 상대방의 행위를 처벌하는데 영향을 미치지 않는다고 하여 유죄판결설을 취하는 경우도 있지만 대부분의 학설은 상대방의 가벌성을 배제하기 위해 위법한 합정수사에 따른 범죄에 대해서는 공소기각판결설, 면소판결설, 무죄판결설을 주장하고 있다. 이러한 학설들은 모두 합정에 빠진 자를 법적으로 구제하는 데에는 합정수사로 얻은 증거에 대해 증거능력을 배제하는 것만으로는 미흡하고 가벌성 자체를 배제해야 한다고 보는 점이다.

3.2.1 유죄판결설

합정수사를 가장 광범위하게 허용하는 견해로서 (i) 수사단서의 불법과 공소제기의 불법 또는 무효는 구별해야 할 뿐만 아니라, 수사의 적법, 위법여부로 위법성과 책임이 조각될 수 없고, 범의를 유발당한 자가 자유의사로 범죄를 실행한 이상 실체법상 이를 처벌할 수 있다거나,³⁰⁾ (ii) 범의를 유발하는 수사방법은 공정성을 결하였다고 할 것이므로, 위법수집증거법칙을 적용하는 것은 별론으로 하고 합정수사를 소송조건 또는 범죄의 성립을 조각하는 사유로 인정할 수 없다거나,³¹⁾ (iii) 합정교사자가 사인이 아니고 수사기관이라는 한 가지 사실만 가지고 피교사자에 대한 공소제기의 절차가 위법하다거나 공소권을 소멸시킬 수 없다고 하면서 합정수사의 위법성은 합정수사로 얻어진 증거능력을 인정할 것인가라는 문제로 해결하면 된다는 견해³²⁾ 등이다.

30) 손동권, 앞의 책, 166쪽; 이재상, 앞의 책, 191쪽; 김진환, 앞의 논문, 97쪽.

31) 차용석 등, 주식형사소송법 III(한국사법행정학회, 1999), 30쪽 이하,

유죄판결설은 함정수사 자체는 피유인자의 범죄성립인 실체적 요건과 관련이 없으므로 유죄판결을 받게 된다는 입장인데, 형사소송법 제327조, 제328조에 규정된 공소기각의 재판은 물론 형사소송법 제326조의 면소판결에 해당하는 사유가 있는 경우에도 결국 유죄판결을 해야 한다는 결론이 나오게 된다. 따라서 함정수사의 경우 수사의 위법이 있을 뿐 공소제기 자체에 위법은 없는 경우라고 할 것이며, 형사소송법 제327조 제2호는 공소제기 자체의 무효사유를 규정한 것으로 해석하여야 하기 때문에 함정수사가 위법하다는 이유로 곧바로 공소제기가 무효가 된다고 보기에는 무리가 있다고 본다. 그러나 위법한 함정수사라는 절차의 위반이 있는 경우에는 헌법상의 적법절차의 이념에 따라 실체재판 또는 형식재판을 통해 수사기관의 절차상 위법성에 통제를 가해야 할 것이라고 본다. 적법절차의 원리는 모든 국가 작용은 정당한 법률과 정당한 절차에 의할 것을 요구하는 헌법원리로 헌법 제12조 제1항, 제3항에 규정되어 있다. 이러한 헌법상 적법절차의 원리에 반하는 함정수사가 이루어진 경우 단순히 유죄판결을 선고한다는 것은 적법절차의 원리를 침해하여 피고인의 신체의 자유를 침해하게 되는 것이기 때문이다.

3.2.2 불가벌설

국가가 사람을 유혹에 빠뜨려 범죄를 실행하도록 하여 범인을 유인하면서 한편으로는 그를 처벌하려는 것은 비난을 면치 못한다는 이유로 피교사자의 처벌을 부정해야 한다는 견해로 무죄판결설, 공소기각설 및 면소판결설이 있다. 무죄판결설은 함정수사는 위법한 수사이므로 피유혹자인 범죄실행자에게 실체재판인 무죄판결을 선고해야한다는 견해로서, 우리나라에서 주장하는 견해에 따르면 (i) 함정수사는 국가가 사술을 통하여 범죄를 유발시켰으므로 국가기관의 엄결성을 해쳤다는

32) 윤용규, “함정수사에 관한 소고”, 한일형사법의 과제와 전망: 이한교 교수 정년기념 논문집(화성사, 2000), 63쪽 이하.

측면 외에도 수사기관이 제공한 범죄의 동기나 기회를 일반시민이 뿌리칠 수 없었다는 범죄인 개인의 특수한 상황을 고려해야 하므로 무죄판결을 선고해야 한다고 하거나,³³⁾ (ii) 국가가 법치국가 원리에 명백히 반하는 형태로 실체를 해명하는 조치를 취한 경우에는 이미 형벌권이 상실된다고 보아야 하고 이러한 의미에서 피고사자의 행위는 법적으로 규율되지 않은 형벌배제사유에 해당하여 무죄라거나³⁴⁾ (iii) 함정수사 여부에 대한 실체심리를 한 경우에는 피고인의 인권보장에도 더욱 철저하고 다양한 형태의 함정수사에 대한 탄력적 규제가 가능하도록 형식재판보다는 무죄판결이 타당하다고 하는 입장이 있다.³⁵⁾

그러나 함정에 빠졌다는 것만으로 고의가 없다고 할 수 없으며, 교사자가 사인인가 국가인가에 따라 달리 해석할 이유가 없다는 점뿐만 아니라 수사기관의 행위가 ‘저항할 수 없는 폭력이나 협박’의 정도에 이르러 해당 피유인자의 행위가 형법 제10조의 강요된 행위로 책임조각이 되는 극히 예외적인 경우를 제외하고 단순 함정수사가 있었다는 이유로 범죄의 성립 자체를 부정하기는 어렵다고 볼 것이다. 단, 이런 수사방식은 함정수사의 범주에도 포함된다고 볼 수 없을 것이다.

공소기각설은 함정수사를 토대로 공소제기가 이루어지면 법원은 소송조건의 흠결 또는 소송장애를 이유로 공소기각판결을 해야 한다는 입장이다.³⁶⁾ 즉, 함정수사는 적정절차에 위배하여 수사절차에 중대한 위법이 있는 경우이므로 공소제기가 무효라고 해야 하며 따라서 공소제

33) 신동운, 앞의 책, 71쪽; 박광민, 앞의 논문, 70쪽.

34) 신양균, 앞의 책, 70쪽.

35) 박광민, 앞의 논문, 68쪽.

36) 배종대/이상돈/정승환, 앞의 책, 88쪽; 임동규, 앞의 책, 125쪽; 차용석/최용성, 앞의 책, 169쪽; 최근 판례도 “본래 범의를 가지지 아니한 자에 대하여 수사기관이 사술이나 계략 등을 써서 범의를 유발케 하여 범죄인을 검거하는 함정수사는 위법하며 이러한 함정수사에 기한 공소제기는 무효에 해당한다”고 하여 형사소송법 제327조 제2호에 따라 공소기각 판결해야 한다는 입장을 분명히 하고 있다(대법원 2005. 10. 28. 선고, 2005도1247 판결).

기의 절차가 법률의 규정에 위배하여 무효인 때에 해당하여 공소기각판결을 선고해야 한다는 것이다. 수사절차에 위법이 있다고 하여 반드시 공소제기의 효력을 잃게 하는 것이 아닐 뿐만 아니라³⁷⁾ 수사절차에 위법이 있는 경우에 공소제기의 절차가 법률에 위배하였다고 할 수도 없다고 해야 한다. 그리고 함정수사는 어떤 형식으로 피고인을 소추하는가하는 단순한 절차의 문제가 아니라 오히려 국가가 피고인을 처벌할 수 있는가라는 실체법의 문제라고 할 수 있기 때문에³⁸⁾ 이 견해는 함정수사의 실체적 측면이 충분히 고려되지 아니하는 결함이 있다고 할 것이다.

면소판결설은 함정수사는 실체적 소송조건을 결한 것이라고 하거나 혹은 함정수사에 의하여 국가가 범의를 유발한 경우에는 국가는 처벌 자격을 잃게 되어 형벌권을 행사할 수 없다고 해석하므로 면소판결을 선고해야 한다는 입장이다.³⁹⁾ 이는 함정수사의 실체적 측면을 부각시키는 점에서 의미가 있는 바, 함정수사를 위법한 수사활동으로 금지하는 것은 수사기관의 유인에 의하여 범죄가 유발된 경우에 제한되어야 하므로 그 사정이 인정되기 위해서는 일정한 범위 내에서 실체심리가 필요하다는 것을 이유로 한다.⁴⁰⁾ 그러나 면소판결설은 함정수사로 인한 피유인자의 범죄행위와 관련해 실체적 심리가 필요하므로 면소판결을 요한다고 주장한다. 그러나 형식재판의 경우에도 필요한 경우 실체심리가 가능하므로 이를 근거로 하는 것은 부당하다. 또한 범죄실행자는 단순한 계기를 부여 받는데 불과하고 어디까지나 범죄실행에 대한 결정은 실행자의 자유의사에 의한 이상 그것만으로 국가에게 처벌적격

37) 판례는 “변호인이 주장하는 불법연행 등 각 위법사유가 사실이라고 하더라도 그 위법한 절차에 의하여 수집된 증거를 배제할 이유는 필지언정 공소제기 절차자체가 위법하여 무효인 경우에 해당한다고 볼 수 없다”고 판시하였다(대법원 1990. 9. 25. 선고, 90도1586 판결).

38) 차용석, “소위 Agent provocateur”, 고시계(고시계사, 1988. 4), 105쪽 이하.

39) 김기두, “함정수사”, 월간고시(월간고시사, 1983. 7), 105쪽 이하.

40) 조 국, 앞의 논문, 85쪽 이하.

을 없게 할 수 있는 것인지, 그리고 형사소송법 제326조에 규정된 구체적인 면소판결 사유 이외에 어느 사유에도 해당하지 않는 함정수사에 대하여 별도의 면소판결 사유로 인정하는 것이 타당한지 의문이다.

3.2.3 소결

함정수사의 법적 효과를 검토한다면 법치국가 원리와 형사소송의 적절한 조화에 있다. 이러한 법치국가원리는 우리 헌법 제12조 제1항의 ‘적법절차’조항에서 찾을 수 있다. 구체적 위법기준에 의해 위법한 함정수사에 해당되는 경우 이러한 적법절차의 원리에 반하는 위법한 수사가 된다고 본다. 물론 수사절차의 위법이 형사소송법 제327조 제2호에 규정된 공소제기절차의 위법에 해당되는지 문제될 수 있다. 그러나 공소제기 절차는 수사절차를 그 기초로 하고 있으므로 위법한 함정수사가 이루어진 경우 이를 공소제기 절차의 위법으로 준용하여 공소기각의 재판도 가능하다고 본다. 또한 헌법상 적법절차에 위반된 함정수사의 경우는 단순 위법과 달리 중대한 것으로 이는 후속절차인 공소제기절차의 위법성에도 영향을 미친다고 보아야 할 것이다. 따라서 함정수사는 기회제공형인지 범죄유발형인지라는 단순도식에 의해 판단되어서는 안 되며 사건에 대한 실체관계심리가 필연적이다. 즉 피고인의 보호차원에서 실체관계심리가 불필요한 경우 공소기각결정을 할 것이나 일단 실체심리관계에 들어간 경우에는 무죄판결을 내려야 할 것이다.

IV. 함정수사제도화의 필요성

1. 문제제기

뇌물범죄와 같이 은밀성과 은폐성이 강한 유형의 범죄는 소수의 이

해관계인들 사이에서만 일어나는 합의의 범죄이기 때문에⁴¹⁾ 특별한 사정이 없으면 발각되기 어려운 특성을 지닌다. 따라서 이러한 은폐성이 강한 뇌물범죄에 대해 특별한 수사방법의 필요성이 대두된다. 그러나 뇌물범죄를 포함한 함정수사는 일정한 범위 안에서 허용되어야 할 것이다.⁴²⁾ 왜냐하면 너무 무제한적으로 사용되면 국가기관의 범죄예방보다는 범죄의 광범위한 창조를 낳게 되기 때문이다.

수사기관도 종래의 사후대응적인 수사방법에서 벗어나 보다 적극적이고 사전대응적인 대책을 강구하지 않을 수 없는 상황에서 함정수사의 필요성은 날로 증대되고 있다. 특히 미국이나 독일의 경우 마약범죄에 대한 수사방법으로 함정수사를 입법화하였거나 지침을 마련하여 제도화 하고 있다. 그러나 우리나라는 함정수사에 대해 법률이나 지침에 명시적으로 규정되지 않았지만 수사 관행으로 정보원 혹은 협조자로서 소위 ‘비밀 정보원’을 활용한 실질적인 함정수사로 마약범죄에 대응하고 있다.⁴³⁾ 그러나 수사방법으로 활용중인 ‘비밀요원’이나 ‘비밀정보원’은 재판과정에서 수사절차의 하자나 증거능력 등의 한계에 부딪쳐 범죄자를 석방시켜야 하는 경우가 발생한다. 이러한 문제는 함정수사에 대한 법규나 수사기관의 지침, 내부통제 등의 부재로 인해 발생하는 것으로 우리나라 관행적 수사기법의 한계를 보여주는 것이다. 따라서 이러한 문제해결을 위해서는 함정수사에 관한 규정을 제도화하는 것도 대안이 될 수 있을 것이다.

41) Gerald M. Caplan, 최영홍 옮김, White collar 범죄와 함정수사 기법(청림출판, 1988), 471쪽.

42) 성윤환, 앞의 논문, 80쪽.

43) 1995년 제정된 ‘마약류불법거래방지에 관한 특별법’이 함정수사의 가능성을 열어둔 입법이라는 평가를 받고 있다.

2. 각국의 합정수사 운영현황

2.1 미국

2.1.1. 비밀수사에 관한 법무장관지침과 비밀수사심사위원회

미국은 비밀수사가 폭넓게 인정되고 있으며 그로 인하여 상당한 범죄의 억지효과도 있다고 한다.⁴⁴⁾ 미국은 1980년 말 범죄수사에 관여하는 요원들에게 직접적인 구속력을 갖는 수사지침을 마련하였는 바, ‘비밀수사에 관한 법무장관지침’(Attorney General’s Guidelines on FBI Undercover Poerations)과 ‘비밀수사심사위원회’(Undercover Operations Review Committee)가 있다.⁴⁵⁾ 특히 법무부장관지침은 특히 ABSCAM⁴⁶⁾ 수사와 관련하여 허용되는 합정수사와 그렇지 않은 합정수사를 대조, 설명함으로써 불법적인 합정수사의 개시가능성을 대폭 줄이고 있을 뿐만 아니라 종래 법원에 의하여 합정수사에 적용되던 합정항변이나 적법절차의 원리보다도 그 범위가 훨씬 제한적이어서 합정수사의 합리화에 많은 기여를 하고 있다. 이 지침은 일반 형사범죄, 폭력조직, 테러조직 수사 및 화이트칼라 범죄, 공무원 부패범죄 등 범죄수사에 대한 비밀수사

44) 이러한 비밀수사는 처음 주로 마약범죄와 성매매범죄의 증거를 수집하고 범행가담자를 검거하기 위하여 사용되기 시작하여 모든 범죄의 수사방법으로 확대되었다 (Gerald Dworkin, *The Theory And Practice Of Autonomy* (Cambridge University Press, 1989), 130-134쪽)

45) Geald M. Caplan, 최영홍 옮김, 앞의 책, 166쪽 이하; FBI 지침은 1976년에 공포되었는데 이는 FBI를 더욱 강하게 법무성의 통제하에 두려는 법무장관 에드워드 레비의 노력의 일환이었다고 한다. 이 지침은 1990년대 말 범죄수사에 관여하는 수사관들에게 직접적인 구속력을 갖는 규정으로 특히 ABSCAM 수사와 관련하여 제기된 수사기관의 윤리성과 도덕성 문제의 해결책으로 제시되었다.

46) ABSCAM이란 경찰이 장물거래를 탐지하기 위하여 설립한 Abdul Enterprises Ltd.의 머릿글자인 “AB”와 기망하다는 뜻의 ‘SCAM’이란 단어를 합성하여 만든 것이다 (박광민, 앞의 책, 45쪽 재인용)

활동의 승인·절차, 선량한 사람들에 대한 합정수사로부터의 보호문제, 감시와 통제에 대해 상세히 규정하고 있다.

미국의 모든 법원에서는 피고인의 합정수사에 관한 항변이 받아들여지면 범죄를 구성하지 않는다.⁴⁷⁾ 피고인이 합정수사의 항변을 할 경우에는 배심원에게 반드시 법리지침설명(instruction)⁴⁸⁾을 해야 한다.⁴⁹⁾ 왜냐하면 합정이 없었더라면 범죄의 의도를 갖지 않았을 개인에게 불법행위에 관여케 하는 유혹(inducement) 또는 권장(encouragement)이 있었다면 이러한 행위는 회피되어야 하기 때문이다.⁵⁰⁾ 개인에게 유혹의 방법을 사용하는 수사방법은 첫째, 정보원 또는 다른 수단에 의해 파악된 수사대상이 범죄행위에 이미 관여하고 있거나, 둘째, 관여를 개시하고 있거나, 곧 관여할 것이라는 합리적인 징후가 있는 경우 또는 범죄의 기회를 제공하는 과정이 피유인자가 기도된 범죄를 행하려는 사전범의를 가지고 있었다고 믿을 만한 합리적 이유가 있었던 경우에 한하며, 비밀수사심사위원회가 가능하다고 결정하지 않는 한 승인권자의 특별한 서면허가 없이는 허용되지 아니한다. 범행의 기회가 제공되는 경우 그 기회는 실제 상황과 매우 유사해야 한다.⁵¹⁾ 예컨대 제시된 범죄의 대가가 너무 크거나 압력이 견디기 어려운 것일 경우에는 허용되지

47) U.S. v. Nguyen, 413 F.3d 1170(10th Cir, 2005).

48) 미국 형사재판에서 판사가 그 사안의 판단과 관련하여 배심원에게 어떠한 법리에 의해서 판단해야 하는지를 설명하는 제도이다.

49) McCollum v. State, 757 so, 2d 987(Miss, 2000); State v. Reynolds, 161 N.C. App, 144, 587 S.E.2D 456(2003); Hernandez v. State, 161 S.w.3d, 491(Tex, Crim, App. 2005).

50) 합정수사를 승인함에 있어 승인권자는 법률을 준수할 뿐만 아니라 첫째 잠재적 수사대상의 범죄성이 합리적이고도 명백해야 한다. 둘째 합정수사에 의해 범죄를 적발할 수 있다는 합리적인 징후가 있어야 한다. 셋째 합정수사는 그 본질상 국민을 범죄행위에 관여하도록 유인한 것이어서 정당화되기 어려우므로 그 유인행위의 성격이 부당하지 않을 것 등의 조건을 충족하는 지를 살펴야한다.

51) Attorney General's Guidelines on FBI Undercover Poerations, IV. A, 1995.

아니한다.

2.1.2 수사기관 등에 대한 통제

비밀수사에 관한 지침은 비밀수사심사위원회 설치를 의무화하고 있다. 이 위원회는 FBI 국장과 법무부 수사담당 차관보에 의해 지명된 위원들로 구성되어 있는데 이 위원회는 비밀요원을 실제로 활용하는 FBI와 법률전문가인 검사들을 양측으로 하여 구성되어 있다.⁵²⁾ 만일 수사기관이나 정보원에 의해 범법행위가 이루어진 경우 FBI는 범죄의 기·미수 및 긴급성 여부, 생명과 재산에 대한 위협의 정도 등을 고려하여 해당 주 또는 지방검찰 또는 경찰에 이 사실을 알려야 하는지를 결정하여야 한다.⁵³⁾ 현재 연방경찰인 FBI에서도 비밀요원을 이용한 수사를 하고 있으나 대단히 제한적으로만 허용하고 있다. FBI는 내부적으로 비밀요원의 활동에 대하여 규정적인 제한을 하고 있는 것과 더불어 사후적인 모니터링까지 하고 있다.⁵⁴⁾ 특히 함정수사에 관해서는 앞에서 각 주나 연방에서 제시하는 법적인 제한에 덧붙여 FBI는 보다 엄격한 내부 가이드라인을 제시하고 있다.⁵⁵⁾ 이와 같은 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 있다.

52) 성윤환, 앞의 논문, 199쪽 이하.

53) 성윤환, 위의 논문 200쪽.

54) The Attorney General's Guidelines on Federal Bureau of Investigation; <http://www.usdoj.gov/foiundercover.pdf>, 검색일 : 2012.8.20.

55) The Attorney General's Guidelines on FBI Undercover Operations, 16; <http://www.usdoj.gov/foiundercover.pdf>, 검색일 : 2012.8.20.

2.2 독일

2.2.1 독일의 형사소송법규정

독일은 1992년 위장수사관(verdeckter Ermittlern)이 형사소송법에 도입되었으며, 형사소송법 제110조 a내지 제110조 e에서 상세히 규정하고 있다.⁵⁶⁾ 형사소송법 제110조의 a는 잠입수사원투입이 허용될 수 있는 범죄를 규정하고 있는 바, 금지된 마약류 거래 또는 무기거래 및 통화나 유가증권위조 범죄의 영역, 국가안보의 영역에서 업무상 또는 상습적으로 또는 범죄단체 기타 조직을 결성하여 행하는 범죄의 진상 규명을 위하여 투입할 수 있도록 규정하고 있다.⁵⁷⁾ 또한 재범의 위험성이 있는 ‘중죄’(Verbrechen)를 처벌하는 경우도 가능하다. 다만, 다른 방법으로 는 범죄의 진상파악이 불가능하고, 오히려 진상파악을 더 곤란하게 만들게 되는 경우에만 허용된다는 보충성의 원칙이 기술되어 있다.

형사소송법 제110조의 b는 첫째 위장수사관의 투입은 검사의 동의가 있어야 가능하다. 긴급을 요하지만 검사의 결정이 시기적절하게 이루어 질 수 없는 경우 경찰이 이를 즉시 결정하도록 하여야 하며, 검사가 3일 이내에 이에 동의하지 않는 때에는 그 처분을 종료하여야 한다. 동의는 서면으로 이루어져야 하며 기간을 정하여야 한다. 위장 수사관 투입을 위한 요건이 존속하는 한 기간의 연장이 허용된다.⁵⁸⁾ 둘째 특정 피의자에 관한 경우와 일반인에게 개방되어 있지 않은 주거에 위장수사관을 투입하는 경우에는 판사의 동의가 필요하다. 그리고 긴급을 요하는 경우에는 검사의 동의로 족하다. 또한 검사의 결정이 시기에 적절히 이루어질 수 없는 경우에는 경찰이 지체 없이 결정하여야 한다. 이 경우

56) ‘위장수사관’이란 경찰직에 종사하는 공무원으로서 가공의 변화된 신분(die veränderte Indentität 또는 Legende)로 활동하는 자를 말한다(StPO, §110a (2)).

57) 손동권, “조직범죄에 대한 현행 입법대책과 개선방안”, 비교형사법연구 제5권 제2호(한국비교형사법학회, 2003), 515쪽 이하; 조 국, 앞의 논문, 75쪽 이하.

58) [StPO, §110b (1)]

판사가 3일 이내에 이에 동의하지 않으면 그 처분을 종료하여야 한다.⁵⁹⁾ 셋째 위장수사관의 신분은 그 투입이 종료된 후에도 비밀로서 유지한다. 그 투입에 대한 동의권이 있는 검사와 판사는 자신들에게 그 신분을 공개할 것을 요구할 수 있다. 그 밖에 위장수사관의 신분공개가 위장수사관 자신이나 타인의 생명, 신체 또는 자유를 위협하거나 그 위장수사관의 계속적인 활용가능성을 저해할 우려가 있는 경우, 형사절차에 있어 제96조의 기준에 의한 신분의 비밀 유지가 허용된다.⁶⁰⁾

제110조 c는 위장수사관은 주거권자의 동의를 얻어 타인의 주거에 출입할 수 있다고 규정하고 있다. 또한 변화된 신분의 사용범위를 초과한 기만에 의해 얻어진 출입에 대한 양해는 허용되지 않는다.⁶¹⁾ 그리고 제110조 d는 심리목적, 공공안전, 개인의 생명과 신체에 대한 위협 및 비공개수사관의 계속적인 활용가능성에 대한 위협이 발생하지 않으면 일반에게 공개되지 않는 주거에 위장수사관이 출입한 경우 즉시 그 소유자에게 비공개수사관의 투입을 고지하여야 한다.⁶²⁾ 또한 위장수사관의 투입에 관한 결정 및 기타 자료는 검사가 보관한다. 제1항의 요건이 충족된 경우에만 이들을 소송기록에 포함시켜야 한다.⁶³⁾ 그리고 제110조 e는 위장수사관을 투입하여 얻은 개인 신상과 관련된 정보를 형사절차에서 증거로 사용할 수 있는 근거조항도 마련되어 있다.

2.2.2 함정수사의 법적효과

함정수사의 법적효과에 대해 독일 연방대법원은 검사는 수사를 개시해서도 안되고 공소를 제기해서도 안 된다는 입장을 취하고 있었다. 즉 법치국가 원칙에 위배되는 함정수사의 피의자에 대한 형벌권이 소멸한

59) [StPO, §110a (2)]

60) [StPO, §110b (3)]

61) [StPO, §110c]

62) [StPO, §110d (1)]

63) [StPO, §110d (2)]

다는 입장이었다. 그런데 1984년 연방대법원 형사 제1부는 입장을 바꾸어 함정수사가 있었더라도 그것은 형벌권 발생을 저지하는 사유가 아니라, 형벌감경사유에 불과하다고 판시하였다. 소송장애가 되려면 구체적인 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 상소이유가 될 뿐이라는 것이다. 이어 1985년 연방대법원 형사 제2부 판결도 이러한 불가벌성에서 가벌성으로 판단을 전환하였다.

V. 결 론

뇌물범죄의 수사는 앞서 언급한 바와 같이 합의에 의한 범죄 특성상 수사상 매우 어려운 점이 있다. 이러한 문제점에 대해 좀 더 적극적이고 철저한 수사를 할 수 있는 방안이 모색되어야 할 것이다. 예를 들어 행정부의 자체감사기관이 감사결과 수뢰사실을 발견하였을 때 의무적으로 검찰에 고발하도록 하는 방안이나, 뇌물수사에 장애가 되는 것으로 평가되는 금융실명제에 관한 긴급명령 시행상의 예금비밀조항을 삭제하고 하나의 영장으로 관련계좌를 추적할 수 있는 방안도 고려해 볼 수 있을 것이다.

함정수사는 특정범죄의 형사실무상 많이 이용되고 있고, 최근 판례도 함정수사의 위법성 판단기준을 구체적으로 제시하고 있으므로⁶⁴⁾ 이에 대한 실효성 확보를 위해 관련 기구의 설치도 고려해 볼 수 있다. 이를 위하여 앞에서 언급한 미국과 독일의 사례를 바탕으로 우리 실정

64) 대법원 2007. 7. 12. 선고, 2006도2339 판결; 대법원 2006. 9. 28. 선고, 2006도 3464 판결; 대법원 2007. 5. 31. 선고, 2007도1903 판결; 대법원 2007. 7. 13. 선고, 2007도3673 판결; 대법원 2008. 10. 23. 선고, 2008도7362 판결.

에 맞는 절차규정의 제도화가 요구된다.

합정수사와 관련하여 예외적으로 합정수사가 허용된다고 하더라도 그 범위와 한계를 명백히 하여야 할 것이다. 다시 말해 합정수사에 있어서 문제는 구체적·개별적 사건에 있어서 그 범위를 위법한 합정수사로 부터 금지되는 것과 예외적으로 허용되는 것을 구분하여 위법성을 판단 해야 할 것이다. 이를 위한 실정법적인 규정과 판례가 있으나 좀 더 제도적인 방안이 뒷받침 되어야 할 것이다. 이러한 제도적인 뒷받침에는 법규의 제정과 실효성 있는 지침을 마련하는 방안이 있을 것이다. 그러나 합정수사의 입법화가 형사실무의 필요성만을 강조하여 합정수사를 폭넓게 인정하는 도구가 되어서는 안 될 것이다.

(투고일 2012년 8월 31일, 심사(의뢰)일 2012년 9월 25일 게재확정일 2012년 10월 12일)

주제어 : 합정수사, 뇌물범죄, 뇌물범죄의 합정수사, 합정수사의 위법성, 합정수사의 제도화

참고문헌

1. 단행본

- 백형구, 형사소송법 제3판, 박영사, 2005.
- 법무부, 독일형사소송법, 법무부, 1998.
- 배종대/이상돈/정승환, 신형사소송법, 홍문사, 2008.
- 손동권, 형사소송법, 세창출판사, 2010.
- 신동운, 신형사소송법 제2판, 법문사, 2009.
- 신양균, 형사소송법 신판, 화산미디어, 2009.
- 이은모, 형사소송법, 박영사, 2010.
- 이영란, 한국형사소송법 개정판, 나남, 2008.
- 이재상, 신형사소송법 제2판, 박영사, 2008.
- 임동규, 형사소송법 제6판, 법문사, 2009.
- 차용석 등, 주석형사소송법 III, 한국사법행정학회, 1999.
- 차용석/최용성, 형사소송법 제3판, 21세기사, 2008.
- Geald M. Caplan, 최영홍 옮김, white collar 범죄와 함정수사 기법, 청림출판, 1988.
- Gerald Dworkin, *The Theory And Practice Of Autonomy*, Cambridge University Press, 1989.

2. 논문

- 김기두, “함정수사”, 월간고시, 고시연구사, 1983. 7, 97-105쪽.
- 김성호, “공직부패 방지를 위한 제도개선에 관한 연구”, 박사학위논문, 건국대학교 대학원, 2003.
- 김진환, “함정수사에 의하여 수집한 증거”, 고시계, 고시계사, 1989.

9, 91-97쪽.

- 류전철, “함정수사의 형사소송법적 고찰”, 조선대 법학논총, 조선대학교 법학연구소, 2001, 105-130쪽.
- 박광민, “함정수사의 규제”, 성균관법학 제7호, 성균관대학교 법학연구소, 1996, 45-71쪽.
- 성낙현, “함정수사의 가벌성에 관한 실체법적·소송법적 논의”, 형사정책연구, 제36호, 한국형사정책연구원, 1998, 81-108쪽.
- 성윤환, “함정수사에 관한 연구 : 미국의 함정수사에 대한 연구를 중심으로”, 중앙법학 제9권 제4호, 중앙법학회, 2007, 179-206쪽.
- 손동권, “조직범죄에 대한 현행 입법대책과 개선방안”, 비교형사법연구 제5권 제2호, 한국비교형사법학회, 2003, 515-541쪽.
- 손동권(역), “암수범죄에 관한 연구”, 형사정책연구, 한국형사정책연구원, 1998, 193-222쪽.
- 신양균, “함정수사의 적법성”, 형사법연구 제21권 제4호, 한국형사법학회, 2009, 153-174쪽.
- 성낙현, “함정수사의 가벌성에 관한 실체법적·소송법적 논의”, 형사정책연구 제9권 제4호, 한국형사정책연구원, 1998, 81-108쪽.
- 유인창, “함정수사의 법적효력에 관한 연구”, 법학연구 제19집, 한국법학회, 2006, 525-542쪽.
- 윤용규, “함정수사에 관한 소고”, 한일형사법의 과제와 전망: 이한교 교수 정년기념 논문집, 화성사, 2000.
- 오영근, “공무원범죄의 양형-뇌물죄의 양형을 중심으로”, 형사정책연구, 한국형사정책연구원, 1994, 93-126쪽.
- 정진연, “함정수사의 위법성판단기준과 법적효과”, 비교형사법연구 제7권 제2호, 한국비교형사법학회, 2005, 59-92쪽.
- 조 국, “함정수사의 위법성 기준과 법적효과에 대한 재검토”, 형사법연구 제14호, 한국형사법학회, 2000, 67-87쪽.

조기영, “함정수사의 법적효과”, 형사법연구 제19권 제2호, 한국형사법학회, 2007, 183-206쪽.

차용석, “소위 Agent provocateur”, 고시계, 고시계사, 1988. 4, 139-148쪽.

3. 기타자료

법무연수원, 범죄백서, 2011.

연성진/김지선, 공무원 부정부패의 실태 및 대책, 한국형사정책연구원, 1998.

<http://www.usdoj.gov/foiundercover>.

<http://www.transparency.org>.

[Abstract]

The Entrapment of Bribery Crime

Shin-Kyo Jeong*

Investigation is the first step of a criminal procedure. the criminal procedure performs important function, which actualizes of one nation and secures human rights. The recent aspect of crimes are getting more diversified and becoming more international. Also, they are becoming more systematic and intelligent at the same time. The modern criminal law requires respect for human rights, effective crime investigations and crime prevention. However, those two is not compatible now in the existing law-governed country because it is not easy to arrest the criminals and gather evidence especially for narcotic, bribe and organized crimes. In this respect, the need for entrapment is practically emphasized. Although entrapment is permitted with high-degree of necessity, it can probably conflict with due process of law or the principle of guaranteeing human rights because there requires thorough understanding of entrapment in two sides which contains the adverse effect, human rights abuse. we must find out the suitable theory which can be harmonized with our current condition of law system, and also study on the mutual relation between standard of illegality and legal effect of illegal entrapment investigation.

Key Words : Entrapment, Bribery crime, Entrapment of Bribery crime, Entrapment of illegality, Institutionalization of entrapment

* Assistant proffesor of Department Police Administration, Gimcheon University