

間諜罪에 관한 小考

박 상 기*

국문요약

간첩죄는 형법 및 국가보안법에 규정되어 있다. 그러나 간첩죄의 구체적 구성요건을 살펴보면 간첩죄의 보호법익을 보호하기에는 문제점이 많다. 간첩행위의 대상국가, 국가기밀의 개념, 간첩방조행위를 정범행위와 동일하게 취급하여 규정한 것, 동맹국에 대한 간첩행위까지도 동일하게 규정하여 처벌하거나 사형규정을 두고 있는 것이 그 예이다. 그 원인은 간첩죄에 대한 이념적 시각이 강하게 작용하고 있기 때문이라고 본다. 즉 전시상황에서 적국과 우방국을 구별하고 우방에 대한 간첩행위에 대해서도 형법상의 간첩죄를 적용하는 것이다. 본 논문에서는 간첩죄에 대한 간단한 비교법적 검토를 한 다음 현행 형법상의 간첩죄 규정의 문제점을 지적하였다. 군사상의 기밀을 일반적인 기밀까지도 포함시켜 파악하는 관례의 태도나 적국으로 제함으로써 기타 외국에 대한 간첩행위를 처벌할 수 없는 문제점 등을 지적하고 이에 대한 개선책을 제시하였다.

** 연세대학교 법과대학 교수, 법학박사

I. 서론

간첩행위란 일반적으로 특정 사회나 특정 조직 내에서 비밀로 분류된 정보를 탐지하고 획득하거나 이를 누설·전달하는 행위를 의미한다. 그리고 간첩행위는 배후에 국가나 기업과 같은 조직이 조종한다는 점에서 개인차원에서 이루어지는 비밀정보의 탐지·수집행위와 성격이 다르다. 국가이익을 보호하기 위하여 국가기밀을 탐지하여 외국에 알리는 간첩행위를 처벌하는 것은 각국 법제의 공통적인 현상이다. 특히 6.25 전쟁을 경험한 우리로서는 공산주의로부터 국가를 방위하여야 한다는 절대적 명제 앞에서 간첩활동에 대한 형사법적 대응은 세계적으로 보아도 가장 강경한 것이었다고 할 수 있다. 이에 따라 형법은 간첩죄를 포괄적으로 규정하고 있을 뿐만 아니라(제98조) 국가보안법(제4조 제1항 제2호 참조) 역시 이를 규정하고 있다. ‘군사기밀보호법’에서도 군사기밀에 대한 탐지·누설 행위 등을 처벌하고 있다(제11조 내지 제13조, 제15조).¹⁾ 최근에는 ‘산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률’(법률 제8062호 제정 2006.10.27)이 제정되어 군사적 기밀뿐만 아니라 산업기술에 대한 스파이 활동을 처벌하기 위한 규정이 마련되었다. 이는 오늘날 국가 간에 정치적·군사적 목적의 전통적 첩보활동도 중요하지만 산업기술의 확보는 곧 국가경쟁력 내지 국가생존의 문제와 연결된다는 점에서 이를 취득하기 위한 노력은 더욱 치열해지는 현실을 반영한 것으로 볼 수 있다. 그러므로 국가이익과 관련된 기밀이라는 것은 정치·군사·경제 등 전 분야에 걸친 것이라고 할 수 있다.

이러한 국가기밀을 보호하기 위한 법적 장치를 마련하는 데에는 이념적 시각에서 출발하는 것과 국가의 안보상황, 즉 국가이익이라는 실질적 관점에서 수립하는 접근법이 있다고 할 수 있다. 우리나라의 경우 형법 및 국가보안법이 간첩죄를 규정하고 있는 바 그 성격은 이념적 시각이 강하게 작용하고 있는 것이 특색이다. 이로 인하여 간첩죄의 구성요건은 국가이익의 보호라는 목적을 달성하기에 적합하지 않은 것으로 사료되기 때문에 이 글에서는 이러한 형법 및 국가보안법 규정이 현실적으로 타당하

1) 제15조(외국을 위한 죄에 관한 가중처벌) 외국을 위하여 제11조 내지 제13조에 규정된 죄를 범한 때에는 그 죄에 정한 형의 2분의 1까지 가중 처벌한다.

게 규정되어 있는지 여부를 검토하고자 한다.

II. 外國의 간첩행위 관련 규정

1. 미 국

미국 연방법은 간첩활동에 대해 많은 규정을 두고 있다. 대표적으로는 간첩죄(Espionage, 18 U.S.C. §§792, 793, 794, 798)가 있다. 주 내용으로는 국가방위와 관련된 서류, 물건이나 정보를 수집하거나 공인되지 않은 자에게 전달하는 행위, 간첩을 숨겨주거나 은닉시켜주는 행위 등을 처벌한다. 외국스파이에 대한 처벌규정도 두고 있다(18 U.S.C. §951). 나아가서는 오늘날 군사정보에 못지않게 중요한 산업기술정보를 보호하기 위하여 경제 스파이법(Economic Espionage Act 1996)을 두고 있다.

2. 독 일

독일형법은 간첩죄와 관련하여 다음과 규정을 규정하고 있다. 즉 ① 국가기밀을 외국에 누설하는 행위(§94, Landesverrat), ② 국가기관에 의하여 비밀로 분류된 국가기밀을 누설하는 행위(§95, Offenbaren von Staatsgeheimnissen), ③ 전 2조의 국가기밀을 탐지·수집하는 행위(§96, Landesverräterische Ausspähung Auskundschaften von Staatsgeheimnissen), ④ 외국을 위하여 간첩행위를 하는 것(§98, Landesverräterische Agententätigkeit), ⑤ 외국의 첩보기관을 위하여 간첩행위를 하거나, 이러한 의사를 외국의 첩보기관이나 그 소속원에게 알리는 행위(§99, Geheimdienstliche Agententätigkeit)를 분류하여 규정하고 있다. 그리고 불법적 기밀의 전달행위에 대해서도 처벌규정을 두고 있다(§97 a, Verrat illegaler Geheimnisse). 이처럼 독일형법은 우리 형법과 달리 간첩행위를 구체적으로 적시하고 있다. 한편 독일형법은 국가기밀의 개념을 다음과 같이 규정하고 있다. 즉 국가기밀은 “독일연방공화국의 외부적 안전에 대한 중대한 손실위

험을 방지하기 위하여 제한된 범위 내의 사람들에게만 접근 가능하고 타인에 대해서는 비밀로 하여야 할 사실, 대상물 또는 인식”을 의미한다(§93 I). 여기에서 국가기밀은 일반적으로 알려진 사실은 제외되고 일정한 범위 내의 사람들에게만 제한적으로 알려진 사실을 의미한다는 것을 알 수 있다.

III. 刑法上 間諜罪의 의의 및 문제점

1. 敵國概念

형법상의 간첩죄(제98조)는 ‘적국’을 위하여 간첩하거나 적국의 간첩을 방조하거나 또는 군사상의 기밀을 적국에 누설함으로써 성립하는 죄이다. 이러한 간첩죄는 국가의 존립을 외부로부터 보호하기 위한 구성요건이라고 볼 수 있다.

적국은 원칙적으로는 대한민국에 대하여 선전포고를 하거나 전쟁 수행 중인 국가를 의미하게 되지만 형법 제102조는 ‘대한민국에 적대하는 외국 또는 외국인의 단체’를 준적국으로 규정하여 적국개념을 확장하고 있다. 그리고 이에 해당하는 국가에는 국제법상 승인을 받은 국가는 물론이고 사실상 국가에 준하는 단체를 포함한다(통설). 여기에 북한이 포함된다고 보는 것이 판례의 입장이고 학계의 다수설이다. 국가보안법상의 간첩죄(제4조 제1항) 역시 ‘반국가단체’의 구성원 또는 그 지령을 받은 자가 그 목적수행을 위하여 간첩행위를 한 경우에 처벌하는 것으로 규정하고 있다. 즉 국가보안법은 형법과 마찬가지로 적국 또는 반국가단체를 대상으로 한 간첩행위를 처벌하고 있다.

그러나 형법과 국가보안법상의 간첩죄에서 규정하고 있는 적국 또는 반국가단체에 북한이 포함된다는 판례의 입장 및 학계의 다수설은 두 가지 점에서 문제를 안고 있다. 첫째 북한은 적국이나 반국가단체에 포함시키는 것에 대한 타당성 문제이고, 둘째는 간첩죄를 적국이나 반국가단체를 대상으로 하는 범죄로 제한하는 것이 비교법적 관점이나 국가이익의 수호라는 관점에서 타당한가라는 점이다.

첫째 북한이 반국가단체 또는 적국으로 볼 수 있는지 여부에 대해서는 논란이 있다. 대법원은 국가보안법상 북한을 반국가단체로 보고 있는 것으로 판시하고 있다.²⁾ 이에 대해서 국가보안법상 북한을 반국가단체로 보는 규정은 없으므로 북한의 반국가단체성 여부는 해석상의 문제라는 견해도 있다.³⁾ 그리고 대한민국과 북한 사이에 체결된 “남·북 사이의 화해, 불가침 및 교류에 관한 합의서”에 나타난 내용으로 보더라도 북한을 적국으로 단정하는 것은 비현실적 판단이다.

그리고 형법 및 국가보안법이 적국이나 반국가단체에 대한 간첩행위만을 처벌한다고 규정한 것은 간첩죄 본래의 보호법익에 비추어 타당하지 않다. 간첩죄의 보호법익을 외부로부터의 국가적 안전이라고 한다면 국가적 안전 위협이 반드시 적국으로부터의 위협으로 한정할 수는 없기 때문이다. 과거 동서 냉전의 양극체제 속에서 등장한 적국개념은 오늘날의 국제관계에서 전혀 맞지 않는 개념이다. 동서 냉전체제도 붕괴되었으며 국가 간의 관계는 개별국가의 이해관계에 따라 변화하는 것이 현실이다. 이러한 국가 간의 관계는 적국과 아국의 구별을 무의미하게 하였으며 국가이익에도 부합하지 않는다. 기술한 미국이나 독일의 경우에도 간첩행위는 외국과의 관계 속에서 인정되며 적국이라는 용어는 사용하지 않고 있다. 독일의 경우에는 적국이라는 용어 대신에 기밀누설의 상대방을 나토 회원국 등 동맹국까지도 포함하는 개념인 ‘외국의 권력’(외국 정부 또는 이에 상응하는 조직-vor einer fremden Macht)으로 지칭하고 있는 것은 현실적이고 타당하다. 그러므로 같은 EU 국가라고 하더라도 예를 들어 독일과 프랑스 간에 간첩행위가 인정되는 것이며 미국 역시 한국에 대한 미국인의 간첩행위를 처벌하는 것이다.⁴⁾ 현행 형법상으로는 한국인이 미국정부에 한국의 국가기밀을 누설하더라도 이를 간첩죄로 처벌할 수 없다. 반면에 군사기밀보호법은 군사기밀의 경우에 이를 탐지·수집한 자가 ‘타인’에게 누설하는 행위를 처벌하므로 간첩죄처럼 적국개념에 의한 적용의 한계는 없다. 또한 ‘외국’을 위해서 이러한 행위를 한 경우에는 가중처벌하고 있으므로(동법 제15조) 적국으로 제한하

2) 대판 1990.6.8, 90도646; 1990.9.11, 90도1333.

3) 김성돈, 간첩죄, 형사판례연구[9], 323면.

4) 군사기밀을 한국정부에 건네 준 혐의로 유죄판결을 받은 로버트 김 사건은 대표적인 예이다.

지 않은 점에서는 형법과 같은 문제는 발생하지 않을 것이다.

2. 國家機密

간첩행위란 국가기밀을 탐지, 수집하거나 이를 외국에 대하여 누설하는 행위를 의미한다. 그러므로 간첩죄에서는 핵심개념이 국가기밀이다. 국가기밀이란 제한된 사람에 대해서만 공개되어 있는 국가적 비밀로서 형법상 개인적 법익에 대한 죄(제316조 비밀침해죄, 제317조 업무상 비밀누설죄) 및 통신비밀보호법상의 ‘비밀’(제3조)에서 사용되는 ‘비밀’과 구별된다. 국가기밀은 누설될 경우 대한민국의 외적 안전에 중대한 불이익을 초래할 위험이 있는 내용으로서 적국에 대하여 비밀로 하여야 할 사실이나 물건 또는 지식을 말한다. 이러한 정의는 實質的 機密概念에 따른 것으로서 독일형법이 그 모델이다.⁵⁾ 국가보안법은 국가기밀을 “국가안전에 대한 중대한 불이익을 회피하기 위하여 한정된 사람에게만 지득이 허용되고 적국 또는 반국가 단체에 비밀로 하여야 할 사실, 물건 또는 지식”이라고 규정하고 있다(제4조 제1항 제2호). 또한 국가정보원법(제13조 제4항)은 “국가기밀이라 함은 국가의 안전에 대한 중대한 불이익을 회피하기 위하여 한정된 인원에게만 지득이 허용되고 다른 국가 또는 집단에 대하여 비밀로 하여야 할 사실, 물건 또는 지식으로서 국가기밀로 분류된 사항에 한 한다”고 규정하고 있다. 학설 역시 이러한 개념을 중심으로 국가기밀을 이해하고 있다.⁶⁾ 군사기밀보호법에서 군사기밀은 “군사기밀이라 함은 일반인에게 알려지지 아니한 것으로서 그 내용이 누설되는 경우 국가안전보장에 명백한 위험을 초래할 우려가 있는 군 관련 문서·도화·전자기록등 특수매체기록 또는 물건으로서 군사기밀이라는 뜻이 표시 또는 고지되거나 보호에 필요한 조치가 행하여진 것과 그 내용”을 말한다고 규정하고 있다(동법 제2조).

판례는 국가기밀에 대해서 “국가보안법상의 간첩죄에 대상이 되는 국가기밀이라 함은, 순전한 군사기밀에만 국한되는 것이 아니고 정치, 경제,

5) 독일형법 제93조(Begriff des Staatsgeheimnis) 참조.

6) 김일수/서보학, 각론, 936면; 배종대, 각론, 717면; 손동권, 각론, 622면; 이재상, 각론, 646면; 이정원, 각론, 657면; 임 웅, 각론, 776면; 정성근/박광민, 각론, 869면; 진계호, 각론, 728면.

사회, 문화, 사상 등 각 분야에 걸쳐서 우리나라의 국방정책상 북한공산집단에게 알리지 아니하거나 확인되지 아니함이 이익이 되는 모든 정보자료를 말하고, 이러한 기밀에 속하는 이상 이미 국내에서 잘 알려진 公知의 사실이라고 하더라도 북한공산집단에게 유리한 자료가 될 경우에는 이를 탐지, 수집하는 행위는 간첩죄를 구성한다”고 판시하였다(대판 1990.8.24, 90도1285). 공지의 사실도 국가기밀에 해당한다고 보는 이러한 판례의 태도는 국가기밀을 그 자체의 비밀적 가치를 기준으로 하는 것이 아니라 적국(북한)에 알려지는 것이 대한민국에 이롭지 않은 거의 대부분의 사실을 포함한다고 보는 견해로서 지나치게 형식적인 판단기준으로 가진 것으로 볼 수 있다. 그러나 그 후 판례변경을 통하여 국가기밀개념을 실질적 기밀개념으로 전환하였다. 즉 “현행 국가보안법 제4조 제1항 제2호 (나)목에 정한 기밀을 해석함에 있어서 그 기밀은 정치, 경제, 사회, 문화 등 각 방면에 관하여 반국가단체에 대하여 비밀로 하거나 확인되지 아니함이 대한민국의 이익이 되는 모든 사실, 물건 또는 지식으로서, 그것들이 국내에서의 적법한 절차 등을 거쳐 이미 일반인에게 널리 알려진 공지의 사실, 물건 또는 지식에 속하지 아니한 것이어야 하고, 또 그 내용이 누설되는 경우 국가의 안전에 위협을 초래할 우려가 있어 기밀로 보호할 실질가치를 갖춘 것이어야 한다”고 판시하였다. 판례는 다만 “국가보안법 제4조(목적수행)가 반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 목적수행행위를 처벌하는 규정이므로 그것들이 공지된 것인지 여부는 신문, 방송 등 대중매체나 통신수단 등의 발달 정도, 독자 및 청취의 범위, 공표의 주체 등 여러 사정에 비추어 보아 반국가단체 또는 그 지령을 받은 자가 더 이상 탐지·수집이나 확인·확증의 필요가 없는 것이라고 판단되는 경우 등이라 할 것이고, 누설할 경우 실질적 위험성이 있는지 여부는 그 기밀을 수집할 당시의 대한민국과 북한 또는 기타 반국가단체와의 대치현황과 안보사항 등이 고려되는 건전한 상식과 사회통념에 따라 판단하여야 할 것이며, 그 기밀이 사소한 것이라 하더라도 누설될 경우 반국가단체에는 이익이 되고 대한민국에는 불이익을 초래할 위험성이 명백”하다면 국가기밀에 해당한다고 판시하였다.⁷⁾ 그러므로 공지의 사실은 더 이상 국가기밀에 해당하지 않는다고 본 것이며 타당하다고 본다.

7) 대판 1997.7.16, 97도985(전원합의제).

국가기밀과 관련하여 모자이크이론(Mosaic theory)이 있다.⁸⁾ 이는 개별 내용으로는 기밀에 해당하지 않지만 이를 종합하면 전체로서 중요한 새로운 사실을 판단할 수 있는 정보가 드러나는 경우에는 단편적 사실의 기밀성을 인정하는 이론이다. 모자이크이론에 대해서는 이를 인정하는 견해⁹⁾와 부정하는 견해¹⁰⁾가 있다. 이 이론에 따르면 누구나 알고 있으며 알 수 있는 공지의 사실이라고 하더라도 전문적 지식을 동원하여 이를 전체로서 종합할 경우에는 국가기밀에 해당하는 내용이 될 경우에 각 개별 정보는 국가기밀성을 가지게 된다. 즉 일반인이 알고 있는 사실도 경우에 따라서는 기밀성이 인정된다는 점에서 이 이론에 대해서는 논란이 있다. 예를 들어 국내의 정치적·경제적 상황을 전문가적 지식을 동원한 모자이크 방법에 의하여 종합한 판단서나 보고서 등도 대한민국의 이익에 침해가 될 내용의 것이라면 기밀에 포함된다고 보아야 하므로 만일 이러한 내용을 탐지·수집하여 적국에 종합 판단한 결과를 알리는 행위는 본죄에 해당할 수 있다. 2006년 국정감사에서 신 모 당시 경인방송 사장이 백 모 경인방송 공동대표가 정기적으로 국내정세판단 보고서를 작성하여 롤리스미 국무부 부차관보에게 전달한 스파이라고 주장하여 파문이 일어난 사실이 있었다.¹¹⁾ 만일 이것이 사실이라고 한다면 모자이크 이론에 따르면 국가기밀에 해당한다고 볼 수 있을 것이다. 그렇더라도 군사기밀이 아닌 한 미국을 ‘적국’으로 볼 수 없기 때문에 형법이나 국가보안법상의 간첩죄를 적용할 수 없는 한계가 있다. 한편 모자이크 이론을 따르더라도 언론기관의 경우에는 개별 정보를 수집하고 이를 근거로 판단과 전망을 하는 것이 그 임무이므로 모자이크 이론의 적용은 제한되어야 할 것이다.¹²⁾

8) Sch/Sch/Stree/Sternberg-Lieben, § 93 Rn.11; SK/Rudolphi, §93 Rn.14 참조.

9) 이정원, 각론, 658면.

10) 손동권, 각론, 623면; 배종대, 718면; 오영근, 각론, 969면; 이재상, 각론, 647면; 임 웅, 각론, 778면; 조준현, 각론, 578면.

11) <http://www.viewsnnews.com/article/view.jsp?code=NCH&seq=8260>

12) 이와 관련하여 독일에서의 대표적 사건이 시사주간지 슈피겔 사건(Spiegel-Affäre)이다. 그 내용은 1962.10.10.자 발행 슈피겔지에 나토군의 군사합동훈련 “Fallex 62”를 참관하고 독일군은 당시 상황에서 제한적인 방어능력을 갖고 있으며, 핵무장보다는 재래식 무장이 더욱 필요하다고 보도한 것이 수사대상이 된 사건이다. 이 사건과 관련한 모자이크 이론의 위헌성에 대해서는 독일연방헌법재판소 결정에서 4:4로 판단을 유보하였다(BVerfGE 20, 180).

국가기밀을 둘러싼 이러한 논란은 과거 남북관계가 거의 단절된 상황에서는 별 의미가 없었다고 보아도 과언이 아니다. 왜냐하면 간첩죄에 해당하는 국가기밀성 여부보다 내용을 불문하고 북한을 위한 일체의 정보·자료제공 행위는 간첩행위에 해당한다고 보았기 때문이다.¹³⁾ 이는 간첩죄의 본질을 적국에 대한 기밀누설이 아니라 일체의 반역행위에서 찾는 것과 마찬가지로이다. 그러나 오늘날 정보의 취득은 과거처럼 간첩과 같은 인적 수단에 의존하지 않더라도 과거에는 상상할 수 없었던 수준의 정보를 언론매체나 인터넷 등을 통하여 수집할 수 있는 것이 현실이다. 뿐만 아니라 현재와 같이 남북관계가 교류협력을 통해 긴장이 완화된 상황에서는 국가기밀의 개념을 분명히 하지 않으면 간첩죄의 적용이 불합리하고 비현실적일 수 있다. 특히 북한을 대상으로 하는 적국개념을 포기하고 외국의 간첩죄 규정처럼 외국에 대한 간첩행위로 형법을 개정할 경우를 상정한다면 더욱 국가기밀의 개념은 순수하게 외부로부터의 안전을 지키기 위해 필요한 국가기밀로 국한시키는 것이 법 적용의 형평성을 유지하는 방법이다.

3. 國家機密과 軍事上 機密

형법 제98조 제1항의 간첩행위가 상정하고 있는 국가기밀과 제2항의 군사상 기밀개념의 관계에 대해서 이를 동일한 개념으로 파악하는 견해가 있다.¹⁴⁾ 판례 역시 양 개념을 사실상 동일시하는 입장이다. 즉 판례는 “간첩죄에 있어서의 군사상 기밀이란 현대전의 양상에 비추어 순수한 군사상 기밀뿐만 아니라 군사력에 직결되고 군 작전 수행과 관련이 있는 정치, 경제, 사회, 문화 등 국가의 모든 분야에 걸쳐 적국에 알려짐으로써 우리나라에 군사상 불이익이 되는 일체의 기밀을 포함한다”고 판시하고 있다.¹⁵⁾ 이는 군사상의 기밀을 순수한 군사적인 기밀에 제한하지 않고 궁극적으로 군사력이나 군 작전 수행에 불이익이 되는 일체의 기밀을 포함하는 개념으로 파악함으로써 법 규정의 해석적 한계를 벗어난 것으로 보지 않을 수 없다. 그러므로 군사상 기밀은 국가기밀에 포함되는 개념으로 파

13) 대판 1986.7.8, 86도861 참조.

14) 이외수/정경식, 신국가보안법, 1998, 121면.

15) 대판 1982.11.23, 82도2201.

악하여야 제98조 제2항 본래의 입법취지에 부합한다고 할 것이다.

4. 同盟國에 대한 간첩행위

형법은 동맹국에 대한 간첩행위 등에 대해서도 동일하게 적용하고 있다(제104조). 즉 대한민국의 동맹국에 대한 간첩행위에 대해서도 대한민국에 대한 간첩행위로 간주하는 것이다. 그러나 간첩죄는 대한민국을 외부의 위협으로부터 보호하기 위한 규정이다. 즉 보호법익은 대한민국의 외부적 안전이다. 그럼에도 불구하고 동맹국에 대한 간첩행위를 대한민국에 대한 것과 동일하게 취급하는 것은 간첩죄의 대상국가를 적국이나 반국가단체로 제한하여 사실상 북한에 대한 간첩죄만을 인정하는 것과 마찬가지로 전시 상황에서 적국과 아군을 양분하는 사고방식에서 비롯된 것이라고 할 수 있다. 그러므로 동맹국에 대한 간첩죄는 일반적인 형법적용의 범위 문제로 해결하는 것이 타당하고 합리적이다.

5. 間諜幫助

간첩죄는 간첩에 대한 방조행위도 정범과 동일하게 취급하고 있다(제98조 제1항 참조). 그러나 방조개념의 多義性으로 인하여 이 규정은 자칫 간첩죄를 지나치게 확대 적용할 가능성을 내포하고 있다. 물론 판례는 국가보안법상의 간첩방조에 대해서 “간첩방조의 죄가 성립하려면 간첩의 활동을 방조할 의사로서 그의 기밀의 탐지, 수집행위를 용이하게 하는 행위가 있어야하고 단순히 숙식을 제공한다느니 또는 무전기를 매물하는 행위를 도와주었다느니 하는 사실만으로서로는 간첩방조죄가 성립할 수 없다”고 판시하였다.¹⁶⁾ 그러나 동시에 동 판결에서는 “피고인이 1971.2. 초순경 남파북괴간첩인 공소외 2에게 공군사관학교의 소재지와 그 생도의 선발 및 교육기간과 졸업 후 임관관계, 공군사병교육과 그 선발, 편성, 근무연한 및 병력, 비행기 수리항공창의 소재지 공군 훈련비행관계, 공군조종사와 정비사의 교육 및 미 군사고문단의 기술교육지도 등과 5호 다이알의 개

16) 대판 1986.2.25, 85도2533.

발, 제작 및 그 성능 등에 관한 사항 등을 제보”한 행위 및 “은신처를 제공하고 위장업체를 동업하여 동인의 활동을 비호하였다는 등의 사실”은 간첩방조죄에 해당한다고 판시하였다. 그리고 과거에는 남파한 대남공작원으로 하여금 합법적인 신분을 가장케 하기 위한 행위에 대해 간첩방조죄를 인정한 판례도 있었다.¹⁷⁾

그러나 방조행위를 정범행위와 동일하게 취급하는 것은 일반적으로 인정된 정범행위와 방조행위의 차별성을 무시하는 것으로서 타당하지 않다, 뿐만 아니라 간첩방조행위를 정범과 동일하게 취급하는 것은 국가기밀의 범위를 확정하는 문제를 회색시키게 된다. 즉 직접적으로 국가기밀을 탐지하거나 수집, 누설하지 않더라도 이러한 행위를 방조하는 것만으로도 간첩죄로 정범과 동일하게 처벌할 수 있기 때문이다.

그리고 판례는 “형법 제98조 제1항의 간첩방조죄는 정범인 간첩죄와 대등한 독립죄로서 간첩죄와 동일한 법정형으로 처단하게 되어 있어 형법 총칙 제32조 소정의 감경대상이 되는 중범과는 그 실질이 달라 중범감경을 할 수 없는 것이므로 그 가중규정인 국가보안법 제4조 제1항 제2호의 반국가단체의 간첩방조죄에 대하여도 그 정범인 반국가단체의 간첩죄와 동일한 법정형으로 처단하여야 하고 중범감경을 할 수 없다”고 판시하였다.¹⁸⁾ 물론 형법 제98조 간첩방조죄는 독립된 범죄유형으로서 총칙상의 중범 감경대상이 되지 않는다. 즉 중범에게 적용되는 필요적 감경(형법 제32조 제2항)이 인정되지 않는 것이다. 그러나 간첩방조행위를 정범행위와 동일하게 취급하는 것은 지나친 확대적용이며 비교법적으로 보아도 예외적인 것으로서 타당하지 않다.

6. 死刑規定

형법상 간첩죄는 사형, 무기 또는 7년 이상의 징역을 규정하고 있다. 국가보안법상의 간첩죄 역시 사형, 무기(또는 7년 이상의 징역)를 규정하고 있다. 사형제도는 형벌제도 전반과 관련하여 문제되는 것이지만 간첩죄는 살인죄처럼 흉악범에 해당하지 않는 범죄유형이다. 과거 서독과 동

17) 대판 1970.10.30, 70도1870.

18) 대판 1986.9.23, 86도1429.

독에서도 상호간에 간첩을 교환하는 경우가 있었다는 점을 생각하면 간첩죄에 사형을 규정하는 것은 타당하지 않다. 물론 현실적으로 간첩죄로 인하여 사형이 선고될 가능성은 거의 없을 것으로 예상되지만 형법이나 국가보안법에 사형을 규정한 것은 인권국가로서 한국의 이미지를 형성하는데에는 상당히 부정적이라고 하지 않을 수 없다. 그러므로 간첩죄에 대한 사형규정은 폐지되어야 한다.

참고로 독일형법상의 간첩죄 법정형을 살펴보면 우리 형법의 형에 비하여 매우 낮음을 알 수 있다. 즉 국가기밀을 외국에 누설하는 행위(제94조)에 대해서는 1년 이상의 자유형, 국가기관에 의하여 비밀로 분류된 국가기밀을 누설하는 행위(제95조)에 대해서는 6월 이상 5년 이하의 자유형, 제94조의 국가기밀을 탐지·수집하는 행위(제96조 제1항)에 대해서는 1년 이상 10년 이하의 자유형, 제95조의 누설하기 위하여 수집하는 행위는 6월 이상 5년 이하의 자유형, 외국을 위하여 간첩행위를 하거나 이러한 행위를 하겠다는 의사표시를 하는 경우에는 제94조나 제96조 제1항에 의해 처벌되지 않을 경우에는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다(제98조 제1항). 그리고 외국의 첩보기관을 위하여 간첩행위를 하거나, 이러한 의사를 외국의 첩보기관이나 그 소속원에게 알리는 행위에 대해서는 5년 이하의 자유형이나 벌금형(제99조)에 처하도록 규정하고 있다.

IV. 결 론

간첩죄는 국가를 외부로부터 보호하기 위한 범죄구성요건이다. 그리고 국가이익은 외국과의 관계에서 다양한 부문에서 상시적으로 충돌하는 것이 일상적이다. 이를 평화적 방법으로 해결하는 것이 외교활동이다. 그러나 동시에 이러한 이익충돌의 상황에서 국가적 이익을 최대한 확보하고 보호하기 위해 각종의 정보를 수집하는 활동 또한 과거보다 더 중요시되고 있다. 이러한 상황에서 정보수집의 통로는 현저히 확대되어 과거와는 비교할 수 없을 정도로 정보량이나 정보의 질적 수준이 향상되었다. 그렇지만 많은 정보들은 일반인이 비교적 쉽게 접근할 수 있는 것이 많아서

지나친 국가기밀의 확대해석은 간첩죄의 구성요건을 본래의 기능을 넘어서서 적용할 위험성이 제기되고 있다. 여기에서 국가기밀의 해석에 대한 엄격성이 요구된다.

또한 간첩죄는 대한민국의 입장에서는 매우 중대한 국가이익을 침해하는 범죄행위이므로 간첩행위의 대상국가를 적국에 국한시키는 것은 타당하지 않다. 오늘날 적국은 전지가 아닌 한 존재하기 어려우며, 북한과의 관계도 남북교류가 점차 확대되어가고 있는 상황에서 적국이나 반국가단체로 규정하여 간첩죄를 북한에 대한 범죄행위로만 파악하는 것은 현실에 맞지 않을 뿐만 아니라 남북관계의 발전에도 도움이 되지 않는다. 그리고 간첩죄의 대상국가를 북한을 넘어서서 외국이나 외국의 기관 또는 단체로 확대한다고 해서 법 적용에 문제가 발생하는 것도 아니다.

그리고 간첩방조행위를 정범과 동일하게 취급하는 것도 간첩행위의 과도한 확장이라고 보지 않을 수 없다. 그리고 국가기밀성에 대한 엄격한 한계설정을 약화시킬 위험성이 있다. 국가기밀을 직접 수집하거나 누설하지 않더라도 이를 방조하는 것만으로 간첩죄로 처벌할 수 있기 때문이다. 그러므로 간첩방조죄는 간첩죄의 정범과 구별하여 감경 처벌하는 총칙상의 일반적 종범으로 취급하는 것이 필요하다.

다음으로 간첩죄에 대한 사형규정도 폐지하여야 한다. 일반적인 사형폐지론의 관점이라기보다는 간첩죄에 특유한 성격 때문이다. 간첩죄는 살인죄 등과 같은 흉악범은 아니다. 그리고 개인적인 차원의 행위라기보다는 국가기관이 지시한 행위인 것이 대부분이다. 그러므로 과거 서독과 동독이 분단되었을 시기에도 동·서독은 상호의 간첩을 교환하기도 하였다. 결론적으로 간첩죄에 대한 사형규정은 폐지하여야 한다.

Eine kleine Bemerkung zum Spionagedelikt

Park, Sang-Ki*

Die Vorschrift des Landesverrat und Agenttätigkeit im Koreanischen Strafgesetzbuch orientiert sich sehr ideologisch. Die Vorschrift bezweckt den Schutz der Sicherheit des Korea gegen den Nord-korea. Der objektive Tatbestand setzt als Tatobjekt ein Staatsgeheimnis voraus, das von einer amtlichen Stelle oder auf deren Veranlassung geheimgehalten wird. Die Vorschrift regelt nicht die einzelnen Tathandlungen. Daraus folgt sehr weite Interpretation der Agenttätigkeiten.

Die Vorschrift erfasst auch als Spionagetatbestand jede für einen Geheimdienst eines gegnerischen Staat oder Macht gegen Republik Korea erfolgende geheimdienstliche Tätigkeit, die z.B. auf die Mitteilung oder Lieferung von Tatsachen und Erkenntnissen gerichtet ist. Und das Koreanische Strafgesetzbuch erfasst die Beihilfe der Spionage gleich mit dem Täter. Deshalb ist die Lieferung oder Mitteilung des Staatsgeheimnisses nicht notwendig erforderlich für die Bestrafung als Täter, sondern nur als Beihilfe genügend.

주제어 : 간첩죄, 간첩방조죄, 국가기밀, 군사상 기밀

Keywords : espionage, espionage aiding, national secret, military secret

* Professor, College of Law, Yonsei University, Ph.D. in Law