

테러범죄의 형사법적 쟁점들* : 미국 주요 판결을 중심으로

권 순 철**

국 | 문 | 요 | 약

전 세계적으로 테러범죄에 대한 사회적 불안도는 그 어느 때 보다 높다. 현재 주요 테러단체인 IS가 유사국가 형태의 조직을 갖고 세계 도처의 테러세력을 조종하면서 지속적이고 동시다발적인 테러를 일으키며 사회 시스템을 마비시키는 정도에 이르고 있다. 이에 대해 각국은 종전의 고전적인 사후 대처방식에서 더 나아가 사전예방정책 중심의 대테러정책을 강화시켜 나가고 있다. 이에 따라 우리도 2016년 3월 2일 이른바 테러방지법을 제정하여 시행하기에 이르렀다.

테러방지법 규정과 이론들을 종합해 볼 때 테러범죄는 ① 특정한 정치적·종교적·민족적 목적 달성을 위하여 ② 정부·지방자치단체의 행위를 강요할 목적으로 일반대중에게 공포심을 야기하는 ③ 불법한 유형력의 행사라고 정의할 수 있다. 이러한 테러범죄는 일반 강력범죄와 비교할 때, 목적성, 폭력성, 불법성, 수단성, 위험성이라는 특징을 동시적이고 복합적으로 갖고 있다.

미국은 2001년 9·11 테러 이후 대테러정책을 급진전시켜 테러범죄에 대한 사법적 통제와 관련된 많은 경험을 축적하고 있다. 보스턴 마라톤 테러사건, 오글라호마 연방정부 폭파사건 등 6건의 주요 테러범죄를 분석한 결과, 테러범죄에 대한 공판 및 수사과정에서 공소권 남용의 문제, 테러 예비·음모죄의 구성요건에 관한 문제, 함정수사의 적법성 문제, 재판의 불공정성을 이유로 한 관할이전의 문제 등이 제기되고 있다는 점이 발견된다. 이는 테러범죄의 특성과 현대 위험사회에 있어서의 사전 예방 중심의 형사정책기능 강화라는 특징이 반영된 것이라고 하겠다. 미국이 9.11 테러 이후 '테러와의 전쟁'을 선포하고 총력적으로 테러범죄를 대처하는 가운데 이와 같은 법적 쟁점들을 헌법, 법률 하에서 계속 포섭해 가면서 적법절차원칙, 죄형법정주의들과 관계 설정을 하려는 노력을 지속하고 있다. 이를 통해 발전시킨 이론들이 아직 실무와 경험이 부족한 우리에게 향후 대테러정책 발전에 중요한 참고자료가 될 것이다.

❖ 주제어 : 테러, 테러방지법, 공소권남용, 함정수사, 관할이전, 테러예비음모

* 필자가 소속된 대검 국제협력단에서는 테러방지법 시행을 계기로 테러사건의 수사 및 공판과정에서 제기된 쟁점들을 알아보기 위해 미국의 주요 테러사건 판결문들을 분석하여 핵심내용을 정리하였다. 자료를 분석하고 정리한 최성룡 법무관(사법연수원 42기, 현 삼성물산 변호사), 김영준 법무관(42기, 현 부천지청 검사), 김재승 법무관(43기)의 헌신에 감사드린다.

** 대검찰청 국제협력단장, 검사

I. 서론

1. 연구의 배경과 필요성

이슬람 수니파 극단주의 세력인 IS에 의한 2015년 11월 프랑스 파리 바타클랑 공연장을 비롯한 파리 시내의 동시테러, 2016년 벨기에 지하철 및 공항 테러, 니스 테러, 터키 연쇄 테러, 독일 난민 폭탄 테러 등으로 테러에 대한 불안감이 유럽 전역으로 확산되고 있다.¹⁾ 이는 유럽에 보수정치 세력의 부상, 영국의 유럽연합 탈퇴 결의(브렉시트) 등 사회, 정치 지형을 변화시키고 있다. 미국에서도 IS 추종세력의 샌버나디노 총격 테러사건, 올랜도 게이클럽 테러사건, 흑인교회 테러사건 등이 해묵은 인종문제, 총기규제문제와 결부되어 연이어 발생하면서 사회적 불안과 공포가 그 어느 때보다 높다. 물론 테러는 오늘날만의 문제가 아니다. 19세기 후반부터 현재까지 무정부주의, 반식민주의, 극좌파, 극단적인 종교세력 등 명분을 달리할 뿐 테러는 계속되어 왔다.²⁾ 그럼에도 불구하고 현재 주된 테러단체인 IS가 지리적인 근거를 두고 유사국가 형태의 조직을 갖고 세계 도처의 자생적 테러세력까지도 조종하는 숙주 역할을 하면서 단발성이 아닌 지속적이면서도 동시다발적인 테러로 지역사회의 시스템을 마비시키는 것을 넘어 국가 전체를 위협하는 정도까지 이르고 있기 때문에 이를 다양한 사회문제중 하나라고만 규정하고 종전의 고전적인 방식으로 대처하는 것으로는 한계가 있다.

이와 같은 맥락에서 우리나라에서도 2016년 3월 2일 ‘국민보호와 공공안전을 위한 테러방지법’(이하, 테러방지법)이 우여곡절 끝에 국회를 통과하여 시행중에 있다.

-
- 1) “2 weeks, 8 attacks, 247 victims: Tallying the toll of terror” New York Times 2016. 7. 28.자(2016년 3월13일부터 27일까지 불과 2주만에 브뤼셀, 이스탄불, 앙카라 등에 8회의 테러가 집중되어 총 247명의 희생자가 발생한 사건들을 피해자들 사진과 함께 게재하여 테러의 잔학상을 보도); “Explosions at airport in Istanbul kill dozens” New York Times 2016. 6. 30.자 (시리아와 국경을 맞대고 있는 터키에서는 2015년 3월부터 2016년 6월까지 시리아 국경 도시를 비롯해, 앙카라, 이스탄불에서 14회의 테러사건이 발생해서 200명 이상이 사망)
- 2) David C. Rapport “Four Waves of Modern Terrorism”, In A. Kurth Cronin, “Attacking Terrorism: Elements of a Grand Strategy”, Georgetown University Press, 2004, 46-73면; “The first global terrorists” New York Times 2016. 5. 2.자

아직 경험이 축적되지 않은 상황이므로 테러사건 수사에 있어서 대비해야 할 법적, 이론적 쟁점들이 무엇인지, 이에 관한 현행 테러방지법의 문제점과 개선방안이 무엇인지 논하기에는 아직 이르다. 그러나 사후적인 경험을 통해 보완하기에는 테러범죄의 불법성과 위험성은 너무 크기 때문에 미리 이를 대비하는 것이 그 어떤 범죄보다 중요하다고 할 것이다. 따라서 9.11 테러사건 이후 대테러정책을 급진전시켜 온 미국의 경험들을 제한된 정보 하에서라도 분석해 보는 것이 현재로서 의미있는 일이라 생각된다. 본고는 이러한 방향으로 논의를 전개하고자 한다. 어떤 범죄든지 형사법적인 문제점들을 다루기 위해서는 범죄의 개념을 전제하므로 먼저 테러범죄의 개념적 정의와 그에 따른 특징을 살펴보고, 다음으로 미국에서 다루어졌던 주요한 테러사건을 유형별로 다양하게 선별하여 수사 및 공판과정에서 문제되었던 법적인 쟁점들을 고찰하도록 하겠다.

2. 테러범죄의 개념과 특징

가. 테러범죄의 개념

테러 또는 테러범죄가 무엇인지에 대해 합일적인 정의가 없으며 다양한 견해가 제시되고 있다. 개념 정의가 어려운 이유는 테러라는 개념 자체가 불법행위의 결과뿐만 아니라 그 수단도 포함하기 때문이며 정치적인 성격 또한 내재되어 있기 때문이다.³⁾ 이에 대한 장기간의 논의과정을 통해⁴⁾ 어느 정도 합의를 이뤄낸 테러의 핵심적인 요소는 목적성, 폭력성, 수단성 즉, ①사회, 정치적으로 다양한 청중들에게 영향을 주기 위해, ②유형적인 폭력행사를 통해 ③대중에게 공포심을 전달하기 위한 도구가 테러라는 것이다.⁵⁾

3) 문채규, “테러범죄에 관한 한국의 연구현황”, 비교형사법연구 제17권 제4호(2013), 434면; 자기결정권을 실현하기 위해 투쟁하는 소위 ‘자유투사들’(freedom fighters)의 폭력행위를 개념상 포함시킴으로써 정치적으로 악용된다는 점이 문제로 지적되고 있다.(Antonio Cassese, 강병근·이재완 역, 국제법, 삼우사, 2012, 586면)

4) 테러의 개념 및 구성요소에 대한 다양한 국내외 견해는 박웅신·윤해성, “테러개념에 대한 소고”, 한국테러학회보, 제6권 제2호(2013), 58면 이하 참조.

5) Edwin Bakker, *Terrorism and Counterterrorism Studies: Comparing Theory and Practice*, Leiden

현행 테러방지법은 제2조 제1호에서 테러를 “국가·지방자치단체 또는 외국 정부(외국 지방자치단체와 조약 또는 그 밖의 국제적인 협약에 따라 설립된 국제기구를 포함한다)의 권한행사를 방해하거나 의무 없는 일을 하게 할 목적 또는 공중을 협박할 목적으로 하는 다음 각 목의 행위를 말한다”라고 규정하고 있고, 하위 가.~마.목은 살인·생명 위협행위, 항공기·선박·폭발물·핵물질과 관련한 위협행위 등을 명시하고 있다. 현행 테러방지법은 테러에 대한 사후적 대응보다 테러위험인물에 대한 정보수집 등 사전예방적 테러대응에 주목적을 두고 있고,⁶⁾ 처벌조항 역시 테러단체 구성, 가입, 지원 등 테러 발생이전의 사전적인 대응에 주안점을 두고 있으며, 테러 행위 자체는 그 행위를 규율하는 해당법률에 의해 처벌하도록 규정하고 있다.(동법 제17조) 테러범죄에 대한 현행법의 규율형식을 도표로 구성하면 다음과 같다.⁷⁾

테러범죄 유형		적용법률	형량	
테러단체 ⁸⁾	구성, 지원	테러방지법	§17①	사형-징역3년
	테러자금 지원		§17②	징역 10년 이하 벌금 1억원 이하
	예비, 음모(구성·자금지원)		§17⑤	징역 3년 이하
	가입(권유, 선동)		§17③	징역 5년 이하
테러자금	제공 (UN 지정 테러단체 이외)	테러자금금지법 ⁹⁾ §6①	징역 10년 이하 벌금 1억원 이하	
테러(행위)	살인 및 생명위협행위, 항공기·선박·폭발물·핵물질 관련 위협행위	테러방지법 §17⑥	개별법에 정한 형량	

University Press, 2015, 44면.

- 6) 황문규, “테러방지법상 정보활동의 범위와 한계”, 경찰법연구 제14권 제1호(2016), 4면.
- 7) 도표에서 보는 바와 같이 테러방지법상 테러범죄에 대한 처벌은 UN에서 지정한 테러단체와의 연계 행위에 국한되고 테러행위 자체에 대한 처벌은 개별법에 따라 규율되므로 테러범죄가 무엇인지 정의할 법적인 실익이 무엇인지 의문이 제기될 수 있다. 그러나, 테러방지법상 테러위험인물에 대한 사전예방적 대응의 적법성을 담보하기 위해서 그리고 테러자금금지법상의 테러 목적의 자금 제공행위 등을 규율하기 위해서는 테러범죄의 정의를 명확히 할 실익이 존재한다고 해석할 수 있겠다. 앞에서 살핀 테러에 관한 이론적인 개념을 기초로 테러범죄를 ①특정한 정치적·종교적·민족적 목적 달성을 위하여 ②정부·지방자치단체의 행위를 강요할 목적으로 일반대중에게 공포심을 야기하는 ③불법한 유행력의 행사라고 할 때, 현행 테러방지법의 테러범죄 개념규정과 가장 큰 차이를 보이는 것은 ‘초과 주관적 구성요건요소’(㉠)를 명백히 하지 않고 있다는 점일 것이다. 그러나, 테러방지법은 UN에서 지정한 테러단체와의 연계행위를 범죄로 규율하는 방식으로 사용하고 있고 이러한 테러단체는 특정한 정치적·종교적·민족적인 목적을 갖고 있으므로 현행 테러방지법의 규정이 일반적인 테러범죄 정의와 상당 부분 부합된다고 할 수 있다.

나. 테러범죄의 특징

테러범죄는 목적성, 폭력성, 수단성 등을 특징으로 갖는다고 할 수 있는 바,¹⁰⁾ 이를 테러범죄의 준비, 실행 단계와 연결해 보면 다음과 같다. 첫째, 범행준비단계로서 테러범은 정치적, 종교적, 민족적인 특정 목적을 범행 동기로 하여 범죄를 준비하게 되는 ‘목적성’(초과 주관적 구성요건요소)을 갖게 된다.<목적성> 둘째, 범행실행단계로서 자신의 목적을 효과적으로 달성하기 위한 가장 폭력적인 수단을 강구하여 범행을 실행하게 되며 ‘폭력성’을 그 특징으로 하게 된다.<폭력성> 셋째, 1차적 결과발생의 단계로서 테러범이 동원한 범죄수단의 실행 결과가 범행 대상으로 삼은 무고한 특정 피해자에게 발생하게 되어 테러범의 높은 ‘불법성’이 현실화된다.<불법성>¹¹⁾ 넷째, 1차적인 결과발생을 통해 이를 지켜보는 일반대중에게 엄청난 공포와 두려움을 전달한다. 테러행위는 이를 위한 ‘수단’일 뿐이다.<수단성>¹²⁾ 다섯째, 테러범죄의 최종적인 목적은 사회에 공포를 전달함으로써 사회공동생활의 안전에 ‘위험’을 가하여 정부·지방자치단체의 정책결정에 영향을 미치는 것이다. 즉, 테러범죄는 그 자체로서는 침해범이기도 하지만, 중극적인 보호법익에 대해서는 위험범으로서의 성격도 갖는다고 할 수 있다.<위험성> 이러한 맥락에서 테러범죄에 있어서는 예비·음모행위에 대한 규제가 필요하고 정당하며 불법성이 이미 입증된 테러

8) 테러방지법 제2조 제2호는 “테러단체”를 국제연합(UN)이 지정한 테러단체로 정의하고 있는 바, 2016년 8월 현재, 알카에다 등 75개 단체가 테러단체로 지정되어 있다.

<https://www.un.org/sc/suborg/en/sanctions/1267/aq_sanctions_list>

9) 정식명칭은 “공중 등 협박목적 및 대량살상무기확산을 위한 자금조달행위의 금지에 관한 법률”(시행 2014. 5.28. 법률 제12710호, 일부 개정) (이하, 테러자금금지법).

10) 김용주, “테러방지법 제정의 기본방향에 관한 연구”, 경찰학연구 제13권 제3호(2013), 29면; 김범식, “테러의 효과적 예방과 적결을 위한 법제도 정비방안”, 비교형사법연구 제12권 제2호(2010), 363면; 제성호, “테러방지법의 필요성과 제정방향”, 2015년 한국국가정보학회 연례학술회의 자료집 (국제테러대응과 국가정보) 자료집(2015. 12.), 50면.

11) 테러범죄의 중극적인 보호법익인 사회공동생활의 평온과 안전을 해하기 위해 1차적으로 무고한 시민의 생명과 재산을 해하게 되므로 이 단계에서는 테러범죄의 부차적 보호법익인 ‘개인의 생명권과 재산권’이 침해된다.(테러범죄의 보호법익에 대해서는 김범식, 앞의 논문, 363면 참조).

12) 테러전문가인 Brian Jenkins 박사는 이에 대해 “테러범들은 많은 사람을 죽이기를 원하지 않는다. 정말 원하는 것은 많은 사람들이 이 광경을 보는 것이다”라고 말한바 있다. 9·11테러의 주된 대상은 3천명의 희생자가 아니라 세계무역센터와 국방부 건물이 불타고 무너지는 광경을 지켜보는 대중인 것이다. (Bakker, 앞의 책, 42면)

단체에 대한 연계행위에 대해서는 설사 아직 특정한 폭력행위가 실현되지 않았더라도 그 자체로서 범죄로 평가될 수 있는 근거가 있다고 할 것이다.¹³⁾

II. 테러사건의 주요 법적 쟁점들

이상과 같이 논의한 테러의 개념과 테러범죄의 특징을 전제로 미국에서 발생한 테러에 관한 수사 및 공판과정에서 제기된 법적 쟁점들을 살펴보기로 한다. 본고에서 분석한 판결과 해당 쟁점들은 다음과 같다.¹⁴⁾

순번	사 건 명 (관할 법원)	유형	법적 쟁점들
1	보스톤 마라톤 폭파 테러사건 ¹⁵⁾ (제1연방항소법원) ¹⁶⁾	폭파	• 관할이전신청 • 사형제도 위헌성
2	오클라호마 연방정부 폭파 테러사건 ¹⁷⁾ (제10연방항소법원) ¹⁸⁾	폭파	• 재판전 언론보도 문제 • 배심원 과오 문제 • 피해자 증언 문제
3	소말리아난민의 테러단체지원 음모 사건 ¹⁹⁾ (오하이오 연방지방법원) ²⁰⁾	음모	• 기소 지연 문제 • 음모행위의 특정 정도 • 음모죄의 외부적 행위 • 테러전문가 증인의 증인적격 • 증거개시
4	변호사의 테러 방조(지원) 사건 ²¹⁾ (제2연방항소법원) ²²⁾	방조	• 물적 지원 및 은닉의 판단 기준 • 공소권 남용 주장
5	파키스탄 테러단체지원 음모 사건 ²³⁾ (버지니아 연방지방법원) ²⁴⁾	음모	• 위법수집증거 • 고의를 인정하는 증거들
6	뉴버그 공항 폭파 음모 사건 ²⁵⁾ (제2연방항소법원) ²⁶⁾	음모	• 함정수사의 적법성

13) 안보형사법의 특성을 정치적 성격, 위험법적 성격, 상징적 성격으로 들고 있는바 (주승희, “21세기 대한민국 안보형사법의 의의, 특성 그리고 위험법과의 조우”, 형사정책연구 제27권 제3호 통권 제107호, 2016.7 가을, 223면 이하) 위와 같은 테러범죄의 특성이 안보형사법의 성격을 보다 명확하게 이해하게 한다.

14) 미국의 대표적인 테러사건은 ‘9·11 테러사건’이라고 할 수 있으나, 9·11 테러와 관련된 유일한 생존자인 무사위(Zacarias Moussaoui)에 대한 수사·공판에서 다뤄진 주요 쟁점들은 유죄인부에 관련된 것들로서 우리에게 큰 의미를 갖고 있지 않아 본고에서는 이를 제외하였다.

15) 2013. 4. 15. 키르키즈스탄계 미국인인 피고인 차르나예프(Tsarnaev 당시 20세)가 미리 제조한 사제폭탄(일명, 압력술 폭탄) 여러 개를 보스톤 마라톤 결승선에서 폭발시켜 3명을 사망에 이르게 하고 200명 이상에게 상해를 입힌 사건으로서 피고인은 대량살상무기 사용살인 등 30개의 공소사

이러한 법적 쟁점들 중 우리 실무상 문제가 될 수 있는 쟁점들을 중심으로 미국에서는 어떻게 논의되었는지, 그리고 이러한 쟁점들이 우리 법제도의 관점에서는 어떻게 해결될 수 있는지 살펴보기로 한다.²⁷⁾

실로 기소되어 2015. 6. 24. 사형을 선고받았다.

- 16) *United States v. Dzhokhar A. Tsarnaev*, No.1:13 CR 10200-001-GAO, (D.Massachusetts 2014.6.24.)
- 17) 1995. 4. 19. 피고인 티모시 맥베이(Timothy J. McVeigh, 당시 27세)가 오클라호마시에 있는 뮤러(Murrah) 연방정부청사에 주차된 6,000 파운드의 대량 폭발물 화물차량을 원격으로 폭발시켜 총 169명을 사망에 이르게 한 사건으로 이는 사이비 종교집단인 ‘다윗의 별’을 포위 진압하는 과정에서 76명이 사망한 것에 대한 보복으로 저질러진 것으로 9.11테러 이전까지 미국에서 일어난 테러 사건 중 희생자가 가장 많은 사건이다. 피고인은 1997. 8. 14. 사형을 선고받아 2001. 6. 11. 사형이 집행되었다.
- 18) *United States v. McVeigh*, 918 F. Supp. 1467, 1472, 1474 (W.D. Okla., 1996); *United States v. McVeigh*, 153 F.3d 1166 (10th Cir., 1998)
- 19) 소말리아 난민인 피고인 아브디(Nuradin Abdi, 기소 당시 35세)가 1997년 하반기부터 2003. 11.경 까지 불상자들과 함께 테러단체들의 살인, 납치 등에 이용될 것을 알면서 이들을 물질적으로 지원할 것을 음모한 혐의로 2004. 6. 10. 기소되어 2007. 11. 27. 연방지방법원에서 징역 10년을 선고 받은 사건이다.
- 20) *U.S. v. Nuradin Abdi* 498 F.Supp.2d 1048 (S.D.Ohio 2007)
- 21) 피고인 스투어트(Stewart)는 테러행위로 종신형을 선고받은 테러단체 ‘알가마’(Al Ga'ma)의 정신적 지도자 라흐만(Rahman)의 변호인으로서 라흐만의 중요 서신(당시 알가마와 이집트 정부간에 체결된 정전협정을 파기하기를 원한다는 내용)을 외부에 전달하는 등 테러행위 지원 혐의로 기소되어 2006. 10. 16. 징역 2년 4개월을 선고받았다.
- 22) *U.S v. Stewart* 590 F.3d 93 (2nd Cir., 2009).
- 23) 피고인 칸(Khan), 채프만(Chapman), 하마드 압둘라힘(Hammad Abdur-Raheem), 칼리프 압둘라힘(Caliph Basha Ibn Abdur-Raheem) 등 4명의 피고인들은 같은 무슬림인 한국계 미국인 권용(Yong Kwon) 등 6명의 공모자들과 함께 버지니아 북부지역 등에서 파키스탄 이슬람무장단체인 Lashkar-e-Taiba(이하, LET)에 대한 물질적 지원을 합의하는 등의 테러단체 지원음모죄 등으로 기소되어 2004. 3. 4. 연방지방법원(버지니아주)에서 유죄판결을 선고받았다.
- 24) *U.S v. Khan, et al.* 309 F.Supp.2d 789 (E.D.Va. 2004).
- 25) 피고인 크로미티(James Cromitie) 등 4명의 피고인들이 2009. 6. 뉴욕주 뉴버그 공항 미사일 공격 음모 및 뉴욕 브롱스 유대교회당 폭파 음모 사건으로 기소되어 2011. 6. 29. 징역 25년을 선고받은 사건이다. 이 사건은 FBI의 치밀하고 끈질긴 잠입수사요원(undercover)에 의한 함정수사(entrapment)로 혐의가 밝혀졌다는 점에 큰 특징이 있다.
- 26) *United States v. Cromitie* No.11-2763(L) (2nd Cir., 2013)
- 27) 다만 우리 실무상 문제될 수 있는 쟁점만을 다루기 위해 배심제도나 유죄인정 절차와 관련된 쟁점은 제외하기로 한다.

1. 공소권남용 - 차별적(보복적) 기소, 지연 기소의 문제

테러사건은 앞서 살핀 바와 같이 실제 테러행위가 발생하기 이전 단계에서의 테러 예비·음모행위나 다양한 형태의 방조 행위가 주를 이루게 되고 이에 대한 수사는 그 성격상 장기간 은밀하게 행해질 수 밖에 없다. 이에 따라 실체적인 사유 뿐만 아니라 검찰의 소추재량의 한계와 같은 형식적 요건에 대한 다툼이 있을 여지가 높아지게 된다. ‘변호사 테러 지원사건’이나 ‘소말리아 난민의 테러단체 지원음모 사건’과 같이 테러음모, 방조사건에서 피고인들은 검찰의 소추행위에 대해 이른바 공소권남용을 주장하였다. 검찰의 기소가 자신들의 인종, 종교를 이유로 한 차별적인 행위이므로 헌법상 평등의 원칙을 위반한다거나, 검찰의 공소장변경을 이용한 추가 기소를 적법절차 위반이라고 주장하거나, 혹은 범죄행위(음모)로부터 7년이나 경과한 이후에 이루어진 기소는 피고인의 방어권을 부당하게 침해하므로 불공정하다고 주장하였다.

가. 지연 기소의 문제

‘소말리아 난민의 테러단체 지원 음모 사건’에서 피고인은 검찰이 범죄행위(음모)로부터 무려 7년이나 지난 시점에 기소한 것은 수정헌법 제5조에 규정된 공정한 재판 받을 권리를 침해하는 것이라고 주장하였다. 특히 수사기관이 기소를 지체함으로써 피고인의 유리한 증인이나 자료에 대한 접근을 부당하게 제한하는 결과를 초래하였고 반대로 수사기관은 재판 전술상의 이익을 얻게 되었다고 주장하였다. 이에 대해 수사기관은 기소 1년 전인 2003년 봄에서야 비로소 피고인의 범죄행위를 처음으로 인지하였고 그때로부터 기소를 한 때까지의 시간 간격은 수사과정에서 당연히 소요된 기간으로 기소를 고의로 지연시킨 것은 아니라고 반박하였다.

재판부는 헌법상 적법절차 조항은 수사기관의 공격적인 기소를 제한하는 원리를 제공하지만²⁸⁾ 이에 따라 피고인이 자신을 방어하기 위해서는 기소의 지연이 피고인에게 실제적인 불이익을 입히고 수사기관에게는 이득을 가져오기 위한 고의적인 도

28) United States v. Lovasco, 431 U.S. 783, 789, 97 S.Ct. 2044, 52 L.Ed.2d 752 (1977).

구였다는 점을 피고인이 입증해야 한다는 점을²⁹⁾ 제시하였다. 이 사건에 있어서 재판부는 피고인이 단순히 증인을 발견하기 어렵다거나 기억이 잘 나지 않는다는 점만 강조할 뿐 피고인에게 사실상의 불이익이 있다는 점을 입증하지 못하고 있으며 오히려 1년 남짓 소요된 수사기간은 수사과정상 충분한 이유가 있다고 할 것이므로 검찰의 기소가 정당하다는 결론을 내리고 있다.³⁰⁾

나. 차별적(보복적) 기소의 문제

‘변호사의 테러방조(지원) 사건’에서 피고인 스투어트는 테러단체 지도자 ‘라흐만’의 다른 변호인들 역시 동일한 행위(특별행정조치 위반 등)를 했음에도³¹⁾ 자신만을 기소한 것은 성별(여성), 정치적 견해 때문에 차별적인 기소(selective prosecution)를 한 것이므로 수정헌법 제14조의 평등원칙을 위반한 것이라고 주장한다. 이에 대해 재판부는 차별적인 기소에 해당되려면 같은 상황임에도 다르게 취급받았다는 점과 그러한 차별이 인종, 종교, 헌법상 권리행사 등과 같이 받아들일 수 없는 근거에 기반을 두고 있다는 점을 입증해야 하는데,³²⁾ 다른 변호인들이 라흐만의 소식을 외부에 전한 것은 사실이나 피고인과는 달리 라흐만의 정전협상 철회 사실을 언론에 공표한 것은 아니고 피고인과 같이 폭력행위를 선동하는 내용에 이르는 정도는 아니기 때문에 서로 다른 사안이므로 결국 피고인에 대한 기소는 차별적인 기소가 아니라고 판단하였다.

다음으로 피고인은 검찰이 2002. 4. 제기된 1차 기소에 외국테러단체 지원음모(18 U.S.C §2339B)를 포함하였다가 피고인들의 위헌성 주장이 원심법원에 의해 받

29) *United States v. Gouveia*, 467 U.S. 180, 192, 104 S.Ct. 2292, 81 L.Ed.2d 146 (1984).

30) *United States v. Solomon*, 688 F.2d 1171, 1179 (7th Cir., 1982) (동 판결에서는 3년 6개월이 소요된 국제청의 조사기간은 합법적이라고 판시하고 있다.)

31) 수감 중인 라흐만은 법무부로부터 통신·접견이 제한되는 특별행정처분(SAMs, *Special Administrative Measures*)을 받았다. SAMs이란, 고위험 수감자에게 부과하는 특수한 통신·접견 제한조치인 바, 라흐만에게 부과된 조치는 ① 통신 및 접견을 처와 변호인으로 제한하고, ② 변호인을 통한 제3자와의 접촉을 금지하는 것이었다. 특히 변호인을 통한 외부 접촉 금지는 변호인을 통하여 테러단체에 정보 또는 지시를 전달하는 것을 방지하기 위함이었다.

32) *Harlen Assocs. v. Inc. Vill. of Mineola*, 273 F.3d 494, 499 (2d Cir., 2001) ; *United States v. Fares*, 978 F.2d 52, 59 (2d Cir., 1992); *United States v. Moon*, 718 F.2d 1210, 1229 (2d Cir., 1983), cert. denied, 466 U.S. 971, 104 S.Ct. 2344, 80 L.Ed.2d 818 (1984).

아들여지자 2003. 11. 29. 2차 기소(superseding indictment)에서 테러행위음모(18 U.S.C. §956)로 변경한 것은 피고인에 대한 보복적인 기소(vindictive indictment)라고 주장하였다.³³⁾ 이에 대해 재판부는 만약 보복적인 동기에서 헌법상 권리를 행사하는 자를 처벌하기 위한 목적의 기소라면 위헌이라고 할 것이나, 우선 검찰은 넓은 범위의 기소 재량권을 갖고 있어 일응 합법적인 것으로 추정되는 바, 이 건에서 검찰의 기소가 피고인의 위헌성 주장에 대한 직접적이고도 부당한 형벌을 부과한 것과 같다고 평가될 정도는 아니라는 이유로 피고인의 주장을 배척하였다.

우리의 경우에는 국가보안법위반이나 불법집회 사건에서 이른바 선별기소가 공소권남용에 해당한다는 주장이 종종 제기되기도 하였다.³⁴⁾ 일부 하급심에서는 항소심판결 선고 이후 누락된 사건에 대한 새로운 공소제기가 공소권남용에 해당한다는 판결을 선고한 바도 있다.³⁵⁾ 테러에 대한 사전적 예방으로서 테러 예비, 음모 사건을 적발하기 위해서는 장기간의 은밀한 내사(수사)가 필요하고 또 수사역량의 물적, 인적 제약으로 인해 수사나 기소의 범위에 있어서 한계가 있을 수밖에 없으므로 공판과정에서 기소재량의 자의적인 행사가 주장되고 다뤄질 여지가 많다. 이에 관한 충분한 논의가 이루어지지 못한 우리의 실무에서는 이와 같은 미국의 선례들이 참고가 될 것이다.

2. 테러 예비·음모·방조죄의 문제

테러사건이 무고한 일반인들을 대상으로 하며 피해의 규모가 막대하므로 불법이 매우 중하다는 점과 피해회복이 매우 곤란하다는 특징을 갖고 있으므로 대테러대책

33) 피고인은 그 이유로 첫째, 테러행위 음모는 무기징역까지 가능하여 더 중한 범죄라는 점, 둘째, 원래 처음부터 가능했던 기소인데 2차 기소에서 새롭게 추가한 점을 들고 있다.

34) 이창호, “최근 국가보안법 남용사례와 형사법적 대응”, 민주법학 제43권(2010), 501면 이하

35) 부산고법 1994. 9. 7. 선고 93노1497 판결. 그러나 대법원에서 파기환송되었다. (대법원 1996.2.13. 선고 94도2658 판결) 대법원은 “피고인이 관련사건과 병합하여 재판을 받지 못하게 되는 불이익을 받게 되었다고는 하나, 검사가 항소심 판결 선고 이후에 이 사건 공소를 제기한 것이 검사의 태만 내지 위법한 부작위에 의한 것으로 인정되지 아니하며 피고인으로서... 병합하여 재판을 받을 수 있도록 변론기일의 속행 내지 선고기일의 연기를 신청할 수 있었을 터인데 아무런 조치를 취하지 아니한 채 관련사건에 대하여 확정판결을 선고받았으므로 이 사건 공소에 대하여 별도로 재판을 받는데 대하여 피고인에게 아무런 책임이 없다고도 볼 수 없다”고 판시하고 있다.

은 사후수습 뿐만 아니라 사전에 이를 어떻게 탐지하고 예방할 수 있는가의 문제로 연결되는 것은 매우 당연한 일이다. 즉, 가벌성을 실제 테러행위 이전 단계로 앞당기게 됨으로써 상당수의 테러사건들이 테러 예비·음모행위에 해당하게 된다.³⁶⁾ 그런데 예비·음모행위는 실행의 착수 이전에 다양한 형태로 나타나므로 범행의 주체를 특정하는 문제나, 단순한 범행합의를 넘은 외부적 행위의 존재 여부 등과 관련된 많은 법적인 문제점을 야기하게 된다. 미국 테러사건에서도 이와 관련된 여러 가지 법적인 쟁점들이 제기되었음을 볼 수 있는 바, 다음과 같은 세 가지 문제로 요약해 볼 수 있다.

가. 음모행위의 특정 정도 및 외적 행위(overt act)의 문제

‘소말리아 난민의 테러단체 지원 음모 사건’에서 피고인은 자신에게 제기된 두가지 음모죄 공소사실이 충분히 특정되지 않았다고 주장하였다.³⁷⁾ 피고인이 모의한 물질적 원조가 무엇인지, 테러 대상이 무엇인지, 모의가 이루어진 날은 언제인지 등이 특정되지 않았으므로 공소제기가 위법하다고 주장하였다. 이에 대해 재판부는 음모죄에 있어서 음모의 ‘존재’ 자체가 중요한 것이지, 더 나아가 언제, 어떻게 음모가 이루어졌는지, 언제 당사자가 합의에 이르렀는지 재판 전에 구체화할 필요는 없으며³⁸⁾ 음모의 당사자가 누구인지 그 정체를 구체화할 필요도 없으므로³⁹⁾ 피고인의 주장은 근거가 없다고 배척하였다.

36) 이 문제는 단지 테러사건과 같은 개별사건에서 접근하지 않고 거시적으로 ‘위험사회’에 관점에서 논의되기도 한다. 이를 현대 위험사회에서의 가벌성의 전치화(Vorverlagerung der Strafbarkeit) 또는 전단계 범죄화(Vorfeldstrafe)라고 한다. 자세한 논의는 김재윤, “위험사회라는 사회변화에 대한 형사법의 대응”, 비교형사법연구, 제12권 제2호(2010.12), 264면; 이재일 “현대 위험사회와 위험형법에 대한 비판적 고찰 : 위험사회에서의 형법적 가벌성 확장의 경향과 관련하여”, 법과 사회 제47호(2014), 77면 이하 참조

37) 두가지 공소사실은 ①1997년 하반기부터 2003. 11. 27.까지 오하이오주 남부 및 불상지에서 불상자들과 함께 테러단체들의 살인, 납치 등에 이용될 것을 알면서 테러단체들을 물질적으로 원조할 것을 음모하고[18 U.S.C §2339A, 18 U.S.C §371, 18 U.S.C §956], ②1997.말, 1998.초부터 2003. 11.까지 외국테러단체(Foreign Terrorist Organization)로 지칭된 알카에다를 물질적으로 지원할 것을 음모하였다[18 U.S.C §2339B]는 것이다.

38) United States v. Strawberry, 892 F.Supp. 519, 526 (S.D.N.Y. 1995).

39) Rogers v. United States, 340 U.S. 367, 375, 71 S.Ct. 438, 95 L.Ed. 344 (1951).

그밖에 피고인은 자신에게 제기된 음모죄 혐의와 관련하여 검찰에서 제기한 외적 행위에 문제가 있음을 지적하였다. 피고인이 1997년 말이나 1998년 초부터 2003년 11월까지 외국테러단체로 지정된 알카에다를 물질적으로 지원할 것을 음모했다는 것에 관한 외적 행위로 제시된 것은 1999. 4. 27. 피고인의 허위 해외여행서류 신청 행위였다. 그런데, 알카에다가 외국테러단체로 지정된 것은 그 이후인 1999. 10. 8. 이므로 피고인의 물질 지원 혐의는 당시로서는 적법한 것이 된다는 것이다. 이에 대해 검찰은 “근거조항인 연방법 제2339B조(테러단체 물질 지원음모)에 의하면 음모죄의 성립에 있어서 외부적 행위가 요구되지 않는다”고 주장한다. 법원은 이와 유사한 조항인 연방법 제371조와 비교할 때 제2339B조는 외적 행위를 필요로 하지 않는다고 해석된다면서 검찰의 주장을 지지하였다.⁴⁰⁾ 또한 공소사실 자체를 보아도 음모 행위는 알카에다가 테러단체로 지정된 이후인 2003. 11.까지 계속되고 있으므로 음모죄 성립에는 아무런 지장이 없다고 판단하였다.

해당 법조가 어떤 내용과 형식으로 구성되어 있는지가 음모죄의 요건 해석에 영향을 미치겠으나, 테러범죄에 대한 사전예방은 테러위험인물에 대한 정보수집과 더불어 예비·음모죄 수사로 집중할 수밖에 없다는 테러범죄의 속성과도 연결되는 문제이므로 우리의 테러방지법을 적용한다고 하더라도 이와 유사한 문제가 제기될 수 있다.⁴¹⁾ 우리 대법원은 음모죄의 성립요건으로 ① ‘객관적으로 확인되는 특정범죄를 향한 범행의지’와 ② ‘실질적 위험성’ 두 가지를 제시하고 있으나,⁴²⁾ 예비·음모의 개

40) 제371조는 “If two or more persons conspire either to commit any offense against the United States, or to defraud the United States, or any agency thereof in any manner or for any purpose, and one or more of such persons do any act to effect the object of the conspiracy, each shall be fined under this title or imprisoned not more than five years, or both”임에 반해 제2339B조는 “[W]hoever knowingly provides material support or resources to a foreign terrorist organization, or attempts or conspires to do so, shall [be guilty of a crime].”라고만 규정한다. 그런데, 일반적으로 예비·음모죄는 단순히 범행의 의사나 또는 계획만으로는 부족하고 객관적으로 보아서 살인죄의 실현에 실질적으로 기여할 수 있는 외적행위가 필요하다는 점에 비추어 보면 문제가 있다. 이 공소사실은 유죄인정협상 과정에서 모두 취소되었다.

41) 대법원은 이석기 내란음모 사건 판결에서 “어떤 범죄나 어떤 범죄를 실행하기로 막연하게 합의한 경우나 특정한 범죄와 관련하여 단순히 의견을 교환한 경우까지 모두 범죄실행의 합의를 있는 것으로 보아 음모죄가 성립한다고 한다면 음모죄의 성립범위가 과도하게 확대되어 국민의 기본권인 사상과 표현의 자유가 위축되거나 그 본질이 침해되는 등 죄형법정주의 원칙이 형해화될 우려가 있으므로, 음모죄의 성립범위도 이러한 확대해석의 위험성을 고려하여 엄격하게 제한하여야 한다”고 판시하고 있다.(대법원 2015.1.22. 선고 2014도10978 전원합의체판결)

념상 그 기준은 추상적이고 모호할 수 밖에 없으며 특정 사건에 따라 구체적으로 판단할 수 있을 뿐이다.⁴³⁾ 이와 관련하여 ①음모참여자들 각자의 고의와 범행목적 등 범행의지가 서로 결속되어 있어야 하며, ②음모자들 스스로도 통제가 불가능한 인과과정이 개시되어야 하고, ③이것이 모두 객관적으로 확인되어야 한다는 등 보다 구체성을 띤 기준이 제시되기도 하나,⁴⁴⁾ 테러사건에서는 테러단체 가입, 지원과 같은 외적으로 드러나기 어려운 고도의 은닉성이 내재되어 있으므로 다른 범죄와 같은 기준으로 실질적 위험성과 외적행위를 엄격히 판단하는 것은 문제가 있다고 볼 수 있다.⁴⁵⁾

나. 테러 방조행위 - ‘물질적 지원행위’(material support) 해석 문제

‘변호사 테러방조(지원) 사건’에서 피고인이 테러단체(AI Ga'ama)의 정신적 지도자의 정전협상에 대한 의견을 전해 듣고 이를 테러단체에 전달한 행위에 대해 피고인은 단순한 의사표시(pure speech)를 조력하였을 뿐 물질적 지원의 한 형태인 인력(personnel)을 제공한 것은 아니라고 주장하였다. 이에 대해 재판부는 테러단체의 정신적 지도자라는 라흐만의 지위를 고려하면 이집트 정부와 테러단체간의 정전협상에 대한 라흐만의 의견표명은 단순한 표현이 아니라 폭력행위의 지시나 다름없으므로 법률상 보호되는 표현이 아니며, 그러한 표현을 제공한 것은 인력을 제공한

42) 한정환, “예비·음모죄의 성립요건, 적용기준”, 법조 제633권(2009.6), 169면

43) 대법원은 살인 청부업자들을 고용하면서 그들에게 대가의 지급을 약속한 경우 살인죄의 실현에 실질적으로 기여할 수 있는 외적행위가 있었다고 볼 수 있다는 이유로 살인예비죄의 성립이 인정했으나(대법원 2009.10.29. 선고 2009도7150판결), 전역후 은행이나 현금수송차량을 탈자는 말을 나눈 군인들이 탄통을 은닉하였다가 발각된 사건에서 그 범행합의에 실질적인 위험성이 인정되기 어렵다는 이유로 강도음모죄의 성립을 부인했으며(대법원 1999.11.12. 선고 99도3801판결), 내란 음모사건에서는 “회합 참석자들이 전쟁 발발시 대한민국의 체제를 전복하기 위하여 구체적인 물질적 준비방안을 마련하라는 발언에 호응하여 선전전, 정보전, 국가기간시설 파괴 등을 논의하기는 하였으나, 1회적인 토론의 정도를 넘어서 더 나아가 내란의 실행행위로 나아가겠다는 확정적인 의사의 합치에 이르렀다고 보기는 어려운 만큼, 회합 참석자들이 형법상 내란음모죄의 성립에 필요한 ‘내란범죄 실행의 합의’를 하였다고 할 수는 없다”는 이유로 내란음모죄의 성립을 부정하였다. (위 2014도10978 전원합의체 판결)

44) 한정환, 앞의 논문, 170면

45) 이와 같은 이유로 미국의 법원들이 “음모가 이루어진 과정과 당사자에 대해 구체화할 필요가 없다”는 취지로 판시하고 있는 것으로 보인다.

것으로 보아야 한다고 판단하였다.

우리 테러방지법은 방조행위라고 할 수 있는 테러에 대한 물질적 지원 행위를 독립된 구성요건으로 규율하고 있는데 어떤 행위가 이러한 물질적 지원 행위에 해당될 것인가에 대해 논란의 여지가 있다. 미국의 경우 ‘테러에 대한 물질적 지원죄’의 근거법령인 18 U.S.C §2339A는 ‘물질적 지원’의 형태를 자금 뿐만 아니라 훈련, 숙소, 은신처, 전문적 조언, 무기, 신분증명서, 인력, 교통 등을 제공하는 것까지 다양하고도 구체적으로 명시하고 있으나⁴⁶⁾ 우리 테러방지법 제17조 제2항은 “테러자금임을 알면서도 자금을 조달·알선·보관하거나 그 취득 및 발생원인에 관한 사실을 가장하는 등 테러단체를 지원한 사람은 10년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다”고 규정하고 있어 자금이나 재산 이외의 형태로 지원했을 경우 논란이 발생할 여지가 있다. 테러행위에 이른 경우에는 해당 행위의 방조범으로 의율할 수 있겠으나, 그 단계에 이르지 않은 상태에서 발각된 테러단체 지원행위에 있어서는 지원형태에 따라서 가벌성의 차이가 존재하게 되므로 보완이 필요하다.

다. 테러행위의 주체(테러범)를 특정하는 방법에 관한 문제

테러범죄는 은닉성과 은밀성이 내재되어 있으므로 사전에 테러범죄의 주체를 확인하는 것은 용이하지 않다. 통상 테러범을 구분해내고 특정할 수 있는 요소로서 행위적인 측면의 단서로는 유사 군사훈련, 의심스러운 문서, 밀수행위 등이고, 테러범의 특성과 관련한 측면으로는 연령, 교육, 심리적 특성, 인종, 종교, 경제적 배경, 신체적 특성, 여행 패턴, 인터넷 사용 흔적 등이 거론되고 있다.⁴⁷⁾ ‘파키스탄 테러단체 지원음모 사건’에서 피고인들의 범행주체성을 인정하는 주요 사실이 피고인들이 서바이벌 게임(페인트볼 게임)을 통해서 전쟁훈련을 했다는 점이었다. 이 사건에서

46) “the term ‘material support or resources’ means any property, tangible or intangible, or service, including currency or monetary instruments or financial securities, financial services, lodging, training, expert advice or assistance, safehouses, false documentation or identification, communications equipment, facilities, weapons, lethal substances, explosives, personnel (1 or more individuals who may be or include oneself), and transportation, except medicine or religious materials”

47) Edwin Bakker, 앞의 책, 142면

피고인들은 무슬림으로서 친하게 지낸 것은 사실이지만, 파키스탄 이슬람 무장단체인 LET에 대해서는 잘 알지 못하며 더욱이 미국의 우방국인 인도에 맞서 폭력적인 지하드(성전)을 펼치거나 아프가니스탄 탈리반과 함께 미국과 싸우려는 의사가 전혀 없었고 또한 함께 서바이벌 게임을 즐긴 것은 사실이지만 이는 전쟁훈련 목적이 아니며 단지 재미나 건강증진 목적에 불과했다고 주장한다.

재판부는 피고인들에 대한 직접 또는 정황적 증거들이 보편적인 관점에서 볼 때 유죄를 인정할 만한 합리적인 결론을 정당화할 수 있는 것인지, 증인들의 증언이 충분한 신빙성을 가지는 것인지를 판단해야 한다고 한다. 특히 내심의 의사는 객관적 사실에 의존하여 판단한다는 원칙을 재확인하면서 공범들의 상호자백, 피고인들이 주고받은 이메일 내용, 인터넷 접속기록, 출입국기록, 비자발급 기록, 물품 구매 내역 등을 토대로 피고인들의 범행 고의를 인정하였다.⁴⁸⁾ 특히, 피고인 압둘라힘에 대해서는 체첸 관리와의 이메일 내용(지하드를 수행하는 것이 무슬림의 의무라는 취지), 지하드에 관한 인터넷 게시판에 올린 글이 중요 증거로 채택되었다. 피고인 채프만은 해병대 복무 기록들을 반박 증거로 제시하였으나, 피고인이 서바이벌 게임이 지하드 훈련이라고 설명했다는 등의 공모자들의 여러 진술들이 중요 증거로 작용하였다. 또한, 피고인 칸은 자신이 서바이벌 게임의 구성원이 아니며 파키스탄(LET)방문이 망부의 유산에 관한 소송출석때문이라고 변명하였으나 공모자들의 진술에 의해 LET에 관여한 사실이 재판부에 의해 인정되었다. 이와 같이 일반 강력범죄와 마찬가지로 테러범죄에 있어서는 범죄유형과 특성을 분류하여 체계화한 소위 ‘프로파일링’이 수사기법상 중요하다고 하겠다.⁴⁹⁾

48) 특히, 피고인들과 함께 서바이벌 게임(포인트볼 게임)을 함께 한 공모자들은 “지하드를 수행하기 위해 훈련목적으로 서바이벌 게임을 하는 그룹을 피고인들과 함께 결성하였고, 활동을 비밀로 하기로 하면서, 함께 체첸에서의 폭력적 지하드활동에 대해 토론하고 전쟁영상을 비밀리에 공유했다”는 취지로 진술하였다. 피고인들은 서바이벌 게임 전문가를 증인으로 신청하여 피고인들의 게임 전략 중 군사적 전술은 게임의 일부일 뿐이라고 증언하도록 하자, 검찰측은 해병대 교관을 증인으로 신청하여 해병대 훈련도구로서 서바이벌 게임을 이용하고 있다는 증언을 받아내 이를 반박하기도 하였다.

49) Edwin Bakker, 앞의 책, 143면; 요즘 유럽에서는 IS세력이 약화되면서 IS에 가담했다가 귀국하는 자국민들에 대한 처리문제가 논란이 되고 있는 바, 그들 대부분 “잠시 시리아에 여행갔다가 머물게 된 것을 우회한다”는 취지로 변명을 하고 있어 수사기관은 그들의 휴대전화, SNS 사진, 게시물 등을 중심으로 가담 사실에 대한 증거를 수집하고 있다고 한다. (“Civil liberties vs. security as jihadists come home” New York Times 2016. 4. 27.자)

3. 함정수사의 적법성

앞서 살핀 바와 같이 테러범죄에 대한 대응방식은 위협적인 테러행위가 발생하기 이전에 이를 막기 위한 예방적이고 선제적인 방법을 택하는 것이 주효하며 이러한 방식은 적법절차의 엄격한 통제를 받는 사후적 범죄 수사방식과 다른 형식을 가질 수 밖에 없다. 특히 예비, 음모 단계에 대한 수사에 있어서 효과적인 법집행 기관의 무기는 잠입수사요원(undercover)이나 비밀정보원(informant)의 활용이다.⁵⁰⁾ 잠입 수사요원의 활용을 통해 범행을 적발하는 방식은 소위 ‘함정수사’(entrapment)의 방식을 갖게 되는데 미국은 ‘뉴버그 공항테러 음모사건’과 같이⁵¹⁾ 이러한 함정수사를 폭넓게 인정하고 있다. ‘뉴버그 공항테러 음모사건’에서 피고인들은 수사기관의 함정수사에 대해 과도한 국가기관의 행위(outrage government conduct)로서 적법절차 위배라고 주장하였다. 이에 대해 제2연방항소법원은 함정수사의 적법성을 심도있게 다루었다.

가. 함정수사의 적법성 요건

피고인의 함정수사의 항변(entrapment defense)이 인정되기 위해서는 두가지 요건이 필요하다. 첫째, 수사기관이 피고인을 범죄에 유인해야 한다.(government inducement of the crime) 둘째, 범죄행위에 관여할 경향이 피고인에게 존재하지 않았어야 한다.(a lack of predisposition on the part of the defendant to engage in criminal conduct)⁵²⁾ 여기에서 ‘경향’(predisposition)은 함정수사의 항변에서 중요

50) 윤민우·윤해성, “미국 수사기관과 정보기관의 법집행 및 정보활동에 대한 사례 연구”, 가천법학 제8권 제4호 (2015.12.31.), 85면

51) 잠입수사요원인 후세인은 2008년 6월 FBI의 지시로 뉴욕 북부 뉴버그(Newburgh)에 있는 모스크에 다니면서 피고인 크로미티를 비롯한 피고인들 4명과 친분을 쌓게 되었다. 그러던 중, 극빈층인 피고인 크로미티가 미국과 유대인들에게 적대적인 모습을 보이면서 순교자로 죽고 싶다는 말을 하자 후세인은 자신을 파키스탄의 테러단체인 Jaish-e-Mohammed(JeM)의 대표로 소개하면서 후세인과 피고인들은 뉴버그 공항 미사일 공격, 유대교 회당 폭파 모의를 진행하였다. 2009. 5. 20. FBI로부터 받은 가짜 스팅거 미사일을 적재한 차량을 운전하여 공항 인근에서 테러를 준비하다가 체포되었다. (<https://archives.fbi.gov/archives/newyork/press-releases/2009/nyfo052009.htm>)

52) Mathews v. United States, 485 U.S. 58, 63 (1988); Sherman v. United States, 356 U.S. 369, 376-78 (1958).

한 요소로서 피고인이 단지 부주의했을 뿐이나 아니면 자신을 범죄실행의 기회에 즉각 활용될 수 있도록 정도에 이르도록 했느냐는 것이다.⁵³⁾ 수사기관이 피고인에게 범죄행위에 이르도록 유인했다는 점에 대한 입증책임은 피고인이 부담하나,⁵⁴⁾ 피고인에게 범죄경향이 있었다는 점은 검찰측이 입증책임을 부담하게 된다.⁵⁵⁾

피고인의 범죄적 경향을 입증하기 위해서는 다음 3가지 중 하나가 인정되면 된다. 첫째, 유사한 범죄행위가 진행 중인 경우, 둘째, 피고인에게 이미 범죄의도가 형성되어 있는 경우(*already formed design*), 셋째, 범죄유인에 즉각적으로 협력(*ready compliance*)하는 경우 등이다.⁵⁶⁾ 첫째 경우와 셋째 경우는 비교적 외부적 행위에 의해 입증이 어렵지 않으나 둘째 경우 즉, ‘이미 형성된 범죄의도’가 무엇인지에 대해서는 불분명하다. 보통은 구체적이고 특정화된 범죄의도라기 보다는 훨씬 일반적인 형태의 넓은 범죄의도면 충분하다고 설명된다.⁵⁷⁾ 이를 테러사건에 적용한다면, 범죄자에게 어떤 특정한 범죄 형태를 마음속에 두고 있을 필요가 없으며 넓은 형태의 범죄 의도 즉, 한 국가의 이해관계를 해하려는 의사가 있다는 정도만 입증할 수 있으면 범죄자가 내세우는 ‘합정수사의 항변’을 무력화할 수 있다는 결론에 이르게 된다.⁵⁸⁾ 그렇다면 ‘이미 형성된 범죄의도’를 입증할 수 있는 증거자료는 무엇이 있을까? 수사기관과의 접촉 ‘전’에 있었던 범죄자의 언동은 당연히 이를 입증할 증거가 된다.⁵⁹⁾ 그런데 수사기관과의 접촉 ‘후’에 나타난 범죄자의 언동은 범죄자의 ‘이미 형성된 범죄의도’라고 보기 어렵기 때문에 이것이 수사기관의 유인과는 관계없이 독립적으로 나타난 범죄자의 언동이라는 전제하에서 입증자료가 될 수 있다.⁶⁰⁾

53) *Mathews v. United States*, 485 U.S. 58, 63 (1988)

54) *United States v. Bala*, 236 F.3d 87, 94 (2d Cir., 2000); *United States v. Williams*, 23 F.3d 629, 635 (2d Cir., 1994).

55) *United States v. Al-Moayad*, 545 F.3d 139, 153 (2d Cir., 2008); *Bala*, 236 F.3d at 94.

56) *United States v. Al Kassar*, 660 F.3d 108, 119 (2d Cir., 2011); *Al-Moayad*, 545 F.3d at 154; *United States v. Salerno*, 66 F.3d 544, 547 (2d Cir., 1995); *United States v. Harvey*, 991 F.2d 981, 992 (2d Cir., 1993).

57) *Sherman v. United States*, 356 U.S. 369 (1958).

58) 이는 제2연방항소심 재판부의 다수의견으로서 피고인의 합정수사의 항변을 배척한 주요 논리가 되는데, 이에 대한 재판장 Jacobs판사의 반대견해가 있다.(주 64. 참조)

59) *Jacobson v. United States*, 503 U.S. 540, 549 (1992)

60) *Jacobson*, 503 U.S. at 550; *United States v. Squillacote*, 221 F.3d 542, 565-66 (4th Cir., 2000)

나. ‘뉴버그 공항테러 음모사건’에서의 함정수사 항변

피고인들은 원래 범죄의도가 없었는데 수사기관의 유인에 의해 범죄에 이른 것 뿐이라고 주장한다. 먼저 유인행위(inducement)의 존재에 관하여 재판부는 잠입수사요원인 후세인이 피고인 크로미티에게 테러계획을 구체적으로 제시하고 (가짜)폭탄과 미사일을 공급해 주었으며 또한 25만달러의 자금, 차량, 7만달러 상당의 이발소 등을 제공하고, 2주간의 여행 등 각종 비용을 부담한 것은 명백히 범죄유인 행위라고 판단하였다.⁶¹⁾

다음으로 피고인에게 범죄 경향(predisposition)이 있었는지 여부에 대해 3가지 요소 가운데, 본건에 있어서는 피고인이 유사한 범죄행위를 진행하고 있었다거나 범죄유인에 즉각적으로 따르는 행동을 보이지는 않았던 것은 명백하므로 피고인에게 범죄유인 이전에 ‘이미 형성된 범행의도’(already formed design)가 있었는지가 문제된다. 증거자료에 의하면⁶²⁾ 후세인이 피고인 크로미티를 처음 만났을 때 피고인은 “순교자처럼 죽고 싶다. 미국에 무언가를 하고 싶다”라면서 하늘을 향해 오른손 집게 손가락을 하늘로 향했다고 한다.⁶³⁾ 1심 재판의 배심원들은 이를 피고인 크로미티가 자살폭탄 공격을 할 의사를 가지고 있었다는 것으로 해석했다. 재판부는 피고인의 이러한 언동을 잠입수사요원의 범죄유인 이전에 보여준 핵심적인 언동으로서 피고인에게 이미 범죄의도가 있었다는 점을 결정적으로 보여주는 증거로 판단하였다. 그리고, 그 후 후세인과의 만남이 본격화되면서 이루어진 피고인의 언동들(파키스탄 테러단체인 JeM 회의에 참여하자는 제안만 했는데도 JeM에 가입하고 싶다고 답하고, 총과 미사일을 구입하고 싶거나 공격목표를 정하자는 후세인의 제안에 스투어트 공항을 목표물로 제시하는 등)에 대해서도 재판부는 후세인의 범죄유인과는 독립적인 언동으로 보아야 하며 피고인의 범죄 경향을 인정하는 자료가

61) 후세인은 법정에서 “FBI가 어떻게 지시했나요?”라는 질문에 “FBI는 크로미티에게 좀더 가까이 다가가서 기회를 봐서 좀더 부담을 주고 그가 어떻게 나오는지 보라고 했습니다”라고 증언하였다.

62) FBI는 증거수집을 위해 후세인에게 비디오 촬영과 녹음장치가 되어 있는 주택을 제공했고 후세인 차량에도 녹음 장비를 두었고, 이를 통해 잠입수사요원과 피고인들의 대화내용은 대부분 녹음되어 증거로 제출되었다.

63) 성전(지하드)을 통해 무엇인가 무슬림으로서의 역할을 하고 싶다는 것을 알라 앞에서 맹세하는 의미로 해석된다.

된다고 보았다.⁶⁴⁾

다. 수사기관의 과도한 개입의 적법절차조항 위반 여부

피고인들은 합정수사의 항변과는 별도로 수사기관의 지나치고 과도한 수사방식은 헌법상 적법절차 조항을 위배하므로 위법하다는 주장을 하기도 하였다. 이러한 적법절차 위반 주장은 연방대법원의 Hampton 판결에 근거한 것으로 연방대법원은 피고인이 “범죄 경향을 갖고 있어서 범행에 이르렀다 하더라도 과도한 수사기관의 행위는 유죄의 성립을 방해할 수 있다”고 판시한 바 있다.⁶⁵⁾ 합정수사의 항변이 피고인의 범죄 경향에 초점을 두는 것임에 반해 적법절차 주장은 수사기관의 수사활동에 초점을 두는 것이다.⁶⁶⁾ 그런데, 이러한 적법절차 주장은 수사기관이 피고인을 강요하거나 인격을 침해하는 정도에 이를 때 인정되는 것으로⁶⁷⁾ 피고인들이 자주 제기하지만 받아들여지는 사례는 거의 없다고 알려져 있다.⁶⁸⁾

본 건에 있어서 피고인들이 수사기관의 합정수사가 헌법상 적법절차를 위반한다고 주장하는 근거는 첫째, 수사기관(FBI)이 범행계획을 수립하는데 있어서 중요한 역할을 했다는 점, 둘째, 피고인들의 신앙심을 이용했다는 점, 셋째, 피고인 크로미티와의 우호관계를 이용했다는 점, 넷째, 과도한 금품과 혜택을 제공하면서 범행으

64) 그런데 이 점에 대한 제이콥스(Jacobs) 재판장의 반대견해는 주목할 만하다. 제이콥스 판사는 합정수사의 적법성을 인정하는 요건중 하나인 ‘이미 형성된 범행의도’에 대해 반박한다. 다수의견이 특정적 범행의도에 이르지 않는 일반적인 형태의 넓은 범행의도로 충분하다고 하나 ‘넓은 범행의도’라는 말 자체가 아직 범행의도가 형성되어 있지 않다는 의미이므로 모순적인 해석이며 보통 범죄인에게 범행의도가 이미 있었다고 점을 인정하는 증거 자료들은 대부분 불평이나 불만 섞인 언동에 불과한 예가 많아서 입증에 어려운 경우가 많다는 것이다. 본 건에 있어서도 피고인 크로미티가 후세인을 처음 만나 “순교자처럼 죽고 싶다. 미국에 무언가 하겠다”는 말을 했다고 하지만 이는 단지 허풍(big talk)에 불과하여 범행의도가 이미 형성되어 있었다고 보기 어렵다면 피고인 크로미티의 ‘합정수사 항변’을 받아들이는 의견을 제시한다.

65) Hampton v. Unites States, 425 U.S.484 (1976).

66) United States v. Myers, 692 F.2d 823, 836 (2d Cir., 1982).

67) United States v. Al Kassar, 660 F.3d 108, 121 (2d Cir., 2011).

68) United States v. Schmidt, 105 F.3d 82, 91 (2d Cir. 1997); 이러한 적법절차의 항변은 합정수사의 항변을 보충하고 또 합정의 항변의 본래 기능까지 포괄하는 형태로 발전해 왔으며 아직 양자의 경계가 애매하다는 견해가 있다.[정한중, 합정수사에 대한 미국의 논의와 한국의 판례 및 학설 비판, 비교형사법 연구 제15권 1호(2013), 245면].

로 유인했다는 점 등이었다.

이에 대해 재판부는 첫째, 함정수사에 있어서 피고인에게 범행기회를 만들어주는 것은 적법절차의 한계를 넘는 것이라 볼 수 없고⁶⁹⁾, 둘째, 처음 만났을 때부터 순교자처럼 죽고 싶다는 범행을 암시하는 위험한 발언을 하는 피고인에 대해 수사관으로서 그의 신앙을 수사대상으로 하는 것은 당연하며, 셋째, 성적 유혹의 정도에 이르는 유인행위는 적법절차의 한계를 넘는 것이라고 할 것이지만,⁷⁰⁾ 잠입수사요원 으로서는 어느 정도 범죄자로부터 감정적인 공감을 불러일으키는 행동을 하는 것은 불가피하다고 할 것이며, 넷째, 적법절차의 한계를 넘는다고 평가받을 수 있는 금품의 액수는 범행자채 성격에 비추어 보아 결정될 수 있는 것이라고 할 것인데 만약 소량의 대마 소지 수사에 청부살인을 할 정도의 금품을 주는 것이라면 지나친 것이라고 할 것이지만 본건과 같이 공항, 유대교회당 폭파 등의 범죄와 관련된 것이라면 지나친 액수라고 할 수 없다는⁷¹⁾ 등의 논지로 피고인의 주장을 배척하였다.

라. 우리의 함정수사 판례

함정수사의 기본적인 형식은 이미 범행의 경향을 갖고 있는 자를 범죄로 유인하는 것이므로 함정수사는 피고인과 잠입수사요원의 협력에 의해 범행을 구체적으로 창출하는 과정을 보여주게 된다. 따라서 과연 국가기관의 범행 개입이 헌법상 적법절차에 부합하는 것인가라는 근본적인 문제의식으로부터 함정수사의 적법성 문제가 제기될 수밖에 없다. 하지만 종전의 철저한 적법절차에 의한 법집행 방식이 테러, 마약거래, 조직범죄에 대한 수사에서는 무력하다는 점 때문에 적절한 선에서 타협점을 찾는 것으로 해결방법이 모색되었다.⁷²⁾

69) Russell, 411 U.S. at 431-32; Rahman, 189 F.3d at 131.

70) United States v. Cuervelo, 949 F.2d 559, 567-69 (2d Cir., 1991).

71) 참고로, 연방의회의원의 수뢰와 관련된 사건의 함정수사에서 10만달러의 제공은 적법절차 위반이 아니라는 판결 [United States v. Jenrette, 744 F.2d 817, 823-24 (D.C. Cir., 1984)]; 다량의 코카인 공급자 수사를 위해 20만달러를 사용한 것은 적법절차 위반이 아니라는 판결 [United States v. Emmert, 829 F.2d 805, 812 (9th Cir., 1987)]이 있다.

72) 예비, 음모 단계에서의 수사에 있어서 혐의자가 해외에 있어 압수, 수색이 곤란하거나 특정 압수, 수색의 대상을 설정하기가 곤란하다. 또한 범죄의 직접가담사실을 특정하기 어렵고 기타 여러 이유로 현실적으로 영장을 통한 압수, 수색이나 체포, 그리고 전문증거 배제법칙의 적용이 불가능한

‘뉴버그 공항테러 음모사건’의 판결과 같이 미국은 이러한 문제를 실용적이고 현실적인 관점에서 해결하는 듯이 보인다. 미국 일간지 뉴욕타임즈의 보도에 의하면 기소된 테러사건 중 함정수사의 비율이 30%(2014년)에서 45%(2015년)까지 증가하였으며 2015년 2월 이후 IS와 관련되어 기소된 60건 중 40건(67%)이 함정수사에 의한 정도로 함정수사 의존비중이 높아지고 있으나 아직 피고인의 ‘함정의 항변’(entrapment defense)이 받아들인 사례는 없다고 한다.⁷³⁾

우리나라의 경우, 대법원은 “범의를 가지지 아니한 자에 대해 수사기관이 사술이나 계략 등을 써서 범의를 유발하게 하여 범죄인을 검거하는 함정수사는 위법하다는 원칙을 견지하면서 구체적인 사건에 있어서 위법한 함정수사에 해당하는지 여부는 해당 범죄의 종류와 성질, 유인자의 지위와 역할, 유인의 경위와 방법, 유인에 따른 피유인자의 반응, 피유인자의 처벌 전력 및 유인행위 자체의 위법성 등을 종합하여 판단해야 한다”고 판시하고 있다.⁷⁴⁾ 이에 따라 법원이 위법한 함정수사로 판단한 사건은 모두 수사기관이 범행을 적극 권유하는 등 직접 개입한 경우였다.⁷⁵⁾ 또한 수사기관의 개입의 정도와 형식의 문제에 대해서 “수사기관과 직접 관련이 있는 유인자가 피유인자와의 개인적인 친밀관계를 이용하여 피유인자의 동정심이나 감정에 호소하거나, 금전적·심리적 압박이나 위협 등을 가하거나, 거절하기 힘든 유혹을 하거나, 또는 범행방법을 구체적으로 제시하고 범행에 사용할 금전까지 제공하는 등으로 과도하게 개입함으로써 피유인자로 하여금 범의를 일으키게 하는 것은 위법한 함정수사에 해당하여 허용되지 아니한다”고 판시하고 있다.⁷⁶⁾ 만약 이 기준을 뉴버그 공항테러 음모사건에 적용한다면 유인자가 범죄자와 개인적인 친밀관계를 형성하여 범행을 자극하고 유도하며 현금 25만 달러를 범행자금으로 제공한 행

경우가 대부분이다. 더구나 테러조직이나 마피아의 조직원이 자신이 살해당할 위협을 무릅쓰고 범정에 증인으로 출석하거나 수사기관과 협조하기를 기대하기는 어렵다(윤민우·윤해성, 앞의 논문 82면)

73) “F.B.I. increasingly reliant upon stings in fight against ISIS” New York Times 2016. 6. 9.자

74) 대법원 2013. 3. 28. 선고 2013도1473 판결 등.

75) 대법원 2005. 10. 28. 선고 2005도1247 판결 등; 이와 같은 논리에 따라서 비록 범의를 유발하였음에도 위법한 함정수사로 인정되지 않는 사건은 수사기관과 관련없이 유인자가 마약 포상금 획득 등 사적 동기에 따라 독자적으로 범죄자들을 유인한 경우였다.(대법원 2007. 7. 12. 선고 2006도 2339 판결)

76) 대법원 2007. 7. 12. 선고 2006도2339 판결; 대법원 2007. 11. 29. 선고 2007도7680 판결 등

위에 대해 적법한 수사활동이라는 판단을 받기는 쉽지 않을 것이다.⁷⁷⁾ 향후 함정수사 부분은 미국과 같은 다양한 형태의 사례가 축적되면서 실무적으로나 이론적으로 다듬어져야 할 부분이라고 생각된다.

4. 재판의 불공정성 문제 (관할이전)

한 지역의 무고한 다수의 시민에게 피해를 입히는 테러사건의 성격상, 사건초기부터 지역사회에 큰 관심을 불러일으키게 되고 사건의 내용, 진상규명 과정이 언론 보도를 통해 생생히 전달되는 것은 당연한 일이다. 더구나 피해자가 해당 지역민 다수에 해당되는 경우 피고인에 대한 재판은 처음부터 진실과 부합되는지 여부를 떠나 피고인에 대해 선입견과 예단을 갖고 시작할 수 밖에 없는 한계를 갖고 있다. 미국의 경우에는 배심재판 제도를 시행함으로써 피고인에게 불공정한 재판이 될 수 있는 우려가 제기될 가능성은 더욱 높다 하겠다. 미국 전역을 떠들썩하게 했던 ‘엔론 회계부정사건’(일명 Skilling 사건)만 하더라도 피고인은 이러한 이유로 두 번이나 관할이전 신청을 하기도 하였고,⁷⁸⁾ ‘오클라호마 연방정부 테러사건’에서는 인접한 콜로라도주 덴버시로 관할이 이전되어 1심 재판이 이루어지기도 하였다.

‘보스톤 마라톤 테러사건’에서 피고인은 기소 이후 세 차례나 관할이전신청을 제기하였다. 수많은 방송, 행사, SNS 등을 통해 지역사회에 크게 보도되어 지나친 관심이 불러일으켜졌고 지역 사회의 구성원으로 이루어진 배심원들에게 피고인에 대한 불리한 편견이 형성되었으므로 결국 그러한 배심원들의 평결에 따라 선고될 법원의 판결은 피고인에게 불공정한 재판이 될 수밖에 없다는 취지였다.

재판부는 ‘엔론 회계부정사건’에서 제시된 기준에 따라 판단을 시도하였다. 동 판결에서 대법원은 관할의 적정성을 판단함에 있어서 4가지 요소를 고려해야 한다고 한다. 지역사회의 규모와 성향, 사건에 대한 여론의 관심 정도, 범행과 재판 사이의

77) 이 사건에서 피고인의 ‘함정수사의 항변’을 받아들인 제이콥스 재판장도 이와 같은 수사기관의 개입이 헌법상 적법절차에 위배되는 과도한 정도가 아니라는 다수의견에는 이의를 달지 않는다는 점은 함정수사의 적법성에 대한 미국의 관대한 입장을 드러낸다.

78) Skilling v. United States, 561 U.S. 358, 130 S.Ct. 2896, 177 L.Ed.2d 619 (2010) Enron 사건은 미국의 대규모 회계부정사건으로 최고경영자였던 피고인 제프리 스킬링(Jeffrey Skilling)은 재판 과정에서 두 번이나 관할이전신청을 하였으나 모두 기각되었다.

시간적 간격, 배심원의 결정이 지나치게 편향되었다는 점이 나타나는지 여부 등을 고려해야 한다는 것이다. 첫째, ‘지역사회의 규모와 성향’과 관련하여, 본건에 있어서 배심원이 선정된 지역은 보스턴과 근교의 500만 명이나 되는 다양한 사람들이 거주하는 지역이며 다수의 다양한 매체를 통해 소식을 접하고 있으므로 재판이 불공정할 위험성은 매우 낮다는 평가를 받았다. 관할변경신청이 기각된 *Skilling* 사건에서 배심원 선정지역은 450만명의 휴스톤이었으며, 또한 신청이 기각된 *Rideau* 사건이 발생한 지역은 불과 15만명의 인구의 소도시에 불과하였다.⁷⁹⁾ 둘째, ‘사건에 대한 여론의 관심 정도’와 관련하여, 이 사건은 전국적, 전 세계적으로 관심이 쏠린 사건이므로 다른 지역으로 이송되더라도 어차피 똑같이 언론의 높은 관심을 받았을 것이라는 점, 피고인이 언론의 보도로 인해 재판에 어떤 영향을 미쳤는지에 대한 입증이 부족하고 오히려 언론 보도가 피고인에게 유리하게 작용하기도 하였다는 점⁸⁰⁾에 비추어 피고인의 주장은 이유가 없다고 보았다. 셋째, ‘범행과 재판의 시간적 간격’과 관련하여 범행후 거의 2년이나 지난 시점에서 재판이 개시되어 여론의 영향이나 관심이 줄어든 상태에서 재판이 진행되었다. 넷째, ‘배심원의 편향성’과 관련하여 비록 배심원 모두가 일치하여 모든 혐의에 대해 유죄판결을 내렸다는 사실이 일견 배심원이 여론이 영향을 받았다고 보일 여지도 있겠으나 증거의 증명력, 사건의 중요성을 고려할 때 만장일치의 유죄판결은 자연스럽다고 할 수 있으므로 배심원이 편향성을 보여주었다고 볼 수 없다고 하였다. 연방지방법원과 제1연방항소법원은 위와 같은 취지로 피고인의 신청을 기각하였다.⁸¹⁾

우리 형사소송법 제15조 제2호는 “범죄의 성질, 지방의 민심, 소송의 상황 기타 사정으로 재판의 공평을 유지하기 어려운 염려가 있는 때” 관할이전을 하도록 규정하고 있다. 대법원은 관할이전이 행해지기 위해서는 재판의 공평을 유지하기 어려

79) *Rideau v. Louisiana*, 373 U.S. 723, 726, 83 S.Ct. 1417, 10 L.Ed.2d 663 (1963).

80) 재판과정에서 전국적으로 테러사건의 피해자 회복 기원운동인 ‘Boston Strong’ 운동이 전개됨에 따라 반사적 효과로서 피고인에 대한 적대적인 분위기가 누그러지기도 하였고, 피고인에 대한 사형을 반대하는 집회도 개최되었다.

81) 제1연방항소법원은 “사회적으로 이목을 끄는 사건일수록 미디어의 관심이 높을 수 밖에 없는데, 사건이 외부에 많이 알려졌다는 사실과 편견이 발생했다는 사실을 동일하게 볼 수 없다”는 점을 부기하고 있다. 다만, 이와 같은 다수 의견에 대해 *Torruella* 판사는 “본건만큼 이례적인 상황이 있을 수 있는지 모르겠다”면서 관할 변경이 적절하다는 반대의견을 제시하였다.

은 객관적 사정이 있어야 한다는 취지로 판시한 바 있고,⁸²⁾ 이론적으로는 그 지방의 주민 대부분이 피고인의 범죄행위에 분개하여 수소법원의 법관에게 유형·무형의 압력을 가하는 경우를 예시로 든다.⁸³⁾ 아직은 미국에서와 같은 구체적인 기준이 제시되지 않고 있는 바, 앞서 설명한 바와 같이 ‘엔론 회계부정사건’에서 제시된 4가지 기준요소(지역사회의 규모 및 성향, 여론의 관심도, 범행과 재판사이의 시간적 간격, 배심원의 편향성)는 우리에게도 참고할 만한 기준이라고 생각된다.

5. 증거법 관련 문제들

테러사건은 은밀하게 계획이 수립되고 실행되며, 특히 예비·음모죄는 범죄실행의 의사합의에 의해 성립되므로 어떤 증거에 의해 범행을 입증할 수 있는지에 대한 문제는 다른 범죄수사와 비교할 때 어려움을 더욱 가중시킨다고 할 수 있다. 또한 테러정보를 수집하는 정보활동은 범죄를 포함하여 특정 위협행위가 발생하기 이전에 예방이나 억제 목적을 이루어지는 예방적 또는 선제적 행위이기 때문에 나중에 이러한 정보활동을 통해 수집된 정보가 범집행단계에서 엄격한 법적 기준하에 모니터링되는 과정에서는 문제가 야기될 수 밖에 없다. 즉 범집행 활동과 정보활동의 본질적인 차이에서 증거법상 쟁점을 발생시키는 것이다.⁸⁴⁾

이러한 점으로 인해 주로 테러 예비·음모 사건에서 주로 증거법과 관련된 문제들이 제기되었고⁸⁵⁾ 테러행위 자체를 다루는 사건(보스톤 마라톤 테러사건, 오클라호마 연방정부 폭파사건)에서는 피해자들의 증언들에 대해 관련성이 없거나 편견만을

82) 대법원 1984.7.24.선고 84초45 결정 (검사의 공소장 변경을 허용하였다는 사정만으로 관할이전 사유로서 불공정한 재판을 할 객관적인 사정이 있는 때에 해당하지 않는다는 취지로 판시); 관할이전신청이 인용된 주목할 만한 사례로는 대법원이 2011. 11. 14. 부적절한 법정관리로 기소되어 1심에서 무죄를 선고받은 전 광주지법 판사에 대한 항소심 관할을 공정성을 이유로 광주고법에서 서울고법으로 변경해 달라는 검찰의 신청을 받아들인 사례이다. 그밖에 2006년에 대구지역 변호사의 대구지법 판사들에 대한 명예훼손 사건이 대전지법으로 관할이 이전된 사례가 있으나 당사자의 합의로 공소가 기각된 바 있었다.

83) 백형구, 주석 형사소송법(I) (제4판), 한국사법행정학회, 2009, 74면

84) 윤민우·윤해성, 앞의 논문, 77면 이하

85) 수사 및 공판과정에서 제기된 증거법상 문제들은 피해자 증언의 허용 여부, 위법수집증거의 문제, 테러 전문가 증인의 증인격적 문제, 증거의 관련성 문제 등이다.

야기한다는 이유로 증거능력을 배제해 달라는 정도의 문제 제기만 있었다. 우리나라의 경우라면 내란음모 사건에서 보는 바와 같이 주로 전문법칙과 관련된 쟁점들이 제기되었을 것이지만, 미국 연방증거규칙은 다양한 전문법칙의 예외를 인정하고 있어 이에 관한 문제들은 다투어지지 않았다는 점이 특기할 만하다.

Ⅲ. 결론

앞에서 살펴본 바와 같이 테러범죄는 목적성, 폭력성, 불법성, 수단성, 위험성을 특징으로 한다. 다른 강력범죄와 유사한 듯 보이나 결정적인 차이점은 위와 같은 특징을 복합적으로 갖는다는 점이다. 따라서 개별적인 개인책임을 사후적으로만 추궁하는 고전적인 테러대응방식은 한계를 가질 수 밖에 없고 반사회적 집단에 대한 선제적이고 예방적인 대응이 필요해지는 것이다. 그리고 그 범죄근원에 접근해 나가기 위해서는 예비, 음모 단계의 초기 대응이 불가피해지고 이는 더욱 개인책임을 묻는 고전적인 형사책임 추궁 방식과는 충돌이 이루어지면서 다양한 쟁점들이 파생되는 것이다. 미국의 테러사건에서 피고인이 유죄인정의 절차적인 문제를 다양하게 제기하는 점, 불공정한 재판을 이유로 배심원 선정문제를 제기하거나 관할이전을 신청하는 점이 그 충돌지점에서 발생하는 쟁점들이다. 그리고 사전대응 위주로 테러범죄를 대처하다 보니 공소권 남용 주장, 함정수사의 적법성 시비, 예비·음모죄의 성립을 둘러싼 문제 등이 자연스럽게 산출된다.

사회의 거대 위협을 제거하는 형사법적 기능이 중시되고 있는 현재 위험사회의 흐름 속에서 ‘예방’이 중심이 되고 ‘예방’이라는 관점이 형사정책의 정당성 근거로 사용되고 있고 이러한 상황에서 형법은 ‘행위’가 아니라 ‘행위자’에게 초점을 맞추도록 하고 있는데,⁸⁶⁾ 이러한 점은 테러자금 규제, 위험인물의 출입국규제, 국제적 테러조직에 대한 무력 대응 등 현재의 대테러 정책에 그대로 드러나고 있다. 이러한 점들 때문에 우리도 테러방지법을 제정하여 정보수집활동 중심의 사전예방기능을 강화하는 특례절차를 두고는 있는 것으로 이해될 수 있다.

86) 이재일, 앞의 논문, 78면

다만, 언론의 자유, 개인의 프라이버시, 재산권, 신체의 자유 등 인권을 보장하기 위한 죄형법정주의를 필두로 하는 형사법의 대원칙의 훼손없이 이루어져야 함은 당연하다. 테러범죄가 사회, 경제, 역사적인 복합적인 원인하에 배태되는 것이고, 실제적으로 보더라도 대테러정책에 의해 테러조직을 무력으로 진압하는 것은 결국 새로운 테러조직으로 대체시키는 결과를 가져 왔다는 경험은 이러한 요구를 뒷받침한다. 비록 미국이 9.11테러 이후 ‘테러와의 전쟁’을 선포하고 사전·사후적으로 총력 대응하는 과정에서 많은 문제들을 드러냈다고 하더라도 테러사건 판결에서 드러나듯이 테러범죄의 법적 쟁점들을 헌법, 법률 하에서 계속 포섭해가면서 적법절차 원칙, 죄형법정주의, 평등 원칙 등 우리가 양보할 수 없는 법이론과 조화하려는 노력을 계속하고 있음은 주목할 만하다. 이제 테러방지법 초기 시행단계에 있으면서 테러 사범에 대한 인권 보장적이고도 효율적인 수사체계를 갖추어야 하는 우리에게 주어진 도전과제도 그와 같다고 하겠다.

참고문헌

- 김범식, “테러의 효과적 예방과 척결을 위한 법제도 정비방안”, 비교형사법연구 제16권 제2호(2014).
- 김용주, “테러방지법 제정의 기본방향에 관한 연구”, 경찰학연구 제13권 제3호(2013).
- 김재윤, “위험사회라는 사회변화에 대한 형사법의 대응”, 비교형사법연구 제12권 제2호(2010).
- 문채규, “테러범죄에 관한 한국의 연구현황”, 비교형사법연구 제17권 제4호(2013).
- 박용신·윤해성, “테러개념에 대한 소고”, 한국테러학회보, 제6권 제2호(2013).
- 백형구 등, 주석 형사소송법(I) (제4판), 한국사법행정학회, 2009.
- 윤민우·윤해성, “미국 수사기관과 정보기관의 범집행 및 정보활동에 대한 사례 연구”, 가천법학 제8권 제4호 (2015.12.31).
- 이재일 “현대 위험사회와 위험형법에 대한 비판적 고찰”, 법과 사회 제47호(2014).
- 이창호, “최근 국가보안법 남용사례와 형사법적 대응”, 민주법학 제43권(2010).
- 정한중, “합정수사에 대한 미국의 논의와 한국의 판례 및 학설 비판”, 비교형사법연구 제15권 1호(2013).
- 제성호, “테러방지법의 필요성과 제정방향”, 2015년 한국국가정보학회 연례학술회의(국제테러대응과 국가정보) 자료집 (2015.12).
- 주승희, “21세기 대한민국 안보형사법의 의의, 특성 그리고 위험형법과의 조우”, 형사정책연구 제27권 제3호 통권 제107호 (2016.7)
- 한정환, “예비·음모죄의 성립요건, 적용기준”, 법조 제633권(2009.6).
- 황문규, “테러방지법상 정보활동의 범위와 한계”, 경찰법연구 제14권 제1호(2016).
- Antonio Cassese, 강병근·이재완(역), 국제법(제2판), 삼우사, 2012.
- A. Kurth Cronin, “Attacking Terrorism: Elements of a Grand Strategy”, Georgetown University Press, 2004.
- Edwin Bakker, Terrorism and Counterterrorism Studies, Leiden University Press, 2015.
- <http://www.investigativeproject.org>

Criminal Issues on Terrorism : With focus on the Cases of the US

Kwon, Soon-Chul*

People all over the world are more anxious about terrorism than ever. Terrorism is not simply a problem of today. It can be said that anarchism, anti-colonialism and terrorism by extreme leftists from the 19th century have been replaced by the terrorist attacks by extreme religious groups. However, the Islamic State (ISIS), the most active terrorist group that claims to statehood, controls the homegrown terrorists across the world, engages in continuous and simultaneous terrorist attacks, paralyzing the social system. Under the circumstances, as traditional measures to fight them after they took place reached their limit, counter-terrorism measures with focus on preventing one are being implemented. Accordingly, Korea enacted the Antiterrorism Act on March 2, 2016.

When the Antiterrorism Act and the existing theories about terrorism are examined together, terrorism can be defined as ① exerting illegal physical power ② to manipulate the central and local governments by making general public terrified and ③ ultimately attain specific political, religious and ethnic goals. Compared with general violent crimes, it has coincidental and complex features of purpose, violence, illegality, means and dangerousness.

Since the 9.11 attacks in 2001, the US has accumulated lots of experiences regarding judicial control over terrorism by drastically enhancing its counter-terrorism policy. The analysis on seven selected terrorist attacks including the Boston marathon bombing and the 9.11 attacks showed that doubts were raised over abuse of the prosecution right such as selective and vindictive indictment in the process of trials and investigations on terrorism, legal elements of conspiracy of terrorism, legality

* Supreme Prosecutor's Office / Senior Prosecutor

of entrapment, transfer of jurisdiction caused by unfair trial and so on. It is obvious that the legal system of the US is different from that of Korea. However, the theories on such various issues that were discussed and developed under the due process and due process of law may provide fruitful insight to us in early stage of counter-terrorism. I believe this is the first step toward developing the counter-terrorism policy in our nation under the new Antiterrorism Act.

❖ Key Words: terrorism, counter-terrorism measures, anti-terrorism act, entrapment, selective indictment, vindictive indictment, IS