



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

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

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



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

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

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

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

[Disclaimer](#)

法學碩士學位論文

陷穽搜查에 관한 研究

1994年 2月

서울대학교 大學院

法學科 刑事法 專攻

김 현 철

國文抄錄

本 論文은 陷穽搜查와 관련된 여러가지 문제들을 다루고 있다. 먼저 본 논문
의 II장에서는 陷穽搜查의 沿革에 대해 살피고 있는데 과거에는 함정수사가 주로
政治犯 逮捕나 政敵除去를 위해 많이 사용되었으나 현재에는 癮藥(narcotics), 賣
春(prostitution), 賭博(gambling), 密輸(contraband), 賂物收受(bribery) 등 전통적
수사방법으로는 대처가 어려운 合意的 犯罪(consensual crimes), 被害者 없는 犯
罪(victimless crimes), 隱密한 犯罪(invisible crimes)에 대한 수사방법으로 많이
이용되고 있음을 살펴보았다.

III장에서는 陷穽搜查의 概念 및 法的 性質에 대해서 살피고 있다. 본 논문에서
함정수사의 개념은 廣義와 狹義로 나누어 파악하고 있는데 廣義의 陷穽搜查는
“搜查機關이 스스로 또는 情報員을 이용하여 신분을 감추고 하는 모든 事前的이고
欺罔的인 搜查方法”으로 定義 했으며 狹義의 陷穽搜查는 “수사기관이 犯罪意
思가 없는 潛在的 犯罪人에게 새로이 犯意를 惹起시키는 搜查方法”으로 정의했
다. 그리고 함정수사의 法的 性質은 任意搜查로 파악함이 타당하다는 점을 밝혔
다.

IV장에서는 陷穽搜查에 대한 各國의 態度를 判例中心으로 살펴보았다. 美國의
경우 聯邦大法院의 多數意見은 被告人에게 이미 事前犯意(predisposition)가 있었
는가 아니면 法執行機關이 사전범의가 없는 피고인에게 범행의도를 심어주었는가
에 따라 함정수사의 허용여부를 결정하고 있다. 獨逸의 경우 BGH는 마약 등 일
정한 범죄의 경우 함정수사방법이 許容될 수 있음을 認定하면서도 法治國家原則
(Rechtsstaatsprinzip)에 의한 限界가 있다고 한다. 日本의 경우 最高裁判所는 단
순한 기회를 제공한 경우이든 범의를 유발한 경우이든 피유인자는 처벌된다고 한
다. 우리나라 判例는 犯意를 誘發한 경우만을 함정수사로 파악하고 있으며, 許容

TMR
308.51
2061
31245

基準에 대해서는 미국 연방대법원이 취하고 있는 主觀的 基準說과 類似한 態度를 취하고 있다.

V장 陷穽搜查의 適法性 論議에서는 합정수사의 許容基準에 대해서 주로 살피고 있다. 합정수사의 허용기준에 대해서는 社會常規를 기준으로 하는 견해, 信義誠實의 原則을 기준으로 하는 견해, 合理的 犯罪嫌疑를 기준으로 하는 견해, 主觀的 基準說, 客觀的 基準說, 犯行故意의 起源을 기준으로 하는 견해 등이 제시되고 있는데 本 論文에서는 원칙적으로 犯行故意起源說을 취하고 있으며 이때의 犯行故意(criminal intent)는 주관적 기준설에서 말하는 事前犯意(predisposition)와는 엄격히 구별되어야 함을 밝혔다.

VI장 被誘引者의 刑事責任 問題에서는 피유인자의 처벌문제에 대해 다루고 있다. 함정에 빠진 피유인자의 형사책임에 대해서는 可罰說과 不可罰說이 대립하고 있는데 피유인자의 처벌문제는 합정수사의 허용기준과 연결시켜서 허용범위내의 합정수사의 경우 피유인자는 처벌되고 허용범위를 벗어난 합정수사의 경우 피유인자는 처벌되지 않는다고 함이 타당하다는 점을 밝혔다.

許容範圍를 벗어난 陷穽搜查의 訴訟法的 效果에 대해서는 公訴棄却說, 免訴判決說, 無罪判決說 등의 견해가 제시되고 있는데 본 논문에서는 무죄판결설의 입장을 취하고 있다.

VII장 陷穽搜查에 대한 合理的 統制方案에서는 합정수사에 대한 搜查機關 內部の 指針마련이 필요함을 밝혔고, 수사기관이 피유인자를 함정에 걸기 위해서는 搜查開始段階에서 피유인자가 범행을 하고 있거나 하려고 한다는 合理的 犯罪嫌疑가 있어야 한다는 것을 밝혔다.

VIII장 其他關聯問題에서는 仲介人을 사용한 경우의 여러가지 問題點과 仲介人 保護의 問題, 證明責任의 問題, 비디오테이프나 녹음테이프 문제, 公職不正에 대한 陷穽搜查의 問題 등에 대해서 살펴보았다.

結論的으로 本 論文은 陷穽搜查의 必要性和 適法節次 및 人權保障의 原理의

適切한 調和點을 찾고자 노력하였으며 그렇게 함으로써 함정수사의 合理的 實行과 適切한 統制方案을 提示하고자 하였다.

* 主要語: 陷穽搜查, 陷穽抗辯(entrapment defense), 被誘引者, 事前犯意(predisposition), 犯行故意(criminal intent), 合理的 犯罪嫌疑, 陷穽搜查에 대한 指針, 秘密搜查要員, 仲介人(情報員; unsuspecting middleman, V-Leute)

目 次

國文抄錄

I. 序 論	1
1. 問題의 提起	1
2. 研究의 目的	2
3. 研究方向 및 範圍	5
II. 陷穽搜查의 沿革	9
III. 陷穽搜查의 概念 및 法的 性質	12
1. 陷穽搜查의 概念	12
2. 陷穽搜查의 法的 性質	14
IV. 陷穽搜查에 대한 各國의 態度	20
1. 美國	20
(1) 序	20
(2) 陷穽搜查에 관한 美國의 主要 判例들	21
① Sorells v. United States, 287 U.S. 435 (1932) 判決	21
② Sherman v. United States, 356 U.S. 369 (1958) 判決	23
③ United States v. Russel, 411 U.S. 423 (1973) 判決	25
④ Jacobson v. United States, 112 S.Ct. 1535 (1992) 判決	28
(3) 陷穽의 存否決定의 基準	31
① 主觀的 基準說	31
② 客觀的 基準說	34
(4) 陷穽抗辯의 根據	35

2. 獨逸	40
3. 日本	46
4. 우리나라의 경우	48
(1) 陷穽搜查에 관한 主要 判例들	48
① 大判 1963. 9. 12, 63 도 190 判決	48
② 大判 1982. 6. 8, 82 도 884 判決	49
③ 大判 1983. 4. 12, 82 도 2433 判決	49
④ 大判 1987. 6. 9, 87 도 915 判決	50
⑤ 大判 1992. 10. 27, 92 도 1377 判決	50
(2) 判例의 態度 分析	51
V. 陷穽搜查의 適法性 論議	53
1. 陷穽搜查의 適法性 여부	53
(1) 適法說	53
(2) 違法說	54
(3) 折衷說	55
(4) 小結	55
2. 陷穽搜查의 許容基準에 관한 學說.判例	56
(1) 社會常規를 許容基準으로 하는 見解	56
(2) 信義誠實의 原則을 許容基準으로 하는 見解	57
(3) 合理的 犯罪嫌疑(reasonable suspicion)를 許容基準으로 하는 見解	58
(4) 主觀的 基準說(subjective test)	59
(5) 客觀的 基準說(objective test)	64
(6) 犯行故意의 起源(the Origin of Criminal Intent)을 許容基準으로 하는 見解	66
3. 陷穽搜查의 適法.許容基準(小結)	67

VI. 被誘引者의 刑事責任 問題	70
1. 序	70
2. 被誘引者의 刑事責任 問題와 陷穽搜查의 適法.許容基準과의 關係	70
① 제 1설	70
② 제 2설	72
3. 被誘引者의 刑事責任 및 違法한 陷穽搜查의 訴訟法的 效果에 관한 學說.判例	73
(1) 可罰說	73
(2) 不可罰說	74
① 公訴棄却說	75
② 免訴判決說	77
③ 無罪判決說	78
④ 小結	79
4. 陷穽搜查에 의해 蒐集한 證據의 證據能力	80
VII. 陷穽搜查에 대한 合理的 統制方案	82
1. 序	82
2. 陷穽搜查에 대한 指針(搜查機關 內部的 統制)	82
3. 搜查開始段階에서의 合理的 犯罪嫌疑	86
VIII. 其他 關聯問題	89
1. 仲介人(unsuspecting middleman; V-Leute)을 사용한 경우	89
(1) 陷穽抗辯의 提起가 認定되는 範圍	89
① 搜查要員이 직접 선택한 第2 對象者를 仲介人을 이용하여 犯罪行爲로 誘引하는 경우	89
② 搜查機關의 標的이 비록 特定한 第2 對象人物에게 향해 지지는 않았지	

만 그와 같은 犯罪를 범하는 데는 다른 사람의 참여가 필수적이기	
때문에 第2 對象人物이 誘引된다는 것이 確實한 경우	90
③ 提案된 犯罪行爲의 性質上 第2 對象者の 役割이 必然的으로 要求되지는	
않는 경우	93
(2) 仲介人을 使用한 경우의 關聯問題들	95
2. 證明責任(burden of proof)의 問題	100
3. 비디오 테이프나 녹음 테이프 문제	102
4. 公職不正에 대한 陷穽搜查의 문제	103
IX. 結論	105
참고문헌	110
ABSTRACT	116

I. 序 論

1. 問題의 提起

우리 刑事訴訟法 第199條 第1項은 『捜査에 관하여는 그 目的을 달성하기 위하여 必要한 調査를 할 수 있다.』라고 규정하고 있는데 이것은 捜査機關은 원칙적으로 捜査上 必要한 限度內에서 相當하다고 판단되는 捜査活動을 할 수 있다는 의미이다.

그러나 이러한 제한하에서 수사가 개시된다 하더라도 犯罪에 對應하는 方法과 程度는 매우 다양하다. 犯罪에 대처하는 傳統的인 方法은 수사요원의 가시적이고 피상적인 순찰활동에 의하거나 被害者의 告訴나 一般人의 告發에 의하여 인지된 犯罪에 대하여 犯罪現場에 남아있는 각종의 證據를 蒐集하고 被害者나 目擊者의 陳述을 듣는 등의 方法이었다. 통상적인 犯罪의 경우 이러한 方法으로 犯人을 검거하고 증거를 수집하는데 특별한 문제가 없다. 그러나 사회발전에 따라 점차 조직적이고 지능적이며 반복적으로 행해지면서도 여간해서 檢舉 및 證據蒐集이 어려운 犯罪 유형이 늘어가고 있다. 이는 특히 犯行 당사자간에 意思의 合致가 있는 ‘合意的 犯罪(consensual crimes)’, ‘被害者 없는 犯罪(victimless crimes)’나 ‘隱密한 犯罪(invisible crimes)’의 경우에 두드러지는데 麻藥, 賣春, 密輸, 賂物收受, 贓物去來 등이 그 예이다.

더구나 이와같은 犯罪은 刑事政策的 觀點에서 볼 때 『누가 그 犯罪을 저질렀는가』보다는 『누가 그 犯罪을 저지르거나 또는 저지르려고 하는가』의 문제 즉, 과거보다는 현재에 더 큰 비중이 있고 앞으로의 犯罪豫防이 보다 실질적이고 중요한 의미를 가지고 있다.¹⁾ 따라서 이러한 犯罪에 대처하기 위하여 수사기관은

1) "From whodunit to who does it" Lawrence W. Sherman, Fairness and Target Selection in Deceptive Investigations 119-120 (in Gerald M. Caplan ed., ABSCAM Ethics: Moral Issues and Deception in Law Enforcement 1983).

중래의 消極的이고 事後對應的인 搜查方法(reactive investigation)에서 벗어나 보다 積極的이고 事前對應的인 搜查方法(proactive investigation)을 강구할 수 밖에 없는 실정이다. 그래서 그 대응책의 일환으로 수사기관은 秘密搜查要員이나 情報員을 활용하는 등 어느 정도 欺罔手段을 사용하는 陷穽搜查를 이용하게 된다.

이와 같이 합정수사는 고도의 必要性이 인정되는 搜查方法이기는 하지만 그 자체가 憲法上의 適法節次 및 각종 人權保障의 原理들과 충돌할 가능성이 매우 높다. 또한 陷穽搜查의 경우 被告人은 강요에 의하여 범죄를 범하는 것도 아니고 자신의 범행을 인식하고 있으며 그 행위는 형식적으로는 범죄구성요건을 충족시키지만 그 犯罪行爲에 국가가 개입되어 있기 때문에 -특히 犯行故意가 政府官吏로부터 유래한 경우는 국가의 개입의 정도가 아주 강하다고 볼 수 있다- 피고인 보다는 법집행기관에 비난적 요소가 더 크게 존재한다고 볼 수도 있다.²⁾ 그러므로 陷穽搜查의 이와 같은 兩面性에 관한 충분한 이해를 바탕으로 兩 價値의 調和點을 찾고 陷穽搜查의 合理的인 實行과 具體的 統制方案을 제시할 필요가 있을 것이다.

2. 研究의 目的

法執行戰略의 合理性和 正當性이라는 觀點에서 볼때 法執行戰略의 設定에 있어서 다음과 같은 긴장관계는 명백하게 드러난다. 즉, 우리는 가능한 모든 범죄를 探知하여 處罰하고 싶어 하지만 基本權을 侵害하거나 法執行 資源을 非效率的으로 동원하는 것을 원하지는 않는다. 우리는 법집행기관의 법집행 활동이 범법자들 사이에 公平하기를 원하지만 基本權에 대한 非侵害性和 法執行 資源의 經濟性을 무시할 수 없기 때문에 모든 범죄에 대하여 주목하고 그에 대처하도록 수사요원을 배치시키지는 못하고 있다. 그리고 그렇기 때문에 법집행 활동에 대하여 나

2) Donald A. Dripps, Supreme Court Review, TRIAL, Jun. 1992, at 97.

를대로의 어떤 편견이 형성될 가능성도 있는 것이다. 흔히 우리는 이렇게 상호 대립하는 이해 관계 -法執行의 公平성과 基本權에 대한 非侵害性 및 法執行 資源 活用の 經濟性- 를 어떤 분명한 原則에 의해서가 아니라 보다 合理的이라고 생각되는 法執行戰略의 發展을 통하여 해결해 왔다. 이러한 전략의 일환으로 우리는 國家의 搜查活動을 범죄에 대한 事後對應的인 것으로 제한하는 法理論과 節次를 확립한 것이다.

우리의 관념상 범죄의 통제 및 범인의 처벌에 대한 公共의 利益이 基本權 保障이라는 利益을 압도하는 경우는 주로 범죄가 발생하고 있거나 막 발생하려 할 때 뿐이다. 더구나 법집행기관이 그러한 범죄발생에 대해 알게 되는 것은 수사요원을 사회의 구석구석에 배치시켜서가 아니라 수사기관에 범죄발생을 알리는 개개의 私人을 통하거나 비교적 피상적이고 가시적인 순찰활동에 의해서 이다. 범죄탐지 노력을 私人의 동원이나 피상적이고 가시적인 순찰활동에 한정함으로써 범죄에 대한 대응의 문제를 非侵害的이고 經濟的인 方法으로 해결하고 있는 것이다.³⁾ 이 전통적 방법을 통하여 일견 충분하고 공평한 법집행이 행해지고 있는 것처럼 생각되고 있다. 시민들의 요구에 대하여 어느 정도 수사활동을 하고 있고 또한 비교적 피상적이긴 하지만 상당한 순찰활동이 우범지역 내에서 행해지기 때문이다.

強盜, 強姦, 暴行 등 傳統的 犯行만을 놓고 볼 때 그리고 그러한 범죄의 事前豫防的인 면보다는 犯罪發生後 犯人逮捕라는 事後對應的인 면만을 놓고 볼 때 이러한 法執行 戰略은 犯罪를 統制하고 社會防衛를 促進시킨다는 의미에서 일용 잘 수행되고 있는 듯이 보인다. 그러나 범죄발생을 알리려는 被害者나 目擊者가 없는 경우 또는 특정범죄를 그 발생 전에 억제하고자 할 경우에는 이상과 같은 觀念에는 문제가 생긴다. 그러한 事後對應的 搜查戰略은 이와 같은 경우 부적절하기 때문이다.

3) Gerald M. Caplan, ABSCAM Ethics: Moral Issues and Deception in Law Enforcement (崔永洪 譯, White Collar 범죄와 합정수사기법), 36면.

그러므로 이와 같은 경우에 대한 법집행전략은 傳統的 方法보다 훨씬 더 侵犯的인 方法, 예컨대 은밀한 감시, 정보원예의 의존, 범죄를 부추키는 비밀수사방법의 이용에 의존하는 것이다. 이런 類型의 犯罪에 대해 傳統的 搜查方法만을 고집한다면 그 범죄들은 잘 탐지되지 않을 것이고 그렇게 되면 법집행의 公平性이라는 면에서 바람직하다고 볼 수 없다. 따라서 隱密한 犯罪, 合意的 犯罪, 被害者 없는 犯罪에 대응하는 이와 같은 법집행전략은 제반 社會的 利益을 調整함에 있어서 최선의 것이라고 생각되던 종래의 방법에 대한 우리의 認識을 再考케 한다. 그리고 위에서 언급한 유형의 범죄들은 사회적으로 그 미치는 해악이 크에도 불구하고 종래의 전통적인 수사방법만으로는 범인검거와 증거포착이 곤란하며 또한 改革된 刑事訴訟法 이후의 人權保障規定을 방패로 삼아 그 범죄활동을 안전하게 하는 측면까지도 보이고 있는 실정이다.⁴⁾ 그러므로 수사기관은 종래의 消極的인 搜查方法에서 벗어나 보다 積極的이고 能動的인 搜查方法을 강구하지 않을 수 없는 상황에 이르게 되었고 바로 이 점이 陷穽搜查의 必要性을 증대시키는 요인이 되었다.

위에서 살펴본 바와같이 陷穽搜查는 고도의 필요성이 인정되는 수사방법이기는 하지만 그 자체가 人權保障의 原理와 충돌할 가능성이 매우 크며 國家의 廉潔性이라는 면에서 많은 문제점이 제기될 수 있다. 國家 公權力의 行使는 원래 公開的이고 당당하게 이루어져야 함에도 불구하고 함정수사는 그 본질상 수사대상자에 대한 기망⁵⁾을 수반하며, 또한 국가가 범죄를 부추켜 놓고 그 범죄를 저지른 자를 逮捕起訴하는 것이 과연 옳은가 하는 점에서 그 正當性에 대해 많은 논란

4) 崔永洪, 陷穽搜查, 判例月報 187號(1986/4), 25면.

5) 欺罔의 危險性에 대해서 시셀라 북(Sissela Bok)은 다음과 같이 표현하고 있다. “欺罔과 暴力, 이는 人間에 대한 意圖的 攻擊의 두가지 형태이다. 둘 다 사람을 그 의지에 반하여 행동하게 한다. 暴力을 통해 被害者에게 발생하는 대부분의 害惡은 또한 기망을 통해서도 발생할 수 있다. 그러나 기망에 의한 통제는 보다 巧妙하다. 왜냐하면 그것은 행동뿐만 아니라 믿음에 대해서도 작용하기 때문이다. 감히 힘으로는 정복할 수 없었던 오델로(Othello) 조차도 속임수를 써서 파멸에 이르게 할 수 있었다.” Sissela Bok, Lying 18 (New York: Pantheon 1978).

이 있을 수 있다. 그리고 수사기관의 범행기획 제공에 따라 선량한 시민이 그 正直性을 테스트 받게 될 위험이 있으며 -이는 道德倫理의 영역에서나 의미가 있을 것이다- 이러한 기망수사를 정식으로 인정함으로써 소중히 지켜져야 할 個人 사이의 信賴關係가 背信의 危險 때문에 손상되어 서로를 항상 경계하고 살아야 하는 不信의 社會가 형성될 수도 있다. 또한 情報員들이 수사에 협조하는 과정에서 저지르게 될 위험 또한 무시할 수 없으며 搜查機關의 便宜를 위해서 이와 같은 수사방법이 전통적인 방법으로도 대처가능한 범죄에 확대될 위험도 배제할 수 없다.

이와 같은 陷穽搜查의 兩面性 때문에 함정수사를 사용하면서도 個人의 人權侵害를 極小化할 어떤 制限이나 基準이 필요하게 된다. 그렇게 함으로서 '社會防衛'와 '人權保障'이라는 상충하는 양 가치를 조화시킬 수 있을 것이기 때문이다. 그러므로 본 논문에서는 어느 정도의 기망이용까지를 적법한 수사방법으로 인정할 것이냐 하는 것과 그러한 허용범위를 벗어나는 수사방법에 대한 통제방안을 살펴봄으로써 陷穽搜查가 사용되는 경우 어떤 기준이나 제약에 따라야 할지를 명확히 하여 陰性化 되어 있는 陷穽搜查의 合理的 許容基準과 적절한 統制方案을 제시하고자 한다.

3. 研究方向 및 範圍

陷穽搜查를 理論적으로 分析하는 接近方法에는 2가지 측면이 있을 수 있다. 우선 刑法的 觀點에서 사람을 逮捕할 목적으로 犯罪을 敎唆하고 그 實行에 着手하는 순간에 체포하여 未遂에 그치게 하는 이른바 '未遂의 敎唆'⁶⁾의 문제가 있

6) Agent Provocateur의 개념범위와 관련하여 타인을 범인으로 처벌받게 하기 위하여 범행을 敎唆하고 '既遂에 이르기 전에' 체포하는 경우만으로 이해하는 견해(李在祥, 刑法總論, 1993, 483면; 李炯國, 刑法總論Ⅱ, 1990, 626면)와 實行行爲가 既遂로 될 것을 認識하고 敎唆하여 기수로 된 단계에서 逮捕하는 경우를 포함하여 이해하는 견해(鄭盛根, 刑法總論, 1992, 565면; 朴相基, 陷穽敎唆者の 刑事責任, 考試研究 89/12,

으며 여기에서는 주로 教唆者の 刑事責任⁷⁾이 문제되나, 被教唆者の 刑事責任도

124면)가 있다.

- 7) 이 경우 教唆者에 대한 可罰性 문제는 교사자의 故意의 내용을 어떻게 이해하느냐에 따라 可罰說과 不可罰說로 논하여지는 것이 일반적이다.

a. 可罰說

教唆者の 故意는 피교사자인 정범이 범죄의 실행행위에 나온다는 것을 認識하거나 또는 범죄를 실행할 決意를 일으킬 의사로 족하다고 이해하여 未遂의 教唆에 있어서도 교사자의 고의가 있고 정범의 실행행위가 미수에 그쳤으므로 教唆의 未遂로서 처벌되거나(金鍾源, 教唆犯(上), 考試界 1975/1, 39면; 南興祐, 刑法總論, 1980, 238면; 團藤重光, 刑法綱要 總論, 1979, 309면; H. Mayer, Strafrecht A.T., 1967, S.336) 혹은 범죄를 미수에 이르게 한 이상 中止未遂로서 處罰되어야 한다(이는 일부 일본학자들에 의해 주장된 것이라 한다. 權文澤, 未遂의 教唆, 考試界 1978/9, 24면)고 한다. 1950년의 그리스형법 제46조 제2항은 “未遂 또는 豫備의 단계에서 불시에 체포하는 것만의 의사로서 또는 범죄를 既遂에 이르게 하지 않을 의사로서 사람으로 하여금 可罰行爲를 하도록 고의를 가지게 한 자는 행위자의 刑의 1/2로 減輕한 刑으로 處罰한다”라고 규정함으로써 이 문제를 입법적으로 해결하고 있다고 한다. 안강민, 陷罪搜查에 관하여, 檢察 54호, 200면

b. 不可罰說

교사자의 고의는 被教唆者에게 특정의 범죄를 결의하여 실현시키려는 의사와 이에 의한 구성요건적 결과의 발생을 認識. 認容하는 양자를 포함하는 것인 바, 미수의 교사는 결과발생의 인식. 인용을 결여하므로 교사자의 고의를 인정할 수 없고, 따라서 교사범이 성립될 수 없어 불가벌이라고 한다.(李在祥, 刑法總論, 1993, 485면; 李炯國, 刑法總論研究Ⅱ, 1990, 627면; 金日秀, 刑法學原論, 1992, 901면; 鄭盛根, 刑法總論, 1992, 565면; Jescheck, Lehrbuch des Strafrecht A.T., 1988, S.624; Eser, Strafrecht II, 1980, S.188; Wessels, Strafrecht A.T., 1986, S.141; Stratenwerth, Strafrecht A.T., 1981, S.248; Schönke-Schröder-Cramer, StGB, §26 Rn. 16, S.359; Baumann, 1977, Strafrecht A.T., S.577; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 1969, S.117; RGSt 15, 315; BGH GA 1975, 333; 木村龜二, 刑法の新構造(下), 334면) 不可罰說이 우리나라의 通說이며 독일의 通說, 判例의 입장이라고 한다.(李炯國, 前掲書, 627면 참조)

최근에는 이와같은 일반적 견해와는 달리 陷罪教唆者の 故意가 정범의 실행행위와 관련되어 있다는 관점에서 實行行爲의 段階에 따라 그리고 構成要件의 類型에 따라(竊盜, 詐欺, 文書偽造 등) 이 문제를 해결하려는 견해가 유력하다.(자세한 것은 全智淵, 陷罪教唆의 可罰性, 考試研究 92/12, 105-118면 참조).

다루어 질 수 있다. 다음으로 刑事訴訟法的 觀點에서 國家가 被誘引者를 犯罪行爲로 유인한 경우 피교사자의 형사책임을 물을 수 있는가 또는 陷穽搜查에 의하여 蒐集한 證據를 가지고 被敎唆者의 刑事責任을 물을 수 있는가 하는 문제로 다루어 질 수 있다.

종래 독일, 프랑스 등 大陸法系 國家에서는 前者, 즉 피유인자를 교사한 수사기관의 형사책임이 어떠한가라는 소위 “아장쁘로보카퇴르(Agent Provocateur)理論”⁸⁾에 논의의 초점이 있었으며, 나중에 訴訟法的으로 어떤 영향을 주는가 하는 방향에도 관심을 갖게 되었으며, 訴訟條件이라는 통일적 관념이 제대로 형성되어 있지 않은 英美法系 國家, 특히 미국에서는 後者, 즉 함정에 빠진 被敎唆者의 刑事責任이 어떠한가 하는 소위 ‘陷穽理論(Entrapment Theory)’에 논의의 초점을 두고 陷穽抗辯(Defense of Entrapment)을 인정할 것인지 여부를 주로 다루고 있다.⁹⁾ 그러면 대륙법계와 미국에서의 이와같은 차이는 어떠한 理論的, 實際的 背景에서 유래하는 것일까? 搜查要員 또는 그 情報員에 의한 敎唆와 私인에 의한 敎唆 모두가 범죄에 대한 교사이고 그에 따라 피유인자가 구성요건적으로 동일한 범죄행위를 범했다는 점에서 양자 사이에 아무런 질적 차이가 없다는 입장을 취하는 한 대륙법계에서와 같이 피유인자의 처벌문제를 논의 할 여지는 적을 것이나, 범죄 誘引者의 誘引行爲는 피유인자의 소추처벌을 목적으로 하는 것이므로 그것에 대해 공범론상의 敎唆犯 또는 從犯의 성립을 인정할 수 있느냐가 주로 문제될 것이다.¹⁰⁾ 그러나 搜查要員 또는 그 情報員을 통한 함정수사는 反社會的인 犯罪者를 제거한다는 權力作用의 결과이므로 단순한 범죄교사와는 구별되며, 被

8) Agent Provocateur라는 용어는 타인을 敎唆하여 범행을 誘發케 하고 그를 범행현장에서 逮捕하거나 체포케 하는 者를 의미하므로 “陷穽搜查” 보다는 “陷穽敎唆者”라는 표현이 더 정확하다. 독일에서는 그밖에 Lockspizel 혹은 Vertrauensmann(V-mann) 이라고도 한다.

9) Richard Donnelly, Judicial Control of Informants, Spies, Stool Pigeon and Agent Provocateur, 60 Yale L. J. 1091, 1115 (1951); 金振換, 陷穽搜查에 의하여 蒐集한 證據, 考試界 89/9, 92면; 元正一, 陷穽搜查論, 檢察 53호(1973/3), 182면.

10) 元正一, 前掲論文, 182면.

誘引者의 犯罪行爲 實體에 어떤 영향을 미칠 것이라는 점을 가정해 볼 때에는 미국에서와 같이 피유인자의 처벌문제는 충분한 논의의 실익이 있다고 본다.¹¹⁾ 종래 대륙법계 국가와 같은 입장에 서 있던 日本에서도 2차대전후 미국의 陷穽理論의 영향을 받아 學說이 나뉘어 있다.

본 논문에서는 後者의 관점에서 陷穽搜查의 沿革, 陷穽搜查의 概念과 法的性質, 陷穽搜查에 대한 各國의 態度, 適法性여부 및 許容基準, 陷穽에 빠진 피유인자의 刑事責任, 違法한 陷穽搜查의 訴訟法的 效果, 陷穽搜查의 合理的 統制方案 그리고 情報員을 사용한 경우의 문제 등에 대해서 살펴보고자 한다. 따라서 본 논문에서는 주로 형법적 관점에서 논의되는 합정교사자의 책임문제는 제외하고 형사소송법적 관점에서 합정수사와 관련된 여러 논점들을 논하게 될 것이다.

11) *ibid.*

II. 陷穽搜查의 沿革

搜查機關이 情報員을 이용한 것은 역사적으로 아주 오래 전부터라고 생각되지만 文獻上으로는 英國의 中世法에서 인정된 『Approvement制度』에서 었다.¹²⁾ Approvement제도란 叛逆罪(Treason)나 重犯罪(felony)에 있어서 그 음모에 가담한 共犯者(Approve)가 자신의 죄상을 自白하고 다른 공범자(Appellee)를 告發함으로써 자신의 죄를 용서받는 것을 인정하는 제도였다. Approvement제도에서는 告發된 共犯者가 有罪임이 判明되었을 경우 고발자는 용서를 받았으나 無罪로 判明될 경우에는 오히려 絞首刑에 처해졌다. 이 제도는 政敵除去를 위해 많이 이용되었으며 자기가 고발한 공범자가 무죄가 될 경우에는 자신이 교수형에 처해졌으므로 그것을 피하기 위해 엉뚱한 중상을 하거나 다른 共犯者에게 不利한 證言을 하지 않을 수 없었을 것이므로 그 폐해는 컸었다. Approvement제도는 정보원을 이용한 제도이기는 하였으나 엄격한 의미에서 함정수사와는 구별되는 것이었다.¹³⁾

엄격한 의미에서 함정수사가 채택되기 시작한 것은 프랑스 大革命 前 革命思想이 만연한 상태에서 루이 14세가 혁명가나 정치범들을 체포하기 위하여 이용한 情報員인 Agent Provocateur에서 찾아 볼 수 있다.¹⁴⁾ 또한 제정러시아의 政爭에

12) Donnelly, supra note 9, at 1091.

13) 넓은 의미로 情報員(Informer)이라 할 때에는 범죄에 가담하였으나 共犯者를 배반하고 수사기관에 그 사실을 폭로하는 提報者(Informants), 사전에 미리 수사기관과 연결되어 범죄정보를 얻을 목적으로 범죄의 共謀에 참여하는 搜查機關의 諜者(Police Spy), 타인을 범죄의 함정에 끌어들이기 위한 미끼로서 행동하는 수사기관의 끄나풀(Stool Pigeon), 주로 정치적인 결사나 노동조합 등을 파괴하기 위하여 그 조직내에 잠입하여 그들과 함께 행동하고 동조하면서 범죄를 저지르도록 誘引한 다음 수사기관에 그 정보를 제공하여 체포케 하는 것을 직업적으로 하는 專門的이고 職業的인 아장 罽로보까되르(Agent Provocateur) 등을 포함하는 개념이다. 元正一, 前揭論文, 179면. Approvement제도에서의 정보원은 첫번째 유형인 제보자(Informer)를 말하고 함정수사에서 문제되는 정보원은 주로 세번째와 네번째 유형을 말한다.

14) 崔永洪, 前揭論文, 25면.

서도 빈번히 사용되었으며, 독일에서는 19세기 중엽 이래 발달한 수사방법 이라고 한다.¹⁵⁾ 이와 같이 陷穽搜查는 처음에는 주로 政治犯 逮捕를 위한 수단으로 사용되었으나 오늘날에는 전통적 수사방법으로는 체포나 증거포착이 어려운 마약, 매음, 밀수, 도박 등의 범죄수사에 주로 사용되고 있다. 수사기관이 기망수단을 통하여 대응해 오던 이와 같은 범죄유형은 惡德 犯罪(vice crimes)에 한정되어 있었고 이들 범죄인에 대한 일반인의 인식 또한 부정적이어서 수사기관의 기망사용에 별다른 거부감이 없었다. 그러나 미국의 경우 미연방대법원이 Sorells사건¹⁶⁾에서 陷穽抗辯을 인정한 이후 합정수사의 許容基準에 관한 논의가 활발히 전개되었으며 1980년대에 들어 미국의 FBI가 화이트칼라범죄(white collar crimes)의 전형인 고위공직자들의 뇌물수수에 대하여 ABSCAM¹⁷⁾이라는 欺罔搜查를 전개해 나가자 합정수사의 문제는 이제 法執行의 道德性和 倫理性的의 문제로서 활발한 논의의 대상이 되었다. 우리나라의 경우 麻藥類事犯 搜查의 상당부분을 陷穽搜查에 의존하고 있다고 하며,¹⁸⁾ 매춘이나 밀수사범 수사에도 많이 이용되고 있다고 한다.

오늘날 陷穽搜查가 주로 사용되는 犯罪類型으로는 麻藥(narcotics), 賣春(prostitution), 賭博(gambling), 密輸(contraband), 賂物收受(bribery)- 특히 公職不正-, 贓物去來, 密酒製造¹⁹⁾, 禁制品의 賣買, 無免許 醫療行爲, 우편기관의 詐欺

15) 丁永哲, 陷穽搜查에 관한 法的 考察, 警察大 警察學 論集 2集(1978), 121면.

16) Sorells v. United States, 287 U.S. 435 (1932).

17) ABSCAM이란 1978년 봄 FBI의 뉴욕주 롱 아일랜드(Long Island) 지부가 도난당한 미술품과 유가증권을 찾기 위해 아랍 부호 2명의 명의로 僞裝的으로 설립한 회사 명칭인 Abdul Enterprises Ltd.의 머릿글자인 Ab와 詐欺를 의미하는 Scam이라는 단어를 붙여 만든 신조어로서 기망수사방법을 의미한다. 처음에는 장물거래를 탐지하기 위하여 위장된 기업을 운영하였으나 나중에는 고위공직자의 뇌물거래에까지 수사영역을 확대시켜 나가면서 점차 公職不正에 대한 欺罔搜查를 의미하는 일반적인 용어가 되었다. 고위공직자에 대한 FBI의 이와같은 기망수사는 국민들로부터 큰 호응을 받았으며 기망수사에 걸려든 고위공직자에게 법원은 대부분 有罪判決을 내렸다. Entrapment through Unsuspecting Middlemen, 95 Harv. L. Rev. 1122, 1136 (1982).

18) 法務研修院, 麻藥類事犯의 現況과 對策, 研究報告 20, 108면.

19) 1927년 美聯邦法院이 취급한 禁酒法 違反事件 약 44,000건중 30,000건 정도가 합정문

的 利用 등을 들 수 있는데 이와 같은 범죄는 다음과 같은 特性을 가지고 있다.

첫째, 이들 범죄는 個人的 法益을 直接的으로 侵害하는 것이 아니고(被害者 없는 犯罪; victimless crimes) 쌍방이 經濟的 또는 事實上的 利益을 취득할 수 있기 때문에(合意的 犯罪; consensual crimes) 비밀리에 수행되고(隱密的 犯罪; invisible crimes) 그들 행위의 노출을 피하기 위해서 교묘한 책략을 사용한다. 둘째, 대부분의 국민들은 비록 그 범죄들을 증오 하더라도 자신에게 어떤 직접적인 위해가 가해지지 않기 때문에 自發的이고 積極的으로 수사에 협조하려고 하지 않는다. 세째, 계속적이고 조직적으로 행해지는 경우가 많다.

그리고 사회가 발달함에 따라 함정수사에 의하여야 할 범죄유형이 증가하고 있기 때문에 함정수사의 領域이 계속 확대되고 있으며, 전통적 유형의 범죄도 그 범행기술이 발달함에 따라 傳統的 搜查方法으로는 내용이 불충분하므로 전통적 유형의 범죄영역에도 함정수사가 확대될 가능성은 충분히 존재한다.

제를 가지고 있었다고 한다. 元正一, 陷穽搜查에 관한 若干의 考察, 서울대 司法大學院(1968), 47면.

Ⅲ. 陷穽搜查의 概念 및 法的 性質

1. 陷穽搜查의 概念

범인의 적극적 탐지 및 체포를 통한 社會防衛라는 陷穽搜查의 順機能과 그에 수반되는 人權侵害라는 逆機能을 함께 고려할 때 합정수사의 全面 否定이나 無制約的 許容은 옳다고 볼 수 없다. 따라서 實際 適用可能하고 合理的인 합정수사의 定義를 내리기 위해서는 합정수사의 이와 같은 兩面性을 고려하여야 하며 그 정의는 합정수사의 예외적 필요성을 인정하면서도 국민의 기본권의 침해를 극소화하는 것이어야 할 것이다. 또한 陷穽搜查의 개념정의는 陷穽搜查의 허용범위, 그 適法性 및 합정에 빠진 자의 처벌문제와 밀접한 관련을 맺고 있기 때문에 그 개념정의에 대한 태도를 분명히 할 필요가 있다.

우선 여러 학자들의 概念定義를 살펴보면, 수사기관 또는 수사기관에 협력하는 정보원이 피의자에게 접근하여 범죄의 기회를 제공하고 피의자가 범죄의 실행에 착수하는 것을 기다려 그를 체포하는 수사방법²⁰⁾으로 정의하거나 수사기관이 스스로 또는 他人을 시켜서 제 3자에게 범죄를 교사하고 그 제 3자가 범죄를 실행하는 것을 기다려 이를 검거하는 수사방법²¹⁾, 수사기관 또는 그 下手人이 신분을 숨기고 범죄를 교사한 후 그 실행을 기다려 범인을 체포하는 수사방법²²⁾, 수사기관이 시민에게 범죄를 교사한 후 범죄의 실행을 기다렸다가 범인을 체포하는 수사방법²³⁾, 政府官吏에 의한 犯行의 構想과 計劃이며 政府관리의 計略, 說得, 欺罔行爲가 없었더라면 범행을 실행하지 않았을 자에 대한 범행의 야기²⁴⁾ 등으로 정의하고 있다. 그리고 陷穽搜查의 유형을 이미 범죄의사를 가지고 있는 사람

20) 金箕斗, 陷穽搜查, 月刊考試 83/7, 97면; 姜求眞, 刑事訴訟法, 1982, 178면.

21) 李在祥, 陷穽搜查, 考試行政 90/6, 116면.

22) 白亨球, 刑事訴訟法講義, 1991, 427면.

23) 申東雲, 刑事訴訟法, 1993, 50면.

24) Sorells 사건에서의 Robert 판사의 定義이다.

에 대하여 범죄를 범할 기회를 제공한 機會提供型과 전혀 犯意가 없는 사람에게 犯意를 유발한 犯意誘發型으로 나누는 것이 일반적이다.²⁵⁾

본 논문에서는 광의의 합정수사와 협의의 합정수사로 나누어 개념정의를 하고자 한다²⁶⁾. 우선 '廣義의 陷穽搜查'는 『搜查機關이 스스로 또는 情報員을 이용하여 신분을 감추고 하는 모든 事前對應的이고 欺罔的인(proactive and deceptive) 搜查方法』으로 정의하기로 한다. 즉, 수사기관의 수사전략을 알았더라면 범죄를 실행에 옮기지 않았을 잠재적 범인을 직·간접으로 착오에 빠지게 하여 체포하는 수사방법을 널리 의미한다²⁷⁾. 따라서 廣義의 陷穽搜查는 위에서 언급한 기회제공형과 범의유발형을 모두 포함하는 개념이다.

그리고 '狹義의 陷穽搜查'는 『搜查機關이 범죄의사가 없는 潛在的 범죄인에게 새로이 犯意를 야기시키는 搜查方法』이라고 정의하기로 한다. 따라서 협의의 합정수사는 위에서 언급한 기회제공형을 제외한 범의유발형의 합정수사와 대체로 일치한다.²⁸⁾ 우리 대법원은 『소위 합정수사라 함은 본래 犯意를 가지지 아니한

25) 陷穽搜查를 機會提供型과 犯意誘發型으로 나눈 것은 미국 판례에서 유래한 것으로 범의유발형의 경우는 陷穽抗辯(entrapment defence)을 인정하고 있다. 그러나 미국에서는 합정수사라는 별도의 수사개념은 존재하지 않고 다만 소송상 피고인의 항변사유의 하나로 인정될 뿐이다.

26) 崔永洪, 前掲論文, 27면에서는 합정수사를 廣義와 狹義로 나누고 있다.

27) ibid.

28) 陷穽의 存否決定의 基準(陷穽搜查의 許容基準)과 관련하여 主觀的 基準說(subjective test)과 犯行故意의 起源說(the origin of criminal intent test)을 혼동하여 같은 것으로 보는 것이 국내에서의 일반적 견해인 듯 하나 양자는 엄밀히 말하면 구별된다. 즉, 전자는 합정의 존부판단에 있어서 被告人이 搜查機關員 또는 情報員과의 접촉 중에 보인 行態, 被告人의 前科, 社會的 評判 등을 자료로 하여 피고인이 그와 같은 범죄를 저지를 事前犯意(predispotion)가 있었는가를 판단한다. 여기서 말하는 사전범의는 합정수사에 의해 유발된 범죄 또는 그와 유사한 범죄를 저지를 『抽象的 犯意』를 말하는 것으로 문제된 『당해범죄를 저지를 故意』보다는 완화된 심리상태에 대한 개념이다. 그러나 후자, 즉 범행고의기원설에서는 사전범의 유무의 판단에 있어서 피고인의 전과나 사회적 평판 등은 판단의 자료에서 제외 시키며 오직 당해 범죄 자체에 관련된 피고인의 태도나 수사기관의 유인행위만을 가지고 사전범의 유무를 판단한다. 따라서 여기서 말하는 범의는 당해범죄 자체에 대한 故意이다. 본 논문에

자에 대하여 수사기관이 詐術이나 計略 등을 써서 범죄를 유발케 하여 범죄인을 검거하는 수사방법을 말하는 것이므로 범의를 가진 자에 대하여 범행의 기회를 주거나 범행을 용이하게 한 것에 불과한 경우에는 함정수사라고 말할 수 없다』라고 판시하여 함정수사를 협의의 의미로 파악하고 있다.²⁹⁾

陷穽搜查의 適法性 논의가 주로 협의의 함정수사와 관련하여 논의되기 때문에 함정수사를 이와 같이 광의와 협의로 나누는 것은 의미가 있다고 본다. 이하에서 특별한 언급없이 함정수사라고 할 때에는 협의의 함정수사를 의미한다.

2. 陷穽搜查의 法的 性質

우리 헌법은 강제수사에 의한 인권침해의 폐해를 우려하여 강제수사에 영장주의를 도입하고 있으며(憲法 第12條 第3項, 第16條), 刑事訴訟法은 『搜查機關은 수사에 관하여 그 目的을 달성하기 위하여 필요한 조사를 할 수 있다. 단, 強制搜查는 이 法律(刑事訴訟法)에 특별한 규정이 없으면 하지 못한다』(刑訴法 第199條 第1項 본문, 단서)라고 규정하고 있는데 이와 관련하여 陷穽搜查의 法的 性質이 임의수사인가 강제수사인가가 문제된다. 만약 함정수사를 강제수사라고 한다면 영장의 요구 등 엄격한 법적 절차에 따라야 하므로 함정수사의 법적 성질이 임의수사인가 강제수사인가 여부는 중요한 문제라고 본다.

함정수사의 법적 성질에 대해서는 함정수사의 경우에는 범인에 대하여 하등의 강제력이 행사되지 아니하며 또한 상대방의 의사의 자유나 그 권리를 침해하는

서는 주관적 기준설과 범의기원설을 구별하고 있으며 원칙적으로 후자의 견해를 취하고 있으므로 여기서 말하는 범의도 당해범죄 자체에 대한 고의이다. 따라서 주관적 기준설에서 말하는 범의유발형의 함정수사라고 할 때의 범의와는 엄밀한 의미에서 구별되기 때문에 협의의 함정수사가 반드시 범의유발형의 함정수사와 일치하는 것은 아니다. 자세한 것은 V 장 2. 함정수사의 허용기준에 관한 학설, 판례 참조.

29) 大判 1983. 4. 12, 82 도 2433(法院公報 705호 849면); 大判 1987. 6. 9, 87 도 915(法院公報 805호 1166면).

것이 아니므로 강제처분이 아닌 任意搜查라고 해야 한다는 견해³⁰⁾, 함정에 빠진 범인을 체포 하거나 압수·수색 하는 것은 強制處分이므로 함정수사는 임의수사라고 할 수 없다고 해석하는 견해³¹⁾, 함정에 빠진 범인을 체포(현행범체포)하거나 체포현장에서 압수·수색을 하는 것은 強制處分(強制搜查)이며 그 범인에 대한 피의자신문은 임의수사이므로 함정수사는 임의수사이나 강제수사이냐의 문제는 아니라고 보는 견해³²⁾ 등이 있다.

陷穽搜查의 本質을 어떻게 파악하느냐의 문제는 任意搜查와 強制搜查의 구별 기준에 관한 논의와 관련하여 살펴보아야 한다고 본다. 따라서 임의수사와 강제수사의 구별기준에 관한 학설을 살펴본 후에 이 문제를 논하고자 한다. 임의수사와 강제수사의 구별기준에 관한 學說은 다음과 같이 나누어 볼 수 있다.

① 形式說

형식설은 刑事訴訟法이 明示적으로 규정하고 있는 수사처분만을 강제수사로 본다. 이 견해는 강제처분은 “이 法”에 특별한 규정이 없으면 하지 못한다고 하는 형사소송법의 규정(형소법 제199조 제1항 단서)에 충실하려는 입장이다. 이에 의하면 強制搜查란 拘束(刑事訴訟法 第201條 이하), 押收, 搜索, 檢證(刑事訴訟法 第215條 이하), 證據保全(刑事訴訟法 第184條), 證人訊問의 請求(刑事訴訟法 第221條의 2), 公務所에의 照會(刑事訴訟法 第199條 第2項) 등 형사소송법에 특별한 규정들이 마련되어 있는 수사방법을 말한다. 이 견해는 강제처분이 직접·간접으로 물리적 강제력을 행사하는 경우 뿐만 아니라 상대방에게 義務를 負擔시키는 경우도 포함한다고 해석한다.³³⁾

30) 이 견해는 함정수사를 任意搜查의 適法性 문제로 논하고 있다. 姜求眞, 前掲書, 178-179면; 金箕斗, 前掲論文, 98면; 李在祥, 前掲論文, 116-117면; 田宮 裕, 刑事訴訟法(Ⅰ), 1977, 136면.

31) 川崎, 刑事訴訟法の 爭點, 101면.

32) 白亨球, 前掲書, 427면.

33) 姜求眞, 前掲書, 180면; 金箕斗, 刑事訴訟法, 1985, 204면; 車鏞碩, 刑事訴訟法研究, 1982, 106면.

그러나 형식설은 盜聽, 寫眞撮影, 거짓말탐지기의 사용, DNA檢査 등 과학기술의 발달에 따라 새로이 등장한 수사방법의 人權侵害可能性에 대처하지 못한다는 단점이 있다.³⁴⁾ 만일 刑事訴訟法에 規定된 搜查方法만을 강제수사로 파악한다면 새로운 수사방법은 모두 任意搜查에 해당하여 法的 統制를 받지 않을 것이기 때문이다.

② 實質說

실질설은 형식설의 이와 같은 단점을 극복하기 위해 임의수사와 강제수사의 한계에 관한 실질적 기준을 제시하고자 하는데, 그 구체적 기준에 관해서는 견해가 나뉜다. 첫째, 物理的 強制力の 行使에 의하여 상대방의 意思를 제압하는 경우를 強制搜查로 보고 그 이외의 경우를 任意搜查라고 보는 견해가 있다.³⁵⁾ 이 견해는 수사기관의 권한행사에 초점을 맞추는 태도라고 볼 수 있다. 둘째, 강제수사란 상대방의 의사에 반하여 實質적으로 그의 法益을 侵害하는 處分을 말하며 상대방의 法益侵害를 수반하지 않는 수사는 임의수사라고 보는 견해³⁶⁾가 있다. 셋째, 현행법은 강제수사에 관해서는 搜查機關의 強制處分에 대한 司法的 抑制라는 견지에서 令狀主義의 原則을 채택하고 있으므로 令狀의 要否라는 目的論的 觀點에서 수사처분의 구체적 내용을 실질적으로 고찰하여 強制的 有無, 法的 義務賦課의 여부, 法益侵害의 有無를 기준으로 임의수사이나 강제수사이나를 판단해야 한다는 견해³⁷⁾ 등이 있다.

③ 適法節次 基準說

임의수사와 강제수사의 한계는 適法節次(due process)의 요청과 관련지워 생

34) 徐壹敎, 刑事訴訟法, 1979, 253면; 李在祥, 前掲書, 215면; 申東雲, 前掲書, 78면.

35) 鄭榮錫, 刑事訴訟法, 1984, 244면.

36) 李在祥, 前掲書, 215면; Roxin, Strafverfahrensrecht, 1991, S.179; Peters, Strafprozeß, 4. Aufl(1985), S. 415.

37) 白亨球, 任意搜查의 本質과 限界, 考試界 1982/11, 114면; 田宮 裕, 前掲書, 130면; 日最決 1976.3.16.

각해야 한다는 관점에서 수사기관의 처분이 법공동체가 공유하고 있는 最低限度의 基本的人權마저도 침해할 우려가 있는 것인 때에는 강제처분으로 보아 영장주의를 비롯한 법적 규율을 받게 하고, 그와 같은 최소한도의 요구범위에 들지 않는다면 임의수사라고 보는 것이 타당하다는 견해이다.³⁸⁾ 이와 같이 적법절차의 원칙에서 요구되는 기본권존중의 관점에서 강제수사와 임의수사를 구별하게 되면 강제수사를 형사소송법에 규정되어 있는 수사처분에만 한정시키는 폐단을 방지할 수 있고, 새로운 수사방법의 등장에 탄력적으로 대응할 수 있으며, 적법절차의 요청을 기준으로 설정함으로써 物理的 強制力の 有無나 相對方의 意思 여하와 같은 평면적 기준이 제시하지 못했던 실질적 규제원리를 획득할 수 있다는 것이다. 이 견해는 物理的 強制力の 有無, 法的 義務賦課의 여부, 相對方 意思의 制壓 여부, 法益侵害의 有無 등은 搜查處分の 適法節次原則 준수 여부를 검토함에 있어서 구체적 기준으로 사용될 수 있다고 본다.

④ 小結

이상에서 임의수사와 강제수사의 구별기준에 관한 여러 학설들을 살펴보았는데 이와 같은 각 기준들에 의할때 합정수사의 법적 성질은 다음과 같이 생각해 볼 수 있을 것이다.

우선 形式說에 의한다면 합정수사는 刑事訴訟法에 明示的으로 규정한 수사처분이 아니고, 물리적 강제력을 행사하거나 상대방에게 의무를 부담시키는 경우가 아니므로 임의수사에 해당한다고 볼 수 있다. 그리고 實質說에 의할때 합정수사는 상대방의 의사에 반하여 실질적으로 그의 법익을 침해한다고 볼 수 있느냐는 판단에 따라서 결정될 것이며,³⁹⁾ 適法節次 基準說에 의할 때에도 합정수사를 법공동체가 공유하는 최저한도의 기본적 인권을 침해할 우려가 있다고 볼 수 있는

38) 申東雲, 前掲書, 75-76면.

39) 이재상 교수는 實質說에 의하면서 합정수사는 強制力を 행사하는 것이 아니고 또 어느 누구의 法益을 侵害하는 것도 아니기 때문에 任意搜查라고 본다. 李在祥, 前掲書, 215면; 李在祥, 前掲論文, 116-117면.

가의 판단에 의해 결정될 것이다.

생각건대 陷穽搜查의 法的 性質은 수사기관의 처분이 적법절차에 위반하여 법 공동체가 공유하는 최소한도의 기본적 인권을 침해할 우려가 있는가에 따라 임의 수사인가 강제수사인가의 여부를 구별하고 적법절차원칙의 준수여부를 검토함에 있어서 구체적 기준으로 물리적 강제력의 유무, 법적 의무부과의 여부, 상대방 의사의 제압 여부, 범의침해의 유무 등을 사용하는 적법절차 기준설에 의해 파악함이 타당하다고 본다. 함정수사의 근본적 문제가 犯罪에 대한 效果的 對應이라는 측면과 適法節次 및 基本的人權의 保障이라는 측면을 어떻게 調和시킬 것인가에 놓여 있기 때문이다. 그리고 강제수사를 임의수사와 구별하여 엄격한 법적 제한하에 두려는 것도 결국은 적법절차원칙의 준수에 의한 국민의 기본적 인권을 보장하기 위한 것이기 때문이다. 함정수사의 경우 국가에 의해 시험 당하지 않을 권리, 사회 일반인의 타인에 대한 신뢰의 보호라는 면에서는 어느정도 피유인자의 기본권을 침해할 가능성이 있다. 그러나 이것이 法共同體가 共有하는 最低限度의 基本權을 侵害할 程度는 아니라고 본다. 함정수사가 개시되는 경우는 대체로 피유인자에게 범죄혐의가 있는 경우일 것이며 합리적 범죄혐의⁴⁰⁾에 의한 수사과정에서 피유인자에게 야기되는 어느정도의 범의침해는 허용된다고 볼 수 있기 때문이다. 이것은 다른 종류의 임의수사에서도 마찬가지이다. 요컨대 합리적 범죄혐의에 의해서 개시되는 함정수사는 임의수사로 봄이 타당하다고 생각된다. 그리고 함정수사 중에 증거포착의 방법으로 도청이나 사진촬영이 행해질 때에는 압수수색규정이나 검증규정이 적용된다고 본다.⁴¹⁾

40) 이 때의 合理的 犯罪嫌疑는 逮捕, 拘束을 위한 充分한 犯罪嫌疑(probable cause) 보다는 낮은 정도의 것이나 單純한 肉感(mere hunch or suspicion)의 정도로는 불충분하다. 자세한 것은 VII장 3. 참조.

41) 盜聽의 法的 性質에 대해서는 強制搜查로 보는 것이 多數說이며, 강제수사로 파악할 때 그에 대한 법적규제에 대해서는 押收, 搜索에 대한 규정을 직접 적용 하자는 것이 다수의 견해이다.(白亨球, 前掲書, 434면; 李在祥, 前掲書, 225면; 申東雲, 前掲書, 88면) 사진촬영의 법적성질에 대해서는 강제수사이며 檢證의 일종으로 보는 견해(白亨球, 前掲書, 436면; 李在祥, 前掲書, 226면)와 사적 공간에서 행해지는 사진촬영

陷穽搜查를 임의수사라고 할때 그에 대한 統制의 問題가 있을 수 있으나 함정수사에 대한 수사기관의 지침⁴²⁾을 마련하거나 위법한 함정수사의 경우의 법원에 의한 통제에 의해서 이 문제는 극복될 수 있다고 본다.

은 강제처분으로 영장이 요구되며 공개된 장소에서의 사진촬영은 任意搜查라고 보는 견해(申東雲, 前掲書, 89면)가 있다.

42) 미국의 경우는 1981년에 'FBI 秘密搜查에 관한 法務長官指針'이 公布되었다.

IV. 陷穽搜查에 대한 各國의 態度 (判例中心)

1. 美國

(1) 序

법집행 기관은 종종 범죄행위에 관련된 자들을 체포하기 위하여 計略이나 詐術을 사용한다. 美國 聯邦大法院은 특정한 범죄행위의 수사에 있어서 법집행기관은 합법적으로 함정수사 방법을 사용할 수 있음을 인정했다. 그러나 일정한 경우에는 被告人에게 陷穽抗辯(defense of entrapment)을 인정함으로써 함정수사방법을 무제한으로 인정하고 있지는 않다. 陷穽抗辯은 미국 형사법에 있어서 독특한 이론으로서 영국, 캐나다, 기타 동일한 코몬로(common law) 국가에서는 인정되고 있지 않다고 한다.⁴³⁾ 미국에서 함정항변의 효용성이 判決의 부수적 의견(Dictum)에서 암시된 것은 1878년 United States v. Whitter사건⁴⁴⁾에서 부터라고 한다. 몇몇 州法院들은 19세기 후반에 이미 陷穽抗辯을 인정하였으며 聯邦抗訴法院이 최초로 함정에 根據하여 原審法院의 有罪判決을 파기한 사례는 1915년 Woo Wai v. United States사건에서 었다.⁴⁵⁾ 이 사건의 判決理由에서 『건전한 公共政策(public policy) 함정에 빠져서 형사법규의 조문을 침해하는 범죄로 유인당한 자의 형사책임을 부정함으로써 지지받을 수 있다』라고 하고 있다. 그 후 1932년 Sorells v. United States사건 判決에서 聯邦大法院은 함정항변을 처음으로 인정하였는데 이미 많은 聯邦 下級法院들은 陷穽抗辯을 채택하고 있었다.

43) G. Fletcher, Rethinking Criminal Law 541 (1978).

44) United States v. Whitter, 28 Fed. Cas. 591, No.16 (E.D.M. 1878); 이 사건은 함정 사건 자체는 아니었다.

45) Woo Wai v. United States, 223 F.412 (9th Cir. 1915); Entrapment through Unsuspecting Middlemen, 95 Harv. L. Rev. 1122, 1123 (1982).

1955년까지 43개의 주가 합정항변을 채택했으며 그 후 알래스카(Alaska),⁴⁶⁾ 델라웨어(Delaware),⁴⁷⁾ 하와이(Hawaii),⁴⁸⁾ 뉴멕시코(New Mexico),⁴⁹⁾ 뉴욕(New York),⁵⁰⁾ 버몬트(Vermont)주⁵¹⁾ 등 6개의 주가 추가적으로 判例나 立法을 통하여 합정항변을 인정하게 되어 테네시(Tennessee)주를 제외한 50개의 주⁵²⁾가 합정항변을 인정하고 있다고 한다.⁵³⁾

미국에서 陷穽搜查와 관련하여 주로 논쟁이 된 것은 陷穽抗辯 認定의 基準, 陷穽抗辯의 法的哲學的 根據 등이었으나 최근에는 합정항변 인정의 기준문제만이 주된 논쟁점이 되고 있다. 그리고 1980년대 초에는 FBI가 공직부정에 대한 소위 ABSCAM 수사를 전개함으로써 합정수사의 도덕성에 대한 열띤 논의가 전개된 바 있다.

이하에서는 陷穽搜查에 관한 미국의 主要 判例들을 몇가지 살펴본 후에 중요한 논점들을 분석하고 기타 관련문제들을 정리해 보고자 한다.

(2) 陷穽搜查에 관한 美國의 主要 判例들

① Sorells v. United States, 287 U.S. 435 (1932) 判決

이 判決은 陷穽搜查에 관한 聯邦大法院의 최초 판결로서 이 사건의 개요를 살펴보면 다음과 같다.

聯邦禁酒團束官(federal Prohibition Agent)인 Martin은 관광여행자처럼 가장하고 Sorell가를 방문하였다. Martin은 Sorell(被告人)이 잘 알고 있는 같은 마을 사람 세 명을 대동했다. Martin은 Sorell에게 소개되어 환담하였는데 이야기 도중

46) Grossman v. State, 457 P.2d 226 (Alaska 1969).

47) Del. Code Ann. tit. 11, §432 (1975).

48) Hawaii Sess. Laws, Act 9, §237 (1972).

49) State v. Sainz, N.M. 259, 501 P.2d 1247 (1972).

50) N.Y. Penal Law, §40.05 (McKinney 1975).

51) State v. Girouard, 130 Vt. 575, 298 A.2d 560 (1972).

52) 콜롬비아 구(D.C.)를 독립된 주로 취급하여 전체 51개 주 중 50개 주를 말한다.

53) C. Robton Perelli-Minetti, Comments, Causation and Intention in the Entrapment Defense, 28 U.C.L.A. L. Rev. 859, 859 n.3 (1981).

두 사람은 전쟁동료로서 동일한 육군부대의 戰友였음이 밝혀졌다. 잠시후 Martin은 Sorell에게 술을 구할 수 없겠느냐고 묻고, 술을 자기 집으로 가지고 가고 싶다고 말했다. Sorell은 즉시 자기는 아무 것도 가진 것이 없다고 대답했다. 얼마 후 Martin은 두번째로 술을 요청했으나 동일한 대답을 들었다. 그 후 환담은 약 1시간 30분 동안 진행되었고 Martin이 세번째로 술을 요청하자 Sorell은 구해보겠다고 하고 밖으로 나가서 1/2갈론(gallon)의 위스키를 가지고 왔으며 Martin은 5달러와 술을 교환하면서 Sorell을 체포하였다.

그 후 Sorell은 주류의 소지 및 판매를 금지한 禁酒法(National Prohibition Act) 違反으로 起訴되었다. Sorell에게 酒類法(Liquor Act) 위반의 전과는 없었다. 陷穽에 관한 陪審員指導(Jury Instroduction)⁵⁴⁾ 없이 1심에서는 징역 8월이 선고되었다. 抗訴審 判決⁵⁵⁾은 『범행 권유의 목적은 범죄적 行態에 임하고 있는 자들을 탐지하려는 데 있는 것이지 犯罪行爲를 만들어 내려는데 있는 것이 아니다.』라는 원칙을 내세우면서도 『비록 떳떳하지 못한 勸誘라 하더라도 이것이 刑事法規違反에 대한 항변으로 원용될 수는 없다』라고 하면서 Sorell의 陷穽抗辯을 배척하고 원심판결을 認容하였다.⁵⁶⁾

이 사건에 대해서 聯邦大法院(Supreme Court)은 證據에 의해서 다음과 같은 事實을 인정했다. 『금주법위반으로 被告人이 기소된 이 범죄는 금주단속관에 의

54) 陪審員指導(Jury Instroduction)란 판사가 배심원에게 하는 지시로서 법적 문외한인 배심원에게 당해 사건에 적용될 法規나 法原則 등을 지도하는 제도로써 배심원은 이러한 판사의 지도에 따라야 한다.

55) Sorells v. United States, 57 F.2d. 973, 976 (4th Cir. 1932).

56) 抗訴審 判決에서 Park판사는 다음과 같은 흥미있는 비유를 하면서 원심판결을 인용하였다. 『Sorell의 함정에 빠졌다는 항변은 마치 이 세상의 역사와 맞먹는 오랜 변명의 반복 즉, “뱀이 나를 유혹하였습니다. 그래서 사과를 따 먹었습니다.(창세기 3장 14절)”라고 하는 것과 마찬가지이다. 이러한 변명은 위대한 법 수여자인 하느님으로부터 받아들여지지 않았고, 또한 우리가 유혹자의 성격이나 행위를 어떻게 평가하고 판단하든 간에 그러한 변명은 지금까지 한번도 犯罪를 가려주었거나 犯罪者에게 免責特權을 부여하는데 이용된 적이 없다. 따라서 기독교 윤리상으로는 물론이고 모든 문명국의 법에 의하더라도 그러한 抗辯이 결코 용인될 수 없다고 할 것이다.』 The Constitutional States of the Entrapment Defense, 74 Yale L. J. 942 (1965).

하여 교사되었다는 것과 그것은 금주단속관의 목적의 소산이었다는 것, 피고인이 범행을 저지르려는 事前犯意는 없었고, 피고인은 성실 근면하고 착한 사람이며, 금주단속관의 반복적이고 끈질긴 간청에 의해 유인되었고 금주단속관은 戰友로서 상호 전투경험을 회상함으로서 생긴 感情을 이용하여 유인에 성공한 것이다.』

이와 같은 사실의 인정에 의해 연방대법원은 Sorell의 합정항변을 기각한 第4巡迴抗訴法院(4th Circuit Court)의 判決을 파기하면서 『수사기관 또는 그 정보원이 단지 犯行의 機會를 提供하거나 犯行을 容易하게 하는 것은 일반적으로 허용되고 있다. 수사기관은 犯罪行爲에 개입된 자를 체포하기 위해 기망이나 계략의 방법을 사용할 수도 있는 것이다. 이러한 방법은 때로는 법을 집행하는에 있어서 불가피한 것이며, 이 허용된 기망이나 계략의 목적은 범죄계획을 폭로하고 범인을 체포함에 있다. 그러나 犯意가 법집행기관에서 유래하여 법집행기관이 선량한 사람의 마음속에 범죄적 구도를 심어주고 그들을 기소하기 위해서 범죄로 유도하였을 경우에는 문제가 다르다. 不當한 教唆(improper solicitation)에 대해서는 無罪判決이 구제방법이며 배심원에 합정항변을 제출하지 못한 재판은 재심을 요한다.』라고 판시함으로써 합정항변(entrapment defense)을 인정한 연방대법원의 先判例가 되었다.

② Sherman v. United States, 356 U.S. 369 (1958) 判決

1951년 8월말에 政府의 情報員인 Kalchinian은 마약중독을 치료받으러 병원을 다니던 중, 우연히 같은 환자인 Sherman을 만났다. 그 후 그 병원 의사의 처방에 의해 약을 지으러 간 약국에서 둘은 우연히 몇번 더 만나게 되었다. 단순히 인사만 하는 사이에서 마약중독을 극복하려는 노력을 포함하여 서로의 경험과 어려움을 이야기하는 관계로까지 발전했다. 마침내 Kalchinian은 피고인에게 마약을 구할 좋은 출처를 알고 있느냐고 물었다. Kalchinian은 被告人 Sherman에게 자신은 치료의 효과가 없는 것 같다고 말하고 마약을 구해줄 것을 요청했다. 처음부터 피고인은 완강히 이를 거절하였다. Kalchinian은 고통스러운채 하면서 수차에

걸쳐 그와 같은 요구를 반복하였고 마침내 피고인은 그 요청에 同意했다. 그 후 Sherman은 몇번에 걸쳐서 마약을 구해왔고 Kalchinian과 나누었다. 매번마다 被告人은 그가 가지고 온 마약의 총 가격이 25달러라고 말하였고 Kalchinian은 마약가격 중 15달러씩 부담하게 되었다. Kalchinian은 마약가격의 부담분보다 마약 구입에 소요된 교통비등 제반비용을 부담하게 되었다. 몇번의 그와 같은 거래가 있는 후 Kalchinian은 麻藥團束局에 마약을 판매하는 사람이 있다는 사실을 통보했다. 1951년 11월 한달 동안에 마약단속국원들은 피고인이 3회에 걸쳐 정부에서 Kalchinian에게 제공한 돈과 교환으로 Kalchinian에게 마약을 건네주는 것을 확인했다. Sherman은 麻藥販賣罪로 起訴되어 1심에서 懲役 10年을 선고받았고 抗訴審에서 原審이 유지되었으나 聯邦大法院에서는 破棄還送 되었다.

이 사건의 재판에서도 실제로 문제가 된 것은 정보원이 범죄를 범하려는 事前犯意가 없는 피고인에게 犯行意圖를 심어주었는가 또는 피고인이 이미 사전범의가 있었는데 마약거래를 승락하는 것에 대해 단순히 자연적으로 주저했는가 하는 것이었는데 Warren대법원장이 대표기술한 다수의견에 의하면 『합정합변을 인정하는 것이 *Sorells v. United States* 287 U.S. 435 (1932) 判決 이후 연방대법원의 확고한 입장인바, 범죄행위가 搜查機關의 ‘創造的 活動의 產物(the product of creative activity)’인 경우에는 陷穽抗辯(defense of entrapment)이 인정되지만 범죄인에게 단지 犯行機會 혹은 便宜를 제공한 경우에는 합정합변이 인정되지 않는다. 본 사건에 있어서 Kalchinian은 정부로부터 보수를 받지는 않았지만 활발한 情報員 이었고, 피고인은 두 번의 前科事實 이외에 마약거래에 관여한 흔적이 없고, 체포된 후 그의 아파트에서도 마약이 발견된 일이 없으며, 마약거래에서 피고인이 이익을 남긴 것도 아니기 때문에 합정수사인가 아닌가라는 事實問題는 陪審員이 결정할 사항으로서 이 사건을 파기환송한다.』라고 하였다.

Frankfurter, Douglas, Harlan, Brennan 등 4명의 연방대법원 판사들은 결론에서는 同調하지만 다음과 같은 보충의견을 제시하였다. 『陷穽抗辯이 인정되는 이유는 수사기관의 부당한 수사방법의 저지에 있는 것이므로 주안점을 수사기관의

행위에서 피고인의 과거 행적으로 이전하는 무고성기준(innocence test)은 편파적 증거채택의 위험이 있다.』

檢察측이 被告人의 事前犯意에 대한 증거로서 유일하게 제시한 것은 被告人이 麻藥犯罪로 두 번 有罪判決을 받은 前科를 가지고 있다는 것이었기 때문에 이 사건의 판결에서는 범죄실행자가 이미 범죄의도를 가진 자였음을 입증함에 있어서 被告人의 前科가 증거로 될 수 있는가 하는 문제가 야기되었다. 피고인은 1942년에 麻藥不法販賣罪로 有罪判決을 받았고 1946년에는 麻藥不法所持罪로 유죄판결을 받은 전과가 있었다. 聯邦大法院은 이 증거로는 피고인의 사전범의를 인정하기에 충분하지 않다고 결론짓고 함정이 있었다고 판시했다. 연방대법원은 이 전과들이 각각 9년, 5년 전의 전과였기 때문에 오래된 전과여서 사전범의를 인정하는데 불충분하다고 판시한 것이지 전과가 事前犯意(predispotion) 입증의 자료로서 인정될 수 없는 것은 아니며 보다 최근의 전과였다면 사전범의 인정의 자료로서 충분히 인정될 수 있다고 하였다. 이에 대해 프랑크푸르터(Frankfurter)등 4인의 연방대법원 판사들은 Sherman v. United States사건의 判決에서 동일 범죄로 두 번이나 유죄판결을 받은 전과가 있는 Sherman의 항변을 인용하면서 『陷穽搜查의 허용된 한계는 혐의자가 누구냐에 따라 달라지지 않는다. 부당한 함정수사행위는 그것이 선량한 시민에 대해 행해졌을 때와 마찬가지로 전과자에 대한 것도 허용될 수 없는 것이다. 이와 다른 견해는 國民의 法 앞의 平等原則에 저촉되는 것이며, 그 견해에 따르면 전과자에 대해서는 어떠한 함정행위도 허용된다고 하는 부당한 결론이 나온다. 前科者나 虞犯者라 하더라도 수사기관의 부당한 유발행위가 없었더라면 범죄를 저지르지 않았을 것이라고 인정되는 경우가 얼마든지 있으며 이러한 가능성은 결코 경시되어서는 안되는 것이다.』라고 하였다.

③ United States v. Russel, 411 U.S. 423 (1973) 判決

1969년 12월 7일 聯邦 麻藥 및 有害藥物團束局(the Federal Bureau of

Narcotics and Dangerous Drugs)의 秘密搜查要員인 Joe Sharpino는 워싱턴주에 있는 Whidbey섬에 가서 被告人 Russel과 그의 두 共犯 John Connolly와 Patric Connolly 형제를 만났다. Sharpino의 任務는 메스암페타민(methamphetamine)이 不法으로 製造되고 있는 것으로 생각되는 공장의 위치를 알아내는 것이었다. Sharpino는 Russel과 John Connolly 및 Patric Connolly에게 자신은 북서태평양에 위치한 메스암페타민의 製造 및 販賣에 관심이 있는 조직을 대표하고 있다고 말했다. 그리고 나서 그는 피고인들에게 생산된 마약의 절반을 받는 조건으로 메스암페타민(methamphetamine) 제조에 필수적 요소인 phenyl-2-propanone을 공급하겠다고 제안했다. 이 제안은 피고인들이 제조하고 있는 마약의 샘플과 그것이 제조되고 있는 공장을 Sharpino에게 보여준다는 조건하에 이루어 졌다.

대화 도중에 Patric Connolly는 자신이 1969년 5월 이래로 마약을 제조하고 있으며 그때까지 3파운드를 생산했다고 했다. John Connolly는 Sharpino에게 그가 가장 최근에 만들었다고 말하는 일정량의 메스암페타민이 들어있는 가방을 보여주었다. 그 후 즉시 Sharpino는 Whidbey섬 Connolly의 집에 위치한 麻藥製造工場을 보기 위해 Russel의 집을 떠났다. 그 집에서 Sharpino는 phenyl-2-propanone이라는 化學藥品 명칭이 붙어있는 빈병을 발견했다.

사전협의된 대로 Sharpino는 1969년 12월 9일에 100g의 phenyl-2-propanone을 공급하고 생산과정을 관찰하기 위해 Connolly의 집에 다시 왔다. 생산공정은 다음날 아침에 끝났으며 Sharpino는 생산된 마약의 절반을 받고 나머지는 피고인이 가졌다. Sharpino는 그 나머지도 팔라고 제안했고, 피고인은 파는 것에 동의하여 60달러를 받고 나머지를 팔았다.

약 1달 후에 Sharpino는 Connolly의 집을 다시 방문하여 아직도 그가 이 사업에 관심을 가지고 있는지 물었다. Connolly는 관심은 있지만 최근에 2병을 새로 입수했으며 아마 이틀 뒤에나 그 생산공정이 끝날 것이라고 하였다. 이틀 후에 Connolly는 추가적으로 Sharpino에게 얼마간의 메스암페타민(methamphetamine)을 공급했다. 그리고 3일 후에 Sharpino는 搜索令狀을 가지고 Connolly의 집에

왔으며 500g짜리 phenyl-2-propanone을 담은 빈병과 자신이 공급한 것이 아닌 phenyl-2-propanone이 조금 들어 있는 100g짜리 병을 발견했다.

연방 마약 및 유해약물단속국(the Federal Bureau of Narcotics and Dangerous Drugs)이 몇 개의 화학약품 회사에 대해서 phenyl-2-propanone을 파는 것을 중단해 달라고 요청해 놓은 상태였으므로 이 화학약품을 일반적으로 얻는 것은 어렵다는 것이 被告人과 Connolly의 裁判에서 立證되었다.

證據調查가 끝나고 地方法院 判事로부터 陷穽에 대한 陪審員指導를 받은 후에 陪審員들은 被告人의 公訴提起된 모든 事實에 대해서 有罪를 인정했다. 抗訴審⁵⁷⁾에서 피고인은 배심원들이 자신에게 이미 범행의도가 형성되어 있었다고 판단한 것을 인정했지만, 法執行機關의 不當한 行爲의 介入이 있었으므로 법적으로 합정이 있다고 주장했다. 항소심 법원은 지방법원이 사실인정을 잘못했거나 전통적인 합정항변의 기준을 잘못 적용한 것은 없음을 인정하면서도 이와같은 항변을 받아들여 원심을 파기했다. 이 항소심 법원은 법원이 '犯罪行爲에 있어서 不當하게 政府가 介入했음을 인정하는 경우'는 무조건 公訴를 棄却함으로써 피고인의 사전 범의에 초점을 맞추는 전통적인 합정의 개념을 확장시키려고 하였다. 이 사건에서 항소심법원은 메스암페타민을 제조하는데 필수적이면서도 아주 구하기 힘든 phenyl-2-propanone을 공급한 정부 비밀요원의 행위는 합정을 구성한다고 판시했다. 이와 같은 견해는 被告人의 事前犯意 여부에 초점을 맞추는 연방대법원의 다수견해와는 달리 정부의 행위 그 자체에 초점을 두고 있다.

그러나 피고인이 抗訴審에서 자신에게 사전범의가 있었다는 것을 인정했기 때문에 연방대법원에서 합정항변이 인정될 수는 없었다. Rehnquist 대법원판사가 대표기술한 다수의견에 의하면 Sorell 및 Sherman 判決에서 확립된 합정수사항변은 피고인의 범행의도 혹은 경향에 초점을 두고 사법관리는 선량한 시민을 犯罪行爲로 유혹하고 처벌받게 하기 위해 사주하여서는 않된다는 것이므로, 비밀정보원이 메스암페타민 생산에 너무 깊숙히 관여하였으므로 기소는 적법절차 위반

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

이라는 被告人측의 주장을 배척하고, 본건에 있어서 주원료의 구입은 상당히 어렵지만 불가능한 것은 아니고 그 원료 자체의 소지는 適法한 것이며 메스암페타민의 불법제조는 우발적이고 격리된 범죄가 아니라 계속적 기업경영형식이라고 하고, 장래 司法官吏들의 行爲가 너무 不當해서 그에 의한 起訴 및 有罪確保가 適法節次條項 違反으로 전면적으로 금지된 사안이 나타날지도 모르지만 본건은 거기까지 미치지 않는다고 하여 원심을 파기했다.

이에 대하여 Stewart, Brennan, Marshall 대법원판사들은 합정수사항변의 초점은 피고인에게 범죄경향이 있느냐, 피고인이 선량한가에 있는 것이 아니라 사법관리들의 행위를 규제함에 있고 정부는 범죄를 조장하여서는 안된다고 하여 反對意見を 표명했다.

④ Jacobson v. United States, 112 S.Ct. 1535 (1992) 判決

1984년 2월 네브라스카(Nebraska)에 사는 농부인 피고인-법을 위반한 전과는 전혀 없었다-은 10대 소년들의 누드사진이 들어있는 Bare Boys I 과 Bare Boys II 라는 두 권의 잡지를 성인서점(adult bookstore)에 주문하여 그 잡지를 받았다. 이때 까지만 해도 이런류의 잡지를 우편주문 하거나 배달하는 것은 주법이나 연방법 어디에도 저촉되는 것이 아니었다. 이와 같은 일이 있은후 의회는 우편을 통하여 그와 같은 잡지를 받아보는 것을 불법으로 규정하는 兒童保護法(Child Protection Act 1984)를 통과시켰다. 같은해 말에 우편검열관(postal inspector)은 성인서점에서 압수한 우편 리스트(list)에서 피고인의 이름을 확인하고 1985년 1월 그를 비밀수사의 표적으로 삼았다.

그 후 2년 6개월 동안 연방수사기관은 5개의 僞裝組織을 통하여 피고인과 펜팔을 하도록 하여 兒童挑色雜誌에 대한 피고인의 태도를 시험하면서⁵⁸⁾ 우편으로

58) 이와 같은 僞裝組織 중에는 性的自由와 表現의自由를 위해 헌신하는 기관으로 가장한 HINT(Heartland Institute for a New Tomorrow)라는 조직이 있었는데 HINT는 Jacobson 에게 10대 초반의 호모섹스에 대한 그의 관심이 보통 이상인가를 묻는 설문지를 보내기도 했다.

반복해서 그와 접촉하였다. 그와 같은 접촉을 통한 의사소통 속에는 性的으로 숨김없는 雜誌의 利用可能性을 제한하는 정부정책의 合法性과 合憲性에 대해서 비난하는 표현도 들어 있었으며 被告人에게 불법적인 아동도색잡지를 주문할 수 있는 기회를 제공하기도 했다.

피고인과 우편접촉이 시작된지 26개월 후에 연방수사요원들은 그에게 어린이들의 섹스장면 사진을 선전하는 팜플렛을 그에게 보냈다. 이 기회에 피고인은 드디어 그것을 주문했다. 그 동안에 수사요원들은 정부의 통제를 비난하는 가짜 편지를 썼고 단속을 피해 그와 같은 잡지를 구할 수 있는 방법을 알려 주는 등의 방법으로 그를 계속 자극했다.

그 잡지가 배달된 후에 피고인은 체포되었다. 그의 집을 수색한 결과 그가 수사요원들로부터 받은 잡지와 1984년에 합법적으로 입수한 두개의 잡지만이 발견되었다. 피고인은 어린이 도색잡지를 우편으로 받아보는 것을 금지한 兒童保護法(Child Protection Act) 위반으로 기소되었다. 그는 ① 정부의 행위 자체가 違法이며, ② 수사기관이 그에 대한 수사를 시작하기 전에 合理的 犯罪嫌疑(reasonable suspicion)가 있어야 하며, ③ 그는 정부의 詐術에 의해서 함정에 빠졌다고 항변했다. 1심에서 피고인의 함정항변은 받아들여지지 않았고 피고인은 有罪가 인정되었다. 제8항소법원의 합의부(panel)는 원심판결을 파기했으나⁵⁹⁾ 전원합의체(en banc)에 의한 再審理(rehearing)에서는 유죄를 그대로 유지했다.⁶⁰⁾ 연방대법원은 위 세가지 항변사유 중 세번째의 함정항변에만 근거하여 5 대 4로 抗訴審判決을 파기했다.⁶¹⁾

Jacobson 사건에서 聯邦大法院은 법집행공무원이 『...범행의도를 만들어 내거나 기소하기 위하여 무고한 사람의 마음속에 犯罪行爲의 意圖를 심어주어서는 안

59) 893 F.2d 999 (8th Cir. 1990).

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

61) 미연방대법원은 不當한 政府 行爲의 抗辯(the defense of outrageous government conduct) 및 合理的 犯罪嫌疑(reasonable suspicion)의 필요성 부분에 대한 피고인의 항변은 받아들여지지 않았다.

된다』고 판시했는데,⁶²⁾ 이와 같은 연방대법원의 해석은 다음과 같은 두가지의 점에 초점을 맞추는 전통적인 합정항변의 분석에 따르고 있다.

첫째, 국가가 피고인이 범죄행위를 하도록 誘引(induce) 했는가?

둘째, 국가가 피고인이 범죄행위를 하도록 유인했다고 할때 被告人은 법집행기관원이 처음으로 접근하기 전에 이미 犯行意圖를 가지고 있었는가?

檢察측에서 被告人이 도색잡지를 주문하도록 유인했다는 점에 대해서 부인하지 않았기 때문에, Jacobson 사건에서 법정에서의 유일한 논점은 법집행기관원이 개입하기 전에 피고인이 불법적인 도색잡지를 주문할 사전의도를 가지고 있었다는 것을 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 입증했느냐 하는 점이다.⁶³⁾ 이 사건의 특수한 상황에 근거하여 연방대법원은 정부가 2년 반 동안 被告人에게 향했던 관찰에도 불구하고 검찰측이 Jacobson의 事前犯意를 立證하지 못했다고 판시했다. 연방대법원은 정부가 우편접촉 전과 수사과정중에 수집한 증거로는 피고인의 사전적 범행의도를 입증하기에 불충분하다고 했다. 우편접촉 전의 사전적 범행의도를 입증하기 위한 증거는 피고인이 1984년에 합법적으로 구입한 2개의 잡지밖에 없었다. 聯邦大法院은 『일반적으로 대부분의 사람들은 그들이 어떤 법을 인정하지 않더라도 그것을 따라야 한다고 이해하고 있기 때문에, 이 합법적으로 구입한 잡지는 지금에 와서 불법화된 행위의 사전범의를 입증하는 증거로는 불충분하다』고 했다.⁶⁴⁾ 연방대법원은 또한 수사기간 중에 수집된 사전범의 입증을 위한 증거에 대해서도 피고인의 반응은 기껏해야 10대들의 섹스장면 사진을 구경하려는 의도 또는 로비기관의 지지하에 주어진 혐의사항을 촉진시키려는 의도밖에 없다는 이유로 인정하지 않았다. 연방대법원은 이와같은 證據들로는 피고인이 어린이 挑色雜誌를 우편을 통해 받는 범죄를 범할 의도를 사전에 가지고 있었음을 합리적 의심의 여지 없이 증명하기에는 불충분하다고 결론 지었다.

62) 112 S.Ct. 1535, 1540 (1992).

63) Thomas V. Kukura, Undercover Investigations and the Entrapment Defense, FBI Law Enforcement Bulletin, Apr. 1993, at 28.

64) 112 S.Ct. 1535, 1542.

결국 Sorells사건 이래 연방대법원의 다수견해가 취해오던 피고인의 사전적 범행의도에 의해 합정의 여부를 결정하는 태도는 최근까지도 연방대법원에서 계속 유지되고 있다.⁶⁵⁾

Jacobson사건 이래로 법원들은 합정 및 그와 관련된 항변에 관해서 비밀수사를 하기 전에 법집행기관원들이 고려해야할 다음과 같은 4가지 문제를 검토하게 되었다.

첫째, 정부는 어떤 사람을 비밀수사의 대상으로 삼기 전에 合理的 犯罪嫌疑를 요하는가? 둘째, 誘引의 構成要素들은 무엇인가? 셋째, 事前犯意의 構成要素들은 무엇인가? 넷째, 소위 말하는 不當한 政府行爲의 抗辯(the outrageous Government conduct defense)의 適用可能性은 어떠한가?

(3) 陷穽의 存否決定의 基準

미국 법원들은 '犯罪의 製造(the manufacturing of crime)'에 이르는 법집행기관의 행위들을 엄격하게 제한해 왔다. 법집행기관에 의한 犯罪行爲의 製造를 억제하기 위해 미국 法院들은 비록 被告人이 법에 규정된 범죄를 저질렀다고 하더라도 그것이 法執行機關의 犯罪製造에 의한 것일 때에는 無罪의 判決을 하도록 하는 陷穽抗辯을 확립하였다. 그러나 미국 법원들은 범죄가 정말로 製造되었는가(manufactured)를 결정하는 적절한 기준이 무엇인가에 대해서는 심한 대립을 보이고 있다. 합정의 존부결정의 기준은 결국 피고인의 합정항변의 인정기준이 될 것이다.

① 主觀的 基準說

합정의 존부결정에 있어서 미연방법원의 多數意見은 Sorells v. United States 287 U.S. 435 (1932) 判決 이래 主觀的 基準(subjective test)을 사용하고 있다.⁶⁶⁾

65) Kukura, *supra* note 63, at 29.

66) Sorells v. United States, 287 U.S. 435 (1932); Sherman v. United States, 356 U.S. 369 (1958); United States v. Russel, 411 U.S. 423 (1973); Jacobson v.

67) 즉, 犯意가 政府官吏에게서 유래하였고 선량한 사람의 마음속에 그와 같은 犯罪的 構圖를 심어준 경우에는 법집행기관의 행위는 위법이고 따라서 함정은 존재한다는 것이다. 그러나 犯意가 피유인자 자신의 마음속에서 발생한 것이라면 政府官吏의 誘引行爲는 단순히 犯行의 機會를 提供하거나 犯罪遂行의 便宜를 제공한데 불과하므로 함정은 존재하지 않는다는 것이다. 만약 피고인이 적당한 기회가 주어진다면 당장에 그리고 기꺼이(ready and willing to) 유사한 범행을 범할 준비가 되어 있다면 被告人은 事前犯意(predispotion)가 있다고 한다.⁶⁸⁾ 主觀的 基準說에서 말하는 事前犯意(predispotion)란 당해사건에 대한 구체적 고의가 아니라 그와 같은 종류 또는 유사한 범죄를 범하려는 抽象的 故意로서 일반적으로 말하는 고의개념보다 완화된 고의개념이다.

주관적 기준설에 의하여 함정의 존부를 판단할 때 법원은 범죄의 궁극적 원인이 무엇이었는가를 알아내기 위해 政府官吏의 行爲 보다는 被告人의 心理狀態에 초점을 맞추게 된다.⁶⁹⁾ 따라서 主觀的 基準說에 의하면 결국 함정의 존부결정의 결정적 기준은 피고인의 주관적인 심리상태이다. 그러나 유혹 당시의 被告人의 心理狀態를 파악하기란 극히 어려운 일인데, 피고인의 심리상태 파악의 자료로는 기소된 범죄로 이르기까지 법집행기관원 또는 정보원과의 접촉중에 보인 被告人의 行態, 犯罪의 性質, 被告人에 가해진 壓力이나 說得의 程度,⁷⁰⁾ 被告人의 前科

United States 112 S.Ct. 1535 (1992) 등에서 聯邦大法院의 多數意見은 主觀的 基準說을 취하고 있다. 주관적 기준설은 셔만-소렐즈 원칙(Sherman-Sorell doctrine)이라고도 불린다. Wayne R. LaFave and Jerold H. Israel, Criminal Procedure, §5.2 (1988).

67) 대부분의 주는 立法이나 判例를 통해 主觀的 基準을 수용하고 있다고 한다. C. Robton Perelli-Minetti, supra note 53, at 859-860.

68) United States v. Sherman, 200 F.2d 880, 882 (2d Cir. 1952); Park, The Entrapment Controversy, 60 Minn. L. Rev. 163, 176-178 (1976); 1 E. Devitt & C. Blackmar, Fedral Jury Practice and Instroduction §13.09 (3d ed.1977).

69) Hampton v. United States, 425 U.S. 484, 488 (1976); United States v. Russel, 411 U.S. 423, 429 (1973).

70) 壓力(pressure)에 반대되는 개념으로서의 單純한 誘惑(mere solicitation)은 陷穽抗辯을 하기에 充分한 誘引(inducement)이 아니라고 한다.

나 一般的 評判 등을 들고 있다.⁷¹⁾

主觀的 基準說 하에서는 2단계 분석법이 행해진다.⁷²⁾ 우선 被告人이 政府官吏나 그 情報員에 의해 誘引되었는가가 심사되고 다음으로 피고인에게 기소된 범죄와 같은 유형의 범죄를 범할 의사가 이미 형성되어 있었는가가 심사된다.⁷³⁾⁷⁴⁾ 따라서 만약 정부관리가 피고인에게 범죄행위를 하도록 유인했다는 증거를 피고인측에서 제출하면, 정부측에서 피고인이 이미 범죄행위를 하려는 의도를 가지고 있었다는 입증을 하지 못하는 한 피고인을 無罪放免 해야 한다.

미연방대법원의 다수의견은 Sorells 判決(1932) 이래 최근까지 계속하여 주관적 기준설을 유지해 오고 있지만 학계에서는 주관적 기준설을 지지하는 견해는 극히 드물다.⁷⁵⁾ 主觀的 基準說이 聯邦大法院內의 多數意見이지만 客觀的 基準說이 강력히 주장되고 있으며 실제 판결에 있어서도 근소한 표차이로 주관적 기준설이 유지되고 있다.⁷⁶⁾

71) Park, *supra* note 68, at 200-201.

72) 이와같은 2단계 분석법은 *United States v. Sherman*, 200 F.2d 880, 882-883 (2d Cir. 1952)(L.Hand, J.) 에서 처음 시도 되었다. 그러나 *United States v. Watson*, 489 F.2d 504, 511 (3d Cir.1973)과 *Kadis v. United States*, 373 F.2d 370, 373-374 (1st Cir. 1967)에서는 2단계분석법을 거부하고 있다. : Park, *supra* note 68, at 262-267.

73) LaFave & Israel, *supra* note 66, §5.2.

74) 主觀的 基準說 하에서는 함정에 관련된 모든 문제들을 事實認定의 問題로 보아 陪審員들이 판단해야 한다고 한다. 그러나 Sorells 사건의 판결에서 Robert 판사는 陷穽抗辯의 문제는 法的 問題로 취급되어야 하고 함정의 항변은 무죄의 항변이 아니므로 배심에 제출될 수 없는 것으로서 판사가 판단할 것이며 本案審理前 抗辯(plea in bar)으로 보아 公訴棄却決定을 하여야 한다고 한다.

75) C. Robton Perelli-Minetti, *supra* note 53, at 861 참조. 주관적 기준설을 지지하는 대표적 학자로는 Rossum, *The Entrapment Defense and the Supreme Court: On Defining the Limits of Political Responsibility*, 7 Men. St. L. Rev. 367 (1977) 을 들 수 있다.

76) 연방대법원 판결들을 보면 5:4로 주관적 기준설을 채택한 경우가 상당히 많다. Sorells v. United States 287 U.S. 435 (1932) 사건에서는 5:3, Sherman v. United States 356 U.S. 369 (1958) 사건에서는 5:4, United States v. Russel, 411 U.S. 423 (1973) 사건에서는 5:4, Hampton v. United States, 425 U.S. 484 (1976) 사건에

② 客觀的 基準說

聯邦大法院의 少數意見은 공정하고 명예로운 司法運營에 대한 공적신뢰를 위하여 법적 근거없는 수단(lawless means)을 수사기관이 사용하는 것을 막기 위해 法執行의 手段에 초점을 맞추는 客觀的 基準說을 끈질기게 주장하고 있다.⁷⁷⁾ 미국학자들은 거의 대부분 이 객관적 기준설을 지지하고 있으며,⁷⁸⁾ 미국법률학회(American Law Institute)에서 마련한 모범형법전(Model Penal Code)의 陷穽抗辯에 관한 부분에서 반영되었다. 그리고 11개 주에서 立法이나 判例를 통하여 客觀的 基準說이 채택되고 있다고 한다.⁷⁹⁾ 객관적 기준설은 함정의 존부를 판단함에 있어서 政府官吏에 의해 使用된 誘引行爲에 초점을 맞춘다. 이 이론은 피고인의 범죄행위가 어떠한 法執行의 計略에 의해서라도 촉진된 경우에는 피고인은 무죄가 되어야 한다고 주장한다. 객관적 기준설에 의하면 비록 피고인이 범죄를 범할 의사를 가지고 있다고 할지라도 당장에 그리고 기꺼이(ready and willing to) 그것을 실행에 옮길 태세가 되어 있지 않은 자를 유혹하거나 부추키는 경우에는 함정이 된다. Sorells사건에서 少數意見者였던 Roberts판사는 『政府官吏의 誘引行爲가 없었더라면 그 범행을 저지르지 않았을 사람에 의한 犯罪行爲는 정부관리에 의한 범행의 구상이며 계획이고 범행의 알선이다. 따라서 정부행위 자체에 초점을 두어 함정의 유무를 판단해야 하며 被誘引者의 前科나 나쁜 評判 등은 함정유무의 판단에 고려될 수 없는 것이고 피유인자의 과거의 범행이나 나쁜평판 등은

서는 5:3, Jacobson v. United States, 112 S.Ct. 1535 (1992) 사건에서는 5:4로 주관적 기준설을 채택했다.

77) Sorells v. United States 287 U.S. 435, 457 (Roberts, J., concurring) : Sherman v. United States 356 U.S. 369, 380 (Frankfurter, J., concurring); United States v. Russel, 411 U.S. 423, 445 (Stewart, J., dissenting); Entrapment through unsuspecting middlemen, 95 Harv. L. Rev. 1122, 1124-1125 (1982).

78) C. Robton Perelli-Minetti, supra note 53, at 860 n.4 참조 客觀的 基準說을 지지하고 있는 대표적 경우는 Comment, Entrapment: A Critical Discussion, 37 Mo. L. Rev. 633 (1972); Dix, Undercover Investigations and Police Rulemaking, 53 Tex. L. Rev. 203, 246-48 (1975); Donnelly, supra note 9, at 1098 등을 들 수 있다.

79) LaFave & Israel, supra note 66, §5.2.

정부관리의 범죄의 창조행위에 아무런 영향을 미치지 못한다.』고 한다. 즉, 함정의 존부를 판단하는데 있어서 그 판단의 자료는 유인행위자 자신의 행위만으로써 삼아야 하며 피유인자에 관한 사항을 판단의 자료로 삼을 수 없다는 것이다.

客觀的 基準說에서는 被告人 뿐만 아니라 一般人도 정부관리의 그와 같은 誘引行爲가 있는 경우에는 피고인이 저지른 범죄행위를 저질렀을 것이라고 판단되는 경우에는 함정이 있다고 한다. 즉, 社會 一般人을 기준으로 하여 一般人이 그와 같은 상황에 처했을 때 어떠한 행동을 했을 것인가를 판단하여 함정의 존부를 결정해야 한다는 것이다. 따라서 피고인이 犯意를 가지고 있었는가를 묻지 않고 일반인이 그와 같은 상황속에서 범죄를 범할 수 있는 潛在的 危險을 創造하는 誘引이나 說得 등의 方法이 수사기관에 의해 사용된 경우에는 함정항변이 인정된다. 그러나 객관적 기준설도 구체적인 경우 법집행기관의 어떠한 행동이 함정을 구성하는가에 대해서는 분명하지 않다. Sorells사건의 判決에서는 『금주단속관인 Martin이 단순히 구입을 시도하는 것과 비교해서 보다 강력한 유혹이 있을 경우에 함정은 존재한다. 우정어린 상호간의 전쟁경험을 회상함으로서 생겨난 감정을 이용하여 끈질기고 반복적으로 유인하는 것은 違法한 것이고 함정을 구성한다.』고 했다.

이렇게 볼 때 客觀的 基準說에서도 국가의 행위가 개입되었다고 무조건 함정이 있다고 판단하는 것이 아니라 국가의 행위가 범죄행위를 제조할 정도에 이른 경우에 함정이 있다고 보며 그 판단기준으로서 일반인이 그와같은 상황에 처했을 때 어떻게 행동했을 것인가 하는 것을 들고 있다. 범죄의 궁극적 원인이 무엇이었는가를 판단함에 있어서 주관적 기준설이 被告人측에 중점을 둠에 반하여 객관적 기준설은 法執行機關의 行爲에 중점을 두고 법집행기관의 수사전략에 제한을 가하려는 입장이라고 볼 수 있다.

(4) 陷穽抗辯의 根據

미국 법원들은 法執行機關에 의한 犯罪의 製造를 억제하기 위해서 被告人이

합정에 빠져 그 범죄를 저질렀을 경우에는 합정항변을 인정하고 있음은 위에서 살펴보았다. 그러면 피고인이 합정항변을 제출하여 합정이 있었음이 인정된 경우에 합정항변이 유효하게 되는 근거는 무엇인가?

미국연방법원들은 일반적으로 Public Policy(공공정책)⁸⁰⁾라는 개념을 陷穽抗辯의 根據로 삼고 있다. 그러나 Public Policy가 실제로 어떻게 적용되는가에 대해서는 견해가 나뉘어 있다. 합정이 증명된 피고인은 무죄가 선고되어야 한다는 점에서는 견해가 일치하나 Public Policy라는 개념의 실제 적용에 있어서는 법률해석의 근본문제를 야기시킬뿐만 아니라 사법부 임무의 본질이 무엇인가 하는 문제까지 논의 되었다.

Public Policy라는 근거하에 합정의 항변을 지지한 판례는 Sorells사건 이전부터 있어 왔으며 연방대법원은 일반적으로 확립된 판결들을 채택 인용하고 있다.

연방대법원의 多數意見은 法律解釋의 問題와 관련하여 대체로 다음과 같이 주장하고 있다. 국가 법집행기관의 第1次的 任務는 犯罪의 豫防이다. 起訴를 목적으로 犯罪를 敎唆하고 製造해 내는 것은 그들의 임무가 아니다. 政府官吏들이 범죄를 저지르도록 교사하고 설득하는 등의 방법으로 유인하지 않았더라면 분명히 저지르지 않았을 범죄를 처벌한다는 것은 공공정책(Public Policy)에 반할 뿐만 아니라 부당한 것이다. 그리고 法律解釋의 問題와 관련하여 制定法條文의 엄격한 적용이 구체적인 사건에 있어서 立法 目的에 반하는 결과를 가져오거나 正義觀念에 반하는 결과를 가져올 때에는 제정법조문에 집착한 엄격한 문리해석은 진정한 법의 해석이 될 수 없다. 그러한 경우에 문리해석은 법의 목적에 반하고 법의 적절한 집행에 모순되기 때문에 지양되어야 한다고 한다. 또한 다음과 같은 판결들

80) Public Policy는 公共倫理, 社會의 健全性, 公共의 安全, 公共福利와 관련하여 모든 州에 적용되는 社會 一般人的 意識을 말한다. Public Policy(공공정책, 공서양속)에 의한 한계란 어떤 주체나 개인도 公共善(public good)을 해치는 행동을 할 수 없다는 법의 원리로서 Common Law로부터 나온 것이다. 이 원리는 法治行政의 순수성에 비추어서 公共倫理, 公共의 信賴, 公共의 健全性을 해치거나 또는 個人의 自由, 私有財産權 등의 個人的 權利의 安定性을 해치는 모든 行爲, 契約 등에 적용되는 광범위한 개념이다. Black's Law Dictionary, 1231 (6ed. 1990).

을 인용하면서 이러한 法解釋의 原則은 연방법원에서 일반적으로 確立되어 왔다고 주장한다. 즉, ① United States v. Palmer 사건⁸¹⁾에서 Marshall 대법원장은 “1790. 4. 30일 議會法律 Section 8 (1 Stat. 113)의 공해상 강도(the robbery of high seas)의 해석과 관련하여 同 條文上의 ‘any person and persons’라는 단어는 모든 사람(every human being)을 포함하는 개념인데 주의 판결에 의해 적용된 경우외에 입법부가 適用하려고 意圖했던 객체도 ‘any person and persons’라는 단어 속에 포함시켜야 한다”고 판시한 바 있다.

② United States v. Kirby 사건⁸²⁾에서 1825. 3. 3일 의회법률(4 Stat. 104, §9)을 해석함에 있어서 “制定法律條項의 어구들을 적용함에 있어서는 不正義不合理한 결과가 생기지 않도록 적당히 제한되어야 한다. … 그래서 立法府는 그 어구들에 대하여 이와 같은 특수한 결과를 피하기 위하여 항상 예외를 의도하고 있는 것으로 생각된다. 따라서 이러한 사건에서 法の 合理性은 그 조문에 우선하여야 한다.”라고 판시하였다.

③ Lau Ow Bew v. United States 사건⁸³⁾에서 “條約이나 국회의 法律에 의하여 미국에 들어올 수 있는 권한이 부여된 ‘every Chinese person other than laborer(勞動者 이외의 모든 中國人)’에 대하여는 중국정부의 許可와 그 證明書를 요구하고 있는 법률을 해석함에 있어서 오래전부터 미국에 거주하다가 일시적인 목적으로 미국을 떠났다가 다시 돌아오는 중국상인에게는 同 法은 적용되지 않는다”라고 판시함으로써 制定法の 立法目的에 비추어서 동조문의 적용을 거부하였다.

④ United States v. Katz 사건⁸⁴⁾에서 전국금주법의 Title 2 Section 10(27 USCA §22)을 해석함에 있어서 文理解釋의 原則을 고집할 경우 일어나게 되는 불합리한 결과를 피하도록 해석하면서 법원은 “刑事制定法の 지배를 받도록 규정

81) United States v. Palmer, 3 Wheat. 610, 631, 4 L. Ed. 471.

82) United States v. Kirby, 7 Wall. 482, 19 L. Ed. 278.

83) Lau Ow Bew v. United States, 144 U.S. 47.

84) United States v. Katz, 271 U.S. 354, 362.

되어 있는 사람들을 기술하고 있는 일반적인 어구들은 그 제정법의 문리적인 적용이 極端的이고 不合理한 결과를 가져오거나, 또 법 전체로부터 推斷되는 입법 정신에 비추어서 이에 반하는 결과가 될 경우에는 동 어구들은 縮小解釋이 가능하고 또한 그렇게 해석되어야 한다.” 라고 하고 있다.

이러한 해석의 원칙을 적용하면서 多數意見은 政府官吏의 함정이 없었더라면 범죄를 범하지 않았을 사람을 訴追處罰할 목적으로 범죄를 유인한 행위는 명백히 부당한 법집행으로서 이렇게 법이 시행되어지는 것을 입법부가 의도한 것은 아니므로 제정법의 조문을 그대로 적용함으로서 입법정신과 목적을 해칠 수는 없기 때문에 함정으로 인하여 유인된 범죄는 제정법의 조문에 기술된 범죄의 범위 내에 포함되지 않는다고 한다. 즉, 제정법에 기술된 犯罪構成要素가 정부관리의 함정으로 인하여 실행되어진 경우에는 그 행위는 제정법조문의 적용범위 내에 포함시킬 수 없으며 그렇게 함으로서 제정법이 법집행기관에 의하여 惡用되는 것을 방지할 수 있다는 것이다.

이와같은 多數意見에 대해서 聯邦大法院의 少數意見⁸⁵⁾은 다음과 같이 주장하고 있다.

다수의견은 陷穽의 證明이 있는 경우에 피고인은 기소당한 범죄에 대하여는 무죄로 된다는 원칙을 세우고 있으며, 그 원칙은 Public Policy라는 입장 즉, 범죄를 저지하는 것이 정부기관의 임무임에도 불구하고 그들이 策略을 써서 현실적으로 범죄를 만들어 내는 과정은 허용될 수 없다는 이유로서 지지되고 있다. 그리고 다수의견은 법률해석문제와 관련하여 함정사건에 대한 제정법의 적용에 있어서 피고인이 함정에 빠진 결과로 저지른 범죄는 제정법의 범위밖에 있다고 한다. 그리고 이와같은 해석은 Public Policy, 法解釋의 一般의 原則, 司法의 廉潔性 維持라는 이유들로서 正當化 된다고 말하고 있다. 이러한 견해는 제정법 조문에다

85) Sorells 사건에서의 Robert 판사나 Sherman사건에서 Frankfurter판사 등의 補充意見 (concurring)에서 주장된 견해이다.

“합정사건에는 적용되지 않는다” 라는 暗示的인 但書를 부가시켜서 제정법을 해석하려는 태도로서 부당하다. 이러한 解釋은 制定法에 포함되지 않은 요소의 확대해석일 뿐만 아니라 제정법의 司法的 修正이 되어 버린다.

제정법률은 일반적으로 제한금지되는 각각의 범죄를 직접 규정해 놓았을 뿐이고 어떠한 입법목적도 설명해 놓은 것은 없다. 또한 수사기관의 범인발견 수단에 관해서 어떠한 것은 승인되고 어떤 것은 승인될 수 없다는 것을 규정한 바도 없다. 물론 의회 자신이 제정법의 입법목적도 특별하게 규정하지 않았더라도 先行的 法秩序와 刑事司法의 체계내에서 어떤 목적하에 마약법 등의 법률이 제정되었을 것이다. 그러나 立法的 意圖를 제정법률로부터 이끌어 낼 수는 없는 것이며 법원의 本質的 任務는 制定法の 解釋·適用에 그치는 것이지 입법자의 의도를 추측하여 법률을 수정하는 것은 아니다. 또한 어떠한 제정법의 해석에서 합정사건에는 제외되고 어떤 경우에는 제외되지 않는다는 데 대한 지침이나 기준이 있는 것도 아니다.

少數意見은 被告人이 합정이라는 상황 하에서 범죄로 유인된 경우라 하여도 제정법상의 금지된 명령을 침해한 이상 그 때문에 덜 범죄적인 것도 아니고 제정법상 금지된 명령의 범위밖에 있는 것도 아니라고 주장한다. 따라서 이 견해는 합정에 빠진 피고인을 두죄방면해야 하는 것은 그의 행위가 법규정에 포함되지 않기 때문이 아니라 그의 행위는 法規定을 충족시키는 犯罪行爲가 되지만 정부측에서 사용한 搜查方式이 지지될 수 없기 때문이라고 한다. 법원은 부당한 법집행을 허용함으로써 그 연결성을 상실해서는 안되므로, 政府官吏가 범죄행위를 유발했을 때에는 법원은 유인된 被告人에게 有罪判決을 내림으로서 모순된 정부행동을 인정해서는 않된다는 것이다. 법집행기관이 범죄행위를 유발하는 不當한 法執行을 抑制할 積極的 義務가 법원에 있는 것이므로 그와 같은 법원의 의무는 피고인이 무고(innocent)한 경우에 제한되지 않는다. 이와 같은 근거에 의할때 소수의 견인 객관적 기준설에서는 被告人의 事前犯意 여부를 묻지 않고 法執行機關의 行爲를 기준으로 합정존부를 판단하게 되는 것이다.

2. 獨逸

독일의 경우 예전에는 주로 陷穽教唆者의 可罰性 여부가 故意問題와 관련하여 논의되었을 뿐 被教唆者의 處罰問題나 합정수사행위 자체의 適法性 여부에 대해서는 별로 논의되지 않았었다. 그러나 1974년 Lüderssen⁸⁶⁾이 搜查機關이 情報員(V-Leute)을 사용한 경우 그와 같은 국가행위의 許容性 여부에 관한 논의를 시작한 이래 1980년대 이후에는 學說과 判例상으로 이에 관한 논의가 본격화 되었다.

情報員⁸⁷⁾을 통한 犯行惹起의 경우에는 訴訟障礙事由(Verfahrenshindernisse)가 된다는 점에 대해서 많은 학자들이 지지하고 있으나 구체적으로 그 근거가 무엇인지에 대해서는 견해가 나뉘고 있다.⁸⁸⁾ 그 根據에 대해서는 대체로 獨逸 刑事訴訟法 第136條의 a 第1項(禁止된 被疑者 訊問方法)을 根據로 하는 見解와 기본법 第1條 第1項 1문(人間的 尊嚴性的 不可侵)과 第2條 第1項(人格의 自由로운 發展에 대한 權利)을 근거로 하는 견해로 나누어 볼 수 있다. 판례는 法治國家原理를 訴訟障礙事由(Verfahrenshindernisse)의 근거로 하고 있다. 즉, 獨逸 判例는 정보원(V-Leute)을 사용하는 搜查方法이 마약 등 일정한 범죄의 수사를 위해서 허용됨을 인정하면서도 법치국가원리에 따른 한계가 있다고 한다.

① 獨逸 刑事訴訟法 第136條의 a 第1項(禁止된 被疑者 訊問方法)을 根據로 하는 見解

독일형사소송법 제136조의 a 제1항(금지된 피의자 신문방법)을 근거로 하는 견해⁸⁹⁾는 다음과 같이 주장한다.

86) Lüderssen, Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovocation?, K. Peters-Festschrift, 1974, S.349.

87) 독일에서는 Lockspizel, V-Leute, Agent Provocateur 등의 용어를 사용하고 있다.

88) Heribert Schumann, Verfahrenshindernis bei Einsatz von V-Leuten als Agent Provocateur?, JZ, 1986, S.66.

89) Lüderssen, a.a.O., S.361 ff.; Bruns, StV, 1984, S.388, 393.

독일 형사소송법 제136조의 a(금지된 피의자 신문방법) 제①항은 『학대, 피로하게 함, 신체상의 침해, 투약, 강요, 기망 또는 최면술에 의하여 피의자의 의사결정 및 의사활동의 자유를 침해하지 못한다.』라고 규정하고 있으며 제③항은 『이 조 제①항의 규정은 피의자의 동의에 관계없이 유효하다. 이러한 禁止에 違反하여 행한 陳述은 被疑者가 同意하는 경우에도 이용할 수 없다.』라고 규정하고 있는데 이와 같은 행위는 국가의 廉潔性이라는 측면에서 어떠한 이유로도 정당화될 수 없음을 나타낸다. 그리고 이와 같은 원칙은 피의자 신문절차뿐만 아니라 전 형사절차에서 지켜져야 할 원칙이라고 해석되며,⁹⁰⁾ 따라서 기망수사의 방법에 의해 획득한 증거는 包括的으로 證據能力이 부정된다고 한다.

그런데 이 규정을 陷穽搜查의 경우에 적용하는 데 있어서는 다음과 같은 문제가 제기된다. 우선 이 조문의 표현과 체계상의 위치를 고려해 볼 때 이 규정은 禁止된 被疑者의 訊問方法에 대해서 규정하고 있는데 합정수사에 걸려든 被誘引者를 여기에서 말하는 訊問對象으로서의 被疑者에 포함시킬 수 있는가 하는 것이다. 이에 대해 이 견해를 지지하는 학자들은 이 규정은 被疑者訊問節次 뿐만 아니라 鑑定人의 鑑定節次, 거짓말탐지기(Polygraphen; 심장고동, 혈압, 발한 따위를 기록하는 장치)의 사용 등에 있어서도 적용된다고 확장해석하는 것이 일반적 견해이므로 陷穽搜查의 경우에도 적용된다고 하는 것이 이 규정의 목적과 부합된다고 한다.

다음으로 이 규정은 제①항에서 규정된 방법에 의해 被疑者의 意思決定 및 意思活動의 자유를 侵害하는 것을 금지하고 있는데 합정수사의 경우 과연 피유인자의 의사결정 및 의사활동의 자유를 침해하는가가 문제된다. 즉, 陷穽搜查의 경우 기망에 의해 피유인자의 의사결정 및 의사활동의 자유를 침해했다고 볼 수 있는가 하는 문제가 생긴다. 합정수사에 있어서 피유인자는 비록 기망에 의해서 범행을 범하기는 하지만 자기 자신의 의사에 의해 행동하기 때문이다. 이에 대해서 제136조의 a 제1항을 근거로 하는 견해는 만약 被誘引者가 情報員의 정체를 알았

90) Peters, Strafprozeß, 4 Auflage(1985), S. 334.

더라면 이와는(犯罪行爲로 나아가는 것) 다른 의사결정을 했을 것이기 때문에 합정수사의 경우 피유인자의 의사결정의 자유를 침해 한다고 한다. 그리고 欺罔과 錯誤로 인해 意思決定의 自由가 侵害되었는가의 判斷基準은 정보원이 마치 실제하는 상황과 아주 유사한 상황을 만들어 피유인자가 정보원을 신뢰하였기 때문에 의사결정의 여지를 제한 당했는가와 그것에 의하여 피유인자의 상태가 強制와 類似的한 地位에 처했는가를 동시에 고려하여 판단하여야 한다고 한다.⁹¹⁾

② 기본법 第1條 第1項 1문(人間的 尊嚴性の 不可侵)과 第2條 第1項(人格의 自由로운 發展에 대한 權利)을 근거로 하는 見解

기본법 제1조 제1항 1문(인간의 존엄성의 불가침)과 제2조 제1항(인격의 자유로운 발전에 대한 권리)을 근거로 하는 견해는 다음과 같이 주장한다. 欺罔에 의하여 被告人을 犯罪行爲로 誘引하는 것은 피유인자의 존엄성 자체를 침해하는 것이고, 누구든지 他人의 權利를 侵害하지 않고 憲法秩序나 道德律에 반하지 않는 한 타인의 간섭을 받지 않고 자유로이 인격을 발전시킬 권리를 가지고 있는데 기망에 의해 국가가 개인을 범행으로 유인하는 행위는 個人의 人格發展을 도와야 할 국가가 자유로운 인격발전의 권리를 침해하는 것이므로 기망수사에 의해 얻은 증거는 헌법에 위반한 것으로 包括적으로 그 證據能力이 否定(umfassendes Beweisverwertungsverbot)된다고 한다.

③ 法治國家原理(Rechtsstaatsprinzip)을 근거로 하는 見解

法治國家原理(Rechtsstaatsprinzip)을 근거로 하는 견해는 判例가 취하는 견해이다. BGH 判例는 情報員(V-Leute)을 사용하는 수사방법이 마약 등 일정한 범죄의 수사를 위해서 許容됨을 인정하면서도, 法治國家原理에 따른 限界가 있으며 이 한계를 벗어난 합정수사의 경우 국가의 형사소추권이 상실된다고 한다.⁹²⁾

91) Heribert Schumann, a.a.O., S. 67.

92) BGH NJW 1980, 1761; NJW 1981, 276; NStZ 1982, 126; NStZ 1983, 80; NStZ 1984, 519; MDR 1982, 448.

정보원을 사용한 수사방법에 관한 대표적 判例들을 살펴보면 다음과 같다.

a. BGH, NStZ 1984, 78 判決

1980년 여름 당시 터키에 살고 있던 被告人은 債務를 갚기 위해 不動産을 팔았다. 당시 독일연방공화국(BRD)에 거주하고 있던 양수인 D는 얼마의 契約金을 주고 120,000DM의 잔금을 남겨두고 있었다. 不動産 讓受人 D는 피고인에게 잔금을 자기가 있는 Frankfurt로 와서 받아갈 것을 요청했고 피고인은 1980년 12월 Frankfurt로 왔다. Frankfurt에서 被告人은 ̈와 警察情報員 K를 알게 되었는데 K는 피고인에게 많은 호의를 베풀어 주었다. K는 피고인에게 독일에서는 구하기 힘든 헤로인을 독일로 가져와 販賣하는 것이 어떻겠느냐고 물었다. 그 후 피고인은 예전에 살았던 이스탄불(Istanbul)의 호텔에 묵으면서 K와 몇번 더 전화연락을 주고 받았다. 피고인은 이스탄불에 살고 있는 친한 친구에게 연락하여 헤로인을 구할 수 있는 좋은 방법이 없겠느냐고 물었고, 그 친구는 H라는 사람을 소개해 주었다. 피고인은 H에게 전화를 걸어 헤로인(Heroin)을 주문했다.

H는 피고인에게 마약을 독일로 운반하려면 독일 변호판을 단 적당한 차가 필요하다고 통지했다. 그만한 능력이 없는 피고인은 K에게 도움을 요청했고 K는 기꺼이 도와주겠다고 말했다. H와 헤로인 運搬에 대해 상세한 協議를 하는 가운데 피고인은 독일에서의 滯留期間을 延長할 필요가 있다는 것을 알았다. 피고인은 체류기간 연장을 K에게 요청하였으며 K는 관계 당국에 요청하여 체류기간을 4주 연장 하였다. 그 후에도 몇번 기간을 연장하였다. K는 피고인에게 운반 도중에 생기게 될 어떤 사고에도 대비가 되어 있다고 말하고 헤로인 3-4kg을 구해달라고 요청했다. 피고인은 돈을 요구했고 K는 피고인에게 2,000DM을 주었다. 피고인은 그 돈을 가지고 München으로 가서 마약을 운반할 차와 운전수 R을 구했다. 그리고 그 후 피고인은 K로부터 2,500DM을 더 받았다. 1981년 2월초 피고인과 R은 마약운반을 위해 터키로 왔고 H가 준비해 놓은 마약을 싣고 1981. 2. 28일에 München으로 향했다. München에서 Frankfurt로의 마약운반은 운전수 R이 Se와 Sö의 도움을 받아 하기로 되어 있었으며 1981. 3. 6일 Frankfurt에 있는

Ö의 집에서 受領하기로 되어 있었다. 그 사이에 K는 피고인에게 1,370DM과 200DM의 돈을 더 지불했다.

3월 6일 R과 Se, Sö는 逮捕되었으며, 차를 搜索한 결과 3452.4g의 헤로인과 925.3g의 헤로인 원료가 발견되었다. 피고인은 3일 후에 체포되었다. Frankfurt 지방법원은 피고인에게 마약불법거래 혐의로 6년의 징역을 선고 하였으나 BGH는 피고인의 상고를 받아들이면서 다음과 같이 판시하였다.

『國家의 任務는 犯罪를 鎮壓, 防止하는 것이고 범죄에 대처함에 있어서도 法에 規定된 節次에 따라야 한다. 그런데 국가가 한편으로는 被誘引者를 범죄행위로 유인하고, 다른 한편으로는 그를 처벌하는 것은 國家의 矛盾되고 교활한 (widersprüchlichen und arglistigen) 행위로서 矛盾된 行爲 禁止의 法理(venire contra factum proprium)에 반하며 법치주의원리에도 반하는 것으로서 이와 같은 경우 국가는 刑事訴追權을 喪失(Verwirkung des staatlichen Strafanspruchs)하여 피고인을 형사소추할 수 없다. 이 사건의 경우 H는 국가가 직접 범죄로 유인한 경우가 아니므로 H에게 유죄판결을 내리는 것은 法治國家原則에 반하지 않는다. 그러나 피고인의 경우 경찰정보원 K가 3-4kg의 헤로인을 구해줄 것을 요구하였고 그 댓가로 6070DM이라는 돈을 지불했으며, 운반을 위한 차량구입을 도와 주었고, 체류기간을 몇번 연장해 주는 등의 방법으로 피고인의 범행을 유발 했으므로 법치국가원칙에 의한 허용한계를 벗어난다.』

그러면 과연 어떠한 경우가 法治國家原理 限界내의 것이고 어떠한 경우가 법치국가원리의 한계를 벗어난 것인가가 문제 되는데, BGH는 『陷穽搜查의 許容여부를 決定함에 있어서는 被誘引者에 대한 嫌疑의 根據와 程度(Grundlage und Ausmaß des gegen den Täter bestehenden Verdachts), 搜查方法과 情報員이 被誘引者에게 미친 影響의 程度, 情報員 投入의 目的, 被誘引者의 行爲支配와 操縱되지 않고 獨自的으로 行動했는가의 여부(die Tatherrschaft und die eigenen nicht gesteuerten Aktivitäten des Täters) 등을 綜合的으로 考慮하여 判斷해야 한다.』고 한다.⁹³⁾

b. BGHSt 32, 345 判決

스위스 Bern에 거주하는 被告人 L은 어느날 코카인(Kokain)을 供給하지 않겠느냐는 뜻밖의 전화를 받았다. 제시한 공급량은 상당히 많은 양이었고 그 댓가 또한 140,000 sfr(스위스 프랑)/kg 이라는 엄청난 것이었다. 그 후 警察 情報員과 몇번 더 전화 통화를 한 후 피고인 L은 1983년 3월 경찰 정보원과 만나기 위해 Rhein 강변의 어느 조그만 마을로 향했고, 전화상으로만 알고 지내던 두 사람은 마침내 만나서 코카인 공급문제에 대해서 協議하였다. 그 당시 L은 오직 코카인 供給으로 利益을 얻는다는 생각으로 가득차 있었다. 정보원과 만났을때 피고인 L은 자신에게 많은 양의 코카인을 供給할 能力이 있으며 코카인을 공급할 자가 이미 준비되어 있다고 말하고 다음에 다시 만날 것을 약속했다.

1983년 5월 20일 Rhein 강변에서 두번째의 만남이 이루어졌다. 그 때 피고인 L은 상피고인 M을 대동했다. 이 만남에서 정보원은 400,000DM 상당의 코카인을 살 준비가 되어있음을 밝혔다. 이 만남 후 코카인을 공급해 달라는 정보원의 전화 독촉이 몇번 더 있는 후 마침내 피고인 M이 에스파니아에서 밀수한 40,000 hfl⁹⁴⁾어치의 코카인을 공급했다. 1983년 6월 11일에는 피고인 L이 스위스와 네덜란드에서 밀수한 코카인을 Stuttgart에서 공급했다. 그 후에도 코카인을 공급하라는 유혹이 L에게 반복되었고 L은 코카인을 계속 공급하다가 체포되었다.

이 事件의 判決에서 BGH는 『麻藥犯罪과 같이 社會적으로 重大하고 危險함이 明白한 犯罪에 대처하기 위하여 수사기관이 情報員이나 秘密搜查要員을 사용하는 것은 필요하며 또한 허용된다. 그러나 그와 같은 수사방법은 어디까지나 법치주의원칙내의 것이어야 한다. 본 사건에서 정보원은 약 6개월 동안 1주일마다 전화를 하였고 엄청난 額數로 피고인을 유인하여 피고인이 麻藥을 供給할 決心을 하게 한 것이므로 法治國家原理에 의한 限界를 逸脫하여 國家의 刑事訴追權이 喪失된다.』고 판시했다.

93) BGH, NStZ 1983, 49 ; NStZ 1984, 78.

94) hfl은 네덜란드 화폐단위이다.

3. 日本

日本에서는 2차대전후 미국의 陷穽理論(entrapment theory)의 영향을 받는 한편 麻藥取締法 제58조에 함정수사를 인정하는 듯한 규정이 있어⁹⁵⁾ 이에 대한 문제가 法廷에 제기되면서 함정수사방법 자체의 적법성 문제와 그러한 방법으로 범죄로 유인당한 자의 형사책임 문제가 논의되고 있다. 日本 判例는 대부분 犯意誘發여부에 관계없이 피유인자는 可罰的이라는 見解를 취하고 있는데⁹⁶⁾ 주요판례를 살펴보면 다음과 같다.

① 日最判 1958. 3. 5 判決⁹⁷⁾

被告人 Y는 搜查要員 S, H로부터 麻藥의 入手, 斡旋을 부탁받아 피고인 C에게 의뢰하였던 바 C는 이에 응하여 密輸品인 마약 염산디아세틸모르핀을 입수하여 Y에게 교부하였고 Y, C는 麻藥不法所持罪로 起訴된 事案이다. 제 1심에서 辯護人은 S, H는 수사요원으로서 처음부터 犯意가 없는 피고인들의 犯意를 誘發하여 본건 마약을 所持케 한 것이고 곧 逮捕되어 마약도 押收될 운명이었기 때문에 피고인들의 所爲에 法益侵害의 危險性이 있다고는 할 수 없어 違法性이 阻却된다는 점, 또 이러한 경우 處罰하는 것은 일본 헌법 제11조(국민의 기본적 인권보장에 관한 일반조항), 제13조(생명, 자유 및 행복추구에 대한 권리), 제31조(법률에 의한 기본권 제한)에 위반한다는 점을 주장하였다. 이에 대하여 1審 裁判所는 『변호인의 주장과 같은 事實을 推察할 수 없는 것은 아니지만 본건의 경우 抽象的 危險이 있는 行爲가 있는 이상 違法性을 阻却하지 않는다. 그 범행의 유인이 소위 陷穽搜查에 의한 것이고 또 使用된 詐術行爲가 適法이 아니라 하더라도 그 때문에 본래 違法이어야 할 피고인 등의 행위가 適法하게 되거나 放任될 이유는

95) 일본의 麻藥取締法 제58조에는 麻藥團東公務員은 수사상 필요한 경우 후생대신의 허가를 얻어 마약을 讓受 할 수 있다고 규정하고 있다.

96) 河上和雄, あとり捜査の 發展, 判例タイムス, 1982.10.15, 41면; 鈴木茂嗣, あとり捜査, 刑事訴訟法 判例百選(제3판), 1976/9, 30-31면.

97) 日最判 1953. 3. 5 (刑集 7권 482면).

없으며, 또 본건 행위를 범하느냐 아니냐는 것은 被告人들의 自由로운 意思決定에 의한 것이므로 他에게 그 책임을 轉嫁할 성질의 것도 아니다. 따라서 特別한 犯罪阻却事由가 없는 한 피고인들은 그 責任을 免할 수 없다.』라고 하여 피고인에게 有罪判決을 내렸다.

抗訴審에서는 『본건 피고인들의 행위는 詐術에 의하여 새로이 犯意를 發生케 한 것이 아니라 단지 그 범의를 강화한데 불과하다』라고 판시하여 原判決을 유지하였다. 변호인은 上告理由에서 합정에 의하여 새로이 범의를 발생시킨 것이 아니라는 원심의 사실인정을 다투면서 犯意 없는 者에게 犯意를 유발시키는 陷穽搜查는 正當한 수사행위의 範圍를 일탈하여 일본 헌법 제13조, 제31조에 위반한다는 주장을 되풀이 하였다. 그러나 상고심인 最高裁判所 判決에서도 『他人의 誘惑에 의하여 犯意가 발생되거나 또는 범의가 강화된 자가 범죄를 실행한 경우에 우리 형사법상 그 유혹자가 경우에 따라서는 麻藥取締法 제53조와 같은 규정의 有無에 불구하고 教唆犯 또는 從犯으로서의 責任을 지는 것은 별문제로 하고 그 타인인 유혹자가 일반 私人이 아니고 수사기관이라는 단 한가지 사실만으로써 그 범죄실행자의 犯罪構成要件該當性, 責任性 또는 違法性을 阻却하거나, 公訴提起節次 規定에 違反하거나 公訴權을 消滅시키는 것이라고 할 수 없다』라고 판시하여 有罪를 認定하였다. 이와 同旨의 判決로는 日最判 1954. 11. 5 判決이 있다.

이와같이 합정에 걸린 피유인자는 단순히 기회만 제공된 경우인가 아니면 범의가 유발된 경우인가를 묻지않고 可罰的이라는 것이 일본 최고재판소 판례의 태도인데 이는 합정수사의 허용성을 넓게 인정하고 있는 입장이라고 볼 수 있다. 최근 히로뽕 등 覺醒劑 事犯의 급증으로 關聯 判例들이 나오고 있는데 이와 같은 論旨는 계속 유지되고 있다고 한다.⁹⁸⁾ 그러나 아래 判例와 같이 이와 상반되는 下級審 判決이 있어 주목된다.

98) 河上和雄, 前掲論文, 38-39면.

② 横浜地法, 1951. 9. 19 判決

이 下級審 判決은 陷穽搜查에 대하여 “그러한 수사는 국가가 한편으로는 유혹에 걸리기 쉬운 자를 유인하여 범죄를 실행시켜 범인을 제조하면서 유인된 자를 체포하여 당당하게 처벌한다는 것은 비난을 면하기 어려우며 人間으로서의 尊嚴性을 인정하는 헌법의 취지에 저촉된다. 또한 함정에 빠진 피고인의 행위에는 反社會的 危險性이 없다.” 라는 이유로 無罪判決을 하여 最高裁判所의 判決과 대조되는 판결을 한 바 있다.⁹⁹⁾

4. 우리나라의 경우

(1) 陷穽搜查에 관한 主要 判例들

① 大判 1963. 9. 12, 63 도 190 判決

被告人이 생아편을 소지하고 있다가 마약단속기관 정보원의 요구에 따라 이를 판매한 사건이다. 1, 2심에서 有罪判決을 받았던 것에 대하여 피고인측이 수사기관원이 정보원을 매수하여 피고인과 마약매매행위를 하도록 하고서 피고인을 검거한 것은 개인의 基本的 人權을 侵害한 憲法違反行爲라는 요지로 上告한 데 대하여 大法院은 다음과 같이 판시하고 있다. “마약사범을 단속하는 공무원이 정보원을 앞세워서 피고인으로부터 마약을 매수케 하여 본건 범죄를 행하게 한 것이라 하더라도 전혀 犯意가 없는 被告人으로 하여금 본건 犯行을 誘發케 하였다는 아무런 흔적이 엿보이지 않는 본건에 있어서는 위 事實만 가지고서는 被告人의 本件 所爲가 犯罪가 아니된다거나 公訴提起節次 내지는 公訴權에 흠이 있는 경우라고는 볼 수 없고 또 그와 같은 搜查行爲는 이를 道義的으로 비난함은 별문제로서 그로 말미암아 피고인의 基本的 人權을 侵害한 것이라고는 보기 어려우므로

99) 이 判決은 1952. 7. 29 東京高裁의 지지를 받았으나 1954. 11. 5 最高裁判所 判決에서 破棄되었다.

논지는 채용할 수 없다.”

② 大判 1982. 6. 8, 82 도 884 判決

被告人 C가 일본인 D와 히로뽕 輸出을 모의하고 相被告人 J에게 히로뽕 구입을 의뢰하는 한편 그 밀반출의 길을 탐색하던 중 搜查機關의 情報員인 Y를 만나 미군비행기 조종사로 가장한 미군 마약관계 수사요원을 통해 搬出하기로 하고 CH를 통해 구입한 히로뽕 4뭉치를 성남소재 미군비행장으로 가져갔다가 거기에서 검거된 사안이다. 陷穽搜查라는 이유로 피고인측이 上告한데 대해 大法院은 “이미 被告人은 히로뽕 구입 및 밀반출 등에 관한 모의를 한 것이고, 이른바 합정수사에 의하여 被告人의 犯意가 비로소 惹起된 것이거나 합정수사에 의하여 이 사건 범행이 이루어진 것은 아니므로 피고인의 행위가 합정수사에 의한 것으로서 처벌할 수 없다는 주장은 이유없다.”라고 하여 上告를 棄却 하였다.

③ 大判 1983. 4. 12, 82 도 2433 判決

피고인이 미국 수사기관원 D에게 물품을 밀수입할 것을 제의하여 본건 밀수품을 D가 한미협정 대상자 세관대를 통하여 밀수한 사안에서 대법원은 “陷穽搜查라 함은 본래 犯意를 가지지 아니한 자에 대하여 수사기관이 詐術이나 計略 등을 써서 범의를 유발케 하여 범죄인을 검거하는 수사방법을 말하는 것이므로, 범의를 가진 자에 대하여 범행의 기회를 주거나 범행을 용이하게 한 것에 불과한 경우에는 합정수사라고 말할 수 없다 할 것인 바, 기록에 의하면 피고인이 미국으로부터 물품을 밀수입할 것을 먼저 D에게 제의하였음을 알 수 있으니 피고인은 본래 犯意를 가진 자라 할 것이니 여기서 합정수사라는 개념이 개재할 수 없으며 기록에 의하여 본건 범죄가 외국기관에 의하여 연출되었다고 볼 증거는 발견되지 않는다.”고 판시했다.

④ 大判 1987. 6. 9, 87 도 915 判決

이 사안은 정부의 개입이 전혀 없이 순수한 私人이 개입된 경우이다. 사실관계를 보면 電子代理店을 經營하는 被告人이 그 취급물품의 판매회사 사원으로 부터 그 사원이 소개한 회사 보관창고의 물품 반출업무 담당자가 그 창고에서 내어주는 會社所有 냉장고 20대를 搬出하여 販賣 후 그 대금을 달라는 부탁을 받고 이를 반출함에 있어서 그 대금도 확실히 정하지 않고 인수증의 발행 등 정당한 出庫節次를 거치지 않았다. 이를 알아차린 물품반출업무 담당자는 소속 회사에 밀반출 행위를 사전에 알리고 그 정확한 증거를 확보하기 위하여 被告人의 密搬 出行爲를 默認하였다. 이에 대하여 대법원은 『陷穽搜查라 함은 본래 犯意를 가지지 아니한 자에 대하여 수사기관이 詐術이나 計略 등을 써서 범죄를 유발케 하여 범죄인을 검거하는 수사방식을 말하는 것이므로 소론에 의하더라도 위 물품반출업무 담당자가 소속회사에 밀반출 행위를 사전에 알리고 그 정확한 증거를 확보하기 위하여 피고인의 밀반출 행위를 묵인하였다는 것이므로 이는 이른바 陷穽搜查에 비유할 수 없는 것이다.』

⑤ 大判 1992. 10. 27, 92 도 1377 判決

被告人이 無免許 醫療行爲로 起訴된 사안인데 피고인의 이 사건의 범행이 公訴外 L 과 K가 犯意를 가지지 아니한 피고인에게 犯意를 갖도록 한 것이라는 피고인측의 주장에 대하여 대법원은 “합정수사라 함은 본래 범의를 가지지 아니한 자에 대하여 수사기관이 詐術이나 計略 등을 써서 범의를 유발케 하여 범죄인을 검거하는 搜查方法을 말하는 것이므로, 犯意를 가진 자에 대한 범행의 기회를 주거나 범행을 용이하게 한 것에 불과한 경우에는 陷穽搜查라고 말할 수 없다. 그런데 이 사건에 있어서 소론이 주장하는 사유만으로는 피고인의 이 사건 범행이 陷穽搜查에 기인하여 이루어진 것이라고 단정할 수 없다. 소론이 주장하는 사유는 공소의 L이나 K가 犯意를 가지지 아니한 피고인에게 범의를 유발한 것이라고 할 수 없는 것이어서 위에서 본 바와 같은 합정수사라고 할 수 없는 것이다.” 라

고 하고 있다.

(2) 判例의 態度 分析

우리나라의 경우 陷穽搜查에 관한 判例는 별로 많지 않으며, 또한 함정수사라는 被告人측의 주장을 받아 들인 적은 한번도 없다. 그리고 함정수사 여부가 문제된 경우로서 수사기관이나 그 情報員이 직접 개입된 경우¹⁰⁰⁾뿐만 아니라 私인이 범행의 유발에 介入된 경우¹⁰¹⁾도 있다.

陷穽搜查의 概念과 관련하여 우리 判例는 “陷穽搜查라 함은 본래 犯意를 가지지 아니한 자에 대하여 수사기관이 詐術이나 計略 등을 써서 犯意를 유발케 하여 범죄인을 검거하는 수사방법을 말하는 것이므로, 범의를 가진 자에 대한 범행의 기회를 주거나 범행을 용이하게 한 것에 불과한 경우에는 陷穽搜查라고 말할 수 없다.”라고 함으로서¹⁰²⁾ 함정수사를 犯意誘發型과 機會提供型으로 나눌 경우 前者만을 함정수사의 개념에 포함시키고 있다.

陷穽搜查의 適法性 및 許容基準, 被誘引者의 刑事責任, 許容範圍를 벗어난 陷穽搜查의 訴訟法的 效果와 관련하여 우리 判例는 “陷穽搜查에 의하여 被告人의 犯意가 비로소 惹起된 것이거나 함정수사에 의하여 犯行이 이루어진 것이라면 그 범행을 처벌할 수 없다.”거나¹⁰³⁾ “피고인 등이 그 범행의 의사를 가지고 있는 것에 대하여 그 기회를 부여한 것이지 그 범행의사를 유발한 것이 아니라고 인정되는 경우에 이를 정당한 행위라고 볼 수 없으므로 이를 유죄로 판시한 原審 조처에 아무런 違法이 있다고 볼 수 없다”¹⁰⁴⁾고 함으로서 대체로 美國 判例上의 主

100) 大判 1963.9.12, 63 도 190 (大法院 判例集 11②); 大判 1966.4.22, 66 도 152; 大判 1982.6.8, 82 도 884 (法院公報 686호 664면); 大判 1992.10.27, 92 도 1377 (法院公報 939호 3330면).

101) 大判 1987.6.9, 87 도 915 (法院公報 805호 1166면).

102) 大判 1983.4.12, 82 도 2433 (法院公報 705호 849면); 大判 1987.6.9, 87 도 915; 大判 1992.10.27, 92 도 1377.

103) 大判 1983.4.12, 82 도 2433.

104) 서울高法 1973.2.6, 72 노 1309.

觀的 基準說과 유사하다고 볼 수 있다. 그러나 합정수사의 경우 具體的으로 어떠한 判決을 내려야 할지에 대해서는 언급하고 있지 않다.

그리고 私人이 犯行誘發에 介入된 경우¹⁰⁵⁾ 우리 대법원은 그 사인의 행위가 被告人의 犯意를 誘發했다고 볼 수 없기 때문에 합정수사가 아니라는 듯한 표현을 쓰고 있는데 이 경우는 정부가 개입된 것이 아니기 때문에 합정수사의 개념 자체에 포함되지 않는다고 본다. 합정수사의 문제가 제기되는 것은 결국 정부의 행위가 범행유발에 개입되었다는 데서 출발하기 때문이다.

최근 판례인 大判 1992. 10. 27, 92 도 1377 判決을 보면 무면허의료행위에까지 합정수사방법이 확대되고 있는 것을 볼 수 있는데 합정수사 영역의 확대에는 신중을 요한다고 본다. 그리고 이 판결에서 『... 소론이 주장하는 사유만으로는 피고인의 이 사건 범행이 합정수사에 기인하여 이루어진 것이라고 단정할 수 없다. ...』라고 하여 舉證責任을 전환하는 듯한 표현을 쓰고 있는데 피고인측에 거증책임을 전환할 수는 없다고 본다.

105) 大判 1987.6.9, 87 도 915: 이 사건에서의 私人은 搜查機關의 情報員으로서 활동하는 사람이 아닌 순수한 개인으로서 활동한 경우이다.

V. 陷穽搜查의 適法性 論議

1. 陷穽搜查의 適法性 여부

陷穽搜查는 수사기관이 사술계약을 써서 범인을 검거하고 증거를 확보하는 수사방법이므로 그 適法性 여부에 대해서 많은 논란이 있다. 함정수사의 적법성 여부에 대해서는 적법설, 위법설 및 절충설로 견해가 나뉘어 있다.

(1) 適法說

搜查機關의 詐術에 의하여 犯意가 유발되었든 또는 범의가 강화되었든 피유인자의 행위는 實體法上的 構成要件該當性 違法性 責任性 등을 阻却하지 않으며 訴訟節次上 違法하다거나 또는 公訴權의 消滅 등을 가져오지 아니하고 수사기관의 함정수사행위는 適法하다는 설이다.

이 견해는 마약, 매춘, 뇌물범죄와 같이 범죄에 관련된 자들이 서로 공통된 이해관계를 가지고 있어서 외부에서 탐지하기 어려운 일정한 범죄유형의 경우에는 함정수사가 유력한 수사방법이 되며 따라서 함정수사의 相當性을 인정하여야 한다고 주장한다. 함정수사가 정당한 것으로 승인되는 근거는 공공질서 및 공공복지에 반하는 범죄를 제거한다는 ‘目的의 正當性’ 또는 ‘搜查方法의 合目的性’ 등에서 찾을 수 있다고 한다. 이 견해에 의하면 機會提供型 陷穽搜查 뿐만 아니라 犯意誘發型 陷穽搜查도 適法하다고 보게 된다. 日本 最高裁判所 判例가 이와 같은 입장을 취하고 있다는 견해¹⁰⁶⁾가 있으나 일본 최고재판소 判例는 陷穽搜查에 의해 유인된 자라 하더라도 당연히 처벌된다고 하고 있을 뿐이지 그와 같은 수사행위 자체가 適法한지에 대해서는 명확한 입장을 밝히고 있지는 않다.

106) 吳云鐵, 未遂의 敎唆 (陷穽搜查를 中心으로), 法學碩士學位論文(明知大), 1988, 64면.

(2) 違法說

위법설은 합정수사는 국민의 기본권 보호¹⁰⁷⁾를 위한 適法節次의 法理에 違背되고 국가의 廉潔性을 상실한 搜查方法 이므로 違法하다는 견해이다. 범죄방지를 본래의 임무로 하는 수사기관이 詐術을 사용하여 범죄를 계획적으로 유발케 하여 국민을 범죄의 울타리 속에 몰아 넣는다는 것은 국가존립의 근거인 人間의 尊嚴과 價値를 침해하는 것이며 개인의 私生活의 秘密과 自由 및 幸福追求權을 침해하는 것으로 헌법에 위반된다는 것이다.

이러한 수사방법은 한편으로는 유혹에 빠지기 쉬운 사람을 유인하여 범죄를 실행시키고 당당하게 범인을 제소하면서 다른 한편으로는 이를 체포하여 처벌하는 것이므로 국가의 罔結성이 상실되고 禁反言의 原則(estoppel)에 반하므로 도저히 받아들일 수 없다는 것이다. 그리고 이와 같은 수사방법은 합정에 빠진 자 뿐만 아니라 정보원이나 사회에도 큰 손해를 가하므로 公序良俗에 反한다고 한다.¹⁰⁸⁾ 즉, 情報員은 윤리적 자책감 때문에 깊은 상처를 받을 수 있으며 자신이 직접 痲藥犯罪 등에 빠져 생의 파멸에 이를 수도 있을 것이다. 그리고 사회적으로는 인간관계에 있어서의 신뢰가 무너져 불신의 사회가 형성될 것이다.

합정수사에 있어서 교사자의 가벌설을 주장하는 논거가 위법설의 논거와 대체로 일치하고 있으나 합정교사자의 可罰性 문제는 實體法的 견지에서 해결해야 할 것으로¹⁰⁹⁾ 訴訟法的으로 합정수사가 違法하다고 하여 교사자가 반드시 可罰的이어야 하는 것은 아니라고 본다.

107) 합정수사와 관련하여 침해되는 基本權으로 논의되는 것들로는 미국의 경우는 주로 프라이버시(privacy)권과 국가의 감시로부터 자유로울 권리가 독일의 경우는 人間의 尊嚴性의 不可侵, 人格의 自由로운 發展에 대한 權利 등이 있다.

108) Sanford Levinson, Under Cover: The Hidden Costs of Infiltration(ABSCAM Ethics, Gerald M. Caplan ed., 崔永洪 譯), 123면.

109) 陷穽敎唆者의 處罰問題는 일반적으로 故意의 문제와 관련되어 論議됨은 앞에서 살펴 보았다. 주7) 참조.

(3) 折衷說

이 설은 陷穽으로 犯意가 유발된 것인지의 여부에 따라 범의가 없는 자에게 범의를 유발한 犯意誘發型의 陷穽搜查는 違法이고, 이미 犯意가 있는 자에게 범죄의 機會를 提供하거나 범의를 強化한 機會提供型의 陷穽搜查는 適法하다는 견해이다. 미국의 判例¹¹⁰⁾를 통해서 일반적으로 인정된 견해이며 우리나라의 通說¹¹¹⁾이다. 우리 大法院 判例¹¹²⁾는 범의유발형의 경우만 합정수사로 보고 이 경우는 違法하다는 견해를 취하는 듯하다.¹¹³⁾

(4) 小結

陷穽搜查는 公共秩序에 반하는 범죄를 제거하여 사회를 방위한다는 수사방법의 합목적성의 관점에서는 그 정당성이 인정되지만 인권보장의 견지에서 무한히 인정될 수는 없는 것이다. 따라서 자연히 어디까지의 합정수사를 인정할 것인가 하는 합정수사의 許容基準이 문제되며 그 適法性の 問題도 許容基準과 관련하여 논의되어야 한다고 본다.¹¹⁴⁾ 즉, 許容基準內의 합정수사는 適法할 것이고 許容基準을 벗어난 합정수사는 違法이 될 것이다. 그러므로 합정수사의 허용기준에 관한 견해들을 먼저 살펴보고 陷穽搜查의 適法性 및 許容基準에 관한 私見을 제시하고자 한다.

110) *Sorells v. United States*, 287 U.S. 435 (1932); *Sherman v. United States*, 356 U.S. 369 (1958); *United States v. Russel*, 411 U.S. 423 (1973).

111) 金箕斗, 前掲書, 224면; 姜求真, 前掲書, 197면; 廉政哲, 신고 刑事訴訟法, 1980, 297면; 白亨球, 刑事訴訟法, 1989, 381면; 申東雲, 前掲書, 50-51; 기회제공형의 합정수사를 적법하다고 보는 점에서는 위의 견해와 일치하나 범의유발형의 합정수사가 범죄의 성립을 조각하거나 소송조건에 해당한다고 할 수 없다는 이유에서 합정에 빠진 피유인자의 가벌성을 인정하는 견해도 있다. (李在祥, 前掲書, 193면; 金振煥, 前掲論文, 97면).

112) 大判 1963.9.10, 63 도 190 (大法院 判例集 11②); 大判 82.6.8, 82 도 884 (法院公報 686호 664면); 大判 83.4.12, 82도 2433 (法院公報 705호 848면).

113) 우리 大法院은 直接的으로 犯意誘發型의 陷穽搜查가 違法하다고 표현하고 있지는 않다.

114) 위의 折衷說도 이와 같은 관점에서 그 適法性 문제를 논하고 있는 것이다.

2. 陷穽搜查의 許容基準에 관한 學說·判例

사회방위와 인권보장이라는 상충되는 양가치를 어떻게 조화시킬 것인가가 함정수사의 근본문제인데 이것은 결국 함정수사의 許容基準을 어디에서 찾을 것인가의 문제와 연결된다. 따라서 상충하는 양 가치를 합리적으로 조화시킬 수 있는 陷穽搜查의 許容基準을 제시하는 것이 함정수사에 관한 가장 중요한 문제이다. 또한 함정수사의 許容基準은 그 適法性の 問題와도 연결되므로 합리적인 허용기준을 제시하는 것은 무엇보다도 중요한 문제라고 볼 수 있다. 陷穽搜查의 許容基準에 대해서는 다음과 같은 견해들이 제시되고 있다.

(1) 社會常規를 許容基準으로 하는 見解

함정수사를 실시한 경우에는 보통 수사기관원 또는 그 정보원이 범죄로 유인당한 자와는 共犯關係에 있게 마련이므로 그 유발행위가 형법 제20조의 『社會常規에 違背되지 아니하는 行爲』에 해당되지 않는한 허용되지 않고 따라서 위법임을 면치 못한다는 견해이다. 그리고 사회상규에 위배되지 아니하는 행위란 사회생활에 있어서 일반적으로 인정되는 日常的·正常的인 規則, 法秩序 全體의 精神 또는 그 배후를 이루는 社會倫理에 비추어 容認될 수 있는 범위내의 行爲를 의미하는데, 反社會性이 있는 者를 誘引處罰한다는 것은 수사기관 본래의 임무를 벗어나는 것이므로 사회상규에 위배되어 이를 正當化할 아무런 이유가 없다는 것이다.¹¹⁵⁾

그러나 이 견해에 대해서는 다음과 같은 批判이 제기된다.¹¹⁶⁾

첫째, 함정에 의하여 유인된 범죄가 必要的 共犯關係에 있을 경우 실체법상 피유인자만의 처벌규정이 있는 경우에는 誘引行爲는 違法한 것이 아니고, 또한 이 견해는 陷穽教唆者가 共犯으로서 범죄행위에 참여한다는 전제 위에서 출발하는 것이나 그 자체가 異論의 여지가 있는 것이다. 둘째, 陷穽搜查가 적법한 행위

115) 김우한, 陷穽搜查에 관하여, 檢察 1968/5, 139면.

116) 元正一, 陷穽搜查에 관한 若干의 考察, 서울대 司法大學院(1968), 54면.

이나의 문제는 수사기관의 권력작용으로서의 합정수사행위가 正當한 權力作用인가 아닌가의 문제로서 전체적인 관점에서 논의되는 문제이지 개별적인 합정행위의 犯罪成立有無로서 좌우될 문제는 아니다. 세째, 이 견해는 범죄의 특수성에 비추어서 사술의 필요성이 있는 경우에는 사회상규에 위배되지 않는다고 하나 결국 抽象的인 社會常規라는 개념만으로서의 합정수사의 許容基準을 명확하게 제시하지 못한다.

(2) 信義誠實의 原則을 許容基準으로 하는 見解

사회공동생활에 있어서 상대방의 신뢰를 헛되이 하지 않도록 성의를 가지고 행동하는 信義誠實(Treu und Glauben)의 原則 내의 합정수사는 허용되지만 신의성실의 원칙상의 한계를 벗어난 합정수사는 허용되지 않는다는 견해로서 다음과 같이 주장한다.

사회방위의 입장에서 범인의 검거와 증거의 포착에는 사술을 필요로 할 때도 있을 것이나 그것은 무제한일 수는 없으며 어디까지나 사회의 신뢰를 무시하는 수단이어서는 안된다. 따라서 그 搜查活動의 正當性の 限界는 사회의 신뢰와 절차에 관계하는 사람들의 신뢰를 받을 수 있는 수사기관의 신의성실에 있는 것이다. 본래 범죄예방에 주력하여야 할 수사기관이 신의성실의 한계를 벗어난 사술을 사용하여 국민을 함정에 빠지게 하고 범죄자로 만든다는 것은 법이 예상하고 있는 公權力 밖의 일로서 신의성실에 반하는 것이며 또 憲法上 허용될 수 없는 違法行爲라고 아니할 수 없다. 이러한 수사는 搜查權의 濫用으로서 訴訟法上으로는 그 法的 效力이 否定되고(證據能力 否定, 公訴棄却 등) 實體法上으로는 陷穽行爲는 犯罪實行의 教唆行爲로서 責任을 免할 수 없다.¹¹⁷⁾

그러나 이 견해도 신의성실이라는 추상적 기준만을 제시함으로서 합정수사의 許容基準에 관한 實質的이고 適用可能的한 基準을 제시하지는 못하는 難點이 있다.

117) 李龍薰, 陷穽搜查의 適法性에 관하여, 法政 1966/6, 39-40면.

(3)合理的 犯罪嫌疑(reasonable suspicion)를 許容基準으로 하는 見解

수사기관이 합정수사에 着手할 때에 被誘引者에 대한 合理的 犯罪嫌疑(reasonable suspicion)에서 출발한 경우에는 그 합정수사는 정당한 것으로 보아야 한다는 견해이다.¹¹⁸⁾ 수사기관이 합리적 범죄혐의를 가지고 합정수사를 개시한 이상 單純한 陷穽(mere entrapment)으로서 수사기관의 임무수행상 이를 非難할 수 없고 그 합정에 걸린자라 할지라도 합정항변을 제출할 수 없다는 것이다.

그러나 합리적 범죄혐의에 의해서 합정수사가 정당화 되기 위해서는 다음과 같은 두가지 조건을 충족시켜야 한다고 한다. 첫째, 搜查機關측에서 合理的 犯罪嫌疑를 가지고 陷穽搜查에 着手해야 한다. 즉, 피유인자가 범죄를 행하고 있거나 企圖하고 있다고 수사기관이 혐의를 두는 것이 『合理的』이어야 한다. 둘째, 그러한 혐의의 주된 것은 被誘引者 『自身』으로 부터 생긴 것이어야 한다.¹¹⁹⁾ 따라서 수사기관이 혐의를 두는 것이 합리적이지 않거나 또는 그러한 혐의가 주로 피유인자 자신으로부터 생긴 것이 아닐 때에는 그 수사행위는 정당화되지 못한다.

그러나 이 견해에 대해서는 다음과 같은 비판이 제기될 수 있다.¹²⁰⁾

첫째, 수사기관에서 가지고 있는 범죄혐의는 混亂 또는 偏見이 많은 것이 보통이며 搜查開始段階에서의 嫌疑는 지극히 主觀的인 것인데 이를 합정수사의 許容基準으로 삼는 것은 국가기관의 목적을 일방적으로 강조하는 것이다. 둘째, 陷穽搜查가 합리적 혐의에서 행해진 것이라 하더라도 합정의 존부를 결정하는데 있어서 被誘引者가 搜查機關의 誘引行爲 때문에 범죄를 저지른 것이냐 아니냐의 여부는 반드시 고려해야 한다는 것이다. 왜냐하면 일반적으로 정당화될 수 있는 합정수사라는 것이 구체적인 사건에서 허용될 수 없는 경우가 생길 수 있기 때문이

118) United States v. Certain Quantities of Intoxicating Liquors, 290 Fed. 824, 826 (D.N.H. 1921).

119) Grove v. United States, 3 F.2d 965 (C.C.A. 4th 1925); Orgate v. United States, 3 F.2d 778 (C.C.A. 4th 1925); Browne v. United States, 290 Fed. 870 (C.C.A. 6th 1923).

120) United States v. Wray, 8 F.2d 429, 430 (D.Ga.1925); Newman v. United States, 289 Fed. 128 (C.C.A. 4th 1924) 사건에서 법원은 합리적 혐의이론을 배척하고 있다.

다. 세째, 합정수사행위의 正當性 여부는 誘引行爲 自體에 대한 評價를 포함하는 것이기 때문에 합정수사가 비록 합리적 혐의에서 착수되었다 하여도 그것만으로도 그 수사행위를 정당화 하기에 충분하다고 할 수 없다. 네째, 합리적 혐의가 있었다는 입증을 하기 위해 피유인자의 전과·성격·나쁜 평판 등을 입증하려고 할 것이나 그것은 피유인자가 현실적으로 犯罪遂行 중 이었거나 犯罪遂行을 企圖하고 있었다는 것에 대한 嫌疑의 直接的인 立證은 될 수 없고 그것만으로써 유인행위를 정당화 시킬 수 없다.

(4) 主觀的 基準說(subjective test)¹²¹⁾

미연방법원의 多數意見으로서 주로 被誘引者의 心理狀態에 초점을 두는 견해이다. 즉, 피고인이 이미 범죄의사를 가지고 있는(predisposed) 상태에서¹²²⁾ 수사기관이 단지 범행의 기회를 제공하거나 범행을 용이하게 한 데 불과한 경우에는 그 陷穽搜查는 정당화 되어 被告人의 陷穽抗辯(defense of entrapment)이 인정되지 않으나 범행 당시 犯意가 없는 被告人의 마음속에 犯罪的 構圖를 심어준 ("implant the criminal design in the mind of defendant) 경우에는 그 합정수사는 정당화 되지 못하고 피고인의 陷穽抗辯이 認定된다는 견해이다. 그러므로 만일 被告人의 犯罪行爲를 수사기관이 誘引했다(induce)는 증거가 존재하는 경우에는 그가 이미 불법행위에 대한 犯意를 가지고 있었다는 것을 검찰측에서 합리적 의심의 여지가 없을 정도로(beyond a reasonable doubt) 입증하지 못하는 한 피고인은 무죄가 된다.¹²³⁾

이와 같이 볼 때 주관적 기준설에서는 다음의 두 가지의 점에 초점이 맞추어

121) 미국의 대부분의 州는 立法이나 判例를 통하여 주관적 기준을 確立하고 있다는 것은 앞에서 살펴 보았다. IV장 3. (1) 참조.

122) 좋은 기회가 주어지면 언제나 비슷한 범행을 범할 준비와 의사가 갖추어져 있는 경우에는 피고인이 『事前에 그러한 犯意를 가지고 있다(predisposed)』고 한다. Sherman v. United States, 200 F.2d 880, 882 (2d Cir. 1952).

123) 이러한 2단계 분석법은 Sherman판결에서 처음 시도되기 시작하였다고 한다. Entrapment through unsuspected middleman, 95 Harv. L. Rev. 1122, 1124.

진다. 첫째, 政府官吏나 그 情報員이 그 犯罪行爲를 誘引했는가? 둘째, 被告人에게 그와 같은 범죄를 범하려는 事前犯意가 이미 形成되어 있었는가? 그리고 이 두 가지 문제 중 두번째 문제에 보다 더 큰 비중이 두어진다.

첫번째 문제인 정부관리나 그 정보원이 범행을 유인했다는 점에 대해서는 피고인측이 유인한 자가 정부관리나 정부관리의 통제를 받는 정보원이라는 것과 그 유인행위가 기소된 犯罪行爲와 직접적으로 관련되어 있다는 것을 입증하여야 한다.¹²⁴⁾ 그러나 그 증명의 정도는 증거의 존재(some evidence)만으로 족하다. 政府官吏가 기소된 범죄와 다른 범죄를 범하도록 유인한 경우에는 기소된 범죄와 直接的으로 관련된 誘引行爲라는 조건을 충족시키지 못하므로 피고인의 無罪抗辯은 인정되지 않는다.¹²⁵⁾

主觀的 基準說에서 함정이 있었는가를 결정하는데 있어서 가장 중요시 되는 것은 위 두번째 문제인 피고인에게 事前犯意(predispotion)가 있었는가 하는 점이다. 여기서 사전범의가 있었는가의 여부는 適當한 機會(favorable opportunity)가 주어지면 起訴된 것과 같은 種類의 犯罪(a crime of the type charged)를 당장에 그리고 기꺼이(ready and willing)¹²⁶⁾ 범할 준비가 되어있는가에 의해서 판

124) 엄격한 當事者主義 訴訟構造를 취하고 있는 미국의 경우는 이와 같은 점들에 대해서 피고인측이 立證하여야 한다. 그러나 직업법관이 사실판단과 소송지휘를 동시에 행하며 또 법원이 직권증거조사(형소법 제295조 후단)의 권한을 통하여 실체적 진실발견에 대한 최종적 책임을 지도록 하고 있는 우리 형사소송법의 경우에는 증거제출책임의 논의는 적절치 않다고 본다. 따라서 피고인측에서 함정에 걸렸다는 주장이 있는 경우 피고인이 그에 대한 증거를 제출할 책임을 부담하는 것은 아니며, 최종적으로 법원이 함정에 걸렸는가의 여부에 대한 진실발견의 책임을 부담할 것이다. 자세한 것은 VIII장 2. 참조.

125) 예컨대 마리화나를 대량으로 판매하지만 헤로인을 판매하는 것은 두려워하고 헤로인은 한번도 팔아 본 적이 없는 마리화나 판매상에게 수사요원이 접근하여 마리화나를 대량으로 구입할 때 헤로인을 조금만 자기에게 구해달라고 유인한 경우를 생각해 보자. 마리화나 판매혐의로 기소된 마리화나 판매상은 그가 헤로인을 팔 사전범의가 없었다는 것을 근거로 하여 기소된 범죄인 마리화나 판매에 대해 함정항변을 제기할 수 없다. C. Robton Perelli-Minetti, *supra* note 53, at 869 n.63.

126) 主觀的 基準說에서는 事前犯意를 판단함에 있어서 당장에 그리고 기꺼이(ready and

단된다.¹²⁷⁾ 그리고 이러한 事前的 犯意, 즉 犯罪性向의 존재를 立證할 수 있는 資料로는 被告人의 事前言動, 犯行着手前의 認識, 犯罪遂行에 있어서의 被告人의 積極性 여부, 범죄수행에 있어서의 言行, 행해진 犯罪의 性質, 被告人에게 가해진 說得과 壓力的 程度, 犯行後의 관련자와의 관계, 피고인의 前科記錄(prior criminal record) 및 一般的 評判(general reputation) 등이 이용될 수 있다고 한다.

이와 같이 볼때 주관적 기준설에서 事前犯意를 입증하는 증거에는 기소된 범죄를 범하는 시점에서의 자료나 당해 범죄와 동일한 범죄를 범하려는 사전범의를

willing)라는 조건의 程度(level)가 중요한 역할을 하는데 그 정도의 주된 판단척도는 피고인이 유인행위에 대해서 얼마나 거절하는 행동을 취했느냐가 된다. 미국 법원은 “事前犯意 判斷에 있어서 가장 중요한 요소는 被告人이 搜查機關의 誘引行爲에 대해 계속 거절했지만 수사기관의 끈질기고 반복적인 誘惑에 의해서 거절하려는 의사가 극복되었는가 하는 것이다” 라고 판시했다. United States v. Reynoso-Ulloa, 548 F.2d 1329, 1336 (9th Cir. 1977).

- 127) 당장에 그리고 기꺼이(ready and willing)라는 표현은 適當한 機會가 주어지면 행동하겠다고 마음속에 意識적으로 決定된 狀態를 말한다. 범죄를 행하기 전에 피고인의 心的 狀態가 어떠한가를 파악하기란 불가능 하기 때문에 사전범의는 이용가능한 증거들로부터 推論되어야 한다. 그러나 피고인이 함정에 빠진 범죄를 할 당시의 심적 상태의 추론은 법원이 일반적인 경우 인정하지 않는 증거들로부터 판단되기 때문에 證據法的인 문제가 발생한다. 미연방증거규칙이나 캘리포니아 증거법은 “어떤 사람의 性質에 관한 證據(character evidence)는 특별한 경우에 있어서의 그의 행동을 證明하기 위해서 인정될 수 없다. 단, 動機(motive)나 機會(opportunity), 故意(intent), 豫備(preparation), 陰謀(plan), 事實의 認識여부(knowledge) 등을 입증하기 위한 경우는 과거의 나쁜 행실(예컨대 前科)을 증거로 사용할 수 있다.”고 규정한다. (the Federal Rules of Evidence, 28 U.S.C.A., Rule 404; Cal. Evid. Code 1101(a)(b)) 주관적 기준설 하에서는 이와 같은 증거들이 다음과 같은 근거하에 자주 사용된다. “피고인이 陷罪抗辯을 함으로서 무죄방면을 주장했을 경우, 주장사실의 진위여부를 밝히기 위한 자신의 행동과 관련된 법원의 조사를 불명할 수는 없다. 그와같은 조사의 결과로 그가 不利益을 받게 된다고 할지라도 그것은 그가 제출한 함정항변의 본질에서 당연히 나오는 것이다.”(Sorell v. United States, 287 U.S. 435, 451-52 참조) 이와 같은 사고는 피고인은 함정항변을 제출함으로써 스스로 고통의 문을 여는 것이라는 사고방식으로 함정항변에 대한 적대감에서 나온 태도라는 비판이 있다. (Park, supra note 68, at 178 n.4).

입증하는 증거에 한정되지 않고 피고인의 前科나 社會的 評判이 포함되며 同一犯罪 뿐만 아니라 類似犯罪을 범하려는 意思를 立證하는 證據도 포함된다. 그리고 起訴된 犯罪의 性質도 사전범의 판단에 있어서 중요한 역할을 한다.¹²⁸⁾ 이와 같은 자료들에 의해서 被告人이 事前犯意가 있었다는 것이 認定된다면 수사기관의 행위는 정당화 될 것이고 피고인은 유죄판결을 받을 것이다. 그리고 피고인에게 이미 사전범의가 있는 경우는 수사기관의 유인행위가 아무리 不合理했다고 하더라도 수사기관의 행위는 정당화 될 것이다.

主觀的 基準說에서 말하는 犯意는 특정한 시점에서 특정한 범죄를 저지르려는 具體的 犯意가 아니라 적당한 기회가 주어지면 유인된 범죄와 동일한 또는 관련이 있는 범죄를 저지르려는 抽象的 犯意를 말한다. 즉, 一般的으로 말하는 故意概念 보다는 緩和된 概念이다.

우리나라의 통설도 이미 범죄의사를 가지고 있는 자에게 범죄를 범할 기회를 부여하는 機會提供型的 陷穽搜查는 허용되고, 전혀 범죄의사가 없는 자에게 새로운 범죄의사를 유발하는 犯意誘發型的 陷穽搜查는 허용되지 않는다고 봄으로써 이 기준을 따르고 있다.¹²⁹⁾ 우리나라의 判例는 명확한 입장을 취한 것은 아니지만 대체로 주관적 기준설을 따르고 있는 것으로 보인다.¹³⁰⁾

주관적 기준설은 함정수사에 어느 정도 제약을 가하려는 의도가 있기는 하나 피유인자의 범행 당시의 心理狀態라는 지극히 主觀的이고 不確定的인 基準을 제시하고 있다는 비판이 있다. 이와 같은 난점을 극복하기 위해 기본적으로 주관적

128) 起訴된 犯罪의 性質의 중요성을 언급한 판례로는 다음과 같은 것을 들 수 있다.

Russel사건의 판결에서는 “마약제조 범행은 순간적이고 고립된 범죄가 아니라 계속적이고 협력적인 범죄인데 피고인은 위 제조행위에 적극적으로 가담했다”는 점이 논의되었다. 그리고 United States v. Reynoso-Ulloa, 548 F.2d 1329, 1336 (9th Cir. 1977)사건에서 “사전범의를 판단함에 있어서는 그 犯罪行爲의 本質이 利益追求를 위한 것인가도 고려되어야 한다”고 판시했다.

129) 金箕斗, 前掲書, 224면; 姜求眞, 前掲書, 197면; 廉政哲, 前掲書, 297면; 白亨球, 前掲書, 381면; 申東雲, 前掲書, 50-51면; 李在祥, 前掲書, 193면.

130) 大判 1963.9.10, 63 도 190 (大法院 判例集 11②); 大判 82.6.8, 82 도 884 (法院公報 686-664); 大判 83.4.12, 82도 2433 (法院公報 705-848, 判例總覽 刑法 31-26).

기준설에 따르면서도 아울러 그 불명확성을 제거하기 위해 몇가지 추가기준이 필요하다고 하면서 다음과 같은 추가기준을 제시하는 견해도 있다.¹³¹⁾ 즉, 情報員이 이용될 경우에는 신용성있는 자로 선임되어야 하며, 犯罪性向 있는 자에 대하여 범행의 기회를 제공하는 경우에도 헌법상의 기본권 보장원리를 근본적으로 해쳐서는 안되며, 피고인의 범행의사에 대한 입증책임 등 함정수사를 허용케 하는 사유의 입증책임은 검찰측이 부담하여야 한다는 것 등이다. 또한 事前犯意라는 기준의 불확정성을 補充하기 위해 다음과 같은 경우에는 사전범의가 있었다고 볼 수 있다는 견해도 있다.¹³²⁾ 즉, 피유인자가 이미 유사한 범죄행위과정속에 종사하고 있었을 때, 被誘引者가 그러한 犯行을 常習的으로 행하고 있었을 때 등의 경우에는 범행의 구도는 피유인자에게서 유래하는 것으로 그 陷穽搜查는 許容基準內의 것이라고 한다.

主觀的 基準說에 대해서는 다음과 같은 批判들이 제기될 수 있다.

첫째, 사전범의 입증의 증거로서 被告人의 前科(prior criminal record)나 社會的 評判(social reputation)을 사용하는 것은 불합리하다. 被告人이 그 범죄를 범할 의사가 없는 경우에도 만약 그가 전과자이거나 사회적 평판이 나쁜 자라면 주관적 기준설에서는 사전범의를 인정할 것이기 때문이다.

둘째, 주관적 기준설은 被告人의 心理狀態에 초점을 맞추고 搜查機關의 行爲에 대한 고려는 경시함으로써 수사기관의 권한남용을 허용하기 쉽다. 즉, 범죄의 성질, 피고인의 전과, 사회적 평판, 유인시의 피고인의 태도 등을 통하여 피고인의 사전범의가 인정되면 수사기관이 아무리 違法한 搜查方法을 사용하더라도 그것은 정당화 될 것이다.

셋째, 주관적 기준설에서는 當該 犯罪에 대한 故意(intent)는 없어도 事前犯意(predispotion)만 있으면 有罪를 인정하게 된다. 따라서 고의가 없어도 범죄의 성립을 인정하게 된다. 주관적 기준설 하에서 가장 중요한 개념인 事前犯意

131) 崔永洪, 陷穽搜查와 法院의 對應, 判例月報 211호(1988/4), 12면.

132) United States v. Becker, 62 F.2d 1007 (2d Cir. 1925)사건에서의 Hand判事의 見解이다.

(predisposition)는 故意(intent)와는 명확히 구별되는 개념이다. 여기서의 사전범의는 起訴된 犯罪과 같은 또는 類似的 種類의 犯罪을 당장에 그리고 기꺼이(ready and willing) 범할 意思를 의미하기 때문에 수사기관의 유인행위가 있기전까지 피고인에게 당해범죄에 필요한 일반적인 또는 특별한 고의가 없었더라도 피고인은 기소된 범죄에 대한 사전범의는 있었던 것으로 판단되어 처벌될 수 있는 커다란 難點이 있다. 예컨대, 헤로인의 상습적인 판매업자였던 자가 비록 헤로인 판매행위를 완전히 그만두고 올바르게 살려고 노력하고 있던 중에 수사기관의 끈질긴 誘惑에 넘어간 경우 수사기관에 의해 유인된 당해 판매행위를 할 고의가 없었다고 하더라도 그 판매행위에 대한 事前犯意가 있었던 것으로 인정될 수 있을 것이다. 수사기관의 행위가 어떠했던 간에 그의 前科에 의해 사전범의가 인정될 수 있을 것이기 때문이다. 그러나 故意에서 事前犯意를 추론해 내는 것은 可能하지만 사전범의에서 고의를 추론해 내는 것은 不合理하다고 본다.

(5) 客觀的 基準說(objective test)

이 견해는 미연방법원내의 少數意見이지만 미국의 學者들은 대부분 客觀的 基準說을 지지하고 있다고 한다.¹³³⁾ 主觀的 基準說이 政府官吏의 行爲와 被告人의 行爲에 대한 광범위한 조사¹³⁴⁾를 요하는 것과는 대조적으로 객관적 기준설(objective test)¹³⁵⁾은 비교적 좁은 문제에만 초점을 맞춘다. 즉, 政府官吏의 誘引 行爲가 불법적인 합정을 구성하는가에만 주로 초점을 맞춘다. 이와 같은 접근의 목적은 公正하고 名譽로운 司法運營에 대한 公的 信賴를 위하여 法的 根據없는 수단을 수사기관이 사용하는 것을 법원이 막아야 한다는 신념에 있다. ¹³⁶⁾

133) 미국에서 客觀的 基準說을 취한 대표적 判例로는 Grossman v. State, 457 P.2d 226 (Alaska 1969) 判決이다.

134) 이 때의 政府官吏의 行爲에 대한 調査는 그 행위 자체의 當否를 판단하기 위한 것이 아니라 被告人의 心理狀態를 파악하기 위한 것이다.

135) 客觀的 基準說(subjective test)은 가상의 一般人 基準說(hypothetical person test)이라고도 한다. C. Robton Perelli-Minetti, supra note 53, at 872.

136) ibid.

이 견해는 被告人의 犯罪行爲가 어떠한 法執行上의 術策에 의해서라도 促進된 경우에는 그 피고인은 무죄이어야 한다고 하면서 합정여부의 판단기준으로는 대체로 다음과 같은 것들을 제시한다. 피고인이 범죄를 행할 의사를 가지고 있다 할지라도 ‘당장에 그리고 기꺼이(ready and willing to)’ 그것을 실행에 옮길 태세가 되어 있지 않은 자를 유혹하거나 부추키는(induce or instigate) 경우에는 합정이 있었다고 하거나¹³⁷⁾ 또는 피고인에게 사용된 정부관리의 유인, 설득 등의 행위가 법을 잘 지키는(犯罪行爲를 回避하려는 意志를 가지고 있는) 一般人の 경우라도 犯罪行爲를 誘發하기에 充分한 程度였다면 합정이 있었다고 한다.¹³⁸⁾ 따라서 객관적 기준설을 적용함에 있어서는 피고인의 범행의도는 합정이 있었는가를 결정하는 요소가 될 수는 없으며, 특정한 범죄가 일반적으로 수행되는 방식과 같은 周圍狀況(surrounding circumstances)이나 政府官吏의 행위를 주로 고려하게 된다. 그리고 동정이나 우정에 호소하는 행위, 과도한 이익의 제공, 주저함을 극복시킬 수 있을 정도의 끈질긴 제안 등 사용된 誘引行爲의 程度도 충분히 고려해야 한다.

객관적 기준설에 대해서는 다음과 같은 批判이 제기될 수 있다.

첫째, 客觀的 基準說에서 피고인의 사전범의를 고려하지 않는 것은 불합리하다. 피고인의 사전범의는 수사기관의 수사방법이 적절했는가를 파악하는데 중요한 의미가 있다. 예컨대, 이전에 癮藥販賣 前科가 있는 容疑者에게는 전혀 전과가 없는 자에 대한 것보다 더 강한 說得과 誘引을 하는 것이 허용될 것이다.¹³⁹⁾

둘째, 객관적 기준설을 취할 경우 영악한 범죄인은 약한 유혹에는 응하지 않다가 일반인도 넘어갈 정도의 強한 誘惑을 기다려-客觀的 基準說을 취한다면 이 경우 處罰되지 않으므로- 범죄를 저지름으로서 처벌을 巧妙하게 피할 가능성이

137) 이와 같은 기준을 취하는 경우에 실제사건에서는 당장에 그리고 기꺼이(ready and willing) 라는 단어의 해석여부가 문제될 것이다.

138) 미국 법개혁위원회(The United States Commission on Reform of Federal Law, 일명 Brown Commission)는 이와 같은 기준을 合理的 人間基準(reasonable person test)에 비유하고 있다. C. Robton Perelli-Minetti, supra note 53, at 874.

139) C. Robton Perelli-Minetti, supra note 53, at 860.

있다.

세째, 객관적 기준설은 피고인이 유죄라는 전제하에서 搜查機關의 行爲가 不合理한가의 여부를 따지는 것이기 때문에 피고인에게 不利한 判斷을 할 우려가 있다.¹⁴⁰⁾

네째, 객관적 기준설은 수사기관의 불법적 수사행위를 법원이 막을 책임이 있다는 신념에서 나온 것이나 법원이 수사기관의 불법적 합정수사행위를 충분히 막을 수 있을 지는 의심스럽다. 그보다는 搜查機關 自體의 指針마련에 의해서 합정수사를 통제하는 것이 효과적일 것이다.

다섯째, 객관적 기준설은 피고인을 사전범의가 없는, 법을 잘 지키는 그리고 범죄를 범하게 하기 위해서는 강한 유혹을 필요로 하는 一般人과 비교함으로써 수사기관의 위법수사를 막기 보다는 무고한 사람을 처벌하는 결과를 초래할 우려가 있다.

(6) 犯行故意의 起源(the Origin of Criminal Intent)을 許容基準으로 하는 見解

이 견해는 캘리포니아주 대법원(the California Supreme Court)이 초창기에 취했던 견해¹⁴¹⁾로서 被告人의 心理狀態에 초점을 두면서도 政府官吏의 搜查方法의 適正性 여부도 고려하는 견해이다.¹⁴²⁾ 즉, 이 견해는 피고인이 사전고의가 있었는가의 여부를 판단하기 위해 피고인에 대한 조사뿐만 아니라 정부관리의 유혹, 설득의 방식과 정도 등도 함께 고려하게 된다.

피고인의 心理狀態와 搜查方法 양자에 대한 조사를 통하여 당해 범행의 故意(intent)-事前犯意(predispotion)가 아니라-가 피고인 자신의 마음속에서 由來했는가 또는 유인하는 정부관리에게서 유래한 것인가를 판단하여 후자의 경우라

140) C. Robton Perelli-Minetti, *supra* note 53, at 861

141) 이 견해를 취했던 대표적 판례로는 *People v. Benford*, 53 Cal. 2d 1, 345 P.2d 928 (1959).

142) 이 견해를 강력히 지지하는 학자로는 C. Robton Perelli-Minetti, *supra* note 53, at 876 참조.

면 합정이 있었다고 한다. 이 기준 하에서 피고인에 대한 조사는 起訴된 當該 犯罪에서 露出된 여러가지 狀況에 한정된다. 즉, 피고인의 심리상태를 입증하기 위한 증거로서 주관적 기준설 하에서는 허용되었던 피고인의 전과나 피고인이 유사한 범죄를 저지르고 있었다는 일반적 평판 등이 제외되고 오직 당해 범죄에서 노출된 증거만이 인정된다.

이 견해는 주관적 기준설에서처럼 事前犯意(predisposition)와 故意(intent)를 혼돈해서는 안되며 양자는 엄격히 구분된다고 한다. 따라서 여기서의 고의는 당해범죄 자체에 대한 具體的 故意이지 주관적 기준설에서와 같은 완화된 抽象的 故意가 아니다. 犯行故意起源說 하에서의 政府官吏의 행동에 대한 조사는 정부관리가 당해 범죄에 대한 고의를 유발했는가 또는 독립적으로 고의가 형성된 자에게 단순히 기회를 제공했는가를 조사하기 위한 것이지 객관적 기준설에서처럼 일반인이라도 그와같은 상황에서 범죄를 저지를 것인가를 판단하기 위한 것은 아니다. 즉, 정부관리의 행동이 피고인의 고의 형성과정에 어느정도 관여했는가 하는 것이 중요한 것이다.

3. 陷穽搜查의 適法·許容基準(小結)

이상에서 陷穽搜查의 適法性 여부 및 그 許容基準에 관한 見解들을 살펴보았으며, 陷穽搜查의 適法性문제는 그 許容基準과 관련하여서 검토하는 것이 타당하다는 것도 밝힌 바 있다. 즉, 許容基準內의 합정수사는 適法성이 인정되고 許容範圍를 벗어난 합정수사는 違法한 것이 된다.

그렇다면 어떤 기준에 의해서 합정수사의 허용여부를 결정할 것인가가 문제된다. 陷穽搜查는 特殊한 犯罪, 예컨대 癡藥, 密輸, 賣春 등과 같은 犯罪에 대한 대응방법으로 그 필요성이 인정되는 수사방법임은 위에서 살펴보았다. 그러나 그와같은 수사방법도 법적 제한 하에서 가능한 것이며 결코 무제한일 수는 없다. 또

한 국민은 搜查機關의 監視로부터 自由로 權利를 가진다. 그러므로 수사권의 발동은 어디까지나 법이 침해되고 있다는 合理的 根據를 가질 때에만 정당한 것이다. 이런 의미에서는 위에서 살펴본 합리적 혐의기준은 타당하다고 볼 수 있지만 수사기관의 혐의는 주관에 흐르기 쉬운 것이며 따라서 합리적 혐의에서 개시된 수사행위를 모두 정당하다고 할 수는 없다.

그리고 합정수사의 適法許容基準의 문제는 수사과정에서의 個別的인 行爲에 대한 適法許容基準의 問題가 아니고 陷穽搜查의 開始에서 陷穽搜查行爲, 被誘引者의 犯罪計劃 및 被誘引者의 處罰이라는 결과 전부를 묶어서 總體的으로 判斷할 問題이다. 그렇다면 위에서 살펴본 신의성실, 사회상규의 기준들도 허용기준 결정에 도움을 줄 것이나 이 기준들은 너무 추상적이다. 또한 主觀的 基準說, 캘리포니아주 대법원이 초창기에 취했다는 犯行故意起源說, 客觀的 基準說은 주목할 만한 견해들 이지만 피유인자의 심리상태의 측면과 수사기관의 행위의 측면 중 한 쪽 측면에만 중점을 두어 합정수사의 허용여부를 판단하고 있다. 물론 주관적 기준설이나 캘리포니아주 대법원이 초창기에 취했다는 범행고의기원설은 피유인자의 심리상태의 측면과 수사기관의 행위의 측면을 동시에 고려하고 있지만 수사기관의 행위의 측면을 고려하는 것은 결국에는 被誘引者의 心理狀態(事前犯意나 故意)를 판단하기 위한 자료를 얻기 위한 것에 불과하다.

생각건대 陷穽搜查의 許容基準의 문제는 수사기관의 행위의 측면과 被誘引者의 心理狀態의 측면을 총체적으로 고려하여 결정해야 할 문제라고 본다. 결국 합정수사의 許容基準의 問題는 범행의 종류·성질, 당해 범죄에 나타난 피유인자의 행위·태도, 수사기관의 설득·유인의 정도 등을 총체적으로 고려하여 당해 범행의 故意(intent)가 피유인자의 마음속에서 유래했다고 볼 수 있는가 또는 政府官吏의 誘引行爲에서 유래했다고 볼 수 있는가의 여부에 따라 결정해야 될 것이다. 이때의 故意(intent)는 당해 범죄를 범하려는 심리상태로서 주관적 기준설에서 말하는 당해 범죄와 동일한 또는 유사한 범죄를 범하려는 막연한 심리상태인 事前犯意(predispotion)와는 엄격히 구별되어야 한다. 그리고 피고인의 심리상태를 판단

하기 위한 자료는 당해 범행에 노출된 것들이 주가 되어야 하며 피유인자의 전과나 사회적 평판이 판단의 주된 자료가 되어서는 안될 것이다. 그러므로 私見으로 범행고의기원(the Origin of Criminal Intent)설을 지지하지만 다음과 같은 점에서 캘리포니아주 대법원(the California Supreme Court)이 초창기에 취했던 범행고의기원설과는 차이가 있다. 캘리포니아주 대법원이 초창기에 취했던 犯行故意起源說은 수사기관의 행위의 측면을 被誘引者의 心理狀態와 더불어 고려하고 있지만 수사기관의 행위의 측면을 고려하는 것은 결국에는 被誘引者의 心理狀態(故意)를 판단하기 위한 자료를 얻기 위한 것에 불과하다. 그 이유는 합정수사의 적법·허용기준의 문제를 법률판단의 문제가 아닌 피유인자의 심리상태에 대한 사실판단의 문제로 보고 있기 때문이다.¹⁴³⁾ 그러나 합정수사의 적법·허용기준의 문제는 『事實判斷』의 문제가 아니라 『法的評價』의 문제라고 본다.¹⁴⁴⁾ 합정수사에 대한 논의는 피유인자가 수사기관의 유인에 의해 형식적으로 구성요건에 해당하는 범죄행위를 저질렀지만 국가의 그와 같은 수사방법을 과연 옳다고 평가할 수 있느냐 또는 그와 같은 유인에 의한 피유인자의 행위를 어떻게 평가할 것이냐는 문제에서 출발하기 때문이다. 따라서 수사기관의 행위는 단지 피유인자의 심리상태를 판단하기 위한 자료가 아니라 법적 평가의 대상이 되어야 한다. 결론적으로 합정수사의 許容基準은 被誘引者의 行態의 측면과 搜查機關의 行爲의 측면을 總體的으로 評價하여 당해 犯行의 故意가 被誘引者 또는 搜查機關 양자 중 어디에서 由來했다고 볼 수 있는가에 따라서 判斷하여야 할 것이다.

143) 美國 聯邦法院의 多數意見이 합정수사에 대한 문제는 法律判斷의 문제가 아니라 事實判斷의 문제이므로 陪審員들이 판단할 문제라고 하고 있는 것을 보면 이점은 명백해 진다. (Sorells 사건에서의 다수의견) 그러나 이에 대해서 합정수사의 문제는 法律判斷의 문제이므로 判事가 판단하여야 한다는 소수의견이 있다. (Sorells 사건에서의 Robert판사의 견해).

144) 따라서 범행고의가 '어디에서 由來했는가'의 문제가 아니라 '어디에서 由來했다고 볼 수 있는가'의 문제이다.

VI. 被誘引者의 刑事責任 問題

1. 序

합정수사가 許容範圍內인 경우, 즉 그 正當성이 認定되는 경우에 피유인자가 처벌된다는 것에 대해서는 별다른 異論이 없으므로 피유인자의 형사책임 여부와 불가벌인 경우 구체적으로 어떤 판결을 내려야 할 것인가는 주로 허용범위를 벗어난 경우, 즉 그 정당성이 인정되지 않는 합정수사의 경우에 문제된다. 陷穽搜查에 있어서 被誘引者의 刑事責任 여부에 관해서는 可罰說과 不可罰說로 나누어지고 불가벌설은 불가벌의 근거가 무엇이며 구체적으로 어떤 판결을 내려야 할 것인가에 대해서 公訴棄却說, 免訴判決說, 無罪判決說 등으로 견해가 다시 나누어진다. 이하에서는 우선 被誘引者의 刑事責任 問題와 陷穽搜查의 適法·許容基準과의 關係를 논한 다음 被誘引者의 刑事責任 問題 및 許容範圍를 벗어난 陷穽搜查의 訴訟法的 效果에 대해 살펴보고자 한다.

2. 被誘引者의 刑事責任 問題와 陷穽搜查의 適法·許容基準과의 關係

被誘引者의 刑事責任 問題와 陷穽搜查의 適法·許容基準과의 關係에 대해서는 양자를 별개로 취급하는 견해와 양자를 직접 연결시켜서 논해야 한다는 견해로 나뉘어져 있다.

① 제 1설

이 견해는 陷穽搜查 자체의 適否가 被誘引者의 刑事責任 여부와 반드시 일치하는 표리관계에 놓인 것은 아니라고 한다.¹⁴⁵⁾ 즉, 모든 計略的 行爲가 신의성실에 반한 搜查權의 濫用이라고 단정할 수는 없으며, 計略的인 합정수사행위가 수

사권의 남용으로 소송법적으로는 그 법적 효력이 부정된다고 할지라도 이 때 피고인이 당연히 그 處罰을 免할 수는 없다고 한다. 이 見解는 美國法上의 陷穽理論에 의할 때 함정항변의 인부에 관하여 犯意誘發 여부가 중요한 判斷基礎로서 증거채택여부, 형사책임을 결정하며 범죄가 유발되지 않았을 때, 즉 단순한 함정 (mere entrapment)의 경우 행위자를 처벌할 수 있음은 당연한 것이지만 犯意가 誘發된 경우에 대하여도 機械的인 無罪, 公訴棄却, 免訴 등 不可罰說을 주장하는 것은 立法論으로는 몰라도 解釋論으로는 난점이 있어 이를 받아들이기 어렵다고 한다. 피유인자가 단지 수사기관의 함정에 걸려들었다는 이유만으로 違法性 내지 責任을 阻却할 수 없고, 公訴棄却, 免訴判決을 해야 하는 것도 아니고, 犯意를 유발당한 자가 自由로운 意思로 犯罪를 實行한 경우 이를 실체법상 처벌할 수 있다고 한다.¹⁴⁶⁾ 다만 搜查權의 濫用이 있는가 하는 문제는 구체적인 사건에 따라 個別的으로 검토하여야 하며 그 搜查의 對象인 犯罪 및 被疑者의 特殊性, 搜查의 具體的 內容, 被疑者의 心情에 미친 影響關係, 法規의 目的趣旨등을 綜合的으로 검토하여 판단하여야 한다고 한다. 이에 따라 그 搜查方法이 具體的 必要性和 相當性을 缺해 信義則에 違反한 경우에는 重大한 瑕疵가 있는 때로 보아 그 搜查節次에 의하여 蒐集된 證據는 違法蒐集證據로서 排除되고, 信義則에 반한 정도가 경미하면 그와 같은 경미한 瑕疵가 당해 수사행위에 의해 수집된 증거의 허용성을 부인하는 정도인가 아닌가를 판단하여 증거배제 여부를 결정하여야 할 것이라고 한다.¹⁴⁷⁾ 이 견해는 결국 現行法の 解釋에 있어서 陷穽搜查에 의한 被敎

145) 金振換, 前揭論文, 96면 참조.

146) 이재상 교수도 함정수사가 犯罪의 成立을 阻却하거나 訴訟條件에 해당할 수 없다는 점에서 可罰說이 타당하다고 보면서, 犯意를 誘發한 陷穽搜查에 의하여 蒐集된 證據는 適法節次를 위배하여 憲法精神에 반하여 수집된 증거로서 증거수집 절차에 重大한 違法이 있는 경우라고 해석하지 않을 수 없고, 범의를 야기하는 함정수사는 적법절차에 대한 本質的인 違反이 있는 경우에 해당하기 때문에 證據能力이 부정된다고 봄으로써 대체로 이와 같은 견해를 취하고 있다고 볼 수 있다. 李在祥, 前揭論文, 121-122면.

147) 金振換, 前揭論文, 97면.

唆者の 可罰性을 인정하지 않을 수 없으며 證據法上 違法蒐集證據 排除法則의 문제로 환원하여 重大한 節次違背가 있는 경우 그에 의하여 蒐集한 證據의 證據能力을 排除할 수 있다고 본다.

우리나라 判例가 이러한 입장을 취하고 있다는 見解¹⁴⁸⁾가 있으나 우리나라 판례는 모두 합정수사의 요건에 해당하지 않는다는 이유로 違法한 합정수사가 아니라고 판시한 경우로서 被誘引者의 處罰問題와 陷穽搜查의 適法性 問題를 별개로 보는 입장이라고 할 수는 없다고 본다.

② 제 2설

이 견해는 피유인자의 처벌문제를 陷穽搜查의 適法許容基準과 직접 연결시킨다.¹⁴⁹⁾ 이 견해에 의하면 許容範圍를 벗어난 陷穽搜查의 경우도 피유인자를 처벌할 수 있다고 한다면 합정수사의 適法성과 許容基準에 대한 論議는 무의미하기 때문에 합정수사의 적법성과 허용기준에 대한 논의는 결국 허용범위를 벗어난 합정수사의 경우 被誘引者를 처벌할 수 없다는 전제에서 출발한다고 주장한다. 美國의 陷穽理論에서는 양자를 직접 연결시켜서 허용범위내의 합정수사의 경우 陷穽은 없었다 하여 陷穽抗辯(entrapment defense)은 인정되지 않고 피유인자는 처벌받게 되며, 허용범위를 벗어난 합정수사의 경우 피유인자의 합정항변은 인정되어 피유인자는 처벌받지 않게 된다.

생각건대 被誘引者의 可罰性問題와 陷穽搜查의 適法許容基準의 問題는 직접 연결시켜서 논하는 것이 타당하다고 본다. 허용범위를 벗어난 위법한 합정수사의 경우에도 그 행위의 결과로 인해 유인된 범죄행위자를 처벌하는데 아무런 障礙가 없다고 한다면 합정수사의 適法性 論議는 단지 수사기관의 自制와 慎重을 요구하는 수사권행사의 실천적 기준을 제시함에 불과하기 때문이다. 그리고 피유인자의

148) 元正一, 陷穽搜查에 관한 若干의 考察, 서울大 司法大學院, 50면.

149) ibid.

처벌문제와 합정수사의 적법·허용기준의 문제를 별개로 생각한다면 결국 수사기관의 搜查權 濫用 可能性이 높아질 것이다. 搜查權의 違法한 濫用은 명백히 反社會的인 個人犯罪 이상으로 公共福利, 公共秩序에 반하는 것이다. 더구나 搜查權과 公訴權이 국가에 의해서 독점되고 있는 國家訴追主義(起訴獨占主義)하에서는 반사회적인 범죄를 탐지하고 범죄자를 검거한다는 명목하에 個人的 基本的 權利와 自由를 侵害하는 현상이 默認될 가능성이 높다. 역사적인 경험에 의하더라도 국가권력의 자율적 통제는 기대하기 어려웠으며 더우기 수사권의 행사에 있어서는 합목적적 원리가 지배하기 때문에 범죄의 탐지·방지라는 목적하에 불가결하게 수반되는 強制力詐術의 사용은 그 법적 한계가 모호하다.

또한 수사기관에 의한 수사권의 위법한 남용은 그 폭로·노출 자체가 현실적으로 어렵고 司法審判의 對象이 되는 경우가 드물다. 이러한 점을 감안할때 搜查權의 違法한 濫用은 그 결과로서 司法審判의 對象이 된 被告人 또는 證據에 대한 司法的 統制만이 그 實效를 거둘 수 있을 것이다. 그리고 만약 수사권의 행사를 準司法的 權力行使에 포함시킨다면, 司法的 權威의 유지라는 면에서도 수사권의 남용을 억지하는 수단의 강구가 필요하다. 이렇게 볼 때 被誘引者의 刑事責任 問題와 陷穽搜查의 適法許容基準의 問題를 관련시켜서 파악함이 타당할 것이다.

3. 被誘引者의 刑事責任 및 違法한 陷穽搜查의 訴訟法的 效果에 관한 學說判例

(1) 可罰說

이 견해는 詐術에 의하여 犯罪行爲가 誘發되었는가 아니면 단지 범행의 기회만이 제공되었는가, 搜查機關의 유인행위가 不法인가 아닌가를 묻지 않고 행위자 자신의 행위는 實體法上 당연히 構成要件該當性·違法性·責任性을 구비하고 있다고 지적하고, 搜查段階의 違法과 起訴의 違法 또는 無效와는 구별되며, 또 搜查機關의 詐術에 걸린 것과 죄를 범한 자의 행위가 범죄를 구성하는 것은 전혀 별개의 문제라고 본다.¹⁵⁰⁾ 따라서 합정에 걸렸다는 것만으로 違法性과 責任이 阻却되지

않고 犯意를 誘發당한 자가 自由로운 意思로 범죄를 실행한 이상 實體法上 이를 처벌할 수 있다고 한다.¹⁵¹⁾ 日本 最高裁判所는 이와 같은 태도를 취하고 있다.¹⁵²⁾

可罰說은 日本에서는 다시 教唆者를 處罰하면 違法한 陷穽搜查를 抑制할 수 있으므로 被告人의 不可罰을 解釋論으로서 認定할 필요가 없다는 見解¹⁵³⁾와 陷穽搜查는 憲法이 예상하는 公權力 發動의 범위를 벗어나는 것이므로 이러한 방법에 의하여 얻어진 證據는 違法蒐集證據의 일종으로서 證據能力을 否定하면 족하다고 해석하는 見解,¹⁵⁴⁾¹⁵⁵⁾ 합정수사에 의한 범죄의 실행은 완전히 犯罪의 構成要件을 充足하고 違法性 및 責任性에 대하여도 아무런 阻却事由가 없다고 해석하는 見解¹⁵⁶⁾로 나누어 진다.

(2) 不可罰說

陷穽搜查에 의하여 수사기관이 犯罪를 계획적으로 製造하였을 경우에는 피유인자가 그로 인하여 犯罪構成要件該當事實을 充足시켰을 경우라도 그를 처벌할 수 없다는 견해이다. 즉, 수사기관이 합정에 의해 犯意를 유발 시키고 피유인자를 犯罪實行으로 誘引했을 경우에는 국가가 범죄를 製造加工하는 것이므로 이를 逮捕處罰한다는 것은 헌법전문과 개인의 자유권 및 인격권 등의 기본권을 침해하는 憲法違反이라는 것이다. 이와같은 수사방법은 一面에서는 국가가 유혹에 빠지기 쉬운 사람을 유혹하여 범죄를 실행 시키고 범인을 製造하면서, 他面에서는 이를 체포하여 처벌하는 것이므로 비난을 면하기 어렵다고 한다. 또는 합정에 빠진 피유인자의 행위에는 反社會的 危險性이 없으므로 불가벌이라는 견해도 있다.¹⁵⁷⁾

150) 東京高裁 1951.12.11 (高裁刑集 4권 14호, 2074면).

151) 金振換, 前掲論文, 97면.

152) 最高裁 1953.3.5 (刑集 7권 3호, 482면); 日最判 1954.11.5.

153) 平野龍一, 刑事訴訟法, 1982, 86면.

154) 高田卓爾, 刑事訴訟法, 1984, 340면.

155) 우리나라의 경우도 可罰說을 취하면서 違法蒐集證據의 證據能力排除의 問題로 취급하려는 見解가 있다. (李在祥, 前掲論文, 122면; 金振換, 前掲論文, 97면).

156) 河上和雄, 刑事訴訟の課題とその展開, 122면.

157) 일본 横浜地裁 1951.6.19 判例이며 1952.7.29 東京高裁의 지지를 받았으나

허용범위를 벗어난 합정수사에 대하여 불가벌설을 취한다고 할때 그러면 어떤 방법으로 합정에 빠진 피유인자를 구제할 것인가가 문제된다. 즉, 허용범위를 벗어난 합정수사에 의하여 수사기관이 被誘引者를 起訴할 경우 법원은 그 피고인에게 어떠한 判決을 해야 하는가가 문제된다. 이는 곧 違法的 陷穽搜查에 대한 司法的 對應이 具體적으로 어떠한가 하는 問題이다. 이에 관해서는 形式裁判인 公訴棄却의 判決을 주장하는 견해, 實體關係的 形式裁判인 免訴判決을 주장하는 견해, 實體裁判인 無罪判決을 주장하는 견해로 나뉘어 있다.

① 公訴棄却說

陷穽搜查는 憲法上的 適法節次(憲法 第12條 第1項 2문·제3項)에 違背하는 重大한 違法을 수반하는 搜查方法이므로 그에 기초한 公訴提起는 法律의 規定에 違反하여 無效인 때(刑訴法 第327條 第2號)에 해당하며 따라서 公訴棄却의 判決을 하여야 한다는 견해¹⁵⁸⁾로서 다음과 같은 論據를 든다.

첫째, 違法的 陷穽搜查의 抑制라는 견지에서 합정수사에 基한 公訴提起의 效力을 否定하는 것이 타당하며 수사기관이 詐術을 써서 범죄를 유발하는 경우에는 그 違法的 정도가 重大하므로 公訴를 棄却하여야 한다.¹⁵⁹⁾

둘째, 陷穽搜查는 위법한 수사로서 형사소송법 제327조 2호(일본 형소법 338조 4호)의 公訴提起節次가 法律의 規定에 違反하여 無效인 때에 해당하며, 또한 現行法上 모든 搜查는 公訴提起의 主體인 檢事의 指揮下에 있고 따라서 그 결과는 바로 檢사의 公소제기와 직결되므로 公訴棄却說이 보다 타당하다.¹⁶⁰⁾

세째, 수사기관이 범죄자와 동일한 수준으로 墮落한 때에 그것에 기한 공소는

1954.11.5 最高裁에서 破棄되었다.

158) 白亨球, 前掲書, 429면; 車鏞碩, 前掲書, 135면; 일본의 경우 小野清一郎, 刑事判例評釋集 제15권(1953), 55면; 田宮, 前掲書, 138면; 川崎, 前掲書, 102면.

159) 白亨球, 前掲書, 429면; 다만 白亨球, 任意搜查의 本質과 限界, 考試界 1982/11, 126면에서는 「理論的으로는 公訴棄却說이 타당하나 現行法の 解釋上으로는 상당한 의문이 제기된다」고 한다.

160) 車鏞碩, 前掲書, 135면; 일본의 경우 小野清一郎, 刑事判例評釋集 제15권(1953), 55면.

訴追의 利益을 상실하였을 뿐만 아니라 搜查의 廉潔性을 잃은 違法無效인 搜查이며 이러한 수사방법이 없을 때에는 당해 공소제기도 없었을 것이라고 인정되는 때에는 위법한 수사방법을 방지하여 국민의 기본권을 보장할 강도높은 必要性으로 인하여 공소기각에 의하여 소송을 終結해야 한다.¹⁶¹⁾

네째, 함정에 빠진 자를 實體判決까지 끌고 가는 것보다는 迅速히 節次를 終了시켜 不安한 被告人의 地位나 拘束狀態에서 해방시키는 것이 被告人의 人權保障에도 도움이 된다.

그러나 公訴棄却說에 대하여는 다음과 같은 批判이 제기된다.

첫째, 이 설은 함정수사가 형소법 제327조 2호의 공소제기절차에 위반된다는 논리를 펴고 있으나¹⁶²⁾ 公訴提起節次에 搜查節次가 포함된다고 하는 것은 지나친 論理의 飛躍이라고 아니할 수 없으며,¹⁶³⁾ 搜查節次에 違法이 있다고 하여 반드시 公訴提起의 效力을 잃게 하는 것은 아닐 뿐만 아니라¹⁶⁴⁾ 수사절차에 위법이 있는 경우에 공소제기절차가 법률에 違背하였다고 할 수도 없다.

161) 일본의 경우 田宮, 前掲書, 138면; 川崎, 前掲書, 102면.

162) 형사절차의 현저한 지연, 불법구속이나 함정수사 등 중대한 위법수사절차의 개입, 공소권의 남용 등과 같은 사유에 대하여 이를 형사소송법 제327조 제2호에 해당하는 公訴棄却判決의 事由로 인정할 것인가 하는 문제에 대해서 終局的 形式裁判의 事由는 입법자가 구체적으로 類型化한 것에 限定되어야 한다는 점을 들어 부정하는 견해(李在祥, 前掲書, 643면)와 형사소송법 제327조 제2호는 단순히 검사의 공소제기를 둘러싼 형식적 요건의 심사에 한정되는 규정이 아니라 소송조건 전반에 관한 一般條項으로서의 성질을 갖는다고 보아야 한다는 견해가 있다.(申東雲, 前掲書, 753면) 判例는 형사소송법 제327조 제2호에 규정된 公訴提起의 節次가 法律의 規定에 위반하여 無效인 때라함은 無權限者에 의하여 공소가 제기되거나, 공소제기의 訴訟條件이 缺如되거나 또는 公訴狀의 현저한 方式違反이 있는 경우를 가리키는 것이라고 판시하여 제한적 입장을 취한다. 그리하여 수사절차에 불법연행 등의 위법사유가 개입되었음을 들어 공소기각판결을 구하는 피고인의 주장에 대하여 불법연행 등의 위법사유가 사실이라고 하더라도 그 위법한 절차에 의하여 수집된 증거를 배제할 이유는 될지언정 공소제기의 절차가 위법하여 무효인 경우에 해당한다고 볼 수 없다는 태도를 취하고 있다.(大判 1990.9.25, 90 도 1586, 大法院 判例集 38③ 353).

163) 崔永洪, 陷穽搜查와 法院의 對應, 判例月報 211호(1988/4), 13면.

164) 일본의 경우 日最判 1969.11.5 (刑集 23-12, 1583).

둘째, 합정수사는 事件의 實體 自體에 瑕疵가 포함되어 있는 것인데 공소기각설에 의할 때에는 陷穽搜查의 實體的 측면을 무시하게 된다.

셋째, 피고인의 인권보장 및 합정수사의 억제효과를 위해서도 公訴棄却判決을 해야한다고 주장하나 被告人의 人權保障 및 陷穽搜查의 抑制效果는 반드시 공소기각판결에 의해서만 달성될 수 있는 것은 아니다.¹⁶⁵⁾

② 免訴判決說

陷穽搜查에 의한 공소는 단순히 공소제기의 形式上 瑕疵에 관한 것도 아니고 搜查節次上의 단순한 個別的 行爲의 瑕疵에 그치는 것도 아니며 오히려 事件의 實體 自體에 瑕疵가 포함되어 있는 것이므로 법원은 면소판결을 해야 한다는 견해이다.¹⁶⁶⁾ 이 설은 합정수사에 의하여 국가가 被告人의 犯意를 유발한 경우에는 국가가 處罰適格을 잃게 되며 刑罰權을 행사할 수 없다고 해야 하기 때문에 免訴判決을 선고해야 하며 합정수사는 實體的 訴訟條件이 缺如된 것으로서 이는 수사기관의 誠實義務 위반이라고 한다.

그러나 면소판결설에 대해서는 다음과 같은 비판이 있다.

첫째, 이 설이 합정수사의 實體的 關聯性을 논한 점은 높이 평가할 수 있지만 免訴判決을 할 事由는 刑事訴訟法 제326條에 明示的으로 규정되어 있는데 합정수사의 경우에는 同條에 열거한 사유중 어느 항목에 해당하는지가 분명하지 않고 만일 합정수사의 경우가 그 어느 항목에도 해당되지 않는다면 이는 결국 超法規的 免訴事由를 認定하는 結果가 되는데 법률상으로 면소판결의 사유가 限定的으로 列舉되어 있음을 고려할 때 이러한 解釋은 무리라고 본다.¹⁶⁷⁾

둘째, 합정수사행위는 범인의 自由意思를 제압한 것이 아니라 단순히 범죄를 범하게 한 것에 불과하고 범죄의 실행도 스스로의 책임에 의하여 행한 이상 그것만으로 國家에게 處罰適格이 없다고 할 수는 없고, 말단 수사관의 행위에 의하여

165) 崔永洪, 前掲論文, 13면.

166) 일본의 경우 團藤重光, 前掲書, 159면; 鈴木茂嗣, 判例百選(新版), 27면.

167) 李在祥, 前掲論文, 120면; 崔永洪, 前掲論文, 13면.

自己意思에 따라 죄를 범한 자가 처벌을 면할 수 있다면 수사관에게 刑罰權을 消滅시킬 권한을 인정하는 결과를 초래한다¹⁶⁸⁾

③ 無罪判決說

許容範圍를 벗어난 陷穽搜查에 의하여 범죄를 實行한 被敎唆者에게는 無罪判決을 선고해야 한다는 說로서 구체적인 무죄판결의 사유에 대해서는 여러가지 견해가 있다.

無罪判決의 事由로는 외형적으로 금지된 犯罪行爲에 해당한다고 할지라도 그 행위의 본질상 추상적으로나 구체적으로 反社會的 害惡發生의 危險性이 없기 때문에 구성요건해당성 또는 위법성이 阻却된다고 하거나,¹⁶⁹⁾ 犯罪行爲가 수사기관의 부당한 示唆에 원인한 경우에는 범죄는 성립하지만 可罰性이 阻却된다고 하거나,¹⁷⁰⁾ 또는 수사기관의 유혹이 없었으면 범죄는 실행되지 않았을 것이며 범죄를 억제·진압해야 할 국가가 오히려 이를 창출한 것이므로 그 범죄는 實質的인 違法性을 결하고 實質的인 犯罪의 관념에 해당하지 않는다고 하거나,¹⁷¹⁾ 함정수사는 憲法上 인정될 수 없는 違法한 節次이므로 함정수사에 의하여 취득한 증거는 證據能力을 갖지 못하므로 그것만으로는 有罪를 인정할 수 없기 때문에 결국 무죄판결을 해야 한다는 證據排除說 등이 있다. 또한 함정수사를 搜查機關의 廉潔性 違反의 관점에서만 파악하면 함정수사에 대한 구제를 위법수사의 구제방법으로 한정시키는 단점이 있으므로 함정수사에 대한 구제방법은 搜查機關의 廉潔性과 犯人의 特殊狀況을 함께 고려할 수 있는 無罪判決說에 의함이 타당하다는 견해도 있다.¹⁷²⁾

미연방대법원은 피유인자의 범행의도의 발생이 국가기관의 關與로 이루어진

168) 일본의 경우 河上和雄, 前掲書, 123면.

169) 일본의 경우 東京高裁, 1952.7.29 (高刑集 5-9, 1502).

170) 일본의 경우 田中政義, 陷穽搜查에 관한 諸問題, 法學新報 59-3, 20면.

171) 일본의 경우 田宮, 前掲書, 137면.

172) 申東雲, 前掲書, 57면.

경우 無罪로 해야 한다는 판례를 확립시켜 왔는데 그 理論的 根據는 합정수사에 의해 기소된 자를 처벌한다는 것은 公共政策(Public Policy)에 반한다는 것이고 제정법의 해석론과 관련하여 제정법을 합리적으로 해석하여 그 立法目的에 비추어서 국가권력에 의하여 違法하게 법이 시행되는 것을 방지케 할 법원의 임무를 강조한다. 따라서 합정이 있을 경우에 制定法の 目的論的 解釋上 피유인자의 범죄행위는 制定法에 記述된 犯罪成立要素 범위 밖에 있다고 한다.¹⁷³⁾ 이 견해는 피유인자의 행위가 범죄로서 성립하지 않는다는 입장이라고 볼 수 있으므로 無罪判決說에 해당한다고 볼 수 있다.

④ 小結

被告人측으로부터 陷穽搜查라는 주장이 있는 경우 법원은 그것이 허용범위를 벗어난 違法한 합정수사인가를 파악하기 위해서 여러 상황을 종합적으로 검토하여야 하고 이에 따라 필연적으로 辯論 및 證據調查節次까지 거치지 않을 수 없으며 이는 통상의 무죄판결의 경우와 동일한 절차인 것인데 어차피 實體關係에 들어간 사건의 경우에는 가능하다면 被告人을 가장 確實하게 保護해 주는 無罪判決을 하는 것이 특단의 사정이 없는 한 타당하다고 본다. 물론 신속히 절차를 종료시켜 不安한 被告人의 地位나 拘束狀態에서 피고인을 해방시키는 것이 바람직하다는 면에서는 公訴棄却說이 타당하다고 볼 수 있으나 豫審制度가 마련되어 있지 않은 우리나라의 경우는 별로 實益이 없다고 본다.

無罪判決說을 취하는 경우 문제는 어떠한 事由로 無罪判決을 할 것인가 하는 점인데 이를 위하여 합정수사에 유인된 피고인의 행위를 형법상의 犯罪成立要件과 관련시켜 생각해 보면, 우선 합정에 빠져서 행한 행위가 構成要件該當性(Tatbestandsmäßigkeit)을 충족시킨다는 점에 대해서는 특별한 異論이 없을 것이다. 다음으로 違法性(Rechtswidrigkeit)이 있는가에 대해서는 異論이 있을 수 있으나 客觀的 違法性論에 의할 때 위법성 또한 인정된다고 생각된다. 그러나 責任

173) *Sorells v. United States*, 287 U.S. 435, 449 (1932).

성에 관해서는 문제가 있다고 본다. 타인의 유혹에 빠져 범행을 저지르는 경우는 通常의 경우보다 行爲者에 대한 非難可能性(Vorwerfbarkeit)이 약하다고 볼 수 있으며 더구나 國家가 犯意없는 者를 대상으로 범행을 야기시켜 놓고 그에게 責任까지 지우는 것은 法感情上 맞지 않다고 본다. 이 경우는 국가의 엄결성을 상실한 搜查方法 내지 搜查權 濫用에 대한 非難可能性이 행위자에 대한 그것보다 월등히 크므로 전자가 후자를 압도한다고 할 수 있다.¹⁷⁴⁾ 責任(Schuld)이란 『行爲者에 의해 저질러진 不法이 行爲者の 負擔이 되어도 좋은지에 대한 評價段階』라고 할 수 있는데¹⁷⁵⁾ 허용범위를 벗어난 합정수사의 경우는 '行爲者에 대한 非難可能性의 弱화'와 '搜查權 濫用이라는 國家에 대한 壓倒的 非難可能性'을 함께 고려하여 볼때 被告人의 責任이 阻却된다고 본다.¹⁷⁶⁾ 특히 유인행위의 정도가 강할 때-예컨대 마약판매의 댓가로 과도한 금액을 제시하거나 과도한 뇌물을 제공할 때-에는 피유인자에게 그 범죄로 나아가지 않을 것에 대한 期待可能性이 없다고 보아야 한다.

4. 陷穽搜查에 의해 蒐集한 證據의 證據能力

陷穽搜查에 의하여 蒐集된 증거의 증거능력에 관해서는 搜查方法이 具體的 必要性和 相當性を 缺하여 信義則에 현저히 反하는 경우에만 증거수집 절차에 중대한 하자가 있는 때로 보아 증거능력을 부정해야 한다는 견해¹⁷⁷⁾도 있으나 多數說은 犯意를 誘發한 陷穽搜查에 의하여 蒐集한 證據는 당연히 證據能力이 否定되는 것으로 해석하고 있다.¹⁷⁸⁾

174) 崔永洪, 前掲論文, 14면.

175) 金日秀, 體系的 犯罪論에 관한 方法論的 一考察, 법학논집(고대) 제21집(1983/12), 6면.

176) 崔永洪, 前掲論文, 14면.

177) 金振煥, 前掲論文, 97면.

178) 姜求眞, 前掲書, 179면; 白亨求, 前掲書, 277면; 李在祥, 前掲書, 505면; 申東雲,

違法蒐集證據의 증거능력을 인정할 것인가에 관하여 判例는 최근들어 辯護人의 接見交通權을 침해하여 획득한 被疑者陳述調書의 證據能力을 부인하여¹⁷⁹⁾ 위법수집증거배제법칙을 부분적으로 도입하고 있으나 非陳述證據인 證據物에 관하여는 押收節次가 違法이라 하더라도 물건 자체의 성질, 형상에 변경을 가져 오는 것은 아니므로 그 형상 등에 관한 증거가치에는 변함이 없다고 하여 證據能力을 인정하고 있다.¹⁸⁰⁾ 그러나 형사소송에 있어서 적법절차를 보장하여 司法의 廉潔性を 유지하고 違法搜查를 抑制하기 위하여는 위법한 절차에 의하여 수집한 증거의 증거능력을 부정하여야 한다는 것이 通說이다.¹⁸¹⁾

그렇지만 違法蒐集證據의 排除法則이라고 하여 절차의 위법만 있으면 항상 증거능력이 배제된다는 의미는 아니다. 위법의 정도가 경미한 경우까지 증거능력을 부정해야 할 이유는 없기 때문이다. 즉, 증거능력배제법칙이 적용되는 범위는 侵害된 利益과 違法의 程度를 고려하여 節次에 重大한 違法이 있는 경우에 한한다. 여기서 중대한 위법이란 適法節次의 基本理念에 反하거나 正義感에 反하고 文明社會의 良心에 충격을 주는 정도의 違法을 의미한다고 할 수 있다.¹⁸²⁾ 따라서 許容基準을 벗어나지 않은 陷穽搜查에 의한 증거의 증거능력은 배제되지 않는다. 허용범위를 벗어난 합정수사의 경우도 영장주의 기본원칙을 몰각하는 정도의 위법이 아니므로 違法蒐集證據排除法則이 적용될 수 없다는 견해도 있으나,¹⁸³⁾ 主狀主義에 위반하는 경우뿐만 아니라 適法節次를 違反하는 때에도 헌법정신에 반하여 수집한 증거로서 證據蒐集節次에 重大한 違法이 있는 경우라고 하지 않을 수 없으므로 허용범위를 벗어난 합정수사는 적법절차에 대한 本質的인 違反이 있는 경우라고 할 것이므로 증거능력을 부정해야 할 것이다.

前掲書, 50면.

179) 大判 1990.9.25, 90 도 1586 (法院公報 884호 2229면).

180) 大判 1968.9.17, 68 도 932 (判例總覽 刑訴 215조 2번); 大判 87.6.23, 87 도 705 (判例月報 203-183).

181) 姜求真, 前掲書, 179면; 白亨球, 前掲書, 409면; 李在祥, 前掲書, 524면; 申東雲, 前掲書, 100면.

182) 李在祥, 前掲論文, 122면.

183) 일본의 경우 河上和雄, 前掲書, 123면.

VII. 陷穽搜查에 대한 合理的 統制方案

1. 序

함정수사를 統制하는 方法으로는 미리 搜查要員들에게 搜查基準 및 對象選定에 있어서의 엄격한 基準을 설정하는 등 搜查指針을 마련하는 방법, 訴訟節次를 통하여 함정에 빠진 被告人을 救濟하는 방법, 陷穽敎唆者를 敎唆犯으로 處罰하는 방법 등을 생각할 수 있다. 두번째의 방법에 대해서는 V 장, VI 장에서 이미 살펴보았다. 그리고 세번째 방법의 경우, 敎唆者의 故意는 피교사자에게 특정의 범죄를 결의하여 실현시키려는 의사와 이에 의한 구성요건적 결과의 발생을 認識認容하는 양자를 포함하는 것인 바, 未遂의 敎唆는 결과발생의 인식·인용을 결여하므로 교사자의 고의를 인정할 수 없고, 따라서 교사범이 성립될 수 없어 陷穽敎唆者는 不可罰이라는 것이 通說이므로 함정수사의 統制方案으로서 문제점이 있다. 이하에서는 搜查機關 內部的 統制方法인 첫번째 방법에 대해서 살펴보겠다. 그리고 內部的 統制方法 중의 하나가 될 수 있는 搜查開始段階에 있어서의 合理的 犯罪嫌疑의 必要性 여부에 대해서는 항을 바꾸어 살펴보려고 한다.

2. 陷穽搜查에 대한 指針(搜查機關 內部的 統制)

범의가 없는 자를 범죄의 실행에 착수케 하는 함정수사에 대해서는 다음과 같은 점에서 문제가 있다. 첫째, 각 개인은 자신의 私生活에 대하여 커다란 利益을 가지므로 법을 잘 지키는(law-abiding) 보통 사람들이 갖는 『간섭받지 않을 권리(the right to be let alone)』를 국가가 침해해서는 안된다. 둘째, 국가는 사회 구성원들 사이의 相互信賴를 침해해서도 안된다. 함정수사가 무분별하게 행해지는 경우에는-특히 수사기관이 정보원을 사용하는 경우- 사회 구성원들 사이에 不信

의 풍조가 만연하여 사회유지의 기본골격의 하나인 社會 構成員간의 信賴關係가 깨어질 것이다. 세째, 범의가 없는 자를 搜查對象으로 삼는 것은 法執行 資源의 效率的 配分이라는 觀點에서 볼 때 범집행자원의 낭비이다. 그러므로 국가가 만들어 내는 범행기회는 사전범의 있는 자만을 탐지하여 체포할 수 있도록 꾸며져야 한다. 이를 保障하는 裝置는 V장, VI장에서 살펴본 것처럼 法院의 判決을 통하여 형성될 수도 있겠으나 國民의 人權保障 및 法執行資源의 效率的 配分이라는 면에서 볼 때 보다 積極的이고 實效的인 方法은 수사에 관여하는 搜查要員들에게 直接 拘束力을 갖는 일정한 指針을 마련하는 것일 것이다.

이러한 판단아래 美國 法務省에서는 'FBI 秘密搜查에 관한 法務長官指針 (Attorney General's Guidelines on FBI Undercover Operations)'을 마련 하였다. 184) 비밀수사에 있어서의 不當함을 방지하기 위하여 統制指針을 마련한 것은 FBI만이 아니라 뉴욕 경찰국 등도 情報員을 사용하는 경우 그 정보원을 警察에 등록해야 하며 情報員에게 주는 돈은 검사를 받게 하는 등 統制指針을 마련 하였다.

1980년 12월에 개정된 FBI 지침은 대부분이 公職不正에 대한 ABSCAM搜查에 있어서 따라야 될 원칙들을 내용으로 하고 있는데, 이 지침은 법무성 내부에 신중한 검토절차를 확립하고 있으며 무고한 사람들에게 함정이나 기타 부당함이 가해질 가능성을 최소화하도록 하는 기준들을 담고 있다. 그 주요한 내용을 살펴 보면 다음과 같다.

첫째, 함정수사 방법은 어떤 사람이 特定한 違法行爲에 가담하거나 가담하여 왔다는 合理的인 徵表가 없는한 그러한 秘密搜查方法은 허용될 수 없으며 또한

184) FBI指針은 1976년에 公布되었는데 이는 FBI를 더욱 강하게 法務省의 통제하에 두려는 법무장관 에드워드 레비(Edward Levi)의 노력의 일환이었다고 한다. 그 후 공직부정에 대한 ABSCAM수사에 대한 도덕성 논의가 활발한 시점에서 이 지침은 개정되어 1981년 1월 당시 법무장관이던 시빌레티(Civiletti)에 의해 공포되었다. ABSCAM Ethics: Moral Issues and Deception in Law Enforcement (Gerald M. Caplan ed., 崔永洪 譯), 166면.

오로지 犯罪的 性向이 있는 사람만이 그러한 수사작전에 말려들도록 꾸며져야 한다. 또한 그 수사활동의 세부 내용은 다음의 점에서 檢討委員會를 만족시켜야 한다. ① 行爲의 犯罪性이 對象者(target)에게 상당한 정도로 분명히 인식되어야 한다. 즉, 그 犯行의 違法性이 모호하지 않아야 한다. ② 비밀수사활동을 하여 위법한 행위를 밝혀낼 수 있는 相當한 徵表가 있어야 한다. ③ 합정수사활동이 범행에 가담하도록 유인하는 행위라는 점에서 볼 때 피유인자에 대한 誘惑의 性格이 不當하지 않아야 한다.

둘째, 범행의 기회가 제공되는 경우 그 기회는 實際 狀況과 매우 비슷해야 한다. 그 상황이 실제 상황과 유사하지 않은 상황 -예컨대 제시된 대가가 너무 크거나 압력이 건디기 어려운 것인 경우- 이 설정되어서는 안된다.

세째, FBI 수사요원이나 정보원에 대한 통제가 이루어 져야 한다. FBI 搜索要員이나 情報員에 의해서 범법행위가 저질러진 경우 FBI는 犯罪의 既未遂 및 緊急性 여부, 生命과 財産에 대한 危害의 程度를 고려하여 해당 州 또는 地方의 檢察이나 警察에 알려야 하는지의 여부를 결정하여야 한다.

생각건대 국가의 임무가 犯罪의 鎮壓이나 豫防에 있지 범죄인을 製造해 내는데 있는 것이 아니라는 견지에서 볼때 범의가 없는 사람을 합정으로 유인한다는 것은 국가예산의 낭비일 뿐만 아니라 被誘引者의 基本權을 심각히 侵害하는 것이다. 물론 합정수사가 허용범위를 벗어난 경우 V장, VI장에서 살펴본 바와 같이 법원의 사법적 판단을 통하여 피유인자를 구제할 수도 있을 것이나, 무고한 시민의 人權保護라는 관점에서 되도록 범의가 없는 사람을 처음부터 합정에 걸지 않는 것이 바람직 할 것이다. 그러므로 범의가 없는 사람을 수사개시단계에서 수사대상에서 제외할 수 있도록 合理的인 陷穽搜查指針을 마련하는 것이 필요하다고 본다. 그 지침의 내용으로는 미국의 FBI 지침이 좋은 참고가 될 수 있을 것으로 보며 대체로 다음과 같은 내용이 포함되어야 할 것이다.

- ① 憲法上 保障되는 장소(家庭 등 私生活 領域)에 적극적으로 침입하거나 적

극적 침입을 목적으로 情報員을 사용하여서는 안된다.

② 합정수사를 채택할 犯罪類型은 限定되어야 한다. 합정수사는 예외적인 수사방법이므로 제한적으로 이용되어야 한다. 따라서 전통적 수사방법으로도 대처가 가능한 범죄는 비록 犯人檢擧 및 證據捕捉에 편리하다 하더라도 합정수사를 이용해서는 안되며 소위 합의적 범죄, 피해자 없는 범죄, 보이지 않는 범죄 등 범인검거 및 증거포착이 합정수사에 의하지 않고서는 곤란한 범죄에 제한되어야 한다.

③ 어떤 사람이 특정한 범죄행위에 가담하거나 가담하여 왔다는 合理的 嫌疑¹⁸⁵⁾가 없는한 그러한 수사방법은 허용될 수 없으며 犯罪的 性向이 있는 사람만이 그러한 수사전략에 걸려들도록 꾸며져야 한다. 그리고 그와 같은 수사활동에 의하여 범죄행위를 밝혀 낼 수 있다는 상당한 징표가 있어야 한다.

④ 합정수사를 실행하는 과정에 있어서도 憲法上的 基本權 保障原理를 해치거나 적법절차에 위반하는 수사활동을 해서는 안된다.

⑤ 범행의 기회가 제공되는 경우 그 기회는 실제 상황과 매우 비슷해야 한다. 現實生活에 있어서 대부분의 사람들은 그들이 政治人이든, 辯護士이든, 家事從業員이든, 銀行職員이든, 會計帳簿員이든 간에 대부분 誘惑과 犯行機會에 접하게 된다. 만일 합정수사요원에 의해서 제시된 기회들이 일반 사람들이 通常 접하게 되는 그것들과 같은 정도의 것이라면 그들이 제공된 기회에 걸려들었다고 하여 기소하는데 있어서 어떤 부당한 요소가 있었다고 할 수 없다. 그러나 그 상황이 실제 상황과 유사하지 않다면, 예컨대 제시된 대가가 너무 크거나 압력이 견디기 어려운 것일 때에는 보통 사람이라도 이와같은 유혹에 안넘어 간다고 기대하기는 곤란 하므로 이와 같은 수사방법이 행해져서는 안될 것이다.

⑥ 情報員을 사용하는 경우 정보원은 信用性 있는 자로 選定되어야 하며 그 활동은 주기적으로 統制되어야 한다. 수사대상자와 가까운 친척 또는 절친한 벗을 정보원으로 선정해서는 안된다. 이 경우는 情誼에 이끌려 범죄를 실행할 가능

185) 이에 관한 자세한 것은 VII장 3. 참조.

성이 많기 때문이다.

3. 搜查開始段階에서의 合理的 犯罪嫌疑 (reasonable suspicion)의 必要性 여부

수사기관이 합정수사를 개시하기전에 어떤 사람이 범죄를 하고 있거나 하려고 한다는 합리적 혐의를 필요로 하느냐가 문제된다.

미국 판례들의 경우 대부분이 합정수사의 개시단계에서 피유인자가 범죄행위를 범하고 있거나 범하려 한다는 合理的 犯罪嫌疑가 필요없다고 하고 있다.¹⁸⁶⁾ 중요한 것은 피유인자가 실제상황과 매우 유사한 경우에 위법행위에 가담할 것인가 하는 것이며 곧 밝혀질 거래관계의 성사에 앞서 수사기관이 혐의사실을 조사하기 위하여 전반적인 수사를 해야 한다는 것은 시간과 노력의 낭비이므로 그럴 만한 특별한 가치가 없기 때문이라고 한다. 그러나 미법무성이 마련한 'FBI 비밀수사에 관한 법무장관지침(Attorney General's Guidelines on FBI Undercover Operations)'에서는 『어떤 사람이 特定한 違法行爲에 가담하거나 가담하여 왔다는 合理的인 徵表가 없는한 비밀수사방법은 허용될 수 없다』고 함으로서 搜查開始段階에서 合理的 犯罪嫌疑의 要求에 의한 統制를 가하고 있다.

생각건대 합정수사개시단계에서 수사개시의 정당화의 기준으로서 합리적 범죄 혐의는 필요하다고 보며 어떤 사람이 범죄를 범하고 있거나 범하려 한다는 合理的 犯罪嫌疑에 의하지 않은 합정수사는 허용될 수 없다고 본다. 왜냐하면 아무런 범죄행위가 없는 경우에 합정수사를 개시·진행하는 경우 수사기관의 시간과 노력의 낭비를 초래할 뿐만 아니라 무고한 사람을 범죄인으로 만들 우려가 있기 때문이다. 그리고 예외적으로 어떤 지역에서 범죄가 범하여 지고 있지만 용의자가 불확실한 경우 그 지역에 살고 있는 일정한 집단에 대한 합정수사는 비록 그 집단

186) Kukura, *supra* note 63, at 29: 이에 관한 최근의 判例로는 앞에서 살펴본 Jacobson 사건에 대한 판결을 들 수 있다.

에 속하는 모든 사람에게 合理的 犯罪嫌疑가 있는 것은 아니지만 그 集團의 選定이 합리적인 한 가능하다고 본다. 합정수사의 개시단계에서 필요한 合理的 犯罪嫌疑(reasonable suspicion)의 정도는 逮捕 또는 搜索을 위하여 요구되는 正當化의 基準인 充分한 犯罪嫌疑(probable cause)¹⁸⁷⁾의 수준에는 미치지 못하지만 單純한 肉感(mere hunch or suspicion)이나 停止 또는 外標檢査의 기준인 合理的 犯罪嫌疑¹⁸⁸⁾보다는 높은 단계의 혐의라고 보아야 할 것이다. 미국의 경우 합정수사 개시단계에서의 합리적 범죄혐의나 정지 또는 외표검사의 기준으로서의 합리적 범죄혐의를 모두 reasonable suspicion 이라고 하여 양자를 구별하고 있지 않으나 私見으로는 전자의 경우 후자의 경우보다는 좀 더 높은 단계의 혐의가 필요하다고 본다. 그리고 합정수사를 하는 수사기관은 범죄가 『이미 행하여 졌다』고 믿을 만한 이유를 가질 필요는 없고 『행하여 지려고 한다』고 믿을 만한 이유를 가지고 있으면 충분하다고 본다. 합정수사는 이미 행해진 범죄의 진압보다는 현재 범하여지고 있거나 장래에 범하여지려는 범죄의 예방에 더 큰 의미가 있기 때문이다.

또한 合理的 犯罪嫌疑(reasonable suspicion)는 법률전문가가 아니라 合理的이고 분별력 있는 사람들이 살아가는 日常生活에 기반을 둔 事實的이며 實用적인 概念이므로 이와같은 사람들의 관점에서 파악할 때 합리적 범죄혐의가 인정된다면 그 합정수사는 정당화 될 수 있을 것이다. 합리적 범죄혐의는 어떤 구체적 사실관계에 있어서의 개연성 판단에 의존하는 유동적인 개념으로서 확정적인 기준이 있는 것은 아니므로 수사기관이 인지하였거나 정보제공자로부터 제공된 정보, 합정수사의 대상으로 떠오른 자의 전과, 성격, 일반적 평판 등 총체적 정보에 기초하여 일반인의 관점에서 판단할 수 밖에 없을 것이다.

그리고 合理的 犯罪嫌疑 判斷의 妥當性を 評價함에 있어서 수사기관이 가지고 있는 정보로부터 합리적으로 도출될 수 있는 결론 뿐만 아니라 그 정보의 출처

187) 이에 관한 자세한 것은 Robert M. Bloom & Mark S. Brodin, Constitutional Criminal Procedure, §4.1 (1992) 참조.

188) 이에 관한 자세한 것은 Bloom & Brodin, supra note 187, §4.2 참조.

또한 중요하다. 만약 그 정보가 수사기관 자신의 관찰에 기초한 것이라면 一般的으로 그 情報은 信憑性이 있는 것으로 추정될 수 있을 것이다. 그러나 그 정보가 제 3자(情報提供者¹⁸⁹)에게서 얻어진 것이라면 그로부터 도출되는 結論의 正確性程度와 아울러 그 出處의 信賴性도 검토되어야 한다. 記名의 情報提供者나 目擊者들로부터 얻어진 정보는 그 신뢰성이 推定될 수 있을 것이나 匿名의 정보제공자들이 제공한 정보는 그 信賴性이 推定되지 않을 것이다. 익명의 정보제공자가 제공한 정보의 신뢰성은 情報提供者의 信賴性(왜 수사기관이 그 사람을 신뢰하는가?)과 情報의 根據(그는 자신이 안다고 주장하는 사실을 어떻게 알게 되었는가?)를 상호 관련시켜서 판단하는 『狀況의 總體的 考察 方法(a totality of circumstances approach)』¹⁹⁰에 의하는 것이 타당하다고 본다. 정보의 총체적 신뢰성을 판단함에 있어서 한 요소의 결핍은 다른 요소에 대한 강한 증명이나 신뢰성의 표지에 의해 보완될 수 있다.¹⁹¹ 즉, 특정한 정보제공자가 어떤 유형의 범죄행위에 대한 정보제공의 신뢰성으로 유명한 경우 특정한 사건에서 자신의 정보에 대한 근거를 면밀하게 밝힐 수 없는 경우라 하더라도 그의 진술은 신뢰할 수 있을 것이며, 過去의 信賴性이 좀 약한 정보제공자가 제공한 정보라 하더라도 만약 그 情報가 正황에 대한 그 情報員의 個人的인 知識에 기초하여 진술된 것이라는 결론을 뒷받침할 수 있을 정도로 詳細하게 描寫된 것이라면 그 정보는 신뢰성을 인정할 수 있을 것이다. 그리고 합정수사 개시단계에서 필요한 합리적 범죄혐의는 충분한 범죄혐의를 나타내기 위해 필요로하는 정보보다 신뢰성이 덜한 정보로부터도 발생할 수 있다고 본다.

189) 이때의 정보제공자란 합정수사가 개시되기 전에 범죄행위에 대한 정보를 제공하는 일반인을 말하는 것으로 합정수사활동을 위해서 수사기관이 이용하는 정보원과는 구별됨을 주의하기 바란다.

190) 이 방법은 Illinois v. Gates, 462 U.S. 213, 231 (1983)판결에서 충분한 범죄혐의(probable cause)의 판단기준으로 제시된 것이나 합리적 범죄혐의의 판단에 있어서도 이와 같은 방법이 사용될 수 밖에 없다. 합리적 범죄혐의(reasonable suspicion)라는 개념자체가 탄력적이기 때문이다. Bloom & Brodin, supra note 187, §4.2.

191) Bloom & Brodin, supra note 187, §4.2.

VIII. 其他 關聯問題

1. 仲介人(unsuspecting middleman; V-Leute)을 사용한 경우

(1) 陷穽抗辯의 提起가 認定되는 範圍

합정수사는 궁극적으로 國家의 行爲와 관련된 문제이므로 국가와 관계없이 독자적으로 행동하는 일반 私人的 誘引에 넘어간 피유인자에게는 합정항변이 인정되지 않는다. 이 경우는 一般的인 教唆犯 理論에 의하여 해결하면 될 것이다.

그런데 합정수사를 함에 있어서 搜查機關은 搜查要員으로 하여금 직접 피유인자와 접촉하게 하는 방법을 사용하기도 하지만 많은 경우에 있어서 仲介人(情報員)¹⁹²⁾을 사용하여 피유인자와 접촉하게 된다. 이 경우에 중개인은 국가기관의 구성원이 아니기 때문에 仲介人에 의해서 유인된 범죄를 범한 자가 과연 陷穽抗辯을 할 수 있는가 하는 문제가 제기될 수 있으며,¹⁹³⁾ 특히 중개인이 搜查要員의 정체를 모르고 있는 경우가 문제될 수 있다. 정부 수사요원이 중개인을 사용하여 피유인자를 유인하여 범죄를 범하게 하는 유형은 여러가지로 나타날 수 있다. 따라서 구체적인 경우에 합정항변이 인정될 수 있는가의 여부도 仲介人을 使用하는 形態에 따라 살펴 보아야 할 것이다.¹⁹⁴⁾

① 搜查要員이 직접 선택한 第2 對象者를 仲介人을 이용하여 犯罪行爲로 誘引하는 경우

우선 搜查要員이 직접 선택한 第2 對象者¹⁹⁵⁾를 중개인을 이용하여 범죄행위로

192) 미국에서는 unsuspecting middleman, under-cover-agents 독일에서는 Vertrauensleute(V-Leute), Lockspitzel이란 용어를 사용한다.

193) 이 문제에 대해 미국 법원들의 견해는 여러가지로 나누어져 있다고 한다. Entrapment through Unsuspecting Middlemen, 95 Harv. L. Rev. 1122, 1122 (1982).

194) Entrapment through Unsuspecting Middlemen, 95 Harv. L. Rev. 1122, 1125 (1982).

195) 본 논문에서 말하는 第2 對象者 또는 第2 對象人物(the secondary target)이란 수사 기관이 사용하는 仲介人(unsuspecting middlemen)을 통해 범죄로 유인되는 자를 말한

유인하는 경우가 있을 수 있다.

이와 같은 유형의 비밀수사에 있어서 중개인은 명백히 搜查要員의 情報員으로서 행동한다. 수사요원은 실질적으로 두 명의 대상자들(targets)-仲介人과 제2의 대상인물-을 가지고 있으며 중개인을 조종하여 특정 개인(제2의 대상인물)에 대해서 요구된 행위를 수행하도록 한다. 제2의 대상인물이 仲介人의 유인행위의 결과 범죄행위를 저지른다면 그 범죄행위는 搜查要員의 創造的 產物로 볼 수 있다. 따라서 피유인자에게 事前犯行故意가 없었다면 그는 有效하게 陷穽抗辯을 할 수 있을 것이다.

미국 判例들은 일치하여 被告人의 抗辯權을 이와 같은 경우에도 擴張하여 適用하고 있다.¹⁹⁶⁾ 그 대표적 사례는 麻藥團東班員이 仲介人에게 중개인의 급우인 피고인의 동생을 졸라서 그 급우의 누나(피고인)가 마약을 팔도록 한 후 마약판 매혐의로 기소한 People v. McIntire 사건¹⁹⁷⁾ 또는 納稅義務者의 收入을 조사하는 國稅廳(IRS) 職員이 그 부하직원의 동료가 賂物收受에 관해서 남세의무자와 협의하고 있음을 알고 부하직원을 설득하여 그 친구에게 새로운 提案을 하도록 한 후 賂物授受嫌疑로 起訴한 United States v. Klosterman 事件¹⁹⁸⁾에서 찾아 볼 수 있다.

② 搜查機關의 標的이 비록 特定한 第2 對象人物에게 향해 지지는 않았지만 그와 같은 犯罪를 범하는 데는 다른 사람의 참여가 필수적이기 때문에 第2 對象人物이 誘引된다는 것이 確實한 경우

다. 그리고 제1 대상자는 수사기관이 사용하는 중개인을 말하는데 그 중개인이 수사요원의 정체를 알고 있는 경우와 알지 못하는 경우를 포함한다.

196) United States v. Anderton, 629 F.2d 1044, 1047 (5th Cir. 1980); United States v. Klosterman, 248 F.2d 191, 196 (3d Cir. 1957); People v. McIntire, 23 Cal.3d 742, 748, 591 P.2d 527, 530, 153 Cal. Rptr. 237, 240 (1979).

197) People v. McIntire, 23 Cal.3d 742, 748, 591 P.2d 527, 530, 153 Cal. Rptr. 237, 240 (1979).

198) United States v. Klosterman, 248 F.2d 191, 196 (3d Cir. 1957).

두번째 유형으로는 搜查機關의 標的이 비록 特定한 제2 대상인물에게 향해 지지는 않았지만 그와 같은 범죄를 범하는 데는 다른 사람의 참여가 필수적이기 때문에 제2 대상인물이 유인된다는 것이 확실한 경우이다. 즉, 그와 같은 犯罪 自體의 本質上 仲介人이 공범자를 범죄행위에 끌어들이는 것이 거의 확실하게 기대되는 경우이다. 예컨대 밀수품(contraband) 판매는 거의 항상 선행의 구입행위가 있어야 한다.¹⁹⁹⁾ 또다른 예로 수사기관이 중개인을 통해 뇌물을 받을 불특정 공무원을 물색하거나²⁰⁰⁾ 또는 전화를 통해 불법도박을 할 사람을 모집할 것을 중개인에게 요구하는 경우²⁰¹⁾처럼 다른 사람의 참여를 요구하는 방식으로 제안을 하게 되는 경우도 있을 것이다. 이와같은 경우에 함정항변을 인정할 것인가에 대해서는 다음과 같은 견해들이 대립하고 있다.

제 1설은 수사기관이 仲介人의 행위에 대해 必要充分한 정도의 統制力을 행사했을 때에만 중개인은 수사기관의 情報員으로 볼 수 있고, 따라서 함정항변이 인정된다고 한다. 즉, 수사기관이 仲介人의 행위에 대해서 充分한 支配力을 가지고 있고 중개인의 행위는 수사기관의 행위를 보조하는데 불과하다고 인정될 때에만 함정항변이 인정된다는 것이다.²⁰²⁾

제 2설은 수사기관이 仲介人의 行爲를 指示하고 承認한 것만으로 중개인에 의한 유인에 함정항변을 확장하는 것이 正當化된다고 한다.²⁰³⁾ 즉, 수사기관이 사용한 仲介人이 특정되지 않은 제2 대상인물을 함정으로 유인한 경우에도 수사기관이 특정한 제2 대상인물을 仲介人이 함정으로 유인한 경우와 마찬가지로 피고인의 함정항변이 인정된다는 것이다.

제 3설은 중개인이 정부관리의 유인행위가 있었다는 것을 第2 對象者에게 알

199) United States v. Reed, 526 F.2d 740 (2d Cir. 1975); United States v. Valencia, 645 F.2d 1158, 1178 (2d Cir. 1980); State v. Tomlinson, 243 N.W.2d 551 (Iowa 1976).

200) United States v. Jannotti, 501 F.Supp. 1182 (E.D.Pa. 1980).

201) United States v. Comi, 336 F.2d 856 (4th Cir. 1964).

202) Crisp v. United States, 262 F.2d 68 (4th Cir. 1958).

203) United States v. Jannotti, 501 F. Supp. 1182 (E.D.Pa. 1980).

리고 유인한 경우-물론 중개인은 이 경우 선행의 유인자가 있었다는 사실을 알리는 것이지 그 선행의 유인자가 정부관리란 사실은 알리지 않을 것이다-와 알리지 않고 第2 對象者를 유인한 경우를 구별하여 前者의 경우에는 합정항변이 인정된다고 한다.²⁰⁴⁾

미국연방법원들은 부가적인 용의자를 함축하고 있는 것이(제 2 대상자가 참여한다는 것이) 실질적으로 확실한 수사에 대해 합정이론을 적용할 것인가에 대해 날카롭게 대립하고 있다.²⁰⁵⁾ 예컨대, Johnson v. United States 사건²⁰⁶⁾에서 搜查要員은 마약을 팔 사람을 물색할 수 있는 仲介人을 수사장소에 同行했고, 그 중개인의 유인에 의해 피고인이 마약을 팔게 되었다. 법원은 유인행위의 매개는 정부관리로부터 유래한 것이므로 피고인은 합정항변을 제기할 수 있다고 했다. 그러나 類似한 事案인 United States v. Perkins 사건²⁰⁷⁾에서는 피고인이 정부관리와 직접적인 접촉이 없었다는 이유로 피고인의 합정항변을 부인했다.

생각건대 仲介人에 의해 범죄를 범하도록 유인된 第2 對象者의 합정항변을 정부관리의 중개인에 대한 강력한 지배가 있는 경우에 제한하거나 仲介人이 그 유인사실을 제2 대상자에게 알렸을 때에 제한하는 것은 다른 사람이 必然的으로 참여하게 되어 있는 범죄의 경우에 범행기회를 창조하는데 대한 정부행위의 기여를 과소평가한 것이라고 본다. 수사기관이 그와 같은 不法的 犯行에 협조하겠다는 仲介人의 同意를 얻을 때에는 수사기관은 중개인이 제안된 범죄를 함께 실행할 대상자를 선택하지 않을 수 없다는 것을 明白히 豫見할 것이다. 第2 對象者의 關係가 政府의 搜查計劃 속에서 유래한다면, 仲介人이 수사기관에 의해서 이미 선택된 제2 대상자를 유인하는가 또는 중개인 자신이 직접 선택한 대상자를 유인하는가는 문제가 되지 않을 것이다. 양 경우 모두 중개인은 정부가 의도한 결과를 달성하기 위해서 행동하는 것이다. 피고인의 불법적인 행위가 政府의 創造的 行

204) United States v. Valencia, 645 F.2d 1158, 1178 (2d Cir. 1980).

205) Entrapment through Unsuspecting Middlemen, 95 Har. L. Rev. 1122, 1127 (1982).

206) 317 F.2d 127 (D.C. Cir. 1963).

207) 190 F.2d 49 (7th Cir. 1951).

爲(creative activity)에 의해 촉진된 범위내에서는 인과과정의 경과에의 仲介人의 개입여부에 관계없이 함정항변을 제출할 수 있을 것이다. 따라서 그 수사행위에 의해 제2 대상인물이 범죄를 범할 것이 합리적으로 기대될 수 있는 한 제2 대상인물이 정부관리에 의해 선택되었든 중개인에 의해 선택되었든 그 부가적인 범죄 행위(additional criminal activity; 제2 대상인물에 의한 범죄행위)는 政府官吏의 目的의 産物로 看做되어야 한다. 따라서 피고인인 제 2대상인물에게 이미 범행고의가 형성되어 있지 않은 경우 그를 처벌할 수 없을 것이다.

③ 提案된 犯罪行爲의 性質上 第2 對象者의 役割이 必然的으로 要求되지는 않는 경우

세번째 유형은 提案된 犯罪行爲의 性質上 第2 對象者의 역할이 필연적으로 요구되지는 않는 경우이다. 즉, 그 범죄행위의 본질상 범죄수행에 제2 대상자의 협력이 반드시 필요한 것은 아닌 경우이다. 이 경우는 第1 對象者(仲介人)가 搜查要員의 정체를 모르고 있는 경우일 것이다. 예컨대, 수사요원에게 유인된 仲介人이 제2 대상인물에게 마약제조공장에서 마약을 제조하는 것을 도와달라고 하거나²⁰⁸⁾ 밀수를 하는 것을 도와달라고 유인하는 경우,²⁰⁹⁾ 또는 중개인이 친구에게 수사요원이 가지고 있는 밀수품을 사라고 유인하는 경우²¹⁰⁾ 등을 들 수 있다.

이상의 예들에서 第1 對象者는 함정수사요원에 의해 유인 되었지만 그가 搜查要員이라는 사실을 모르는 경우이다. 仲介人의 친구나 아는 사람이 그들의 참여가 당해 범죄행위에 있어서 필수적이지 않은 역할에 誘引된 경우 美國 判例들은 모두 陷穽抗辯이 인정될 수 없다고 했다.²¹¹⁾ 이와같은 견해는 제1 대상인물의 제 2 대상인물에 대한 유인이 정부관리의 범행기회의 창조에서보다도 중개인의 독립

208) United States v. Twigg, 588 F.2d 373 (3d Cir. 1978).

209) Carbagal-Portillo v. United States, 396 F.2d 944 (9th Cir. 1978).

210) Rettman v. State, 15 Md.App.666, 292 A.2d 107 (1972).

211) United States v. Twigg, 588 F.2d 373, 381 (3d Cir. 1978); Rettman v. State, 15 Md.App.666, 671-73, 292 A.2d 107, 110-11 (1972) Entrapment through Unsuspecting Middlemen, 95 Harv. L. Rev. 1122, 1128-1129 (1982).

적인 세부 범죄행위의 수행과정에서 유래하는 경우, 만약 정부가 2차적인 협력자가 참여할 것이라는 합리적인 기대를 할 수 없는 한²¹²⁾ 第2 對象者의 합정향변은 인정될 수 없다는 면에서는 타당하다.

그러나 이와 같은 경우는 第1 對象者에게 이미 사전범행고의가 없었던 경우와 사전범행고의가 있었던 경우로 나누어서 생각해야 한다고 본다.

前者의 경우는 第2 對象者에게 합정향변이 인정되어야 할 것이다. 즉, 비록 합정수사의 第1 對象者가 범죄수행에 필수지이지 않는 共犯者(제2 대상자)를 그 범죄에 참여하도록 유인하는 것을 정부가 합리적으로 기대할 수 없다 하더라도, 만약 제1 대상자 자신이 합정에 걸렸다는 것이 밝혀지면 제2 대상자는 합정향변을 할 수 있어야 할 것이다. 제1 대상자가 합정에 걸렸다면 정부가 第1 對象者의 범죄수행 중에 한 행위를 창조한 것이라고 보아야 하고, 제1 대상자의 범죄수행 중에 참여한 다른 被告人(第2 對象者)도 潜在的으로 第1 對象者와 동일한 국가의 불법행위의 희생자이며 따라서 정부에 대해서 자신의 사전범행고의를 입증할 것을 요구할 수 있어야 하기 때문이다. 또한 搜查要員의 유인에 넘어간 사전범의가

212) 정부가 2차적인 협력자의 참여를 合理的으로 期待할 수 없는 경우인가의 여부에 대한 판단은 구체적인 사건에 있어서 많은 어려움이 있을 것이다. 특히 제1 대상자와 제2 대상자 사이에 긴밀한 관계가 있는 경우는 정부가 제2 대상자의 참여를 합리적으로 기대할 수 없었는가에 대한 의문이 강하게 제기될 것이다. 미국 판례의 경우 搜查要員이 被告人의 집에 여러차례 찾아가 피고인을 범행으로 유인했기 때문에 피고인이 그 남편과 그 犯行誘引에 대해서 이야기 했을 것이라는 증거가 있는 경우 뿐만 아니라 이와 같은 사실이 없더라도 대부분의 夫婦들은 범행유인에 대해서 서로 이야기할 것이라고 생각하는 것이 합리적이라고 한다. *United States v. Valencia*, 645 F.2d 1158, 1168 (2d Cir. 1980) 그리고 被告人이 그의 約婚女에게 범행유인에 대해서 이야기하는 것도 합리적으로 기대될 수 있다고 한다. *United States v. Swiderski*, 539 F.2d 854, 859 (2d Cir. 1976) 또 다른 예로 생각할 수 있는 것은 만약 會計員이 租稅 計算을 허위로 해 주는 것의 댓가로서 賂物을 제공하겠다는 유인을 받았을 때 그 회계원은 동료 또는 상사에게 협조를 요청할 가능성이 높다는 것은 충분히 예견할 수 있다. 따라서 제1 대상자가 아주 친밀한 사람을 제2 대상으로 유인했을 때에는 그 제2 대상자의 참여는 豫見可能性이 있고 따라서 제2 대상자의 합정수사라는 주장은 인정될 수 있을 것이다.

없는 피고인(제1 대상자)은 대부분 유인된 범죄에 경험이 없는 자일 것이고 따라서 共犯者의 協助가 필요없는 범죄이더라도 공범자의 도움을 청할 가능성이 많을 것으로 期待할 수 있을 것이기 때문이다.

그러나 後者의 경우는 第2 對象者에게 합정항변이 인정되지 않는다고 본다. 즉, 제1 대상자의 범죄수행에 비필수적이고 수사기관이 豫見할 수 없는 共犯者(제2 대상자)의 경우에 있어서 합정항변을 제출할 수 있는 권리는 제1 대상자가 합정에 걸린 경우로 제한되어야 한다. 후자와 같은 경우(제1 대상자에게 사전범행고의가 있었던 경우)에 있어서는 第2 對象者의 범행기회의 창조에 있어서 정부의 역할은 아주 작다고 볼 수 있기 때문이다. 第1 對象者가 犯罪를 범할 故意를 이미 가지고 있었기 때문에 그는 정부의 개입이 없었더라도 제2 대상자의 협조가 자신의 범행에 필요하다고 생각하면 쉽게 第2 對象者에게 접근했을 것이기 때문이다.

(2) 仲介人을 사용한 경우의 關聯問題들

합정수사를 하는 경우 수사기관은 많은 경우 仲介人을 이용하며 또한 과거에 범행경력이 있는 자를 이용한다는 것은 이미 살펴 보았다. 그런데 이와 같이 仲介人을 사용하는 경우는 다음과 같은 문제가 제기될 수 있다.

우선 情報員들에 의해 제도가 악용되는 경우 커다란 문제점이 제기될 수 있다. 대부분의 합정수사에 있어서 수사기관은 정보나 기술적인 조언, 유인대상자들 접촉, 그리고 秘密搜查要員 스스로의 惡名(마약매수 등의 범죄에 종사하고 있다는 사실)을 범죄세계에 적당하게 알려야 하는 등의 필요에 의하여 犯罪世界에 있는 사람들에게 어느정도 의존하여야 한다. 『地獄에서 꾸며진 陰謀에 대하여 天使가 證人이 되기를 기대하지말라(For a plot hatched in hell, don't expect angels for witness)』라는 법언이 뜻하는 바와 같이 地下犯罪世界에서 벌어지는 일을 덕망있는 자가 목격하기는 어렵기 때문이다.²¹³⁾

213) 崔永洪, 前揭論文, 34면.

이와 같은 면에서 볼 때 情報員의 이용은 그 필요성이 인정되지만 국가 또는 국민 전체적으로 볼 때 비싼 댓가를 치를 수도 있다. 정보원들은 특별한 위협에 처하기도 하지만 또한 特別한 利益을 취할 기회에 접하기도 한다. 정보원들은 자신에 대한 訴追의 回避, 麻藥이나 돈의 約束, 競爭者나 敵들을 除去하고 싶은 慾望 등 때문에 다른 사람이 범죄행위를 하는 것을 탐지하려는 강한 유인을 가질 수 있다. 그리고 정보원들은 法執行公務員들보다 公式的 責任이 적으며 法的內規的 制約을 덜 받는다. 이는 바로 情報員이 대상인물의 비행에 대하여 허위의 사실을 주장할 수도 있다는 것 및 法的內規的 制限을 무시할 수도 있다는 것을 의미한다. 이 경우 私利私慾에 의하든 또는 다른 動機에 의하든 일부 정보원들은 범죄인을 억지로 만들어 내거나 禁止된 方法을 사용하여 범죄인을 탐지하는 등의 지나친 열성을 보일 것이다.²¹⁴⁾ 특히 자신에게 돌아오는 利益이 큰 경우 이런 현상은 深化될 것이다. 또한 자신이 수사기관의 작전에 가담하고 있다는 사실을 모르는 중개인이 비밀수사전략에 개입되면 眞實과 法尊重의 精神은 더욱 약화된다. 예컨대, 장물거래 탐지의 한 방안으로 새 장물가게가 값을 잘 쳐 준다는 소문을 내기 위하여 거리의 부랑자를 고용한다. 그 장물가게가 수사기관에 의해 偽裝的으로 운영된다는 内幕을 모르고 締結하는 契約마다 그는 중개료를 받는다. 그 중개인은 장물을 파는 사람으로부터도 소개비를 받을 수 있다. 이런 경우 仲介人의 행태는 더욱 더 열성적일 수 밖에 없으며 잠재적 대상인물에 대해 범행을 더욱더 재촉할 가능성이 높다.²¹⁵⁾

情報員으로부터 협력을 얻는 對價로 그들의 법규 위반을 묵인해 주는 것이 그보다 더 중대한 범죄행위에 대처한다는 관점에서 볼 때 정당화 될 수도 있을 것이다.²¹⁶⁾ 그러나 그와 같은 原則的 默認의 限界를 넘어 그러한 상황이 정보원에 의해서 그들 자신의 犯罪目的을 위해서 악용될 수도 있다. 특히 그 정보원이 職業的 情報員 이거나 巨物級인 경우 그들은 情報提供의 대가로 상당한 保護를 받

214) Gerald M. Caplan ed.(최영홍 역), supra note 184, 124면.

215) Gerald M. Caplan ed.(최영홍 역), supra note 184, 125면.

216) Gerald M. Caplan ed.(최영홍 역), supra note 184, 127면.

고 경쟁자에 대항하는 데 이용하는 등 전략적 이익을 위해 활용하기도 할 것이다.

捜査要員과 情報員 사이의 관계를 보면 일반적으로 수사요원이 정보원을 조종하거나 강박을 사용하게 된다. 예컨대 捜査要員은 정보원에 대해서 과거 범행에 대한 처벌이나 情報員 노릇을 한데 대한 공개 등과 같은 협박을 통하여 협력을 요구한다. 그러나 그러한 상황이 거꾸로 될 수 있는 가능성은 충분히 존재한다. 범죄행위를 감출 수 없는 상황에서 노련한 정보원은 수사요원을 오히려 操縱하거나 強迫하여 抵抗할 수 없게 할 수도 있는 것이다. 또한 양자의 관계는 情報員에 의해 다른 方式으로 이용될 수도 있다. 情報員들은 秘密捜査要員들을 비밀리에 선별적으로 버릴 수도 있으며, 수사기관에 관한 정보원의 정보가 오히려 범법자들 사이에서 거래의 대상이 될 수도 있다. 또 정보원들은 같은 정보를 여러 法執行機關에 팔아 넘길 수도 있는데 그런 경우에는 다른 기관과 계약한 사실을 숨기게 된다. 이 때문에 상대방의 정체를 잘 모르는 여러 기관의 秘密捜査要員들끼리 서로 충돌할 가능성도 있다.

이상에서 살펴본 바와같이 情報員을 사용하는 경우 여러가지 문제가 제기되는데 이에 대한 방안으로는 情報員의 統制指針을 마련하는 것을 생각할 수 있다. 실제로 FBI나 뉴욕경찰국(New York Police Department)은 정보원의 통제지침을 마련한 바 있다. FBI지침은 『만일 특별수사관이 어느 情報員에 의하여 重犯罪(felony)가 저질러진 것을 알게 된 때에는 일선 감독관에게 통지하여야 한다. 그 감독관은 해당 주 또는 지방의 警察이나 檢察에 그 犯法事實을 알려야 할 것인가를 범죄의 기미수 및 긴급성 여부, 생명과 재산에 대한 위협의 정도 등을 고려하여 결정하여야 한다.』고 하고 있으며, 뉴욕경찰국 지침은 『모든 情報員은 경찰에 登錄해야 하고 情報員에 주는 돈은 검사를 받아야 한다.』고 하고 있다. 그러나 정보원을 수사기관에 등록하고 정보원에 지급되는 돈을 공식화 하는 제도에 대해서는 많은 문제점이 있다는 지적이 있다.²¹⁷⁾ 즉, 그러한 등록을 요구하는 경우 정보

217) David Kleinman, Out of the Shadows and Into the Files: Who should control

원들은 정보원으로서 활동하는 것을 회피할 것이고 따라서 수사기관은 情報員을 등록하지 않고 암암리에 그들과 接觸하게 될 것이라는 것이다. 또 공식화 되어 情報員에게 지급되는 돈은 대체로 낮게 책정될 것이 명백한데 과연 정보원이 이 정도의 보수를 받고 情報員으로 활동할 것인가도 의문스럽다고 한다.

결국 情報員에 의한 問題點을 極小化하기 위해서는 정보원의 선정과정에 있어서 그 資質을 최대한 審査하여야 할 것이며 정보원으로 選定된 후에는 담당 秘密搜查要員에 의한 지속적인 統制가 이루어 져야 할 것이다. 그리고 默示적 認定의 限界를 초과하는 犯罪行爲가 있는 경우에는 그 행위를 處罰하여야 할 것이다.

중개인을 사용하는 경우 또 하나의 문제점은 證人訊問時의 仲介人의 保護의 문제이다. 피유인자의 유죄를 입증하기 위해서 물론 범행당시의 상황을 녹화 또는 녹음한 비디오 테이프나 녹음 테이프를 증거로서 사용하는 것이 가장 확실한 방법이기기는 하지만 錄畵 또는 盜聽을 함에 있어서 영장 필요성 여부와 관련하여 많은 문제가 제기될 수 있다. 그러므로 합정수사의 경우 仲介人을 證人으로서 訊問할 必要性은 더욱 증가할 것이다. 이 경우 중개인은 피고인에게 위협을 느껴서 또는 情報員으로 活動했다는 자책감 때문에 法廷에서 올바른 陳述을 하지 못할 가능성이 있다. 그리고 仲介人의 신분이 법정에서 노출됨으로서 중개인의 신변에 위협이 가해질 수도 있다.-예컨대 피고인과 그의 직원들에 의한 보복을 생각할 수 있다.- 따라서 이와같은 경우 증인으로서의 중개인을 보호할 필요가 있게 된다. 우리 형사소송법 제297조는 『裁判長은 證人이 被告人 또는 어떤 在廷人의 면전에서 충분한 陳述을 할 수 없다고 인정한 때에는 그를 退廷하게 하고 진술하게 할 수 있다. 피고인을 퇴정하게 한 경우에 증인의 진술이 終了한 때에는 퇴정한 피고인을 입정하게 한 후 書記로 하여금 陳述의 要旨를 告知하게 하여야 한다.』(형소법 제297조 제1항·제2항)라고 규정하고 있는데 이 조항에 의해서 證人으로서의 仲介人을 保護할 수 있다고 본다.

Informants?, Police Magazine, Nov. 1980, at 40.

증개인이 합정수사에는 협조했으나 신변위협때문에 搜查節次에서의 陳述 또는 出席을 거부하는 경우는 『犯罪의 搜查에 없어서는 아니될 事實을 안다고 明白히 認定되는 者가 前條의 規定(檢事 또는 司法警察官의 제 3자에 대한 出席要求)에 의한 出席 또는 陳述을 거부한 경우에는 검사는 第1回 公判期日前에 한하여 判事에게 그에 대한 證人訊問을 請求할 수 있다.(형소법 제221조의 2 제1항) 判事は 第1項에 의한 訊問에 被疑者 또는 被告人을 참여시키지 않을 수 있다.(형소법 제221조의 2 제5항의 해석상)』는 규정에 의해서 피의자 또는 피고인의 참여없이 증개인을 訊問할 수 있을 것이다.

그리고 搜查節次에서 任意의 陳述을 한 仲介人이 신변위협때문에 공판기일에 전의 진술과 다른 진술을 할 염려가 있는 경우에는 『前條(檢事 또는 司法警察官의 제 3자에 대한 出席要求)의 規定에 의하여 檢事 또는 司法警察官에게 任意의 陳述을 한 자가 공판기일에 前의 진술과 다른 陳述을 할 염려가 있고 그의 진술이 犯罪의 證明에 없어서는 아니될 것으로 인정될 경우에는 檢事は 제1회 공판기일전에 한하여 판사에게 그에 대한 증인신문을 청구할 수 있다.(형소법 제221조의 2 제2항) 판사는 제2항에 의한 신문에 피의자 또는 피고인을 참여시키지 않을 수 있다.(형소법 제221조의 2 제5항의 해석상)』는 규정에 의하여 仲介人을 證人으로 訊問할 수 있을 것이다.

수사절차 또는 공소제기후 제1회 공판기일에 이르기 전에 證據保全을 할 수 있는 방법으로는 通常의 證據保全(형소법 제 184조)과 檢事の 請求에 의한 證人 訊問(형소법 제221조의 2)이 있는데 후자의 경우 증인신문시에 요구되는 피고인, 피의자 또는 변호인의 참여(형소법 제163조) 및 교호신문절차(형소법 제161조의 2)를 배제하여 심리적으로 증인이 위축되지 아니한 상태에서 진술할 수 있도록 함과 동시에 증인보호를 꾀할 수 있다.

2. 證明責任(burden of proof)의 問題

미국법의 경우 피고인에게 합정항변이 인정된다고 할 때 피고인측은 어떤 사실에 대해서 어느 정도까지 證明責任을 부담하며 또 정부측은 어떤 사실에 대해 어느 정도로 증명하여야 하느냐 하는 문제가 생긴다. 이와 같은 경우 미국에서는 다음과 같이 證明責任(burden of proof)²¹⁸⁾을 분배시키는 것이 연방대법원의 다수의견인 주관적 기준설 하에서의 일반적 견해이다.²¹⁹⁾

우선 피고인은 정부관리에 의한 유인의 사실을 증명할 책임을 진다. 그 證明의 程度(standard of proof)²²⁰⁾는 明白하고 確實한 證明보다는 낮은 단계(less

218) 陪審裁判을 전제로 하고 있는 미국의 刑事節次에서는 證據의 提出이 검사와 피고인측에 일임되고 배심원으로 구성되는 법원은 사실의 증명에 관여하지 않는다. 이 때 檢事는 일반적으로 有罪를 立證할 責任을 지지만, 心神喪失이나 陷穽搜查의 抗辯과 같이 자신에게 유리한 사실을 주장할 경우에는 피고인도 적극적으로 증거를 제출할 책임을 지게 된다. 영미법에서는 이와 같이 검사와 피고인측이 자신에게 유리한 사실을 주장할 책임을 가리켜 '證明責任(burden of proof)'이라고 한다. 영미법상 證明責任은 證據提出責任과 說得責任으로 구성된다. 證據提出責任은 유리한 사실을 주장하기 위해서 필요한 증거를 제출해야 할 의무를 말한다. 증거제출책임을 다하지 아니하면 문제되는 사실의 판단에 있어서 반대사실이 인정되는 불이익을 받게 된다. 이에 대하여 說得責任은 증거가 제출되었음을 전제로 하여 배심원단으로 구성되는 법원을 설득, 자신에게 유리한 심증을 형성하도록 노력할 책임을 말한다. 증거를 제출하였더라도 설득책임을 다하지 못하면 문제되는 사실의 증명에 대하여 설득책임을 부담하는 자에게 不利한 判斷이 내려지게 된다. 申東雲, 前掲書, 581-82면.

219) LaFave & Israel, supra note 66, §5.4.

220) 英美法은 문제되는 사실을 증명함에 있어서 증명책임을 지는 자에게 요구되는 證明의 程度(standard of proof)에 차이를 두고 있다. 먼저, 가장 강력한 것으로는 "合理的 疑心の 餘地가 없는 證明(beyond a reasonable doubt)"이 있다. 이것은 범죄인에게 유죄를 인정하기 위하여 요구되는 증명의 정도이다. 합리적 의심의 여지가 없을 정도의 증명은 適法節次の 관점에서 요구된다. 이에 반하여 약한 증명으로는 "證據優位の 證明(preponderance of evidence)"이 있다. 이것은 다투어지는 사실이 존재할 가능성이 그렇지 아니할 경우보다 높다는 의미를 갖는 것으로서 통상 民事訴訟에서 요구되는 증명의 정도와 같다. 그리고 양자의 중간에 위치하는 것으로는 "明白하고 確實한 證明(clear and convincing evidence)"이 있다. 이에 따르면 다투어지는 사실이 진실일 가능성이 매우 높다고 판단되면 문제의 사실이 인정된다. 申東雲, 前掲書, 582면.

than clear and convincing evidence standard)의 것이다. 미국의 경우 被告人에게 證據優位の 證明(preponderance of evidence)에 의해서 정부의 유인을 입증해야 할 부담을 지우는 법원도 있지만 대부분의 법원은 사전범의가 없는 피고인을 범죄를 범하도록 유인할 위험을 창조하는 정부행위에 대한 證據의 存在(some evidence)만으로도 족하다고 한다.²²¹⁾ 피고인측의 이와같은 증명이 있으면 피고인의 사전범의를 合理的 疑心の 여지가 없을 程度로(beyond a reasonable doubt) 證明할 부담을 政府측이 지게 된다. 정부측의 피고인의 사전범의에 대한 증명정도는 합리적 의심이 없을 정도여야 하기 때문에 피고인의 정부의 유인에 대한 증명의 정도 보다는 아주 높은 정도이어야 한다.

우리 형사소송법의 해석에 있어서 영미법적 사고를 도입하여 증거의 제출과 사실증명의 정도에 차이를 둘 것인가에 대해서는 견해가 대립되어 있다. 우선, 英美法的 證明責任(burden of proof)을 도입하여 證明의 程度에 차등을 두게 되면 다음과 같은 이점이 있기 때문에 證據의 提出과 事實證明의 程度에 差異를 두자는 견해가 있다.²²²⁾ 첫째, 피고인이 유리한 사실을 주장할 책임만을 부담한다고 보면 그로부터 생기는 무책임한 주장때문에 절차가 혼란될 여지가 있는데 證據提出責任은 이러한 혼란을 억제할 수 있는 장치라는 것이다. 둘째, 예외적이라고는 하지만 實質的 舉證責任이 전환될 경우 訴訟遂行의 효율함으로 말미암아 피고인이 무고하게 처벌될 위험이 있는데 證據提出責任은 이러한 不合理을 除去할 수 있다는 것이다.

한편 이를 부정하는 견해는 증거제출책임의 관념을 도입하여 증명의 정도에 차이를 두려는 시도는 事實의 判斷과 訴訟指揮가 陪審員과 職業法官에게 각각 분리되어 있는 英美式 陪審裁判制度를 전제로 할 때 가능하다고 본다.²²³⁾

생각건대, 직업법관이 사실판단과 소송지휘를 동시에 행하며 또 법원이 職權 證據調査(형소법 제295조 후단)의 權限을 통하여 實體的 眞實發見에 대한 최종적

221) LaFave & Israel, supra note 66, §5.4.

222) 姜求真, 前掲書, 432면.

223) 申東雲, 前掲書, 582면.

책임을 지도록 하고 있는 우리 형사소송법의 경우에는 증거제출책임의 논의는 적절치 않다고 본다.²²⁴⁾ 따라서 피고인측에서 함정에 걸렸다는 주장이 있는 경우 피고인이 그에 대한 증거를 제출할 책임을 부담하는 것은 아니며, 最終적으로 法院이 함정에 걸렸는가의 여부에 대한 眞實發見의 責任을 부담할 것이다.

3. 비디오 테이프나 녹음 테이프 문제

함정수사를 행하는 경우 搜查要員은 확실한 증거의 채취를 위해 피유인자의 행동을 비디오 테이프(video tape)나 녹음 테이프에 錄畫錄音해 두는 경우가 많을 것이다. 이 경우 수사요원은 대체로 피유인자에 대하여 범죄의 실행행위로 나아가도록 설득하고 유혹하는 장면은 錄畫錄音하지 않은 채 피유인자의 범죄실행 행위 장면만을 녹화·녹음하여 증거로 제출할 것인데, 이때 피고인이 불리한 지위에 처한다는 것은 쉽게 생각할 수 있다. 왜냐하면 처음 범행을 제의받았을 때의 범행에 대한 혐오감이나 망설임, 고민 등의 심리적 갈등은 표시되지 않은 채 어떻게 해서 유혹에 넘어갔던 간에 일단 범행을 결심하고 실행하는 장면이나 댓가를 받는 단계에서의 좋아하는 모습 등만 녹화·녹음되는 경우가 더 많을 것이기 때문이다. 예컨대, 마약밀매사건에서 搜查要員이나 情報員이 피유인자에게 마약을 팔도록 誘引說得하는 장면은 녹화하지 않고 대금을 지급하고 마약을 引受하는 장면만을 녹화한 테이프나 뇌물거래사건의 경우 뇌물거래에 이르기까지의 교섭장면은 생략한채 공무원이 뇌물을 받는 장면만을 녹화한 비디오 테이프가 증거로 법정에서 제출된다면 被告人에게 不利한 判決이 내려질 可能性이 높다.

이와 같이 볼때 함정수사에 의해 錄畫錄音된 비디오 테이프나 녹음테이프를 증거로 제출하는 것을 무제약적으로 허용할 수는 없다고 본다. 따라서 제출된 비디오 테이프나 녹음테이프를 증거로 함에 있어서 法官들은 이와같은 가능성을 충

224) 申東雲, 前掲書, 582면; 李在祥, 前掲書, 493면.

분히 염두에 두고 판단하여야 할 것이다. 그리고 수사기관은 함정수사에 의해 녹화나 녹음을 하는 경우에 범행시의 장면뿐만 아니라 범행유인 단계의 장면도 녹화·녹음하도록 하는 것을 지침에 포함시키는 것이 바람직하다고 본다. 그렇게함으로써 피유인자가 함정에 빠졌는가의 여부를 법관이 보다 明確하게 判斷할 수 있을 것이기 때문이다.

4. 公職不正에 대한 陷穽搜查의 문제

일반적으로 함정수사의 대상은 마약, 매춘, 밀수, 도박 등과 같은 범죄에 한정되어 있었다. 그러나 미국의 경우 FBI는 1980년대초 함정수사방법을 종래와는 매우 다른 분야, 즉 公職不正(official corruption)에 대한 수사에까지 확대 하였다. 소위 ABSCAM이라고 불리는 이 수사방법은 5명의 현직 하원의원들까지 관련된 1980년대의 최대 공직자 부정사건으로 그와 같은 수사방법의 정당성 및 도덕성 여부에 관하여 커다란 논쟁을 불러 일으켰다. 公職不正에 대한 함정수사의 경우에는 다음과 같은 의문점이 제기될 수 있다. 즉, 부도덕하고 파렴치한 범죄자를 대상으로 하던 수사방법을 社會的 地位面에서 전혀 반대쪽에 있는 上流層 인사를 상대로 하는 수사에 그대로 채택할 수 있는가? 公職者의 倫理意識과 使命感은 一般人的 그것보다 얼마나 더 높아야 하는가? 고위공직자는 공직자라는 사실 하나만으로 수사기관의 潛在的 試驗對象(potential target of the test)이 되어야 하는가? 함정수사대상이 되었다는 사실이 言論에 公表됨으로서 무고한 공직자가 입게 되는 희생은 어떻게 회복될 수 있을 것인가?

공직부정에 대한 함정수사에 대해서는 公的 信賴를 배반한 공직자들의 부패를 억제한다는 관점에서 이를 지지하는 견해²²⁵⁾와 공직자라고 해서 비밀수사에 의해 그 倫理性을 시험당하는 것은 있을 수 없다는 입장에서 이를 부정적으로 보는 견

225) Mark H. Moore, Invisible Offenses: A Challenge to Minimally Intrusive Law Enforcement, (Gerald M. Caplan ed., 崔永洪 譯), 33면 이하.

해²²⁶⁾ 등이 제시되고 있다.

생각건대 公職不正 사건은 權力이라는 화려한 帳幕 뒤에서 은밀하게 행해지므로 전통적 수사방법으로는 그에 대한 충분한 대책이 될 수 없다고 본다. 따라서 은밀하게 행해지는 다른 犯罪領域에서 함정수사가 허용된다면 公職不正의 경우에도 이를 허용할 수 있다고 본다. 그리고 법집행활동이 사회의 하위계층의 사람들 뿐만 아니라 모든 사회계층의 사람들에게 平等하게 이루어져야 한다는 관점에서 볼 때에도 공직부정에 대한 함정수사를 否定할 필요는 없다고 본다. 그러나 함정수사의 대상을 선정함에 있어서는 合理的 嫌疑 여부를 등을 고려하여 신중을 기해야 할 것이며 아무 공직자나 그 대상으로 선정함으로서 공직자에 대한 윤리성 테스트가 되어서는 안될 것이다. 또한 공직자라고 해서 특별히 많은 뇌물을 제공하여 유인한다든가 하는 방법을 사용하여서도 안될 것이며, 이와 같은 수사방법이 政敵을 除去하는 등의 政治的 目的을 위해 使用되어서도 안될 것이다.

226) Sanford Leyinson, Under Cover: The Hidden Costs of Infiltration, (Gerald M. Caplan ed., 崔永洪 譯), 67면 이하.

IX. 結論

우리는 가능한 모든 범죄를 탐지하여 처벌하고 싶어 하지만 기본권을 침해하거나 法執行 資源을 非效率的으로 동원하는 것을 원하지는 않는다. 또한 법집행 기관의 법집행 활동이 범법자들 사이에 공평하기를 원하지만 기본권에 대한 비침해성과 法執行 資源의 경제성을 무시할 수 없기 때문에 모든 범죄에 대하여 대응하도록 搜查要員을 배치시키지는 못하고 있다. 이렇게 상호 대립하는 이해 관계-法執行의 公平성과 基本權에 대한 非侵害性 및 法執行 資源 活用の 經濟性-를 調和시키기 위한 법집행전략의 일환으로 우리는 국가의 수사활동을 범죄에 대한 事後對應的인 것으로 制限하는 法理論과 節次를 확립하여 왔다. 강도, 강간, 폭행 등 傳統的 犯行만을 놓고 볼 때 그리고 그러한 범죄의 사전예방적인 면보다는 범죄발생후 범인체포라는 시후대응적인 면만을 놓고 볼 때 이러한 法執行 戰略은 犯罪를 統制하고 社會防衛를 촉진시킨다는 의미에서 효과적인 것같이 보인다.

그러나 은밀하게 행해지고 合意的으로 이루어 지거나 범죄발생을 알리려는 피해자나 목격자가 없는 범죄의 경우 또는 특정범죄를 그 발생 전에 억제하고자 할 경우에는 이상과 같은 사후대응적 수사전략은 부적절하다. 따라서 이와 같은 경우에 대한 법집행전략은 전통적 방법보다 훨씬 더 侵犯的인 方法, 예컨대 隱密한 監視, 情報員에의 依存, 犯罪로 誘引하는 陷穽搜查方法의 이용 등에 의존할 수 밖에 없다. 이런 유형의 범죄에 대해 전통적 수사방법만을 고집한다면 그 범죄들은 잘 탐지되지 않을 것이고 그렇게 되면 법집행의 공평성이라는 면에서 바람직하다고 볼 수 없기 때문이다.

그러나 이와 같은 수사방법은 人權保障의 原理와 충돌할 가능성이 매우 크며, 국가 공권력의 행사는 원래 공개적이고 당당하게 이루어져야 함에도 불구하고 합정수사는 그 본질상 수사대상자에 대한 기망을 수반하며, 또한 국가가 범죄를 부추켜 놓고 그 범죄를 저지른 자를 체포·기소하는 것이기 때문에 국가의 廉潔性

이라는 면에서 많은 문제점이 제기될 수 있다. 그리고 수사기관의 범행기회 제공에 따라 선량한 시민이 그 正直性을 테스트 받게 될 위험이 있으며 이러한 기망수사를 정식으로 인정함으로서 소중히 지켜져야 할 개인 사이의 信賴關係가 배신의 위험 때문에 손상되어 서로를 항상 경계하고 살아야 하는 불신의 사회가 형성될 수도 있다. 또한 情報員들이 수사에 협조하는 과정에서 저지르게 될 위험 또한 무시할 수 없으며 수사기관의 편의를 위해서 이와같은 수사방법이 전통적인 방법으로도 대처가능한 범죄에 擴大될 危險도 배제할 수 없다.

합정수사의 이와 같은 양면성 때문에 합정수사를 사용하면서도 개인의 인권침해를 극소화하는 즉, '사회방위'와 '인권보장'이라는 상충하는 양 가치를 조화시킬 수 있는 적절한 방안을 모색하는 것이 본 논문이 추구하는 바였다. 그러므로 본 논문에서는 어느 정도의 기망이용까지를 적법한 수사방법으로 인정할 것이냐 하는 것과 그러한 허용범위를 벗어나는 수사방법에 대한 통제방안에 대해 주로 살펴보았다.

합정수사를 통제하는 방법으로는 訴訟節次를 통하여 統制하는 방법, 搜查機關 내부의 統制方法, 陷穽教唆者를 教唆犯으로 處罰하는 방법 등을 생각할 수 있는데 세번째 방법에 대해서는 故意와 관련하여 실체형법쪽에서 주로 논의되므로 형사소송법적 관점에서의 문제를 주로 다루고 있는 본 논문에서는 상세히 고찰하지는 않았다.

소송절차를 통해서 합정수사를 통제하는 방법과 관련하여서는 합정수사의 허용기준과 허용범위를 벗어난 합정수사의 소송법적 효과가 주로 논의 되었다. 우선 합정수사의 허용기준에 대해서는 社會常規를 기준으로 하는 견해, 信義誠實을 기준으로 하는 견해, 合理的 犯罪嫌疑를 기준으로 하는 견해, 피고인에게 事前犯意(predispotion)가 있었는가의 여부를 기준으로 하는 主觀的 基準說, 政府官吏의 行爲 자체에 초점을 맞추는 客觀的 基準說, 피고인의 犯行故意(intent)가 어디에서 유래했는가를 기준으로 하는 犯行故意起源說 등이 있음을 살펴 보았다. 그리고 私見으로 합정수사의 許容基準의 문제는 범행의 종류·성질, 당해 범죄에 나

타난 피유인자의 행위·태도, 수사기관의 설득·유인의 정도 등을 총체적으로 고려하여 당해 범행의 고의(intent)가 피유인자의 마음속에서 유래했다고 볼 수 있는가 또는 정부관리의 유인행위에서 유래했다고 볼 수 있는가의 여부에 따라 결정해야 될 것이며, 이때의 故意(intent)는 당해 범죄를 범하려는 심리상태로서 주관적 기준설에서 말하는 당해 범죄와 동일한 또는 유사한 범죄를 범하려는 막연한 심리상태인 事前犯意(predispotion)와는 엄격히 구별되어야 하고, 피고인의 심리상태를 판단하기 위한 자료는 당해 범행에 노출된 것들이 주가 되어야 하며 피유인자의 前科나 社會的 評判이 판단의 주된 자료가 되어서는 안됨을 밝혔다. 또한 함정수사의 적법·허용기준의 문제는 『사실판단』의 문제가 아니라 『법적평가』의 문제라고 보아야 한다는 점도 살펴보았다.

다음으로 허용범위를 벗어난 함정수사의 法的 效果, 즉 허용범위를 벗어난 함정수사의 경우 법원은 구체적으로 어떤 판결을 하여야 하는가 하는 문제에 대해서는 公訴棄却說, 免訴判決說, 無罪判決說 등이 대립되어 있는데 私見으로는 허용범위를 벗어난 함정수사의 경우는 '行爲者에 대한 非難可能性의 弱화'와 '搜查權濫用이라는 國家에 대한 壓倒的 非難可能性'을 함께 고려하여 볼때 被告人의 責任이 조각된다고 봄으로서 無罪判決說을 취했다. 그리고 허용범위를 벗어난 함정수사에 의해서 수집된 증거는 증거능력이 배제된다고 보아야 할 것이다.

搜查機關內部的 統制과 관련하여서는 국가의 임무가 범죄의 진압이나 예방에 있지 범죄인을 제조해 내는 데 있는 것이 아니라는 견지에서 볼 때 범의가 없는 사람을 함정으로 유인한다는 것은 法執行 資源의 낭비이고, 무고한 시민의 인권 보호를 위하여 되도록 범의가 없는 사람을 처음부터 함정에 걸지 않는 것이 바람직하므로 범의가 없는 사람을 搜查開始段階에서 수사대상에서 제외할 수 있도록 合理的인 陷穽搜查指針을 마련하는 것이 필요함을 밝혔으며 구체적으로 포함되어야 할 내용을 개인적으로 제시해 보았다.

함정수사를 하는 경우 수사기관은 많은 경우 情報員을 이용하며 또한 과거에 범행경력이 있는 자를 이용하게 되는데 정보원을 사용하는 경우 정보원에 의해

제도가 악용될 염려가 있으므로 정보원에 의한 問題點을 極小化하기 위해서는 정보원의 선정과정에 있어서 그 자질을 최대한 심사하여야 할 것이며 정보원으로 선정된 후에는 담당 秘密搜查要員에 의한 지속적인 통제가 이루어 져야 할 것이다. 그리고 묵시적 인정의 한계를 초과하는 범죄행위가 있는 경우에는 그 행위를 처벌하여야 할 것이다.

합정수사에 대한 논의가 활발했던 美國의 경우 종래 마약, 금주단속 등에서 합정수사를 많이 이용하였으나 국민들의 범감정이 이와 같은 범죄를 惡德犯罪로 생각하였기 때문에 합정수사방법에 대한 별다른 적대감이 없었다. 그러나 1980년대 초 公職不正에 대한 합정수사가 언론에 보도 되면서 이와 같은 수사방법에 대한 논쟁이 활발하게 전개되었다. 그럼에도 불구하고 아직도 그 許容基準에 대한 見解가 확립되지는 않았다. 主觀的 基準說이 聯邦大法院內의 多數意見이지만 客觀的 基準說이 少數意見으로 끈질기게 주장되고 있으며 실제 판결에 있어서 근소한 표차(주로 5:4)를 보이고 있기 때문이다.

독일의 경우는 독일형사송법 제136조의 a 제1항(금지된 피의자 신문방법)을 근거로 또는 기본법 제1조 제1항 1문(인간의 존엄성의 불가침)과 제2조 제1항(인격의 자유로운 발전에 대한 권리)을 근거로 합정수사는 위법하다는 견해가 學說상 제시되고 있으며 判例는 情報員(V-Leute)을 사용하는 수사방법이 마약 등 일정한 범죄의 수사를 위해서 許容됨을 인정하면서도 法治國家原理(Rechtsstaatsprinzip)에 따른 限界가 있다고 한다.

일본 판례는 이미 범의가 있는 피유인자에게 단순히 기회가 제공되었건 유인행위에 의해 피유인자의 범의가 유발되었건 간에 피유인자는 가벌적이라고 하고 있다.

우리나라의 경우 癮藥, 賣春 등의 범죄수사에 있어서 陷穽搜查方法이 상당수 사용되고 있다고 하지만 아직 관련 판례들이 많이 나오고 있지 않으며, 합정수사라는 주장을 법원이 인정한 判例는 한 건도 없었다. 그리고 이와 같은 수사방법에 대한 논쟁이 활발하게 전개된 적도 없다. 그러나 합정수사에 의하는 對象犯

罪가 확대되고 있는 실정이므로 이에 대한 理論的 體系의 確立은 반드시 필요하다고 본다. 또한 수사기관은 음성적으로 이와 같은 수사방법을 실행할 것이 아니라 합정수사에 대한 合理的인 指針을 마련해야 할 것이다.

參考文獻

I. 國內文獻

1. 單行本

姜求眞, 刑事訴訟法, 學研社, 1982

 , 判例教材 刑事訴訟法, 法文社, 1982

金箕斗, 刑事訴訟法, 博英社, 1985

金日秀, 刑法學原論, 博英社, 1992

白亨球, 刑事訴訟法講義, 博英社, 1991

申東雲, 刑事訴訟法, 法文社, 1993

李在祥, 刑事訴訟法, 博英社, 1992

 , 刑法總論, 博英社, 1993

李炯國, 刑法總論研究 II, 法文社, 1990

鄭盛根, 刑法叢論, 法志社, 1992

鄭榮錫, 刑事訴訟法, 法文社, 1984

車鏞碩, 刑事訴訟法研究, 博英社, 1982

Gerald M. Caplan, ABSCAM Ethics: Moral Issues and Deception in
Law Enforcement(崔永弘 譯, White Collar 범죄와 함정수사기법)

2. 論文

金箕斗, 陷穽搜查, 月刊考試 83/7

姜求眞, 陷穽搜查, 考試界 81/9

金振換, 陷穽搜查에 의하여 蒐集한 證據, 考試界 89/9

文孝男, 痲藥類事犯의 搜查實務상의 諸問題, 法律新聞 89/7

朴相基, 陷穽教唆者의 刑事責任, 考試研究 89/12

박양표, 陷穽教唆, 月刊考試 92/12

白亨球, 任意搜查의 本質과 限界, 考試界 82/11

 , 犯罪搜查에 관한 研究, 法學博士學位 論文(漢陽大), 1984

安姜珉, 陷穽搜查에 관하여, 檢察 54號(1974)

吳云鐵, 未遂의 教唆(陷穽搜查를 中心으로), 法學碩士學位論文(明知大), 1988

元正一, 陷穽搜查論, 檢察 53號(1973)

윤익수, 陷穽搜查에 관한 研究: 搜查의 民主化라는 觀點에서, 空土論文集 (인문사회과학편), 1982

李在祥, 陷穽搜查, 考試行政 90/6

李漢教, 未遂의 教唆: 아장쁘로보까되르에 관하여, 考試界 89/12

李炯國, 教唆犯 (上)(下), 考試研究 85/34

張昌浩, ABSCAM사건을 통해 본 美國 陷穽搜查의 問題點, 檢察 92號 (85/12)

全智淵, 陷穽教唆의 可罰性, 考試研究 92/12

丁永哲, 陷穽搜查에 관한 法的 考察, 警察大 警察學論集 2集(1978)

車鏞碩, 소위 agent provocateur, 考試界 88/4

崔永弘, 陷穽搜查, 判例月報 86/4

 , 陷穽搜查와 法院의 對應, 判例月報 88/4

崔鎮泰, 아장쁘로보까되르에 관한 小考, 檢察 98號(88/12)

II. 英美文獻

1. 單行本

Wayne R. LaFave & Jerold H. Israel, Criminal Procedure, 1987(1988
추록)

_____, Modern Criminal Procedure:
Cases-Comments-Questions, Fifth Ed.

Frank W. Miller, Robert O. Dawson, George E. Dix & Raymond I.
Parnas, Criminal Justice Administration, 1986

Philip E. Johnson, Criminal Procedure, 1987

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

2. 論文

Thomas V. Kukura, Undercover Investigations and the Entrapment
Defense: recent court cases, FBI Law Enforcement Bulletin v.62
(1993/4)

Donald A. Dripps, The riddle of entrapment: Supreme Court review,
Trial v.28 (1992/7)

David R. Shaffer & Jeffrey Kerwin, On adhering to judicial
instruction: reactions of dogmatic and nondogmatic juries to the
judge's charge in an entrapment case, Journal of Applied Social
Psychology v.22 (1992/7)

Covert facilitation of crime(symposium), The Journal of Social Issues
v.44 (1987년 가을호)

C. Robton Perelli-Minetti, Comment: Causation and Intention in Entrapment Defense, U.C.L.A. Law Rev. v.28 (1981)

Park, The Entrapment Controversy, Minn. Law Rev. v.60 (1976)

Entrapment through Unsuspecting Middlemen, Har. Law Rev. v.95 n.5 (1982)

ABSCAM: The Judiciary and the Ethics of Entrapment, Yale Law Journal v.91 n.8 (1982)

Judicial Control of Secret Agency, Yale Law Journal v.76 n.5 (1967)

III.獨逸文獻

1.單行本

Herwig von Zwehl, Der Einsatz von V-Leuten und die Einführung des Wissens von V-Leuten in der Strafverfahren, 1987

Hans Michael Mache, Die Zulässigkeit des Einsatzes von agents provocateurs und die Verwertbarkeit der Ergebnisse im Strafprozeß, 1984

Hermann Singwald, Der agent provocateur: Ein Beitrag zur Theorie der Teilnahme am Verbrechen, 1972

Roxin, C., Strafverfahrenrecht, München, 1991

Peters, Strafprozeß, Heidelberg, 1985

Gerd Pfeiffer, Karlsruher Kommentar StPO, München, 1982

Otfried Ranft, Strafprozeßrecht, StuttgartMünchenHarnoverBerlin, 1991

Ellen Schlüchter, Das Strafverfahren, BerlinBonnMünchen, 1981

Jescheck, H.H., Lehrbuch des Strafrecht.A.T., 1988

Eser, A., Strafrecht II, 1980

Wessels, J., Strafrecht.A.T., 1986

Roxin, C., Strafrecht.A.T., Band 1, München, 1992

2.論文

Heribert Schumann, Verfahrenshindernis bei Einsatz von V-Leuten als Agent Provocateur?, JZ, 1986, 66

Marcus Creutz, Verfassungsrechtliche Problem des Lockspitzeinsatzes, ZRP, 1988, 415

Roxin, C., Strafrechtliche und Strafprozessuale Problem der Vorverurteilung, NStZ, 1991, 153

Hans-Jürgen Bruns, Widerspruchsvolles Verhalten des Staates als neuartiger Strafverfolgungsverbot vor Verfahrenshindernis insbesondere beim tatprovozierenden Einsatz Polizeilicher Lockspizel, NStZ, 1983, 49

Taschke, Verfahrenshindernis bei Anstiftung durch einen Lockspizel, Strafverteidiger, 1984, 174

3.判例解説 및 紹介

Pfeiffer-Miebach, NStZ, 1983, 209

Schoreit, NStZ, 1982, 63,66

BGH, NStZ, 1984, 78

, NStZ, 1981, 70
, NStZ, 1982, 126, 127
, NStZ, 1985, 128
, NStZ, 1985, 1767
, NJW, 1980, 464

IV. 日本文獻

1. 單行本

高田卓爾, 刑事訴訟法, 1984
團藤重光, 新刑事訴訟法綱要, 1981
田宮 裕, 刑事訴訟法, 1977
鈴木茂嗣, 刑事訴訟法, 1987
, 刑事訴訟法の 基本問題, 1988

2. 論文

河上和雄, あとり捜査の 發展, 判例タイムス, 1982/10
大泉隆史, あとり捜査と刑事責任, 商事法務, 1984/10
鈴木茂嗣, あとり捜査, シュリスト, 1984/11

* 각주의 미국 참고문헌 인용방법은 A Uniform System of Citation (Harvard Law Review Association, fifteen edition 1991)을 참고하였음을 밝혀둔다.

ABSTRACT

A Study on the Entrapment Investigation

Hyun-Cheol Kim

The traditional method to cope with crimes is relying on visible and superficial patrol or collecting evidence and hearing statement of an eyewitness or victim for the charged crime. But in the cases of consensual, victimless and invisible crimes such as narcotics, prostitution, bribery, etc., it is difficult to apprehend criminal and to collect evidence with such traditional method. Therefore investigation agency uses tricky and undercover method for such crimes.

But such investigation method has much possibility to conflict with security of human rights and due process of law. The purpose of this study lies in finding the harmonious point of this two conflicting values and presenting the method of reasonable practice in entrapment investigation.

In America the Supreme Court recognizes entrapment defense since *Sorells v. United States*, 287 U.S. 435 (1932). To curb the manufacturing of illegal activity by law enforcement authorities, the courts have established the defense of entrapment, which permits a verdict of not guilty even though the accused is shown to have committed the act proscribed. The courts have sharply divided, however, over the factors that are relevant in determining whether a crime has indeed been "manufactured".

The prevailing view in the federal courts is that police conduct is improper

and entrapment occurs only when the agent "implants the criminal design in the mind of the defendant". The stated rationale of this "subjective test" is that "Congress could not have intended that its statutes were to be enforced by tempting innocent persons into violations". In judging entrapment claims, courts therefore focus on the defendant's state of mind rather than on the conduct of law enforcement agency in order to identify the ultimate cause of crime.

If the defendant was predisposed to commit the offense, the agents are said merely to have afforded opportunities or facilities for the commission of the offense. Thus under the majority view, if there is evidence that government agents have induced the accused to commit offense, the defendant must be acquitted unless the government can prove that he was predisposed to engage in the unlawful activity.

A different theory of entrapment adapted by a persistent minority of the United States Supreme Court derives from the belief that the courts have a responsibility, in the interest of public confidence in the fair and honorable administration of justice, to prevent lawless means of law enforcement. This theory, which focuses solely on the means of law enforcement, permits any defendant whose illegal activities were precipitated by certain law enforcement tactics to go free. Entrapment occurs, in this "objective test", when law enforcement agency conduct is of a kind that could induce or instigate the commission of a crime by one not ready and willing to commit it, even if the particular defendant was predisposed to commit the crime. The most common formulation of this test is whether the inducements would be likely to induce a law-abiding person to commit the offense.

In German BGH states it is permitted to use under-cover agent(V-Leute)

to cope with socially important and dangerous crimes such as narcotics, but there are limits by rule of law (Rechtsstaatsprinzip).

In Japan after the World War II entrapment theory was introduced and the property of entrapment is argued because the Narcotics Act of Japan permitted the government officials or prohibition agent can take over narcotics if necessary for investigation. Japan Supreme Court states that the solicited defendant is punished regardless of his predisposition.

In Korea the Supreme Court states as follows; When the agent implants the criminal design in the mind of the defendant the defendant is not punished, but if the defendant was predisposed and the agent have merely afforded opportunities or facilities for the commission of the offense he is punished.

With regard to the test of permitting entrapment investigation, following tests are presented: social rules established, truthfulness and sincerity, reasonable suspicion, subjective test, objective test, the origin of criminal intent test.

Privately, I think the origin of criminal intent test is proper as the test of permitting entrapment investigation. Thus whether entrapment investigation could be permitted or not would have to be determined according as the criminal intent already existed in the mind of defendant or the agent have implanted the criminal intent in the mind of defendant. In this test the intent is distinguished from predisposition which is the crucial consideration under the subjective test. Since predisposition is taken to mean the readiness and willingness of the accused to commit similar or the kind of crime charged, it is different from intent which means to commit the charged crime itself.

With regard to the regulation within investigation agency, the reasonable

guidelines on entrapment investigation would have to be prepared.

For the security of individual rights the innocent person must not be entrapped from the start of entrapment investigation. Therefore investigation agency must practice entrapment investigation when there is reasonable suspicion that a person is committing crimes or intends to commit crimes.

* Key Word: entrapment investigation, entrapment defense, the solicited person, predisposition, criminal intent, reasonable suspicion, guidelines on undercover investigation, unsuspecting middleman(V-Leute)