

碩 士 學 位 論 文

指導教授 趙 成 權

國際麻藥犯罪와 陷穽搜查의 限界에 관한 研究

A study on transnational narcotic crimes and
limitations of entrapment investigation

2008年 6月 日

漢城大學校 國際大學院

國 際 麻 藥 學 科

麻 藥 搜 查 專 攻

趙 炳 相

碩 士 學 位 論 文

指導教授 趙 成 權

國際麻藥犯罪와 陷穽搜查의 限界에 관한 研究

A study on transnational narcotic crimes and
limitations of entrapment investigation

위 論文을 國際麻藥搜查學 碩士學位論文으로 提出함

2008年 6月 日

漢城大學校 國際大學院

國 際 麻 藥 學 科

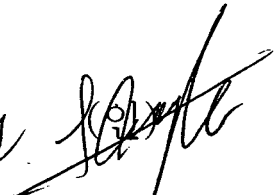
麻 藥 犯 罪 搜 查

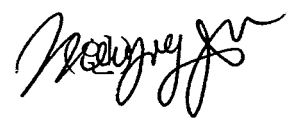
趙 炳 相

趙炳相의 國際麻藥搜查學 碩士學位論文을 인준함

2008年 6月 日

審査委員長 李相桓 

審査委員 김성린 

審査委員 朱美英 

- 목 차 -

제1장 서론	1
제1절 연구 목적	1
제2절 연구 대상과 연구범위·방법	2
제2장 국제 마약조직 및 마약범죄 실태	6
제1절 국제 마약범죄 개황	6
제2절 국제 마약범죄조직 실태	10
1. 중국의 삼합회	10
2. 일본의 야쿠자	15
3. 미국 마피아	22
4. 러시아 마피아	33
5. 중남미 및 아프리카 마약조직	36
제3절 국제 마약조직 국내침투 실태 및 주요사례	40
제3장 합정수사에 대한 각국의 논의와 판례연구	47
제1절 합정수사의 의의	47
1. 합정수사의 개념	47
2. 합정수사의 유래	59
3. 합정수사의 법적 성격	50
제2절 합정수사 적법성에 관한 학설	54
1. 적법설	54
2. 위법설	55
3. 절충설	56
제3절 각국의 합정수사 입법례 및 판례의 입장	57
1. 미국의 경우	68

2. 독일의 경우	73
3. 일본의 경우	78
4. 우리나라의 경우	82
 제4장 함정수사의 허용범위와 법적 한계	84
제1절 함정수사의 허용범위	86
1. 사회상규를 허용기준으로 하는 견해	87
2. 신의성실의 원칙을 기준으로 하는 견해	87
3. 합리적 범죄혐의를 허용기준으로 하는 견해	88
4. 주관적 기준설(subjective test)과 객관적 기준설(objective test)	89
5. 통합설 및 범죄 고의 기원설	91
 제2절 위법한 함정수사의 소송법적 효과	92
1. 무죄판결설	92
2. 유죄판결설(가벌설)	94
3. 공소기각설	95
4. 면소판결설	96
5. 소결론	96
제3절 함정수사에 대한 통제(함정교사자를 중심으로)	97
1. 함정수사의 헌법상 통제	97
2. 함정수사의 형사법적 통제	99
제4절 위법한 함정수사에 의해 수집된 증거의 증거능력	110
1. 미국의 입장	111
2. 영국의 입장	113
3. 독일의 경우	115
4. 일본의 경우	117
5. 우리나라의 경우	118

제4장 함정수사 통제의 입법화 등 제도화 문제	122
제1절 함정수사 제도화의 필요성	122
제2절 독일의 형사소송법상 함정수사 관련 법규	124
제3절 미국의 함정수사 통제 제도	125
1. ‘비밀요원’(undercover)과 ‘비밀 정보원’(confidential informants)	126
2. 미국의 Undercover 제도	128
3. 비밀 정보원(confidential informants) 제도	148
4. 비밀요원(Undercover)과 비밀정보원(confidential informant) 활 용의 문제점	153
5장 결 론	156
〈 참고 문헌 〉	159
〈ABSTRACT〉	164

- 표 목 차 -

〈표 1〉 세계 마약생산량(03-06년간)	7
〈표 2〉 전 세계 마약류 오남용 인구	8
〈표 3〉 마약류별 단속 현황(연도별, 02-07년간)	43
〈표 4〉 2007년도 마약 유형별 단속 현황	43
〈표 5〉 마약 성별 단속 현황	44
〈표 5〉 마약 연령별 단속 현황	44
〈표 7〉 마약류 압수 현황	45
〈표 8〉 연도별 외국인 마약사범 현황	46

제1장 서론

제1절 연구 목적

21세기 전 세계는 9.11 테러사건으로 인해 테러에 대한 공포와 각종 국제범죄조직 으로부터 위협을 받고 있고 세계는 인류를 보호하기 위해 범세계적으로 공동 대처해 오고 있다. 이러한 위협은 세기말 냉전 종식으로 국가 간 교류가 활발해지고 교통통신이 발달하면서 나타난 현상으로 이들 국제범죄조직의 범죄태양도 고도로 지능화, 은밀화, 침단화 되어 인류의 안전을 더욱 위협하고 있다. 최근 국제범죄조직은 상호연대는 물론 국가나 지역을 초월하여 범죄가 자행하고 있고, 새로운 유형의 범죄가 지속적으로 확산되고 있는데, 특히 국제적인 조직망을 갖춘 국제마약조직은 마약 생산에서 판매에 이르기까지 매우 조직적이며 체계화 되어있다. 또한 전 세계 마약범죄 수익규모도 수 조 달러에 달해 한 국가 차원의 규제로는 한계가 있으며, 각국의 국제적 협력이 절실한 시점이다. 국제마약조직의 불법행위를 규제하기 위해 대부분의 국가에서는 마약 공급 차단정책과 수요억제정책을 병행하면서 마약류 중독자에 대한 사후 관리 및 치료재활 정책시행에도 집중하고 있다. 한편 국내외 수사기관은 마약범죄의 특성상 일반 범죄조직과는 다른 수사방법을 통해 조직을 색출·차단하는데, 예를 들면 수사관이 범죄조직원으로 신분을 위장하는 위장수사기법이나 함정수사, 통제배달 수사기법 등이 있다.

세계 각국도 국제마약조직에 대한 정보교류와 국가 간 사법공조 및 범죄인 인도 등 국제협력을 통해 신속하면서도 효과적으로 대처하고 있다. 특히 1988년 「마약 및 향정신성물질 불법거래통제를 위한 협약」 및 2000년 「초국가적 국제조직범죄 방지협약」을 계기로 국제사회는 이른바 국제마약범죄에 대해 「범 세계주의」 입장을 확대해 나가고 있다. 그러나 이러한 국내외적인 공동대응이나 지속적인 노력에도 불구하고 최근 국제마약조직은 더욱더 조직을 강화하고 있고, 수사기관의 검거에 철저히 대비하여 조직

보호를 위한 노력 및 방법을 다양하게 강구하고 있다. 또한 국제 마약 거래 형태도 제3국이나 범죄 안전지대에서 간접적인 방법으로 거래를 하며, 범죄자들은 불법 마약거래 직후 제3국으로 도피하는 등 다양한 수법을 보이고 있어 종래의 수사기관의 사후적 대응방법으로는 국제마약조직에 효과적으로 대응할 수 없게 되었다. 국제마약조직을 효과적으로 색출하기 위해서는 전자감시, 감청, 잠입 수사, 위장거래, 함정수사, 비밀정보원 등을 최대한 활용하고, 마약조직에 대한 Data-Base화와 체계적 관리시스템 구축이 절대적으로 필요하게 되었다.

따라서 이번 연구는 먼저 국제마약범죄조직의 실태와 동향 및 국내 침투사례를 소개하고, 주요국가에서 마약범죄수사에 활용하고 있는 함정수사에 대해 법적 성격 및 한계를 연구하고자 한다. 또한 함정수사에 대한 각국의 입법례와 판례 등을 비교 분석하여 함정수사에 대한 입법추진 및 마약범죄 수사지침 마련과 ‘비밀수사심사위원회’ 설치 등 제도화에 도움이 될 수 있는 외국의 법규와 지침 등을 연구하여 국제마약조직으로부터 국민의 생명을 보호하고 건전한 사회분위기 조성을 위해 보다 적극적으로 범죄조직 색출·차단하여 국익을 보호에 기여함을 그 목적이 있다.

제2절 연구의 대상과 범위·방법

1. 연구 대상

국제사회의 급속한 발전과 다양화, 다원화에 따라 현대의 범죄는 고도로 지능적이며 조직적이어서 수사기관이 증거를 포착하거나 범죄조직을 수사하는데 어려움을 겪고 있다. 마약, 밀수, 뇌물, 매춘 등 소위 피해자 없는 범죄나 합의적 범죄의 경우 매우 은밀하고 상습적으로 행하여져 목격자나 범죄증거를 확보하기가 매우 어려운 것이 특징이다.

따라서 이러한 범죄들에 대하여 국가는 수사기관이 직접 또는 제3자를 통해 수사케 하는 이른바 사전 대응적 수사기법인 함정수사를 인정하기에

이르렀다. 미국 등 일부국가에서는 국제마약조직에 대해 적극적으로 합정수사를 인정하고 있는데, 이는 합정수사로 인해 발생하는 개인적 법익 침해나 수사기관에 대한 국민적 불신 등 문제 보다 이들 범죄조직들의 불법행위로 인해 발생 될 피해가 국가나 사회에 엄청난 영향을 주기 때문이다. 미국, 독일, 일본 등 각 국은 합정수사에 대해 약간의 차이는 있으나 대부분 같은 입장이며, 우리나라도 마약 등 범죄수사에서 합정수사를 일부 인정하여 세계적 추세에 따르고 있다. 그러나 이러한 필요성에도 불구하고 합정수사는 법을 공정하게 집행해야 할 수사 기관이 범죄를 유발하고 이를 처벌하는 모순을 행하는 것이 과연 정당한 것이냐? 또한 국민으로부터 부여받은 국가의 형벌권이 국민의 자유나 권리를 부당하게 침해해서는 안 되는 것이 헌법과 형사법의 기본이념인데 합정수사는 이런 법리적 한계를 어떻게 극복할 수 있을 것인가? 하는 문제는 매우 중요하다고 할 수 있다. 이제까지 합정수사에 대한 연구는 상당부분 이론적으로 체계화 되었는데, 대부분의 국가에서는 ‘기회 제공형’이나 ‘주관적 기준설’을 판례 및 통설로서 인정하고 있다. 그러나 합정수사에 대해 위와 같은 합리적인 범위 안에서 제한을 한다고 하더라도 실제 합정수사의 구체적인 범위나 기준이 모호함은 인정하지 않을 수 없다. 특히 ‘기회 제공형’ 합정수사나 ‘주관적 기준설’의 이론적 기준이 수사 현장이나 법을 집행하는 구체적인 실행 과정에서 수사기관이나 그 협력자의 개인적 가치관에 의존하는 경우가 대부분으로 위법적 합정수사의 가능성을 배제 할 수 없다. 최근에는 이러한 합정수사와 관련하여 수사 기관 및 협조자를 상대로 적법성 여부를 다투는 사건이 증가하고 있는 추세다. 따라서 이번 논문에서는 국제마약 조직의 국내외 실태와 최근 국내침투 동향을 통해 국제마약범죄조직에 대한 적극적인 합정수사의 필요성을 제기해 보기로 하겠다. 또한 합정수사에 대한 각국의 입장 및 판례를 비교하고, 합정수사의 한계와 문제점을 연구한 다음 합정수사로 인한 제3자의 피해를 최소화하기 위한 실무적 기준을 제시해 보고, 독일의 합정수사 관련 법규와 미국의 합정수사 등에 대한 수사 지침, 위원회 설치 등 통제 방안을 중심으로 연구하겠다.

2. 연구 범위 및 방법

먼저 제1장 서론 부분에서는 연구 목적, 대상 및 방법을 설명하고, 제2장에서는 최근 국제마약범죄의 확산과 국내침투 동향을 분석을 위해 전 세계 국제마약 범죄조직 실태에 대해 조직별 현황 및 그 실태를 조사한다. 이와 관련 2007년도를 기준으로 국제마약조직 현황 및 조직 동향을 수집하고, 2000년 이후 국내 침투 국제마약조직의 실태와 구체적 적발 사례를 수집하고, 주요사건의 특징 등을 중심으로 종합 작성한다. 아울러 위 기간 중 주요 국제마약사건의 사건 수사과정에 나타난 문제점을 연구하여 국제마약조직의 국내 확산의 심각성을 열거하겠다. 제3장에서는 국제마약범죄와 관련 함정수사의 개념 및 법적 성격을 설명하고, 미국·독일·일본·우리나라의 함정수사에 대한 입법례와 판례를 비교 연구 분석하겠다. 특히 합법적인 함정수사 판례와 불법적인 함정수사 판례를 비교 분석을 통해 실제 판결기준에 미친 영향 등을 알아보겠다. 이러한 분석 자료를 바탕으로 많은 국가에서 함정수사의 한계의 기준으로 삼고 있는 ‘주관적 기준설’이나 ‘기회 제공형’ 함정수사에 대해 그 허용 범위와 허용기준 등을 구체적으로 살펴보고, 함정수사의 피교사자(또는 피의자)와 함정교사자(수사기관 또는 정보원)의 형사적 책임과 보호문제 등에 대해 연구하겠습니다. 제4장에서는 함정수사로 인한 피해를 최소화하기 위해 수사기관 또는 정보원 및 피교사자에 대한 법적인 보호 장치를 제도화하는 방안을 마련하기 위해 각국의 법규나 지침 등을 소개한다. 또한 국가가 함정수사의 필요성을 인정한다면 이로 인해 발생하는 피해에 대하여 사전 또는 사후 구제할 수 있는 법적 제도적 장치를 마련하여야 함은 당연하다. 따라서 우리나라도 함정수사에 관한 법규를 입법화하고, 수사현장에서 수사를 지휘하거나 수사 활동을 하는 실무자들에게 구체적인 수사지침을 마련해 주어 법규나 지침에 따른 수사로 함정수사로 인한 피해를 최소화해야 할 것이다. 그러므로 이 논문에서는 국제마약범죄와 관련, 함정수사에 대한 문헌 중심의 연구와 자료 분석 및 함정수사 주요사건의 수사기록이나 판례를 통해 유사 사건에 대한 함정수사의 법리 적용의 차이를 비교

분석하는 방법으로 연구하겠다. 또한 국제마약조직에 대한 책자, 단행본, 논문, 인터넷 등 자료를 충분히 연구하고, 외국 독일 등 입법례 및 미국의 법무부장관 수사지침을 심층 분석하여 소개하고, 각종 판례에 대해 직접 자료를 수집하여 비교 분석한다. 아울러 우리나라도 합정수사에 대한 입법화 문제와 미국과 같은 수사지침 및 비밀수사심사위원회 설치 등 합정수사 제도화의 필요성을 강조하고자 한다.

제2장 국제 마약조직 및 마약범죄 실태

제1절 국제 마약범죄 개황

지난해 유엔협회세계연맹(WFUNA) 산하 밀레니엄 프로젝트(millennium-project)가 「2007년 미래상태-2007 State of Future」 제하의 연례 보고서를 통해 밝힌 바와 같이 전 세계에서 발생하는 조직범죄 수익이 연간 2조 달러(약2천조 원)에 이르며, 범죄가 점차 확산되어 민주주의가 조직범죄와 부패문제로 인해 좌초될 위험에 처해 있다고 경고하고 있다. 이 보고서는 앞으로 10년 동안 세계의 복지 수준이 향상될 것으로 전망하면서도, 빈곤문제와 지구 온난화, 물 부족, 조직범죄가 이런 낙관적 전망을 위협한다고 지적하고 있다. 특히 조직범죄를 가장 큰 위협 요인으로 꼽았다. 또한 전 세계 최고 부유층 225명의 수입이 세계 극빈층 27억여 명(세계인구의 40%)의 수입과 같았으며, 이중 인구의 2%가 전 세계 50%의 부를 소유하고 있다고 한다. 반면 가난한 50%의 사람들은 전 세계 부의 1%만 소유하고 있어 향후 인류의 빈부의 격차문제는 식량난 등 기아문제가 점점 심각해지고 있음을 알 수 있다. 이렇듯 인류는 지구환경 오염문제 등 자연적 위험에 노출되어 있기도 하지만 국제범죄조직이라는 인위적 위험에 전 세계인의 행복이 침해당할 중대한 위기에 처해있는 것이다.¹⁾

한편 유엔마약범죄국(UNODC)도 「2007년도 마약보고서 (2007 World Drug Report)」에서 전 세계 약 65억 인구 중 2억여 명(15~65세 인구의 4.8%)이 마약류를 오·남용 하고 있다고 보고하고 있다.²⁾ 「2007 아프간 마약 서베이」 보고에서는 인구 250만 명에 불과한 아프간 헬만드주의 아편 생산량이 인구 10배가 넘는 콜롬비아(코카인), 모로코(대마), 미얀마(아편) 등과 같은 나라들의 마약 생산량을 넘어 섰으며, 아프간 전체의

1) WFUNA, UN millennium-project, 2007, 「2007 State of Future」 참조

2) UNODC, 「2007 World Drug Report」 UNODC발행, 2007, 5-8면

마약 생산 면적도 작년의 16만5ha서 19만3천ha로 늘어났고, 수확량도 작년의 6천여 톤에서 8천2백여 톤으로 급증하였다고 보고하였다.³⁾

최근 국제 마약류 흐름은 전반적으로 안정화 되어가고 있으나 마약의 종류 및 생산 지역별로 차이를 보이고 있다. 예를 들면 위에서 언급한 아프간을 비롯한 이른바 황금의 초승달(Golden Crescent) 지역의 마약생산은 증가한 반면 태국, 미얀마, 라오스 등 황금의 삼각(Golden triangle)지대의 마약생산은 감소하고 있다. 콜롬비아를 비롯한 남미 3개국의 코카인 생산량도 감소하고 있으나 아프리카 지역의 대마 생산 등 마약류 거래는 급증하고 있다.

21세기 마약시장을 주도할 것으로 예상되는 엑스터시 등 ATS(암페타민형)계 합성마약(MDMA)은 다른 마약류에 비해 가격이 싸고, 복용하기도 쉬우며 약효도 강해 여러 가지면에서 다른 마약보다 시장의 우위를 점하고 있다.⁴⁾ 이러한 국제마약류 생산의 증가와 더불어 마약 오·남용 인구가 감소하지 않는 것은 국제 마약조직의 범죄수법이 UN이나 세계 여러 나라들의 마약 통제정책 보다 앞서고 있고, 매우 지능적이며 첨단화된 범죄 수법으로 체계적이며 조직적으로 마약을 거래하고 있어 이를 규제하는 정보·수사기관의 대처가 어렵기 때문이다.

다음은 전 세계 마약류별 생산 및 소비실태에 현황이다.

표 1> 세계 마약생산량(03-06년간)

(단위:ton)

구 분	대마/해시시	아편/헤로인	코카인	A T S	비 고
2003년도	42,100	4,783	859	445	
2004년도	45,000	4,850	1,008	480	
2005년도	42,000	4,630	980	478	
2006년도	42,000(추정)	6,610	984	-	

자료출처: 유엔마약범죄국(UNODC) 2007 World Drug Report

3) UNODC, 전계 보고서, 10-21면

〈표 2〉 전 세계 마약류 오남용 인구

(단위:백만명)

구분	총계	대마	ATS		코카인	아편	헤로인
			암페타민	엑스터시			
사용자	200	156.8	24.9	8.6	14.3	15.6	11.1
인구비(%)	4.8	3.8	0.6	0.2	0.3	0.4	0.3

자료출처: 유엔마약범죄국(UNODC) 2007 World Drug Report

우리나라와 인접한 중국 및 일본, 러시아, 미국 등 국가를 중심으로 마약 동향을 살펴보면, 1840년 아편전쟁 이후 2004년 제2의 마약과의 전쟁을 선포한 중국은 전 지역에 걸쳐 대대적인 마약 단속활동을 벌이고 있는데, 중국 공안부(금독국)에 따르면 중국의 마약시장 규모는 연간 26조원, 마약류 중독자도 1천만 명을 넘어섰다고 한다. 중국 삼합회와 홍콩의 14K, 대만의 사해방 등 4천여 개 국제범죄조직에 1백만여 명이 활동 중인데 이들이 동남아 지역 생산 마약을 중국 및 일본, 미국, 우리나라 등지로 공급하고 있다. 우리나라와 더불어 중국 및 태국 등 동남아 생산 마약의 상당 부분을 소비하고 있는 일본은 마약 거래에 야쿠자가 깊숙이 개입되어 있다. 일본에서 거래되고 있는 필로폰의 대부분은 일본 폭력조직과 중국 대만에 본거지를 둔 국제마약조직에 의해 이루어지고 있다. 일본 폭력 조직원 중 각성제 관련 전력자는 6800여 명 수준으로 전체 각성제 사범의 50% 정도를 차지하고 있는 실정이다. 일본도 2005년 기준으로 전체 마약류 사범은 약 15000여명으로 전년도에 비해 약 5% 증가했다. 최근 일본 야쿠자 조직은 재일교포 출신 야쿠자 조직원들을 통해 국내 마약조직과 연계하여 중국 단둥·심양 등지에서 중국 및 북한산 마약을 거래하고 있음을 여러 가지 사건 사례나 정황으로 확인되고 있다. 2004년 이후 중국 심양, 대련, 단둥에서 북한산으로 추정되는 필로폰을 거래하던 야쿠자 조직원들이 중국 공안에 검거되는 사례가 증가하고 있고, 중국의 강력한 마약 통제정책으로 일본 내 마약 품귀현상으로 가격이 급상승하기도 하였다. 이런 마약 품귀현상은 야쿠자들에게는 해외에서 마약을 구입, 자국 내에 고가로 판매할 호기로 최근 야쿠자들이 홍콩 및 심천, 광저우 등 중국 현

지 마약조직과 접촉, 마약을 거래하는 횟수가 증가하고 있는 것도 이와 같은 이유인 것으로 확인되고 있다.

러시아 모스크바와 상 페테르부르크, 예카테린부르크, 사마라, 옴스크, 노보로시스크 등 도시는 세계 마약류 판매의 거점으로 이용되는 지역으로 마피아와 연계된 마약 밀수조직의 중요활동지역이다. 또한 블라디보스톡, 하바로프스크 등지의 극동 마피아도 마약, 무기밀매, 매춘 및 기업인수, 해외무역 개입 등 국제범죄에 개입하고 있다. 특히 러시아 마피아는 최근 중국 삼합회, 일본 야쿠자, 미국 마피아 등과 연계하여 그 세력을 확대해 나가고 있다.

세계 생산 마약의 60%를 소비하고 있는 최대의 마약 소비국 미국은 전체 인구의 8.5%에 이르는 2천3백만 명의 인구가 마약류를 오·남용하고 있다. 이중 약 500만 명은 상습 중독자로 추정되며, 청소년 마약도 110여만 명 정도로 마약문제가 매우 심각한 수준이다. 또한 남미에서 생산된 마약류가 멕시코 국경을 통한 육로나 카리브 연안의 해상 수단을 통해 밀수되어 유통되고 있는데, 특히 멕시코 범죄조직들이 코카인이나 헤로인 공급에 깊이 개입되어있다. 한편 재미교포 2~3세의 마약범죄 관련 사건이 최근 증가하고 있는데 90년대 후반 미국에서 유행했던 신종 마약제조수법이 재미교포 출신 마약제조 기술자들에 의해 국내에서 시도되었으나 다행히 조기에 검거하여 국내 확산을 방지한 바 있다.

이 외에도 90년대 후반 서울 용산구 이태원을 중심으로 형성된 아프리카 나이지리아 마약조직은 우리나라 여성을 마약운반에 이용한 세계적인 마약조직으로 확인되었다. 이 조직은 남미 및 아프리카에서 유럽으로, 동남아·중국에서 일본 및 우리나라로 코카인, 마리화나, 헤로인 등 다양한 마약을 공급해 왔다. 이중 두목인 O. C 프랭크는 90년대 후반 국내에 들어와 한국어를 연수한 후 국내 여대생 등 젊은 여성에게 접근하여 마약을 운반 시켜왔는데 이와 관련하여 유럽의 프랑스, 스페인, 네덜란드 등 국가와 남미의 페루, 아르헨티나 등 전 세계 20여 국가에 내국인 여성 20-30명이 마약 운반혐의로 구속되어 복역 중인 것으로 밝혀져 세계를 경악해한 바 있다. 5)

5) '국정원의 국제 마약사범 8년간 추적기' 2007. 8호 월간조선, 140-147면

위에서 살펴 본 바와 같이 전 세계 각 지역에서 활동 중인 국제마약조직은 마약이라는 매개물을 통해 불법자금을 마련하고, 이를 테러 목적이거나 조직 확대 및 운영 자금으로 이용하면서 세력을 확장중임을 알 수 있다. 따라서 우리나라도 더 이상 국제마약조직으로부터 안전지대가 아니며, 지난 5~6년여 간의 국내외에서 적발된 국제마약조직의 활동실태를 분석해보면 향후 국제마약조직이 국내로 마약을 공급을 확대하거나 직접 국내에 마약조직을 만들어 그 세력을 확대해 나갈 것으로 예측된다. 그리고 지금까지 국제마약조직이 국내에 미친 영향에 대한 연구나 통계 등 정확한 자료는 없지만 국제마약조직으로 인해 발생하는 연간 손실이 엄청난 것은 사실이며, 아래에서는 이러한 국제마약조직에 대한 실태를 파악하고, 이들 조직이 국내외에서 일으킨 주요 사건 사례를 통해 문제의 심각성을 살펴보고자 한다.

제2절 국제 마약범죄조직 실태

국제마약범죄조직 실태에 대해서는 우리나라를 중심으로 직접적으로 관련 있는 중국, 일본, 미국, 동남아시아, 아프리카 지역 순으로 개괄한다.

1. 중국의 삼합회

먼저 중국 삼합회(三合會, Triad)는 중국 본토 및 홍콩·대만을 중심으로 중국계 범죄조직을 총칭하는 말로 삼합이란 天·地·人 합일을 의미하는 동양적 사상에서 유래하며, 약4천여 개 조직 100여만 명이 미주 및 유럽, 동남아 등 30여 개국에 걸쳐 활동 중인 세계 최대의 범죄조직이다. 삼합회는 중국의 역사를 배경으로 자생해온 범죄조직으로 마피아나 일본 야쿠자와 조직범죄로서 비슷하며, 중국 대륙을 중심으로 흑사회(黑社會 혹은 黑會)와 홍콩의 최대조직인 신의안·14K·화기파, 대만의 죽련방·사해방 등 대부분의 조직들이 마약제조 및 밀수범죄를 자행하고 있다.⁶⁾ 1997년 중국 정부

6) 국가정보원, 해외 국제범죄 동향, 2003.11-12월, 35면

가 ‘마약과의 전쟁’을 선언하면서 중국 전역에 걸쳐 대대적으로 마약조직을 소탕하였는데, 이 당시 중국 전국에는 있는 화공약품 회사에 마약과 관련된 약품에 대한 철저한 통제와 더불어 구매자에 대한 신고를 의무화하는 지시를 내리기도 하였다. 그럼에도 불구하고 중국 삼합회는 태국, 미얀마 국경을 통해 지속적으로 헤로인을 밀수하여 홍콩 및 중국 남부지역 마약조직에 공급하면서 그 세력을 동북부 지역으로 확대하였다. 즉 지금까지 중국정부는 마약에 대해 태국, 미얀마 지역 및 중국 남부지역인 운남성 등 접경지대에 대한 단속을 강화해 왔으며, 이 지역이 중국을 위협하는 최대의 마약 밀수지역 또는 마약 운송 루트로 주목하고 있는 것이다.

중국 삼합회가 주도적인 역할을 하며 그 세력을 확장해 온 동남아시아 마약조직은 크게 3단계 밀매구조로 이루어져 있다. 먼저 1단계인 생산단계에서는 황금의 삼각지대(Golden triangle)인 태국·미얀마·라오스의 농민들에 의해 재배된 양귀비에서 추출한 아편을 미얀마로 이동·정제하고 있다. 다음 2단계에서는 생산된 마약을 헤로인 집산지인 태국의 방콕으로 보내는 것인데, 여기서 국제 마약상들은 헤로인을 홍콩, 대만 등 삼합회 도매상들에게 보내고 이를 삼합회가 최종 소비지인 미국이나 유럽 등지로 운송해 판매하고 있다. 최종 3단계 분배 및 소비단계에서는 소비지에서 삼합회의 해외 조직이나 현지의 다른 마약조직과 연계하여 판매를 하는 것이다.⁷⁾ 하지만 1996년 1월 동남아시아 황금의 삼각지대(Golden triangle)를 지배하던 마약 왕 쿤사(2007년 사망) 장군의 문타이군이 붕괴되자 미얀마 국경의 산주에서 태국의 화교로 이르던 헤로인 유통은 격감되었다. 현재 미얀마 최강의 아편군대는 약 2만여 명으로 구성된 하오위첸을 사령관으로 하는 와(WA)족군이다. 미얀마 북동부의 중국 운남성에 인접한 지역에서 와족군을 중심으로 코칸족 조직과 산주 반란군이 연합하여 관리하는 헤로인을 운남성을 경유하여 홍콩으로 보내는 ‘운남 루트’가 개발되었다.⁸⁾

세계적 관광도시인 홍콩은 1840년대 아편전쟁으로 인해 과거 많은 수의

7) 조성권, 홍콩 반환과 삼합회 변화와 전망 (<http://segero.hufs.ac.kr/library/jias> 3-4), 5면

8) 이경렬·이중화, 국제조직범죄에 대한 통제배달법의 활용, 형사정책연구원 제15권 제1호, 2004, 92-93면

마약 오·남용자가 발생했던 지역이다. 오늘날까지도 홍콩의 마약은 신의 안·14K 등 중요 범죄조직에 의해 주도적으로 거래되고 있고, 과거에는 마약 중독자들이 뒷골목이나 건물 계단 등지에서 마약을 투약하였으나 최근에는 마약 복용 장소로 이용하는 마약방이 확산되고 있다. 마약방은 현재 홍콩의 카우룽(九龍) 서부지역에서 성업 중인데 당국의 단속을 피해 주로 낡은 건물 등을 1~2개월 임대한 후 하루 200여 명의 중독자들을 수용할 정도로 성업 중이며, 지난해 홍콩 정부는 34개의 마약 방을 단속하였다고 한다.⁹⁾

1997년 3월 중국정부는 형법을 개정하여 마약 밀조·판매·운송행위에 대한 형량을 최고 사형으로 규정하고 마약 원료경작 및 마약 밀거래자에 대해서도 처벌을 강화하였다.¹⁰⁾ 또한 중국의 국가금독위원회는 2000년 ‘마약없는 사회건설’을 내세우며 태국등 동남아시아 지역 국경을 통해 반입되고 있는 마약을 근본적으로 봉쇄하는 조치를 취했고, 2001년에는 공안부 관계자들이 각종 국제회의에 참석하면서 마약통제에 대한 중국의 의지를 세계에 과시하기도 하였다.¹¹⁾ 그러나 이러한 단속활동에도 불구하고 중국의 마약중독자는 증가하였다. 특히 중국은 마약원료인 옴산에페드린의 생산이 많이 생산되어 마약제조를 많이 하였으며, 중국 남부 광둥성 등지 비밀공장에서 고순도의 필로폰인 생산되면서 일본(야쿠자) 및 우리나라 등지로 밀수되었다. 또한 중국은 무수초산, 과망간산칼륨, 에페드라 등 마약 전구물질(precursor)의 주요 생산국으로 88유엔협약에 따라 이들 전구물질에 대한 감시활동을 강화하고 있고, 필로폰 확산과 관련하여 위생부와 국가의약품관리국 등을 주축으로 에틸에테르·클로로포름 등 향정신성의약품의 첨가제에 대해서도 관리를 강화하기 위한 관련법규를 개정하였다. 중국정부는 마약퇴치를 위해 교육활동 강화 및 치료재활 확대, 경작지 파괴, 전구물질 통제와 병행하여 이른바 ‘4금 정책’(마약복용·판매·재배·제조) 시행중이다. 또한 2004년에는 ‘중국 사회치안 종합처리사

9) 국가정보원, 전계서, 14면

10) 중국형법에 따르면 아편 1Kg, 헤로인·필로폰 등 마약 50g 이상을 제조·판매하거나 국내외 마약밀매의 핵심요원에 대해서는 15년 이상의 징역이나 사형으로 처벌할 수 있게 강화하였다.

11) 최규남, 9.11테러이후.....국제마약범죄 전망 및 대응방안연구, 2003, 카톨릭대학교 국제대학원, 석사논문, 38면

업회의'의 결정에 따라 조직화·폭력화·대형화 추세인 범죄 조직에 대응하기 위해 범죄와의 전쟁을 지속적으로 추진 중이며, 국가 마약위원회에서는 제2의 아편전쟁을 사전에 차단하기 위해 2006년 '마약과 인민전쟁'을 선포하기도 하였다. 2007년 12월 중국 인민대회를 통과한 '중화인민공화국 마약금지법'이 2008년 6월1일 부로 시행되었다. 이 법은 마약 단속업무의 강화와 마약관리 감독 등 예방업무를 위주로 시행하되 정부의 지도하에 관련부서와 사회 각계에서 참여할 수 있도록 하였다.¹²⁾

다음으로 마약과 관련하여 우리나라와 중국과의 관계를 살펴보자. 중국 개방이후 90년대 초부터 국내로 밀수되는 마약류는 대부분 중국으로부터 유입되었다. 이와 관련하여 국내마약제조의 시대적 흐름을 살펴보면, 우리나라 마약 제조기술자(일명 제조1세대)들은 필로폰 제조기술 수준이 상당히 높아 일본 야쿠자는 물론 중국 삼합회 및 대만 마약조직으로부터 거액의 제의를 받고 필로폰 제조를 의뢰받기도 하였다. 70~80년대 초 국내 마약 제조조직은 대부분 대만이나 홍콩 등지로부터 필로폰 원료인 염산에 페드린을 밀수하여 농촌지역의 축사나 양계장, 과수원 등지에서 필로폰을 제조하여 대부분 일본이나 미국 등지로 공급하였다. 그러나 1980년대 중 후반 우리나라는 86년 아시안게임과 88년 올림픽을 개최하면서 폭력 조직은 물론 마약, 밀수 등 범죄조직에 대해 대대적인 단속활동을 하게 되는데 이를 계기로 국내에서는 마약 제조가 감소하고 밀수도 급격히 줄어들어 마약의 진공시대를 맞이하게 된다. 이러한 상황 하에서 일부 마약 제조 기술자들은 국내에서 중국 등 해외로 이동하여 현지에서 마약 제조를 위한 기반조성과 판로를 확보하기 위해 국내외 마약조직과 지속적으로 접촉해 왔다.

위와 같이 우리나라 마약 제조조직이 중국으로 이동하게 되는 원인에는 86아시안게임과 88올림픽이라는 국제경기에 대비한 대대적 단속활동 외에도 89년도 중국이 개방화 정책을 선언하면서 세계에 문호를 개방한 것이 결정적인 계기가 되었다. 중국은 지리적으로 가까울 뿐만 아니라 심양, 연길, 대련, 청도 등 지역에 중국동포가 많이 살고 있어 자연스럽게 마약

12) 중국망신문, 첫 마약금지법 공포, 처벌에서 예방으로 제하, 2008. 5.30

범죄조직이 뿌리를 내리기에 알맞았다. 특히 우리나라와 중국과의 교역량이 급증하자 이를 기회로 많은 수의 범죄조직이 중국 현지에 진출하게 되었다. 물론 이들 마약조직은 초기에 현지에 정착을 하면서 중국 마약조직과 많은 갈등관계를 유지하였으나 중국은 필로폰 보다는 헤로인이나 대마초 등을 많이 소비하고 있어 자연스럽게 우리나라 마약조직과 중국 삼합회 마약조직이 결탁하는 관계가 형성되었다.

90년대 초 중국 청도·천진·대련지역을 중심으로 국내 최고의 마약 제조 기술자 중 3-4명이 중국 내몽골지방이나 내륙지방에서 생산되는 마약원료로 엄청난 양의 필로폰을 제조하였다. 이들은 주로 일본의 야쿠자들과 사전 마약제조 계약을 하고 제조에 필요한 자금을 선금으로 받아 마약 원료 및 제조장비 등을 구입하여 대량으로 생산하였다. 제조된 필로폰은 일본 및 우리나라로 밀수되었다. 특히 부산·대구지역 마약조직원들이 중국을 방문하여 직접 마약거래를 하였으며, 구입한 마약을 중국 천진, 대련, 청도, 상해 등 항구를 출입하는 화물선이나 북경, 심양, 대련, 청도, 상해, 심천 등 항공기편으로 국내로 밀수하였다. 이와 더불어 서울·부산·대구 등지 마약조직은 심양, 청도, 단둥 등 중국 동북3성 지역 삼합회 조직과 결탁하여 중국 및 북한에서 생산된 것으로 추정되는 필로폰을 국내로 밀수하기도 하였다. 특히 북한의 회령과 중국의 연길시를 중심으로 형성된 마약조직과 북한의 신의주와 중국의 단둥을 연결하는 마약조직은 북한에서 생산된 것으로 추정되는 필로폰을 대량으로 거래하고 있다. 또한 이들과 연계된 국내 마약조직원들이 북경, 심양 등 대도시에 마약거점을 마련하고 중국동포 삼합회 조직원들과 접촉하면서 일본 야쿠자들을 불러들여 마약을 대량으로 거래를 하고 있다. 1990년대 초반부터 2003년까지는 중국 대련과 청도에서 국내 마약제조 1세대들이 현지에서 필로폰을 제조하여 미국 및 일본, 우리나라로 밀수출하였으나 이 조직이 중국 공안부에 의해 적발되어 제조기술자 등 10여명이 구속 수감되어 우리나라는 물론 일본의 필로폰 가격이 급상승하였다.

2. 일본의 야쿠자

일본의 야쿠자는 최근 세계 폭력조직의 모델이 되고 있다. 먼저 야쿠자의 기원은 18세기 중반 일본 보부상 집단인 데키야(的屋)와 전문 도박단인 바쿠토(博徒), 폭력배를 의미하는 구렌타이(愚連隊)라는 것이 정설이며, 야쿠자의 어원도 바쿠토들이 화투놀이 에서 가장 쓸모없는 패인 8, 9, 3(발음이 야-쿠-자)를 야쿠자라는 용어로 표현하면서 유래했다.¹³⁾ 데키야는 절과 신사(神社) 근처에서 활동하는 상인들이데 이들 집단의 구조는 오야붕(親分)과 코붕(子分, 수하, 양아들)의 관계로 이는 일본의 전통적 사회 토대가 되는 아버지와 자식, 스승과 제자, 주인과 시종, 범죄세계의 두목과 부하의 상하관계를 의미한다. 그러나 이런 세습적 관계는 혈연이 아닌 입양으로 이루어지며 엄격한 상명하복의 관계로 오야붕은 코붕에게 명령과 보호를 제공하고, 코붕은 오야붕에게 복종과 충성을 제공하는 절대적 위계체계이다.¹⁴⁾ 또한 야쿠자 조직은 크게 4개의 계층으로 구성되어 있는데 조직의 두목인 오야붕이 있고, 그 밑에 고문 역할을 하는 사제(舎弟)와 부두목인 약두(若頭)가 있고 그 아래 하부 조직원 꼬붕이 있다. 최근에 오야붕을 조장, 회장, 총장 등으로 꼬붕을 이사, 전무, 간부, 약두, 약중 등으로 부르기도 한다.¹⁵⁾ 일본 야쿠자는 이러한 특수한 관계 외에도 조직의 규율이 매우 엄격하며, 이 규율을 어긴 자는 속죄의 의식으로 손가락마디를 자르는 ‘유비쯔메(斷指)’의 관습과 봉건시대 범죄자들을 사회에서 격리시키는 처벌에서 유래한 문신, 비밀엄수, 오야붕과 코붕이 사케(일본 정종)를 담은 잔을 정중하게 바꾸어 마시는 ‘사카즈키’ 의식 등 매우 독특한 의식과 문화를 갖고 있다. 야쿠자 조직을 이해하려면 일본 사무라이의 무사도(武士道) 정신을 먼저 알아야 하는데, 무사도의 핵심적 가치관은 ‘의리’와 ‘인정’이다. 사무라이의 가치관인 ‘의리’와 ‘인정’은 1912년도 일본의 한 소설가가 유랑하는 ‘바쿠토’의 영웅적인 삶을 주제로 그려낸 한 작품에 잘 나타나 있는데 이 작품을 계기로 야쿠자는 일본 대중문화를 통해

13) 국가정보원, 국제범죄 대응정책 연구논총, 제2호, 2006, 135면(조성권, 일본야쿠자의 변화와 한국의 대응책 제하)

14) 조성권, 전개논문, 136면

15) 최정건, 국제범죄의 현황과 대응방안, 연세대학교 대학원, 2007, 13면

협객 사무라이로 우상화되어 명예로운 무법자로 미화되어 오늘날 야쿠자들 스스로 사무라이의 후예라고 자처하기에 이르렀다.¹⁶⁾ 일본은 20세기에 보수주의 우파정권이 들어서면서 1881년에 극우국수주의 대표적인 연합체인 현양사(玄洋社)를 사무라이 출신인 도야마 미츠루가 결성하면서 야쿠자들을 끌어 모으기 시작하였다. 1919년에는 야쿠자 전국연맹인 大일본 구수회를 결성하여 약 6만 명이 모여 좌익성향의 노동자 파업을 분쇄하기 위한 폭력 부대 역할을 하였고, 1930년대 이르러 일본 군국주의 하수인으로 戰時정부의 아편 판매국을 지원하면서 막대한 富를 형성하였다. 2차대전 패전 이후 일본은 美 군정의 우파정권을 맞이하면서 흑룡회(도야마 창설)의 문하생으로 활동하던 '고다마'가 1955년 전쟁 중에 번 막대한 돈으로 자유민주당 창당의 자금을 지원하면서 막후실세로 활동하였다. 고다마는 야마구치구미 두목 다오카 가즈오와도 친하게 지냈으며, 우리나라 이승만 대통령 및 대만의 장개석 총통과 함께 아세아 반공연맹 및 세계 반공연맹을 만드는데 일조하였고, 문선명 목사의 통일교 일본지부 고문으로도 활동했다¹⁷⁾. 이후 일본 야쿠자의 대부로 불리던 고다마는 1974년 미국의 록히드사가 일본 제2의 항공사인 전일본항공과 방위청에 항공기 판매를 위해 자민당 다나카 전 수상 등에게 로비로 뇌물을 준 사건이 터지면서 몰락하게 된다.¹⁸⁾ 1980년대 전후 일본 야쿠자들은 합법적인 사업을 추진하여 위장된 합법기업을 통해 은행권으로부터 대출을 받아 부동산에 투자하였는데, 1990년 초 일본 경제가 침체되면서 부동산 거품이 붕괴되자 야쿠자들도 막대한 피해를 입게 되었다. 그러나 야쿠자들은 금융권 관계자들을 협박하고 대출금을 갚지않아 은행권의 불실채권이 최대 1조6천 달러로 추산되기도 하였는데, 이중 50%가 회수가 불가능한 것이라고 한다. 이를 계기로 일본 야쿠자는 경제수익을 극대화하기 위한 다양한 불법적 사업 활동을 하게 되었으며 경제 야쿠자로 변화하였다.

일본 정부는 1992년 폭력단대책법을 시행하면서 법규 내에 지정폭력단에 대한 불법행위를 규정하면서 강력하게 단속하기 시작하였는데, 이 법규에

16) 국가정보원, 전게서, 137면

17) 상게서, 140면

18) 조성권, 전개논문, 142면

따르면 과거 야쿠자들의 활동이 대부분 단속의 대상이 되었다. 과거 일본 야쿠자들은 도박이나 각성제 밀매, 공갈·협박에 의한 금품갈취, 각종 보호비를 명목으로 금품을 갈취하는 등 이를 주된 자금원으로 삼았지만 최근에는 활동이 다양화·교묘화 되면서 기업대상 폭력이나 민사개입 폭력, 금융·불량채권 회수 등에 관여하고 있고, 기업합병·인수, IT산업운영에 이르기까지 그 영역을 넓혀가고 있다. 특히 야쿠자들은 폭력단프론트기업¹⁹⁾을 이용하여 경제활동에 부당하게 개입함으로써 이익을 올리고 있다.²⁰⁾ 아래에서는 야쿠자 조직의 현황과 마약범죄에 대한 실태를 구체적으로 살펴보자.

먼저 일본은 위 ‘폭력단대책법’에 야마구찌구미 등 지정폭력단 23개 조직을 관리하고 있다. 1955년 이후 일본은 폭력단이라는 용어를 쓰는데 일본의 야쿠자는 「야마구차구미」(山口組)·「이나가와 카이」(稲川會)·

「스미요시카이」(住吉會) 등 주요 3대 야쿠자 조직을 비롯하여 3천여 개 조직에 8만5천여 명이 활동 중²¹⁾이며, 특히 일본 최대의 폭력 조직인 야마구찌구미는 두목 시노다 겐이치(篠田建市)가 감옥 안에서 조직을 관리하고 있는데²²⁾ 조직원은 36,900여 명으로 전체의 야쿠자의 43%를 차지하고 있다. 이들 주요 3대 야쿠자조직은 지역별로 활동무대를 달리하는 데 야마구찌구미는 동경, 북해도, 오사카 등 일본 전역에 걸쳐 활동 중이며, 1915년 야카구치 고베항구 노동자가 중심이 되어 결성된 폭력조직이다. 기업식 운영으로 급성장한 야마구치구미는 최근 도쿄(東京)로 조직을 확장 중이다. 일본의 폭력조직을 분석한 탁월한 저서 ‘야쿠자 일본의 범죄 지하세계(Yakuza: Japan’s Criminal Underworld)’의 공동저자인 데이비드 카플란은 “암흑가에서 벌어지는 현상이 합법적 경제계의 상황과 비슷하다”며 “조폭들도 불량 채권을 정리하는 등 세계화하고 있다”고 말했다.²³⁾ 가장 주목할 만한 변화를 한마디로 요약하자면 ‘인수

19) 폭력단프론트기업이란 폭력단이 설립하고 실제 그 운영에 관여하고 있는 기업 또는 폭력단 준구성원 등 폭력단 조직의 유지 및 운영에 적극적으로 협력하거나 관여하는 기업을 말하는 것으로 그 형태는 보통의 기업과 변함없이 거래를 유지하면서 그 수익을 폭력단에 흡수시키는 것과 위법행위를 목적으로 설립되어 기업으로서의 실체를 갖지않는 것으로 나눌 수 있다.

20) 도중진, 조직범죄의 유형변화와 대응방안, 형사정책연구원, 2006, 119면

21) 국가정보원, 해외국제범죄동향, 2003년, 11-12월호, 35면

22) 동아일보, ‘제5대 밤의 제국’ 2007.5.23

23) 뉴스위크지, 야쿠자도 세계화한다,(제810호) 2007, 12,17

합병'이다. 90년 초 경기침체가 시작되기 전, 일본 경제의 상당 부분은 마치 파편 조각들 같았으며, 이는 외부세계와의 경쟁으로부터 국내 기업들을 보호하려는 정부 정책의 유산이었다. 야쿠자들은 서방세계의 변호사나 중재자처럼 채권 분쟁에서 해결사로서 또 투자업계의 큰손으로도 활동한다. 일본 사법당국자 출신인 스가누마 미쓰히로는 “거품 붕괴 후 골드 먼 삭스와 메릴린치 같은 미국의 투자은행들이 일본에 들어와 골프장 같은 불량 자산들을 매입했는데, 야마구치과도 똑같은 일을 했다”고 말했다. 또 야마구치과는 새로운 신용 사기 방법을 활용하는 데도 매우 독창적이다. 올해 초 일본 경시청은 야마구치과와 제휴한 폭력조직원이 한 기술회사를 인수한 사건을 적발했는데 이 회사는 일본에서 인기 있는 대학 동창생용 인맥 웹사이트를 운영하는 회사였다. 경찰은 그 조직원이 회사의 주가를 부풀린 뒤 매각할 계획이었다고 밝혔다. 또 지난해에는 중소기업들에 제공하는 정부의 신용 보장을 악용한 사기 사건과 관련해 야마구치과 조직원 두 명이 경찰에 체포되었는데, 이들은 금융 사기에는 많은 전문지식을 갖추고 있었다. 야마구치구미는 많은 일본 기업보다 해외 활동경험이 많아 조직범죄의 국제화에서 선구자 역할을 하였는데 1960~70년대 일본의 관광산업의 붐을 기회로 동남아 일대에 섹스 관광과 마약밀매 조직을 구축했다. 오늘날 야마구치과는 러시아 마피아와 긴밀히 협력관계를 유지하면서 러시아 영해에서 불법 조업한 해산물을 구입, 일본 시장에서 판매하여 큰 이익을 남기는가하면 우즈베키스탄 여성들을 매춘 목적으로 수송한다고 알려져 있다. 24)

일본 경시청은 2006년을 폭력단간 무사고의 해로 발표하면서 경찰의 야쿠자 등 폭력조직 단속을 성공적으로 하였다고 발표하였다. 그러나 2007년 초부터 야쿠자간의 총격전을 비롯하여 각종 폭력사건이 급격히 증가하였는데 지난해 2월 5일 도쿄 미나토구니시 아자부의 대로에서 승용차에 타고 있던 야쿠자 스미요시카이 산하 조직의 간부가 상대 조직원 2명으로부터 총격을 받아 숨지는 사건이 일어났다. 스미요시카이는 야마구치구미의 소행으로 단정하고 즉각 보복에 나서, 야마구치구미 산하 조직

24) 뉴스위크지, 일본 3대 폭력조직의 과점화 제하, 2007.4.12

사무실 3곳에 총탄 세례를 퍼부었다. 이 총격전은 일본 최대 조폭조직과 2위 조직 사이의 이른바 '나와바리'(관할 구역)를 둘러싼 분쟁이라는 게 일본 경찰의 분석이다. 2005년도에 조직 결성 90주년을 맞은 일본 최대 조직인 야마구치파가 도쿄 진출을 본격화하는 과정에서 도쿄를 본거지로 삼아온 스미요시카이와 충돌을 빚었다는 것이다. 애초 도쿄의 변화가인 롯폰기와 긴자 등을 무대로 활동 중인 스미요시카이는 관할지역 일부를 도쿄의 다른 토박이 조직 '고쿠스이카이'에게 썬 임대료를 주고 빌려서 사용해왔다. 그런데 2005년 도쿄 진출을 본격화한 야마구치구미가 고쿠스이카이를 산하 조직으로 접수한 뒤, 임대료를 대폭 올리는 바람에 두 조직간 갈등이 첨예화했다. 도쿄의 유흥업소 밀집 지역은 안정적 수입을 올릴 수 있기 때문에 큰 조직들이 관할지역을 세분화해 나눠가지고 있다. 이들 조직은 자릿세나 보호세를 명목으로 음식점에선 수만엔, 성매매 업소나 위법 카지노 등에서는 수 백만엔씩 뜯어내는 것으로 알려졌으며, 이런 관할권 다툼이 이번 폭력단간 충돌을 촉발시켰다.

그렇지만 일본 야쿠자들은 최근 마피아 못지않게 수입원의 다양화, 교묘화, 음성화를 꾀하고 있는 것으로 일본 경찰은 보고 있다.

다음 이나가와카이는 두 번째로 큰 규모의 야쿠자 조직으로 주로 동경과 홋카이도를 중심으로 활동중인 조직인데, 다른 계파와는 달리 가족제보를 중심으로 운영되며 직계자손이 세습적으로 우두머리의 지위를 이어받고 있다. 스미요시카이는 1958년 요코하마 항구에서 인부들의 우두머리인 아베시케사쿠가 항구 주변의 폭력배를 규합하여 동경을 중심으로 활동 해온 일종의 연합회(Syndicate) 성격을 가진 조직으로 다른 야쿠자 조직과는 달리 중간간부들의 권한이 강하다.²⁵⁾

일본 야쿠자들의 특징을 살펴보면 먼저 합법적 기업화를 표방하면서 국제적으로 상당한 영향력을 발휘하고 있다는 점이다. 위 야마구치파의 기업합병이나 IT분야, 금융 분야에 진출에서 알 수 있듯이 일본 야쿠자들은 기업화, 국제화하면서 전 세계 범죄조직의 모델이 되고 있다. 한마디로 야쿠자 따라 하기가 시작된 것이다.

25) 최규남, 전계논문, 57면

둘째로 일본 야쿠자는 사무라이 정신을 정신적 지주로 삼아 숭엄한 의식과 엄격한 규율을 자랑한다. 앞서 설명한 사카즈키 의식(단배식)이나 규율을 어긴 자에게 내려지는 ‘유비쯔메’(斷指) 등은 삼합회나 마피아 등 다른 국가의 범죄조직에서 볼 수 없는 특징적인 폭력단 문화라고 할 수 있다. 그러나 야쿠자들은 조직간 또는 조직내부의 계파별 빈부의 격차가 심하다. 이는 최근 일본정부가 폭력단에 대한 단속활동의 강화로 실제 과거와 같은 불법행위로 조직을 운영하는데 한계가 있기 때문이며, 스스로 시대의 변화에 빠르게 대응하는 조직은 새로운 사업분야를 개척하는 등 변화를 통해 자금을 확보할 수 있기 때문인 것으로 분석하고 있다.

그러면 야쿠자와 국내 마약조직 등 범조조직과의 관계를 살펴보자. 먼저 일본 야쿠자조직 내에는 재일교포 출신이 상당수(전체의 1%수준) 활동 중이다. 이들은 국내 폭력조직과 자매결연 등을 통해 결속을 강화하고 필로폰 등 마약류를 밀반입하고 있고, 각종 성금기탁 및 장학회 설립 등 국내 활동 기반을 구축하고 있다. 그러나 야쿠자들의 국내침투는 마약거래 뿐만 아니라 부동산, 카지노, 골프장 건설 등 합법투자를 가장하여 적극적으로 이루어지고 있으며, 특히 최근에는 야쿠자 불법자금이 서울 등 대도시 유흥가 및 국내 연예기획사와 연계하여 자금세탁이 되고 있다는 의혹이 제기되고 있다. 26)

또한 ‘일본 야쿠자는 주로 재일교포 출신 야쿠자들을 매개로 우리나라 마약조직과 공모하여 중국 및 북한에서 필로폰을 밀반입하여 판매하고 있다’라고 일본의 REAL지가 보도하였다. 27) 이 보도에 따르면 ‘일본에 있는 전국적인 23개 폭력조직 중 4개의 조직을 재일교포 출신 두목이 지배하고 있으며, 야쿠자 구성원 중 약 2%가 재일교포로 이중 절반이 조총련계이다. 일본 폭력조직에 한국계가 많다는 점 때문에 북한과의 마약거래가 불가피하다는 점을 지적하며, 이전에는 도인회나 규슈의 폭력단이 북한산 메스암페타민을 밀수해 왔으나 현재는 스미요시카이, 이나가와카이, 마츠바카이 등 관동지역 폭력조직들이 북한산 마약을 밀반입 전국적으로 유통시키고 있다’고 보도하였다.

26) 뉴스메이커, 연예기획사, 야쿠자 검은 커넥션 제하, 2002. 8.1

27) 월간조선, 평양발 마약 커넥션 내막 제하, 2003.7.1

2006년 북한의 실상을 생생하게 폭로한 ‘북한 요지경’이라는 책에서도 북한의 마약 밀거래 등에 국제마약조직들이 깊숙이 관여하고 있다고 밝히고 있는데, 이 책의 저자인 북한군 장교 출신 탈북자에 따르면 북한이 그동안 외화벌이를 위해 자행했던 마약제조, 골동품 밀거래 등의 불법행위가 만연해 있음을 보여준다. 그는 “마약사업은 처음에는 인민무력부 보위사령부와 국가안전보위부에서 맡았어했다. 보위사령부 예하 수정무역회사와 518군상관리소(군인상점)에서 전문적으로 담당한다. 하지만 수정무역회사의 마약이 당 간부들에게 공급되자 518군상관리소에서만 취급하게 되었고, 주로 일본의 야쿠자 조직들과 연계돼 있다. 마약거래는 대부분 해상에서 이뤄지는데 ‘아이스’ 계열의 마약이 많다. 대금은 주로 중국, 싱가포르 등 동남아 국가들에서 현찰로 받았다.” 라고 증언하고 있다.²⁸⁾ 즉 일본 야쿠자들은 조총련계 조직원들을 통해 실제 북한의 군부와 깊숙이 연계하여 필로폰을 대량으로 거래하고 있음을 알 수 있다. 다음은 일본 야쿠자와 우리나라 범죄조직간 교류 및 관련 동향에 대해 알아보기로 하자.

먼저 일본 야쿠자와 국내 폭력조직과의 교류는 1970년 이전부터 있어왔으나 본격적으로 접촉이 이루어진 것은 80년대에 들어서 지리적으로 가까운 부산의 폭력조직들이다. 70년대 이전의 야쿠자와의 거래는 대부분 필로폰 거래를 위한 접촉으로 위에서 밝힌 바와 같이 우리나라 필로폰 제조기술자들의 수준이 높는데 이는 일제 강점기에 우리나라 사람을 마약제조에 동원한데 기인한다. 특히 해방 이후 부산과 경남일대에서는 필로폰 제조가 지금과 같이 법률로서 중죄에 해당되지 않고 일종의 벌금형과 같아 많은 사람들이 마약제조로 일확천금을 노리기도 하였다는 것이 제1세대들의 공통된 이야기이다. 80년대에 들어서면서 부산의 양대 폭력조직인 칠성과 21세기파는 일본의 야쿠자와 본격적으로 교류를 시작하는데 특히 칠성과 두목 이강환은 1988년 부산·경남일대 폭력배를 규합하여 ‘화랑신우회’를 만들고 세력을 강화하였다. 이후 일본 야쿠자 사카우메파 산하의 가네야마파 두목 김재학(일본명 가네자와 고사부로)으로부터 1억원의 자금을

28) 브레이크 뉴스, , ‘국제 3대 범죄조직, 북한 권력층과 유착’ 제하, 2008. 2.17

지원받고, 그해 11월 수원과 최창식, 번개파 박종석 등 국내 폭력조직 두 목급 20여명과 일본 오사카에서 김재학과 의형제를 맺었다. 이 과정에서 칠성과 부두목 김영찬이 조직을 이탈하여 신칠성파를 결성하였다.²⁹⁾ 이후 일본 야쿠자와 국내 폭력조직 간의 마약거래는 점차 증가 하였는데 특히 90년대 말부터는 중국 및 북한으로부터 많은 필로폰이 우리나라를 경유하거나 직접 일본으로 밀수되었다.

3. 미국 마피아

미국의 초기 범죄조직은 유럽계와 라틴계, 중국계 등으로 분류되어오다가 20세기 초 미국으로 이주해 온 이태리 시칠리아 마피아들이 암흑세계를 장악하면서 미국 마피아의 역사는 본격적으로 시작된다. 미국 조직범죄를 이해하는데 있어서 조직범죄와 미국사회와의 관계를 파악하는 것이 중요한데 초기 조직범죄 집단은 전형적으로 약탈자(Predator) 단계에서 시작하여 기생자(Parasite) 단계를 거쳐 공생자(Symbiont) 단계에 이르는 진화론적 과정을 거친다.³⁰⁾

먼저 약탈자로서의 조직범죄 단계는 조직범죄 초기에 강도, 절도, 폭력에 의한 강탈 등과 같이 일상의 범죄와 구별하기 어려우며, 범죄활동이 명백히 외부에 노출되고, 지속적이지 않아 사회적으로 용인되지 못한 시기이다. 둘째, 기생자의 단계는 경제적 활동의 측면에서 조직범죄 단체는 약탈자적 폭력행사를 지양하고 시장경제에서 큰 수요를 형성하여 불법적인 재화나 용역을 제공하거나 조직내부의 엄격한 규율과 조직활동의 팽창으로 인해 합법적 기업활동 외관을 주기위해 법률가나 회계사와 같은 외부 용역사용이 필요한 시기로 전문화되어가는 단계다. 셋째, 공생자로서의 단계는 일반인이 정의하는 조직범죄의 틀에서 벗어나 합법적인 재화와 용역을 제공하기 위해 상업적 시장에서 비조직범죄적 사업가들과 경쟁하며 조직을 관리·운영하는 시기, 즉 합법을 추구하는 단계로 볼 수 있다.³¹⁾

29) 조성권, 전계서, 156면

30) Steir, Edwin H & Richards, Peter R, 「 Strategic decision making in organized crime control」 in Major issues in organized crime control(H. Edelhertz Eds), 65-72면

31) 도중진, 전계서, 80면

미국은 1920년 금주법 시행으로 마피아들 사이에 주류독점권을 둘러싸고 엄청난 암투를 벌였으며, 밀주 거래, 마약, 보험사기, 매춘 등으로 막대한 불법이익을 축적하며 정계, 경제계 등 관계와 사법관련 종사자까지 매수하여 거대한 범죄조직으로 발전하였다. 그러나 실제 이태리게 이민 1세대들은 중추적인 세력으로서 자리를 잡지 못하였고, 미국 이민 2세들이 미국적 문화 토양과 결합하여 마피아 그룹을 형성하게 된다. 2차 대전 중에는 미국 연방수사국에서 안보와 방첩활동에 중점을 두었고, 또한 수사기관의 인력이 징병 등으로 부족하여 범죄조직은 수사기관의 감시 없이 도박과 암시장에서 영역을 넓혀 갔다.³²⁾ 이후 미국의 경제가 활황기를 맞이하면서 세계 경제를 주도하자 마피아들은 다시 마약밀매, 도박, 무기거래, 매춘 등 각종 범죄행위를 자행하면서 뉴욕 등 대도시를 중심으로 그 세력을 확대해 나갔다.

여기에서 미국 마피아에 대한 이해를 돕기 위해 먼저 마피아 역사의 기원인 이태리 마피아에 대해 시대별로 간략히 알아보자.

마피아의 역사는 이태리 마피아의 역사라고 해도 지나침이 없을 것이다. 이태리 남부 시칠리아 섬은 13세기 말부터 귀족 소유의 농지를 관리하는 카벨롯트(cabelletto)와 그의 하수인(campieri)이 있었고, 이들을 총칭하여 마피아로 불렀는데 여기에서 마피아의 기원을 찾는 것이 일반적이다. 카벨롯트는 대지주에게 지대를 지불하고 모든 권한을 위임받아 중재자로서 농민을 억압하였으며, 불량배를 모아 무장을 시켜 산적으로부터 농지와 마을을 지켜주며, 대지주에 대해서는 지대 할인을 농민에게는 착취를 일삼으면서 부를 축적하면서 성장해왔다.³³⁾ 1925년 1월 이태리를 장악한 베니토 무솔리니는 집권 초반 시칠리아 마피아를 먼저 제거하기 위해 1927년부터 1929년간 군대를 보내 실제로 엄청난 탄압을 가하며 마피아 소탕작전을 전개한다. 무솔리니는 매우 폭력적이어서 군에 반항하던 마피아는 그 가문이 몰살을 당하거나 탄압을 피해 외국으로 달아났으며, 이로 인해 무솔리니와 그 일당에 대한 깊은 적개심을 품게 된다. 당시 시칠리아 마피아 보스의 제 1인자인 비토 카시오 페로는 이태리 파시스트당에

32) 상계서, 82면

33) 양태규, 조직폭력 범죄수사론, 118-119면

의해 체포되어 5년형을 선고받고 석방되었으며, 이후 1877년 시칠리섬 빌랄바에서 출생한 칼로제로 비지니(Calogero Vizzini)가 마지막 로맨틱 마피아 두목으로 등장하였다.

1943년 7월 10일, 제2차 세계대전 중 연합군이 시칠리아 섬에 상륙하자 이때 칼로제로 비지니는 미국의 마피아 보스 찰스 루치아노의 부탁을 받고 연합군 작전을 물심양면으로 지원하였다. 이는 미국 해군 정보국(ONI)가 시칠리 상륙작전인 코드명 오퍼레이션 언더 월드(Operation Underworld)를 진행하면서 감옥에 갇혀있던 루치아노를 설득해 연합군의 상륙작전에 필요한 정보를 얻고, 그 반대급부로 루치아노를 조기 사면해주는 거래였다.³⁴⁾ 한편 연합군은 전후의 이탈리아 정국을 사회주의자들이 주도하는 것을 막기 위해 기독교민주당을 지지하였고, 마피아는 연합군의 사주를 받아 기독교민주당의 집권을 적극 지원 하였으며, 이 과정에서 마피아는 당시 시칠리아 민중의 절대적인 인기를 얻고 있던 시칠리아 義賊 살바토레 줄리아노(Salvatore Giuliano)를 이용하였다.

1947년 5월 1일의 파시스트 독재에서 해방된 노동절 축제날 축하 농부와 노동자들이 몬테 피주타와 몬테 쿠메타 산봉우리 사이의 분지로 올라가는 통로인 포르텔라 델라 귀네스트라(Portella della Ginestra)는 곳에서 줄리아노의 부하, 살바토레 파사템포(Salvatore Passatempo)는 기관총과 권총을 발포하여 11명의 사망자와 27명의 부상자가 발생하는 사건을 일으켰다. 이에 시칠리아의 노동자와 농민들은 포르텔라 델라 귀네스트라의 대학살(Massacre of Portella della Ginestra)이 줄리아노의 짓으로 알고 등을 돌렸으나 1948년의 선거에서는 마피아가 지원한 기독교민주당이 집권하는 데에 성공한다. 1949년 칼로제로 비지니는 이탈리아 체류 중인 찰스 루치아노와 함께 시칠리아 팔레르모에 헤로인 정제공장인 ‘캔디 제조공장’을 차리기도 하였다.

오늘날 조직범죄단체로서 유럽에서 가장 크며 세계에서 가장 중대한 범죄조직으로 성장한 이태리 마피아의 대표적인 조직으로는 코사 노스트라(Cosa Nostra), 엔드랑게타(‘ndranghetta) 그리고 카모라(Camorra)가

34) 연합뉴스, 이태리 마피아의 역사, 2008. 2. 29자 보도

있다. 물론 아폴리아(Apulia) 주에서 조직된 사크라 코로나 우니타(Sacra Corona Unita)와 같은 작은 조직들도 있으나 이러한 작은 조직들은 대개 거래 조직 아래 속해있을 뿐만 아니라 엔드랑게타('ndranghetta)와 카모라(Camorra)의 경우도 두목급 들은 가장 큰 조직인 코사 노스트라의 조직원이다. 따라서 이태리 최대 마피아조직은 바로 코사 노스트라(Cosa Nostra)다.

코사 노스트라는 19세기 초 시칠리아(Sicilia)의 팔레르모를 중심으로 발생한 조직으로 1950년대 북미 마약조직들이 프랑스 마르세이유에서 미국으로 헤로인을 운반할 때 시칠리아 마피아들을 이용하면서 미주지역 마약 거래 선을 개척하였고, 1970년 초 프랑스 마약조직이 쇠퇴하자 팔레르모를 마약 정제기지로 활용하면서 본격적인 미국 마약시장 공략에 나서며 급성장하게 된다.

위와 같은 마피아의 역사는 이태리 정치와의 관계에 따라 다음과 같이 7단계로 나누어 볼 수 있는데, 제1단계(1943~1950)는 코사 노스트라가 노동조합을 적대시하는 반사회적, 반공 단체로서 정당화되는 시기이다.³⁵⁾ 노조와 공산당이 매우 강력한 상황에서 당시의 정치 해계모니 그룹은 이러한 조직을 필요로 했던 것이다. 제2단계(1950 - 1963)는 코사 노스트라의 첫 번째 근대화가 시작되는 시기로 토지와 시설에 대한 투자를 주 내용으로 하는 '팔레르모(Palermo: 시칠리아의 주청 소재지)의 도시화'의 기간이기도 하다. 제 3단계(1963 - 1968) 시기에는 1963년 6월 30일 자동차에 장치된 폭탄의 뇌관을 제거하려던 다섯 명의 경찰과 두 명의 군인이 폭사한 차쿨리(Ciaculli) 사건이 발생하여 마피아에 대해 경찰의 대응이 시작된 시기다. 4단계(1960년대 말 - 1970년대)는 마피아의 황금기로 시칠리아 마피아는 마약 거래에서 확고한 위치를 차지하게 되었다. 그러나 1970년 9월 16일 저널리스트 데 마우로(De Mauro)의 살해 사건에 이어 1970년 5월에는 마피아 조직원 릿조(Liggio)가 팔레르모 검사 스칼료네(Scaglione)를 저격했으며, 1979년 9월 25일에도 수사위원장 켄자레 테르라노바(Cesare Terranova)와 그의 동료가 폭탄 살해되었다.

35) 정병기, 마피아의 역사, 1995, 69-73면

이 시기 마피아의 무력과 경제력의 팽창은 가히 거칠 것이 없었던 것이다. 제5단계(1980 - 1987)는 검찰에 의한 對마피아 조치의 2차 단계로 1980년 마피아 소탕을 위해 싸우던 세 명의 검사가 살해된 사건을 계기로 對마피아 투쟁을 위한 검사들의 조직이 생겨났으며, 이 조직은 실제로 마피아 두목들에 대한 중형 선고를 가능하게 했다. 6단계(1988 - 1992)는 80년대 말 이탈리아 의회는 反마피아법을 제정하였으나 검사들과의 일전을 치른 마피아들은 마약과 무기거래를 통해 벌어들인 돈을 세탁하고 투자하기 위해 국제 금융시장에 진출하는 시기이다. 7단계(1992년 이후)는 다시 反마피아 조치가 강력하게 시행되는 단계로 反마피아 의회위원회는 마피아와 정치 및 프리메이슨 조직의 연계에 대한 방대한 보고서를 제출하면서 마침내 코사 노스트라(Cosa Nostra), 엔드랑게타('ndranghetta), 카모라(Camorra) 세 거대조직의 두목들이 체포되었다. 학생들과 노동단체 및 시민의 반마피아 운동단체들인 시칠리아 레테(La Rete)의 성명과 시위가 잇따랐던 시기이다.³⁶⁾ 그러나 당시 마피아와 싸움을 벌인 주역이었으며 강력한 마피아 척결 의지로 저명했던 판사 지오바니 팔콘과 부인 그리고 세 명의 경호원이 1992년 5월 시칠리아의 폰타 레이시 공항에서 팔레르모에 이르는 중간 지점에서 발생한 폭발사건으로 사망하였고, 불과 두 달 후 또 다른 차량 폭발사고로 죽은 팔콘의 절친한 동료판사 파올로 보르셀리노와 5명의 경호원들이 사망했다. 한마디로 시칠리아 마피아가 생긴지 130여 년 역사상 국가에 대해 도전적인 시기는 없었다. 1997년 이후 줄곧 마피아團이 퇴조기에 접어들면서 실제로 시칠리아 도시 지역에서 마피아의 살인 사건 및 일반 범죄 조차도 급격하게 감소했다.³⁷⁾ 이후 2002년 4월 4월 마피아의 제2인자인 안토니오 마누썬 지우프레가 마침내 체포되었고, 이탈리아의 전설적인 마피아 두목으로 새로운 보스중의 보스인 베르나르도 프로벤자노(74세)가 정치인들과 유착관계를 구축해 나갔다. 1960년대 초반 토토 리노와 함께 두목 루치아노 리지오를 떠받들어 이탈리아 마피아 세계를 천하통일 했던 베르나르도 프로벤자노는 '트랙터'라는 별명을 얻을 정도로 싹쓸이식 보복으로 유명했다. 그러나 2007년 4월 11

36) 정상기, 전계서, 73-80면

37) 오마이뉴스, '이탈리아 마피아 1 - 마피아 담당판사의 피살', 2002. 10. 17자

일 그는 43년간 벌인 도피 행각과 암약 끝에 자신의 영화 <대부>에서 ‘마피아의 고향’으로 그려진 이탈리아 시칠리아의 바로 시골 마을, 콜레오네에서 체포되었다. 38) 이후 이탈리아 경찰은 1987년 이후 법망을 피해 도피 생활을 하며 각종 범죄를 조종해 온 ‘엔드랑게타’ 마피아 조직의 두목 파스쿠알레 콘델로(57)를 추가로 체포하였다. 이로써 이태리 마피아의 주요 두목을 검거한 이탈리아 사법당국은 폭력조직을 강력하게 단속하면서 시칠리아 마피아에게 큰 타격을 주었다. 39) 그러나 이러한 이태리 정부의 단속에도 불구하고 ‘코사 노스트라(Cosa Nostra)’, ‘엔드랑게타(‘ndranghetta)’, ‘카모라(Camorra)’ 등 마피아 조직은 마약거래 등 각종 불법행위로 연간 1000억유로(약 138조원)를 벌어들이는데, 이는 피아트 자동차사 연간 매출액의 2배가 넘는 수치이다. 특히 이탈리아의 민간연구소 ‘유리스페스’의 조사에 따르면 ‘엔드랑게타’가 각종 범죄와 이권사업으로 매년 440억유로(약 72조5천억원)를 벌어들여 이탈리아 국민총생산(GNP)의 3%에 이르는 것으로 나타났다.40)

이태리 의회보고서인 ‘1984년-1990년 기간 이탈리아의 마피아와 정치’에 따르면, 마피아는 단순한 범죄조직이나 반국가단체에 그치지 않고, “합법적 권력을 가진 범죄조직”이기도 하다. 마피아는 곧 ‘자신의 관할 지역에서는 “재선되고 존중받는 효율적인 두려운 정부”이다. 마피아와 정치는 국내무대 뿐만 아니라 국제무대에서도 활동하는 프리메이슨(massoneria) 조직인 ‘룻제(logge)’에 의해 매개된다. 가장 큰 룻제는 ‘피아짜 델 제수(Piazza del Gesu)’와 ‘비밀조직인 P2’가 있는데, 이태리에서 마피아는 비단 범죄현상의 하나일 뿐만 아니라 사회구조적 현상이자 정치적 현상이기도 하다. 따라서 마피아 문제는 경찰이나 검찰의 대응조치만으로 해소될 수 없다. 그것은 정치적 해결을 동반하는 사회운동의 노력을 통해서야 비로소 해결될 수 있는 것이다.41) 위에서는 이태리 마피아의 역사와 현재까지의 동향 등을 살펴보았다. 지금부터는 미국 마피아의 실태와 마약범죄에 대해서 살펴보자.

38) 시사저널, ‘백 명의 감시받는 두목중의 두목’ 제하, 2006. 4.14(시사저널 제810호),

39) 연합뉴스, ‘이탈리아 경찰, 20년 은신 마피아두목 체포’ 제하, 2008. 2.19자

40) 한겨레신문, ‘마피아 1개 조직 수입 ‘이탈리아 GNP 3%’ 제하, 2008. 5. 22자

41) 정상기, 전거서, 80-81면

미국 마피아는 약 10만여 명의 조직원을 거느린 연합범죄조직 형태로 성장해 왔는데 이중 대표적인 마피아는 24개의 조직으로 마피아 연합체의 최상층부인 ‘위원회’(코사 노스트라, La Cosa Nostra; 우리들의 것이라는 의미)⁴²⁾가 있고, 이 위원회는 사법·행정·입법의 통합적 기능을 하며 전통적으로 뉴욕5대 패밀리와 디트로이트, 시카고 그리고 필라델피아 패밀리에 의해 주도되어 왔다. 또한 각 조직별로 패밀리(family)라는 명칭을 사용하면서 규모가 적게는 약 20명에서 많게는 약 1,000명으로 구성원 되어 있고, 패밀리는 두목(boss)에 의하여 이끌어지는데 부두목(underboss)과 고문(counselor)의 조력을 받는다. 이외 이탈리아계 마피아로 엔드랑게타(‘ndranghetta), 카모라(Camorra), 중국계‘Tongs’ 등이 활동 중이다. 그리고 미국에서 활동 중인 한인 폭력조직은 코리안 마피아 등 30여개조직에 2,000여 명으로 추정되는데, 이들은 LA, 하와이, 뉴욕 등지에서 주로 활동하고 있으며 교포 2~3세들을 주축으로 마약밀매, 청부폭력, 매춘, 도박 등 각종 불법행위를 자행하고 있다.⁴³⁾ 특히 최근 LA 및 하와이·괌 지역 재미교포 마약조직은 국내 마약조직과 결탁하여 중국 및 동남아 지역으로 부터의 필로폰 등 마약류를 불법적으로 거래하고 있는 것으로 확인되었다.

한편 미국 마피아는 1976년 500~700억 달러, 1988년에는 1,000억 달러 이상 불법수익을 얻은 것으로 보고된 바 있으며, 미국에서는 마피아를 입법·사법·행정·언론에 이은 제5부(fifth estate)로 부르는 사람도 있다.⁴⁴⁾ 현재 미국에서 조직범죄는 지하세계에 있는 것이 아니라 도시의 필수적인 일부다. 미국의 범죄조직의 활동은 절도, 장물, 사기증권 매매, 도박, 고리대금업, 마약, 노조운동 불법개입, 매춘, 포르노 등 불법적인 활동에서부터 복식 산업, 술집, 보험업, 부동산업, 노동조합, 호텔·식당, 쇼비즈니스 등 합법적인 산업까지 매우 다양한데 특히 노동조합에 침투가

42) 1930년대 뉴욕을 중심으로 루카니아에 의해 형성된 “라 코사 노스트라 커넥션”이라는 집단지도체제에서 유래되었으며, 약 2만여 명의 조직원과 세력을 갖춘 조직범죄 연합체로 뉴욕의 5대 패밀리로 불리는 보난노, 감비노, 제노베세,룩치, 콜로보가 있으며 최근에는 Pupie Gang이 등장하였다.(최규남 전계논문, 66면)

43) 최규남, 전계논문, 67면

44) 최정진, 전계논문, 7면

현저하여 완전히 마피아의 지배하에 들어가 있다는 조합도 나오고 있다.⁴⁵⁾
다음은 미국의 주요 마약관련 범죄조직에 대해 간략히 소개한다.

가. 지옥의 천사들(Hell's Angel)⁴⁶⁾

1948년 미국의 캘리포니아의 'Hollister'란 작은 도시에서 폭동이 일어났을 때 생겨난 오토바이 갱단으로 현재는 캘리포니아 오كل랜드에 본거지를 두고 전 세계 180여개 지부를 둔 전세계 최대의 모터사이클 범죄조직으로 특히 캐나다에 18개 지부를 두고 200여명의 정회원과 수천 명의 준회원을 보유하고 있다.⁴⁷⁾ 이들은 1970년대에 캐나다로 진출하였고, 1980년대에는 프랑스, 독일 등 서유럽과 호주, 뉴질랜드 등지까지 진출하였다. 이 조직이 본격적으로 마약거래에 나선 시기는 1990년대로 오토바이의 특유의 기동성을 이용하여 마약을 운반, 판매하여 많은 돈을 벌기도 하였다. 1991년 7월 프랑스 경찰은 '지옥의 천사' 파리 본부를 급습하여 마리화나 28Kg, 코카인 750g, 권총 및 기관총 등 총기류를 압수하기도 하였는데, 이후 이 조직은 유럽 및 오세아니아 대륙 현지 마피아들과 연계돼 커다란 사회의 위협요인이 되고 있다.⁴⁸⁾

나. 뉴욕 마약조직(New York's Drug Group = Black Organized Crime)

1960년대 미국 뉴욕의 할렘가를 중심으로 흑인들의 정치적·사회적 요구, 즉 흑인의 일자리 요구, 교육개혁 그리고 주민환경 개선 요구 등 흑인의 시민의식이 태동한 시기에 주요한 흑인 마약 중개상이 표면에 나타나기 시작한다. 이러한 흑인 범죄조직은 마약, 살인, 폭력 등 각종 범죄를 잔인하게 자행하여 뉴욕 경찰마저도 이들을 피하였으며, 주로 마약

45) 도중진, 전계서, 83면

46) 이 조직은 Outlaw Motorcycle Gangs,로도 불리우며 특히 이들이 소유한 빅 포(big four)라 불리는 '헬스엔젤스', '반디드즈', '아웃드로즈', '베이컨즈' 네 그룹은 규모도 크고 활동도 매우 잔인하다. ; 송재양, 미국의 조직범죄와 그 법률적 규제, 법무연수원, 해외파견검사 연구논문집 제10권, 1994, 124면

47) 국정원, 국제범죄동향, 2000. 9, 27면

48) 박기륜, 국제범죄론, 비전 캐릭터, 2004, 37-38면

거래를 하던 루카스 형제조직(Lucas Brothers), 프랭크 매튜스(Frank Matthews), 르 로이 반즈(Le Roy Barnes) 등이 주목된다. 특히 루카스 조직의 조직원들은 뉴욕 할렘가에서 ‘촌뜨기(country boy)’로 불렸으며, 마약 유통망을 장악하는가 하면 신규 조직원은 반드시 조직의 테스트를 거쳐야 했다.⁴⁹⁾ 로이 반즈는 당시 ‘Mr. Untouchable’이라는 별명으로 불리어질 정도로 신비한 존재였으며, 1973년에는 뉴욕에서 활동 중인 7대 마약 유통조직을 통합 연합회를 구성하여 초대 회장을 지냈다.⁵⁰⁾ 1960년대 후반에는 주요 도시에 자메이카 출신 흑인 마약조직인 ‘라스타 파리안(Rastafarians)’이 큰 규모의 마리화나와 코카인 밀수에 주도적 역할을 하였다.

다. 디트로이트 흑인연합조직(The Chamber Bothers of Detroit)

디트로이트 크랙과 코카인 유통연합은 1983년에 구성되어 당시 주요 4대 흑인마약조직이 상호합의 하에 연합체를 구성하고 대리점 형식으로 200여개의 크랙하우스(crack house)를 만들어 500명의 회원을 확보하였다. 1988년 디트로이트 경찰은 이 조직원 14명을 검거하면서 매주 백만 달러 이상의 마약을 공급해왔다는 사실을 진술을 통해 확인하였으며, 연합회 회장은 중독자들이 마약을 복용한 후 환각상태에서 운전하다 사고가 빈발하자 마약을 복용하고 운전하는 자에게는 마약을 팔지 못하도록 지시하는 웃지 못 할 해프닝도 발생하였다.⁵¹⁾

라. 중남미 마약범죄조직

(1) 멕시코 마약 카르텔

멕시코는 남미의 코카인이나 헤로인 등 마약을 미국, 캐나다 등 북미 지역과 유럽으로 공급하는 중간 경유지로서의 역할을 하는 데 특히 미국

49) 도중진 전계논문, 83면

50) 최정진, 전계논문, 9면

51) 양태규, 조직폭력 범죄수사론, 대왕사, 2003, 101-102면

과 멕시코 국경사이에는 마약운반이나 밀입국을 위한 지하 땅굴이 30여개 이상 발견되고 있다. 멕시코인들은 일자리를 찾아 미국 국경을 넘어가는데 이들과 함께 범죄조직들이 마약 밀수, 자금세탁, 무장 강도, 불법무기 거래 등 다양한 범죄활동을 하고 있다. 미국 DEA나 FBI에 따르면 미국 내 멕시코 마약조직은 보통 100~200여 명의 조직원을 통해 기동성이 있고 비밀리에 임무를 수행하고 있는 것이 특징이다.

멕시코에서 가장 두드러진 헤로인 전문 밀수조직인 헤레라(Herera)는 멕시코 두랑고에서 선박을 이용하여 미국 보스턴, 뉴욕, 마이애미 등 대도시로 헤로인을 공급하고 있으며, 5000여 명의 조직원들은 혈연과 지연으로 맺어진 관계다.⁵²⁾ 이외에도 칼리오 푸엔테스 조직, LA 지역의 멕시코 마피아(Mexican Mafia), 라 누에스타라 파밀리아(La Nuestra Familia) 등도 있다.

(2) 콜롬비아 마약 카르텔(Columbian Group)

미국 내 콜롬비아 조직범죄집단들은 미국 통화나 여권 등 법률적 문서의 위변조를 포함하여 주로 코카인, 헤로인 등 마약을 미국 및 유럽으로 공급하며 그 재원으로 조직의 운영 및 생계를 유지하고 있다. 이들은 멕시코의 헤레라와 함께 전형적으로 혈연에 의하여 구성되어있으므로 범죄족벌로 설명될 수 있다. 마약거래로 벌어들인 수입은 은행을 통해 세탁이 되어 히스패닉 공동체 사회에 투자되고 있다고 한다.

(3) 자메이카 갱(Jamaican Posse Gang)

자메이카 갱은 원래 미국에 이민 온 자메이카인들을 보호하기 위해서 결성된 단체였으나 조직범죄의 성격을 가지고 있으면서 마피아와 같은 해결사와 같은 역할을 하고 있다. 미국 내 자메이카 마약조직은 크게 두 가지로 있는데 하나는 쇼워 파시(Shower Posse) 이고, 다른 하나는 스팅글러 파시(Spangler Posse)이다. 자메이카 파시는 1970년대부터 시작되었으며 1980년대를 기점으로 미국에서 널리 알려지기 시작하였으며, 특히

52) 도중진, 전계논문, 85면

이들은 코카인과 대마초를 주 상품으로 다루고 있으면서 많은 조직원과 자금력을 바탕으로 미국 전 지역의 유통망을 장악하였다. 파시가 단시간에 성장할 수 있었던 배경은 먼저 파시는 뒷병대의 성격을 가지고 수직적·종속적 조직구조를 가지고 있고, 상하간 지휘체계가 군대와 같이 명확하였기 때문에 조직운영이나 활동이 일사분란하게 움직일 수 있었기 때문이었다. 또한 파시는 혈연관계로 이루어진 관계로 오합지졸이나 다름없는 일반마약조직들과는 달랐다. 1991년 미 연방수사기구의 조사에 따르면 미국 내 전국적인 규모를 가진 파시는 14개정도이며 조직원 수도 2만여명에 이른다.

마. 동양계 조직범죄집단(Oriental Organized Crime)

미국 내 동양계 조직범죄로는 중국계와 일본계가 대다수이며 19세기 후반부터 2차대전 이전까지 이주한 중국인 및 일본인들이 차이나 타운, 제팬 타운 등을 형성하면서 이러한 지역을 중심으로 세력화하였다.

먼저 중국의 범죄조직은 샌프란시스코나 뉴욕 등지의 중국인 지구에 ‘통즈(Tongs)’, ‘삼합회(Triads)’라고 불리는 범죄조직으로 도박이나 공갈 등의 위법행위를 해왔다. 통즈는 불법복권의 물주가 되거나 식당, 노동착취공장, 도박장을 경영, 마약 거래 및 매춘을 하면서 차이나타운의 세력구도에 중요한 역할을 하였다. 이중에는 빅서클갱, 14K, 신의안을 비롯하여 위그룹, 뱀브 갱 등이 있다.

일본 폭력단은 1970-80년대에 걸쳐 LA, 샌프란시스코를 중심으로 미국 서해안 지역 및 하와이에서 합법기업에 투자하거나 미·일 양국에 있어서 매춘, 미국에서 일본으로 총기 및 음란물 밀수를 자행하는 반면 극동에서 미국으로 마약, 밀수 및 개인 기업에 대한 공갈, 협박 등을 일삼았다. 이외에도 일본의 야쿠자나 중국의 통즈 처럼 베트남 조직범죄집단(Vietnamese Organized Crime)도 미국 서부연안의 자국민 공동체를 중심으로 범죄활동을 자행하고 있는데 대부분 강도, 부동산 사기, 사이비 무역 연합 등 불법행위를 자행하고 있다.⁵³⁾

53) 상계서, 86-87면

4. 러시아 마피아

러시아마 피아의 역사는 제정러시아 시대 황제와 귀족들의 압제에 저항하여, 반체제운동의 형태로 조직범죄가 존재해왔는데, 그 당시 명칭은 “도둑의 세계(Thief's World)로 그들의 행동은 사실상 노예나 다름없었던 대다수의 사회 구성원들인 농노들에게 지지를 받았다. 그들은 명예를 중시하며 종종 계급 간의 배신자들을 공격하거나 살해하기도 하였는데, 이런 러시아 마피아의 탄생 배경은, 이탈리아 마피아와 유사하다. 하지만 범죄조직에게 테러를 당한 경험이 있는 레닌이 마피아를 압박하였고, 스탈린 시대에는 철권통치로 인해 거의 대부분의 조직범죄가 붕괴되었다. 범죄자들 중 대다수는 상 페테르 부르크의 수용소에 집단 수용되었는데, 대조국전쟁(大祖國戰爭; 독소전쟁)으로 인해 그 중 많은 수가 자유를 담보로 러시아군에 징병되어 전쟁에 참여하였으나 전쟁 후 스탈린은 이들과의 약속을 지키지 않고 다시 수용소로 돌려보낸다. 이로 인해 교도소에는 수카전쟁(Suka wars)⁵⁴⁾이 발발하게 된다. 교도소의 주도권을 쟁탈하려는 이 전쟁을 통해 범죄자들은 새로운 생존전략으로 소련의 엘리트들과 연계하여 강력한 러시아 암시장을 만들어내기에 이른다. 그리고 이 암시장은 흐루시초프 정권 시기 여러분야에서 생산되는 물건의 뒷거래가 되는 지하경제의 온상이 되었다. 1970년대 초 브레즈네프 통치기간 검찰이나 언론이 관료부패의 극심한 현상을 지칭하는 말로 ‘마피아’라는 말이 처음 등장하였는데, 당시 마피아의 의미는 지하경제의 운영자들과 그들의 보호자이며 수혜자인 관료들의 결합을 지칭하는 하나의 부패현상 혹은 시스템으로 묘사되었다. 이러한 마피아 용어는 고르바초프(1985-1991) 집권기에 경제개혁(페레스트로이카, perestroika) 시대를 거치면서 확대 재생산 되었는데, 브레즈네프 시대의 범죄세계가 대다수 용병적 조직범죄(mercenary organized crime)라고 한다면 소비에트 체제의 구조적이고 만성적인 부패와 비효율적인 중앙계획경제를 개혁하기 위해 고르바초프가 시도한 자본주의 시장으로의 전환은 비록 당시에는 실패로 끝났지만 마피아들에

54) 수카는 영어의 Bitch에 해당하는 러시아 단어로서, 수카전쟁은 대조국전쟁 기간 동안 정부에 협력한 이들을 암매(변절자)로 부른 데서 유래

게는 새로운 의미로 변신하는 계기가 되었다. 즉 새로운 마피아의 개념은 고르바초프 경제개혁 실패의 부산물로 새롭게 성장하게 된다.⁵⁵⁾ 1991년 초대 러시아대통령으로 취임한 엘친은 집권초기 국영기업의 민영화와 언론 자유화정책을 비롯하여 급진적 정치개혁과 경제적 자본주의화를 추진하여 국가 경제는 물론 정치적 혼란마저 초래하였다. 이러한 혼란의 시기에 러시아 내에는 3,000여개 범죄조직이 지역간 혹은 국제적 조직망을 형성하면서 각종 무기로 중무장한 후 국제 무기밀매, 마약·국제매춘, 돈 세탁, 청부살인 등 각종 범죄를 자행하며 세력을 확장해 나갔다.

러시아 마피아는 1996년 약 8천여 개 조직에 12만여 명의 조직원으로 구성되어있었으나 현재 8천여 개 조직에 약 50만여 명 규모로 러시아 경제의 4분의 1, 영토의 10분의 1을 장악하고 있다고 한다.⁵⁶⁾ 러시아의 조직범죄 집단 구성원의 대부분은 인종적으로 러시아인이다. 하지만 러시아마피아는 인종적으로 러시아인에 국한되지 않고 지금은 독립국가연합으로 바뀐 구소련의 다양한 민족들을 포함한다. 러시아 마피아에는 러시아 인종 개념과는 별개로 구소련의 소위 “마피아” 집단과 함께 체첸계, 그루지아계, 우크라이나계, 아르메니아계, 아제르바이잔계 마피아 역시 포함된 역사상 가장 크고 확장된 조직범죄 집단이라는 것이 정설이다. 러시아 마피아는 크게 세 가지 직업적 특성을 가진 군집으로 분류된다. 첫째, 경제 마피아로서 과거 암시장 거래를 통해 성장하였고, 소위 ‘주식회사 MMM 사건’이라는 대형 금융스캔들을 터트렸다. 둘째, 관료 마피아로서 구소련의 공산당 간부들이 체제붕괴 이후 생존차원에서 조직한 집단이다. 셋째, 범죄 마피아로서 마약거래 · 무기밀매 · 매매춘 · 고리대금 등 범죄행위와 직접적으로 연관되어 있는 집단이다.

현실적으로는 이들 세 가지 종류의 마피아가 피라미드식으로 융합되어 있는데, 관료 마피아가 두목이 되어 경제 마피아로부터 경제이익을 얻어 내며 범죄 마피아가 이들의 사병과 같은 형태로 구축되어 있다.

러시아 마피아가 벌이는 사업은 크게 마약밀매 · 불법무기밀매 · 청부살인

55) 국가정보원, 국제범죄 대응정책 연구논총, (조성권, 초국가범죄와 국가안보-러시아 마피아의 사례연구), 2005, 3, 73-74면

56) 시사저널, 한-러 조폭커넥션, 2003. 5.1자

• 신변보호로 나눠볼 수 있다. 마약의 경우 그 거래규모가 국제 오일 거래량을 초과해서 年 5천억 달러 수준에 이르며, 불법무기의 경우 1백 5 십만 개의 불법무기가 거래(2004년 기준) 되었고, 심지어는 핵물질까지 거래된다는 이야기가 있다. 러시아의 마약은 대부분 해외에서 공급되고 있으며 주로 아프간 조직은 헤로인, 아제르바이잔 조직은 아편·메사돈, 나이지리아 등 아프리카 조직은 헤로인·코카인 공급을 장악하고 있는데 특히 청소년층을 대상으로 아프간, 남미, 중국 등지에서 마약류의 공급이 급증하고 있다.⁵⁷⁾

러시아 마피아는 잔인함으로 악명이 높다. 기자나 경찰, 고위관료까지 이들 눈에 거슬리면 죽음을 각오해야 한다. 이들은 최근 화학공장이나 항구, 은행 같은 합법적 사업체를 사들여 운영하는가 하면 이스라엘과 뉴욕까지 활동영역을 넓히고 있다. 한편 90년대 초 소련의 해체 이후 마피아는 우리나라가 크게 매력적인 대상 국가가 아니어서 국내에서의 활동을 찾아보기가 힘들었다. 다만 서울 동대문 일대 러시아 타운과 부산 국제시장 등 몇몇 외국인 빈번 출입지역에서 상업 목적으로 출입하는 보따리상이나 대도시 유흥업소에서 무회로 종사하는 여성, 일부 매춘으로 돈을 벌던 러시아 여성이 고작이었다. 그러나 90년대 후반 이후 러시아 경제가 악화되자 마피아들은 우리나라로의 진출을 확대하기 시작하였고, 부산을 중심으로 무역업체를 설립하는 등 국내에 침투를 본격화하였다. 특히 러시아 극동지역 마피아들은 부산지역 폭력조직들과 연계하여 총기 밀수, 마약 밀거래, 매춘 알선 등 불법활동을 본격화하였다. 2003년 4월 부산 영도의 한 아파트에서 러시아 극동 마피아 조직중의 하나인 야쿠트파의 두목 나우모프 바실리가 수산업 관련 선박소유권 문제로 상대 마피아인 페트락파에 의해 권총으로 살해되는 사건이 발생하였다. 이 사건은 국내에 러시아 마피아가 매우 깊숙이 침투해있다는 단면을 보여준 최초의 사건이다. 당시 나우모프는 러시아 수산물을 수입하기위해 부산에 ‘콩코드 코리아’라는 수산업회사를 설립하였는데, 부산 폭력조직 칠성과 조직원의 친형과 합작으로 설립, 운영 중이었다.⁵⁸⁾ 현재 부산에서 가장 파워 있는 마피아

57) 최규남, 전계논문, 62면

58) 주간동아, 부산겨논 러 마피아 총구, 2003. 5.8

조직은 마가파라로 야쿠트파를 배신하고 떨어져 나온 키티노프가 세운 조직으로, 현재 야쿠트파와 세력 다툼을 벌이고 있다.

앞으로 러시아 마피아는 일본 야쿠자와 연계되어 있는 부산지역 등 국내 폭력조직과 정략적 동맹⁵⁹⁾을 맺을 가능성이 있으며, 이들이 동아시아지역 범죄조직을 규합하여 미국이나 이태리 마피아와 같이 조직범죄 연합체를 만들 가능성을 배제할 수 없다.

5. 중남미 및 아프리카 마약조직

가. 남미지역 마약조직

중남미 지역은 코카인과 관련하여 미국 등 북미지역과 유럽지역 국가, 그리고 유엔 마약·범죄사무소(UNODC) 등 국제기구의 주요 관심지역이다. 최근 중남미에는 메테인, 칼리카르텔 등 대규모 마약범죄조직 연합체들이 와해되면서 지역별로 군소화 되어 활동 중이다. 그러나 코카인 최대생산지인 콜롬비아에서는 금년 3월초 콜롬비아 정부가 콜롬비아무장혁명군(FARC)에 대한 대대적인 소탕작전을 전개하여 부두목 등 주요 간부들이 사살되었다. 이 과정에서 콜롬비아군이 콜롬비아무장혁명군(FARC)을 인접 에콰도르로 국경 넘어 까지 추격하여 소탕하였는데 외교적 분쟁의 원인이 되기도 하였는다. 콜롬비아무장혁명군(FARC)은 주로 남미지역에서 생산되는 코카인을 비롯한 마약을 해외로 밀수출하여 그 자금으로 조직을 운영하기 때문에 국제사회, 특히 미국의 관심 대상이다.⁶⁰⁾ 아래에서는 중남미 마약 조직에 대해 국가별로 간략히 알아보기로 한다.

먼저 콜롬비아는 앞서도 기술하였지만 콜롬비아 컬렉션(Columbia Connection), 메테인 카르텔(Medellin Cartel), 칼리카르텔(Kalli Cartel) 등 국제마약조직이 카르텔을 형성하여 코카인을 대량으로 제조하여 전 세계 코카인 중독자에게 판매하고 있다. 80년대 초 콜롬비아 정부와 미국이

59) 국가정보원, 국제범죄 대응정책 연구논총(창간호), 2005. 3 ; 조성권, 전개논문, 101면

60) 미국은 콜롬비아무장혁명군(FARC)을 킹 핀 리스트(King pin list, 미국은 매년 6월에 자국에 위협이 되는 마약조직이나 마약관련 인물 등에 대해 보고 것을 법률로 만들어 관리하고 있는데 이 명단을 말함)에 올려 놓고 조직와해 및 관련자에 대한 자국내 출입통제를 하고있다.

이들 코카인 제조조직과 밀매조직에 대한 단속을 강화하고 코카인 제조행위 근절 캠페인을 전개하여 콜롬비아 내 많은 마약조직이 인근 페루나 볼리비아로 옮겨갔다.⁶¹⁾ 1989년 콜롬비아는 마약과의 전쟁을 선포하고 미국의 지원을 받아 메데인 카르텔에 대한 대대적인 소탕작전을 전개하여 코카인 제조공장은 물론 이들 조직의 은신처에 대해 집중적으로 공격하여 큰 성과를 거두기도 하였다. 그러나 이러한 단속에도 불구하고 콜롬비아의 코카인 생산은 급격한 감소를 보이지 않고 있는데 이는 반정부 게릴라 조직이 마약조직과 연대하여 상호 공생의 관계를 유지하거나 마약조직을 보호하는 상황이 지속되기 때문이다.

최근 콜롬비아 정부는 40여 년간 콜롬비아무장혁명군에서 절대 권력을 행사해온 콜롬비아무장혁명군 창시자이자 최고지휘관인 마누엘 마를란다가 사망했다고 발표⁶²⁾하였는데, 현재 FARC 내부에서는 마를란다의 후계자 자리를 놓고 알폰소 카노와 마를란다의 사위 루이스 아드가르 데비아가 권력싸움을 벌이고 있다.

다음 세계 3대 코카인 생산 국가 중의 하나인 페루에서는 좌익 게릴라 세력이 조직의 운영자금을 위해 코카인을 생산하여 판매하고 있는데, 지난 1980년부터 1990년 중반까 정부군은 반군 게릴라 소탕을 하는 과정에서 무고한 농민 등 7만여 명의 목숨을 잃는 아픔을 겪어야 했다. 이들 좌익 게릴라 조직중 하나가 '빛나는 길'인데 이 조직을 창설한 철학 교수 출신의 아비마엘 구스만이 1992년에 생포됨으로써 몰락의 길에 들어섰으나 최근 그들은 코카인 농장과 마약 운반루트를 보호해 주는 명목으로 자금을 챙겨 강력한 무기를 구입하는 등 10년 만에 다시 조직을 확대 중에 있어 앞으로 페루 국내외 정치에 어떤 영향을 끼칠지 그 귀추가 주목된다.⁶³⁾

한편 국제마약조직은 페루나 콜롬비아, 볼리비아 등지에서 생산된 코카인을 유럽 및 북미지역으로 공급되고 있는데 이 과정에서 마약 운반의

61) 김정진, 전계논문, 16면

62) 세계일보, 콜롬비아무장혁명군 최고지휘자 사망 제하, 2008. 5. 26자

63) 1980년대 초 '빛나는 길' 조직원 1만여 명의 게릴라들이 송전탑과 교량, 공장 등을 폭파하고, 요인들과 무고한 시민들을 살해하였는데, 특히 1983년 루카나마카라 지방에서 어린이 수집명을 포함해 농민 69명을 도끼 등으로 살해함으로써 페루 전역을 공포의 도가니로 몰아넣기도 하였다.

수단으로 우리나라 여성들을 이용하고 있는데 이와 관련 현재 남미 및 유럽에 20여명이 복역 중에 있다.

볼리비아는 마약 근절에 대한 정부의 정책이 다른 국가에 비하여 약한데, 특히 공무원의 부패로 인해 마약퇴치 계획이나 단속활동이 제대로 이루어지지 않고 있다. 한때 미국의 지원 하에 코카인 단속활동을 적극적으로 전개한 사실은 있으나 모랄레스 대통령은 코카 재배 금지를 조건으로 미국이 제의한 군사·경제적 원조를 거부하면서 볼리비아군을 대마약 퇴치활동에서 철수시키고 마약 단속업무를 경찰에 넘겼다.⁶⁴⁾ 볼리비아에서 생산된 코카인은 아르헨티나를 경유하여 일본 및 아시아 지역으로도 공급되고 있는데 이러한 밀수는 앞으로 우리나라를 포함한 아시아 지역 국가들의 마약 단속활동에 큰 문제로 등장할 것으로 보인다.

마지막으로 멕시코는 남미에서 생산되는 코카인과 헤로인 및 마리화나를 미국과 유럽으로 공급하는 중간 경유지로서의 역할을 한다. 특히 미국과 접경지역인 멕시코 티후아나 지역은 국제마약조직은 물론 미국으로의 밀입국을 기도하는 범죄조직 다수가 활동 중인데 이와 관련 30여개 이상의 땅굴이 이용되고 있다. 지난 9·11테러 이후 미국이 국경 단속을 강화하자 마약조직들은 멕시코 국경도시 주민들에게 무료샘플 제공방식으로 판매망을 넓히면서 이들 도시가 ‘마약 소굴’로 전락했다. 미국 샌디에이고와 가깝고 이국적 해안의 풍취로 한때 하리우드 스타들과 미국 부자들의 휴양지로 각광받던 멕시코 북부 로사리토 비치는 코카인과 마리화나, 필로폰의 핵심 거래처로 마약조직들의 거점이 돼버렸다.⁶⁵⁾ 또한 티후아나 경찰관 2300명 중 15%는 마약조직과 손잡고 있으며, 바하 칼리포르니아에서만 지방 및 연방 경찰관의 30%가 마약조직으로부터 급료를 받는 등 마약조직과 경찰과의 부패가 심각하다. 최근 멕시코 정부에 따르면 2005년부터 현재까지 마약 폭력단과 전쟁에서 4000명이 사망했으며 특히 멕시코 경찰총수인 에드가르 미안 청장이 마약밀매 조직 시날로아 카르텔의 행동대원들에게 보복살해 당하는 등 금년도만 1,186명이 희생되었다

64) 국가정보원, 해외국제범죄동향 2005. 11-12월호, 48-49면, 볼리비아가 미국의 제의를 거절한 이유는 볼리비아 군이 지속적으로 마약퇴치활동에 개입하게 되면 결국 미국 마약단속청(DEA)의 하수인으로 전락할 가능성을 배제할 수 없기 때문이다.

65) 연합뉴스, ‘멕시코 접경도시 지금은 마약전쟁’ 제하, 2007.10.17자

고 발표하였다.⁶⁶⁾ 그러나 멕시코 정부는 지난 3월 초 티후아나에 거점을 두고 활동해 온 마약밀매 카르텔인 아레야노-펠릭스 카르텔의 두목인 마르티네스(46)을 체포했으며, 5월1일 시날로아 카르텔의 행동대원 13명을 검거하는 등 마약과의 전쟁을 지속하고 있다고 밝혔다. 한편 미국정부는 2007년3월 멕시코 유카탄 반도의 메리다 美-멕시코 정상회담에서 약속한 '메리다 계획' 즉, 미국이 멕시코의 마약과의 전쟁에 14억 달러 규모의 지원을 약속하는 등 적극적인 지원을 하고 있다.

나. 아프리카 마약조직

아프리카 지역 마약조직은 1970-80년대부터 서아프리카 및 해외에서의 마약 밀매를 시작으로 본격화 되었다. 이 지역 국가들은 오랫동안 영국, 프랑스 등 유럽의 식민지국가로 생활해오다가 1957-60년 사이에 대부분 독립을 하였는데 독립 직후부터 이들 국가들은 내전과 쿠데타로 정치적 불안を 겪게 되었다. 1970년대 석유파동과 경기침체는 서아프리카인들이 해외 이주를 본격화하는 원인이 되었는데, 특히 서아프리카내 유일한 산유국인 나이지리아로 엄청난 오일달러가 유입되면서 이 지역 사람들의 나이지리아 행렬이 계속 되었다. 그러나 유가폭등과 경제상황 악화로 인해 많은 국가들이 국제통화기금(IMF)나 세계은행(World Bank)로부터 차관을 등을 제공받았지만 근본적 대책 없는 경기불황은 지속되었다. 이에 많은 수의 서아프리카인들은 일자리를 찾아 유럽이나 미국 등지로 진출을 확대하게 되었고, 해외에서의 장기체류에 따른 불법체류 문제는서 아프리카 출신 유학생과 근로자들을 범죄행위에 가담케 하는 원인이 되었다. 결국 아프리카 범죄조직은 이러한 배경을 두고 탄생하였던 것이다.⁶⁷⁾

따라서 나이지리아 등 아프리카 범죄조직은 마피아나 야쿠자, 삼합회처럼 고도로 조직화되거나 엄격한 위계·규율은 없지만 공동체 의식이 강한 범죄조직이다. 이들은 2~10명씩 소규모 가족단위 범죄조직으로 미국, 영국, 중국, 페루, 브라질 등 전 세계 60여 개국에서 아편·코카인·해시시

66) 세계소식, '멕시코 마약카르텔 살인광풍'제하, 2008.5.11자

67) 국가정보원, 해외국제범죄동향, 2005. 11-12월호, 8-9면, 2006. 1-2호 5-6면

마약류는 물론 각종 금융사기 등 불법행위를 자행하고 있다.

아프리카 마약조직은 콜롬비아 등 남미 마약조직으로부터 코카인을 구입, 유럽 및 북미지역으로 밀거래하고 있고, 최근에는 카보베르데(서아프리카 세네갈 인근 섬)를 중간경유지로 많이 이용하고 있다. 헤로인은 서남아시아 황금의 초생달 지역과 동남아시아 지역 황금의 삼각지대에서 생산된 것을 케냐, 에티오피아, 이집트, 남아공화국 등 아프리카 각국으로 밀반입 후 다시 서아프리카를 거쳐 유럽과 호주 등지로 밀반출 된다. 아프리카 국가 중 마약 밀매에 가장 적극적인 국가는 나이지리아로 2000년 이후 아프리카에서 유럽으로 마약을 밀반출하려다 검거된 마약 운반책 중 92%가 서아프리카 출신이고 이중 56%가 나이지리아 출신인 것으로 확인되었다.

아프리카 마약조직의 특징 중의 하나는 대규모 마약거래를 하는 마피아식 방법이 아니라 소량의 마약을 여러 번 운반·밀매하고 있고, 또한 다수의 잘 알지 못하는 운반책을 같은 공항 항공기 편에 탑승시켜 운반하는 ‘산탄방식(샷건방식)’을 이용한다. 특히 이들 조직은 우리나라와 일본을 마약의 중계지로 이용하고 있으며 90년대 후반부터 국내 여성을 전 세계 마약운반에 이용하여 큰 문제가 되고 있다.⁶⁸⁾ 마약범죄 이외에도 아프리카 범죄조직은 금융사기 및 밀입국 범죄를 자행하고 있는데 특히 나이지리아 커넥션은 오늘날 세계 각지에서 국제적 범죄조직망을 구축하고 다양한 범죄를 자행하고 있어 주의를 요한다.

제3절 국제 마약조직 국내침투 실태 및 주요사례

우리나라는 일제 강점기부터 비밀리에 함경도 북부지역에서 양귀비를 재배하여 일제 총독부에 의해 해외로 밀수출 한 사실이 있으며, 해방과 더불어 이 마약이 국내로 확산되면서 마약을 단속하기 시작한다. 이후 60년대 아편중독이 확산되자 정부는 대체 마약으로 메사돈을 사용하였으나 오히려 중독자만 양산하는 결과가 되었다. 60년대 중후반 부터 국내에서

68) 최규남, 전계논문, 68면

필로폰 제조가 본격화 되었는데, 이는 재일교포 출신 야쿠자와 국내 마약 제조기술자들이 접촉하면서부터 시작되었다. 국내에서의 필로폰 제조가 확산되자 법(습관성의약품관리법, 70.8.7제정)으로 마약 제조조직에 대한 일제 단속을 실시하였고, 70년대 연예가 및 대학가에 확산된 대마초에 대한 단속은 당시 엄청난 사회적 파문을 일으켰다. 실제 외국의 마약조직이 국내에 침투하기 시작한 것은 1980년대 중반 대만 및 홍콩의 마약 조직이 우리나라 및 일본, 미국(LA, 하와이, 괌) 등지로 필로폰 등을 제조하여 공급하기 시작하면서 부터라고 할 수 있다. 이와 더불어 일본의 야쿠자들이 재일교포 및 국내 폭력조직과 결탁하여 마약거래를 시도한 사례는 종종 있었다. 그러나 우리나라는 86아시안게임과 88올림픽을 준비하면서 마약 조직은 물론 조직폭력에 대한 대대적인 단속활동을 전개했다. 그 결과 국내 마약조직들이 해외로 도피하거나 국내에서의 마약 제조·판매 등 마약거래에 제약을 받았게 되었고, 90년대 초 중국이 개방되자 국내 마약 제조 기술자들은 중국으로 건너가 현지에서 마약을 제조하기 시작하였다. 이들의 본격적인 활동과 함께 국내 마약시장은 새로운 호황기를 누리게 되고, 이후 우리나라에서의 마약제조는 거의 사라졌으며 해외에서의 마약류 밀반입이 확산되었는데 특히 중국으로부터 마약 밀수가 전체 마약 밀수사건의 70-80%를 차지하게 되었다. 따라서 국내에서 마약 제조가 거의 없는 상황에서 국내에서 유통되는 마약은 대부분 외국으로부터 밀수된 마약이기 때문에 이와 관련된 범죄조직 또한 해외 마약조직과 깊숙이 연관되어 있음은 이미 잘 알려진 사실이다. 이러한 관점에서 볼 때 외국 마약조직이 본격적으로 침투한 시기는 90년대 중반이라고 할 수 있는데 중국의 경우 대부분 현지에 거주하는 중국동포 마약조직이 연루되어있거나 이들이 중국 삼합회 등 폭력조직과 함께 현지에서 마약거래를 알선하는 경우가 많다. 특히 중국동포들이 많이 살고 있는 연길이나 심양, 단둥, 대련 등 동북3성 지역에 거점을 둔 대도시 마약조직은 지리적으로 가깝고 언어소통에 아무런 지장이 없는 점 등에 착안 국내 마약조직을 중국으로 불러들여 마약 거래를 하고 있다. 한마디로 중국 의존형 국내 마약조직은

중국동포라는 중간 매개조직을 통해 언제라도 필로폰을 구입할 수 있는 여건이 조성되어 있고, 중국동포 마약조직은 이 기회를 조직 운영자금 확보 또는 개인적 부를 축적할 수 있는 호기로 판단, 국내외 마약조직과 대량 거래를 하고 있다. 이 외에 태국, 필리핀이나 홍콩 등 동남아시아 지역으로부터의 마약이 유입되고 있고, 미국·캐나다 및 아프리카로부터 종종 밀수사건이 적발되고 있다.

다음은 대검찰청의 ‘2007년도 마약류사범 분석’ 보고서를 중심으로 우리나라 마약류 범죄에 대한 분석과 아울러 외국인 마약범죄 현황 등을 살펴보자.

먼저 지난해 검찰은 마약류 사범이 2003년 이후 처음으로 1만 명 선을 넘어 마약 청정국으로서의 위치에 적신호가 켜졌다고 발표하였다. 이 자료에 따르면 지난해 전체 마약류 사범은 총 10,649명으로 전년도 7,711명 대비 38.1% 증가하였다. 그 가운데 폐해가 가장 심각한 필로폰 등 향정사범은 8,521명으로 전년도 6,007명 대비 41.9% 증가(점유율 80.0%)하였다. 또 대마사범은 1,170명으로 전년도 835명 대비 40.1% 증가(점유율 11.0%)하였고, 양귀비 등 마약사범은 958명으로 전년도 869명 대비 10.2% 증가(점유율 9.0%)한 것으로 분석되었다. 마약 사범의 수가 증가한 것에 대한 원인은 국내외 경기와 밀접한 관계를 갖고 있다. 과거의 예를 들면 97년 IMF이후에는 전국에서 적발되어 구속된 마약사범이 15,000여명을 넘어서 한때 마약이 심각한 사회문제로 대두되기도 하였다.

다음은 대검찰청의 ‘2007년도 마약류사범분석’ 보고에 따른 국내 마약사범 단속결과와 마약류 종류별 및 범죄유형별 실태를 보여주는 통계자료이다.

〈표 3〉 마약류별 단속 현황(연도별, 02-07년간)

(단위: 명)

구분	2002	2003	2004	2005	2006	2007
대마	1,965	1,608	1,231	1,032	835	1,170
마약	790	1,211	1,203	768	868	958
향정	7,918	4,727	5,313	5,354	6,006	8,521
합계	10,673(5.7)	7,546(-29.3)	7,747(2.7)	7,154(-7.7)	7,711(2.6)	10,649(38.1)

자료출처: 연간 마약류 백서(대검찰청발행)

〈표 4〉 2007년도 마약 유형별 단속 현황

(단위: 명)

구분	밀조	밀수	밀매	밀경	투약	소지	기타	합계
사범수(%)	4 (0.0)	265 (2.50)	1,817 (17.1)	758 (7.1)	6,013 (56.5)	456 (4.3)	1,336 (12.5)	10,649 (100)
마약	0	4	21	707	51	22	153	958
향정	4	207	1,741	0	5,132	381	1,056	8,521
대마	0	54	55	51	830	53	127	1,170

자료출처: 연간 마약류 백서(대검찰청발행)

다음은 2007년도 마약류 사범에 대한 성별 및 연령별 점유율이다.

〈표 5〉 마약 성별 단속 현황

(단위: 명)

마약류 (성별)	마 약		향 정		대 마		합 계	
	남	여	남	여	남	여	남	여
사범수	444	514	7,578	943	1,040	130	9,062	1,587
구성비	46.3	53.7	88.9	11.1	88.9	11.1	85.1	14.9

자료출처: 연간 마약류 백서(대검찰청발행)

〈표 6〉 마약 연령별 단속 현황

(단위: 명)

연령별	20세 미만	20대	30대	40대	50대	60대 이상	미상	합계
사범수	19	1,013	3,460	3,939	1,173	709	336	10,649
구성비 (%)	0.2	9.5	32.5	37.0	11.0	6.7	3.2	100

자료출처: 연간 마약류 백서(대검찰청발행)

다음은 국내에서 압수한 마약 종류별 압수현황이다

〈표 7〉 마약류 압수 현황

(단위 : Kg)

구분	2002	2003	2004	2005	2006	2007
대마	195.6	17.3	161.7	44.2	21.01	22.96
마약	2.5	0.12	25.9	35.3	4.89	0.215
향정	36.8	56.6	364.7	539.1	21.89	59.77
합계 (%)	234.9 (32.7)	740.2 (314)	552.3 (-25.4)	618.6 (11.9)	47.8 (-110.9)	82.95 (73.5%)

자료출처: 연간 마약류 백서(대검찰청발행)

한편 해외에서 밀수되거나 국내에서 마약을 거래하다 적발되어 압수된 마약류는 해마다 급격한 편차를 보이는데 이는 국내 마약조직이 부산, 대구, 서울 주요도시 중심으로 활동 중이지만 마약류 오·남용자, 즉 마약수요가 특정되어있지 못하고 조직별로 필요에 따라 수시로 중국 등 해외에서 마약을 밀수하여 거래하고 있음을 보여주는 것이다. 단지 국내로 밀수되는 마약에 대한 정확한 통계나 그로인해 발생하는 피해에 대해 아쉽게도 과학적인 연구가 이루어지질 않았다. 다만 국내에 적발되는 마약의 양과 단속된 마약 사범 수를 고려하여 총 밀수량과 마약류 오·남용자를 추산하고 있다. 따라서 국내에서 발생하는 마약 범죄로 인한 폐해에 대하여도 정확한 수치나 금액으로 환산된 액수가 없으며 이들 마약 관련 피해를 계량화 할 수 있는 연구가 필요하다.

우리나라에서 적발된 외국인 마약사범은 99년도 이전에는 주로 대마 관련 사범이 주류를 이루었는데, 2000년부터 대마, 필로폰, MDMA 등 오·남용자가 늘어나고 있는 추세다. 지난해에는 2006년 대비 157%가 증가한

298명이 검거되었으며 국가별로는 중국(63명), 태국(53명), 미국(47명), 필리핀(39명) 순이다.

다음은 외국인 마약사범에 대한 연도별 현황이다.

〈표 8〉 연도별 외국인 마약사범 현황

(단위 : 명)

구분	2002	2003	2004	2005	2006	2007
범죄인수	88	86	203	162	116	298
증감율	25.7	-2.3	136	-20.2	-28.3	157%

자료출처: 연간 마약류 백서(대검찰청발행)

위에서 살펴보았듯이 우리나라도 이제는 국제마약조직으로부터 더 이상 안전지대가 아님을 알 수 있고, 최근 일본 야쿠자나 중국의 삼합회, 아프리카 나이지리아 마약조직 등 국제 마약조직이 국내에서 검거되거나 국내 조직과 연계하여 해외로 마약류를 밀수출입하는 사례가 자주 발생하고 있다고 분석하고 있다.⁶⁹⁾

69) 「2007년 마약류 사범 분석」, 대검찰청 발행, 2007,

제3장 합정수사에 대한 각국의 논의와 판례연구

제1절 합정수사의 의의

1. 합정수사의 개념

합정수사는 수사기관 또는 수사기관 협조자⁷⁰⁾가 제3자에게 접근하여 범죄의 기회를 제공하거나 범의를 유발하여 제3자가 범죄의 실행에 착수하는 것을 기다려 이를 체포하는 수사방법을 말한다. 일반적으로 합정수사에서 범인에게 범죄의 기회를 제공하거나 유발케하고 그 범행이 끝나기 전에 이를 체포하는 자를 Agent provocateur⁷¹⁾ 이라고 하는데 이는 합정교사자 또는 피해교사자라고 하는 것이 적절한 표현이다.

합정수사의 개념에 대해 광의와 협의로 나누어 정의할 수 있는데, 광의 합정수사는 “수사기관이 스스로 또는 수사기관 협조자를 이용하여 신분을 감추고 행하는 모든 사전 대응적이며 기망적인 수사방법”을 말하고, “수사기관의 기망이나 설득이 없었으면 범죄를 실행하지 않았을 자에 대한 수사기관의 범행의 구상과 계획”한 경우를 협의 합정수사로 구분하기도 한다.⁷²⁾

우리나라 대법원은 합정수사에 대해 “소위 합정수사라 함은 본래 범의를 가지지 아니한 자에 대해 수사기관이 사술이나 계락을 써서 범의를 유발케 하여 범죄인을 수사하는 방법을 말하는 것이므로 범의를 가진 자에 대하여 범행의 기회를 주거나 범행을 용이 하게 한 것에 불과한 경우는 합정수사라고 할 수 없다.”⁷³⁾ 라고 판시하고 있으며, “합정수사에 의하여 피고인의

5) 일반적으로 합정수사의 주체로 수사기관의 지시를 받거나 자발적으로 수사기관에 협력하는 자를 ‘수사기관의 사주를 받은 자’ 또는 ‘하수인’, ‘위장 정보원’ 등으로 표현하고 있는데 포괄적 의미로 수사기관 협조자로 표현키로 한다.

71) 합정수사의 주체인 Agent provocateur은 프랑스에서 유래한 말로 타인을 교사하여 범죄를 유발하고, 그를 범행 현장에서 체포하거나 체포하는 자를 의미하는데 미국에서는 이러한 의미로 Undercover agent, confidential Informants, Stool Pigeon 라고 표현하고 있으며, 독일에서는 Vertrauensmann(V-mann), Lockspizel라는 용어를 사용한다. (원정일, 합정수사론, 검찰, 74.11, 174면)

72) 최영홍, “합정수사”, 판례월보, 1986, 4월호, 187호 27면

73) 대법원 판례 83.4.12 83도 2433

범의가 비로소 야기되거나 범행이 이루어진 것이 아닌 경우에는 피고인의 행위가 함정수사에 의한 것이 아니어서 처벌할 수 없다는 주장은 이유 없다”⁷⁴⁾라고 판시하고 있다. 이 판례상 함정수사의 개념은 미국 연방대법원의 다수의 견을 받아들인 것으로 미국에서는 함정수사를 기회 제공형과 범의 유발형으로 나누고 있다. 전자는 정부기관이나 그 고용원이 이미 범죄 의도를 가진 제3자에게 단순히 범죄를 행할 기회를 제공한 경우, 후자는 범죄기도가 정부 관리로부터 유발되고 선량한 사람들의 마음속에 범죄를 자행할 의도를 불어넣는 경우⁷⁵⁾로 범의 유발형 함정수사는 국가기관에 의해 범죄가 발생된 것으로 보아 소위 ‘함정의 항변(defence of entrapment)’을 인정하여 위법한 수사로 제3자의 형사적 책임을 면하게 하고 있지만 기회 제공형 함정수사는 적법하다고 보아 함정의 항변이 인정되지 않는다. 즉 기회 제공형 함정수사의 대상이 된 피고사자는 법적 책임을 면할 수 없다는 것이다.

이와 같이 함정수사는 현대 범죄가 고도로 지능화·은밀화·첨단화됨에 따라 증거 포착 및 대상자 체포가 어려워 극히 제한적으로 인정되는 사전 대응적 수사방법 중 하나이다. 마약·매춘·뇌물범죄는 특히 다른 개인적 법익을 침해하지 않는 범죄인데다가 은밀하고 상습적으로 자행될 뿐만 아니라 증거를 남기지 않으며, 목격자도 없고 피해자도 없어서 고소, 고발 등에만 의존할 수도 없기 때문에 사회적 또는 국가적 법익 보호차원에서 일부 함정수사를 합법적인 수사로 인정하게 되었다.

위에서 살펴 본 바와 같이 함정수사는 수사기관(수사 협조자 포함)이 스스로 사전 대응적이고 기망적인 수사방법으로 범죄를 유발하거나 범죄의 기회를 제공하는 것으로 형벌권을 행사하는 주체로서 자기모순에 빠지기 쉬우며, 일부 합법적으로 인정되는 기회제공형 함정수사라 하더라도 구체적인 수사현장에서는 매우 주관적 판단에 의해 임의적으로 이루어질 가능성이 높아 법적 판단을 신중히 해야 할 것이다. 즉 수사기관은 일반적으로 헌법이나 형사법에서 보호하고 있는 개인의 인권보장의 원칙을 기준으로 범죄의 기회를 제공하는 합법적 함정수사를 한다고 하더라도 실제 대상

74) 대법원 판례 82.6.8 82도 884

75) 황태정, 함정수사의 허용성과 법적 통제방안에 관한 연구, 연세대 석사학위 논문, 2000, 9면

자인 피교사자 또는 제3자에 대해 범죄의 실체적 진실발견이라는 목적에 맞게 필요 최소한에 그쳐야 할 것이다.

2. 함정수사의 유래

흔히 함정수사는 영국의 중세법에서 반역의 죄(Treason)나 중범죄(Felony)에 가담한 공범자가 자신의 죄를 인정(approve)하고 다른 공범자(appellee)를 고발함으로써 자신의 죄를 용서받는 제도인 “Approvement”로부터 시작되었다고 한다.⁷⁶⁾ 이 제도는 정치적으로 상대를 제거할 목적으로 많이 이용되었는데, 자기가 고발한 공범자가 무죄가 될 경우에는 자신이 교수형에 처해졌으며, 이로 이 제도를 악용한 사례가 적지 않아 폐해가 컸다.⁷⁷⁾ 그러나 Approvement제도는 정보원을 이용한 제도이기는 하나 엄격한 의미로 함정수사와는 구별되어야 할 것이다.

프랑스에서는 루이 14세가 프랑스대혁명을 앞두고 정적인 혁명가를 체포하기 위해 때때로 스파이 정책의 수단으로 이용하였으며, 이후 19세기 러시아 및 독일에서 주로 절대군주의 왕권 유지를 위해 정치범 체포의 수단⁷⁸⁾, 즉 권력 유지를 위한 필요성에서 유래되었다고 볼 수 있다.

오늘날 국제사회의 급속한 발전과 함께 범죄의 형태도 다양화되었고, 그 수법도 매우 지능적이며 조직적이어서 수사기관이 증거를 포착하거나 범죄조직을 수사하는데 어려움을 겪고 있다. 예를 들면 마약, 밀수, 뇌물, 매춘 등 소위 ‘피해자 없는 범죄’나 ‘합의적 범죄’의 경우 매우 은밀하고 상습적으로 행하여져 목격자나 범죄증거를 확보하기가 매우 어려운 것이 특징이다. 즉 종래의 수사방법으로는 증거를 수집하거나 범인을 체포하기가 곤란한 위와 같은 범죄에 대해 수사기관이 사후 대응적 수사방법에서 벗어나 적극적인 사전 대응적인 수사방법으로 함정수사를 이용하기 시작하였다. 그러나 초기의 함정수사는 이른바 ‘악덕범죄(vice crime)’에 한정적으로 행해졌고, 이들 범죄자들에 대한 일반인들의 인식 또한 부정적이어서 수사기관의 기망에 의한 수사방법에 대해 별다른 거부감이 없었다. 그러나

76) 상계 논문, 7면

77) 김현철, 함정수사에 관한 연구, 서울대 석사학위 논문, 1994, 9면

78) Gerald M. Caplan 저, 최영홍 번역, White collar 범죄와 함정수사기법, 1988, 400면

수사기관의 적극적인 사전대응 수사로 인해 발생하는 피해가 점차 증가하고, 범죄 혐의가 없음에도 수사를 개시하거나 선량한 시민을 유혹해 무고한 범죄인이 발생하고 유인한 범죄 외에 다른 범죄를 유발하기에 이르렀다.

이에 함정수사로 인한 피해를 방지하기 위해 1932년 소렐즈(Sorrells) 사건⁷⁹⁾에서 최초로 함정의 항변(defence of entrapment)을 인정하게 되었으며, 특히 1978년 미국 FBI가 위장수사요원(Undercover agent) 통해 부패한 고위 공직자나 정치인을 대상으로 전개한 ABSCAM⁸⁰⁾ 사건은 대표적인 함정수사 사례다. 당시 이 사건은 기업비리 수사가 정치인까지 확대된 사건으로 사회적 파장이 지대하였기 때문에 미국 의회의 조사를 받기에 이르렀다. 조사를 담당한 한 의원은 “ABSCAM” 사건은 대인적·대물적으로 수사의 대상에 한계가 없이 실행되고 있음을 실질적으로 보여주었으며, 위장수사요원(Undercover agent)가 허위 신분과 허위 사업체를 통하여 나라 전체에 어떤 범죄가 이루어지고 있는지를 모두 조사하고 있음을 보여 주었다”라고 말해 미국 학계 및 정계 내부에서 법 집행의 윤리성과 도덕성 문제 제기와 그 함정수사로 인해 발생하는 피해를 방지하기 하기 위해 사법적 통제의 문제가 대두되었다.⁸¹⁾ 이후 미국을 중심으로 함정수사에 대해 이른바 “올가미 이론(Entrapment Theory)”으로 정착 되었는데 수사기관의 교사에 의하여 범죄를 저질렀을 경우에 미수, 기수를 불문하고 함정에 걸린 피고인에게 무죄를 주장하는 함정의 항변을 인정하여 형사책임을 피할 수 있게 하였다.

3. 함정수사의 법적 성격

함정수사는 기본적으로 범죄를 수사하고 공정하게 법을 집행하는

79) Sorrells v. United States, 287 U. S. 435(1932)

80) 김정진, 함정수사의 허용범위와 통제에 관한 연구, 한양대학원, 석사논문, 7면, ABSCAM이란 1978년 FBI 미국 뉴욕주 롱아일랜드지부가 도난 미술품이나 유가증권 등 장물거래 단속을 목적으로 만든 Abdul Enterprise Ltd.라는 회사의 이니셜 AB와 ‘속이다’는 의미의 SCAM 단어의 합성어로 실제 워싱턴의 한 건물 지하에 위장회사를 설립, 가공의 인물로 아랍 석유부호 Abdul을 내세워 FBI 요원들이 도박면허 취득과 관련해 뇌물거래가 있는 뉴저지주 캠프시 부패한 정치인, 공무원과 이들과 연계된 연방의원을 대상으로 함정수사를 전개하여 연방 상원 의원 6명과 12명의 부패공무원을 체포한 사건으로 국민들로부터 큰 호응을 받은 사례다.

81) 오광수, Undercover와 Confidential Informant 제도 연구, 사법연수원 발행, 2007, 127-128면

국가기관이 사술이나 기망 등 함정을 이용하여 국민에게 죄를 범하게 하고, 범죄 실행에 이르러 이를 체포하여 처벌하는 것이 과연 국가기관의 신뢰성과 국가형벌권 행사가 신의원칙이라는 관점에서 과연 정당화 될 수 있는 것인가라는 문제에서 법적 성격의 논란이 되고 있다. 이는 형사소송법 제199조 제1항 ‘수사에 관하여는 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 조사를 할 수 있다. 다만, 강제처분은 이 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 필요한 최소한의 범위 안에서만 하여야 한다’라고 규정하고 있어 우리나라 현행 형사소송법이 당사자주의 소송구조를 실현하기 위해 임의수사원칙을 선언한 규정이다. 또한 강제수사가 필요한 경우라도 최소한의 범위 내에서 실시하되 적법 절차를 준수해야 함은 물론이다.

임의수사란 강제력을 상용하지 않고 수사를 받는 상대방의 동의, 승낙을 전제로 하는 수사를 의미하고, 강제력을 수반하지 않으므로 시민의 생활이익에 침해를 주지 않으며 형사소송법상 명문의 근거가 없더라도 원칙적으로 자유로이 행사 할 수 있고 그 처분의 내용도 비유형적이다.⁸²⁾

반면 강제수사는 상대방의 의사에 반하여 실질적으로 그의 법익을 침해하는 처분을 수반하는 즉 강제처분에 의한 수사를 의미하고, 형사소송법 제199조 제1항 단서에서와 같이 법적 근거와 필요한 최소한도의 규제가 있다. 그래서 현행 형사소송법은 구속(형사소송법 제201조 이하), 압수, 수색, 검증(동법 제215조 이하), 증거보전(동법184조), 증인 신문(동법 제221조), 공무소의 조회(동법 제199조 제2항) 등 특별한 규정을 두고 있으며 필요한 최소한의 범위 내에서 행하여야 한다.⁸³⁾ 실제 함정수사에서 수사기관이 범죄에 개입하는 형태나 정도는 매우 다양하다. 소극적인 증거수집 활동에서부터 어느 정도 범행 가능상황을 창출하기도 하고, 보다 적극적으로 범행을 권유(solicit)하거나 유혹(beguile)하기도 하며, 심지어는 강박(coerce)을 통하여 범죄를 유도하는 수도 있다.⁸⁴⁾ 따라서 함정수사에서 수사기관이 직접 증거수집과 범죄행위에 관여하고 있어 이를 강제수사로 볼 것이냐 임의수사로 볼 것이냐의 문제는 함정수사 법적 성격에 관한 것이다. 이와 관련 함정수사의 허용한계 문제는 기본적으로 헌법이

82) 이재상, 형사소송법, 박영사, 1999, 198면

83) 김정진, 전개논문, 9면

84) 최영홍 번역, 전개서, 218면

나 형사소송법에 보장된 인권보장과 실체적 진실 발견이라는 두 가지 중요한 법이념의 조화를 전제로 한다.

합정수사를 임의수사 또는 강제수사로 보느냐의 문제, 즉 법적인 성격에 대해서는 형식설, 실질설, 절충설 등이 있다. 첫째, 형식설은 법의 규정을 중심으로 형사소송법이 명문으로 규정하고 있는 경우만 강제수사로 보려는 입장으로 상대방에게 직·간접의 물리적 강제력을 행사하거나 또는 의무를 부담하게 하는 경우를 강제수사로 보는 견해다.⁸⁵⁾

이에 형사소송법상 구속(형사소송법 제201조 이하), 압수, 수색, 검증(동법 제215조 이하), 증거 보전(동법184조), 증인 신문(동법 제221조), 공무소의 조회(동법 제199조 제2항) 등이 포함되며, 우리나라 다수의 견해다.⁸⁶⁾ 그러나 형식설에 따르면 최근 과학기술의 발달로 수사에 활용되고 있는 거짓말 탐지기 사용, DNA 검사, 도청, 사진촬영, 인터넷 감청 등 새롭게 등장한 수사방법들은 형사소송법상 규정되지 않아 모두 임의수사에 해당되어 법적 통제를 받지 않음으로 인해 발생하는 기본권침해 가능성을 배제할 수 없으며 이에대한 법적 보완이 필요하다는 것이다.⁸⁷⁾

둘째, 실질설 형식설의 한계를 극복하기 위하여 실질적 기준을 제시하고자 하는데 그 구체적 기준에 관해서는 다양한 여러 가지 견해가 있다. 먼저 강제수사를 상대방의 의사에 반하여 실질적으로 그 권리 내지 법익을 침해하는 모든 경우를 말하며 상대방의 법익을 침해하지 않으면 이는 임의수사로 보는 견해다.⁸⁸⁾ 또 다른 견해는 물리적 강제력의 행사에 의해서 제압하는 경우를 강제처분으로 보고 이외의 경우는 임의수사로 보는 견해로 두 견해에 따르면 개인의 인격적 자율권을 침해할 가능성이 있는 합정수사는 강제수사에 포함 된다.⁸⁹⁾

다음으로 절충설은 강제수사와 임의수사를 구분하는 기준으로 적법절차를 기준으로 판단해야 한다는 관점에서 수사기관의 처분이 법공동체가 공유하고 있는 기본적 인권의 최소한도마저 침해할 우려가 수 있을 때에는

85) 강구진, 형사소송법원론, 학연사, 1982, 180면; 김기두, 형사소송법, 박영사, 1985, 204면

86) 강구진, 전게서, 180면

87) 이재상, 전게서, 215면

88) 진계호, 형사소송법, 형설출판사, 2000, 237면

89) 상계서, 244면

이를 강제처분으로 보아 영장주의를 비롯한 법적 규율을 받게 하고, 그와 같은 최소한의 요구범위에 들지 않는 때에는 이를 임의수사로 보아야 한다는 견해다.⁹⁰⁾ 그러나 적법절차를 기준으로 임의수사와 강제수사를 구분한다는 것은 적법 절차 준수 여부를 판단하는 다양한 요인을 먼저 판단해야 한다는 문제로 그 명확한 구별 기준을 제기하기 어렵다는 비판이 제기되고 있다.

결국 임의수사와 강제수사를 구분하려는 것은 적법절차의 보장을 통해 국민의 기본적 인권을 보호하고 실체적 진실을 발견하려는 목적으로 형식설은 물론 실질설, 절충설의 한계를 극복하려면 단순히 한 가지 기준으로 판단할 것이 아니라 관련 수사활동의 실질적 내용과 사회통념에 부합하는지 여부 등을 종합적으로 고려하여야 할 것이다. 적법절차 기준설을 근거로 함정수사를 판단할 때 과연 강제수사인지 아니면 임의수사인지를 판단할 때 다수의 견해에 의하면 범인에 대하여 어떠한 강제력을 행사하지 아니하고 법적 의무를 부과하는 것도 아니며 의사의 자유도 침해하지 않기 때문에 함정수사는 강제처분이 아니라고 한다.⁹¹⁾ 현행법상 함정수사에 대한 명문의 규정이 없다. 만약 함정수사를 임의수사라고 한다면 이를 인정하기 위한 법적 근거규정이 없다 하여도 이로 인해 함정수사가 위법하다고는 할 수 없을 것이고, 만약 함정수사를 강제수사라 한다면 강제수사법정주의(형사소송법 제199조 제1항 단서)에 의해 형사소송법상 명문규정이 없는 함정수사는 위법한 것이 될 수 있다.⁹²⁾

결국 함정수사는 기본적으로 강제수사는 아니지만 그 수사방법이 임의수사의 한계를 벗어나 인권보호를 침해할 위험성이 있을 때 이를 위법하다고 해석해야 할 것이다. 또한 각각의 개별적 사안을 구체적으로 살펴서 물리적 강제력의 유무, 법적 의무부과 여부, 상대방 의사의 제압 여부, 법익 침해 여부 등을 종합적으로 고려하고 그러한 수사방법이 사회상규에 비추어 타당하고 인권존중의 정신에 부합하는 것인지를 검토해야 할 것이다.

90) 신동운, 형사소송법, 법문사, 1993, 75-76면

91) 김기두, 함정수사, 월간고지, 1983.7 98면,

92) 황태정, 전제논문, 14면

제2절 함정수사 적법성에 관한 학설

국가기관이 통상의 수사방법으로 색출하기 어려운 범죄에 대응하기 위해 활용중인 함정수사에 대한 적법성 여부에 대해 세 가지 학설이 있다.

1. 적법설

함정수사는 국가나 사회방위의 차원에서 범죄자를 색출·제거하기 위해 법 집행상 필수불가결한 수단으로 수사기관이 함정을 사용하는 것과 수사의 상당성은 별개의 문제이며, 범인이 범의를 유발 당했다 하더라도 자의에 의해 범죄를 실행한 이상 이를 처벌할 수 있다고 보는 견해다. 적법설은 함정수사의 정당성의 근거를 공공질서 및 공공복지에 대립하는 범죄를 제거한다는 목적의 정당성·수사방법의 합목적성 등에서 찾고, 범죄는 공익에 반하는 것이므로 함정수사로 인해 피의자의 권리가 어느 정도 침해된다 하더라도 이는 헌법 위반이 되지 않는다는 것이다.⁹³⁾

1953년 일본 최고재판소의 판례는 “타인의 유혹에 의하여 범의를 일으키거나 강화된 자가 범죄를 실행한 경우, 그 유혹자가 경우에 따라서는 교사범 또는 중범으로 책임을 지는 때가 있는 것은 별론으로 하고, 그 타인인 유혹자가 사인이 아니고 국가기관이라는 한 가지 사실만 가지고 그 범죄 실행자의 구성요건 해당성·위법성·책임을 조각하거나 공소제기의 절차 규정에 위반하거나 공소권을 소멸시키지 않는다”⁹⁴⁾라고 하고 판시하고 있다. 그러나 이 판결은 함정수사를 한 국가기관에 대해 교사범 등의 처벌 가능성을 적시하고 있어 범죄 유발자에 대한 형사적 책임을 인정하여 실체법상 위법의 여지를 인정하고 있는 등으로 보아 함정수사를 전면적으로 적법하다고 보는 입장은 아니다.⁹⁵⁾ 그러나 함정수사를 공공의 법익을 보호한다는 목적의 정당성이나 수사의 합목적성 등을 이유로

93) 김기두, 전계논문, 100면

94) 일본최고재판소, 1953. 3.5

95) 박광민, 함정수사의 규제, 성균관대학교 성균관법학, 제7호 1996, 54면

범죄를 유발하는 수사방식은 국가기관의 신의성실의 원칙에 반하는 것으로 중대한 법리를 위반한 것이라는 비판을 면하기 어려울 것이다.

2. 위법설

위법설은 합정수사가 국가기관이 사술·계략 등 기망적 수사방법을 사용하여 범죄를 유발 또는 기회를 제공하는 것으로 이는 인간의 존엄성과 행복추구권, 사생활의 비밀과 자유 등 헌법이 보장하고 있는 인간의 기본적 권리 및 이를 보호하기 위한 적법절차의 원리를 정면으로 침해하는 행위이므로 어떠한 경우에도 그 정당성을 인정받을 수 없다는 견해다.⁹⁶⁾ 이 설은 국가기관인 수사기관이 국민으로부터 부여받은 공권력을 국민을 위해 행사함이 당연한 것으로 이른바 국가기관의 신뢰성의 문제와 더불어 반금언의 원칙(estoppel)에 어긋난다고 할 것이다. 우리나라의 대법원 판례도 “마약사범을 단속하는 공무원이 정보원을 앞세워 피고인으로부터 마약을 매수케 하여 본건 범죄를 행하게 하였다 할지라도 전혀 범의가 없는 피고인으로 하여금 본건 범행을 유발케 하였다는 아무런 흔적이 없는 한 위 사실만 가지고 피고인의 본건 행위가 범죄로 되지않는다거나 공소제기절차 내지 공소권에 흠이 있는 경우라고 볼 수 없다”⁹⁷⁾라고 하였고, “이른바 합정수사에 의하여 피고인의 범의가 비로소 야기되거나 범행이 이루어진 것이 아닌 경우에는 피고인의 행위가 합정수사에 의한 것이어서 처벌할 수 없다는 주장은 이유 없다”⁹⁸⁾ 라고 하여 범의 유발형 합정수사만 위법한 것으로 보고 있다. 다시 말하여 합정수사 중 범의 유발형은 위법, 기회 제공형은 적법이라는 명제 하에 범의의 유무를 위법의 분수령으로 하는 사고자체 중에서, 혹은 범의 유무의 구체적인 인정방법 중에서 개별 사안에 따라 위법 판단을 방해하는 요인이 있었다고 생각할 수 있다. 위법설의 경우 위법의 효과에 대해서 견해가 나뉘지만 적어도 범의 유발형 합정수사가 위법하다는 점에는 견해가 일치한다.⁹⁹⁾ 그러나 전면적

96) 김현철, 전계논문, 54면

97) 대법원판결, 1963. 9.12, 선고 63도 190(대법원판례집 제11권 2집 형29면)

98) 대법원판결, 1982. 6. 8, 82도 884(법원공보 686-664)

99) 박광민, 전계논문(성균관법학, 제7호 1996) 55면

위법설의 경우 현대 범죄의 수법이 고도로 지능화·은밀화 추세로 수사기관의 대응이 현실적으로 어려운 점을 감안한다면 국가나 사회의 공공질서 및 공공복지 등 보호법익을 위해 함정수사 목적의 정당성·수사방법의 합목적성 등을 인정하지 않을 수 없을 것이다. 따라서 위법설도 기회 제공형 함정수사에 대해서는 일부 적법한 것으로 인정하고 있다.

3. 절충설

절충설은 국가가 기망적인 방법으로 범죄인을 검거한다는 것은 바람직한 일은 아니지만 현실적으로 특수한 형태의 범죄에 대응하기 위한 함정수사의 필요성을 전면적으로 부인할 수는 없고, 따라서 사회방위를 위한 합목적적 관점에서 일정한 범위 내의 기망 수단은 허용되어야 한다는 견해다.¹⁰⁰⁾ 이러한 관점에서 수사기관이 기망적 방법을 이용한 수사라도 그것이 이미 범죄를 실행하거나 적어도 범죄를 결의하고 있는 자에게 범죄의 기회를 제공한 데 불과한 것인 경우에는 위법하지 아니하고, 반대로 전혀 범의가 없는 자에게 사술을 이용하여 새로운 범의를 갖도록 만든 경우에는 이를 위법하다고 한다.¹⁰¹⁾ 이 견해는 위 미국의 Sorrells v. U. S 판례에서 제시된 바 있으며, 우리나라 및 일본의 다수의 견해이다. 대법원은 “소위 함정수사라 함은 본래 범의를 가지지 아니한 자에 대하여 수사기관이 사술이나 계략 등을 써서 범죄를 유발하게 하여 범죄인을 검거하는 수사방법을 말하는 것이므로 범의를 가진 자에 대하여 범행의 기회를 주거나 범행을 용이하게 한 것에 불과한 경우에는 함정수사라 할 수 없다”고 판시하여 범의를 유발한 경우만을 함정수사로 봄으로써 절충설의 입장에 있다고 볼 수 있다.¹⁰²⁾

결론적으로 함정수사의 적법성의 문제는 헌법상 보장되고 있는 기본적인 인권보장과 공공복지 내지 사회적 법익 보호를 위한 실체적 진실주의의 두 법리상의 문제이다. 그러나 함정수사는 우리나라는 물론 외국의 입법례나 판례를 통해 그 필요성이 인정되고 있다. 다만 이를 판단함에 있어

100) 황태정, 전계논문, 18면

101) 상계논문, 18면

102) 대법원판례, 83.4.12 82도 2433 : 대법원판례 92.10.27 92도1377

구체적인 경우에 따라 개인의 인권보장 및 사회질서의 유지라는 두 가지의 가치를 종합적으로 고려하여 합목적적으로 판단하는 것이 바람직하다고 할 것이다. 한편 함정수사가 개시되는 경우는 대부분 대상자에게 함정수사의 판단기준으로 ‘합리적 범죄혐의’가 인정되는 경우로 어느 정도의 법익침해가 허용된다는 견해¹⁰³⁾가 있으나 ‘합리적 범죄혐의’에 대한 기준에 대해 수사기관의 자의적 해석과 수사 편의적 행위가 개입될 가능성이 많다. 따라서 위 기준이 임의수사에 있어서 인권보호의 최소한의 기준이 된다고 할 수 없으며, 함정수사에 대해서는 인권보호 및 수사 실무자들의 법적 지위보장을 위해서라도 법적 제도적 보완이 필요하다. 미국 법무부는 1980 년대에 함정수사에 관해 적극적이고 실효성 있는 사전 구체책으로 비밀 수사요원에게 직접적으로 구속력을 갖는 「비밀수사에 관한 법무부장관 지침(Attorney General's Guidelines on FBI Undercover operations)」을 마련하여 불법적인 함정수사나 이로 인한 인권침해를 사전에 예방하고 있다. 또한 미국 연방대법원이나 주정부 법원에서 인정하는 함정의 항변이나 적법 절차의 준수원칙 또한 함정수사의 문제점을 보완하고 있다. 다음으로 함정수사에 대한 각국의 입법례나 판례에 대해 살펴보기로 한다.

제3절 각국의 함정수사 입법례 및 판례의 입장

함정수사에 대한 미국, 독일 등 주요 국가들은 기본적으로 기회 제공형 과 범의 유발형으로 구분하여 전자는 적합한 함정수사로 후자는 위법한 함정수사라는 입장을 견지하고 있다. 이러한 논점의 중심에는 함정수사의 대상이 되는 제3자가 이미 범죄 의사 또는 의도와 그러한 성향을 가지고 있는가 합법 여부의 중요한 기준이 된다. 기존의 독일의 입법례나 미국 연방대법원의 판례, 그리고 우리나라 및 일본의 판례에서도 기회제공형의 함정수사에 대해서는 합법적인 것으로 판시하고 있고, 이를 기준으로 국가기관의 수사가 이루어지고 있다. 그러나 위에서 언급한 바와 같이 실제 함정수사가 필요로 하는 사건임에도 불구하고 착수 시기, 수사방법

103) 김현철, 전계논문, 18면

및 이로 인해 발생할 인권침해나 위법한 수사행위 발생 가능성 여부 등 함정수사 개시 전 구체적인 판단기준이 없고 전적으로 수사기관에 의존하고 있다. 또한 함정수사 개시여부에 대해 대상자의 성향이나 의도 등 확실치 못한 요소를 근거로 판단될 가능성이 있으며, 수사기관의 자의적 판단에 따라 발생하는 범죄 유발부분 등은 수사과정에 감춰지게 되는 경우가 발생할 것이다. 특히 함정수사의 대상자가 동종의 범죄 전과가 있는 경우나 과거 그와 관련된 범죄조직과 연관이 있는 경우는 대부분 사전 범행 의사가 있는 것으로 간주되어 기회 제공형 함정수사로 결정될 가능성이 높다.

따라서 이러한 한계를 안고 있는 함정수사에 대해 각국의 입법례 및 판례를 통해 우리나라에서 판례로 인정되고 있는 기회 제공형 함정수사의 문제점을 알아보자.

1. 미국의 경우

먼저 미국에서는 오래전부터 함정수사에 대한 이론이 판례를 통해 정립되었는데 구체적인 소송과의 관계에서 취급해오고 있었으며, 함정에 빠진 대상자의 형사책임의 문제에 대해 소위 「올가미 이론(Entrapment Theory)」라는 독특한 판례이론으로 자리 잡아왔다.¹⁰⁴⁾ 이 이론은 함정수사에 의한 공소인 경우 범죄에 대한 수사기관의 함정수사를 인정함과 동시에 함정에 빠진 함정 대상자(혹은 피고사자)는 ‘함정의 항변’(defence of entrapment)을 할 수 있고, 그 항변이 이유 있는 것일 때에는 범죄는 주관적 요건을 결여한 것으로 무죄가 된다는 것이다.¹⁰⁵⁾ 그러나 ‘함정의 항변’(defence of entrapment)은 미국 커먼 로(Common Law)에서도 인정되지 않았으며 입법화 된 것도 아니었으나 미국 하급심이 채택하고 연방대법원이 1932년의 ‘Sorrells v. United States’ 사건에서 승인함으로써 자리를 잡게 된다.¹⁰⁶⁾ 이 사건에서 법원은 비밀수사요원이 피고인에게

104) 황태정, 전계논문, 34면

105) 상계논문, 34면

106) 조 국, 위법수집증거배제의 법칙, 박영사, 2005.3, 391면

밀주 판매를 수회 요청하여 이에 응한 피고인이 유죄평결을 받은 원심을 파기하면서, 다수 의견은 ‘주관적 기준설’에 따라 범의 유발형 함정수사의 경우 피고인에게 무죄의 항변을 제공한다고 판시하였다. 즉 수사요원이 피고인의 마음속에 범의를 이식하고 범행을 유혹·교사한 경우는 함정수사에 기초한 무죄의 항변이 성립하며, ‘범죄 실행의 기회 또는 편의’(the opportunity or the commission of the offense)를 제공한 경우에는 단순 함정(mere entrapment)로 그 항변이 인정되지 않는다는 것이다. 이 경우 핵심적 기준은 ‘제기된 쟁점과 제출된 증거가 피고인이 범하였다고 주장되는 범죄가 정부관리의 창조적 활동의 산물’(the product of the creative activity of law-enforcement officials)이고 피고인은 그 정부의 활동이 없었더라면 무고한 사람이어야 한다는 것이다. 그러나 로버츠 대법관 등 4인의 동조의견(concurring opinion)은 함정수사에 정부의 행위가 피고인의 범의에 무독하게 될 수 없다고 강조하면서 함정수사의 핵심은 피고인의 성향에 대한 판단이 아니라 범죄의 생산과 작동에 정부가 부당하게 관여하였는가에 대한 판단이라고 결론지으며 ‘객관적 기준설’의 원형을 제시하였다.¹⁰⁷⁾ 또한 피해자의 승낙이 범죄의 성립을 조각하는 범죄(절도죄 등)에 있어서 피해자가 직·간접으로 범죄를 유발하였을 때에는 그 유발에 의하여 범죄를 실행한 자에게도 항변을 인정하여 형사책임을 면하게 하는 ‘승락의 항변’(defense of consent)의 경우도 범행 당시 피해자측이 범행을 유발하였다는 사정을 몰랐을 경우에도 허용된다.¹⁰⁸⁾ 즉 수사기관의 사술에 의하여 범의가 유발되어 범죄를 실행한 자는 이미 범의를 가지고 있던 자에게 범죄의 기회를 제공하는 경우와는 달리, 정의 또는 사법의 존엄성 등 공공정책(public policy)에 반한다는 이유로 함정의 항변이 인정되어 유죄판결을 면할 수 있었던 것이다.¹⁰⁹⁾

위와 같이 미국에서는 함정수사에 대한 무죄의 항변 인정에 다수의 의견인 주관적 기준설을 따르고 있으나 연방대법원의 소수의견과 학설은 객관적 기준설을 취하고 있다. 주관적 기준설이 피고인의 ‘사전 범의

107) 상계서, 392면

108) 김진환, 함정수사에 의하여 수집한 증거, 고시계, 89.9, 94면

109) 박광민, 전계논문, 48면

(predisposition)' 유무 즉, 내심 또는 주관적 심리상태를 기준으로 합정의 유무를 판단함에 반하여 객관적 기준설은 수사기관이 행한 합정행위의 정당성 즉, 법 집행의 객관적 정당성을 기준으로 합정의 유무를 판단한다. 요건데 주관적 기준설과 객관적 기준설의 대립은 합정 유무의 판단자료로서 피고인의 주관적인 경향과 수사의 태양을 어떻게 고찰하는가에 관한 논의인 것이다. 아래에서는 두 견해에 대한 주장과 판례를 구체적으로 살펴보기로 한다.

가. 주관적 기준설(subjective test)

이 설은 합정수사의 대상자의 내면적 심리상태에 초점을 두고 수사기관이 '범죄적 구도가 정부의 공무원으로부터 유발되었고, 그들이 무고한 사람의 마음에 심어준(the criminal design originates with the officials of government, and they implant in the mind of an innocent person)¹¹⁰⁾ 경우나 제기된 쟁점과 제출된 증거와 관련하여 피고인이 범하였다고 주장되는 범죄가 '정부 관리의 창조적 활동의 산물'(the product of the creative activity of law-enforcement officials)이고, 피고인은 그 정부의 활동이 없었더라면 무고한 사람이어야 한다는 것이다. 즉, 정부 관리가 범행을 유혹, 교사한 경우는 그 합정수사는 정당화되지 못하고 합정의 항변이 인정된다는 것이다. 따라서 만일 피고인이 범죄행위를 수사기관이 유인했다는 증거를 가지고 있는 경우에는 피고인이 유사한 범행을 행할 준비 즉, 불법한 '사전범의(predisposition)'을 가지고 있었다는 사실을 수사기관에서 합리적 의심의 여지가 없을 정도로(beyond a reasonable doubt) 입증하지 못하는 한 피고인은 무죄가 된다.¹¹¹⁾

합정의 유무를 판단하기 위해서 주관적 기준설은 2단계 분석법을 사용하는데 먼저 범죄가 수사기관이나 그 정보원에 의해 유발된 것인가 아닌가를 심사하고, 두 번째 피고인에게 소추된 종류의 범죄에 대한 사전범의가 있었는가를 심사한다. 첫 번째 단계에서는 피고인측이 자신의 범죄를

110) Sorrells v. U.S 287 U.S 435, 1932

111) 황태정, 전제논문, 43면

유인한 자가 수사기관이나 그 통제를 받는 정보원이었다는 사실과 그 유인행위가 기소된 범죄와 직접적인 관련이 있다는 사실을 증거(some evidence)를 들어 입증하여야 한다.¹¹²⁾ 합정유무 판단의 핵심이 되는 두 번째 단계에서는 범죄가 수사기관이 피고인은 ‘적당한 기회(favourable opportunity)’만 주어진다면 기소된 범죄와 같은 유형의 범죄(a crime of type charged)를 ‘당장에 그리고 기꺼이(ready and willing to)’ 범할 준비가 되어 있었다는 사실을 입증하여야 한다. 그리고 이러한 사전범의유발 단계에 있어서 범죄인의 행동양태, 피고인에 가해진 설득과 압력의 정도, 행하여진 범죄의 성질, 피고인의 전과기록 및 일반세평 등이 활용될 수 있다고 한다.¹¹³⁾

주관적 기준설은 ‘사전범의’가 특정한 시점에 특정한 범죄를 저지르려는 구체적 고의가 아니라 추상적 고의의 유무를 따져서 합정의 항변을 인정하여 무죄판결을 내린다는 점에서 불합리한 측면이 있다. 즉 불확실한 내심의 의사라는 주관적이고 불명확한 기준으로 범의유발 또는 사전범의를 파악한다는 데 이는 구성요건의 명확성을 해할 경우가 생길 수 있다.¹¹⁴⁾ 이러한 주관적 기준의 불명확성을 보완하기 위하여 피고인이 이미 유사한 범죄행위 과정 속에 종사하고 있거나 범죄 또는 유사한 범죄를 행하려는 기도가 형성되어 있을 때, 또는 피고인이 그러한 범죄를 습관적으로 행하고 있었을 때 등 세 가지 경우에는 그 범의가 피고인으로부터 유래하는 것으로 합정은 없다고 한 U.S v Becker 판례도 있다.¹¹⁵⁾

그러나 이러한 주관적 기준설에 대해서는 위에서도 언급하였지만 몇 가지 문제점을 가지고 있다. 첫째, 주관적 기준설은 피고인이 기소된 당해 사건에서 피고인의 행위가 아니라 피고인의 과거의 행동이나 성향에 초점을 맞춘다는 점이다. 피고인의 현재의 행위에 대해 과거의 전과로 인해 합정의 항변이 인정되지 않을 가능성이 많다는 것이다. 즉 피고인의 성격이나 사전경향을 입증하기 위한 전과·세평 등은 전과자를 영원한 범죄

112) 상개논문, 43면

113) 상개논문, 44면

114) 고수복, 합정수사의 위법성 판단기준과 법적효과의 상호관계에 관한 연구, 연세대학교학원, 2004, 13면

115) U.S v Becker 62 F. 2d 1007(2d Cir. 1925)

자로 만들 위험성이 있고, 증거법칙을 무시하는 것이 되기 때문이다.¹¹⁶⁾ 둘째, 주관적 기준설은 현재 범죄에 대해 사전범의라는 모호한 개념으로 유무죄를 인정하는 것은 범죄행위의 명확성을 해하는 기준이 될 수 있다는 점이다. 미국 연방대법원은 1973년 United States v. Russell 사건과 1976년 Hampton v. U.S 사건에서 수사기관이 마약제조에 필수적이고 구하기도 힘든 화학물질을 피고인에게 제공하거나(Russell사건), 또는 불법 마약을 피고인에게 공급하는 등(Hampton 사건)에서 수사의 상당성이 매우 의심스러운 행위를 하였으나 다수의 의견은 사전범의에만 초점을 맞추어 합정수사의 항변을 인정하지 않았다.¹¹⁷⁾ 셋째, 주관적 기준설에 따르면 수사기관의 위법성 정도는 문제가 되지 않기에 범죄의 검거를 위해서 수단의 정당성의 측면에서 타당하지 않고, 수사기관의 사법적 통제를 미흡하게 할 수 있다는 것이다.¹¹⁸⁾ 이는 주관적 기준설이 범죄행위의 중요부분에 해당되는 행위를 국가기관이 유발하고도 수사기관의 위법성을 고려치 않아 적법절차의 원리로 인해 사법절차의 진행을 어렵게 할 수 있다는 것이다.

나. 객관적 기준설(objective test)

객관적 기준설은 미국 연방대법원의 소수의견으로 주장되어온 것으로 주로 법 집행의 정당성에 초점을 두어 수사기관의 행위가 불법적 합정을 구성하였는가를 기준으로 수사기관이 사용한 유혹의 방법 등 문제를 중심으로 합정의 유무를 판단하자는 견해이다.¹¹⁹⁾ 이 객관적 기준설은 먼저 법원이 공정하고 명예로운 사법운영에 대한 공적 신뢰를 위하여 수사기관이 법적인 근거가 없는 수단을 상용하는 것을 막을 책임이 있고, 둘째, 법원이 합정에 빠진 피고인의 처벌을 거부하는 것은 피고인의 행위가 구성요건에 해당하지 않기 때문이 아니라 국가기관이 취한 방법을 시인하기

116) 고수복, 전개논문, 14면

117) 조 국, 전개서, 394면

118) 고수복, 전개논문, 14면

119) 1969년 미국의 알래스카주 법원에서 판시한 Grossman v. stste 457 p.2d 226 사건에서 객관적 기준설을 최초로 채택하였는데 법원은 수사기관의 설득이나 유혹이 보통사람도 범죄를 범하도록 유발하기 쉬운 것이면 합정의 항변을 인정한다는 것이다. 이외에도 Sorrells 사건 및 Sherman 사건에서도 객관적 기준설이 제시된 바 있다.

어렵기 때문이며, 셋째, 국가기관이 범죄수사를 함에 있어 위법한 수단을 사용하였음에도 불구하고 피고사자의 내심의 의사라는 불명확한 기준에 따라 함정행변의 인정여부가 결정되는 것은 부당하다는 것을 근거로 한다.¹²⁰⁾

이러한 견해는 미국법연구소(American Law Institute)가 발표한 「모범 형법초안」(Model Penal Code)에서도 채택하고 있다. 이 안 제213조1항은 함정수사에 있어서 무죄의 항변은 “(a) 범죄가 되는 행위가 금지되지 않는 것이라는 믿음을 유발하도록 계획된 기만행위(false representation)를 국가기관이 그 정을 알면서 행하거나 또는 (b) 범죄를 범할 준비가 되어있지 않은 사람에 의해서 해당범죄를 범해질 정도의 실질적 위협(substantial risk)을 만드는 설득 또는 유혹의 방법을 국가기관이 채용하여” 타인이 범죄에 관여하도록 유혹 또는 권장한 때 가능하다고 규정하고 있다. 또한 이 초안 동조 2항은 피고인이 함정수사에 기초한 무죄의 항변을 제기한 때 그 판단은 배심이 아닌 법관이 한다고 규정하고 있다.¹²¹⁾

따라서 이설에 의하면 비록 피고인이 범죄를 행할 의사를 가지고 있더라도 ‘당장에 그리고 기꺼이(ready and willing to)’ 그것을 실행에 옮길 태세가 되어있지 않다면 수사기관이 이를 유혹(inuce)하거나 부추기는(instigate) 경우 피고인에게 함정의 항변이 인정되고, 피고인은 면책되게 된다. 객관적 기준설은 판례에서는 소수의 의견이지만 대부분의 학설은 이 견해를 지지하고 미국 17개주에서 입법이나 판례에서 이 설을 채택하고 있다.

그러나 객관적 기준설에 대해서는 첫째, 피고인이 사전에 범죄적 경향이 있었는가의 여부는 수사기관이 수사방법을 선택할 때 중요한 판단요소가 되는데 이를 완전히 무시해 버리게 된다는 점과 둘째, 통상인을 기준으로 하기 때문에 마음이 약한 사람은 모두 범죄자로 되어 버리게 된다는 점 셋째, 사전범의를 인정하기 위해서는 피고인의 행위에 대한 광범위한 조사가 행해지는 데 반해 수사기관의 불법성을 인정하기 위해서는 수사기관의 행위 태양이라는 비교적 좁은 범위에만 관심을 갖게 되기 때문에 신뢰 가능한 증거가 결핍되는 것이 많기 때문에 사실인정의 과정이 부정

120) 황태정, 전계논문, 46면

121) 조 국, 전계논문, 398면

확하게 되는 점, 마지막으로 위험한 상습범인을 놓쳐버릴 우려가 있다는 점 등이 문제점으로 지적되고 있다. 122)

다. 절충설

미국의 뉴저지, 플로리다, 인디애나주 등에서는 주관적 기준설과 객관적 기준설을 통합적으로 채택하여 입법화하였고, 뉴햄프셔와 뉴멕시코주 등에서는 판례를 통해 통합설을 채택하였다.¹²³⁾ 이 견해는 먼저 주관적 기준설과 객관적 기준설 중 하나만 부합하면 함정수사를 인정하는 주장이 있는 반면 양 기준 모두 부합해야 함정의 항변을 인정한다는 주로 나뉜다. 또한 범죄의 고의의 기원(origin of criminal intent)을 함정수사의 위법성 판단기준으로 삼는 견해도 있는데 이는 피고인의 심리상태와 수사의 행위태양양자의 조사를 통해서 범죄고의가 어디에서 기원했는가를 살피는 것이다. 주관적 기준설에서 내심의 의사를 불특정한 범죄에 대한 추상적인 사전범의(predispotion)으로 이해하고 있는데 반해 범죄고의 기원설은 특정한 범죄에 대한 구체적인 고의로 본다.¹²⁴⁾

위에서 함정수사의 무죄항변에 대한 세 가지 견해를 살펴보았다. 함정수사의 주관적 기준설의 한계를 극복하기 위해 객관적 기준설을 도입하여 무고한 피고인의 처벌을 피하고 위법한 수사를 사전 억제케 하여 사법의 무흠결성을 보호해야 한다는 견지에서 피고인의 경향성의 유무와 위법성의 양자를 고려하는 ‘이연발식 항변(double-barrelle defense)’을 주장하기도 한다.¹²⁵⁾ 그러나 최근에는 수사기관이 활용중인 Undercover나 Confidential informant가 실적을 올리기 위해 지나치게 가혹한 수사방법을 사용한 경우는 적법절차를 위반한 것으로 피의자에게 유죄를 선고할 수 없다는 이론이 제기 되었는데, 이 판례의 요지는 「정부의 지난친 행동」(outrageous governmental conduct)¹²⁶⁾으로 인한 수사는 함정의 항변을 원

122) 박광민, 전제논문, 51면

123) 조 국, 전제서, 400면

124) 고수복, 전제논문, 18면

125) 박광민, 전제논문, 52면

126) 오광수, 전제논문, 154면, U.S. v. Russell 판결에서 최초로 「정부의 지난친 행동」

용하지 않더라도 수사기관의 위법수사로 인한 무죄를 인정한 판례다. 이상 미국의 합정수사에 대한 입장을 판례 및 학설을 중심으로 연구하였다.

다음은 1392년 미국에서 연방대법원에 의해 최초로 합정수사의 항변이 인정된 *Sorrells v. U.S* 사건과 합정의 항변의 기준과 이를 일반적 법원칙으로서 정립하게 한 1958년 *Sherman v. U.S* 사건, 소위 연방대법원이 *Sorrells-Sherman* 법칙으로 기준을 정하고 있는 두 사건의 판례와 기타 주요 판례를 소개하고자 한다.

【 *Sorrells v. United States*, 287 U.S 435(1932) 판결 】

연방금주단속관인 마틴(Martin)은 여행자를 가장하여 소렐(Sorrell)의 집을 방문한다. 마틴은 소렐이 잘 알고 있는 같은 마을 사람 세 명을 통해 소렐에게 소개되어 대화를 나누는데 대화중 두 사람은 우연히 전쟁동료로 같은 부대에서 근무한 전우임을 알게 되었다. 이후 두 사람은 친숙한 관계가 되었고 이러한 분위기 속에서 마틴이 소렐에게 술을 구할 수 있는지를 묻고 술을 자기 집으로 가지고 가고 싶다고 하였다. 이에 소렐은 자기는 어떠한 술도 가진 것이 없다고 답변하였다. 얼마 후 마틴은 두 번째로 술을 요청하였으나 동일한 대답을 들었다. 그 후 약 1시간30분이 지나고 마틴이 다시 술을 마시고 싶다고 하자 소렐이 밖으로 나가 위스키를 가지고 왔으며 마틴은 5달러에 술을 구입하면서 소렐을 금주법 위반을 이유로 체포하였다. 소렐은 금주법 위반 전과는 없었으나 주류의 소지 및 판매를 금지한 금주법 위반으로 기소되었다.

소렐은 이 사건으로 합정에 관한 배심원 지도(Jury Instruction)¹²⁷⁾ 없이 1심에서 징역8월이 선고되었는데 항소심판결은 “범행 권유의 목적은 범죄적 행태에 임하고 있는 자들을 탐지하려는 데 있는 것이지 범죄행위를 만들어내려는 것이 아니다”라는 원칙을 내세우면서도 “비록 떳떳하지

(outrageous governmental conduct)을 천명한 이래 *Humpton v. U.S* 판결에서도 주장되었다.

127) 배심원 지도(Jury Instruction)란 판사가 배심원에게 하는 지시로서 법적 문외한인 배심원에게 당해사건에 적용될 법규나 법원칙 등을 지도하는 제도로써 배심원은 이러한 판사의 지도에 따라야하는 제도를 말한다.

못한 권유라 하더라도 이것이 형사법규 위반에 대한 항변으로는 원용될 수 없다”라고 하면서 소텔의 함정항변을 배척하고 원심 판결을 인용하였다. 이에 연방대법원은 ① 이 사건 범죄는 금주 단속관에 의해 교사된 것이며, 이는 금주 단속관의 목적의 소산이라는 점 ② 피고인에게는 범죄를 저지르려는 사전범의가 없었고, 근면·성실하고 착한 사람인 피고인은 금주 단속관의 반복적이고 끈질긴 간청에 의해 유인된 것이며 ③ 금주 단속관은 전우로서 전투경험을 회상함에 의해 생긴 감정을 이용하여 유인에 성공한 것이라는 점 등을 인정하였고, 이러한 사실인정에 의해 소텔의 함정의 항변을 기각한 제4순회항소법원의 판결을 파기하였다.

연방대법원은 항소심 파기를 하면서 “수사기관 또는 그 정보원이 단죄 범행의 기회를 제공하거나 범행을 용이하게 하는 것은 일반적으로 허용되고 있다. 수사기관은 범죄행위에 개입된 자를 체포하기 위해 기망이나 계략의 방법을 사용할 수도 있는 것이다. 이러한 방법은 때로는 법을 집행하는 데 있어서 불가피한 것이며, 이 허용된 기망이나 계략의 목적은 범죄 계획을 폭로하고 범인을 체포함에 있다. 그러나 범의가 집행기관에서 유래하여 법 집행기관이 선량한 사람의 마음속에 범죄적 구도를 심어주고 그들을 기소하기 위하여 범죄로 유도하였을 경우에는 문제가 다르다. 부당한 교사(improper solicitation)에 대해서는 무죄판결이 구제 방법이며 배심원에 함정의 항변을 제출하지 못한 재판은 재심을 요한다.”라고 판시함으로써 함정수사의 항변을 인정한 연방대법원의 최초의 판례라는 데 의의가 있다.

【 Sherman v. United States, 356 U.S 369(1958) 판결 】

정부의 정보원인 칼치니언(Kalchinian)은 마약 중독을 치료받으러 병원을 다니던 중 우연히 같은 환자인 셔먼(Sherman)을 만났다. 이 후 병원 의사의 처방에 의해 약을 지으러간 약국에서 둘은 우연히 다시 만났으며, 단순히 인사만 하는 사이에서 마약중독을 극복하려는 서로의 경험과 어려움을 이야기하는 관계로 발전하였다. 이러한 상황에서 칼치니언은 셔먼에게 자신은 치료의 효과가 없는 것 같으면서 마약을 구할 좋은 방법을 알고 있냐고 묻는다. 그리고 칼치니언은 셔먼에게 마약을 구해 줄 것을 요청했다. 셔먼은 처음에는 완강히 거절하였으나 칼치니언이 고통스러운 척하면서 수 차례에 걸쳐 그와 같은 요구를 반복하자 마침내 이를 승낙하고 말았다. 그 후 셔먼은 몇 차례에 걸쳐 마약을 구해왔고, 칼치니언과 나누었다. 매번마다 셔먼은 그가 가지고 온 마약의 총 가격이 25달러라고 말하였고 칼치니언은 마약가격 중 15달러씩을 부담하게 되었다. 칼치니언은 마약가격 부담분에 다가 마약구입에 소요되는 교통비 등 제반 비용을 부담하게 되었다. 몇 번의 그와 같은 거래가 있는 후 칼치니언은 마약 단속국에 마약을 판매하는 사람이 있다는 사실을 통보했다. 1951년 11월 한달 동안에 마약단속국원들은 셔먼이 3회에 걸쳐 정부에 칼치니언에게 제공한 돈과 교환으로 마약을 건네주는 것을 확인했다. 셔먼은 마약 판매죄로 체포되어 구속 기소되었다.

셔먼은 마약 판매죄로 1심에서 징역 10년을 선고받았고, 항소심에서 원심이 유지되었으나 연방대법원에서는 이 사건을 파기 환송시켰다. 워렌(Warren) 대법원장이 주심이 된 판례의 다수의견은 합정의 항변을 인정하는 것이 Sorrells v. U.S 287 U.S 435 판결 이래연방대법원의 확고한 입장이라는 점을 확인하면서 ① 범죄행위가 수사기관의 ‘창조적 활동의 산물(the product of the creative activity)’인 경우에는 합정의 항변이 인정되지만 ② 수사기관의 행위가 범죄인에게 ‘단지 범행기회 또는 편의를 제공한데 불과한 경우(merely afford opportunities or facilities for the commission of the offence)’에는 합정의 항변이 인정되지 않는다.

③ 이 사건에 있어서 칼치니언은 수사기관으로부터 보수를 받지 않았지만 활발한 정보원이었고, 피고인은 두 번의 전과사실¹²⁸⁾ 이외에 마약거래에 관여한 흔적이 없으므로 함정이 인정되어야 할 것이며, ④ 함정수사인가 아닌가의 문제는 사실판단의 문제로서 배심원이 결정할 사안이라고 하고 있다.

이 판결은 함정수사에 있어서 무죄의 항변 기준(특히 위 ① 범죄행위가 수사기관의 ‘창조적 활동의 산물(the product of the creative activity)’ 일 때 함정의 항변이 인정되는 경우와 ② 수사기관의 행위가 범죄인에게 ‘단지 범행기회 또는 편의를 제공한데 불과한 경우(merely afford opportunities or facilities for the commission of the offence)’에는 함정의 항변이 인정되지 않는다)을 명확히 제시하였다는 데 가장 큰 의의가 있다 하겠다. 이외에도 프랭크 프르티(Frankfurter), 더글라스(Douglas) 등 4인의 대법관은 다수 의견에 동의하면서 보충의견을 제시하였다. 먼저 함정의 항변을 인정하는 이유는 수사기관의 부당한 수사방법을 쓰는 것을 저지하려는데 있는 것이므로 함정항변 인정의 기준을 수사기관의 행위에서 피고인의 과거 행적으로 이전하는 ‘무고성 기준(innocence test)’은 증거의 수집이 편향적으로 이루어지도록 할 위험이 있다. 또한 함정수사의 한계는 혐의자가 누구이냐에 따라 달라지지 않는다. 부당한 함정수사행위는 그것이 선량한 시민에 대해 행해져서는 안 되는 것과 마찬가지로 전과자에게도 허용될 수 없다는 것이다. 전과자나 우범자라 하더라도 수사기관의 부당한 유발이 없었다면 범죄를 저지르지 않았을 것이라고 인정되는 경우가 얼마든지 있으며, 이러한 가능성은 결코 경시되어서는 아니 될 것이라고 주장했다.

128) 이 사건에서 검찰측이 사전범의(predisposition)의 증거로 제시한 유일한 것은 피고인이 마약법 위반으로 유죄판결을 받았다는 전과사실 뿐이었다. 이에 연방대법원은 “9살 때 마약 판매 및 소지죄의 전과는 칼치니언이 그에게 접근했을 때 이미 마약을 팔 준비가 되어 있었다고 하는 원고의 주장에 불충분하며, 특히 우리가 기록들을 살펴 보건데 그는 그 당시 마약중독을 극복하려고 노력중이었다”라고 피고인의 항변을 받아들였다. 그러나 이는 전과가 오래된 것으로 사전범의 입증에 불충분하다는 것일 뿐이며, 전과사실 그 자체가 사전범의 인정의 자료가 될 수 없다는 것은 아니다 라는 것이 연방대법원의 판결취지이다.

【 United States v, Russel, 411 U.S 423(1973) 판결 】

1969년 12월 7일 연방 마약 및 유해약물단속국(the Federal Bureau of Narcotics and Dangerous Drugs)의 비밀요원인 조 샤피노(Joe Sharpino)는 워싱턴주에 있는 휘드베이(Whidbey)섬에서 피고인 Russell과 그의 두 공범인 존 코놀리(John Connolly)와 존페트릭(John Patric) 형제를 만났다. 샤피노의 임무는 메스암페타민이 불법적으로 제조되고 있는 것으로 생각되는 공장의 위치를 알아내는 것이었다. 샤피노는 러셀과 두 공범에게 자신은 북서태평양에 위치한 메스암페타민의 제조 및 판매에 관심이 있는 조직을 대표하고 있다고 말했다.

그리고 나서 그는 피고인들에게 생산된 마약의 절반을 받는 조건으로 메스암페타민 제조에 필수적인 요소인 ‘페닐 2 프로페논(phenyl 2 Propanone)’을 공급하겠다고 제안했다. 이 제안은 피고인들이 제조하고 있는 마약의 샘플과 제조공장을 샤피노에게 보여준다는 조건하에서 이루어졌다. 대화 도중 페트릭이 자신이 1965년 5월 이래로 마약을 제조하고 있으며 당시까지 3파운드를 생산했다고 했다. 존은 샤피노에게 그가 가장 최근에 만들었다는 일정량의 메스암페타민이 들어있는 가방을 보여주었다. 그 후 즉시 샤피노는 휘드베이 섬의 코놀리 집에 위치한 마약 제조공장을 보기위해 러셀의 집을 떠났다. 그 집에서 샤피노는 ‘페닐2 프로페논’라는 화학명칭이 붙어있는 빈병을 발견했다.

사전에 협의된 대로 샤피노는 1969년 12월 9일 100g의 ‘페닐 2 프로페논’을 공급하고생산과정을 관찰하기 위해 코놀리의 집에 다시 왔다. 다음날 아침에 마약제조가 끝이 났으며 샤피노는 생산된 마약의 절반을 받고 나머지는 피고인 러셀이 가지고 갔다. 샤피노는 그 나머지도 팔라고 제안했고 피고인은 파는 것에 동의하여 60달러를 받고 팔았다. 약 한달 후에 샤피노는 코놀리의 집을 다시 방문하여 아직도 그가 이사업에 관심을 가지고 있는지 물었다. 코놀리는 관심은 있지만 최근에 ‘페닐 2 프로페논’ 2병을 입수했으니 아마 이틀 뒤에는 그 생산공정이 끝날 것이라고 하였다. 이틀 후에 코놀리는 추가적으로 샤피노에게 약간의 메스암페타민을

공급했다. 그리고 3일후에 사피노는 압수수색 영장을가지고 코놀리 집에 왔으며, 500g짜리 ‘페닐 2 프로페논’을 담았던 빈병과 자신이 공급한 것이 아닌 100g 정도가 들어있는 병을 발견했다.

연방 마약 및 유해약물단속국(the Federal Bureau of Narcotics and Dangerous Drugs)이 몇 개의 화학약품 회사에 대해서 ‘페닐 2 프로페논’을 파는 것을 중단해 달라고 요청한 상태여서 이 화학품을 일반적으로 얻는 것은 어렵다는 것이 피고인과 코놀리의 재판에서의 입증되었다.

증거조사가 끝나고 지방법원 판사로부터 함정에 대한 배심원지도를 받은 후 배심원들은 피고인의 소송제기된 모든 사실에 대해서 유죄를 인정했다. 항소심¹²⁹⁾에서 피고인은 배심원들이 자신에게 이미 범행의도가 형성되어 있었다고 판단한 것을 인정했지만 법집행기관의 부당한 행위의 개입이 있었으므로 법적으로 함정이 있다고 주장했다. 항소심법원은 지방법원이 사실인정을 잘못했거나 전통적인 함정의 항변 기준을 잘못 적용한 것은 없음을 인정하면서도 이와 같은 항변을 받아들여 원심을 파기했다. 이 항소심 법원은 법원이 ‘범죄행위에 있어서 부당하게 정부가 개입했음을 인정하는 경우’는 무조건 공소를 기각함으로써 피고인의 사전범의에 초점을 맞추는 전통적인 함정의 개념을 확장시키려고 하였다. 이 사건에서 항소심 법원은 메스암페타민을 제조하는데 필수적이면서도 아주 구하기 어려운 ‘페닐 2 프로페논’을 공급한 정부 비밀요원의 행위는 함정을 구성한다고 판시하였다. 이와 같은 견해는 피고인의 사전범의에 초점을 맞추는 연방대법원의 다수의 견해와 달리 정부의 행위 그 자체에 초점을 두고 있다. 그러나 피고인이 항소심에서 자신에게 사전범의가 있었다는 것을 인정했기 때문에 연방대법원에서 함정의 항변은 인정될 수 없다.

이 판결의 다수의견을 기술한 린퀴스트(Rdhnquist) 판사는 소렐 및 셔먼 판결에서 확립된 함정수사 항변은 피고인의 범행의도 혹은 경향에 초점을 두고, 사법 관리는 선량한 시민을 범죄행위로 유혹하고 처벌받게 하기 위해 사주하여서는 안 된다는 것이므로 비밀정보원이 메스암페타민 생산에 너무 깊숙이 관여하였으므로 기소는 적법절차 위반이라는 피고측의 주장을 배척하고, 본건에 있어서 주원료의 구입은 상당히 어렵지만 불가능한 것은 아니고 그 원료 자체의 소지는 적법한 것이며, 메스암페타민의

129) United States v. Russel, 459 F. 2d 671, 672(9th Chr 1972)

불법제조는 우발적이고 격리된 범죄가 아니라 계속적 기업경영형식이라고 하고, 장래 사법 관리들의 행위가 너무 부당해서 그에 의한 기소 및 유죄 확보가 적법절차 조항 위반으로 전면적으로 금지된 사안이 나타날지도 모르지만 본건은 거기까지 미치지는 않는다고 원심을 파기했다.

이에 대하여 스튜어트(Stewart), 브레넌(Brennan), 마샬(Marshall) 대법원 판사들은 합정수사 항변의 초점은 피고인에게 범죄경향이 있느냐, 피고인이 선량한가에 있는 것이 아니라 사법 관리들의 행위를 규제함에 있고 정부는 범죄를 조장하여서는 안 된다고 하여 반대의견을 표명했다. 따라서 이 판결은 합정수사의 대상범죄를 선정하는 기준으로 범죄의 은밀성 및 지속성에 중점을 두고 이 사건의 경우 메스암페타민을 제조하는 것이 과거부터 지속적으로 은밀하게 이루어져 왔고, 비밀정보원의 개입정도가 기소 및 유죄확보에 부당할 정도로 적법절차를 위반한 것은 아니라는 점을 근거로 피고측의 합정의 항변을 부정한 것이다.

【 Jacobson v, United States, 112 S.Ct. 1535 (1992) 판결 - 사례4 】

1984년 2월 네브라스카(Nebraska)주에 사는 농부인 피고인 제이콥슨은 전과가 전혀 없는 사람으로 그는 10대 소년들의 누드사진이 들어있는 베어 보이즈(Bare Boys) I, II라는 두 권의 잡지를 성인서점에 주문하여 그 잡지를 받았다. 이때까지만 해도 이런 종류의 잡지를 우편주문하거나 배달하는 것은 주법이나 연방법 어디에도 저촉되는 것이 아니었다. 이후 우편이나 배달로 이와 같은 잡지를 받아 보는 것을 불법으로 규정한 아동보호법(Child Protection Act 1984)을 의회가 통과시켰다. 또한 우편검열관(postal inspector)은 성인서점에서 압수한 우편 리스트에 피고인의 이름을 확인하고 1985년 1월 그를 비밀수사 대상자로 삼았다. 그 후 2년 6개월간 연방수사기관은 5개의 위장조직을 통하여 피고인과 펜팔을 하도록 하여 아동도색잡지에 대한 피고인의 태도를 시험¹³⁰⁾ 하면서 우편으로 반

130) 이와 같은 위장조직 중에는 성적자유와 표현의 자유를 위해 헌신하는 기관으로 가장한 HINT(Heartland Institute for a New Tomorrow)라는 조직이 있었는데 HINT는 제이콥슨에게 10대 초반의 호모섹스에 대한 그의 관심이 보통이상인가를 묻는 설문지를 보내기도 했다.

복해서 그와 접촉하면서 피고인에게 불법적인 아동도색잡지를 주문할 수 있는 기회를 제공하기도 하였다. 피고인과 우편접촉이 시작 된지 26개월 후에 연방수사요원들은 그에게 어린이들의 섹스장면 사진을 선전하는 팜플렛 보냈다. 이 기회에 피고인은 드디어 그것을 주문했고 그 동안 수사요원들은 정부의 통제를 비난하는 가짜 편지를 썼고 단속을 피해 그와 같은 잡지를 구할 수 있는 방법을 알려주는 등의 방법으로 그를 계속 자극했다. 이후 피고인이 그 잡지를 주문하고 주문한 잡지가 집으로 배달되자 수사요원들은 그를 체포했고, 그의 집을 수색한 결과 그가 수사요원들로부터 받은 잡지와 1984년에 합법적으로 입수한 두 개의 잡지만이 발견되었다. 피고인은 어린이 도색잡지를 우편으로 받아보는 것을 금지한 아동보호법(Child Protection Act)⁴ 위반으로 기소되었다.

1심에서 피고인은 정부의 행위가 위법이며, 수사기관이 그에 대한 수사를 시작하기 전에 합리적 범죄혐의(reasonable suspicion)가 있어야 하는데 그는 정부의 사술에 의해서 함정에 빠졌다고 항변했다. 그러나 법원은 피고인의 이러한 함정의 항변은 받아들이지 않고 유죄가 인정되었고, 이에 피고인은 제8항소법원(합의부)에 항소하여 원심판결을 파기하기에 이르렀으나 전원합의체에 의한 심리에서는 유죄를 그대로 유지했다.¹³¹⁾ 이에 연방대법원은 위 세 가지 항변사유 중 세 번째의 함정항변만을 근거하여 5대4로 항소심판결을 파기했다.¹³²⁾

제이콥슨 사건에서 연방대법원은 법집행공무원이 “ 범행의도를 만들어 내거나 기소하기 위해 무고한 사람의 마음속에 범죄행위의 의도를 심어주어서는 안 된다”고 판시했는데 이와 같은 해석은 다음과 같은 두 가지 점에 맞추어 전통적인 함정항변의 분석을 따르고 있다.¹³³⁾

첫째, 국가가 피고인의 범죄행위를 하도록 유인(induce)했는가?

둘째, 국가가 피고인의 범죄행위를 유인했다고 할 때 피고인은 법집행기관원이 처음으로 접근하기 전에 이미 범행의도를 가지고 있었는가?

131) United States v. Jacobson, 916 F.2d 467(8th Cir, 1990)

132) 미 연방대법원은 부당한 정부행위의 항변(the defense of outrageous government conduct) 및 합리적 범죄혐의(reasonable suspicion)의 필요성 부분에 대한 피고인의 항변은 받아들이지 않았다.

133) 김현철, 전개논문, 30면

검찰 측에서 피고인이 도색잡지를 주문하도록 유인했다는 점에 대해서 부인하지 않았기 때문에 제이콥슨 사건에서 법정에서의 유일한 논점은 법 집행기관원이 개입하기 전에 피고인이 불법적인 도색잡지를 주문할 사전 의도를 가지고 있었다는 것을 합리적 의심의여지가 없을 정도로 입증했느냐 하는 점이다. 연방대법원은 정부가 2년 반이나 피고인에 대해 관찰을 하고, 우편접촉 전과 수사과정중에 수집한 증거로는 검찰 측이 제이콥슨의 사전범의를 입증하기에 불충분하다라고 판시했다. 즉 수사기간 중 수집한 사전범의의 입증증거로 제시한 도색잡지는 피고인의 반응이 기껏해야 10대들의 섹스장면 사진을 구경하려는 의도 또는 로비기관의 지지하에 주어진 혐의사항을 촉진시키려는 의도밖에 없다는 이유로 증거로서 인정하지 않은 것이다. 따라서 이와 같은 증거들로는 피고인이 어린이 도색잡지를 우편으로 받는 범죄를 범할 의도를 사전에 가지고 있었음을 합리적 의심의 여지없이 증명하기에는 불충분하다고 결론지었다. 결국 소텔 사건판결이래 연방대법원의 다수견해가 취해온 피고인의 사전적 범행의도에 의해 함정의 여부를 결정하는 태도는 최근까지 계속 유지되고 있다.

2. 독일의 경우

독일은 연방대법원(BGH)의 판례와 형사소송법(제110조 a 내지 제110조 e)에서 '신분위장수사관(verdeckter Ermittlern)의 투입에 관한 규정에서 함정수사에 대해 상세히 규정하고 있다.¹³⁴⁾

함정수사의 위법성을 최초로 논한 판례는 1975년 독일연방대법원 제1형사부 판결로 수사기관이 신분을 속이고 피고인에게 마약의 구입을 신청하자 피고인이 이에 응하여 그가 소지하고 있던 마약을 양도한 사안이다.¹³⁵⁾ 이 판결에서 독일연방대법원은 피고인은 사전에 '그 소지에 관련된 마약을 관계인에게 양도할 결의를 가지고 있었다'는 점과 수사기관이 마

134) '신분위장 수사관이란 경찰직에 종사하는 공무원으로서 가공의 변화된 신분(die veränderte Identität 또는 Legende)으로 활동하는 자를 말하며 [제110조 a (1)], 미국의 undercover에 대응하는 개념이다.

135) BGH Urt. vom 10. 6, 1975, GA, 1975. S. 333f

약을 양도시키기 위한 ‘특별한 선택은 전혀 없었다’는 점을 들어 원심의 유죄판결의 파기를 구한 피고인의 상고를 기각하였다.¹³⁶⁾ 독일에서는 이 판결 이래 1980년대 일련의 판결을 통하여 합정수사는 첫째, ‘특히 위험하고 해명이 곤란한 범죄(besonders gefährlicheu schweraufklärbare Straftaten)’와의 투쟁의 틀 내에서 둘째, ‘기본법 및 형사소송법에 내재하는 법치국가 원칙’에 반하지 않는 한도 내에서만 허용된다고 하는 BGH의 태도가 확립되기에 이르렀다. 그리하여 위의 두 소송법적 효과를 가져오는 것이 승인되었다.¹³⁷⁾ 또한 검사는 위법한 합정수사를 개시해서는 안 되고 공소제기 또한 불가하다는 입장이다. 이러한 독일의 판례의 태도와 법규에 대해 상세히 살펴보자.

가. 독일 판례에서 기본요건

독일은 합정수사에 대해 범죄 유형뿐만 아니라 범죄태양에도 위에서 제시한 ‘특히 위험하고 해명이 곤란한 범죄’(besonders gefährlicheu schweraufklärbare Straftaten)에 한정하려는 태도를 보이고 있다. 합정수사를 인적결합을 기초로 한 조직적 범죄 혹은 직업적 범죄에 한정하려고 하는 「베르츠」(U. Berz)나 「덴커」(F. Dencker)의 주장 및 슈투트가르트(Stuttgart) 지방법원이 「선발된 조직 형태, 복잡한 판매시스템 및 부분적으로는 공모에 관련되는 행위형태에 의하여 수사기관의 형식에 맞는 방법으로 사안 해명이 곤란하거나 불가능한 범죄」에 한정한다는 판결을 합정수사의 기본요건으로 제시하고 있다.¹³⁸⁾ 이러한 견해나 판결은 종래의 합정수사가 범죄의 유형만을 고려한 데에서 더나가 범죄의 태양도 그 기준으로 제시함으로서 합정수사의 대상범죄를 제한하여 수사기관의 남용을 방지하는데 의의가 있다고 하겠다.

다음으로 독일은 합정수사의 기본요건으로 법치국가 원칙을 제기하고 있다. 이 원칙은 「범의의 구체화」를 기준으로 합정수사의 항변을 판단해 온데 이어 「중대한 영향」을 그 기준으로 전환하는 변화를 보인다.

136) 김정진, 전제논문, 31면

137) 박광민, 전제논문, 57면

138) 상제논문, 57면

즉 당초 독일은 법치국가원칙의 위반 판단기준으로 수사기관의 행위가 합정수사 대상자에 있어서 「기존 범의(Tatentschluß)의 구체화」에 그친 것이라면 적법이고, 그것을 초월하였다면 위법이라는 「범의의 구체화이론」(Konkretisierungstheorie)이었다.¹³⁹⁾ 이 이론은 범의의 구체화를 판단할 때 ‘평가의 관점’이 구체화 되어있다는 점이다. 이와 관련하여 BGH는 1980년 4월 판례에서 합정수사의 위법의 근거와 그 판단의 기준을 한 단계 더 명확히 제시하였는데 이 사건에서 수사기관은 마약 구입자로 가장하고 미리 헤로인 소매인인 피고인에게 소량의 헤로인을 구입하고, 이 피고인이 대량의 헤로인 조달이 가능하다고 하자 수사기관이 구입의사를 표명하고 이후 대량의 헤로인을 양도하였다. 이에 대하여 BGH는 헤로인 소매인으로 활동한 피고인의 「명백한 거래행위의 존재」와 대량의 헤로인을 입수할 수 있다는 피고인의 의사표시는 보다 중대한 마약거래에 대한 「혐의의 충분한 기초」로 볼 수 있다.¹⁴⁰⁾ 따라서 수사기관의 유혹은 이익을 약속하여 거래의 상대방을 가장한데 그치고 다른 모든 것은 피고인에게 맡겨져 있었으므로 이는 ‘피고인이 기존의 범의에 기초하여 그에게 제공된 기회에 덤벼들었던 것’ 이어서 이는 수사기관에 의해 단순히 범죄실행에 대한 일반적 결의가 구체화 된 것에 불과하여 법치주의를 위반하지 않았다고 판시하였다. ¹⁴¹⁾ 이 판결에서 주목되는 것은 수사기관의 행위에 대한 위법판단의 구체적 기준으로서 제시된 ‘평가의 관점(Wertungsgesichtspunkt)’인데 첫째, 피고인에게 존재하는 ‘혐의 기초와 정도’ 둘째, 수사기관의 ‘범의유발(유혹)의 태양, 강도 및 목적’ 셋째, 피고인의 범의 넷째, 피고인의 범죄실행에 대한 ‘고유의 능동성’이라는 4가지 관점이 합정수사의 위법성 기준으로 구체화 되어있다는 것을 알 수 있다.¹⁴²⁾ 이 중 두 번째와 네 번째의 관점은 범의의 구체화라는 기준만으로 포섭할 수 없는 ‘객관적 기준’이라고 하겠다.

139) 박광민, 전제서, 58면

140) 박광민, 전제논문, 58면

141) 김정진, 전제논문, 33면

142) BGH NJW 1980, 1761 : 이 판례에서는 합정수사 위법의 근거가 되는 법치국가원칙의 구체적 내용으로 기본법 제1조의 ‘인간의 존엄(Menschenwürde)’ 또는 인간 존엄의 구체적 준칙(Richtlinie)으로 사람을 ‘국가활동의 단순한 객체’로 하는 것을 금지할 것을 지적하고 있다. 박광민 전제논문, 59면

이러한 「범의의 구체화이론」(Konkretisierungstheorie)이론은 이후 1981년 2월 BGH 제2형사부 판결¹⁴³⁾에서 그 기준이 「중대한 영향」(erhebliche Einwirkung)라는 기준으로 더욱 구체화되었다. 이 사건에서 수사기관은 전과도 없고 헤로인 거래혐의도 없었던 피고인에게 거래를 요청하였고, 피고인은 처음에는 거절하였으나 결국 수사기관의 요청에 응하여 헤로인을 입수하여 수사기관에 양도하였다. 법원은 피고인의 마약거래 혐의의 결여만으로는 함정수사를 위법으로 만드는 데는 부족하며, ‘반복하여 장기간에 걸쳐 계속된 설득시도, 강력하고 집요한 유혹과 같은 중대한 영향(erhebliche Einwirkung)’ 때문에 범죄 실행에 ‘행위자의 고유한 기여가 배후로 후퇴하는’ 정도일 경우 그 함정수사는 위법하다고 판시하였다.¹⁴⁴⁾ 판례는 이런 중대한 영향 기준의 근거로 ‘모순되고 간계를 부리는 국가활동에 대한 비난(Vorwurf widersprüchlichen u. arglistigen Verhaltens des States)’을 들고 있다.¹⁴⁵⁾

나. 신분위장 수사관(verdeckter Ermittlern) 투입에 관한 형사소송법 규정¹⁴⁶⁾

독일은 형사소송법(제110조 a 내지 제110조 e)에서 ‘신분위장 수사관(verdeckter Ermittlern)’의 투입에 관한 사항을 상세히 규정하고 있다. 신분위장 수사관의 투입에 관한 규정을 보면 첫째, 금지된 마약류 거래 또는 무기거래 및 통화나 유가증권 위조 범죄의 영역, 둘째, 국가안보의 영역에서 업무상 또는 상습적으로 또는 범죄단체 기타 조직을 결성하여 행하는 범죄의 진상규명을 위하여 투입할 수 있다.(동법 제 110조 a 제1문) 그리고 재범의 위험성이 있는 중죄(Verbrechen)를 처벌하는 경우도 신분위장 수사관의 투입이 가능하다. 셋째, 신분위장 수사관의 투입은 수사기관이 이 방법 외에 다른 방법으로 진상규명의 가능성이 없거나 현저히 곤란한 경우에 한해 허용된다고 규정하고 있다.(동법 제110조 a 제3문) 넷째, 이외에도 특별히 중대한 중죄의 경우 다른 수사방법으로 진상규명의

143) BGH, NJW 1981, S. 1626f.

144) 조 국, 전게서, 404면

145) 황태정, 전계논문, 32면

146) 조 국, 전게서, 401면

가능성이 없다고 인정되는 때에도 신분위장 수사관을 투입할 수 있다(동법 제110조 a 제4문) 라고 규정하고 있다.

다. 법적 효과

독일 연방법원은 함정수사의 법적 효과에 대해서 종래에는 법치국가의 원칙에 위배되는 함정수사에 대해서는 형벌권이 소멸된 것으로 보아 담당 검사는 수사를 개시해서도 안 되고 공소를 제기해서도 안 된다는 입장이었다. 그러나 1984년 연방대법원 제1형사부는 입장을 바꾸어 함정수사가 있더라도 그것은 형벌권 발생을 저지하는 사유가 아니라 형벌 감경사유에 불과하다고 판시하였다.¹⁴⁷⁾ 이러한 입장의 변화는 어떠한 사건이든 소송장애가 되려면 구체적 사실의 유무에 따라 명확하게 판단할 수 있어야 하는데, 함정수사의 경우 그러한 구체적 사실판단의 문제가 아니라 공판절차에서 광범위한 평가 작업을 거쳐 이루어지는 가치판단의 문제이므로 소송장애를 가져오는 것이 아니라 상소이유가 될 뿐이라는 것이다.¹⁴⁸⁾ 그러나 독일에서도 함정수사의 법적 효과에 대해 소송장애로 보는 논거가 다양하게 제기되고 있다. 먼저 ‘기본권 침해에 의한 증거사용금지’를 논거로 제시하고 있는데 이에 따르면 함정 교사자는 자신의 교사행위를 통해 피교사자의 인간으로서 존엄성과 자유로운 인격의 전개라는 기본권을 침해하기 때문에 이를 통해 얻은 증거를 사용할 수 없다는 것이다.¹⁴⁹⁾ 둘째, 독일 형법 제 136조 a 항(의사자유에의 보호)을 근거로 ‘가혹행위, 폭사, 신체침해, 투약, 학대, 기망 또는 최면에 의하여 피의자의 의사결정 및 의사활동의 자유를 침해해서는 안 된다. 형사절차법이 허용하는 경우에 한하여 강제수단을 허용한다. 형사절차 규정에서 허용하지 않은 처분을 수반한 협박 및 법률로 규정하고 있지 않은 이익의 약속을 금지한다.’(동법 제136조 agkd 제1문) 또한 ‘피의자의 기억력이나 통찰력을 침해하는 처분은 허용되지 않으며,(동법 제136조 a항 제2문) 제1,2문에서의 금지는 피의자의 승낙과 관계없이 유효하다. 이들 금지조항을 위반하여 얻어

147) BGH, NStZ 1984, S. 78; BGH, StV 1983, S. 2

148) BGH St 32, S., 345, 350, 355

149) 전수영, 함정수사의 형사법적 고찰, 법학연구 제22집, 362면

진 진술은 피의자 이용에 동의하더라도 이용해서는 안 된다.’(동법 제136조 a항 제3문)는 것이다. 셋째, ‘모순된 국가행위에 의한 국가형벌권 상실’이라는 논거로 국가가 범인을 처벌하는 중요한 목적의 일부는 범죄를 통해 합법의 세계에서 이탈한 범죄자를 교화, 개선하여 합법의 세계로 환원하는 것으로 국가가 범의가 없는 자를 범죄에 빠뜨리고 형사소추를 하는 것은 모순된 국가의 행위이고 법치국가의 원칙에 위배되어 국가는 소추권을 상실한다는 것이다.¹⁵⁰⁾ 마지막으로 ‘소송의 목적결여에 의한 소송장애’라는 논거로 우선 소송의 목적을 형법질서의 확증을 통해 일반인의 법의식을 확인시키고 이로써 침해된 법적 평화를 회복하는 데 있다고 보고, 함정수사의 경우 수사기관이나 수사기관 협력자를 통해 범죄를 유발하여 범죄를 범한 경우에는 이에 대한 소송은 소송목적의 달성을 위한 수단으로 적절하지 않다는 것이다. 즉 국가기관이 범인에 대한 심리적 작용 또는 범죄 실행의 기여를 통해 압도적으로 범행의 제조자로 보일 정도로 범행에 관여함으로써 피고사자의 인간적 존엄성을 침해하는 경우에는 소추기관으로서 일반적 신뢰와 위신이 침해되기 때문에 함정수사는 적절치 못한 수사방법이라는 것이다.¹⁵¹⁾

그러나 위에서 살펴보았듯이 독일의 연방대법원을 1985년에 이어 1986년도에도 연합부 판결도 이러한 불가벌설에서 가벌설로 변화하였다.¹⁵²⁾

결론적으로 독일은 함정수사에 대해 형벌권 발생을 저지하는 소송장애가 아니라 단지 형벌감경사유에 지나지 않는 것이기 때문에 함정수사의 문제는 양형단계에서 고려되어야 할 요소로 판단하고 있는 것이다.

3. 일본의 경우

일본에서는 미국이나 독일 등 다른 나라의 판례와는 달리 함정수사의 피고사자에 대해 엄격한 책임을 묻고 있다. 이는 오늘날 함정수사 대상범죄의 폐해가 크고 범죄발생이 은밀화되어 기존의 수사기법으로는 체포 및

150) Heribert Schumann, *Verfahrenshindernis bei Einsatz von V-Leuten* 민 agents provocateurs?, JZ 1986, S. 69 ff.

151) 전수영, 전개논문, 362면

152) 김정진, 전개논문, 35면

증거확보가 어렵다는 점을 근거로 한다. 또한 함정수사로 인해 발생하는 피교사자의 범죄행위는 국가기관이나 그에 협력하는 수사 협조자의 교사행위와는 별도로 실체법적으로 형사 책임을 면할 수 없다는 입장이다. 그리고 ‘마약 및 향정신약 단속법’ 제58조는 마약단속을 위한 함정수사의 법률적 근거를 포괄적으로 제공하고 있다.¹⁵³⁾ 따라서 함정수사에서 발생하는 피교사자에 대한 피해는 형사소송법적 수단으로 구제해야 한다는 입장이 압도적 다수를 차지하고 있다.¹⁵⁴⁾ 1953년 일본 최고재판소는 범의 유발 형인가 기회 제공 형인가를 가리지 않고 모든 함정수사를 용인하는 주장을 폈고, 학계 일부에서도 함정수사의 교사자를 처벌하게 되면 위법한 함정수사가 억제될 것이므로 피교사자의 항변을 인정할 필요가 없다고 주장하며 동의하는 주장도 제기되었다. 그러나 일본의 하급법원 판례나 학설의 다수설은 미국 연방대법원의 1932년 Sorrells 사건과 1958년 Sherman의 사건 판결에서와 같이 함정수사를 기회 제공형과 범의 유발형으로 나누고 전자는 적법하고 후자는 위법하다고 보고 있다. 그리고 일본 최고재판소 판결도 기회 제공형 사안에 대한 판결이었기에 범의 유발형 함정수사에서도 똑같이 적용된다고 보기는 곤란하며, 오히려 수사 협력자의 가벌성을 긍정하고 있기 때문에 범의 유발형의 경우 실체법적 또는 소송법적인 영향을 받을 여지가 있다 하겠다.¹⁵⁵⁾ 결국 일본도 초기 최고재판소의 판례¹⁵⁶⁾와는 달리 미국의 함정수사이론과 독일의 영향으로 피교사자에 대해 무죄의 항변을 인정하는 변화를 보여 왔기에 이러한 입장은 주로 미국이나 독일의 이론과 큰 차이가 없다고 할 수 있다. 일본 판례가 피교사자의 형사책임 문제와 관련하여 가벌 설을 취하는 대표적인 논거는 첫째, 판례에서도 명시되었지만 함정수사의 위법성 여부와는 관계없이 피교사자의 행위는 이미 구성요건의 행당성·위법성·책임을 구비하였고 둘째, 수사 단서의 불법과 기소의 불법 혹은 무효와는 구분되어야

153) 조 국, 전게서, 406면

154) 전수영, 전게논문, 363면

155) 조 국, 전게서, 407면

156) 1953년 일본 최고재판소는 “타인의 유혹에 의해 범의가 발생하거나 강화된 자가 범죄를 실행할 경우, 그 유혹자가 경우에 따라서는 마약취체법 제53조(현행 58조)와 같은 규정의 유무에 관계없이 교사범 또는 중범으로 책임을 지는 때가 있는 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.”라고 판시하여 (日最判 1953.3.5 判決 刑集7-3-482)

하며 셋째, 수사가 불법이라는 것과 사술에 의해 죄를 범한 자의 행위가 범죄를 구성하는가는 별개의 문제라는 점을 들고 있다.¹⁵⁷⁾

한편 기회 제공형 함정수사의 경우 그 허용조건에 대해서는 첫째, 범죄의 혐의가 존재할 것 둘째, 대상범죄가 조직적으로 그리고 상습적으로 행해져 피해범익이 증대할 것 셋째, 함정수사의 방법을 취해야 할 필요성이 특별히 강하고 그 방식 이외에는 달리 효과적인 수사수단이 없을 것 넷째, 함정수사의 수단이 정책적·정치적으로 악용·남용될 위험성이 없는 것 등을 제시되고 있다.¹⁵⁸⁾

한편 범의 유발형 함정수사의 법적 효과에 대해서 범죄는 성립하지만 가벌성이 없다는 논리로 무죄설을 주장하는 입장이 있었으나 현재 무죄설을 취하는 입장은 찾아보기 힘들고 형사소송법 수단으로 피고사자를 구제하려는 입장이 압도적 다수를 차지하고 있다. 다만 구체적으로 범의 유발형 함정수사의 무죄주장에 대해서는 몇 가지 견해로 나뉜다. 먼저 면소설은 범의 유발형 함정수사의 경우 실체적 소송조건이 흠결되었으므로 면소를 하여야한다거나 또는 범의를 유발한 경우로 국가는 처벌적격을 상실하게 되어 형벌권을 행사할 수 없다는 등의 견해다. 둘째, 범의를 유발한 기망적 행위는 국가 자신이 범죄자와 동일한 정도로 타락했음을 의미하고, 헌법이 예상한 공권력 발동의 한계를 넘는 것이기 때문에 이러한 수단에 의해 획득된 증거는 위법수집증거로 배제되어야 한다는 설이 있다. 셋째, 공소기각설은 범의 유발형 함정수사는 엄결성을 상실하여 적정절차에 반하는 위법무효의 절차가 되므로 공소를 기각하여야 한다는 것이며 넷째, 경합설로 범의 유발형의 경우 공소기각, 기회제공의 일정한 경우에는 증거를 배제하자는 것이다.¹⁵⁹⁾

일본의 마약사건 관련 함정수사 주요판례를 살펴보면 다음과 같다.

【 일본 최고재판소 1953. 3. 5 판결 】

1951. 6.19 일본 横浜地方裁判所는 피고인 Y가 수사요원 H로부터 마약의

157) 고수복, 전제논문, 25면

158) 田宮 裕, 刑事訴訟法, 1997, 70면, 조 국, 전제서, 408면

159) 조 국, '함정수사의 위법성 기준과 법적효과에 대한 재검토', 형사법연구, 제14호, 한국형사법학회, 2000, 81면

입수, 알선을 부탁받고 피고인 C에게 의뢰하여 C로부터 밀수품인 마약인 염산디아세틸모르핀을 입수하여 Y에게 교부하였고, Y는 이를 다시 수사요원 H에게 전달하여 Y, C가 마약불법소지죄로 기소된 사안에 대해 다음과 같이 판시하였다. 横浜地方裁判所는 이 마약사건과 관련하여 ‘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. 또한 합정에 빠진 피고인의 행위에는 반사회적 위험성이 없다’고 무죄를 판결하였다.

그러나 그해 12.11 동경 고등재판소 항소심에서 ‘합정수사에 있어 수사기관원이 행한 언동이 범인의 범의와 실행행위 그 자체에 관한 의사표시를 좌우할 정도에 이르지 않고 단순히 이미 범죄의도를 가진 범인에게 그 실행의 기회를 부여한 것에 불과한 경우에는 그 수사절차는 인간의 존엄성을 침해하거나 헌법 정신에 위배되는 것은 아니고 범인의 죄책에 아무런 영향을 끼치지 아니한다. 비록 그 마약을 소지하게 된 원인 및 동기에 있어서 수사기관의 중용행위가 있었고 위 수사관계관의 행위가 불법이었다고 하더라도 그것 때문에 본건 피고인의 행위의 위법성 내지 책임성을 조각할 하등의 이유를 발견할 수 없다. 수사 단서의 불법과 기소의 불법 혹은 무효와는 구별하여야 할 것이며, 그 사술에 걸려 죄를 범한 자의 행위가 범죄를 구성하는가. 아니하는가의 여부는 전혀 별개의 문제이다.’라고 판시하였다.

이에 대해 1953. 3. 5 일본 최고재판소는 이 사건의 원심을 확정하며 ‘타인의 유혹에 의해 범의가 발생하거나 강화된 자가 범죄를 실행할 경우, 구 유혹자가 경우에 따라서는 麻薬取締法 제53조(현행 제58조)와 같은 규정의 유무에 관계없이 교사범 또는 중범으로 책임을 지는 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 것은 다언을 요하지 않는다.’라고 판시하였다. 이는 범의가 유발된 사안에 있어 피교사자의 형사책임을 정면으로 인정한 최초의

판례이며 이러한 논지는 이후 판례에서 계속 유지되고 있다.

4. 우리나라의 경우

우리나라는 위에서 언급하였듯이 합정수사에 대한 통설과 판례가 미국 연방대법원의 다수의 의견인 주관적 기준설과 같은 입장으로 합정수사 대상자의 사전범의의 유무를 기준으로 ‘기회 제공형’은 적법한 합정수사로 ‘범의 유발형’은 위법한 합정수사로 본다.

우리나라 대법원의 초기 합정수사에 대한 판례는 수사기관의 행위를 범의를 유발한 경우와 기회를 제공한 경우로 구분하면서 후자의 경우 ‘도의적 책임을 지는 것은 별문제로 하고’ 합정교사자에게 형사책임이 성립되지 않는다고 판시하였다.¹⁶⁰⁾ 이후 판례는 ‘소위 합정수사라 함은 본래 범의를 가지지 아니한 자에 대하여 수사기관이 사술이나 계략 등을 써서 범죄를 유발케 하여 범죄인을 검거하는 수사방법을 말하는 것이므로 범의를 가진 자에 대하여 범행의 기회를 주거나 범행을 용이하게 한 것에 불과한 경우에는 합정수사라 말할 수 없다.’라고 반복적으로 판시하고 있다.¹⁶¹⁾ 이는 판결에서 합정수사에 대한 정의를 규정함으로써 범의 유발형 합정수사만이 위법한 수사 방법으로 문제가 되며, 기회 제공형 합정수사의 경우는 합정수사가 아니라고 표현하면서 본래 의미의 합정수사 범위에서 제외시키고 있다. 따라서 이러한 판례에 입장에서 기회 제공형 합정수사를 ‘권장수사’라고 지칭하는 견해도 있다.¹⁶²⁾

또한 합정수사의 주체와 관련하여 판례는 국가기관 또는 그 사주를 받는 자인 경우 뿐만 아니라私人인 경우도 다루고 있는 데 이에 대해서는 판례는 일관되어 있지 않다고 볼 수 있다. 즉 판례는 어떤 사안에서는 ‘사인에 의해 이루어진 합정행위를 합정수사에 비유할 수 없다.’라고 하여 합정수사의 주체를 명백히 국가기관 또는 이에 준하는 자에 한정하고 있는가 하면,¹⁶³⁾ 합정의 주체가 사인이 임에도 불구하고 ‘사인의 행위

160) 황태정, 전제논문, 57면

161) 대법원 판례 83. 4. 12 82도 2433 ; 87. 6. 9 87도915 ; 92.10.27, 92도1377 등

162) 신현주, 형사소송법, 213면

163) 대법원 판례 87. 6.9, 87도915

피고인의 범의를 유발하였다고 볼 수 없기 때문에 함정수사가 아니다.'라는 표현을 사용함으로써 함정수사의 이론을 원용하는 듯한 태도를 보이고 있기 때문이다. 함정수사가 위법하다고 인정되는 근거가 범을 집행해야 할 국가기관이 기망적 수단을 사용하여 선량한 국민을 범죄에 밀어 넣었다는 데 있다 할 것이므로 함정행위가 사인에 의해 이루어진 경우에는 함정수사의 문제는 발생하지 않는다고 해야 할 것이다.¹⁶⁴⁾

한편 함정수사 범의 유발의 기준과 관련하여 판례는 이미 범의를 가지고 있는(predisposed) 자에 대해서는 수사기관원이 확실한 증거를 확보하기 위하여 범죄사실을 묵인하거나 범죄 실행자를 안심시키기 위해 범죄 실행자와 접촉한다거나 심지어 범행을 선동·유도한다 하더라도 이는 범의를 유발한 것이 아니라 기회를 제공한 것에 불과한 것으로서 함정수사에 해당하지 않는다고 한다.¹⁶⁵⁾ 이러한 대법원이 입장은 미국의 판례이론인 주관적 기준설과 유사한 표현을 상용하고 있음을 알 수 있고, 함정수사 입증책임에 관해서도 처음에는 피고인에게 입증책임이 있는 것 같이 판시하였으나 이후 검사에게 입증책임이 있음을 전제로 한 표현을 사용함으로써 점차 미국 판례의 입장으로 접근함을 알 수 있다.¹⁶⁶⁾ 대법원은 함정 교사자와 피교사자의 형사책임과 관련하여 수사기관의 행위가 범죄의 기회를 제공한 데 불과한 경우에는 피교사자는 면책될 여지가 없이 당연히 형사책임을 지게 되지만 함정 교사자의 형사책임은 문제되지 않는다는 입장이다. 그러나 기회 제공형 함정수사의 경우 함정교사자에게는 범죄가 성립하지 아니하고 피교사자는 처벌을 받을 수 있다고 명백히 적시한데 반해, 범의 유발형 함정수사의 경우 이에 대한 언급이 없다. 즉 범의 유발형 함정수사의 경우 피교사자와 함정교사자를 처벌할 수는 있는 것인지, 만약 피교사자가 면책된다면 그 면책의 근거 및 구체적인 범위는 어떻게 되는 것인지에 대한 판례의 태도는 분명하지 않으며, 지금까지 피교사자의 면책을 인정한 판례도 없었다.¹⁶⁷⁾ 다음은 우리나라에서 함정수사로

164) 대법원 판례 94.4.12 93도2535

165) 황태정, 전계논문, 58면 ; 대법원판례 87.6.9 87도 915, 82. 3.9 81도1765, 66.4.22 66도 152

166) 대법원 판례 63.9.12, 63도190, 66.4.22 66도152

167) 송광섭, 형사소송법, 대광사, 1994, 198면

인해 시비가 되었던 마약관련 판례를 소개한다.

【 대법원 판례 1963. 9. 12, 63도190 판결 】

피고인이 생아편을 고지하고 있다가 마약단속기관 정보원의 요구에 따라 이를 판매한 사건과 관련하여 1,2심에서 유죄판결을 받았던 피고인 측이 수사기관원이 정보원을 매수하여 피고인과 마약 매매행위를 하도록 하고서 피고인을 검거한 것은 개인의 기본적 인권을 침해한 헌법위반행위라는 요지의 상고를 한데 대하여 대법원은 다음과 같은 요지로 판시하였다. ‘마약사범을 단속하는 공무원이 정보원을 앞세워 피고인으로부터 마약을 매수케 하여 본건 범죄를 행하게 한 것이라 하더라도 전혀 범의가 없는 피고인으로 하여금 본 건 범행을 유발케 하였다는 아무런 흔적이 엿보이지 않는 본건에 있어서는 공소권에 흠이 있는 경우라고는 볼 수 없고 또 그와 같은 수사행위는 이를 도의적으로 비난함은 별문제로서 그로 말미암나 피고인의 기본적 인권을 침해한 것이라고는 보기 어려우므로 존지는 채용할 수 없다’ 라고 판시하였다. 이 판결은 수사기관원의 행위가 범의를 유발한 경우가 아닌 때에는 수사기관원의 형사책임은 문제될 바 없고, 범죄 실행자는 당연히 처벌받는다라는 점을 밝힘으로써 합정수사에 관한 최초의 판결의 의미가 있다.

【 대법원 판례 1982. 6. 8, 82도884 판결 】

‘피고인이 공소 외 일본인 도시마와 히로뽕 수출을 모의하고 조00에게 히로뽕 구입을 의뢰하는 한편 그 밀반출의 길을 모색하던 중 수사정보원인 공소 외 윤00을 만나 미국 비행기 조종사로 가장한 미군 마약 수사요원 성명 미상자를 통해 반출하기로 하고, 공소 외 최00을 통해 구입한 본 건 히로뽕 4뭉치를 성남시 소재 미군 비행장으로 가져갔다가 거기서 검거된 바, 이미 피고인은 범의를 가지고 위 조00과 히로뽕 구입 및 밀반출 등에 관한 모의를 한 것이고, 이른바 합정수사에 의하여 피고인의 범의가 비로소 야기된 것이거나 합정수사에 의하여 이 사건범행이 이루어

진 것은 아니므로 피고인의 행위가 합정수사에 의한 것으로서 처벌할 수 없다는 주장은 이유 없다.’라고 판시하였다.

【 대법원 판례 2005. 10. 8, 2005도1247 판결 】

피고인 L은 2003년도 중국에서 히로뽕 83g을 몸에 숨긴 채 인천공항을 통해 국내로 반입하려 한 혐의로 구속되어 1심에서 징역형을 선고받고 항소하였는 바 피고인은 원래 중국까지 가서 히로뽕을 구해 올 생각이 없었는데 이른바 ‘작업’에 의하여 비로소 사건의 범의를 일으켰다고 주장하면서 수사기관이 적극적으로 범행을 권유하여 마약을 밀반입하였다고 수사기관의 위법한 합정수사를 주장하였다. 이에 대법원은 범의를 가진 자에게 단순히 범행의 기회를 제공하거나 범행을 용이하게 하는 것에 불과한 수사방법이 경우에 따라서 허용될 수 있음은 별론으로 하고, 본래 범의를 가지지 아니한 자에 대하여 수사기관이 사술이나 계략 등을 써서 범의를 유발케 하여 범죄인을 검거하는 합정수사는 위법함을 면할 수 없고, 이러한 합정수사에 기한 공소제기는 그 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당한다고 판시하여 공소기각의 판결을 하였다. 결국 대법원은 수사기관이 범행을 적극 권유하여 범의를 유발케 하고 범죄를 행하도록 한 뒤 범행을 저지른 사람에 대하여 바로 그 범죄행위를 문제 삼아 공소를 제기하는 것으로서 적법한 소추권의 행사로 볼 수 없으므로 형사소송법 제327조 제2호에 규정된 공소제기 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당한다는 이유로 공소기각판결을 선고한 것이다.

【 대법원 판례 2007. 10. 28, 판결 】 168)

대법원은 필로폰 투약혐의로 기소된 김모씨에 대한 상고심에서 검찰의 공소를 기각, 무죄 판결한 원심을 확정하였다. 재판부는 피고인이 당초 필로

168) 연합뉴스, 대법, 합정수사로 인한 마약투약 무죄 제하, 2007.10.28자

폰을 매매 또는 투약할 의사가 없었는데 경찰의 합정수사로 인해 필로폰을 투약하게 된 사실이 인정된다는 김씨의 공소제기를 무효라고 판단하였다. 피고인 김씨는 2006년 8월 마산의 한 모텔에서 필로폰을 투약한 혐의로 기소되었는데, 김씨에게 필로폰을 판매한 임모씨가 전북경찰청 마약수사대 소속 경찰관들과 공모하여 범죄를 유도하였다고 주장하였다. 김씨는 1심에서 징역 8월의 실형을 선고받았지만 2심에서 무죄를 선고받고, 대법원에서 확정판결을 받았다.

제4장 합정수사의 허용범위와 법적 한계

먼저 합정수사의 허용범위에 대한 것은 합정수사의 위법성 기준에 관한 문제와 직접 관련된 것으로 앞서 설명한 바와 같이 합정수사가 사건의 실체적 진실발견을 통한 사회법의 보호와 적법절차 준수를 통한 인권보장의 조화라는 점에서 출발하기 때문에 그 허용범위에 대한 문제도 이러한 시각에서 접근할 필요가 있다. 이번 장에서는 제3장에서 합정수사에 대한 각국의 입법례 및 판례를 통해 이미 논의한 바 있는 합정수사의 허용범위에 대한 이론을 종합해보고, 합정수사로 인해 발생하는 가장 중요한 문제 중 하나인 합정수사 피고사자의 법적책임 문제와 합정교사자의 형사책임 문제, 그리고 합정수사로 인해 위법하게 수집된 증거에 대한 법적 처리에 대한 문제를 중심으로 논의해보자

제1절 합정수사의 허용범위

합정수사의 위법성 기준에 대한 각국의 이론을 종합해 보면 사전 범의 유무만을 판단 기준으로 삼는 주관적 기준설, 범죄인의 특성을 고려함이 없이 수사기관의 행위 양태만을 판단 기준으로 한 객관적 기준설, 수사기관의 행위가 피고인의 범행에 얼마나 기여했느냐를 판단 기준으로 하는 수정된 객관적 기준설, 가장 포괄적으로 인정하는 절충설 등이 있으나 이외에

도 함정수사의 허용한계를 사회상규나 일반적 법원칙인 신의성실의 원칙을 기준으로 하는 견해와 합리적 범죄혐의를 허용 기준으로 하자는 견해 등 다양한 기준이 제시되고 있다.

1. 사회상규를 허용기준으로 하는 견해

함정수사는 대개의 경우 함정수사의 주체와 그 대상이 되는 피교사자의 관계가 공범 또는 주·종범의 관계로 함정수사로 인해 발생하는 유발행위가 형법 제20조의 사회상규에 위배되지 아니하는 행위에 해당하는 경우에는 위법하지 않다는 입장이다.¹⁶⁹⁾ 일반적으로 사회상규라 함은 법체계 전체에 비추어 정당성이 긍정되는 것을 의미하는데, 이미 범죄를 실행할 결의가 있는 자는 기회만 있으면 범죄를 실행할 것이고 당해 범인과 범죄의 특수성에 비추어 범죄 유발행위가 필요할 때도 있을 것이다. 그러나 범의가 없는 자를 수사기관이 본래의 임무를 벗어나 아무런 정당한 근거 없이 범죄를 유발케 하여 검거하는 것은 위법하다는 것이다. 이러한 견해에 대해 함정수사 행위가 적법한 것이냐 아니냐의 문제는 함정수사 행위가 정당한 권력 작용인가 아닌가의 문제로서 전체적인 관점에서 논의 되어야 할 문제지 개별적인 범죄성립 유무로 좌우될 문제는 아니라는 점과 사회상규라는 광범위하고 추상적인 개념을 함정수사의 허용기준으로 도입한다는 것은 명확성의 문제가 있다. 또한 이 견해는 함정수사의 피유인자를 공범으로 범죄행위에 참여한다는 점을 전제로 하고 있어 그 자체가 이론의 여지가 있다는 비판을 받고 있다. ¹⁷⁰⁾

2. 신의성실의 원칙을 기준으로 하는 견해

범죄수사는 범죄행위를 적발하기 위해 기망과 유혹의 행위가 요구될 때도 있을 것이나 그것은 무제한적으로 허용될 수 없고, 사회의 공감대적 가치와 신뢰를 무시하는 방법이어서도 안 될 것이다. 또한 기본권 보장이

169) 김우한, 함정수사에 관하여, 검찰, 1968, 139면

170) 원정일, 함정수사에 대한 약간의 고찰, 서울대 사법대학원 석사학위논문, 1968년, 54면

라는 법체계의 취지를 위반해서도 안 될 것 이므로 사회적인 신의칙이 합정수사에 있어 적법성의 한계점이 된다는 견해다.¹⁷¹⁾

합정수사는 수사권의 남용으로 소송법적으로는 그 법적 효력이 부정되고 실체법적으로는 범죄실행의 교사로서 형사적 책임을 면할 수 없다고 한다. 이는 범죄방지에 주력해야 할 수사기관이 기망이나 유혹으로 국민을 함정에 빠지게 하고 범죄자로 만든다는 것은 법의 정신에 맞는 공권력 행사의 범위를 넘는 것으로써 신의성실의 원칙에 반하여 헌법상 허용될 수 없는 위법한 행위라는 것이다. 그러나 이 견해도 신의성실의 원칙이라는 개념이 광범위하고 구체적이지 않은 기준으로 합정수사를 판단하려 함으로써 명확한 기준을 제시하지 못하는 문제점을 안고 있다.

3. 합리적 범죄혐의를 허용기준으로 하는 견해

합정수사 개시여부를 판단하거나 수사에 착수할 때에 수사기관이 피유인자에 대한 합리적 범죄혐의를 기초로 한 경우에는 합정수사는 적법한 것으로 보아야한다는 견해로 ¹⁷²⁾ 합정수사가 정당화되기 위한 합리적 범죄혐의는 다음 두 가지 조건을 만족시켜야 한다. 첫째, 합리적 범죄혐의의 자체가 피유인자 자신으로부터 발생해야 하고 둘째, 수사기관에서 합리적 범죄혐의를 가지고 수사에 착수하여야 한다. 따라서 수사기관이 피유인자에 대해 혐의를 두는 것이 합리적이지 않거나 합리적 범죄혐의가 피유인자로부터 발생되지 않을 때 그 수사행위는 정당화될 수 없다는 것이다.¹⁷³⁾

그러나 수사기관에서 수사에 착수하려는 범죄혐의는 매우 불완전한 것이거나 혼란과 편견이 내재해 있는 것이 보통이고, 음해적인 내용도 있어 합리적 범죄혐의 여부에 대한 판단에 주관인 면이 있어 이를 국가기관이 합정수사를 허용하는 기준으로 삼는 것은 문제가 있다, 또한 합리적 범죄혐의에 기초하여 진행된 합정수사라 하더라도 합정 존부를 결정하는 데 있어 피유인자가 수사기관의 유인행위 때문에 범죄를 저지른 것인지 여부에

171) 이윤훈, 합정수사의 적법성에 관하여, 법정, 1966.6 39-40면

172) 김현철, 전개논문, 58면

173) 김정진, 전개논문, 54면

대해서는 반드시 고려되어야 한다는 것이다. 그리고 함정수사의 정당성 여부는 유인행위의 정당성 문제를 포함한 것으로 함정수사가 비록 합리적인 범죄혐의에 따라 착수하였다 하여도 그것만으로 수사행위를 정당화하기에는 불충분하다고 할 것이다.

4. 주관적 기준설(subjective test)과 객관적 기준설(objective test)

주관적 기준설과 객관적 기준설에 대해서는 제3장 3절에서 상세히 기술하였다. 여기에서는 실제 함정수사에서 발생할 수 있는 문제점을 중심으로 논하기로 한다.

먼저 주관적 기준설의 핵심적인 내용은 함정수사의 대상자가 사전 범죄의사(predisposition)를 가지고 있었느냐에 따라 함정 항변의 인정여부가 결정된다. 또한 피유인자의 내면적 심리상태에 초점을 두고 수사기관에 의해 범죄가 유발된 것인지? 또는 수사기관이 심어준 것인지?의 문제와 함정수사의 결과 제출된 증거가 수사기관의 유혹과 교사로 인해 발생한 ‘창조적 활동의 산물’(the product of the creative activity of law-enforcement officials)¹⁷⁴⁾인지 여부가 중요한 판단 기준이다. 그리고 피유인자의 전과나 사회적 평판, 경향 등이 사전범의 입증자료로 활용될 수 있다고 한다.

그러나 함정수사에 대해 구체적인 수사 절차적 측면에서 살펴본다면 첫째, 수사기관이 특정사건에 대해 함정수사 방법을 택하게 되는 경우는 대개 일정기간의 내사단계를 거쳐 일부 범죄적 혐의는 포착하였으나 구체적인 증거포착이나 사건의 실체를 파악하지 못한 경우나 대상 범죄가 고도로 은밀하면서도 접근이 어려운 경우가 일반적일 것이다. 그렇다면 주관적 기준설에서 주장하는 피유인자의 사전범의 포지 여부 대한 판단은 실제 수사기관이 하게 되는데 이는 피유인자의 사전범의 유무와는 관계없이 수사기관의 수사의지 여하에 따라 결정될 수 있기 때문에 함정수사의 착수가 매우 자의적으로 진행될 가능성이 높다는 것이다. 둘째, 특히 이러한 상황에서 사전범의는 함정의 항변에서 범의 유발형이나 기회 제공형

174) 황태정, 전제논문, 34면

이나를 판단하는 매우 중요한 부분인데, 주관적 기준설은 사전 범의가 특정한 시점에 특정한 범죄를 저지르려는 구체적 고의가 아니라 추상적 고의라는 주관적이고 불확실한 내심의 의사를 기준으로 하는데 문제가 있다. 셋째, 주관적 기준설은 피고인이 기소된 당해 사건에서 피고인의 행위가 아니라 피고인의 과거의 행동이나 성향에 초점을 맞춘다는 점이다. 실제 형사절차상 피의자를 기소하려는 수사기관은 사전 내사를 통해 대상자의 경향이나 전과기록 그리고 일반적 평판, 접촉인물 등을 알아내고 이 자료를 참고로 범죄 혐의점에 대한 증거 수집을 하게 되는데 이는 실체적 진실을 발견해야하는 수사기관에게 선입견을 제공하여 객관성을 유지하기에 곤란하다. 또한 이러한 자료가 실제 진행된 합정수사 당시의 사실과는 다르게 기소 후 재판과정에 증거자료나 재판관의 판단에 영향을 줄 가능성을 배제할 수 없어 피고인에게 불리하게 작용할 수 있다. 아울러 합정수사 중 발생하는 수사기관의 위법행위에 대하여 개인인 피고인이 입증해야하기 때문에 상대적으로 어려운 점이 많다. 그리고 설사 수사기관의 위법행위가 피고인에 의해 제기되어도 합정의 항변으로 받아들여지기는 쉽지 않을 뿐만 아니라 수사기관의 위법행위로 인해 사법절차의 진행을 어렵게 할 수 있다.

객관적 기준설은 주로 법 집행의 정당성에 초점을 두어 수사기관의 행위가 불법적 합정을 구성하였는가를 기준으로 수사기관이 사용한 유혹의 방법 등을 중심으로 합정의 유무를 판단하자는 견해이다. 위에서도 언급하였지만 이 견해는 미국법연구소(American Law Institute)가 발표한 「모범형법초안」(Model Penal Code)에서도 채택하고 있다. 이 설에 의하면 비록 피고인이 범죄를 행할 의사를 가지고 있더라도 ‘당장에 그리고 기꺼이(ready and willing to)’ 그것을 실행에 옮길 태세가 되어있지 않았다면 수사기관이 이를 유혹(inuce)하거나 부추기는(instigate) 경우 피고인에게 합정의 항변이 인정되고, 피고인은 면책되게 된다. 그러나 객관적 기준설은 실제 합정수사의 취지가 대상범죄가 고도로 은밀하고 조직적이며 반복적이어서 통상의 수사방법으로는 범인을 체포하기 어렵거나 증거 확보가 불가능한 경우에 인정된다는 점을 고려할 때 지나치게 수사기관의 위법성을 기준으로 무죄의 항변을 인정한다면 수사기관의 수사행위

를 위축케 하여 범죄확산의 원인이 될 수 있다. 둘째, 수사실무에서 피고인이 범죄적 경향이나 전과기록, 일반적 평판 등은 수사기관이 수사방향을 설정하고 수사수단을 선택하는데 중요한 판단요소로 이를 간과해서는 안 될 것이다. 기타 객관적 기준설을 기준으로 수사를 하게 된다면 수사기관 본연의 수사 활동 보다는 위법성이라는 제한요소를 회피하기 위해 소극적인 수사행위가 이루어 질 것이고, 이로 인해 위험한 상습범을 놓쳐 버릴 우려가 있다는 점 등이 문제점으로 지적되고 있다.

5. 통합설 및 범죄 고의 기원설

통합설은 앞서서도 언급하였지만 합정수사의 허용범위에 대해 주관적 기준설과 객관적 기준설의 문제점을 보완하여 합정수사의 위법성의 기준을 제시한 견해로 먼저 주관적 기준설과 객관적 기준설 중 하나만 부합하면 합정수사를 인정하는 주장과 양 기준 모두 부합해야 합정의 항변을 인정한다는 주장으로 나뉜다.

먼저 사전범의가 없는 피유인자를 보호한다는 주관적 기준설의 기준을 유지하면서 수사기관이 채택한 합정수사의 기법이 통상의 일반인도 범죄를 저지르고 싶을 정도의 동기부여나 강한 유혹 여부도 합정수사의 위법성 판단에 고려해야한다는 견해가 있다. 다른 하나는 사전범의가 없는 피유인자를 범의를 유발하였을 경우는 당연히 위법한 합정수사이고, 사전범의 유무와 관계없이 수사기관이 사용한 수사기법이 적정절차의 원리를 위반하거나 통상의 일반인도 범죄를 저지르게 할 정도의 강한 동기나 유혹을 제공한 경우도 위법한 합정수사로 보는 견해가 있다.

한편 합정수사의 위법성 판단을 범죄의 고의의 기원(origin of criminal intent)을 기준으로 하자는 견해¹⁷⁵⁾도 있는데 이는 피고인의 심리상태와 수사의 행위태양 양자의 조사를 통해서 범죄고의가 어디에서 기원했는가를 살피는 것이다. 이 견해에 따르면 피고인의 심리상태를 입증하기 위한 증거로서 주관적 기준 설에서 허용되었던 피고인의 전과나 피고인이 유사한 범죄를 저지르고 있었다는 일반적인 세평 등이 제외되고 오직 당해

175) 김현철, 상계논문, 66면

범죄에서 노출된 증거만이 인정된다. 따라서 여기서의 고의는 당해범죄 자체에 대한 구체적인 고의이지 주관적 기준 설에서와 같은 완화된 추상적 고의가 아니다. 그리고 수사기관의 행동 또한 피고인의 고의 형성과정에 어느 정도 관여했는가 하는 것이 중요하다.

제2절 위법한 함정수사의 소송법적 효과

먼저 위법한 함정수사에 대한 소송법적 효과를 살펴보면 이는 범의 유발형 함정수사의 경우 함정에 빠진 피교사자를 어떤 방법으로 구제하느냐의 문제로 함정수사가 공소 제기에 미치는 영향을 말한다.

위법한 함정수사에 의해 공소제기가 된 것과 관련하여 특히 범의 유발형 함정수사에 있어서 법원은 어떠한 재판을 하여야 하는가에 관해서는 여러 가지 학설이 논의되어 왔다. 먼저 실체법적 관점에서 무죄판결설과 유죄판결설(혹은 가벌설)이 있는데 이 견해들은 교사자 또는 피교사자의 행위가 범죄로 성립되느냐의 문제로 그 중에서도 피교사자의 형사책임에 초점을 맞춰 가벌성 여부를 논하고 있다. 또 다른 견해는 소송법적 관점에서 공소기각설과 면소판결설로 함정수사가 실체법상의 문제가 아니라 그러한 수사방법이 절차법상 허용되는가라는 관점에서 공정한 수사의 범위를 일탈하는 수사권의 남용과 소추에 있어서 공소권의 남용이라는 두 가지 측면에서 제기된 견해들이다. 아래에서는 이들 견해에 내용과 함께 어떠한 법적 효과가 있는지에 대해 알아보기로 한다.

1. 무죄판결설

이 설은 위법한 함정수사에 빠진 피교사자에게는 실제 재판에서 무죄판결을 선고해야한다는 견해로 함정수사를 가장 엄격하게 금지하고 있다.¹⁷⁶⁾ 이 설에 따르면 함정수사는 국가기관이 사술을 이용하여 범죄를 유발시켰다는 점에서 국가기관의 염결성을 해쳤다는 공적인 측면과 함께 수사기관이 제공한 범죄의 동기나 기회를 일반인이 뿌리칠 수 없다는

176) 박광민, 전제논문, 67-68면

범죄인 개인의 특수한 상황을 고려하여 피고사자에게 무죄를 선고해야 한다는 것이다. 177) 이외에도 무죄판결을 주장하는 일본의 견해로 ① 외형적으로 형법이론상 금지행위에 해당하는 행위일지라도 그 행위의 본질상 추상적으로나 구체적으로 반사회적 해악 발생의 위험성이 없기 때문에 구성요건의 해당성 또는 위법성이 조각된다는 견해 ② 범죄를 예방·진압해야 할 국가기관이 오히려 범죄를 창출한 경우이므로 그 범죄는 실질적 위법성을 결하여 실질적 범죄의 관념에 해당되지 아니한다는 견해 ③ 위법한 함정수사의 경우 행위자에 대한 비난 가능성이 약화와 수사권 남용이라는 국가의 압도적 비난가능성을 고려할 때 책임이 조각되어야 한다는 견해 ④ 이에 대해 범죄가 수사기관의 부당한 시사에 기인한 경우에는 범죄 자체는 성립하지만 가벌성이 조각된다고 하는 견해도 있다. 178)

미국의 판례의 다수의견인 주관적 기준설에 의하면 위법한 함정수사가 행해진 경우 피고인에게 함정의 항변을 인정하고 있는 바 피고인이 비록 구성요건에 해당하는 범죄를 행하였지만 입법자는 위법한 함정에 의해 피고인이 범죄로 유인된 경우까지 당해 법조문을 적용하려는 의사는 아니었다고 해석하여 당해 법조의 적용을 배제함으로써 무죄를 판결하도록 이론을 구성하고 있다. 미국 연방대법원의 판결의 다수설은 함정을 실재하는 법의 원리로 취급하여 함정의 항변을 유효한 ‘무죄의 항변(plea of not guilty)’으로 인정하고 있다. 179) 반면 소수설은 함정의 항변을 피고사자 자신이 범죄는 실행하였으되 유인에 의해 실행한 것이므로 처벌받지 않아야 한다고 주장하는 ‘방소의 항변(plea in bar)’으로 보아야 한다고 주장하고 있다. 즉 위법한 함정에 의한 범죄는 실체법상 유죄이나 법원은 허용될 수 없는 절차에 의한 공소사실을 심리하여서는 안 된다고 따라서 피고사자는 면책되어야 한다는 것이므로 공소기각설과 입장을 같이하고 있다고 볼 수 있다. 180)

그러나 무죄설은 마약 기타 환각제의 소지가 수사기관의 함정에 의한 것이라고 하고 바로 사회적 위험성이나 실질적 위법성이 없다고 단정할 수는 없으며, 피고인이 자유의사에 의하여 범행을 결의한 이상 구성요건

177) 신동운, 전계서, 51면 ; 황태정, 전계논문, 67면

178) 황태정, 전계논문, 67-68면

179) 백형구, 형사소송법 강의, 박영사, 1996, 78면,

180) 원정일, 전계논문, 196면

해당성이나 위법성 또는 책임을 부정할 수 없을 뿐만 아니라 만약 유발자가 사인이었던 경우에도 동일한 결론이 되는 것은 부당하다는 비판이 있다.¹⁸¹⁾ 또한 범죄가 성립하는 것이 명백함에도 불구하고 무죄를 선고는 것도 불가능하다는 비판도 제기되고 있다.¹⁸²⁾

2. 유죄판결설(가벌설)

이 설은 위법한 함정수사의 피교사자가 단지 함정에 걸렸다는 것만으로는 위법성이나 책임이 조각되는 것이 아니고 범의를 유발당한 자가 자유로운 의사로 범죄를 실행한 이상 실체법상 이를 처벌할 수 있다는 견해다. 함정수사를 가장 광범위하게 허용하는 견해로 일본과 독일의 판례 그리고 일본과 우리나라의 일부 학설이 이 견해를 취하고 있다.

유죄판결설의 첫째, 수사기관의 사술에 의하여 범의가 유발되었는지 강화되었는지, 또는 수사기관의 유인행위가 불법이었는지 아니지를 불문하고 행위자 자신의 행위는 실체법상 구성요건의 해당성·위법성·책임을 구비하고 있고, 둘째, 수사가 불법이라는 것과 사술에 의해 범죄를 범한 자의 행위가 범죄를 구성하는가는 별개의 문제라는 점,¹⁸³⁾셋째, 수사방법의 불법과 공소제기의 불법 또는 무효는 구별하여야 한다는 점 등을 논거로 하고 있다.¹⁸⁴⁾

위에서도 살펴보았지만 일본의 최고재판소의 판례에서도 피교사자에 대해서는 함정교사자의 책임(교사범 또는 중범)과는 별론으로 범죄 실행자에 대한 면책을 전면적으로 부인하는 유죄 판결 입장을 지속적으로 유지하고 있다. 독일의 판례 이론도 ‘특히 위험하고 해명이 곤란한 범죄’의 경우와 ‘기본법 및 형사소송법에 내재하는 법치국가원칙’을 기준으로 함정수사를 허용하되 위법한 함정수사에 대해서는 ‘절차의 정지(Einstellung)’라는 소송법적 효과를 인정하여 실체법적 범죄행위에 대해 소송절차를 정지함으로써 피교사자를 구제하고 있다. 한편 영국에서는 함정수사를 이유로 한

181) 박광민, 전개논문, 63-64면

182) 이재상, 함정수사, 고시계, 1998.4, 119면

183) 일본 동경고등재판소, 51,12.11

184) 황태정, 전개논문, 65면

피고사자의 면책을 부정하고 있는 바 이는 경우에 따라 양형사유로 고려하면 족하다는 이유를 근거로 한다.¹⁸⁵⁾

그러나 유죄 판결설에 대해서는 함정수사가 적법절차의 원리를 위해하였을 뿐만 아니라 국가기관의 공정한 법의 적용이라는 국민의 신뢰에 반하므로 국가는 처벌 적격을 상실하였으므로 형벌권을 행사할 수 없고,¹⁸⁶⁾ 피고사자가 자유의사로 범죄를 실행하였으므로 실체법상 이를 처벌할 수 있다는 주장은 자유의사라는 의미가 피고사자의 순수한 자발적 자유의사가 아닌 수사기관의 유혹과 동기 부여의 결과로서 형성된 의사라는 점을 간과하였다는 비판이 있다.

3. 공소기각설

공소기각설은 함정수사가 적법절차에 위배하여 수사절차에 중대한 하자가 있는 경우이고 따라서 공소제기의 절차가 법률의 규정에 의하여 무효인 때(형사소송법 제327조 제2호)에 해당하므로 수소법원은 형식적 소송조건의 흠결 또는 소송장애를 이유로 공소기각판결을 해야 한다는 견해로 우리나라 다수설의 입장이다.¹⁸⁷⁾

공소기각설은 수사기관이 범죄자와 동일한 정도로 타락하였을 때에는 그에 기한 공소는 소추의 이익을 상실하였고,¹⁸⁸⁾ 수사는 현행법상 검사가 지휘하고 공소를 제기하기 때문에 함정수사는 수사의 엄결성을 상실한 위법·무효인 수사에 의한 공소제기는 당연히 기각해야한다고 하며,¹⁸⁹⁾ 위법한 함정수사 방법이 없었을 경우 당해 공소제기도 없었다고 인정되는 때에는 위법한 수사방법을 사전에 억제한다는 차원에서 공소를 기각하는 것이 타당하다는 것¹⁹⁰⁾을 논거로 하고 있다.

그러나 공소기각 설은 함정수사가 수사절차에 위법이 있다하여 반드시

185) 김진환, 전계논문, 97면

186) 백형구, 전계서 386면

187) 황태정, 전계논문, 69면, ; 박광민, 전계논문 65면

188) 이재상, 전계논문, 120면

189) 김기두, 함정수사, 월간교시, 1983. 7

190) 田宮 裕, 전계서, 138면

공소제기의 효력을 잃게 하는 것은 아니고 수사절차에 위법이 있다는 것이 곧 공소제기 절차가 법률에 위배된다고 할 수는 없다¹⁹¹⁾는 비판이 있다. 또한 면소설의 입장에서 공소기각 설은 함정수사의 실체적 영향이라는 측면을 간과하고 있다고 비판한다.

4. 면소판결설

면소판결설에 의하면 함정수사는 국가가 피고인의 범죄를 유발한 경우 국가는 처벌자격을 상실하여 실체적 소송조건을 결한 것으로 형벌권을 행사할 수 없다고 해석해야 하므로 면소판결을 선고해야 한다는 견해로 일본의 다수설이다.¹⁹²⁾ 면소판결설은 함정수사의 실체적 측면을 부각시킨다는 점에서는 의미가 있는데 이는 수사기관의 유인에 의하여 범죄가 유발된 경우에 제한되어야 하므로 그 사정이 인정되기 위해서는 일정한 범위 내에서 실체심리가 필요하다는 것을 의미한다. 면소판결설에 대하여서는 면소의 요건을 규정한 형사소송법 제326조의 면소판결사유로 규정, 즉 확정판결이 있는 경우와 사면이 있었던 경우 그리고 공소시효가 완성된 경우, 범죄 후의 법령 개폐로 형이 폐지되었을 경우로 한정하고 있어 함정수사는 이 규정에 해당이 되지 않음에도 초법규적 면소사유를 인정한다는 것은 타당하지 못하다는 비판을 받고 있다.¹⁹³⁾

5. 소결론

위에서 살펴본 바와 같이 함정수사의 법적 한계에 대해 위법한 함정수사의 피교사자에 대한 구제문제를 중심으로 논의하였다. 결론적으로 범의 유발형 함정수사의 경우, 즉 위법한 함정수사로 인해 발생하는 피교사자의 구제 문제를 실체법적으로나 절차법적 측면에서 4가지 견해 모두 피교사자를 구제하고 있는데 견해가 일치하고 있다. 그러나 이에 대한 법적해석

191) 이재상, 전계논문, 122면

192) 박광민, 전계논문, 66면

193) 이재상, 전계논문, 120면

은 다양할 수 있으나 이는 함정수사의 위법성 판단의 기준과 상호연관이 있다. 함정수사의 폐해를 제거하는 가장 좋은 방법은 함정에 빠져 범죄를 실행한 자의 형사책임을 부인하는 것이다. 함정수사에 의한 범죄의 실행자가 처벌되지 않는 이상 더 이상 위법한 함정수사는 이루어지지 않을 것이기 때문이다. 그러나 함정수사의 필요성과 정책적 고려를 감안한다면 함정수사의 위법성 여부의 판단도 소송법 절차상의 문제다. 따라서 함정수사의 목적에 비추어 볼 때 함정수사 기법이 사용될 수 있는 이른바 합의를 범죄가 증가되는 시점이라면 함정수사에 관한 사항과 그 법적 효과를 입법화 하는 것이 바람직하다.

제3절 함정수사에 대한 통제(함정교사자를 중심으로)

개인의 기본인권 보장과 사회공공의 이익을 실현이라는 두 가지 법익에 의해 상충되는 함정수사제도는 여러 가지 법원칙과 규정으로 통제되고 있다. 함정수사를 통제하기 위한 방법 중의 하나는 최고상위법인 헌법상의 기본원칙인 법치국가 원칙인데 이 원칙 반하는 함정수사는 헌법상의 기본인권침해 조항을 적용하여 통제할 수 있을 것이다. 다음으로 함정교사자 즉, 수사기관이나 그에 협력하는 자에 대한 형사책임을 인정하는 것이다. 앞에서 설명한 피교사자에 대한 형사책임을 부인하는 무죄 항변과 병행하여 함정교사자에 대한 처벌을 규정하여 위법한 함정수사를 통제할 수 있는데, 이와 관련하여 함정교사자의 형사책임을 논하기 위해서는 함정교사자의 고의의 문제가 검토되어야 할 것이다. 그리고 이 두 가지 외에 함정수사의 주체인 수사기관 내부의 통제를 통해 위법한 함정수사를 억제시킬 수 있을 것이다. 아래에서는 함정수사의 통제 문제에 대하여 헌법상 통제와 함정교사자의 형사책임을 인정하는 것을 통한 통제를 중심으로 설명하기로 하고, 수사 기관 내부통제에 대해서는 다음 장에서 논하기로 한다.

1. 함정수사의 헌법상 통제

헌법 제12조1항은 “모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포, 구속, 압수, 수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고 처벌, 보안처분 또는 강제처분을 받지 아니 한다”라고 규정하고 있으며 이를 형사절차 법정주의라고 한다. 형사소송법은 바로 헌법 제12조 1항의 실현이라고 볼 수 있다. 즉, 형사절차의 1단계인 수사에 있어서도 그 근거는 헌법 제12조 1항이 될 것이며, 이를 구체화한 형사소송법 제199조 1항을 들 수 있다. 따라서 함정수사도 수사의 한 유형으로 보아 위 헌법 규정을 근거로 수사를 해야 하며, 그와 병행 이를 준수해야 함은 당연한 것이다.

또한 헌법 제12조1항의 적법절차 규정은 실체법에서 뿐만 아니라 형사소송법에 적법한 절차를 요구하는 근거 조항으로서 위법한 함정수사를 통제할 수 있는 모법이라고 할 수 있다. 미국의 판례에서도 다수의 의견은 ‘적법절차의 원리’와 ‘공공정책(public policy)’을 근거로 무죄의 항변을 인정하였다. 이는 미국에서의 함정수사 역시 헌법을 근거로 위법한 함정수사에 대해 제한을 하고 있는 것이다.¹⁹⁴⁾ 또한 독일에서도 함정수사는 법치국가의 원칙에 반하지 않는 한도 내에서 허용한다는 입장을 보이고 있고, 이 기준을 위법성 판단의 근거로 삼고 있다.

한편 우리나라 헌법 제37조2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로서 제한 할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.”라고 규정하고 있다. 이는 위에서 설명한 미국의 ‘공공정책(public policy)’ 개념과 같은 취지의 내용으로 국가가 국민의 자유와 권리를 불가피하게 제한하는 경우, 즉 ‘국가안정보장, 질서유지 또는 공공복리’를 위하여 제한해야 경우에는 필요 최소한에 그쳐야 한다는 것이다. 다시 말하면 일반적으로 공공복리(public welfare or public interest)의 필요로 인해 개인의 법익이 침해되는 불가피한 경우에는 그 제한을 필요 최소한으로 ¹⁹⁵⁾하되 그 경우에도 본질적인 내용을 침해하여서는 안 된다고 엄격히 규정하고 있는 것이다. 따라서 함정수사의 법적 한계이자 함정교사자

194) 김정건, 전제논문 74면

195) 김철수, 헌법학 개론, 박영사, 1998, 325면 ; 권영성, 헌법학 원론, 법원사 1998, 367면

의 위법한 함정수사 통제를 위해 헌법상의 적법절차의 원리와 공공복리가 그 근거규정이 되는 것이다. 아울러 헌법 제10조의 인간의 존엄성과 행복추구권도 함정수사의 통제기준이 될 수 있을 것이다. 그러면 위법한 함정수사로 인해 발생한 기본권 침해 피해는 어떻게 구제할 것인가? 우리 헌법 제111조는 헌법소원을 규정하고 있는데 헌법소원은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해 받은 자가 헌법재판소에 그 공권력의 위헌 여부 심사를 청구하여 기본권을 구제받는 제도이다. 따라서 위법한 함정수사로 인한 피해는 헌법소원을 통해 구제될 수 있다.

2. 함정수사의 형사법적 통제

함정수사를 통제하는 다른 방법 중의 하나로 함정교사자에 대한 형사책임을 인정하는 것으로 수사요원이 법령에 위반한 수사절차를 통해 위법한 함정수사를 한 경우 피교사자의 형사책임과는 별도로 함정교사자에 대한 형사책임을 물어 처벌함으로써 위법한 함정수사를 통제할 수 있을 것이다. 그러나 함정교사자의 형사책임을 논하기 위해서는 먼저 피교사자의 행위에 대한 함정교사자의 고의가 어느 정도였는지, 또 그 고의의 단계에 따라 함정교사자에게는 어느 정도의 형사책임을 지워야 하는지가 검토되어야 할 것이다. 함정교사자의 교사행위의 위법성 문제와 함께 고의의 단계별로 형사책임이 여러 가지 견해로 나뉘는데 이에 대한 견해를 고찰하기로 한다.

가. 고의의 단계에 따른 함정교사자의 개념 범위

함정교사자의 고의는 함정수사의 주체인 수사기관이 당해 함정수사의 목적에 따라 대상자인 피교사자에게 의도한 범행 단계에 따라 나누어 볼 수 있다. 첫째, 피교사자가 함정수사에 의해 의도된 범죄행위의 실행착수 후 기수(Vollendung)에 이르기 전에 체포하려 한 경우 둘째, 기수 후 범행의 종료(Beendigung) 전에 체포하려 한 경우 셋째, 범행이 완전히 종료한 후 체포하려 한 경우 세 단계가 있을 수 있다.¹⁹⁶⁾ 통설에 의하면 정범의

고의는 범행이 기수에 이른 이상 인정되는 것이며 종료에 이르기 까지를 요하지 아니하므로 위 둘째, 셋째의 경우는 교사범의 고의의 단계를 구분함에 있어서도 차이가 없다고 할 것이다. 일반적으로 함정수사는 사람을 체포할 목적으로 피교사자의 행위가 미수에 그칠 것을 미리 알고 범죄를 교사하고, 피교사자가 실행에 착수하자마자 이를 체포하는 것으로 공범론상 ‘미수의 교사(Anstiftung zum Versuch)’와 같은 뜻으로 취급한다. 그러나 실제 함정수사에 있어서 함정교사자의 고의는 피교사자의 행위를 반드시 미수에 그치게 하려하는 경우만이 아니라 설령 함정교사자의 고의가 그러했다 하더라도 실제 함정수사가 항상 그대로 실현되는 것도 아니다. 이렇기 때문에 고의의 단계에 따른 함정교사자의 개념범위에 관해서도 학설이 나뉜다.

함정교사의 개념범위를 범죄가 미수에 그칠 것을 인식하고 범행을 교사하여 그 범행이 기수에 이르기 전에 체포하려한 경우만을 말한다고 하는 견해¹⁹⁷⁾와 피교사자의 실행행위가 기수로 될 것을 인식하고 교사하여 기수로 된 후에 체포하려한 경우를 포함한다는 견해¹⁹⁸⁾가 있다.

실제 함정수사나 일반수사에서 수사기관은 확실한 증거 확보와 범인의 검거를 위해 범행이 기수에 이르기 전에 체포해야 한다는 생각보다는 범인의 도주를 방지하는데 더 집중할 것이다. 이러한 상황 하에서 함정교사자의 고의는 언제나 미수의 교사에 그치는 것이 아니라 오히려 많은 경우 기수의 교사 또는 공동정범·종범의 행위에 해당한다고 하겠다. 뿐만 아니라 통상적으로 Agent provocateur 이론과 관련하여 종래에는 결과 범을 교사한 경우만을 문제시 하였으나 최근에는 마약이나 무기의 불법소지와 같은 추상적 위험 범에 대한 함정수사도 문제가 되는데 이 경우 실제로 미수의 교사가 이론적으로 불가능한 경우도 발생한다. ¹⁹⁹⁾이러한 점을 종합해 볼 때 종래 함정수사와 관련된 미수의 교사는 물론 교사자의 고의가 미수의 단계에 머무르는 경우에만 국한하여 생각할 것이 아니라 함정교사자의 고의가 기수의 단계에 이른 경우까지 포함하여야 하는 것이 타당하다.²⁰⁰⁾

196) 황태정, 전제논문, 90면

197) 이재상, 전제서 461면

198) 박상기, 형법총론, 410면

199) 차용석, 소위 Agent provocateur, 고시계, 88.4 142면

나. 공범론에 의한 함정교사자의 형사책임

함정수사에서 교사자에 대한 형사책임을 부과할 수 있을 것인지와 피교사자의 범행에 대한 함정교사자의 고의의 단계가 형사책임의 부과 가능성에 어떤 영향을 주는가에 대해 살펴보자.

(1) 공범론상 교사자의 고의

함정수사에서 교사자에 대한 처벌을 할 수 있는가의 문제는 통상 교사자의 고의를 어떻게 보느냐에 따라 결론이 달라질 것이다. 우리나라는 독일과는 달리 교사범에 대한 정의와 관련된 법조항이 없다.²⁰¹⁾ 우리나라의 다수의 견해는 교사행위의 수단에 제한을 두고 있지 않지만 일부 견해는 “단순히 범죄를 유발할 상황을 만든 것만으로는 교사행위라고 할 수 없다.”라고 하거나²⁰²⁾ “교사행위는 피교사자의 정신적 의사 형성과정에 영향력을 가하는 것이 필요하다”고 하는²⁰³⁾ 견해가 있다. 독일의 다수 견해도 “명백한 정신적 접촉을 통하여 의사형성에 영향을 줄 수 있는 (einer Willens-beeinflußung im Wege des offenen geistigen Kontakts) 수단이 있어야 한다”는 견해를 취하고 있다.²⁰⁴⁾ 이러한 견해는 교사의 위법성과 가벌성은 타인의 행위에 의해 범죄구성요건에 해당하는 결과를 발생시키는데 있는 것이므로 교사자의 고의에는 정범행위에 의하여 결과가 완성된다는데 대한 인식 또는 의욕(Vollendungswillen)을 필요로 한다고 하여 교사자의 고의에 범죄실현의 고의가 필요함을 인정하고 있다.²⁰⁵⁾

우리나라의 통설도 교사범이 성립하기 위해서는 피교사자에게 범행을 결의케 하려는 고의(교사의 고의)와 이를 통해 기도하였던 범죄를 실현하

200) 황태정, 전계논문 91면

201) 독일형법 제26조는 교사범을 “ 고의로 타인으로하여금 고의의 위법행위를 수행하도록 결의시킨 자”로 명문으로 규정하여 교사범의 성립과 관련하여 교사자의 고의를 명문으로 요구하고 있다.

202) 이재상, 전계서 486면

203) 박상기, 전계서 415면

204) 이정원, 미수의 교사와 교사의 미수, 중앙대학교 법학논문집 20집, 1995, 422-423면

205) 황태정, 전계논문 92면

려는 고의(정범의 고의, 범죄 실현의 고의 또는 기수의 고의)의 2중의 고의(Doppelter Vorsatz)를 요한다고 주장²⁰⁶⁾하고 있다. 그러나 일부에서는 교사자의 고의에 범죄 실현의 고의는 필요하지 않고 단지 피교사자로 하여금 범죄를 결의케 하려는 고의로 충분하다는 견해도 있다.²⁰⁷⁾ 이상의 교사자의 고의를 토대로 함정교사자의 고의가 피교사자의 행위의 기수 이전 단계 까지만 미치는 경우(미수의 교사)와 기수 이후의 단계까지 미치는 경우(기수 또는 종료의 교사)를 나누어 각각의 경우에 함정교사자의 교사행위를 처벌할 수 있는지 학설을 살펴보자.

(2) 함정교사자의 미수의 교사(기수 이전 체포의 경우)

함정수사의 교사와 관련하여 학설이 대립되는 데 가벌설과 불가벌설로 나뉜다.

(가) 가벌설

먼저 교사자의 고의는 피교사자에게 범죄를 실행할 결의를 발생시킨다는 고의가 있으면 족하고 거기에 결과발생에 대한 고의까지 있어야 하는 것은 아니라는 견해이다. 이 견해에 따르면 정범의 행위가 실행행위에 나아가도록 할 것을 인식하고 의욕한 이상 스스로 그 결과의 발생을 방해해서 미수에 그치게 할 의사로 한 경우에도 교사범의 고의가 있는 것이며 따라서 미수의 교사는 처벌할 수 있게 된다는 입장으로 일본의 다수설이다.²⁰⁸⁾ 하지만 가벌설은 교사범으로 처벌하기 위하여 당연히 있어야 할 정범의 고의, 즉 일반적으로 결과 발생에 대한 인식과 의사를 포함하는 고의가 있어야 하는데 교사범의 고의 역시 정범의 고의와 동일하게 취급 받아야 함에도 불구하고 고의 내용이 완화되어야 할 이유가 없다는 면서 이는 죄형법정주의 원칙에 부합하지 않는다는 비판이 있다.

206) 이재상, 전게서 48면

207) 김종원, 교사범, 고시계 75.1 39면

208) 황태정, 전게서, 93면

(나) 불가벌설

불가벌설은 교사자의 고의는 단순히 피교사자로 하여금 범죄의 실행을 결의하게 하는 것만으로는 부족하고, 나아가 범죄를 실행케 함으로써 결과발생을 인식·인용하는 것이어야 한다고 하는 견해다. 따라서 처음부터 결과가 발생하지 않을 것을 예견하고 행동한 교사자에게는 결과발생에 대한 인식이 없어 교사범 성립에 필요한 고의를 결하므로 처벌할 수 없다는 것이다.²⁰⁹⁾ 이 견해는 우리나라와 독일의 통설이다.

그러나 이 설에 따르면 피교사자의 행위가 예상과는 달리 기수에 이른 경우와 교사자가 예견한 결과는 발생하지 않고 다른 범죄의 구성요건에 해당하는 결과가 발생하였을 경우에는 어떻게 되겠는가의 문제가 발생한다. 이에 대해 결과발생에 대한 교사자의 과실 유무에 따라 과실 책임을 질뿐이라는 견해²¹⁰⁾와 방조의 예에 따라 처벌을 해야 한다는 견해²¹¹⁾가 대립하고 있다.

결론적으로 형법 제31조 1항에서 규정하고 있듯이 타인을 교사하여 죄를 범하게 한 자는 그 죄를 실행한 자와 동일한 형으로 처벌함으로서 교사자의 불법을 정범의 불법과 동등하게 평가하고 있기 때문에 그 불법의 핵심은 범죄 실현에 대한 고의에 있다 할 수 있다. 따라서 미수의 교사는 교사범이 성립하기 위하여 필요한 2중의 고의중 범 실현의 고의, 즉 기수의 고의가 없다는 이유로 이를 처벌할 수 없다고 한 우리나라의 통설적 입장이 타당하다.

(3) 함정교사자의 기수 또는 종료의 교사(기수 이후 체포의 경우)

함정수사에 있어 피교사자의 범행이 기수 또는 종료에 이르게 할 것을 의도하고 그 시점 이후에 피교사자를 체포하려 한 경우로 앞서서도 설명한 바와 같이 실제 함정수사에 있어서는 피교사자의 범죄행위가 기수에

209) 박상기, 형법총론, 박영사, 2000 417면 ; 이재상, 형법총론, 박영사, 1998, 484면

210) 이재상, 전게서 460면

211) 김일수, 한국형법 II, 박영사 1992, 388면 ; 박상기 전게서 412면

이르거나 미수에 그치는 것에 대한 것 보다는 범인의 도주 방지와 증거 확보에 더욱 관심을 기울일 것이다. 그렇다면 교사자의 고의가 정범의 기수 이후의 시점에까지 미치는 이러한 경우 어떠한 법적 평가를 할 것인가?

우리나라와 독일의 통설에 따르면 함정교사자는 교사범의 전제조건인 교사의 고의와 범죄 실현의 고의를 모두 구비하였으며, 교사범의 죄책을 진다고 하는 점에 법리적 의문이 없다.²¹²⁾ 이에 대해 정범이 기수에 이를 것을 예상한 경우에는 원칙적으로 교사범은 성립하지만 극히 짧은 시간동안만 법익이 침해된 경우에는 긴급피난 등의 법리를 원용 하여 범죄의 성립을 부인하려는 견해와 범죄의 완성을 형식적 기수와 실질적 종료로 나누어 형식적 기수까지를 예상한 경우에는 교사범의 성립이 부인되지만 실질적 종료를 예상한 경우에는 교사범의 성립이 인정된다는 견해도 있다. 그러나 이러한 견해는 결과불법의 측면만을 지나치게 강조하여 교사자의 고의를 정범의 고의보다 더욱 엄격하게 해석하는 모순을 지니고 있을 뿐만 아니라 이로 인해 범행의 종료 또는 법익의 완전한 침해를 의도하지 않은 교사자의 형사책임을 전면적으로 부인하게 된다는 형사 정책적 문제점을 지니고 있다. 더욱이 추상적 위험범의 경우 교사자의 구성요건 관련성을 무시할 수밖에 없게 된다는 점은 이 이론의 결점이라 할 수 있다.²¹³⁾

다. 공범의 처벌근거에 따른 함정교사자의 형사책임

함정수사에서 위법한 함정교사의 주체인 함정교사자에 대하여 공범에 준하여 처벌할 경우 이에 대한 근거에 대해 학설이 대립되고 있다.

(1) 책임가담설(Die Schuldteilnahmetheorie)

212) 황태정, 전제논문, 97면

213) 박상기, 전제논문 131-132면

책임가담설은 공범의 처벌근거를 직접적인 법익의 침해에 있는 것이 아니라 정범을 범죄행위로 끌어들이므로써 정범의 범행을 유발케 한 데 있다고 본다. 즉 이설은 행위반가치론과 결부하여 공범의 행위가 정범에 대한 침해가 된다는 사고에 근거하고 있다.²¹⁴⁾ 교사범의 처벌근거를 정범을 부패시켜 유책한 상태에서 이미 함정교사자의 가벌성은 당연한 것이다. 그러나 정범을 부패시킨다는 점 외에 구성요건적 결과의 현실도 그 근거로 한다면 반드시 함정교사자의 가벌성이라는 결론에 이르게 되는 것은 아니라고 하는 견해도 있다.²¹⁵⁾

그러나 책임가담설은 공범의 종속형식에 관해 극단적 종속형식을 취하지 않는 한 인정하기 어렵고 개인책임의 원칙에도 반한다는 비판을 받고 있으며, 현행 독일 형법 제29조가 정범의 책임이 공범 처벌의 요건이 아니라는 점을 명문화함으로써 더 이상 주장되고 있지 않다. 이 설은 공범의 처벌근거에 관한 가장 오래된 견해이다.

(2) 불법가담설(Die Unrechtssteilnahmetheorie)

불법가담설은 공범의 종속형식 중 제한적 종속형식을 고려하여 공범 처벌근거를 정범에게 위법한 행위를 야기 또는 촉진한 점에 있으며, 공범은 각 죄의 구성요건의 배후에 있는 금지를 위반한 것이 아니므로 공범의 불법은 공범이 정범의 사회적 일체성을 해체함에 의하여 법적 평온을 파괴하는 데 있다고 본다.²¹⁶⁾ 따라서 정범의 범행이 미수에 그쳤더라도 함정교사행위의 불법성은 인정하게 된다.

그러나 이 학설은 정범의 범행에 대한 공범의 인과적인 행위분담을 강조한 나머지 필요적 공범인 대항범에 있어서 그 피해자도 정범의 범행에 인과적으로 협력하였으므로 공범이 된다는 부당한 결론에 도달한다는 한계가 있다.

214) 책임가담설은 부패화설이라고도 한다.

215) 성낙현, 함정수사의 가벌성에 관한 실체법적, 소송법적 논의, 형사정책연구원, 형사정책 연구, 98. 12 85면

216) 김정진, 전계논문 79면

(3) 독립적 공범론(Die Lehre vom selbständigen Teilnehmerdelikt)

이 설은 순수 야기설이라고 하는데 공범 불법의 완전한 독립성에서 출발하여 공범의 처벌근거는 정범의 구성요건 실행에 관한 행위분담에 있는 것이 아니라 공범의 독자적인 구성요건적 불법에 있다고 한다.²¹⁷⁾ 즉, 공범은 정범에 종속하는 것이 아니라 독자적인 범행 참가형태로서의 공범(Teilnehmerdelikt)이며, 이러한 공범의 불법내용은 정범에 의해 이루어지는 법익의 침해에 가담하는데 그치는 것이 아니라 공범 스스로가 법익 존중의 요구를 침해하는 것이다. 이 견해에 따르면 공범의 종속성은 가벌성을 인정하기 위한 전제조건인 한 종류에 불과하게 되며, 교사자의 형사책임은 그가 보호법익을 침해함으로써 독자적인 불법을 실현하였는가에 달려있다고 하게 되므로 함정교사자는 일반적으로 처벌할 수 있게 된다.²¹⁸⁾ 이설은 공범과 정범의 상호간의 종속성의 원칙에 따라 필연적인 관련성을 부인함으로써 정범의 불법성이 공범의 불법성을 제한하는 공범 종속설에 부합되지 않으며 따라서 우리 형법의 태도와 조화되지 않는다.

(4) 종속적 야기설(Die Verursachungstheorie)

종속적 야기설은 공범의 처벌근거를 공범이 정범의 범행을 야기하거나 초진한 점에 있다고 하여 공범불법의 근거와 정도는 정범의 불법에 의존한다고 해석하는 견해이다.²¹⁹⁾ 즉 공범의 종속성을 기초로 신체적 또는 정신적 협력을 통하여 정범의 범행을 조장함으로써 스스로 유책해야 되는 공범의 처벌근거가 있다고 본다. 이러한 의미에서 이설은 촉진설이라고도 하며, 오늘날 다수설이다. 또한 이설에 의하면 공범행위는 행위불법과 결과불법을 포함하는 정범행위의 불법성을 전제로 하므로 법익침해를 목표로 하지도 않았고 실제로 그 결과도 발생하지 아니한 함정수사의 경우 함정교사자는 교사범에게 요구되는 고의를 가지고 있다고 볼 수 없어서 그 형사책임을 인정할 수 없게 된다.²²⁰⁾

217) 황태정, 전개논문 99면

218) 상개논문 99면

219) 김정진, 전개논문 80면

220) 박상기, 전개서 350, 410면

(5) 혼합적 야기설

순수야기설과 종속적야기설을 절충하여 공범의 불법이 일부는 정범의 행위에서, 일부는 자신의 법익침해에서 유래한다고 해석하여 공범은 종속적이지만 동시에 자신의 법익침해를 포함하고 있다고 하는 견해를 혼합적 야기설이라고 한다.²²¹⁾ 이 설에 따르면 공범은 스스로 구성요건에 해당하는 행위를 하지 않고 다른 사람의 정범으로서 행위에 가담함으로써 구성요건에 의하여 보호된 법익을 간접적으로 침해했기 때문에 처벌받는 것이라고 한다.

(6) 소결론

공범의 처벌근거에 대한 견해 중에서 현재 책임가담설과 불법가담설 및 순수야기설 등을 주장하는 학자는 우리나라에서 찾아 볼 수 없다. 생각하건대 공범의 가벌성의 근거는 스스로 구성요건에 해당하는 행위를 하지 않았으나 정범의 구성요건적 행위에 관여함으로써 간접적으로 구성요건적으로 보호되는 법익을 침해하였다는 데 있다.

따라서 교사자의 고의는 당연히 정범의 고의와 같이 결과발생에 대한 인식·인용을 포함하는 것이라고 보아야하며, 합정교사자가 처음부터 정범의 행위를 통한 범행의 기수를 의도하지 않았다면 정범행위에 작용을 가한 행위는 구성요건적으로 보호되는 법익의 침해 자체에는 미치지 않았으므로 불가벌이라 하여야 할 것이다.²²²⁾ 왜냐하면 형법 제33조의 본문의 취지는 오히려 종속적야기설에 의할 때 보다 잘 설명될 수 있으며, 기도된 교사를 미수로 처벌하지 않고 예비음모에 준하여 처벌하고 있는 형법의 태도는 종속적 야기설과 일치한다고 할 수 있다. 공범은 교사 또는 방조행위를 함으로써 규범에 위배하는 정범의 구성요건에 해당하는 행위는 하지 않았으며, 공범의 이러한 행위는 정범의 구성요건적 행위와 관련되었을 때에 처벌받는 것이므로 정범의 불법에 종속되지 않을 수 없다.

221) 김정진, 전계논문 80면

222) 황태정, 전계논문 98면

공범의 행위가 규범에 위반하였다고 할지라도 그 자체로서는 구성요건에 해당하지 않기 때문에 처벌의 근거가 되는 불법이라도 할 수 없고, 공범의 불법은 정범의 불법에 대한 가담이라는 점에서 그 의미가 있다고 해야겠다. 이러한 견지에서 종속적 야기설에 의한 설명이 가장 합리적이고 타당하다고 생각한다.

라. 추상적 위험범에 있어서 함정교사자의 형사책임

함정수사의 가벌성 여부에 대한 이론적 문제는 주로 결과범에 한하여 논의되어 왔다. 추상적 위험범은 거동범으로서 그 구성요건적 행위는 보호법익에 대한 위협을 야기하는데 충분한 행위를 하는 것으로 족하고, 법익의 침해가 실제로 발생할 것을 요하지 않으므로 구성요건에 해당하는 행위를 하는 것만으로 곧 당해 범죄는 기수에 이르게 되며 따로 미수라는 단계를 생각할 여지가 없다.²²³⁾

우리나라 형법상 침해범으로 규정되고 있는 범죄는 대부분 개인적 법익에 관한 범죄들인 반면 위험범은 사회적 법익 또는 국가적 법익침해 범죄들이고, 특히 추상적 위험범으로 규정하고 있는 범죄의 대부분은 그러하다. 국가적·사회적 법익은 법익이 가진 공공성과 공익성을 고려할 때 법익의 현실적 침해에 앞서 보호될 필요성이 있으며, 그러한 법익침해에 대한 가벌성을 ‘최종법익의 침해’가 아닌 구성요건을 통해 방지되어야 할 ‘공공위험의 야기’에 두고 있다. 그러나 함정수사가 결과범위에서만 문제가 되는 것은 아니며 함정수사의 필요성이 제기되는 마약, 밀수, 뇌물, 위조, 매춘 등 범죄는 대부분 추상적 위험범에 속한다. 국민보건이나 사회의 안전에 대한 현저한 위험성이 있는 무기매매나 마약의 구입 등 범죄는 그 자체로서 기수범으로 처벌되며, 만약 함정교사자가 이러한 범죄를 교사했다면 그는 정범의 행위에 대해 미수를 의도한 것이 아닌 추상적 위험범에 대한 기수를 교사한 것이 된다. 따라서 이러한 범죄의 검거를 위해 함정수사의 방법을 사용한다면 함정교사자는 공범론상의 추상적 위험범의 기

223) 상계논문 101면

수에 대한 교사범으로 처벌받게 될 것이고, 결과적으로 이러한 범죄에 대해 함정수사기법을 사용할 수 없다는 결론에 이르게 된다. 이러한 문제점을 해결하기 위해 추상적 위험범에 대한 함정교사의 가벌성을 제한하려는 시도가 있다.²²⁴⁾ 예를 들어 경찰의 마약구입 교사를 받은 딜러가 지정된 마약을 입수하여 이를 경찰에게가 아니라 더 많은 돈을 지불하고자 하는 제3자에게 넘기지 않으리라는 확실한 보장이 있는 경우에는 구성요건적 행위의 비위험성에 대한 반증이 성립하고 교사자의 불가벌이 인정되어야 할 것이다. 그러나 이러한 견해는 법률이 방지하고자하는 위협의 발생가능성과 그 방향을 확정하기 어렵다는 비판이 제기되고 있다.²²⁵⁾

다음 추상적 위험범죄를 범하였더라도 그 구성요건적 위험을 방지한 경우 불가벌로 인정하는 법률 규정을 유추하여 함정교사자의 처벌가능성을 제한하는 견해가 있다. 예컨대 독일 형법 제310조는 방화범의 경우 화재로 인한 손해가 발생하기 전에 소화하면 이를 불가벌로 인정하고 있는 바 이를 함정교사에 유추하여 확실한 위협의 방지가 있었던 경우에는 함정교사자의 가벌성을 제거할 수 있다는 것이다.

그러나 추상적 위험범에 대한 함정교사자의 가벌성을 제한하는 이론은 불완전하며, 추상적 위험범의 처벌근거가 일반적 위험성에 있는 것으로 볼 때 행위 당시에 절대적으로 위험하지 않은 행위는 목적적 축소를 통해 추상적 위험범의 적용 영역에서 제외하려는 점을 근거로 함정교사자가 추상적 위험범의 범익을 침해할 것을 원치 않고 이러한 위협의 실현을 방지하기 위한 확실한 준비를 했던 경우에는 그 가벌성은 소멸되는 것이 타당하다고 생각한다.

함정수사의 주체인 수사기관, 즉 함정교사자에 대한 형사책임에 대해 법률 규정이나 이와 관련된 수사지침이 없는 우리나라의 경우 실제 수사현장에서 모든 것을 판단해야하는 실무자들의 입장에서는 매우 중요한 문제다. 국가적 법익이나 사회적 법익을 위해 공적임무를 수행하는 수사기관이 개인적 관계가 없는 함정수사 대상자에 대해 초기 수사목적과는 다른 방향으로 수사가 진행되거나 함정수사 진행 중 예측하지 못한 돌발 변수

224) 성낙현, 전계논문 88면

225) 황태정, 전계논문 103면

가 발생하여 피교사자에게 피해를 주는 경우도 있을 것이다.

최근 수사기관 종사자들이 피의자나 피고인에 대한 불가피한 인권침해로 인해 개인적인 피해를 보는 사례가 종종 발생한다. 피의자의 인권도 중요하지만 수사의 주체인 수사관 개인의 인권도 중요하다. 이러한 측면에서 함정교사자로서 수사기관의 형사책임 문제 또한 제도적으로 보장되어야 할 시점이다.

아래에서는 위법한 함정수사로 수집된 증거의 처리문제에 대해 외국의 입법례와 판례를 통해 살펴보기로 하겠다.

제4절 위법한 함정수사에 의해 수집된 증거의 증거능력

이 문제는 함정수사의 필요성과 직접적으로 관련된 문제로 함정수사를 필요로 하는 이유 중 하나로 대상범죄에 대한 증거수집이 곤란하거나 범인 체포가 곤란한 경우로 제1장에서 언급한 바 있다. 공판절차상 실체심사를 요구하는 유죄판결과 무죄판결의 경우 문제가 된다. 절차상의 하자를 이유로 공소기각의 판결을 하거나 공소권의 흠결을 이유로 면소판결을 하는 경우에는 실체심사를 하지 않지만 위법한 함정수사로 수집된 증거에 대하여는 위법수집증거의 배제의 법칙(exclusionary rule)이 논의의 중심이 된다.

위법수집증거배제의 법칙은 수사기관의 실체적 진실의 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 없다는 원칙이다²²⁶⁾ 이 법칙을 인정하는 근거는 실체적 진실발견이라는 형사소송법의 원칙을 희생하면서 헌법상의 개인적 인권을 보장한다는데 있는데, 이는 어떠한 경우라도 절차의 하자가 있으면 이 법칙을 적용을 배제해야 한다

226) 위법수집증거배제의법칙은 1961년 미국 연방대법원의 'Mapp v. Ohio 판결(367 U.S. 643, 1961)'에 의하여 비합리적인 수색과 압수(unreasonable searches and seizures)를 금지하고, '상당한 이유(probable cause)'에 기초한 영장발부를 규정한 미국 수정헌법 제4조에 의거하여 그 기초가 만들어지고 판례를 통해 체계화 되었다.(조국, 전거서, 22면)

는 것으로 미국의 연방대법원의 경우 그 근거를 적법절차(due process of law)에서 찾고 있다. 또한 신뢰성이 없는 증거는 배제되어야 한다는 신뢰성확보의 원칙(reliability principle)과 신뢰성이 있더라도 위법하게 수집된 증거는 그 증거능력을 배제하여야 한다는 위법수사 역지의 원칙, 그리고 개인의 권리를 침해하여 수집된 증거는 배제되어야 한다는 개인적 권리보호의 원칙(protective principle) 근거으로 하고 있다.²²⁷⁾

그러나 위법수집증거배제의 법칙이라 하여 어떠한 절차의 위법이라도 있으면 그 침해의 성격과 관계없이 모두 동 법에 적용을 받아야 한다는 것을 의미하지는 않는다. 위법하게 수집된 증거가 단지 절차상의 사소한 하자나 위법이 있는 경우에도 무조건 증거능력을 부정하는 것은 지나치게 형식논리에 치우친 것이다. 일본 판례의 경우 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. 우리나라도 증거물의 경우 압수절차가 위법해도 증거가치에 변함이 없으면 증거능력이 있다고 판시한 바 있다.²²⁸⁾ 문제는 어느 경우에 증거를 배제할 것인가 하는 것이다. 우리나라의 경우 위법수집증거배제에 관한 명문의 규정이 없을 뿐만 아니라 증거수집활동의 위법과 적법을 구분하는 명확한 한계선도 없기 때문에 증거배제에 대한 명확하면서도 합리적인 기준이 제시되어야 할 것이다. 아래에서는 위법수집증거의 배제에 관한 각국의 입장을 알아보기로 한다.

1. 미국의 입장

미국에서의 위법수집증거배제의 법칙에 관한 논의는 1886년 *Boyd v. U.S* 판결이후 연방대법원 판례에 의해 이 법칙이 확립되어 왔는데, 종래에는 Common Law의 원칙에 따라 자백을 제외하고는 증거수집 방법의 위법성이 증거의 허용성에 영향을 미치지 않았다. 미국에서 이 법칙은 연방대법원이 위법수사역지라는 현실적인 필요에 의해 판례를 통해 도입

227) 황태정, 전계논문 74면

228) 대법원판례, 68.9.17 68도932

했으며, 따라서 수사기관의 위법수사가 연방헌법에 규정된 형사피의자의 헌법적 권리를 실질적으로 침해 한 것인지, 그러한 침해가 실제적 진실을 포기할 만큼 중대한 것인지를 중시하는 경향을 보인다.²²⁹⁾

위 Boyd v. U.S 판결은 위법 수집한 서류를 증거로 사용하는 것은 연방 헌법 수정 제4조 230)에 따라 헌법적 권리를 침해한다는 이유로 처음으로 증거능력을 부인하였다. 1961년 Mapp v. Ohio 판결이 “연방헌법 수정 제4조의 프라이버시권은 수정 제14조의 적법절차조항을 매개로 주에서도 적용되므로 주 경찰이 위법 수집한 증거는 주 법원에서도 연방법원에서도 배제된다.” 라고 판시하였다.²³¹⁾ 1963년 Ker v. California 판결에서는 연방과 주에서 동시에 적용될 수 있는 수색의 기준이 제시되었는데 이로써 위법수집증거배제의 법칙이 연방 및 주에서 공통되는 법원칙으로 확립되게 되었다. 이후에도 1964년 Escobedo v. Illinois²³²⁾ 판결에서 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 증거를 배제한 바 있고, 이어서 1966년에는 Miranda v. Arizona 판결에서 자기부죄금지를 위반한 증거를 배제함으로써 위법수집증거배제의 법칙과 관련된 일련의 판례이론이 미국의 증거법상 중요한 원칙으로 확립되었다. 다만 미국에서도 이 법칙은 헌법의 요청이라기 보다는 수정 제4조의 권리를 보호하기 위한 사법상의 통제(judicially created remedy)에 지나지 않는다고 보고 그 적용범위가 제한되고 있다고 한다.²³³⁾

그러나 미국 연방대법원내에서도 이 법칙에 대한 찬반논쟁이 팽팽한데 반대론자들은 이 법칙이 실제적 진실발견이라는 형사소송의 근본기능을 방해하고, 명백히 유죄인 범죄인을 풀어주어 그들로 하여금 계속 범죄행위를 범하게 함으로써 ‘정의의 기묘한 유산(bizarre miscarriage of justice)’²³⁴⁾을 초래하고 있다고 비판하고 있다. 또한 이 법칙에 의하면 시

229) 황태정, 전계논문, 75면

230) 연방헌법 수정제4조는 “부당한 수색·체포 및 압수로부터 신체·가택·서류 및 재산의 안전을 보장받는 국민의 권리는 이를 침해할 수 없다. 체포·수색 및 압수의 영장은 정당한 이유에 근거하여 선서 또는 확약에 의해 확인되고, 수색장소와 피체포자 또는 압수품을 기재하지 아니하고는 이를 발부할 수 없다.”고 규정하고 있다.

231) Mapp v. Ohio 367 U.S 643(1961)

232) Escobedo v. Illinois 378 U.S 478(1964)

233) La Fave / Israel, ibid, 81면, ; 이재상, 전계서 491-492면

234) Joshua Rozenburg, " Miscarriage of justice", Criminal Justice under stress(Eric

민의 프라이버시가 보호되는 이득은 그것이 수반하는 정치적 적대감과 범죄 통제의 약화에 의해 무색해지고, 경찰관이 범한 실수에 비해 범죄인에게 떨어지는 횡재는 너무 큰 문제가 있다. 즉 이 법칙에 의한 이익보다는 손실이 크다는 비판이 있다.²³⁵⁾

미국 연방대법원은 피고인으로부터 함정이 있다고 주장이 있는 경우, 먼저 피고인과 검찰로부터 제시된 증거들을 종합하여 심도 깊은 실체심리를 하고 그 과정에서 위법수집증거법칙이 적용된다. 즉 철저한 소송당사자주의 소송체계를 취하는 미국에서는 피고인은 자신의 범죄를 유인한 자가 수사기관이나 그 정보원이었다는 사실과 그 유인행위가 기소된 범죄와 직접적인 관계가 있다는 것을 증명해야하고, 이에 대해 수사기관은 피고인이 적당한 기회(favourable opportunity)만 주어지면 당자에 그리고 기꺼이 범죄를 실행할 준비가 되어있다는 사실을 입증하여야한다. 이러한 실체심리의 결과를 토대로 함정의 항변의 인정여부가 검토되고, 함정의 항변이 인정이 되면 피고인에게 무죄판결이 내려진다.

2. 영국의 입장

영국도 Common Law에 기초하여 위법수집증거배제의 법칙을 적용하고 있으나 예외적으로 위법수집자백의 경우를 제외하고 있는데 미국과는 달리 영국의 입법부가 법률을 제정하여 법원으로 하여금 재량의 범위 내에서 행사하게 함으로써 이 법칙을 입법화하였다. '1984년 경찰 및 형사증거법(Police and Criminal Evidence Act of 1984)' 및 그 부속규정인 여러 '실무규정(Code of Practice)²³⁶⁾이 제정됨으로써 이 법칙도 전면적으로 변화하였다. 영국에서는 이에 따라 수사기관의 행위가 제정법과 경찰직무규정을 위반하여 형사제재의 공정성에 반하는 결과가 초래될 수 있는가에 초점을 두어온 경향이 있다.²³⁷⁾

Stockdale & Silvia Casale eds. 1993). 특히 아이리쉬 테러공격과 관련하여 다수의 유죄판결이 오도된 자백, 경찰관의 증거조작 등으로 오심이었음이 판명되었는데 이중 세칭 '길포드의 4인조 사건'은 1994년 '아버지의 이름으로'라는 영화로 만들어 졌다.

235) 조 국, 전제서, 37면

236) PACE에 근거한 경찰관 '실무규정(Code of Practice)에는 ① 사람과 차량의 수색 ② 사람의 구금, 처우, 신문 및 신원확인 ③ 주거의 수색 ④ 사람과 주거에서 발견된 물건의 압수 등에 경찰관 직무를 규율하기 위해 영국 법무부장관에 의해 제정된 규칙이다.

237) 황태정, 전제논문 77면

영국 법원은 1955년 *Kuruma v. R* 판결에서 위법수집증거라도 허용되지만 법원은 증거를 허용하는 것이 피고인에게 불공정하게 작용할 때 증거를 배제할 수 있는 일반적인 재량을 소위 ‘일반적 허용과 재량적 배제규칙(general rule of admissibility & discretionary rule of exclusion)’을 확립하였다. 이후 판례에서도 유지되었으나 법원이 실제로 재량을 행사하여 증거를 배제한 경우는 매우 적었다.²³⁸⁾

위 ‘1984년 경찰 및 형사증거법(Police and Criminal Evidence Act of 1984)’ 및 ‘실무 규정(Code of Practice)’에는 강압에 의한 자백과 신뢰성 없는 자백을 배제하고(동법 제76조)있고, 절차의 공정성에 반하는 증거를 배제하였으며(동법 제78조), 법원의 보통법에 따라 증거배제의 재량을 명문화(동법 제82조)하고 있다.²³⁹⁾

영국에서 위법수집증거배제의 법칙의 근거가 되는 원칙 3가지를 정리한다면 첫째, ‘권리 보호의 원칙(the protective principle)’으로 애쉬워스 교수가 최초로 제안한²⁴⁰⁾이 원칙은 형사피의자·피고인이 최소한의 기준에 부합하지 않게 부적절한 처우를 받았으면 그에게 어떠한 적절한 보상을 제공할 것인가에 대해 초점을 두고 있고, 미국법과는 구별되는 영국의 재량적 위법수집증거배제의 법칙을 바탕으로 이루어진 원칙이다.²⁴¹⁾둘째, ‘제재의 원칙(disciplinary principle)’은 단기적으로 불법행위에 관여한 경찰관과 위법수집증거가 배제되었다는 것을 알게 된 경찰관은 향후 불법행위를 억제할 것이고, 장기적으로는 법원은 경찰관의 적법행위의 범위를 구체적으로 구획하여 줌으로써 경찰관이 그 범위를 존중하도록 교육하게 된다는 원칙으로 불법행위를 한 경찰관에 대한 ‘공적 견책(public censure)’의 원칙’이라고 할 수 있다.²⁴²⁾셋째, ‘사법적 엄결성(judicial integrity)’의 원칙’은 미국 맵 판결이 제시한 위법수집증거배제의 법칙의 핵심근거로 미국과는 달리 법원의 절차남용에 근거한 ‘절차의 중지(stay of proceedings)’에서 사용되고 있다는 점이다.²⁴³⁾

238) 안동준, 전개논문 44면

239) 이 규정은 보통법에서 인정되어오던 법원의 증거배제 재량을 확인한데 불과한 것이 아니라 이보다 더 넓은 재량을 법원에 부여한 것으로 위법수집증거배제의 법칙에 관한 일반규정이라고 평가되고 있다.(Zander, Ibid, 201면)

240) A. J. Ashworth, "Excluding Evidence as protecting Rights" 1977, *Crim. L. Rev* 725

241) 조 국, 전개서, 97-98면

242) 상계서, 98면

243) 상계서, 99면

3. 독일의 경우

독일은 영미법 체계와는 달리 소송에서 증거능력을 제한하지는 않으나 실체적 진실발견에 대한 제한개념으로 위법수집증거배제원칙에 대비되는 개념으로 ‘증거금지(Beweisverbote)’²⁴⁴⁾의 이론이 있다. 이 이론의 핵심은 이익형량(Güteabwägung)에 있는 데, 즉 형사법에서 정확성이라는 이익도 중요하지만 그것만이 유일한 이익은 아니고 그것과 충돌하는 수많은 이익이 있기 때문에 그들에게 양보하여야 한다는 것이다. 초기에 이론은 국가의 안전 보장, 왕실의 특권, 개인의 인격영역, 근친관계, 개인의 비밀보호, 소유권의 보호 등의 여섯 가지 이익을 증거금지의 근거로 제시하였다.²⁴⁵⁾ 증거금지 원칙에는 첫째, 증거조사 금지(Beweisverfolungsverbot) 둘째, 증거절차 금지(Beweisverfahrensverbot) 셋째, 증거제출 금지(Beweisverwehungsverbot) 넷째, 증거사용 금지(Beweisverwertungsverbot) 등이 포함된다고 하는 바²⁴⁶⁾ 특히 위법수집증거배제의 법칙과 관련하여 문제되는 것은 ‘증거사용금지’의 원칙이다.

독일의 판례는 함정수사는 원칙적으로 허용해서는 아니 되지만 ‘특히 위험하고 해명이 곤란한 범죄’에 대해 ‘법치국가원칙’에 반하지 않는 한도 내에서는 허용될 수 있다라고 한다. 그러나 수사과정에서 수사기관에 의한 반복적 설득, 집요한 유혹 등과 같은 ‘중대한 영향’이 있었던 경우에는 함정수사는 위법으로 되고 이에 의해 수집된 증거는 증거로서 사용할 수 없다고 한다. 판례는 이러한 ‘중대한 영향’의 기준으로 ‘모순되고 위배되는 간계를 부리는 국가 활동에 대한 비난’을 들고 있다.²⁴⁷⁾ 또한 독일 형사소송법 제 136조 a²⁴⁸⁾는 피의자·피고인의 의사결정과 활동의 자유에 영향

244) ‘증거금지(Beweisverbote)’의 개념을 창안한 사람은 독일의 베링(E. Beling)으로 증거금지는 진실규명이라는 형사소송상의 이익보다 형사소송외적인 이익을 보다 중시하는 이론을 ‘절대적 증거금지(absolute Beweisverbote)’와 ‘상대적 증거금지(relative Beweisverbote)’로 구분하는데, 전자는 일정한 사실을 미해명의 상태로 둔다는 의미이고, 후자는 일정한 증거방법이 허용되지 않는다는 의미이다.

245) 조 국, 전게서, 116면

246) 이재상, 전게서, 492면

247) 황태정, 전게논문, 79면

248) 동조 a 의 ① 피의자의 의사결정과 의사실행의 자유는 학대, 신체적 침해, 고통, 기망이나 최

을 미치는 신문방법을 열거하며 이러한 방법이 금지됨을 규정함과 동시에 이를 위반하여 획득한 증거의 사용은 피의자·피고인이 동의한다고 하여도 금지됨을 분명히 하고 있어 동조 위반은 자동적·의무적 증거사용 금지를 수반 한다²⁴⁹⁾. 학설은 이러한 증거사용금지의 이유로 국가에 의한 헌법 또는 법률의 침해, 소송의 목적 결여 등을 들고 있다. 함정교사는 범인의 인간으로서 존엄성과 자유로운 인격의 전개라는 기본권(기본법 제2조 제2항)을 침해하므로 이에 의해 수집된 증거가 소송절차에서 사용되는 것은 부당하고, 이러한 증거의 사용은 독일 형사소송법 제136조의 a (기망에 의한 증거사용금지)에 위배된다는 견해가 있다. 그리고 소송의 목적을 형법질서의 확증을 통해 일반인의 법의식을 확인시키고, 이로써 범죄로 인해 침해된 법적 평화를 회복하는데 있다고 보는 견지에서 범죄가 소추를 위해 수사기관에 의해 제조된 경우 그 수사기관은 소송의 전제단계에서부터 불법에 관여하게 되어 소송의 고유한 목적달성이 불가능해지므로 이런 경우에는 소송장애를 인정해야 한다는 견해²⁵⁰⁾ 등이 있다. 독일은 소송법 제136조 a 이외에 증거금지의 판단의 중요한 기준으로 ‘비례성의 원칙’ 또는 ‘이익 형량론(Abwägungslehre)’이 있는 데 이 이론은 범죄해명, 범죄인 소추, 처벌이라는 공적인 이익과 국민의 기본법상 보호 되어야 하는 인간의 존엄과 인격권 등의 기본권 보호 사이에 이익 형량이 필요하다는 원칙이다. 따라서 증거금지는 일반 원리에 따라 획기적으로 이루어지는 것이 아니라 개별적 사안마다 침해된 법익의 보호 필요성, 침해된 법익의 경중 등을 고려하여 개별적으로 이루어진다는 것이다.²⁵¹⁾

독일 연방헌법재판소는 1973년 ‘헌법적 증거금지(verfassungsrechtliche Verwertungsverbote) 또는 ‘독립적 증거사용금지(selbständige Verwertungsverbote)에 대해 이른바 ‘삼단계론(Dreistufentheorie)’라고 하는 독특한 해결방식을 제시했는데, ‘헌법상 증거금지’란 헌법상의 기본권

면 등에 의해 침해받아서는 안된다. a 의 ③ 이러한 금지 규정은 피의자의 동의에 관계없이 유효하며 이 금지 규정을 침해하는 가운데 이루어진 발언은 피의자가 그 사용을 동의하더라도 사용되어서는 안된다.

249) 조 국, 전계서, 127면

250) SK/Rudolpi, 70.10 Vor § 78

251) 조 국, 전계서, 131면

침해를 이유로 증거사용이 금지되는 경우를 말하는데 이는 증거수집과정에서 위법여부와 상관없이 증거사용이 금지되는 것을 말한다. 252) 그러나 독일의 형사사법체계가 영미식 위법수집증거배제의 법칙을 완전히 수용했다는 것은 아니며 증거사용금지를 통하여 법원이 사법적 통제를 행사할 필요가 있다는 인식을 한 것이다.

4. 일본의 경우

일본 최고재판소는 1978년 위법수집증거배제의 법칙을 헌법 제38조 3항은 ‘강제, 고문 및 협박에 의한 자백 또는 부당하게 장기간 체포 또는 구속된 후의 자백’은 증거능력이 없다고 명시적으로 규정하고 있고, 형사소송법 제319조 1항은 헌법의 명시 외에 ‘임의성이 의심스러운 자백’도 증거능력을 배제하고 있다. 일본 최고재판소도 ‘강제, 고문 및 협박’ 등과 같은 반문명적 방식으로 획득한 자백의 증거능력을 배제하고 있다.²⁵³⁾ 일본의 종래의 판결은 증거수집의 위법이 그 증거물 자체의 성질이나 형상에 아무런 변화를 가져오지 않는 한 또는 그 증명력이 있는 이상 자유 심증에 의하여 이를 유죄인정의 자료로 인정할 수 있다고 판시하여 이 법칙을 인정하고 있다. 그러나 학설은 미국 판례의 영향을 받아 위법한 절차에 의해 수집된 증거는 증거능력이 부정되어야 한다는 데 일치하고 있으며, 이러한 학설의 영향으로 일본 최고재판소도 1978년 “증거물의 압수 등의 절차에 영장주의의 정신을 몰각시키는 중대한 위법이 있고 이를 증거로 사용하는 것이 장래의 위법한 수사의 억제라는 견지에서 상당하지 않은 경우에는 그 증거능력을 부정해야 한다고 판시하여 이 법칙을 인정하기에 이르렀다.²⁵⁴⁾ 그러나 판례는 함정수사에 관해서는 위에서 살펴보았듯이 함정수사가 기회 제공형 또는 범의 유발형을 불문하고 심지어 수사기관의 함정수사행위가 위법할 지라도 함정교사자가 공범의 책임을 질 가능성은 별도로 하고 피교사자는 형사책임을 면할 수 없다고 판시하고 있다. 이상에서 살펴보

252) 상계서, 132면

253) 일본최고재판소 1957.7.19, 형집11권, 1882항 ; 1976.12.9, 형집20권 10호, 1107항

254) 일본최고재판소 1978.9.7판결, 이 사건은 ‘오사카 텐노사 각성제 사건’ 판결에서 미국의 버거 연방대법원의 입장을 전면 수용하였다.

있듯이 일본은 형사피의자와 피고인의 헌법적 권리보호를 위하여 적극적인 태도를 취하고 있지 않음이 여러 판례를 통해 확인되었는데 이는 대륙법 계통의 영향을 받은 것으로 보인다.

5. 우리나라의 경우

우리나라는 헌법 제 12조 제7항 전단에서 자백배제법칙을 규정하고 있고, 이에 의해 형사소송법에서는 피고인의 임의성 없는 자백의 증거능력을 배제하고(형사소송법 제 309조), 피고인이나 피고인이 아닌 자의 임의성 없는 진술의 증거능력을 배제하고 있다.²⁵⁵⁾ 위 법률에서 자백이 배제되는 사유를 ‘고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화, 기망’ 및 ‘기타 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할만한 경우’로 명시하고 있다. 이는 형사절차에서 자백이 증인이나 증거물 이상으로 중요한 증거로 인정되기 때문에 수사기관이 피의자를 신문과정에서 발생할 수 있는 여러 가지 위법수사행위를 제한하고 이로 자유 심증에 의해 작성되지 않은 것을 배제하자는 취지이다. 증거에는 진술증거와 비진술증거가 있는데 위 규정들은 모두 진술증거에 관한 규정이고 비진술증거인 증거물이나 위법수집증거의 증거능력에 대해서는 이를 배제하는 명문규정은 없다.

자백배제의 법칙과 위법수집증거배제의 법칙은 양자 모두 형사절차에 있어 일정한 증거의 증거능력을 배제하기 위해 입법화되었거나 인정되고 있다. 자백배제의 법칙의 이론적 근거가 증거 확보상의 위법의 배제에 있다고 보는 이상 자백배제의 법칙은 위법수집증거배제의 법칙의 범위에 포함되는 일종의 특칙이라고 봄이 타당하다.²⁵⁶⁾ 그렇다면 양 법칙의 관계, 특히 자백의 ‘임의성이 없다’는 것과 증거가 ‘위법하게 수집되었다’는 것과는 어떠한 관계인가? 임의성 없는 자백이나 진술의 증거능력이 배제되는 것은 증거수집방법의 위법성에 기인하는 것이라는 관점에서 증거수집 절차에 위법이 있으면 자백의 임의성도 없는 것이라고 해석하는 견해²⁵⁷⁾와 자백이나

255) 위 헌법 제12조 제 7항 후단과 형사소송법 제 310조에 규정된 자백보강법칙은 자유심증주의의 예외로 이는 증명력에 관한 문제라고 한다. ; 이재상 전개논문, 19-20면

256) 이재상, 전개서, 491면

257) 상계서, 496-497면

진술의 임의성과 무관한 위법성은 별개의 것이라고 보아 증거수집절차상 자백의 임의성과 무관한 위법이 있는 경우에는 이를 자백배제법칙의 대상이 아닌 위법수집증거배제의 법칙의 대상으로 보는 견해²⁵⁸⁾가 그것이다. 전자의 견해에 의하면 고문 등에 의한 임의성 없는 자백뿐만 아니라 진술거부권의 불고지에 의한 자백, 별건구속을 포함한 위법한 인신구속 중의 자백, 변호인 선임권이나 접견교통권의 침해에 의한 자백 등은 모두 임의성이 없다고 보아 형사소송법 제309조의 적용을 받으며, 자백 이외의 모든 진술증거는 동법 제317조의 적용을 받게 된다. 그러나 후자의 견해에 의하면 진술거부권을 고지하지 않거나 변호인의 접견교통권을 제한하는 등 자백의 획득절차가 위법한 경우는 위법수집증거배제의 법칙에 의해 처리된다.²⁵⁹⁾ 대법원은 ‘진술의 임의성이란 증거수집절차에 위법이 없다는 것을 뜻한다’고 판시하여 전자의 견해를 취한 경우도 있으나 이후 다른 판결에서 ‘피고인의 자백이 고문을 당한결과 임의성이 없는 상태에서 이루어진 것으로 의심할 만한 사유가 있는 경우 증거능력이 부정되는 것은 당연하나 자백의 임의성이 인정된다 하더라도 피고인이 외부와 격리되어 변호인의 선임 등 방어방법이 차단된 채 야간에 잠을 재우지 아니하는 방법으로 조사를 받은 결과 허위자백을 하였을 가능성이 있는 경우 자백의 증거능력은 인정되지 않는다.’라고 하며²⁶⁰⁾, ‘수사기관이 피의자를 심문함에 있어 미리 진술거부권을 고지하지 않은 때에는 그 피의자의 진술은 위법하게 수집된 증거로서 진술의 임의성이 인정되더라도 증거능력이 부인되어야 한다.’고 판시함으로써²⁶¹⁾ 임의성 있는 자백이나 진술일지라도 그 획득방법에 위법성이 있는 경우에는 이를 위법수집증거배제의 법칙에 의해 배제하여야 한다는 요지의 견해를 취하고 있다.

우리나라의 통설은 위법수집증거배제의 법칙을 당연한 것으로 인정하고 있는데 이는 헌법이 정하고 있는 적법절차와 인권보장의 정신을 살리기 위해서는 위법수집증거의 증거능력을 부정하는 것이 타당하며, 임의성 없는 자백의 증거능력을 부정하는 법의 취지는 비진술증거인 증거물에 대해

258) 강구진, 전계서, 509면

259) 황태정, 전계논문, 82면

260) 대법원 판례 85.2.26, 82도241

261) 대법원 판례 92.6.23 92도682

서도 유지되어야 한다는 점을 그 근거로 한다.²⁶²⁾

위법한 합정수사에 의해 수집된 증거의 증거능력을 인정할 것인가에 관하여는 여러 견해가 대립되고 있다. 첫째, 증거능력 부정설로 이 설에 따르면 위법한 합정수사의 경우 그에 의해 수집된 증거는 위법수집증거이므로 이 법칙을 적용하여 증거능력을 배제하여야 한다는 것이다. 둘째, 합정수사는 영장주의의 기본원칙을 몰각하는 정도의 위법이 아니므로 위법수집 증거배제의 법칙이 적용될 수 없다고 하는 입장에서 증거능력을 인정하는 증거능력인정설이 있고 셋째, 위법한 합정수사에 의한 수사방법이 구체적 필요성과 상당성을 결하여 신의칙에 현저히 반하는 경우에는 중대한 하자가 있는 때로 보아 이에 의해 수집된 증거는 위법수집증거로 배제되지만 수사방법이 신의칙에 반하는 정도가 경미한 경우 이러한 경미한 하자가 증거의 허용성을 부인하는 정도에 이른 것인지 아닌지를 판단하여 증거배제의 여부를 결정하여야 한다는 절충설 등이 있다. 우리나라의 다수설은 증거능력부인설의 입장이다.²⁶³⁾

통설의 입장과는 달리 판례는 원칙적으로 위법수집증거배제의 법칙을 인정하지 않는 태도를 보이다가 최근에 일정한 범위 내에서 인정하는 추세로 대법원은 종래 일본 판례의 영향으로 ‘압수물의 압수절차가 위법이라 하여 물건 자체의 성질·형상에 변경을 가져오는 것은 아니므로 그 형상 등에 대한 증거가치는 변함이 없다 할 것이므로 증거능력이 있다’라고 판시하였다.²⁶⁴⁾ 증거물의 경우 위법수집 방법의 위법성을 문제 삼지 않고 있으며, 증거능력이 없는 자백이나 진술에 근거하여 획득된 2차적 증거의 증거능력 또한 배제하고 있지 않다. 이는 증거수집 절차의 위법은 그 증거의 실질가치에 영향을 미치지 않으며, 진술증거와는 달리 증거물은 반환하여도 다시 압수할 수 있으므로 무용한 절차를 반복할 필요가 없으며, 또한 위법행위에 대해서는 별도의 제재와 구제수단을 강구하면 족하다는 점 등을 근거로 하고 있다. ²⁶⁵⁾

그러나 대법원은 1990년대 들어서면서부터 변호인 접견 불허기간 중에

262) 황태정 전계논문, 83면

263) 김주한, 전계논문, 148면; 김진한 전계논문, 97면

264) 대법원 판례 69.9.17 68도932

265) 이재상, 전게서, 493면

작성된 위법 하게 작성된 검사의 피의자 신문조서에 대하여 증거능력을 부정하였을 뿐만 아니라 진술거부권을 고지하지 않은 경우의 피의자 신문조서에 대하여 증거능력이 없다고 판시하였다.²⁶⁶⁾ 또한 공판정 증인신문절차에 참여기회를 인정하지 않은 경우나 실황조사 후에 사후영장을 획득하지 않은 경우 등 형사소송법의 절차규정을 위반하여 수집된 진술증거의 증거능력을 부정함으로써 위법수집증거배제의 법칙의 적용범위를 확대해왔다.²⁶⁷⁾ 다만 합정수사에 의해 수집된 증거에 대해서 대법원의 태도가 명확하지는 않지만 증거물을 제외한 다른 분야에 있어 위법수집증거배제의 법칙은 앞으로 적용범위를 확대하여 나갈 것이다.

한편 위법수집증거배제의 법칙의 위법성에 관하여 어떠한 기준을 적용할 것이냐의 문제가 제기된다. 일반적으로 위법수집증거라고 하면 ‘중대한 위법’을 말하는데 이는 ‘적법절차(due process)’의 기본원리에 위반하는 경우나 ‘정의감에 반하고 문명사회의 양심에 충격을 주는 경우’를 의미하는 바 이러한 중대한 위법에 대한 판단은 수사기관이 행한 증거수집활동에 있어서의 위법의 정도를 배제하는 법칙의 취지에 합목적적으로 연관시켜 그 근거로 되는 적법절차 및 인권보장의 요청과 다른 한편 침해된 이익과 위법의 정도, 그 증거사용의 필요성 등을 고려하여 구체적·개별적으로 검토하여 결정할 사항이다.²⁶⁸⁾ 위법수집배제의 법칙의 ‘중대한 위법’, 즉 위법성과 중대성에 대한 기준으로는 다음과 같은 것을 들 수 있다.

먼저 절차위반의 정도 문제다. 증거수집 활동이 적법한 절차로부터 이탈한 정도로 그에 의해 침해된 법익의 중요성 및 그 손해의 정도 등이 절차의 위반에 관한 것이다. 둘째, 절차위반이 행해진 상황이다. 절차준수가 극히 곤란하거나 긴급을 요하는 상황인 경우 위반의 중대성은 경감될 것이다. 셋째, 절차위반의 유의성 문제다. 예컨대 절차위반이 계획적이냐 아니냐에 따라 위법성의 정도가 달라져야 할 것이다. 그리고 절차위반이 앞으로도 계속 일어날 것이냐의 문제와 더불어 위법증거가 당해 사건의 증명에 대해 얼마나 중요한가도 고려해 할 것이다. 마지막으로 사건이 기

266) 대법원 판례 92.6.23 92도 682

267) 황태정, 전계논문 84면

268) 이재상, 전계서 495면

본적으로 법정형의 정도와 죄질이 기준이 되지만 보다 구체적으로 개개사건의 특성이나 그에 대한 사회적 관심의 강약도 위반의 중대성 판단의 한 기준이 될 것이다.

결국 위법수집증거배제의 법칙에서 ‘위법의 중대성’ 판단의 문제는 그 위법의 정도가 경미한 경우에는 증거능력을 부정할 이유가 없는 것이며, 이 경우 압수물의 증거능력이 인정된다고 하는 것이 통설이다. 즉 형사소송법상의 단순한 혼시 규정의 위반에 불과한 경우에도 위법수집증거배제의 법칙의 목적에 비추어 볼 때 위법수집증거에 대해 중대한 위법에 미치지 않는 한 증거능력을 인정해야 한다는 것이다.²⁶⁹⁾

생각건대 국가의 형벌권 실현은 실체적 진실주의와 헌법상 인권보장이념과 적법절차의 원리를 조화롭게 적용하느냐의 문제인 것이다. 따라서 위법수집증거배제의 법칙은 실체적 진실주의를 보강하고 인권보장의 이념을 실현하는 중요한 법원칙으로 함정수사에서 발생할 수 있는 인권침해를 사전에 억제할 수 있는 중요한 법원칙이라고 할 수 있다.

제4장 함정수사 통제의 입법화 등 제도화 문제

이번 장에서는 함정수사의 적법성 보장과 공정성 확보를 제도적으로 뒷받침하기 위해 함정수사를 법률로 규정한 독일의 입법례와 함정수사에서 ‘비밀경찰 또는 잠복경찰’(undercover) 제도를 운영하고 있는 미국의 법무부 장관 지침을 소개하고, 이와 더불어 우리나라 수사기관에서 ‘정보원’이나 ‘협조자’로 지칭되며 수사의 중요 단서를 제공하거나 현장에 실제 투입되고 있는 ‘비밀 정보원’(confidential informant) 등에 대한 활용방안을 중심으로 알아보기로 한다.

제1절 함정수사 제도화의 필요성

269) 강구진, 전제서 499면.; 이재상 전제서 504면

미래에 인류의 평화와 안전을 위협하는 가장 큰 문제는 지구환경문제, 즉 지구 온난화로 인한 재앙이며, 다음이 국제범죄라고 한다. 최근 국제마약범죄는 고도로 지능화, 은밀화, 첨단화 되어 조직간 상호연대는 물론 국가나 지역을 초월하여 마약범죄가 자행되고 있고, 새로운 유형의 범죄가 지속적으로 확산되고 있음은 이미 언급한 바 있다. 따라서 인간에 의해 인류의 평화와 안전을 위협당하는 원인으로 지적된 국제마약범죄에 대하여는 합정수사뿐만 아니라 그 이상의 방법으로 색출, 차단해야 함은 전 인류의 당면한 과제이다. 중국·일본·러시아·미국 등 주변 국가는 물론 대부분의 국가에서 이른바 법적·제도적 수단을 초월하여 이른바 ‘마약과의 전쟁’을 선포하며 전면전을 선포한 것은 마약범죄의 위험성을 경고하고 이에 적극적으로 대응하기 위함일 것이다. 특히 미국이나 독일의 경우 마약범죄에 대한 수사방법으로 합정수사를 오래전부터 입법화하였거나 지침 등을 마련하여 제도화 하였다.

그러나 우리나라는 합정수사에 대해 법률이나 지침에 명시적으로 규정되지 않았지만 수사 관행으로 정보원 혹은 협조자로서 소위 ‘비밀 정보원’(confidential informant)을 활용한 실질적인 합정수사로 마약범죄를 색출하고 있다. 그러나 수사방법으로 활용중인 ‘비밀요원(undercover)’이나 ‘비밀 정보원’(confidential informant)을 통한 합정수사는 마약사범을 기소하고 재판하는 과정에서 수사절차의 하자나 증거능력 등의 한계에 부딪혀 범죄자를 석방시켜야 하는 경우가 종종 발생한다. 이러한 문제는 합정수사에 대한 법규나 수사기관의 지침, 내부통제 등이 부재로 인해 발생하는 것으로 우리나라의 관행적 수사기법의 한계를 보여주는 것임은 물론 이로 인한 피해는 모두 국민의 몫으로 돌아갈 것이다. 따라서 우리나라도 합정수사에 대한 필요성을 공론화하고 이를 입법화하는 등 제도화 할 시기가 되었다.

제2절 독일의 형사소송법상 합정수사 관련 법규

위 제3장 3절에서 간략히 살펴보았듯이 독일은 형사소송법(제110조 a 내지 제110조 e)에서 '신분위장 수사관(verdeckter Ermittlern)의 투입에 관한 사항을 상세히 규정하고 있다. 이는 미국의 '비밀경찰 또는 잠복경찰'(undercover)과 같은 개념의 수사방법으로 마약 등 합정수사의 중요한 방법으로 이용되고 있다.

독일은 형사소송법(제110조 a 내지 제110조 e)에서 '신분위장 수사관(verdeckter Ermittlern)의 투입에 관한 규정은 다음과 같다. 첫째, 금지된 마약류 거래 또는 무기 거래 및 통화나 유가증권 위조범죄의 영역에 관해 위장수사관을 입할 수 있으며 둘째, 국가안보의 영역에서 업무상 또는 상습적으로 또는 범죄단체 기타 조직을 결성하여 행하는 범죄의 진상규명을 위하여 투입할 수 있다.(동법 제 110조 a 제1문) 그리고 재범의 위험성이 있는 중죄(Verbrechen)를 처벌하는 경우도 신분위장 수사관의 입이 가능하며 셋째, 신분위장 수사관의 투입은 수사기관이 이 방법 외에 다른 방법으로 진상규명의 가능성이 없거나 현저히 곤란한 경우에 한해 허용된다고 규정하고 있다.(동법 제110조 a 제3문) 넷째, 이외에도 특별히 중대한 중죄의 경우 다른 수사방법으로 진상규명의 가능성이 없다고 인정되는 때에도 신분위장 수사관을 투입할 수 있다.(동법 제110조 a 제4문)

신분위장 수사관의 투입 절차 및 제한 사항에 대해 살펴보면 먼저 신분위장 수사관의 투입은 검사의 동의를 얻어야 하고 검사가 3일 이내에 동의하지 않을 때에는 투입을 중지하여야 한다.(동법 제110조 b 제1문) 그리고 특정 피의자를 대상으로 하는 신분위장 수사관의 투입이나 일반에게 개방되어있지 않은 주거에 신분위장 수사관이 출입하는 경우는 판사의 동의가 필요하며 만일 판사가 동의하지 않을 때에는 투입을 중지하여야 한다. 단 긴급을 오하는 경우는 검사의 동의로 족하다.(동법 제110조 b 제2문)²⁷⁰⁾

270) 조 국, 전게서, 402면

또한 신분위장 수사관에 대해서는 여러 가지 행동이나 비밀유지를 위한 규제사항도 법률로서 규정되어 있는데 이는 실제 신분위장 수사관이 임무를 수행하는 가정에서 발생할 수 있는 사항을 사전에 알림으로써 원활한 수사진행과 함께 개인의 인권침해 등 국민의 권익을 보호하자는데 그 목적이 있다고 할 수 있다. 이와 관련하여 신분위장 수사관은 가상의 신원을 구축하고 유지하는 데 필요한 경우 각종 문서의 작성, 변경, 사용하는 것이 허용되며, 위장된 신분을 가지고 각종 법률적 거래를 할 수 있다.(동법조항 a 제3문)그리고 신분위장 수사관은 주거권자의 동의를 얻어 타인의 주거지에 출입할 수 있으나 일반에 공개되지 않은 주거에 투입되었을 경우에는 주거권자에게 사후에 통지해야 한다.(동법조항 d 제1문) 한편 신분위장 수사관의 투입에 관한 결정이나 기타 자료는 검사가 보관하고 신분위장 수사관 투입으로 얻어진 개인 신상과 관련된 정보를 형사절차에서 증거로 사용할 수 있으며, 그 신원사항은 투입이 종료된 후에도 비밀이 유지되어야 한다. (동법조항 d 제2문, b 제3문) 그러나 위 규정은 신분위장 수사관에게만 적용되고 사인인 비밀정보원(Vertrauensperson)에게는 적용되지 않는다.

독일은 법률로서 함정수사의 한 수사기법인 신분위장 수사관제도를 철저히 국가기관이 법률로서 통제하고 시행함으로써 국가적 신뢰도나 수사기관의 위법행위를 사전에 통제하고 있음을 알 수 있다. 또한 미국에서 인정하고 있는 '비밀 정보원'(confidential informant)제도와 같은 '비밀정보원(Vertrauensperson)'에게는 위 법규 적용을 배제하여 수사기관의 행위가 국가행위로서 엄격히 구분하고 있음을 알 수 있으며, 함정수사를 필요 최소한에 한하여 인정하려는 법원칙을 준수하고 있음을 알 수 있다.

제3절 미국의 함정수사 통제 제도

함정수사를 통해 마약범죄를 예방하거나 마약사범을 검거하는 수사현장에 투입되고 있는 '비밀경찰'(undercover)과 '비밀 정보원'(confidential informant) 제도는 미국이나 유럽 여러 국가에서 수사의 효율성과 이들에

대한 합법적인 통제를 위해 법규 정비에 노력해왔다. 미국의 경우 활용 중인 제도이다. 두 가지 합정수사 방법에 대하여는 미국 법무부장관이 「비밀수사에 관한 법무부장관지침(Attorney General's Guideline on FBI Undercover Operations)」을 마련하여 합정수사에 대한 지침으로 활용하고 있다. 즉 합정수사의 구체적 수사지침을 통해 허용되는 합정수사와 불법적인 합정수사 기준을 제시하고, 합정수사 개시 전에 법률적 검토를 통해 불법성을 제거함으로써 위법한 합정수사를 사전, 사후에 통제하기 위함이다. 또한 미국의 '비밀수사심사위원회(Undercover Operations Review Committee)'는 사전에 합정수사에 개시여부를 결정하는 기구로 선의의 제3자의 피해를 최소화 할 수 있는 절차를 마련하고 있다. 이러한 지침이나 위원회는 선의 제3자 보호는 물론 합정수사를 수행하는 수사기관이나 정보원의 법적인 보호 문제도 해결될 것이다. 아래에서는 미국의 '비밀요원'(undercover)과 '비밀 정보원'(confidential informant)제도에 대해 알아보고, 이를 통제하기 위해 만든 '비밀수사에 관한 법무부장관지침(Attorney General's Guideline on FBI Undercover Operations)', 비밀수사심사위원회(Undercover Operations Review Committee)에 대해 살펴보고자 한다.

1. '비밀요원'(undercover)과 '비밀 정보원'(confidential informants)

비밀요원(undercover)은 프랑스 나폴레옹시대에 프란시스코 비도치(Francoise Vidocq)가 교도소 수감생활을 하면서 경찰에 협조를 하였고, 출소 후 프랑스 비밀경찰을 창설한 것이 원조다. 또한 영국은 18세기 'common informers'나 thief takers'라고 하여 국가가 아닌 사인이 정보원으로서 활동하는 제도로 출발하여, 1842년 사복경찰인 CID(Criminal Investigation Division)을 창설하기에 이른다.²⁷¹⁾ 미국은 FBI를 통해 이 제도가 시행되는 데 정치적 사건에 대해 관여하는 경우가 많았는데 J. Edgar Hoover 국장 시대에 본격적인 비밀경찰 활동이 시작된다.

271) 오광수, 'undercover와 confidential informants 제도연구', 사법연수원 논문집 20집, 2007. 107면

‘비밀요원’(undercover)이란 범죄의 예방이나 수사를 위하여 신분을 가장한 채 해당범죄자나 범죄단체에 접근하거나 혹은 내부에 들어가 그 수사와 공소유지를 위한 범죄사실 증거를 수집, 또는 범인 검거를 하는 수사관 내지 그 수사 활동을 말한다.²⁷²⁾

일반적으로 특정범죄의 수사를 목적으로 피의자 개인이나 피의자 집단에 수사를 집중하던 비밀경찰의 기능은 이미 잠재적 범죄자나 피의자에 대한 사전적 내사나 정보획득 과정까지 확대되고 있다. 마약이나 장물의 판매 등과 같은 대항범²⁷³⁾에 있어서 비밀경찰이 구매자로서 판매자를 수사하는 것이 가장 전형적인 형태다. 비밀경찰에 의한 합정수사는 과거 DEA의 마약수사에서 지금은 검찰, 경찰 등 수사기관에서 국회의원, 고위 공직자 등 사회지도층 까지 확대되고 있고, 특히 탈세자나 대기업 내부까지 깊숙이 침입하여 White collar 범죄, 외국기업의 무역, 하이테크 산업 기술 유출, 지적재산권 범죄까지 비밀요원을 투입, 수사하고 있다.

미국의 비밀요원은 여러 가지 역할과 기능을 한다. 첫째, 특정 범죄가 발생할 것을 방지하거나 범죄가 발생한 경우 그 범죄로 인한 피해가 발생하지 않도록 하는 역할을 한다. 즉, 이러한 예방적 활동은 피의자 내지 용의자, 수사 대상자가 특정되어 있는 반면 사전적 정보활동은 일반적인 정보활동으로서 포괄적이라는 차이가 있다. 예방적 활동에는 설득(persuasion), 차단(disruption), 분쇄(subversion) 등의 수사방법이 활용된다.²⁷⁴⁾ 둘째, 비밀경찰이 가장 수동적이고 장기간의 활동을 요하는 것이 바로 정보활동(intelligence operation)이다. 셋째, 보조적 활동(facilitative operation)으로 수사기관을 보조하여 수사기관이 범죄를 해결하는 것을 보조하는 활동이다. 이러한 활동은 피해자를 최소화하고 피의자 확보를 용이하게 하는데 초점을 맞추어 피해자 역할이나 공범의 역할을 하는 경우가 대부분이다. 마약 매수인을 가장하여 마약 판매상을 검거하는 경우가 공범역할을 하는 전형적인 경우이다.

‘비밀 정보원’(confidential informants)은 해당범죄 내부나 주변인물로

272) 상계논문, 101면

273) 대항범(Begegnungsdelikte)란 2인 이상의 대항적 협력에 의하여 성립하는 범죄로 간통죄, 아동학사죄, 뇌물죄, 수뢰죄, 중뢰죄 등이 있다.

274) 오광수, 전계논문, 151면

서 수사와 공소유지에 필요한 증거와 범죄사실 등을 수사기관에 알려주는 정보원 내지 그 활동을 말한다. 그러나 비밀정보원'(confidential informants)은 '비밀요원'(undercover)과는 달리 이를 활용하는 주체와의 관계가 금전 등 대가관계로 함정수사에 비밀정보원을 투입하여 획득된 증거에 대한 증거능력의 문제가 발생할 수 있고, 二重 정보활동으로 인한 배신 등의 문제가 논란이 되고 있다. 반면 비밀정보원은 수사기관이 접근할 수 없는 잠재적 범죄나 증거확보가 곤란한 기존사건에 있어서 매우 효과적임으로 엄격한 규제 하에 운용되고 있다. 이러한 효용성에도 불구하고 비밀정보원에 대한 양성화 또는 법제화는 일반 국민의 법 감정에 대한 충분한 설득을 필요로 한다. 뿐만 아니라 단순한 민간인이라는 차원에서 그 활동이나 권한에 대한 통제가 요구되고, 금전적인 지출 등 보상의 문제 또한 발생한다. 미국의 각 주 및 연방은 각 종 지침을 통해 명문으로 비밀정보원'(confidential informants)의 활동을 통제하고 있다.

2. 미국의 Undercover 제도

-비밀수사에 관한 법무부장관지침(Attorney General's Guideline on FBI Undercover Operations)를 중심으로-²⁷⁵⁾

미국은 법무부장관의 권한으로 연방수사국 비밀활동과 공작활동에 대한 지침을 제정하여 시행중이다. 이 지침은 일반 형사범죄, 폭력조직, 테러조직 수사 및 각종 화이트 칼라 범죄, 공무원의 부패범죄 등 범죄수사에 대한 비밀수사 활동의 승인·절차, 선량한 사람들을 함정수사로부터 보호문제, 감시와 통제에 대해 상세히 규정하고 있다.

먼저 위 지침에서 '비밀활동(Undercover Activities)'에 대해 '연방수사

275) 이 지침은 190년대 말 범죄수사에 관여하는 수사관들에게 직접적인 구속력을 갖는 규정으로 특히 ABSCAM 수사와 관련하여 제기된 수사기관의 윤리성 과 도덕성 문제의 해결책으로 제시되었으며, 종래의 위법한 함정수사에 대한 무죄의 항변이나 적법절차의 원리보다 훨씬 제한적이고 구체적인 절차를 규정하고 있어 함정수사로 인한 피교사자의 피해를 줄일 뿐만 아니라 수사요원들의 월권행위를 사전에 차단하는 기능을 하고 있다.

국 또는 연방수사국과 함께 공조하는 연방, 주, 지역 법 집행기관의 직원이 가명과 위장신분을 사용하는 모든 수사활동을 의미한다'라고 정의하고 있다. 또한 '비밀수사(Undercover Operation)'는 비밀요원에 의해 일정기간 동안 진행되는 일련의 연관성 있는 비밀활동을 포함하는 수사이다'라고 하면서 일련의 연관성 있는 비밀활동은 일반적으로 비밀요원과 수사 대상자 간 가치 있고 개별적인 3개 이상의 접촉으로 구성된다고 한다.²⁷⁶⁾ 그러나 민감하고 재정적 상황을 포함하는 비밀활동은 연관된 접촉의 개수와 상관없이 비밀작전을 구성할 수 있으며, 접촉이 가치가 있기 위해서는 수사목적에 부합하는 정보를 포함하면서 구두, 문서, 통신, 전자매체 중에서 한 개라도 이용하고 있는 다른 사람과의 의사소통이 있어야 한다. 단순히 우연한 접촉, 예컨대 다른 회합을 위해 이미 약속된 시간과 장소를 확인하는 대화는 이 지침에 규정된 가치 있는 접촉이 아니다. 또한 이메일, 채팅, 다수에게 보내는 전송 및 이메일 등은 한 개의 접촉으로 간주되며, 이것은 마치 여러 개의 문답이 한 개의 대화를 구성하는 것과 유사하다. 복수의 온라인 전송이 한 개의 접촉을 구성하는가 또는 수개의 접촉을 의미하는가를 구분할 때 고려해야 하는 요소는 전송간 시간적 간격, 전송 횟수, 중단 횟수, 화제의 변경, 그리고 의사소통 수단(예컨대 이메일, 채팅) 등이다.

또한 이 지침은 '비밀요원(Undercover Employee)'과 함정수사시 이용되는 위장업체인 '비밀기업(Proprietary)'에 대하여도 명확히 규정하고 있다. 먼저 비밀요원은 연방수사국 직원 또는 특정 수사에서 연방수사국의 지휘와 통제 아래 있는 연방, 주, 지역 법집행기관의 요원을 의미한다. 이들과 연방수사국과의 관계는 위장 또는 가장신분 유지를 통해 수사과정에서 제3자에 대해서는 일체 비밀로 한다. 비밀기업은 단독기업, 합자(명)회사, 기업 또는 다른 상업적 목적으로 운영되는 사업체로 연방수사국을 위해 전부 또는 부분적으로 소유, 통제, 운영되며 이 또한 비밀요원과 마찬가지로 제3자에 대해 숨겨져 있어야 한다. 그리고 미국 FBI와 다른 법집행기관이

276) 미국의 「비밀수사에 관한 법무부장관지침(Attorney General's Guideline on FBI Undercover Operations)」에 있는 '비밀활동(Undercover Activities)'과 '비밀수사(Undercover Operation)'에 대한 개념 정의이다.

합동으로 수행하는 합동비밀공작에는 단순히 연방수사국이 제한적 자원 또는 장비, 기술적 조언을 제공하는 역할에 머무는 작전은 제외된다.²⁷⁷⁾

가. 「비밀수사에 관한 법무부장관지침(Attorney General's Guideline on FBI Undercover Operations)」의 일반적 권한과 목적

연방수사국은 이 지침 따라 내사활동, 일반 범죄수사, 범죄정보수집 등을 포함하는 범집행에 적용되는 비밀활동과 비밀공작에 참여할 수 있다. 즉 개인이나 집단에 의하여 장래에 발생할 가능성이 있다고 판단되는 경우 내사 대상으로 비밀활동을 진행할 수 있고(preliminary inquiry), 수사대상 범죄의 예방, 해결, 기소를 위한 비밀활동을 진행할 수 있으며(general crimes investigations), 기업범죄와 테러범죄에 대하여는 장기간에 걸친 내사를 통하여 조직원, 기업의 운영 목적, 자산 운용상태, 과거 및 미래의 예상행적 등에 대한 조사(criminal intelligence investigations)를 진행할 수 있다.²⁷⁸⁾

한편 이 지침은 수사가 비밀요원을 필요로 하지 않는 한, 인식 정보원(비인식 정보원에 대비되는 개념), 협조적 증인 또는 협조자를 활용하는 수사에는 적용되지 않는다. 그러나 연방수사국은 내부 정책적 고려에 따라 비밀수사심사위원회(Undercover operations Review Committee)에 관련사항을 보고함으로써 인식 정보원, 협조적 증인, 협조자를 이용한 작전'(위에 기술된 비밀요원을 이용하지 않는 작전을 의미하는 듯함)에 이 지침을 적용할지 여부를 결정할 수 있다. 연방수사국은 다른 범집행기관과 함께 하는 비밀활동에 참여할 수 있는 데 작전의 위장 또는 효과성 유지에 필요한 한도까지 비밀기업을 운영할 수 있고 합동비밀수사는 이 지침에 부합되게 운영한다. 그러나 합동비밀수사는 다른 연방범집행기관의 지휘와 통제 하에 있고 이 지침의 절차와 비교하여 상당히 민감한 수사 검토 과정을 통해 승인된 경우에는 다른 기관의 절차가 이 지침에 규정된 절차보다 우선한다. 다른 기관이 수사를 지휘하고 통제하는 것과 상관없

277) 위 지침 II. Definition-F 항의 합동비밀공작의 개념정의 참조

278) 위 지침 III. 일반적 권한과 목적 편 참조

이 연방수사국 비밀요원이 참여하는 모든 비밀활동 또는 작전에서도 이 지침의 적용된다.

나. 비밀수사 승인

「비밀수사에 관한 법무부장관지침(Attorney General's Guideline on FBI Undercover Operations)은 비밀활동을 3단계, 즉 사전적 내사단계(preliminary inquiry)와 일반적 수사단계(general crimes investigations), 범죄정보 수집단계(criminal intelligence investigations)로 구분하여 규정하고 있다.

미국에서 위 지침에 따라 비밀작전을 하기 위해서는 소속 수사관의 신청으로 FBI에서 승인을 하고 이를 근거로 실제 수사가 시작되는 데, 이러한 승인절차에는 '일반적 승인(general approval standard)'과 특수 수사관(SAC, Special Agent in Charge)의 요청으로 지부장이 승인하는 특별승인, FBI 지휘본부에 의한 '특별승인'으로 구분 된다.

(1) 일반적 승인기준(general approval standard)

모든 직원은 제안된 비밀수사 신청과 관련하여 승인을 검토할 때 비밀요원의 활용으로 인한 성과와 부작용을 비교하는 비교형량의 방법을 채택하도록 명시하고 있는 바 승인시 고려해야 할 부작용으로는 다음과 같은 사항이 규정되어있다.²⁷⁹⁾

- 개인의 신체적 부상, 재산손실, 개인 또는 기업의 금전적 손실, 명예훼손, 또는 개인에 대한 다른 피해 등 위험
- 정부의 시민에 대한 책임 상실 또는 기타 손실 등 위험

²⁷⁹⁾ 위 지침 IV A

- 헌법이나 기타 법률로 규정하고 있는 프라이버시에 대한 침해와 비밀의 침해
- 비밀작전에 참여하고 있는 개인이 불법적 행위에 연루될 수 있는 위험
- 비밀작전 기간 중 발생할 것으로 예상되는 행위에 정부가 개입하는 것이 적합한지에 대한 문제

(2) 특수 수사관(SAC) 요청, 지부장 승인

FBI와 공조관계에 있는 조세, 마약 등 특정 수사분야(a given field office)에서 관리하는 비밀요원의 경우 해당 지부가 감독해야 하는 모든 비밀작전의 수립, 연장, 갱신은 반드시 지부장의 승인이 있어야 한다. 승인은 아래와 같은 사실과 상황을 내용으로 작성된 문서로 작성된 결정서를 필요로 한다.²⁸⁰⁾

- 추정되는 범죄행위 또는 범죄조직과 관련한 수사 활동의 개시가 적용 가능한 법무부 지침에 근거하였는지 여부
- 계획된 비밀작전은 증거 또는 필요한 정보 획득의 효과적 수단으로 보인다. 이 사실을 인정받을 수 있도록, 어떠한 선행 수사가 진행되었는지와 비밀작전이 추정되는 범죄행위 또는 범죄조직과 관련하여 필요한 증거와 정보를 획득하기 위한 기회를 가지고 있는지에 대한 설명을 포함해야 한다.

다만 비밀수사를 통한 증거와 정보수집은 탐지, 예방, 기소 등 수사목적 달성을 위한 것이어야 한다. 이러한 목적 달성을 위하

280) 위 지침 IV B

여 '일반범죄, 범죄조직, 테러조직에 대한 법무부 장관의 지침'(I 편)은 "비록 침해적일지라도 범죄의 중대성 또는 범행이나 발생 가능한 장래의 범행에 대한 정보의 신뢰성이 명백하여 그 침해가 정당화될 수 있을 경우 연방수사국은 이 지침과 일치하는 모든 법적 수사기법을 사용함에 주저하면 안 된다.

이 점은 특히 테러범의 범죄행위, 테러에 개입된 조직의 수사에서 지켜져야 한다"라고 기술하고 있다. 다른 수사 기법을 사용할 때와 마찬가지로, 지부장은 비밀작전을 검토, 승인함에 있어 이 원칙에 따라야 한다. 상기 원칙은 테러범의 범죄행위를 밝히고 기소하거나 장래 테러행위를 예방하는 데 도움을 줄 수 있는 정보를 수집하는데 비밀작전이 직접 관련된 경우 반드시 적용되어야 한다.

- o 비밀작전은 적시적, 효과적 방법으로 증거와 정보를 수집할 때에 필요 최소한의 침해로 수행되어야 한다.
- o 인식 정보원의 사용은 인식 정보원의 사용에 관한 법무부 장관의 지침에 따라 승인된다.
- o 지부장이 독자적으로 승인할 수 있는 비밀요원의 예상 가능한 모든 불법적 행위 가담은 이 지침 기술된 사항에 의해 정당화 된다.
- o. 아래에 기술된 민감하고 재정적인 상황이 발생할 가능성이 현존하지 않으면 결정서 내용에 변동은 없다.

위 SAC 특별승인사항으로 시행되는 비밀작전은 다음과 같이 기간 및 비용에 대해 규정하고 있다.²⁸¹⁾ 이 기준은 FBI가 정하는 연방사건의 경우

281) 위 지침 IV. B

로 각 주마다 기간이나 비용에 대한 기준은 조금씩 상이하다. 연방의 경우 비밀작전 승인을 받은 경우 기간은 6개월까지 비밀요원으로 활동할 수 있고, 추가적으로 6개월까지 갱신될 수 있으며 전체적 승인기간은 최대 1년이다. 또한 개시된 비밀수사는 연방수사국 본부의 승인이 없는 한 5만 달러(마약사건의 경우 1회에 지출되는 작전 비용은 10만 달러를 초과할 수 없다), 또는 연방수사국장이 때때로 설정하는 금액을 초과하는 지출을 포함할 수 없다.

또한 지부장은 지명된 부지부장에게 비밀수사의 수립, 연장, 갱신에 대한 권한부여 책임을 위임할 수 있다. 지부장에 의한 위임은 문서로 작성되어야 하고 지부에 보관되어야 한다. 그러나 연방수사국 본부가 승인해야 하는 모든 비밀작전은 지부장에 의해 승인되어야 한다. 위에 기술된 결정서는 신속히 연방수사국 본부에 송부되어야 한다라고 규정하고 있다.

(3) FBI 본부에 의한 ‘특별승인’

금전적 지출을 수반하거나 사회적 이슈가 될 수 있는 다음의 사항은 비밀요원의 종류를 불문하고 수사에 대해서 승인을 받아야 한다.²⁸²⁾

(가) 재정적 지출을 필요로 하는 상황(Fiscal Circumstance)

아래에서 상술하는 재정적 상황을 포함하는 모든 비밀작전의 경우, 지부장은 연방 수사국 본부로 재정지출에 필요한 신청서를 제출해야 한다. 승인 기준이 모든 적용 가능한 법률과 일치한다는 조건하에서 그 추천은 연방수사국장 또는 지명된 부서장에게 제출될 수 있으며 재정적 상황만을 포함하는 작전에서는 지명된 부처장에게 최종 검토와 승인을 위해 제출될 수 있다. 또한 재정적 상황만을 이유로 연방수사국 본부에 제출된 비밀작전 승인 신청서는 비밀작전검토위원회에 의해 검토되거나 승인될 필요가 없다.

282) 위 지침 IV. C

따라서 아래와 같은 상황이 예상되는 비밀수사에 대하여는 이 지침에 따라 승인을 받아야한다

- 재산, 장비, 건물, 또는 시설(설비) 등의 구입 또는 대여, 건물과 시설의 개조, 건물과 시설의 건설 및 개조를 위한 계약, 한 달 이상의 임대를 위한 비용의 선지급 등이 필요한 경우

다만 신체적 또는 기술적 감시를 위해 위장 신분을 사용하여 구입, 임대, 대여는 이 지침에서의 비밀작전이 아니다. 그러나 적합한 자금의 지출이 포함되기 때문에 적용 가능한 법률에 일치되게 연방수사국 본부로부터 승인을 받아야 한다.

- 적절한 기금 또는 비밀작전에 의해 생긴 수익금을 은행 또는 다른 금융기관에 예치하는 것이 필요한 경우
- 비밀작전에 의해 생긴 수익을 비밀작전 중에 소요되는 필요하고도 합리적인 지출을 상계하여 사용하는 것이 필요한 경우
- 비밀작전을 돕는 개인 또는 법인과 그들이 제공하는 서비스 또는 작전을 돕다가 생긴 손실에 대해 상환, 보수, 배상하는 계약이 필요한 경우(제3자와 하는 모든 계약은 연방수사국의 법률보좌관과 계약관실의 검토를 받아야 한다)
- 연방수사국장이 지부에서 개시된 작전에 대해 일정한 재원의 지속 또는 집행 제한수준을 초과한 경우

(나) 사회적으로 민감한 상황(sensitive circumstance)

수사 대상자가 사회적으로 저명하거나 파장이 예상되는 민감한 상황에 대해서는 아래 사항에 하나라도 해당하는 모든 비밀작전의 경우에는

지부장은 연방수사국 본부에 승인 신청서를 제출해야 한다. 신청서는 연방수사국 본부의 적합한 간부에게 검토를 받아야 하고, 긍정적으로 추천된다면 비밀작전의 심사를 위해 ‘비밀수사심사위원회’(Undercover operations Review Committee)에 보고하도록 되어있다. 그 후 승인 신청서는 연방수사국장이나 지명된 부서장에게 제출되어야 한다.

다음은 사회적으로 관심이 되고 있는 민감한 상황은 아래와 같다.

- 선출 또는 지명직 공무원, 선거직(사법, 입법, 행정) 입후보자, (연방, 주, 지방정부, 정치적 하부단체의), 관리책임자 등이 행할 개연성이 있는 범죄 수사
- 행정업무와 관련한 부패행위와 이와 관련된 연방, 주, 지방정부의 공무원 수사
- 외국공무원, 종교집단, 정치집단, 언론매체 등이 행할 가능성이 있는 범죄 수사
- 연방, 주, 지역정부의 합법적 활동에 상당한 영향과 침해를 가져올 수 있는 활동을 포함한 경우
- 비밀기업의 설립, 획득, 운영
- 수사대상이 범행수행에 필수적 재화와 용역을 정부가 아니면 구할 수 없는 경우
- 비밀요원의 행위(훔치거나 금지된 물건을 구입하는 행위는 포함되지 않음)가 연방, 주, 지역의 법에서 중죄로 금지하거나 중대한 범죄인 경우나 소유권자가 불분명한 훔친 재산을 거래 또는 판매, 거래되지 않을 마약의 통제배달, 총 합계액이 1백만 달러를 초과하지 않고 최대 5번의 돈세탁 거래행위, 다른 민감한

상황에 포함되지 않는 뇌물제공 행위, 개인 신분위장 또는 비밀 기업의 진짜 소유자를 숨기기 위해 제3자에게 거짓진술을 하는 경우

단, 마약통제배달, 뇌물제공, 은행 또는 금융기관에 자금을 예치하는 것을 포함하는 일정한 거래 등은 특별한 검토와 승인 절차를 거칠 가능성이 많으며, 이러한 문제는 연방수사국 본부와 반드시 협조해야 한다.

- 비밀작전에 참여하고 있는 사람이 체포되거나 법정에서의 선서나 거짓 증언을 해야 할 상황, 또는 법적, 행정적 절차에서 거짓 문서를 제공해야 할 경우
- 어떠한 개인과 그의 변호사간의 회합 또는 의사소통에 참여
- 변호사, 의사, 성직자, 언론매체 종사자로 가장하고 있는 비밀작전 요원과 제3자가 법적으로 보호되는 특별한 신뢰관계를 형성해야 할 경우
- 테러조직 수사의 일환으로 수사 중인 조직에 참여 또는 그러한 조직의 구성원을 정보원으로 채용할 경우
- 폭력, 개인에 대한 신체적 부상, 금융손실 등 상당한 위험이 예상되는 경우
- 정부에 대해 불법행위, 계약 관련 상당한 청구 제기, 재산 사용에 대한 보상 요구, 불법행위를 주장하면서 공무원 개인에 대한 청구 등 가능성이 높은 활동
- 동의 없는 제3자의 활동 또는 개입에 대한 비밀요원의 거짓 진술

수사가 민감한 상황을 포함하지 않은 경우, 연방수사국 부국장, 또는 지명된 부부서장은 위원회에 의해 검토된 비밀작전을 승인할 수 있다. 우리나라에서도 과거에 사회적으로 저명한 인사나 일정한 신분을 가진 피의자를 구속할 경우 사전에 검찰총장과 법무부 장관의 승인을 받도록 규정하고 있다가 최근에 수사의 독립성을 저해할 우려가 있다는 이유로 폐지되었다.²⁸³⁾

(4) 비밀수사심사위원회(Undercover operations Review Committee)

비밀수사에 관한 활동에 대해 위 지침은 비밀수사심사위원회(Undercover operations Review Committee) 설치를 의무화하고 있다. 이 위원회는 FBI 국장과 법무부 수사담당 차관보(the Assistant Attorney General in Charge of the Criminal Division, DOJ)에 의해 지명된 위원들로 구성되는 데, 이 위원회는 비밀요원을 실제로 활용하는 FBI와 법률전문가인 검사들을 양측으로 하여 구성되어 있다.²⁸⁴⁾ 주로 미국 연방수사국 지휘부 내지 SAC가 승인 요청하는 사항에 대해 주로 심사를 담당하고 있다. FBI소속 요원과 법률전문가인 검사들을 양측으로 구성된 위원회는 현장 중심의 FBI에 의한 비밀요원 제도 남용을 충분히 견제하고 적법성을 제고할 수 있다는 판단 때문인 것으로 보인다.²⁸⁵⁾

실제로 수사담당 차관보에 의해 임명된 위원 중 단 한명이라도 승인을 반대한다면 비밀수사에 대한 승인은 이루어지지 않도록 명시되어 있다. 반대가 있을 경우 수사담당차관보와 상의하여 재검토할 때까지 당해 비밀 활동은 중지되며, 수사담당 차관보의 재검토에 의하여도 승인이 적당하지 않다고 인정될 때에는 법무부장관의 별도 승인이 없는 한 비밀요원의 활동은 중지된다. 이 지침에 따라 사회적으로 민감한 상황(sensitive circumstance) 등 특정 중요사건에 대해서는 비밀요원에 의한 내사단계에서부터 검사의 참여와 법률적 검토, 의견 피력이 이루어지고, 그 의견이

283) 위 지침 IV E ; 오광수, 전제논문 157면

284) 상계논문 143면

285) 상계논문 143면

실질적으로 비밀활동에 대한 거부권으로 이어짐으로써 수사의 적법성과 효율성을 담보하게 된다. 이 처럼 비밀요원의 행동에 대해 실질적 승인 거부권을 검사에게 부여함으로써 비밀요원에 대한 연방검사의 통제가 가능하도록 규정하고 있다.

그러나 검사의 수사지휘권이 법률로서 규정되어 있는 우리나라 형사소송법 체계 하에서는 비밀요원제도가 도입될 경우 당연한 내부적 통제장치로서 검사의 승인제도가 도입되어야 할 것이다. 이 점은 비밀요원제도의 양성화가 수사진행 과정에서 인권을 보장하고 적법절차를 준수하게 되는 한 방안이 될 수 있음을 시사하고 있다.²⁸⁶⁾ 아래에서는 비밀수사심사위원회의 임무 및 구성 등에 대해 알아보자.

비밀수사심사위원회는 연방수사국장이 지명한 연방수사국의 적합한 직원, 법무부 범죄국장이 지명한 범죄국 검사로 구성되고, 의장은 연방수사국장이 지명한다. 민감한 상황을 포함하는 비밀수사의 승인 신청서를 지부장이 연방수사국 본부에 제출하면 위원들은 신청서 검토를 위해 회합한다. 위원회의 법무부측 위원들은 신청서를 적절한 것으로 간주하면서 적합한 연방수사국 간부, 법무부 상급 간부, 연방검사 등과 상의할 수 있으며, 위원회는 연방수사국장과 지명된 부서장에게 신청에 대한 승인가부 추천, 신청내용 변경 건의, 신청내용 수정 등을 포함하는 신청서를 제출한다.

또한 위원회는 민감한 상황의 발생 최소화, 민감한 상황에 의해 발생할 수 있는 피해와 침해의 위험성을 최소화 등의 조치가 취해졌는지를 판단하기 위해 신청서를 검토할 수 있다. 위원회가 비밀작전 승인을 추천하는 경우, 간단한 문서를 통해 해야 하는데 예상되는 민감한 상황이 발생되더라도 수사가 승인할 만한 가치가 있다는 것을 설명하는 내용을 포함해야 한다.

한편 위원회는 합의에 의해 비밀작전의 승인 추천을 다음과 같이 해야 한다. 먼저 법무부 범죄국장이 지명한 위원 중 한명 이상이 법률·윤리적, 기소적, 법무부 방침사항을 이유로 제안된 수사 승인의 추천에 동의하지

286) 상계논문 145면

않을 경우, 해당 위원은 즉시 법무부 범죄국장에게 통지해야 하고 지명된 연방수사국 부서장이 법무부 범죄국장과 상의할 기회를 가질 때까지 신청에 대해 추가조치를 하지 말아야 한다. 다음으로 신청된 수사의 승인에 긍정적 입장인 연방수사국장의 결정과 법무부 범죄국장의 의견이 다른 경우, 법무부 장관 또는 부장관의 승인 없이는 추가 조치가 이루어져서는 안 된다.

위원회는 제안된 비밀수사에 대한 승인, 집행과 관련한 상당하게 해결되지 않은 법적 의문에 대해 연방수사국의 법률보좌관, 소속 변호사 또는 법무부의 적합한 국 또는 실 등과 협의해야 한다. 또한 연방수사국장, 법무부 국장, 또는 이들에 의해 지명된 다른 공무원은 조언, 추천, 검토의견 등을 위해 정보원, 협조적 증인, 관련된 작전 등 모든 민감한 수사사항을 위원회에 회부할 수 있다. 지부장은 연방수사국 방침과 일치되게 연방수사국 본부 및 위원회의 검토를 받기 위해 이 지침에 기술된 민감한 상황이 현존하는지와 상관없이 비밀작전을 제출할 수 있다.

(5) 비밀수사의 연방수사국 본부에 신청 및 통보²⁸⁷⁾

FBI 본부에 승인 신청을 하는 모든 비밀수사에는 다음을 포함한다.

- 지부장 승인 난 비밀작전 문서
- 비밀수사에 대한 설명과 특별한 위장, 수사를 돕는 모든 정보원과 다른 수사 참여인(인적사항, 검거기록, 플리바게닝 계약 등), 수사 중인 특별한 범죄 또는 범죄조직과 연루된 것으로 알려진 개인
- 수사 기간 및 신청비용에 대한 설명과 모든 유인자와 관련한 요구사항이 얼마나 충족되었나에 대한 설명

287) 위 지침 IV F

다음은 사회적으로 민감한 상황을 포함하는 비밀수사의 승인 신청시에는 다음과 같은 사항을 포함해야 한다.

- 비밀수사는 합리적으로 발생이 예상되는 상황을 사실성에 근거하여 설명하고 어떠한 상황을 감안하더라도 비밀수사는 긍정적 효과가 기대되어야 한다.
- 비밀수사의 필요사항 충족여부 및 다른 경우라면 불법인 행위에 가담 및 침투와 채용이 필요한 이유, 수사 중인 사항과 다른 정상적인 수사활동과 관련이 없는 정보의 획득, 보유, 배포를 최소화하는 절차에 대한 설명, 그리고 헌법 및 법률의 검토가 포함된 설명
- 연방 검찰관이 민감한 상황이 포함된 비밀수사 전에 대해 검토하였고, 제안된 수사가 적절한 비밀기법이고 범죄활동의 탐지, 예방, 기소가 가지는 잠재적 효과가 모든 직접적 비용 또는 다른 피해를 능가한다는 소견을 포함해야 함

또한 비밀수사의 연장 또는 갱신 신청은 이 비밀수사에 긍정적 의견을 가진 연방 검찰관이 작성한 의견서를 포함해야 하고, 연방수사국은 본부에서 비밀작전 승인 신청을 거부하거나 비밀수사심사위원회가 의견 일치가 되지 않을 때 즉시 법무부 장관에게 통지해야 한다.

(5) 비밀수사 승인의 지속 기간²⁸⁸⁾

연방수사국 본부에 의해 승인된 비밀수사는 승인 당시의 특정한 목표를 달성하는데 필요한 이상으로 지속되지 못한다. 또한 아래 경우를 제외하고, 지속에 대한 새로운 승인 없이는 어떠한 경우에도 6개월 이상 지속될 수 없다. 다만 새로운 승인이 필요한지에 대한 결정을 위해 비밀수사

288) 위 지침 IV G

심사위원회의 검토를 받아야 한다.

또한 비밀수사심사위원회의 검토를 필요로 하는 비밀수사는 긴급 상황 발생시 30일을 초과하지 않는 기간 동안에 한하여 연방수사국의 지명된 부서장에 의해 임시로 개시되거나 연장될 수 있다. 작전의 개시, 예산 증가, 중점사항 변경의 경우 임시 승인은 다음 비밀수사심사위원회의 개최 시 추인되어야 한다.

위에서도 설명하였지만 일반승인 사항과 마찬가지로 지부장에 의해 최초 승인된 비밀수사도 12개월 이상 지속되거나 비밀수사 비용이 5만 달러 이상(마약사건의 경우 10만 달러)의 지출 또는 때때로 연방수사국장이 정하는 금액을 포함하는 경우 연방수사국이 지명한 부서장에 의해 재승인되어야 한다. 지부장이 승인하는 모든 비밀작전은 연방 수사국 본부의 승인 없이 1년 이상 계속될 수 없으며, 비밀작전 기간의 산정은 위장활동이 시작된 일자가 아니라 승인 일자로부터 시작되었다고 간주된다.

(6) 비밀요원의 불법적 활동에 참여-행동기준²⁸⁹⁾

이 지침은 비밀요원의 활동으로 발생하게 될 불법행위, 즉 고의 또는 과실에 의해 발생할 불법행위 가능성을 최소화하기 위해 행동기준을 마련하고 있다. 그러나 어떤 수사관도 채용된 비밀요원에 의한 불법행위를 승인하거나 권유해서는 안 되는데 다만 예외적으로 용인되는 경우가 있다. 이 지침에서는 불법행위가 정당화될 수 있는 사유와 그로 인한 피해의 최소화에 대한 기준을 제시하고 있으며, 비밀요원이 해서는 안 될 금지사항을 기술하고 있다.

먼저 예외적으로 인정되는 위법관련 행위로 ‘정당화 사유(justification)’²⁹⁰⁾로 수사의 성공을 위해 필요한 증거나 정보의 획득, 그리고 불가피하게 불법활동이 개입되지 않고는 합리적으로 수사가 불가능한 경우이거나 위장신분의 신뢰성을 구축하거나 유지 또는 사망 또는 중상 방지를 위한 경우에는 불법행위가 인정된다. 둘째, ‘최소화(Minimization)’ 문제로 연방수사국은

289) 위 지침 IV H

290) 위 지침 IV H

불법 활동에 비밀요원이 가담하는 것을 최소화하는 합리적 조치를 취해야 한다. 셋째, ‘금지사항(Prohibition)’으로 비밀요원이 해서는 안 되는 사항을 말하는데 이 지침에 따르면 ‘자기 방어 이외 모든 폭력행위 가담’ 그리고 ‘합정수사의 회피와 관련된 경우를 제외하고는 범행모의를 부추기거나 자극하는 행위 또는 불법 수사기법을 활용하는 행위에 가담(예를 들어, 불법 감청, 불법 우편 열람, 가택침입, 불법 수색에 이를 정도의 침해)’ 하는 경우에 예외적으로 인정하고 있다. 넷째, ‘자기방어(self defence)’를 위한 적절한 수단을 취하는 것도 일반적 정당방위의 원리에 따라 용인 된다. 이 지침의 어떤 내용도 자신 또는 나쁜 세력에 대항하여 다른 사람의 생명을 보호하기 위한 긴급 상황에서 합리적 자기방어 수단을 사용하는 것을 금지하지 않는다. 다만 이런 사항은 연방검찰관에게 보고되어야 하고, 연방검찰관은 가능한 빨리 법무부 범죄국장에게 통지해야 한다. 비밀수사와 관련하여 비밀요원의 활동과정에서 발생하는 불법행위에 대해서는 사후적 승인을 받아야 하는데 이 지침은 승인과 관련하여 SAC가 일반적 승인권한을 가진 경우와 비밀수사심사위원회와 연방수사국 부국장에 의해 추가적으로 승인을 받는 경우, 그리고 비밀수사심사위원회와 연방수사국장이나 부국장 등 고위간부의 추가승인을 받아야 하는 경우를 상세히 규정하고 있다.

첫째, 지부장(SAC)은 비밀요원의 활동과정에서 발생하는 아래 활동을 승인해야 한다.

① 경범죄 또는 비슷한 경미한 범죄(misdemeanor) ② 지역법에서 불법으로 규정하고 있을 지라도 합의에 의한 감시 ③ 훔치거나 금지된 물품의 구입 ④ 정당한 소유자에 의해 추적이 불가능한 훔친 재산의 거래 또는 판매 ⑤ 판매되지 않을 마약의 통제배달 ⑥ 민감한 상황에 포함되지 않는 뇌물 전달 ⑦ 개인 신분 또는 비밀기업의 진짜 소유자를 숨기기 위해 제3자에게 거짓으로 하는 진술 ⑧ 총 합계액이 1백만 달러를 초과하지 않는 5회 이하의 돈세탁 거래에 대하여는 지부장이 승인해야 한다.

둘째, 비밀수사심사위원회(Undercover operations Review Committee) 및 연방수사국부국장의 승인사항으로 연방, 주, 지방정부의 법률에 중죄(felony) 또는 이와 비슷한 범죄로 규정된 범죄를 범해야 할 경우 셋째,

폭력 또는 신체적 부상의 상당한 위험을 포함한 활동이나 예상 또는 예측하지 못한 위험한 상황, 비밀작전이 범죄활동 중 폭력을 가져올 경우 그리고 비밀요원, 정보원, 협조적 증인이 다른 방법으로 범죄활동에 참여하는 등 경우에는 비밀수사심사위원회(Undercover operations Review Committee)와 연방수사국장이나 부국장 등 고위간부의 추가승인을 받아야 한다.

(7) 임시 및 긴급 승인²⁹¹⁾

비밀수사에 대해 지부장은 문서로 작성된 승인 결정서 작성에 소요되는 시간으로 인해 중요한 수사 기회가 상실될 수 있다고 판단할 때, 구두로 비밀수사를 승인할 수 있다. 문서로 작성된 승인 결정서(구두 승인의 정당성 포함)는 즉시 작성되어 연방수사국 본부로 제출되어야 한다. 긴급 임시 승인절차는 제안된 비밀수사를 신속히 검토하고 승인할 준비가 되어 있는 연방수사국 본부에서 이루어져야 하며, 48시간 이내에 최초의 소견 및 긴급 상황을 설명하는 문서와 함께 연방수사국 본부로 제출되어야 한다. 긴급한 승인이 통보되는 즉시, 연방수사국 본부는 비밀수사심사위원회의 법무부측 위원에게 통보해야 한다. 만약 추가로 문서로 작성된 승인 신청이 거절되는 경우, 작전 기간 중 행해진 모든 활동에 대한 보고서를 연방수사국장에게 제출해야 하며, 연방수사국장은 법무부 부장관에게 통보한다.

한편 온라인 비밀수사에서, 지부장 또는 지부장의 지명자는 온라인 비밀수사의 신청을 준비하고 승인을 위해 제출하는 동안 신뢰를 유지하거나 대상자와의 접촉의 영구적 손실을 막기 위해 대상자와의 온라인 접촉이 필수적인 경우, 문서를 통해 30일을 초과하지 않는 기간 내에 온라인 접촉을 지속시킬 수 있다.

학계와 의회에서는 비밀요원에 대한 통제수단으로 영장주의를 도입하는 주장과 입법을 통한 통제를 일부에서 주장하고 있다. 비밀요원에 의한

291) 위 지침 IV I

인권침해의 가능성은 오히려 일반수사보다 크며, 헌법상 일반원칙인 적법 절차 보장, 영장주의를 배제할 근거가 없다.

(8) 선량한 사람을 함정수사로부터 보호하기²⁹²⁾

함정수사는 정부가 다른 경우라면 범죄를 행하지 않을 사람의 마음에 범죄를 행할 의향을 심고, 기소를 위해 그 범죄 수행을 유인할 때 발생한다. 함정수사에 대한 법적금지에 더하여, 함정수사 관련사항이 범죄기소에 불리하게 영향을 미치지 않도록 추가적 제한 규정이 연방수사국 비밀수사를 통제한다. 결과적으로, 승인권자가 다음 사항에 만족하지 않는 한 개인을 범죄에 개입하게 유도하는 모든 비밀활동은 승인될 수 없다. 비밀활동의 불법적 측면은 잠재적 대상자에게 상당히 알려져 있다. 비록 법에 의해 요구되지는 않지만 정부가 범죄적 의도나 성향이 없는 사람에게 범죄에 대한 유인을 제공하지 않는다는 것을 확정적으로 시행하도록 만든 것이다. 이 기준은 비밀활동이 생명 보호 또는 다른 중대한 부상 예방을 위해 필요하다는 문서화된 소견을 가진 연방수사국장만이 적용을 배제할 수 있다.

(9) 비밀수사의 감시와 통제²⁹³⁾

(가) 비밀요원, 정보원, 협조적 증인의 준비

- ① 수사에 앞서, 지부장 또는 지명된 관리직 활동요원은 각 비밀요원과 함께 비밀요원이 수행할 것으로 예상되는 행위와 수사기간 동안 필요할 행위를 검토해야 한다. 지부장 또는 관리직 활동요원은 각 비밀요원과 함께 발생할 가능성이 있는 모든 민감하거나 재정적 상황을 토의해야 한다.

292) 위 지침 IV V

293) 위 지침 IV - IV

- ② 각 비밀요원은 모든 폭력행위에 가담, 범행 계획을 제안하거나 부추김, 정보 또는 증거를 얻기 위해 불법적 수사기법을 사용, 또는 수사기법의 제한 규정이나 법무부 장관의 지침(또는 법무부 정책)에 포함된 연방수사국 행동규범을 위반할 수 있는 행위에 개입 등을 해서는 안 된다고 교육받아야 한다. 그리고 긴급한 상황을 제외하고는 이 지침에 의해 승인되지 않은 모든 불법적 행위에 참여해서는 안 된다. 비밀요원은 합정수사와 관련한 법에 대해 교육받아야 한다. 비밀요원이 수사대상인 사람이 폭력적 범죄를 행할 의도가 있다는 점을 알게 되었을 때 비밀요원은 폭력을 자제시키는 노력을 해야 한다.

(나) 행동의 검토

때때로 비밀작전 기간 동안 지부장은 비밀요원과 비밀작전에 참여하고 있는 다른 사람의 행동, 수사의 그 밖의 다른 사람의 모든 제안되거나 합리적으로 예상 가능한 행동 등을 검토해야 한다. 허용될 수 없는 행동의 모든 소견은 해당인과 논의해야 하고 지명된 부부서장과 비밀작전심사위원회 위원에게 즉시 보고되어야 한다. 수사에 해당인이 계속 참여해야 하는지 여부에 대해 결정이 내려져야 한다.

(다) 적합한 연방검찰관과 지속적 협의

비밀수사가 개시되자마자 그리고 비밀수사의 기간 동안, 지부 또는 지명된 관리직 활동요원은 지속적으로 적합한 연방검찰관과 특히 작전의 적정성, 합법성, 그리고 활동에 의해 획득한 증거의 증거능력 등에 대해 상의해야 한다.

- (라) 중대한 법적, 윤리적, 기소적 또는 법무부 방침상 의문점, 그리고 예견되지 못한 민감한 상황

① 지부장은 모든 비밀작전에서 중대한 법적, 윤리적, 기소적, 또는 법무부 방침상 의문점이 제기되거나 예상하지 못한 민감한 상황이 발생할 때마다 비밀수사 심사위원회의 의장, 연방수사국 본부와 협의해야 한다. 연방수사국은 이러한 사항과 관련하여 수사를 수정, 연기, 종결할 지에 대해 연방검사, 법무부 국장, 또는 그 대리자, 그리고 비밀수사심사위원회의 법무부측 위원과 협의해야 한다.

② 예상하지 못한 민감한 상황이 발생하는 경우, 지부장은 기존에 지부 수준에서 승인된 비밀수사의 승인을 위해 연방수사국 본부에 문서화된 신청서를 제출하거나 연방수사국 본부에 기존 신청내용을 수정해야 한다.

(마) 비밀수사심사위원회의 연례보고서

① 비밀수사심사위원회는 신청에 대한 위원회의 조치에 대한 문서화된 기록과 모든 승인권자의 최종적 처분과 함께 제출된 모든 비밀작전 승인 신청 서류를 보관해야 한다. 연방수사국은 또한 위원회에 의해 승인이 추천된 각 비밀수사의 개요를 마련해야 한다. 이 기록과 개요는 법무부 부장관과 범죄국장이 지명자에게 의한 감사에 활용될 수 있어야 한다.

② 매년 위원회는 연방수사국장, 법무부 장관, 부장관, 범죄국장에게 다음 사항을 요약한 보고서를 제출해야 한다.

㉓ 승인, 비승인 비밀수사의 유형(승인이 나지 않은 경우 사유 포함)

㉔ 신청서를 검토하면서 위원회가 논의한 중대한 사항과 그 사항을 어떻게 해결하였는가에 대한 내용

㉕ 위원회에 의해 추천된 작전에 대한 모든 중대한 수정

(바) 수익의 보관, 비밀기업의 청산

비밀수사로부터 생긴 모든 수익이 활동수행에 필요하지 않게 되는 대로, 잔여분을 기타수입으로 재무부에 예치해야 한다. 법무부 예산 승인 법 또는 다른 적용 가능한 법에 정해진 금액 이상의 순가치를 가진 비밀 기업을 청산, 매각, 양도할 때마다 연방수사국은 법무부 장관과 감사원장에게 상황을 보고해야 한다. 의무관계를 충족한 청산, 매각, 양도의 수익은 기타수입으로 재무부에 예치되어야 한다.

3. 비밀 정보원(confidential informants) 제도

가. 미국의 비밀정보원(confidential informants) 제도

미국에서는 비밀 정보원(confidential informants)과에 대해 채용에서부터 해고 이후까지 매우 철저히 관리하고 있다. 특히 마약범죄에 활용되는 비밀정보원은 채용 전 엄격한 사전심사와 관리로 마약범죄 -수사에 매우 효과적인 성과를 거두고 있다. 물론 이 제도는 일반범죄에서도 활용되고 있으나 마약, 매춘, 조직범죄 등 범죄 증거 포착이나 증거물 확보가 어려운 수사 또는 수사기관이 접근이 곤란한 사건에 대해 그 효용성이 높다. 그러나 미국에서도 이 제도는 수사보조 수단으로 활용되고 있는데 이는 비밀정보원을 수사기관이 직접 찾아 수사에 활용하기 보다는 개인이 필요에 의하여 비밀정보원이 되기 위해 수사기관을 접촉하는 경우가 많다는 사실을 보면 알 수 있다. 따라서 이들이 실제 수사과정에 기여하는 정도가 일반인이나 순수 제보자 보다 훨씬 높을 뿐만 아니라 금전적 대가 외에도 실제 비밀정보원으로서의 역할을 기대하고 이러한 기회를 국가나 사회에 봉사한다는 생각을 하며 접근하는 예도 다수이다. 즉 미국이 비밀정보원의 활용과정에서 발행하는 수사기관과의 대가관계로 인한 증거능력의 문제, 배신의 문제, 잘못된 활용으로 인해 발생하는 사회적 비난을 감수하면서 이 제도를 활용하는 것은 수사기관의 수사활동 한계를 극복해주고, 아울러 사건해결에 효과적이기 때문에 재론의 여지가 없다. 그러나 미국

은 합법적 수사기법으로 비밀정보원을 활용하지만 그 규제는 매우 엄격하며, 비밀정보원과 수사기관 사이에 수사에 대한 공감대와 신뢰가 이미 형성되어 정착되었다.

그렇다면 미국의 경우 비밀정보원(confidential informants)을 합법적인 수사기법으로 활용할 수 있게 된 배경과 그 근거는 무엇인가?

첫째, 미국은 비밀정보원의 활용으로 인한 범죄수사결과에 대해 대체적으로 만족하는 사회정서와 비밀정보원 활용으로 인한 피해가 그리 크지 않다는 일반 국민의 경험적법 감정이 크게 작용하고 있는 것으로 보인다.²⁹⁴⁾

둘째, 비밀정보원을 활용하는 수사기관에 대해 미국인은 그 순수성과 합목적성을 인정하고 있으며, 사회적으로 범죄를 용납할 수 없다는 분위기와 범죄 척결에 대한 신고정신이 확립된 문화도 그 근거가 될 수 있다. 이렇듯 일반국민 누구나 범죄의 신고에 익숙한 문화가 전문적 제보자인 비밀정보원의 양성화에 크게 기여하고 있다.²⁹⁵⁾ 우리나라의 경우 신고자를 오히려 밀고자나 배신자로 낙인하고 주위에서 발생하는 범죄나 사건을 남의 일이라는 이유로 당국이나 수사기관에 신고하는 것을 꺼리는 우리 국민의 범죄 신고 문화를 감안한다면 비밀정보원 양성화는 일반국민의 법 감정에 충분한 설득과 이해를 전제로 해야 할 것이다.

나. 비밀정보원(confidential informants)의 통제

비밀정보원은 비밀요원(Undercover)과는 달리 신분상 공무원이 아닌 수사기관에 협조한 단순한 민간인이라는 차원에서 그 활동이나 권한에 대해 철저한 통제가 요구되며, 또한 금전적 보상이나 다른 범죄를 유발할 수 있고, 그로 인해 대가문제가 법정에서 증거능력이 부정되는 등 법정 다툼의 원인이 되기도 한다.

따라서 미국의 경우 각 주는 물론 연방은 비밀정보원에 대해 여러 가지 방법으로 통제를 하고 있는 데 비밀요원과 마찬가지로 비밀정보원에 대한

294) 오광수, 전제논문 156-157면

295) 오광수, 전제논문 157면

지침을 규정하여 자세한 활동 통제를 정하고 있다. 아래에서는 미국 연방 정부의 법무부 장관의 지침을 중심으로 살펴보고자 한다.

(1) 비밀정보원(confidential informants)의 등록 절차

비밀정보원(confidential informants)에 대한 등록은 수사기관이 필요에 의해 비밀정보원을 모색하거나 자발적으로 비밀정보원이 되려는 자에 대해 사전에 정부의 수사업무에 적합한지 여부를 판단하는 ‘적합성 판단(suitability determination)’을 하다.²⁹⁶⁾ 이러한 판단을 근거로 비밀정보원에 대해 사전에 교육을 실시하고, 등록을 하게 되는데 법무부 지침에는 특정인의 경우 ‘비밀정보원심사위원회(Confidential Informants Review Committee, CIRC)’를 설치하여 비밀정보원 승인 절차 및 법무부 범죄수사국(Criminal Division)의 검토를 받도록 하고 있다. 이러한 특별승인 절차를 요하는 사람들은 ① 기업체 간부(high level confidential informants) ② 기밀보유자나 언론 종사자(legal privilege of confidentiality and media) ③ 구속자, 가석방 중인 자, 집행유예 기간 중에 있는 자(federal prisoner, probationers, parolees, detainees and supervised releasees) ④ 증인보호 프로그램에 참여하였거나 참여중인 자(current or former participants in the witness security program) ⑤ 도망자(fugitive) 등이다.²⁹⁷⁾

(2) 비밀정보원(confidential informants)과 그 관련자의 주의 의무²⁹⁸⁾

비밀정보원의 관리 및 통제에 대해서는 원칙적으로 수사기관 내부 또는 담당 수사관 스스로 통제하도록 자기통제(self-regulation)에 맡기고 있는데, 이에 통제방식에 따라 비밀정보원이나 이를 관리, 담당하는 수사기관에게는 엄격한 의무를 부과하고 있다.

296) 법무부 지침 II. A-C

297) 위 지침 II. D

298) 위 지침 III. A-B

다음은 위 지침에 규정된 JELA²⁹⁹⁾와 비밀정보원의 주의의무에 대한 내용이다.

(가) JLEA요원은 비밀정보원에 대한 수사나 체포를 하지 않기 위해 최대한 노력을 기울여야하며, 어떤 요원도 비밀정보원에 대한 신원이나 수사사항을 누설하여서는 안 된다. 비밀정보원에 대한 별도의 수사 등으로 인하여 기존의 진행 중인 수사가 방해받는 것을 방지하기 위한 것이다.

(나) 거래관계의 차단을 위하여 어떤 요원도 비밀정보원과 선물을 주고받거나 금전거래를 하여서는 안 된다. 수사요원과 비밀정보원간에 물질적 거래관계가 성립될 경우 비밀정보원 등록을 가장하여 특정 범죄자를 보호하거나 편의제공을 시도할 우려가 있기 때문이다. 가시적 성과가 불투명한 비밀정보원이 수사의 성격상 구속될 가능성이 있거나 지명수배 중인 사람을 비밀정보원으로 활용한다는 명분아래 동인을 함부로 석방하거나 형사처벌을 받지 않도록 조작하는 것을 방지하기 위함이다.

(다) 금전지급(monetary payment)은 사건 당 비밀정보원에게 지급할 수 있는 금액이 2,500달러 이상 25,000달러 이하이다. 이 금액은 연방기준이고, 각 주마다 액수를 달리한다. 단, 1년에 특정 비밀정보원에게 지급되는 총액은 10만 달러를 초과하는 경우에는 특별승인을 받아야 한다.

(3) 비밀정보원(confidential informants)에 대한 통제

비밀정보원에 대한 통제는 비밀요원(Undercover)의 경우와 동일한데, 기본적으로 법무부나 주 정부에 의한 내부적 통제(government self-regulation)가 원칙이다. 비밀정보원에 대해서는 특별한 입법사항이 없으나 대법원과 연방법원이 판례로 비밀정보원의 적법성을 일부 인정하거나 간접적으로 그 합법성을 인정하고 있다.³⁰⁰⁾ 그러나 내부통제라고 하더라도 비밀정보원에 대한 등록 및 활동은 연방의 경우 법무부 장관의

299) JELA(Department of Justice Law Enforcement Agency)는 비밀정보원(IC) 사용에 관한 법무부장관 지침에 ① 마약수사국(DEA) ② FBI ③ 이민국(the immigration and Naturalization Service) ④ 연방보안관(the U.S Marshals Service) ⑤ 법무부 범죄수사국(the Department of Justice of the Inspector General) 을 포함하는 수사기관을 말한다. 위 지침 I. B. 1

300) 오광수, 전계논문 160면

지침에 의한 철저한 통제가 이루어지고 있고, 주 정부의 경우에도 크게 다르지 않다.

다음은 연방정부의 지침에 따른 비밀정보원에 대한 통제에 대해 살펴보면 비밀정보원은 위법행위가 금지되고 위법행위가 예상되는 경우 특별 승인을 받아야 한다.³⁰¹⁾ 먼저 비밀정보원이 수사를 받거나 체포되거나 기소될 우려가 있다고 판단되는 경우 JLEA 요원은 이 사항을 연방검사장(Chief federal prosecutor)에게 보고하여야 하고, 승인받지 않은 위법행위에 비밀정보원이 연루될 수 있는 상황이 발생할 경우 위 검사장에게 즉시 보고하여야 한다.³⁰²⁾

또한 비밀정보원의 지정 및 활동은 언제든지 중단할 수 있는데 JLEA 담당요원은 비밀정보원의 활동을 정지시킬 필요가 있다고 판단되는 경우 즉시 해당 비밀정보원에게 이를 통보하고, 활동을 정지시키는 이유를 작성해야 한다.

우리나라의 경우 실제 수사기관이 수사 활동에서 비밀정보원을 대가관계로 등록하여 활용하거나 미국의 경우처럼 비밀요원과 비밀정보원에 대한 법규나 지침 등이 없으며, 수사기관이 권한과 의무를 가지고 비밀정보원을 관리하거나 통제하는 제도 또한 없다. 한편 수사기관에서 조사를 받거나 일정한 혐의가 인정되어 피내사자 또는 피의자 신분으로 조사를 받고 있는 자가 형량을 줄일 목적 또는 석방을 위하여 검사에게 유죄답변교섭(plea bargaining)을 요청하며 수사에 협조하거나 비밀정보원과 같은 역할을 하는 경우가 있다. 특히 마약범죄 수사의 경우 체포 현장이나 기소 전 또는 기소 후 석방이나 감형을 목적으로 유죄답변교섭 제도를 허용하고 있다. 그러나 우리나라는 미국의 경우처럼 함정수사에 대한 법규나 지침이 없어서 수사기관에 의한 위법한 함정수사 가능성을 배제할 수 없으며 이로 인해 수사기관 담당요원의 개인적 피해가 발생하기도 한다. 따라서 이제는 함정수사로 인한 선의의 제3자 피해를 사전에 예방하고, 국제마약조직으로부터 국익보호를 위해 함정수사에 대한 입법적 대응 및 현장 수사관들을 위한 지침을 마련이 시급한 시점이다.

301) 위 지침 III. C

302) 위 지침 IV A-F

4. 비밀요원(Undercover)과 비밀정보원(confidential informant) 활용의 문제점

미국은 비밀요원(Undercover)과 비밀정보원(confidential informant) 제도의 부작용을 최소화하기 위해 자기규제(self-regulation)를 원칙으로 다양한 통제장치와 사전·사후적으로 많은 노력을 하고 있으나 여러 가지 부작용이 생겨나고 있다. 위에서도 살펴보았지만 위 지침에서 함정수사는 원칙적으로 금하고 있다. 그러나 이러한 부작용은 법률적 문제에 한정되지 않고 다양한 분야에 걸쳐 발생하는데, 이는 입법이나 각종 사회적 프로그램을 통해 해결하는 수밖에 없다. 다음은 비밀요원과 비밀정보원 제도와 관련하여 대표적인 부작용에 대해 기술한다.³⁰³⁾

(1) 국가와 수사기관의 윤리성에 대한 신뢰의 추락문제

비밀요원(Undercover) 제도는 자신이 수사관이라는 신분을 숨기고 수사 대상자에게 접근하여 관련 범죄정보를 수집하게 되므로 수사과정이나 재판과정에서 국가가 비밀요원을 활용하여 국민을 기망(trickery)하였다는 비난과 국가의 신뢰도 및 윤리적 비난을 면키 어려울 것이다.

(2) 정치적 악용 가능성

1980년 메릴랜드 주의 상원의원이던 Robert Bauman은 매춘을 시도하였다는 이유로 기소되어 집행유예를 선고받고 재선에 실패한 예가 있다. 당시 로버트 상원의원은 이 사건을 자신을 낙마시키려는 카터정부의 비밀요원(Undercover) 활용이라고 주장하였다.³⁰⁴⁾ 비밀요원의 활동이 정치적 이해관계에 따라 특정 지역이나 특정 집단에 집중될 경우 정치적으로 악용되었다는 비난을 받을 수 있다.

303) 오광수, 전계논문 150-151면

304) R. Bauman, The Gentleman form Maryland(1986)

(3) 제3자에 대한 명예훼손 가능성

비밀요원(Undercover) 활동 중 작성된 보고서와 각종 서류는 공판이나 사전심리(pretrial)과정에 공개된 경우 피의자와 대화를 하였거나 접촉하였던 제3자의 언동이 공개될 가능성이 있다. 이는 단순한 사생활 침해의 문제가 아니라 제3자가 피의자의 범죄에 연루되어 있다는 인상을 일반인에게 심어주어 당사자의 명예에 심각한 훼손을 가져올 수 있기 때문이다.

(4) 제3자에 대한 간접적 손해

비밀요원(Undercover) 활동으로 인하여 선의 내지 수사관에 호의적인 제3자가 손해를 보는 경우도 많다. 비밀요원이 도난차량 매수인으로 가장하여 특정한 자동차 중개상에 잠입한 경우 수사가 끝나고 나서 선의의 자동차 중개상은 장물을 중개한 중개상으로 낙인찍혀 매출이 감소하거나 사업을 포기해야하는 경우도 발생할 수 있다.

(5) 비밀요원 자신이 겪는 부작용

비밀요원으로 활동하는 경찰관 등은 신분을 위장해야 하는 경우가 많아 가족까지 본인의 직업을 속여야 할 때가 있고, 가족을 떠나 먼 지역에서 머물면서 신분을 위장해야 할 때도 있다. 이러한 경우 경찰관이 오랜 기간 동안 겪어야 할 사회적 심리적 고통에 대한 보상의 문제가 발생하는데 종종 대가관계가 개입되는 비밀 정보원(confidential informants)과는 달리 신분이 공무원이라는 데 대해서 금전적 보상근거를 마련하는 자체가 어려울 것이다. 더욱 중요한 것은 비밀요원으로 활동하던 중 신체적 손상이나 불의의 사고를 당하는 경우도 있을 것이다.

그리고 비밀요원으로서 수행한 사건이 본의 아니게 상대방이나 제3자에겐 피해를 발생케 하여 다른 수사기관의 조사를 받거나 기소가 되어 재판에 회부될 경우 등 형사적 책임문제와 민사적 손해배상을 해야 하는 경우도 발생할 것이다.

이러한 예상되는 부작용이나 문제점에 대해서는 국가나 해당기관이

제도적으로 이를 최소화 할 수 있는 체계를 마련해야 할 것이고, 부작용이 발생한 후에도 사후처리 문제에 보다 적극적으로 비밀요원을 보호해야 할 것이다.

(5) 비밀 정보원(confidential informants)의 경우

미국의 경우 비밀정보원의 관리는 실제 담당 수사관이 한다. 위 비밀 정보원 지침에 규정되어있는 것처럼 JELA와 비밀정보원간은 실제 수사 활동을 주도하는 입장으로 현장 활동시 비밀정보원이 권한과 자신의 입장을 넘어서는 행위를 하거나 외부에 자신의 위치를 과장하여 알리고 이를 근거로 다양한 불법행위를 행할 가능성이 매우 높다. 따라서 우리나라도 비밀정보원 또는 수사 협조자에 대한 활용지침이 필요한데 수사결과를 기준으로 볼 때 매우 효과적인 제도임에도 불구하고 이에 대한 법령이나 지침이 부재하여 위에 언급한 부작용이 발생하기도 한다.

제5장 결 론

금세기 들어 인류는 빛나는 문명의 발전과 더불어 많은 공동의 과제를 안고 살아가고 있다. 아프리카나 남미의 밀림지대에는 아직도 이 시대의 문명과는 거리가 먼 다른 세상에서 인간본능에 의존하며 생활하는 원시인들이 있는가 하면 지구 밖 우주의 공간에서 새로운 미지의 세계를 개척하며 생활하는 사람이 있다. 한마디로 원시화 초현대가 공존하는 시대에 우리는 살고 있다. 그러나 지금의 지구촌은 19세기 제국주의나 20세기 냉전시대와는 달리 각 나라마다의 이익을 위해 싸우고 있고, 인류생존을 위한 최소한의 공동의 노력을 하고 있다. 과거 수십 년 전부터 인류는 미래를 위협하는 다양한 문제에 대해 예측을 했고, 미약하나마 그 위협에 대비해온 것도 사실이다. 그러나 최근 자연환경의 파괴로 인한 인류의 재앙은 세계 곳곳에서 발생하고 있고, 자연 앞에 인류는 너무도 미약한 존재임을 수 없이 경험하고 있다. 자연의 힘은 참으로 위대한 것이다.

자연의 재앙 다음으로 인류를 위협하는 것이 바로 국제범죄다. 이미 전 세계 사람들은 9.11 테러사건 당시 화염에 휩싸여 검은 불기둥을 내뿜으며 힘없이 주저앉는 인류의 상징적 건물을 목격하면서 테러조직 등 국제범죄조직의 위협성에 대해 체험하였다. 그러나 테러 못지않게 인류를 위협하는 요소가 바로 마약 범죄이다. 위에서 언급하였지만 지구의 인구의 약 5%가 마약류에 노출되어있고, 마약으로 인해 인류는 점점 병들어 가고 있다. 국제마약조직은 이제 국가나 지역을 초월하여 범죄가 자행하고 있고, UN이나 각국의 정보·수사기관의 공동노력에도 불구하고 마약 생산에서 판매에 이르기까지 매우 조직적이며 체계적으로 불법 마약거래를 하고 있다. 세계 각국도 국제마약조직에 대한 정보 교류와 국가 간 사법 공조 및 범죄인 인도 등 국제협력을 통해 신속하면서도 효과적으로 대처하고 있으나 마약조직의 범죄수법에 비해 대처 방법이 미흡한 것은 사실이다. 물론 1988년 「마약 및 향정신성물질 불법거래통제를 위한 협약」 및 2000년 「초국가적 국제 조직범죄 방지협약」을 계기로 국제사회가 이른바 국제 마약범죄에 대해 「범 세계주의」 입장을 확대하며 공동 대처하는 것은 때

우 고무적인 일이며, 지속적인 협조가 필요하다.

한편 초국가적 범죄인 국제마약범죄의 국내 침투 및 확산을 막기 위해 이번 연구에서 합정수사의 한계와 국내에서의 입법화 등 제도화 문제를 살펴보았다. 이 연구의 궁극적인 목적도 해외 및 국내에서 활동 중인 국제마약조직으로부터 국민의 생명과 국가의 이익을 보호하자는 것이다. 그러나 국제마약범죄에 대한 색출·차단을 위해 활용하고 있는 합정수사제도는 그 목적을 실현하려는 과정에 항상 개인법익과 국가나 사회의 공동의 법익이 대립된다. 한마디로 헌법상 국민의 기본권 보장과 법치주의 원리 및 형사법적 기본이념인 실체적 진실발견이라는 대원칙이 충돌한다.

마약도 잘 쓰면 약이 되고, 잘 못쓰면 독이 되듯이 합정수사도 일정한 기준과 지침을 원칙으로 엄격하게 시행하면 국가와 사회를 위해 매우 좋은 제도인 것이다. 21세기에 맞는 합정수사 제도를 정착시키려면 위에서 설명한 바와 같이 헌법상 적법절차를 통한 인권보장과 효율적인 수사를 통한 국가의 형벌권 행사가 조화를 이루어야 하겠다. 과거와 같이 강제수사가 어느 정도 용인되던 시대는 지났으며, 이제 선진 민주국가로의 진입을 앞두고 있는 시점에서 이미 우리나라는 수사와 재판과정을 통해 많은 인권보장 제도가 마련되어 시행중이고, 적법절차를 거치지 않은 수사는 그 결과에 상관없이 수사당국은 물론 국민적 지지를 받지 못하고 오히려 비난의 대상이 되고 있다. 위법한 합정수사를 억제하기 위한 방법은 사전에 위법수사의 개시가능성을 차단하는 것이다. 이는 국가기관의 신뢰성 확보와 위법수사로 인한 피해의 문제점을 사전에 예방하는 가장 바람직한 방법이다. 이러한 점에서 미국 법무부 장관의 비밀수사지침은 매우 효과적인 수단이 될 것이다. 물론 위법한 수사로 인해 발생한 피해에 대해 사후적으로 구제하는 것도 중요하지만 이는 위법수사를 억제하는 차선책일 뿐이고, 위법수사가 행해져 피해가 발생하게 되면 이미 수사기관의 권위와 위상은 심히 훼손될 것이며, 이와 더불어 국민적 신뢰나 지지는 기대하기 어려울 것이다.

그렇다면 국민의 인권보장이라는 측면과 수사의 효율성 및 실체적 진실발견, 그리고 피해자의 보호를 위한 합정수사는 어떠한 제도로 정착되어야 할 것인가?

결론적으로 이미 위 본론에서 살펴보았듯이 합정수사에 대한 원칙을 정한 법규가 우선적으로 입법화 되어야겠으며, 이를 실현하기 위한 구체적이면서도 엄격한 기준이 제시된 합정수사 지침을 마련하는 것이 우선되어야 할 것이다. 아울러 과거 관행이라는 이름으로 당연시되었던 합법적이지 못한 수사기법이나 수사절차 등에 대한 면밀한 검토가 선행되어야 함은 물론이다. 또한 합정수사 제도의 조기정착을 위해서는 먼저 위법한 합정수사로 발생한 피해 사례를 중심으로 그 원인과 문제점을 분석하고, 수사 과정이나 현장에서 발생되기 쉬운 상황을 사전에 집중적으로 교육을 실시하여야 할 것이다. 실무교육을 통한 합정수사 연구와 병행하여 합정수사에 대한 체계화가 이루어져야 할 것이다. 즉 미국에서 시행하고 있는 합정수사에 대한 ‘비밀수사심사위원회’를 만들어 사전·사후통제를 철저히 하고, 합정수사 단계별로 구체적인 수사지침을 마련하여 합정수사를 담당하는 비밀요원이 명확한 기준을 토대로 수사 활동을 전개해야 할 것이다. 합정수사는 개인의 인권을 담보로 국가나 사회의 공동 이익을 보호하려는 제도인 만큼 예견되지 못한 상황으로 인해 발생한 피해 또한 철저하게 구제해 주어야 한다. 이는 합정수사의 대상자인 피의자뿐만 아니라 합정수사에 직접 투입되는 비밀요원 및 비밀정보원에 대한 보호도 반드시 고려되어야 할 문제다.

앞서 설명한 미국의 FBI 비밀수사 지침이나 비밀수사심사위원회 제도 및 독일과 같은 법규가 없는 우리나라로서는 효율적이면서도 법 집행의 한계를 넘지 않는 수사과 명백한 기준에 의한 공정하고도 합리적인 판결을 통해 사회방위와 인권보장이라는 상충되는 가치를 적절히 조화시키는 것이 중요하다. 또한 합정수사의 제도화를 위해 입법적 연구 및 미국과 독일 등 선진국가의 합정수사제도를 도입하여 관행적으로 시행해온 합법적이지 못한 수사의 문제점을 바로 잡아 나가야 하겠다. 국민의 인권을 보장하고 사회적 안정을 지켜가며 국가의 이익을 보호하기 위해 공정하면서도 합리적인 수사제도의 시행이야말로 국민적 신뢰와 지지를 받는 국가의 법집행기관이 되기 위한 선결과제인 것이다.

국민을 위해 국민과 함께하는 합정수사제도가 완성되길 바란다.

< 참고 문헌 >

【 국내 문헌 】

- 강구진, 『형사소송법 원론』, 학연사, 1990
- 강구진, 『형법총론』, 법문사, 1996
- 경찰청, 『러시아 극동지역 국제범죄조직 큰 움직임』
- 고수복, 「함정수사의 위법성 판단기준과 법적효과의 상호관계에 관한 연구」, 연세대, 2004
- 국가정보원, 『국제범죄 대응정책 연구논총』, 제2호, 2006
- 국가정보원, 『해외 국제범죄 동향』, 2003.11-12월, 35면
- 권영성, 『비교헌법학』, 법문사, 1981
- 김기두, 『함정수사』, 월간고시, 1983.7
- 김영진, 「조직범죄의 실태와 대응방안에 대한 연구: 한일조직폭력배 중심」, 한세대, 2006
- 김정진, 「함정수사의 허용범위와 통제에 관한 연구」, 한양대, 2001
- 김진환, 『함정수사에 의하여 수집한 증거』, 고시계, 89.9,
- 김현철, 「함정수사에 관한 연구」, 서울대 대학원, 1995
- 대검찰청, 『2007년 마약류 사범 분석』, 2007
- 도중진, 『조직범죄의 유형변화와 대처방안』, 형사정책연구원, 2004
- 문규석, 『국제조직범죄에 대한 UN협약의 분석』, 국가정보원, 2006
- 박광민, 「함정수사의 규제」, 성균관 법학7, 1996
- 박기륜, 『국제범죄론』, 비전 캐릭터, 2004
- 박용희, 「마약류 범죄의 실태와 그 대책」, 한세대, 2007
- 백형구, 『형사소송법강의』, 박영사, 2004
- 서울경찰청, 베트남 카지노 경영권 강취 양은이파 부두목 강 00 등 6명 검거
- 서울경찰청, 베트남 카지노 경영권 강취 양은이파 부두목 강 00 등 6명 검거
- 성낙현, 『함정수사의 가벌성에 관한 실체법적·소송법적 논의』, 형사정책연구원, 1998

- 신의기 등 공저, 『마약류 사범 처리실태 ; 수사 및 재판기록을 중심으로』, 형사정책연구원, 2002
- 신의기, 『』 조직범죄집단의 국제적 연계 실태와 차단방안, 한국형사정책연구원, 2004
- 신의기, 『유엔의 국제조직범죄 규제방안』, 형사정책연구원, 1997
- 양태규, 『조직폭력 범죄수사론』, 대왕사, 2003
- 오광수, 『Undercover와 Confidential Informant 제도 연구』, 사법연수원 발행, 2007,
- 오광수, 「미국 헌법상 형사절차에서의 기본권보호에 관한 연구; Undercover와 confidential informant 제도연구」, 성균관대, 2005
- 이경렬·이종화, 『국제조직범죄에 대한 통제배달법의 활용』, 형사정책연구원 제15권 제1호, 2004
- 이경식, 『프로파일링(범죄심리와 과학수사)』, 휴먼앤북사, 2005
- 이재상, 『연습형사소송법』, 박영사, 2003
- 이재상, 『합정수사(고시제494)』, 국가고시학회, 1998.4
- 이종화, 『위장수사의 도입 필요성과 외국의 사례연구』, 수사연구 제25권, 수사연구사, 2007
- 이진권, 「조직범죄에 관한 연구; 한중간의 비교를 중심으로」, 전북대학교, 2005
- 이형국, 『형법총론』, 법문사, 2003
- 임휘윤, 「조직범죄의 현황과 대책에 관한 연구; 과학적 수사기법을 중심으로」, 동국대, 2001
- 전경수, 「마약류 사범 수사상 문제점과 그 개선방향에 관한연구」, 한성대 행정대학원, 1992
- 전근수, 「조직범죄의 실태와 형사법적 대책에 관한 연구」, 전북대학교, 2006
- 전수영, 『합정수사의 형사법적 고찰; 마약류범죄에 대한 수사기법을 중심으로』, 법학연구, 2006
- 정 완, 『G8의 국제범죄조직대책』, 형사정책연구원, 2001
- 정락인, 『수입깎두기? 조직폭력도 국제화 시대』, 독립신문사, 2008
- 정병기, 『마피아의 역사』, 1995,
- 조 국, 『위법수집증거 배제법칙』, 박영사, 2005
- 조병인, 『유엔의 국제조직범죄 단속전략에 관한 연구』, 형사정책연구원, 1995

조성권, 「일본 야쿠자 변화와 한국의 대응책」, 2006
 「초국가적 조직범죄와 국가안보; 러시아 마피아 사례연구」, 2005
 「비군사적 안보 위협; 한반도 주변 마약밀매 중심」, 2004
 「국제조직범죄와 정치부패 유형에 관한 연구」, 2001
 「홍콩 반환과 삼합회 변화와 전망」
 진정호, 「조직범죄에 관한 연구; 형사법적 제재와 대응방안」, 한국외국어대, 2005
 최규남, 「9.11테러이후 국제질서의 변화에 따른 국제마약범죄 전망 및 대양방안 연구」, 가톨릭대, 2003
 최영홍, “함정수사”, 판례월보, 1986, 4월호, 187호 27면
 최영홍, 『White collar범죄와 함정수사』, 청림출판사, 1988
 최익서, 「조직범죄의 수사방법에 관한 비교법적 고찰」, 고려대, 2000
 최정건, 「국제범죄조직의 현황 및 대응방안에 관한 연구」, 연세대, 2007
 한인섭, 『정의의 법, 양심의 법, 인권의 법』, 박영사, 2004
 허경미, 「한국의 조직범죄 실태와 그 대응방안에 관한 연구」, 동국대, 2000
 황정태, 「함정수사의 허용성과 법적 통제방안에 관한 연구」, 연세대 대학원, 2000

대법원 판례 83.4.12 83도 2433 등 11건
 형사판례연구회, 형사판례연구.15, 2007

MBC 9시뉴스, 5천억 대 필로폰 일본 밀반입 야쿠자 적발, 1999. 5.10, 자 보도
 뉴스위크지, 야쿠자도 세계화한다,(제810호) 2007, 12,17
 뉴스위크지, 일본 3대 폭력조직의 과점화 제하, 2007.4.12
 동아일보, ‘제5대 밤의 제국’ 2007.5.23
 브레이크 뉴스, , ‘국제 3대 범죄조직, 북한 권력층과 유착’ 제하, 2008. 2.17
 세계소식, ‘멕시코 마약카르텔 살인광풍’제하, 2008.5.11자
 세계일보, 콜롬비아무장혁명군 최고지휘자 사망 제하, 2008. 5. 26자
 시사저널, ‘백 명의 감시받는 두목중의 두목’ 제하, 2006. 4.14(시사저널 제810호)
 연합뉴스, ‘멕시코 접경도시 지금은 마약전쟁’ 제하, 2007.10.17자

연합뉴스, ‘이탈리아 경찰, 20년 은신 마피아두목 체포’ 제하, 2008. 2.19자
 연합뉴스, 한·중·일 연계 최대 규모 마약밀수조직 적발 제하, 2007.10.17자 보도
 월간조선, ‘국정원의 국제 마약사범 8년간 추적기’ 2007. 8호
 월간조선, 평양발 마약 커넥션 내막 제하, 2003.7.1
 주간동아, 부산겨논 리 마피아 총구, 2003. 5.8
 중국 망신문, 첫 마약금지법 공포, 처벌에서 예방으로 제하, 2008. 5.30
 뉴스메이커, 연예기획사 . 야쿠자 검은 커넥션 제하, 2002. 8.1
 한겨레신문, ‘마피아 1개 조직 수입 ‘이탈리아 GNP 3%’ 제하, 2008. 5. 22자

【외국 문헌】

A.T. Quick, Attitudinal Aspects of police Compliance with Procedural Due Process, 1978
 Black law dictionary(7th ed)
 Bloom, Robert M / Brodin, Mark S, Constitutional Criminal Procedure, 1992
 Chevigny, Oversight Hearings on FBI Undercover Guidelines, 1984
 Davenport, Anniken, Basic Criminal Law, Prentice Hall, 2005
 Dreher, Eduard/Trondle, Herbert, Strafgesetzbuch, 45.Aufl, 1990
 Fisher George, Plea Bargaining's Triumph, Stanford Univ Pr, 2004
 Fitzgerald, Dennis G, Informants and Undercover Investigations, Taylor&Francis, Franklin, Carl J, Constitutional law for the Criminal Justice Professional, CRC Pr Lic, 1999
 Gary T. Marx, Undercover : Police surveillance in America, 1988
 Hearings, Law Enforcement Undercover Activities, Washington D.C.: GOP, 1983
 Hudson-Sydeny, Undercover Operation, Casemate Pub&Book dist Lic, 2003
 Jacqueline E. Ross, Tradeoffs in Undercover Investigation A Comparative Perspective, J. Voprenberg, "Decent restraint of Procedural Power", 1981

Ashworth Andrew, Principles of criminal law, Oxford U. K, 2006

Schmallegger, Criminal Justice, Prentice Hall, 2006

Sorrells v. United States, 287 U.S.435,441, 1932

Sorrels v. United States, 287 U. S. 435(1932) etc 8

Steir, Edwin H & Richards, Peter R, 「 Strategic decision making in organized crime control」 in Major issues in organized crime control(H. Edelhertz Eds)

The Attorney General's guidelines on Federal Bureau of Investigation Undercover Operation, 2002. 5.

The Attorney General's Guidelines regarding the Use of Confidential Informant, 2002. 5.

UNODC, 「 2007 World Drug Report 」 , 2007

WFUNA, UN millennium-project, 2007, 「 2007 State of Future」

[ABSTRACT]

A study on Transnational Narcotic crimes and Limitations of Entrapment Investigation

Cho, Byoung-Sang

Major Drug Crime Investigation

Dept. of International Narcotic Studies

Graduate School of International Studies

Hansung University

The human society has been rapidly developed according to the advances in the means of transportation and the technology of communications. Continued advances in technology and international transportation will facilitate growth in transnational organized crimes. These advances also lead to a lot of criminal problems. In these times transnational organized crimes have become increasingly sophisticated and confidential, with operation that are not constrained by national boundaries. Sometimes they use violence or means to promote and protect common interests and objective. Transnational organized crimes are involved in drug crimes, money laundering, human traffic and illegal entrants etc. Most of the countries concerned with international crimes such as the drug smuggling and terrorism. They have made many efforts continuously to confront and these ongoing problems

through cooperation with each other. Nowadays a sudden increase of transnational organized crimes creating a threat to the stability and security of the international society. Recent crimes show a tendency not only to increase in quantity but to be complex in quality. For example, in case of crimes such as narcotics, contraband, bribery, prostitution, gambling. It becomes more difficult to apprehend crime itself, collect evidence and arrest criminal because the character of the crimes are consensual, victimless and invisible. However narcotic crimes has been continually increasing in parallel with industrialization, internationalization and open policy movement. Also transnational organized crimes has expanded to alarming proportions. It is difficult to find a single definition which can incorporate all the activities and characteristics. Internationalization of crimes make necessary wider international cooperation in various respects. Modern criminal policy is no longer conceivable if it does not include an international elements. Global concerns continue to grow as threats to the safety of society and other problems that arise at the hand of organized crime cannot be solved by any one nation. Therefore the urgency and importance of international cooperation in various sectors is being emphasized more aggressively than ever before. The effective cooperation is necessary to help countries deal the problems of national and transnational organized crimes. International cooperation is based on a compromise between the legal and procedural requirement of domestic legislation and the necessity of promoting efficient cooperation between states for the purpose of fighting to the transnational organized crimes. And international cooperation is based on UN and each nation reflects its own position as much as it can. Korea also has become a non-permanent member of the UN security council.

At this time drug abuse has become a global problem and cooperation between international drug trafficking organizations has

escalated and their bonds have strengthened as each country further develops their own anti-drug plans in conjunction with those on an international level. The number of drug abuse is 200,000,000 persons according to the '2007 World drugs Report' and especially the production of drugs increased as it called 'golden crescent' in this area.

Generally the public prosecutor's office and police use of entrapment investigation against the crimes of narcotics, narcotics, contraband, bribery, prostitution, gambling.

Because this method very effective and can solve the crimes that can't find out evidence or witness. Here comes the necessity of tricky and undercover method so called entrapment investigation and most investigation agencies of many countries use this method nowadays. In spite of usefulness of the method, there are problems that the method has possibility to conflict with the principle of guarantee of human rights and due process of law which is support by constitutional law of the land.

Thus entrapment investigation stands between two conflicting values, defense of society and guarantee of human right, and both full control and unlimited permission are not desirable. Now how can we find out the harmonious point two values? In United States, the Supreme Court established 'defense of entrapment' through its judicial precedents to prevent law enforcement authorities form manufacturing crimes. In the view of majority of the court, the public investigators or employees of the Government merely afford opportunities or facilities for the commission of the when the criminal design originates with the officials of the Government, and they implant it in the mind of an innocent person.

When the entrapment investigation is recognized as illegal, how can we control the illegal investigation? According to the United States the

Supreme Court decisions, if there is evidence that Government agents have induced the accused to commit offense, the defendant should be acquitted unless the Government can prove that he was predisposed to engage in crimes.

There are some ways for the control of illegal entrapment investigation. First, to remove the possibility of illegal investigation at the beginning stage, reasonable guidelines like the Attorney General's Guidelines on FBI Undercover Operation should be prepared. Second, if the entrapment investigation has already been practiced, penal responsibility of illegally induced defendant should be denied. Third, add to the way above, we can take approval of penal responsibility of investigator into consideration.

In Germany, the criminal law enacted about the entrapment investigation and undercover operations. They control the illegal entrapment investigations by this law. Also the Supreme Court of the Germany sentenced some cases that illegal entrapment investigation can't admit and protect a favorable suspects.

In conclusion, entrapment investigation has the possibility to violate the human rights, so it have to follow the principle of Constitutional law. And absolutely The Government have to legislate about entrapment investigation, and make the guidelines of undercover agent(include undercover, confidential informants) such as 'Attorney General's Guidelines on FBI Undercover Operation'.

I hope that all undercover and suspects will have to protect from illegal entrapment investigation.

이 논문을 출간하며.....

먼저 이 논문을 지도해주신 조성권 교수님과 이상환 심사위원장님, 주미영 교수님께 감사드립니다. 한성대학교 국제대학원 국제마약학과 동지 여러분들께 항상 발전과 행복이 함께 하길 기원합니다.

아울러 늘 곁에서 도와주는 제 아내 이영란, 그리고 가족 여러분께 감사드리며 건강하시길 바랍니다.

2008. 6 석운동에서